

SİCİL

Haziran '09 • Yıl 4 • Sayı 14

MESS Adına SahibiTuğrul KUDATGOBİLİK
MESS Yönetim Kurulu
Başkanı**Yazı İşleri Müdürü**Av. İsmet SİPAHI
MESS Genel Sekreteri**Yayın Yönetmeni**

Av. Mesut ULUSOY

Yayın KuruluAv. 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

24 Haziran 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**

<i>Bireysel İş Hukukununun Bugünü ve Geleceği</i>	5
Prof. Dr. Sarper SÜZEK	
<i>İş Hukuku Açısından Anketör'ün Konumu</i>	29
Prof. Dr. Tankut CENTEL	
<i>İşyeri Devrinin İş İlişkilerine Etkisi ve Devir Nedeni ile Yapılan Fesihlerin Hukuki Sonuçları</i>	34
Prof. Dr. Devrim ULUCAN	
<i>Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Uygulamasına İlişkin Sorunlar</i>	47
Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ	
<i>İşçinin Davranışlarından Kaynaklanan Geçerli Fesih</i>	60
Doç. Dr. Cevdet İlhan GÜNAY	
<i>Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlarla Birlikte Mevcudiyeti Sorunu Üzerine Görüşler</i>	77
Doç. Dr. Serkan ODAMAN	
<i>İş Hukukunda İbra ve İkale Sözleşmelerinin Geçerlilik Koşulları Konusundaki Gelişmeler</i>	84
Yrd. Doç. Dr. K. Ahmet SEVİMLİ	
<i>İşçi Hizmet Buluşları İçin İşyeri Patent Sistemi</i>	109
Jur. Dr. Mevci ERGÜN	
<i>Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Uygulaması</i>	116
Ali KARACA	
KARAR İNCELEMELERİ	
<i>İşe İade Başvurusununun Avukat Aracılığıyla Yapılabilirliği</i>	123
Prof. Dr. Ejder YILMAZ	
<i>İşten Çıkarılan Direnişçi İşçilerin Kısmen İşe Alınmaları – İşyerine İşçi Alımında İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu</i>	134
Prof. Dr. Erol AKI	
<i>Kıdem Tazminatında Birleştirilecek Süreler ve Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Hâkimini Bağlayıcılığı Sorunu</i>	142
Doç. Dr. H. İbrahim SARIOĞLU	
<i>Eğitim Giderlerinin İşçiden Geri İstenebilmesi Konusundaki Temel Esaslara İlişkin Bir Karar İncelemesi</i>	150
Doç. Dr. Erdem ÖZDEMİR	
<i>Haftalık Çalışma Süresi De Korunmaya Muhtaç Mıdır? Yoksa Vardiyalı Çalışma Düzenlemesi Ölü Mü Doğmuştur?</i>	159
İlyas TOPÇUOĞLU	



TOPLU İŞ HUKUKU

<i>Sendikalı Olmayan Veya Taraf Sendika Üyesi Olmayan İşçilerin Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanması</i>	172
Yrd. Doç. Dr. İbrahim SUBAŞI	
<i>Bağışa Dönüşen Sendika Üyelik Ödeneği</i>	209
Mevlüt CAN	

KARAR İNCELEMELERİ

<i>İşverenin İşçiyi İşe Başlatma Koşulları, Fesih Tarihindeki Değil, Düzen İlkesi Gereği Başvuru Tarihindeki Toplu İş Sözleşmesi Hükümlerine Göre Belirlenmelidir</i>	214
Prof. Dr. Fevzi ŞAHLANAN	
<i>Toplu İş Sözleşmesinin Bitimi ile Hizmet Akti Hükümü Olarak Uygulanmaya Devam Edilen Alacaklara İlişkin Faiz</i>	219
Prof. Dr. Nizamettin AKTAY	
<i>İzinde Olan İşçinin Yasa Dışı Greve Katılması</i>	224
Prof. Dr. Melda SUR	

SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU

<i>Üniversitelerde Kısmi Zamanlı Olarak Çalıştırılan Öğrencilerin Sosyal Güvenlik Sorunları</i>	233
Prof. Dr. Nüvit GEREK	
<i>5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Başlangıcına İlişkin Tespitler</i>	239
Doç. Dr. M. Fatih UŞAN	
<i>5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Döneminde İsteğe Bağlı Sigortalılık Uygulaması Hakkında İnceleme</i>	249
Mesut BALCI	
<i>Yurtdışında Çalışan Türk İşçilerin Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Durumu</i>	254
Av. Hakan YILDIRIMOĞLU	

MALİ HUKUK

<i>5810 Sayılı Kanun ile Serbest Bölgeler Kanunu ile Gümrük Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler</i>	257
Prof. Dr. Ahmet KIRMAN	
<i>İş Kazası Nedeniyle İşverence Ödenen Tazminatların Vergi Karşısındaki Durumu</i>	259
Turgut ÖZCAN	

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU

<i>Üretim Zincirlerinde Alt İşveren Çalıştıran İşyerlerinin Sosyal Sorumluluğu Hakkında AP Kararı ve Ülkemiz Mevzuatı</i>	272
Av. Şeyda AKTEKİN	

KARAR İNCELEMESİ

<i>İş Başvurusu Sırasında İşçinin İşvereni Yanıltması</i>	276
Av. Vahap ÜNLÜ	

Not: Mart'09 sayfa 171 D. Kız çocukları bakımından bölümünün son cümlesi; "Söz konusu durumun neden olacağı sakıncayı ortadan kaldırmak üzere, kız çocukları, aylıkları kesildiği tarihten itibaren iki yıl boyunca, gelir ve aylık alanlar konumunda GSS. kapsamında sayılmışlardır. 5510 SK. m. 37II; GSSİY. m. 615." şeklinde olacaktır.

Düzenlemeler var olan sorunları daha da artırmamalı

Endüstri ilişkilerinde hareketli günler yaşıyoruz. Kısa çalışma uygulaması, ülkemizde yansımaları ağır bir şekilde bulan ekonomik kriz sebebiyle işyerlerinde sıklıkla başvurulan bir uygulama olmuştur. Bilindiği üzere, 2008 ve 2009 yıllarında kısa çalışma için yapılan başvurulara münhasır olmak üzere süre, altı aya çıkarılmış ve bu süreyi, altı ay daha uzatmaya Bakanlar Kurulu yetkili kılınmıştır. Ne var ki, ekonomik krizin etkilerinin ne zaman sona ereceğine dair yapılan tahminler, pek de iç açıcı değildir. Söz konusu krizin, reel sektör üzerindeki etkilerinin 2010 yılının 2. çeyreğinde hafifleyeceğine dair görüşler ağırlıktadır. Bu nedenle, ek altı ayın dahi işyerleri için yeterli gelemeyeceği ve bu sürenin uzatılmasına ihtiyaç duyulacağı düşünülmektedir.

Diğer yandan çalışma yaşamına ilişkin mevzuatta da değişikliklere gidilmektedir. Bilindiği gibi İş Kanunu'nun 85. maddesinde, çalıştığı işle ilgili mesleki eğitim almamış işçilerin ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılmayacağına ilişkin düzenleme getirilmiş ve bu düzenleme 1 Ocak 2009 tarihinden itibaren yürürlüğe girmişti. Bu hüküm çerçevesinde Ağır ve Tehlikeli İşlerde Çalıştırılacak İşçilerin Mesleki Eğitimlerine Dair Tebliğ, 31 Mayıs 2009 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Ne var ki, yönetmelik kâfalarıda soru işaretleri doğuracak niteliktedir. Şöyle ki, yeni işe alınacaklar bakımından söz konusu Yönetmelikte belirtilen belgelerin aranacağı hususunda bir sorun bulunmazken, işyerinde aynı işi yıllardır yapan işçiler bakımından da aynı belgelerin aranıp aranmayacağı hususu muğlaktır. Uzunca bir süre ağır ve tehlikeli iş kapsamında bir işte çalışan işçi bakımından, bu konuda yeterli olduğuna dair belge aranması işverenlere getirilmiş ilave yükümlülükten başka bir şey değildir.

Yönetmelikte yer alan belirsiz hususların bir an önce açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Ülkemizde işyerleri açısından çalıştırılan işçi sayısına bağlı pek çok yasal zorunluktan biri olan işyeri hekimi konusu, gerek mevzuattaki düzenleme şekli gerekse uygulaması bakımından pek çok hukuki sorunu bünyesinde barındırmaktadır. Kronik bir sorun haline alan bu konuda Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından son yayımlanan Genelge ile yapılan değişiklik var olan sorunlara bir yenisini daha eklemiştir. Getirilen düzenleme ile, hekimler tarafından özel bir işyerinde çalışan sigortalılara Kurum adına reçete yazma ve iki güne kadar istirahat verebilmeye ilişkin yapılacak ilk yetki taleplerinde de bundan böyle Tabip Odası'nca verilen izin belgesi aranacaktır. Yaşanan sorunlar, sadece işyerlerinin değil, aynı zamanda hekimlerin de sorunu haline gelmekte ve bu sorunların, kamu düzeni açısından olumsuz yansımaları olmaktadır.

İş hukukunda ibra ve ikale sözleşmelerinin geçerlilik koşulları konusundaki gelişmeler, işe iade başvurusunun avukat aracılığıyla yapılabilirliği, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun yürürlük ve uygulama başlangıcına ilişkin tespitler, 5810 sayılı Kanun ile Serbest Bölgeler Kanunu ile Gümrük Kanunu'nda yapılan değişiklikler, yurtdışında çalışan Türk işçilerinin sosyal güvenlik hukuku açısından durumu 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



KAMU ÇALIŞANLARINA ÖZEL MORTGAGE FIRSATLARI GARANTİ'DE

Siz de hemen en yakın Garanti Şubesi'ne gelin,
Mortgage Uzmanı ile tanışın, 2009'da kendi evinize taşının.

Prof. Dr. Sarper SÜZEK

Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Bireysel İş Hukukunun Bugünü ve Geleceği*

I. GİRİŞ

Bireysel iş hukukunun bugününün ve geleceğinin incelenmesi, yürürlükteki bireysel iş mevzuatının daha çağdaş, modern ve adil bir yapıya kavuşturulması, çalışma yaşamının karşı karşıya bulunduğu önemli sorunların çözülebilmesi için bu mevzuatta hangi eksikliklerin bulunduğu, dünyadaki ve ülkemizdeki gelişmeler ışığında ne yönde değişiklikler yapılmasının zorunlu olduğunun araştırılmasını gerektirir. Bu nedenle böyle bir inceleme kaçınılmaz olarak daha ziyade olan hukuk değil, *olması gereken hukuk* çalışmasının yapılmasını zorunlu kılar.

Olan hukukun diğer deyişle yürürlükteki hukukun yorumlanmasında hukukun yöntem ve tekniklerinden yararlanmak suretiyle doğrusu budur demek belki mümkündür. Buna karşılık olması gereken hukuk alanına geçildiğinde, yapılacak değerlendirmelerde ne kadar objektif ve tarafsız bir yaklaşım içinde olunmaya gayret edilirse edilsin ileri sürülecek görüşler kaçınılmaz olarak bir ölçüde subjektif ve kişisel bir nitelik taşır. Çünkü herkesin dünya görüşüne, adalet anlayışına, felsefi ve siyasi yaklaşımına, ekonomik ve sosyal konulardaki tercihlerine göre farklı görüşte olması doğaldır. Bu itibarla, bu yazıda ileri sürdüğüm görüşlerden farklı görüşlere saygılı olduğumu peşinen ifade etmek isterim.

Yazıda izlenecek yöntem konusunda iki hususun belirtilmesi gerekir. Bunlardan birincisi, metnin gereğinden fazla uzun olmaması için yürürlükteki mevzuatımızdaki hukuki kurumların ve hükümlerin biliniyor varsayılması ve bu konuda uzun açıklamalardan kaçınılmasıdır. İkincisi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun (ve diğer bireysel iş mevzuatının) başarılı ve olumlu hükümlerinin genellikle belirtilmemesi daha ziyade eleştirel bir yaklaşımla çağdaş ve adil bir İş Kanunu konusundaki görüşlere yer verilmesidir. Bu, adı geçen yasa'yı başarılı bulmadığımız anlamına gelmeyecektir. Kanımızca bu yasa 1475 sayılı Yasa'ya göre günümüzün koşullarına ve dünyadaki iş hukuku gelişmelerine daha uygun hukuki kurumlar ve kurallar getirmiştir.

II. 4857 SAYILI İŞ KANUNU'NUN TEMEL ÖZELLİKLERİ

Konumuz ülkemizde bireysel iş hukukunun tarihçesinin ve geçmişinin incelenmesini dışlamaktadır. Ancak bireysel iş hukukunun bugünü anlayabilmek için bu hukuk dalının en temel yasası olan ve 2003 yılında öngörülen yeni İş Kanunu'nun daha önceki 1475 sayılı Yasa'dan genel olarak ne gibi farklarının bulunduğu ve hangi ihtiyaçlar nedeniyle getirildiğinin belirtilmesi zorunludur.

Otuz yıldan fazla bir süre yürürlükte kalan 1475 sayılı İş Kanunu, zaman zaman yapılan değişikliklere karşın ekonomik ve sosyal gelişmeleri ve modern bir iş hukukunun ihtiyaçlarını karşılayamaz hale gelmiştir. Her şeyden önce dünyada ve ülkemizde ortaya çıkan ekonomik durgunluk, işsizlik, küreselleşme olayı ve bunun yarattığı çetin rekabet ortamı, bilgisayar teknolojisi ve sanayi toplumundan bilgi toplumuna geçiş süreci iş ilişkilerini geniş ölçüde etkilemiş ve *esnekleşme* olgusunu zorunlu olarak gündeme getirmiştir. Bu gelişmeler 4857 sayılı İş Kanunu'na da kaçınılmaz olarak yansımış ve bu yasa da bazı esnek kurallar (atipik iş akdi türleri, iş süreleri vb.) hükme bağlanmıştır.

Bunun gibi, ülkemizin onayladığı Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) sözleşmeleri ile Avrupa Birliği (AB) adaylığının gerekleri İş Kanunu'nda yeni düzenlemelerin yapılmasını zorunlu kılmıştır. 4857 sayılı Yasa'da geniş ölçüde bu *uluslararası normlara* uygun düzenlemeler getirilmiştir. Özellikle iş güvencesi ile iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin çağdaş normların hukukumuzda kazandırılması gereği acil olarak ortaya çıkmıştır.

4857 sayılı İş Kanunu *işçilerin haklarının geliştirilmesi* açısından değerlendirildiğinde genel olarak şu sonuca varılabilir: Kanımıza göre bir işçinin en temel ihtiyaçlarını dört noktada toplamak mümkündür. Bunlar işçinin *ücretinin, iş sağlığı ve güvenliğinin, işinin ve sosyal güvenliğinin* korunmasıdır. Konumuzun dışında kalan sosyal güvenlik bir kenara bırakılacak olursa, 4857 sayılı Yasa, 1475 sayılı Yasa'da yer almayan işçinin ücretini, iş sağlığı ve güvenliğini, işini yani iş güvencesini koruyan yeni ve ileri hükümler getirmiştir.

Bilindiği gibi, 4857 sayılı İş Kanunu taslağı hükümet, işçi ve işveren kesimleri tarafından seçilen üçer profesörden oluşan dokuz kişilik bir bilim kurulu tarafından hazırlanmıştır. Yasanın hazırlanmasındaki bu özgün ve *katılımcı yöntem* Uluslararası Çalışma Örgütü tarafından da övgüyle karşılanmış ve kayıtlara geçmiştir. Adı geçen kurul tarafından hazırlanan taslakta Parlamentoda kanımıza göre genellikle olumlu yönde olmayan bazı değişiklikler yapılmış ve

yasada yer alması uygun olan bazı hükümler taslaktan çıkarılmıştır.

III. TEMEL DEĞERLENDİRME ÖLÇÜTLERİ

Bireysel iş hukukunun bugününün ve geleceğinin incelenmesi yürürlükteki mevzuat hakkında eleştirel bir tahlil yapmayı, bir değer hükmü vermeyi ve yarın nasıl olması gerektiği konusunda önerilerde bulunmayı gerekli kılar. Sübjektif bir değerlendirmenin olası tuzaklarından kaçınabilmek, mümkün olduğu kadar bilimsel bir yaklaşım sergileyebilmek için bazı temel *objektif ölçütlere* (parametrelere) ihtiyaç vardır. Bu somut ölçütler sayesinde sübjektif değerlendirmelerden labildiğince kurtulup sorunu objektivize etmek (nesnelleştirmek) mümkün hale gelecektir. Kanımıza göre bu ölçütler işçinin korunması ve hassas dengenin gözetilmesi, istihdam ve esneklik gerekleri ile ILO ve AB normlarına uygunluktur.

1. İşçinin Korunması ve Hassas Denge

İş hukukunun doğuş ve gelişiminde olduğu gibi bugün de bu hukuk dalında işçinin korunması ilkesi belirli ölçüde geçerliliğini korumaktadır¹. İş ilişkilerinde işçinin korunması gereği sübjektif bir tercih olmayıp, bu ilişkinin kaçınılmaz olarak *özünde yer alan* bazı özelliklerden kaynaklanır ve bilimsel esaslara dayanır². Ayrıca bu ilke anayasal sosyal devlet kavramının ve anayasa kurallarının (m. 2, 49/2) da zorunlu bir sonucudur.

Bununla beraber, işçilerin mümkün olduğu kadar korunması yönündeki çabalar ekonominin bu yükü taşıyabilme olanakları ile sınırlıdır³. Ülke ekonomisi açısından olduğu kadar işletmeler düzeyinde de sosyal yükler işletmenin ekonomik ve mali durumunu sarsacak boyutlara ulaşmamalıdır. İş hukukunda işçinin korunması bir temel ilke oluşturmakla birlikte, işletmenin ekonomik ve teknik zorunluluklarının, üretim ve verimlilik gereklerinin de göz ardı edilmesi mümkün bulunmamaktadır. İş hukukunda işçinin korunması ilkesine mutlak bir geçerlilik tanımamakta, *sosyal olan* ile *eko-*

nomik olan arasında bir dengenin kurulması da gerekmektedir.

O halde, bireysel iş hukukunun bugününü ve yarınını değerlendirirken kural olarak işçinin korunması ilkesinden hareket etmekle birlikte yukarıda belirtilen hassas denge de göz önünde tutulmalıdır. Bu dengenin sağlanması için, ortak akli ve sosyal diyalog mekanizmalarını harekete geçirmek suretiyle yaratıcı çözümler geliştirilmelidir.

2. İstihdamın Sağlanması ve Esneklik

Türkiye'nin en önemli sorunlarından biri *işsizlik ve kayıt dışı istihdamdır*. Son yıllarda gerçekleşen yüksek sayılabilecek ekonomik büyüme hızları da beklenen istihdamı yaratmamış, işsizlik oranında belirgin bir azalma sağlamamıştır. Ülkemizde çok yaygın durumda bulunan kayıt dışı çalışma da adil rekabet ortamının oluşmasını engellemekte, yasalara uygun hareket eden işletmeler açısından haksız rekabet yaratmaktadır.

İşsizliği azaltmak için her şeyden önce *yatırım ve üretime dönük ve istihdam yaratıcı ekonomik politikaları* yürütülmelidir. Gerek işsizlik gerek kayıt dışı istihdamın yüksek oranda olmasının en önemli nedenlerinin başında *istihdam üzerindeki yükler* gelmektedir. Bu nedenle özellikle istihdam üzerindeki vergilerin azaltılması, istihdama mali teşviklerin, vergi indirimlerinin uygulanması ile sosyal sigorta primlerinin aşağıya çekilmesi istihdamı sağlayıcı ve kayıt dışısını azaltıcı nitelikteki önlemlerdir. Vergi yükleri ve sosyal sigorta primleri konumuz dışında kaldığından burada daha fazla bilgi verilmeyecektir.

Her ne kadar vergi ve sosyal güvenlik mevzuatlarında yapılacak düzenlemelerle istihdamı olumlu yönde etkilemek mümkünse de iş hukuku da kendi açısından bu konuda katkılarda bulunabilir. Bireysel iş mevzuatında kural olarak işyerinde çalışmakta olan işçileri koruyucu nitelikte düzenlemeler yer alır. Çağdaş bir iş hukuku sadece çalışanları korumakla yetinmez. Çalışanlar kadar *işsizlerin de korunması*, onlara istihdam olanaklarının yaratılması bir sosyal hukuk devletinin ödevleri arasındadır (AY 49). O halde, iş mevzuatında mümkün ol-

duğu kadar istihdamı engelleyen değil istihdam yaratmaya dönük hükümler yer almalıdır.

İstihdama dost bir iş hukuku, bu hukuk dalında kaçınılmaz olarak belirli alanlarda *esneklik* getirilmesini zorunlu kılar. Aynı şekilde, üretim ilişkilerinde esnek çalışma yöntemlerinin tıkanması kayıt dışı çalışmaları artırabilir. Bununla beraber, bireysel iş hukukunda esnekleştirmelere gidilirken, esnekleşmeye konu olacak alanlar ülkenin koşul ve ihtiyaçlarına uygun olarak dikkatle seçilmeli, esnekleştirmenin sınırları da işçiyi koruyucu nitelikteki asgari emredici kurullarla belirlenmelidir.

Nitekim Avrupa Birliği'nde de esneklik istihdamın artırılmasında önemli bir etken olarak değerlendirilmekle birlikte, çalışanlara da yeterli güvencenin sağlanması gerektiği kabul edilmektedir⁴. Avrupa Birliği Komisyonu tarafından Kasım 2006'da yayımlanan "21. Yüzyılın Zorluklarına Karşı İş Hukukunun Modernleştirilmesi" başlığını taşıyan *Yeşil Belge*'de istihdamın sağlanması için işgücü piyasalarının daha esnek hale getirilmesi gerektiği ileri sürülmekte, ancak esneklik ile güvence arasında bir denge oluşturulmasını öngören *güvenceli esneklik* (flexicurity) kavramına da yer verilmektedir⁵.

Ayrıca önemle belirtelim ki, *aktif istihdam politikaları* istihdamın sağlanmasında önemli rol oynar. Bu bağlamda mesleki eğitim ve yaşam boyu eğitim yoluyla işgücünün esnekleştirilmesi, vasıflarının artırılması, meslek danışmanlığı, geçici istihdam büroları bu konuda önemli katkılar sağlar.

Aşağıda bireysel iş mevzuatı hükümleri ve hukuki kurumları istihdamın sağlanması ve kayıt dışısının önlenmesi açısından da değerlendirilmeye tabi tutulacaktır.

3. ILO ve Avrupa Birliği Normları

Uluslararası Çalışma Örgütü işçi-işveren ilişkilerini yönetecek çağdaş normları üretmek ve bunların uygulanmasını izlemek yoluyla iş hukukunun gelişmesine önemli katkılarda bulunmaktadır. Ülkemiz de birçok önemli ILO sözleşmesini onaylamış ve uyum yasalarını çıkarmak suretiyle iç hukukuna aktarmıştır. Ayrıca, 7.5.2004 tarihli ve 5170 sayılı Yasa'yla Anayasanın 90. maddesine son fıkra eklenmiş ve

temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşme hükümleri yasa kurallarına üstün hale getirilmiştir. ILO normları ülkemiz açısından bugün olduğu gibi, geleceğin iş hukukunda da temel ölçütleri oluşturmaya devam edecektir.

17.12.2004 tarihli Avrupa Birliği Zirvesi'nde Türkiye ile tam üyelik müzakerelerinin kararlaştırılmasıyla, ülkemiz *AB Müktesebatının* (Acquis Communautaire) üstlenilmesi sürecine girmiştir. Konumuzla ilgili olarak, 35 ana başlıktan AB Müktesebatının "Sosyal Politika ve İstihdam" başlıklı 19. bölümünün Türk iş mevzuatına yansıtılması gerekmektedir.

Avrupa Birliği Komisyonu 1998 yılından beri her yıl Türkiye hakkında *ilerleme raporları* yayımlamaktadır. Hukuki anlamda bir bağlayıcılığı olmayan bu raporların amacı AB Müktesebatına uyum sürecinde Türkiye'nin eksikliklerini belirlemek ve bu eksikliklerin raporlarda belirtilen esaslar çerçevesinde düzeltilmesini sağlamaktır. Her ne kadar, bu raporlar sosyal mevzuatımızın AB normları karşısındaki durumuna belirli oranda ışık tutacak nitelik taşımaktasalar da, söz konusu raporlarda belirtilen hususların bir bölümüne, kanımızca yeterince titiz bir araştırmanın ürünü olmadıkları için aşağıda görüleceği gibi katılmak mümkün bulunmamaktadır⁶.

Bilindiği gibi, Avrupa Birliği sürecinde Türkiye'ye bazı siyasi dayatmalarda bulunmakta ve ülkemizin önüne çeşitli engeller çıkarılmaktadır. Bu bağlamda tarama süreci de geniş ölçüde durdurulmuştur. Bununla beraber, kanımıza göre AB'ye uyum çalışmaları boşa harcanmış çabalar olarak değerlendirilmemeli, AB normları bizden istendiği için değil, sosyal hukukumuzun bu arada *bireysel iş hukukunun* *daba çağdaş ve modern* bir yapıya kavuşturulması yönünde atılmış adımlar olarak kabul edilmelidir⁷.

Nitekim, 4857 sayılı İş Kanunu'nu hazırlamakla görevli bilim kurulunda da Avrupa Birliği yönergelerinden geniş ölçüde yararlanmış, bireysel iş hukuku mevzuatımız eksiklikleri olmasına karşın AB mevzuatına yakınlaştırılmıştır⁸. Aşağıda yürürlükteki bireysel iş hukuku mevzuatımız diğer ölçütler yanında Avrupa Birliği normları açısından da değerlendirilecek,

hangi noktalarda bir uyumun hangi konularda eksikliğin bulunduğu ortaya konulmaya çalışılacaktır.

Yarının Türk bireysel iş hukuku işçinin belirli oranda korunmasını ve hassas dengelerin bozulmasını gözeterek istihdamı sağlayan, gerekli esneklikleri gerçekleştiren, uluslararası hukukun diğer değişle ILO ve AB'nin normlarını ülkenin koşullarına uygun olarak iç hukukunda yaşama geçiren bir hukuk dalı olmalıdır.

IV. GENEL ESASLAR

1. Sosyal Diyalog ve Yönetime Katılma

Çağdaş iş hukukunun en karakteristik ve önemli özelliklerinden biri sosyal diyalog mekanizmaları ile çalışanların ülke düzeyinde çalışma yaşamının ve işletmelerde iş ilişkilerinin düzenlenmesine katılabilmeleridir. Ülkemizde *ulusal düzeyde* sosyal diyalogun, 11.4.2001 tarihli ve 4641 sayılı Ekonomik ve Sosyal Konseyin Kuruluşu Hakkında Kanun'un öngörülmesi ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 114. maddesinde Üçlü Danışma Kurulu'nun getirilmesi ve bunlara ilişkin yönetmeliklerin çıkarılmasıyla gerçekleştirildiği söylenebilir. Ancak, Avrupa Komisyonu'nun 2005 tarihli ilerleme raporunda Ekonomik ve Sosyal Konsey'in hükümet ağırlıklı yapısı ile Üçlü Danışma Kurulu'nun yönetmeliğinin gerektirdiği sıklıkta (m. 7) toplanması haklı olarak eleştirilmiştir⁹.

Buna karşılık, ülkemizde *işletme düzeyinde* sosyal diyalog, diğer değişle yönetime katılma ancak çok marjinal düzeyde gerçekleşebilmiştir. Türkiye'de işçilerin yönetime katılmasına olanak tanıyan genel bir yasal düzenleme ve yönetime katılma modeli bulunmamaktadır. İş mevzuatımızda sadece iş sağlığı ve güvenliği kurulları ile yıllık ücretli izin kurullarında yönetime katılma söz konusudur¹⁰. Ayrıca, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nda (m. 30, 34-35) işyeri sendika temsilciliğine yer verilmiştir. Toplu iş sözleşmesi uygulamamızda bazı katılım yöntemleri geliştirilmiştir.

Avrupa Birliği'nde sosyal diyaloga ilişkin Türk iş hukukunda karşılığı bulunmayan birçok tüzük ve yönerge çıkarılmıştır¹¹. Bunlardan özellikle 2001/86 sayılı Avrupa Şirketlerinde

Teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler gibi işletme ve işin gereği olarak da alt işverene iş verilebilmelidir.

Çalışanların Yönetime Katılımına ve 2002/14 sayılı İşletmelerde Çalışanların Bilgilendirilmesi ve Danışma Sürecinin İşletilmesine Dair Yönergeler konumuz açısından önem taşımaktadır. 2001/86 sayılı Yönerge'nin 2. maddesinin (h) fıkrasında yönetime katılma, çalışanların bilgilendirilmesi, onlara danışılması, çalışanların temsilcileri yoluyla işletmede alınacak kararları etkileyebilecekleri herhangi bir mekanizma olarak tanımlanmıştır.

Bu bağlamda bilim kurulu taslağının 113. maddesinde yer alan *işçi temsilciliği* kurumunun Parlamente'da 4857 sayılı İş Kanunu'na alınmaması AB yönergelerine aykırı olduğu gibi ülkemizde çağdaş iş hukukunun ve endüstriyel demokrasinin gelişimi açısından önemli bir eksiklik oluşturmuştur. Anılan maddenin 1. fıkrasında, işyeri temsilcileri ile ilgili olarak özel bir düzenleme getirilinceye kadar, işyeri sendika temsilcilerinin bulunmadığı hallerde, en az on işçinin çalıştığı işyerlerinde işçiler tarafından Sendikalar Kanunu'nun 34. maddesinde belirtilen işyeri sendika temsilcileri sayısında seçilecek işçi temsilcilerinin görev yapacağı hükme bağlanmıştır. Taslağın bu hükmünün işçi konfederasyonlarının itirazları üzerine sosyal tarafların mutabakatı ile yasaya alınmaması sonucunda, toplu iş sözleşmesi yapma yetkisinin kesinleşmediği tüm işyerlerinde, işçilerin menfaatlerini ve haklarını koruyacak ve işverenlerle sosyal diyalogu gerçekleştirecek işçi temsilciliği kurumundan iş mevzuatımız yoksun kalmıştır.

Bu kurumun yasaya alınmaması İş Kanunu'nda olması gereken *dengeleri bozmuş* ve danışma işlevi bakımından mevzuatımızda önemli bir boşluk yaratmıştır. Örneğin *toplular çıkarmalarda, işyeri devrinde* vb. hallerde işyeri sendika temsilcilerinin bulunmadığı durumlarda gerekli görüşmeler yapılamayacak, çağdaş ve modern bir iş hukukunun gereksindiği sosyal diyalog gerçekleştirilmemiş olacaktır¹².

İşçi-işveren ilişkilerinin gerektiği gibi geliş-

mesi arzu ediliyorsa AB normlarında yer aldığı gibi sosyal diyalog ve danışma mekanizmalarına mutlak ihtiyaç vardır. Bu nedenle, işçi temsilciliği kurumu İş Kanunu'nda yer almalı, işçi-işveren ilişkilerinin birçok alanında danışma işlevini yerine getirmeleri sağlanmalıdır. Daha genel anlamda hukuk sistemimizde işletmelerde yönetime katılma modellerinin yaşama geçirilmesini sağlayacak düzenlemelerin yapılması gerekmektedir. Bu bağlamda AB müktesebatına uyum çerçevesinde hukukumuzda da oluşturulması gereken *işletme (iş) konseylerine*¹³ ilişkin düzenlemelerin henüz çok uzağında bulunmaktayız.

2. Alt İşveren

Türk iş hukuku öğretisinde 4857 sayılı İş Kanunu'nun en çok tartışılan hükümlerinden biri bu yasanın 2. maddesinde düzenlenmiş olan alt işveren kurumudur. İş Kanunu'nu hazırlayan bilim kurulunun alt işverene ilişkin hükümleri kaleme alırken başlıca ve haklı kaygısı, ülkemizde çok yaygınlaşmış olan *muvazaalı alt işveren uygulamalarını* önlemek olmuştur. Bu amaçla isabetli olarak İş Kanunu'nun 2. maddesinin 7. fıkrası öngörülmüştür.

Parlamento muvazaayı önlemeye yönelik anılan fıkrada yer alan sınırlamalarla yetinmemiş, ayrıca alt işverenliğin kurulmasında diğer koşulların yanına "işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde" iş alma koşulunu da eklemiştir. Bu hükmün, alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi için bunun hem işletmenin ve işin gereği olması, hem teknolojik nedenlerle yapılması ve hem de uzmanlık gereği olması gibi üç koşulun kümülatif olarak bir arada bulunmasını gerektirdiği şeklinde yorumlanması halinde alt işveren ilişkisinin kurulması neredeyse olanaksız hale gelecektir.

Kanımıza göre İK 2/6'da yer alan katı koşul¹⁴ uygulamadaki ihtiyacı dengeli bir biçimde sağlayacak şekilde düzenlenmeli¹⁵, hükümde yer alan "ile" sözcüğü "veya" sözcüğü ile değiştirilmelidir. Böylece teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler gibi işletme ve işin gereği olarak da alt işverene iş verilebilmelidir. Ancak *sırf daba ucuz işçi çalıştırmak* amacıyla alt iş-

veren ilişkisi kurulamayacağı yasaya eklenmelidir. Çünkü olayların çoğunluğunda bir işletme gereği ve zorunluluğu bulunmadığı halde alt işveren ilişkisi sırf maliyetleri düşürmek amacıyla kurulmaktadır¹⁶.

1.7.2006 tarihli ve 5538 sayılı Yasayla İş Kanunu'nun 2. maddesine 8. ve 9. fıkralar eklenmiş ve 6. ve 7. fıkralarda yer alan koşul ve sınırlamaların ortaklık sermayesinin en az yüzde ellisine sahip bulunan *kamu kurum ve kuruluşları* için söz konusu olmayacağı hükme bağlanmıştır. Anayasanın eşitlik ilkesine aykırı olan adı geçen 8. ve 9. fıkraların yürürlükten kaldırılması gerekir¹⁷.

3. İşyerinin Devri

Avrupa Birliği İstihdam Stratejisi'nde istihdamın artırılmasında ve kayıt dışının önlenmesinde, işyerinin kurulmasında ve işçi alımında bürokratik süreçlerin de etkili olduğu belirtilmektedir¹⁸. Ülkemizde işyerlerinin kuruluşunda fazla olan bürokratik formalitelerin azaltılması istihdamın artırılması ve kayıt dışının önlenmesi çabalarına katkıda bulunabilir¹⁹.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesi genel olarak 2001/23 sayılı AB yönergesinde yer alan işyerinin veya bir bölümünün devrine ilişkin esasları benimsemiş bulunmaktadır. Bu husus anılan maddeye ilişkin yasa gerekçesinde de belirtilmiştir.

Ancak AB Yönergesinin 7. maddesinde yer alan hem devreden, hem devralan işverenin, işçi temsilcilerini, onların bulunmadığı hallerde ise işçileri, devir günü, devrin nedenleri, işçiler açısından hukuki, ekonomik, sosyal sonuçları, işçiler için öngörülen önlemler konusunda *bilgilendirme* ve işçi temsilcilerine bu konuda *danışma* yükümlülüklerine İK. 6'da yer verilmiştir. Bu hükmün İş Kanunu'na alınması, bilim kurulu taslağında öngörüldüğü gibi işçi temsilciliği kurumunun getirilmesi, bunun sonucunda bilgilendirme ve danışma yükümlülüklerinin yönergeye uygun olarak yerine getirilmesi uygun olacaktır.

Bunun gibi, 2001/23 sayılı AB Yönergesinin 4. maddesinin 2. fıkrasına göre işyerinin devri çalışma koşullarında işçi aleyhine esaslı değişiklik yaratırsa ve işçi bu nedenle iş akdini

sona erdirirse, sözleşmenin *işveren tarafından feshedildiği* kabul edilir ve buna ilişkin hukuki sonuçlar doğar²⁰. Yönergenin bu hükmünün de İş Kanunu'na alınması ve işçinin işyerinin devrinde İş Kanunu'nun 22. maddesinin uygulanmasına gerek kalmaksızın çalışma koşullarında aleyhe esaslı değişikliğe karşı bu yöntemle de korunması isabetli olacaktır.

4. İş Kanunu'nun Kapsamı

İş Kanunu'nun 4. maddesinde iş akdiyle çalışmalarına karşın geniş bir çalışan grubu bu yasanın kapsamı dışında tutulmuştur. 1475 sayılı Yasadan farklı şekilde 4857 sayılı İş Kanunu ile Yardım Sevenler Derneği atölyelerinde çalışanlar ve çalışmasını aynı konuta hasretmeyen kalorifersiz konut kapıcıları istisnalar arasından çıkarılmış, isabetli olarak İş Kanunu'nun kapsamına alınmışlardır. Buna karşılık, bilim kurulu taslağından farklı olarak üç kişinin çalıştığı *esnaf ve sanatkâr işyerlerinde çalışanlar* 4857 sayılı yasanın kapsamı dışında tutulmuşlardır. Böylece büyük bir çalışan kitlesi İş Kanunu'nun koruma alanı dışında kalmıştır.

Kanımıza göre sadece esnaf ve sanatkâr işyerlerinde çalışanların değil, İK. 4'de sayılan *diğer çalışan kategorilerinin* de kural olarak İş Kanunu'nun kapsamına alınması gerekir. Nitekim, gerek Uluslararası Çalışma Örgütü'nde gerek Avrupa Birliği'nin 2005 tarihli Türkiye İlerleme Raporunda İş Kanunu'nun 4. maddesinde yer alan istisnalar eleştirilmektedir²¹. Ülkemizin bugün geldiği ekonomik ve sosyal aşamada, adil olmayan bu istisnaları anlamak güçtür. Geleceğin iş hukukunda bu istisnalar herhalde yer almayacaktır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 4. maddesinde 50'den fazla işçi çalıştıran *tarım ve orman işyerlerinde* bu yasanın uygulanacağı öngörülmüştür. Ne var ki, tarım ve orman işlerinin özellikleri İş Kanunu çerçevesinde bunların sorunlarını çözmeye elverişli değildir. Daha önce birçok Tarım İş Kanunu taslakları hazırlanmışsa da bunlar kanunlaşmamıştır. Yarının iş hukukunun gündeminde tarım işlerinin özelliklerine uygun ayrı bir Tarım İş Kanunu'nun çıkarılması da bulunmalıdır²².

V. İŞ AKİTLERİ

1. Esnek Çalışma Türleri

İşgücü piyasasında daha önce belirttiğimiz gelişmeler sonucunda ülkemizde atipik iş akdi türleri sözleşme özgürlüğü çerçevesinde sosyal korumadan yoksun bir biçimde kurulmuş ve uygulanmıştır. Bu iş akdi türlerinin önemli bir bölümü, 4857 sayılı İş Kanunu'nda işçileri koruyucu hükümler de getirilmek suretiyle yasal sisteme dahil edilmiştir.

İş hukukunun amaçlarından birinin de istihdam olması gerektiği yukarıda belirtilmiştir. İşgücü piyasalarında esneklik daha fazla istihdam yaratılması açısından önem taşımaktadır²³. Başka bir anlatımla, aşağıda belirtileceği şekilde esnek iş akdi türlerinden yararlanılmak suretiyle istihdamın artırılması mümkündür.

2. Belirli Süreli İş Akdi

Belirli süreli iş akitleri bir ülkede istihdamın teşviki açısından önemli işlevler yerine getirebilir. Ancak, belirli süreli sözleşmeyle çalışanlara iş güvencesi kurallarının uygulanmaması, kimi işverenlerce bu kuralların dolanılması amacıyla belirli süreli sözleşmeler yapılması sonucunu yaratabilir. Bu nedenle, belirli süreli iş akdi kurma serbestisi ile iş güvencesi arasında bir denge kurulması gerekmektedir.

Avrupa ülkelerinde belirli süreli iş akitleri yeni iş alanlarının yaratılması, işverenlerin yatırıma özendirilmesi, ilk kez işe gireceklere veya işsizlere belirli bir süre için de olsa iş bulunması gibi gerekçelerle teşvik edilmektedir²⁴. Buna karşılık, bu sözleşmelerin kötüye kullanılmasını, iş güvencesi hükümlerinin dolanılmasını engellemek amacıyla bu sözleşme türüne belirli sınırlar da getirilmektedir.

İş Kanunu'nun 11. maddesinin 1. fıkrasına göre belirli süreli iş akitlerinin kurulabilmesi ancak "belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması" gibi *objektif koşulların* varlığına bağlanmıştır. Bunun gibi, belirli süreli iş akdinin yenilenebilmesi için de esaslı (objektif) bir nedenin bulunması gerekir. Aksi takdirde iş akdi başlangıçtan itibaren belirsiz süreli kabul edile-

cektir (İK 11/2). Görüldüğü gibi, hukukumuzda gerek ilk kez, gerek birden fazla ard arda yapılan iş akitlerinin belirli süreli olma özelliğini koruyabilmeleri için objektif bir nedene dayanmaları gerekir.

Avrupa Birliği'nin 99/70 sayılı belirli süreli iş akitlerine ilişkin yönergesinin 3. maddesinde ise bu sözleşmenin *ilk kez kurulmasında* katı olmayan bir koşulun kabul edildiği görülmektedir. Her ne kadar adı geçen maddede belli bir işin tamamlanması ve belirli bir olgunun ortaya çıkması ölçütleri öngörülmüşse de yine bu hükümde yer alan "belirli bir günün gelmesi" ölçütü yani bir takvim günü belirtilerek belirli süreli iş akdinin kurulabilmesi tarafların bu sözleşmeyi yapma serbestisini genişletmektedir.

Yönergenin 5. maddesinde ise, iş güvencesi hükümlerinin dolanılmasını engellemek amacıyla zincirleme belirli süreli sözleşmelerin yapılmasını sınırlayan bir kural getirilmiştir. Buna göre, AB üyesi ülkeler belirli süreli iş akitlerinin yenilenebilmesi için aşağıda belirtilen üç koşuldan birine veya birden fazlasına mevzuatlarında yer vermek durumundadırlar. Söz konusu koşullardan ilki, belirli süreli sözleşmenin yenilenebilmesi için bunu haklı bulan *objektif bir nedenin* bulunmasıdır. İkincisi, ard arda kurulabilecek belirli süreli iş akitlerinin *toplam azami süresinin*, üçüncüsü ise bu sözleşmelerin *yenilenebilme sayısının* belirtilmesidir²⁵.

Avrupa Birliği ülkelerinde bu yönergeye uygun düzenlemeler getirilmektedir. Örneğin Alman hukukunda 2000 tarihli Kısmi Süreli ve Belirli Süreli İş Akitleri Hakkındaki Kanun hükümlerine göre, işçinin belirli süreli iş akdi ile de olsa kazanç sağlayıcı bir olanağa kavuşabilmesi için, kurulmasında *objektif bir nedenin varlığı aranmaksızın* en çok iki yıla kadar belirli süreli sözleşme yapılmasında taraflar serbest bırakılmıştır. Aynı şekilde, yine toplam süresi iki yılı aşmamak koşuluyla belirli süreli iş akdinin üst üste üç kez yenilenmesine olanak tanınmıştır (m. 14/2). Ancak bu olanak işçinin aynı işverenle daha önce belirli ve belirsiz süreli iş akdi yapmamış olması koşuluna bağlanmıştır²⁶. Belirtelim ki, sadece Almanya'da değil diğer AB üyesi ülkelerin önemli bir kısmında

AB mevzuatına ve Avrupa ülkeleri hukukundaki düzenlemelere uygun olarak hukukumuzda da belirli süreli iş akitlerinin ilk kez kurulmasında sınırlı da olsa bir esneklik getirilmesi uygun olacaktır.

da ilk kez yapılan iş akitlerinde objektif neden aranması söz konusu değildir²⁷.

Görüldüğü gibi, İş Kanunu'nun 11. maddesinde belirli süreli iş akitleri konusunda AB'nin 99/70 sayılı yönergesinin ve birçok AB ülkesi mevzuatının esnek yapısına uygun düşmeyen oldukça katı bir düzenleme getirilmiştir²⁸. Mevzuatımızda ilk kez yapılan belirli süreli iş akitlerinde objektif neden aranmasının istihdam artırma amacına aykırı düştüğü ve bu nedenle gözden geçirilmesi gerektiği AB tarafından da eleştiri konusu yapılmaktadır²⁹. Kanımıza göre de AB mevzuatına ve Avrupa ülkeleri hukukundaki düzenlemelere uygun olarak hukukumuzda da belirli süreli iş akitlerinin ilk kez kurulmasında sınırlı da olsa bir esneklik getirilmesi uygun olacaktır³⁰.

İstihdamın artırılmasında etkili olabilecek bir diğer önlem de *yeni kurulan işyerlerinde* azami bir süreyle sınırlı olmak üzere objektif bir neden bulunmaksızın belirli süreli iş akitlerinin yapılmasına olanak tanınmasıdır. Bu şekilde bir esnekliğin sağlanmasının nedeni, hem yeni kurulan işletmelerin korunması, hem de bu yolla istihdamın artırılmasının teşvik edilmesidir. Örneğin, Alman Kısmi Süreli Çalışmalar ve Belirli Süreli Sözleşmeler Kanunu'nun 14. maddesine 24.12.2003 tarihli İş Piyasası Reformu Kanunu'yla eklenen (2a) fıkrasıyla yeni kurulan işletmelere kuruluşundan itibaren dört yıl boyunca objektif haklı bir neden aranmaksızın belirli süreli iş akdiyle işçi istihdam edebilme hakkı tanınmıştır. Yeniden yapılandırılan işletmeler bu esneklikten yararlanamadıkları gibi bu olanak ancak işçinin aynı işverenle daha önce iş akdi yapmamış olması koşuluna bağlanmıştır³¹.

Ülkemizde de yapılacak yasa açısından yeni kurulan işyerlerinde bir süre objektif neden aranmaksızın belirli süreli iş akitlerinin kurulması olanağının tanınması yeni işyerlerinin açılmasını ve istihdamın artırılmasını özendircektir. Bununla beraber böyle bir gelişme olduğu takdirde ortaya çıkabilecek kanuna karşı hileler konusunda duyarlı olmak gerekmektedir.

Gerek ilk kez yapılan iş akitlerinde, gerek yeni kurulan işyerlerinde belirli süreli iş akdi kurulmasına esneklik getirilmesi, işsizlere belirli süreli de olsa iş olanağının tanınması kadar, belirli süreli istihdamın belirsiz süreli *istihdama köprü* olma amacını da taşır. Bu nedenle 99/70 sayılı AB yönergesinin 6. maddesinde belirli süreli sözleşmelerle çalışan işçilerin belirsiz süreli işlere geçişini kolaylaştırmak amacıyla işverenin kendilerine işletmede açılan boş belirsiz süreli işlerin bildirilmesi yükümlülüğü getirilmiştir. Mevzuatımızdaki yokluğu AB tarama sürecinde de eleştiri konusu yapılmış bu yükümlülüğün İş Kanunu'nda yer alması uygun olacaktır³².

İş akdinin şekli konusunda İş Kanunu'nun 11. maddesinin 1. fıkrasında, *süresi bir yıl ve daha fazla* olan iş akitlerinin yazılı şekilde yapılması zorunluluğunu hükme bağlayan İK 8/2 hükmüyle açık çelişki yaratan bir hüküm öngörülmüştür. Bilim kurulu taslağında yer almamasına karşın TBMM'inde yapılan değişiklikte, tüm belirli süreli iş akitlerinin yazılı şekilde yapılacağı bu sözleşmelerin İK 11/1'de yer alan tanımına eklenmiştir. Yasada öngörülecek değişiklikte sadece süresi bir yıl ve daha fazla olan iş akitlerinin yazılı bir şekilde yapılacağı hükme bağlanmalıdır.

3. Kısmi Süreli Çalışma

Bir ülkede esnek çalışma türü olan kısmi çalışma oranı ile işsizlik oranının azalması arasında doğrudan bir korelasyon olduğu gözlenmektedir. Kısmi süreli iş akitlerinin artması ülkede yeni işler yaratmayı kolaylaştırma işlevini yerine getirir. Kısmi süreli çalışmanın istihdam üzerindeki olumlu etkisi nedeniyle Avrupa Birliği'nde bu çalışma türü teşvik edilmekte ve bu konuda 97/81 sayılı yönerge yayımlanmış bulunmaktadır. Bu yönerge esneklik ile kısmi

sürelili çalışanların korunması gereğinin optimal düzeyde uyumlandırılmasını amaçlamaktadır³³.

4857 sayılı İş Kanunu'nun kısmi çalışmaya ilişkin hükmü esas itibariyle AB'nin 97/81 sayılı yönergesi esas alınmak suretiyle düzenlenmiştir. Bununla beraber anılan yasanın yürürlüğe girmesinden bu yana, kısmi süreli çalışmaların oranında bir artış olmamış, bu çalışmaların toplam istihdam içindeki payı düşük kalmaya devam etmiştir³⁴.

4. Çağrı Üzerine Çalışma

Çağrı üzerine çalışma işverene işçinin çalışma saatlerini işin yoğunluğuna göre ayarlayabilme olanağı tanıyan bir esnek çalışma türüdür. Bu çalışma biçiminde, çalışma günü ve saatlerini belirleme yetkisi işverene bırakıldığından, dengeyi sağlamak açısından işçiyi koruyucu kuraların da yasaya konulması gerekir.

Ne var ki, İş Kanunu'nun 14. maddesinde işçinin haftalık çalışma süresine, çağrının kaç gün önce yapılacağına, her çağrıda işçinin günde kaç saat çalıştırılacağına ilişkin hükümler *yedek hukuk kuralı* olarak düzenlenmiştir. Yasada belirtilen sürelerin aksinin kararlaştırılmasının mümkün bulunması, iş bulmakta zorlanan işçilerin aleyhine uygulamalara yol açabilir³⁵. Sözleşmelerle çok düşük haftalık ve günlük çalışma süreleri kararlaştırılabileceği gibi, çok yakın çağrı süreleri belirlenerek işçi sürekli emre hazır ve işverene bağımlı hale getirilebilir, özel yaşamı ortadan kaldırılabilir. Bu nedenle yapılacak kanunda adı geçen hükümler *nispi emredici* olarak düzenlenmelidir³⁶.

5. İş Akdi Yapma Zorunluluğu

4857 sayılı İş Kanunu'nun 30. maddesinde düzenlenen özürllülerle iş akdi yapma zorunluluğu dışında 1.7.2005 tarihli ve 5378 sayılı *Özürllüler Kanunu* öngörülmüştür. Bu yasanın amacı, özürllülüğün önlenmesi, özürllülerin sağlık, eğitim, rehabilitasyon, istihdam, bakım ve sosyal güvenliğe ilişkin sorunlarının çözüm ile her bakımdan gelişmelerin sağlamak ve önlerindeki engelleri kaldırmaktır (m. 1). Adı geçen yasada özürllüler aleyhine ayrımcılığı önlemeyi amaçlayan (m. 14/1-2), rehabilitasyonları ile istihdamlarını sağlayacak *korunmalı işyerlerini*

(m. 14/3) düzenleyen kurallar da yer almıştır. 5378 sayılı Yasa hukukumuzda özürllülerin her açıdan korunması ve bu arada istihdamlarının sağlanması açısından önemli bir aşama oluşturmuştur.

Kanımıza göre mevzuatımızdaki işverenin *yeniden* iş akdi yapma zorunluluğunu yerine getirmemesi halinde uygulanacak *hukuki yaptırımlar* yetersizdir. Gerçi, 4857 sayılı İş Kanunu'nda işyerinden malulen ayrılanlar ve askerlik ödevini yerine getirenlerle yeniden sözleşme yapılmaması halinde tazminat yaptırımları hükme bağlanmıştır (İK 30/8, 31/son). Buna karşılık, toplu işten çıkarılanların, sendika yönetiminde görev alanların, hastalığı sona eren gazetecilerin yasanın emrine rağmen tekrar işe alınmamaları halinde idari ve cezai yaptırımlar (para cezaları) öngörülmüşse de, bu işçilerin talep edebilecekleri tazminat hükümleri yasalarda yer almamaktadır³⁷. İş hukuku öğretisinde ileri sürülen, bu gibi durumlarda işçinin aynen ifa davası açarak iş akdinin yeniden yargı kararıyla kurulmasını sağlayabileceğine ilişkin görüş Yargıtay tarafından benimsenmemiştir. Mevzuatımızda etkili hukuki yaptırımlar öngörülmek suretiyle işverenlerin yeniden iş akdi yapma zorunluluklarını yerine getirmeleri sağlanmalıdır. Çünkü yasada emredici olarak bir hükmün yer almasına karşın bu hükmün gereğinin yaşama geçirilememesi hukukun etkinliği ve üstünlüğü ile ilgili önemli bir konudur.

6. İş Akdinin Devri

İş akitlerinin bir bütün olarak yani tüm hak ve borçlarıyla başka bir işverene sürekli ve kesin bir şekilde devri İş Kanunu'nu hazırlamakla görevli bilim kurulu taslağında yer almıştı (m. 7). Anılan düzenleme göre "Bir iş sözleşmesinin tarafı olan işveren, işçinin rızası ile işin görülmesini talep hakkını sürekli olarak başka bir işverene devredebilir. Devir işlemi ile birlikte devreden işveren ile işçi arasındaki iş ilişkisi sona erer ve devralan işveren bütün hak ve borçları ile birlikte işveren tarafı sıfatını kazanır". Taslağın bu maddesinde ayrıca işyerinin devrine ilişkin 6. maddeye yollama yapılıyor ve devralan işverenin, işçinin hizmet süresinin

esas alındığı haklarda, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlü bulunduğu hükme bağlanıyordu.

Bu taslak hüküm iş akdinin devrinde işçinin haklarını koruyucu nitelikte olmakla beraber devir esnasında işçiden alınacak muvafakatin yazılı olması daha uygun olurdu. Bilim kurulu taslağında getirilmiş olan iş akdinin devrine ilişkin hüküm TBMM'de kabul edilmemiştir. Uygulamada ortaya çıkmış olan ve esasen Borçlar Kanunu'nun 320. maddesi çerçevesinde gerçekleştirilmesi mümkün bulunan iş akdinin devri kurumunu işçiyi koruyucu hükümler getirmek suretiyle düzenleyen tasarı hükmünün İş Kanunu'na alınmaması kanımıza göre isabetli olmamıştır.

VI. İŞVERENİN BORÇLARI

1. Ücret Borcu

a) Ücretin Ödenmemesi Nedeniyle İşçinin Çalışmaktan Kaçınması

İş Kanunu'nun 34. maddesinde ücreti ödeme gününden itibaren yirmi gün içinde ödenmeyen işçilerin iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınma hakkı düzenlenmiştir. Bilim kurulu taslağında bu durumdaki işçilerin çalışmadıkları süre içinde ücrete hak kazanacakları açıkça öngörülmüştür. Bu düzenleme İş Kanunu'nun 34. maddesine alınmamıştır. Yargıtay işçilerin iş görme borcunu yerine getirmekten kaçındığı bu sürenin *ücretini* işverenden *isteyemeyecekleri* sonucuna varmıştır³⁸.

Konuya pozitif hukuk açısından yaklaşıldığında öğretideki baskın görüş doğrultusunda bu dönemde işçi ücretlerinin ödenmesi gerektiği kanısını taşıyoruz³⁹. Ancak olması gereken hukuk açısından da bilim kurulu taslağında olduğu gibi işçilerin çalışmadıkları sürece ücrete hak kazanacakları yasa da yer almalıdır. Aksi takdirde, İK 34'de öngörülen işi bırakma hakkı sadece kâğıt üzerinde kalacak, işçilerin bu hakkı kullanması *fiilen olanaksız* hale gelecektir. Bunun gibi, bu durumda işverene dolaylı bir biçimde istediği zaman *ücretsiz izin uygulama olanağı* verilmiş olacaktır. Ücretsiz izin uygulama önerisi işçiler tarafından kabul edilme-

yen (İK 22) veya bu konudaki önerisinin kabul edilemeyeceğini tahmin eden işveren ücretleri ödememek suretiyle işçileri İK 34'deki haklarını kullanmaya zorlayabilecektir. Öte yandan, İş Kanunu'na göre *iş sağlığı ve güvenliği* önlemlerinin alınmaması nedeniyle iş görmekten kaçınan işçilere ücretleri ödenirken (İK 84/3), ücretleri ödenmediği için aynı yola başvuran işçilerin ücretlerinden yoksun kalması tutarlı bir sonuç olarak kabul edilemez.

b) Ücretin Zamanaşımı

İş Kanunu'nun 32. maddesinin son fıkrasına göre "Ücret alacaklarında zamanaşımı süresi beş yıldır". Bilim kurulu taslağının gerekçesinde belirtildiği gibi "Borçlar Kanunu'nun alacaklar bakımından geçerli olan on yıllık zamanaşımı süresinin istisnasını oluşturan, ücret alacaklarının tabi olduğu beş yıllık zamanaşımı süresi...genel ilke ile uyumlu hale "getirmek amacıyla kurul tarafından on yıla çıkarılmıştır. Ne var ki, işçi ücretlerinin korunması açısından isabetli olan bu düzenleme TBMM'nde kabul görmemiş ve bu haliyle yasalaşmıştır. Ücret niteliği taşımayan alacaklar on yılda zamanaşımına uğrarken, işçilerin büyük bir çoğunluğunun yegane geçim kaynağını oluşturan ücretlerin beş yılda zamanaşımına uğramasını haklı gösterecek bir gerekçe bulabilmek güçtür. İşçilerin haklarının kayba uğramaması ve bilim kurulu taslağının gerekçesinde belirtildiği gibi diğer işçilik alacakları ile uyum sağlanabilmesi için ücretlerin on yılda zamanaşımına uğrayacağına öngörülmesi isabetli olacaktır.

2. İşçiyi Gözetme Borcu

Türk hukukunda işçinin veya hak sahiplerinin Sosyal Güvenlik Kurumu'nca karşılanmayan iş kazası veya meslek hastalığından doğan zararlarından işveren sorumludur. Bu kişiler ilk önce sosyal sigortalardan haklarını almaya çalışırlar, ancak sosyal sigortalar tarafından genellikle maddi zararlarının sadece bir kısmı karşılandığı için zararlarının tümü için bu kez işvereni dava ederler. Kanımıza göre, olması gereken hukuk açısından iş kazaları ve meslek hastalıkları sonucunda işçinin veya hak sahiplerinin uğradığı zarar Fransız,

Alman ve İsviçre hukuklarında olduğu gibi *Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından* karşılanmalıdır⁴⁰. Bu kazalanan işçiler ve hak sahipleri açısından daha güvenli bir yoldur. Çünkü zararları sosyal sigortalar tarafından karşılanınca, bunların maddi zararları için işvereni dava etmelerine ihtiyaç kalmayacaktır. Başka bir ifadeyle, mevcut durumdan farklı olarak haklarını almak için iki ayrı alanda yani hem SGK'na hem de işverene karşı uğraş vermekten kurtulacaklardır.

Kazalanan işçi veya ölümü halinde hak sahipleri bazı durumlarda işverenlerden dava yoluyla *baklarını alabilme konusunda güçlkle* karşı karşıya kalmaktadırlar. Hakları konusunda yeterince bilgi sahibi olmamaları, işlerini kaybetme endişesi ile dava açma yoluna gidememeleri, talep edebileceklerinin çok altında miktarlar karşılığında işverenlerle anlaşma durumunda kalmaları gibi nedenlerle haklarının karşılığını birçok hallerde elde edememektedirler. Buna karşılık, yabancı ülkeler hukukundaki çağdaş gelişim çizgisine de uygun düşen önerdiğimiz yönde bir sistemin getirilmesi halinde haklarını eksiksiz ve daha kolaylıkla alabileceklerdir⁴¹.

Bu sistemde de Sosyal Güvenlik Kurumu, işçilere veya hak sahiplerine yaptığı ödemeleri, *kusur sorumluluğu* ilkesi çerçevesinde *işverenlere rücu* edecektir (SSGSK 21). Başka bir deyişle, sosyal sigorta, sigortalılara veya hak sahiplerine daha fazla ödeme yapacak, ancak bunları geniş ölçüde rücu davası yoluyla kusurlu işverenlerden alacaktır⁴².

3. Eşit Davranma Borcu

4857 sayılı İş Kanunu 1475 sayılı Yasa'dan farklı olarak ayırım yasağını düzenlemiş ve bunun yaptırımına yer vermiştir. Oysa *genel eşitlik ilkesi* sadece *ayırım yasağı* hallerini yani kişinin insan olmasından kaynaklanan ve değiştiremeyeceği cinsiyeti, rengi, ırkı gibi ya da değiştirmesi istenemeyecek siyasal görüşü, felsefi inancı, dini gibi özelliklerini değil, aynı zamanda bundan başka nedenlerle gerçekleştirilecek eşitsizlikleri de kapsar. İşverenin *genel anlamda eşit davranma borcu* olarak adlandırabileceğimiz, ayırım yasakları dışında ortaya çıkabi-

lecek bu haller İş Kanunu'nun 5. maddesinde düzenlenmemiştir⁴³.

Buna karşılık, Anayasanın 10. maddesi yoluyla işverenin genel anlamda da eşit davranma borcunun bulunduğu sonucuna varılabilir. Çünkü, "Herkes... kanun önünde eşittir", "Hiçbir kişiye... imtiyaz tanınmaz" ifadelerinin yer aldığı anılan madde hem ayırım yasağını, hem de bunun dışında genel anlamda eşit davranma borcunu diğer deyişle genel eşitlik ilkesini düzenler⁴⁴. Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğünü hükme bağlayan 11. maddesi gereği Anayasanın ilke ve kuralları özel hukuk ilişkilerinde de uygulanacağından genel eşitlik ilkesi iş ilişkilerinde de uygulanır⁴⁵. Her ne kadar Anayasanın 10. maddesi gereği aynı sonuca varılabilmekteyse de yapılacak kanun bakımından İş Kanunu'nun 5. maddesinde ayırım yasağı yanında işverenin genel anlamda eşit davranma borcunun bulunduğu da yer verilmesi uygun olacaktır.

Ayrımcılıkla mücadele ve özellikle *kadın-erkek eşitliği* sorunu Avrupa Birliği'nin isabetli olarak en duyarlı olduğu konuların başında yer alır. AB'nin bu konuda öngördüğü birçok yönerge bulunmaktadır⁴⁶. Bu bağlamda ilerleme raporlarında, AB mevzuatında yer alan ırksal veya etnik köken, din ve inanç, özürllülük, yaş ve cinsel eğilimden ötürü ayrımcılığının önlenmesi ve işe alınma, ispat yükü, ebeveyn izni, şikâyet hakkı, eşitlik kurulu gibi eşitlikle ilgili konuların İş Kanunu'nda yer alması gerektiği ileri sürülmektedir. Bu önerilerin bir kısmının yeteri kadar isabetli ve haklı olduğu söylenemez.

Her şeyden önce, her ne kadar ilerleme raporlarında bazı ayırım yasaklarının mevzuatımızda öngörülmediği ileri sürülüyorsa da, ırk, din ve mezhep nedeniyle ayırım yapılamayacağı esasen İK 5'de yer almıştır. Kaldı ki, anılan maddede sınırlı bir sayım yapılmamış "benzeri sebeplere" de yer verilmiştir. Özürllülük, yaş ve cinsel eğilim benzeri sebepler içinde düşünmek mümkündür. Ayrıca, "özürllülük" Özürllüler Kanunu'nda yeni Türk Ceza Kanunu'nun 122. maddesinde ayırım yasakları arasında sayılmıştır.

Aynı şekilde, *işe almada* ayırım yapılması da adı geçen maddede cezalandırılmıştır. Esasen,

Doğum oranlarının düşük olması nedeniyle Avrupa Birliği ülkelerinde bu oranı artırmak amacıyla getirilen ebeveyn iznine ilişkin Yönergenin ülkemizin koşullarına uygunluğu tartışmaya açıktır.

işe almada edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisini ihlal eden bir durum (culpa in contrahendo) söz konusu ise borçlar hukuku sistemimize göre tazminat hakkı doğar.

İspat yükü konusunda, İş Kanunu işçinin işverenin eşit davranma borcuna aykırı davrandığını ispat yükü altında olduğunu öngörmekle birlikte, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumun varlığını ortaya koyduğu takdirde, ispat yükünün yer değiştirdiğini bu kez işverenin böyle bir ihlalin bulunmadığını ispatlaması gerektiğini hükme bağlamıştır (m. 5/7). Bu nedenle adı geçen hüküm, gerekçesinde de belirtildiği üzere AB'nin 97/80 sayılı yönergesine uygundur⁴⁷.

4857 sayılı İş Kanunu (m. 74) ve ilgili yönetmelikler *çalışan kadının ve analığın korunması* konusunda ileri adımlar atmış ve uluslararası normlara uygun düzenlemeler getirmiştir⁴⁸. Ayrıca, 7.5.2004 tarihli ve 5170 sayılı Yasa'yla Anayasanın 10. maddesine kadınların erkeklerle eşit haklara sahip olduğu, devletin bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlü bulunduğu hüküm eklenmiştir. Kadınların korunması konusunda bir örnek vermek gerekirse, analık izni ILO'nun 183 sayılı Sözleşmesi'ne göre 14 hafta (m. 4), Avrupa Sosyal Şartı'na göre ise 12 hafta (m. 8) olmasına karşılık İş Kanunumuza göre bu sürenin 16 hafta olduğu söylenebilir (m. 74/1).

Doğum oranlarının düşük olması nedeniyle Avrupa Birliği ülkelerinde bu oranı artırmak ve kadınların işgücüne katılımını sağlamak amacıyla getirilen *ebeveyn iznine* ilişkin 96/34 sayılı yönergenin, doğum oranının görece olarak yüksek olduğu ülkemizin koşullarına uygunluğu tartışmaya açıktır⁴⁹.

Buna karşılık, 2002/73 sayılı AB Yönergesi-ne uygun olarak ilerleme raporlarında yokluğu

eleştirilen, ayrımcılık uygulananların korunmasına ilişkin bir kurumsal yapının oluşturulmasını amaçlayan *eşitlik kurumu*⁵⁰ ile eşitlik ilkesinin uygulanabilmesi için bu konuda meşru çıkarı olan derneklerin ve kuruluşların *şikâyetçi* adına tüm adli ve idari prosedürlerde yer almasını sağlayacak hukuki düzenlemeler de önümüzdeki dönemin gündeminde bulunmaktadır.

VII. İŞ AKDİNİN FESHİ

1. İş Güvencesinin İstihdama Etkisi

Her ne kadar, daha ziyade liberal ekonomik yaklaşım tarafından iş güvencesinin piyasa ekonomisinin işleyişine zarar verdiği ve istihdamın maliyetini artırması nedeniyle istihdamı engellediği ileri sürülüyorsa da, bu konudaki araştırmalar iş güvencesi ile istihdamın olumsuz etkilenmesi arasında doğrudan bir ilişkinin varlığını kanıtlamamaktadır. Araştırmalara göre bu konu karmaşık ve birçok faktörün etkisine açık bir niteliğe sahiptir. Her ülkenin kendine özgü sorunları, kendi iç dinamikleri iş yaratma potansiyelini etkileyebilmekte, bir ülkede başarılı olmuş politikalar diğerinde aynı sonucu vermeyebilmektedir. Kesin bir yargıya varabilmek için o dönemde ülke ekonomisini etkileyen iç ve dış konjonktürün ve istihdamı etkileyebilecek diğer bağımsız değişkenlerin de göz önünde tutulması gerekmektedir⁵¹.

Katı olmayan, dengeli bir iş güvencesi sistemi kanımıza göre de istihdam üzerinde iddia edildiği gibi olumsuz etkiler yaratmaz. Çünkü, her şeyden önce iş güvencesi sisteminin temelinde esasen işçinin *istihdamda tutulması* yatar⁵². Piyasa ekonomisi koşullarında girişimci olan işveren, mal veya hizmet üretimi için *gerekli (nitelikli) işçiyi* ileride fesih sırasında yaşayabileceği güçlükleri ve feshin maliyetini düşünerek *işe almaktan kaçınmaz*. Sadece iş aldığı işçinin seçiminde titiz davranır.

Kaldı ki, iş güvencesi sistemi iş akdini fesih olanağını bütünüyle *işverenin elinden almamakta*, sadece yasada belirtilen geçerli nedenlere diğer deyişle işletme gereklerine ya da işçinin yetersizliği veya davranışlarına dayanmasını aramaktadır. İş akdinin feshinde geçerli nedenlerin bulunması halinde işçiyi işten

çıkarmasının iş güvencesinin olmadığı 1475 sayılı Yasanın sistemine göre daha maliyetli olduğu da ileri sürülemez. İş güvencesinin temel hedefi, iş akdinin feshinde sübjektifliğin önlenmesidir⁵³. Bu nedenlerle iş güvencesinin piyasa kurallarını (ekonomisini) ihlal ettiği veya istihdamı engellediği söylenemez.

Öte yandan, anayasamızda yer alan sosyal devlet ilkesi (m. 2) ve çalışma hakkının korunması (m. 49) ile iş hukukunun *etkinliğinin sağlanması* başka bir söyleyişle iş hukukunun yaşama geçirilebilmesi iş güvencesinin getirilmesini zorunlu kılan güçlü gerekçelerdir⁵⁴.

2. İş Güvencesinin Kapsamı

Bilim kurulu taslağında ve 4773 sayılı Yasada on ve daha fazla işçi çalıştıran işyerleri feshe karşı koruma kapsamına alınmış iken, 4857 sayılı İş Kanunu otuz ve daha fazla işçi çalıştıran işyerlerini iş güvencesinin uygulama alanına almıştır (m. 18). Ülkemizde küçük işyerlerinin oranı yüksek olduğundan toplam işyerlerinin %90'ndan fazlası, işçilerin ise yaklaşık %50'si kapsam dışında kalmaktadır⁵⁵. İş güvencesi sistemini uygulayan ülkelerin hiçbirinde otuz işçi ölçütü kabul edilmiş olup ülkelerin bir kısmında bir sınırlama getirilmeksizin tüm işçiler feshe karşı korunmuş, bir kısmında ise 5 ila 15 işçi çalıştıran işyerleri istisna kapsamına alınmıştır⁵⁶.

İş Kanunu'nun iş güvencesinin kapsamını bu ölçüde sınırlandırılması iş hukuku öğretisinde haklı eleştirilere konu olmuştur⁵⁷. Her şeyden önce böyle bir sonucun *158 sayılı ILO Sözleşmesi'nin* 2. maddesinin 5. fıkrasına uygun düşmediği açıktır. Çünkü sözleşme işletmenin büyüklüğü ve niteliği açısından esaslı sorunlar bulunan durumlarda ancak *sınırlı* bir kategorinin feshe karşı koruma kapsamı dışında bırakılabileceğini kabul etmektedir⁵⁸.

Bunun gibi, iş güvencesinden yararlanma hakkını otuz ve daha fazla işçi çalıştıran işyerlerindeki işçilerle sınırlandıran İş Kanunu hükmü Anayasanın 10. maddesinde yer alan *eşitlik ilkesine* aykırıdır. İş Kanunu'nun söz konusu hükmün aynı durumda olan bu kadar büyük sayıda bir işçi kitlesini kapsam dışında bırakması, Anayasanın 10. maddesinde güvence altına alınan kişilerin kanun önünde eşitliği temel

hakkına haksız bir sınırlama niteliği taşır⁵⁹. Ne var ki, Anayasa Mahkemesi bu konuda bir Anayasaya aykırılığın bulunmadığı görüşündedir⁶⁰. Anayasa Mahkemesinin bu kararına karşın görüşümüzü muhafaza ediyoruz.

Belirtelim ki, Yargıtay isabetli bir kararıyla bu hükmü yumuşatmış ve otuz işçi ölçütünün *nispi emredici* nitelikte olduğunu hükme bağlamıştır⁶¹. Bu karar ile Yüksek Mahkeme toplu iş sözleşmesi özerkliği çerçevesinde İK 18/1'de öngörülen otuz işçi koşulunun daha aşağı sınırlara çekilebileceği gibi tamamen göz ardı da edilebileceğini kararlaştırmıştır⁶².

3. Yeni İş Arama İzni

İş Kanunu'nun 27. maddesine TBMM'de sonradan 3. fıkranın eklenmesi nedeniyle kanun tekniği ile bağdaşmayan ve çelişkili bir durum ortaya çıkmıştır. Gerçi, bu hükümleri, yeni iş arama izni verilmeyen işçinin çalıştığı süreye ilişkin ücreti yanında, bu süre içinde çalışıldığı için o süreye ilişkin ücretini ayrıca yüzde yüz zamlı olarak alacağı şeklinde yorumlamak mümkündür⁶³. Bu fıkraları tek bir fıkra içinde, işveren yeni iş arama izin vermez veya eksik kullanırsa o süreye ilişkin ücretin üç katı tutarı işçiye ödenir şeklinde düzenlenmesi uygun olacaktır.

4. Sosyal Seçim Ölçütü

Yargıtay bir süreden beri verdiği kararlarda İK 18 uyarınca işletmenin veya işin gerekleri nedeniyle iş akdinin işverence feshinde sosyal seçim ölçütüne de uyulması gerektiğini kararlaştırmaktadır⁶⁴. Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'nda işten çıkarılacak işçilerin seçiminde sosyal durumlarına ilişkin ölçütlerin göz önünde tutulacağını düzenleyen bir hüküm (§ 1/3) yer almasına karşın İş Kanunu'nda *böyle bir kurala yer verilmemiştir*. İşverenin iş akitlerini feshederken hukukumuzda yasal dayanağı bulunan *eşit davranma borcuna* ve *ayırım yasağına* uygun davranması gerekir. Bunun dışında kalan hallerde işletme veya işin gereği söz konusu ise, işveren diğer yasal koşulları yerine getirdiği takdirde sosyal seçim ölçütüne uymak zorunda olmaksızın fesih hakkını kullanabilir⁶⁵.

5. İspat Yükü

İş güvencesine tabi işçiler bakımından İş Kanunu'nun 20. maddesinin 2. fıkrası gereğince "Feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür". İş Kanunu'nun 21. maddesindeki iş güvencesi tazminatını değil de Sendikalar Kanunu'nun 31/6. maddesindeki en az bir yıllık ücreti tutarındaki *sendikal tazminatı* talep eden işçi, işverenin işten çıkarmanın örneğin işletme gereklerine dayandığını ispat edememesi ile yetinmeyecek, feshin sendika üyeliğine veya sendikal faaliyetine dayandığını *ispatlamak zorunda* kalacaktır.

Oysa ki, *iş güvencesinin kapsamı dışında kalan* işçi mevzuatımıza göre bu konuda daha avantajlı durumdadır. İş akdinin feshi nedeniyle sendikal tazminat talep etmesi halinde SK 31/7 gereği *ispat yükü işverendedir*. Kanımıza göre, yapılacak kanun bakımından iş güvencesine tabi işçilerin aleyhine olan ispat yükü konusundaki bu çelişkili durumun giderilmesi gerekir⁶⁶.

6. Boşta Geçen Sürelere İlişkin Ücretin Ödenmesi

İşe iade davasında yargı organından iş akdinin feshinin geçersizliği yönünde karar alan işçi, iş güvencesi tazminatına hak kazanacağı gibi ayrıca işe başlatılsın veya başlatılmasın boşta geçen sürelerle ilişkin ücretinin ve diğer haklarının *en çok dört aylık* kısmını isteyebilir (İK 21/3). Ülkemizdeki uygulama ve dava yükü göz önünde tutulduğunda işe iade davalarının bu süre içinde tamamlanmasının genellikle mümkün olmadığı bilinmektedir. Yargı organının feshin geçersizliğine karar vermesinin teorik olarak anlamı, bozucu yenilik doğuran hakkın işverence kullanılmasının iş ilişkisini baştan itibaren hiç etkilememesi, bu ilişkinin taraflar arasında hiç kesilmeksizin devam etmesidir. Bu nedenle, yasada yapılacak değişikliklerle bu durumda işçiye sadece dört aylık değil *tüm boşta geçen süreye* ilişkin ücretinin ve diğer haklarının ödenmesinin sağlanması gerekir⁶⁷. Davaların uzun sürmesinin bedeli ge-

nellikle ekonomik bakımdan güçsüz olan işçilere yükletilmemelidir. Sorunun köklü çözümü kuşkusuz yargı reformunun, bu arada iş yargısı reformunun gerçekleştirilmesi ile ilgilidir.

7. Değişiklik Feshi

4857 sayılı İş Kanunu'nun 1475 sayılı Yasaya göre getirdiği önemli ve isabetli yeniliklerden biri de Alman İşçileri Feshe Karşı Koruma Kanunu'nda (§ 2) yer alan değişiklik feshine benzer bir düzenlemenin hukuk sistemimize girmiş bulunmasıdır. Her ne kadar işçilerin haklı nedenle fesih hakkına ilişkin 4857 sayılı Yasa'nın 24. maddesi düzenlenirken, 22. maddede değişiklik feshi getirildiği için, 1475 sayılı Yasanın 16/II, e maddesinde yer alan "iş şartları esaslı bir tarzda değişir"se işçinin derhal fesih hakkını kullanabileceği yolundaki hükmün 24. maddenin II. bendine konulmaması, iş güvencesinin kapsamı dışında kalanların da değişiklik feshine ilişkin İK 22'den yararlanacaklarını açık olarak kanıtlıyorsa da, öğretilerde bu konuda çıkan tereddütleri⁶⁸ gidermek için İK 22'nin İş Kanunu'na tabi *tüm işçilere uygulanacağı* yasada açıkça belirtilmelidir.

İş Kanunu'nun 22. maddesine göre işçi değişiklik önerisini kabul etmemişse işveren fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu veya *değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını* yazılı olarak açıklamak suretiyle iş akdini feshedebilir. Görüldüğü gibi bu hüküm *feshin* değil, sadece işverenin yapmak istediği *değişikliğin* geçerli bir nedeninin bulunmasının meşru bir fesih için yeterli olduğu izlenimini vermektedir. Hükmün bu yönde anlaşılması, yasaya aykırı olarak işveren lehine *geçerli fesih nedenlerinin genişletilmesi* ve yasanın amaçladığı feshe karşı korumanın zayıflatılması sonucunu doğurur. Bu şekilde İK 18'de yer alan emredici ve sınırlayıcı nitelikteki geçerli fesih nedenleri dışında değişikliğin geçerli bir nedene dayanması gibi yeni bir fesih nedeni yaratılmış olur⁶⁹. Bu nedenle, "değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını" ibaresinin İK 22'den çıkarılması uygun olacaktır.

İş Kanunu'nun 22. maddesinin 2. fıkrasında "Taraflar aralarında anlaşarak çalışma koşul-

larını her zaman değiştirebilirler” hükmü yer almıştır. Bu hüküm, çalışma koşullarında tarafların anlaşmasıyla esaslı değişikliğe gidilebileceğini ancak bunun için İK 22/1 ‘de öngörülen usule uyulması gerektiğini, işçinin reddi halinde değişiklik feshine başvurulacağını teyid eden bir düzenleme olarak yorumlanmalıdır⁷⁰. Böyle bir yoruma gidilmemesi halinde İK 22/2 hükmü ile İK 21/1 ‘de getirilmiş olan değişiklik feshine ilişkin hüküm anlamsız hale getirilmiş olacaktır. Buna karşılık, İK 22/2’nin yasada yer almaması durumunda herhangi bir değişiklik yaratmayacağından yasadan çıkarılması daha isabetlidir⁷¹.

Bilim kurulu taslağında işverence çalışma koşullarının *değiştirilmesi hakkının saklı tutulduğu* hallerde İK 22’nin uygulanmayacağı belirtilmişti. TBMM’nde bu hüküm yasaya alınmamıştır. İş Kanunu’nun 22. maddesi bağlamında çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapma hakkının saklı tutulmasının geçerliliği ve bunun sınırları konusu tartışmalıdır⁷². Bunun gibi, hukukumuzda değişiklik kayıtlarının içerik denetimine tabi tutulmasına pozitif bir dayanak bulmak güç gözükmetedir⁷³. Kanımıza göre, olması gereken hukuk açısından mevzuatımızda yapılacak bir düzenlemeyle iç yönetmeliklerde yer alacak işverenin çalışma koşullarında değişiklik yetkisini saklı tutma kayıtlarının *içerik denetimine* tabi tutulmasına olanak tanınmalıdır⁷⁴.

8. İşçinin Savunmasının Alınması

158 sayılı ILO Sözleşmesi’nin 7. maddesine uygun bir biçimde iş güvencesi kurallarının kapsamına giren iş ilişkilerinde, işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle sözleşmenin *sürelî feshinde* işçinin savunmasının alınması zorunludur (İK 19/2). Ne var ki, iş akdinin işverence işçinin ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan davranışları iddiasıyla İK 25/II’ye göre *derhal feshinde* işçinin savunmasının alınması söz konusu değildir (İK 19/2, 25/son). Kanımıza göre, işçiye daha hafif bir kusurun yüklendiği hallerde savunmasının alınması buna karşılık daha ağır bir kusurun yüklendiği ve onu bildirim süreleri (ihbar tazminatı) ile kıdem tazminatı hakkından yoksun bırakan İK 25/II’ye göre

derhal fesihlerde bu olanaktan yararlandırılmaması hem açık bir çelişki niteliği taşımakta hem de adalet ve hakkaniyete uygun bulunmamaktadır⁷⁵. Bu nedenle, İK 25/II uyarınca yapılacak fesihlerde de işçinin savunmasının alınması gereği İş Kanunu’na konulmalıdır.

9. Kıdem Tazminatı

4857 sayılı İş Kanunu’nda kıdem tazminatına ilişkin bir düzenleme yapılmamış, Geçici 6. maddede kıdem tazminatı fonu kuruluncaya kadar 1475 sayılı Yasa’nın 14. maddesinin yürürlükte kalacağı öngörülmüştür. Hukukumuzda 4857 sayılı Yasa ile iş güvencesi hükümleri getirilmiş ve 4447 sayılı Yasa ile de işsizlik sigortası hükümleri yürürlüğe girmiştir. Bu durumda, kıdem tazminatı hakkı kaldırılmaksızın, “iş güvencesi”, “işsizlik sigortası” ve “kıdem tazminatı”nın hem ülkenin hem tarafların çıkarlarına uygun adil ve objektif bir dengeye kavuşturulması gerekmektedir.

Kanımıza göre bu konuda bilim kurulu tarafından hazırlanmış *kıdem tazminatı fonu* taslağının ele alınarak yasalaştırılması uygun olacaktır⁷⁶. Kıdem tazminatı fonunun oluşturulmasıyla işçiler bu tazminatlarını alabilmek için işverenleri ile karşı karşıya kalmaktan kurtulacaklar, işverenler de işletmelerinin geleceğini tehdit edebilecek ani tazminat ödemeleri nedeniyle güçlük içine düşmeyecekler, kıdem tazminatlarının aylık primler şeklinde zamana yayılmasıyla ödeme gücüyle yaşamayacaklardır⁷⁷.

Uygulamada birçok işçi işyerindeki hizmetlerinin karşılığını oluşturan kıdem tazminatlarını örneğin istifa etmeleri, belirli süreli iş akdinin kendiliğinden sona ermesi, işverenin ödeme aczi içine düşmesi gibi nedenlerle elde edememektedir. Fonun öngörülmesiyle iş akitleri hangi nedenle sona ermiş olursa olsun işçilerin geçmiş hizmetleri kıdem tazminatı açısından değerlendirilmiş olacaktır.

Görüldüğü gibi, iyi düzenlendiği takdirde kıdem tazminatı fonu hem işçilerin hem de işverenlerin yararına işlevler yerine getirebilir. Buna karşılık aradan dört yıl geçmiş olmasına karşın hazırlanmış olan yasa taslağının kanunlaşması mümkün olmamıştır.

VIII. ÇALIŞMA VE DİNLENME SÜRELERİ

1. Çalışma Sürelerinin Denkleştirilmesi

4857 sayılı İş Kanunu'nda getirilen en köklü değişikliklerden biri de çalışma sürelerinin düzenlenmesine ilişkin hükümlerde gerçekleşmiştir. Bu hükümlerin öngörülmesindeki temel düşünce, Avrupa Birliği normlarına uyum sağlamak yanında, 1475 sayılı Yasa döneminde eleştiri konusu olan katı düzenlemelerin yerine esnek çalışma sürelerinin hükme bağlanması ve işletmelerin rekabet gücünü artırmaktır⁷⁸. İş Kanunu'ndaki çalışma sürelerine ilişkin hükümler AB'nin 93/104 ve 2003/88 sayılı Yönergelerine genellikle uygundur.

İş Kanunu'nun 63. maddesinin 2. fıkrasında getirilen iki aylık denkleştirme süresinin kısa olduğu söylenebilir. Denkleştirme süresinin yasal olarak *dört aya* çıkarılması hem 2003/88 sayılı AB yönergesine uygun (m. 16/6), hem de hükmün uygulanabilirliğinin sağlanması ve teşvik edilmesi açısından isabetli olacaktır⁷⁹.

Buna karşılık, denkleştirme yapılan hallerde *haftalık azami çalışma süresine* bir sınır getirilmemiş olması kabul edilemez. Bu durumda günlük çalışma süresi fazla çalışma sayılmaksızın on bir saate kadar çıkabileceğine göre, haftada altı gün çalışılan işyerlerinde -her ne kadar işçiye daha sonra dinlenme olanağı sağlansa da- haftalık çalışma süresi 66 saate kadar yükselebilecektir. İş sürelerini esnekleştirmenin sınırını *işçilerin sağlığının korunması* oluşturur. Haftada 66 saat çalışmanın iş sağlığına ve güvenliğine uygun düşmeyeceği açıktır⁸⁰. AB tarama sürecinde de bu konu gündeme gelmiş ve Türkiye'den bilgi istenmiştir. Yapılacak yasal düzenlemeyle denkleştirme yapılan hallerde haftalık azami çalışma süresi makul bir sınır olarak belirlenmelidir.

2. Kısa Çalışma

Ekonomik kriz dönemlerinde (veya zorlayıcı nedenlerin varlığında) işverenler işçi çıkarak krizi atlattıkları yerine, kısa çalıştırma yoluna giderek riski işçiler arasında paylaştırabilirler. Kısa çalışmalar geçici ekonomik kriz dönem-

lerinde toplu işçi çıkarmaların getireceği mali yüklerden kurtulmalarını sağlayarak işverenlerin bu dönemleri daha hafif atlattıklarına olanak tanıdığı gibi, bu tür işten çıkarmaların yaratacağı sosyal sorunları da engelleyici niteliktedir. Yasanın belirli koşullarda işverenlere böyle bir olanak tanımasının temelinde işçilerin istihdamının korunması düşüncesi yatar⁸¹.

İş Kanunu'nun 65. maddesinde düzenlenmiş olan kısa çalışmanın koşullarından biri genel ekonomik krizin varlığıdır. Kanımıza göre, Çalışma Bakanlığı'nın onayını saklı tutarak yapılacak yasa değişikliğiyle *sektörel krizlerde* de kısa çalışmaya olanak tanınmalıdır⁸². Çünkü kısa çalışma uygulama olanağının bu ölçüde sınırlandırılması bu kurumdan beklenen yararları azaltmaktadır. Koşulları olduğu takdirde kısa çalışmaya gidilebilmesi yukarıda da belirtildiği gibi hem işçilerin hem de işverenlerin yararına. Türkiye İş Kurumu'nun fonlarının iyi durumda olması kısa çalışma uygulamalarının bu yönde genişletilmesine olanak sağlayacak niteliktedir.

3. Yıllık Ücretli İzinler

Avrupa Birliği tarafından İş Kanunu'nun yıllık ücretli izine ilişkin düzenlemeleri (İK 53 vd.) iki açıdan eleştirilmektedir. AB'nin 2003/88 sayılı Yönergesi'nin 7. maddesine göre yıllık ücretli izne hak kazanılmasında *asgari bir çalışma süresi aranmaksızın*, işçiye çalıştığı süre ile orantılı olarak ve yılda *asgari dört hafta* yıllık ücretli izin verilir. Bu durumda AB normlarına uyum sağlanması için İK 53'de yer alan izne hak kazanılmasında en az bir yıl çalışmış olma koşulunun kaldırılması ve yılda dört haftanın altındaki izin sürelerinin yönergeye uygun hale getirilmesi gerekmektedir⁸³.

IX. İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ

1. İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatı

İş hukukunun en önemli amacı her şeyden önce işçilerin yaşamlarını ve beden bütünlüklerini korumak olmuştur. Sosyal Güvenlik Kurumu istatistikleri incelendiğinde ülkemizde yıllar içinde iş kazalarında anlamlı bir azalma olmadığı gözlenmektedir. Bu konudaki dünya

istatistiklerinde de ülkemizin ne yazık ki listelerin ön sıralarında yer aldığı görülmektedir.

Böylesine önem taşıyan bir konuda 4857 sayılı İş Kanunu 1475 sayılı Yasaya göre birçok yeni ve çağdaş hükümler getirmiş, hukuki kurumlara yer vermiştir. Bu yasaya uygun olarak da iş sağlığı ve güvenliğini korumayı amaçlayan çok sayıda yönetmelik öngörülmüştür.

Bununla beraber, öteden beri önerimiz birçok ülkede görülen eğilime ve başarılı örneklerle⁸⁴ uygun olarak iş sağlığı ve güvenliği mevzuatımızın *bağımsız bir yasa* içinde toplanmasıdır⁸⁵. Bu konuda bir yasa taslağı hazırlanmışsa da bu taslak tatmin edici olmaktan uzaktır⁸⁶.

İş sağlığı ve güvenliği konusunda yürürlüğe konulan *yönetmelikler*⁸⁷ bu konudaki Avrupa Birliği yönergelerinin bire bir *çevirisi* niteliğindedir⁸⁸. Söz konusu yönetmeliklerin yönergelerin bire bir çevirisi olması AB tarafından ilerleme raporunda eleştirilmektedir⁸⁹. Ayrıca bu yönetmelikler eski iş sağlığı ve güvenliği tüzük ve yönetmeliklerine göre *çok kısa* olup sadece uyulması gereken genel esasları kapsamaktadır⁹⁰. Bu özellikleri ile bu konuda tüm ilgililere yol gösterici olmaktan uzaktırlar. Kanımıza göre, sadece çeviri yönteminden vazgeçilerek, ülke koşullarına uygun, kapsamlı, kazüistik, uyulması gereken kuralları ve teknik iş güvenliği normlarını ayrıntılı olarak düzenleyen yönetmelikler öngörülmelidir⁹¹.

Bu bağlamda Danıştay tarafından iptal edilmiş olan İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği, yukarıda belirttiğimiz özelliklere uygun bir biçimde ve tüzük olarak yeniden düzenlenmelidir. Aynı şekilde, kısmen iptal edilmiş olan iş güvenliği ile görevli mühendisler ve işyeri hekimlerine ilişkin yönetmeliklerin de yürürlüğe konulması gerekir.

2. İşverenin Yükümlülüğü

İşveren sadece iş sağlığı ve güvenliği mevzuatında yazılı önlemleri almakla her zaman yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılamaz. İşveren işyerinde *mevzuatta öngörülmemiş* ancak bilimsel ve teknolojik gelişmelerin gerekli kıldığı diğer iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini de almak zorundadır⁹². Bilim kurulu taslağında bu husus açıkça belirtilmiş ve işverenlerin iş

sağlığı ve güvenliği konusunda “bilim ve teknolojideki gelişmeleri izlemek ve uygulamak zorunda” buldukları hükmüne yer verilmiştir (m. 79/1). Ne var ki, hükümet tasarısında bu hüküm isabetsiz olarak⁹³ metinden çıkarılmıştır.

3. İşyerinin İş Güvenliği Konusunda Örgütlenmesi

a) İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulları

İş sağlığı ve güvenliği literatüründe isabetli bir özdeyiş vardır: “Önleme işyerinden başlar”. Gerçekten, iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınabilecek tüm önlemler içinde belki de en önemlisi işyerinin bu konuda iyi bir biçimde örgütlenmesidir. İş sağlığı ve güvenliği kurulları işyerinin bu konuda örgütlenmesinin en önemli unsurunu oluştururlar⁹⁴.

4857 sayılı İş Kanunu’nda 1475 sayılı Yasadan farklı olarak bu kurullar sadece danışman kurul olmaktan çıkarılmış, yaptırım gücüyle donatılmış, *kararları bağlayıcı* hale gelmiştir (m. 80/2). İşverenin iş sağlığı ve güvenliği kurulunun kararlarına uymaması idari para cezası gerektirdiği (İK 105/2) gibi, bu nedenle iş kazası veya meslek hastalığı meydana gelirse işveren kural olarak kusurlu sayılır.

İş sağlığı ve güvenliği kurulları, sanayiden sayılma ve altı aydan fazla sürekli işlerin yapılması koşulları yanında devamlı olarak en az elli işçi çalıştıran işyerlerinde kurulur. Ne var ki, ülkemizde *küçük işletmelerin* oranı yüksektir⁹⁵. İstatistiklere göre ise küçük işletmelerde büyük işletmelere oranla iş kazaları daha sık meydana gelmektedir. 50’den az işçi çalıştıran işyerleri söz konusu kurulların getirebileceği katkılardan yoksun kalacaklardır. Bu nedenle, küçük işletmelerin bir araya gelerek *ortak iş sağlığı ve güvenliği kurulları* oluşturmalarını zorunlu kılan bir yasa değişikliğine gidilmelidir⁹⁶.

b) İşyeri Hekimleri, İş Güvenliği Mühendis ve Teknik Elemanları

Bilim kurulu tarafından hazırlanan taslakta işverenlerin işyeri hekimlerine ve sağlık personeline koruyucu hekimlik, iş sağlığı ve güvenliği, ilk yardım ve acil tedavi konularında

eğitim verilmesini sağlayacağı kuralına yer verilmiş ancak bu hükmün yasalaşması mümkün olmamıştır. Oysa kanımıza göre, Yasada 1973 tarihli Alman İşyeri Hekimleri, İş Güvenliği Mühendis ve Uzmanları Hakkındaki Kanun'da düzenlendiği gibi (§ 2/3) işyeri hekimlerinin ve sağlık personelinin eğitiminin işverenlerce sağlanacağı, eğitim masraflarının işverenlerce karşılanacağı, eğitim için geçirilecek sürelerde çalışılmaksızın ücrete hak kazanılacağı ve işçinin ücretinden bu nedenle herhangi bir kesinti yapılamayacağı da açıkça öngörülmelidir.

İşyeri hekimi istihdamı ve işyeri sağlık birimi oluşturulması için işyerinde devamlı olarak en az elli işçi çalıştırılması gerektiğinden küçük işyerlerinin işçileri bu konudaki hizmetlerden yararlanamayacaklardır. Bu nedenle, Avrupa Birliği ülkelerinde olduğu gibi küçük işyerlerinin de bir araya gelerek *ortak sağlık birimi* kurmaları veya oluşturulmuş bir birime katılmaları zorunlu hale getirilmelidir⁹⁷.

Bilim kurulu taslağında aynen işyeri hekimleri için olduğu gibi işverenlerin mühendis ve teknik elemanlara eğitim verilmesini sağlayacağı belirtilmişti. Kanımıza göre, işyeri hekimlerinin eğitimi konusunda yapılacak kanun bakımından yukarıda belirtilen önerilerimiz iş güvenliği mühendis ve teknik elemanları için de geçerlidir.

4. İşçilerin Çalışmaktan Kaçınma ve İş Akdini Fesih Hakkı

1475 sayılı İş Kanunu'nda iş sağlığı ve güvenliği açısından tehlike yaratan işyerlerinde çalışan işçilerin bu tehlikelerden kaçınabilmek için hangi haklara sahip oldukları belirtilmemiştir. Bu hakların varlığı (çalışmak kaçınma ve iş akdinin feshi) iş hukuku öğretisi tarafından kabul ediliyordu⁹⁸. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 83. maddesinde söz konusu haklar bazı sınırlamalarla açıkça düzenlenmiştir.

İK 83 uyarınca işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilmesi için iş sağlığı ve güvenliği konusundaki tehlikenin *yakın, acil ve hayati* olması gerekir. Oysa bilim kurulu taslağında bu koşul "yaşamsal veya acil" tehlike biçiminde kaleme alınmıştı. Başka bir anlatımla, taslak bu şekliyle kanunlaşsaydı,

yaşamsal (hayati) olmayan ancak acil nitelikteki tehlikelerde veya acil olmamakla birlikte uzun vadede hayati tehlike yaratacak mesleki risklerde de işçilerin bu hukuki olanaktan yararlanması mümkün olacaktı. İK 83/1'de ise kümülatif şart getirilmiş, belirtilen koşulların hepsinin bir arada bulunması aranmıştır. Bu değişiklik kanımızca isabetli olmamış⁹⁹ ve hükmün uygulama alanı daraltılmıştır. Bu durumda örneğin pnömokonyoz veya silikoz gibi tozlarla ortaya çıkan ya da kurşuna maruziyetten doğan tehlikeler uzun vadede hayati tehlike yaratmalarına karşın acil nitelik taşımadıklarından işçinin bu hükmünden yararlanması mümkün olmayacaktır. Kanımıza göre yasada, bu konuda bilim kurulu taslağındaki düzenlemenin yer alması iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması amacıyla daha uygun düşecektir.

Ayrıca belirtelim ki, çalışmaktan kaçınma konusunda iş sağlığı ve güvenliği kurulunun onayı alındığı için güvenli bir yıl öngören İK 83'ün varlığı, Borçlar Kanunu'nun 325. maddesinde yer alan *işverenin temerrüdü* hükümlerinin uygulanma olanağını ortadan kaldırmaz¹⁰⁰. İşçi riski kendisine ait olmak yani işyerindeki iş sağlığı ve güvenliği konusunda yapabileceği yanlış değerlendirmelerin sonuçlarına katlanmak suretiyle BK 325'e dayanarak çalışmaktan kaçınabilir. Bu nedenle, İş Kanunu'nun 83. maddesinde işçinin adı geçen hükme dayanma hakkının saklı olduğu belirtilmelidir.

İş sağlığı ve güvenliği koşullarının uygulanmadığı işyerlerinde işçinin fesih hakkı konusunda bilim kurulu taslağında kanımıza göre isabetli bir düzenleme getirilmişti. Adı geçen taslağın 85. maddesinin 1. fıkrasına göre: "İş sağlığı ve güvenliği önlemleri alınmayan işyerlerinde, işçiler çalışma şartlarının uygulanmaması sebebiyle bu kanunun 26. maddesinin II. bendinin (e) fıkrası (şimdi 24/II, f) uygun olarak belirli veya belirsiz süreli hizmet akitlerini derhal feshedebilir". Ancak, TBMM'nde yapılan değişiklikle fesih hakkının doğumu, çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmasına ilişkin prosedüre ve koşullara bağlanarak güçleştirilmiştir (İK 83/5). Esasen İş Kanunu'nun 24. maddesinin II. bendinin f fıkrası gereğince

ce “çalışma şartlarının uygulanmaması” nedeniyle işçi -riski kendisine ait olmak üzere- İK 83'deki prosedürü işletmeksizin iş akdini haklı nedenle derhal feshedebilir¹⁰¹. Bu nedenle bilim kurulu taslağında yer alan düzenlemenin İş Kanunu'nun 83. maddesinde yer alması isabetli olacaktır.

X. ÖZEL İSTİHDAM BÜROLARI VE PROFESYONEL GEÇİCİ İŞ İLİŞKİSİ

Her ne kadar İş Kanunu'nun 90. maddesi, Türkiye İş Kurumu Kanunu'nun 17 vd. maddeleri ve Özel İstihdam Büroları Yönetmeliği'nde özel istihdam büroları¹⁰² yasal temele kavuşturulmuşsa da, işçinin başka işverenlere ödünç verilmek üzere işe alınması ve bunun gelir getirici bir faaliyet olarak gerçekleştirilmesi anlamına gelen profesyonel geçici (ödünç) iş ilişkisi bilim kurulu taslağında yer almasına karşın 4857 sayılı İş Kanunu'nda düzenlenmemiştir. Yargıtay da profesyonel geçici iş ilişkisinin yasal dayanağı bulunmaması nedeniyle bu yönde kurulmak istenen *iş ilişkisinin geçersiz* olduğunu, işçi ile özel istihdam bürosu arasında iş akdi değil, iş aracılığı sözleşmesinin kurulduğunu, buna karşılık işçi ile onu çalıştıran şirket arasında fiili iş sözleşmesinin bulunduğunu kararlaştırmıştır¹⁰³.

Avrupa Birliği ülkelerinde profesyonel geçici istihdam büroları esnek istihdam sağlamak suretiyle istihdam piyasasına işlerlik kazandırılır ve işsizlik oranını aşağıya çekme işlevini yerine getirirler. Geçici iş ilişkisi işletmelerin rekabet gücünü ayakta tutabilmelerine, üretim ve işgücü ihtiyaçlarındaki geçici değişikliklere uyum sağlayabilmelerine yardımcı olur. Geçici istihdam büroları ilk önce geçici iş ilişkisi yoluyla işçilerin iş piyasasına girmelerini, daha sonra bu işçilerin bir bölümünün devamlı kadroya geçmek suretiyle uzun süreli iş sahibi haline gelmelerini sağlayabilmektedir¹⁰⁴.

Avrupa Birliği'nin 2004 tarihli zirvesinde oluşturulan raporda istihdamın artırılması için üye ülkeler tarafından alınması gereken önlemler arasında geçici işçi sağlayan büroların kurulması ve yayılması için engellerin kaldırılması da yer almaktadır. Bu amaçla hazırlanmış olan

geçici istihdam büroları işçilerine ilişkin yönerge önerisi henüz kabul edilmemişse de AB üyesi ülkelerin birçoğunda geçici istihdam büroları yasal sistem içine alınmış ve teşvik edilmiştir. AB tarafından, Türkiye'de profesyonel amaçla geçici istihdam faaliyetine uygulamada rastlandığına göre, özel istihdam bürolarına geçici istihdam sağlama yolunun açılması gerektiği ve bu yönde yasal bir düzenlemenin yapılmasının uygun olacağı ifade edilmektedir¹⁰⁵.

Gerçekten, ülkemizde yasal bir düzenleme olmamasına karşın geçici işçi sağlanması faaliyeti gösteren özel istihdam büroları bulunmaktadır. Yasal dayanaktan yoksun olarak ve çalışanlara yeterli koruyucu güvence sağlanmadan bu faaliyetin yaygınlaşması profesyonel geçici iş ilişkisinin yasal düzenlemeye kavuşturulmasını gerekli kılmaktadır. Ancak bu çalışma biçiminin yaratabileceği sakıncaları gidermek üzere ödünç verilen *işçilerin korunmasının sağlanması*, onlara *eşitlik ilkesinin uygulanması*, bu faaliyeti gösteren büroların ciddi *denetim* altında tutulması zorunludur. Belirtelim ki, geçici iş ilişkisini düzenleyen İş Kanununun 7. maddesi geçici ödünç işçileri koruyucu düzenlemeler getirmiştir.

XI. İŞ HUKUKUNUN ETKİNLİĞİ VE İŞ DENETİMİ

İş hukukunun en önemli sorunlarından biri iş hukukunun etkinliğinin (efficacité) sağlanmasıdır. İş mevzuatında bazı kuralların öngörülmesi her zaman yeterli olmamakta, ülkemizde de oldukça yaygın bir biçimde görüldüğü gibi yürürlükteki kuralların *yaşama geçirilmesinde güçlük*le karşılaşmaktadır. Oysaki hukuk kuralları uygulanmak için konulurlar. İş hukuku kurallarının fiilen uygulanması *güçlü bir iş denetimi örgütünün* ve *etkili yaptırımların* varlığını gerektirir. Ancak, belirtelim ki, iş hukuku kurallarının yaşama geçirilebilmesini sağlayacak yöntemler sadece etkili iş denetimi ve yaptırımlar değildir. Yasa koyma tekniğindeki başarısızlıklar, yasa hükümlerinde çelişkilerin varlığı, yasaya karşı hile yollarının yeterince kapatılmaması, iş güvencesinin yetersizliği, işçilerin yargıya başvurmaktan çekinmeleri, yargının yavaş işlemesi, ilgililerde yasaya uygun

davranma alışkanlığının yerleşmemiş olması gibi nedenler iş hukuku kurallarının fiilen uygulanmasına engel oluşturur¹⁰⁶.

Bir ülkede *kayıt dışı istihdamın önlenmesi* de başta istihdamın üzerindeki yüklerin azaltılması olmak üzere yukarıda belirtilen önlemlerin yanında güçlü bir denetim mekanizmasının varlığı ve etkili, caydırıcı yaptırımların uygulanması ile mümkündür.

Ne var ki, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı iş denetimi örgütümüzün nitelik ve nicelik açısından daha yeterli hale getirilmesi gerekmektedir. Ülkemizde iş mevzuatı kurallarının iş ilişkilerinde fiilen uygulanması ve kayıt dışı istihdamın önlenmesi arzu ediliyorsa diğer önlemler yanında *iş denetimi örgütünde de iyileştirmelerin* yapılması ve idari para cezalarının gerekirse ceza yaptırımlarının *caydırıcı* nitelikte olması gerekir.

Her ne kadar Anayasa Mahkemesince de kabul edildiği gibi idari para cezaları bir idari işlem niteliği taşıyorsa da iş mevzuatında yer alan idari para cezalarına ilişkin uyuşmazlıklarda idare mahkemelerinin değil, *iş mahkemelerinin* yetkili olması gerektiği kanısını taşıyoruz¹⁰⁷. İdari para cezaları iş mevzuatının uygulanmaması nedeniyle verildiğinden, söz konusu mevzuatın ihlal edilip edilmediğini en iyi değerlendirebilecek durumda olan bu konuda uzmanlaşmış iş mahkemeleridir. Bu nedenle, idari para cezalarına ilişkin uyuşmazlıklarda daha isabetli sonuçlara ulaşılabilmesi için yapılacak yasa değişikliğiyle bu cezalara karşı itiraz mercii olarak iş mahkemelerinin yetkili kılınması uygun olacaktır.

XII. DİĞER BİREYSEL İŞ YASALARI

İş Kanunu'nun dışında tarım işçilerinin özelliklerine uygun bağımsız bir Tarım İş Kanunu, iş güvencesi, işsizlik sigortası ve kıdem tazminatını adil bir denge içinde düzenleyen bir Kıdem Tazminatı Fonu Kanunu ve ülkemizde yüksek düzeyde bulunan iş kazalarının azaltılmasını sağlayacak, ilgili tüm çağdaş hukuki kurumları içeren bir İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu öngörülmelidir.

Ülkemizde farklı çalışan grupları için ayrı ayrı yasaların çıkarılmış bulunması ve zaman

içinde bu yasalarda yapılan değişiklikler, yasalar arasında adil olmayan farklılıklar yaratmaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu ile getirilen olumlu düzenlemeler karşısında Deniz İş Kanunu ile Basın İş Kanunu bir ölçüde anakronik kalmışlardır. Bu yasalarda mümkün olduğu kadar İş Kanununa paralel, ama bu iş ilişkilerinin özelliklerine uygun düzenlemeler yapılmalıdır.

Aynı şekilde, Borçlar Kanunu'nun hizmet akdine ilişkin bölümü de yenilenmeye ihtiyaç göstermektedir. Kaynağını İsviçre Borçlar Kanunundan alan ve geniş ölçüde liberal esaslardan esinlenen bu bölümde İsviçre'de çağdaş gelişmelere uygun pek çok yenilik ve değişiklik yapılmıştır. Yeni bir Borçlar Kanunu'nun hazırlanması çabalarının sonuna geldiği bu aşamada, yasada günü ihtiyaçlarına uygun ve çalışanları daha koruyucu nitelikteki düzenlemelerin getirilmesi gerekmektedir. Borçlar Kanunu'nun bu bölümüne son şeklini vermeden İş Kanunu ile uyumun sağlanması için iş hukuku öğretim üyelerinin katkısından yararlanılmalıdır.

İş Mahkemeleri Kanunu'nun günümüzdeki ihtiyaçlarını karşılamaktan uzak bulunduğu ve iş ilişkilerine adaleti ve çabukluğu sağlamakta yetersiz kaldığı görülmektedir. İş uyuşmazlıklarında çabuk, kolay, ucuz ve etkin bir biçimde adaleti gerçekleştirecek yeni bir İş Mahkemeleri Kanunu'na ihtiyaç vardır.

XIII. SONUÇ

Ülkemizde gerçekleştirilen belirli bir ekonomik büyüme yeteri kadar *istihdam yaratıcı olmamıştır*. Ayrıca çalışanların bu ekonomik büyümeden yeterli pay aldıkları ve sosyal adalete uygun *adil bir gelir dağılımının* bulunduğu da söylenemez. Geleceği sadece üretim ve yatırımı teşvik eden değil aynı zamanda istihdamı ve sosyal adaleti sağlayan bir hukuk disiplini olmalıdır.

Bireysel iş hukukunun oluşturulmasında, bu yazıda belirtmeye çalıştığımız eleştiriler ve öneriler yönünde düzenlemelere gidildiği, iş hukukumuz bu doğrultuda gelişme gösterdiği takdirde, kanımıza göre daha adil, çağdaş, işçileri korumakla birlikte hassas dengeleri de gözetken, istihdama dost, uluslararası kurallarla

diğer deyişle ILO ve AB normları ile uyumlu bir iş hukukuna ulaşabiliriz.

4857 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğe girmesinde beş yıl sonra bu yasanın edinilen tecrübeler ve uygulamalar da göz önünde tutularak yeniden ele alınması, daha olumlu hükümler içeren bir yasanın ortaya çıkması açısından yararlı olacaktır. Ayrıca yasama organının önünde İş Kanunu'nun dışında iş mevzuatına ilişkin çok geniş bir kanunlaştırma zorunluluğu bulunmaktadır.

Bu kapsamlı kanunlaştırma faaliyetinin gerçekleştirilmesinde, baştan beri ölçüt olarak aldığımız amaçlara uygun bir iş hukukunun ortaya çıkabilmesi için gerçek anlamda *katılımdan* yararlanmak gerekir. Çünkü, devlet, işverenler, çalışanlar ve tüm ilgililer arasında bir işbirliğinin ve diyalogun kurulup sürdürülmesi, ülkedeki ekonomik ve sosyal sorunların çözümlenebilmesinin, çalışma ilişkilerinde olumlu sonuçlar alınabilmesinin başlıca koşuludur. Bu bağlamda, iş mevzuatımızın oluşum sürecinde Ekonomik ve Sosyal Konseyle Üçlü Danışma Kurulundan ve ilgili bilim çevrelerinin görüşlerinden sürekli yararlanılması zorunludur.

DİPNOTLAR

- * Prof. Dr. Münir Ekonomi'ye vefa gününde (14 Eylül 2007) tebliğ olarak sunulmuş ancak basılmamış bu makale, Türk iş hukukuna büyük katkılarda bulunmuş Sayın Hocamıza ithaf edilmiştir.
- 1 M. Ekonomi, İş Hukuku, C. I, Ferdi İş Hukuku, B. 3, İstanbul 1987, 13-14. N. Çelik, İş Hukuku Dersleri, B. 21, İstanbul 2008, 17-18. S. Süzek, İş Hukuku, B. 4, İstanbul 2008, 15. Ö. Eyrenci-S. Taşkent-D. Ulucan, Bireysel İş Hukuku, B. 3, İstanbul 2006, 27. H. Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, B. 3, Ankara 2008, 11-12. M. Çenberci, İş Kanunu Şerhi, B. 6, Ankara 1986, 14 vd.
 - 2 Bkz. Süzek, İş Hukuku, 15-16.
 - 3 J. Rivero-J. Savatier, Droit du travail, éd. 12, Paris 1996, 32-36. B. Teyssié, Droit du travail, 1, Relations individuelles de travail, éd.2, Paris 1992. K. Tunçoğlu-T. Centel, İş Hukukunun Esasları, B. 4, İstanbul 2005, 10. Ekonomi, İş Hukuku, 14. Süzek, İş Hukuku, 17.
 - 4 Bu konuda bkz. G. Alpagut, AB'de İstihdam Politikaları, Esneklik Arayışları ve Türkiye'deki Yasal Düzenlemeler, İşveren, Eylül 2006, Özel Ek, 4 vd., 25.
 - 5 Livre Vert, Moderniser le Droit Du travail pour relever les défis du XXI^e siècle Commission de Communautés Européennes, Bruxelles 22.11.2006, 3-4.

- 6 T. Centel, 2005 Yılı Türkiye İlerleme Raporu'nun Sosyal Yönü Bağlamında Eleştirel Yaklaşım, Sicil, 1, Mart 2006, 195 vd., 202.
- 7 M. Kutsal, AB Süreci ve Seçim Ortamında 2007 Yılı'nın Olası Sosyal Gündem Maddeleri ve Bazı Öneriler, İşveren, Ocak-Şubat 2007, 32. T. Dereli, Yavaşlayan AB Süreci ve Seçim Ortamında 2007 Yılı'nın Muhtemel Sosyal Gündem Maddeleri ve Bazı Öneriler, İşveren, Ocak- Şubat 2007, 34.
- 8 "Sosyal Politika ve İstihdam" Başlıklı AB Müktesebatı ve Türkiye, TİSK, Ankara 2006, 10. A. C. Tuncay, Türk İş Hukukunun Avrupa Birliği İş Hukukuna Uyumu, AB-Türkiye Endüstri İlişkileri, İstanbul 2004, 78. Kutsal, AB Süreci, 32. Dereli, AB Süreci, 33.
- 9 Dereli, AB Süreci, 33. Centel, 198.
- 10 Bu konuda bkz. S. Süzek, İş Hukukunda Katılım, Coşkun Kırca'ya Armağan, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul 1995, 165 vd.
- 11 Bu yönerge ve tüzükler hakkında geniş bilgi için bkz. Sosyal Politika ve İstihdam, 65 vd.
- 12 M. Kutsal, Sosyal Politikanın Araçlarından Biri Olarak İş Hukuku, Sosyal Devlet ve Sosyal Politika Semineri, Ankara 1996, 144. Dereli, AB Süreci, 33. Tuncay, İş Hukukunda Uyumu, 77-78.
- 13 AB çerçevesinde iş konseyleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Sosyal Politika ve İstihdam, 69 vd.
- 14 Çelik, İş Hukuku, 47. S. Taşkent, Alt İşveren, İHSGHD, Nisan- Haziran 2004, 363. E. Murat Engin, Üçlü İş İlişkileri, III. Yılında İş Yasası, İstanbul 2005, 15.
- 15 Çelik, İş Hukuku 47.
- 16 Bu konuda bkz. Süzek, İş Hukuku, 148 vd.
- 17 Ö. Ekmekçi, Kamu İşvereni'nin Özel Sektör İşvereni Karşısında Kayırılması ve Anayasa'nın Eşitlik İlkesinin Açık İhlali, İHSGHD, 12, 2006, 1176-1177. G. Alpagut, Üç Yıllık Uygulamanın Ardından Alt İşveren İlişkisinde Yeni Arayışlar, İntes, Mayıs- Haziran 2006, 85.
- 18 Sosyal Politika ve İstihdam, 110.
- 19 Bu konuda bkz. E. Belen, Kayıtdışı Ekonomi: Çözümü Zor, Karmaşık Sorun, İşveren, Mart 2007, 75-77.
- 20 Bu konuda bkz. D. Ulucan, İşyerinin Devrinin İş İlişkilerine Etkisi ve Devir Nedeni ile Yapılan Fesihlerin Hukuki Sonuçları, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006, 67.
- 21 Sosyal Politika ve İstihdam, 10, 133.
- 22 M. Ekonomi, Çağdaş Çalışma Mevzuatının Temelleri ve Yeniden Düzenlenmesi, Mercek, Ekim 2000, 8. Kutsal, Sosyal Politikanın Araçları, 142-143. Çelik, İş Hukuku, 69. Süzek, İş Hukuku, 199-200, F. Uşan, Yargıtay Kararları Işığında İş Kanunu Açısından Tarım İşçileri, Prof. Dr. Kamil Turan'a Armağan, Kamu-İş, 2003, s. 2, s. 514.
- 23 Yeşil Belge Konusunda BusinessEurope (Avrupa İş Dünyası Konfederasyonu) Görüşü, s. 3.
- 24 S. Taşkent, Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin yapılabilmesi, İHSGHD, 9, 2006, 36. G. Alpagut, 4858 Sayılı Yasa

- Çerçevesinde Belirli Süreli İş Sözleşmesi, Mercek, Ocak 2004, 78.
- 25 S. Başterzi, Avrupa Birliği Konseyinin 99/70 Sayılı Yönergesi Işığında Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapma Koşulları ve 4857 Sayılı İş Kanununun Öngördüğü Sistem, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006, 127-128, 182-183. Taşkent, Belirli Süreli Sözleşme, 361. Alpagut, AB'de İstihdam, 11.
- 26 Bkz. M.Ekonomi, 4857 Sayılı Kanun Hükümlerine Göre Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Hukuka Uygunluğu (D), İHSGHD, 9, 2006, 21. Alpagut, AB'de İstihdam, 12. Başterzi, Belirli Süreli Sözleşme, 183-184. A. Hekimler, Sosyal Politika Boyutunda Federal Almanya'da Esnek Çalışma Modelleri, Ankara 2006, 67 vd., 77 vd.
- 27 Bu görüş ve AB üyesi ülkelerde bu yöndeki düzenlemeler için bkz. Dereli, AB Süreci, 34. Başterzi, Belirli Süreli Sözleşme, 184-185. Alpagut, AB'de İstihdam, 12-13.
- 28 Ekonomi, Belirli Süreli Sözleşme, 21-22. Taşkent, Belirli Süreli Sözleşme, 38. Başterzi, Belirli Süreli Sözleşme, 185. Alpagut, AB'de İstihdam, 13.
- 29 Dereli, AB Süreci, 34.
- 30 Bkz. Taşkent, Belirli Süreli Sözleşme, 38. Ekonomi, Belirli Süreli Sözleşme, 22.
- 31 Başterzi, Belirli Süreli Sözleşme, 180-190.
- 32 Dereli, AB Süreci, 34. Alpagut, AB'de İstihdam, 11, 13.
- 33 Alpagut, AB'de İstihdam, 18.
- 34 T. Dereli, Türkiye'nin İstihdam Sorunu, İşsizlik ve Bazı Çözüm Önerileri, Mercek, Temmuz 2007, 7. Alpagut, AB'de İstihdam, 19. Buna karşılık AB ülkelerinde kısmi süreli çalışmaların toplam istihdam içinde artan oranları için bkz. Livre Vert, 8.
- 35 F. Şahlanan, 4857 Sayılı Yasanın Genel Hükümleri, Sözleşme Türleri, İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesine İlişkin Hükümleri, 4857 Sayılı Yeni İş Kanununu Değerlendirme Konferans Notları, 2003, 81.
- 36 S. Süzek, Sosyal Politikanın Araçlarından Biri Olarak İş Hukuku, Sosyal Devlet ve Sosyal Politika Semineri, Ankara 2007, 119.
- 37 Süzek, Sosyal Politikanın Araçları, 120. E. Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, C. I, Ankara 2006, 777.
- 38 Y. 9. H.D., 10.2.2005, 13259/3782 ve A. Güzel'in haklı eleştirisi, İşçinin Ücretinin Ödenmemesi Nedeniyle İş Görmekten Kaçınması ve Çalışmadığı Süre İçin Ücret Talep Edememesi, Çalışma ve Toplum, 5, 2005, 123 vd., A. C. Tuncay'ın haklı eleştirisi, Ücretin ödenmemesinin Sonuçları, İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı, İHSGHD, 6, 2005, 649 vd.
- 39 Bkz. Süzek, İş Hukuku, 301-302 ve orada belirtilen yazarlar.
- 40 Bu ülkelerde uygulanan sistemler için bkz. Y. Saint-Jours, La faute dans le droit général de la sécurité sociale, Paris 1972, 70 vd. J.J. Dupeyroux, Droit de la Sécurité sociale, éd. 6, Paris 1975, 493-495. C. Beher, Les assurances sociales en République Fédérale d'Allemagne, Rev.fr.aff. soc., Janvier-Mars 1971, 38. A. Bernstein, Le fondement juridique de la responsabilité de l'employeur en raison des accidents du travail, Etudes en droit social, Hommage de la Faculté de Droit, Genève 1979, 28 vd., K. Oğuzman, İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Zararlardan İşverenin Sorumluluğu, İÜHFMD, 1969, 329. S. Süzek, İş Güvenliği Hukuku, Ankara 1985, 196 vd. L. Akın, İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat, Ankara 2001, 79 vd.
- 41 Bu konuda bkz. S.Süzek, İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Konusunda Somut Çözüm Önerileri, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2000, 317-318. S. Başterzi-G. B. Yıldız, Sosyal Sigortalar Kurumunun İşverene Rücu Hakkı, İşveren, Eylül 2005, Özel Ek, 10 vd.
- 42 S. Süzek, Destekten Yoksunluk ve Cismani Zararlarda İşverenin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğu, Destekten Yoksunluk ve Cismani Zararlarda Sorumluluk ve Tazminat, İstanbul 1996, 27-28.
- 43 Bu konuda geniş bilgi için bkz. K. D. Yenisey, İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, Çalışma ve Toplum, 11, 2006, 63 vd. G.B Yıldız, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Ankara 2008, 56 vd., 65.
- 44 M. Öden, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Ankara 2003, 146 vd., 150. A. C. Tuncay, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul 1982, 24, 108 vd. S. Taşkent, İşverenin Yönetim Hakkı, İstanbul 1981, 82. Bu konuda Anayasa Mahkemesinin 8/37 sayılı kararı ve karşı oy yazısı için bkz. AMKD, S. 7, 1978, 355 vd., 361. Ayrıca diğer Anayasa Mahkemesi kararları için bkz. Öden, 146 vd.
- 45 Bkz. B. Tanör, Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar, İstanbul 1978, 255-256. D. Ulucan, Yeniden Yapılanma Sürecinde İş Hukuku Açısından Eşitlik İlkesi ve Uygulaması, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2000, 192. Tuncay, Eşit Davranma, 25, 62 vd., 108 vd.
- 46 Sosyal Politika ve İstihdam, 35 vd.
- 47 E. Özdemir, İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları, İstanbul 2006, 218-219. Centel, 199. Yenisey, 74-75.
- 48 Bkz. Süzek, İş Hukuku, 828 vd. Centel, 199-200. G. B. Seratlı, 4857 Sayılı Kanuna Göre İş Sağlığı ve Güvenliği, AÜHFMD, 2004, S. 2, s. 236 vd.
- 49 Sosyal Politika ve İstihdam, 36.
- 50 Bu konuda geniş bilgi için bkz. F. Başterzi, Eşitlik Kurumu: Bir Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Modeli, TİSK Akademi, 2007/1, 106 vd.
- 51 M. Y. Tınar-O. Zengingönül, İş Güvencesi ve İstihdam, Mercek, Nisan 2001, 61.
- 52 S. Başterzi, Türkiye'de Feshe Karşı Koruma Hukuku Reformunun Sosyal Hukuk ve İstihdam Üzerine Etkileri, AÜHFMD, 2005, S. 3, 26.
- 53 Bkz. D. Ulucan, 4773 Sayılı Kanun Çerçevesinde İş Güvencesi ve Geçerli Neden Kavramı, İş Güvencesi, Temel Kavramlar ve Uygulamadan Öneriler, B. 2, İstanbul 2003, 18. Başterzi, Feshe Karşı Koruma, 56-57.
- 54 Bu konuda geniş bilgi için bkz. S. Taşkent, İş Güvencesi ve Yeni Yasal Düzenlemeler, Ankara 2002, 11 vd. Süzek, İş Hukuku, 486 vd.

- 55 Bu konudaki rakamlar için bkz. Çelik, İş Hukuku, 212-213. A. Güzel, İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, İş Güvencesi, Sendikalar Yasası, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası Semineri, İstanbul 2004, 28. S. Başterzi, 4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre İş Güvencesi Kurullarının Uygulama Alanı ve İstihdama Etkisi, A.Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005, 635-636.
- 56 Bkz. J. M. Verdier-A.Coeuret-M. A. Souriac, Droit du travail, éd. 12, Paris 2002, 483. O. Kauffman-F. Kessler-P. A. Köhler, Le droit social en Allemagne, Paris 1991, 106. Süzek, İş Hukuku, 494. Ulucan, İş Güvencesi, İstanbul, 30. G. Alpagut, Karşılaştırmalı Hukukta İşçinin Feshe Karşı Korunması, İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması, İstanbul 2002, 85-86. Başterzi, Uygulama Alanı, 624-626.
- 57 Güzel, İş Güvencesi, 140-141. M. P. Soyer, İş Güvencesi Konusunda Uygulamada Karşılaşılan Sorunlara İlişkin Değerlendirme, İşveren, Nisan 2007, 44-45. Eyrenci-Taşkent-Ulucan, 164-165. Süzek, İş Hukuku, 492 vd. Çelik, İş Hukuku, 212-213.
- 58 Soyer, İş Güvencesi, 45.
- 59 Çelik, İş Hukuku, 212-213. Süzek, İş Hukuku, 494-495. Güzel, İş Güvencesi, 28-29. Ulucan, İş Güvencesi, 30 vd., 34. Ö. Eyrenci, 4857 Sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler, Genel Bir Değerlendirme, İHSGHD, Ocak-Mart 2004, 33. Başterzi, Uygulama Alanı, 633. M. Uçum, Yeni İş Kanunu Seminer Notları, İstanbul 2003, 134. Ayrıca, bu sınırlamanın anayasal ölçülülük ilkesine de aykırı düştüğü görüşü için bkz. Başterzi, Uygulama Alanı, 635-636.
- 60 AYM, 19.10.2005, 66/72.
- 61 Y. 9. HD., 26.5.2005, 12317/19404.
- 62 Bkz. G. B. Yıldız, İş Güvencesi Hükümlerinin Uygulanmasında Otuz İşçi Ölçütünün Nispi Emredici Niteliği (Karar İncelemesi), İHSGHD, 11, 2006, 902 vd.
- 63 Eyrenci-Taşkent-Ulucan, 158.
- 64 Y. 9. HD., 19.9.2005, 28125/2005, O. G. Çankaya-Ş. Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara 2006, 60-61. Y. 9. HD., 3.4.2006, 4878/8253, Çalışma ve Toplum, 10, 2006, 177-181. Y9HD, 13.3.2006, 2894/6224, Çalışma ve Toplum, 10, 2006, 258.
- 65 Bkz. Süzek, 412, 544 vd. Yıldız, Eşit İşlem, 243 vd. N. Çelik, İşletmenin, İşyerinin veya İşin Gereklere Sebepiyle İşverence Feshinde Eşit Davranma Borcu, Sicil, 4, 2006, 6 vd., 10.
- 66 Süzek, İş Hukuku, 568-570.
- 67 Ulucan, İş Güvencesi, 84. Güzel, İş Güvencesi, 116. Süzek, İş Hukuku, 587-588. Eyrenci, Yeni Düzenlemeler, 37. S. Taşkent, İş Sözleşmesinin Kurulması ve Sona Ermesi, Yeni İş Yasası, İstanbul 2003, 126. M. Engin, İş Sözleşmesinin İşletme Gereklere ile Feshi, İstanbul 2003, 30-31.
- 68 Bkz. Süzek, Değişiklik Feshi, TİSK Akademi, 2006/I, 8-9 ve orada belirtilen yazarlar.
- 69 M. Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Ankara 2005, 162, 171. Süzek, Değişiklik Feshi, 27. G. Alpagut, İş Kanunu'nun
22. Maddesinin Uygulama Alanı-Sözleşme Hükümlerinin Geçerliliği Sorunu ve Yargıtay'ın Konuya İlişkin Kararları, İHSGHD, 2006, S. 9, 56.
- 70 Süzek, İş Hukuku, 620. K.D. Yenisey, Çalışma Koşullarında Değişiklik, III. Yılında İş Yasası, İstanbul 2005, 128. Kşz. Mollamahmutoğlu, 295 vd. Alp, 63-64, 68-71.
- 71 Süzek, Sosyal Politikanın Araçları, 119-120.
- 72 Bu konuda geniş bilgi için bkz. Süzek, Değişiklik Feshi, 15 vd.
- 73 Bkz. Süzek, Değişiklik Feshi, 20 vd.
- 74 İçerik denetimi konusunda geniş bilgi için bkz. Alp, 268 vd., 330 vd.
- 75 Eyrenci-Taşkent-Ulucan, 173. Süzek, İş Hukuku 553. P. Soyer, 158 Sayılı ILO Sözleşmesi Çerçevesinde Yapılması Gerekenler, İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması, İstanbul 2002, 293. Akyiğit, 789.
- 76 Kıdem tazminatı fonunun oluşturulmasını uygun bulun yazarlar için bkz. Ekonomi, Çağdaş Çalışma Mevzuatı, 8-9. Soyer, İş Güvencesi, 46. Kutal, AB Süreci, 32. Dereli, İstihdam Sorunu, 9. Süzek, İş Hukuku, 717-718. Başterzi, Feshe Karşı Koruma, 93.
- 77 Başterzi, Feshe Karşı Koruma, 93. Livre Vert, 11.
- 78 İ. Subaşı, İş Hukukunda Çalışma Süreleri, A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005, 306. S. Ö. Songu, Türk İş Hukukunda Çalışma Sürelerinin Düzenlenmesi, İzmir 2007, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 66.
- 79 Tuncay, İş Hukukunun Uyumunu, 76. Alpagut, AB'de İstihdam, 22.
- 80 Bu konuda bkz. M. Ekonomi, 4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma Kavramı, Yargıç Resul Aslanköylü'ye Armağan, Kamu-İş, 2004, 167. M. P. Soyer, Yeni Düzenlemeler Karşısında Fazla Saatlerle Çalışmaya İlişkin Bazı Düşünceler, İHSGHD, Temmuz-Eylül 2004, 805. A. C. Tuncay, İş Hukukunun Uyumunu, 75-76. Süzek, Sosyal Politikanın Araçları, 113.
- 81 N. Catala, La mise en chômage technique, Dr. Soc., November 1981, 679-680. J. Pélissier, Droit de l'emploi, Paris 1999, 517 vd. M. Kutal, İstihdam Politikasının Bir Aracı: Kısa Süreli Çalıştırma, Mercek, Nisan 1997, 29 vd. S. Süzek, İş Akdinin Türleri, Mercek, Nisan 2001, 29. S. Başterzi-M. A. Şuğle, İstihdam ve Danışmanlık Hizmetlerinin Hukuksal ve Toplumsal Yönleri, Ankara 1999, 44-45.
- 82 F. Demir, En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, B. 4, İzmir 2005, 159.
- 83 Sosyal Politika ve İstihdam, 10. Dereli, AB Süreci, 34. Alpagut, AB'de İstihdam, 22.
- 84 Bu yasalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. G. R. N. Cusworth (Ed.), The health and safety at work etc. Act 1974, London 1975, 7 vd. L. Fife-E. A. Machin, Redgrave's health and safety in factories, London 1976, 531 vd. E. Mitchell, The employer's guide to the law on health, safety at work, ed. 2, London 1977, 5 vd. R. D. Moran, Méthode utilisée par les Etats-Unis pour éliminer les

- accidents du travail et les maladies professionnelles, Rev. int. séc. soc. 1975, No. 2, 173 vd. Süzek, İş Güvenliği, 98 vd.
- 85 Bkz. Süzek, Çözüm Önerileri, 306-308. Ö. Ekmekçi, 4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda İşyeri Örgütlenmesi, İstanbul 2005, 31.
- 86 Bkz. M. Demircioğlu, İş Güvenliği Uzmanlığı Yönünden İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Taslağı'nın İncelenmesi, Sicil, Mart 2007, 9. vd. Ö. Ekmekçi, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı Taslağı'nın Değerlendirilmesi, Sicil, Mart 2007, 19 vd.
- 87 İş Sağlığı ve Güvenliği Konusundaki Yönetmelikler Konusunda Geniş Bilgi İçin bkz. Ekmekçi, İşyeri Örgütlenmesi, 19 vd.
- 88 Avrupa Birliği'nin bu konudaki geleceğe yönelik programı için bkz. Z. U. Yıldız, Avrupa Birliği'nin 2007-2012 Dönemi İş Sağlığı ve Güvenliği Stratejik Eylem Programı, İşveren, Mayıs 2007, 19 vd.
- 89 Dereli, AB Süreci, 34. Sosyal Politika ve İstihdam, 21.
- 90 İş Sağlığı ve Güvenliği Tüzük ve Yönetmeliklerinin Kısa mı, Yoksa Ayrıntılı mı Olması Gerektiği Konusunda bkz. Süzek, İş Güvenliği, 62-64 ve orada belirtilen yazarlar.
- 91 Ö. Ekmekçi, Yapı İşlerinde İş Sağlığı ve Güvenliği Sorunları, AB Perspektifinde İş Sağlığı ve Güvenliği Uygulamaları, Ankara 2005, 40-42. G. Alpagut, İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatı Açısından Yenilikler, AB Perspektifinde İş Sağlığı ve Güvenliği Uygulamaları, Ankara 2005, 21-22.
- 92 H. Deschenaux-P. Tercier, La responsabilité civile, Berne 1975, 244. H. Tandoğan, Türk Mes'uliyet Hukuku, Ankara 1961, 54. Ekonomi, İş Hukuku, 154-155. Akın, Maddi Tazminat, 61. M. P. Soyer, 4857 Sayılı Yeni İş Kanunu'nun Ücret, İşin Düzenlenmesi, İş Sağlığına ve Güvenliğine İlişkin Bazı Hükümleri Üzerine Düşünceler, 4857 Sayılı Yeni İş Kanunu Değerlendirme Konferans Notları, 2003, 33. Mollamahmutoğlu, 968-969. Süzek, Destek, 19.
- 93 Soyer, 4857 Sayılı Kanun, 33.
- 94 Bu kurullar hakkında geniş bilgi için bkz. N.Catala, L'entreprise, Droit du travail, T. IV, Paris 1980, 837 vd. Verdier-Coeuret-Souriac, 233. L. Akın, İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşyerinin Örgütlenmesi, AÜHFD, 2005, S. 1, 4 vd. Süzek, 802 vd. Ekmekçi, İşyeri Örgütlenmesi, 64 vd. Seratlı, İş Sağlığı, 217-218. G. Baycık, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Maden İşçileri, Ankara 2006, 136 vd.
- 95 Bu kurulları oluşturması gereken işyerlerinin ve ilgili işçi sayılarının oranları için bkz. Akın, İşyerinin Örgütlenmesi, 6.
- 96 Süzek, Çözüm Önerileri, 313.
- 97 A. Güzel, Dünyada ve Ülkemizde İşyeri Hekimliğine Yaklaşım, Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Uluslararası ve Ulusal Hukuk Sisteminde İşyeri Hekimliği Sempozyumu, Ankara 2003, 37, 61-62. Akın, İşyerinin Örgütlenmesi, 41-42.
- 98 Bkz. Süzek, İş Güvenliği, 186 vd. Ekonomi, İHU, İşK. 14, No. 24.
- 99 L. Akın, İş Sağlığı ve Güvenliği, III. Yılında İş Yasası, İstanbul 2005, 321. Baycık, 173. Kşz. Seratlı, İş Sağlığı, 228-229. Aksi görüşte, Soyer, 4857 Sayılı Kanun, 35.
- 100 Soyer, 4857 Sayılı Kanun, 36. Akın, İş Sağlığı, 322. Baycık, 173.
- 101 Ekonomi, İHU, İşK. 14. No. 24. Süzek, İş Güvenliği, 189 vd. Eyrenci-Taşkent-Ulucan, 283. Seratlı, İş Sağlığı, 231.
- 102 Özel istihdam büroları konusunda geniş bilgi için bkz. Süzek, İş Hukuku, 719 vd. Başterzi-Şuğle, 83 vd.
- 103 Y. 9. HD., 4.4.2005, 774/11838 ve G. Alpagut'un incelemesi, İHSGHD, 10, 2006, 569 vd.
- 104 A. C. Tuncay, İş Kanunu Tasarısındaki Ödünç İş İlişkisi ve Eleştirisi, Mercek, Nisan 2003, 69.
- 105 Livre Vert, 14. Dereli, AB Süreci, 33. Alpagut, AB'de İstihdam, 14. N. Süral, AB Uyum Sürecinde İş Mevzuatının Değerlendirilmesi, İşveren, Nisan 2006, 54. S. Odaman, Türk ve Fransız İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi, 74 vd. 80.
- 106 Genel olarak iş hukukunun etkisizliği konusunda bkz. Rivero-Savatier, 40. Teyssié, 87-88. G. Couturier, Droit du travail, 1, Les relations individuelles de travail, éd. 2, Paris 1994, 80. M. Grévy, La sanction civile en droit du travail, Paris 2002, 309 vd., 316 vd. M. de Virville, Pour un Code du travail plus efficace, Paris 2004, 13 vd., 80 vd.
- 107 P. Soyer, 4857 Sayılı Kanun, 64-65. Akın, İş Sağlığı, 330. N. Caniklioğlu-T. Canbolat, 4857 Sayılı İş Kanunu'nda Para Cezasına Bağlanan Yükümlülükler ve Bu Para Cezalarının Özellikleri, Yargıç Resul Aslanköylü'ye Armağan, Kamu-İş 2004, 275, 277.

Prof. Dr. Tankut CENTEL

Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İş Hukuku Açısından Anketör'ün Konumu

I. GİRİŞ

Toplumda başkaları için çalışanlar, hukuken değişik konumlara sahiptir. Gerçekten, bir bölüm çalışan, bağımsız biçimde iş görürken; diğer bir bölüm çalışan ise, iş görme edimini bağımlı biçimde yerine getirir. Bu anlamda, iş görme borcunu içeren sözleşmeler içinde, değişik çalışan kategorilerinin; iş görme borcunu içeren değişik sözleşme tipleri içinde, vekalet veya eser ya da iş sözleşmesine dayanarak çalışmaları söz konusudur. Ancak, iş hukuku, bağımlı biçimde çalışan bu gruplar içinde sadece, iş sözleşmesine dayanarak çalışanları kapsamakta ve “işçi” olarak kabul etmektedir.

Bu açıdan, değişik çalışan tiplerinin, hangi sözleşme tipine dayanarak çalıştıkları ve gidererek, iş ve sosyal güvenlik mevzuatı bakımından “işçi” veya “(sosyal) sigortalı” sayılıp sayılmayacakları, zaman içinde tartışma konusu yapılmaktadır. Nitekim, bunlar içinde tartışma yaratan bir grup çalışan kesimi de, uygulamada “anketör” olarak adlandırılan kişilerdir.

Buna göre, aşağıda ilkin, anılan kişilerin özel çalışma biçimleri ele alınacak ve daha sonra, bunların iş hukuku açısından konumları, çalışmalarının dayandığı sözleşme tipine göre değerlendirilecektir.

II. UYGULAMADAKİ “ANKETÖR” OLARAK ÇALIŞMA BİÇİMLERİ

Pazar araştırması yapan kuruluşlar; herhangi bir ürün veya hizmet konusunda, kullanıcılar ile tüketicilerin görüş ve önerilerini saptamakta ve üretici kuruluşlara, ürün veya hizmetlerini geliştirmeleri için, bilgi sağlamaktadır. Söz konusu kuruluşların sahip olacağı bilgiler ise; genellikle, anket veya soru formları aracılığıyla toplanıp, analiz edilmekte ve bunların sonuçları, daha sonra, ilgili müşteriyle paylaşılmaktadır. Buradaki anketler, kişilerle yüz yüze yürütülebileceği gibi, telefon yoluyla da gerçekleştirilebilmektedir. İşte, bu anketleri araştırma yapılan alanda dağıtan ve uygulayan kişiler, “anketör” veya “saha görevlisi” olarak adlandırılmaktadır.

Anketörlerin bir bölümü, pazar araştırması yapan kuruluşa bağımlı ve diğer bir bölümü ise, söz konusu kuruluştan tamamen bağımsız biçimde faaliyette bulunmaktadır. Nitekim, bir bölüm anketör, araştırma kuruluşunun faaliyette bulunduğu alanda, kendisine burada verilen yer ve daha önce saptanan belli çalışma saatleri çerçevesinde çalışmaktadır. Bu tür anketörlerin, ekonomik ve kişisel anlamda bağımlı olarak faaliyette buldukları söylenmelidir.

Çalışan kişinin “işçi” sıfatını kazanabilmesi “hizmet” sözleşmesine, “yüklenici” sıfatını taşıyabilmesi “eser” ve “vekil” sıfatını elde edebilmesi de, “vekâlet” sözleşmesine dayanarak çalışıyor olmasına bağlı bulunmaktadır.

Diğer bir grup anketör ise, yürütülecek projeye göre, araştırma kuruluşu tarafından araştırmaya davet edilmek ve anket yapmayı kabul edip anket formlarını teslim almak ve daha sonra soru formlarını doldurulmuş biçimde iade etmek suretiyle faaliyette bulunmaktadır. Söz konusu anketörlere ait bilgiler, araştırma kuruluşlarının veri tabanında yer almakta; böylece, bu bilgilerin, birden çok kuruluşun veri tabanında bulunması mümkün olmaktadır. Hatta, uygulamada bazı araştırma kuruluşları; söz konusu bilgilerin veri tabanına alınabilmesi için, anılan kişilere anketörlüğü tanıtan ve anket yapılırken uyulması gereken kalite koşullarını içeren bir metni okutup, bunlardan belirtilen koşullara uyacaklarına ilişkin imza almaktadır.

Bu tür anketörlerin, araştırma kuruluşundan ekonomik ve kişisel anlamda bağımsız olarak faaliyette buldukları görülmektedir. Nitekim, anketör, araştırma yapan kuruluştan aldığı anket formlarını görüştüğü kişilere doldurtuktan sonra, bunları tamamlanmış biçimde araştırmacı kuruluşa iade etmektedir. Buna göre, bağımsız çalışan anketörler, kendisinden gereksinim duyduğunda faaliyette bulunması istenen ve birden çok araştırma kuruluşuna aynı anda anket yapabilen kişiler olarak ortaya çıkmaktadır.

III. BAĞIMLILIK AÇISINDAN “ANKETÖR”ÜN İRDELENMESİ

“Anketör” olarak adlandırılan kişilerin iş hukuku açısından durumları, bunların “işçi” sayılıp sayılmayacağı ve giderek, anılan kişilerin işçilik haklarından yararlanıp yararlanamayacakları noktaları üzerinde toplanmaktadır. Bu

bağlamda, söz konusu kişilerin, başkası için iş görme borcunu içeren sözleşme türlerinden (hizmet-iş, eser ve vekâlet sözleşmelerinden) hangisine göre çalıştıklarının belirlenmesi, önem kazanmaktadır.

Nitekim, çalışan kişinin “işçi” sıfatını kazanabilmesi “hizmet” (iş) sözleşmesine, “yüklenici” (müteahhit) sıfatını taşıyabilmesi “eser” ve “vekil” sıfatını elde edebilmesi de, “vekâlet” sözleşmesine dayanarak çalışıyor olmasına bağlı bulunmaktadır. Bu yüzden, öncelikle, “anketör” olarak adlandırılan kişinin çalışmasının dayandığı sözleşme tipinin belirlenmesi gerekmektedir.

Ancak, daha önce¹ yapılan tespitlerde ortaya çıktığı üzere, uygulamada değişik anketör tipleri yer almaktadır. Nitekim, bunlardan bazıları, araştırma kuruluşuna bağımlı olarak ve diğerleri ise, bağımsız biçimde faaliyette bulunmaktadır. Bu nedenle, anketörler konusunda genellemeye gidilmeksizin, her somut olayda araştırma kuruluşuna karşı bağımlı/bağımsız olma özelliklerinin dikkate alınmasında ve buna göre hareket edilmesinde yarar vardır.

Diğer yandan, iş (hizmet) sözleşmesi tipini “eser” ve “vekâlet” sözleşmelerinden ayırt etmeye yarayacak en belirgin ölçütün (kriterin), “bağımlılık” unsuru olduğu göz ardı edilmemek gerekir.

1. Araştırma Kuruluşu İçinde Çalışanlar

Uygulamada araştırmacı kuruluşlara bağımlı olarak, yani söz konusu kuruluşların faaliyet gösterdiği yerde bulunan ve belirli mesai saatleriyle bağlı biçimde iş gören “anketör”ler bakımından, “bağımlılık” unsurunun gerçekleştiğini ve giderek, bunların, işçilik haklarından yararlanan birer “işçi” (veya “sigortalı”) olarak sayılmaları gerektiğini kabul etmek, hukuken doğru ve yerinde olur.

Nitekim, bu kişiler; mesailerinin tümünü veya bir bölümünü araştırma kuruluşuna hasretmek, gösterilen yerde ve daha önce saptanmış çalışma saatleri içinde çalışmak suretiyle, işveren olan araştırma kuruluşunun otoritesi altına girmiş durumdadır. Bu tür anketörlerin,

bağlı buldukları araştırma kuruluşunun emir ve talimatları altında oldukları ve bu emir ve talimatlara göre iş gördükleri; giderek, bunların “işçi” (“sigortalı”) olarak kabul edilmeleri ve işçilik ile sosyal sigorta haklarından yararlanmaları gerektiği belirtilmelidir.

Buna göre, anılan kişiler, asgari ücret ile fazla çalışma, yıllık ücretli izin ve kıdem tazminatı gibi işçilik haklarından yararlanacaklar; kendilerinin sigorta bildirimlerinin yapılması gerekmektedir.

2. Araştırma Kuruluşundan İş Alarak Çalışanlar

Uygulamada araştırma kuruluşlarından bağımsız biçimde faaliyet gösteren “anketör” tipi için, aynı şeyleri kabul etme olanağı bulunmamaktadır. Nitekim, bu tip anketörler; anket formlarını araştırma kuruluşundan aldıktan sonra, doldurulmuş formları aynı kuruluşa iade etmek suretiyle çalışmaktadır. Bu tür bir iş görmenin ise, “işçi” (“sigortalı”) sayılmak için zorunlu olarak aranan “bağımlılık” unsurunun varlığını sağlamaya yeterli olmadığı görülmektedir.

Gerçekten, gerek şimdiki 4857 sayılı ve gerekse daha önceki 1475 sayılı İş Kanunu, işçi sayılacak kişinin “bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan” kişi olmasını öngörmektedir (m. 2/I cümle 1).

Bu anlamda, “işçi” olarak kabul edilecek kişi, işini hukuken geçerli bir iş (sözleşmesi) ilişkisine dayanarak görmelidir. Burada, belirleyici olan nokta, işin sonucu değil, kişinin iş görmüş olmasıdır. Nitekim, işin sonucunu temel alan eser sözleşmesi (istisna akdi) ilişkisine dayanarak çalışanlar, işçi olarak kabul edilemeyecektir².

Diğer yandan, iş hukuku, esasen işin hukuku olmayıp, sadece bireysel iş ilişkisi temelinde bir işin görülmesini kapsar. Buna göre, iş görmenin temelini oluşturan bireysel iş ilişkisi de; kural olarak, bir sözleşmeden, yani iş sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Nitekim, “işçi”nin tanımını yapan İş Kanunu m. 2/I cümle 1 hükmü de, “bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan”dan söz etmektedir. Böylece, iş sözleşmesi dışındaki bir sözleşmeye, sözgelimi eser

veya vekâlet sözleşmeleri gibi iş görmeye dayalı sözleşme türlerine dayanarak çalışan kişilerin “işçi” sıfatını kazanması, hukuken söz konusu değildir.

İş Kanunu m. 8/I cümle 1, “iş sözleşmesi”ni, “bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşme” olarak tanımlamıştır. Buna göre, iş sözleşmesinin yasal unsurlarını “iş görme”, “karşılık” ve “bağımlılık” olarak sıralamak mümkündür.

Nitekim, iş sözleşmesinin varlığı için, bir tarafın, yani işçinin “iş görmeyi” üstlenmesi, yasa tarafından aranmaktadır. Ancak, buradaki iş görmenin, “iş sözleşmesine dayanarak çalışma” niteliğini taşıması zorunludur. Çünkü, işçi; İş Kanunu m. 2/I cümle 1 hükmü uyarınca, “bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan” gerçek kişidir. Bu bakımdan, işçinin, iş görme sözleşmeleri içinde yer alan eser veya vekâlet sözleşmelerinden birine dayanarak iş görmesi, iş sözleşmesi açısından söz konusu değildir.

Diğer yandan, iş sözleşmesinde bir karşılık uğruna, yani ücret karşılığında çalışmadan söz edilir. Her ne kadar, “işçi”nin İş K. m. 2/I cümle 1 hükmünde tanımı yapılırken, karşılık olarak “ücret”ten söz edilmemişse de; bu kez “iş sözleşmesi”nin İş K. m. 8/I cümle 1 hükmündeki tanımında, açıkça “ücret” sözcüğüne yer verilmiştir.

Nihayet, iş sözleşmesi İş K. m. 8/I cümle 1 hükmünde tanımlanırken, açıkça, işçinin “bağımlı olarak iş görme”si gerektiği belirtilmiştir. Esasen, iş hukuku, bağımlı işçilerin hukuki ilişkilerini düzenleyen bir hukuk dalıdır³.

Her iş görme borcu; işin şahsen ifası söz konusu olduğunda, bünyesinde belirli ölçüde bağımlılık unsurunu taşımaktadır. Bu bağlamda, Türk İş Hukuku uygulamasında “bağımlılık” unsuru, işçi yönünden hâlâ bir esaslı unsur sayılmaktadır.

İşin sonucunu temel alan eser sözleşmesi ilişkisine dayanarak çalışanlar, işçi olarak kabul edilemeyecektir.

Eser sözleşmesi ile iş sözleşmesini birbirinden ayırt etmede en önemli ölçüt, zaman ögesidir.

İş sözleşmesinde hukuken bağımlılığın saptanması bakımından ise, çalışmanın işveren tarafından belirlenmiş iş sürelerine uygun olarak yapılması, başlıca ölçüt olarak aranmaktadır⁴.

İş sözleşmesinin ve işçi kavramının unsurlarına ilişkin tüm bu açıklamaların ışığında, araştırma kuruluşlarına karşı bağımsız olan anketörler bakımından, iş sözleşmesi ve giderek işçi kavramı için gerekli olan kişisel bağımlılık unsurunun ortaya çıkmadığı ve taraflar arasındaki ilişkinin, hukuken “eser sözleşmesi” ilişkisi olarak mütalaa edilmesi gerektiği görülmektedir.

Gerçekten, bu tür anketörler, aldıkları anket formlarını anket yapılan kişilere tamamlattıktan sonra doldurulmuş formları araştırma kuruluşuna teslim etmek suretiyle, bir “eser”in ortaya çıkmasını sağlamaktadır. Buradaki eser, doldurulmuş formlardır. Çünkü, araştırma kurumu ve giderek, pazar araştırmaları, söz konusu formlardaki bilgiler üzerine kurulmaktadır. Söz konusu faaliyet sırasında anketör, hiçbir şekilde araştırma kuruluşunun herhangi bir emir ve talimatı altında değildir.

Bu kişilerin, anket sırasında uyacakları kalite koşullarını içeren bir metni imzalamaları ise, emir veya talimat niteliğinde sayılmaz. Çünkü, metnin imza altına alınması, işin görülmesinden öncedir. Nitekim, kişisel bağımlılığı içeren emir ve talimat altında olma, ancak işverenin otoritesi altında bulunulduğu sırada söz konusudur. Ayrıca, “Pazar, kamuoyu araştırmaları ve sosyal araştırmalar-Terminoloji ve hizmet şartları” adlı ve ISO 20252 sayılı Uluslararası Standart da, anketörlere (saha çalışanlarına) gereken eğitimin verilmesini öngörmektedir.

Anketör ise, anket işini ne araştırma kuruluşunun belirlediği bir yerde ve ne de onun tarafından belirlenmiş zamanlarda yerine getirmektedir. Bunun gibi, uygulamada özellikle öğrenci anketörler de, okulla birlikte anket çalışmalarını sürdürmektedir. Artık, burada, kişisel bağımlılıktan söz edilemeyeceği kesindir.

Kaldı ki, bu tip anketörler, mesailerini tek bir araştırma kuruluşuna hasretmemektedir. Sürekli (devamlı) tek bir araştırma kuruluşu için çalışmadıkları için de, bunlar bakımından işçi sıfatının kazanılması söz konusu değildir. Gerçekten, “bağımlılık” unsurunun varlığı için, kişisel bağımlılığın yanı sıra, ekonomik bağımlılığın da ortaya çıkması zorunludur. Nitekim, Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi, “özel işine engel olmamak kaydıyla ayda bir defa rasat yapmayı ve rasat alıp rasat raporlarını düzenleme görevini üstlenmiş bir kişinin” açtığı bir davayla ilgili olarak, günlük çalışmasının tamamını aynı işyerine hasretmeyen ve özel çalışmalarından sağladığı maddi olanaklar yanında yaptığı göreve göre bir bedel alan kişinin artık asgari ücret talebinde bulunamayacağına karar vermiştir⁵.

Bu anlamda, araştırma kuruluşundan bağımsız biçimde iş gören anketör de, tek bir kuruluş için anket işi yapmamakta ve değişik kuruluşlarla çalışabilmektedir. Buna göre de, söz konusu anketörlerin ekonomik bağımlılığından söz etme olanağı, artık ortadan kalkmaktadır.

Diğer yandan, eser sözleşmesi ile iş (hizmet) sözleşmesini birbirinden ayırt etmede en önemli ölçüt (kriter), zaman (devamlılık) ögesidir. Nitekim, iş sözleşmesinde hizmet edimi devamlılık niteliğini taşır ve anılan edimin zaman içinde bir defada tamamlanması söz konusu olmazken; eser sözleşmesi bir eserin ortaya çıkarılmasını içerdiğinden, eser sözleşmesinde zaman bakımından devamlılıktan söz edilememektedir.

Zaman ögesini anketörler bakımından ele alacak olduğumuzda, bu kişilerin de anket faaliyetlerini sürdürmelerinde devamlılığın bulunmadığını görmekteyiz. Gerçekten, anketör, anket formunu tamamlatıp araştırma kuruluşuna iade etmekle bir eser oluşturmakta ve böylece, doğallıkla, belirtilen anket faaliyetinin artık devamlılığı söz konusu olmaktadır.

Ayrıca, birden fazla projede çalışan anketör bakımından da, her bir projenin kapsam ve içeriğinin farklı olduğu ve giderek, her projede birim anket ücretinin değiştiği, gözden uzak tutulmamalıdır. Bunun gibi, anketör de, sadece

bu birim ücreti kabul ederek sözleşme ilişkisine girmektedir, Bu yüzden, birden fazla projede çalışma olgusunun, iş (hizmet) sözleşmesi anlamındaki bir devamlılığa yol açmadığı belirtilmek gerekir.

Nihayet, anketörlerin, “çağrı üzerine çalışma” ilişkisi içinde oldukları da, söylenememektedir. Gerçekten, “çağrı üzerine çalışma”; İş K. m. 14/I hükmü uyarınca, “yazılı sözleşme ile işçinin yapmayı üstlendiği işle ilgili olarak kendisine ihtiyaç duyulması halinde iş görme ediminin yerine getirileceğinin kararlaştırıldığı iş ilişkisi”dir. Buna karşılık, anketörler, bu konuda herhangi bir “yazılı sözleşme” yapmamaktadır. Yazılı şekil şartı ise, “çağrı üzerine çalışma” ilişkisi bakımından, hukuken bir geçerlilik şartı niteliğindedir. Bu anlamda, anketörlerin, çağrı üzerine çalışma türündeki bir iş sözleşmesine göre de faaliyette bulunmadıkları görülmektedir.

IV. SONSÖZ

Yukarıda yapılan açıklamalar karşısında, araştırma kuruluşlarının kadrolarında yer alıp, çalışmalarını bu kuruluşlara hasreden ve bunlarca belirlenen yer ve mesai saatlerine bağlı olarak faaliyet gösteren anketör kişilerin iş sözleşmesine dayanarak çalıştıkları ve bu yüzden işçi sayılmaları gerektiği; araştırma kuruluşlarından anket formlarını alıp bunları doldurduktan sonra aynı kuruluşa iade eden, mesailerinin tümünü aynı yere hasretmeyen ve çalıştıkları yer ile zaman bakımından serbest bulunan bağımsız anketörlerin ise, esas olarak, “eser sözleşmesi” ilişkisi içinde çalıştıkları ve bağımlılıklarının yokluğu nedeniyle “işçi” olarak kabul edilmelerine hukuken olanak bulunmadığı anlaşılmış bulunuyor.

Bu durumda, uygulamada yargıcın, önüne gelecek her somut uyuşmazlık bakımından, olayın ve ilgilinin somut özelliklerini dikkate alması gerekecektir. Buna göre, tüm “anketör” olarak çalışanlar bakımından, önceden genellemeye gidilmeksizin, somut durumda “bağımlılık” unsurunun ekonomik ve kişisel bakımdan ortaya çıkıp çıkmadığının göz önünde bulundurulması, hukuken doğru ve yerinde olabilecek sonuçlara ulaşmayı kolaylaştırabilecektir.

DİPNOTLAR

- 1 Bkz. yukarıda II.
- 2 Bkz. Yarg. 9. HD., 25.2.1969-15371/2321-Mustafa Çenberci, İş Kanunu Şerhi, Ankara 1984, 87 No. 28; Yarg. 9. HD., 14.9.1992-10735/10080-Çimento İşveren Dergisi VI, 6 (Kasım 1992), 42.
- 3 Bkz. Kenan Tunçomağ/Tankut Centel, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2008, 1-2 ve 54.
- 4 Bkz. Hamdi Mollamahmutoglu, İş Hukuku (Genel Kavramlar-Bireysel İş İlişkileri), Ankara 2008, 268.
- 5 Bkz. Yarg. 9. HD., 5.5.1975-7229/29109-İHU İş K. 33 No. 2.

Prof. Dr. Devrim ULUCAN

Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İşyeri Devrinin İş İlişkilerine Etkisi ve Devir Nedeni ile Yapılan Fesihlerin Hukuki Sonuçları*

Son yıllarda hem ülkemizde hem de küreselleşen dünyada birçok şirketin veya işletmenin bir başka şirkete veya işletmeye devredildiği veya bunlar arasında birleşmelerin gerçekleştiği izlenmektedir. Bu olguya uluslararası şirketler düzeyinde rastlayabileceğimiz gibi; söz konusu gelişmenin küçük ölçekte işletmeler veya işyerleri arasında da sürdüğü görülmektedir. Bu bağlamda bir işyeri veya bir bölümü bir başka işverene devredilmekte veya bir işletme başka işletme veya bir işyeri ile birleşmektedir. Devir veya birleşmeler bazen salt ekonomik gereklere bağlı olarak yapılmakta, bazen de devredilen işyeri veya işletmenin zarar etmesi ve zor durumda olması nedeni ile kapanma aşamasında bu yola gidildiği görülmektedir.

Bu tür gelişmeler, kaçınılmaz bir biçimde sözü edilen işletme, işyeri veya onların bir bölümünde çalışan işçileri doğrudan etkilemektedir. Çoğu zaman bu tür devirler sonucunda devredilen işyeri veya bir işyeri bölümü, bir işletme çatısı altında yer aldığı veya birleşme sonucu yeni bir işletme ortaya çıktığında bu durum işletme içi yeniden yapılanmayı ge-

rektirmekte ve bu amaçla hazırlanan işletme planları ve uygulaması aynı zamanda personel yapısının değişmesini zorunlu kılmaktadır. Bu girişimler sonucunda genellikle personel fazlası ortaya çıktığı için çok sayıda işçinin işten çıkarılmaları söz konusu olmaktadır.

Bu gelişmeler dikkate alınarak 2003 tarihinde yürürlüğe giren yeni İş Kanunu'nun 6. maddesinde, işyerinin veya bir bölümünün devri halinde, devredilen işyeri veya bir bölümünde çalışmakta olan işçilerin hukuki durumları ve haklarının korunması ile bu bağlamda yapılacak fesih işlemlerinin hukuki sonuçları düzenlemiştir. Yasa, bir devir işlemi yapıldığında devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut iş sözleşmelerinin bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçeceğini düzenledikten sonra özellikle devreden ve devralan işverenin sırf devir nedeni ile işçilerin iş sözleşmelerini feshedemeyecekleri kuralını getirmiştir.

Yasa, devir konusu olarak, işyeri veya işyerinin bir bölümünden söz etmekteyse de aynı hükmün devir dışında tüzel kişiliğin birleşme veya katılma ya da türünün değişmesiyle sona

erme hallerini de kapsadığı kabul edilmelidir. Çünkü 6. maddenin 4. fıkrası “Tüzel kişiliğin birleşme veya katılma ya da türünün değişmesiyle sona ermesi halinde birlikte sorumluluk hükümleri uygulanmaz” diyerek, bunlar zaten birleştikleri ve ortada iki farklı işveren kalmadığı için, sadece devreden ve devralan işverenlerle ilgili olarak, birlikte sorumluluk ilkesini ayrık tutmuş, bunun dışında bir farklılık yaratmamıştır. Böyle olunca birlikte sorumluluk ile ilgili ayrık durum dışında 6. maddenin tüzel kişilerin birleşmeleri ve katılmaları ya da türünün değişmesi hallerinde de uygulama alanı bulması gerekir. Bu yaklaşım işletme ve işyerlerinin devri yanı sıra bunların birleşmeleri halini de dikkate alan AB Yönergesine de uygun düşmektedir.

Diğer yandan İş K. m. 6, İş Kanunu'nun kapsamında olan işçileri esas almış ve iş güvencesi kapsamına giren işçiler ile iş güvencesi kapsamında olmayan işçiler arasında işyerinin devri ve sonuçları ile ilgili bir ayırım yapmamıştır. Böyle olunca iş güvencesi kapsamı dışında kalan ve bir işverenin aynı işkolunda bir veya değişik işyerlerinde 30 işçinin altında işçi çalıştırılan işyerlerinin işçileri de, işverenin bir veya değişik işyerlerinde toplam altı aydan fazla çalışmış olmak koşulu aranmaksızın, devir nedeni ile fesihler bakımından bir bakıma feshe karşı korunmuş olmaktadır. Bu açıdan bakınca, bu gibi işçilerin devir nedeni ile fesihler bakımından bir iş güvencesi hakkına sahip olup olmadıkları sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu konunun ayrıca araştırılması gerektiğinden ayrıntıya aşağıda girilecekti.

1. İŞYERİNİN VEYA İŞLETMENİN DEVRİ İLE İLGİLİ AB İLKELERİ

İş Kanunu m. 6'da belirtilen işyeri ve işletmelerin tamamen veya kısmen devri halinde, işverenin de kendiliğinden değişmesi gerçeği karşısında, devreden işverene bağlı olarak çalışan işçilerin iş ilişkisinden kaynaklanan haklarının korunması için bunların özellikle güvence altına alınması zorunlu olmaktadır. Yasa koyucu bu konuda düzenleme getirirken öncelikle AB hukukunu dikkate almıştır. Bu konuda çıkarılan ilk AB Yönergesi 14 Şubat 1977 tarihli ve 77/187/EG sayılı Yönerge-

yi, ilk Yönergede değişiklik getiren 29 Haziran 1998 tarihli 98/50/EC sayılı Yönergesi izlemiştir. Daha sonra 12 Mart 2001 tarihinde kabul edilen 2001/23/EG sayılı Yönerge ile daha önceki iki Yönergenin hükümleri birleştirilerek yenilenmiştir.

2001 tarihli 23/EG sayılı Yönerge yürürlüğe konurken, amacı belirleyen giriş kısmında, ekonomik gelişmelerin hem üye ülkelerde hem de AB bütününde işletmelerin yapılarında değişiklikleri zorunlu kıldığı, bu gelişmenin işletmelerin, işyerlerinin veya onların bölümlerinin bir başka işverene devrine veya bir başka işverenle birleşmesine yol açtığı, bu nedenle de işçilerin, işveren değişikliği karşısında korunmaları gerektiği ve özellikle sahip oldukları hakları talep edebilmeleri için gerekli düzenlemelerin yapılmasının zorunlu olduğu, belirtilmektedir.

Yönergede, işyerinin devri ve işletmenin devri kavramları açıklığa kavuşturulduktan sonra; özellikle devir sonrasında iş sözleşmesinden veya iş ilişkisinden kaynaklanan işçi hakları ile devir nedeni ile yapılacak fesih işlemlerinin hukuki sonuçları belirlenmiştir.

Yönergenin 1. maddesinin a bendine göre, devir işleminin anlamı, bir işletmenin veya bir işyerinin temel ekonomik veya yan ekonomik amaçları gerçekleştirmek üzere organize edilmiş kaynakları ile ekonomik ayniyeti (bütünlüğü) korunarak bir başka işverene devridir.

Yönergenin 3. maddesine göre de, devreden işverenin devir esnasında iş sözleşmesinden veya iş ilişkisinden kaynaklanan hakları ve yükümlülükleri devir nedeni ile devralan işverene geçer. Üye ülkeler dilerlerse devreden ve devralanın, devirden sonra, iş sözleşmesinden veya iş ilişkisinden kaynaklanan yükümlülüklerden birlikte sorumlu olacaklarını kabul edebilirler. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre, üye ülkeler dilerlerse devreden ve devralanın devir işleminden sonra, iş sözleşmesinden veya iş ilişkisinden kaynaklanan devir öncesi yükümlülüklerden dolayı devir tarihinden itibaren birlikte sorumlu olacaklarını öngörebilirler.

Asıl önemli düzenleme Yönergenin 4. maddesinde yer almaktadır. Buna göre bir işletmenin veya bir işyerinin veya bunların bir bölümü-

nün devri, devreden ve devralan bakımından bir fesih nedeni oluşturmaz. Bu düzenleme, ekonomi, teknik veya organizasyona dayanan nedenlerle işin yürütümü ile ilgili faaliyetlerde değişiklik gerektiren hallere bağlı olarak yapılan fesihlere engel değildir.

Yönergenin 4/2. maddesi, devir işleminin işçi aleyhine değişiklik yaratması olasılığını dikkate alarak bu konuda özgün bir düzenleme getirmiştir. Buna göre, devir işleminin iş koşullarında işçi aleyhine değişikliklere yol açması, iş sözleşmesinin veya iş ilişkisinin sona erdirilmesine neden olmuşsa iş sözleşmesinin veya iş ilişkisinin işveren tarafından feshedildiği kabul edilecektir.

Yönergenin 7/6. maddesine göre de, devir yapılması sonucu işçilerin bir oldu bitti ile karşı karşıya kalmamaları için, çalıştıkları devre konu işletmelerde veya işyerlerinde temsilci seçme hakları yoksa üye ülkeler devirden önce işçilerin bilgilendirilmelerini sağlayacak düzenlemeler getirmelidirler.

Bilgilendirme özelliklerle:

- Devir zamanı veya devir için planlanan zaman,
- Devir nedeni,
- Devir işleminin gerçekleşmesi halinde bunun işçiler üzerinde doğuracağı hukuki, ekonomik ve sosyal sonuçlar,
- İşçiler için öngörülen önlemler konularında olacaktır.

İşletme veya işyeri düzeyinde işçi temsilcisi varsa bu durumda bilgilendirme bu temsilciye yapılacaktır (m. 7/1).

Bu açıklamalardan çıkarılacak önemli bir sonuç, işyeri devri ile ilgili Yönergenin, işyeri devrinden söz ederken, sadece ekonomik ayniyeti (bütünlüğü) koruyarak bir maddi ortamın devrini değil, bu maddi ortamla birlikte devreden ve devralanın iradeleri dışında orada çalışan işçilerin de devredilmiş olacaklarını kabul etmiş olmasıdır. Ancak, belirtildiği gibi devir işlemi iş koşullarında işçi aleyhine değişikliklere yol açmışsa ve iş sözleşmesi bu nedenlere bağlı olarak işçi tarafından sona erdirilse dahi gene de fesih işveren tarafından yapılmış sayılacaktır.

AB Adalet Divanı verdiği kararlarla Yönerge doğrultusunda görüş oluşturmuştur. Buna göre,

koşulların oluşması halinde işveren ve işçi bakımından devir işlemi ile birlikte iş ilişkisinin kendiliğinden (ipso iure) devredildiği gerçeği karşısında, işçilerin buna itiraz etme yetkilerinin olduğunu kabul etmek gerekir. Çünkü her işçinin, işverenini serbestçe seçme hakkı temel bir haktır, farklı bir yorum işçinin temel haklarına aykırılık oluşturur¹. Doğal olarak böyle bir durumda işçiden iş sözleşmesini feshetmesi beklenmeyecektir.

II. İŞ KANUNU'NUN 6. MADDESİ ANLAMINDA İŞYERİ VEYA İŞLETMENİN DEVRİ İLKELERİ

İşverenin, işyerinin tamamını veya bir bölümünü ya da işletmenin tamamını bir başkasına devretmesi veya kendisinin de ortak olduğu ya da ortak olmadığı ayrı bir tüzel kişilikle birleştirmesi halinde, girişim ve sözleşme özgürlüğü gereği hukuken buna bir engel yoktur. Bu durumda işçinin çalıştığı işyerinin veya bir bölümünün işvereni, kural olarak işçilerin onayına gerek olmaksızın kendiliğinden değişmiş olmaktadır. Ancak, bu durum işçilerin haklarını yitirmelerine yol açmamalıdır.

Yeni İş Kanunu bu konuyu ayrıntılı bir biçimde düzenlemiştir. İş K. m. 6 düzenlemesine göre "İşyeri veya işyerinin bir bölümü hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile devralana geçer.

Devralan işveren, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlüdür."

Yasanın 6. maddesi işyeri veya işyerinin bir bölümünün devrinden söz etmektedir. Oysa yukarıda da açıklandığı gibi işletme devri veya birleşme ve katılımları da aynı kapsamda değerlendirilmelidir.

Bu düzenlemeye göre devir sonucu yeni işveren, iş sözleşmesinin tarafı haline geldiğinden işçinin işe girdiği tarihten itibaren hizmet süresinin esas alındığı haklardan sorumlu olacak, işçinin devreden yanında çalıştığı tüm süreleri dikkate alarak işlem yapacaktır. Örneğin işçinin kıdem tazminatı hak ederek işten ayrıl-

ması halinde, bu tazminatın hesabında sadece devirden sonraki değil, devirden önce işçinin çalıştığı süreleri de hesaba katılacaktır. Yıllık ücretli izin bakımından da sürelerin hesaplanmasında aynı ilke geçerlidir.

Yasa, ayrıca işyerinin veya bir bölümünün devri halinde, devirden önce işçinin doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan işverenlerin birlikte sorumlu olacaklarını belirlemiş, ancak bu yükümlülüklerden devreden işvereni devir tarihinden itibaren iki yıl süre ile sorumlu kılmıştır (İş K. m. 6/3). İşçi böyle bir alacağı varsa bu alacağını iki yıl süresince eski işverenden de isteyebilecek, bu süre geçtikten sonra devirden önce doğmuş ve devir sırasında ödenmemiş (örneğin bir ikramiye) alacağı varsa bunu sadece yeni işverenden isteyebilecektir.

Görüldüğü gibi devir tarihi kavramı haklar ve borçlar bakımından bir dönüm noktası oluşturmaktadır. Madde, devirden önce doğmuş borçlarla, devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan söz ettiğine göre, bunlar ödenmesi gereken muaccel olan yeni istenebilir olan borçlar olmaktadır.

Devir tarihi, aynı zamanda devreden ve devralan tarafın ayrıca bu konuda anlaşmasına gerek olmadan, mevcut iş ilişkilerinin, işverenin değiştiği tarihtir. Devir ile iş ilişkisinin tarafı işveren değiştiğine göre bu konuda işçinin onay vermesi de aranmaz çünkü yasa devir işlemine karşı AB Yönergesinden farklı olarak işçinin bilgilendirilmesinden veya onayından söz etmediği gibi, bu nedenle işçinin haklı neden dışında (İş K. m. 6/6) iş sözleşmesini devir işlemine karşı olması nedeni ile feshetme olanağına da açıkça yer vermemiştir.

Devir işlemi sonucunda işçi bakımından iş koşullarında esaslı değişiklikler ortaya çıkmışsa, işçi haklı nedenle iş sözleşmesini feshedip kıdem tazminatı talep edebileceği gibi, işçinin, İş Kanunu'nun 17. maddesine göre bildirim sürelerine uymak koşulu ile devir nedeni ile veya hiçbir neden göstermeden her zaman iş sözleşmesini feshetme olanağı da vardır. Bu durumu göz önünde tutarsak, işçinin devir işlemine katılmak istememesi halinde iş sözleşmesini feshederek işten ayrılması da mümkündür. Devir

işleminden fazla etkilenmeyen ve etkilenmeleri için bir neden de bulunmayan işçiler bakımından varılan bu sonuç bir sorun yaratmayacaktır. Devir işleminden olumsuz etkilenen veya olumsuz bir biçimde etkileneceğini sanan işçiler bakımından ise varılan bu sonucun hakka niyete uygun olduğu söylenemez.

Olayı, İş Kanunu'nun 22. maddesi açısından değerlendirmek de mümkün değildir. Bu madde hükmüne göre işveren, çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz. İşçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir. İşçi bu durumda 17 ila 21. madde hükümlerine göre dava açabilir. İş Kanunu'nun 6. maddesinde yer alan işyeri veya bir bölümünün devri ise bu yönde 22. madde anlamında esaslı bir değişiklik sayılamaz çünkü yasa böyle bir devir işlemine hukuken olanak tanımış ve bu konuda işçinin önceden bilgilendirilmesini dahi aramamıştır. Böyle olunca işverenin işyerinin devri işlemi konusunda işçinin onayını alması ve işçinin devir işlemi kabul etmemesi halinde iş güvencesi hükümlerine uyarak iş sözleşmesini feshetmesi de söz konusu olamaz. Aynı durum iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçiler için de geçerlidir.

Ancak, işyerinin devri işçi bakımından katlanılamaz bir durum yaratmışsa işçi her zaman kendi yararına olmasa da iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebileceği gibi, işçinin, bildirim sürelerine uyarak iş sözleşmesini feshetmesine de bir engel yoktur.

AB normları ile bir karşılaştırma yapılırsa, Yasanın bu yönde işçi yararına uyumlaştırılması gerekmektedir. 2004 tarihli AB İlerleme Raporunda bu durum özellikle belirtilmiştir. Yukarıda açıklandığı gibi, AB Yönergesi 7/1. maddesinde hem devreden hem de devralan işveren yönünden işçi temsilcilerini bilgilendirme ve danışma yükümlülüğü öngörmekte; temsilci

bulunmayan hallerde ise 7/6. maddesine göre bireysel olarak işçilerin bilgilendirilmelerinden söz etmektedir. Aynı şekilde haklı bir neden oluşturacak ağır koşullar oluşturmasa da, devir işleminin iş koşullarında işçi aleyhine değişiklik oluşturması halinde işçinin sözleşmesini feshedebileceği ancak feshin işveren tarafından yapılmış sayılacağı kabul edilmiştir (m. 4/2).

Örneğin, aynı şekilde Alman Medeni Kanunu'nun (BGB) 613/a paragrafı, AB Yönergesine uyum amacı ile değişikliğe uğramış ve 1.4.2002 tarihinden itibaren işyeri devredilen işçilerin yazılı olarak kapsamlı bir biçimde devir konusunda bilgilendirilmeleri zorunluluğu getirilmiştir. Aynı maddenin 6. fıkrası da işçilere devir işlemine karşı yazılı olarak itiraz hakkı tanımıştır. İşçi devir işlemi nedeni ile iş ilişkisinin devredilmesine karşı olduğunu açıklarsa işi ortadan kalkmış sayılacaktır. Bu durum işverene, işyeri gereklerinden kaynaklanan ve bu nedenle geçerli nedene dayanan bir fesih olanağı sağlar. Ancak, fesih yapılırken gene de Feshe Karşı Koruma Yasası hükümlerine göre feshin sosyal açıdan geçerliliğinin kanıtlanması gerekecektir. İşveren, işyeri gereklerine dayanan feshin sosyal açıdan geçerliliğini savunurken bildirim süreleri içinde veya sonra işçinin çalışabileceği yeni işlerin ortaya çıkma olasılığını da dikkate almak zorundadır. İşveren fesih yoluna gitmez ise işçinin devreden işveren ile iş ilişkisi varlığını sürdürür, bu durum her iki işverene karşı ileri sürülebilir². Görüldüğü gibi Alman Hukukunda da devir işlemine karşı olan işçiler iş sözleşmelerini feshetmek zorunda bırakılmamakta, devre karşı olmaları halinde işverenin, koşulları varsa geçerli nedene dayanarak iş sözleşmelerini feshetmesi gerektiği, bu koşullar yoksa işçinin iş ilişkisinin devreden işveren yanında sürdüğü kabul edilmektedir.

Diğer yandan Yasa, işverenin iş sözleşmesini feshetmesi ile ilgili önemli bir düzenleme getirerek işyerinin veya bir bölümünün devrinin iş sözleşmesine taraf olan işverenler bakımından bir fesih nedeni olamayacağını belirtmiş ve m. 6-5 de "devreden veya devralan işveren iş sözleşmesini sırf işyerinin veya bir bölümünün devri nedeni ile feshedemez ve devir işçi yönünden fesih için haklı neden oluşturamaz" dü-

zenlemesini getirmiştir. Bunun anlamı, işveren tarafının salt devir nedenine dayanarak iş sözleşmesini feshedemeyeceğidir. Bu düzenleme İş K. m. 24 ve 25 hükümlerine göre haklı bir nedenin ortaya çıkması halinde, tarafların haklı nedenler ile iş sözleşmesini feshetme haklarını ortadan kaldırmaz.

Ancak, devir işlemlerinin yapılmasından önce veya sonra ekonomik ve teknolojik nedenlerin yahut iş organizasyonu değişikliğinin gerekli kıldığı hallerde işverenlerin iş sözleşmesini bu tür geçerli nedenlere dayanarak feshetme hakları vardır (İş K. m. 6/5).

Görüldüğü gibi, İş Kanunu'nun 6. maddesi bu konuda genel olarak AB Yönergesinde öngörülen esasları benimsemiş bulunmaktadır. AB Yönergesinde belirlenen esaslara uygun olarak İş Kanunu hem işyeri veya işletme devri olanağını ekonomik nedenlerle kabul etmekte, hem de devir sonucu işçi hak ve yükümlülüklerinin ortadan kalkmaması ve işçilerin bu nedenle işten çıkarılmaması için gerekli düzenlemeleri getirmektedir. Ancak, bu düzenlemeler bir yandan devir öncesi ve sonrası işten çıkarılmaları yasaklarken, diğer yandan bu durumda dahil bazı nedenlerle işverene gene de fesih hakkı tanımaktadırlar.

AB Yönergesinin 4/1 maddesinde olduğu gibi, İş K. m. 6/5'in birbirini izleyen iki cümlesinin getirdikleri ilkeler açısından, biri diğerini anlamsız hale getirmeden yorumlanması gerekmektedir.

İş K. m. 6/5'in ilk cümlesi devir nedeni ile devreden ve devralan işverenin sırf bu nedene dayanarak işçilerin iş sözleşmelerini feshedemeyeceklerini kesin bir ifade kullanarak ve bir bakıma emredici bir biçimde düzenlerken; aynı maddenin ikinci cümlesinde bu kesin ifadeye istisnalar getirilmekte, devir işleminden önce veya sonra ekonomik ve teknolojik nedenlerin yahut iş organizasyonu değişikliğinin gerekli kıldığı hallerde her iki işverenin de (devreden ve devralan) iş sözleşmelerini bu nedenlere dayanarak geçerli bir şekilde feshedebilecekleri kabul edilmektedir. Sorun fesih işleminin ne zaman devir nedenine dayandığının, ne zaman belirtilen geçerli nedenlere dayandığının açık bir biçimde belirlenmesinde ve buna koşut ola-

rak fesih işlemlerinin geçerliliğinin saptanmasında ortaya çıkmaktadır.

Devreden işveren, işyerini salt devredeceği, devralan da işyerini devraldığı için iş sözleşmelerini feshederse bu fesihler (yasa bu tür fesihleri açıkça geçersiz saymadığı sadece fesih yapılamayacağından söz ettiği için) İşK. m. 18-21 anlamında işyeri gereklerinden kaynaklanan geçerli nedene dayanan fesih sayılmayacak ve işçiler, iş güvencesi hükümlerine göre süresi içinde işverene karşı işe iade davası açabileceklerdir. Salt işyerinin devri geçerli neden oluşturmayacağı için mahkeme de işçinin işe iadesine karar verecek ve yasal prosedür işleyecektir. Bu sonuç iş güvencesi kapsamında olan işçiler bakımından kabul edilebilir bir değerlendirme olabilir. Ancak, iş güvencesi kapsamında olmayan işçiler bakımından aynı sonuca ulaşmak zordur.

Altıncı maddenin ifadesini mutlak emredici nitelikte bir hüküm olarak değerlendirirsek, emredici bir hükme aykırı bir hukuki işlem geçersiz sayılacağından, söz konusu işçiler, iş güvencesi kapsamına girsin veya girmesin arada bir fark olmaksızın bu tür bir fesih işlemi geçersiz sayılacağından, yapılan fesih işlemi bir hukuki sonuç doğurmayacaktır. Bunun anlamı, İş Kanunu'nun 6. maddesinin Yasanın iş güvencesi hükümlerinden ayrı sırf devir konusunda özgün bir iş güvencesi getirmiş olmasıdır. Oysa, yasanın ifadesinden ve ekonomik, teknolojik ve iş organizasyonu değişikliği nedenleri ile fesih olanağı tanıyan ayrık hükümden bu sonucu çıkarmak doğru sayılmaz. Bu durumda iş güvencesi kapsamı dışında kalan ve devir nedenine dayalı olarak iş sözleşmeleri feshedilen işçilerin hukuki durumları oldukça tartışmalı olmaktadır.

İş güvencesi kapsamında olan işçiler bakımından feshi geçerli kılan ayrık hükümler dolayısıyla ile 6. maddenin 6. fıkrasının fesih yasağı getiren ilk cümlesini mutlak emredici olarak nitelendiremezsek, iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçiler bakımından da aynı sonuca varmamız gerekir. Aksi halde, mutlak emredici olarak kabul edersek, iş güvencesi kapsamı dışında kalanlar bakımından yasada öngörülme-yen kapsamlı bir iş güvencesi getirilmiş olacaktır.

Bu durumda iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçilerin işyerinin devri halinde iş sözleşmeleri, devralan veya devreden işverence feshedildiğinde konunun ayrıca değerlendirilmesi zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Böyle bir durumda işveren, ayrık hükme dayanarak iş sözleşmesini ekonomik, teknolojik veya organizasyon değişikliğinin gerekli kıldığı nedenlere dayanarak ve bunları kanıtlayarak feshederse bu fesih geçerli sayılacaktır. Bu durumu kanıtlayamazlarsa, söz konusu işçiler iş güvencesi kapsamında olmadıkları için işe iade talebi ile dava açamayacaklardır. Bunun sonucu olarak altı aydan daha az bir süre çalışmışlarsa sadece ihbar tazminatı ile yetinmek zorunda kalacaklardır. Varılan sonuç İş K. m. 6/6 anlamında getirilen devir nedeni ile fesih yasağını anlamsız hale getirecektir. Böyle bir sonuç yasaya aykırı olacağından daha farklı bir yorum zorunlu olmaktadır. İş güvencesi kapsamı dışında kalan işçilerin iş sözleşmeleri salt devir nedeni ile feshedilmiş ve maddede öngörülen geçerli nedenler kanıtlanamamışsa bu durumda işverenin salt devir nedenine dayanarak yaptığı fesih, İş K. m. 17 hükmüne göre fesih hakkının kötüye kullanılarak yapıldığı bir fesih olarak değerlendirilerek işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödenmesi öngörülebilir. Mevcut yasal çerçeve düzeninde varılan bu sonucun, aslında adil olduğu söylenemez. Aslında sorun Yasada değişiklik yapılarak iş güvencesinin kapsamının genişletilmesi ile daha adil olarak çözülebilir. İş Kanunu'nun 6. maddesi gerçekte sık bir biçimde devir işlemine tabi tutulan 30 işçiden az işçi çalıştıran işyerleri bakımından önemlidir. Bu nedenle 30 işçi kriterinin aşağıya çekilerek daha geniş bir işçi kitlesinin bu haktan yararlandırılması hem eşitlik ilkesinin bir gereğidir, hem de hakkaniyete daha uygun olur.

Gerçi, AB'nin ilgili Yönergesi'nin 4. maddesinin ikinci cümlesi, üye ülkelerin düzenleme getirirken iş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin devir nedeni ile fesih yasağı dışında tutulabileceklerini belirtmişse de, İş K. m. 6 böyle bir ayırım yapmaksızın İş Kanunu kapsamında olan tüm işçiler bakımından iş güvencesi kapsamına girsin girmesin devir nedeni ile

fesih yasağı getirmiş bulunmaktadır. Bu nedenle yukarıdaki yorumu yapma zorunluluğu doğmaktadır. Kaldı ki hiçbir ülkede 30 işçi kriteri nedeni ile milyonlarca işçi iş güvencesi kapsamı dışında da bırakılmış değildir. İş güvencesi kapsamı dışında bırakılanlar daha çok kendi haklarını koruyabilecek güçte olan ve azınlık oluşturan işçilerdir.

III. İŞLETMENİN, İŞYERİNİN VEYA İŞYERİNİN BİR BÖLÜMÜNÜN DEVRİ YÖNTEMLERİ

İşletme riskini taşıyan girişimcinin (işverenin), işletmesi ve işletme içinde yer alan işyerleri ve işyerinin bir bölümü ile ilgili ekonomik nitelikli kararlar almaya bu bağlamda yapısal değişikliklere gitmeye, yürütülen işi daraltmaya, bir bölümünü tasfiye etmeye yetkisi vardır ve bu kararlar kural olarak işverenin işletmesi ile ilgili oldukları için onun takdirine bağlı olduklarından yargı denetimine tabi değildir. İşverenin, işletmesini, işyerini veya işyerinin bir bölümünü devri de bu anlamda işletme ile ilgili karardır. Ancak alınan devir kararının ve devir işleminin gerçeğe, akla ve ekonomik gerekçelere uygun olması da aranır. Alınan devir kararı, işletme ve işyeri gereklerine dayanmıyor ve ekonomik açıdan bir anlamı olmadığı ve gerekli olmadığı halde sırf işçilerin iş koşullarını işçi aleyhine değiştirmek veya iş ilişkilerinin sona ermesini sağlama amacı güdüyorsa, devir işlemi muvazaa olarak değerlendirilip geçersiz sayılabilir. Bu durumun belirlenmesi her zaman kolay olmadığı için alınan kararın gerçekten uygulanması halinde açık bir aykırılık olmadıkça, genellikle işletme ile ilgili devir işlemi geçerli sayılacaktır. Devir işleminin geçerli sayılması, devreden ve devralan işverene salt bu nedenle işçilerin iş sözleşmelerini feshetme hakkı vermez, çünkü devir işleminin dayandığı ekonomik gerekçeler ile devir öncesi veya sonrası işverenin iş sözleşmelerini feshetmek için ileri sürebilecekleri ekonomik, teknolojik veya iş organizasyonu değişikliğinin gerekli kıldığı nedenler her zaman örtüşmeyebilir. Devir işlemine gerekçe olarak ileri sürülen nedenler ile fesih işlemine gerekçe gösterilen nedenler

örtüşse bile bunlar aynı anda hem devir işlemi, hem de fesih işlemine gerekçe olarak gösterilemezler. İşveren ekonomik bir neden ile veya teknolojik ya da rasyonelleşme nedeni ile işletmesini veya işyerini devretse dahi, aslında bunların tamamı işyeri devri için ekonomik neden olarak değerlendirilebilir, ancak bunların var olması tek başına fesih işlemi için de geçerli neden olmasını gerektirmeyebilir. Fesih işlemi için geçerli nedenleri ayrıca devirden önce yapılan fesihlerde devreden işveren kendi açısından; devralan da devirden sonra yapılan fesihlerde kendi açısından kanıtlaması gerekir. Bu yönü ile devir işlemi hem nedenleri, hem de yapıldığı an bakımından fesih işlemlerinden tamamen farklıdır. Devir nedeni ile fesih yapılamayacağı kuralı ancak bu takdirde bir anlam kazanır. Devir öncesi ve devir sonrası yapılan fesihlerin geçerliği koşullarının ayrıca tartışılması gerekir.

Bir işletmenin, işyerinin veya bir işyerinin bir bölümünün işvereni işletmesindeki tüm işyerlerini ve yasa gereği buralarda çalışan tüm işçilerini kurulu bulunan veya yeni kurulacak olan bir işletmeye devredebileceği gibi, bir işyerini veya bazı bölümlerini ve orada çalışan işçilerini de devredebilir. İş Kanunu'nun 2. maddesi de, işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurları ile işçinin birlikte örgütlendiği birime işyeri denir, düzenlemesini getirerek işyeri kavramını işçiler ile bütünleştirmektedir. Bu açıdan bakınca işletmenin, işyeri veya işyerinin bazı bölümlerinin devrinden söz edebilmek için, bu yerlerin işçileri ile birlikte bir işlevi yerine getiriyor olması ve aynı işlevi aynı maddi ortamda aynı araç ve gereçlerle ekonomik ayniyetini koruyarak bu defa yeni kurulan veya var olan

Devir işlemine gerekçe olarak ileri sürülen nedenler ile fesih işlemine gerekçe gösterilen nedenler örtüşse bile bunlar aynı anda hem devir işlemi, hem de fesih işlemine gerekçe olarak gösterilemezler.

devralan işletme bünyesinde de sürdürmeleri gerekir³.

Bu kural, bir süre sonra yeni işverenin değişik nedenlerle bu arada ekonomik, teknolojik, rasyonelleşme veya iş organizasyonu değişikliği gereği söz konusu yerleri kapatıp, başka bir bölümle birleştirmesine veya tamamen kapatıp işini bir taşeronla devretmesine engel değildir. Ancak, bu nedenlerle yapacağı fesih işlemlerini iş güvencesi kapsamında olan işçiler bakımından geçerli nedenlere dayandırmak ve bunu kanıtlamak zorundadır. İş güvencesi kapsamı dışında kalan işçiler bakımından ise devir işleminden kaynaklanan bir kötü niyet kanıtlanabilirse işverenin fesih hakkını kötüye kullandığı ileri sürülebilir. Yeni işveren devir işlemi yapıldığı sırada, devre konu olan işyerinde çalışan işçilerin devirden önceki ve devir sırasındaki haklarından ve alacaklarından sorumludur. Doğal olarak, yeni işverenin devirden sonra ortaya çıkan işçi haklarından ve alacaklarından da fesih tarihine kadar sorumluluğu sürer.

1) Devir Öncesi Uygulanabilecekler

Bir işletme veya işyeri veya işyerinin bir bölümü, ekonomik nedenlerle veya üretim ve hizmet konusunun değiştirilmesi veya girişimden vazgeçilmesi gibi nedenlerle devredilebileceği gibi; işverenin ekonomik açıdan zor duruma düşmesi, ödeme güçlüğü içinde olması veya iflası gibi durumlarda çoğunlukla o işletmenin veya işyerinin kapatılmasına, satılmasına veya iflasına karar verilmesi ya da bu yollara gitmeden bir başkasına devredilmesi de mümkündür.

a) İş Kanunu'nun 6. maddesi ile güdülen amaç işyeri devredilecek veya işyeri devredilen işçinin bu nedenle işini kaybetmemesidir. Devir nedeni ile yapılacak fesih işleminin yasaklanması ile güdülen temel amaç budur. Böyle olunca devreden işverenin devir öncesi yapacağı fesih işlemlerinin kural olarak devir göz önünde tutularak yapılmaması gerekir. İşverenin işletmesinde veya işyerinde ekonomik amaçlarla veya teknolojinin gereği olarak ya da yeniden yapılanarak rasyonelleşmeye gitmek amacı ile bazı işçilerin iş sözleşmesini feshet-

mesine ise bir engel yoktur. Bunun için fesih işlemlerinin devir ile bir ilişkisinin olmaması gerekir. Aksine bu işlemler devire hazırlık niteliği kazanırsa yapılan işlemlerin 6. maddeye aykırı olduğu söylenebilecektir. Ancak burada kesin bir çizgi çizerek sonuca varmak doğru olmaz, yabancı öğreti ve yargı kararları da bu konuda kesin bir ifade kullanmaktan kaçınılmaktadırlar. İşletmesinde veya işyerinde yasanın kabul ettiği geçerli nedenlerle bazı işçilerini işten çıkartan işverenin daha sonra, aldığı önlemlere rağmen işi sürdüremeyeceğini anlaması sonucunda işyerini devretmesi veya devretme zorunda kalması halinde, daha önce yapılan fesih işlemlerini geçerli nedene dayanmayan fesih olarak değerlendirmek nasıl mümkün olacaktır? Bu durumda her somut olayda fesih anında var olan ve öngörülebilir olguların ayrı ayrı dikkate alınması gerekir. Eğer işyerinin devri, fesih işleminin ağırlıklı bir biçimde temel amacını oluşturuyorsa, bu fesih işlemin devir nedenine dayandığı, söylenebilecektir. Böyle olmayıp da fesih sırasında öngörülmediği halde, sonradan işyeri devri beklenmedik bir biçimde gerçekleşmişse, bu durumda devir öncesi fesih işlemlerinin işyeri gereklerinden kaynaklanan ve geçerli nedene dayanan fesihler olduğu kabul edilecektir. Örneğin planlanmış ve yürütülmekte olan bir işyeri kapama gerekçesine dayanan fesih işlemlerinin ise geçerli nedene dayandığını kabul etmek gerekir⁴.

b) İşletmesinin tamamını içindeki işyerleri ile devretmeyi tasarlayan bir işveren, ekonomik açıdan zor durumda ve ödeme güçlüğü nedeniyle iflas tehlikesi ile karşı karşıya ise devir öncesi, yasanın öngördüğü koşullarda İş K. m. 29. hükmüne göre, ekonomik nedenlerle işçilerin tamamını kapsayacak bir biçimde toplu işçi çıkarabilecek midir? Bu durum ekonomik gereklerle fesih işlemi için bir geçerli neden olabilir mi? İşveren ödeme güçlüğü veya iflas riski içinde işi sürdürmekten kaçınmak ve işyerini kapama amacıyla ise toplu olarak işçilerinin tamamını yasa hükümlerine uyararak işten çıkarabilir. Böyle bir durumda kural olarak işyeri devri, işçilerin de devri ile mümkün olduğundan, zaten bir işyeri devrinden söz edilemez. Burada bir işyerinin veya işletmenin

Devir bazen gizli, hatta örtülü de yapılmış olabilir.

kapatılması söz konusu olur. Bu gerekçe ile yapılacak fesih işlemlerinin kapama kararı alındıktan sonra yapılması gerekir. Böyle olmayıp işveren bir yandan fesih işlemleri yapmaktayken, diğer yandan işyeri devri ile ilgili görüşmeler yapmaktaysa ve fesih bildirimini süreleri içinde işyeri devredilmişse burada artık bir işyeri kapama niyetinden söz edilemeyecektir. Fesih işlemlerinden sonra uzunca bir süre işletme veya işyeri kapalı kalmışsa, artık işyeri veya işletme kapanmış sayılacağından ileride yapılacak bir devir, yasanın öngördüğü anlamda bir işyeri devri sayılamayacaktır⁵. Özellikle işveren işletmesini veya işyerini kapamak için gerekli yasal işlemleri de yapmış ise ortada bu konuda bir kuşku da kalmaz. İşverenin daha sonra maddi ortam olarak işletme kapsamındaki işyerlerini bir başkasına devretmesine bir engel de yoktur. Devralan işveren, iş ilişkisi sona ermiş işçilerden istedikleri ile iş sözleşmeleri yaparak onları işe alırsa ortada bir işyeri devri bulunmadığından, yeni işveren, işçilere karşı iş sözleşmesini yaptığı tarihten itibaren sorumlu olur. Ancak, işletmeyi veya işyerlerini devralan işveren kitlesel olarak veya işi sürdürece kadar gerekli olan bir bölümünü, devraldığı işletme veya işyerinde çalışan işçilerden seçerek işe alması ve işyerinin ekonomik bütünlüğünü koruyarak aynı işi sürdürmesi halinde 6. madde anlamında bir devir işleminin varlığını kabul etmek gerekir.

Devir işleminin 6. madde kapsamına girip girmediğini saptamak her zaman kolay olmayabilir. Çünkü işyeri devrine ilişkin yasa hükümlerinden kaçınmak amacı ile devir açık bir biçimde yapılmayabilir. Devir bazen gizli, hatta örtülü de yapılmış olabilir. Bu işlem zamana yayılarak da yapılabilir. Önce işyerinin belirli mekânları devredilir, ardından bazı işyerine ait nesnelere ve daha sonra da işe yararlı olan personelin sayıca önemli bir kısmı devir işlemine tabi tutulabilir. Bu gibi durumları hem AB Adalet Divanı (EuGH), hem de Alman Federal İş Mahkemesi (BAG) devralan tarafından ayniyeti (bütünlüğü) korunduğu ölçüde ekonomik bir

bütünün devrini işletmenin veya işyerinin devri olarak nitelendirmektedirler⁶.

AB Adalet Divanı 11.13.1997 tarihinde verdiği bu yönde kararda⁷ Yönerge kapsamına giren devir işleminin, belirli bir işin görülmesi ile sınırlı olmayan fakat, sürekliliği olan ekonomik bir bütünün devri olduğu ve bütünlükten anlaşılması gerekenin de ekonomik bir faaliyeti yerine getirmek için kişilerin ve nesnelere topluca kendi amacı çerçevesinde organize olması olarak tanımlamıştır.

AB Yönergesinin (2001/23/EG) 5/1. maddesi, daha ağır ekonomik koşullar bakımından bu konuda ilginç bir düzenleme getirmiştir. Bu düzenlemeye göre (üye ülkeler aksine bir düzenleme öngörmüyorsa) Yönergenin, devir ile iş ilişkisinden kaynaklanan işçi haklarından devralan yeni işvereni sorumlu kılan 3. maddesi ile devir nedeni ile iş sözleşmelerinin feshini yasaklayan 4. maddesinin devreden işveren hakkında iflas veya benzeri bir prosedürün bir yetkili kamu makamı gözetimi altında yürütülüp, o kişinin malvarlığının tasfiyesi amaçlandığı durumlarda geçerli olmayacağı kabul edilmektedir. İş Kanunu'nun 6. maddesinin son fıkrası da, iflas nedeniyle işverenin malvarlığının tasfiye edilmesi sonucu, işyerinin tamamının ya da bir bölümünün başkasına devredilmesi halinde, bu hükümlerin uygulama alanı bulmayacağını açıkça düzenlemektedir.

c) Devir öncesi, devreden işveren ile devralan işverenin iş sözleşmelerinin feshi konusunda anlaşmaları halinde, devir öncesi yapılacak fesihlerin geçerli olup olamayacağı tartışmalıdır. En azından bu konuda kesin sonuçlara varmak yerine somut olayın özelliğine göre çözümler üretilmeye çalışılmaktadır. Uygulamada bir işletmeyi, bir işyerini veya işyerinin bir bölümünü devralmak isteyen işveren devirden önce temiz bir sayfa, yani devir sonrası gerekli olandan fazla olacağını varsaydığı işçilerin iş sözleşmelerinin feshini, işletme politikası bakımından, zaman ve maliyet tasarrufu açısından daha elverişli görmektedirler. Bir akıma devirden sonra zaten ciddi bir personel fazlası ile karşı karşıya kalacakları ve işyeri gereklerine dayanarak bunların iş sözleşmelerini feshetme zorunlu olacağından, işçilerin daha önce işten

çıkartılıp daha önce tazminatlarını alacakları düşüncesi de burada önemli rol oynamaktadır. Bu yaklaşımın işçiler bakımından da yararlı olacağı ileri sürülmektedir.

Alman Medeni Kanunu'nun (BGB § 613 a IV) devir ile ilgili hükmü, iş ilişkisi, iş güvencesi kapsamında olsun veya olmasın yapılan fesih işlemlerinin işyeri devri nedenine bağlı olarak yapılmasını geçersiz saymaktadır. Ancak, Alman Federal Mahkemesinin bir kararına göre ise, bu hükmü uygularken daima göz önünde bulundurulması gereken husus, fesih işlemini geçerli kılacak geçerli bir nedenin var olup olmadığının araştırılmasıdır, öyle ki işyeri devri fesih için geçerli neden sayılmayıp, sadece yan bir etken olsun⁸.

Bu karar açısından değerlendirme yapınca bazı sonuçlara ulaşmak mümkün olmaktadır. Örneğin, işyeri devredilirken, Feshe Karşı Korumaya Yasası kapsamında olan işçilerin iş sözleşmeleri bu yasaya uygun olarak sosyal açıdan geçerli nedenlere yani işçinin kişiliğinden, davranışlarından veya işyeri gereklerinden birine dayanılarak feshedilmişse, bu geçerli fesih sayılacaktır. İşyeri devri çerçevesinde yapılan fesihler ise kural olarak işyeri gereklerine dayanan fesihler olmalıdır.

Bu konuda bazı örnekler verilebilir. Örneğin, devralan işveren devralacağı işyerindeki bazı işçilerin ücretlerinin yüksek olması nedeni ile bunların sözleşmelerinin feshedilmesini isterse, bu durum, işyeri gereklerine dayanan bir fesih için geçerli neden sayılmayacaktır çünkü bu durum devir nedeni ile feshi geçersiz sayan hükmün dolanılması anlamına gelir. Örneğin belirli bir işçinin iş sözleşmesinin feshinin, devralmanın önkoşulu olarak ileri sürülmesi baskıya dayanan ve geçerli kabul edilemeyecek bir fesih sayılmaktadır⁹.

Buna karşılık devreden bakımından, devralanın nesnel ölçülere dayanarak belirli grup işçilerin iş sözleşmelerinin feshedilmemesi halinde işyerini devralmaktan vazgeçeceğine dair bir tehdidi işyeri gereklerine dayanan bir fesih için geçerli neden oluşturabilecektir. Baskıya dayanan bu fesihler Federal Mahkeme tarafından istisnai hallerde geçerli kabul edilmektedir. Federal Mahkemenin bu bağlamda verdiği bir diğer karara göre, devralan işverenin, devre-

den üstünde ağır baskılar yapması nedeni ile devreden bu baskıya dayanmasının beklene-meyeceği durumlarda dahi işverenin yapacağı fesih işlemleri gene de işyeri gereklerinden kaynaklanan bir fesih olarak değerlendirilemez. İşverenin burada gözetim borcu gereği tüm olanaklarını kullanarak işçilerini koruması beklenir ve devralana karşı direnmesi gerekir. Buna rağmen işverenin direnmesi nedeni ile ağır ekonomik zararlar ile karşı karşıya kalması söz konusu ise devir öncesi yapacağı fesihlerin geçerli olması gerekir. İş sözleşmesinin feshini geçerli kılacak bir baskının varlığının saptanması için her somut olayda ayrıca araştırma yapmak zorunlu olacaktır. Bu yapılırken hem devreden çıkarları, hem de işçilerin iş ilişkisinin sürdürülmesi ile ilgili çıkarlarının dikkate alınması temel koşuldur¹⁰. Örneğin feshi geçerli kılacak nedenler arasında şu gibi durumlar ortaya çıkabilir; işyeri devrinin gerçekleşmemesi halinde işyeri için önemli zararlar oluşma riski varsa ve hatta işyerinin varlığını sürdürmesi olanaksızlaşacaksa bu durumlarda devreden fesih işlemleri geçerli sayılmaktadır.

Bütün bu açıklamalara rağmen BGB § 613 a IV 1'in baskıya dayanan fesihler için kısmen bir fesih yasağı getirdiğini, fesih olanağının sadece işyeri devrinden bağımsız fesih gerekçelerinin bulunması halinde söz konusu olacağı kabul edilmektedir. Oysa devralan işveren, bir işçinin ücreti yüksek olduğu için devreden üstünde bir baskı yapar ve onun iş sözleşmesinin feshini isterse, bunun devir işleminden bağımsız olan, fesih için geçerli bir neden olduğu söylenemez, özellikle bu durumda işyeri gereklerine dayanan bir fesih söz edilemez. Sadece o işçinin devir ile işi ortadan kalkmışsa işyeri gereklerine dayanan bir fesih işlemi yapılabilir. Bu durumda kaçınılmaz işyeri gereklerinin doğrudan somut olarak işçinin çalıştırılmasını engellemesi gerekmektedir¹¹.

Devralma planına (Erwerberkonzept) göre fesih: Devralan işverenin, devirden önce hazırladığı ve devir sonrası uygulamaları için öngördüğü bir işletme planı varsa, bu gerekçe ile yapılan işyeri gereklerinden kaynaklanan fesihler için geçerli neden vardır denebilir. Ancak bu durumda iş sözleşmesi feshedilen işçinin işinin,

planın uygulanması ile ortadan kalkmış olması gerekir. Devralan işverenin rasyonelleşme önlemleri çerçevesinde hazırlanmış olduğu plana uygun olarak, devreden işverence yapılan fesihler sonucunda, fesih bildirim süresi sona erinceye kadar, işçiyi çalıştırma olanağının kalmayacağı bekleniyorsa, yapılan fesih işleminin geçerli nedene dayandığı yargı kararları ve öğretinin tarafından kabul edilmektedir. Federal Mahkemenin (BAG) devreden işverenin, devralan işverenin tarafından hazırlanan plana göre işçi çıkarması olanağını, sürekli olarak işverenin ödeme gücüne düşmesi hali için araması eleştirilmekte, bu gibi durumlarda işverenin bağlayıcı bir işletme planının veya iyileştirme projesinin olması ve bu projenin fesih işleminin yapıldığı sırada uygulanmaya başlanmış ve gözle görülür bir durumda olması yeterli görülmektedir. Bu eleştiriye gerekçe olarak da, işverenin devir işleminden bağımsız olarak, bir devralan taslağı olmadan da zaten iş sözleşmelerini işyeri gerekleri varsa feshedebileceği gösterilmektedir¹².

2) Devir Sonrası Uygulanabilecekler

Devredilen işyerinin veya bir bölümünün işçileri bakımından, işverenin değişmesinden başka bir değişiklik ve hak kaybı olmadığı varsayılırsa, bu konuda onların onaylarının alınmasına gerek yoktur denebilir. İşyerinin veya bir bölümünün devri halinde yeni işveren, işyerinde bazı yapısal değişikliklere gidebilir, devraldığı işyerini kendi işyeri ile birleştirebilir. İş organizasyonunda değişiklik yaparak bazı işçileri işten çıkarmak zorunda kalabilir veya bir süre sonra iş daralması gibi ekonomik nedenlerle bazı işçileri, bu arada devraldığı işyerinde çalışan işçilerin iş sözleşmelerini bu geçerli nedenlere dayanarak feshedebilir. Bu durumda işveren, Yasanın iş güvencesine ilişkin hükümleri çerçevesinde davranmak, her fesih işlemini geçerli bir nedene dayandırmak ve bunu somut olarak kanıtlamakla yükümlüdür.

Bir işveren, bir işyerinin bir bölümünü veya tamamını devraldıktan sonra, devraldığı yeni işyerini veya bir bölümünü de kapsayacak şekilde işyerinde veya işletmesinin tamamında

yeniden yapılanmaya gidebilir, ekonomik gereklerle rasyonelleşme çerçevesinde işyeri düzenini yeniden oluşturup yeni bir personel ve ücret politikası saptayabilir. Bu arada devralan işveren, bir tek işyerini devralıp işini bununla sürdürmek yerine devraldığı işyerini kendi işletmesindeki bir diğer işyeri ile birleştirebileceği gibi, diğer işyerlerinin yanı sıra yeni bir işyeri olarak değerlendirebilir.

Burada önemli olan, bu politikaları uygulamakla kazanılmış haklara ve işçiler arasında korunması gereken eşitlik ilkesine aykırı davranmamaktır. Doğal olarak, değişik kuruluşlardan gelen ve farklı çalışma koşulları olan, farklı ücretler alan personelin, bu defa işyerinin veya bir bölümünün devri sonucunda işverenin değişmesi nedeni ile farklı bir konum içinde olmaları açıktır. Yeni işveren, işyerinde belirli bir düzen, bir personel ve ücret politikası uygulamak ister. İşçiler de kazanılmış haklarını kaybetmek istemezler. Günümüzde küreselleşmenin getirdiği ağır rekabet koşullarında bir devir işlemi olmadığı durumlarda da, bazı işletmelerde yeni iş koşulları ve ücret koşulları belirlenmesi yoluna gidilmekte ve bazı durumlarda, bu sorunlar işçi çıkarmaları ile bazı durumlarda da işçinin yazılı rızası alınarak hak kısıtlaması yolu ile aşılmaya çalışılmaktadır.

Böyle bir durumda işyeri devri sonucu yeni işverenin işyerlerindeki işçiler ile bir araya gelen personel arasında ortaya çıkabilecek farklılıkların işyeri huzuru ve işçi motivasyonu bakımından çözülmesi gerekir.

a) Devralan işveren devir işleminin tamamlanmasından sonra bir işyeri içi yönetmeliği hazırlar ve bu yönetmelikte işyeri içi bölümleri, yeni birimleri belirler ve buralarda çalıştırmayı düşündüğü personelin sayısını, norm kadroları saptar. Ayrıca, bu birimlerde çalışacak personelin sahip olması gereken nitelikleri, deneyimleri çalışmakta olan personelin özelliklerini de dikkate alarak belirler ve buna uygun bir ücret politikası oluşturur.

Bu yöntem için, yönetimin dikkate alması gereken önlemlerin köklü değişime yol açması ve özellikle ücretleri bu çerçevede düşürmemesidir. Ücret indirimi gibi değişiklikler iş

sözleşmesinde esaslı değişiklik sayılır. İşçinin onayı yoksa geçerli değildir. İş K. m. 22 hükmüne göre işçi bunu kabul etmek zorunda değildir.

Ancak, yönetimin oluşturduğu yeni yönetmelik ve iş koşulları personel aleyhine esaslı değişiklik yaratmıyorsa, işçi buna uymak zorundadır. Yönetiminin ön gördüğü esaslı değişiklik kaçınılmaz ise ve bu işyeri gereklerinden kaynaklanıyorsa, işçi gene de bu değişikliğe, örneğin ücret indirimine veya işyeri değişikliğine uymak zorunda değildir. Esaslı değişikliğin işçi tarafından kabul edilmemesinin anlamı, işçi işgücünü sunduğu sürece haklarını korur. İşveren de hiç değişiklik olmamış gibi işçiye iş vermek ve sözleşmeye göre sahip olduğu haklarını aynen sağlamakla yükümlüdür.

Yasa bu menfaat çatışmasını dikkate alarak menfaatlerin dengelenmesi yoluna gitmiş ve bu gibi durumlarda işverene, tüm koşulların oluşması halinde geçerli nedenle iş sözleşmesini fesih olanağı tanımıştır. Aynı maddede “İşçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir. İşçi bu durumda 17 ila 21. madde hükümlerine göre dava açabilir” kuralı benimsenmiştir. İşveren bu durumda iş güvenliği hükümleri çerçevesinde işyeri gereklerinden kaynaklanan fesih gerekçesini kanıtlamak durumundadır. Bunu kanıtlarsa ortada geçerli bir fesih vardır. Aksi halde işçi işe iade edilir, işveren yargı kararına rağmen işçiyi işe almazsa ihbar ve kıdem tazminatları dışında işçinin dört aylık ücretini ve 4 ile 8 ay olarak kararlaştırılabilecek ücret tutarında tazminat öder.

b) Devralan işveren gene böyle bir işyeri iç yönetmeliği hazırlar, devraldığı işyeri personelinin yeni yapılanmaya göre yerleştirir, mümkün olduğunca esaslı değişikliğe yol açmadan bu işlemleri yapar. Ücretleri düşük ve çalışma koşulları daha ağır olan personeli bu yönetmelik çerçevesinde zaman içinde diğer ücreti yüksek ve çalışma koşulları daha değişik personel ile uyumlaştırma yükümlülüğünü üstlenir, bunu yazılı olarak çalışan personele

sunar. Bu personel altı iş günü içinde yazılı olarak bu değişikliği kabul ederlerse, (büyük bir ihtimalle kabul edeceklerdir, çünkü ileriye doğru iyileştirme, işten çıkarmadan daha işçi lehine bir durumdur), bu yöntemin hukuka aykırı bir yönü de yoktur. Yeni bir yönetmelikle bu yöntem çerçevesinde zaman içinde uyumlaştırma sağlanabilir.

c) Aynı yöntem bir işyeri iç yönetmeliği ile değil, tek tek işçiler ile yapılacak ve sözleşme eki niteliğinde protokoller ile de uygulanabilir. Bu yöntemin yararı, her işçinin niteliğine ve donanımına göre uyumlaştırma sağlanması ve seyyanen yapılacak ücret artışlarının getireceği sakıncaları da engellemesidir.

DİPNOTLAR

- * İlk olarak 2006 tarihli “İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yılı Armağanı” kitabında yer alan makale, yazarın onayı ile yayımlanmıştır.
- 1 EuGH 24.1.2002-Rs. C-51, Ahlborn Europaeisierung des Arbeitsrecht ZFA, Heft 1/2005, Jan-Maerz, s. 112’de yer alan kararlar.
- 2 Ahlborn, s. 112 ve orada belirtilen yargı kararları.
- 3 Brox/Rüthers/Henssler, Arbeitsrecht 16. Aufl 2004. 616.
- 4 Bak. Moll. Bedeutung und Voraussetzung des Betriebsübergangs im Wandel. RdA. Heft 4. Juli/Agust 1999, s. 241 ve orada belirtilen kararlar.
- 5 Bak. Moll. S. 241 ve orada belirtilen kararlar.
- 6 Ahlhorn s. 114 ve orada belirtilen kararları.
- 7 Ayşe Süzen davası, EuGH NJW 1997, 2039.
- 8 Schumacher-Mohr, Zulaessigkeit einer betriebsbedingten Kündigung durch den Vereuserer bei der Betriebsübergang, Heft 12/2004 NZA s. 630; BAG, NJW 1984, 627 ve orada belirtilen diğer kararlar.
- 9 BAG 31.1.1996. NZA 1996. 581=AP Nr.13 zu § 626 BGB Druckkündigung; BAG 19.6.1986, NZA 1987, 21 =P Nr 33 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedigte Kündigung, bak Schumacher-Mohr s. 630.
- 10 BAG NZA 1991. 468 = ap Nr. 12 zu § 626 BGB Druck Kündigung, Schumacher-Mohr s. 230.
- 11 BAG NJW 1984. 627 AP Nr 34 zu § 613 a BGB Schumacherr-Mohr s. 630.
- 12 Bak. Schumacher-Mohr s. 231 orada belirtilen kararlar ve yazalar.

YENİ YAYINLAR



Doç. Dr. M. Fatih Uşan tarafından hazırlanan “**Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları**” isimli eser Nisan 2009 tarihinde yayımlanmıştır.

5510 sayılı Kanun’un yürürlüğe konulduğunda yaşanan sıkıntılar ve ertelemeler, yeniden yürürlüğe girişte Kanun’da yapılan değişiklikler, Kanun’un uygulanmasını açıklayan yönetmelik, genelge ve tebliğlerin peş peşe yürürlüğe konması, bunların yürürlüğe girmesi ile birlikte yapılan değişiklikler, Kanun’un bünyesinde bulunan zorlukları da geçen bir boyut kazanmıştır.

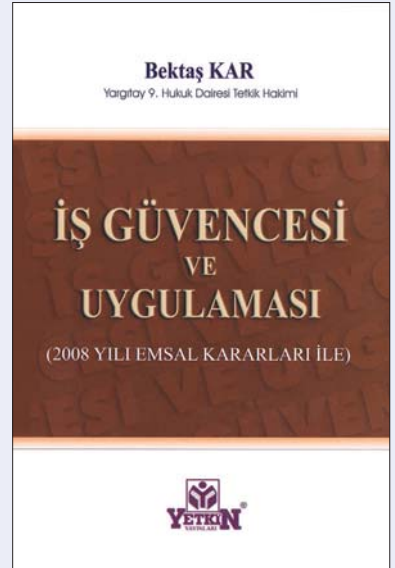
Yayımlanma aşamasına kadar Kanun’da yapılan değişikliklerin de değerlendirildiği ve üç bölümden oluşan eserin birinci bölümünde Genel Bilgiler ve Primsiz Sosyal Güvenlik Rejimi ele alınıyor. Primli sosyal güvenlik rejimi: Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kavram ve Uygulama başlıklı ikinci bölümde ise sosyal sigortalar ve genel sağlık sigortası kavramı, kişiler itibariyle uygulama, zaman ve yer itibariyle uygulama, finansman ve primler itibariyle uygulama ile riskler itibariyle uygulama başlıklı alt bölümler bulunuyor. Bireysel Emeklilik Sistemi başlıklı üçüncü ve son bölüm altında ise bireysel emeklilik kavramı, amacı ve özellikleri ile sistemin işleyişi irdeleniyor.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Tetkik Hakimi Bektaş KAR tarafından hazırlanan “**İş Güvencesi ve Uygulaması** (2008 Yılı Emsal Kararları ile)” adlı eser 2009’da yayımlanmıştır.

Eser ile Bektaş KAR’ın iş güvencesi ve uygulaması ile ilgili özellikle yargısal denetim hakkında yayımlanan makaleleri, 2008 yılı Yargıtay emsal kararları da dikkate alınarak, genişletilmiş ve kitap haline getirilmiştir.

Uygulamacılar için başvuru kaynağı niteliğindeki kitapta, hem teorik tartışmalara hem de uygulamaya ilişkin sorunlara ayrıntılı olarak değinilmiştir. Birçok somut uyuşmazlığın, içtihatlarla birlikte aktarıldığı eserde, muhtemel uyuşmazlıklara ilişkin görüşlere de yer verilmiştir.

“İş Güvencesi ve Uygulaması” adlı eserin birinci bölümünde iş güvencesi kavramı; ikinci bölümünde iş güvencesinin kapsamı; üçüncü bölümünde fesih şekli= zamanı-savunma; dördüncü bölümünde fesih nedenleri; beşinci bölümünde iş güvencesinde yargılama hukuku ve altıncı bölümünde feshin geçersizliğinin sonuçları incelenmiştir.



Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Uygulamasına İlişkin Sorunlar

1. GENEL OLARAK

Ekonomik güçlük dönemlerinin işçi-işveren ilişkilerinde yeni açılım gereksinimi ortaya çıkardığı bilinen bir gerçektir. 2008 yılı ortalarında başlayan ekonomik kriz de sosyal taraflar bakımından yeni gereksinimler ortaya çıkarmış ve iş mevzuatında mevcut bazı düzenlemelerin uygulanabilirliği yeniden gözden geçirilmeye başlanılmıştır.

İşletmenin ekonomik rizikosunu esasen işverene aittir¹. İş Kanunu'nda ekonomik güçlük dönemlerinde gereksinim duyulan birtakım esnek çalışma modellerine yer verilmiş ise de, kimi işverenlerin bu müesseseleri maliyetsiz işçi çalıştırma olarak algılamaları ve işçi tarafının da bu tür uygulamalara "güvensiz" yaklaşımı, esnek çalışma modellerinin yaygınlaşmaması sonucunu doğurmaktadır².

Ekonomik güçlük dönemlerinde işletmelere destek sağlamak amacıyla öngörülen müesseselerden biri de kısa çalışmadır.

Öğretide kısa çalışma; "... Kanunda öngörülen koşullar altında ve işçinin rızasına gerek olmaksızın, geçici olarak çalışma süresinin önemli ölçüde azaltıldığı ya da işin tamamen tatil edildiği, buna karşılık işçinin azalan veya

kesilen ücretinin yerine İşsizlik Sigortası Fonundan ödeneğin öngörüldüğü bir çalışma biçimi ..." olarak tanımlanmıştır³. Bu tanıma, bir unsur dışında, katılmak mümkündür. Tanımda, katılmadığımız husus, kısa çalışmanın işçinin rızasına bağlı olmayan bir çalışma olarak tanımlanmasıdır. Buna aşağıda değinilecektir.

İşyerlerinde kısa çalışma yapılması ve işçilerin kısa çalışma ödeneğinden yararlanmasına ilişkin düzenleme 4857 sayılı Kanun'un 65. maddesinde yer almıştı. Bununla birlikte anılan düzenleme, kuş gribi gibi birkaç münferit hadise hariç, pek gündemde olmamıştır. Ne var ki 2008 yılı ortalarından itibaren kendini hissettirmeye başlayan ekonomik kriz, kısa çalışmanın bir anda gündeme oturmasına neden olmuştur.

Bu konuda atılan ilk isabetli adım, İş Kanunu'nun 65. maddesinin "İstihdam Paketi" olarak adlandırılan 5763 sayılı Kanun'la yürürlükten kaldırılarak, konunun 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nda (ek md.2) düzenlenmesi olmuştur. Gerçekten; eğer kısa çalışmaya ilişkin düzenleme İş Kanunu'nda kalmış olsa idi, bundan sadece İş Kanunu'na tabi olan iş-

Sektörel krizlerin de genel ekonomi üzerinde etki göstermesi kaçınılmazdır.

çiler yararlanacaktı. Halbuki artık kısa çalışma, 4447 sayılı Kanun'da yer aldığı için, bundan diğer iş kanunlarına ve Borçlar Kanunu'na tabi işçilerin de yararlanması mümkün hale gelmiştir.

4447 sayılı Kanun'un ek 2. maddesinde, kısa çalışma talebinin uygunluğunun belirlenmesine ilişkin usul ve esasları göstermek üzere Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nca çıkarılması öngörülen yönetmelik, Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Hakkında Yönetmelik adıyla 13 Ocak 2009 tarih ve 27109 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

Daha sonra ekonomik krizin tüm ağırlığını hissettirmesiyle yine isabetli bir adım atılarak 5838 sayılı Kanun'la (RG.28.2.2009, No. 27155 mükerrer) 4447 sayılı Kanun'a eklenen geçici 8. madde ile ek 2. maddenin uygulanmasında bazı değişiklikler yapılmıştır.

Kuşkusuz şimdiye kadar atılan adımların isabetli olması, bunların, ekonomik krizin istihdam piyasası üzerindeki olumsuz etkilerinin azaltılması için yeterli olduğu anlamına gelmemektedir. Bununla birlikte; Bakanlığın kısa çalışma konusunda takındığı müspet tutumun da burada vurgulanması gerekmektedir. Gerçekten, kısa çalışmaya ilişkin Kanun ve Yönetmelik hükümlerinin birkaç noktadaki belirsizliği ve yetersizliği nedeniyle başlarda kısa çalışma uygunluklarının verilmesi konusunda birtakım güçlükler yaşanmış ise de, son dönemde bu uygunlukların verilmesi ön plana alınmış, Bakanlık müfettişlerinin önemli bir bölümü kısa çalışma başvurularının incelenmesine tahsis edilmiş, İş-Kur müdürlükleri ve İş Teftiş Grup Başkanlıkları başvuruların kısa sürede yanıtlanması konusunda pratik çözümler geliştirmişler ve gerek Kanun gerekse de Yönetmelik hükümlerinin yorumlanmasında katı bir tutum yerine, kısa çalışma uygulamasından yararlanmayı kolaylaştırıcı yorum tarzını benimsemişlerdir.

II. KISA ÇALIŞMA VE KISA ÇALIŞMA ÖDENEĞİNDEN YARARLANMA KOŞULLARI

1) Kısa Çalışmayı Gerektiren Bir Halin Ortaya Çıkması

Kavram olarak kısa çalışma; Kanunda belirtilen nedenlerle, işyerinde işin geçici olarak tamamen veya kısmen durdurulması yahut haftalık iş süresinin en az üçte bir oranında azaltılmasıdır.

4447 sayılı Kanun'un ek md. 2/I. fıkrasında, kısa çalışmayı gerektiren haller; "genel ekonomik kriz ve zorlayıcı nedenler" olarak belirtilmiştir. Ancak bu nedenlere dayalı olarak kısa çalışma yapılabilmesi için genel ekonomik kriz veya zorlayıcı nedenlerle işyerinde işin en az dört hafta süreyle tamamen veya kısmen durması veya işyerinde uygulanan çalışma süresinin geçici olarak en az üçte bir oranında azaltılması gerekir.

Genel ekonomik kriz ile zorlayıcı nedenlerin ne anlama geldiği Yönetmelikte belirtilmiştir. Buna göre;

Genel ekonomik kriz; ulusal veya uluslararası ekonomide ortaya çıkan olayların, ülke ekonomisi ve dolayısıyla işyerini ciddi anlamda etkileyip sarstığı durumları,

Zorlayıcı sebepler 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 durdurulması ile sonuçlanan deprem, yangın, su baskını, salgın hastalık, seferberlik ve benzeri nedenleri

ifade etmektedir.

Esasen bakıldığında genel ekonomik kriz kavramı lafzen tüm ekonomiyi etkileyen bir kriz olarak anlaşılmaya müsait ise de, bu şekilde bir daraltmanın hükmün amacına çok da uygun olduğu söylenemez⁴. Gerçekten, sektörel krizlerin de genel ekonomi üzerinde etki göstermesi kaçınılmazdır. Genel ekonomik kriz sözünün, ülkedeki tüm sektörleri etkileyen bir kriz anlamında yorumlanmaması gerekir. Ni-

tekim; genel ekonomik kriz olduğu söylenen mevcut durumda dahi, krizden etkilenmeyen hatta işini artıran sektörler mutlaka vardır. Genel ekonomik krizin tüm sektörleri etkileyen bir kriz şeklinde algılanması, bu kavramın içeriğini ve varlığını son derece tartışmalı bir hale koyacaktır. Burada kastedilen esasen; çeşitli nedenlerle sadece birtakım işletmeleri değil, genel olarak bir sektörü veya örneğin belirli bir coğrafi birimi etkileyen kriz durumudur. Genel ekonomik krizin bu şekilde anlaşılması, kısa çalışma uygulamaları sayesinde işçinin işini kaybetmesinin önlenmesi, iş ilişkisinde devamlılığın sağlanması bakımından son derece önemlidir.

2) Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı'nın Duruma Açıklık Getirmesi

Ekonomik kriz nedeniyle kısa çalışma uygulaması yapabilmek için, krizin varlığı yeterli olmayıp, bunun ifade edilmesi de gerekmektedir.

Yönetmeliğin 5. maddesinde; genel ekonomik krizin varlığını, işçi ve işveren sendikaları konfederasyonlarının iddia etmesi veya bu yönde kuvvetli emarenin bulunması halinde, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanının duruma açıklık getireceğinden söz edilmiştir. Aynı maddeye göre; bu duruma açıklık getirilmeden genel ekonomik kriz gerekçesi ile yapılan başvurular Kurum tarafından reddedilir.

Yine aynı maddede; zorlayıcı sebeplerle bağdaşmadığı halde, nakit darlığı, ödeme güçlüğü, pazar daralması ve stok artışı gibi sebeplere dayalı olarak yapıldığı tespit edilen başvuruların Kurum tarafından reddedileceğinden söz edilmiştir. Bu ifade, uygulamada birtakım karışıklıklara yol açabilecek niteliktedir. Belirtelim ki; nakit darlığı, ödeme güçlüğü, pazar daralması ve stok artışı gibi genel ekonomik krizin bir sonucu olarak ortaya çıkmakta ise, yine buna dayalı olarak kısa çalışma uygulaması yapılabilir. Ancak eğer, genel bir ekonomik kriz söz konusu olmaksızın, işletmenin o veya bu nedenle, yaşadığı nakit darlığı, ödeme güçlüğü, pazar daralması, stok artışı ve benzeri

nitelikteki ekonomik güçlüklerle dayalı olarak kısa çalışma uygulaması talebinde bulunulamaz.

“Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanının duruma açıklık getireceği”nin ne anlama geldiği kanımca açık değildir⁵. Bununla birlikte; belirli mevkilerde bulunan kişilerin ülke ekonomisinin sarsıldığını çok açık surette dile getirmeleri, ekonomi bakımından çok daha zararlı sonuçlar doğurabilir. Hatta siyasi sonuçları da olabilir. Bu bakımdan Yönetmelikte açıklık getirir gibi muğlak bir ifadeye yer verilmesini çok da yadırgamamak gerekir.

Öte yandan; öğretilde isabetle belirtildiği gibi, Bakanın bu konuda getireceği açıklık belirli bir işyeri için değil, genel nitelikte olacaktır⁶. Krizin somut olarak bir işyerini etkileyip etkilemediği Bakanın açıklamasına değil, uygunluk tespiti yapılmasına bağlıdır.

Kanunda ve Yönetmelikte yer verilmeyen önemli bir husus, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanının genel ekonomik kriz konusunda duruma açıklık getirdikten sonra, bu uygulamanın ne zamana kadar sürebileceğidir. Tüm ülkede kısa çalışma uygulamasına son verilmesi için herhalde Bakanın bu kez genel ekonomik krizin geçtiğine ilişkin bir yeni açıklamasına ihtiyaç bulunacaktır.

3) İşin Tamamen veya Kısmen Durması Yahut Çalışma Süresinin Azaltılması

Kanunda, kısa çalışmaya ilişkin genel ekonomik kriz veya zorlayıcı nedenlerin işletmede belirli yoğunlukta bir etkiye sahip olması aranmıştır. Bunlar;

a) En çok üç ay süreyle işyerinde uygulanan çalışma süresinin geçici olarak en az üçte bir oranında azaltılması veya

b) En az dört hafta süreyle işyerindeki faaliyetin tamamen veya kısmen durdurulmasıdır.

Belirtelim ki; ekonomik kriz veya zorlayıcı nedenlerle işin tamamen veya kısmen durmasının yahut çalışma süresinin azaltılmasının geçici nitelikte olması gerekir.

Dikkat edilirse; kısa çalışma uygulaması için, işin tamamen veya kısmen durmasının en az

Son dönemlerde Kurum ve uygunluk tespiti yapan Bakanlık müfettişleri isabetli olarak çalışma süresinin en az dört hafta süreyle azaltılması uygulamasının fasıllı olabileceği yolunda görüş oluşturmaktadırlar.

dört hafta sürmesi aranmış ise de, çalışma süresinin azaltılmasına bağlı kısa çalışma hali için, bunun en az dört hafta sürmesi aranmamıştır.

Öte yandan; ekonomik kriz veya zorlayıcı nedenlere bağlı olarak; faaliyetin tamamen veya kısmen durması işyerinin genelinde olabileceği gibi, bir kısmında da olabilir. Örneğin; belirli hatların veya belirli birimlerin kapatılmasında olduğu gibi. Ayrıca faaliyetin kısmen durması tabirinin de yanlış anlaşılması gerekir. Burada önemli olan; işyerinde ekonomik kriz nedeniyle işçilere tamamen veya kısmen iş verilememesidir.

Kısa çalışma için haftalık çalışma süresinin üçte bir oranında azaltılması, yani en çok 30 saat olarak uygulanmasının ne şekilde yapılabileceği konusunda bazı tereddütler yaşanmaktadır.

Hemen belirtelim ki; çalışma süresinin belirtilen oranda azaltılmasının işyerinin geneline yaygın bir uygulama olması zorunlu olmayıp, belirli işçilerin veya belirli birimlerin çalışma süresinin azaltılabilecek durumda olması yeterlidir.

İndirilmiş çalışma süresinin ne şekilde uygulanacağı konusunda başlangıçtaki uygulamalarda, haftalık çalışma süresinin üçte bir oranında azaltılmasının kısa çalışma dönemindeki her bir haftada ayrı ayrı gerçekleşmesi aranmıştır. Bu yaklaşım şekli Kanuna ve Yönetmeliğe aykırı olduğu gibi, kısa çalışma uygulamasından yararlanmayı önemli ölçüde sınırlandırıcı ve ayrıca adil olmayan sonuçlara yol açıcı nitelikte olmuştur.

Durumu bir örnekle açıklamak gerekirse; diyelim ki işyerlerinden birinde (I) bir ay içerisinde iki hafta hiç çalışılmamakta, diğer hafta-

lar ise normal çalışma sürelerine uygun olarak çalışılmaktadır. Böyle bir durumda (I) no'lu işyerinde ayda 12 iş günü çalışma olmamaktadır. Bir diğer işyerinde (II) ise, haftada dört gün çalışılmakta, iki gün çalışılmamaktadır. Bu durumda (II) no'lu işyerinde ayda toplam sekiz iş günü çalışma yoktur. Verilen bu örnekte; eğer haftalık çalışma süresinin önemli ölçüde azaltılması koşulu dar olarak yorumlanıp, bu koşul her bir hafta için ayrı ayrı arandığında, çalışılmayan gün sayısı daha fazla olan (I) no'lu işyerinde kısa çalışma yapılması mümkün değil iken, çalışılmayan gün sayısı daha az olan (II) no'lu işyerinde kısa çalışma uygulaması yapılması mümkün olabilmektedir. Bu farklılığı izah etmek mümkün değildir. Bu bakımdan; bu gibi adil olmayan sonuçların ortaya çıkmaması ve ayrıca kısa çalışma uygulamasının gereksiz yere daraltılmaması için, önemli ölçüde azaltılmış süre uygulamasının her hafta aranmaması zorunluluktur. Nitekim son dönemlerde Kurum ve uygunluk tespiti yapan Bakanlık müfettişleri de isabetli olarak çalışma süresinin en az dört hafta süreyle azaltılması uygulamasının fasıllı olabileceği yolunda görüş oluşturmaktadırlar.

Ayrıca belirtelim ki; azaltılmış çalışma süreleri şeklindeki kısa çalışma uygulamasının da işletmenin tamamına şamil olması zorunlu olmayıp, sadece bir kısmında da bu uygulamanın yapılması mümkündür.

4) Başvuru Prosedürü ve İnceleme

Yönetmelikte, işverenin başvurusu ve bundan sonra yapılacak işlemlere ilişkin prosedür karmaşık şekilde düzenlenmiştir. Nitekim; kimin hangi belgeyi ne zaman dolduracağı ve işlemlerin ne surette yürüyeceği açık olarak anlaşılabilir. Bu bakımdan; işverenin başvurusuyla başlayan prosedüre bir bütün olarak burada değinilmiştir.

a) İşverenin İş-Kur'a Başvurusu ve Sendikaya Bildirim

İşverenin kısa çalışma başvurusunu ilgili İş-Kur birimlerine yapması gerekir. Bunlar, Kurumun il ve ilçelerde kurulu birimleridir.

Öte yandan, bu başvurunun "Kısa Çalışma Talep Formu" adı verilen matbu form ile yapıl-

ması gerekir. Bu talep formunda; genel olarak işyerine ilişkin bilgiler, kısa çalışmanın başlaması ve sona ermesi öngörülen tarih, kısa çalışma başvurusunun hangi gerekçeye dayandığı, işyerinde çalışan toplam işçi sayısı ile kısa çalışma yaptırılacak işçi sayısı, işyerinde daha önce kısa çalışma uygulanıp uygulanmadığı, kısa çalışmanın hangi yöntemle uygulanacağı, yani haftalık çalışma süresinin azaltılması, faaliyetin tamamen veya kısmen durdurulmasından hangisinin tercih edileceği gibi bilgilere yer verilmektedir.

Ayrıca; aynı formda işveren tarafından bir taahhüt de alınmaktadır. Nitekim işveren; kısa çalışmaya ilişkin (varsa) kanıtları belirteceği, Bakanlık iş müfettişi tarafından yapılacak inceleme esnasında; kısa çalışma yaptırılacak işçilere ilişkin bilgileri istenilen formatta hazırlayarak manyetik ortamda İş-Kur'a bildireceği ve Bakanlık iş müfettişine teslim edeceği, varsa toplu iş sözleşmesi tarafı sendikaya, kısa çalışma başvurusu ve sonucu hakkında bilgi vereceği, kısa çalışma talebi uygun görüldüğünde işyerinde yazılı olarak ilan edeceği, kısa çalışma ödeneğinden yararlanan kişilerin ödeneklerinin kesilmesini gerektiren bir durum ortaya çıktığı takdirde bunu Kuruma bildireceği, kısa çalışmayı sona erdirerek normal faaliyete başlamaya karar vermesi halinde durumu Kurum birimine ve varsa toplu iş sözleşmesi tarafı sendikaya ve işçilere altı işgünü önce yazılı olarak bildireceği yolunda taahhütte bulunmaktadır.

Kuşkusuz işverenin, Kanun ve Yönetmelikten kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getireceği yolunda ayrı bir taahhütte bulunmasına gerek yoktur. Zira mevzuat gereği zaten bunları yerine getirmekle yükümlüdür. Bununla birlikte; tekrar niteliğinde de olsa, bu yükümlülüklerin işverenlere yeniden hatırlanmasının bir sakıncası bulunmamaktadır.

Belirtelim ki; bu başvuruda işverenin krizden etkilenildiğine ilişkin varsa kanıtlarını belirtmesi ve Kısa Çalışma Talep Formunu bir üst yazı ekinde İş-Kur'a vermesi yeterlidir. Başvuruda bunlar dışında bir ek belge veya bilgi talep edilemez.

Belirtelim ki; Yönetmeliğin 4. maddesinde işverenin ayrıca varsa toplu iş sözleşmesi tarafı

sendikaya yazılı bildirimde bulunacağı düzenlenmiştir. Bu bildirimde de, genel ekonomik krizin veya zorlayıcı sebeplerin işyerine etkileri ile zorlayıcı sebebin ne olduğu ve varsa buna ilişkin somut belgeler belirtilecektir.

b) Kurumun Ön İncelemesi

Bu başvuru üzerine Kısa Çalışma Talep Formu öncelikle İş-Kur tarafından neden ve şekil yönünden incelemeye tabi tutulmaktadır.

Bu incelemeden sonra işverenin kısa çalışma talebi İş-Kur tarafından İş Teftiş Grup Başkanlığı'na gönderilmektedir. Kurum bu göndermeyi büyük ölçüde başvuruyu izleyen iki gün içerisinde yerine getirmektedir.

İşveren kısa çalışma başvurusunda bulduktan sonra, kısa çalışma koşullarında değişiklik meydana gelmesi mümkündür. Örneğin; daha da kötüleşen ekonomik durum nedeniyle kısa çalışma kapsamına giren işçi sayısında artış yapılması söz konusu olabilir veya haftalık çalışma süresinin azaltılması şeklinde yapılan kısa çalışma uygulamasından, işin tamamen veya kısmen durdurulması şeklinde kısa çalışma uygulamasına geçilmesi ihtiyacı doğmuş olabilir. Verilen bu örneklerden ilk halde kısa çalışma ödeneğinden yararlanan işçi sayısında artış meydana gelmekte ve ikinci halde de işçilerin yararlandığı kısa çalışma ödeneği miktarında artış meydana gelmesi durumu ortaya çıkmaktadır. Sonradan meydana gelen bu gibi değişikliklerin yeni bir başvuru olarak değerlendirilip değerlendirilmemesi önem taşımaktadır. Zira bu değişiklikler yeni bir başvuru olarak değerlendirildiği takdirde, yeni bir uygunluk tespitine konu olmakta, başka bir anlatımla işlemler baştan itibaren tekrarlanmaktadır.

Bakanlık bu konuda oldukça pratik bir çözüm geliştirmiştir. Böyle bir durumda, yani kısa çalışma koşullarında o veya bu nedenle değişiklik meydana geldiği takdirde, eğer iş müfettişi tarafından henüz işyerinde inceleme yapılmamış ise, bu gibi değişiklik talepleri iş müfettişine iletilmekte ve müfettiş de incelemesini güncellenen yeni duruma göre yapılmaktadır. Ancak; kapsamın genişletilmesi sonucunu doğuran bu gibi değişiklik talepleri, Bakanlık müfettişince işyerinde inceleme yapıldıktan

sonra iletilmişse, bu yeni bir başvuru olarak kabul edilmektedir. Örneğin; iş müfettişi tarafından uygunluk tespiti yapılmış ve kısa çalışma uygulaması kapsamında olacak işçi listesinde isimleri yer alan işçilerin dışında yeni işçilerin de kısa çalışma uygulamasına alınmasına ilişkin talep varsa, bu yeni bir kısa çalışma uygulama talebi olarak değerlendirilecektir. Bakanlığın bu yaklaşımı kuşkusuz isabetlidir.

Konuya daha da pratiklik kazandırmak üzere; kısa çalışma koşullarındaki değişiklik, ödenekten yararlanan işçi sayısının artması veya işçilerin yararlandığı kısa çalışma ödeneği miktarının artması sonucunu doğurmuyorsa, bu değişikliğin, Bakanlık müfettişi tarafından uygunluk tespiti yapıldıktan sonra gündeme getirilmiş olsa dahi, yeni bir talep olarak değerlendirilmemesi ve yeni bir incelemeye konu edilmemesi daha uygun olacaktır.

Durumu bir örnekle açıklamak gerekirse; 300 işçi için kısa çalışma uygunluğu alan işverenin, kısa çalışma süresinin 5838 sayılı Kanun'da 4447 sayılı Kanun'a eklenen geçici 8. madde ile altı aya çıkarılması üzerine, külfetin işçiler arasında eşit paylaşılması amacıyla, uzatılan sürede diğerlerinin yerine aynı işi yapan bir başka 300 kişilik grubu kısa çalışma uygulamasına dahil etmek istediğini düşünelim. Böyle bir durumda, söz konusu işyerinde kısa çalışma ödeneğinden yararlanan işçi sayısı ve kısa çalışma ödeneği miktarı değişmemekte, sadece yararlanan işçilere ilişkin bir değişiklik söz konusu olmaktadır. Böyle bir durumda, ikinci 300 kişilik grup için yeni bir uygunluk tespitinin aranması gereksiz bir işlem niteliğinde olacaktır. Bu gibi hallerde, değişikliğe ilişkin başvurunun yeni bir başvuru olarak değerlendirilmemesi kanımca daha uygun olacaktır. Çünkü sonuçta kısa çalışma ödeneğinden yararlanan işçi sayısı ve kısa çalışma koşulları değişmemektedir.

c) Bakanlık Müfettişince Uygunluk Tespiti Yapılması

İş-Kur'un başvuru formu üzerinde yapacağı ön inceleme neden ve şekil yönünden olumlu sonuçlandığı takdirde, işverenin kısa çalışma talebi İş-Kur tarafından İş Teftiş Grup Başkanlığı'na gönderilir.

Bundan sonra Yönetmeliğin (md. 5/IV) uygunluk tespiti olarak adlandırdığı aşama gelmektedir. Başvuruya ilişkin uygunluk tespiti Bakanlık iş müfettişleri tarafından yapılmaktadır.

Uygunluk tespitinde, işverenin başvurusunda belirtilen hususların doğru olup olmadığı, örneğin ekonomik kriz nedeniyle yapılan bir başvuruda, ekonomik krizin etkilerinin var olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir. Bu çerçevede; Bakanlık müfettişi tarafından işletmenin gelir tablosu, bilançosu, vergi levhası, üretimde meydana gelen değişiklikler, iptal edilen veya alınan siparişler gibi, işletmenin ekonomik nedenle kısa çalışmaya ilişkin talebinin doğru olup olmadığına ilişkin veriler incelenmektedir.

d) Uygunluk Tespitinin Bildirimi ve İşverence Nihai Liste Düzenlenmesi

Uygunluk tespiti yapıldıktan sonra, düzenlenen inceleme raporları İş Teftiş Grup Başkanlığı tarafından ilgili İş-Kur birimine ve oradan da İşsizlik Sigortası Dairesi Başkanlığına gönderilmektedir. Mamafih, son dönemlerde isabetli olarak, incelemenin Ankara'ya gönderilmek yerine İl Müdürlüğünde sonuçlandırılması yoluna gidilmektedir.

Bundan sonra da talepleri uygun görülmüş olan işverenlere incelemenin sonucu ve kısa çalışma kapsamına girecek işçilerin listesi gönderilmekte ve işverenler de Kurumca belirlenen esaslar doğrultusunda listeye son şeklini vererek yazılı ve elektronik posta yoluyla bildirilen adreslere göndermektedirler.

Kısa çalışma talebi uygun görülen işverenlerin ayrıca kısa çalışma yapacak kişiler için ayrı bir bildirme düzenlemesine gerek bulunmayıp, İş-Kur tarafından işverene gönderilen listenin eksiksiz olarak doldurulup gönderilmesi yeterli kabul edilmekte, İş-Kur, söz konusu listeyi veri tabanına eklemek suretiyle işçinin başvurusu ve işverence bildirme verilmesine ilişkin işlemleri otomatik olarak yerine getirmektedir. Bu bakımdan, kısa çalışma kapsamında olan işçinin İş-Kur'a şahsen başvurusu aranmayıp, işlemlerin hızlı yürümesi sağlanmaktadır.

Bu noktada İş-Kur tarafından gönderilen

listenin işverence doldurulmasının da özel bir önem arzettiğini belirtmek gerekir. Zira bu liste İş-Kur tarafından belirlenen esaslar dışında doldurulmak istenildiği takdirde, işlemin devamı mümkün olmamakta ve kısa çalışma uygulamasının başlaması konusunda gecikmeye neden olabilmektedir.

Bu listeye Kurum tarafından belirtilenler dışında herhangi bir not eklenmesi, açıklama yapılması veya çıkarılması mümkün değildir. Kısa çalışma uygulamasının başlangıç ve bitim tarihleri konusunda da iş müfettişi tarafından düzenlenen raporun esas alınması gerekmektedir. Bunun gibi; haftalık çalışma süresinin azaltılması şeklinde bir kısa çalışma uygulaması söz konusu olduğunda, kısa çalışma ödeneği aylık olarak ödendiği için, söz konusu listedeki işçinin haftalık çalıştırılmayacak saatleri gösteren haneye, bir ay esas alınarak saat belirlenmek suretiyle veri girişi yapılması önem taşımaktadır. Prim ödeme gün sayısına ilişkin bilgiler İş-Kur tarafından SSK veri tabanından otomatik olarak alınmaktadır.

İşverenin talebinin mevzuat hükümlerine uygun bulunmaması durumunda reddi söz konusu olduğunda, durum yine İş-Kur tarafından, gerekçeleri ile birlikte, işverene bildirilir.

Öte yandan, işverenin, kısa çalışma talebinde bulunduktan sonra, işlemler sürerken, talebinden vazgeçmesi de mümkündür. Böyle bir durumda durumun gecikmeksizin İş-Kur'a bildirilmesi gerekir.

5) Kısa Çalışma Uygulamasında İşçinin Rızası

Yukarıda belirtildiği üzere, öğretilerde kısa çalışmanın işçinin rızasına bağlı olmaksızın yapılabileceği ileri sürülmüştür⁷. Kanımca kısa çalışma uygulaması yapılması işçinin rızasına bağlıdır. Diğer tüm koşullar yerine getirilmiş olsa dahi, işçi kısa çalışma yapmak ve kısa çalışma ödeneğinden yararlanmakla yükümlü değildir. Nitekim Yönetmeliğin 6/I. maddesinde işçinin ödenek talebinde bulunmasından söz edilmektedir. Aynı şekilde; Yönetmeliğin md.7/VII. fıkrasında, işçinin başvurusundan söz edilmektedir.

Kaldı ki işin niteliği de bu sonuca varma-

yı gerekli kılmaktadır. Gerçekten; kısa çalışma uygulaması ekonomik krizlerde ve zorlayıcı sebeplerin ortaya çıkması halinde, işçinin işsiz kalmasına bir ölçüde çare olarak gösterilmekte ise de, somut olayın özellikleri bu genel kabulü haksız çıkarabilir. Örneğin; işyerinde zorlayıcı nedenlerin ortaya çıkması halinde, hatta ekonomik kriz dönemlerinde dahi, özellikle başka bir yerde iş bulması mümkün olan bir işçinin, altı ay boyunca işsizlik ödeneği miktarı kadar bir gelirle geçinmeyi tercih etmemesi pekala mümkündür. Böyle bir durumda işçiyi iradesi dışında bir konuma sokmanın hiçbir haklı gerekçesi bulunmamaktadır. Bu bakımdan, kısa çalışma uygulaması kapsamında olmak veya olmamak konusundaki tercihin işçinin kendisine bırakılması gerekir. Aşağıda değinileceği üzere, 4857 sayılı Kanun'un mülga 65. maddesinin gerekçesinde, kısa çalışmanın uygulandığı dönem işçi bakımından "ücretsiz izin" dönemi olarak nitelendirilmektedir. İşçinin, işletmenin içinde bulunduğu durum nedeniyle iradesi dışında ücretsiz izne çıkarılabilmesi için, bunun Kanunda açıkça düzenlenmiş bulunması gerekir. İş koşullarında esaslı değişiklik oluşturan bu hal için işçinin en azından örtülü rızasının alınmaması düşünülemez.

Ayrıca; kısa çalışma denilince akla hep ekonomik kriz nedeniyle kısa çalışma uygulaması gelmektedir. Halbuki; zorlayıcı nedenler de kısa çalışma uygulamasına olanak sağlamaktadır. Hal böyle iken, 4857 sayılı İş Kanunu'na tabi işçiler bakımından İş K. md.24/III kapsamında bir haftadan fazla süre ile işin durmasını gerektiren zorlayıcı nedenlerin ortaya çıkması halinde işçiye fesih hakkı tanıyan bir yasal sistem içerisinde, bu dönem için alacağı kısa çalışma ödeneği karşılığında iradesinin aranmadığı iddia edilemez.

İşçinin kısa çalışmaya ilişkin rızası iki şekilde ortaya çıkabilir. Öncelikle; kısa çalışma ödeneği talebi Bakanlıkça uygun bulunduktan ve diğer işlemler tamamlandıktan sonra, işçinin Kurumdan talepte bulunması, kısa çalışmayı kabul ettiği anlamına gelir. Uygulamada, işlemlerin kısa sürede sonuçlandırılması amacıyla tamamen fiili bir durum olarak işçinin Kuruma başvurusunun aranmaması durumunda ise, işçinin, PTT

aracılığıyla gönderilen ödeneği alması da, bu uygulamayı kabul ettiği anlamına gelir.

Ancak, bu konuda yaşanan fiili güçlükler, kısa çalışmayı gerektiren durumun varlığının Bakanlık müfettişi tarafından tespitinin yerinde yapılması, müfettişin uygunluk tespiti için ekonomik krizin etkilerinin ortaya çıkmış olması, yani sayılara yansımalarının gerekmesi, işçinin kısa çalışmaya ilişkin kabulünün daha önceden alınmasını zorunlu kılmaktadır.

Gerçekten; örneğin Ağustos ayında kısa çalışmaya geçmeyi planlayan işveren, erken başvuruda bulunduğu anda, uygunluk tespiti için işyerinin ciddi anlamda etkilenip sarsılması arandığından, uygunluk tespitinin Ağustos ayından önce yapılması olanaksızdır. Bakanlık müfettişi en erken Ağustos ayında geldiğinde, uygunluk tespitinin alınması yine de belirli bir süreyi alacağından, başvurunun reddedilmesi ihtimaline karşı işçilerden şarta bağlı olarak kabullerinin önceden alınması bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır. Yani başvuru kabul edildiği takdirde ücretsiz izinli olacakları, reddedildiği takdirde ise ücretlerinin ödeneceği konusunda imzalarının alınması gerekir. Bu fiili güçlüğün aşılması için başka bir yol bulunmamaktadır.

Bu inceleme bir ay 23 günden fazla sürdüğü ve sonunda reddedildiği takdirde, işveren aylık prim ve hizmet belgesini süresinde vermemiş duruma düşeceğinden, işçiyle yapılacak mutabakata, başvuru reddedildiği takdirde ücretsiz izin süresine tekabül eden miktar kadar ücretin bir sonraki ay ödeneceğinin kararlaştırılması sosyal sigorta mevzuatına ilişkin idari para cezalarının engellenmesi bakımından önem taşımaktadır.

Acaba işçinin kısa çalışma uygulamasına rıza göstermemesi işverene iş sözleşmesini geçerli nedenle fesih hakkı verir mi? Somut olayın özelliklerine göre, böyle bir fesih hakkının varlığından söz etmek mümkün olabilir. Örneğin, işçinin çalıştığı bölümde herkesin kısa çalışma kapsamına alınması ve işçinin mevcut durumuyla çalıştırılması artık mümkün değilse, işverenin iş sözleşmesini işin, işyerinin ve işletmenin gereklerinden kaynaklanan geçerli nedenlerle feshetmesi mümkündür.

Öte yandan; kısa çalışma uygulaması işçinin rızasına bağlı olduğundan, bu durum işçiye de iş sözleşmesinin haklı nedenle fesih hakkı verir ve işçi de dilediği takdirde İş K. m. 24/II'den kaynaklanan bu fesih hakkını kullanabilir⁸.

III. KISA ÇALIŞMANIN HÜKÜMLERİ

1) Kısa Çalışma Ödeneğinden

Yararlanma Hakkına Sahip Olanlar

Belirtelim ki; kısa çalışma ödeneğinden yararlanma hakkına sahip olan işveren değil, işçidir. Ancak tüm işçiler de bu hakka sahip olmayıp, bu konuda iki koşul aranmaktadır.

İlk koşul, işçinin, işsizlik sigortası kapsamında olmasıdır. Örneğin; sosyal güvenlik destek primi ödeyenler işsizlik sigortasının kapsamında olmadığı için, kısa çalışma ödeneğinden de yararlanamaz.

İkinci olarak; işçinin prim ödeme gün sayısı itibarıyla de işsizlik ödeneğinden yararlanabilecek durumda bulunması, yani geriye doğru 3 yıllık süre içerisinde 600 gün ve yine geriye doğru tam olarak 120 gün işsizlik sigortası primi ödenmiş olması gereklidir.

Sigortalının prim koşulunu sağlayıp sağlamadığı işverence doldurulan liste ile ortaya konulmaktadır. Kuşkusuz işverenin, işçinin son üç yıl içerisindeki prim ödeme durumunu bilmesi mümkün olmayabilir. Bunun için, listede yer alan son üç yıl içerisindeki prim ödeme gün sayısına ilişkin haneye işçinin o işyerinde geçen prim gün sayısının yazılmakta ve Kurum sözü konusu bilgileri SSK veri tabanından otomatik olarak alınmaktadır. Son 120 gün veri girişine ilişkin olarak da kısa çalışmanın başladığı ay birinci dönem, bir önceki ay ise ikinci dönem olarak dikkate alınmaktadır. Böylelikle, sadece iki aylık veri girişi yeterli olup, diğer aylar yine SSK kayıtlarından elde edilecektir.

Bu arada, geriye doğru 120 günlük prim ödeme gün sayısına ilişkin olarak, henüz SGK'ya bildirim süresi gelmemiş sürelerle ilişkin kazançların doğru olarak bildirilmesi önem taşımaktadır. Zira bu sürelerin bildirim süresi henüz gelmemiş olacağından, İş-Kur'un bunu SGK veri tabanından teyit etme olanağı da bulun-

mayacaktır. İş-Kur'un doğruluğunu teyit etme olanağına henüz sahip olmadığı bu dönem için işverence hatalı bildirimde bulunduğu geriyeye dönük kontrollerde sonradan ortaya çıkması halinde, ödenen kısa çalışma ödeneğinin iptali söz konusu olabilecektir.

Acaba bu prim ödeme koşullarının kısa çalışma uygulaması başlamadan önce yani işverence nihai listenin düzenlendiği tarihte yerine getirilmiş olması zorunlu mudur? Kanımca hayır. Bu konuda, gerekli prim ödeme koşullarını doldurmadığı için kısa çalışma kapsamına giremeyen işçi, kısa çalışmanın yapıldığı dönemde ve fakat kısa çalışma uygulaması sona ermeden prim ödeme koşullarını tamamladığı takdirde, henüz sona ermemiş kısa çalışmanın kapsamına alınması mümkün olmak gerekir. Elbette bu durumda olan işçinin kısa çalışma ödeneğinden yararlanma süresi, bakiye kısa çalışma süresi ile sınırlı olacak, yani altı aylık bir kısa çalışma uygulamasında, işçi prim ödeme koşulunu dördüncü ayın sonunda tamamlamışsa, kısa çalışma ödeneğinden yararlanabileceği süre sadece iki ay olacaktır. Belirtelim ki; Bakanlığın uygulaması da isabetli olarak bu yönde olmuştur. Ayrıca bu durum yeni bir talep sayılmamakta ve yeniden bir inceleme yapılmasına gerek görülmemektedir.

Bu konuda son olarak belirtelim ki; çalışma süresinin en az üçte bir oranında azaltılması şeklindeki kısa çalışma uygulamasının kapsamına işyerinde kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanların giremeyeceği ileri sürülmektedir⁹. Bu tespit büyük ölçüde doğrudur. Zira kısmi süreli çalışmanın varlığı için zaten haftalık çalışma süresinin üçte birden daha az olması gerekmektedir. Bununla birlikte; azaltılmış çalışma süreleri şeklindeki kısa çalışma uygulaması, en az dört haftalık sürenin fasıllı uygulanması, yani ay içerisinde bazı haftalarda hiç çalışılmaması şeklinde ise, kısmi süreli çalışanların da hiç çalışma yapılmayan haftalar için kısa çalışma uygulaması kapsamına alınabilmesi mümkündür.

2) Yararlanma Süresi

Kanunda kısa çalışma uygulaması ve dolayısıyla ödeneğinden yararlanma süresi en çok üç ay olarak belirlenmiştir.

Ancak; 5838 sayılı Kanun'da 4447 sayılı Kanun'a eklenen geçici 8. madde ile 2008 ve 2009 yıllarında kısa çalışma için yapılan başvurulara münhasır olmak üzere, kısa çalışma için öngörülen üç aylık sürenin altı ay olarak uygulanacağı, Kanunun yayımı tarihi olan 28.2.2009 tarihinden önce uygunluk tespiti yapılan kısa çalışma başvurularında sürenin işverenin talebi halinde aynı şartlarla altı ay olarak uygulanacağı, ayrıca bu altı aylık sürenin bir altı ay daha uzatılması konusunda Bakanlar Kurulunun yetkili olduğu hükme bağlanmıştır.

Hemen belirtelim ki; halen altı ay olan kısa çalışma azami süresinin Bakanlar Kurulu kararıyla bir altı ay daha uzatılmasının işsizlik ödeneği bakımından önemli bir sonucu da bulunmaktadır. Buna göre; kısa çalışma uygulamasının ilk altı aylık dönemde kısa çalışma ödeneği olarak yapılan ödemeler, işsizlik ödeneği süresinden düşülmezken, süre Bakanlar Kurulunca uzatıldığı takdirde, bu ikinci altı aylık dönemdeki kısa çalışma ödeneği olarak yapılan ödemeler, işsizlik ödeneği süresinden düşülecektir.

5838 sayılı Kanun'la getirilen üç ayın altı aya uzatılması yolundaki olanaktan "... maddenin yayımı tarihinden önce uygunluk tespiti yapılan ..." işverenler de yararlanacaktır. Bu ifadeyi, bu tarihten (28.2.2009) daha önce ödenmeye başlamış veya başlamamakla birlikte Kurumca uygun bulunmuş talepler şeklinde anlamak gerekir. Ancak önemle belirtelim ki; bu uzatmadan yararlanabilmek için, işverenin, üç aylık sürenin uzatılması konusunda talepte bulunması gerekir.

Öte yandan; altı aylık uzatılmış süre uygulaması 2009 yılı sonuna kadar yapılacak başvuru-

5838 sayılı Kanun'la getirilen altı aylık süreden yararlanmak için önemli olan kısa çalışmanın 2009 yılı sonuna kadar uygulanması değil, kısa çalışma başvurusunun 2009 yılı sonuna kadar yapılmış olmasıdır.

Üç (veya altı) aylık azami yararlanma süresinin işçiye değil, işletmeye ilişkin olduğunun kabulü daha isabetlidir.

rularda ilişkindir. Yani, bundan yararlanmak için başvurunun 2009 yılı sonuna kadar yapılması yeterli olup, kısa çalışma uygulamasının 2009 yılı sonuna kadar tamamlanması gerekmez. Durumu bir örnekle açıklamak gerekirse; işverenin kısa çalışma için 01.10.2009 tarihinde başvurduğunu ve işlemlerin tamamlanıp kısa çalışma uygulamasına 15.11.2009 tarihinde başlanıldığını düşünelim. Böyle bir durumda kısa çalışma için öngörülen altı aylık süre 15.11.2009 tarihinde başlayacak ve 15.5.2010 tarihinde sona erecektir. Başka bir anlatımla, 5838 sayılı Kanun'la getirilen altı aylık süreden yararlanmak için önemli olan kısa çalışmanın 2009 yılı sonuna kadar uygulanması değil, kısa çalışma başvurusunun 2009 yılı sonuna kadar yapılmış olmasıdır.

Belirtelim ki; kısa çalışma için öngörülen sürenin bir defada kullanılması gerekmez. İşverenin örneğin, iki ay için yararlandıktan bir süre sonra azami süreye kadar yeniden yararlanma talebinde bulunmasına bir engel yoktur. Gerçekten; bir süre kısa çalışma yapıldıktan sonra, işlerde meydana gelen değişiklik nedeniyle kısa çalışmanın uygunluk tespiti yapılan süreden önce durdurulmasına bir engel yoktur. Böyle bir durumda, işe davet edilen işçi gelip başlamakla yükümlüdür. Kullanılmayan sürenin de daha sonra kullanılmasına bir engel yoktur. Ancak bu durumda yeniden bir uygunluk tespiti yapılması gerekir.

Yukarıda belirtildiği üzere; 2008 ve 2009 yılında yapılan başvurular için kısa çalışma uygulamasının süresi altı aydır. Eğer yeniden uzatılmazsa 2010 yılında yapılacak başvurular için süre yeniden üç aya inecektir. Yukarıda belirtilen ihtimalde; altı aylık süre için uygunluk tespiti alan işverenin, iki aylık kısa çalışma uygulamasından sonra, bitimine dört ay kala kısa çalışma uygulamasını durdurduğunu ve kalan dört aylık süreyi kullanmak için 2010 yılında yeniden başvuruda bulunduğunu düşünelim. Böyle bir durumda Kuruma başvuru 2010 yılın-

da yapılmış olsa dahi, işverenin talebi 2009 yılından kalan bakiye sürenin kullanımına ilişkin olduğu için, kullanacağı kısa çalışma süresinin yine dört ay olması gerekir.

Azami yararlanma süresi konusundaki önemli bir sorun, bu sürenin bir defaya mahsus olup olmadığıdır. Kanunda ve Yönetmelikte bu konuda bir açıklık bulunmamaktadır. Kanımca, kısa çalışma uygulamasından azami süre kadar yararlanan işverenin, ekonomik krizin hala devam ettiği gerekçesiyle yeniden başvuruda bulunması mümkün değildir. Aksi takdirde, kısa çalışmanın en çok altı aylık süreyle sınırlandırılmasının bir anlamı kalmayacaktır. Bununla birlikte; kısa çalışma ödeneğinden yararlanma olanağı doğuran yeni bir durum ortaya çıktığı takdirde, bu yeni duruma bağlı olarak yeni bir kısa çalışma uygulaması yapılmasını engelleyici bir hüküm de bulunmamaktadır. Bu bakımdan örneğin; genel ekonomik krize bağlı olarak kısa çalışma uygulamasından yararlanan işverenin, bir süre sonra zorlayıcı nedenlerle yeni bir kısa çalışma talebinde bulunması mümkündür. Bunun gibi; ekonomik kriz nedeniyle bu dönemde kısa çalışma uygulamasından yararlanan işverenin, ileride yeni bir ekonomik kriz nedeniyle, bu ikinci krize bağlı olarak yeni bir kısa çalışma uygulamasından yararlanması mümkündür. Zira bu olasılıkta yeni bir durum söz konusudur. Aksine yorum, bir defa kısa çalışma uygulaması yapılan bir işletmede hayat boyu bir daha yeniden kısa çalışma uygulaması yapılamaması sonucunu doğurur ki, böyle bir yorumun kabulü mümkün olmamak gerekir.

Nihayet belirtelim ki; üç (veya altı) aylık azami yararlanma süresinin işçiye değil, işletmeye ilişkin olduğunun kabulü daha isabetlidir. Bu bakımdan örneğin; genel ekonomik kriz nedeniyle kısa çalışma ödeneğinden yararlanan işçinin, bir başka işveren yanında çalışmaya başlamasıyla, aynı ekonomik kriz nedeniyle, bu kez diğer işverenin işletmesi kapsamında kısa çalışma ödeneğinden yararlanması mümkündür.

3) Kısa Çalışma Ödeneğinin Miktarı ve Ödenmesi

Yönetmeliğin 7. maddesine göre, günlük kısa çalışma ödeneğinin miktarı, 4447 sayılı Ka-

Kısa çalışmada bir çalışma olmaksızın geçen sürenin özellikle yargı kararları ile belirlenmiş bulunan ücretsiz izin süresinin hükümlerine tabi tutulması gerekir.

nun uyarınca verilen işsizlik ödeneğinin miktarı kadardır. Buna göre; kısa çalışma ödeneğinin miktarı, sigortalının son 4 aylık prime esas kazançları dikkate alınarak hesaplanan günlük ortalama brüt kazancının yüzde kırkıdır.

Ancak bu şekilde hesaplanan miktar 16 yaşından büyük işçiler için uygulanan aylık asgari ücretin brüt tutarının yüzde seksenini geçemez. Bununla birlikte 2008-2009 yıllarında yapılan başvurular için ödenecek kısa çalışma ödeneği miktarı yüzde elli oranında artırılarak ödenir.

Yani, kısa çalışma ödeneği miktarı, 2008 ve 2009 yıllarına münhasır olmak üzere ilgili dönemde geçerli olan asgari ücretin brütünün % 120'sini aşmamak kaydıyla son dört aylık prime esas kazançların % 60'ı olarak belirlenmiştir. Buna göre örneğin; son dört aylık prime esas kazanç aylık brüt ortalaması 1.000 TL olan bir sigortalıya (1.000 x % 60 =) 600 TL ödenecek; 3.000 TL olan sigortalıya ise (3.000 x % 60 =) 1.800 TL olarak hesaplanacak, ancak üst sınır nedeniyle) 799 TL ödeme yapılabilecektir.

Kuşkusuz yukarıda belirtilen miktarlar, kısa çalışma döneminde tam olarak hiç çalışmanın olmadığı günler içindir. Haftalık çalışma süresinin azaltılması şeklindeki kısa çalışma uygulamasında kısa çalışma ödeneği, çalışılmayan süre oranında verilecektir. Nitekim Yönetmeliğin md. 7/III. fıkrasında, kısa çalışma ödeneğinin işyerinde uygulanan haftalık çalışma süresini tamamlayacak şekilde, çalışılmayan süre için verileceği öngörülmüştür.

4) Kısa Çalışma Döneminde Sigorta Primlerinin Kuruma Aktarılması

Yönetmeliğin md. 7/V. fıkrasına göre, işçinin kısa çalışma ödeneği aldığı süre için 5510 sayılı Kanun gereğince ödenecek sigorta primi, İşsizlik Sigortası Fonu tarafından Sosyal Güvenlik

Kurumu'na aktarılır. Bu hükümde hangi sigorta primlerinin aktarılacağından söz edilmemiştir. Bununla birlikte; 5510 sayılı Kanun'un md. 60/1-g bendi uyarınca, kısa çalışma ödeneğinden yararlananlar genel sağlık sigortalısı sayılır. Şu halde, kısa çalışma ödeneği ödenen günler için genel sağlık sigortası primi İşsizlik Sigortası Fonu tarafından Sosyal Güvenlik Kurumuna aktarılacaktır. Belirtelim ki; aktarılacak sigorta primleri, işçinin hiç çalışmasının bulunmadığı günler için olacaktır¹⁰.

5) Kısa Çalışma Süresi ve İşçilik Haklarına Etkisi

Kısa çalışma süresini bir tür ücretsiz izin süresi olarak nitelendirmek mümkündür. Nitekim İş K. md. 65'in gerekçesinde de kısa çalışma süresi, ücretsiz izin süresi olarak nitelendirilmiştir. Bunun gibi; 5510 sayılı Kanun'un "sigortalıların borçlanabileceği süreler" başlıklı 41. maddesinin (f) bendinde yer alan ve 17.4.2008 tarih ve 5754 sayılı Kanun'la kaldırılan ibarede "ve Kurumca kabul edilecek sektörel veya genel ekonomik kriz dönemlerinde işvereni tarafından ücretsiz izinli sayılanların, her yıl için 3 ayı geçmemek üzere bu süreleri" ibaresi de bu konuda bir ipucu verebilecek niteliktedir.

Bu niteliği itibarıyla kısa çalışmada bir çalışma olmaksızın geçen sürenin de özellikle yargı kararları ile belirlenmiş bulunan ücretsiz izin süresinin hükümlerine tabi tutulması gerekir. Bu bağlamda; kısa çalışma uygulamasında geçen süre kıdem tazminatının hesabında dikkate alınamayacağı gibi, yıllık ücretli izin hakkının hesabında da çalışılmış gibi kabul edilmemesi gerekir¹¹. Gerçi, yıllık izin bakımından çalışılmış gibi sayılan halleri düzenleyen 4857 sayılı İş Kanunu'nun md. 55/k bendinde, 65. maddede kısa çalışma süreleri sayılmış ise de, bugün için 65. madde yürürlükte değildir. Kanımca, kısa çalışma döneminin işçinin kıdemine ilişkin hakları bakımından çalışılmış gibi kabul edilmesi için, bu konuda açık bir hüküm bulunması gerekir. Böyle bir hüküm getirilmediği takdirde Yargıtayın ücretsiz izne ilişkin kararları çerçevesinde bir sonuca varmak en doğrusudur.

Bunun gibi, örneğin tatil edilen hafta ulusal bayram ve genel tatil günlerine denk geldiği

takdirde de, yine bunun ücretinin ödenmesi söz konusu olmayacaktır. Ayrıca; İş K. md. 46'da hafta tatiline hak kazanmak bakımından çalışılmış gibi sayılan haller belirtilirken, zorlayıcı ve ekonomik bir neden olmaksızın işyerindeki çalışmanın tatil edildiği sürelerin hafta tatiline hak kazanmak için çalışılmış sayılacağı düzenlenmiştir. Yani ekonomik bir nedene dayalı olarak işin tatilinde geçen süre çalışılmış gibi sayılmayacaktır.

Ancak böyle değil de, kısa çalışma uygulaması, çalışma saatlerinin düzenli olarak azaltılması şeklinde gerçekleştiriyorsa, bu sürenin tüm işçilik hakları bakımından dikkate alınacağına bir tereddüt yoktur.

Kısa çalışma döneminde iş sözleşmesi askıdadır ancak bu askı hali işçinin rızasına bağlı olarak oluşmaktadır¹². Ancak kısa çalışma uygulaması, düzenli olarak haftalık çalışma süresinin azaltılması şeklinde ise, işçinin çalışması kısmi olarak devam ettiği için askı hali ortaya çıkmayacaktır¹³.

Son olarak belirtelim ki; kısa çalışma ödeneği bu dönemde çalışılmayan süre için ödenir ve kısa çalışma ödeneği ödenen bir dönem için prim yatırılmış ise ödenen kısa çalışma ödeneği ilgililerden talep edilir.

6) Kısa Çalışma Döneminde İş Sözleşmesinin Sona Ermesi Halinde İşçilik Hakları

İşçi kısa çalışma ödeneğinden yararlanırken iş sözleşmesinin kıdem tazminatına hak kazandıracak bir şekilde, örneğin işçi tarafından askerlik veya evlilik nedeniyle sona erdirilmesi veya işçinin ölümü nedeniyle sona ermesi mümkündür. Böyle bir durumda kıdem tazminatı hesabına esas son ücret, işçinin işverenden aldığı son ücret olmak gerekir. Yoksa kıdem tazminatının, kısa çalışma ödeneği miktarı üzerinden ödenmesi söz konusu olmayacaktır.

Ancak önemle belirtelim ki; kıdem tazminatı gibi feshe bağlı hakların, işçinin işverenden fiilen aldığı son ücret üzerinden hesaplanması, işçi aleyhine sonuç doğurabilir. Örneğin; haftalık çalışma süresinin azaltılması suretiyle gerçekleştirilen bir kısa çalışma uygulamasında, kısmi

çalışmaya bağlı olarak işçinin işverenden fiilen aldığı ücret de o oranda düşük olacaktır. İşçinin işverenden düşük ücret aldığı bu dönemde iş sözleşmesi kıdem tazminatına hak kazandıracak bir şekilde sona erdiği takdirde, 1475 sayılı Kanun'un 14. maddesinin lafzına bağlı kalınarak, kıdem tazminatının son ücret, yani haftalık çalışma süresinin azaltılması nedeniyle fiilen aldığı düşük ücret üzerinden hesaplandığında, bunun işçi aleyhine sonuçlar doğurması kaçınılmazdır. Bu bakımdan; haftalık çalışma süresini azaltılması şeklinde uygulanan kısa çalışma hallerinde de, feshe bağlı hakların hesaplanmasına esas son ücretin, işçinin kısa çalışma döneminde işverenden aldığı düşük ücret üzerinden değil, kısa çalışma başlamadan önce aldığı tam ücret olarak anlaşılması daha uygun olacaktır.

7) Kısa Çalışma ve Feshe Karşı Son Çare İlkesi

Bilindiği gibi; Yargıtay'ın iş sözleşmesinin işletme gerekleri nedeniyle feshine ilişkin istikrarlı kararlarında, işverenin feshe karşı son çare kapsamında yapılması gerekenlerden biri de kısa çalışmaya başvurmak olarak belirtilmektedir. Feshe karşı son çare ilkesinin Kanunda yer almadığı yolundaki azınlıktaki şahsi görüşümüz bir yana, feshe karşı son çare kapsamında kısa çalışmaya da başvurulması gerektiği yolundaki görüş kanımca, kısa çalışmanın işverenin dilettiği zaman ve tek taraflı olarak yapabileceği bir uygulama olmadığı, bunun için öncelikle genel ekonomik kriz konusunda Bakanın duruma açıklık getirmesi gerektiğini göz ardı etmektedir. Nitekim bu açıklama 2008 yılının sonlarında gelmiş ve İş-Kur ancak bu dönemde kısa çalışma başvurularını değerlendirmeye almıştır. İşverenin, daha önce olmayan bir uygulamaya başvurmasını beklemek ve bunu feshin geçerliliği konusunda bir ölçüt yapmak kanımca uygun değildir.

Bu bir yana; kısa çalışma uygulaması 2008 yılı sonundan itibaren başlamış olmasına rağmen, feshin geçerli olup olmadığına, işverenin fesihten önce kısa çalışmaya başvurup başvurmamasına göre değerlendirilemeyeceği görüşündeyim. Başka bir anlatımla; işveren, feshe

karşı son çare kapsamında, fesihden önce kısa çalışmaya başvurmakla yükümlü tutulamaz. Nitekim; kısa çalışma uygulamasına başvurmak işveren bakımından bir zorunluluk değil, ekonomik krizi aşmak için kendisine tanınmış olan bir haktır. İşyerini etkileyen ekonomik krizi ne şekilde aşacağı, kısa çalışmanın iş ilişkisinin devamı bakımından gerekli yararı sağlayıp sağlamayacağı tamamen işverenin takdirindedir. Kaldı ki kısa çalışmanın da her zaman işçinin lehine bir uygulama olduğu ileri sürülemez.

8) Kısa Çalışma Ödeneğinin Kesilmesi ve Geri Alınması

Yönetmelikte bazı hallerde kısa çalışma ödeneğinin kesilmesinden söz edilmiştir. Bunlar işçiden kaynaklanan haller olabileceği gibi, işverenden kaynaklanan haller de olabilir.

Yönetmeliğin 8. maddesinde; 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 veya geçici iş göremezlik ödeneğinin başlaması halinde kısa çalışma ödeneğinin kesileceği düzenlenmiştir. Bu hallerin meydana geldiğini Kuruma bildirmek işverenin değil, işçinin yükümlülüğüdür. Dolayısıyla, işçinin ödeneğin kesilmesini gerektiren halleri bildirmemesi nedeniyle Kurum fazladan bir ödeme yaptığı takdirde, bunu işverenden değil işçiden alabilir.

Yönetmeliğin 9. maddesinde; kısa çalışmanın erken sona ermesi ve işverenin normal faaliyetine başlamaya karar vermesi halinde durumu; Kurum birimine, varsa toplu iş sözleşmesi tarafı sendikaya ve işçilere altı işgünü önce yazılı olarak bildirmekle yükümlü bulunduğu düzenlenmiştir. İşveren; işçiyi çalışmaya başlatmasına rağmen durumu süresinde Kuruma bildirmemesi nedeniyle Kurum işçiye fazladan bir ödeme yaptığı takdirde, bu kez fazladan ödenen miktardan (işçi, işe başladığını bildirmediği ve işveren, kısa çalışmanın erken sona erdiğini süresinde bildirmediğinden) her ikisinin birlikte sorumlu olduğunu kabul etmek gerekir.

Belirtelim ki; ister süresinin dolmasıyla isterse işverenin erken sona erdirmesiyle bitmiş olsun, kısa çalışma dönemi sona erdiğinde işçi

işe başlamakla yükümlü olur. Kısa çalışma sona ermesine rağmen işe dönmemesi iş sözleşmesini istifa suretiyle feshettiği anlamına gelir.

Nihayet; işçinin kısa çalışma döneminde ölümlü halinde de kısa çalışma ödeneği sona erer.

DİPNOTLAR

- 1 N. CANIKLIOĞLU, "4857 sayılı İş Kanununa Göre Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği", A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005, 501-502.
- 2 U. AYDIN, "Kısa Çalışma Uygulaması ve Güncel Gelişmeler", Sicil, Mart 2009, 29-30.
- 3 CANIKLIOĞLU, 503; ayrıca bak. E. AKYİĞİT, İş Kanunu Şerhi, c. 2, Ankara 2008, 1944.
- 4 Karş. CANIKLIOĞLU, 507.
- 5 Aynı görüşte AYDIN, 33.
- 6 AKYİĞİT, 1951.
- 7 CANIKLIOĞLU, 503.
- 8 AYDIN, 37; aksi görüşte CANIKLIOĞLU, 522.
- 9 AKYİĞİT, 1947.
- 10 AKYİĞİT, 1969; AYDIN, 38.
- 11 Aksi görüşte CANIKLIOĞLU, 519.
- 12 Bu askı halinin kanundan kaynaklanan bir nedenle ve kendiliğinden ortaya çıktığı görüşünde CANIKLIOĞLU, 518; AYDIN, 37.
- 13 AYDIN, 37.

Doç. Dr. Cevdet İlhan GÜNAY

Yargıtay 9. H.D. Onursal Üyesi / Rekabet Kurulu Üyesi

İşçinin Davranışlarından Kaynaklanan Geçerli Fesih

GİRİŞ

Çalışma hayatının iş sözleşmesi ile düzenlenen emek-sermaye ilişkileri, diğer iş görme sözleşmelerinden farklı bir yapıya sahiptir. Gerçekten öteki iş görme sözleşmelerinden ayrı olarak iş sözleşmesi, insan unsurunu ve davranışlarını esas alan bir sözleşmedir. Çalışma terimi, insan hayatını ve toplumu sosyal ve ekonomik bakımdan etkileyen önemli bir olgu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunun için Anayasamızın 48. maddesinde “Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir.” denilmiştir.

Çalışma, kişinin ailesine, topluma ve devlete karşı bir ödevidir. Vatandaşların insan onuruna uygun çalışma koşulları çerçevesinde, yeteneklerine uygun, insanca yaşamasına yetecek bir ücret karşılığında çalışabilme hakkı bulunmaktadır. Kişinin iş bulmasına devlet yardım edecek, tam istihdamı sağlayacak gerekli tedbirleri alacaktır. Ancak devletin görevi bununla sınırlı değildir. Çalışan kişinin bulunduğu işi haklı ve geçerli bir neden bulunmadıkça kaybetmesini önleyecek yasal düzenlemeleri yapmak, başka bir anlatımla istihdam güvence-

sini sağlamak da Anayasa'nın devlete yüklediği bir görevdir.

İşveren veya işçinin belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmesini sürenin dolması veya ihbar öneli tanınmak suretiyle fesih hakları bulunmaktadır. Öte yandan taraflar iş sözleşmesini bazı hallerde derhal (önelsiz) fesih edebilmektedir. Bu hakkın doğumu ancak, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 24 ve 25. maddelerinde gösterilen sebeplerden birinin varlığı halinde söz konusu olmaktadır. İş hukukunda “haklı nedenle fesih”ten başka “geçerli sebeple fesih” kavramı da altı yıldır uygulamaya konu olmuştur.

İşçinin en az altı ay kıdemini bulunması ve işyerinde otuz işçi veya daha fazlasının çalışması halinde, haklı fesih sebepleri kadar ağır olmayan bazı davranışları geçerli feshe neden oluşturabilmektedir.

İşçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli fesih nedenleri, ihbar ve kıdem tazminatlarına hak kazanılmasına engel oluşturmasa da feshin geçersizliği ve işe iadeye yol açmaktadır. Bu makalemizde geçerli feshe sebep oluşturabilecek davranışları ve bunların hukuki sonuçlarını inceleyeceğiz.

1. İŞ GÜVENCESİ VE GEÇERSİZ FESİH KAVRAMI

1. İŞ GÜVENCESİ KAVRAMI

İş hukukumuzda iş güvencesi, 6 aydan fazla kıdemi bulunan ve en az 30 işçi çalıştıran işyerlerinde¹ çalışan işçilerin iş sözleşmesinin ancak, işçinin davranışları veya verimsizliği ya da işyeri, işletme ve işin gerekleri nedenleriyle feshedilebilmeleri olarak kabul edilmektedir. Böylece iş güvencesi kapsamında kalanların iş sözleşmelerinin, Medeni Kanun çerçevesinde fesih hakkının kötüye kullanılması dışında bir sınır öngörülmezsiz feshi düşüncesinden uzaklaşmıştır. Gerçekten modern iş hukukunda hakkın kötüye kullanılması teorisinden iş güvencesini sağlamak için önelli fesih hakkını yasayla sınırlandıran bir sisteme geçilmesi yararlı olmuştur².

İşverenin, iş güvencesi kapsamındaki işçinin iş sözleşmesini davranışları nedeniyle fesih hakkı bulunmaktadır. İşçinin feshi karşı korunması, Türkiye'nin onayladığı 158 sayılı ILO sözleşmesi gereği yapılan yasal düzenlemelerin bir sonucudur.

İşçilerin işe yerleştirilmeleri olan tam istihdam ve işçilerin işlerini kolayca kaybetmelerinin önlenmesi yönündeki istihdam güvencesinin sağlanması birbirlerini tamamlayan iki kavram olarak karşımıza çıkmaktadır³. Gerçekten iş güvencesi, temel bir insan hakkı olan çalışma hakkını etkili kılan, bu hakkın gerçekleşmesini sağlayan bir unsur olarak kabul edilebilir. Çağdaş iş hukukunun temel amaçlarından birisi olan işçi ile işveren arasındaki çalışma ilişkisinin sürekliliğinin sağlanması iş güvencesi ile gerçekleştirilebilir⁴.

"İş güvencesi" kavramıyla anlatılmak istenen, işçinin işinde devamlılığının sağlanması, işini ve ücretini kaybetme endişesinden uzaklaştırılmasıdır⁵. Ancak çalışma hakkının uygulamada bir değer kazanabilmesi için, işçilerin uygun bir işe yerleştirilmeleri ve kurallara uygun olarak çalıştıkları sürece işlerini kolayca kaybetmeleri önlenmelidir⁶.

2. HAKLI-GEÇERLİ FESİH SEBEPLERİ AYRIMI

İş güvencesi kapsamında olan işçinin işini

keyfi nedenlerle veya sebepsiz olarak kaybetmesini önlemek amacıyla işverenin fesih hakkı sınırlanmıştır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18-21. maddeleri arasında bir düzenleme olan iş güvencesi ve işe iadede sadece, iş sözleşmesi işveren tarafından feshedilen işçi yararlanabilir. Ancak işverenin fesih hakkını işçinin davranışları, verimsizliği gibi kişisel nedenlere veya işyeri ve işletmeden kaynaklanan iş sebebiyle kullanması "geçerli fesih" olarak adlandırılır.

Geçerli feshin işveren tarafından kanıtlanamaması halinde işçinin kullanabileceği işe iade hakkı, işverenin keyfi olarak fesih hakkını kullanmasına karşı getirilen önemli bir koruma mekanizmasıdır. Gerçekten iş güvencesi kavramı ile işverenin iş sözleşmesini fesih hakkına bazı sınırlamalar getirilmiştir. Böylece işverenin işçileri keyfi bir biçimde işten çıkarması engellenmek istenmiştir.

Öte yandan işveren, işçilerin iş sözleşmesini feshederken iş güvencesi kapsamında olup olmamasına göre farklı yükümlülüklerle tabidir. İş güvencesi kapsamındaki işçinin iş sözleşmesini feshederken, yasanın öngördüğü geçerli bir nedene dayanmak zorundadır. İş güvencesi kapsamı dışında kalan işçinin iş sözleşmesinin işveren tarafından feshi ancak Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinde düzenlenen "Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz." şeklindeki kural ile sınırlıdır. Bu kural uyarınca işveren sadece bir hakkın kötüye kullanılmasına yol açmayacak şekilde sınırlı olarak fesih yapabilecektir.

İş güvencesi, 4773 sayılı Kanun ile değişik 1475 sayılı İş Kanunu'nun 13/A maddesi ve daha sonra 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi ile düzenlenmiştir. İş sözleşmesinin derhal feshini öngören haklı fesih ile önelli geçerli fesih arasında sözleşmede yanlar arasında bulunması gerekli olan güven temelinin çökmesi veya güven ilişkisinin sarsılması olarak farklılığın açıklanması yolundaki görüşe katılıyorum⁷.

İşçinin davranışlarından doğan geçerli fesih hakkı, işçinin iş sözleşmesine aykırı eylem veya eylemsizliği sonucu doğar. Bu davranış haklı sebeple feshi gerektirecek nitelikte değilse,

geçerli nedenle feshe yol açacaktır. Ancak iş sözleşmesine aykırılığın işyerinde olumsuzluklara neden olması durumunda geçerli fesih söz konusu olacaktır. Bunları sırasıyla inceleyelim.

II. İŞ SÖZLEŞMESİNE AYKIRI DAVRANIŞ

1. GENEL OLARAK

İşçinin davranışlarına dayanan geçerli nedenle fesih için, iş sözleşmesinin işçi tarafından ihlal edilmesi gerekmektedir. Bu nedenle, işçinin hangi yükümlülüğü yüklediği, hangi davranışı ile somut sözleşme yükümlülüğünü ihlal ettiği eksiksiz olarak ortaya çıkarılmalıdır.

Ancak konumuz itibariyle işçinin sözleşmeyi ihlalinin, işverene derhal fesih hakkını verecek ağırlıkta olmaması gerekir. Daha hafif ihlallerin söz konusu olduğu durumlarda, geçerli fesih hakkının kullanımına olanak bulunmaktadır. İşçinin sözleşmeye ilişkin yükümlülüğünü ihlal etmekten kaçınmayacağı durumlarda işçinin somut olarak tespit edilmiş sözleşme ihlali nedeniyle işverenin işletmeye dayanan çıkarları zarar görmüş olabilir. Ancak böyle bir durum geçerli feshe neden oluşturmayacaktır. Başka bir anlatımla işçinin kusur ve ihmeline dayanmayan sözleşmeye aykırı davranışlarından dolayı işçiye bir sorumluluk yüklenemeyeceğinden işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli fesih nedeninden de söz edilemeyecektir.

2. İŞ SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN İŞÇİNİN BORÇLARI

a) Genel Olarak

İşçinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanan sebeplerin, hangi durumlarda geçerli sebeplerden sayılacağı ve hangi durumların işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan sebepler olarak kabul edileceği, yargı kararları ile belirginleşmektedir. İşçinin davranışları nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için, işçinin iş sözleşmesine aykırı, sözleşmeyi ihlal eden bir davranışının varlığı gerekir. İşçinin iş sözleşmesine aykırı hareketinin belirlenmesinde, asli edim yükümlülükleri

birincil olarak karşımıza çıkmaktadır. Asli edim yükümlülüklerine uymama işverene derhal haklı fesih imkânı verir. Dürüstlük kuralından doğan yan edim yükümlülükler, geçerli fesih yönünden önem kazanır.

Özellikle İş Kanunu'nun 25/II. maddesinde ayrı bir düzenleme konusu olan haklı sebeplerle feshi, geçerli sebeplerle fesih için aranan sebeplerden ayırmak ve aradaki farkları ortaya koymak; maddî olayları hukuk tekniği bakımından söz konusu iki farklı fesih türü açısından değerlendirmek gerekecektir. Bu alanda konunun gerektirdiği ölçüler içinde ülke koşullarını da dikkate alarak iki fesih türü açısından geçerli olacak ayrımları yapmak ve farklılıkları ortaya koymak, yargının yanı sıra öğretinin katkıları ile sağlanmaktadır. İş Kanunu'nun 25/II. maddesinde sayılan haklı sebeplerden aynı Kanununun 18. maddesinde belirtilen, işçinin kişiliğinden veya işyeri gereklerinden kaynaklanan sebepleri ayıran başlıca unsur bunların Kanununun 25/II. maddesinde sayılanların dışında geçerli nedenler olmasıdır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II. maddesinde gösterilen haklı fesih sebepleri tahdidi olarak gösterilmemiştir. Ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık oluşturan ancak, haklı feshe yol açmayan davranışları 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II. maddesini esas alarak aşağıda inceleyeceğim.

b) Sadakat Borcu

İşçinin borçlarını kısaca açıklamakta yarar görmekteyiz: İş sözleşmesi gereğince işçi; işverene karşı sadakat, işi bizzat görme, işi özenle görme ve itaat borcuna aykırı davranmama zordadır. Taraflar arasında kurulan iş sözleşmesi, sözleşme konusu gereği öteki Borçlar Hukuku sözleşmelerinden farklıdır. Bu sözleşmede yalnızca ekonomik yönü olan işçinin işverene emeği ile bir değer kazandırması veya bir ihtiyacını iş görerek tatmin etmesi değil, işverenin emrinde işin bizzat ifası ile kişiliğinin öne çıktığı bir ilişki ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle işin niteliği gereği bu sözleşme çok sıkı kişisel bağlar gerektirir⁸. Bu sözleşmede taraflardan özellikle işçinin sadakat borcunun birincil işlevi ortaya çıkmaktadır.

Sadakat borcu, yapma ve yapmama davranışları olarak ortaya çıkmaktadır. Geçerli fesih nedenleri işçinin sadakat borcuna aykırılık oluşturacak ağırlıkta olmayan eylemleri, davranışlarındaki bozukluklar olarak ortaya çıkıyorsa geçerli fesih nedeni oluşturabilir. Oysa sadakat borcuna aykırı olan eylemler işverene haklı fesih imkânı verir. Ancak işçinin haklarını almak veya menfaatlerini savunmak için harekete geçmesi; feshi ihbarda bulunacağını bildirmesi, iş şartlarının düzeltilmesini istemesi ve işçi teşekküllerine üye olması sadakat borcuna aykırı hareketler olarak nitelendirilemez⁹.

c) İş Özenle Görme Borcu

Borçlar Kanunu'nun 321/I. maddesi gereğince işçi taahhüt ettiği işi özenle yapmak zorundadır. İşçi, işin görülmesinde araç ve makineleri dikkatli kullanması ve temizliklerini zamanında yapması hususunda, kendisinden beklenen tüm dikkati göstermelidir.

İş özenle yapma borcuna aykırılık sonucu işçinin İş Kanunu'nun 25/II-1 maddesinde gösterildiği şekilde işyerindeki makineleri otuz günlük ücretinin tutarı ile ödeyemeyecek derecede hasara veya kayba uğratması; işverene haklı fesih hakkı verecektir. Buna karşın, zarar işçinin 30 günlük ücreti tutarından az ise bu durum, işveren açısından fesih için geçerli sebep olarak kabul edilmelidir¹⁰.

3. İŞÇİNİN İŞ SÖZLEŞMESİNE AYKIRI DAVRANIŞLARI

a) İşçinin İşverene Bağlılığının Yetersizliği

İş sözleşmesi gereğince işçi işverene sadakat göstermek zorundadır. Sadakat borcu gereğince işçinin işverenin güvenini kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak, işverenin meslek sırlarını ortaya atmak gibi, doğruluk ve bağlılık kurallarına uymayan davranışlarda bulunmamalıdır. Sadakat borcunun kapsamı her olay ve davranışa göre değişebilir.

Sadakat borcunu, yapma ve yapmama davranışları olarak birbirinden ayırmak gerekir. İşveren ve vekilleri aleyhinde yalancı şahitlik yapmamak, işverenin kendisine vermiş olduğu

sırları yaymamak, işveren ve vekillerine satmamak, sövmemek, kavga etmemek, asılsız mazeretler ileri sürerek izin almamak şeklinde yapmama davranışlarını sayabiliriz. Buna karşın, işyerinde zarar doğuracak fiil veya durumları, yangın, hırsızlık gibi olayları işveren veya vekillerine en kısa zamanda bildirmek; eli altındaki araç ve gereçlerin arızalarını zarar doğmadan işverene bildirmeyi de yapma davranışlarına örnek olarak gösterebiliriz.

Ancak işçinin haklarını almak veya menfaatlerini savunmak için harekete geçmesi; feshi ihbarda bulunacağını bildirmesi, iş şartlarının düzeltilmesini istemesi ve işçi teşekküllerine üye olması sadakat borcuna aykırı hareketler içinde nitelendirilemez¹¹.

Sadakat borcunun bir gereği olarak işçi, işe başladığı tarihten işten çıkarıldığı güne kadar işverene karşı rekabet yapamayacaktır. Öte yandan işverene hizmet akdi ile bağlı olan ticari vekiller, işverenin onayı olmaksızın kendisi veya başkası hesabına, işverenin faaliyet alanına giren işleri yapamazlar (B.K. m. 455/V)¹². Hizmet akdi sona erdikten sonra rekabet yasağı ancak işçi ile işveren arasında yapılmış olan B.K. m. 348-351 uyarınca rekabet yasağına ilişkin sözleşme gereğince söz konusu olabilir¹³.

b) İşçinin İşvereni Yanıltması

Hizmet akdi yapıldığı sırada işçinin bu sözleşmenin esaslı noktalarından biri için gerekli vasıflar veya şartlar kendisinde bulunmadığı halde bunların kendisinde bulunduğunu ileri sürerek, yahut gerçeğe uygun olmayan bilgiler veya sözler söyleyerek işçinin işvereni yanıltması (İş K. m. 25/II-a) hali, önelsiz fesih sebebi oluşturmaktadır.

Örneğin, sabıka kaydı olan işçinin işe girerken sabıkasız olduğunu işverene bildirmiş olması hizmet akdinin derhal feshini gerektirir. Ancak sürücü belgesine sahip olduğunu belirten satış temsilcisinin işverenin uyarılarına rağmen sürücü belgesini işverene ibraz etmemekte direnmesi, şayet araçla göreve gönderilmesi konusunda işyerinde olumsuzluğa yol açıyorsa geçerli fesih nedeni oluşturacağı kanısındayım.

İş Kanunu'nun 84. maddesinde öngörülen yasaklara aykırılık işverenin derhal fesih hakkını doğuran haklı bir sebep oluşturur.

c) İşçinin Geçimsizliği

İşçinin, işveren yahut bunların aile üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak sözler söylemesi veya davranışlarda bulunması veya işveren hakkında şeref ve haysiyet kırıcı isnatlarda bulunması hali önelsiz fesih sebebini oluşturur (İş K. m. 25/II- b).

İşçinin işyerinde kullandığı bir söz ve davranışın işveren veya ailesi üyelerine değil de kendi kaderine yönelik olması halinde işverenin haklı feshi söz konusu olamaz¹⁴. Ancak kendisini hedef alarak da olsa diğer işçilerin çalışma şevkini bozacak şekilde beddua ve olumsuz sözler söylemeyi işverenin uyarısına rağmen devam ettirmek, geçerli fesih nedenidir. İşverenin oğlunun kız arkadaşı veya kızının çıktığı özel erkek arkadaşı hakkında çirkin sözler söylemek de henüz aile üyesi olmamaları nedeniyle haklı feshe neden oluşturmasa da işyerinde olumsuzluklara neden oluyorsa geçerli fesih sebebi sayılacaktır.

Öte yandan işverenin şahsının önemli olduğu küçük işletmelerde, işverenin yakın ilişkide bulunduğu başka bir iş için ortağı olan kişiye yapılan hakaret veya isnatların da iş sözleşmesinin sadakat borcuna aykırılığı nedeniyle¹⁵ geçerli fesih nedeni oluşturacağını¹⁶ burada belirtelim.

Ayrıca işçinin işyerinde veya işiyle ilgili işyeri dışında sataşma düzeyine gelmeyecek şekilde amirleri veya iş arkadaşları ile kısa aralıklarla gereksiz tartışmalara girmesi işyerinde olumsuzluklara sebep oluyorsa geçimsizliği geçerli feshe neden oluşturabilir¹⁷.

d) İşçinin Yaşayış Tarzının Uygun Olmaması

İşveren ile birlikte onun evinde oturan işçinin yaşayışının o evin âdabına ve usullerine uygun olması gerekir. İşçinin diğer işçilerle birlikte işverenin tahsis ettiği aynı çatı altında otur-

duğu evde yaşayışının genel ahlâk bakımından düzgün olmaması halinde, işveren geçerli fesih hakkına sahip olmalıdır. Lojmanda oturan işçinin ahlaka aykırı davranışı derhal haklı fesih olanağı vermez¹⁸ ise de; lojmanda oturan işçinin uyarılara rağmen ahlaka veya lojman kurallarına aykırı davranışı kanımca geçerli feshe neden oluşturacaktır.

e) İşçinin İşyerine Alkollü Gelmesi

İşveren işçinin iş sözleşmesini, işçinin işyerinde alkollü içki içmesi, uyuşturucu madde kullanması ya da işyerine sarhoş veya uyuşturucu madde almış olarak gelmesi halinde ihbar öneli tanımaksızın tazminatsız olarak feshedebilir (İş K. m. 25/II-c, 84). İş Kanunu'nun 84. maddesinde öngörülen yasaklara aykırılık işverenin derhal fesih hakkını doğuran haklı bir sebep oluşturur. Buna göre işçinin işyerine uyuşturucu madde alarak gelmesi yasak olmasına rağmen alkollü içki almış olarak gelmesi yasak değildir. İşyeri dışında alınan alkol sarhoşluğa yol açmışsa, ancak bu şekilde işyerine sarhoş olarak gelmek yasaktır. Bu nedenle alkollü içki almış olmakla birlikte sarhoşluk belirtileri göstermeyen işçinin işyerine gelmesi İş K. m. 25/II-d kapsamında haklı bir neden olarak kabul edilemez¹⁹.

İşçinin işyeri dışında aldığı alkollü içki miktarı işçinin irade ve davranışlarını ve işin normal şekilde yürütülmesini etkilemiyorsa, sadece içki almış olması sözleşmenin feshi için yeterli değildir. Buna karşılık işyerinde alkollü içki kullanmak, sarhoşluğa yol açmasa bile fesih için yeterli bir sebeptir. Bu bakımdan işçiye zorla içki içirilmesi veya kendisine verilen içkinin alkollü olduğunu bilmemesi gibi iradesi dışında ortaya çıkan sarhoşluk hallerinin işverene haklı fesih imkânı vermeyeceği açıktır²⁰.

İşyerinde huzur ve güvenli bir çalışma ortamı sağlanması amacıyla işçinin dışarıda alkol alarak işyerine gelmesi, sarhoşluk derecesine ulaşmasa da bunu alışkanlık haline getirmesi, hizmet akdinin geçerli nedenle feshedilmesine sebep olur. Zira, sarhoşluk, bir kişinin irade ve ihtiyarının alkol veya başka bir uyuşturucu maddenin etkisiyle bertaraf olması veya zaafa uğraması²¹ olarak nitelendirildiğinden bunların

işyeri dışında kullanılması, çalışma hayatında iş kazaları veya üretim bozukluğuna etki edebileceği gibi, alkollü içkinin kokusundan diğer işçiler rahatsız olabilecektir.

f) İşçinin Devamsızlığı

İşçiden işyerindeki çalışma düzenini bozması beklenir. Ayrıca işçinin işini aksatmaması için devamsızlık yapmaması gerekir. İşçinin işverenden izin almaksızın veya haklı bir sebebe dayanmaksızın ardı ardına iki gün veya bir ay içinde iki kez herhangi bir tatil gününden sonra olmak üzere birer iş günü, yahut bir ayda üç iş günü işine devam etmemesi işverene önelsiz fesih hakkı verir (İş K. m. 25/II-g).

İş Kanunu'nun 25/II-g fıkrasının uygulanması için devamsızlığın süresi ve niteliği göz önünde bulundurulacaktır. Bunlardan ikisinin de yasada aranan şartlara uygun olması gerekir. Bu koşullardan birinin gerçekleşmemesi halinde işçinin iş sözleşmesi önelsiz feshedilmez²². Sadece anılan şartlardan birisinin bulunması durumunda işveren, geçerli fesih hakkını kullanabilecektir.

Haklı ve meşru bir sebep olmadan belirli bir süre işçinin işe devam etmemiş olması işverene önelsiz fesih hakkı verir. Şayet işçi meşru ve makul bir nedenle bir kez devamsızlık yapmış ise, işveren geçerli fesih yoluna da gidemez. Dürüstlük kuralı uyarınca işçinin devamsızlığını mazur gösterecek her olay değerlendirilmelidir²³. İşverence işçinin işyerine bir gün veya bir ay içinde bir defa akdi veya kanuni herhangi bir tatil gününden sonraki iş günü veya bir ayda iki iş günü devamsızlık yapması halinde haklı değil geçerli feshi söz konusu olur.

Hangi hallerde devamsızlığın mazur sayılacağı yolunda bir kural öngörülemez²⁴. İşçi, işveren veya vekilinden izin alarak işe gelebilir. Bu halde devamsızlıktan söz edilemez. İşveren veya izin verme yetkisine sahip vekilinden alınmayan veya öngörülen yönteme uygun olmayan bir izin hukuken geçerli olamayacağından işçinin buna rağmen işe gelmemesi, haklı fesih nedeni oluşturan işe devamsızlık halidir. Ancak izin, yetkili olmayan işveren vekili tarafından verilmekle beraber işçi bu hususu bilemeyecek durumda olabilir. Öte yandan

işçi, işveren veya vekilinin davranışlarından izin usulünün tamamlanmış olduğu kanaatine vararak işyerinden ayrılmış ve gelmemişse fesih için haklı ve geçerli sebebin bulunduğu kabul edilmeyecektir²⁵. İzinli olmadığı halde işe devam etmeyen işçi, ancak haklı bir nedene dayanarak devamsızlığını meşru gösterebilir. Bununla birlikte hangi hallerin, işe devamsızlığı haklı kılacağına saymak mümkün değildir. İşçinin devamsızlığına dayanak yaptığı olayın, haklı olup olmadığı yani devamsızlığa sebep olabilecek hallerden olup olmadığı, olayın mahiyeti, işçinin içinde bulunduğu durum, işyerinin özellikleri ve gerekleri, gelenekler gibi hususlar dikkate alınarak objektif iyiniyet kuralına göre belirlenebilir²⁶. Devamsızlığı haklı kılan hallerin neler olabileceği, İş Kanunu'nun 55. maddesinde düzenlenmiş bulunan Yıllık İzin Bakımından Çalışılmış Gibi Sayılan Hallerde belirtilen hususlara göre belirlenebilir. Yargıtay işçinin 4 işgünü devamsızlığının sağlık ocağı tabipliğinden alınmış 10 günlük istirahat süresi içinde bulunması sebebiyle hizmet akdinin feshini haksız bulmuştur²⁷. Ancak işçinin raporlu olduğu dönemden sonra devamsızlık yapması halinde, sonraki kısım için sağlık raporu bulunmaması, devamsızlık yapan işçinin hizmet sözleşmesinin feshini haklı kılar²⁸.

İşçinin eşinin, çocuğunun veya ana babasının hastalanması, kazaya uğraması ya da yakınlarından birinin ölümü, şahitlik, bilirkişilik, mevzuata göre seçildiği veya görevlendirildiği kurul ve komisyon toplantılarına katılma gibi haller, işyerine devamsızlığını haklı kılan sebeplere örnek gösterilebilir²⁹. Ancak, evini terk eden karısını ve çocuklarını aramak için işe gelmemek, yönetmelikte öngörüldüğü şekilde tam teşekküllü devlet hastanesi veya sağlık kuruluşu yerine özel doktordan alınan ve bilahare işverene gönderilen rapora dayandırılan devamsızlıklar haklı sayılamaz³⁰ ise de geçerli fesih nedeni oluşturabilir. Ancak işveren fesih sebebi olarak gösterdiği nedenlerle bağli olduğundan fesihten dört ay kadar önce gerçekleşmiş olaylara dayanılmaz.

Yargıtay bir karara konu olayda; işçinin işverenden aldığı vizite kâğıdı ile işyerinin bulunduğu yerdeki devlet hastanesinden doktor raporu

İşçinin sık sık işe geç gelmesi veya işyerinden erken ayrılması davranışlarından kaynaklanan geçerli bir fesih nedenidir.

alıp, aynı yerden aldığı raporları faksla işyerine bildirdiğini, mahkemece son üç raporun Sosyal Sigortalar Kanunu mevzuatına göre gerekli sağlık kuruluşundan alınmadığından geçerli sayılmadığını kararında belirtmiştir. Gerçekten raporlarda işçinin hastalığı sırasında Kurumun nasıl bir tedavi uyguladığı ve hangi ilaçları kullandığı belli olmadığından işveren feshi yerel mahkemece haklı kabul edilmiştir. Raporların istenilen sağlık kuruluşundan alınmaması idari, bir hekim raporunun içeriğini tartışmak ise uzmanlık gerektirir bir konudur. Hukuken geçerliliğinin aksi kanıtlanmamış bu raporlara itibar edilmemesi hatalıdır. Bu durumda davacı işçinin devamsızlığı, raporla belgelediği mazeretine diğer bir deyişle haklı nedene dayanmakta olduğundan fesih geçerli olduğundan ihbar ve kıdem tazminatı isteklerinin kabulüne karar verilmesi Yargıtay'ca kabul edilmiştir³¹.

İşçinin sık sık işe geç gelmesi veya işyerinden erken ayrılması davranışlarından kaynaklanan geçerli bir fesih nedenidir³².

g) İşçinin Görevini Yapmakta İhmali

İş sözleşmesinin konusu olan iş görme edimi dürüstlük kuralının gerektirdiği şekilde ifa edilmelidir. İşçinin davranışlarından kaynaklanan fesih sebebi, işçinin sadece kusurlu değil, ayrıca ihmali davranışlarını da gerektirir.

İşçinin kusurlu olmak üzere kasten veya ihmalle sebebiyet verdiği sözleşme ihlalleri, sözleşmenin feshi açısından önem kazanır. Geçerli fesih nedeninden söz edilebilmesi için, işçinin iş sözleşmesinde öngörülen yükümlülüklerini mutlaka kasıtlı ihlal etmesi şartı aranmaz. İşçinin objektif olarak göstermesi gereken özen yükümlülüğünü ihlal ederek ihmali davranışı da sözleşmeye aykırılıktır.

İşçinin davranışlarından kaynaklanan fesihte amaç, işçinin daha önce işlediği iş sözleşmesine aykırı davranışları cezalandırmak veya yaptırma bağlamak değildir. Aksine işçinin iş sözleş-

mesinden doğan yükümlülükleri ihlale devam etmesinin önlenmesi aynı veya benzer eylemlerin tekrarlaması rizikosundan kaçınmaktır.

B.K. 313 maddesinde hizmet akdinin unsurları sayılırken, diğer iş-görme akitlerinden hizmet akdini ayıran karakteristik unsur olan tabiiyet bağı yazılmamıştır³³. Ancak 4857 sayılı İş Kanunu'nun 8. maddesinde bu boşluk iş hukukunda "iş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir." şeklinde doldurulmuştur. İşçi emeğini işveren veya işverenin müşterilerine ona bağımlılık (tabiiyet) sonucu işveren tarafından verilen emir ve talimatlara uygun olarak sunduğundan iş sözleşmesi işçiye iş görme (itaat etme) borcunu yükler³⁴.

İşçi, işverenin emir ve talimatlarına uymak zorunda olduğu gibi, işveren vekilinin de emir ve talimatlarına uymak zorundadır. Uyulması gereken emir ve talimatlar kanuna ahlâka, örf ve adete uygun olmalıdır. Bu sınırlar aşıldığında işçi bunlara uymak zorunda değildir³⁵.

İşçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri yapmaması değil "kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi" (İş K. m. 25/II-h) işverene ihbar önelleri vermeksizin hizmet akdini derhal fesih hakkını vermektedir. Bu nedenle işverenin işçiye yapmakla görevli olduğu işi hatırlatması işçiye temerrüde düşürebilmek için değil, önelsiz feshin yapılabilmesi için gerekli bir koşuldur³⁶.

Hizmet sözleşmesi işçinin işverene bağımlılığının ağır bastığı bir iş görme sözleşmesidir. Bunun sonucunda işçi işverenin verdiği talimatlar doğrultusunda iş görme borcunu ifa edecektir. İşverenin görevli olduğu işleri hatırlatmasına rağmen işçinin yapmaması, bu ilişkiye zarar verecek ve çalışma düzenini bozacaktır. Bu nedenle işçinin görevleri dar olarak yorumlanmamalıdır. İşçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevler, hizmet akdiyle yüklendiği iş ve doğrudan onunla ilgili yükümlülüklerden ibaret değildir. Bunların yanında, doğrudan işiyle ilgili olmamakla beraber mevzuatın, toplu iş sözleşmelerinin, örf ve adetin işçiye yüklemiş bulunduğu görevler de bu kapsamda bulunmaktadır. Bu bakımdan sadece iş kanunları ve toplu iş ve

İşverenin daha fazla üretim için işçiden fazla mesaiye kalmasını istemesine karşılık işçinin bunu kabul etmemesi ancak geçerli fesih sebebi yapılabilir.

bireysel iş sözleşmeleri değil, iş hayatına ilişkin gelenekler ve özellikle objektif iyi niyet kurallarının da göz önünde bulundurulması gerekir³⁷.

İşçinin yapması mutlak olan işleri hatırlatmaya karşı yapmaması dışındaki durumlar da geçerli fesih kapsamına girer. İşçi, işi özenle yapmak ve verimli olmak zorunda olduğu gibi, doğal afet durumunda işveren yardımını istediğinde kendisi için hayati bir tehlike arz etmiyorsa yardım etmesi gerekir³⁸. Ancak, işverenin daha fazla üretim için işçiden fazla mesaiye kalmasını istemesine karşılık işçinin bunu kabul etmemesi ancak geçerli fesih sebebi yapılabilir. Öte yandan işçinin ücretlerinin 20 işgünü geçmesine rağmen ödenmesi üzerine iş yapmamasının da işverene geçerli fesih hakkı vermeyeceğini (İş K. m. 34) burada belirtelim.

İşverenin işçisine ödevli bulunduğu görevleri yazılı olarak uyarmasına rağmen yapmaması haklı fesih sebebi olduğundan; sözlü hatırlatmış olması geçerli fesih için yeterli sayılmalıdır. İşçiye görevinin hatırlatıldığını, uyuşmazlık sırasında işveren ispatla yükümlüdür. Bu uyarma Borçlar Hukuku anlamında ihtar sayılmaz. Zira, işçinin borca aykırı davranışına dayanan uyarma, işçiyi temerrüde düşürmek için değil, borca aykırılığın haklı bulunması için gerekli bir unsurdur³⁹.

Görevi gereği çalışma saatleri dışında da ulaştırılması gereken işçiye fesihten önceki günlerde aranmasına rağmen hem internet ortamında, hem de telefon ile ulaşılamaması nedeniyle iş sözleşmesinin feshi bir Yargıtay kararında geçerli bulunmuştur⁴⁰.

h) İşçinin İşverenin Malına veya Zilyetliğindeki Mala Zarar Vermek

Borçlar Kanunu'nun 321/I. maddesi gereğince işçi taahhüt ettiği işi özenle yapmak zorun-

dadır. İşçi kural olarak işi bizzat görmekle yükümlüdür. Borçlar Kanunu'nun 320/I. maddesi gereğince, işçi aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça veya halin icabı gerektirmedikçe üstlendiği işi kendisi, bizzat yapmaya mecburdur. İşçi, işin görülmesinde araç ve makineleri dikkatli kullanması ve temizliklerini zamanında yapması hususunda, kendisinden beklenen tüm dikkati göstermelidir.

İşin ifasındaki özen derecesi nasıl tayin olunacaktır? Bir görüşe göre, özen derecesi objektif bir ölçüye bağlanmış olmadığından, her akdi ilişkiye ve işçinin durumu esas alınarak belirlenecektir⁴¹. Başka bir görüşe göre özen derecesini akitle, işin mahiyeti belirler. Örneğin hastanedeki bir hastabakıcı ile fabrika işçisinin üst-baş ve şahsi temizliğinde beklenen özen dereceleri aynı olmayacaktır⁴². Bunun anlamı, işçinin çalıştığı işyeri ve konumuna göre, işin ifasında gerekli özeni göstermemesi sonucunda zarar meydana geldiğinde, B.K. m. 321/2 ve 4857 sayılı İş Kanunu 26/2. maddesi uyarınca kendisinden tazminat istenebilecektir⁴³.

İş özenle yapma borcuna aykırılık sonucu işçinin İş Kanunu'nun 25/II-1 maddesinde gösterildiği şekilde işyerindeki makinelerde otuz günlük ücretinin tutarı ile ödeyemeyecek derecede hasara veya kayba uğratması; işverene haklı fesih imkânı verecektir. Kanun herhangi bir ayırım yapmaksızın savsamayı yeterli saymış ayrıca bir ağırlık aramamıştır. Böylece ihmalin derecesi ne olursa olsun iş güvenliği yönünden bir zarar doğması da zorunlu olmadığından, tehlike doğması yeterlidir. Gerçekten işçinin işini özenle ifa borcuna aykırılığın sonucu olarak işçinin iş güvenliğini "kendi isteği veya savsaması" sonucu tehlikeye sokması (zarar doğmamış olsa da) yeterlidir. Ancak hafif bir oranda savsama yeterli sayılmaz⁴⁴. Mallar açısından ise bir zararın doğmuş bulunması ve bu zararın işçinin otuz günlük ücret tutarıyla ödenemeyecek derecede bulunması zorunludur⁴⁵. Zira küçük zararlar yüzünden işçinin tazminatsız işten çıkarılması önlenmek istenmiştir⁴⁶.

İşçinin kastı ve ihmali olup olmadığı, kusur konusunda uzman teknik bilirkişilerce belirlenecektir. Ancak işçi zararın gerçekleşmesinden kusuru olmadığını ispat ederek sorumluluktan

kurtulmak imkânına sahiptir. Zira, burada aranan sorumluluk zorlayıcı sebebin sonuçlarını bile işçiye yüklemeyi öngörmeyen yasa koyucunun amacına aykırı düşecektir. Zararın miktarında uyumsuzluk varsa bilirkişi raporu alınıp işçinin otuz günlük çıplak ücreti tutarını aşım aşmayacağı değerlendirilmelidir. Bu konudaki uyumsuzluk, şahit anlatımlarıyla çözümlenmez⁴⁷.

Mülkiyetin işverene ait olması aranmaz. İşçinin işverenin zilyetliğinde ve sorumluluğunda bulunan mal, makine ve eşyayı zarara uğratması yeterlidir⁴⁸. Şayet zarar işçinin otuz günlük ücretinden az ise, işveren geçerli fesih yoluna gidebilir⁴⁹. Böylece işçiye ihbar öneli veya tazminatı ve bir yıldan fazla kıdemi varsa kıdem tazminatı ödemek söz konusu olur.

III. İŞYERİNDE İŞİN GÖRÜLMESİNİ ÖNEMLİ ÖLÇÜDE OLUMSUZ ETKİLEYEN DAVRANIŞLAR

1. GENEL OLARAK

Geçerli sebepler İş Kanunu'nun 25. maddesinde belirtilenler kadar ağırlıklı olmamakla birlikte, işçinin ve işyerinin normal yürüyüşünü olumsuz etkileyen hallerdir. Bu nedenle geçerli fesih için söz konusu olabilecek sebepler, işçinin iş görme borcunu kendisinden veya işyerinden kaynaklanan sebeplerle ciddî bir biçimde olumsuz etkileyen ve iş görme borcunu gerektiği şekilde yerine getirmesine imkan vermeyen sebepler olabilecektir.

İşçinin davranışlarından veya yetersizliğinden kaynaklanan nedenlerde, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda, feshin geçerli nedenlere dayandığını kabul etmek gerekecektir.

2. İŞÇİNİN İŞYERİNDE OLUMSUZLUKLARA YOL AÇAN DAVRANIŞLARI

İş Kanunu'nun 25/II. maddesinde belirtilen ve derhal fesih için öngörülen sebepler niteliğinde olmamakla birlikte işçinin iş sözleşme-

sine aykırı davranışları, işyerinde işin yürütümü yönünden olumsuzluklara yol açabilir. İşin normal akışını ve işyerindeki uyumu olumsuz yönde etkileyen işçi davranışı geçerli fesih sebebidir⁵⁰. Bunlara örnek olarak işverene zarar vermeyi ya da zararın tekrarı tedirginliğini oluşturmayı gösterebiliriz. İşyerinde rahatsızlığa neden olacak şekilde çalışma da geçerli fesih nedenidir. İşçinin işyerindeki işçi arkadaşlarından devamlı borç para istemesi, gereğinden fazla borçlanarak icra takiplerine uğraması ve işverenin bu konuda sıkıntıya sokulması nedeniyle fesih geçerlidir. Çalışma saatlerinde işi ile ilgili olmayan kitap ve gazete okumak, kendisinin boş zamanlarında çalışanları meşgul etmek, işyerindeki bilgisayarda özel işlerini yapmayı adet edinmek, işyerinde çöp ve atıklar için belirlenen yerler dışına çöp atmak, işyerinde rutin aramalara karşı çıkmak, yasal olarak gerekli hekim muayenesini yaptırmamak⁵¹ gibi davranışlar geçerli fesih nedenidir. Öte yandan işçinin iş arkadaşlarını işverene karşı kışkırtması doğruluk ve bağlılığa uymadığından haklı nedenle feshe yol açabilir⁵².

İşyerinden, işverenin çalışma usullerinden müşterilere yakınma⁵³, doğruluk ve bağlılığa uymayan ağırlığa erişmemiş davranışlar ve işverenin başka işçisini psikolojik taciz (mobbing)⁵⁴, işini uyarılara rağmen eksik, kötü veya yetersiz olarak yerine getirmesi, işyerinde iş akışını ve iş ortamını olumsuz etkileyecek bir biçimde diğer kişilerle ilişkilere girmesi sonucu yapılan fesih de geçerli fesihtir. Ayrıca işçinin işin akışını durduracak şekilde kendisine ait olsa da mobil telefonla uzun telefon görüşmeleri yapması, geçerli fesih nedeni olarak kabul edilebilir. İşçinin sık sık işe geç gelmesi ve işini aksatarak işyerinde dolaşması da davranışlarından doğan geçerli fesih nedenlerine örnek olarak verilebilir⁵⁵.

İşçinin yetersizliğinden veya davranışlarından kaynaklanan sebepler ancak işyerinde olumsuzluklara yol açması halinde geçerli sebepler olarak feshe sebep olabilir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin güncel bir kararında "Somut olayda, işyerindeki öpüşme olayı ile ilgili her hangi bir şikayet olmadığı halde, işveren tarafından kamera kaydı ile tespit olunan görün-

tülere dayanılarak, davacının iş sözleşmesinin feshedildiği anlaşılmaktadır. Davacı ve erkek arkadaşının, davalı işyerinde öpüştüğü, yanlar arasında çekişmesiz olmakla birlikte, öpüşme eyleminin anlık oluşu, işyerinde müşteri bulunmayışı, olayı bir başka çalışan işçinin de görmeyişi göz önünde tutulduğunda olayın bu oluşum şekliyle iş düzenini bozucu nitelikte bir eylem olarak kabulü ağır bir sonuç olup ölçülülük ilkesi ile de bağdaşmamaktadır. Davacının davranışı işyerinde olumsuzluklara yol açmadığından ve iş ilişkisinin devamını etkilemediği ve feshin geçerli nedene dayanmadığı anlaşıldığından, mahkemece davanın kabulü yerine yazılı şekilde reddine karar verilmesi hatalıdır⁵⁶.” denilmiştir. Somut olayda ayrı vardiyada çalışan ve o sırada görevde olmayan nişanlısı tarafından kendi rızasıyla kimsenin olmadığı boş bir ortamda öpülmesi, işyerinde olumsuzluklara yol açmadığından, daha önce işe iade kararı alan erkek işçi gibi bayan işçinin de iş sözleşmesinin feshi geçersiz sayılmıştır.

Feshin geçersizliği ve işe iade talepleri kabul edilip işverence tekrar işe başlatılan işçinin görevlendirildiği yerlerde görevini yapıp yapmadığı, kısa aralıklarla denetime tabi tutulması, işverenin yönetim hakkı çerçevesindedir. Gerçekten işverenin, işçinin görevlerini yapıp yapmadığı konusunda denetim hakkı vardır. Denetimler sonucunda işçi hakkında disiplin soruşturmaları yapıp görevlerini tam yapmadığı gerekçesi ile uyarı ve yevmiye kesme cezaları uygulanması yerinde olduğundan, görev yerini işverenin aracı ile terk eden ve izin aldığı kanıtlayamayan işçinin davranışlarından kaynaklanan ve işyerinde olumsuzluklara yol açan bir geçerli fesih nedeni bulunduğu kabul edilmelidir. Davacı, görev yerini işverenin aracı ile eşini eve bırakması nedeni ile terk ettiğini, ancak izin aldığını beyan etmiş olsa da fazla izin aldığını kanıtlayamadığından işçinin davranışlarından kaynaklanan ve işyerinde olumsuzluklara yol açan bir neden bulunmakta olduğu Yargıtay’ca kabul edilmiştir⁵⁷... İşveren ve işçi arasında, iş sözleşmesi ilişkisinde olumsuzluklar bulunduğu sabittir. İş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda,

feshin geçerli sebeplere dayandığı kabul edilmelidir. Bu bakımdan feshin geçersizliği ve işe iade kararından sonra işe davet edilen işçinin daha önce çalıştırıldığı gibi, işverenin hoşgörüsünü bekleyemeyeceği hayatın olağan akışından anlaşılmaktadır. Atasözlerimizde olan “parçalanmış ekmek birleştirilemez” yolundaki özdeyiş, işyeri huzur ve barışı yönünden önem kazanmaktadır.

Yargıya giden bir başka olayda, işyerinde biomedikal teknikeri olarak görev yapan işçi, iş disiplinine uymadığı, işyerinde başka işçi ile tartıştığı, görev yerine gitmediği gerekçesi ile davranışları yüzünden işverence birkaç kez savunması alınmıştır. Bundan sonra işçi uyarılmıştır. İş sözleşmesinin feshi tarihinden önce kendisine ihtiyaç duyulması nedeni ile aranmasına rağmen bulunmaması yolundaki davranışı sonucu savunması da alınmıştır. Davacının davranışlarından kaynaklanan bu nedenlerin işyerinde olumsuzluklara yol açtığı sabittir. Davalı işverenin iş sözleşmesini feshetmesi geçerli nedene dayanmaktadır⁵⁸. Örneğin işçinin gerçekten hasta olsa da sık sık istirahat raporu alarak, devamsızlık yapması, davacının davranışlarından kaynaklanan ve işyerinde olumsuzluklara yol açan bir neden olarak kabul edilmelidir.

İşçinin sık sık işe geç gelmesi ve işyerinde huzuru bozması, davranışlarından kaynaklanan ve işyerinde olumsuzluklara yol açan geçerli nedenlerdir. Yargıtay’ın bir başka kararında ise “4857 sayılı İş Kanunu’nun 18. maddesinde iş sözleşmesinin işveren tarafından işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanılarak feshedebileceği düzenlenmiştir. Söz konusu geçerli sebepler İş Kanunu’nun 25. maddesinde belirtilen derhal fesih için öngörülen sebepler niteliğinde olma-

İşçinin gerçekten hasta olsa da sık sık istirahat raporu alarak, devamsızlık yapması, davacının davranışlarından kaynaklanan ve işyerinde olumsuzluklara yol açan bir neden olarak kabul edilmelidir.

makla 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. Dosya içeriğine göre, davacının işe geç gelme nedeni ile savunmasının alındığı ve 08.09.2005 tarihinde alınan savunmasında, eşinin evde olmadığı zamanlarda işe 5 ya da 10 dakika geç gelmiş olabileceğini belirttiği, keza işyerinin düzenini bozma, arkadaşlarını rahatsız etme nedenleri ile 17.10.2005 tarihinde alınan savunmasında da, bu davranışının yeterli zam yapılmaması ve kafasının rahat olmamasından kaynaklandığını beyan ettiği anlaşılmaktadır. İşçinin işe sık sık geç gelmesi ve işyerinde huzuru bozması, davranışlarından kaynaklanan ve işyerinde

lem nedeni ile üretimin durduğu, eylemin davacının davranışlarından kaynaklanan neden olduğu ve topluca yapılması nedeni ile 2822 sayılı TİSGLK'nın 25/3 maddesi kapsamında işi yavaşlatma ve verimi düşürme olduğu, kanun dışı grev olarak değerlendirilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Esasen bu mahkemenin de kabulündedir. Ancak mahkemece, işyerinde tüm işçilerin bu eyleme katılmış olmasına rağmen, sadece davacı ve birkaç arkadaşının iş sözleşmesinin feshedilmiş olması, eşit davranma ilkesine aykırılık kabul edilmiş ve bu nedenle iş sözleşmesinin feshinin geçersiz olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Belirtmek gerekir ki, haklı nedenlerin bulunduğu durumlarda, iş ilişkisinin sona ermesinde eşit davranma ilkesine aykırı davranılması, iş sözleşmesinin feshini haksız kılabilir, ancak geçersiz hale getirmez. Bir başka anlatımla, bu gibi uyuşmazlıkta, işverenin eşit davranma borcuna aykırılığın yaptırımını, geçersizlik değildir. Davacı sendika üyesi

İş ilişkisinin sona ermesinde eşit davranma ilkesine aykırı davranılması, iş sözleşmesinin feshini haksız kılabilir, ancak geçersiz hale getirmez.

olumsuzluklara yol açan geçerli nedenlerdir. Davacının davranışlarından kaynaklanan geçerli neden bulunmaktadır. Davanın reddi yerine yazılı şekilde kabulü hatalıdır.” denilmiştir⁵⁹. İşçinin kışkırtıcı eylemlerinin derecesi itibarıyla haklı fesih sebebi olmayan davranışı geçerli fesih sebebi olarak nitelendirilebilir⁶⁰. Gerçekten işverenin direniş yapan işçilerin iş sözleşmesinin feshi konusunda eşit davranma borcuna aykırılığın yaptırımını, geçersizlik olmadığından, bu davranış, iş sözleşmesinin feshini haksız kılarsa da geçersiz hale getirmez. Yargıtay'ın bir başka kararında “Dosya içeriğine göre 03.06.2005 tarihinde işyerinde 07.30-15.30 ile 15.40-01.40 saatleri vardiya değişimi sırasında tüm işçilerin 3 işçinin işten çıkarılması nedeni ile işveren temsilcileri ile konuşmak üzere dinlenme salonunda toplandıkları, ancak işveren temsilcilerinin toplantıya gelmediği, bu nedenle işyerinde 1. vardiyanın işten geç çıktığı, ikinci vardiyanın ise yaklaşık 50 dakika işe geç başladığı, bu ey-

olmadığı gibi sendikal faaliyet ve sair nedenlerle eşit davranma ilkesine aykırı davranarak işverenin iş sözleşmesini feshettiğini kanıtlamış değildir. Eşit davranma ilkesine aykırılığın yaptırımını, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinde belirtilmiştir. Somut olayda davacının davranışlarından kaynaklanan geçerli bir neden vardır. Davacının işe iade isteğinin reddi yerine, yazılı şekilde kabulü hatalıdır.” denilmiştir⁶¹.

Öte yandan Yargıtay bir başka kararında işçinin eski yönetim yanında yer alıp işvereni temsil eden belediye başkanı hakkında usulsüz eylemleri nedeni ile isnatlarda bulunması, davacı işçinin davranışlarından kaynaklanan bu nedenler, işyerinde olumsuzluklara yol açmış ve iş ilişkisinin sürdürülmesi olanağı kalmadığından geçerli fesih nedeni bulunduğunu kabul etmiştir. Yargıtay kararında aynen “Dosya içeriğine göre, Belediye Başkanlığı seçimlerinden sonra, gelen yeni yönetimin eski yönetim hakkında suç duyurusunda bulunması üzerine, eski be-

lediye başkanı hakkında dava açıldığı, bu olay üzerine seçimi kazanan ve kaybeden tarafların birbirlerine husumet besledikleri, 21.03.2005 tarihinde karşılıklı ölümlü ve yaralamalı bir kavgaya katıldıkları, yeni belediye başkanının bu kavgada yaralandığı, davacı işçinin seçimi kaybeden tarafta yer aldığı, davacının da aralarında bulunduğu ve husumete taraf olan bir kısım çalışanlar ve eski yönetimin, yeni belediye başkanı hakkında usulsüz işlemler yaptığı gerekçesi ile yetkili makamlara şikayette buldukları ve müfettiş incelemesi yapıldığı sunulan kayıtlardan anlaşılmaktadır. 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. Somut uyuşmazlıkta, davacı işçi eski yönetim ve yeni yönetim arasındaki kavgada, eski yönetim yanında yer almış ve işvereni temsil eden belediye başkanı hakkında usulsüz eylemleri nedeni ile isnatlarda bulunmuştur. Davacı işçinin davranışlarından kaynaklanan bu nedenler, işyerinde olumsuzluklara yol açmış ve iş ilişkisinin sürdürülmesi olanağı kalmamıştır. Geçerli neden vardır. Mahkemenin, haklı nedenlerin kanıtlanmadığı gerekçesi, geçerli neden bulunması nedeni ile yerinde değildir. Ayrıca, davalı işverenin davacının tüm hak ve menfaatlerini ödemeksizin iş sözleşmesini feshetmesinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 32. mad-

İşçinin davranışından doğan gerek haklı nedenler gerekse geçerli nedenler her zaman kusura dayalı eylemlerdir.

desi uyarınca mümkün olmadığı gerekçesi de doğru bir yaklaşım değildir. Geçerli ve haklı nedenlerin olması halinde, hak ve menfaatlerin ödenmemesi, iş sözleşmesinin feshini engellemez." denilmiştir⁶².

Yargıtay'ın bir başka kararında ise; "Mahkemece bozma sonrası işyerinde keşif yapılmış, zarar ve kusur oranı açısından bilirkişi heyetinden rapor alınmış ve "davacının hatalı kumaş üretiminde kusurlu olduğu kabul edilmekle birlikte, verdiği zararın 30 günlük ücretinden az olduğu, feshin haklı olmadığı" gerekçesi ile, önceki karar gibi, feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar verilmiştir. Karar davalı vekili 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 davranışından doğan gerek haklı nedenler gerekse geçerli nedenler her zaman kusura dayalı eylemlerdir. Bununla birlikte kusurun ağırlığına göre haklı neden geçerli neden ayrımı yapılmalıdır. Buna göre ağır ve ciddi kusur içeren davranışlar haklı nedenleri ortaya çıkarırken, hafif kusurlu fakat hoş görülemeyen davranışlar geçerli nedenleri oluşturacaktır. Bunların yanında geçerli neden-haklı neden ayrımında yasada haklı neden sayılan hallerden kusura dayalı olanların ağırlığında olmayan benzer kusurlu eylemler, geçerli neden olarak kabul edilebilir. İşçinin kusurlu davranışı nedeni ile işverene verdiği zararın 30 günlük ücretinden az olduğu durum, bu kapsamda değerlendirilen bir olgudur. Somut uyuşmazlıkta, davacının kusurlu eylemi ile işverene zarar verdiği, ancak zararın 30 günlük ücretinden az olduğu anlaşılmakta ve esasen bu durum mahkemenin de kabulündedir. Zararın davacının 30 günlük ücretinden az olması, iş sözleşmesinin feshini haklı kılmaz ise de, davacının davranışlarından kaynaklanan bu nedeni işyerinde olumsuzluklara yol açması karşısında geçerli hale getirmektedir. Davalı işverenin iş

İşçiye davranışı nedeniyle ihtar verilirken, savunmasının alınmaması ihtar geçersiz kılmaz.

sözleşmesini feshetmesi geçerli nedene dayanmaktadır. Davanın reddi yerine kabulü hatalıdır.” denilmiştir⁶³.

Ancak, işyerine ait bir kısım aletlerin işveren vekilinin rızasıyla eve götürülüp geri getirilmesi eylemi fesih için geçerli sebep sayılamaz. Yargıtay’ın bir başka kararında “Davacı işçi, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan işverence feshedildiğini ileri sürerek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminat ile boşta geçen süre ücretinin belirlenmesini istemiştir.

Davalı işveren, davacının teknik servis departmanı inşaat kısım sorumlusu olarak çalıştığını, 26.9.2005 tarihinde inşaat kısmında yapılan demirbaş sayımında bir adet çelik mala ile 50 cm uzunluğundaki su terazisinin eksik olduğunun tespit edildiğini, ayrıca sayım sırasında atölyede tesise ait olmayan 22 adet demir çadır direğinin mevcut olduğunun tespit edildiğini, davacının 27.9.2005 tarihinde anılan demirbaşları tesise getirdiğini, iş sözleşmesinin bu nedenle İş Kanunu’nun 25/2-e maddesi uyarınca haklı olarak feshedildiğini belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece davacının zimmetinde bulunan bir adet mala, bir adet su terazisi, bir adet şerit metre ve bir adet plastik harç leğeni kendi evinde kullanmak üzere amirin yazılı izni olmadan götürdüğü, sayımdan bir gün sonra işyerine getirdiği, ayrıca 22 adet boruyu işyerine getirerek tesiste işlediği ve çadır direği halinde getirip boyadığı, bu eylemin zaman zaman mesai saatleri içinde yapıldığı, tesise ait boyaların ve malzemelerin, elektriğin kullanıldığı, işletme müdürünün bu imalata olurunun bulunmadığı, feshin haklı ve geçerli nedene dayandığı sonucuna varılarak davanın reddine karar verilmiştir. Dosya içeriği ve tanık anlatımlarına göre davacının işyerine ait bir adet sıva malası, bir adet su terazisi, bir adet şerit metre ve bir adet plastik harç leğeni işletme müdürü

ve müdür yardımcısından ayrı ayrı izin alarak tekrar getirmek üzere evine götürdüğü, daha sonra malzemeleri eksiksiz olarak iade ettiği anlaşılmaktadır. Davacının 22 adet boruyu işyerine getirip tesiste işleterek çadır direği haline getirmesi eyleminin ise fesihten yaklaşık 1,5 yıl önce meydana geldiği tanıklarca beyan edilmiştir. Mevcut olgulara göre fesih için geçerli neden bulunduğunu söyleme olanağı bulunmamaktadır. Mahkemece davacının işe iade isteğinin kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde reddine karar verilmiş olması hatalıdır.” denilmiştir⁶⁴.

İşçinin iş sözleşmesine aykırı ve işyerinde olumsuzluklara yol açan davranışı, haklı nedenle derhal fesih ile önelli geçerli fesih arasında hakim “ölçülülük ilkesi” uyarınca bir karar verecektir⁶⁵. 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 sayılamaz⁶⁶.

IV. FESİH ÖNCESİ SAVUNMA ALINMASI

4857 İş Kanunu’nun 19’uncu maddesine göre: “Hakkındaki iddialara karşı savunmasını almadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, o işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemez. Ancak, işverenin 25’inci maddenin (II) numaralı bendi şartlarına uygun fesih hakkı saklıdır”. Bu hükümle, işçinin savunmasının alınması, işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle iş sözleşmesinin feshi için bir şart olarak öngörülmüş ve salt işçinin savunmasının alınmamasının tek başına, belirsiz süreli feshin geçersizliği sonucunu doğuracağı ifade edilmiştir.

İşverene savunma alma yükümlülüğü, sadece iş sözleşmesinin feshinden önce yüklenmektedir. İşçiye ihtar verilirken ise bu şekilde bir yükümlülük yüklenmemektedir. Dolayısıyla, işçiye davranışı nedeniyle ihtar verilirken, savunmasının alınmaması ihtar geçersiz kılmaz. İşçinin savunması, sözleşmenin feshinden önce alınmalıdır. İşçi fesihden önce savunma veremeye davet edilmeli, davet yazısında davranışı nedeniyle işten çıkarma sebebi açık ve kesin bir

şekilde belirtilmelidir. Makul bir süre önceden belirtilen yer, gün ve saatte hazır bulunması, bulunmadığı takdirde yazılı bir savunma verebileceğinin; bildirilen yerde belirtilen gün ve saatte hazır bulunmadığı ve de buna rağmen yazılı bir savunma vermediği takdirde savunma vermekten vazgeçmiş sayılacağına kendisine hatırlatılması şarttır.

İşçinin 4 yıldır hasta ve ayakta tedavi gören kronik atipik psikoz rahatsızlığı olduğu, kontrolsüz ve ilaçlarını aksattığı, unutkanlık ve dalgınlık, karar verememe yakınmaları olduğu, bu rahatsızlığının iş yaşamını olumsuz etkilediği, devamsızlığının rahatsızlığı nedeni ile gerçekleştiği anlaşılmaktadır. Davalı işveren iş sözleşmesini haklı nedenle feshettiğini savunmaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/son maddesine göre, "İşçi feshin yukarıdaki bentlerde öngörülen sebeplere uygun olmadığı iddiası ile 18, 20 ve 21 inci madde hükümleri çerçevesinde yargı yoluna başvurabilir." Görüldüğü gibi, iş sözleşmesinin işveren tarafından 25. madde gereğince feshi hallerinde aynı maddenin son fıkrası gereği yasanın 19. maddesindeki koşullara uyma, bir başka anlatımla haklı fesih halinde, işçinin savunmasının alınması zorunluluğu bulunmamaktadır⁶⁷. Bir başka anlatımla haklı fesih halinde, işçinin savunmasının alınması zorunluluğu yoktur. Rapor içeriğine, davacının bu nedenle sık sık istirahat raporu alarak, devamsızlık yapmasına göre, davacının davranışlarından kaynaklanan ve işyerinde olumsuzluklara yol açan bir neden vardır. Bu neden 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca geçerli bir nedendir. Davanın reddi yerine yazılı şekilde kabulü hatalıdır." denilmiştir⁶⁸.

İş sözleşmesinin işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli nedenle feshi için mutlaka yazılı savunmasının alınması gerekir. Bu şekilde savunmanın alınmamış olması, fesih yazılı yapılmış, fesih nedenleri açıkça belirtilmiş olsa da bu usul eksikliği nedeniyle yapılan fesih geçersiz sayılacaktır.

SONUÇ

Çalışan kişinin bulunduğu işi haklı ve geçerli bir neden bulunmadıkça kaybetmesini önle-

yecek tedbirlerden olan istihdam güvencesi, İş Kanunu'nun 18-21. maddeleri arasında düzenlenmiştir. İş sözleşmesinde, öteki iş görme sözleşmelerinden farklı olarak işçinin kişilik özelliklerinin daha fazla etkili olduğundan davranış bozuklukları feshe neden oluşturur. İşçinin davranışlarından kaynaklanan nedenler 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II. maddesinde gösterilen derhal feshi gerektiren haklı sebepler kadar ağırlıkta olmayan iş sözleşmesine aykırı davranışlardır.

İş sözleşmesine aykırılık yapma ve yapma davranışları olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak her sözleşmeye aykırılık geçerli nedenle feshi gerektirmez. Şayet sözleşmeye aykırılık işyerinde işin yürütümü ve düzeni yönünden olumsuzluklara yol açacak nitelikte ise; iş sözleşmesini işverenin geçerli nedenle fesih hakkı bulunmaktadır.

İş sözleşmesinin işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli nedenle feshi için, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 19. maddesindeki yöneme uyulması zorunludur. Gerekli yöneme uyulmaması, geçerli feshi geçersiz hale getirecektir.

DİPNOTLAR

- 1 Geniş bilgi için bkz.Günay, Cevdet İlhan: Türk İş Hukuku Uygulamasında İş Güvencesi, A.Can Tuncay'a Armağan, İstanbul-Mayıs 2005, s. 181-201.
- 2 Süzek, Sarper: İşçinin Yetersizliği veya Davranışları Nedeniyle Geçerli Fesih, A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul-Mayıs 2005, s. 565-566.
- 3 Bkz. Tunçomağ, Kenan: "Türk Hukukunda İstihdam Güvencesi Konusunda Bir Reform İhtiyacı ve Bazı Öneriler", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Sarca'ya Armağan, Yıl: 3, Sa. 1-3, 1982, s. 210; Ulucan, Devrim Çalışma Hakkı ve İş Güvencesi, Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay'ın Anısına Armağan II, İstanbul 1982; Taşkent, Savaş: İş Güvencesi (İşçinin Feshe Karşı Korunması), İstanbul 1991, s. 14; Demir, Fevzi: İş Güvencesi Hukuku, B. 2., İzmir 1999, s. 1-2.
- 4 Bkz. Çelik, Nuri: "İşçinin Feshe Karşı Korunması", Ord. Prof. Dr. Reşat Kaynar'a Armağan, İstanbul 1981, s. 43; Çelik, Nuri: İş Güvencesi, İstanbul 2003, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, s. 9; Eyrenci, Öner: "4857 sayılı İş Kanunu İle Getirilen Yeni Düzenlemeler", Legal İHSGHD, Ocak-Şubat-Mart 2004, S. 1, s. 31; Mollamahmutoğlu, Hamdi İş Hukuku, B. 3, Ankara 2008, s. 703; Ulucan, Devrim: Çalışma Hakkı ve İş Güvencesi, s. 183-184.
- 5 Taşkent, Savaş: İş Güvencesi ve Yeni Yasal Düzenleme, Ankara 2002, s. 10; Günay, Cevdet İlhan: İş Hukuku,

- B. 4, Ankara-2005, s. 450; Süzek, Sarper: İş Hukuku, B. 4., İstanbul 2008, s. 486-487; Taşkent, Savaş: İş Güvencesi (İşçinin Feshe Karşı Korunması), s. 13.
- 6 Demir, Fevzi: Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Çalışma Hakkının Korunması, Belediye-İş Sendikası Eğitim Yayınları, No: 3, İstanbul 1986, s. 13.
- 7 Süzek, Sarper: İş Hukuku, B. 4, İstanbul-2008, s. 516.
- 8 Reisoğlu, Seza: Hizmet Akdi Mahiyeti - Unsurları Hükümleri, Ankara 1968, s. 158.
- 9 Reisoğlu, s. 159.
- 10 Ekonomi, Münir: Hizmet Aktinin Feshi ve İş Güvencesi, Çimento İşveren Dergisi Özel Eki, Mart 2003, C.: 17, Sa: 2, s. 7.
- 11 Reisoğlu, s. 159.
- 12 Arslanlı, H. Kara Ticareti Hukuku Dersleri-Umumi Hükümler, İstanbul 1960, s. 165.
- 13 Tunçomağ, Kenan-Centel, Tankut: İş Hukukunun Esasları, B. 2, İstanbul-1999, s. 99.
- 14 Çenberci, Mustafa: İş Kanunu Şerhi, Ankara-1986, s. 458.
- 15 Karş. Süzek, s. 575.
- 16 Kılıçoğlu, Mustafa-Şenocak, Kemal: İş Güvencesi Hukuku, İstanbul-2007, s. 437.
- 17 Süzek, s. 581.
- 18 Yrg. 9. H.D. 22.12.1997, 1997/17630-21896.
- 19 İşyerine gelmeden önce alkollü içki içmiş olmak yeterli değildir. İşçi alkollü olarak işyerine geldiğinde yukarıdaki tanıma uygun bir sarhoşluk hali olmalıdır. Buna karşın, işçinin iradesini etkilemeyecek derecede az alkol alıp işyerine gitmesi bu fıkra hükmünün uygulanmasına sebep olmaz. Yrg. 9. H.D. 27.6.1978, 978/6242-9324; Mollamahmutoğlu, s. 626; Tunçomağ-Centel, s. 199.
- 20 Çenberci, s. 387; Narmanlıoğlu, Ünal: İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri, B. 2, Ankara-1994 s. 309.
- 21 Türk Hukuk Lügatı, Türk Hukuk Kurumu, Ankara-1946, s. 292 (Sarhoşluk) maddesi; Çenberci, s. 459.
- 22 Çenberci, s. 467.
- 23 Tunçomağ-Centel, s. 202.
- 24 Çelik (15), s. 197.
- 25 Narmanlıoğlu, s. 316-317; Çenberci, s. 468-469; Ekonomi, s. 210; Mollamahmutoğlu, s. 632;
- Ancak ustabaşı veya postabaşından 3 gün izin aldığını bildirerek işe devamsızlık kanımca haklı sayılamaz. Zira, böyle bir izin işveren veya işyerinin tümünü yöneten işveren vekili dışında verilemez.
- 26 Davalı işverence 4.3.2002 tarihine kadar çalıştığı kabul edilerek Mart 2002 ayında 4 günlük ücret tahakkuku yapılmıştır. Bu durum da, davalı işverenin işçinin 17.2.2002'den itibaren işyerine gelmediği iddiasıyla çalışmaktadır. Davacı işçi işe 4.3.2002 tarihinde kendisine izin verildiğini ileri sürdüğüne göre, anılan bordro bu durumu teyit etmektedir.
- Böyle olunca davacının iş sözleşmesinin feshi haklı bir nedene dayanmadığından, mahkemece her iki tazminat
- isteginin kabulüne karar verilmelidir.” denilerek devamsızlık haklı sayılmıştır. (Yrg. 9. H.D. 13.4.2004, E. 2003/14525, K. 2004/8338).
- 27 Yrg. 9. H.D. 25.12.1996, 1996/17129-24192.
- 28 Bkz. Yrg. 9. H.D. 17.10.2002, 2002/5070-19642.
- 29 Ekonomi, s. 120; Mollamahmutoğlu, s. 633.
- 30 Karş. Yrg. 9. H.D. 29.11.1999, 1587-18090; Yrg. 9. H.D. 16.2.2000, 19699/1673.
- 31 Yrg. 9. H.D. 16.10.2002, 2002/5200-19274.
- 32 Günay, Cevdet İlhan: İş Davaları, Ankara-2008, s. 1145.
- 33 Reisoğlu, s. 38.
- 34 Günay, Cevdet İlhan: İş Hukuku Yeni İş Yasaları, B. 4, Ankara-2005, s. 156.
- 35 Reisoğlu, s. 107.
- 36 Mollamahmutoğlu, s. 635.
- 37 Ekonomi, s. 212; Saymen, s. 579; Çenberci, s. 474; Narmanlıoğlu, s. 319; Mollamahmutoğlu, s. 634-635.
- 38 İşçinin görevlerinden olsa bile, o andaki şartlara göre ifası işçinin sağlığını, fizik bütünlüğünü tehdit eden bir iş yakın ve ciddi bir tehlike ile karşılaşabileceğini imkan dahiline sokuyorsa, mutad olsa da reddolunabilecektir. Ancak mutad olan iş, esasen tehlikeli ise yani tehlike işin mahiyetinde mündemiç ise işin, hatırlatıldığı halde reddedilmesi haklı neden teşkil edecektir. Öte yandan, mutad görevlerinden olan işin ifası, iş şartlarına uygun olmayan yer ve zamanda talep edilmiş, işçi bu nedenle ifayı reddetmişse, bu fıkra hükmü kapsamında bir haklı nedenden bahsedilemeyecektir. Bununla birlikte iyiniyet kurallarına göre işçiden ifanın beklenebileceği hallerde, red, haklı neden oluşturacaktır. Çenberci, s. 474; Mollamahmutoğlu, s. 635.
- 39 Tunçomağ-Centel, s. 202.
- 40 Bkz. Yrg. 9. H.D. 23.6.2008, E. 2007/42733, K. 2008/17109 “Dosya içeriğine göre ve özellikle tanık anlatımları ile internet üzerinden yapılan yazışmalara göre Bilimsel Tıbbi Danışman olarak görev yapan davacının, son bir ay içinde gerek internet ortamında ve gerekse telefon ile ulaşılmak istendiğinde bulunmadığı, davacının işverenin tanıtımını ve satışını gerçekleştirdiği ilaç ürünlerinin güvenliği konusunda müşterileri bilgilendirme görevi olduğu, ancak bu süre zarfında arandığında ulaşılmadığı, bu sürenin bir kısmında rapor aldığı, işverence temin edilen ve internet ağı oluşturulan iletişim aracını kullanmadığı, intraneti ve mailini kullanmadığının kabulünde olduğu anlaşılmaktadır. Davacının bu davranışları nedeni ile savunması alındığı gi bi, en son 21.05.2007 tüm olaylar belirtilerek savunması istenmiş, ancak savunma vermekten imtina ettiğine dair tutanak tutulmuştur.
- Somut uyuşmazlıkta davalı işveren fesihden önce davacının savunmasını vermesi için bildirimde bulunduğu ve davacı savunma vermekten imtina ettiğinden, bir takım nedenlerden dolayı savunmasının alınmadığı ve feshin bu nedenle geçerli nedene dayanmadığı yönündeki gerekçesi yerinde değildir. Bilimsel tıbbi danışman olarak görev yapan, görevi gereği özellikle ürün güvenliği

konusunda her an mesai saatleri dışında da ulaşılması gereken davacının fesihten önce son 20 gün içinde aranmasına rağmen hem internet ortamında, hem de telefon ile ulaşılmadığı, davacının bu günlerin bir kısmı için rapor aldığı, toplantılara katılmadığı, bu davranışlarının işyerinde olumsuzluklara yol açtığı, davalı işverenin iş sözleşmesini feshetmesinin geçerli nedene dayandığı sabittir. Davanın reddi yerine yazılı şekilde kabulü hatalıdır.”.

- 41 Ekonomi, s. 105.
 42 Reisoğlu, s.154.
 43 Günay, Cevdet İlhan: Kapıcılık Sözleşmesi ve Hukuki Sonuçları,cAnkara-1981, s. 16.
 44 Tunçomağ-Centel, s. 203.
 45 Günay, Cevdet İlhan: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Uygulaması, Ankara-2007, s. 327.
 46 Tunçomağ-Centel, s. 203.
 47 Çenberci, s. 447.
 48 Tunçomağ-Centel, s. 203.
 49 İşverene verilen zararın otuz günlük ücreti bulmaması durumunda, kusurun ağırlığına göre hafif kusurlu fakat hoş görülemeyen davranışlar geçerli nedenleri oluşturacaktır. Yargıtay'ın bir kararında “Davacı, iş sözleşmesinin 4857 sayılı Kanun hükümlerine uyulmadan feshedildiğini ileri sürerek, feshin geçersizliğine, işe iadesine, tazminat ve boшта geçen süre ücretlerinin belirlenmesine karar verilmesini istemiştir.

Davalı, davacının, görevi gereği yaptığı çözgü işinde yanlış uygulama yaptığını, bu nedenle, ipliğin boya alma özelliğinin tamamen değiştiğini, boyamadan sonra kumaşın ön yüzünde çizgiler oluştuğunu ve hatanın ancak boyamadan sonra anlaşıldığını, müşterinin şikayet ederek kumaşı iade ettiğini ve bundan zararları doğduğunu, zararın üç milyar TL.dan fazla olduğunu, davacının hizmet akdinin haklı olarak feshedildiğini bildirerek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece bozmadan önceki karar ile, işverence davacının kusuru ve varsa oranının araştırılmadığı, savunmasının alınmadığından sözedilerek davanın kabulüne karar verilmiştir.

Dairemizce verilen ilk karar, “Feshe dayanak olan kumaşın üretiminde hata olduğu davacının ve mahkemenin de kabulündedir. Davalı, hizmet sözleşmesinin feshinde “haklı” nedene dayandığını savunmaktadır. Öyleyse mahkemece yapılacak iş, öncelikle haklı fesih koşullarının bulunup bulunmadığını saptamak varsa ona göre karar vermek, haklı fesih koşulları oluşmamış ise o zaman geçerli fesih koşullarının bulunup bulunmadığını incelemek ve sonucuna göre karar vermek olmalıdır. Kusur ve zarar taraflar arasında çekişmelidir. Buna göre, İş Kanununun 25/II-ı maddesinde düzenlenen haklı fesih koşullarının bulunup bulunmadığı yönünden mahallinde uzman bilirkişi marifetiyle keşif yaparak davacının kusuru olup

olmadığı, varsa oranı, zararın miktarı, bunun 30 günlük ücretini aşıp aşmadığı tespit edilerek rapor üzerinde bir değerlendirme yapıldıktan sonra sonuca gidilmesi gerekirken eksik inceleme ile karar verilmesi hatalıdır” gerekçesi ile bozulmuştur.

Mahkemece bozma sonrası işyerinde keşif yapılmış, zarar ve kusur oranı açısından bilirkişi heyetinden rapor alınmış ve “davacının hatalı kumaş üretiminde kusurlu olduğu kabul edilmekle birlikte, verdiği zararın 30 günlük ücretinden az olduğu, feshin haklı olmadığı” gerekçesi ile, önceki karar gibi, feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar verilmiştir.

Karar davalı vekili 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 davranışından doğan gerek haklı nedenler gerekse geçerli nedenler her zaman kusura dayalı eylemlerdir. Bununla birlikte kusurun ağırlığına göre haklı neden geçerli neden ayrımı yapılmalıdır. Buna göre ağır ve ciddi kusur içeren davranışlar haklı nedenleri ortaya çıkarırken, hafif kusurlu fakat hoş görülemeyen davranışlar geçerli nedenleri oluşturacaktır. Bunların yanında geçerli neden-haklı neden ayrımında yasada haklı neden sayılan hallerden kusura dayalı olanların ağırlığında olmayan benzer kusurlu eylemler, geçerli neden olarak kabul edilebilir. İşçinin kusurlu davranışı nedeni ile işveren verdiği zararın 30 günlük ücretinden az olduğu durum, bu kapsamda değerlendirilen bir olgudur.

Somut uyuşmazlıkta, davacının kusurlu eylemi ile işveren zarar verdiği, ancak zararın 30 günlük ücretinden az olduğu anlaşılmakta ve esasen bu durum mahkemenin de kabulündedir. Zararın davacının 30 günlük ücretinden az olması, iş sözleşmesinin feshini haklı kılmaz ise de, davacının davranışlarından kaynaklanan bu nedeninin işyerinde olumsuzluklara yol açması karşısında geçerli hale getirmektedir. Davalı işverenin iş sözleşmesini feshetmesi geçerli nedene dayanmaktadır. Davanın reddi yerine kabulü hatalıdır Davacı, iş sözleşmesinin 4857 sayılı Kanun hükümlerine uyulmadan feshedildiğini ileri sürerek, feshin geçersizliğine, işe iadesine, tazminat ve boшта geçen süre ücretlerinin belirlenmesine karar verilmesini istemiştir.

Davalı, davacının, görevi gereği yaptığı çözgü işinde yanlış uygulama yaptığını, bu nedenle, ipliğin boya alma özelliğinin tamamen değiştiğini, boyamadan sonra kumaşın ön yüzünde çizgiler oluştuğunu ve hatanın ancak boyamadan sonra anlaşıldığını, müşterinin şikayet ederek kumaşı iade ettiğini ve bundan zararları doğduğunu, zararın üç milyar TL.'dan fazla olduğunu,

davacının hizmet akdinin haklı olarak feshedildiğini bildirerek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece bozmadan önceki karar ile, işverence davacının kusuru ve varsa oranının araştırılmadığı, savunmasının alınmadığından sözedilerek davanın kabulüne karar verilmiştir.

Dairemizce verilen ilk karar, "Feshe dayanak olan kumaşın üretiminde hata olduğu davacının ve mahkemenin de kabulündedir. Davalı, hizmet sözleşmesinin feshinde "haklı" nedene dayandığını savunmaktadır. Öyleyse mahkemece yapılacak iş, öncelikle haklı fesih koşullarının bulunup bulunmadığını saptamak varsa ona göre karar vermek, haklı fesih koşulları oluşmamış ise o zaman geçerli fesih koşullarının bulunup bulunmadığını incelemek ve sonucuna göre karar vermek olmalıdır. Kusur ve zarar taraflar arasında çekişmelidir. Buna göre, İş Kanununun 25/II-ı maddesinde düzenlenen haklı fesih koşullarının bulunup bulunmadığı yönünden mahallinde uzman bilirkişi marifetiyle keşif yaparak davacının kusuru olup olmadığı, varsa oranı, zararın miktarı, bunun 30 günlük ücretini aşip aşmadığı tespit edilerek rapor üzerinde bir değerlendirme yapıldıktan sonra sonuca gidilmesi gerekirken eksik inceleme ile karar verilmesi hatalıdır" gerekçesi ile bozulmuştur.

50 Süzek: s. 575.

51 Bkz. Kar, Bektaş: İş Güvencesi ve Uygulaması, Ankara-2009, s. 209.

52 Süzek, s. 516.

53 Karşılaştırınız, Çil, Şahin: İş Kanunu Şerhi, B. 2, C. 1, Ankara-2007, s. 939.

54 Mollamahmutoğlu, s. 725.

55 Bkz. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. madde gerekçesi.

56 Yrg. 9. H.D. 16.03.2009, E. 2008/36337, K. 2009/6945.

57 Yrg. 9. HD. 24.4.2006, E. 2006/6897, K. 2006/11265.

58 Yrg. 9. HD. 5.6.2006, E. 2006/8767, K. 2006/16108.

59 Yrg. 9. HD. 12.6.2006, E. 2006/14060, K. 2006/16735.

60 "Dava ihbar ve kıdem tazminatı isteklerine ilişkindir. Mahkemece istekler red edilmiş karar davacı vekilince temyiz edilmiştir. Dosyadaki bilgi ve belgelere göre, davacının kışkırtıcı eylemlerde bulunduğu savı ile iş sözleşmesinin fesholunduğu tartışmasıdır.

Söz konusu eylem haklı fesih sebebi olmayıp 4857 sayılı Kanunun 18. maddesinde belirtilen davacı işçinin davranışı nedeniyle geçerli fesih sebebidir.

Kıdem ve ihbar tazminatına hükmetmek gerekirken reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir Yrg. 9. HD. 13.6.2006, E. 2005/37773, K. 2006/17314.

61 Yrg. 9. H.D. 10.4.2006, E. 2006/7385, K. 2006/9027.

62 Yrg. 9. H.D. 29.5.2006, E. 2006/12237, K. 2006/15477.

63 Yrg. 9. H.D. 5.6.2006, E. 2005/12982, K. 2006/16174.

64 Yrg. 9. H.D. 19.6.2006, E. 2006/13431, K. 2006/17769.

65 Süzek, s. 576.

66 4773 sayılı Kanununun 2. maddesinin Gerekçesi, İş Güvencesi, s. 18-19.; Çankaya, Osman-Günay, Cevdet İlhan-Göktaş, Seracettin: İşe İade Davaları, B. 2, Ankara-2006, s. 82-83. Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri, B. 19, İstanbul-2006, s. 211-212.

67 Günay, (İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Uygulaması), s. 253.

68 Yrg. 9. H.D. 24.4.2006, E. 2006/3834, K. 2006/11252.

Doç. Dr. Serkan ODAMAN

Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlarla Birlikte Mevcudiyeti Sorunu Üzerine Görüşler

Giriş

2 Ocak 2009 günü sezaryenle bir doğum gerçekleştiren Fransa Adalet Bakanı Rachida Dati, 7 Ocak 2009 günlü Bakanlar Kurulu toplantısına katılınca, gerek Fransa gerekse diğer ülkeler kendilerini ilginç bir tartışmanın içinde buldular. Doğum yapan bir kadın olarak, Dati son derece sevimli karşılanabilirdi. Ama öyle olmadı. Fransız Bakan aslında çocuğunun babasının kim olduğunu söyleyemeyerek tartışma başlatmıştı. Ne var ki, doğumdan sadece beş gün sonra kızını bakıcıya bırakıp, siyah tayyörü ve siyah çelik topuklu ayakkabıları üzerine çok bakımlı ve makyajlı olarak Bakanlar Kurulu toplantısına katılınca ilk tartışmalar gölgede kaldı. Acaba Dati doğru mu yapmıştı? Bir başka deyişle, Bakan olması, anne ve kadın olmasının önüne mi geçmişti? Erkek egemen bir siyaset dünyasında başka çaresi mi yoktu? Feminist çevreler ve kadın hakları savunucuları da bu durumun kadın haklarını olumsuz yönde etkileyeceğini belirtti. Üstelik tam da bu dönemde Avrupa'daki on altı haftalık doğum izninin on sekiz haftaya çıkarılması tartışılıyordu. Kadın haklarının bu derece önem kazandığı, örneğin Türk hukukunda İş Kanunu'nun 5. maddesi

vasıtasıyla açık bir madde olarak cinsiyet eşitliğinin düzenlendiği bir ortamda Bakan'ın davranışı hem ülkesinde hem de ülkemizde çok yadırgandı.

Doğal olarak, söz konusu durum ortaya çıkınca aynı olay Türkiye'de olsaydı ne olurdu diye düşündüm. Bilindiği üzere, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 74. maddesi hükmüne göre; kadın işçilerin doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam 16 haftalık süre için çalıştırılmamaları esastır. Çoğul gebelik halinde doğumdan önce çalıştırılmayacak sekiz haftalık süreye iki hafta süre eklenir. Ancak, sağlık durumu uygun olduğu takdirde, doktorun onayı ile kadın işçi isterse doğumdan önceki üç haftaya kadar işyerinde çalışabilir. Bu durumda, kadın işçinin çalıştığı süreler doğum sonrası süreler eklenir. Yukarıda öngörülen süreler işçinin sağlık durumuna ve işin özelliğine göre doğumdan önce ve sonra gerekirse artırılabilir. Bu süreler hekim raporu ile belirtilir. Ayrıca, isteği halinde kadın işçiye, on altı haftalık sürenin tamamlanmasından veya çoğul gebelik halinde on sekiz haftalık süreden sonra altı aya kadar ücretsiz izin verilir.

Görüldüğü üzere, kadınların belki de bu en önemli dönemlerinde dinlenmeleri ve çalışma-

İş Kanunu m. 5 her ne kadar genel bir “eşitlik” kavramı üzerinde şekillenmiş olsa da, maddenin ağırlıklı olarak cinsiyet ayrımcılığını konu aldığı anlaşılabilir.

maları esastır. Hatta 16 haftanın az olabileceği düşüncesiyle ayrıca altı aya kadar ücretsiz izin de alınabilecektir. Geçmişte ülkemizde daha düşük olan bu on altı haftalık sürenin artması kadın hakları açısından son derece olumlu olmuştur. Ne var ki, kadınların işlerini en çok kayb ettikleri dönemin de hamilelik dönemleri ve doğum yaptıkları dönemler olduğu hususunda tereddüt bulunmamaktadır. Bu anlamda, acaba Fransız Bakan da, Sarkozy ile aralarının kötü olduğu dönemde, siyasi geleceği açısından “gol yememek” için mi her şeye rağmen Bakanlar Kurulu toplantısına gitmişti? Bir başka deyişle Dati'nin başka şansı yok muydu? Kanımca her anne hele hele ilk günlerde çocuğunun yanında olmak ve onu en azından koklayabilmek ister. O bebek kokusunu hissetmeye annenin de, çocuğun da hatta biz babaların da ihtiyacı ve hakkı bulunmaktadır. Bu anlamda, ülkemiz açısından İş Kanunu'nun yukarıda bahsettiğimiz 5. maddesinin varlığı önemli bir kazanımdır. Ne var ki, genel uygulamaya bakıldığında söz konusu düzenlemeye rağmen yine de bu dönemdeki fesihlerin yoğun olduğunu tespit edebiliyoruz. Bir işçi için karşı karşıya kalınabilecek tehlike “fesih” iken, bir Bakan için “siyasi geleceği”dir belki de. Ancak bu noktada tartışılmayacak kadar açık olan husus ise kadınların ciddi bir ayrımcılıkla bu özel dönemlerinde karşı karşıya kaldıkları gerçeğidir.

Türk Hukukunda Eşit Davranma İlkesi

4857 sayılı Kanunla mevzuatımıza dahil olan bu önemli müessese bugün hala uygulamada tartışılan bir husus olarak varlığını devam ettiriyor. Kanunun 5. maddesine göre iş ilişkisinde muhtelif nedenlerle ayırım yapılamaz. Buradaki nedenlerden biri de cinsiyet konusunda ayırım yapılamayacağı hususudur. Nitekim aynı mad-

denin 3. fıkrasında da işverenin biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılma-dıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapılamayacağı ifade edilmiştir. Yine aynı şekilde 4. fıkrada aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılmayacağı ve 5. fıkrada da işçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanmasının, daha düşük ücretin uygulanmasını haklı kılmayacağı belirtilmektedir. Görüldüğü üzere, İş Kanunu m. 5 her ne kadar genel bir “eşitlik” kavramı üzerinde şekillenmiş olsa da, maddenin ağırlıklı olarak cinsiyet ayrımcılığını konu aldığı anlaşılabilir. Nitekim bu husus 5. maddenin gerekçesinin aşağıdaki geniş bölümünde de açıkça görülmektedir: “İşverenin iş sözleşmesinden doğan eşit davranma borcu en önemli dayanağını Anayasanın 10 uncu maddesinde bulmaktadır. Ülkemizde çalışma şartları yönünden cinsiyet ayrımına gidilmemesi çok eskiye giden geleneklerimizden biridir. Bununla beraber, hukuki çerçevenin belirlenmesi de gereklidir. Türkiye Uluslararası Çalışma Örgütü'nün “Eşit Değerde İş İçin Erkek ve Kadın İşçiler Arasında Ücret Eşitliği Hakkında 100 Sayılı Sözleşmesi”ni onaylamış ve bu hususta 1475 sayılı İş Kanununa düzenleme getirmiş olduğu halde, daha sonra onayladığı Birleşmiş Milletlerin “Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi”ne uyum Kanununu henüz çıkarmamıştır. Yeni düzenleme sözleşmeye uyum sağlamaktadır. Diğer yandan Avrupa Birliği ülkelerinde görülen kadın ve erkek arasında doğrudan ve dolaylı ayırım için iç hukuklarına yansıyan Birlik Adalet Divanının çok sayıda kararları yanında, birincil kaynaklardaki düzenlemelerin gereği olarak tüzük ve yönergeler (75/117, 76/207, 79/7, 86/613, 86/378 sayılı Yönergeler gibi) de yürürlüğe konulmuştur. Türkiye Avrupa Birliği adaylık süreci aşamalarını tamamlamak üzere hazırladığı Ulusal Programda kadın ve erkek eşitliğine kısa vadeli önlemler arasında yer verdiği için, bu hususta gerekli hükümlerin İş Ka-

nununa alınması gerekli olmuştur. Maddede işverenin borçlarından biri olan eşit davranma ilkesi genel olarak belirlendikten sonra, değinilen bazı iş sözleşmelerinde eşit davranılmasına, arkadan cinsiyet ayırımını engelleyen sınırlamanın temel kurallarına ilişkin düzenlemeler getirilmiştir. Eşit davranma ilkesi ve cinsiyet ayırımı yasağına aykırı davranmanın hukuki yaptırımının da yer aldığı maddeye, Avrupa Birliği'nin konuya ilişkin ispat yükümlülüğü hakkındaki 97/80 sayılı Yönerge hükümlerine uyum sağlayan bir hüküm eklenmiştir”.

İş Kanunu'nda “iş ilişkisinde” ayırım yapılamayacağı belirtilmiş olduğundan, maddede belirtilen ayrımcılık tazminatının talep edilebilmesi için elbette iş sözleşmesinin sona ermesi gerekmemektedir. Bu anlamda, iş ilişkisinin devamı esnasında da İş Kanunu'nun 5. maddesine riayet edilmemesi halinde, bir başka deyişle eşitlik ilkesine uyulmaması durumunda ayrımcılık tazminatı istenebilecektir. Ancak

göre; “maddenin altıncı fıkrasında hukuki yaptırım olarak öngörülen işçinin “dört aya kadar ücreti tutarındaki” tazminat için esas olacak ücret “asıl ücret” olup, ücretin ekleri olan ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardımlar buna dahil değildir”. Ayrımcılık tazminatının tutarı doğal olarak olayın özelliğine ve ihlalin ağırlığına göre hakim tarafından belirlenecektir. Ayrıca işverenin eşitlik ilkesini ihlali, tazminatın konusu olduğundan, işçinin bu ihlal dolayısıyla bir zararı olmasa da ayrımcılık tazminatı talep edilebilecektir³. Demir'e göre; işçi işverenin eşit davranma ilkesine aykırı davranışta bulunması nedeniyle genel hükümler çerçevesinde varsa maddi ve manevi zararları karşılığı bir tazminat da talep edebilecektir⁴. Nihayet, söz konusu tazminat miktarının iş sözleşmesi ya da toplu iş sözleşmesi ile artırılmasına da bir engel bulunmamaktadır⁵.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, İş Kanunu m. 5'in uygulaması özellikle kadın-erkek eşit-

Kötüniyet tazminatı iş güvencesine tabi olmayan işçilerin iş sözleşmelerinin işverence feshinin kötüye kullanılması halinde mevcuttur.

doğal olarak işe alma görüşmeleri esnasında İş Kanunu m.5'in uygulanabilirliği bulunmaktadır, burada sözleşme öncesi sorumluluk çerçevesinde neticeye ulaşılmalıdır¹. Ne var ki, madde gerekçesinden de anlaşıldığı üzere ve uygulamaya da bakıldığında, İş Kanunu'nun 5. maddesiyle ilgili uyumsuzlukların da ciddi bir bölümünün kadın-erkek eşitliği (eşitsizliği) üzerinde yoğunlaştığı² ve her ne kadar “iş ilişkisinde” ayırım yapılamayacağı belirtilmiş olsa da, genellikle feshin sonrasında bu hususun yargılama konusu olduğu tespit edilebilmektedir.

Maddenin 6. fıkrasında kuralın ihlalinin müeyyidesi düzenlenmiştir. Buna göre; iş ilişkisinde veya sona ermesinde ilkeye aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilecektir. Azımsanmayacak bir miktar olan dört aya kadar ücreti tutarındaki ayrımcılık tazminatının açılımı da yine maddenin gerekçesinde yer almaktadır. Buna

liğinin ihlali üzerinde yoğunlaşmakta ve genellikle feshin sonrasında yargılama konusu olmaktadır. Oysaki feshin sonrasında söz konusu olabilecek tek tazminat ayrımcılık tazminatı değildir. Feshin türüne ve işçinin konumuna göre farklı tazminatlar devreye girebilmektedir. Üstelik bu tazminatların bazılarının varlık nedeni de ayrımcılık tazminatının varlık nedeniyle benzerlik gösterebilmektedir. Maddeye bakıldığında ayrımcılık tazminatının diğer tazminatlarla eş zamanlı olarak mevcudiyeti hususunda tek açıklık sendikal tazminat konusundadır. Zira İş Kanunu m. 5/6'da işçinin eşitlik ilkesine aykırı davranması halinde ayrımcılık tazminatı talep edebileceği ifade edildikten sonra, Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesi hükümlerinin saklı olduğu eklenmiştir. Ancak diğer tazminatların ayrımcılık tazminatıyla eş zamanlı varlığı hususu incelemeye muhtaçtır.

İş Güvencesine Tabi Olmayan İşçiler Açısından:

4857 sayılı İş Kanunu m. 17/6 uyarınca, aynı Kanunun 18. maddesinin 1. fıkrasına göre, kanunun 18, 19, 20 ve 21. maddelerinin uygulama alanı dışında kalan işçilerin iş sözleşmesinin, fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödenecektir. Fesih için bildirim şartına uyulmaması ayrıca ihbar tazminatı ödenmesini de gerektirecektir. Bir başka deyişle, burada tanımı verilen ve sadece iş güvencesine tabi olmayan işçilerin iş sözleşmelerinin feshi hakkının işverence kötüye kullanılması hali için öngörülmüş olan kötüniyet tazminatıyla ihbar tazminatının aynı anda var olabileceği belirtilmiştir.

Gerçekten de kötüniyet tazminatı iş güvencesine tabi olmayan işçilerin iş sözleşmelerinin işverence feshinin kötüye kullanılması halinde mevcuttur. Konuyla ilgili olarak Mollamahmutoğlu ayrımcı bir feshin aynı zamanda kötü niyetli bir fesih olduğunu, İş Kanunu m. 5/6'da genel olarak ayrımcılık halinde bir tazminat öngörüldüğünü, buna göre ayrımcı bir feshin ayırım tazminatını gerektirdiğini, ancak diğer ayrımcılık oluşturan hallerden farklı olarak feshinde kötü niyetin yaptırımı ayrıca öngörülmüş olduğundan, ayrımcılık oluşturan bir fesih halinde hem ayırım hem kötüniyet tazminatının talep edilebileceğini belirtmekte ve her iki tazminatın hukuki dayanaklarının farklı olduğunu ifade etmektedir⁶. Süzek ise aynı sonuca ulaşmakla birlikte, farklı bir yorumla Kanunun lafzına değinmekte, İş Kanunu m. 5/6'nın Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesi hükümlerini saklı tuttuğunu, bir başka deyişle ayrımcılık tazminatı ile birlikte sadece sendikal tazminatın talep edilemeyeceğini hükme bağladığını, anılan hükmün mefhumu muhalifinden de ayrımcılık tazminatının kötüniyet tazminatı ile birlikte istenebileceği sonucuna varılması gerektiğini belirtmektedir⁷. Demir ise aksi yönde bir yorumla, işçilerin hem ayrımcılık tazminatına hem de kötüniyet tazminatına hak kazanmalarının mümkün olmadığını ifade etmektedir⁸. Aynı yönde görüş bildiren Bakırcı da, kötü

niyetli olarak nitelendirilen davranışların aynı zamanda ayrımcılık da oluşturan davranışlar olduğunu ifade ederek, aynı nitelikteki bir davranış için iki ayrı tazminat talep edilemeyeceğini belirtmektedir⁹. Çelik ise, işveren fesih hakkını kötüye kullandığında sadece 17. maddedeki tazminatın uygulanması gerektiğini, ilk bakışta ayrımcılık kötü niyetin özel bir hali gibi gözükse de, İş Kanunu m. 5'deki tazminatın yalnız iş sözleşmesinin sona ermesi ile ilgili olmayıp uygulanması ile de ilgili bulunduğunu, bunun da daha genel nitelikli bir düzenleme çerçevesinde düşünülmesi gerektiğini belirtmektedir¹⁰.

Hemen belirtmek gerekir ki, iş sözleşmesinin işverence eşitlik ilkesine aykırı davranılarak feshi de açık bir kötü niyetli fesihtir. Bu anlamda, ayrımcılık tazminatı ve kötüniyet tazminatı talep edildiğinde, bunların her ikisine birden hükmedilmesi kanımızca isabetli değildir. Böyle bir durumda tazminatlardan hangisi işçi lehine ise ilgili tazminata hükmedilmesi gerekmektedir. Elbette işçi de kötüniyet tazminatıyla ayrımcılık tazminatından dilediğini talep etmekte serbesttir. Zira bu iki tazminatın varlık nedeni tümüyle birbiriyle kesişmektedir. Ancak bu yorumumuz, işçinin iş sözleşmesinin feshinin, işverenin eşitlik ilkesine aykırı davranması neticesinde vuku bulması halinde anlamlı olacaktır. Ancak işveren iş sözleşmesini feshederken birden fazla nedenle, fesih hakkını kötüye kullanmış olabilir. Bu durumda ise her iki tazminatın varlık gerekçeleri değişiklik gösterecektir ve böyle bir ihtimalde de her ikisinin aynı zamanda mevcudiyetinde bir sorun bulunmayacaktır.

İş güvencesine tabi olmayan bir işçinin iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshinde ise çok farklı bir değerlendirme yapma ihtiyacı doğmaktadır. Şöyle ki; İş Kanunu'nun "Eşit

Feshin sendikal nedenle yapılması durumunda sendikal tazminat söz konusu olacağından, zaten kötüniyet tazminatına hükmedilmeyecek, sadece sendikal tazminata hükmedilecektir.

Davranma İlkesi” başlıklı 5. maddesinde, söz konusu ilkeye aykırı davranışın müeyyidesi, işçinin dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarının ödenmesi şeklinde ifade edildikten sonra, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu’nun 31. maddesi hükümlerinin saklı olduğu eklenmiştir. Bilindiği üzere, iş güvencesine tabi olmayan bir işçi, iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiği düşüncesindeyse, işe iade davası açma imkanı olmadığından, doğrudan sendikal tazminat talep edebilecektir. Belirtmek gerekir ki, feshin sendikal nedenle yapılması durumunda sendikal tazminat söz konusu olacağından, zaten kötüniyet tazminatına hükmedilmeyecek, sadece sendikal tazminata hükmedilecektir. Bir başka deyişle, kötüniyet tazminatıyla sendikal tazminatın bir arada olmaları mümkün değildir. Bu durumda da, İş Kanunu m. 5/6’daki, 2821 sayılı Kanununun 31. maddesi hükümlerinin saklı olduğu hususundaki hüküm nedeniyle, iş güvencesine tabi olmayan bir işçi için sadece sendikal tazminata hükmedilmesi, ayrımcılık tazminatına ise hükmedilmemesi gerekmektedir¹¹.

İş Güvencesine Tabi Olan İşçiler Açısından:

Bilindiği üzere, işçinin çalıştığı işyerinde en az 30 işçinin bulunması, işçinin en az 6 ay kıdemli olması ve iş sözleşmesinin de belirsiz süreli olması halinde, işçi iş güvencesine tabi olacaktır. İşverenin iş güvencesine tabi bir işçinin iş sözleşmesini feshederken geçerli bir sebebe dayanma mecburiyeti bulunmaktadır. İşverenin iş sözleşmesini feshederken herhangi bir sebebe dayanmaması ya da işçinin gösterilen sebebin geçersiz olduğunu iddia etmesi halinde, bir aylık hak düşürücü süre içerisinde işçi işe iade davası açabilecektir. İş Kanunu’nun 21. maddesi uyarınca işverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı kanısına varılırsa, işveren işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorunda kalacak, işçinin süresi içindeki başvurusu halinde söz konusu bir aylık süre içerisinde işçiyi işe başlatmayan işveren de işçiye en az dört aylık en çok sekiz aylık ücreti tutarında iş güvencesi tazminatı ödemekle yükümlü olacaktır.

İşte tam da bu noktadaki bir diğer sorun da ayrımcılık tazminatı ile iş güvencesi tazminatı birlikte hükmedilip hükmedilemeyeceğidir. Süzek bu konuda da yukarıda kötüniyet tazminatı hususundaki lafzi yorumu tekrar etmekte ve İş Kanunu m. 5/6’nın ayrımcılık tazminatıyla sadece sendikal tazminatın bir arada olamayacağını belirttiğini ve maddenin mefhumu muhalifinden ayrımcılık tazminatıyla iş güvencesi tazminatının aynı anda mevcut olabileceği yönünde görüş belirtmektedir. Yazar ayrıca bu iki tazminatın amaçlarının da birbirinden farklı olduğunu, bu nedenle de her iki tazminatın bir arada talep edilebileceğini ifade etmektedir¹². Mollamahmutoğlu da ayrımcılık tazminatı ile iş güvencesi tazminatının bir araya gelebileceğini, bu iki tazminatın dayandığı esasların farklı olduğunu, hatta bu farklılığın kötüniyet tazminatına oranla tartışma yaratmayacak kadar açık olduğunu, iş güvencesi tazminatının, işçinin işe başlatılmamasının yaptırımı olduğunu, nitekim yargı kararlarında da “işe başlatmama tazminatı” olarak adlandırıldığını ifade etmektedir¹³. Demir ise işverenin aynı fesih eylemi nedeniyle aynı amaca yönelik olarak işçinin hem işe iade edilmesinin hem de ayrımcılık tazminatına hak kazanmasının mümkün olmadığını, ancak işverenin ayrı ayrı hem fesih hem de işe başlatmama eylemleri nedeniyle ayrı amaçlara yönelik iş güvencesi tazminatı ile ayrımcılık tazminatına işçinin hak kazanabileceğini belirtmektedir¹⁴. Süzek ise işçinin işe iade edilmesi ihtimalinde Demir’den farklı düşünerek, işveren işçiyi işe başlattığında iş güvencesi tazminatı ödemeyeceğini, ancak ayrımcılık tazminatı ödemek durumunda olduğunu ifade etmektedir.

Belirtmek gerekir ki, her ne kadar doktrindeki baskın görüş her iki tazminatın bir arada olabileceği yönünde olsa da¹⁵, aksi yönde görüş belirtenler, işverenin aynı davranışına birden fazla yaptırım bağlanmasının mümkün olmayacağını ifade etmektedirler¹⁶. Yargıtay da ayrımcılık ile iş güvencesi tazminatlarının aynı eylem nedeniyle söz konusu olduğunu ve aynı eylem nedeniyle iki tazminata karar verilemeyeceğini ifade ederek, böyle bir durumda iş güvencesi tazminatına hükmedilmesi gerektiğini, 4857 sayılı İş Kanunu’nun 5. maddesi uyarınca

ayrımcılık tazminatı isteğinin reddine karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir¹⁷.

Kanımızca ayrımcılık tazminatının ve iş güvencesi tazminatının varlık nedenlerine bakılarak sağlıklı bir neticeye ulaşılabilir. İş güvencesi tazminatı işe iade davasının kabulü neticesinde işçinin süresi içinde başvurusu durumunda işçinin işe iade edilmemesinin müeyyidesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Ayrımcılık tazminatı ise işverenin eşitlik ilkesine aykırı davranması halinde talep edilebilecek bir tazminattır. Bu anlamda, her iki tazminatın varlık gerekçeleri birbirinden tümüyle farklıdır ve aynı anda hükmedilmelerinin mümkün olduğu kanaatindeyiz. Ancak buradaki bir başka sorun da işçinin işe iade davasının kabul edilmesi neticesinde işverenin süresi içinde işçiyi işe iade etmesi olasılığıdır. Zira böyle bir durumda, iş güvencesi tazminatı için belirttiğimiz, “işe iade edilmemenin müeyyidesi” mefhumu ortadan kalkacaktır, zira işçi işe iade edilmiştir. Ancak bu durumda da, bir başka deyişle, işçi işe iade edilse de, iş güvencesi tazminatı doğal olarak ödenmemekle birlikte, ayrımcılık tazminatının bundan bağımsız olarak ödenmesinin hakkaniyete uygun olacağı kanısındayız. Zira yukarıda da belirtildiği üzere, İş Kanunu m. 5 hükmünde korunan sadece iş sözleşmesinin feshindeki eşitlik ilkesinin ihlali değil, iş ilişkisinin devamı müddetince eşitlik ilkesine riayet edilmesidir. Doktrinde Yenisey tarafından isabetli bir örnekte de ifade edildiği üzere, örneğin gebelik nedeniyle bir fesih söz konusu olursa ve bu durum ispatlanırsa, işçiyi işe iade etmeyen işveren iş güvencesi tazminatı ödemek durumunda kalacaktır. Bundan başka ayrımcılık tazminatı da söz konusu olacaktır. Ancak işveren işçiyi işe başlatırsa elbette iş güvencesi tazminatı ödemeyecek, ancak kanımızca ayrımcılık tazminatını ödemek durumunda kalacaktır¹⁸. Çünkü İş Kanunu m. 5 hükmüyle amaçlanan sadece ayrımcılık nedeniyle işçinin işinden olmasını engellemek değil, işverenin tüm iş ilişkisi boyunca eşitlik ilkesine riayet etmesidir.

İş güvencesine tabi bir işçinin iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedilmesi durumundaysa, ayrımcılık tazminatıyla sendikal tazminatın bir arada olamayacakları gibi bir izlenim doğ-

maktadır. Zira 4857 sayılı Kanun m. 5/6'nın son cümlesinde, 2821 sayılı Kanununun 31. maddesi hükümlerinin saklı olduğu ifade edilmektedir. Bu açık hüküm karşısında ayrımcılık tazminatıyla sendikal tazminatın bir arada olamayacakları konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Ne var ki, bu durumda, ilgili tazminatın teknik olarak niteliğini tespit gereği doğmaktadır. Zira Sendikalar Kanunu m. 31/6 hükmünde sendika üyeliği ve sendikal faaliyetlerden dolayı iş sözleşmesinin feshi halinde İş Kanunu'nun iş güvencesine ilişkin 18, 19, 20 ve 21. madde hükümlerinin uygulanacağı, ancak İş Kanunu m. 21/1 uyarınca ödenecek tazminatın işçinin bir yıllık ücreti tutarından az olamayacağı belirtilmektedir. Bir başka deyişle, iş sözleşmesi sendikal nedenle feshedilen iş güvencesine tabi işçi, bilindiği üzere doğrudan sendikal tazminat talebinde bulunamayacak, ancak İş Kanunu hükümleri çerçevesinde işe iade davası açacaktır. Mahkemece işe iadesine karar verilmesi ve işverenin de işçiyi bir aylık süre içerisinde işe başlatmaması halinde, işçiye ödemek durumunda olduğu tazminat, her ne kadar miktarı sendikal tazminat ile aynı olsa da, teknik olarak iş güvencesi tazminatıdır. Bu durumda, her ne kadar yukarıda iş güvencesi tazminatı ile ayrımcılık tazminatının bir arada olabileceğini belirtmiş olsak da, sendikal nedenle yapılan bir fesihte bu mümkün olmayacak, işverenin sadece en az bir yıllık ücret tutarında iş güvencesi tazminatı ödemesine hükmedilmesi gerekecektir. Zira söz konusu hüküm 4857 sayılı Kanunda değil, 2821 sayılı Kanunda düzenlenmiştir ve İş Kanunu m. 5 uyarınca da 2821 sayılı Kanun hükümleri saklıdır, bir başka deyişle, 2821 sayılı Kanununun 31. maddesinde düzenlenen bir tazminat ile ayrımcılık tazminatının bir arada bulunması söz konusu olmayacaktır¹⁹.

Sonuç

4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinde “Eşit Davranma İlkesi” düzenlenmektedir. Bu maddede her ne kadar farklı nedenlerle ayrımcılık müeyyidelendirilmiş olsa da, uyuşmazlıkların ciddi bölümü kadın-erkek eşitliği (eşitsizliği) üzerinde düğümlenmektedir. Madenin 6. fıkrasında kuralın ihlalinin müeyyidesi

düzenlenmiştir. Buna göre; iş ilişkisinde veya sona ermesinde ilkeye aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilecektir. Her ne kadar madde “iş ilişkisi”nde ayırım yasağını düzenlemekte olsa da, özellikle fesih sonrasında başka bazı tazminatların da ödenmesinin ihtimal dahilinde olması, bu tazminatların, İş Kanunu m. 5’de düzenlenen ayrımcılık tazminatıyla eş zamanlı olarak var olup olamayacakları sorununu da beraberinde getirmektedir. Bu anlamda, genel olarak belirtmek gerekirse, ayrımcılık tazminatıyla kötüniyet tazminatının bir arada olamayacağı, iş güvencesi tazminatıyla ise aynı anda bulunabileceği sonucuna ulaşılabilecektir. Sendikal tazminat ile ayrımcılık tazminatının ise, İş Kanunu m. 5 hükmü çerçevesinde birlikte mevcut olamayacakları konusunda tereddüt bulunmamaktadır.

DİPNOTLAR

- 1 Süzek, S.: İş Hukuku, 4. Bası, İstanbul, 2008, s. 414; Mollamahmutoglu, H.: İş Hukuku, 3. Bası, Ankara, 2008, s. 552; Ayrıca bkz. Çelik, N.: İş Hukuku Dersleri, 21. Bası, İstanbul, 2008, s. 175, dn. 208.
- 2 “Çalışma hayatında kadın-erkek eşitliği ilkesi, erkeklere tanınan her türlü imkanın (ilerleme, geliştirme, terfi, karar verme gibi) kadınlara da tanınmasını gerektirir”. Bkz. Aktay, N./Arıcı, K./Senyen Kaplan, E.T.: İş Hukuku, Ankara, 2006, s. 161.
- 3 Süzek, s. 415; Mollamahmutoglu, s. 553.
- 4 Demir, F.: İş Hukuku ve Uygulaması, 5. Bası, İzmir, 2009, s. 161.
- 5 Süzek, s. 415; Mollamahmutoglu, s. 553.
- 6 Mollamahmutoglu, s. 555.
- 7 Süzek, s. 416.
- 8 Demir, s. 162-163.
- 9 Bakırcı, K.: “İş Güvencesi Kapsamındaki İşçilerin Doğrudan Tazminat Talep Hakları ve Kötüniyet veya Sendikal Tazminat ile Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi”, MESS-Sicil Dergisi, Haziran-2006, s. 119.
- 10 Çelik, N.: “İşçilerin İşten Çıkarılmalarında İhbar ve Kıdem Tazminatları Dışında İsteyebilecekleri Tazminatlara İlişkin Sorunlar”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 14, s. 489.
- 11 Aynı yönde bkz. Çelik, Tazminatlar, s. 489-490.
- 12 Süzek, s. 416-417.
- 13 Mollamahmutoglu, s. 555.
- 14 Demir, s. 164.
- 15 Yenisey, K. D.: “İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, Çalışma ve Toplum Dergisi, Sayı: 11, Yıl: 2006, s. 79; Yıldız, G.B.: İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Ankara, 2008, s. 336; Sarıbay, G.: Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları, İstanbul, 2007, s. 283; Çil, Ş.: “Karar İncelemesi (Sendikal Tazminat)”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 6, s. 677.
- 16 Çankaya, O. G./Günay, C. İ./Göktaş, S.: Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara, 2005, s. 57-58; Çelik’e göre; “... iş güvencesi kapsamındaki işçinin sendikacılık nedeniyle işten çıkarılmasında, sadece Sendikalar Kanunu’nun 31. maddesinin altıncı fıkrasındaki iş güvencesi tazminatına ilişkin hüküm uygulanabilecek, İş Kanunu’nun 5. maddesindeki ayrımcılık tazminatına ise hükmedilemeyecektir”. Bkz. Çelik, Tazminatlar, s. 493.
- 17 Yargıtay 9. HD., 06.06.2007, E. 2006/30630, K. 2007/18174, Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 15, s. 217-218.
- 18 Yenisey, K. D.: “İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 11, s. 79.
- 19 Aynı yönde bkz. Çelik, Tazminatlar, s. 493.

KAYNAKÇA

- Aktay, N./Arıcı, K./Senyen Kaplan, E. T.: İş Hukuku, Ankara, 2006.
- Bakırcı, K.: “İş Güvencesi Kapsamındaki İşçilerin Doğrudan Tazminat Talep Hakları ve Kötüniyet veya Sendikal Tazminat ile Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi”, MESS-Sicil Dergisi, Haziran-2006.
- Çankaya, O. G./Günay, C. İ./Göktaş, S.: Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara, 2005.
- Çelik, N.: İş Hukuku Dersleri, 21. Bası, İstanbul, 2008, s. 175.
- Çelik, N.: “İşçilerin İşten Çıkarılmalarında İhbar ve Kıdem Tazminatları Dışında İsteyebilecekleri Tazminatlara İlişkin Sorunlar”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 14 (Tazminatlar).
- Çil, Ş.: “Karar İncelemesi (Sendikal Tazminat)”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 6.
- Demir, F.: İş Hukuku ve Uygulaması, 5. Bası, İzmir, 2009.
- Mollamahmutoglu, H.: İş Hukuku, 3. Bası, Ankara, 2008.
- Sarıbay, G.: Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları, İstanbul, 2007.
- Süzek, S.: İş Hukuku, 4. Bası, İstanbul, 2008.
- Yenisey, K. D.: “İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, Çalışma ve Toplum Dergisi, Sayı: 11, Yıl: 2006.
- Yıldız, G. B.: İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Ankara, 2008.

İş Hukukunda İbra ve İkale Sözleşmelerinin Geçerlilik Koşulları Konusundaki Gelişmeler

GİRİŞ

Kimi hukuki işlemlerle ilgili geçerlilik sorunları, Borçlar Hukukunda uzun zaman önce çözüme kavuşturulmuş olabilir. Her ne kadar tarihsel kökleri Borçlar Hukukuna dayansa da İş Hukukunda bu çözümlerin doğrudan uygulanması, çoğu zaman, adalet duygusunu zedeleyen sonuçlar doğurur. İş ilişkisinin kendine özgü dinamikleri, Borçlar Hukukunun çoğu kavram ve kurumunun İş Hukuku ilkeleri doğrultusunda tekrar ele alınmasını ve yorumlanmasını zorunlu kılar. Bu bağlamda, İş Hukukunda yıllardır kronik bir sorun odağı olma özelliğini koruyan ibra sözleşmelerine; iş güvencesinin hukuk sistemimize girmesi sonrasında uygulamada sıkça görülmeye başlanan ikale sözleşmeleri de eklenmiştir.

Bu sözleşmelerin geçerliliği konusunda Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin son dönem kararları, dikkat çekicidir. İşçilik alacaklarına ilişkin ibra sözleşmelerinin geçerlilik denetimi yapılırken kararlarda 2000'li yılların başından bu yana kullanılan istikrar kazanmış bir ölçüt esaslı şekilde değişikliğe uğramış; bu noktada içtihat değişikliğine gidilmiştir. İkale sözleşmelerinin geçerlilik denetimi konusunda ise, öğretici ta-

rafından kullanılması önerilen ölçütlerden bir kısmı Yüksek Mahkemece de benimsenmiş görünmektedir.

Her iki sözleşme ile iş sözleşmesinin son bulması arasındaki sıkı ilişki; sözü edilen yeni kararların bazılarında birinin geçerliliğinin diğerine bağlıyor olması ve en önemlisi, bu sözleşmelerin geçerliliğinin denetiminin aynı zamanda işçinin sözleşmelere taraf olurken iradesinin ne derece özgür olduğunun tespiti anlamına gelmesi, bu çalışmanın, iki sözleşmenin birlikte ele alınarak kaleme alınmasındaki önemli etkenlerdir. Bilindiği üzere, son husus, İş Hukukunun temel meselelerinden biridir.

1. İBRA VE İKALE SÖZLEŞMELERİNE GENEL BAKIŞ

1. İbra Sözleşmesi

Aynı haklar ve yenilik doğuran haklardan tek taraflı feragat mümkün iken; alacak hakkından tek taraflı olarak feragat edilmesi mümkün değildir. Alacak hakkının ortadan kaldırılması için borç ilişkisinin taraflarının bu konudaki karşılıklı irade açıklamalarının uyuşması; başka bir anlatımla, sözleşme yapmış olmaları gerekir¹.

İş sözleşmesi gibi sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler bakımından ikalenin etkisi kurulduğu andan itibaren geleceğe dönük olarak ortaya çıkar.

Giderek, uygulamada ibra belgesi, ibra senedi, ibraname vb. adlarla karşımıza çıkan hukuki işlemin, borçluyu borcu ifa etmeksizin borçtan kurtarmak noktasında alacaklı ile borçlunun yaptığı bir sözleşme olduğu anlaşılacaktır. Diğer bir deyişle, ibra sözleşmesi, alacaklının borçlu ile yaptığı bir sözleşmeyle alacağın tamamından ya da bir kısmından vazgeçerek borçluyu borçtan kurtarmasıdır². İbra sözleşmesi Borçlar Hukuku Öğretisinde borcu sona erdiren sebeplerden biri olarak kabul edilir³ ve kazandırıcı bir tasarruf işlemidir. Dolayısıyla, ortadan kaldırılacak borç üzerinde borçlunun tasarruf yetkisinin de bulunması gerektiği kuşkusuzdur⁴.

2. İkale/Bozma Sözleşmesi

Bir sözleşmenin taraflarının o sözleşmenin ortadan kaldırılması noktasında yaptıkları sözleşmeye, ikale/bozma sözleşmesi (cotarius actus) denir⁵.

İkale, bir sözleşmenin taraflarının yaptıkları sözleşmeyi ortadan kaldırmak noktasındaki karşılıklı irade beyanlarının uyuşmasıyla ortaya çıkan bir hukuki işlem olması itibarıyla; sözleşmenin tek taraflı irade açıklamasıyla sona erdirilmesi anlamına gelen fesihten farklıdır⁶. Doğal olarak, ikalenin hukuki sonuçlarıyla feshin hukuki sonuçları da farklılık gösterir.

Görülebileceği üzere, ibra sözleşmesi borcu ortadan kaldırmaktayken; ikale sözleşmesi borç ilişkisini (sözleşmeyi) sona erdiren bir etkiye sahiptir. İş sözleşmesi gibi sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler bakımından ikalenin etkisi kurulduğu andan itibaren geleceğe dönük (ex-nunc) olarak ortaya çıkar; başka bir anlatımla, sadece sözleşmeyi sona erdirmekle sınırlıdır. Kural olarak, ikale sözleşmesinin iş sözleşmesi devam ederken doğmuş bulunan

(ücret vb.) borçlara etkisi yoktur ve bunların talep edilmesine engel oluşturmaz. Oysaki ibra sözleşmesinin konusu doğmuş bulunan çekişmesiz borçların sona erdirilmesidir⁷.

3. İbra ve İkale Sözleşmelerinin Kanunlarda Düzenlenmemiş Olması: Şekil ve Örtülü İrade Beyanları Sorunu

Her iki sözleşme de Borçlar Kanunu ya da İş Kanunu'nda düzenlenmiş değildir⁸. Ancak bu durum, ikale ve ibra sözleşmelerinin kurulmasına engel oluşturmaz. Bilindiği üzere, AY m. 48 ve B.K. m. 19/I hükümlerinde pozitif dayanak bulan sözleşme özgürlüğü ilkesi, sözleşmenin türünü ve konusunu belirleme serbestisini de içinde barındırır⁹.

İbra ve ikale sözleşmelerinin Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemiş olması özellikle bu sözleşmelerin şekle tabi olup olmadığı konusunda tartışmaları gündeme getirmektedir. Tartışma, yazılı şekil şartına tabi olan bir sözleşmenin ikale yoluyla sona erdirilmesi ya da bu sözleşmeden doğmuş olan borcun ibrasının da yazılı yapılması gerekip gerekmediği noktasında yoğunlaşmaktadır. "Kanunen tahriri olması lazım olan bir akdin tadili dahi tahriri olmak lazımdır" şeklindeki B.K. m. 12/I hükümünden yola çıkılarak taban tabana zıt sonuçlara ulaşılmaktadır¹⁰.

Yasalaşması beklenen Borçlar Kanunu Tasarısına bakıldığında, ibra sözleşmesinin düzenlendiği ve getirilmekte olan hükümlerin konusu tartışmaya, bu sözleşme, bakımından, son verecek nitelikte olduğu görülür. Tasarının 131. maddesi uyarınca "Borcu doğuran işlem kanunen veya taraflarca belli bir şekle bağlı tutulmuş olsa bile, borç, tarafların şekle bağlı olmaksızın yapacakları ibra sözleşmesiyle tamamen veya kısmen ortadan kaldırılabilir". Tasarıda ibra sözleşmesinin şekli konusundaki genel kural böyle olmakla birlikte, işçilik alacaklarına ilişkin ibra sözleşmeleri hakkında özel hüküm getirilmektedir: "İşçinin işveren den olan alacağına ilişkin ibra sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması ... şarttır" (BK Tas. m. 419/II).

İspat kolaylığı sağlamak açısından ikale sözleşmesinin yazılı yapılması yerinde olacaktır.

İş Hukuku uygulamasında ibra sözleşmesine ilişkin icap, hemen her zaman işveren (borçlu) tarafından hazırlanıp işçiye (alacaklıya) sunulan bir metin şeklinde karşımıza çıkar. İşçinin bu metni imzalaması ise kabul olarak değerlendirilir. İşçinin kendisinin hazırlayıp imzaladığı metni işverene sunması halinde ise icap işçiden gelmekte, borçlu konumunda olan işverenin bu icabı reddetmemesiyle sözleşme kurulmuş olmaktadır¹¹. Giderek, İş Hukuku uygulamasında daha az rastlanacak bir olasılık da olsa, ibra sözleşmesinin borçlunun örtülü kabulüyle de kurulabileceği görülür¹². Varılan bu sonuç ibra sözleşmesi için kanuni yazılı şekil şartı öngörülmesi halinde dahi değişmeyecektir. Tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borç altına giren tarafın imzasının bulunması yazılı şekil şartının imza unsurunun yerine getirilmiş olması bakımından yeterlidir. Bu esas, borçlandırıcı değil tasarrufi bir işlem olan ibra sözleşmesinde örnekseme yoluyla (kıyasen) uygulama alanı bulur. Sözleşmenin kurulması için alacağından vazgeçmekte olan tarafın açık irade beyanı (imzası) ve karşı tarafın bundan haberdar olduğu halde itiraz etmemiş olması yeterli görülür¹³.

Borçlar Kanunu Tasarısında ikale sözleşmesiyle ilgili hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla, şekil konusunda bu başlık altında yukarıda sözünü ettiğimiz tartışmalar canlılığını koruyacak gibi görünmektedir¹⁴. Bazı yabancı hukuk sistemlerinde işçiyle yapılacak ikale sözleşmesi için yasal düzenlemeyle yazılı şekil şartı öngörülmüştür¹⁵. Türk Hukuku için de işçiyle yapılan ikale sözleşmesinde yazılı şekil şartının aranmasının yerinde olacağı ileri sürülmektedir¹⁶.

Öğreti de kural olarak, ikale sözleşmesini kuran karşılıklı irade beyanlarının açık (sarih) olması yolunda bir zorunluluk bulunmadığı; ikale sözleşmesinin örtülü (zımni) irade beyanı ile da kurulabileceği kabul görülür¹⁷. Bu söz-

leşmenin İş Hukuku bağlamında aşağıda açıklanacak sonuçları dikkate alındığında, örtülü irade beyanlarıyla oluşturulduğu iddiasına sakin yaklaşmak gerekir¹⁸. Esasen, yazılı şekil şartının aranmasının yerinde olacağını savunan görüş de, bu sakinliğin bir ifadesi olarak algılanmalıdır.

Yargıtay kararlarına bakıldığında işçinin tazminatlarının ödenmesi koşuluyla işten ayrılmak istediğini işverene bildirmiş ve işverenin de bunu uygun bulmuş olması¹⁹ veya işverenin işçiden istifasını talep etmesi ve işçinin de bunu tazminatlarının ödenmesi koşuluyla kabul etmesi²⁰ ikale sözleşmesinin örtülü olarak kurulmuş olduğu şeklinde yorumlanmıştır. Yine, toplu işçi çıkarma prosedürünü uygulayacak olan işverenin, öncelikle gönüllü olanları çıkaracağını belirtmesi üzerine emekliliği hak etmiş işçinin kıdem tazminatı yanında ihbar tazminatı da ödenerek iş sözleşmesinin feshedilmesini kabul etmesi, ikale olarak yorumlanmaktadır²¹. İşçinin rızasıyla memur kadrosuna geçirilmesi halinde de iş sözleşmesinin ikale yoluyla sona erdiği kabul görülür²². Benzer şekilde, işçi-işveren arasındaki iş ilişkisinin işçinin rızasıyla adi ortaklık ilişkisine dönüştürülmesi de iş sözleşmesinin ikale yoluyla sona ermesine diğer bir örnek olarak gösterilir²³.

Başka bir karar da ise Yargıtay, ihbar ve kıdem tazminatları tutarı ile sosyal haklarının ödenmesi halinde işten ayrılabilceğini dilekçe ile bildiren işçinin bu isteği üzerine sözleşmenin işverence feshi sonrasında açılan davada, gerekçede ikaleden söz etmeksizin, işe iade isteğinin kabul edilemeyeceğine, karar vermiştir²⁴. Öğretide bu durumun ikale olarak değil; işverenin feshi olarak değerlendirildiği görülmekte, ancak işçinin işe iade davası açma hakkı bulunmadığı yolundaki hüküm isabetli bulunmaktadır²⁵. Kanımızca, burada da söz konusu olan işlemin ikale sözleşmesi olduğunu kabul etmek mümkündür. İş sözleşmesinin sona ermesi noktasında taraflar anlaştıktan sonra, görünürde işçinin iş sözleşmesini feshetmesi ile işverenin aynı işlemi yapması arasında fark görmüyoruz. Durumun böyle değerlendirilmesi işçinin işe iade davası açamayacağı yönündeki

tespitin hukuki dayanağının bulunmasını kolaylaştırır.

İspat kolaylığı sağlamak açısından ikale sözleşmesinin yazılı yapılması yerinde olacaktır. Ne var ki, bu sözleşme için mutlaka yazılı şekil şartının ve açık irade beyanlarının aranmasının ne derece yerinde olacağı kanımızca tartışmaya açıktır. Yargı kararlarına konu olan yukarıda verilen örnekler dikkate alındığında tarafların iradelerinin anlaşarak sözleşmeyi sona erdirmek noktasında uyduğu görülmektedir. Yapılması gereken, sözleşmelerin yorumundaki ilk adım olan gerçek ortak arzunun²⁶ belirlenmesidir. Özellikle işçinin özgür iradesinin ikale sözleşmesi yapmak olduğunun tespit edilebildiği hallerde bu iradenin açıklanma biçimi fazlaca önem arz etmeyecektir. İşçinin ibra ya da ikale sözleşmesine taraf olurken ne kadar özgür bir iradeyle hareket edip etmediğinin tespiti ise bu çalışmanın çekirdek meselesini oluşturmaktadır.

4. Benzer Hukuki Kurumlarla Karşılaştırma

a. Sulh Sözleşmesi ve Menfi Borç İkrarı

İbra sözleşmesinde varlığı tartışmasız olan bir borç sona erdirilmektedir. Buna karşın sulh sözleşmesinde üzerinde anlaşmaya varılan alacak, çekişmeli veya şüphelidir²⁷. Dahası, sulh sözleşmesinde taraflar, aralarındaki anlaşmazlığa karşılıklı ödünlerde bulunarak son verirken ibra sözleşmesinde ödünde bulunan taraf alacaklıdır²⁸. Sulh sözleşmesi mahkeme dışında ya da mahkeme önünde yapılabılır²⁹.

İkalede amaç, mevcut bir sözleşmeyi anlaşma yoluyla sona erdirmek iken; sulh sözleşmesinde taraflar arasındaki mevcut ya da olası bir uyuşmazlığın halli amaçlanmaktadır³⁰.

Menfi borç ikrarında da taraflar arasında çekişmeli ya da varlığı kuşkulu bir alacak karşılıklı anlaşmayla ortadan kaldırılmaktadır. Alacaklı konumundaki tarafın çekişmeli alacağın bulunmadığını beyan etmesi ve karşı tarafın da bu beyanı kabulüyle sözleşme kurulmaktadır. Bu sözleşmede alacaklı bir karşılık elde ederse

yapılan, menfi borç ikrarı değil, sulh sözleşmesidir³¹.

b. Alacak Hakkını Kullanmama Anlaşması

Alacaklı ile borçlu borcun ortadan kaldırılması için değil de, sadece alacaklının ifa talep etmemesi konusunda anlaşmışlarsa, bu sözleşme ibra sözleşmesi değil; alacak hakkını kullanmama sözleşmesidir (pactum de non petendo). Bu durumda borç sona ermez, örneğin takasa konu olabilir. Anımsatalım ki, ibrada borcu sona erdiren bir tasarruf işlemi söz konusudur ve dolayısıyla alacak hakkı da ortadan kalkmaktadır³². İkalede ise sona erdirilen, hukuki ilişkinin (sözleşmenin) kendisidir.

c. Yenileme (Tecdit)

Yenileme (Tecdit), borç ilişkisinin taraflarının geçerli ve mevcut bir borcu sona erdirmek iradesiyle yeni bir borç yaratmalarıdır. Kural olarak³³, ortadan kaldırılıp yenisi yaratılan, borç ilişkisi (sözleşme) değil; bu ilişkinin edimidir³⁴. Borç ilişkisi varlığını korumaktadır. Yenileme, bu bakımdan ikaleden ayrılır.

Yenileme ile ibra arasındaki en belirgin farklılık ise alacaklının yeni bir borç yaratma iradesiyle hareket edip etmediği noktasında kendini gösterir. "Tecdit, borçluyu eski borçtan ibra eder; borçlu alacaklıya yeni borcu iltizam eder"³⁵. Özellikle eski borcu ferileriyle ortadan kaldıran bir işlem olması³⁶ itibariyle çoğunlukla alacaklı aleyhine olan³⁷ tecdit, İş Hukukunda işçinin alacağının yerine konulan alacağın niteliğine bakılarak değerlendirilmiştir.

d. Makbuz

Makbuz, borçlanılmış olan edimin yerine getirildiğini (ifa edildiğini) gösteren ve alacaklı tarafından imzalanarak borçluya teslim edilen belgedir. Borcun ifa edildiğini kanıtlama işlevini görür. İbra ise, alacaklının tatmin edilmeksizin, yani ifa olmaksızın borcun sona erdirilmesi yolundaki sözleşmedir. İfa olmadığı halde makbuz verilmesi, ibra olarak yorumlanabilir³⁸. Bu durumda makbuzun özgür iradeyle bu işleve yönelik olarak verildiğinin tespiti gerekir;

Yapılan sözleşmenin başlığı, o sözleşmenin türünün belirlenmesi bakımından yargıcı bağlamayacaktır.

aksi halde belgenin ibra sözleşmesi olarak yorumlanması mümkün değildir³⁹.

e. Davadan Feragat

Davadan feragat, bir usul hukuku işlemi olarak, davacının netice-i talebinden kısmen ya da tamamen vazgeçmesi şeklinde karşımıza çıkar. Bu işlem kesin hüküm niteliğindedir ve feragat edilen netice-i talepte yer alan hak aynı taraflar arasında aynı dava sebebine dayanılarak yeni bir dava konusu yapılamaz. Davadan feragat aynı zamanda maddi hukuk işlemidir de. Bu işlemin maddi hukuka yansımaları davacının dilekçesinin netice-i talep bölümündeki haktan vazgeçmesidir. Maddi hukuk bakımından söz konusu haktan (Örn: alacak hakkından) vazgeçmek ancak sözleşmeyle mümkün olsa dahi, mahkemeye karşı yapılan feragat beyanı hakkın (borcun) sona ermesi için yeterli olacaktır⁴⁰.

Dava açılmadan önce dava hakkından feragat ise esas itibarıyla bir maddi hukuk tasarrufudur⁴¹. Alacak hakkından tek taraflı feragatin mümkün olmadığı anımsandığında, alacaklının dava hakkından feragatinin borçlunun da kabulüyle mümkün olduğu sonucuna varmak gerekir. Ayrıca bu feragatin “alacak hakkını kullanmama taahhüdü” mü yoksa borçluyu ibraya yönelik bir işlem mi olduğu sözleşmelerin yorumuna ilişkin ilkeler ışığında dikkatle değerlendirilmelidir.

Henüz doğmamış bir haktan feragatin mümkün olmadığı genel kabul görür. Doğmamış bir haktan feragatin MK m.23 hükümlerine hemen her zaman aykırılık oluşturacağı öngörüsüyle bu sonuca varılmakta olduğunu ileri sürmek yanlış olmaz⁴². Henüz doğmamış bir alacak hakkının ibra yoluyla ortadan kaldırılması da mümkün değildir⁴³. İş sözleşmesi devam ederken yapılan ibra sözleşmelerinin geçersiz olarak kabulünde bu esas etkilidir⁴⁴.

Yargıtay, bu ilkeyi işçinin feragati bakımın-

dan genişleterek uygular. Gerçekten, İş Hukuku uygulamasında ibra ya da ikale sözleşmelerinde işçinin dava hakkından feragat ettiğine ilişkin anlatımlara da rastlanmaktadır⁴⁵. Henüz doğmamış bir haktan feragatin mümkün olmadığı ilkesinden hareketle, iş sözleşmesi devam ederken işçiden alınan davadan feragat dair belge, geçerli sayılamaz⁴⁶.

İşe iade davası açma hakkından feragat söz konusu olduğunda ise, bu beyanın iş sözleşmesi sona erdikten sonra alınmış olması halinde dahi Yargıtay feragati geçerli görmemektedir. Yargıtay bu sonuca varırken, İş K.m. 21/son hükmünü dayanak almaktadır⁴⁷. Her ne kadar, söz konusu hüküm, davadan feragatin geçersiz sayılması için pozitif dayanak olmak bakımından yetersiz ise de, kanımızca varılan sonuç İş Hukukunun genel ilkeleriyle uyumlu ve isabetlidir⁴⁸. Yargıtay'ın bu tutumunda aşağıda değinilecek olan BK Tas. m.419/III hükmünün de etkili olduğu söylenebilir.

5. İbra ve İkale Sözleşmelerinin İş Hukukundaki Sonuçları

İşçilik alacaklarına ilişkin geçerli bir ibra sözleşmesinin hukuki sonucu bunların, ifa olmaksızın ortadan kalkmasıdır. Ne var ki, bu alacakların olağan sona erme nedeni İş Hukukunda ifa olmalıdır. İşçinin geçimini sağladığı ücret ve iş sözleşmesi sona erdikten sonra yeni bir iş bulana dek yine büyük ölçüde bu işlevi görecek olan kıdem tazminatı ihbar tazminatı vb. alacaklarını işverene bırakması; başka bir anlatımla kazandırıcı işlemin nedeninin bağışlama olması (causa donandi) olağan bir durum değildir. Ayrıca, Borçlar Hukukunda ibra sözleşmesinin hukuki sebepten bağımsız (mücerret) olabileceği ileri sürülse de⁴⁹, İş Hukuku bakımından bu sonucun kabulü istisna olmalıdır. Nitekim Yargıtay da bu noktaya dikkat çekmektedir⁵⁰. Uygulamada, hiçbir ödeme olmadığı ya da hak edilenden çok daha düşük bir miktar ödenerek ibra sözleşmesinin işçiye imzalatılması az rastlanır bir durum değildir. Tam da bu nedenle aşağıda incelenecek geçerlilik koşulları geliştirilmiştir.

Önemle belirtilmelidir ki, yapılan sözleşmenin başlığı, o sözleşmenin türünün belirlenmesi

bakımından yargıcı bağlamayacaktır. Örneğin, içeriği ibra olduğu halde sözleşmeye sulh sözleşmesi başlığı konmuş olması sonucu değiştirmez⁵¹. Dahası, tarafların yaptıkları işlem ibra değil de, yukarıda incelenen benzer işlemlerden biri dahi olsa, aşağıda ibra ve ikale sözleşmelerinin geçerliliği için ortaya konan ölçütler gerekli uyarlamalar yapılarak (mutatis mutandis) bunlara da uygulanmalıdır. Kimi ibra sözleşmelerinde bulunan davadan feragate ilişkin anlatımlar ise yukarıda belirtildiği üzere ayrıca denetime tabi olacaktır.

İkale, sözleşmenin yine bir sözleşme ile sona erdirilmesi anlamına geldiğinden iş sözleşmesinin taraflardan birinin feshiyle sona ermesinin ortaya çıkardığı hukuki sonuçları doğurmaz. Somutlaştırırsak, istisnai haller dışında iş sözleşmesi işveren tarafından feshedildiğinde işçi ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanacak, işsizlik ödeneğinden yararlanabilecek ve en önemlisi işe iade davası açabilecek iken; ikale halinde bu sonuçların hiçbiri ortaya çıkmaz⁵². İkale, dolaylı şekilde işe iade davasından feragate sonucunu doğurur⁵³.

Görülebileceği üzere iş sözleşmesinin ikaleyle son bulması çoğu zaman işveren lehine bir durum yaratmaktadır. Özellikle iş güvencesi kurumunun hukukumuzda girmesi sonrasında uygulamada görülen ikale sözleşmelerindeki kayda değer artış, ister istemez bu sözleşmelerin iş güvencesi hükümlerinin dolanılması amacını taşıdığı kuşkusunu ortaya çıkarmıştır⁵⁴.

Ancak ikalenin her zaman işçinin aleyhine olduğunu iddia etmek de güçtür. Özellikle ikale sözleşmesi için icabın işçiden geldiği durumlarda işçinin ihbar ve kıdem tazminatını alarak işten ayrılmak istediğini bildirmesi mümkündür. Dahası, derhal iş değiştirmek ya da kendi işini kurmak isteyen belirli süreli iş sözleşmesiyle ça-

İkale, sözleşmenin yine bir sözleşme ile sona erdirilmesi anlamına geldiğinden iş sözleşmesinin taraflardan birinin feshiyle sona ermesinin ortaya çıkardığı hukuki sonuçları doğurmaz.

lışan işçi bakımından herhangi bir yükümlülük altında kalmaksızın sözleşmenin sona ermesi; ya da belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçinin ihbar tazminatı ödeme yükümlülüğünden kurtulması, işçi lehinedir. Bunun gibi, ikale yoluyla iş sözleşmesindeki rekabet yasağı şartının getirdiği yükümlülüklerden kurtulmak da ikalenin işçi lehine sonuçlarına örnek olarak gösterilebilir⁵⁵. Öte yandan, devam etmekte olan ve muhtemelen işçi aleyhine disiplin cezasıyla sonuçlanacak bir soruşturmadan kurtulmak da, somut olayın özelliklerine göre işçinin lehine olabilir⁵⁶.

II. İBRA SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİĞİ KONUSUNDAKİ GELİŞMELER

1. İbranamenin Dar Yorumlanması İlkesi ve Yorumda Kullanılan Ölçütler

İbra sözleşmelerinin yorumunda, temel ilke dar yorumdur⁵⁷. Bu, İş Hukukuna hakim olan işçiyi koruma ve işçi lehine yorum ilkelerinin doğal bir yansıması olarak görülmelidir.

Söz konusu ilke, Yargıtay'ın 2008 tarihli kararlarında⁵⁸ şu ifadelerle açıklanmaktadır. "İşçi, emeği karşılığında aldığı ücret ve diğer parasal hakları ile kendisinin ve ailesinin geçimini temin etmektedir. Bu açıdan bakıldığında bir işçinin nedensiz yere işvereni ibra etmesi hayatın olağan akışına uygun düşmemektedir. İş Hukukunda ibra sözleşmeleri dar yorumlanmalı ve borcun asıl sona erme nedeni ifa olarak ele alınmalıdır. Borcun tatmin edilemeyen sona erme şekillerinden biri olan ibra sözleşmelerine İş Hukuku açısından sınırlı biçimde değer verilmelidir... Borçlar Kanununun(un) irade fesadını düzenleyen 23-31. maddeleri arasında düzenlenmiş olan irade fesadı hallerinin İş Hukukunda ibra sözleşmeleri bakımında(n) çok daha titizlikle ele alınması gerekir, ibra sözleşmesi yapılırken taraflardan birinin esaslı hataya düşmesi, diğer tarafın ya da üçüncü şahsın hile ya da korkutmasıyla karşılaşması halinde ibra iradesine değer verilemez ... Öte yandan Borçlar Kanununun(un) 21. maddesinde sözü edilen

aşırı yararlanma (gabin) ölçütünün de ibra sözleşmelerinin geçerliliği noktasında değerlendirilmesi gerekir.”

İşçinin korunması ilkesi, irade sakatlığı ve gabin gibi Borçlar Kanunu hükümlerinden daha ileri bir denetimin varlığını da gerektirmektedir. İşçinin işverenin teklif ettiği bir hukuki işleme taraf olurken özgür iradesiyle hareket ettiğinin belirlenmesi, İş Hukuku bakımından yaşamsal öneme sahiptir. İş ilişkisinde özgür iradenin önündeki olası engel, irade sakatlığı boyutuna varmasa da, işçiyi rıza göstermek zorunda bırakan işverene ekonomik bağımlılık ve işini kaybetme korkusu gibi olgular ortaya çıkar⁵⁹. Aynı kararlardaki, “İbra sözleşmesinin tanımı, şekli ve hükümlerinin Borçlar Kanununda düzenlenmesi gerekliliğinin ötesinde, İş Hukukunun işçiyi koruyucu özelliği sebebiyle İş Kanunlarında normatif hüküm olarak ele alınması gerektiği açıktır.” anlatımı da bu gerçekliğe işaret eder niteliktedir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, zamanın süzgecinden geçerek istikrar kazanmış kararlarıyla, ibra sözleşmesine taraf olmak noktasında işçinin özgür iradesiyle hareket edip etmediğinin tespitine; dolayısıyla da ibra sözleşmesinin geçerliliğinin sınanmasına yarayan somut ölçütler üretmiş bulunmaktadır. Dar yorum ilkesinin kararlarda ve uygulamadaki somutlaşması olarak algılanabilecek söz konusu ölçütler, şöyle ortaya konabilir:

a. İbranamenin Düzenlendiği Tarih

Yargıtay’ın ibra sözleşmesi konusundaki kökleşmiş içtihatlarından biri ibranamenin iş sözleşmesi sona erdiği tarihten sonraki ya da en erken iş sözleşmesinin sona erdiği tarihte düzenlenmiş olmasıdır. İş sözleşmesi sürerken düzenlenen ibranameler geçersizdir⁶⁰. Yargıtay bu yaklaşımının gerekçesini 2008 tarihli kararlarında⁶¹ işçinin bu dönemde tamamen işverene bağımlı olması ve iş güvencesi hükümlerine rağmen iş ilişkisinin devamını sağlamak ya da bir kısım işçilik alacaklarına bir an önce kavuşabilmek için iradesi dışında ibra sözleşmesi imzalamaya yönelmiş sayılması gerektiği şeklinde ortaya koymaktadır. Gerekçe, kanımızca, son derece isabetlidir.

b. Tanık Anlatımları

İbranamenin geçerliliğine karar verilirken bu sözleşmenin hangi koşullar altında imzalandığının ve giderek işçinin gerçek iradesini yansıtmayı yansıtmadığının tespiti bakımından tanık anlatımları da önem arz eder⁶².

c. İşçinin Sosyoekonomik Durumu ve Pozisyonu

İbra belgesinde imzası bulunan işçinin ekonomik, sosyal, kültürel durumu ve eğitim düzeyinin yanı sıra işyerindeki pozisyonu da ibra sözleşmesinin geçerliliği bakımından dikkate değer bir ölçüt olarak karşımıza çıkmaktadır. Yüksek eğitim görmüş; işyerinde yönetici pozisyonunda bulunan bir işçi ile ilköğretim mezunu bir işçinin ibra belgesinin aynı şekilde değerlendirilmeyeceği açıktır⁶³. Belirtmek gerekir ki, işçinin sayılan niteliklerinin yüksek olması ibra sözleşmesine taraf olurken iradesinin özgür olduğunu düşünmeyi sadece kolaylaştırır. Bu durum iradesinin her durum ve koşulda özgür olduğu ve sakatlanamayacağı şeklinde anlaşılmalıdır⁶⁴.

d. Çelişkili Savunma ve İşverenin Diğer Kayıtlarıyla İbranamenin Desteklenmesi

İbra belgesindeki bilgiler kendi içinde ve bu bilgilerle işverenin savunması ve diğer işlem ve belgeleri çelişmemelidir⁶⁵. İşveren, dava sırasındaki savunmasında bir takım işçilik haklarının mevcut olmadığını iddia ederken; ibranamede bu hakların sıralanması çelişkili bir durumdur. Savunmada işyerinde fazla çalışma yapılmadığı ileri sürülürken, ibranamedeki fazla çalışma ücretinin ödendiği ve ibra edildiği yönündeki ifade, bu durumun tipik örneklerinden birini oluşturur⁶⁶. Unutulmamalıdır ki, ibra sözleşmesi varlığı şüpheli olmayan borçların ortadan kaldırılmasına yöneliktir.

Öte yandan, iş sözleşmesinin belirli süreli olduğu savunulurken ibranamede ihbar tazminatından söz edilmiş olması⁶⁷ ya da ibranamede iş sözleşmesinin işçi tarafından feshedildiğinden söz edilirken ihbar tazminatı ve kıdem tazminatı ödenmiş olması ya da Türkiye İş Kurumu’na verilen işten ayrılma bildirgesinde

işverenin feshi şeklinde bildirimde bulunulması da ibra sözleşmesine kuşkuyla yaklaşmayı gerektirecektir⁶⁸.

Hal böyle olmakla birlikte, verdiğimiz son örneklerin ibranamenin geçerliliğini kesin şekilde etkileyeceğinden söz etmek doğru olmaz. Nitekim Yargıtay, iş sözleşmesinin nasıl sona erdiğini tartıştığı bazı kararlarında Türkiye İş Kurumu'na verilen işten ayrılma bildirgesinde sözleşmenin işveren tarafından feshedildiğinin gösterilmiş olmasını sonuca etkili görmemiş; işçinin işsizlik ödeneğinden yararlanması için zaman zaman bu uygulamaya gidildiğinin görülmekte olduğunu belirtmiştir⁶⁹.

Yargıtay, bazı kararlarında ibra ile işveren kayıtları arasında çelişki bulunmaması kıstasını daha da ileri götürmekte ve ibranamede sıralanan hakların işverenin diğer kayıtlarıyla desteklenmesini de aramaktadır⁷⁰.

e. Matbu İbraname - El yazısıyla İbraname - Noterde Düzenlenen İbraname

Matbu ibraname metinleri konusunda açıklığa kavuşturulması gereken nokta, Yargıtay'ın daktilo ya da bilgisayar çıktısı şeklindeki metinlerin geçerli sayılmayacağı yönünde bir kararının bulunmadığıdır. Yargıtay'ın ibranamenin matbu olmasına vurgu yaparak verdiği kararlarda üzerinde durulan, önceden alınan açığa imzanın üst kısmının ya da metindeki boşlukların sonradan doldurulması şeklindeki olaylardır⁷¹.

İbranamenin işe girerken beyaza imza ya da matbu şekilde imzalanıp verilmiş olduğu hususu, ibranamenin geçerliliğini doğrudan etkileyeceğinden tanıkla ispatı mümkündür⁷². Unutulmamalıdır ki, işe girişte veya iş sözleşmesi sürerken beyaza imza atırılan ibranamenin hiçbir geçerliliği yoktur; çünkü ibranamenin konusunu teşkil eden alacaklar ya hiç veya tamamen doğmamıştır⁷³.

Öte yandan, ibranamenin metin kısmının işçinin el yazısıyla yazılmış olmasının işçinin iradesini açık şekilde göstermesi bakımından işveren (borçlu) için daha avantajlı bir durum yarattığından söz edilebilir⁷⁴.

Noterde düzenlenen ibranameler ise ibranamenin düzenlenme zamanı bakımından ke-

sinlik sağlamakta; ibranamenin işe girişte veya iş sözleşmesi devam ederken alındığı iddiaları hakkında karar verilirken kuvvetli delil olması itibarıyla dikkate alınmaktadır⁷⁵.

f. Genel Anlatımların Bulunduğu İbraname - Hakların İsmen Sıralanması

Yargıtay, tüm alacakların tahsil edildiği ya da başkaca alacak kalmadığı şeklindeki genel ifadeler içeren ibranameleri geçerli olarak kabul etmemekte; ibraya konu hakların açık ve kesin şekilde ismen sıralanmasını aramaktadır⁷⁶.

İbranameye işçilik haklarının ismen sıralanmasını arayan Yargıtay, bunun doğal bir sonucu olarak belgede yer almayan hakların ibra kapsamında olmadığına karar vermektedir⁷⁷.

g. İbranamedeki İhtirazi Kayıt

Öncelikle belirtmek gerekir ki, ibranamenin ihtirazi kayıtsız imzalanmış olması geçerliliği bakımından karar verilirken işveren (borçlu) lehine etki yapmaktadır⁷⁸.

Bunun ötesinde ihtirazi kaydın içeriği, hangi kalemlere ilişkin olduğu ve kullanılan ifadeler Yargıtay'ca titizlikle değerlendirilmektedir. İbranameye sıralanan haklardan, bazılarına ilişkin kayıtların sadece o kalemlere özgü olarak etki doğurduğu kabul görmektedir⁷⁹.

Bu noktada özellikle fazlaya ilişkin hakların saklı tutulduğunu belirten kayıtların etkisi önemlidir. Bu tür kayıtlar Yargıtay'ca ibranamenin tamamına etkili görülmemekte bu kayıtları taşıyan ibranamelerin borcu sona erdirmeyeceği yönünde hüküm kurulmaktadır⁸⁰. Dahası ödemede gecikme ya da taksitlendirme durumunda bu kayıt sayesinde işçinin faiz de isteyebileceği kabul edilmektedir⁸¹.

İhtirazi kaydın mutlaka ibraname üzerine yazılması ve ibraname düzenlenirken ileri sürülmesi de gerekmez. Ödeme (son taksit) öncesinde, örneğin noter kanalıyla gönderilen ihtiraze de, aynı işlevi görür⁸².

2. Değişen Ölçüt: İbranameye Miktar Bulunup Bulunmaması ve Yargıtay'ın Yeni Yaklaşımı

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin ibraname

konusundaki istikrar kazanmış içtihatlarından biri, üzerinde miktar bulunması halinde belgenin makbuz olarak kabul edilmesi idi⁸³. Miktar içeren ibranamelerin makbuz hükmünde kabul görmesinin beraberinde getirdiği sonuç, işçinin hak ettiği miktar ile ibranamedeki miktar arasında çok küçük bir fark (örneğin 1 TL) bulunsa dahi, işçinin bunu talep edebilecek; dahası asıl borç tamamıyla sona ermediği için faiz talebinin de gündeme gelebilecek olmasıdır⁸⁴.

Öte yandan, özellikle 2000'li yılların başından itibaren, miktar içermeyen ancak işçilik haklarının ismen tek tek sıralandığı ibranameler ise, 9. Hukuk Dairesi'nce geçerli görülmüştür⁸⁵. Kısacası, yaptığı ödemeyi kayda alan ve açık şekilde gösteren işverene verilen ibraname makbuz hükmünde sayılırken; ödeme miktarını içermeyen belgeler ibraname olarak geçerli kabul edilmekte idi. Bu durumun adalet duygusunu zedeleyici bir çelişkiyi beraberinde getirdiği açıktır.

lan ödeme arasında açık oransızlık olmaması durumunda borcun ibra ile sona erdiği kabul edilmelidir” anlatımı bundan sonra miktar içeren ibranamelerin 9. Hukuk Dairesi tarafından nasıl algılanacağını ortaya koymaktadır. Daire, miktar içeren ibranameyi mutlak şekilde makbuz olarak kabul eden içtihadını değiştirerek yukarıda ortaya koymaya çalıştığımız çelişkiyi gidermektedir. Bundan sonra ibranamedeki miktar ile işçinin hak ettiği miktar arasında açık bir oransızlık bulunmaması halinde belge ibra sözleşmesi hükmünde kabul edilecektir. “Açık Oransızlıktan” ne anlaşılması gerektiği her olayın özelliğine göre değerlendirilecektir. Öğretide, iş kazasından kaynaklanan maddi tazminat alacağına ilişkin olmak üzere, 100 birimlik alacağın 80-85 biriminin karşılanması halinde bu tür bir oransızlığın bulunmadığı ve giderek ibranamenin geçerli sayılacağı görüşü ileri sürülmüştür. Bu oran belirlenirken maddi tazmi-

İbramedeki miktar ile işçinin hak ettiği miktar arasında açık bir oransızlık bulunmaması halinde belge ibra sözleşmesi hükmünde kabul edilecektir.

2008 yılına dek 9. Hukuk Dairesi açıklamaya çalıştığımız yönde kararlar verirken, 21. ve 10. Hukuk Daireleri miktar içermeyen ibranamelere değer vermemiş⁸⁶; miktar içeren ibranameleri ise gabin hükümleri çerçevesinde değerlendiren sonuçlara varmışlardır^{87,88}.

9. Hukuk Dairesi 2008 yılında verdiği kararlarla 2000'li yılların başından bu yana sürdürdüğü içtihadını değiştirmiş ve Yargıtay'ın sözü edilen diğer dairelerinin kararlarına koşut ilkeler benimsemiştir. 21.3.2008 tarihinde verdiği karardaki⁸⁹, “Dairemizin ibranamede kısmi ödemeyi her durumda makbuz sayan uygulamasına rağmen, konunun tekrar ve etraflıca incelenmesi sonucu, tarafların kısmi ödeme sırasında borcun ibra ile sona erdiğine dair özel bir hüküm koymuş olmalarının sınırlı da olsa bir anlamının olması gerektiği düşünülmüştür. Başka bir anlatımla, miktar içeren ibra sözleşmelerinde hak kazanılan tutar ile yapı-

nat miktarının hesabında etkili olan kusur ve iş göremezlik gibi birçok verinin önceden bilinememesi etkilidir⁹⁰. Maddi tazminatla karşılaştırıldığında hesaplanması çok daha basit olan ve hatta likit miktarlar oluşturduğu söylenebilecek ücret, kıdem ve ihbar tazminatı gibi alacaklar söz konusu olduğunda, oranın %85'in çok üstünde olması gerektiği kuşkusuzdur.

9. Hukuk Dairesi aynı kararlar, miktar içermeyen ibranameler bakımından 2000'li yılların başından bu yana oluşturduğu içtihadını tam aksi yönde değiştirmektedir. İchtihat değişikliği kararda, şu ifadelerle ortaya konmaktadır: “Geçimini emeği ile sağlayan bir işçinin nedensiz yere işvereni ibra etmeyeceği varsayımından yola çıkıldığında, miktar içermeyen ibranameye değer verilmesi doğru olmaz. İş Hukukunda işçi lehine yorum ilkesi de bunu gerektirir ... Bütün bu olgulara göre konunun yeniden değerlendirilmesi sonucu .. İş Hukuku açısından miktar içermeyen ibra sözleşmelerinin geçerli

olmadığı sonucuna varılmalıdır. İbranamenin gerçeği yansıtmadığı itirazı karşısında işverence ibranamenin doğruluğunun yazılı delille kanıtlanması gerekir. Aksi halde ibranamenin geçerliliği kanıtlanamadığından işçi, miktarı gösterilmeyen hakları kazanır.”

Görüleceği üzere, karar şu şekilde anlaşıl-maya da elverişlidir: İbranamede miktar bulunmamakla birlikte başka ödeme belgeleriyle (Örn: Makbuz, banka dekontu) yapılan ödeme kanıtlanabilirse; bu durumda miktar içeren ibranameler için ortaya konulan ilke dairesinde değerlendirme yapılacaktır.

9. Hukuk Dairesi'nin bu içtihat değişikliğinde yasalasması beklenen Borçlar Kanunu Tasarısının etkisi yadsınamaz⁹¹. Tasarının 419. maddesi uyarınca, “İşçinin işverenden olan alacağına ilişkin ibra sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması ve ibra konusu alacağın türünün ve miktarının açıkça belirtilmesi şarttır” (B.K. Tas. m. 419/II).

“Hizmet sözleşmesi devam ederken veya sona ermesinden başlayarak bir ay geçmeden işçi aleyhine yapılan ibra sözleşmeleri kesin olarak hükümsüzdür” (B.K. Tas. m. 419/III).

“İşçinin haklarını yeterince korumadığı veya aşırı ölçüde sınırladığı açıkça belli olan ibra sözleşmelerinin, hizmet ilişkisinin sona erdiği tarihten başlayarak iki yıl içinde iptali istenebilir.” (B.K. Tas. m. 419/IV).

Tekrar belirtmek isteriz ki, 9. Hukuk Dairesi ibranamelerdeki miktar bulunup bulunmaması konusundaki içtihadını değiştirmiş olmakla birlikte, ibranamenin geçerliliği hususunda karar verirken yukarıda ortaya koyduğumuz diğer ölçütleri kullanmaya devam etmektedir⁹².

III. İKALE SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİĞİ KONUSUNDAKİ GELİŞMELER

İkale sözleşmesinin geçerlilik koşulları hakkında açıklamalara geçmezden önce, bu sözleşmenin geçersiz sayılmasının sonucunun, iş sözleşmesinin devam ettiğinin değil; sözleşmenin işveren tarafından feshedildiğinin kabulü olduğu belirtilmelidir. Giderek, ikalenin geçersizliğine karar verildikten sonra işverenin söz-

leşmenin feshi için geçerli ya da haklı bir nedeninin bulunup bulunmadığı sorgulanacaktır⁹³.

1. Dar Yorum İlkesinin İkale İçin de Geçerli Olduğu

Öğretide İkale sözleşmesinin geçerlilik denetiminde kullanılacak temel hukuki dayanakların “kanuna karşı hile” ve M.K. m.2’de düzenlenen “objektif iyiniyet” (dürüstlük kuralı) kurumları olduğu ileri sürülür. Özellikle ikale sözleşmesi yoluyla iş güvencesi hükümlerinin bertaraf edilmesi amacının güdüldüğü durumlarda, ikale sözleşmesi yapma hakkı açık şekilde kötüye kullanılmakta; dürüstlük kuralına aykırı davranılmış olmaktadır⁹⁴. Giderek, bu sözleşmenin çoğu zaman işçi aleyhine sonuç doğurduğu göz önüne alındığında, ibra sözleşmesinde olduğu gibi ikale sözleşmesinin de dar yorumlanması ve Borçlar Hukukunun irade fesadı ve gabin ölçütlerinin ötesinde denetime tabi tutulması gereği açıktır⁹⁵.

9. Hukuk Dairesi'nin önceki yıllardaki kararlarına bakıldığında, ikale sözleşmesinin geçerliliği hakkında karar verilirken tutarlı ve açık ölçütlerin ortaya konduğundan söz etmek güçtür. Daire, bazı kararlarında, ibra sözleşmesinin denetimini yaparken kullandığı, belge ile işverenin diğer işlemleri arasında çelişki bulunmaması, tanık anlatımlarıyla işçinin iradesinin ikale sözleşmesi yapılması yolunda oluştuğunun desteklenmesi ve sözleşmeye ihtirazi kayıt konularak imzalanması gibi ölçütleri kullanarak sonuca gitmiştir⁹⁶. Buna karşın diğer bazı kararlarda ise, bu ölçütlere hiç değinilmeksizin -ve dolayısıyla dar yorum ilkesi göz ardı edilerek- Borçlar Hukuku anlamında irade fesadı oluşturmayan bozma sözleşmeleri geçerli kabul edilmiştir⁹⁷. Örneğin, Borçlar Hukuku bağlamında irade fesadının bulunmaması nedeniyle ikale sözleşmesinin geçerli olduğuna hükmedilen bir takım davalarda davacılar sözleşmeyi imzalamadıkları taktirde ihbar ve kıdem tazminatlarının ödenmeyeceğini iddia etmiş; bu iddiaya karşı 9. Hukuk Dairesi karar gerekçesinde tazminatlarının ödenmeyeceği şartının tek başına iradeyi sakatladığını kabul etmenin mümkün olmadığını, zira işe iade davası açmak isteyen işçinin sözleşmesinin sona erdirildiğinin bildi-

rilmesi anında ihbar ve kıdem tazminatı isteme zorunluluğu ve hakkı bulunmadığını belirtmiştir⁹⁸. Bu gerekçeye katılmak mümkün değildir ve kararlar öğretilerde de eleştirilmiştir⁹⁹.

Son kararlara bakıldığında ise ikale sözleşmesinin yorumunda, tıpkı ibra sözleşmesinde olduğu gibi, irade fesadı ve gabin hükümlerinin ötesinde İş Hukukuna özgü bir değerlendirmenin zorunlu olduğunun 9. Hukuk Dairesi'nce de kabul gördüğü anlaşılmaktadır.

Yargıtay'ın bu gerçeği açıkça ortaya koyduğu kararların gerekçesine göre "İş ilişkisinin bozma anlaşması yoluyla sona erdirildiğine dair örnekler 1475 sayılı İş Kanunu ve öncesinde hemen hemen uygulamaya hiç yansımadağı halde, iş güvencesi hükümlerinin yürürlüğe girmesinin ardından özellikle 4857 sayılı İş Kanunu sonrasında giderek yaygın bir hal almıştır. Bu noktada, işveren feshinin karşılıklı anlaşma yoluyla fesih gibi gösterilmesi suretiyle iş güvencesi hükümlerinin dolanılması şüphesi ortaya çıkmaktadır". Ayrıca, "Bir işçinin bozma sözleşmesi yapma konusundaki icap veya kabulde bulunmasının ardından işveren feshi haline özgü iş güvencesi hükümlerinden yararlanmak istemesi ve yasa gereği en çok bir ay içinde işe iade davası açmış olması düşündürücüdür"¹⁰⁰.

Kararlarda ortaya konan bu nedenlerle, Yargıtay şu sonuçlara ulaşmış bulunmaktadır. (1) İrade fesadı hallerinin bozma sözleşmeleri yönünden titizlikle ele alınması gerekir. (2) İkalenin yorumunda iş sözleşmesinin yorumunda olduğu gibi genel hükümler dışında İş Hukukunda işçi yararına yorum ilkesi göz önünde bulundurulmalıdır. (3) İbranamenin dar yorumu ilkesi gibi, hatta daha da ötesinde, ikale sözleşmesinin geçerliliği noktasında işçi lehine değerlendirme yapılmalıdır¹⁰¹.

Dar yorum ilkesinin ikale açısından da benimsendiğinin diğer bir işareti, Dairenin 2007 yılında verdiği bazı kararlarda kullandığı ve öğretiden tarafından eleştirilen, tazminatların ödenmeyeceği şartının tek başına iradeyi sakatladığını kabul etmenin mümkün olmadığı şeklindeki görüşünün aksi yönündeki kararlarıdır. Dairenin aksi yöndeki tespit edebildiğimiz ilk kararı 30.10.2007 tarihli¹⁰². Bu kararda, işçilik haklarının ödenmesinin ikale sözleşmesinin imza-

lanmasına bağlanmış olması, ikalenin geçersiz sayılması sonucunu doğurmuş; Yüksek Mahkeme, işverenin ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanarak iş güvencesi hükümlerini bertaraf etmek için bu yönde uygulama yaptığını tespit etmiştir. Ne var ki, bu kararın hemen sonrasında 26.11.2007'de tekrar, eleştirilen gerekçeye başvurularak ikalenin geçerli kabul edilmesi¹⁰³, duraksamaya neden olan bir durum yaratmaktadır. Yargıtay'ın 21.4.2008 tarihli kararında¹⁰⁴ ise 30.10.2007 tarihli karardaki esaslara dönüldüğü görülmektedir. Kararda, ihbar ve kıdem tazminatı ödemesinin işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesini istediğine dair dilekçe imzalaması koşuluna bağlanmış olması, ikalenin geçersiz sayılmasını gerektiren nedenlerden biri olarak gösterilmiştir. 30.10.2007 ve 21.4.2008 tarihli kararlarda kullanılan gerekçelerin ve varılan sonucun başta işçiyi koruma ve işçi lehine yorum olmak üzere İş Hukuku ilkelerine daha uygun olduğu noktasında kuşku yoktur.

2. Makul Yarar ve Ek Ödeme

Öğretilerde ikale sözleşmesinin geçerliliği konusunda kullanılması gerektiği belirtilen iki başat ölçütten biri, "makul yarar" olarak isimlendirilmektedir¹⁰⁵. Bu ölçüt, en yalın anlatımla, işverenin feshine göre işçi açısından çok daha dezavantajlı bir durum yaratan ikale sözleşmesini kabul etmesi için ikale sözleşmesinden işçinin makul bir yarar elde etmesi gerektiği ön-kabulüne dayanır.

Makul yarar, somut olayın özelliklerine göre değişebilir. Bazı durumlarda işçinin ihbar önelerinde çalışmaksızın iş sözleşmesiyle bağlı olmaktan kurtulması yeterli görülebilecekken çoğu zaman, iş sözleşmesini işveren feshetmiş olsaydı yararlanabileceği hakların, hatta daha fazlasının ona sağlanması gerekebilir¹⁰⁶. İşçinin hangi parasal haklarını kapsama alan bir ikale sözleşmesinin makul yarar ölçütünü karşılayacağı konusunda ileri sürülen görüşler farklıdır. İşçinin kıdeminin ve iş güvencesi kapsamında olup olmasının miktarın belirlenmesinde dikkate alınacağı noktasında kuşku yoktur¹⁰⁷. Kapsamdaki işçiler bakımından bir görüşe göre, ihbar ve kıdem tazminatının yanı sıra 4 aylık işe başlatmama tazminatının ödenmesi

bu ölçütü karşılayacaktır¹⁰⁸. Diğer bir görüş ise, bunların ötesinde işsizlik sigortasından verilecek ödeneklerin dahi dikkate alınması gerekeceği yönündedir¹⁰⁹. Belirtmek gerekir ki, iş sözleşmesinin feshi söz konusu olmadığından burada sözü edilen, kıdem ve ihbar tazminatı miktarındaki ödemelerdir¹¹⁰. Yoksa ikale sözleşmesinin bu tazminatlara hak kazandırmadığı açıktır¹¹¹.

Öğretide ikale sözleşmesinin geçerliliği bakımından kullanılması önerilen “makul yarar” ölçütünün 2008 yılı kararlarında Yargıtay’ca da benimsendiği görülmektedir. Yargıtay’a göre, “... irade fesadı denetimi dışında tarafların bozma sözleşmesi yapması konusunda makul yararının olup olmadığının da irdelenmesi gerekir. Makul yarar ölçütü, bozma sözleşmesi yapma konusunda icabın işçiden gelmesi ile işverenden gelmesi ve somut olayın özellikleri dikkate alınarak ele alınmalıdır”¹¹².

“Tarafların bozma sözleşmesinde ihbar ve

Yargıtay’a göre makul yararın ne olduğu konusunda her somut olayın özelliklerine ve bilhassa gerçek anlamda icabın kimden geldiğine bakılarak karar verilmelidir. Bu doğrultuda, aynı karardaki “Davacının başka bir iş bulması veya kendi işini kurmuş olması gibi nedenlerle işten ayrılmasını gerektiren olguların varlığı da savunulmamıştır.” anlatımıyla makul yararın mutlaka ek ödeme olması gerekmediği; işçinin iş sözleşmesinin ikale yoluyla sona ermesinde öğretide dile getirilen türden bir yararının da bulunabileceği gerçeğinin Yüksek Mahkeme tarafından da benimsendiğini söylemek mümkündür.

Bu konuda son olarak üzerinde durulması gereken nokta, ikale sözleşmesi geçersiz sayılarak iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedildiğinin kabulüyle, feshin geçersizliğine karar verilen davalara ilişkindir. İşverenin ihbar ve kıdem tazminatına ek olarak yaptığı ödemelerin, işçinin açtığı işe iade davası sonucunda

İkale sözleşmesiyle işçiye sağlanacak maddi anlamda yararın miktarı konusunda Yargıtay açık bir tespit yapmamaktadır.

kıdem tazminatı ile iş güvencesi tazminatı hatta boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklardan bazılarını ya da tamamını kararlaştırmaları da mümkündür. Bozma sözleşmesinin geçerliliği konusunda bütün bu hususlar dikkate alınarak değerlendirmeye gidilmelidir...”¹¹³.

İkale sözleşmesiyle işçiye sağlanacak maddi anlamda yararın miktarı konusunda Yargıtay açık bir tespit yapmamaktadır. Ancak, özellikle icapta bulunanın işveren olması durumunda ihbar ve kıdem tazminatı miktarının ötesinde bir meblağın ödenmesi gereğine işaret edildiğini iddia etmek yanlış olmaz. 21.4.2008 tarihli karardaki¹¹⁴ “İşten çıkarılması düşünülen ve iş sözleşmesi feshedildiğinde ihbar ve kıdem tazminatı ödenmesi gereken davacının, bundan daha fazla yarar sağlamayacak bir yolu tercih etmesi hayatın olağan akışına uygun düşmektedir.” anlatımı, bu çıkarımımızı doğrular niteliktedir.

karar verilen ve sonrasındaki gelişmelerle hak kazanılan dört aya kadar ücret ve işe başlatma tazminatından mahsubu mümkün müdür?

Bu konuda tespit edebildiğimiz iki karar işveren tarafından iş sözleşmesinin feshinde yapılan ek ödemelere ilişkindir. Kararlardan daha önceki tarihli olanında¹¹⁵ Yargıtay ek ödemenin işe başlatmama tazminatı niteliğinde olduğunun belirtilmemiş olmasına dayanarak mahsubu mümkün görmemiş; ancak daha sonraki bir kararında bu ödemenin dört aya kadar ücret ve işe başlatmama tazminatından mahsup edilebileceğine hükmetmiştir¹¹⁶. Mahsubu mümkün gören son karar bize de isabetli görünmektedir. Özellikle ikale bakımından meseleye yaklaşıldığında, yapılan ek ödeme, işe iade davası sonucunda işçinin elde edeceği yararın dava sonucu beklenmeksizin iş sözleşmesi sona erdiği anda en azından bir kısmının sağlanmasını amaçlamıyor ise, hangi nedenle yapıldığı

İbranameyi salt ikale geçersiz olduğu için geçersiz kabul etmeyi gerektiren bir neden de yoktur.

sorusu yanıt beklemektedir¹¹⁷. Yargıtay'ın da sıkça kullandığı bir ölçüt olan “hayatın olağan akışı” ek ödemenin bu amaçla yapıldığının en azından karine benzeri bir varsayım olarak kabulünü gerektirir. Anımsatalım ki, işçinin hangi parasal haklarını kapsama alan bir ikale sözleşmesinin makul yarar ölçütünü karşılayacağı konusunda ileri sürülen yukarıda belirttiğimiz öğreti görüşlerinde, işe iade davası sonucunda elde edilebilecek parasal haklar dikkate alınarak değerlendirmeye gidilmektedir. Mahsubun mümkün görülmesi, işe iade davası sonucunda işverenin işçiyi işe başlatması halinde işçinin yapılan bu ek ödemeyi iade edeceği sonucuna varmayı da gerektirir¹¹⁸. Öte yandan, kuşkusuz işçinin ödemenin başka bir nedenle yapıldığını her türlü delille ispatlayarak sözünü ettiğimiz varsayımı çürütmesi mümkündür.

Makul yarar ölçütünün karşılanması kaygısıyla yapılan ek ödemelerin işe iade davaları sonucundaki akıbeti konusu, öğreti ve yargının çözümlemesini gerektiren pek çok başka sorunu barındırmaktadır. Ne var ki, tespit ettiğimiz bu husus, ayrı bir makale konusu olacak kadar geniş ve dolayısıyla da bu makalenin sınırlarını aşan bir nitelik arz etmektedir.

3. İşçinin Aydınlatılmış (Bilgilendirilmiş) Olması

Geçerlilik denetimi için öğreti tarafından önerilen ikinci ölçüt, “işverenin işçiyi aydınlatma yükümlülüğü” olarak anlatım bulmaktadır. Alman Hukukundan aktarılan bu ölçüt uyarınca, özellikle ikale sözleşmesi yapmak konusundaki icabın işverenden geldiği durumlarda bu sözleşmenin hukuki sonuçları hakkında işçinin bilgilendirilmesi gerekir¹¹⁹. Birleşik Krallık Hukukunda da yapılan işlemin ikale, olarak kabulü için işçinin işlemin kendisi açısından yaratacağı tüm sonuçlardan haberdar olmasının gerekliliğine işaret edilmektedir¹²⁰. Bilgilendirmenin kapsamı ve düzeyi işçinin pozisyonu ve sos-

yokültürel düzeyine ya da ikale konusundaki icabın işçiden gelmiş olmasına göre değişebilir. Örneğin, yüksek eğitilmiş ve personel işlemlerinden anlayan bir işçi söz konusu olduğunda bilgilendirmeye gerek dahi olmadığı söylenebilir¹²¹. Ne var ki, ortalama sosyokültürel düzeydeki bir işçi için bilgilendirme gereklidir.

İşverenin işçiyi gözetme borcu, işverence, işçinin çalışması nedeniyle karşılaşılabileceği tehlikelerden korunmasının yanı sıra, onun çıkarlarına zarar verecek davranışlardan kaçınması şeklinde ortaya konur ve işçinin bağlılık (sadakət) borcunun karşısında yer aldığı kabul edilir. Tanımlamada, borcun kapsam ve içeriğinin kesin şekilde belirlenmesinden, bilinçli şekilde kaçınılmaktadır. Bu tutumun arkasında, gözetme ve sadakat borçlarının iş sözleşmesi taraflarının tüm davranışlarıyla ilgili olması nedeniyle içeriğinin önceden sınırlı biçimde belirlenmesi noktasındaki güçlük yatar. Giderek, işverenin gözetme borcunun sadece işçinin yaşamını, bedensel bütünlüğünü ve sağlığını korumakla sınırlı olmadığı; çoğu zaman kendisinden ekonomik ve entelektüel anlamda güçsüz olan işçiyi bilgi vermeyi, yol göstermeyi, işçinin çıkarlarının zedelenmesini önlemek için uygun çabayı göstermeyi de içerdiği kabul edilir¹²². MK m.2'deki dürüstlük kuralı ve işverenin işçiyi gözetme borcu, Türk Hukuku bakımından da ikalenin sonuçları konusunda işçinin bilgilendirilmesini -özellikle icabın işverenden geldiği durumlarda- işveren için bir yükümlülük olarak aranmasını kanımızca gerekli kılar¹²³.

Öğretide aydınlatma yükümlülüğüne uyulmamış olmasının sonucunun ikalenin geçersizliği değil; culpa in cotrahendo çerçevesinde işçinin bu nedenle uğradığı zararın giderilmesini talep edebilmesi olduğu¹²⁴; dolayısıyla işe iade davası açılmayacağı ileri sürülmektedir¹²⁵. İkale sözleşmesinin müzakereleri sırasında iş sözleşmesi; dolayısıyla işçiyi koruma borcu devam etmektedir. İş sözleşmesinden kaynaklanan böyle bir borç mevcut iken işverenin sorumluluğunun culpa in cotrahendo düzeyine indirgenmesini kavramakta güçlük çektiğimizi belirtmek isteriz. İşçinin sadece culpa in cotrahendo çerçevesinde tazminat talep edebileceği

ancak ikalenin geçersizliğini iddia edemeyeceği şeklindeki kavrayış, ikale sözleşmesi görüşmelerinde işverenin işçiyi gözetme borcunun edim yükümlülüğünden bağımsız davranış yükümlülüğü düzeyine indiği önermesini içinde gizlemektedir. Özellikle, ortalama sosyokültürel düzeydeki bir işçinin iş sözleşmesinin ikale yoluyla sonlandırılması yolundaki icabın işverenden geldiği bir durumda işçinin culpa in contrahendo bağlamında korunmasının yeterli olduğunu düşündürecek bir dayanak bulmakta zorlanmaktayız. Kanımızca, en azından ikale görüşmelerinde gözetme borcuna ağır aykırılık söz konusu olduğunda yapılan ikalenin geçersiz olduğu ve sözleşmenin işveren tarafından feshedildiğinin kabulü gerekir. Böylece feshin geçersizliğinin tespiti dava konusu yapılabilecektir. Nitekim Alman Hukukunda varılan sonucun da bu yolda olduğu anlaşılmaktadır¹²⁶.

Yeri gelmişken belirtelim ki, işverenin aydınlatma yükümlülüğünün ibra sözleşmesi bakımından da aranması, kanımızca son derece yerinde olacaktır. Nitekim, Yargıtay 1969 yılında verdiği bir kararda¹²⁷ işverenin işçiyi imzalanan belge hakkında uyardırmamasını hile olarak kabul etmiştir. Ne var ki, yakın dönem Yargıtay kararları incelendiğinde, ibra ya da ikale sözleşmelerinin geçerliliği hakkında karar verilirken işverenin hukuki işlemin niteliği ve sonuçları bakımından işçiyi aydınlatmış olup olmadığı üzerinde durulmadığı görülür.

4. İbra - İkale İlişkisi

İkale ile sona eren bir iş sözleşmesinde işçinin ibra sözleşmesi de imzalamış olması halinde her iki sözleşme yukarıda ortaya konan ölçütler doğrultusunda denetimden geçirilerek geçersiz bulunabilir. Ancak, bu iki sözleşmeden birinin geçersiz sayılması, kural olarak, diğerini de geçersiz hale getirmez. Söz konusu sözleşmelerin hukuki sonuçları farklıdır. Özellikle iş sözleşmesi gibi sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler bakımından ikalenin doğmuş bulunan (mevcut) borçlara etkisi yoktur. Mevcut borçları sona erdiren ibra sözleşmesi geçersiz iken ikalenin geçerli olması kuramsal olarak mümkündür. Yukarıda değinildiği üzere ikale sözleşmesi geçersiz olduğunda ise iş sözleşme-

sinin işveren tarafından feshedildiği kabul edilmektedir. İş sözleşmesinin işveren tarafından feshinde işçinin kazanacağı tüm hakların açık oransızlık bulunmaksızın ibra belgesinde miktar olarak belirtilmiş olması halinde, belirtilen haklar bakımından ibranameyi salt ikale geçersiz olduğu için geçersiz kabul etmeyi gerektiren bir neden de yoktur.

Ancak, bir sözleşme olmadan diğerinin yapılmayacağı tespit edilebildiği ölçüde birinin geçersizliğinin diğerini de geçersiz kılacağı sonucuna varılmalıdır ki, İş Hukuku uygulamasında çoğunlukla durum budur. Belirtelim ki, ortaya koyduğumuz sonuca varırken Borçlar Kanunundaki “Akdi muhtevi olduğu şartlardan bir kısmının butlanı akdi iptal etmeyip yalnız şart, lağvolur. Fakat bunlar olmaksızın akdi yapılmıyacağı meczum bulunduğu takdirde, akitler tamamıyla batıl addolunur” (BK m.20/II) hükmünden örneksene yoluyla yararlanmaktayız.

İbra sözleşmesinin en erken iş sözleşmesinin sona erme anında yapılabileceği düşünüldüğünde¹²⁸, ibra ve ikale sözleşmelerinin tek bir metinde de birleşebileceği görülür. Bu durumda, Borçlar Kanunu m.20/II hükmünün doğrudan uygulama alanı bulacağından kuşku duymamak gerekir.

Yargıtay’ın 18.3.2008 ve 8.4.2008 tarihli kararlarından¹²⁹ anlaşılabilirliği kadarıyla davacı işçiler 15.3.2007 tarihinde ikale, ibraname ve feragatname başlıklı üç belge imzalamıştır. Bu belgeler birbirleriyle ilişkilendirilmiştir. İkale sözleşmesinde işçinin iş sözleşmesinin 32 gün sonra sona ereceği belirtilmektedir. Yüksek Mahkeme, iş sözleşmesi devam ederken imzalanmış olan ibraname ve feragatnameyi istikrar kazanmış kararlarına uygun olarak geçersiz saymış ve bu belgelerle ilişkilendirilmiş olması üzerinde durarak, ikale sözleşmesinin de geçersiz olduğuna hükmetmiştir. Yüksek mahkemenin bu tespiti, belgelerin birbirleriyle ilişkilendirilmiş olması dikkate alındığında, yukarıda açıklanan nedenle, isabetli bulunabilir.

Ne var ki, 8.4.2008 tarihli kararda ikale sözleşmesinin iş sözleşmesi devam ederken imzalanmış olmasının da ayrıca geçersizlik gerekçesi olarak kullanılması¹³⁰ kanımızca hiç isabetli

olmamıştır. İ kale, iş sözleşmesini sona erdiren bir sözleşme olduğuna göre; bu sözleşmenin iş ilişkisi devam ederken imzalanmasından başka bir olasılığın da bulunmadığı açıktır. Dahası, öğretide ikale sözleşmesinde bu sözleşmenin imzalandığı tarihten makul bir süre geçmesiyle iş sözleşmesinin sonra ereceğinin kararlaştırılabileceği de belirtilmektedir¹³¹.

Bu noktadaki itirazımız saklı kalmak üzere, ibra ve ikale sözleşmelerinin geçerliliğine karar verilirken her ikisi için geliştirilen ölçütlerin bir diğeri için uyarlanarak (mutatis mutandis) kullanılması kanımızca da yerinde olacaktır. Örneğin, ikale sözleşmesine işçinin özgür iradesiyle taraf olup olmadığının belirlenmesinde tanık anlatımlarına da bakılması (nitekim 21.4.2008 tarihli kararda dikkate alınmıştır¹³²) ya da işverenin savunması ve diğer belgeleriyle ikale arasında ciddi çelişkinin bulunup bulunmadığına bakılması da mümkündür. Öte yandan, daha önceki kararlarda olduğu gibi, ikale sözleşmesi sonrasında ihbar ve kıdem tazminatı ödenmiş olması ya da ikalenin Türkiye İş Kurumu'na işveren feshi olarak bildirilmiş olması tek başına ikaleyi geçersiz saymayı gerektirecek çelişkiler olarak algılanmamalıdır. Nitekim, Yüksek Mahkemenin bazı kararlarındaki algılayışının da bu yönde olduğunu söylemek mümkün görünmektedir¹³³.

Geçerli bir ikale bulunduğu halde Türkiye İş Kurumuna iş sözleşmesinin sona erme nedeni olarak "işveren tarafından süreli fesih" şeklinde bildirimde bulunulmasında çoğu zaman işverenin iyiniyeti önemli rol oynamaktadır. Ne var ki bu durum, yapılan işlemin, 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununa aykırılığını ortadan kaldırmayacaktır. Bu konuda yaşanacak olumsuzluklar, 4447 sayılı Kanunun 51. maddesinde düzenlenen işsizlik ödeneğine hak kazandıran iş sözleşmesinin sona erme hallerine ikalenin de eklenmesiyle çözümlenebilir. Yapılacak kanun değişikliği kanımızca, 4447 sayılı Kanunun ruhuna uygundur¹³⁴.

SONUÇ

İbra ve ikale sözleşmelerinin geçerliliği konusunda ortaya konan ölçütlere, işçinin bu sözleşmelere taraf olurken iradesinin özgür olup

olmadığı hususundaki kuşku nedeniyle gereksinim duyulmaktadır. Bu kuşkunun giderilmesinde hata, hile, ikrah ya da gabin gibi Borçlar Hukuku enstrümanları yararlı; ancak çalışma boyunca ortaya koymaya çalıştığımız nedenlerle, yetersizdir. Yargıtay ve öğreti tarafından ortaya konan denetim ölçütleri, söz konusu yetersizliğin giderilmesinde İş Hukukuna özgü zorunlu yaratıcılığın somut göstergeleri olarak da algılanabilirler.

İbra ve ikale sözleşmelerinin geçerlilik denetiminde kullanılan ölçütler gerekli uyarlamalar yapılarak bir diğeri -dahası sulh, yenileme vb. hukuki işlemler- için de kullanılabilir niteliktedir ve kullanılmalıdır. Nitekim, Yargıtay'ın ibra için geliştirdiği bazı ölçütleri ikalenin geçerlilik denetiminde kullandığı kararlar bulunmaktadır.

Bu görüşümüzü bir adım daha ileri götürerek, özellikle ibra bakımından yılların süzgecinden geçerek varlık kazanmış ölçütlerin işçinin oluruyla gerçekleşen tüm hukuki işlemler bakımından kullanıma elverişli olduğuna işaret etmek isteriz. Meselenin böyle algılanması, işçinin olurunun (rızasının, kabulünün), maruz kaldığı hukuki eylemlerin hukuka uygunluğunun ya da taraf olduğu hukuki işlemlerin geçerliliğinin tek dayanağı olmaması gerektiği yönündeki çağdaş İş Hukuku ilkesinin gereğidir¹³⁵.

Her iki sözleşmenin geçerliliği konusunda Yargı Kararlarında gözlemlediğimiz gelişmelerin isabetli olduğu kanısındayız. Belgenin geçerli bir ibra sözleşmesi olarak kabulü için, üzerinde miktar belirtilmesi ve bununla hak edilen miktar arasında açık oransızlık bulunmamasının aranacak olması, işçinin yanı sıra iyi niyetli işverenin de lehine bir çözüm yolu olarak görünmektedir. İ kale açısından ise, öğretinin önerdiği makul yarar ölçütüne karar gerekçelerinde açıkça yer verilmesinin önemli bir gelişme olduğu kanısındayız. Eksiklik olarak nitelenebilecek nokta ise, işverenin ibra ve ikale sözleşmesi öncesinde bu sözleşmelerin sonuçları hakkında aydınlatma yükümlülüğünden söz edilmemesi; kararlarda bu ölçütün kullanılmamasıdır. Belirttiğimiz gibi, bu ölçütün dikkate alınması dürüstlük kuralı ve işverenin

işçiyi gözetme borcunun bir gereği olarak algılanmalıdır ve işçinin oluruyla gerçekleşen tüm işlemlerde aranması yerinde olur¹³⁶.

Kural olarak, önceden vermiş oldukları kararlarda kullandıkları ilkelerin, benzer konularda önlerine gelen olaylar bakımından mahkemeleri bağlayıcı etkisi yoktur. Bu, bizim de dahil olduğumuz Kıta Avrupası Hukuk Sistemlerini Anglo-Sakson Hukuk Sistemlerinden ayıran en belirgin özelliklerden biridir¹³⁷. Dolayısıyla 9. Hukuk Dairesi de 2008 yılında verdiği bu kararlardan farklı yönde kararlar vermek noktasında serbesttir. Ne var ki, ortaya koymaya çalıştığımız 2008 tarihli kararların gerekçelerindeki ayrıntı ve ölçütler konusundaki net açıklamalar; bizde Yüksek Mahkemenin ortaya koyduğu bu ilkelere bağlı kalarak temyiz incelemesi yapmaya devam edeceği düşüncesini uyandırmaktadır. Bu tutumun benimsenmesi, hukuk güvenliğinin sağlanması bakımından da son derece yerinde olacaktır. Uygulamada ikale ve ibra sözleşmesi yapacak olanların söz konusu sözleşmelerin hangi koşulların sağlanması halinde geçerli olarak kabul edileceğini bilmeleri, bu açıdan son derece önemlidir.

Somut durumlarda gereksinim duyulan adalet (hakkaniyet) kimi zaman genel ilkeden ayrılmayı gerektirebilir. Hakkaniyetin sağlanması kaygısıyla alınan ve genel ilkeden sapma şeklinde anlaşılacak kararlar söz konusu olduğunda ise, olayın özelliklerinin karar metninden anlaşılabilmesi uygulamacıların duraksama yaşamaması bakımından önem arz etmektedir. Bu bağlamda, 9. Hukuk Dairesi'nin ağır iş yüküyle çalışmakta olduğunun bütünüyle farkında olsak da, özellikle son yıllardaki kararlarında belirginleşen gerekçede ayrıntılı açıklamaların bulunması yönündeki tutumunun devamını dilemekten kendimizi alamıyoruz.

DİPNOTLAR

- 1 Kaynar, Reşat, Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, İstanbul, Sulhi G. Mat., 1974, s. 181; Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin, Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, C. II, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1977, s. 425-426; Oğuzman, M. Kemal/Öz, Turgut, Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2006, s. 433; Eren, Fikret, Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, İstanbul, Beta Yay., 2001, s. 1259; Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993, s. 986; Tuçomağ, Kenan, Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, C. I, İstanbul, Fakülteler Mat., 1972, s. 704; Binatlı, Yusuf Ziya, Türk Borçlar Hukuku, Ankara, Sevinç Mat., 1975, s. 303; Özel, Çağlar, İş Hukuku Uygulamasında İbra Sözleşmeleri ve Yargıtay'ın İbra Sözleşmelerine Bakışı, C. 19, S. 4 Temmuz 2005, s. 5.
- 2 Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku, s. 431; Berki, Şakir, Borçların Sukutu, AÜHF., Cilt XII, S. 1-2, 1955, s. 242, dn. 38; Eren, Borçlar Hukuku, s. 1258.
- 3 Eren, Borçlar Hukuku, s. 1257; Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku, s. 428-429; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Borçlar Hukuku, s. 985 vd.
- 4 Tunçomağ, Borçlar Hukuku, s. 708-709; Kaynar, Borçlar Hukuku, s. 183; Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku, s. 434; Eren, Borçlar Hukuku, s. 1259.
- 5 Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku, s. 427, dn. 1; Eren, Borçlar Hukuku, s. 1246; Feyzioğlu, Borçlar Hukuku, s. 413; Tunçomağ, Borçlar Hukuku, s. 696.
- 6 Saymen, Ferit Hakkı, Türk İş Hukuku, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1954, s. 541; Oğuzman, M. Kemal, Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet "İş" Akdinin Feshi, İstanbul 1955, s. 33, dn. 2; Süzek, Sarper, İş Hukuku, 2008, Beta Yay., 2008, s. 449; Turan, Kamil, Ferdi İş Hukuku, Ankara, Kamu-İş, 1993, s. 117; Ekonomi, Münir, İş Hukuku: Cilt 1, Ferdi İş Hukuku, İstanbul, İTÜ Yay. No. 18, 1987, s. 163; Aydın, Ufuk, "İş Sözleşmesinin Anlaşma İle Sona Erdirilmesi", Çimento İşveren Dergisi, C. 18, S. 3, Mayıs 2004, s. 5, 7; Honeyball, Simon, Honeyball and Bowers' Textbook on Employment Law, Oxford University Press, 2006, s. 87.
- 7 Eren, Borçlar Hukuku, s. 1258; Saymen, İş Hukuku, s. 614; Eren, Borçlar Hukuku, s. 1247; Alp, Mustafa, "İş Hukukunda İkalenin (Bozma Sözleşmesi) Geçerlilik Koşulları", Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2008, Sayı: 17, s. 36; Mollamahmutoğlu, Hamdi, İş Hukuku, Ankara, Turhan Kitapevi, 2008, s. 582; Astarlı, Muhittin, "Toplu İşçi Çıkarma Kapsamında Öncelikli Olarak İşten Çıkarılmayı Kabul Eden İşçilerle İşveren Arasında Bir İ kale Sözleşmesinin Yapılmış Olduğu Kabul Edilebilir Mi?" (Karar İncelemesi), TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 20 S. 6, C. 21 S. 1, Mayıs-Ağustos 2007, s. 39; Özel, Yargıtay'ın Bakışı, s. 6.
- 8 Mehaz İsviçre Borçlar Kanunu m. 115'te ibra sözleşmesi düzenlemiş iken Türk Borçlar Kanununa alınmamasının nedenleri hakkında Bkz.: Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Borçlar Hukuku, s. 988; Berki, Borçların Sukutu, s. 237; Eren, Borçlar Hukuku, s. 1257; Kaynar, Borçlar Hukuku, s. 182.
- 9 Eren, Borçlar Hukuku, s. 1257-1258; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Borçlar Hukuku, s. 362 vd., 984; Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku, s. 428, 431; Feyzioğlu, Borçlar Hukuku, s. 424; Süzek, İş Hukuku, s. 449; Tunçomağ, Borçlar Hukuku, s. 704; Özel, Yargıtay'ın Bakışı, s. 4-5; Alp, Geçerlilik Koşulları, s. 29.
- 10 İbra için Bkz.: Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku, s. 431-432; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Borçlar Hukuku, s. 988-989; Eren, Borçlar Hukuku, s. 1246, 1260-1261;

- Berki, Borçların Sukutu, s. 240-242; Feyzioğlu, Borçlar Hukuku, s. 424, 429-431; Kaynar, Borçlar Hukuku, s. 182; Binatlı, Borçlar Hukuku, s. 303; Centel, Tankut, Bireysel İş Hukuku, İstanbul, Beta Yay., 1994, s. 202; Çil, Şahin, İş Hukukunda İbra Sözleşmesi (İbraname), İstanbul, Legal Yay., 2007, s. 21-22; Özel, Yargıtay'ın Bakışı, s. 6-7. İ kale için Bkz.: Saymen, İş Hukuku, s.541; Tunçomağ, Borçlar Hukuku, s. 696; Turan, İş Hukuku, s. 118; Eren, Borçlar Hukuku, s. 1247; Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku, s. 427, dn.1; Ekonomi, Münir, "İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesinde Tarafların Anlaşması, İbraname ile İş Güvencesi Davasından Feragat ve Sulh", Legal İş Hukukuna ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi, S. 1, Ağustos 2006, s. 39-40; Aydın, Anlaşma, s. 6.
- 11 Berki, Borçların Sukutu, s. 239; Feyzioğlu, Borçlar Hukuku, s. 427.
- 12 Eren, Borçlar Hukuku, s. 1260; Yarg. HGK, 17.12.2003, E. 2003/9-760, K. 2003/760, Çil, İbraname, s. 22; Binatlı, Borçlar Hukuku, s. 303.
- 13 Tunçomağ, Borçlar Hukuku, s. 705; Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku, s. 119, 432.
- 14 Borçlar Kanunu. Tas. m. 131'in İ kaleye de kıyasen uygulanması gerektiği yolunda Bkz. Çil, Şahin, "İbra Sözleşmesi ile İ kale Sözleşmesinin İş Güvencesine Etkileri", Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl: 2, S. 7; Eylül 2007, s. 27.
- 15 Bkz.: Aydın, Anlaşma, s. 6; Alp, Geçerlilik Koşulları, s. 34-35; Ekonomi, Tarafların Anlaşması, s. 40.
- 16 Alp, Geçerlilik Koşulları, s. 37.
- 17 Tunçomağ, Borçlar Hukuku, s. 696; Saymen, İş Hukuku, s. 540; Eren, Borçlar Hukuku, s. 1246; Çelik, Nuri, İş Hukuku Dersleri, İstanbul, Beta Yay., 2008, s. 181; Süzek, İş Hukuku, s. 448; Ekonomi, Tarafların Anlaşması, s. 40; Turan, İş Hukuku, s. 117; Aydın, s. 5; Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, s. 581; Astarlı, Karar İncelmesi, s. 38; Çil, Etkiler, s. 25; Aydın, Anlaşma, s. 5.
- 18 Alpagut, Gülsevil, "İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Sözleşmesel Kayıtlar ve Sözleşmenin Tarafların Anlaşmasıyla Sona ermesi (İ kale)", İstanbul Barosu ve Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından ortaklaşa gerçekleştirilen 11. İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Toplantısı, 8-9 Haziran 2007, İstanbul Barosu Yay., İstanbul 2008, s. 43-44; Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, s. 582.
- 19 "...işçi, önceden bir tarih belirlemek suretiyle işten ayrılmak istediğini işverene bildirmiş ve işveren de bunu uygun bulmak suretiyle kabul etmiştir. Hizmet sözleşmesi, tarafların anlaşmaları ile bildirim önelinin geçmesi beklenmeksizin her zaman sona erdirilebilir. Hizmet sözleşmesini sona erdiren anlaşma açık olabileceği gibi zımnı de olabilir. Somut olayda, toplanan deliller ve dinlenen tanık ifadeleri ile davalının işverene verdiği ve işverence de kabul edilen dilekçe ve olayların akışı birlikte değerlendirildiğinde, hizmet sözleşmesinin tarafların karşılıklı rızası ile sona erdiğinin kabulü gerekir." Yarg. 9. H.D., 21.2.1994, 2473/2638, (www.kazanci.com.tr); "... davacı işçi işyerinden kendi isteğiyle ayrılmak istediğini belirten bir dilekçeyi işverene vermiş ve davalı işverence kıdem ve ihbar tazminatları ödenmiştir... Dosyada mevcut delil durumuna göre, davacının işten ayrılmayı talep eden dilekçesi üzerine iş sözleşmesinin karşılıklı anlaşma (ikale) suretiyle feshedildiği anlaşılmaktadır." Yarg. 9. H.D., ty, E. 2007/6998, K. 2007/7700 (Astarlı, Karar İncelmesi, s. 38 dn. 6).
- 20 "...dosya içinde bulunan istifa dilekçesi içeriğine göre, ihbar ve kıdem tazminatlarının ödenmesi karşılığında anılan dilekçeyi imzalayarak işverene vermiştir. Bu şekilde taraflar arasında iş sözleşmesinin bozulması noktasında karşılıklı bir anlaşmanın varlığı söz konusudur. İşverence fesih yoluna gidilmemiş, işçiden istifasının istenmesi üzerine davacı işçi de tazminatlarının ödenmesi kaydıyla istifa etmiştir." Yarg. 9. H.D., 6.3.2007, E. 2006/35099, K. 2007/5959 (www.kazanci.com.tr).
- 21 Yarg. 9. H.D., 14.4.2008, 9199/8642; Yarg. 9. H.D., 22.3.2007, 7/8195 (www.kazanci.com.tr); Yarg. 9. H.D., 19.2.2007, 3713/4229 (Karar ve eleştirisi için Bkz.: Astarlı, Karar İncelmesi, s. 35 vd.).
- 22 Yarg. Ticaret Dairesi, 24.9.1951, 4183/4727, İÜHFİM, C. XVII, S. 3-4, s. 952; Bu karara ilişkin Saymen'in değerlendirmesi, aynı yer s. 955; Saymen, İş Hukuku, s. 540-541; Astarlı, Karar İncelmesi, s. 38.
- 23 "Davacının 1.3.1993-1.1.2000 tarihleri arasında iş sözleşmesi kapsamında görev yaptığı ve iş ilişkisinin adi ortaklık ilişkisi kurulması yönünde bir sözleşme imzalanması suretiyle karşılıklı mutabakatla sona erdiği anlaşılmaktadır" Yarg. 9. H.D., 17.4.2007, 1923/11117.
- 24 "Dosya içeriğine göre işyerinde her ne kadar iş sözleşmesi davalı işverence feshedilmiş ise de, işyerinde müdür unvanı ile çalışan davacının, fesih tarihi olan 2.4.2004 tarihinden önce, davalı işverene sunduğu 2.3.2004 tarihli dilekçesi ile 'Nisan ayı içerisinde kıdem ve ihbar tazminatı tutarı ile diğer sosyal haklarımın tarafıma ödenmesi halinde ayrılabileceğimi arz ederim.' İfadeleri ile sözleşmesinin feshedilmesini istediği anlaşılmaktadır. Davacı anılan dilekçenin baskı altında alındığını iddia etmiş ise de bunu kanıtlamış değildir. Sözleşmenin feshi davacının isteği ile gerçekleşmiş olduğunu göre davacının işe iade isteğinin kabulü doğru değildir." Yarg. 9. H.D., 27.12.2004, 32081/29589, Çankaya, Osman Güven / Günay, Cevdet İlhan / Göktaş, Seracettin, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara, Yetkin Yay., 2006, s. 197, dn. 92.
- 25 Alpagut, Sözleşmesel Kayıtlar, s.43; Çelik, İş Hukuku, s. 230-231; Birleşik Krallık Hukukunda işverenin feshine işçinin itiraz etmemesi halinin ikaleden (termination by agreement) farklı şekilde anlaşmalı işveren feshi (consensual dismissal) olarak değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülür (Honeyball, Employment Law, s. 90). Bu tür bir ayrımın bizim hukukumuz bakımından gerekli olup olmadığı tartışmaya açıktır.
- 26 Oğuzman / Öz, Borçlar Hukuku, s. 151-152.
- 27 Tunçomağ, Borçlar Hukuku, s. 708; Feyzioğlu, Borçlar Hukuku, s. 427.
- 28 Özdemir, Erdem, İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları, İstanbul, Beta Yay., 2006, s. 399-400; Çil, İbraname, s. 12-13

- 29 Bkz. Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 2001, C. IV, s. 3742 vd.
- 30 Eren, Borçlar Hukuku, s. 1247; Alpagut, Sözleşmesel Kayıtlar, s. 44; Aydın, Anlaşma, s. 5.
- 31 Feyzioğlu, Borçlar Hukuku, s. 427; Tunçomağ, Borçlar Hukuku, s. 708.
- 32 Tunçomağ, Borçlar Hukuku, s. 707; Feyzioğlu, Borçlar Hukuku, s. 427; Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku, s. 433; Eren, Borçlar Hukuku, s. 1258; Özel, Yargıtay'ın Bakışı, s. 6.
- 33 Öğretide bir görüşe göre iki tarafa borç yükleyen bir borç ilişkisinde tarafların tüm borçları ortadan kaldırarak; aradaki borç ilişkisinin niteliğini değiştirecek şekilde yeni borçlar yaratmaları da mümkündür. (Bkz.: Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku, s. 435-436; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Borçlar Hukuku, s. 991) Bu durumda yeni bir sözleşme yapmak iradesiyle ikale sözleşmesi yapıldığından söz edilebilir. Bu tür bir işlemin İş Hukuku bakımından ikalenin tabi olduğu rejime tabi tutulması gerektiği açıktır.
- 34 Eren, Borçlar Hukuku, s. 1251; Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku, s. 435.
- 35 Berki, Borçların Sukutu, s. 228.
- 36 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Borçlar Hukuku, s. 996; Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku, s. 438-439; Eren, Borçlar Hukuku, s. 1254-1255.
- 37 Berki, Borçların Sukutu, s. 228.
- 38 Muvazaa hükümleri çerçevesinde görünürdeki işlem olan makbuzun geçersiz, gizlenen işlem ibranın geçerli kabul edilebileceği yolunda Feyzioğlu, Borçlar Hukuku, s. 431; Tunçomağ, Borçlar Hukuku, s. 706; Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku, 432.
- 39 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Borçlar Hukuku, s. 820; Feyzioğlu, Borçlar Hukuku, s. 431-432; Ayr. Bkz. Özel, Yargıtay'ın Bakışı, s. 5-6.
- 40 Kuru, Usul, s. 3546-3547; Alangoya, Yavuz, Medenî Usul Hukuku Esasları, İstanbul, 2003, s. 451.
- 41 Alpagut, Sözleşmesel Kayıtlar, s. 45; Alangoya, Usul, s. 456.
- 42 Kuru, Usul, s. 3554.
- 43 Berki, Borçların Sukutu, s. 239, dn. 31, 243.
- 44 Saymen, İş Hukuku, s. 614; Bkz.: II, 1, a.
- 45 İş Hukuku uygulamasında işçilerden alınan ibra belgelerinin makbuz, menfi borç ikrarı ve feragat niteliklerini bir arada taşıyabildikleri yolunda Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, s. 846.
- 46 "...henüz doğmayan dava haklarından feragat edildiği, böyle bir feragatinse geçerli olmadığı görüldüğünden kararın bozulması gerekmiştir." Yarg. HGK, 30.6.2004, E. 2004/9-380, K. 2004/401, (www.kazanci.com.tr).
- 47 "Davacının iş sözleşmesi feshedildikten sonra kıdem, ihbar tazminatı ödenirken imzaladığı ibraname de; hiçbir şekilde feshin geçersizliğini iddia etmeyeceği işe iade talebinde bulunmayacağı, işe iade alınmaması halinde ücret ve tazminat talebinde bulunmayacağı sözcükleri yer almaktadır. 4857 sayılı İş Yasasının 21/son fıkrası hükmü karşısında, ibranamede yer alan işe iade ile buna bağlı ücret ve tazminat ile ilgili haklardan vazgeçmenin geçerli olduğunun kabul edilme olanağı bulunmamaktadır" Yarg. 9. H.D., 21.4.2005, E. 2004/23961, K. 2005/14007; "Taraflarca fesih tarihinde düzenlenen 14.6.2004 tarihli protokolün 2. maddesinde davacının 4857 sayılı Kanununun 17 ila 21. maddelerinden kaynaklanan bütün talep ve dava haklarından feragat ettiği belirtilmiştir. İşçinin, feshin geçersizliğini ileri sürerek işe iade davasını açma hakkı, anılan yasanın 21. maddesinde düzenlenmiş olup, aynı yasanın 2. maddesi son fıkrasına göre yasa ile getirilen bu hakkın değiştirilmesini veya ortadan kaldırılmasını öngören sözleşme hükümleri geçersizdir." Yarg. 9. H.D., 13.1.2005, E. 2004/32713, K. 2005/1005; "Fesih tarihinde davacıya imzalatılan 7.6.2004 tarihli protokol başlıklı belgenin hak kazanılan kıdem tazminatının ödeme planı ile ilgilidir. Bu belgedeki dava haklarından feragatle ilgili beyanları işçinin gerçek iradesini yansıtmadığı anlaşıldığından bu protokole dayanarak işe iade isteğinin reddedilmesi yerinde görülmemiştir" . Yarg. 9. H.D., 26.1.2005, E. 2004/30599, K. 2005/1515; "Taraflar arasındaki iş sözleşmesinin 04.06.2004 tarihinde davalı işverence feshedildiği sabittir. Bu tarihten sonraki tarihleri kapsayan ve davacının kendi isteği ile iş sözleşmesinin feshini istediği ve tarafların anlaştığı şeklindeki dilekçe ve sulh anlaşması, işverenin bu fesih işlemine geçerlilik kazandırmaz. Bir başka anlatımla, iş güvencesine ilişkin düzenlemelerin işçiye sağladığı güvenceden önceden feragat etmek geçerli değildir." Yarg. 9. H.D., 17.4.2006, 6103/9953; "... ibranamede, davacının işe iade davası açmaktan feragat ettiğine ilişkin beyan geçersiz ise de..." Yarg. 9. H.D., 29.1.2007, E. 2006/27843, K. 2007/1013 (www.kazanci.com.tr); Ayr. Bkz. Çil, Etkiler, s. 29.
- 48 Bkz.: Alpagut, Sözleşmesel Kayıtlar, s. 45-46; Şahlanan, Fevzi, İşe İade Davası Açma Hakkını Ortadan Kaldıran Protokolün Geçersizliği (Karar İncelemesi), <http://www.tekstilisveren.org/content/view/56/34/> (26.3.2009); Çil, İbraname, s. 64-65; Bkz. ve Karş.: Ekonomi, Tarafların Anlaşması, s. 43-46; Alp, Geçerlilik Koşulları, s. 32
- 49 Bkz. ve Karş.: Tunçomağ, Borçlar Hukuku, s. 709; Eren, Borçlar Hukuku, s. 1259.
- 50 Yarg. 9. HD, 21.3.2008, E. 2007/13059, K. 2008/5588; Yarg. 9. HD, 7.4.2008, E. 2007/14457 K. 2008/7575; Yarg. 9. HD, 1.5.2008 E. 2007/19078 K. 2008/10919; Yarg. 9. HD, 27.5.2008, E. 2007/19423, K. 2008/12887 (www.kazanci.com.tr); Bkz.: II, 1.
- 51 Ekonomi, Tarafların Anlaşması, s. 46-47.
- 52 Saymen, Karar İncelmesi, s. 955; Oğuzman, Fesih, s. 243; Turan, İş Hukuku, s. 117; Süzek, İş Hukuku, s. 448; Ekonomi, İş Hukuku, s. 163; Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, s. 582; Çil, Etkiler, s. 27, 33; "...ikale sözleşmesinin bulunduğu durumda, feshin son çare veya işçinin seçiminin objektif ölçütlere uygun olup olmadığı ayrıca yargı denetimine tabi tutulamamalı, işçinin iradesini sakatlayan bir durum olmadığı sürece işe iade konusu yapılamamalıdır." Yarg. 9. H.D., 14.4.2008,

- 9199/8642; Yarg. 9. H.D., 22.3.2007, 7/8195 (www.kazanci.com.tr).
- 53 Ekonomi, Tarafların Anlaşması, s. 37; Alp, Geçerlilik Koşulları, s. 31; Ayrıca Bkz.: Alpagut, Sözleşmesel Kayıtlar, s. 48.
- 54 “İş ilişkisinin bozma anlaşması yoluyla sona erdirildiğine dair örnekler 1475 sayılı İş Kanunu ve öncesinde hemen hemen uygulamaya hiç yansımadağı halde, iş güvencesi hükümlerinin yürürlüğe girmesinin ardından özellikle 4857 sayılı İş Kanunu sonrasında giderek yaygın bir hal almıştır. Bu noktada, işveren feshinin karşılıklı anlaşma yoluyla fesih gibi gösterilmesi suretiyle iş güvencesi hükümlerinin dolanılması şüphesi ortaya çıkmaktadır.” Yarg. 9. H.D., 18.3.2008, E. 2007/26232 K. 2008/5313; Yarg. 9. H.D., 8.4.2008, E. 2007/27825 K. 2008/7827; Yarg. 9. H.D., 21.4.2008, E. 2007/30760 K. 2008/9208 (www.kazanci.com.tr); Çil, Etkiler, s. 25; Aydın, Anlaşma, s. 7.
- 55 Bkz.: Alp, Geçerlilik Koşulları, s. 30-31, 39-40; Ekonomi, Tarafların Anlaşması, s. 37; Süzek, İş Hukuku, s. 449.
- 56 Honeyball, Employment Law, s. 87.
- 57 Süzek, İş Hukuku, s. 722; Centel, İş Hukuku, s. 203; Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, s. 848; Özdemir, İspat Yükü, s. 387 vd.
- 58 Yarg. 9. H.D., 21.3.2008, E. 2007/13059, K. 2008/5588; Yarg. 9. H.D., 7.4.2008, E. 2007/14457 K. 2008/7575; Yarg. 9. H.D., 1.5.2008 E. 2007/19078 K. 2008/10919; Yarg. 9. H.D., 27.5.2008, E. 2007/19423, K. 2008/12887 (www.kazanci.com.tr).
- 59 Ayrıntılı açıklama için Bkz.: Sevimli, K. Ahmet, İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, İstanbul, Legal Yay., 2006, s. 95 vd.
- 60 Yarg. HGK, 19.9.2001, E. 2001/9-570; K. 2001/592 (www.kazanci.com.tr); Saymen, İş Hukuku, s. 614; Oğuzman, Fesih, s. 228; Çil, İbraname, s. 21, 139 vd.; Farklı Görüş için Bkz.: Çil, İbraname, s. 20-21, 47.
- 61 Yarg. 9. HD, 13.6.2008, E. 2007/22215, K. 2008/15537; Yarg. 9. HD, 21.3.2008 E. 2007/13059 K. 2008/5588; Yarg. 9. HD, 1.5.2008 E. 2007/19078 K. 2008/10919 (www.kazanci.com.tr).
- 62 “İbranamenin serbest irade ile alınmadığı konusunda davacı iddiası bulunmaktadır. Bu durumda tanık dinleme yoluyla somut olayın ortaya çıkarılması gerekmektedir.” Yarg. 9. H.D., 28.3.2008, E. 2007/14313 K. 2008/6731; “Davacı yasal haklarının ödenmeyeceği baskısı altında belirtilen ibareyi yazdığını açıklamışsa da, iradesinin sakatlandığına yönelik bu iddiasını kanıtlamak için her hangi bir kanıt dosyaya sunmamış, tanık da dinletmemiştir.” Yarg. 9. H.D., 24.9.2007, 13961/27954, “Mahkemece, gerekirse ibranamede şahit olarak imzası bulunan kişiler dinlenmek suretiyle belgenin geçerli olup olmadığı noktasında bir karar verilmelidir.” Yarg. 9. H.D., 15.2.2005, E. 2004/12319, K. 2005/4320 (www.kazanci.com.tr).
- 63 “Bölge Müdürlüğüne getirilen bir kişinin baskı ile bir belgeyi imzalayacağı kabulü hayatın olağan şartlarına aykırıdır.” Yarg. 9. H.D., 8.7.2004, 13434/18102; Ayr. Bkz.: Yarg. 9. H.D., 11.11.1997, 14340/18894 (www.kazanci.com.tr); Aynı yönde Çil, İbraname, s. 26, 35.
- 64 İkale sözleşmesi bakımından aynı sonuca varan görüş için Bkz. Alp, Geçerlilik Koşulları, s. 33-34.
- 65 Bkz. Özdemir, İspat Yükü, s. 390 vd.
- 66 “...ibraname; ‘fazla çalışma ücretinin ödendiği ve bir alacağın kalmadığı’ ifade edilmektedir. Davalı işverenin savunmasında fazla çalışmanın bulunmadığını bildirmesi, buna karşılık düzenlenen ibranamede ise fazla çalışma ücretinin ödendiğinin belirtilmesi nedeniyle ibraname ile savunma arasında bir çelişki meydana gelmiştir. Savunma ile çelişkili ibranamaya değer izafe edilemez.” Yarg. HGK, 19.9.2007, E. 2007/9-645, K. 2007/596 “...davalının hak kazanmadığı savunması ile ibraname içeriği birbiriyle çelişkilidir. Bu nedenle ibraname sebebiyle davanın reddi de yerinde olmamıştır” Yarg. 9. H.D., 20.11.2007, 27454/34667, “...savunma ile çelişkili olan fazla mesai ücreti yönünden genel nitelikteki ibranamaya itibar edilmesi hatalıdır.” Yarg. 9. H.D., 21.3.2008, E. 2007/13059, K. 2008/5588 (www.kazanci.com.tr).
- 67 “Somut olayda davacının ... ihbar önelinin kullanıldığı ibranamede belirtilmiş olup, cevap dilekçesinde ise belirli iş sözleşmeleri ile çalıştığı... savunulmuştur. İbraname ile çelişkili savunma karşısında ibranamaya değer verilmesine olanak bulunmamaktadır.” Yarg. 9. H.D., 27.5.2008, E. 2007/19423, K. 2008/12887 (www.kazanci.com.tr).
- 68 “Ayrıca işverenin sunduğu bu kayıtlar kuruma bildirilen işten ayrılma bildirgesi ile çelişki teşkil etmektedir. İş sözleşmesinin davalı işveren tarafından feshedildiğinin kabulü gerekir.” Yarg. 9. H.D., 26.3.2007, 273/8421 (www.kazanci.com.tr); Ayrıca Bkz.: Çil, Etkiler, s. 30
- 69 Bkz.: Dip not 133’te belirtilen kararlar.; Ayr. Bkz.: Çil, Etkiler, s. 30.
- 70 “İbraname kadem tazminatı tutarı olarak gösterilen 6.500.000.000 TL’si alacakla ilgili herhangi bir ödeme belgesi bulunmamaktadır.” Yarg. 9. H.D., 13.6.2008, E. 2007/22215 K. 2008/15537 (www.kazanci.com.tr); “Özellikle İş Hukukunda İbraname sözleşmesi içeriği işveren kayıtları ve diğer belgelerle doğrulanmadan ona itibar edilmesi adaletsiz sonuçlar doğurur.” Yarg. 9. H.D., 10.12.2002, 10816/23501, M. Kılıçoğlu’nun Karşı Oy Yazısı, Çil, İbraname, s. 257.
- 71 “Davacı, davalı işveren tarafından ibraname ve işten ayrılma dilekçesi sunulmadan önce, bu belgelerin matbu, tarihsiz, işe giriş ve çıkış tarihleri ile ücret hanesi boş bulunan, ancak önceden imzalatıldığını belirterek, bu hali ile onaylı örneklerini dava dilekçesi ekinde sunmuştur. Davalı işveren tarafından belgelerde ise, boşluk bulunan yerlerin kalemlle doldurulduğu görülmektedir. Bu olgu, davacının iddiasını doğrulamaktadır” Yarg. 9. H.D., 26.3.2007, 273/8421, “... ibraname matbu olarak düzenlenmiş olup, bırakılan boşlukların sonradan doldurulduğu görülmektedir. Dinlenen ve ibranamede imzası bulunan tanık, ibranamenin önceden alındığını ve işverenin bir uygulama yapmakta olduğunu bildirmiştir.

- Bu durumda ibranamenin geçerli olduğu kabul edilemez” Yarg. 9. H.D., 28.1.1993, E. 1992/6412, K. 1993/999 (www.kazanci.com.tr); Ayr. Bkz.: Özdemir, İspat Yükü, s. 384-385; Mollamahmutoglu, İş Hukuku, s. 847; Centel, İş Hukuku, s. 202.
- 72 Özdemir, İspat Yükü, s. 386.
- 73 Saymen, İş Hukuku, s. 614; Bkz.: II, 1, a.
- 74 Çil, İbraname, s. 26, 50; “... ibranamedeki imza inkar edilmediği gibi; ibranamenin davacının el yazısı ile yazıldığı anlaşılmaktadır. Bu ibranamaya itibar edilerek davanın reddi gerekirken...” Yarg. 9. H.D., 19.12.2002, 8475/24475 (www.kazanci.com.tr).
- 75 “Öncelikle belirtmek gerekir ki, anılan belge fesihden ve davanın açılmasından sonra ve noterde düzenlenmiştir. Bu dikkat çekicidir” Yarg. 9. H.D., 29.5.2001 29.5.2001, 6498/9027 (www.kazanci.com.tr); Özdemir, İspat Yükü, s. 383
- 76 Oğuzman, Fesih, s. 288; “İş hukukunda ibranamenin dar yorumu ilkesi geçerlidir. İşçilik hakları açıkça ibranamede yer almadığı sürece, genel anlamda ibraya dair sözcüklerin borcu sona erdirdiğinden söz edilemez.” Yarg. 9. H.D., 7.3.2006, E. 2005/37456, K. 2006/5676; “..Böyle bir belgenin İş Hukuku uygulamasında sınırlı biçimde yoruma tabi tutulması, gerek öğretide gerek uygulamada benimsenen bir görüştür. Ayrıca belirtmek gerekir ki, sendikal tazminat yada kötüniyet tazminatı yasalarda özel düzenleme ile işçi yararına kabul edilmiş olduğundan bu tür tazminatların ‘herhangi bir alacağım kalmamıştır’ şeklindeki sözcük kapsamı içinde kaldığının kabulüne olanak yoktur.” Yarg. HGK, 4.10.2000, E. 2000/9-1204, K. 2000/1214 (www.kazanci.com.tr).
- 77 “Davacı her ne kadar davalı işvereni ibra etmiş ise de anılan ibranamede cezai şarttan vazgeçtiğine ilişkin herhangi bir kayıt bulunmamaktadır. Diğer bir deyişle, dava konusu olan cezai şart ibranamenin kapsamına girmemektedir” Yarg. HGK, 4.6.1997, E. 1997/9-258, K. 1997/503; “... yıllık ücretli izin ile ilgili olarak ibranamede bir kayıt yer almış değildir. Bir başka anlamda izin hakkı Dairemizin içtihatları da dikkate alındığında ibraname kapsamı dışında bırakılmıştır.” Yarg. 9. H.D., 18.3.1999, 4181/5550; “...dava konusu yapılan ilave tediye, ücret farkı, bayram, giyim, taşıt yardımı ve kıdem tazminatı farkı alacakları ise söz konusu ibraname kapsamında değildir. Bu istekler yönünden yargılama yapılarak...” Yarg. 9. H.D., 27.11.2006, 10498/31009 (www.kazanci.com.tr).
- 78 “... davacının hizmet akdinin feshinden sonra ayrıntılı ve tüm haklar sayılmak suretiyle ihtirazi kayıt koymadan imzaladığı bir ibranamede bulunmaktadır. Buna göre davacının ücret farkına dayandırdığı tüm fark isteklerinin reddi gerekirken kabulü hatalıdır ... Davacı; ihtirazi kayıt koymadan imzaladığı ibranamede yıllık izin alacaklarının da ödendiğini kabul etmiştir. Buna göre yıllık izin ücreti isteğinin de reddi gerekir.” Yarg. 9. H.D., 7.10.2004, 24939/22420; “Hizmet sözleşmesinin feshinden iki ay sonra imzalanan, tüm hakların tek tek sayıldığı ibranamede ise ihtirazi kayıt bulunmamaktadır. Davacı ibranamenin baskıyla alındığını işeri sürmüştü de kanıtlanamamıştır. Buna göre fark ve alacak isteklerinin reddi gerekirken...” Yarg. 9. H.D., 26.5.2005, 18084/19426 (www.kazanci.com.tr).
- 79 “...işçinin hizmet akti feshedilirken kendisinden ibraname alındığı, bu ibraname ile işçilik alacaklarını aldığı sadece kıdem ve ihbar tazminatı bakımından ihtirazi kayıt koyduğu anlaşıldığından fazla mesai alacağının ibraname karşısında reddi yerine kabulü hatalıdır...” Yarg. 9. H.D., 24.4.2001, 3951/6881 (www.kazanci.com.tr).
- 80 “... ihtirazi kayıtlı imzalanan ibranamenin borcu sona erdirdiğinden söz edilemez.” Yarg. 9. H.D., ty, E. 2005/24106, K. 2005/37492; “... ibranamede ihtirazi kayıt bulunduğu tespit edilecek fazla çalışma ve genel tatil günleri çalışmasına ilişkin ücret talebinin kabulüne karar verilmesi gerekirken...” Yarg. 9. H.D., 31.5.2006, 35134/15857; “... ibraname altında davacı fazlaya dair haklarını saklı tuttuğunu beyan etmiştir. Bu itirazı kayda rağmen davacının fazla çalışma isteğinin kabulü yerine reddi hatalı bulunduğundan...” Yarg. 9. H.D., 22.3.2006, 28158/7222 (www.kazanci.com.tr).
- 81 “15 adet bono ile kıdem tazminatı dahil bir takım haklarının alan davacının ibranamelere ihtirazi kayıt koyması, Borçlar Kanununun 113/2. maddesi uyarınca evvelce işleyen faizleri saklı tutma kabul edilmelidir.” Yarg. 9. H.D., 19.12.2005, 14259/39785; “Kıdem tazminatı faizi talebiyle ilgili olarak işçinin fazlaya dair haklarını saklı tutmak suretiyle imzaladığı ibraname ihtirazi kayıt niteliğinde olduğundan, işçi buna dayanarak tazminatının tamamını almış bile olsa ödenmeyen süre için mevduata uygulanan en yüksek faizin hesaplanarak hüküm altına alınmasını isteyebilir.” Yarg. HGK, 3.2.1999, E. 1999/9-35, K. 1999/54, Çil, İbraname, s. 176-179.
- 82 “Davacı işçiye taksitler halinde bonolarla kıdem tazminatının tamamının ödendiği süreçte, son ödmeden önce Noterlikçe çekilen ihtirazi kayıt ile faiz alacağını saklı tutmuştur. Borçlar Kanununun 113. maddesi kapsamında bu belgenin ihtirazi kayıt olarak nitelendirilip ödeme tarihlerine göre geçmiş günler faizi hesap edilip hüküm altına alınması gerekir.” Yarg. 9. H.D., 15.2.1999, E. 1998/19727, K. 1999/2077; “Taksitlerin tamamının ödenmeden dava açılması veya son taksit ödeninceye kadar dava açılması yeterlidir. Bu durumda akdin feshi tarihinde davacıyı verdiği ibranamede faize ilişkin ihtirazi kayıt koymamış olması faiz alacağını dava etmesini engellemez.” Yarg. 9. H.D., 29.11.1994, 12478/16918 (www.kazanci.com.tr).
- 83 “Yargısal kararlarda da benimsendiği üzere, işçinin işverene verdiği ibranamenin, kural olarak, işçiye yapılmış olan ödemeye sınırlı olmak üzere bağlayıcılığı asıldır. İş hukukunun işçiyi koruyucu amacı göz önünde tutulduğunda, bu konuda dar yorum esasının benimsenmesi ve yine kural olarak bir işçinin, işverenin karşılıksız olarak ibra etmesinin ihtimal dışı olması da kabul tarzını destekleyici bir nitelik taşır (HGK’nun 16.6.1971 gün ve E. 1215) miktarını belirleyen ve ibraname adı altında düzenlenmiş olan belgelerin makbuz niteliği taşıdığı kabul edilmiştir. (HGK’nun 17.3.1978 gün ve E. 1977/10-26, K. 1978/250)” Yarg. HGK, 27.4.1983, E. 1980/9-3055,1983/427; “Anılan ibranamenin geçerli

olduğu sonucuna ulaşıldığı taktirde ihbar ve kıdem tazminatları yönünden miktar içermekle, belgenin makbuz niteliğinde olduğu kabul edilmelidir. Bu durumda hak kazanılan ihbar ve kıdem tazminatlarından ibranamede yazılı olan tutarların indirilmesi suretiyle bakiyesinin kabulüne karar verilmelidir” Yarg. 9. H.D., 15.2.2005, E. 2004/12319, K. 2005/4320; “Dairemizin kararlılık kazanan uygulaması; miktarlar yazılı olduğu takdirde ibranamenin makbuz niteliğinde olduğu, ... yolundadır”. Yarg. 9. H.D., 18.10.2007 34624/30755 (www.kazanci.com.tr).

Bazı kararlarında Yargıtay, ibraname de miktar bulunmasa dahi ekinde sunulan belgelerde ödeme makbuzları bulunması halinde de ibra belgesini makbuz hükmünde sayabilmekteydi Bkz.: Yarg. 9. H.D., 1.11.1999, 16706/20407, Kılıçoğlu, Mustafa, İş Kanunu Şerhi, Ankara 2005, s. 758'den aktaran Çil, İbraname, s. 39; Ayr. Bkz.: Çelik, İş Hukuku, s. 290, dn. 43

84 Çil, İbraname, s. 28-29

85 “Dairemizin kararlılık kazanan uygulaması; ... miktar yazılı olmayan ancak alacakların açıkça belirtmek suretiyle imzalanan belgelerin geçerli ibraname mahiyeti taşıdığı yolundadır.” Yarg. 9. H.D., 18.10.2007, 34624/30755; “ihbar ve kıdem tazminatı yönünden miktar içerdiğinden makbuz niteliğinde ise de, aynı ibranamede davacı, miktar belirtmeden ücretli izinlerini kullandığım, hak kazandığı tüm izin ücreti karşılıklarını aldığını ve işvereni ibra ettiğini bildirdiğinden, izin ücreti yönünden davacı davalı şirketi ibra etmiş bulunmaktadır. Bu ibraname sebebi ile izin ücreti alacağının reddi gerekirken ...” Yarg. 9. H.D., 18.7.2006, 10097/21283(www.kazanci.com.tr); “İbramede miktar da mevcut değildir. Mahkemece ibranamenin makbuz niteliğinde kabul edilerek sonuca gidilmesi hatalıdır. Zira ibraname miktar içermemektedir. İbraname nedeniyle kıdem tazminatı isteminin reddi gerekirken istemin kabulü hatalı olup...” Yarg. 9. H.D., 13.4.2006, 75/9781, Çil, İbraname, s. 381; “Davacı tarafından verildiği mahkemece kabul edilen 4.5.2002 tarihli ibranamede davacı mahkemece hüküm altına alınan ihbar tazminatı, kıdem tazminatı, aylık ücretleri ile yıllık izin ücretlerini aldığını açıkça kabul ederek davalı işvereni ibra etmiştir. İbramede alınan miktarlar açıklanmadığından ibranamenin makbuz olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Dairemizin istikrar kazanan uygulamasına göre bu tür ibranamelere değer vermek gerekmiştir.” Yarg. 9. H.D., 4.11.2004, 8374/24956 (www.kazanci.com.tr).

86 “Gerçek anlamda ibranameden söz edebilmek için işçiye yapılan ödemenin miktar olarak ibranamede açıkça gösterilmesi koşuldur. Başka bir anlatımla, işçiye yapılan ödemeyi belli etmeyen sözleşmenin işvereni borcundan kurtaran ibraname olarak nitelendirilmesine olanak olmadığı açık-seçiktir.” Yarg. 21. H.D., 24.6.2003, 6207/6096; “... işçiye yapılan miktar açıkça gösterilmediğinden, ibraname olarak kabulüne olanak bulunmamaktadır.” Yarg. 21. H.D., 17.3.1998, 1519/1870 5745 (www.kazanci.com.tr); “... Noterliği tarafından düzenlenen ... ibranamede ve feragatname’ miktar öngörülmemiş, maddi ve manevi tazminat karşılığı ödendiği belirtilmiştir. Banka dekontu ile ödenen

miktardan dış tavadan mahsup edilmesi gerekir.” Yarg. 10. H.D., 23.10.2003, 5745/7375, Çil, İbraname, s. 516-517.

87 “Gerçek anlamda ödemededen söz edebilmek için tanzim edilecek miktar ile buna karşılık alınan meblağ arasında açık oransızlığın bulunmaması koşuldur. Ödemenin yapıldığı tarihteki verilerle hesaplanan tazminat ile ödenen miktar arasında açık oransızlığın bulunduğu durumlarda, yapılan ödeme makbuz niteliğinde kabul edilebilir.” Yarg. 21. H.D., 19.3.2007, E. 2006/16566, K. 2007/4784; “Gerçek anlamda ibranameden sözedebilmek için tazmin edilecek miktar ile buna karşılık alınan meblağ arasında açık oransızlığın bulunmaması koşuldur. Başka bir anlatımla, açık oransızlığın bulunduğu durumlarda, anılan belge ibraname değil ancak makbuz niteliğindedir” Yarg. 21. HD, 24.4.1995, 2055/1779 (www.kazanci.com.tr).

88 21 ve 10. Hukuk Dairelerinin bu kararları, 11. Hukuk Dairesinin trafik kazalarından kaynaklanan tazminat davaları hakkında verdiği kararlarla koşutluk gösterir. 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 111. maddesi “Bu Kanunla öngörülen hukuki sorumluluğu kaldıran veya daraltan anlaşmalar geçersizdir. Tazminat miktarlarına ilişkin olup da, yetersiz veya fahiş olduğu açıkça belli olan anlaşmalar veya uzlaşmalar yapıldıkları tarihten başlayarak iki yıl içinde iptal edilebilir” hükmünü içerir. 11. Hukuk Dairesi, gerçek zarar ile yapılan ödeme arasında açık oransızlık bulunması durumunda ibra belgelerine değer verilmeyeceğini kabul etmektedir. 21. Dairenine bu yorumu HGK tarafından da benimsenmiştir: “...ödemenin yapıldığı tarihteki verilerle hesaplanan tazminat ile ödenen miktar arasında açık oransızlığın bulunduğu durumlarda, yapılan ödeme makbuz niteliğinde kabul edilebilir. Bu durumun, ödemenin yapıldığı tarih gözönünde tutularak davacının gerçek zararının uzman bilirkişiler aracılığı ile saptanması suretiyle belirleneceği hukuksal gerçeği ortadadır. Ödemenin yapıldığı tarihteki verilerle hesaplanan tazminat ile ödenen miktar arasında açık oransızlığın bulunduğu durumlarda, yapılan ödeme makbuz niteliğinde kabul edilebilir. Bu durumun, ödemenin yapıldığı tarih gözönünde tutularak davacının gerçek zararının uzman bilirkişiler aracılığı ile saptanması suretiyle belirleneceği hukuksal gerçeği ortadadır...” Yarg. HGK, 7.12.2005, E. 2005/21-665, K. 2005/712 (www.kazanci.com.tr).

89 Yarg. 9. H.D., 21.3.2008, E. 2007/13059, K. 2008/5588 (www.kazanci.com.tr).

90 Özdemir, İspat Yükü, s. 369.

91 “Yeni Borçlar Kanunu Tasarısının 419. maddesinde de, ‘İşçinin haklarını yeterince korumadığı ve ya aşırı ölçüde sınırlandığı açıkça belli olan ibra sözleşmelerinin’ iptalinin istenebileceği şeklinde ele alınır.” Yarg. 9. H.D., 21.3.2008, E. 2007/13059, K. 2008/5588 (www.kazanci.com.tr).

92 “... ibranamenin de savunma ile çelişmesi, miktar içermemesi nedeni ile ibranameye itibar edilmemesi yerindedir.” Yarg. 9. H.D., 14.4.2008, E. 2007/11496, K. 2008/8311; Tanık anlatımlarının önemi konusunda Bkz.: Yarg. 9. H.D., 28.3.2008, E. 2007/14313,

- K. 2008/6731; Çelişkili Savunma ve İşverenin diğer kayıtlarıyla ibranamenin desteklenmesi konusunda Bkz.: Yarg. 9. H.D., 7.4.2008, E. 2007/14457 K. 2008/7575; Yarg. 9. H.D., 27.5.2008, E. 2007/19423, K. 2008/12887; Yarg. 9. H.D., 13.6.2008, E. 2007/22215, K. 2008/15537 (www.kazanci.com.tr).
- 93 Süzek, İş Hukuku, s. 450; Yarg. 9. H.D., 18.3.2008, E. 2007/26232 K. 2008/5313; Yarg. 9. H.D., 8.4.2008, E. 2007/27825 K. 2008/7827; Yarg. 9. H.D., 21.4.2008, E. 2007/30760 K. 2008/9208 (www.kazanci.com.tr); Ayr. Bkz.: Honeyball, Employment Law, s. 87.
- 94 Alp, Geçerlilik Koşulları, s. 37-38.
- 95 Mollamahmutoglu, İş Hukuku, s. 581; Süzek, İş Hukuku, s. 449; Alp, Geçerlilik Koşulları, s. 31-34, 37, 42-43; Çil, Etkiler, s. 27, 33; Aydın, Anlaşma, s. 7-8.
- 96 “Davalı işverence bir taraftan ihbar ve kıdem tazminatının ödendiğinden söz edilmesi diğer taraftan iş sözleşmesinin karşılıklı anlaşma ile sona erdiğinin ileri sürülmesi çelişki arz etmektedir. Gerçekten, iş sözleşmesinin karşılıklı anlaşma ile sona ermesi halinde kıdem tazminatının ödenmesini öngören yasal bir düzenleme bulunmadığı gibi, somut olay bakımında bir sözleşme hükmü de mevcut değildir. Dinlenen davacı tanıkları da iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedildiğini açıklamışlardır. Belirtilen bu olgulara göre davacının iş sözleşmesinin karşılıklı anlaşma ile değil, ihbar ve kıdem tazminatı ödenmek suretiyle davalı işverence feshedildiğinin kabulü gerekir.” Yarg. 9. H.D., 16.10.2006, 19194/27398; “Her ne kadar davalı anlaşma suretiyle davacının işten kendisinin ayrıldığını savunmuş ise de personel işten ayrılma formunda ve işten ayrılma bildirgesinde işten çıkış nedeninin 1475 Sayılı İş Kanununun 13. maddesi uyarınca işveren tarafından yapıldığı görülmektedir.” Yarg. 9. H.D., 26.5.2004, 1424/12594; “... işçi ... ‘İş sözleşmesinin anlaşma yolu ile feshi ve sonuçlarına ilişkin protokol’ü imzalamışlardır... davacı imzalarken fazlaya ilişkin dava ve talep haklarını saklı tutmuştur ... , davacı tarafından ihtirazı kayıt konulan protokol geçersizdir.” Yarg. 9. H.D., 24.9.2007, 13995/27723 (www.kazanci.com.tr).
- 97 “Davacının kendisine yapılan ilave ödeme karşılığında söz konusu mutabakat metnini imzaladığı ve bu şekilde ikale sözleşmesi ile iş sözleşmesinin sona erdiği açıktır. Somut olayda delil durumu ve özellikle tanık beyanlarına göre, davacı işçinin iradesinin fesada uğratıldığı da ispat edilebilmiş değildir. Türkiye İş Kurumu’na verilen işten ayrılma bildirgesinde sözleşmenin işveren tarafından feshedildiğinin gösterilmiş olması da sonuca etkili görülmemiştir. İşçinin işsizlik ödeneğinden yararlanması için zaman zaman bu uygulamaya gidildiği görülmektedir.” Yarg. 9. H.D., 2.10.2007, 15135/28823; “Davacı işçi işverenden kıdem tazminatı ödenmesi suretiyle iş sözleşmesinin feshini talep etmiş, bu arada ihbar öneli içinde çalışabileceğini açıklamıştır. Davalı işveren de 9.6.2005 tarihli yazısı ile davacının karşılıklı anlaşma yönündeki talebini kabul etmiştir. Bu durumda kıdem tazminatı ödenmek üzere, tarafların karşılıklı anlaşması yoluyla (ikale) iş sözleşmesi sona ermiştir. 4857 sayılı İş Kanunu döneminde tarafların tazminatlar ödenmek üzere iş sözleşmesinin feshin kararlaştırmaları mümkündür” Yarg. 9. H.D., 13.3.2007, E. 2006/37425, K.2007/6511; “Dosyada dava dilekçesine ekli olarak sunulduğu gibi davalının da delilleri arasında ibraz ettiği 20.9.2004 günlü fesih sözleşmesi bulunmaktadır. Bu sözleşmede aktin 20.9.2004 tarihinde karşılıklı anlaşma ile ve unsurlarında da mutabık kalınarak feshedildiği yazılıdır.” Yarg. 9. H.D., 21.4.2005, 10110/14008 (www.kazanci.com.tr); Bkz.: Alp, Geçerlilik Koşulları, s. 29, 41 vd.
- 98 “Kaldı ki, tazminatlarının ödenmeyeceği şartının tek başına iradeyi sakatladığını kabul etmek de mümkün değildir. Zira işe iade davası açmak isteyen işçinin sözleşmesinin sona erdirildiğinin bildirilmesi, anında ihbar ve kıdem tazminatı isteme zorunluluğu ve hakkı bulunmamaktadır.” Yarg. 9. H.D., 17.9.2007, 30312/26763; Yarg. 9. H.D., 17.9.2007, 30305/26756; Yarg. 9. H.D., 26.11.2007, 35800/35329 (www.kazanci.com.tr).
- 99 Alp, Geçerlilik Koşulları, s. 42.
- 100 Yarg. 9. H.D., 18.3.2008, E. 2007/26232 K. 2008/5313; Yarg. 9. H.D., 8.4.2008, E. 2007/27825 K. 2008/7827; Yarg. 9. H.D., 21.4.2008, E. 2007/30760 K. 2008/9208 (www.kazanci.com.tr). Ayr. Bkz.: Mollamahmutoglu, İş Hukuku, s. 582;
- 101 Dip not 100’de belirtilen kararlar.
- 102 “Somut uyuşmazlıkta, protokolün fesih yanında, işçinin işçilik haklarının da ödenmesini içerdiği, bir bakıma bu hakların ödenmesinin bu sözleşmenin imzalanmasına bağlanıldığı, davacının imzalamak zorunda bırakıldığı, davalı şirketin davacı işçi üzerinde, ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullandığı, karşılıklı anlaşma yolu ile fesih konusunda davacının gerçek iradesinin bulunmadığı, davalı işverenin iş güvencesi hükümlerini bertaraf etmek için bu yönde uygulama yaptığı anlaşılmaktadır. Dolayısı ile davalı işveren ile davacı işçi arasında imzalanan ve iş sözleşmesinin karşılıklı feshini içeren protokol Borçlar Kanunu’nun 20. maddesi uyarınca geçersizdir.” Yarg. 9. H.D., 30.10.2007, 17192/31723 (www.kazanci.com.tr).
- 103 Yarg. 9. H.D., 26.11.2007, 35800/35329 (www.kazanci.com.tr).
- 104 “...tanık anlatımlarına göre iş sözleşmesi feshedilen davacıya ihbar ve kıdem tazminatının ödenmesi, iş sözleşmesinin feshedilmesini istediğine dair dilekçe imzalaması koşuluna bağlanmıştır. Olayda işveren ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanmıştır. Davacı işçinin işten ayrılma iradesi bulunmamaktadır. İş sözleşmesinin ikale ile sona erdiğini kabul etmek doğru değildir.” Yarg. 9. H.D., 21.4.2008, E. 2007/30760 K. 2008/9208 (www.kazanci.com.tr). 2007
- 105 Bkz.: Alp, Geçerlilik Koşulları, s. 36 vd; Bkz. ve Karş.: Honeyball, Employment Law, s. 88.
- 106 Bkz.: I, 5.
- 107 Süzek, İş Hukuku, s. 451.
- 108 Alp, Geçerlilik Koşulları, s. 40-41.
- 109 Ekonomi, Tarafların Anlaşması, s. 37-38.

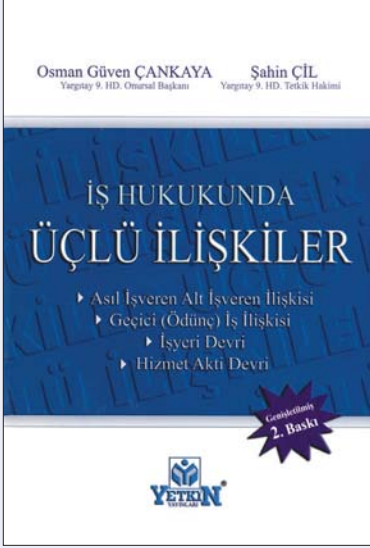
- 110 Uçum, Mehmet, "İşe İade Sonucuna Bağlı Olarak Doğan haklara İlişkin Bazı Uygulama Sorunları", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 20, 2008, s. 1408. Yürürlükten kalkan 1475 sayılı Kanununun 98. maddesini karşılayan bir madde 4857 sayılı Kanunda bulunmadığından, özellikle kıdem tazminatı bakımından bu miktarda ödeme yapılmasında engel bulunmamaktadır.
- 111 Çil, Etkiler, s. 27; Mollamahmutoglu, İş Hukuku, s. 583.
- 112 Dip not 100'de belirtilen kararlar.
- 113 Yarg. 9. H.D., 21.4.2008, E. 2007/30760 K. 2008/9208 (www.kazanci.com.tr).
- 114 Dip not 113'teki karar; Aynı Yolda Yarg. 9. H.D., 25.9.2008, 1888/25058, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 20, 2008, s. 1550-1553.
- 115 "Somut uyuşmazlıkta davalı işveren iş sözleşmesinin feshettiğinde, davacı işçiye kıdem ve ihbar tazminatı yanında 9.448,68 YTL ilave ödemede bulunmuştur. Davacıdan alınan ibranamede bu ödemenin işe başlatmama tazminatı niteliğinde olduğu belirtilmediği gibi, davacının işe iade davasından bu ödeme karşılığı feragat ettiği de açıklanmış değildir. Kaldı ki böyle bir feragat geçersizdir. Ancak davalı işverenin fesih işlemindeki tutumu, yaptığı bu ödeme ve davacının ibraname imzalamış olması gibi nedenler işe başlatmama tazminatının alt ve üst sınır arasında takdir edilmesinde dikkate alınabilir. Mahkemece davalı işverence yapılan ilave ödemenin işe başlatmama tazminatından mahsubuna karar verilmesi hatalıdır." Yarg. 9. H.D., 10.7.2006, 16045/20332 (www.kazanci.com.tr).
- 116 "... işveren tarafından iş akdi sona eren her işçiye on aylık ek ücret ödemesi yapılmasının hayatın olağan akışına aykırı olduğu, ...işe iade davaları sonucunda hüküm altına alınabilecek ücret ve tazminatlarında ödendiği, yapılan ek ücret ödemesinin işe iade davası sonucu hüküm altına alınan dokuz aylık ücret ve tazminatı kapsadığı..." Yarg. 9. H.D., 09.03.2007, E. 2006/1156, K. 2007/62 (Alpagut, Sözleşmesel Kayıtlar, s. 47-48).
- 117 Ek ödeme kazandırıcı bir tasarruf işlemidir. Her kazandırıcı işlemde olduğu gibi bir hukuki sebebi bulunmalıdır (Bkz.: Feyzioğlu, Borçlar Hukuku, s. 428). Buradaki sebeb, ifa (causa solvendi) değil de bağışlama (causa doanandi) olduğunu kabul etmek, bu yönde düşünmeyi gerektirecek başkaca bulgunun mevcut olmadığı durumlarda, kanımızca, güçtür. Yapılan ek ödeme hukuki niteliği ne olursa olsun ücret dışındaki işçilik haklarıyla takasının mümkün olduğu yönünde Bkz.: Uçum, Uygulama Sorunları, s. 1415-1416.
- 118 Bunun hukuki nedeni ve mahsubun nasıl yapılacağı hususunda Bkz.: Uçum, Uygulama Sorunları, s. 1408-1410; Ayr. Bkz.: Çil, Etkiler, s. 32-33.
- 119 Alpagut, Sözleşmesel Kayıtlar, s. 48 vd.; Ekonomi, Tarafların Anlaşması, s. 41 vd., Alp, Geçerlilik Koşulları, s. 34 ; Ayr. Bkz. Süzek, İş Hukuku, s. 450, dn. 13.
- 120 Honeyball, Employment Law, s. 87.
- 121 Ekonomi, Tarafların Anlaşması, s. 42-43; Alpagut, Sözleşmesel Kayıtlar, s. 49-50.
- 122 Ayrıntılı açıklama ve bu konudaki görüşler için Bkz. Sevimli, İşçinin Özel Yaşamına Müdahale, s. 89 vd.
- 123 Ekonomi, Tarafların Anlaşması, s. 42-43
- 124 Alpagut, Sözleşmesel Kayıtlar, s. 49; Ekonomi, Tarafların Anlaşması, s. 42-43; Alp, Geçerlilik Koşulları, s. 34.
- 125 Ekonomi, Tarafların Anlaşması, s. 43.
- 126 Junker, A., Grundkurs Arbeitsrecht, 4. Auflage, München 2004, s.246'dan aktaran, Ekonomi, Tarafların Anlaşması, s. 41.
- 127 "...işverenin işçiyi imzaladığı belgenin önemi hakkında uyarılmaması dahi yanıtıma durumunun gerçekleşmiş sayılması için yeterli bulunmaktadır" Yarg. 9. H.D., 24.1.1969, 8140/476, Centel, İş Hukuku, s. 204.
- 128 Bkz.: II, 1, a
- 129 "İbraname ve feragatnamenin alındığı 13.02.2007 tarihinde iş sözleşmesi sona ermemiştir. İş sözleşmesi devam etmektedir. İş sözleşmesi devam ederken alınan ibraname ve özellikle iş güvencesi sağlayan işe iade isteminden feragat geçerli değildir. Geçerli olmayan bir ibraname ve feragatnameye dayalı karşılıklı anlaşma ile iş sözleşmesinin sona erdirilmesi, kısaca ikale de geçersiz sayılmalıdır." Yarg. 9. H.D., 18.3.2008, E. 2007/26232 K. 2008/5313; Yarg. 9. H.D., 8.4.2008, E. 2007/27825 K. 2008/7827 (www.kazanci.com.tr).
- 130 "...taraflar arasındaki iş sözleşmesinin karşılıklı anlaşma ile sona erdirilmesi sözleşmesi iş ilişkisi devam ederken imzalandığından, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21/son maddesi uyarınca geçerli değildir." Yarg. 9. H.D., 8.4.2008, E. 2007/27825 K. 2008/7827 (www.kazanci.com.tr).
- 131 Çelik, İş Hukuku, s. 181; Ekonomi, Tarafların Anlaşması, s. 39; Mollamahmutoglu, İş Hukuku, s. 582; Bkz. ve Karş. Yarg. 9. H.D., 13.3.2007, E. 2006/37425, K. 2007/6511 (www.kazanci.com.tr).
- 132 Dip not 113'teki karar.
- 133 "Türkiye İş Kurumu'na verilen işten ayrılma bildirgesinde sözleşmenin işveren tarafından feshedildiğinin gösterilmiş olması da sonuca etkili görülmemiştir. İşçinin işsizlik ödeneğinden yararlanması için zaman zaman bu uygulamaya gidildiği görülmektedir" Yarg. 9. H.D., 2.10.2007, 15135/28823; "Dosya içeriğine göre, davacı işçi işyerinden kendi isteği ile ayrılmak istediğini belirten bir dilekçeyi işverene vermiş ve davalı işverence ihbar ve kıdem tazminatları ödenmiştir. Yine, Türkiye İş Kurumuna verilmek üzere işverence hazırlanan işten ayrılma belgesinde davacının iş sözleşmesinin 4857 sayılı İş Kanununun 17. maddesine göre işverence feshedildiği açıklanmıştır. Dosyada mevcut delil durumuna göre, davacının işyerinden ayrılmayı talep eden dilekçesi üzerine iş sözleşmesinin karşılıklı anlaşma (ikale) suretiyle feshedildiği anlaşılmaktadır. Davalı tanıkları bu yönde anlatımda bulunmuşlar. Davacı taraf tanık dinletmemiştir. İkale yoluyla iş sözleşmesinin feshinde işçinin işe iade isteğinin reddine karar verilmelidir. Mahkemece isteğin kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." Yarg. 9. H.D., 20.3.2007, 6997/7699 (www.kazanci.com.tr).
- 134 Bu yolda Fransız Hukukundan 2008 yılında yapılan değişiklikten Bkz.: http://www.dechert.com/library/Labor_08-21-08.pdf, 8.4.2009.

- 135 Bkz. ve Karş.: Sevimli, İşçinin Özel Yaşamına Müdahale, s. 95 vd.
- 136 Aynı görüşte Kılıçoğlu, Mustafa, Gülsevil Alpagut'un Tebliğinin Tartışma Bölümü, İstanbul Barosu ve Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından ortaklaşa gerçekleştirilen 11. İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Toplantısı, 8-9 Haziran 2007, İstanbul Barosu Yay., İstanbul 2008, s. 60.
- 137 Bkz.: Gözler, Kemal, Hukuka Giriş, Bursa, Ekin Kitabevi, 2008, s. 121 vd.

KAYNAKÇA

- Alangoya, Yavuz, Medenî Usul Hukuku Esasları, İstanbul, 2003.
- Alp, Mustafa, "İş Hukukunda İkalenin (Bozma Sözleşmesi) Geçerlilik Koşulları", Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2008, Sayı: 17.
- Alpagut, Gülsevil, "İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Sözleşmesel Kayıtlar ve Sözleşmenin Tarafların Anlaşmasıyla Sona Ermesi (İkale)", İstanbul Barosu ve Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından ortaklaşa gerçekleştirilen 11. İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Toplantısı, 8-9 Haziran 2007, İstanbul Barosu Yay., İstanbul 2008.
- Astarlı, Muhittin, "Toplu İşçi Çıkarma Kapsamında Öncelikli Olarak İşten Çıkarılmayı Kabul Eden İşçilerle İşveren Arasında Bir İkale Sözleşmesinin Yapılmış Olduğu Kabul Edilebilir Mi?" (Karar İncelemesi), TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 20 S. 6, C.21 S. 1, Mayıs-Ağustos 2007.
- Aydın, Ufuk, "İş Sözleşmesinin Anlaşma İle Sona Erdirilmesi", Çimento İşveren Dergisi, C. 18, S. 3, Mayıs 2004.
- Berki, Şakir, Borçların Sukutu, AÜHF., Cilt XII, S. 1-2, 1955.
- Binatlı, Yusuf Ziya, Türk Borçlar Hukuku, Ankara, Sevinç Mat., 1975.
- Centel, Tankut, Bireysel İş Hukuku, İstanbul, Beta Yay., 1994.
- Çankaya, Osman Güven/Günay, Cevdet İlhan/Göktaş, Seracettin, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara, Yetkin Yay., 2006.
- Çelik, Nuri, İş Hukuku Dersleri, İstanbul, Beta Yay., 2008
- Çil, Şahin, "İbra Sözleşmesi ile İkale Sözleşmesinin İş Güvencesine Etkileri", Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl: 2, S. 7; Eylül 2007.
- Çil, Şahin, İş Hukukunda İbra Sözleşmesi (İbraname), İstanbul, Legal Yay., 2007.
- Ekonomi, Münir, "İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesinde Tarafların Anlaşması, İbraname ile İş Güvencesi Davasından Feragat ve Sulh", Legal İş Hukukuna ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi, S. 1, Ağustos 2006.
- Ekonomi, Münir, İş Hukuku: Cilt 1, Ferdi İş Hukuku, İstanbul, İTÜ Yay. No. 18, 1987.
- Eren, Fikret, Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, İstanbul, Beta Yay., 2001.
- Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin, Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, C. II, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1977.
- Gözler, Kemal, Hukuka Giriş, Bursa, Ekin Kitabevi, 2008.
- Honeyball, Simon, Honeyball and Bowers' Textbook on Employment Law, Oxford University Pres, 2006.
- Kaynar, Reşat, Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, İstanbul, Sulhi G. Mat., 1974.
- Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 2001, C. IV.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi, İş Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi, 2008.
- Oğuzman, M. Kemal, Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet "İş" Akdinin Feshi, İstanbul 1955.
- Oğuzman, M. Kemal/Öz, Turgut, Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2006.
- Özdemir, Erdem, İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları, İstanbul, Beta Yay., 2006.
- Özel, Çağlar, İş Hukuku Uygulamasında İbra Sözleşmeleri ve Yargıtay'ın İbra Sözleşmelerine Bakışı, C. 19, S. 4 Temmuz 2005.
- Saymen, Ferit Hakkı, İşçinin Kıdem Tazminatı - İşçilikten Memuriyete Nakil (Karar İncelemesi), İÜHF, C. XVII, S. 3-4.
- Saymen, Ferit Hakkı, Türk İş Hukuku, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1954.
- Sevimli, K. Ahmet, İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, İstanbul, Legal Yay., 2006.
- Süzek, Sarper, İş Hukuku, 2008, Beta Yay., 2008.
- Şahlanan, Fevzi, İşe İade Davası Açma Hakkını Ortadan Kaldıran Protokolün Geçersizliği (Karar İncelemesi), <http://www.tekstilisveren.org/content/view/56/34/> (26.3.2009).
- Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993.
- Tuçomağ, Kenan, Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, C. I, İstanbul, Fakülteler Mat., 1972.
- Turan, Kamil, Ferdi İş Hukuku, Ankara, Kamu-İş, 1993.
- Uçum, Mehmet, "İşe İade Sonucuna Bağlı Olarak Doğan haklara İlişkin Bazı Uygulama Sorunları", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 20, 2008.

YENİ YAYINLAR



Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Onursal Başkanı Osman Güven Çankaya ile Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Tetkik Hakimi Şahin Çil tarafından hazırlanan eserin genişletilen 2. basısı, 2009 yılında yayımlanmıştır.

İlk basısı 2006 yılında yayımlanan “**İş Hukukunda Üçlü İlişkiler**”, Türk iş hukukunda üçlü sözleşmesel ilişkileri tüm yönleriyle ele almaktadır. Eserin ilk basısının ardından, özellikle asıl işveren-alt işveren ilişkisi yönünden yasa hükümlerinin değişmesi ve son olarak da Alt İşveren Yönetmeliği'nin yürürlüğe girmesi ile konunun değişen mevzuat ve yargı kararları çerçevesinde ele alınması zorunluluğu doğmuştur. Eserde alt işverenlik sözleşmesinin tanımı, unsurları, sonuçları geniş biçimde ele alınmış ve ilgili Yargıtay uygulaması ayrıntılı biçimde açıklanmıştır. Bunun yanı sıra, geçici iş ilişkisi, işyeri devri ve hizmet akdi devri bütün yönleri ile incelenmiş ve çok sayıda Yargıtay kararı da ilgili bölümlere yerleştirilmiştir.

Bu çerçevede, eserin 1. bölümünde asıl işveren-alt işveren ilişkisi, 2. bölümünde ödünç (geçici) iş ilişkisi, 3. bölümünde işyeri devri ve 4. bölümünde de hizmet akdi devri ele alınmıştır. Eserin 5. bölümünde iş hukukunda üçlü sözleşmesel ilişkilerin genel olarak değerlendirildiği sonuç kısmına ve 6. bölümünde de konuyla ilgili mevzuat hükümlerine yer verilmiştir.

Dr. Ercüment Özkaraca tarafından doktora tezi olarak hazırlanan “**İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu**” isimli eser, 2008 yılında yayımlanmıştır.

İşyeri, işyeri bölümü ve işletme kavramları açıklanarak Avrupa Adalet Divanı'nın İş Kanunu'nun 6. maddesinin uygulanması açısından önem taşıyan kararlarına da değinilen eserde; bu kararlarda belirlenen normun koruma amacı ön plana çıkarılarak, işyeri devrinin temel ölçütü olarak kimliğini koruyan ekonomik birliğin esas alınması gerektiği sonucuna vurgu yapılmıştır.

Eserde, işyeri kavramına ilişkin olarak yasal esaslar üzerinde durulmuş bu hususta Avrupa Birliği Hukuku'nda ve Adalet Divanı içtihadında yaşanan gelişmeler yansıtılmıştır. İşyeri devri kavramı açısından da ağırlıklı olarak, işyeri devrine yol açan durumlar incelenmiş ve işyeri devrinin diğer üçlü ilişkilerden farkı ortaya konularak sonuçları ele alınmıştır.



Jur. Dr. Mevci ERGÜN

Uluslararası Patent Birliği Konseyi Başkan Yardımcısı

İşçi Hizmet Buluşları İçin İşyeri Patent Sistemi

İŞÇİ TANIMI

Özel hukuk ilişkisi içinde olan işçilerin buluşları ile ilgili olarak, 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'de (Pat. KHK) özel bir düzenleme öngörülmüştür (m. 16 vd.).

Pat. KHK hükümlerine göre işçi, bir özel hukuk sözleşmesi veya benzeri bir hukuk ilişkisi gereği, başkasının hizmetinde olan ve bu hizmet ilişkisini işverenin gösterdiği belli bir işle ilgili olarak kişisel bir bağımlılık içinde ona karşı yerine getirmekle yükümlü olan kişidir (Pat. KHK m. 16/III). Pat. KHK'da, ücretsiz olarak ve belirli bir süreye bağlı olmaksızın hizmet gören stajyerler ve pratik yapan öğrenciler de işçi olarak sayılmaktadır. Bu anlamda işçi olarak sayılmak için, ekonomik açıdan bağımlılık ve hizmet ilişkisinin süresinin bir önemi yoktur. Buna karşılık, 4857 sayılı İş Kanunu'na göre işçi, bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan kişi olarak tanımlanmıştır (m. 2/I). Ferdi iş hukuku alanında işçi kavramının çeşitli tanımlarını görmek mümkün olmakla birlikte, aynı anlamı ifade etmektedirler. Görüldüğü üzere; ferdi iş hukukunda işçi tanımında olması gereken iş sözleşmesi yerine, Pat. KHK'da bir özel hukuk sözleşmesi veya benzeri bir hukuk ilişkisi aranmaktadır. Ferdi iş hukukunda iş sözleşmesinde

olabilecek ekonomik bağımlılık unsuru, Pat. KHK'da tanımlanan işçi için söz konusu değildir. İşçi kavramı konusunda Pat. KHK'da öngörülen hüküm, ferdi iş hukukundakine nazaran daha geniş düzenlenmiştir.

İŞÇİ BULUŞUNUN KAPSAMI

Teknik yenilik bir üst kavram olup, patent, faydalı model ve teknik iyileştirme tekliflerini içerir. Buluşlar, korunabilir nitelikte olup olmasına göre, aşağıdaki şekilde incelenebilir:

1. Korunabilir nitelikte sayılan buluşlar:

Korunabilir nitelikte sayılan buluşlar, patent veya faydalı model olarak korunabilir olanlardır. Nitekim, işçi buluşları da, patent veya faydalı model belgesi ile korunabilir nitelikte olan buluşlardır (Pat. KHK m. 16/I).

2. Korunabilir nitelikte sayılmayan buluşlar: Teknik iyileştirme teklifleri, hizmet buluşu veya serbest buluş gibi bir ayırıma tabi tutulmayan ve peşinen işverene ait olduğu kabul edilen, iş sonuçlarıdır. İşçiye bunlar hakkında işverene bildirimde bulunma yükümü açıkça yüklenmemiş olsa bile, bu yükümlülük, iş ilişkisinin doğal bir sonucu olarak vardır. Bu teklifler, diğer koruma haklarından farklı olarak (patent veya faydalı model) işverene hukuki değil, fiili bir tekel benzeri imtiyaz sağlayan iş sonuçlarıdır. İşverene sağlanan tekel benzeri

imtiyaz, ekonomik bir avantajın sağlanması demektir (Pat. KHK m. 33 Gerekçesi).

Teknik iyileştirme teklifleri, patent veya faydalı model belgesi ile korunabilir nitelikte değildir. Diğer bir anlatımla, bir buluş, teknik iyileştirme teklifi niteliğinde ise, işçi buluşu olarak sayılamaz (Pat. KHK m. 16/II). Teknik iyileştirme tekliflerinin işverene yazılı olarak bildirilmesi ile bunlardan yararlanma karşılığında, işveren tarafından işçiye ödenecek uygun bedel ve bunun hesaplanması hususlarında Pat. KHK m. 18, 22 ve 25 hükümleri kıyasen uygulanır (Pat. KHK m. 33).

Teknik iyileştirme teklifleri ile ilgili diğer konular ferdi ve toplu iş sözleşmeleriyle düzenlenir.

İŞÇİ BULUŞLARININ ÇEŞİTLERİ

İşçiler tarafından gerçekleştirilen buluşlar, hizmet buluşları ve serbest buluşlar olarak iki kısma ayrılır. Teknik iyileştirme teklifleri ise, işçi buluşu olarak kabul edilmemektedir.

1. Hizmet Buluşları

Hizmet buluşları, işçinin bir işletme veya kamu idaresinde yükümlü olduğu faaliyeti gereği, gerçekleştirdiği veya işletmenin veya kamu idaresinin büyük ölçüde deneyim ve çalışmalarına dayanan, işçinin iş ilişkisi sırasında yaptığı buluşlardır (Pat. KHK m. 17/II). Bu tanıma göre hizmet buluşlarının unsurları şunlardır:

a) Hizmet buluşu, işçinin, yükümlü olduğu işin gereği olarak gerçekleştirilmelidir.

b) Buluş, işletme veya kamu idaresinin büyük ölçüde deneyim ve çalışmalarına dayanmalıdır. Ancak, işletmenin deneyim ve çalışmalarının buluşla ilgili olması yetmez, buluşun gerçekleşmesinde “önemli görevinin olması” aranır.

c) Buluş, iş ilişkisinin devamı süresince gerçekleştirilmelidir. Fakat, buluşun, iş ilişkisi devam etmek şartıyla, iş mesaisi içinde gerçekleşmesi şart değildir. İşçinin, tatili sırasında yaptığı buluş da işçi buluşudur.

2. Serbest Buluşlar

Pat. KHK’da serbest buluşlarının açıkça tanımlanmamıştır. Serbest işçi buluşları, işçilerce yapılan ve hizmet buluşu sayılmayan buluşlar-

dır (Pat. KHK m. 17/III). Bu buluşların, işletme için yararlı veya işletme tarafından değerlendirilebilir olmaları halinde de, hizmet buluşu sayılmaları mümkün değildir.

Serbest buluşun sahibi işçidir; buluş işçinin kişiliğinde doğar ve bütün haklarıyla işçi de kalır. İşçi serbest buluşu devretmek kanuni yükümü altında olmadığı gibi, işveren de bu tür buluşları tek taraflı irade açıklamasıyla iktisap etmek hakkına sahip değildir. Bu tür buluşlar ancak Pat. KHK m. 86 vd. hükümleri dahilinde herhangi bir üçüncü kişiye olduğu gibi devredilebilir. Serbest buluşlar için patent veya faydalı model başvurusunda bulunmak hakkı işçiye aittir¹.

İŞÇİ HİZMET BULUŞLARI İÇİN İŞYERİ PATENT SİSTEMİ KURULMASININ ÖNEMİ

Patent kanunları, özel veya kamusal bir iş ilişkisi içinde bulunan kimseleri; yükledikleri iş gereği ve işin yerine getirilmesi sırasında gerçekleştirdikleri buluşlar dolayısıyla, buluşa adlarının verilmesi gibi manevi ve bedel alma gibi maddi haklarla ödüllendirerek; işletme sahibini de patentin sahibi kabul ederek, araştırma ve geliştirmeye önem verilmesi yönünde teşvik etmiştir². Tüm bu hususların yer aldığı bir işyeri patent sisteminin, iş barışının sağlanması ve işyerinin haklılığını kanıtlayabilmesi bakımından da önemi vardır.

Söz konusu sistemin kurulmasının, bir işyeri için kazanımları şunlardır:

1. İşçi ve işveren arasında hizmet buluşları ile ilgili hak geçiş sözleşmesinin yapılması,

2. Anlaşmazlık halinde ortaya çıkacak uyuşmazlıkların çözümlenmesi,

3. İş akdi ilişkisinin sona erme tarihinden itibaren geçecek altı ay içinde olası itirazların yapılması.

İŞYERİ ÇALIŞMA KÜLTÜRÜ

Her işyerinin bir çalışma kültürü olup, diğer işyerlerinden farklılık gösterir. Bu farklılık, özellikle kurumsal kimlik ve verilerin düzenli biçimde elde edilebilmesinden doğmaktadır. Özenle düzenlenmiş bir işyeri patent sistemi-

nin kurulabilmesi için, patent alanında uzman hukukçu ile patent vekilinden yararlanmayı zorunlu kılmaktadır. İşyeri çalışma kültürünün belirlenmesinde, özellikle buluşla ilgili hak geçişinin sağlanabilmesi için, kayıt altına alınacak hususların bir liste haline getirilmesi gerekir. Listeye alınan başlıkların her birinin ayrı ayrı tanımları yapılmalı ve birbirini öncelik sırasına göre takip etmelidir.

İŞÇİ HİZMET BULUŞU İLE İLGİLİ HAK GEÇİŞİNİN SAĞLANABİLMESİ İÇİN KAYIT ALTINA ALINACAK HUSUSLAR

Özenle düzenlenmiş bir işyeri patent sisteminin kurulmasında, bazı hususların kayıt altına alınması gerekmektedir. Bu uygulamada işyeri çalışma kültürü büyük bir önem taşır. İşçilerin hizmet buluşları ile ilgili hak geçişinin sağlanabilmesi için, bazı hususların kayıt altına alınarak güvenilir bir işyeri patent sistemi kurulmalıdır.

Bu anlamda, kurulacak sistem için kayıt altına alınacak hususlar şunlardır:

1. Buluşun Niteliği

İşyeri patent sisteminin kurulmasının asıl amacı, işçiler tarafından gerçekleştirilecek hizmet buluşları ile ilgili verilerin kayıt altına alınmasıdır. Bu sistem sayesinde, işçi buluşu olarak kabul edilmemekle birlikte, teknik iyileştirmeler konusundaki çalışmaların da değerlendirilmesi kolaylaşır. Hizmet buluşu ile ilgili buluş hakkı önce işçinin kişiliğinde doğar ve daha sonra da, talep etmesi üzerine işverene devredilir. İşveren patent/faydalı model başvurusunu, işçinin halefi sıfatı ile yapar ve patentin/faydalı modelin sahibi olur (Pat. KHK m. 11, 15, 166). Ancak, buluşu yapan işçinin adı patentte/faydalı modelde belirtilir.

2. İşçinin Bildirimi

Serbest işçi buluşu yapıldığında, işçi sadece işvereni haberdar eder. Buna karşılık, işçi bir hizmet buluşu yaptığında, bu buluşunu yazılı olarak ve geciktirmeksizin işverene bildirmekle yükümlüdür (Pat. KHK m. 18/D). Buluş birden

çok işçi tarafından gerçekleştirilmişse, bildirim her birinin imzalarını taşır. Ancak, her biri ayrı ayrı, şekline uygun bildirimde de bulunabilir.

Bildirim yükümü, buluşun tamamlanmasından sonra söz konusudur. Fakat, tamamlama öncesinde böyle bir bildirim yapılacağı sözleşmede özel olarak taraflarca kararlaştırılmış olabilir. İşçinin, Pat. KHK'de öngörülen şekilde bildirimde bulunabilmesi için, işveren gereken yardımı göstermek zorundadır (Pat. KHK m. 18/son fırka). Buluşun ne zaman tamamlanmış sayıldığı, buluşu yapanın kişisel fikrine göre değil, bir uzmanın bu konudaki görüşüne göre belirlenir. İşçinin Pat. KHK'da öngörülen bildirim yükümünü yerine getirmemesi veya yanlış bildirimde bulunması onu işverene karşı, genel hükümlere göre, sorumlu kılar. Hatta, böyle bir durum, iş ilişkisinin sona erdirilmesi nedeni olarak da kabul edilebilir.

Bununla birlikte, işçinin bildirim yükümünü hiç veya gereği gibi yerine getirmemiş olması, işverenin buluşa ilişkin hakkına engel değildir. Bildirimin gecikmeksizin yapılması ile kastedilen, hemen yapılması değildir. Çünkü işçiye kısa da olsa bir düşünme süresi tanımak zorunludur. Fakat diğer taraftan, bildirimün rüçhan hakkından gereği gibi yararlanabilmek açısından zamanında yapılması gerekir.

Bildirimün özel bir şekilde yapılması ile kastedilen, diğer bildirim ve raporlar arasında ek bir bilgi gösterilmemesidir. Bildirimün içeriği açık ve seçik bir şekilde düzenlenmelidir. Aksi halde, işverence tebellüğ edilmesinden sonra normal olarak işlemesi gereken süre işlemeyecektir. Teorik olarak, işveren, bildirimün kendisine yazılı olarak yapılmasından işçiyi muaf tutar. Fakat bu takdirde, Pat. KHK m. 18'de öngörülen sürenin işleyebilmesi için, bildirimün kendisine sözlü biçimde yapılmış olduğunu, yazılı olarak tespit etmesi gerekir (Pat. KHK m. 18 Gereğesi).

İşçi bir hizmet buluşu yaptığında, bu buluşunu yazılı olarak ve geciktirmeksizin işverene bildirmekle yükümlüdür.

İşçi, buluş için kendi adına Türk Patent Enstitüsüne başvurarak koruma hakkı elde etmiş ise, işverenin buna rağmen hizmet buluşu üzerindeki hakkı kaybolmuş sayılmaz.

İşçi teknik problemi, çözümünü ve hizmet buluşunu nasıl gerçekleştirmiş olduğunu bildiriminde açıklamak zorundadır. Buluşun daha iyi açıklanması bakımından varsa resmini de işverene verir (Pat. KHK m. 18/II). İşçi, bu açıklamaya uygun biçimde bildirim içeriğini hazırlamalı ki, teknik alandaki uzman da, buluşu uygulayabilsin. Diğer taraftan da, işveren, bildirimdeki bilgilere göre, bir hizmet buluşunun söz konusu olup olmadığı konusunda değer yargısına varacaktır. Ayrıca, bildirim içeriğine bağlı olarak, ödenecek bedelin miktarı da belli olacaktır.

İşçi, yararlanmış olduğu işletme deneyim ve çalışmalarını, varsa diğer çalışanların katkılarını ve bu katkıların şeklini, yaptığı işle ilgili olarak aldığı talimatları ve söz konusu katkılar yanında kendisinin katkı payını da belirtir (Pat. KHK m. 18/III). Burada sözü edilen “diğer çalışanlar” müşterek buluş yapanlar değildir. Bu kişilerin katkıları ve bunun şeklinin belirtilmesi ile güdülen amaç, işverenin katkısını işçininkinden ayırabilmektir. Dolayısıyla buna bağlı olarak, bedelin takdiri yapılacaktır.

3. İşverenin Bildirimi

İşveren, kendisine ulaşan bildirim tebellüğü tarihini bildirimde bulunan kişi veya kişilere gecikmeksizin ve yazılı olarak bildirir (Pat. KHK m. 18/I).

4. İşveren Tarafından İşçi Bildiriminin Düzeltilmesi İstemi

İşveren, bildirim kendisine ulaştığı tarihten itibaren iki ay içinde, bildirim hangi hususlarda düzeltilmesi gerektiğini işçiden isteyebilir (Pat. KHK m. 18/IV). Bu istem, bildirim kanuni içeriğini yansıtmaması, açık olmaması, yanlış

bilgileri ve katkı paylarını içermesi ve işletmenin deneyim ve çalışmalarının yeteri kadar açıklanmamış olması halinde yapılır. İki aylık bildirim süresi hak düşürücü nitelik taşır. Şöyle ki, bu süre içinde düzeltme isteminde bulunulmaması halinde, bildirim kanuni şart ve içeriğe uygun olmasa bile geçerli sayılır³.

5. İşverenin Seçimlik Hakkı

İşverene, her türlü hizmet buluşu ile ilgili olarak hak tanımaktadır. İşverenin öncelikle bir seçim hakkı vardır. İşveren, hizmet buluşuna ilişkin hakkını kullanmak veya kullanmamakta serbesttir. İşverenin bu hakkı kullanmaması, yazılı bir biçimde yapacağı açıklama ile veya kendisine tanınan süreyi cevapsız bırakmakla olur (Pat. KHK m. 21).

İşveren, hizmet buluşu ile ilgili olarak tam veya kısmi hak talep etmek isterse, bu hususu yazılı olarak işçiye veya buluş birden çok kişi tarafından gerçekleştirilmişse, tümüne bildirmek zorundadır. Bu talep, işçinin bildiriminden işverene ulaştığı tarihten itibaren dört ay içinde yapılır (Pat. KHK m. 19/II). Söz konusu süre hak düşürücü niteliği haizdir. İşverenin bu süre içinde seçimlik hakkını kullanmaması halinde, hizmet buluşu, serbest buluş niteliği kazanır (Pat. KHK m. 21/I).

İşverenin seçimlik hakkını kullanması halinde, kurucu yenilik doğurucu bir hak oluşur. Bu durumda işveren, hizmet buluşu ile ilgili olarak tam veya kısmi hak kazanımı sonucunu doğuracaktır. Ancak, işveren seçimlik hakkını işçiye bildiriminde, tam veya kısmi haklardan hangisini istediğini açıklamak zorundadır.

İşçi, Pat. KHK'ya uygun talepte bulunmamışsa veya hiç bildirim yapmamışsa, -zorunlu olmadığı halde- işveren işçiye bildirimde bulunmaya davet ettiği halde işçi bu çağrıya uymamışsa, işveren gene de hak seçimi bildiriminde bulunabilir⁴. İşverenin hizmet buluşuna ilişkin talepte bulunmasından önceki dört aylık süre içinde, işçinin buluş üzerinde yapmış olduğu hukuki işlemler (lisans, devir, rehin gibi), işverenin haklarını ihlal ettiği ölçüde işverene karşı geçersiz sayılır (Pat. KHK m. 20/III). Fakat, işveren kısmi hak talebinde bulunmuş ise, geçersizlik, kazandırılan hukuki duruma göre değişecektir. Örneğin,

üçüncü kişilere, eğer bir inhisari olmayan lisans verilmişse, işlem geçerli olmaya devam edecek, tam lisans verilmişse işlem geçersiz sayılacaktır. İşçinin yaptığı tasarruflarla ilgili olarak, üçüncü kişilerin iyi niyeti korunmaz.

a) İşverenin tam hak istemi

İşveren hizmet buluşuna ilişkin tam hak talebinde bulunması halinde, bununla ilgili bildirim işçiye ulaşması ile buluş üzerindeki tüm haklar, “kanuni temlik” icabı, işverene geçmiş olur (Pat. KHK m. 20/I). Kanuni temlik icabı devir olunan haklar kapsamına, buluşu yapmanın adının belirtilmesini istemeye yönelik şahsi hak girmez.

İşçi, buluş için kendi adına Türk Patent Enstitüsüne başvurarak koruma hakkı elde etmiş ise, işverenin buna rağmen hizmet buluşu üzerindeki hakkı kaybolmuş sayılmaz. İşveren, başvuru sahibi gibidir. Bu durumda, işçinin Patent Sicilinde işveren lehine değişiklik yapılmasına ilişkin rızasını vermekle sicilde değişiklik gerçekleşir. Aksi halde, işveren dava yolu ile sicilde lehine bu değişikliği sağlayacaktır.

İşçilerin hizmet buluşu ile ilgili hak geçişi üzerine, işverenin tarifeye göre bedel ödeme ve buluşu korumanın sağlanması yükümlülüğü vardır.

b) İşverenin kısmi hak istemi

İşverenin hizmet buluşuna ilişkin kısmi hak talep etmesi halinde, işveren, kısmi hakka dayanarak buluşu kullanabilir (Pat. KHK m. 20/II). Bu kullanma hakkı, inhisari olmayan lisansla lisans alanın hakkı ile karşılaştırılabilir. Fakat, ondan farklı olan husus, işverene tanınan buluşu kullanma hakkının, Pat. KHK'dan dolayı tanınmış olmasıdır.

İşverenin kısmi hak talep etmiş olması halinde, koruma hakkı (patent veya faydalı model belgesi almak için başvuruda bulunmak) elde etme olanağı, işçiye geçer. Fakat, işçinin bu amaçla başvuruda bulunma yükümlülüğü de yoktur. İşveren kısmi hak talebinde bulunduktan sonra artık buluşun korunabilir nitelikte bir buluş olmadığı iddiasıyla kullanma karşılığı olan bedeli ödemekten kaçınması söz konusu olamaz.

İşverenin tam hak talep etmesinden farklı olarak, kısmi hak talep etmesi halinde bedel

ödeme borcu, hak talebinde bulunması ile değil, buluşu kullanmasıyla doğar. Burada, işverene tanınmış inhisari nitelikte olmayan hak, sadece kullanıma ilişkindir. Bu kullanım, patent veya faydalı model sahibi için tanınmış olan herhangi bir kullanımla ilgili olabilir. İşveren, buluşu hiçbir şekilde kullanmamakta ise, bedel isteme talebi düşer (Pat. KHK m. 23). Diğer taraftan, buluşun korunabilir olmadığı mahkeme kararı ile tespit olunmuşsa, işçi bedel isteyemez. İşverenin kısmi hak talebinde bulunduğu hallerde, işçi buluşu, iş hukukundaki genel sadakat yükümü çerçevesinde istediği şekilde değerlendirme hakkına sahip olur.

İşverenin hizmet buluşu üzerindeki inhisari olmayan kullanma hakkı, işçinin buluşunu değerlendirmesini önemli ölçüde güçleştiriyorsa, işçi, buluşa ilişkin hakkın iki ay içinde tamamen devir alınmasını veya kendisi için serbest bırakılmasını isteyebilir (Pat. KHK m. 20/II). Burada sözü edilen “önemli ölçüde güçleştirme”, buluşu kullanmayı engelleyen çok önemli güçlüğü ifade etmektedir. Yani, lisans benzeri bir kullanım için sınırlanmış buluşun başka bir biçimde değerlendirme imkanının kalmadığı bir durum söz konusu olmaktadır. Söz konusu “önemli ölçüde güçleştirme” hususunu ispat yükü işçinin üzerindedir. İşçi bu hususu kanıtlarsa, işveren için iki haktan birinin kullanılması gerekir. İşveren, ya tam hak talebinde bulunur ya da buluşu serbest bırakır. Serbest kalma ile ilgili aynı sonuç, Pat. KHK m. 21/I-c bendine göre de değişir.

c) Hizmet buluşları için bedel ödenmesi

İşveren hizmet buluşu üzerinde tam hak talep ederse; işçinin kendisine uygun bir bedelin ödenmesini işverenden isteme hakkı doğar (Pat. KHK m. 22/I). İşveren hizmet buluşu üzerinde kısmi hak talep ettiğinde de, işçiye uygun bir bedel ödemekle yükümlüdür. Ancak bu uygun bedel, hakkın kısmi niteliği göz önüne alınarak hesaplanır. İşverenin hizmet buluşu için tam ya da kısmi hak talep etmesi halinde, ödenecek uygun bedelin hesaplanmasında aynı kriterler uygulanır. Bedelin hesaplanmasında göz önünde tutulması gereken kriterler sınırlayıcı olmakla birlikte, aşağıda belirtilenlerin öncelikle esas alınması zorunludur:

aa) Hizmet buluşun ekonomik değerlendirilebilirliği

Buluşun ekonomik değerlendirilebilirliği, onun fiilen uygulanabilirliğine veya işletme içinde olası değerlendirilebilirliğine veya başka işletmelerce değerlendirilebilirliğine göre takdir edilir.

bb) İşçinin işletmedeki görevi

İşçinin hizmet buluşunu gerçekleştirdiği esnada görevi ve konumu, buluş faaliyeti ile ne kadar ilgili ise, isteyeceği bedel de o kadar fazla olur.

cc) İşletmenin buluşun gerçekleştirilmesindeki payı

İşçi, işletme deneyimlerinden büyük ölçüde yararlandı ise, isteyebileceği bedel o kadar az, ne kadar az yararlanarak buluşu yaptı ise, isteyeceği bedel o derece fazla olur. Bedelin miktarı, somut olaya bağlı olarak belirlenir. Yani, bütün olasılıklar için geçerli, genel bir kural öngörmek mümkün değildir. Bedelin uygun bir bedel olabilmesi için, her iki tarafın yararlarını aynı ölçüde gözetmiş olması gerekir.

Bedelin nasıl hesaplanacağı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından yayınlanacak bir yönetmelik ile (Tarife) belirlenecektir. Patent Hukukumuzda uygun bedel konusunda ortaya çıkacak uyuşmazlıkların çözümü için zorunlu hakem yolu kabul edilmiştir. Tahkim usulü anılan Bakanlıkça çıkarılacak bir yönetmelikle düzenlenecektir.

İŞVERENİN BAŞVURU YAPMASI

Tam hakkı kazanan işveren, kendisine bildirimi yapılan bir hizmet buluşu için patent verilmesi amacıyla Türk Patent Enstitüsü'ne başvuruda bulunma hakkına sahip olup, başvuruyu yapmakla da yükümlüdür. Ancak buluşun faydalı model belgesi ile korunmasının amaca daha uygun olduğu durumlarda, işveren patent almaya uygun bir hizmet buluşu için gecikmeksizin faydalı model belgesi verilmesini istemekle yükümlüdür (Pat. KHK m. 26/I). İşverenin söz konusu başvuruda hiç bulunmaması veya gecikmeli başvuruda bulunması halinde, işçinin, ona karşı genel hükümlere dayanarak, tazminat davası açma hakkını doğurur. İşveren

patent veya faydalı model başvurusunda bulunmazsa, işçi bu başvuruları işveren adına da yapabilir (Pat. KHK m.26/II).

HAK GEÇİŞ SÖZLEŞMESİNİN YAPILMASI

İş hukuku, Anayasa'da yerini bulan "sosyal devlet" ilkesinin doğal bir sonucu olarak bazı emredici hukuk kurallarıyla işçilerin korunduğu karma hukuk dalıdır (Any. m. 65). Bu konuda, işçinin korunmasını amaçlayan genelde İş Kanunu ile özelde 551 sayılı KHK'da olduğu gibi diğer kanunlarda düzenlemeler mevcuttur. Ancak, işçilerin korunmasının sınırı, toplumun çıkarlarının olduğu yerde son bulur. Bir başka anlatımla, İş Hukukunun amacı, salt işçiyi koruma değil, aynı zamanda ülke ekonomisinin yük taşıma gücüyle sınırlı olarak, toplumun çıkarlarının korunmasıdır.

İşçi-işveren ilişkilerinin hizmet akitleri ve toplu iş sözleşmeleri ile düzenlenmesiyle birlikte bu kuralların İş Yasalarının emredici hükümlerine aykırı olmaması gerekmektedir. İş Hukukunun işçiyi koruma amacı ve sosyal politika gereği işçinin değil, işverenin sözleşme serbestisi kısıtlanmış bulunmaktadır⁵. Nitekim, Pat. KHK'da, işçi ile işveren arasında işçi buluşlarına ilişkin sözleşme yapma serbestliğini sınırlayan bazı düzenlemeler kabul edilmiştir (Pat. KHK m. 34 vd.). Amaç, işçinin, sosyal bakımdan sözleşmenin zayıf tarafını oluşturması nedeniyle, onu acele, düşünmeden ve işini kaybetme endişesiyle kendisine sunulan sözleşme koşullarının hepsini kabul etme tehlikesinden korumaktır.

Hak geçiş sözleşmesinin yapılması ve bedelin belirlenmesi serbestisinin sınırları ikili ayırım halinde incelenebilir.

1. Zaman yönünden

a) Hizmet buluşlarında patent/faydalı model verilmesi için yapılacak başvurudan sonra,

b) Serbest buluşlar ile teknik iyileştirme teklifleri ise, işçinin işverene yapacağı bildirim yükümlüğünden sonra başlar (Pat. KHK m. 34).

Emredici nitelikteki bu düzenleme sadece ferdi değil, toplu iş sözleşmeleri bakımından da geçer-

lidir. Bu durumda, başvuru öncesi patent/faydalı model için ve işçinin işverene yapacağı bildirim öncesi teknik iyileştirme teklifleri için taraflar arasında yapılan bu tür anlaşma geçersiz olur.

2. Geçerlilik koşullar yönünden

a) İşçi buluşlarıyla ilgili emredici hükümlere aykırı olmamalıdır.

b) Önemli ölçüde hakkaniyetle bağdaşmalıdır.

Sözleşme bu koşullardan herhangi birine aykırılık teşkil ederse geçersiz sayılır (Pat. KHK m. 35/D). Aynı kural, belirlenen bedel için de geçerlidir. Bu sözleşmede, hizmet buluşuna ilişkin bedelin miktarı ve ödenme şekli gösterilir. Hak geçiş sözleşmesinin veya belirlenmiş olan bedelin hakkaniyete aykırı olduğu konusundaki itirazlar, iş akdi ilişkisinin bitme tarihinden itibaren, en geç altı ay içinde ileri sürülmesi gerekir. Söz konusu süre, hak düşürücü niteliktedir (Pat. KHK m. 35/II).

SONUÇ

Özel hukuk ilişkisi içinde olan işçilerin buluşları ile ilgili olarak, 551 sayılı KHK'da özel bir düzenleme öngörülmüştür (m. 16vd.). Teknik yenilik bir üst kavram olup, buna dahil patent ve faydalı model korunabilir nitelikte buluşlardır. Aynı kavram içindeki teknik iyileştirme teklifleri ise, korunabilir nitelikte sayılmayan buluşlardır. İşçiler tarafından gerçekleştirilen buluşlar, hizmet buluşları ve serbest buluşlar olarak iki kısma ayrılır. Ancak, teknik iyileştirme teklifleri işçi buluşu olarak kabul edilmemektedir.

Hizmet buluşları, işçinin bir işletme veya kamu idaresinde yükümlü olduğu faaliyeti gereği gerçekleştirdiği veya işletmenin veya kamu idaresinin büyük ölçüde deneyim ve çalışmalarına dayanan, işçinin iş ilişkisi sırasında yaptığı buluşlardır (Pat. KHK m. 17/II). Serbest işçi buluşları ise, işçilere yapılan ve hizmet buluşu sayılmayan buluşlardır (Pat. KHK m. 17/III).

Patent kanunları, özel veya kamusal bir iş ilişkisi içinde bulunan kimseleri; yüklendikleri iş gereği ve işin yerine getirilmesi sırasında gerçekleştirdikleri buluşlar dolayısıyla, buluşa adlarının verilmesi gibi manevi ve bedel alma gibi maddi haklarla ödüllendirilerek; işletme

sahibini de patentin sahibi kabul ederek, araştırma ve geliştirmeye önem verilmesi yönünde teşvik etmiştir⁶. Tüm bu hususların yer aldığı bir işyeri patent sisteminin, iş barışının sağlanması ve işverenin haklılığını kanıtlayabilmesi bakımından da önemi vardır.

Her işyerinin bir çalışma kültürü olup, diğer işyerlerinden farklılık gösterir. Bu farklılık, özellikle kurumsal kimlik ve verilerin düzenli biçimde elde edilebilmesinden doğmaktadır. İşçi hizmet buluşu ile ilgili hak geçişinin sağlanabilmesi için, buluşun niteliği, işçinin bildirim, işverenin bildirim, işveren tarafından işçi bildirimlerinin düzeltilmesi istemi ve işverenin seçimlik hakkının kayıt altına alınması gerekmektedir.

Tam hakkı kazanan işveren, kendisine bildirim yapılan bir hizmet buluşu için patent/faydalı model verilmesi amacıyla Türk Patent Enstitüsü'ne başvuruda bulunma hakkına sahip olup, başvuruyu yapmakla da yükümlüdür. İşverenin söz konusu başvuruda hiç bulunmaması veya gecikmeli başvuruda bulunması halinde işçinin, ona karşı genel hükümlere dayanarak, tazminat davası açma hakkını doğurur. İşveren patent/faydalı model başvurusunda bulunmazsa, işçi bu başvuruları işveren adına da yapabilir (Pat. KHK m. 26/II).

İş hukukunun işçiyi koruma amacı ve sosyal politika gereği işçinin değil, işverenin sözleşme serbestisi kısıtlanmış bulunmaktadır. Nitekim, Pat. KHK'de, işçi ile işveren arasında işçi buluşlarına ilişkin sözleşme yapma serbestliğini sınırlayan bazı düzenlemeler kabul edilmiştir (Pat. KHK m. 34 vd.). Hak geçiş sözleşmesinin yapılması ve bedelin belirlenmesi serbestisine zaman ve geçerlilik koşulları yönünden bazı sınırlamalar getirilmiştir. Söz konusu sınırlamalara aykırı olarak yapılan anlaşma geçersiz olur.

DİPNOTLAR

- 1 Tekinalp, Ü.: Fikri Mülkiyet Hukuku, B. 2, İstanbul 2002, s. 475.
- 2 Tekinalp, age., s. 467-468.
- 3 Tekinalp, age., s. 472.
- 4 Tekinalp, age., s. 473.
- 5 Günay, C. İ.: Şerhli İş Kanunu, c. 1, B. 2, Ankara 2001, s. 57.
- 6 Tekinalp, age., s. 467-468.

Ali KARACA

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Teftiş Kurulu İstanbul Grup Bşk. Yrd. - İş Müfettişi

Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Uygulaması

Giriş

• Küresel ekonomik krizin, ülkemiz ekonomisi ve istihdamı üzerindeki olumsuz etkilerini en aza indirme, istihdamı koruma, ekonomik krizden en az hasarla çıkılmasını sağlama,

• Kriz döneminde işverenlerin çalışılmayan döneme ilişkin ücret yüklerinin bir süre devlet tarafından karşılanması ve bu sırada da iş sözleşmelerinin devamının sağlanarak işçilere bir gelir temin edilmesi,

• İşveren açısından da nitelikli işçilerini kaybetmeyerek kriz sonrası üretime hazır tutulması

gibi çok sayıda amacı birlikte içeren kısa çalışma, ilk kez 10 Haziran 2003 tarihinde yürürlüğe giren 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 65. maddesi ile mevzuatımıza girmiş olup, süreç içerisinde günün koşullarına göre önemli değişikliklere uğrayarak etki alanını genişletmiştir.

Yasal gelişim ve etkileri kısaca belirtildikten sonra uygulamanın ne şekilde olduğu ayrıntılı olarak açıklanacaktır.

Kısa çalışma 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 65. maddesi ile mevzuatımıza girdikten sonra uygulamaya ilişkin 31.03.2004 tarih ve 25419 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Kısa Çalışma

ve Kısa Çalışma Ödeneğine İlişkin Yönetmelik yürürlüğe girmiştir. Söz konusu Yönetmeliğin "Amaç ve kapsam" başlıklı 1. maddesinde Yönetmeliğin amacının, 4857 sayılı İş Kanunu'na tabi işyerlerinde genel ekonomik kriz ya da zorlayıcı nedenlere bağlı olarak, diğer koşulların da varlığı halinde kısa çalışma ve kısa çalışma ödeneğinin uygulanabileceği hüküm altına alınmıştır. Bunun sonucu olarak kapsamın dar tutularak sadece İş Kanunu'na tabi işyerlerinin esas alınması sonucu, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 4. maddesinde belirtilen istisna mahiyetindeki işyerlerinde ve iş ilişkilerinde uygulanmadığı gibi İş Kanunu kapsamı dışındaki işyerleri ve iş ilişkilerinde de uygulanma imkanı olmamıştır.

26.05.2008 tarihinde ve 26887 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 5763 sayılı İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 18. maddesi ile kısa çalışma ve kısa çalışma ödeneği hükmü, İş Kanunu'ndan çıkarılarak 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nun Ek 2. maddesi şeklinde düzenlenmiştir. Bu değişiklikle birlikte kısa çalışma uygulamasının kapsamı genişletilmiş olup, İş Kanunu'nun kapsamı dışında kalanlar ile Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu'na tabi çalışanlar ve 4447 sayılı Kanun kapsamına girenlere de kısa ça-

alışma ödeneğinden faydalanma imkanı getirilmiştir.

5763 sayılı Kanun ile kısa çalışmaya ilişkin yapılan bir başka değişikliğe ilişkin düzenleme ise kısa çalışma ödeneği miktarına ilişkindir. Günlük kısa çalışma ödeneği miktarı, işsizlik ödeneği miktarı kadardır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 65. maddesinin yürürlükte olduğu dönemde; 'günlük kısa çalışma ödeneğinin miktarı, işsizlik ödeneği miktarı kadardır. Bu miktar sigortalının son dört aylık prime esas kazançları dikkate alınarak hesaplanan günlük ortalama net kazancın yüzde ellisidir. Ancak bu miktar, 16 yaşından büyük işçiler için uygulanan asgari ücretin netini geçemez' şeklinde olan hüküm, 5763 sayılı Yasa ile birlikte 'günlük işsizlik ödeneği, sigortalının son dört aylık prime esas kazançları dikkate alınarak hesaplanan günlük ortalama brüt kazancın yüzde kırkıdır. Bu şekilde hesaplanan işsizlik ödeneği miktarı, 16 yaşından büyük işçiler için uygulanan aylık asgari ücretin brüt tutarının yüzde seksenini geçemez' şeklinde değiştirilmiştir.

Bu değişikliklerden sonra da Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Hakkında Yönetmelik 13.01.2009 tarih ve 27109 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiş ve önceki yönetmeliği de ortadan kaldırmıştır.

Son olarak 18.02.2009 tarih ve 5838 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile 2008 ve 2009 yıllarında, kısa çalışma için yapılan başvurulara münhasır olmak üzere, kısa çalışma ödeneği miktarı artırılmış, ödenekten yararlanma süresi uzatılmış, kısa çalışma süresinin işsizlik ödeneği süresinden düşülmemesi esas getirilmiş, uygunluk tespiti yapılmış olan başvuruların aynı şartlarda kısa çalışma ödeneğinden faydalanma sürelerinin uzatılmasına imkân getirilmiştir. Bu hususlar aşağıda yeri geldikçe açıklanacaktır. Burada işin doktrin yönünden ziyade kısa çalışma ve kısa çalışma ödeneği uygulamasının ne şekilde olduğu anlatılmaya çalışılmıştır.

En fazla üç ay süre ile (5838 sayılı Yasa uyarınca 2008 ve 2009 yıllarında bu süre altı ay olup, ayrıca bir altı ay daha Bakanlar Kurulu'nun bu süreyi uzatma yetkisi mevcuttur.) işyerinde uygulanan çalışma süresinin geçici olarak en az

üçte bir oranında azaltılması veya en az dört hafta süre ile işyerindeki faaliyetin tamamen veya kısmen durdurulması şeklinde yasal tanımını yapılan kısa çalışmanın varlığı, işyerinde mevzuatta belirlenen nitelikte çalışma sürelerinin düşürülmesi ya da faaliyetin kısmen veya tamamen durdurulması, zorlayıcı neden ya da genel ekonomik krize bağlı olarak yapılması durumunda uygulanabilecek bir yoldur. Aksi halde zorlayıcı neden ya da genel ekonomik krize dayanmaksızın farklı gerekçeler ile çalışma sürelerinin düşürülmesi ya da faaliyetin durdurulması bu çerçevede kabul edilemez.

Genel ekonomik kriz; ulusal veya uluslararası ekonomide ortaya çıkan olayların, ülke ekonomisi ve dolayısıyla işyerini ciddi anlamda etkileyip sarstığı durumları ifade eder. Zorlayıcı nedenler 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 durdurulması ile sonuçlanan deprem, yangın, su baskını, salgın hastalık, seferberlik ve benzeri nedenleri ifade etmektedir.

Genel ekonomik krizin varlığı, işçi ve işveren sendikaları konfederasyonlarının iddia etmesi veya bu yönde kuvvetli emarelerin bulunması halinde Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı'nın duruma açıklık getirmesi gibi bir şarta bağlı kılınmış olup, söz konusu açıklama yapılmadan genel ekonomik krizin varlığının kabul edilemeyeceği hükme bağlanmış iken, zorlayıcı nedenle kısa çalışma yapılabilmesi için bu yönde bir koşul aranmamıştır.

Kısa Çalışma Talebinin Uygunluk İncelemesi

Genel ekonomik kriz veya zorlayıcı nedenlerle işyerinde kısa çalışma yapılmasını talep eden işveren, kısa çalışma talep formu ile Türkiye İş Kurumu birimine başvuruda bulunur ve var ise ayrıca toplu iş sözleşmesi tarafı sendikaya da yazılı bildirimde bulunur. İşveren Türkiye İş Kurumu birimine yaptığı başvuruda; genel ekonomik krizin veya zorlayıcı nedenlerin işyerine etkileri ile zorlayıcı nedenlerin ne

olduğunu, işyerinin unvanını, adresini, var ise toplu iş sözleşmesi tarafı sendikayı, Bakanlık Bölge Müdürlüğü ile sosyal güvenlik işyeri sicil numarasını, var ise iddiasını kanıtlayıcı somut belgeleri belirtmek zorundadır. Türkiye İş Kurumu söz konusu başvuruyu sadece şekil ve sebep yönünden değerlendirir. Şekil yönünden bir eksiklik bulunması nedeniyle talebin reddedilmesi durumunda işverenlik tarafından şekil eksikliğinin giderilerek yeniden başvuruda bulunmasına yasal bir engel bulunmamaktadır. Uygulamada tereddüt edilen bir husus ise işverenin Türkiye İş Kurumu biriminden kısa çalışma talebinde bulunması sırasında işyerinde çalışan işçilerden kısa çalışma yapılmasına ilişkin yazılı muvafakatlerinin talep bildirimi ile birlikte Türkiye İş Kurumu birimine ibraz edip etmeyeceğine ilişkin olup, işverenin böyle bir zorunluluğu bulunmamaktadır. Muvafakatlerin olmaması kısa çalışma talebine ilişkin şekil yönünden bir eksiklik değildir.

Genel ekonomik kriz ya da zorlayıcı nedenlerle yapılan başvuruların uygunluk denetimi Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Müfettişlerince yapılmaktadır. Genel ekonomik kriz nedeniyle yapılan kısa çalışma başvurularının olumlu yönde karşılanabilmesi için diğer koşulların varlığı yanında aranan iki unsurdan birincisi, genel ekonomik kriz nedeniyle işyerinin bundan olumsuz yönde etkilenmiş olması, ikinci unsur ise bu olumsuzluğa bağlı olarak işyerinde haftalık çalışma süresinin önemli ölçüde azaltılması ya da işyerinde faaliyetin kısmen ya da tamamen durdurulmuş olmasıdır. Uygulamada yine tereddüde neden olan bir husus ise işverenin talebinden sonra iş müfettişinin incelemeye gelene kadar olan sürede kısa çalışma kapsamında haftalık çalışma süresinin düşürülmesi ya da faaliyetin kısmen ya da tamamen durdurulup durulamayacağına ilişkindir. Belirtmek gerekir ki, işveren Türkiye İş Kurumu'ndan kısa çalışma için talepte bulduktan sonra iş müfettişinin işyerine gelmesini beklemeden çalışma süresini planladığı şekilde uygulayabilir. İş müfettişi işyerine gittiğinde kısa çalışma uygulamasına başlanmış ise kısa çalışmanın başlangıç tarihinde çalışan ve kısa çalışma uygulamasına dahil olan işçilere ilişkin

liste ve CD düzenlenir. İş müfettişinin işyerine gittiğinde kısa çalışma uygulamasına başlanmamış ise, işverenden hangi tarihler arasında kısa çalışmanın uygulanacağı ve ne şekilde çalışılacağına ilişkin olarak bir plan ve taahhüt alınarak kısa çalışmanın başlayacağı tarihte bu uygulamaya dahil olacak işçilere ilişkin işverenlikçe onaylanmış liste ve CD düzenlenerek tutanak ekine alınır.

İş müfettişi, işyerinin genel ekonomik kriz nedeniyle etkilendiğine ilişkin olarak;

- Son bir yıl içerisinde üretimde meydana gelen artış-azalış miktarları,
- Üretilen malların satış miktarı ve cirosu,
- Stokların durumu,
- Alınan ve iptal edilen siparişler,
- Yapılan ve yapılamayan tahsilatların durumu,
- İşyerinin borçları ve bu borçları ödeme kapasitesi,
- Üretime katılan işçi sayısı ve işçi sayısında meydana gelen değişiklikler,
- İşyerinde uygulanmakta olan çalışma süreleri,
- Üretim maliyetindeki artış ve azalışlar,
- Son bir yıl içerisinde meydana gelen gelir-gider durumunun karşılaştırılması

gibi unsurları esas alıp inceleyerek işyerinin genel ekonomik kriz nedeniyle olumsuz yönde etkilenip etkilenmediğini belirler. İşyerinin genel ekonomik krizden olumsuz şekilde etkilenmiş olması işverenin talebinin uygun olarak karşılanabilmesi için gerekli unsurlardan birini teşkil etmektedir.

İşverenin kısa çalışma uygulama talebinin olumlu olarak karşılanabilmesi için işyerinde haftalık çalışma süresinin en az 1/3 oranında azaltılması ya da işyerinde üretimin kısmen ya da tamamen en az dört hafta durdurulması gerekmektedir. Bu iki durumdan birisinin uygulanması yeterli olacaktır. Çalışma sürelerine ilişkin bu iki farklı uygulama aşağıda açıklanmaya çalışılmıştır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 63. maddesi uyarınca haftalık çalışma süresi en çok 45 saat olarak belirlenmiş olup, Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nde de çalışma süresi, işçinin çalıştırıldığı işte geçirdiği süre olarak hüküm

altına alınmıştır. Dolayısıyla haftalık üst limiti belirlenen çalışma süresi işyerine ilişkin olmayıp her bir işçinin şahsına ilişkindir. Ancak kısa çalışma uygulamasında açıkça belirtildiği üzere işyerinde haftalık çalışma süresinin belirlenen ölçüde azaltılması aranmaktadır. Haftalık çalışma süresinin en az üçte bir oranında azaltılması halinde bu uygulamanın devamı açısından asgari bir süre aranmamış iken işyerinde faaliyetin kısmen ya da tamamen durdurulması halinde asgari dört haftalık bir uygulamanın varlığı koşul olarak hüküm altına alınmıştır. İşyerinde haftalık çalışma süresinin en az 1/3 oranında düşürülmesi iki şekilde olabilir. Bunlardan birincisi, günlük çalışma sürelerinin aşağıya çekilmesi şeklinde iken ikincisi, haftada çalışılan gün sayısının azaltılması şeklinde olabilir. İlkinde haftanın 6 günü, günde 7,5 saat çalışılan işyerinde günlük çalışma süresi 5 saate çekilerek haftada 6 gün çalışılması halinde $6 \times 5 = 30$ saat olacağından kısa çalışma için öngörülen çalışma koşulları gerçekleştirilmiş olmaktadır. İkinci yolda ise haftada 6 gün ve günde 7,5 saat çalışılan işyerinde iki gün çalışılmaması halinde çalışılmayan süre $2 \times 7,5 = 15$ saat olacak ve haftalık çalışma süresi de yine 30 saate düşeceğinden kısa çalışma uygulaması için istenilen çalışma süresi ikmal edilmiş olacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki, üretim maliyeti açısından, günlük çalışma sürelerinin düşürülmesinde işçiler haftada 6 gün işyerine geleceklerinden, servis, yemek gibi giderler devam ederken haftada 2 gün çalışılmayarak haftalık çalışma süresinin düşürülmesinde servis ve yemek gibi harcamalar olmayacaktır.

İşyerinde faaliyetin geçici olarak en az dört hafta kısmen ya da tamamen durdurulması şeklinde kısa çalışma uygulamasında dört haftalık durdurma süresi kesintisiz bir şekilde yapılabileceği gibi aralıklı olarak da yapılabilir. Ancak çalışma sürelerinin bir haftadan kısa süreyle azaltılarak yapılması durumunda söz konusu durum 'işyerinde uygulanan haftalık çalışma süresinin geçici olarak en az üçte bir oranında azaltılması' kapsamında değerlendirileceğinden, aralıklı olarak yapılan faaliyeti durduruların en az bir hafta ve üzerinde süre-

lerle yapılarak, toplamda işyerinde uygulanan kısa çalışma süresinin başlama ve bitiş tarihine kadar en az dört hafta süreyle tamamen veya kısmen durdurmanın gerçekleşmesi gerekmektedir.

Kısa çalışma ödeneğinden yararlanılabilmesi için;

- İşverenin kısa çalışma talebinin Bakanlıkça uygun bulunması,
- İşçinin kısa çalışma ödeneği talebinde bulunması,
- İşçinin kısa çalışmanın başladığı tarihte, 4447 sayılı Kanun'un 50. maddesi gereğince çalışma süreleri ve işsizlik sigortası primi ödeme gün sayısı bakımından işsizlik ödeneğine hak kazanmış olması gerekmektedir.

Kısa çalışma ödeneğine hak kazanma koşullarını kısa çalışma uygulamasının başladığı tarihten ileri bir tarihte sağlayan işçiler, hak kazandıkları tarihte kısa çalışma yapan işçilere dahil edilirler. Ancak bu işçilerin kısa çalışma ödeneğinden yararlanabilecekleri süre işyerinde kısa çalışmanın sona ereceği tarihe kadardır. Örneğin, işyerinde 01.05.2009 tarihinden itibaren 5 ay süreyle her ayın ilk iki haftası kısa çalışma yapılması kararlaştırılmış ise ve 2 işçi kısa çalışma ödeneğine hak kazanma koşullarını 01.07.2009 tarihinde sağlamışlarsa, bu iki işçi kısa çalışma ödeneğinden 5 ay değil, kısa çalışmanın sona ereceği tarihe kadar olan 3 ay süreyle yararlanacaklardır.

18.02.2009 tarih ve 5838 sayılı Kanun ile yapılan düzenleme neticesinde 2008 ve 2009 yıllarında kısa çalışma için yapılan başvurulara münhasır olmak üzere en çok üç aylık olan kısa çalışma süresi 6 aya çıkarılmıştır. Bu Kanun'un yayımı tarihinden önce uygunluk tespiti yapılan kısa çalışma başvurularında süre, işverenin talebi halinde aynı şartlarla ve yasada belirtilen süreyi aşmamak kaydıyla uzatılır. 5858 sayılı Yasa ile yapılan önemli bir başka değişiklik de kısa çalışma ödeneği olarak yapılan ödemelerin, başlangıçta belirlenen işsizlik ödeneği süresinden düşülmemesidir.

Kısa çalışma ödeneği miktarı, işsizlik ödeneği miktarı kadardır. Kısa çalışma ödeneği 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nun 50. maddesi

hükümlerine göre ödenir. Kısa çalışma ödeneği, sigortalının son dört aylık prime esas kazançları dikkate alınarak hesaplanan günlük ortalama brüt kazancın yüzde kırkıdır. Bu şekilde hesaplanan kısa çalışma ödeneği miktarı, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 39. maddesine göre onaltı yaşından büyük işçiler için uygulanan asgari ücretin brüt tutarının yüzde seksenini geçemez. Ancak 5838 sayılı Kanun ile 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'na eklenen geçici madde ile 2008 ve 2009 yıllarında kısa çalışma başvurularına münhasıran kısa çalışma ödeneği miktarı yüzde elli artırımlı ödenecektir.

Kısa çalışma ödeneğinin süresi üç ayı aşmak kaydıyla kısa çalışma süresi kadardır. 5838 sayılı Yasa ile 2008 ve 2009 yıllarında kısa çalışma başvurularına münhasıran bu süre 6 aya çıkarılmış, ödenek miktarı aynı kalmak kaydıyla kısa çalışma süresini 6 ay daha uzatmaya Bakanlar Kurulu yetkili kılınmıştır. Bakanlar Kurulu tarafından kısa çalışma süresinin uzatılması durumunda bu döneme ilişkin yapılan kısa çalışma ödeneği işsizlik ödeneğinden düşülecektir.

Kısa çalışma ödeneği, işyerinde uygulanan haftalık çalışma süresini tamamlayacak şekilde çalışılmayan süreler için verilir.

Zorlayıcı nedenlerle işyerinde kısa çalışma yapılması halinde ödemeler, 4857/24. maddenin (III) numaralı bendinde ve 40. maddesinde öngörülen bir haftalık süreden sonra başlar.

Uygulamada tereddüde düşülen ya da yanlış bilinen bir husus da kısa çalışma döneminde kısa çalışma ödeneğinin işverenlerce alınacağına zannedilmesidir. Böyle bir durum söz konusu olmadığı gibi haftalık çalışma süresinin azaltılması şekliyle uygulanan kısa çalışmalarda da kısa çalışma ödeneği çalışılmayan süre için verilmektedir.

Bakanlık iş müfettişi tarafından işverenin kısa çalışma talebinin uygun bulunmasından sonra iş müfettişinin konuya ilişkin raporu ve rapor ekinde de kısa çalışma uygulamasına katılacak olan işçilere ilişkin liste ve belirli bir formatta hazırlanan CD, gereği için Türkiye İş Kurumu'na gönderilir. Kurum, işverenlik ile temasa geçerek kısa çalışma ödeneğinden faydalanacak işçilere ilişkin listenin kesinlik ka-

zanmasını sağladıktan sonra işçilerin T.C. kimlik numaraları ve adlarına PTT'de hesap açarak kısa çalışma ödeneği tutarlarını bu hesaplara yatırmaktadır. Bu aşamada işçilerin ayrıca Kuruma müracaatları aranmamaktadır. İşçiler de herhangi bir PTT şubesinden kısa çalışma ödeneklerini almaktadırlar.

Çalışma Ödeneğinin Kesilmesi

Kısa çalışma ödeneği alanların işe girmesi, yaşlılık aylığı almaya başlaması, herhangi bir sebeple silah altına alınması veya herhangi bir kanundan doğan çalışma ödevi nedeniyle işinden ayrılması veya geçici iş göremezlik ödeneğinin başlaması halinde kısa çalışma ödeneği kesilir.

Kısa Çalışmanın Erken Sona Ermesi

İşverenler, ilan ettiği süreden önce, normal faaliyetine başlamaya karar vermeleri halinde durumu; Kurum birimine, varsa toplu iş sözleşmesi tarafı sendikaya ve işçilere altı işgünü önce yazılı olarak bildirmek zorundadırlar. İşçiler de bildirimde belirtilen tarihte işbaşı yaparlar. Bildirimde belirtilen tarih itibarıyla kısa çalışma sona erer.

Kısa Çalışma Süresinde Prim Ödeme Gün Sayısı ve Eksik Gün Bildirimi

Genel ekonomik kriz ya da zorlayıcı bir neden dolayısı ile kısa çalışma ödeneğinden faydalanmak isteyen işverenin bu talebinin, yapılan inceleme sonucunda uygun bulunması halinde kısa çalışmanın uygulanabilmesi için o işyerinde çalışan işçilerin de bu duruma muvafakat etmesi gerekmektedir. Kısa çalışma uygulaması işyerinde en az dört hafta ve en çok da 3 ay olmak üzere (2008 ve 2009 yıllarında bu süre en çok 6 ay olabilir. Ayrıca bu sürenin üzerine bir 6 ay daha Bakanlar Kurulu'nun uzatma yetkisi vardır.) faaliyetin işyerinde kısmen ya da tamamen durdurularak yapılabileceği gibi asgari bir alt sınır olmamakla birlikte yine en çok 3 ay (2008 ve 2009 yılları hariç) haftalık çalışma süresi 30 saat ya da daha aşağıya çekilerek uygulanabilir. Gerek faaliyetin kısmen ya da tamamen durdurulması suretiyle gerekse haftalık

çalışma süresinin önemli ölçüde düşürülmesi suretiyle yapılacak kısa çalışma uygulamasında işverenin Sosyal Güvenlik Kurumu'na belirtilen sürelerle ilgili eksik gün bildiriminde bulunması gerekmektedir. Bunun için de öncelikle Eksik Gün Bildirimi Formu'nu düzenleyerek bu formun ekine kısa çalışma talebinin kabul edilmesine ilişkin belgeyi ve ayrıca kısa çalışma yaptırılacak işçilerin de kısa çalışma yapılmasına muvafakat ettiklerine ilişkin belgeleri ekleyerek Kuruma takip eden ayın 23'üne kadar elden ya da iadeli taahhütlü olarak posta yolu ile veya APS ile bildirmeleri gerekmektedir. Adi posta yolu ile yapılan eksik gün bildirimlerinde, bildirim Kurum kayıtlarına girdiği tarihte yapılmış sayılacağından postadaki gecikmeler nedeniyle takip eden ayın 23'ünü geçmesi durumunda idari para cezasına hükmedilecektir. Eksik gün bildiriminin APS ya da iadeli taahhütlü olarak posta yolu ile bildirilmesi durumunda bildirim, Kurum kayıtlarına girdiği tarih değil, postaneye bildirim verildiği tarih sayılacaktır.

Haftalık çalışma sürelerinin önemli ölçüde aşağıya çekilerek uygulanması durumunda ise, sigortada takvim ayı esas olduğundan, işçinin takvim ayı içerisinde (Ocak, Şubat gibi) her bir işçiyi ayrı ayrı çalıştırıldıkları toplam saatin 7,5'e bölünmek suretiyle her işçi için kaç günlük sigorta primi bildirimi yapılacağı bulunur. 7,5 saatin altında olanlar da bir güne tamamlanır. Örneğin o ay içerisinde toplam 152 saat çalıştırılan işçinin işverence bildirilecek sigorta prim gün sayısı: $152/7,5 = 20$ gün +2 saattir. Bu durumda bildirilecek gün sayısı 21 gündür. 854 sayılı Deniz İş Kanunu'na tabi gemiadamları ile 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasında Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun uyarınca çalışan gazeteciler için ise ay içerisinde çalıştıkları toplam saat süresi 8 saate bölünmek suretiyle ayda kaç gün sigorta primi bildirileceği belirlenir. Bu suretle bulunan sigorta prim gün sayıları yine yukarıda belirtilen eksik gün bildirim formu ve belirtilen diğer belgeler ile birlikte Kuruma bildirilir.

Özel nitelikteki işyeri işverenleri, cari aya ilişkin olarak düzenleyecekleri asıl, ek veya iptal nitelikteki aylık prim ve hizmet belgelerini, en geç belgenin ilişkin olduğu ayı izleyen ayın

23'ünde, resmi nitelikteki işyeri işverenleri ise, cari aya ilişkin olarak düzenleyecekleri asıl, ek veya iptal nitelikteki aylık prim ve hizmet belgelerini, en geç belgenin ilişkin olduğu dönemi izleyen takvim ayının 7'sinde, saat 23.59'a kadar e-Sigorta kanalıyla Kuruma gönderilmeleri gerekmektedir.

Kuruma elden verilen Eksik Gün Bildirim Formu'nun da (EK-10 belgesi) en geç belgenin ilişkin olduğu ayı izleyen ayın 23'ünde verilmesi gerekmektedir. (Eksik gün bildirim formu ile ekinde verilen ek belgelerin de en geç belgenin ilişkin olduğu ayı izleyen ayın 23'üne kadar Kuruma verilmesi gerekmektedir.)

Kısa Çalışma Uygulamasının İş Sözleşmelerinin Feshine Etkisi

Kısa çalışma başvurusunda bulunma hak ve yetkisi yasal olarak işverene tanınmış olup, koşulların varlığı halinde, işverenin kısa çalışma başvurusunun uygun bulunması durumunda, işçinin bunu kabul etme zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu durumda, işçi, kısa çalışma uygulamasını kabul etmez, ancak iş sözleşmesini de sona erdirmeyerek emeğini arza hazır halde çalışmak için işyerine gider ise ve işveren tarafından da iş sözleşmesi işçinin bu tutumuna rağmen bozulmaz ise işçi, çalışmadığı/çalıştırılmadığı ve işyerinde bulunduğu bu süreye ilişkin ücretine hak kazanır.

Kısa çalışma ödeneğinden yararlanma koşullarına haiz olup olmama hususu önem taşımaksızın, işçi ne zaman sona ereceği bilinmeyen bir askı süresinde en fazla üç ay (2008-2009 yıllarında 6 ay belki de bir yıl) verilecek ödenekten yararlanma hakkı yerine, fesih hakkını kullanmayı tercih edebilir ve daha iyi şartlarda bulunduğu başka bir işte hemen işe başlayabilmek için iş sözleşmesini haklı nedenle bozabilir.

Genel ekonomik kriz nedeni ile kısa çalışmaya gidilmesine itibar etmekle birlikte; geçici bir süre olduğu varsayılsa da, iş sözleşmesinde işverenin esaslı borçlarından olan ücretin düşürülmesi, kısa ve uzun vadeli sigorta kollarına ilişkin sigorta primlerinin ödenmemesi gibi işçi aleyhine değişiklik yapılması anlamına gelen kısa çalışma uygulamalarına rıza göstermeyen

işçi, işsizlik ödeneği almaya hak kazanıp kazanmama durumu dikkate alınmaksızın, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 24. maddesi III. bendi hükmüne göre iş sözleşmesini feshedebilir. Bunun sonucu olarak da işyerindeki hizmet süresi bir yıl veya daha fazla ise kıdem tazminatına hak kazanır. İş sözleşmesini Yasa'nın öngördüğü haklı nedenle de olsa bozan taraf işçi olması nedeniyle ihbar tazminatı hakkı bulunmaz.

İşçi, kısa çalışma uygulaması nedeni ile iş sözleşmesini bozamaz ve kısa çalışmanın kendisine bildirildiği tarihten itibaren 6 işgünü içerisinde kısa çalışma uygulamasını kabul etmediğini işverene bildirir ise, kısa çalışma yapmak zorunda kalan işveren, kısa çalışma uygulamalarına rıza göstermeyen işçinin iş sözleşmesini, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi kapsamında geçerli nedenle feshedebilir. Bunun sonucu olarak da işçiye hizmet süresine uygun olarak 4857/17. maddede belirtilen ihbar tazminatını ve işçinin hizmet süresinin bir yıl ya da daha fazla olması halinde ayrıca kıdem tazminatını ödeme yükümlülüğü altına girer.

Kısa Çalışma Süresinin Yıllık Ücretli İzin Hakkına Etkisi

İşçinin işyerinde işe başladığı günden itibaren, deneme süresi de içinde olmak üzere, en az bir yıl çalışmış olması koşulu ile yıllık ücretli izne hak kazanacağı yasal hüküm olarak düzenlenmiştir. İşçinin yıllık ücretli izne hak kazanması için aranan esas unsur bir yıl çalışmasıdır. Ancak işçinin fiilen çalışmamasına rağmen yıllık ücretli izne hak kazanması için aranan bir yıllık sürenin hesabında çalışılmayan bazı sürelerin de çalışılmış gibi sayılacağı, yine 4857 sayılı İş Yasası'nın 55. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu Yasa maddesinde açıkça belirtildiği üzere kısa çalışma uygulamasında geçen ve hizmet akdinin askıda olduğu bu süreler işçinin yıllık ücretli izne hak kazanmasında çalışılmış gibi sayılacaktır. Kısa çalışmaya ilişkin düzenlemenin 4857 sayılı İş Yasası'nın 65. maddesinden çıkarılarak 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Yasası'na eklenmiş olması durumu değiştirmeyecektir. Zira burada önemli olan husus Yasa'nın ortaya koyduğu olgudur.

Kısa Çalışma Süresinin Kıdem Tazminatı Süresine Etkisi

10.06.2003 tarihinde yürürlüğe giren ve halen uygulanan yeni 4857 sayılı İş Yasası, 1475 sayılı İş Yasası'nın kıdem tazminatını düzenleyen 14. maddesi dışındaki bütün hükümlerini yürürlükten kaldırmıştır. Yasanın belirtilen hükmünde, kıdem tazminatına ne şekilde hak kazanılacağı, kıdem tazminatına esas hizmet süresi ve tazminata esas ücretin ne şekilde hesap edilip tespit edileceği gibi konular nispi ve mutlak emredici olarak ayrı ayrı belirlenmiştir.

Kıdem tazminatına hak kazanmanın koşullarından bir tanesi de hizmet akdinin en az bir tam yıl devam etmesi gerektiğidir. İşçinin işe başladığı tarihten itibaren hizmet akdinin devamı süresince, kıdem tazminatına hak kazandıran diğer unsurların da bulunması halinde işçiye 30 günlük ücreti tutarında kıdem tazminatı ödeneceği hüküm altına alınmıştır. Burada Yasa, kıdem tazminatı hakkının doğumu için işçinin her tam yıl çalışması karşılığı olarak değil, hizmet akdinin devamı süresince her yıl için 30 günlük ücreti tutarında kıdem tazminatı ödeneceğini öne çıkararak işçinin fiilen çalışması yerine hizmet akdinin devamını esas almıştır. Hizmet akdinin devamı süresi, hizmet akdinin başlangıcından bitimine kadar olan ve yasal olarak çalışılmış gibi sayılan süreleri de içine alan daha geniş bir kavramdır. Kıdem tazminatına hak kazandıracak bu bir yıllık süre, sadece işçinin işyerinde fiilen çalıştığı süreleri değil, aynı zamanda işçinin istirahat, izin gibi hizmet akdinin askıda kaldığı süreleri de içine alır. Esas olan unsur hizmet akdinin başlaması ve devam etmesidir. Hizmet akdinin askıda olduğu durumlarda fesih söz konusu olmadığında, askıda geçen sürelerin de kıdem tazminatına esas hizmet süresinin içinde sayılması gerekmektedir. Bu bağlamda işçinin kısa çalışma uygulaması nedeniyle hizmet akdinin askıda bulunduğu süreler kıdem tazminatı süresinden sayılır.

Prof. Dr. Ejder YILMAZ

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İşe İade Başvurusunun Avukat Aracılığıyla Yapılabilirliği

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2008/45501
Karar No : 2008/32931
Tarihi : 2.12.2008

DAVA

Davacı, kıdem, ihbar tazminatı, işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süreye ait ücret alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir. Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

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

KARAR

1. Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebep-

lere göre, davalının tüm temyiz itirazları yerinde değildir.

2. Davacının temyizine gelince:

İşe iade davası sonunda işçinin başvurusu, işverenin işe başlatmaması ve buna bağlı olarak işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süreye ait ücret, ihbar ve kıdem tazminatı konularında taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

Davacı işçi daha önce açmış olduğu davada, işverence yapılan feshin geçerli nedene dayanmadığını ileri sürerek feshin geçersizliğinin tespiti ile işe başlatılmaya dair karar verilmesini talep etmiş, mahkemece yapılan yargılama sonunda talep doğrultusunda karar verilmiştir. Söz konusu karar 25.12.2006 tarihinde Dairemizce onanmak suretiyle kesinleşmiştir. Kesinleşen karar, işe iade davasında davacının vermiş olduğu vekaletname çerçevesinde davayı takip eden avukata 4.4.2007 tarihinde tebliğ edilmiştir.

Davacı vekili, 5.4.2007 tarihinde işverene hitaben telgraf göndermiş ve isimleri belirtilen davacı işçilerin işe iadesini talep etmiştir.

Söz konusu telgrafın davalı işverene ulaştığı uyuşmazlık konusu değildir. Davalı işveren işe iadeyi talep eden bir kısım işçilere gönderdiği ihtarnamede, işe başlama talebinin kesinleşen mahkeme kararı ile birlikte şahsen yapılması gerektiği açıklanmıştır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesine göre işçinin kesinleşen mahkeme kararının tebliğinden itibaren 10 iş günü içinde işe başlamak için başvurması gerekir. Başvurunun şekline dair anılan hükümde bir açıklama yer almamış olsa da yazılı başvurunun geçerlilik şartı olmayıp, ispat şartı olduğu kabul edilmelidir.

İşe iade başvurusunun işçinin avukatı tarafından yapılması imkan dahilindedir. İşe iade davasında davayı vekâletname uyarınca takip etmiş olan avukat tarafından yapılan başvuru, kesinleşen işe iade kararının yerine getirilmesi anlamında değerlendirilmelidir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinde sözü edilen işe başlama talebinin, şahsa sıkı sıkıya bağlı olduğundan söz edilemez. Başvuru, işe başlama yönünde bir irade açıklaması olup, aynı anda işçinin işe iade edilmesi gibi bir durum söz konusu değildir. İşçinin şahsen ya da yetkili avukatı tarafından yapılan başvuru üzerine işverence işçinin bir aylık süre içinde işe başlatılması mümkündür, işverence işçinin işe davet edilmesi halinde, bizzat iş görme edimini yerine getirmek üzere işçinin belirlenen günde hazır olması gerekir. Görüldüğü üzere bizzat işçi tarafından yerine getirilmesi gereken iş görme ediminin başkasına devri mümkün olmaz.

Öte yandan işçinin işe iade başvurusunun ekinde, feshin geçersizliğinin tespitine dair kesinleşen kararın sunulması bir zorunluluk değildir. Başvuru anında kararın kesinleşmiş olması yeterli olup, kesinleşme olgusu işverence bilinmese dahi, işe başlatma süresi içinde belirlenebilecek bir durumdur.

Son olarak belirtmek gerekir ki, işçinin işe başvuru anında başka bir işverene ait işyerinde çalışmakta olması, başvurunun

samimi olmadığını göstermek için yeterli değildir. İşçinin işe başlamak için usulüne uygun olarak yapacağı başvurunun ardından işverence işe davet edilmesi halinde, çalışmakta olduğu işyerinden ayrılması ve eski işine başlaması imkan dâhilindedir.

Yapılan bu açıklamalara göre, davacı işçinin avukatı aracılığıyla süresi içinde yapmış olduğu başvurunun geçerli olduğu ve işçinin işe başlatılmaması sebebiyle bir aylık işe başlatma süresinin sonu olan 5.5.2007 tarihinde iş sözleşmesinin işverence feshedilmiş sayılması gerektiği kabul edilmelidir. Buna göre davacı işçi işe başlatmama tazminatı ile dört aya kadar boşa geçen süre ücret ve diğer haklara hak kazandığından isteklerin kabulü cihetine gidilmelidir. İhbar ve kıdem tazminatı ise fesih tarihi olan 5.5.2007 tarihine göre belirlenerek hüküm altına alınmalıdır.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 2.12.2008 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Davacı ve 12 arkadaşının, davalı işveren aleyhine açtıkları işe iade davalarının lehe sonuçlanan ve Yargıtay 9 uncu Hukuk Dairesince de onanan bu ilam, 04.04.2007 tarihinde davacı ve arkadaşları tarafından tebellüğ edildiğinden, bu tarihte davacı yönünden kesinleşmiş bulunmaktadır. 05.4.2007 tarihinde işçilerin ortak vekillerince Ankara Kızılay postanesinden Bursa'ya çekilen telgraf havalesi ile 4857 sayılı İş Yasası'nın 21. maddesinde belirtilen 10 günlük yasal sürede işe başlatılma başvurusunda bulunulmuş olup yazışmaların vekil marifetiyle yapılması istenmiştir.

İşe iade talep başvurusunun ihtarnamesini alan işveren, cevaben; Yargıtay onama ilamının kendilerine (şirkete) 01.05.2007

tarhinde tebliğ edildiğinden, telgrafa konu başvuruların, yasal süreden önce yapılmış işe iade başvurusu olduğunu, kesinleşme şerhi verilmiş mahkeme ilamı ile şahsen yapılması halinde değerlendirilebileceğinden bahisle kabul edilmediği hususunu bildiren Bursa 11. Noterliği'nin 05.05.2007 tarihli ihtarnameler işçilerin adına ayrı ayrı keşide edilmiştir.

İhtarname metninden, işçilerin şahıslarına duyuruda bulunduğru gibi başvuru yönteminin de ayrıntılı olarak anlatıldığı anlaşılmaktadır. Davalı şirketin çekince koyan yazısını tebellüğ eden davacılar vekilince yeniden Ankara Küçükesat Postanesinden ikinci bir telgraf havalesi ile; 13 işçinin olumsuzlukla sonuçlanan 05.04.2007 tarihli işe başlatma başvurusundan söz edilerek, işverenin noter tasdikli 02.05.2007 tarihli yazılı çağrısına uyularak, 04.05.2007'de işçilerin, işyerinin kapısına gelmelerine karşılık, yine işe başlatılmamaları nedeniyle kıdem ihbar tazminatları ile, boşta geçen süreye ait ücret ve tazminatların 7 gün içinde ödenmesi talep edilmiştir.

Şirketçe Bursa 11. Noterliği'nin 16.05.2007 keşide tarihli ihtararı ile, 13 işçinin isimleri ve adreslerinden bahisle Ankara'daki vekillerinin Kavaklıdere'deki büro adresine gönderilen ihtaratta; mahkeme kararının kesinleşmesinden itibaren 10 günlük sürede işçilerin 4857 sayılı Yasa'nın 21. maddesine göre süresinde başvuruda bulunmadıklarını, 4.5.2007 tarihinde sadece 10 işçinin işyerine geldiklerini, ancak yanlarında kesinleşme şerhi verilmiş mahkeme ilamı ile bireysel başvuru dilekçelerinin bulunmadığını, prosedürün hatırlatılıp yerine getirilmesi istenmiş ise de, uyulmadığından işe başlatmaya dair sonuç elde edilemediğine ilişkin, keyfiyetin davacılar bildirildiği görülmüştür.

Tüm bu gelişmelerden işçilerin işverene henüz Yargıtay onama ilamı tebliğ ettirilmeden kendilerinin tebellüğ ettikleri tarihi esas alarak 10 günlük yasal sürede vekilleri ma-

rifetiyle işe başlatılma başvurusunda buldukları, ancak işverenin noter kanallı ihtarı üzerine yanlarında kesinleşme şerhli mahkeme ilamı ve kişisel dilekçeleri bulunmadığından ve bir kısmının da hiç gelmediklerinden işverence usulüne uygun başvuruda bulunmadığı gerekçesi ile işe başlatılmadıkları anlaşılmaktadır. Böylece başvuru için gerekli olan 10 günlük yasal sürenin başlangıcı, Yargıtay'a ait onama ilamının taraflarca farklı tarihlerde tebellüğ edilmesinden ötürü tartışmalıdır. İşveren, bu sürenin 1.5.2007 tarihinde başladığını ve işçilerin erken başvuruda bulduklarını ileri sürmektedir. Bu sürenin 5.4.2007 tarihinden başlatılması gerektiği görüşümdedir.

Davacı, bu gelişmelerden sonra, iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesi ve işverence işe başlatılmaması üzerine, boşta geçen süreye ait ücret ve işe başlatmama tazminatı ile ihbar ve kıdem tazminatlarının işverenden faizi ile tahsiline dair 18.05.2007 tarihli eldeki işbu davayı açmış bulunmaktadır. Davalı, davacının işe iade kararının kesinleşmesinden itibaren yasal 10 günlük sürede bizzat işe iade başvurusu yapmadığını ve başvuru isteğinin vekili marifetiyle telgrafla gönderildiğini, oysa şahsa sıkı sıkıya bağlı hakkın kullandırılmayacağından bahisle cevaben davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, istemin kısmen kabulüne karar verilerek, iş sözleşmesi işverence feshedildiğinden, kıdem ve ihbar tazminatının ödenmesine hükmedilmiş ise de, işe başlatma başvurusunun, bizzat işçilerce usulüne uygun bir şekilde yapılmadığından geçersiz sayılarak, buna bağlı boşta geçen süreye ait ücret ve işe başlatmama tazminatlarının reddine karar verilmiştir.

Mahkeme kararının yüksek Özel Dairece temyiz incelemesinde daire çoğunluğunca kısmen kabule dair hükmün değerlendirilmesinde, mahkemece red gerekçesi olarak gösterilen işçinin işe başlatma başvurusunun bizzat yapılmasının gerekmeyeceği vekil

vasıtası ile başvurunun yapılabileceğinden, boşa geçen süreye ait ücret ile işe başlatma tazminatının reddine dair hüküm hatalı bulunarak bozulmuştur.

Yerel Mahkeme ile Yüksek Daire arasındaki uyuşmazlık konusu; işe iade davaları işçi lehine sonuçlandırıldığında, 4857 sayılı Yasa'nın 21. maddesinde ifade edilen işe iade kararının kesinleşmesinden itibaren 10 günlük yasal sürede başvurunun şahsen mi yoksa vekil vasıtası ile mi yapılıp yapılmayacağı noktasında toplanmaktadır. Eldeki davada, işe başlatma başvurusu, vekil vasıtasıyla yapılmış ise de, öncelikle vekaletname, bu başvuruyu kapsayan yetkinin bulunmadığı görülmektedir.

Hukukumuzda bazı haklar şahsa sıkı sıkıya bağlı olup bu haklar kişiden başka vekil, temsilci, kayyum, hatta veli vasıtasıyla dahi kullanılamaz (evlenme, boşanma, mirasın reddi, evlatlığa izin, İş-Kur'a başvuru gibi).

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (ILO) 13. Çalışma İstatistikçileri Konferansında kabul edilen sonuç bildirisinde, işsizliğin uluslararası standart tanımı, üç unsurdan oluşmaktadır;

1. İşsiz olma (olayımızda davacının iş akdi işverence feshedildiğinden, davacı işsiz kalmıştır.)

2. Halen çalışmaya elverişli bulunma (Davacı bizzat işyerine gelmediğinden, fiziksel görünümü tespit edilememiştir.)

3. İş talep etme (Ancak kişisel başvuru ile mümkündür.)

Bu sayılan unsurlar, uluslararası çalışma hukukunda norm ve standart birliğini sağlamak amacıyla oluşturulmuştur. Bundan amaçlanan fayda, çalışmaya istekli ve elverişli bulunmadır. Bu da ancak işyerine bizzat gelerek, işverene, eski işine talip olma istek ve samimiyetini göstermekten ibarettir. Diğer yandan ilgili yasa maddesinde anlatıldığı üzere, bu tarihten itibaren, işverenin, bir ay içinde işçiyi işe başlatma yükümlülüğü başlamaktadır.

İşyerindeki iş barışının korunması, üre-

timin durmaması ve en önemlisi istihdamın korunması ve işçinin mali durumunun daha fazla sarsılmaması için, iyi niyetli işverenler çoğunlukla ilamın infazının gereği olarak işçiyi hemen ve derhal eski işine başlatmak davranışında bulunabilir. Bu nedenle işçinin o an işyerinde hazır bulunması son derece menfaatine olacaktır. Ayrıca yasal prosedürün işleyişinin kontrolü için, ilamın, işçinin uhdesinde ve istemini anlatan dilekçesi (şahsi dosyasına eklenmek üzere) ile işyerinde hazır olması gerekmektedir. Yine dosyalardan edinilen tecrübelerle göre, işçi işe başlatılırken, eski işine veya benzer işe değil daha zor koşullardaki vasıfsız işlere başlatılması halinde, işçi tarafından durumun kısa sürede tevsik edilerek izlenip, gerekirse işçinin aynı Yasanın 22. maddesi gereğince haklı feshinin gerçekleşmesini haklı kılar ve bunun neticesinde de işçilik haklarını elde etmesi yolundaki yeni dava silsilesine başlangıç teşkil eder.

İş ve iş güvenliği yasalarında ve dayanağı olan ILO Sözleşme esaslarında, olumsuz ekonomik koşullarda işçinin, bir an önce kalıcı iş güvencesine kavuşturulması amaçlanmaktadır. Bu nedenlerle iş sözleşmesinin taraflarının aktif süjesi işçi olup, işe başlama başvurusunda çok önemli bir neden bulunmadıkça (mücbir sebep) bizzat işyerine icabet edip, isbat-ı vücut etmeli ve işe hazır ve istekli olduğunu işverene göstermelidir.

Somut olayımızda ise, davacı, işyerinin bulunduğu Bursa ilinde fiilen bulunmalarına rağmen, vekilleri marifetiyle telgraf ve noter teatisi ile işe başlatma başvurusunda bulunmuşlardır.

Bu itibarla, Mahkemenin, bu başvurunun bizzat ve dolayısıyla süresinde ve usulüne uygun olarak yapılmadığının kabulü ve buna dayalı isteklerin reddine dair hükmünü isabetli bulmaktayım. Bunun aksi yöndeki, hükmü hukuka aykırı bulan Dairenin çoğunluk görüşüne katılamamaktayım.

1) GENEL OLARAK

Esas itibariyle, Avrupa Birliği ve Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) normlarına uyum sağlama zorunluluğu gerekçesiyle¹ kabul edilen, 2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden bu yana geçen zaman içerisinde, Türk iş hukukunun en çok başvurulmuş davasının, "işe iade davası" olduğunu söylemek mümkündür. İşe iade davalarını da çözmekle görevli olan Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin iş yükü, 2008 yılı için (geçen yıldan kalan 12.890, yıl içinde gelen 45.008 olmak üzere toplam) 57.898 adet dava dosyasıdır. Elde sağlıklı bir istatistik bulunmamasına rağmen, bunun çok büyük bir yüzdesini, işe iade davaları oluşturmaktadır.

"İş güvencesi"² kapsamı içinde değerlendirilen işe iade davasının 4857 sayılı Kanun'la kabulüne kadar ülkemizde, iş sözleşmesinin fesih hakkının kullanılmasında serbestî ilkesi geçerliydi ve işveren, işçinin iş sözleşmesini herhangi bir neden göstermeksizin istediği zaman ihbar sürelerine uymak şartıyla feshedebilmekteydi. Söz konusu fesih, hakkın kötüye kullanılması veya haksız fesih de oluştursa, geçerli bir fesih olarak kabul edilmekte, tazminat yükümlülüğü doğurmakla birlikte iş ilişkisini sona erdirmekte ve işçinin işyerine iadesine ilişkin bir hüküm yasada yer almamakta idi ve işverence yapılan feshin hakkın kötüye kullanılması oluşturduğunu ispat yükü de işçiye aitti. 4857 sayılı Kanun iş güvencesi sistemini getirerek fesih serbestisi ilkesini kaldırmış, süreli fesih hakkının doğumunu yasada belirtilen geçerli nedenlerin varlığına bağlamış, bu nedenleri ispat yükünü işverene yüklemiş, geçerli nedenlerin bulunmaması halinde işçinin işe iadesini veya özel bir tazminatın (iş güvencesi tazminatı) ve boşta geçen sürelerle ilişkin olarak işçinin en çok dört aya kadar ücretinin ödenmesini öngörmüştür³.

Türk hukuku bakımından yeni olması nedeniyle, işe iade davaları ile ilgili olarak uygulamada çeşitli tereddütler ortaya çıkmaktadır⁴. Yargıtayın, bugüne kadar verdiği çok sayıda kararlarıyla⁵ bu tereddütleri büyük ölçüde ortadan kaldırdığı ve işe iade davasının gittikçe daha çok bilinen ve belli kurallara tâbi bir dava haline gelmekte olduğu söylenebilir. Ancak, bu

konudaki bütün tereddütlerin bitmesi, hukukun dinamikliği sebebiyle, elbette ki beklenemez.

İşbu incelemenin konusunu da, işe iade davasını kazanan işçinin işe iade başvurusunu bizzat yapmak zorunda olup olmadığı, diğer bir ifadeyle işe iade başvurusunun avukat aracılığıyla yapılabilip yapılamayacağı konusunda ortaya çıkan tereddüt oluşturmaktadır.

II) KARARA KONU OLAY

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 02.12.2008 tarihli ve 45501/32931 sayılı kararına konu olayda; davacı işçi (işçiler), işverence yapılan feshin geçersizliğinin tespiti ile işe başlatılma istem sonucunu içeren açtığı davayı kazanmış ve bu dava Yargıtay'dan da geçerek kesinleşmiştir. Kesinleşen karar, davayı takip eden (Ankara'daki) avukata, 4 Nisan 2007 tarihinde tebliğ edilmiş ve avukat (ertesi gün) 5 Nisan 2007'de (Bursa'daki) işverene telgraf göndererek işçinin işe iadesini istemiştir.

İşe iade başvurusunu (telgrafı) alan davalı işveren, işe iadeyi talep eden işçiye gönderdiği 5 Mayıs 2007 tarihli ihtarnamede; Yargıtay'ın kesinleşme kararının kendisine 1 Mayıs 2007 tarihinde tebliğ edildiğinden, yapılan işe iade başvurusunun yasal süreden önce yapılmış bir talep olduğu ve ayrıca, işe başlama başvurusunun kesinleşen mahkeme kararı ile birlikte şahsen (bizzat) yapılması halinde değerlendirilebileceği gerekçeleriyle, işe iade başvurusunun kabul edilmediğini bildirmiştir.

Bu ihtarnameye karşı, işçinin vekili avukatın işverene çektiği ihtarnameye rağmen işverenin tazminatları ödememesi üzerine, işçinin 18.5.2007 tarihinde işverene karşı, "kıdem, ihbar tazminatı, işe başlatılmama tazminatı ile boşta geçen süreye ilişkin ücret alacaklarının faizleriyle birlikte ödetilmesine karar verilmesi talebiyle" dava açtığı; davayı gören mahkemelinin, işe iade başvurusunun bizzat işçi tarafından usulüne uygun yapılmadığından geçersiz sayılarak, boşta geçen süreye ait ücret ve işe başlatılmama tazminatlarının reddine karar verdiği ve bu kararın temyizi üzerine de 9. Hukuk Dairesi'nin (elinizdeki incelemenin konusunu oluşturan) 02.12.2008 tarihli ve 45501/32931 sayılı kararı verdiği anlaşılmaktadır.

1) Dairenin (Çoğunlukla) Vardığı Sonuç

Dairenin çoğunlukla aldığı karara göre; İş Kanunu'nun 21. maddesi işe iade başvurusunun şekline dair hüküm içermemekte olup, işe iade talebi için işçinin bizzat başvurusu gerekmez, işe iade başvurusunun işçinin avukatı tarafından yapılması mümkündür. İşe iade başvurusu, işe başlama yönünde bir irade açıklamasıdır, işçinin aynı anda (aynı günde) işe iadesi edilmesi gibi bir durum söz konusu değildir. İşçinin şahsen ya da yetkili avukatı tarafından yapılan başvuru üzerine, işverence işçi bir aylık süre içinde işe başlatılabilir; işverence işe davet edilmesi halinde işçinin, iş görme edimini bizzat yerine getirmek üzere, belirlenen günde şahsen hazır olması gerekir.

İşçinin işe iade başvurusu için; başvuru anında kararın kesinleşmiş bulunması yeterli olup, kesinleşmenin işverence bilinmesi gerekmez ve kesinleşen kararın işe iade başvurusuna eklenmesi zorunlu değildir.

Ayrıca, işçinin işe iade başvurusunu yaptığı anda başka bir işverenin işyerinde çalışmakta olması olgusu, başlı başına, talebin samimi olmadığını göstermez; çünkü eski işverenin daveti halinde işçinin çalışmakta olduğu yerden ayrılarak eski işine başlaması imkân dahilindedir.

Bu sebeplerle, hükmün bozulmasına karar verilmiştir.

2) Karşı Oy

Dairenin çoğunlukla verdiği karara bir üye katılmadığı, karara yazılan "karşı oy"dan anlaşılmaktadır. Karşı oy yazısında özetle şöyle denilmektedir:

Eldeki davada işe iade başvurusu, vekil vasıtasıyla yapılmış ise de, öncelikle vekâletnamede bu başvuruyu kapsayan yetkinin bulunmadığı; hukukumuzda bazı hakların kişiye sıkı sıkıya bağlı olup bu hakların ilgili kişiden başka vekil, temsilci, kayyım, hatta veli vasıtasıyla dahi kullandırılmayacağı; iş ve iş güvenliği yasalarında ve dayanağı olan Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) sözleşme esaslarında, olumsuz ekonomik koşullarda işçinin, bir an önce kalıcı

Kanunda, işe iade başvurusunun nasıl yapılacağına ilişkin olarak özel düzenlemeler getirilmemiştir.

İş güvencesine kavuşturulması amaçlandığından, iş sözleşmesinin aktif süjesi olan işçinin işe iade başvurusunda çok önemli bir neden (mücbir sebep) bulunmadıkça işyerine bizzat icabet edip, ispatı vücut ederek, işe hazır ve istekli olduğunu işverene göstermek zorunda olduğu; somut olayda ise davacının, işyeri olan Bursa ilinde fiilen bulunmasına rağmen, vekili (avukatı) marifetiyle telgraf ve noter teatisi ile işe başlatma başvurusunda bulunduğu; bu itibarla mahkemenin, bu başvurunun bizzat ve dolayısıyla süresinde ve usulüne uygun olarak yapılmadığının kabulü ve buna dayalı isteklerin reddine dair hükmünün isabetli olduğu; aksi yöndeki hükmü hukuka aykırı bulan dairenin çoğunluk görüşüne iştirak edilmediği belirtilmektedir.

III) KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

İş Kanunumuz (m. 21, I), geçerli sebep gösterilmemesi veya gösterilen sebebin geçerli olmaması sebebiyle mahkeme (veya özel hakem) tarafından feshin geçersizliğine karar verilmesi halinde, işverenin işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorunda olduğunu, aksi halde işçiye tazminat (İş K. m. 21, II-III) ödeyeceğini düzenlemekle birlikte, bunun için işçinin işe iade başvurusunda bulunmasını şart kılmaktadır. İşçinin işe iade için başvurmaması durumunda, işverenin feshi, geçerli bir fesih sayılır ve işveren sorumluluktan kurtulur.

Kanuna göre; "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." (İş K. m. 21, V).

Görüldüğü üzere, Kanunda (İş K. m. 21, V), işe iade başvurusunun nasıl yapılacağına ilişkin olarak özel düzenlemeler getirilmemiştir.

Bu sebeple burada, hukukun genel ilkelerini uygulamak gerekir. Buna göre:

Kanun, işe iade talebinin on iş günü⁶ içinde yapılacağını belirlemiştir. On iş günlük süre, hak düşürücü süredir ve mahkemenin (veya hakemin) kesinleşen kararının tebliğinden itibaren başlar. Tebligat açısından gün olarak belirlenen sürelerin hesabında, tebliğin yapıldığı gün sayılmaz; ertesi gün, eğer iş günü ise o gün (ertesi gün, iş günü değil de tatil günü ise, onu takip eden ilk iş günü) birinci gün sayılarak hesap edilir⁷. Buradaki on iş günlük sürenin başlangıcı, işe iade davasında kesinleşen kararın tebliği tarihidir⁸. Hukukta süreleri başlatan diğer durumlarda olduğu gibi, buradaki tebliğden kasıt, hakkı kullanacak olan tarafa yapılan tebliğdir. İşe iade talebini yapacak olan da işçi olduğuna göre (İş K. m. 21, V), on iş günlük sürenin başlangıcı da (davayı kazanan) işçiye yapılan tebliğ tarihidir. Davayı kaybeden

Kanun (İş K. m. 21, V), işe iade başvurusu bakımından, “kesinleşen kararın tebliği”nden söz etmekle birlikte; “kesinleşen kararın tebliği”, yargılama hukukumuz bakımından yaygın ve alışılmış bir husus olmadığından, buna ilişkin ayrı ve özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanunlarımızda ve bu ara yargılama usulü kanunlarımızda alışılmış olan tebliğ kuralları, örneğin, kanun yollarına (veya diğer bazı hukuk çarelerine) başvuruyu başlatmak ilgili tarafın hakkını korumak için işlem yapması gibi durumlar için öngörülmüşlerdir.

Öte yandan tebligat işleminin yapılabilmesi, istisnaî durumlar hariç, ilgilinin tebliğ masrafını yatırmasına bağlıdır (Tebligat K. m. 5)⁹. Kesinleşen işe iade kararının tebliği için de, davacı işçinin gerekli tebliğ giderlerini yatırması gerekmektedir. Aksi takdirde kesinleşen işe iade kararının mahkemece Tebligat Kanunu hükümlerine göre resen tebliği söz konusu

İşe iade talebini yapacak olan işçi olduğuna göre, on iş günlük sürenin başlangıcı (davayı kazanan) işçiye yapılan tebliğ tarihidir.

ve işçiye işe başlatmak durumunda olan davalı işverene yapılacak tebliğin tarihinin bu bakımdan herhangi bir önemi yoktur. Nitekim somut olaydaki Yargıtay kararında, karşı oyu kaleme alan üye de dahil, bu sonuca varılmıştır. Somut olayda kesinleşen karar işçinin avukatına 4 Nisan 2007 tarihinde tebliğ edildiğine ve işçi de avukatı aracılığıyla 5 Nisan 2007 tarihinde işe iade başvurusu yaptığına göre, on iş günlük süreye riayet edilmiştir.

Yargıtay ayrıca, işçinin işe iade başvurusunun yapıldığı sırada davalı işverenin kararın kesinleşmiş olduğunu bilip bilmemesinin de herhangi bir önemi bulunmadığını isabetli olarak vurgulamaktadır. Çünkü, işverenin adresinin tebligatı gönderen yerden uzak bir yerde bulunması veya tebligat işlemlerinin herhangi bir şekilde gecikmesi sebepleriyle, işverene yapılacak tebliğin, işçiye yapılan tebliğden çok daha sonra olması mümkündür. Böyle bir durumda işverene daha önce tebliğ yapılmamış bile olsa, işçinin işe iade başvurusuyla işveren bu konudan haberdar hale gelmektedir.

olmayacaktır. Bu sebeple, işe iade davalarında kesinleşen kararın taraflara tebliğini temin etmek üzere, bu konudaki tebliğ giderlerinin davacı işçiden peşinen alması büyük kolaylık sağlayacaktır¹⁰. Ancak bu konuda yaygın bir uygulama bulunmamaktadır. Tebligat giderinin peşin yatırılmaması halinde, davayı kazanan işçinin, kararın kesinleşmesinden sonra da tebligat giderini yatırması mümkündür. Hatta pratik olarak böyle bir durumda işçi, kesinleşen kararını mahkeme kaleminde tebellüğ edebilir ve yalnızca işverene tebligat için tebliğ gideri yatırmakla da yetinebilir.

Kanun (İş K. m. 21, V), işe iade başvurusu yönünden ayrıca ve açıkça bir şekil şartı getirmediğinden, başvuru, yazılı veya sözlü olarak yapılabilir. Ancak, ispat açısından yazılı başvuru yapılması önem arz eder. Uygulamada, uyumsuzluğu en aza indirmek amacıyla işverene noter aracılığıyla tebligat yapılması tercih edilmektedir.

On iş günlük süre yönünden kanımca önemli olan, işçinin başvurusunu on iş günü içinde yapmasıdır ve bunun için işçinin, örneğin no-

terden on iş günü içinde ihtarname göndertmesi yeterlidir; noter ihtarnamesinin işverenin eline on iş günü bittikten sonra geçmesi, işçi aleyhine değerlendirilemez¹¹. Hatta kanımca, işçinin işe iade başvurusunu noter kanalı ile değil de, iadeli taahhütlü mektupla yapması halinde de postadaki gecikmeden işçi sorumlu tutulmamalıdır. Nitekim, Yargıtay da yeni bir kararında, “işe iade yönündeki başvurunun 10 iş günü içinde işverene bildirmesi gerekmele birlikte tebligatın postada gecikmesinden işçinin sorumlu olması düşünülemez” demektedir¹².

Kesinleşen mahkeme kararının işe iade talebine eklenmesi, karar kendisine henüz tebliğ edilmeyen işverenin de kararı görmesi bakımından bir kolaylık sağlarsa da; bu konuda herhangi bir yasal zorunluluk bulunmadığından, kesinleşen kararın talebe eklenmemesi ve işverene verilmemesi, talebi geçersiz hale getirmez¹³. Bu yönde açık tavır takınan Yargıtay’ın görüşünü doğru bulmaktayım.

İşe iade talebi için, işçinin bizzat başvurusunun zorunlu olup olmadığına gelince:

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’na (m. 62) göre, kanunların özel yetki verilmesine bağlı kıldığı hususlar dışında vekâlet, hüküm kesinleşinceye kadar davanın takibi için gerekli her türlü işlemlerin yapılması ve hükmün icra edilmesi yetkilerini içerir. Aslında bu durum avukat için aynı zamanda bir yükümlülüktür¹⁴. Çünkü avukatın aksi kararlaştırılmadıkça, üstüne aldığı işi sonuna (icra aşaması neticeleninceye) kadar takip etme zorunluluğu vardır.

Avukat vekâletnamesinde özel yetki verilmesine bağlı tutulan hususlar, başta HUMK m. 63 hükmü olmak üzere mevzuatta açık olarak belirtilmiştir¹⁵.

Keza, vekil ile takip edilen işlerde tebligat vekile yapılır (Tebliğat K. m. 11). Doğrudan doğruya asıla (müvekkile) yapılması gereken tebliğ halleri de kanunlarda açıkça gösterilmiştir¹⁶. Bu kural, işe iade davaları bakımından da geçerlidir. Nitekim, somut olayda da, kesinleşen işe iade kararının, davacı asıl olan işçiye değil, davayı takip eden avukata tebliğ edildiği görülmektedir.

Hukukî niteliği itibarıyla, işe iade davası bir

İşe iade davasının kabulü halinde mahkemenin verdiği kararda, “işçinin işe iadesi”nin yer almakta oluşu, işe iade davasını bir eda davası haline getirmez.

tespit davasıdır¹⁷. İşe iade davasının kabulü halinde mahkemenin verdiği kararda, “işçinin işe iadesi”nin yer almakta oluşu da, işe iade davasını bir eda davası haline getirmez. Çünkü işverenin, işçiyi işe iade edip etmeme serbestisi vardır ve işveren, İş K. m. 21’de öngörülen işe başlatmama tazminatını ödeme yolunu seçebilir ve işçiyi işe iade etmeyebilir¹⁸.

Bu sebeple, işe iade davası sonucunda alınan (tespit hükmünü içeren) ilâmın, ilâmlı icraya konu edilebilmesi mümkün değildir¹⁹. Buna karşılık işe iade davasının, bilinen (sıradan) bir tespit davasından farklı yanı, davayı kazanan işçinin işe iade edilmemesi halinde tazminat alabilmesinin bazı şartların gerçekleşmesine bağlı olmasıdır. Bu şartlardan biri de, yukarıda açıklandığı üzere, kesinleşen karar üzerine işverene başvurup işe iade talebinde bulunmaktır; işe iade talebinde bulunulmazsa, fesih geçerli hale gelir (İş K. m. 21, V).

İş K. m. 21’in düzenlemesi çerçevesinde, işe iade davasını kazanmak yetmez; bu konudaki kesin kararın tebliğinden on iş günü içinde yapılacak olan işe iade başvurusu aşamasını da, bu davanın ayrılmaz bir parçası olarak değerlendirmek gerekir. Bu açıdan, işe iade davasının birbirine bağlı üç aşamadan oluşan bir dava olduğunu söylemek mümkündür: Birinci aşama, mahkemenin feshin geçersizliğine ve işe iadeye karar vermesi; ikinci aşama, karar kesinleştikten sonra işçinin on iş günü içerisinde işe başlamak için işverene başvurması; üçüncü aşama, işverenin işçiyi işe başlatma iradesini işçiye ulaştırması (veya işe başlatmayarak tazminat ödemesi)²⁰. Bu nedenlerle, işe iade davasını açan vekilin yetkisinin (ve hatta aldığı vekâlet görevini -icra aşaması dahil- sonuna kadar takip yükümlülüğünün), işe iade başvurusunu da kapsamaması gerektiği kanısındayım (HUMK m. 62’ye kıyasen).

Bu yüzden, vekili (avukatı) aracılığıyla işe iade davası açan işçinin, işe iade başvurusu da dahil olmak üzere bu konudaki yetkilerin tümünü vekile (avukata) verdiği kabul edilmelidir. Aksinin kabulü, işçiyi, dava açmak için ihtiyaç duyarak atadığı vekilinin bu konudaki hukukî yardımından yoksun kılar. İşe iade başvurusunun, somut olayda olduğu gibi Yargıtay nezdinde dahi tereddütlere neden olan, teknik hukukî özelliklerinin bulunduğu ve on iş günü gibi kısa bir süre içinde usulüne uygun başvurumama halinde işe iade ile ilgili hakların yitirileceği hususları göz önüne alınırsa, vekilin bu konudaki hukukî yardımının önemi daha iyi anlaşılacaktır. Aksine düşünüşün, iş hukukunun temel ilkesi olan “işçi lehine yorum” ilkesine uygun olmadığı da kolaylıkla söylenebilir.

İşe iade davası, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olarak değerlendirilemez. Çünkü bu dava da, idarî yargıda örneklerine sıkça rastlanılan

lar, ilgili kişi istemedikçe (onun rızası hilafına) yasal temsilci gibi başka kişiler tarafından talep ve dava edilemeyen haklardır. Buna karşılık, hakkın sahibi kişi isterse, bu hakları bizzat kendisi kullanabileceği gibi (işin niteliği gereği yasaklanmadıkça), vekili aracılığıyla da kullanılabilir. Nitekim, somut inceleme konusu Yargıtay Kararının karşı oy yazısında da belirtilen boşanma davası örneğinde olduğu gibi, kişiye sıkı sıkıya bağlı olan bir kısım hakların vekil (avukat) aracılığıyla açılan dava yolu ile kullanılması mümkündür. Bu sebeple, işe iade davası veya işe iade başvurusu, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olsa dahi, işçi bu hakkının bizzat değil de bir avukat eliyle kullanılmasını tercih etmişse, işçinin iradesine uymak gerekir.

Kararın karşı oy yazısında yer alan, “iyiniyetli işverenlerin, çoğunlukla ilâmın infazının gereği olarak işçiyi hemen ve derhal eski işine başlatmak davranışında bulunabileceği, bu ne-

“İşe iade davası” veya “işe iade başvurusu” bir an için kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olarak kabul edilse dahi, işçinin bu yetkisini bir avukat eliyle kullanmasını engelleyen hiçbir hukukî neden ve gerekçe bulunmamaktadır.

idarenin görevden alma (uzaklaştırma) işleminin iptali davasına paralel bir davadır ve bu tür davaların kişiye sıkı sıkıya bağlı olduğu konusunda öğretide ve üst mahkemeler uygulamasında bir eğilim bulunmamaktadır.

İşe iade davasının ayrılmaz bir parçası olduğunu değerlendirdiğim, “işe iade başvurusu”nu da kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olarak nitelendirememekteyim. Çünkü, yukarıda da belirttiğim üzere işçi, vekili aracılığıyla işe iade davasını açtırmakla, davayı kazandıktan sonra kesinleşen kararın tebliğinden sonraki aşama olan işe iade başvurusu yapma yetkisini de vekile vermiş olmaktadır.

Hal böyle olmakla birlikte, “işe iade davası” veya “işe iade başvurusu” bir an için kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olarak kabul edilse dahi, işçinin bu yetkisini bir avukat eliyle kullanmasını engelleyen hiçbir hukukî neden ve gerekçe bulunmamaktadır. Kişiye sıkı sıkıya bağlı hak-

denle işçinin o an işyerinde hazır bulunmasının son derece menfaatine olacağı” yönündeki ifadeler, bazı istisnaî hallere özgü olarak kısmen yerinde olmakla birlikte; bu açıklamalardan yola çıkılarak, işe iade başvurusunun mutlaka bizzat işçi tarafından yapılması gerektiği (ve bu nedenle, avukat eliyle işe iade başvurusunun yapılamayacağı) sonucuna (kuralına) varılmasını yerinde bulmamaktayım.

Bu noktada sağlıklı sonuca varabilmenin yolu, Kanunun (İş K. m. 21) kurgusunu gözden uzak tutmamaktan ve hayatın olağan akışını dikkate almaktan geçmektedir.

Kanunun kurgusuna göre; işe iade davasını kazanan işçi (veya vekili), bu kararın kesinleşmesinin kendisine tebliğinden itibaren (on iş günü içinde) işverene başvurarak işe iade edilmesini istemek zorundadır (İş K. m. 21, V) ve bu talep üzerine işverenin bir aylık süresi vardır (İş K. m. 21, D).

Hayatın olağan akışı çerçevesinde, bu hükümün uygulanmasında; işveren, kendisine tanıyan bir aylık süre içerisinde işçiyi işe başlatmak isterse (böylece, tazminat ödememe yolunu tercih ederse), işçiye uygun bir süre önce²¹ (ispat açısından yazılı -tercihan noter eliyle-) çağrı yapacak, belirttiği gün ve saatte, işçinin işyerinde hazır bulunmasını isteyecek; çağrıyı alan işçi de belirtilen gün ve saatte işyerinde bizzat (şahsen) hazır olacaktır²².

Bu noktada, karşı oy yazısında belirtildiğinin aksine, işçinin işyerinde bizzat (şahsen) hazır olması gereken zamanın, işe iade başvurusunu yaptığı zaman değil, işverenin çağrısı üzerine hazır bulunması gereken zaman olduğunun altını çizmek isterim.

Bir an için karşı oy yazısı çerçevesinde işçinin, işe iade başvurusunu yaptığı anda bizzat hazır bulunmasının gerektiği kabul edilir ve ancak işveren, işe iade konusunda Kanunun (İş K. m. 21, D) kendisine tanıdığı bir aylık süre içerisinde karar vereceğini bildirir (yani, işçiyi hemen işe almaz) ise, işçi boş yere zaman ve masraf yaparak işyerine gelmiş olur. Zaman ve masraf yanında, işçinin, sırf işverenin kendisini hemen işe alacağı ümidiyle işe iade başvurusunu bizzat yapması ve fakat işverenin bu konuda bir aylık süresinin bulunduğunu bildiren işçiyi hemen işe başlatmamasının “psikolojik” sonuçlarının da gözden uzak tutulmaması gerektiği kanısındayım. İşçinin işverenin kendisine hemen işe alacağı varsayımıyla işe iade başvurusunu bizzat yapmasının aranması; eğer abartı değilse, işçiyi, “işverenin insafı”na terk eden bir anlayıştır. Oysa çağdaş olanı, işçinin işe iade başvurusunu bizzat veya avukatı aracılığıyla yapması ve bu konuda işverenin çağrısını beklemesidir ki, Kanun (İş K. m. 21, D) işverenin işe başlatmama tercihinin (önemli tutardaki) tazminat ödemesine dönüştürmektedir.

Altını çizip vurgulayarak belirtmek gerekirse; işçi, işe iade başvurusunu bizzat yapmak zorunda olmamasına (ve bu başvuruyu isterse vekili aracılığıyla yapabilmesine) rağmen, işverenin çağrısı üzerine işe başlamak üzere şahsen (bizzat) gelmek zorundadır. İşçinin çağrı üzerine bizzat gelmeyip vekilini (avukatını)

göndermesi, hukukî sonuç doğurmaz. Çünkü iş sözleşmesinin gereği olarak, işçinin işi bizzat yapmak zorunluluğu vardır²³.

İşçi gelirse, işe başlatılacaktır; bunun hukukî sonucu, iş sözleşmesinin feshedilmemiş gibi devam etmesidir. Bu durumda işçi, yeni işe giren bir işçi olarak nitelendirilmeyecek; ücreti ve sosyal hakları, geçersiz sayılan fesihden itibaren işe başlatıldığı tarihe kadar işyerinde yürürlüğe giren zamlardan yararlanmış gibi belirlenecektir. Buna paralel olarak, işverenin de tazminat ödemesi söz konusu olmayacaktır²⁴.

İşçi, işverenin usulüne uygun olarak yaptığı çağrısına rağmen, geçerli bir mazereti olmaksızın gelmezse veya gelip de işe başlamazsa, fesih geçerli hale gelir ve işveren işe başlatmama tazminatını ödemekten kurtulur²⁵.

Öte yandan, karşı oy yazısında belirtilen görüşün aksine, yukarıdaki gerekçelerle ve özellikle açık bir kanun hükmüne dayanmadığı için, işe iade başvurusunun vekâletnamede özel yetki verilmesini gerektiren hallerden (bkz. HUMK m. 63) biri olmadığını düşünmekteyim.

Sonuç olarak;

İşe iade davasını kazanan işçinin, kararın kesinleşmesinden sonra işe iade başvurusunu bizzat veya işe iade davasını takip için vekâletname verdiği vekili (ve hatta yalnızca işe iade başvurusu için vekâletname verdiği avukatı) aracılığıyla da yapabileceği kanısında olduğumdan, çoğunlukla verilmiş bulunan Yargıtay kararının isabetli olduğunu değerlendirmekteyim²⁶.

DİPNOTLAR

- 1 Bkz. İş Kanunu Tasarısı ve Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu Raporu (1/534), TBMM Dönem: 22, Yasama Yılı: 1 (S. Sayısı: 73).
- 2 “İş güvencesi” kavramı hakkında bkz. Savaş Taşkent, İş Güvencesi ve Yeni yasal Düzenleme, Ankara 2002; Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, İş Güvencesi. Kurumu ve İşe İade Davaları, İstanbul 2005; Sarper Süzek, İş Hukuku, İstanbul 2005, s. 430 vd.; Hamdi Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, Ankara 2008, s. 703 vd.
- 3 Süzek s. 430.
- 4 Örneğin yargılama hukuku bakımından bkz. Ejder Yılmaz, İşe İade Davalarında Yargılama Usulü İle İlgili Özellikler (Sicil, İş Hukuku Dergisi, 2006/4 s. 20-31); Muhammet Özekes, İş Kanununun 20. ve 21. Maddelerinin

- Medeni Yargılama ve İcra Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 479-514.
- 5 Bkz. örneğin: Osman Güven Çankaya/Cevdet İlhan Günay/Seracettin Göktaş, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara 2006; Özkan Ertekin, Açıklamalı İçtihatlı İş Güvencesi Hukuku, İşe İade Davaları, Ankara 2005. Bektaş Kar, İş Güvencesi ve Uygulaması (2008 Yılı Emsal Kararları İle), Ankara 2009.
- 6 Bilindiği gibi “iş günü” kavramı, “takvim günü” kavramından farklıdır. İş günleri hesap edilirken, resmî çalışma (tatil) günleri (bkz. 2429 sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun) dikkate alınmaz.
- 7 Bkz. Ejder Yılmaz / Tacar Çağlar, Tebligat Hukuku, Ankara 2007, s. 134 vd.
- 8 İşçinin, kararın kesinleşmesinden önce işverene yaptığı işe iade başvurusu, kesinleşmeden sonra yapılacak olan (İş K. m. 21, V) işe iade başvurusunun yerine geçmez (Çankaya/Günay/Göktaş, s. 258). Ancak, işçinin zamanından önce ve hatta dava devam ederken işverene başvurması halinde işverenin onu işe iade etmesi mümkündür (Çankaya/Günay/Göktaş, s. 256-257). Yargıtay bu gibi durumlarda, aksi ileri sürülmedikçe davalı işverenin feshin geçerli bir sebebe dayanmadığını kabul ettiği şeklinde değerlendirilmesi gerektiği görüşündedir (örneğin: 9. HD 2.2.2005, 31714/ 2889).
- 9 Bkz. Yılmaz/Çağlar, s. 174-179.
- 10 Kar, s. 795.
- 11 Aynı görüşte: Çankaya/Günay/Göktaş, s. 293.
- 12 9. HD 20.11.2008, 30092/31546 (Kar, s. 801-802).
- 13 Kar, s. 795.
- 14 Bkz. Semih Güner, Avukatlık Hukuku, Ankara 2002, s. 340-342; Meral Sungurtekin Özkan, Avukatlık Mesleği Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, İzmir 1999, s. 279 vd.
- 15 Bkz. bu konuda: Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt II, İstanbul 2001, s. 1281 vd.
- 16 Yılmaz/Çağlar, s. 270 vd.
- 17 Çankaya/Günay/Göktaş, s. 190-193.
- 18 Uygulamada da, çeşitli nedenlerle işverenlerin işten çıkarttıkları işçileri genellikle işe almak istemedikleri ve tazminat ödemeyi tercih ettikleri; bu arada, “atıldıkları iş yerine dönmek istememeleri” ve davaların kısa sürede sonuçlanmaması nedeniyle yeni iş bulmaları gibi sebeplerle işçilerin de işe iade davasını, işe iadede ziyade ek tazminat aracı olarak kullandıkları gözlemlenmektedir.
- 19 Çankaya/Günay/Göktaş, s. 271-272; Özekes s. 504 vd.
- 20 Bkz. 9. HD'nin 11.7.2005 gün ve 20810/24800 sayılı Kararına, O.G. Çankaya tarafından yazılan “karşı oy” yazısı (Çankaya/Günay/Göktaş s. 294-296 dipnot 7).
- 21 Yargıtay bir kararında buradaki uygun süreyi, aynı yerde bulunan işçi için iki gün, başka yerde oturan işçi için dört gün olarak belirtmiştir (9. HD 20.11.2008, 30092/31546: Kar, s. 801-802).
- 22 Bkz. Kar, s. 803.
- 23 Bkz. bu konuda: Kazım Yücel Dönmez, İşçinin Borçları, Ankara 2000, s. 33 vd.
- 24 Çankaya/Günay/Göktaş, s. 297-298.
- 25 Bkz. bu konuda: Mollamahmutoglu, s. 763; Çankaya/Günay/Göktaş, s. 293-295.
- 26 Bkz. Kar, s. 795. Çankaya/Günay/Göktaş (s. 290), işe iade talebinin vekilin yanı sıra, işçinin üyesi olduğu sendika aracılığıyla da ulaştırılabileceği görüşündedirler.

Prof. Dr. Erol AKI

Emekli Öğretim Üyesi

İşten Çıkarılan Direnişçi İşçilerin Kısmen İşe Alınmaları - İşyerine İşçi Alımında İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2008/32183
Karar No : 2009/7045
Tarihi : 29.05.2008

DAVA

Davacı, kıdem ve ihbar tazminatı, izin fazla çalışma ücreti, bayram ve genel tatil ücreti ve ikramiye alacaklarının ödetilmesine karşı davacı ise uğranılan zararın tazminine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, asıl davanın kısmen kabulüne karşı davanın reddine karar verilmiştir.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi Ş. Çil 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 haksız olarak iş sözleşmesinin feshedildiğini ileri sürerek kıdem ve ihbar tazminatı isteklerinde bulunmuştur.

Davalı işveren, davacı ve arkadaşlarının yasal olmayan ücret artışı isteğinde bulduklarını, işverence olumsuz karşılanması üzerine 1.8.2005 tarihinde işyerine gelerek işe giriş kartlarını bastıkları halde makineleri çalıştırmadıkları ve iş başı yapmadıkları, aynı gün 18.00'e kadar çalışmadıklarını ve işyerinden ayrıldıklarını savunmuş ve isteklerin reddini talep etmiştir.

Mahkemece, davacı ve diğer bir kısım işçilerin yasa dışı olarak grev yaptıkları ve ey-

leminin sabit olduğu kararda açıklanmış, ancak işverenin aynı eylem içinde olan 6 işçiyi yeniden işe almış olması sebebiyle feshin haklı olarak değerlendirilemeyeceği gerekçesiyle ihbar ve kıdem tazminatı isteklerinin kabulüne karar verilmiştir.

Kararı davalı vekili süresi içinde temyiz etmiştir.

Taraflar arasında uyuşmazlık işverenin eşit davranma borcuna aykırı davranıp davranmadığı ve bunun sonuçları noktasında toplanmaktadır.

Eşit davranma ilkesi tüm hukuk alanında geçerli olup, İş Hukuku bakımından işverene, işyerinde çalışan işçiler arasında haklı ve objektif bir neden olmadıkça farklı davranmama borcu yüklemektedir. Bu bakımdan işverenin yönetim hakkı sınırlandırılmış durumdadır. Başka bir ifadeyle işverenin ayırım yapma yasağı, işyerinde çalışan işçiler arasında keyfi biçimde ayırım yapılmasını yasaklamaktadır. Bununla birlikte eşit davranma borcu, tüm işçilerin hiçbir farklılık gözetilmeksizin aynı duruma getirilmesini gerektirmemektedir. Bahsi geçen ilke, eşit durumdaki işçilerin farklı işleme tabi tutulmasını önlemeyi amaç edinmiştir. Öte yandan anılan ilke, hakların sınırlandırılmasına değil, korunmasına hizmet eder.

Eşitlik ilkesi ise en temel anlamda Anayasanın 10. ve 55. maddelerinde de ifade edilmiş, 10. maddede “Herkes dil, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir” kuralına yer verilmiştir. 55. maddenin kenar başlığı ise “Ücrette Adalet Sağlanması” şeklindedir.

Bundan başka eşit davranma ilkesi, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa Ekonomik Topluluğu Antlaşması, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün Sözleşme ve Tavsiye Kararlarında da çeşitli biçimlerde ele alınmıştır.

4857 sayılı İş Kanunu sistematığında, eşit davranma borcu, işverenin genel anlamda borçları arasında yerini almıştır. Buna rağmen

eşitlik ilkesini düzenleyen 5. maddede, her durumda mutlak bir eşit davranma borcu düzenlenmiş değildir. Belli bazı durumlarda işverenin eşit davranma borcunun varlığından söz edilmiş, ancak “esaslı nedenler olmadıkça” ve “biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça” bu yükümlülüğün bulunmadığı Dairemiz kararlarında vurgulanmıştır (Yargıtay 9. HD. 25.7.2008 gün 2008/27310 E., 2008/22095 K.).

4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinin ilk fıkrasında, dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi sebeplere dayalı ayırım yasağı getirilmiştir. Belirtilen bu hususların tamamının mutlak ayırım yasağı kapsamında ele alınması gerekir.

Eşit davranma ilkesinin uygulanabilmesi için aynı işyerinin işçileri olma, işyerinde topluluk bulunması, kolektif uygulamanın varlığı, zamanda birlik ve iş sözleşmesiyle çalışmak koşulları gerekmektedir.

5. maddenin 2. fıkrasında ise, tam süreli – kısa süreli işçi ile belirli süreli – belirsiz süreli işçi arasında farklı işlem yapma yasağı öngörülmüştür.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinin 3. fıkrasında cinsiyet ve gebelik sebebiyle ayırım yasağı düzenlenmiş ve bu durumda olan işçiler bakımından iş sözleşmesinin sona ermesinde de işverenin eşit davranma borcunun varlığı özel olarak vurgulanmıştır. İşverenin işin niteliği ile biyolojik nedenlerle farklı davranabileceği bahsi geçen hükümde açıklanmıştır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinin 4. ve 5. fıkralarında ise, işverenin ücret ödeme borcunun ifası sırasında ayırım yasağından söz edilmektedir. Maddede sözü edilen ücretin genel anlamda ücret olduğu ve ücretin dışında kalan ikramiye, prim, vb. ödemeleri de kapsadığı açıktır.

Bundan başka 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinin (a) ve (b) bentlerinde sözü edilen sendikal nedenlere dayalı ayırım ya-

sağı da mutlak ayırım yasağı kapsamında değerlendirilmelidir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. ve 18/III. maddede sayılan hallerin sınırlayıcı olarak düzenlenmiş değildir. İşçinin işyerinde olumsuzluklara yol açmayan cinsel tercihi sebebiyle ayırım yasağı da buna eklenebilir. Yine, siyasi sebeplere ve dünya görüşü gibi unsurları esas alan bir ayrımcılık korunmamalıdır.

İşverenin eşit davranma borcuna aykırı davranmasının yaptırımı yine 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinin 6. fıkrasında düzenlenmiştir. Anılan hükme göre işçinin dört aya kadar ücreti tutarında bir ücretten başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep imkanı bulunmaktadır.

Öte yandan, İş Kanunu'nun 5. maddesi Borçlar Kanunu'nun 20. maddesi uyarınca emredici nitelikte bulunduğundan, anılan hükme aykırı olan sözleşme hükümleri geçersizdir. Geçersizlik nedeniyle ortaya çıkan kural boşluğu, eşit davranma ilkesinin gereklerine uygun olarak doldurulmalıdır.

Eşit davranma borcuna aykırılığı ispat yükü işçide olmakla birlikte anılan maddenin son fıkrasında yer alan düzenlemeye göre, işçi ihlalin varlığını güçlü biçimde gösteren bir delil ileri sürdüğünde aksi işveren tarafından ispatlanmalıdır.

Somut olayda davacının da aralarında bulunduğu bir kısım işçiler yasal olmayan bir ücret artışı talebinde bulunmuşlar ve mah-

kemenin de kabul ettiği üzere topluca çalışmama eylemine katılmışlardır. Davacı işverence anılan eylem sebebiyle fesih haklı bir nedene dayanmaktadır. Aynı eyleme katılan işçilerden bir kısmının daha sonra yeniden işe alınması, işverenin eşit davranma borcuna aykırı davrandığı anlamına gelmez. İşverence işe almada eşit davranma borcu 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinin 3. fıkrasında cinsiyet veya gebelik nedeniyle ayırım yapmamayı ifade eder. Başka bir anlatımla işe başvuranlar arasında cinsiyet ve gebeliğe bağlı olarak ayırım yapılması yasaklanmıştır.

Aynı olaya bağlı olarak bir başka işçinin açtığı davada ihbar ve kıdem tazminatı istekleri reddedilmiş, davacının temyizi üzerine karar Dairemizce onanmıştır (Yargıtay 8.10.2007 gün 2007/2577 E., 2007/29505 K.).

Böyle olunca eyleme katılan işçilerden bir kısmıyla yeniden iş sözleşmesi kurulmuş olması davacı işçi yönünden haklı fesih nedenini ortadan kaldırmadığından işverence yapılan feshin haklı nedene dayandığı kabul edilmeli ve davaya konu ihbar ve kıdem tazminatı isteklerinin reddine karar verilmelidir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 17.03.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KARARIN İNCELENMESİ

Yargıtay'a intikal eden davanın konusu; işten çıkarılan davacı işçinin işçilikten doğan alacaklarının davalı işverenden tahsilini talep etmesine karşılık, davalı işverenin de haklı nedenle işten çıkardığını savunduğu davacının davasının reddi ve davacının işyerindeki direnişe katılarak verdiği zararın davacı işçiden tahsilini istemesi hakkındadır.

İşverenin Eşit Davranma (Eşit İşlem Yapma) Borcu

Adalet fikrinin çekirdeği olan eşitlik ilkesi,

aslında bir doğal hukuk ilkesidir. Hukukun son amacı adalet olup, adaletin ilk hedefi eşitliği, eşit haklara sahip olmayı sağlamaktır. O halde adalet, bir tür eşit davranmadır. Eşit davranma borcu ise, eşitlik ilkesinin iş hukukunda ortaya çıkış biçimidir. Nitekim iş hukukunun bu ilkesi, işverenin işyerinde çalışan işçileri arasında keyfi olarak ayırım yapmasını yasaklar¹.

Yargıtay kararında; davacı işçi ile davalı işveren arasındaki uyuşmazlık; "işverenin eşit davranma borcuna aykırı davranıp davranmadığı ve bunun sonuçları noktasında toplanmaktadır" şeklinde belirtilmiştir. İş hukukunda işverenin işçilerine karşı "Eşit Davranma Bor-

cu”, gerek kamu gerekse özel hukukta geçerli olan “Eşit Davranma İlkesi”nin, karma nitelikli bir hukuk dalı olan iş hukukundaki ifadesidir. Buna göre işverenin, bireysel iş ilişkilerinde işçilerine karşı keyfi olarak farklı davranmayacak ve aynı konumdaki işçilerine, farklı davranmayı haklı gösterecek objektif bir nedeni yoksa, ayırım yapmayacak, onlara eşit ve adil davranması gerekecektir.

Ancak eşit davranma ilkesi genel olarak herkes için söz konusu iken, işverenin eşit davranma borcu, öncelikle işçi ile işveren arasında bir hukuki ilişkinin kurulu bulunmasını gerektirmektedir. Bu anlamda iş ilişkisinde ve özellikle işverenin yönetim hakkını kullanmasında veya iş sözleşmesini sona erdirilmesinde eşit davranma borcundan; işyerine yeni işçi alımında ise kural olarak eşit işlem borcundan değil fakat akit yapma (sözleşme) özgürlüğünden söz edilmektedir².

nun 45/1. maddesi hükmünü uygulayarak davacı da dahil olmak üzere direnişe katılan işçilerin iş sözleşmelerini ihbarsız ve tazminatsız feshetmiştir. İşverenin fesih kararı ve uygulaması hem yukarıda belirtilen yasanın hükmüne dayanmakta, hem de direnişçi işçiler arasında ayırım yapmadan, direniş yapılması kararına katılan, direniş yapılmasını teşvik eden, fiilen direnişe katılan veya işçileri böyle bir direnişe katılmaya veya devamı teşvik eden herkesi işten çıkardığı var sayıldığında, iş sözleşmelerinin feshedilmesinde eşit işlem borcuna aykırılıktan söz edilemeyecektir.

Eşitlik ilkesi hukukumuzda başta Anayasa'nın 10 ve 55. maddelerine, Medeni Kanunumuzun “Dürüstlük İlkesi” ile ilgili 2. maddesine ve “İyiniyet İlkesi” ile ilgili 3. maddesine dayanmakta; özel olarak da iş hukuku ile ilgisi yönünden 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5., 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31.,

Adalet fikrinin çekirdeği olan eşitlik ilkesi, aslında bir doğal hukuk ilkesidir. Hukukun son amacı adalet olup, adaletin ilk hedefi eşitliği, eşit haklara sahip olmayı sağlamaktır.

Yargıtay kararından anlaşıldığına göre, davacı işçinin işyerinde çalışan diğer işçilerle birlikte ücretlerine zam yapılmasını işverenden istemeleri ve bu isteklerinin kabul edilmemesi üzerine 01.08.2005 günü işyerine gelip kart basarak içeriye girmelerine rağmen makineleri çalıştırmamaları ve çalışmamakta direnmeleri üzerine davalı taraf tüm çalışanların iş sözleşmelerini 2822 sayılı Kanunun 45/1. maddesi uyarınca ihbarsız ve tazminatsız feshetmiştir.

İşçilerin işyerine gelerek işbaşı yapmalarına rağmen iş sözleşmesinin konusu olan işlerini yapmayı durdurmalarına literatürde “oturma grevi, uyarı grevi vb.” isimler verilmektedir³. Bu tür işçi direnişlerine hukukumuzda, 2822 sayılı TSGLK'nın 25/3. maddesine göre kanun dışı grevin yaptırımları uygulanır.

Nitekim davalı işveren de 2822 sayılı Kanu-

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 122. maddelerine dayanmaktadır.

Eşitlik sözcüğü bir durumu, eşit davranma ise bir eylemi ifade eder. Adalet de bir tür eşit davranmadır. Nitekim adalet fikri eşit davranma zorunluluğunu ortaya çıkarmaktadır. Eşitsizliğe düşmemek için yerine göre bazen dağıtıcı adalet, bazen de denkleştirici adalete uygun hareket etmek gerekmektedir. Dağıtıcı adalet söz konusu olduğunda, insanlar eşitseler eşit, farklı iseler farklı pay alırlar. Denkleştirici adalette ise, yasalarla kurulan bir eşitliğin bozulması halinde durumun denge haline dönüştürülmesi söz konusudur.

Eşitlik ilkesinin işçi ve işveren ilişkilerindeki önemi, aynı durumdaki işçiler arasında iş sözleşmesinin yapılmasında, uygulanmasında ve sona erdirilmesinde adaletli davranılması, eşit durumdaki işçiler arasında fark yaratılmaması konusunda kendini göstermektedir.

İşçilerin İşe Alınmalarında İşten Çıkarılmalarında Eşitlik

İşverenin işçileri işe alma ve işten çıkarma yetkisi Anayasa'nın çalışma ve sözleşme hürriyeti ile ilgili 48. maddesine dayanmaktadır. Aslında bu ilke işverene, işçileri işe alırken ve işten çıkarırken sözleşme serbestisi içinde seçim (tercih) yapma olanağı vermektedir. Ancak (ileride görüleceği gibi) işçinin işe ilk kez girmesiyle yeniden işe alınması arasında bazı farklar söz konusu olabilmektedir. İşverenin "eşit davranma borcu ne zaman ve kime karşı" diye sorulduğunda; yukarıda değinildiği üzere, işverenin eşit davranma borcunun varlığı için, öncelikle bir işyerinde işçilerle işveren arasında iş ilişkisinin kurulmuş olmasına ihtiyaç bulunmaktadır⁴.

Şu halde, ilk kez işe alınacak olan işçi ile işveren arasında henüz hukuki ilişki kurulmamış olduğundan, işverenin eşit davranma borcundan söz edilemeyecektir. Kural olarak işveren işyerine işçi alırken, Anayasa'nın "Çalışma ve sözleşme hürriyeti" başlıklı 48. maddesi uyarınca hangi işçi daha çok işine yarayacaksa onu işe almakta serbest olacaktır. Buna rağmen işverenin bu yetkisi, Anayasa'ya aykırı olmamak, 48. maddede yer alan temel hakkın özüne dokunmamak kaydı ile ve kanunla sınırlanabilmektedir. Anayasa'nın 13. maddesine göre "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Nitekim 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesine göre; "İşçilerin işe alınmaları, belli bir sendikaya girmele-

İşverenin işçileri işe alma ve işten çıkarma yetkisi Anayasa'nın çalışma ve sözleşme hürriyeti ile ilgili 48. maddesine dayanmaktadır. Bu ilke işverene, işçileri işe alırken ve işten çıkarırken sözleşme serbestisi içinde seçim (tercih) yapma olanağı vermektedir.

ri veya girmemeleri veya belli bir sendikadaki üyeliği muhafaza veya üyelikten istifa etmeleri veya sendikaya girmeleri veya girmemeleri şartına bağlı tutulamaz./ Toplu iş sözleşmelerine ve hizmet akitlerine bu hükme aykırı kayıtlar konulamaz".

İşçilerin yeniden işe alınmalarında işverenin bu serbestisi, 4857 sayılı İş Kanunu ve 2821 sayılı Sendikalar Kanunu ile daha da sınırlandırılmaktadır. İş Kanunu'nun geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçları ile ilgili 21; toplu işçi çıkarma ile ilgili 29; özürlü ve eski hükümlü çalıştırma zorunluluğu ile ilgili 30; askerlik ve kandan doğan çalışma ile ilgili 31; Sendikalar Kanunu'nun işçi sendikası ve konfederasyonu yöneticiliğinin teminatı ile ilgili 29. maddeleri, işverenin sözleşme yapma özgürlüğünü sınırlayan ve ona bazı durumdaki işçileri yeniden işe alma veya diğer bazı durumdaki işçilerle (İş K. m. 30) ilk kez sözleşme yapma mecburiyeti getiren örneklerdir. Dikkat edilecek olursa bu hallerde işveren istemese de durumları anılan kanun maddelerine uygun düşen işçileri işe almak zorunda kalmaktadır. İşverenin ikinci kez işe almak zorunda kaldığı işçilerle arasında daha önce yapılmış bir iş sözleşmesi varken bu sözleşme bazı nedenlerle sona ermiştir. Yani işe alınacak olan işçi işverenin eski işçisidir.

İşten Çıkarılan Direnişçi İşçilerin Bir Kısmının Tekrar İşe Alınmaları

Yargıtay kararından anlaşıldığına göre davalı işveren direnişçi işçileri işten çıkardıktan bir süre sonra bunların içinden 6 işçiyi yeniden işe alarak çalıştırmaya başlamıştır. İşverenin işten çıkardığı işçilerin tamamını değil de bir kısmını tekrar işe alması acaba eşit davranma borcuna aykırılık teşkil eder mi? Eşit davranma borcundan söz edebilmek için işçi ile işveren arasında bir hukuki ilişkinin varlığı gerektiğine göre, işverenin işten çıkardığı işçileri yeniden işe alırken eşit davranma borcuna aykırı davrandığını ileri sürmek kural olarak mümkün olmayacaktır.

Bu durum çeşitli ihtimalleri akla getirmektedir. Acaba işveren, bu 6 işçiyi, kendi serbest iradeleri dışında, diğer işçilerin baskısıyla ve istemeyerek eyleme katılmak zorunda kaldık-

ları için mi tekrar işe almıştır? Yoksa bu işçiler, işyerinin diğer işçilerini yasa dışı eylemin yapılmasına, böyle bir harekete katılmaya ya da devamla teşvik eden işçileri ihbar ettikleri için affı edilmişlerdir? İşveren yasa dışı işçi eylemini fırsat bilerek, herkesi işten çıkarıp ardından işine yarayan elemanlarını işe almak suretiyle işe yaramayan işçileri tasfiye mi etmiştir? Bu hususları karardan anlamak mümkün değildir.

Ancak Anayasamızın 2. maddesine göre Türkiye Cumhuriyeti, “Demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir”. Sosyal hukuk devleti ilkesi, kuvvetli karşısında zayıf olanın korunması esasını da içerdiğine göre, özellikle iş hukuku bakımından çalışma ve sözleşme hürriyeti, ayırım yapma yasağı ve eşit davranma ilkesiyle sınırlandırılmış bir özgürlüğü ifade etmektedir. Sosyal hukuk devletinin iş mevzuatı ve işçi işveren ilişkilerinde denge kurmaya çalışırken, sermaye karşısında zayıf olan emeğin korunması esnasından ayrılmaması gerekir.

ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz.” hükmüne yer vermiştir. İş ilişkisi, bilindiği üzere geniş bir kavram olup, iş sözleşmesinin kurulmasından önceki hazırlık dönemi de dahil olmak üzere işçi ve işveren arasında sözleşmenin sona ermesine kadar geçen bir süreyi kapsamaktadır. Ayrıca ayırım yasağı, bu maddede sayılan örnekler ile sınırlı olmayıp, bunlara benzer diğer sebeplerle de ayırım yapılamayacağı aynı madde içinde belirtilmiştir.

Medeni Kanun’un 2. maddesine göre, “Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.” Sonuç olarak işverenin, iş sözleşmesinin yapılmasında ve sona ermesinde yalnızca 4857 sayılı İş Kanunu’nun 5/3. maddesi ile bağlı olduğunu, bu madde dışında kalan durumlarda istediği gibi davranmaya hakkı olduğunu var saymak, iş hukukunun zayıf koruma mantığı ile bağdaşmadığı gibi

İlk kez işe alınacak olan işçi ile işveren arasında henüz hukuki ilişki kurulmamış olduğundan, işverenin eşit davranma borcundan söz edilemeyecektir.

Süzek’in bizim de katıldığımız kanaatine göre “Anayasanın 10’uncu maddesi tüm hukuk düzenimizde geçerli, bireyler arasındaki ilişkilerde daima göz önünde tutulması gereken bir eşitlik ilkesi öngörmüştür.”⁵ Anayasa’nın 11. maddesine göre; “Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır”. Çalışma ve sözleşme yapma, Anayasamızın 48. maddesinde gerek çalıştıran, gerekse çalışan açısından bir temel hak olarak düzenlenmiştir. Ayrıca Anayasamızın 49. maddesine göre çalışma herkesin hakkı ve ödevidir. Devlet çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür.

İş Kanunu’nun eşit davranma ilkesiyle ilgili 5. maddesi, daha ilk fıkrasında eşitlikle ilgili genel prensibe yer vererek, “İş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din

bazı istenmeyen uygulamalara da yol açabilme tehlikesini taşımaktadır.

Dava konusu olayda işveren, yasa dışı grev ve katıldıkları gerekçesiyle, eyleme katılan işçilerin iş sözleşmelerini ihbarsız ve tazminatsız olarak feshederek, bir yandan bu şekilde işten çıkardığı işçilere ihbar ve kıdem tazminatı ödemekten kurtulmuş, öte yandan işçilerin iş güvencesi hükümlerinden yararlanmaları yolunu da kapamış olmaktadır. Fesih işlemlerinin arkasından işten çıkardığı bu işçilerden bir kısmını ile yeniden iş sözleşmesi yaparak onları işe almakla, aslında işten çıkardığı işçilere ihtiyacı olduğunu göstermiş olmaktadır. Nihayet işveren ücretlerini az bulan ve bu nedenle işverene karşı çıkan işçilerden kurtularak aynı zamanda bu tür davranışlara özenen işçilere de ders vermiş olmaktadır.

Eğer davacı işçi, kendisinin eyleme katılmadığını veya işverenin iyi niyete aykırı ve kasıtlı

davranışı ile işçileri böyle bir direnişe yönlendirdiğini ya da başka bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü biçimde gösteren bir durumu ortaya koysaydı o zaman işveren de işten çıkardığı işçilerden bir kısmını tekrar işe alırken seçiminin keyfi olmadığını, objektif açıdan haklı bir nedene dayandığını, işçiler arasında ayrımcılık yapmadığını kanıtlaması gerekecekti (İş K. m. 5/son).

İşveren, süresi içinde davacı aleyhine karşı dava açarak, davacının davasının reddini ve iş bırakma eylemi nedeniyle uğradığı zararın tazminini talep etmiştir. Yeniden işe aldığı direnişçi işçilerden her halde iş bırakarak sebebiyet verdikleri zararı talep etmeyecektir. Çünkü direnişçi işçilerden bir kısmını işe alarak onları bir anlamda af etmiş, işçilerin yaptıkları eylemin iş sözleşmesinin ihbarsız ve tazminatsız feshi konusunda haklı bir neden teşkil etmediğini ortaya koymuştur.

Alman Federal İş Mahkemesi'nin 28.04.1982 tarihli bir kararına atıf yapan Yenisey, "Somut olayın koşullarına göre aynı olaya katılan işçilerden bazılarını işten çıkartmayarak işveren kendisi açısından söz konusu olayın kabul edilebilir bir olay olduğunu, dolayısıyla geçerli neden oluşturmadığını kabul etmiş sayılabilir." demektedir⁶. Bu nedenle işverenin, aynı direniş olayına katılan işçileri önce işten çıkarıp daha sonra bir kısmını tekrar işe almasının arkasında yatan nedenlerin araştırılması gerekmektedir.

Durumu bir örnekle açıklamak gerekirse, işverenin örneğin işyerinde kavga eden işçileri önce işten çıkarıp sonra bunlardan bazılarını tekrar işe alması ile dava konusu olay arasında yakın bir benzerlik bulunmaktadır. Her iki durumda da işveren fesihten sonra işten çıkardığı işçilerden bazılarını işe alma konusunda iyi niyetle bağdaşmayan bir şekilde davranmış ve işyerinin direnişe katılan işçileri arasında ayrımcılık yapmış, bazı işçileri korurken diğerlerini cezalandırmıştır.

Buna benzer başka bir olay da iş güvencesi hükümlerinin dolanılması şüphesini taşımaktadır. Örneğin, bir işletme yeniden yapılanma gerekçesiyle işletmesel karar alıp, bu kararın uygulamaya konulması sonunda işçi fazlalığı oluştuğunu ileri sürerek önce fazlalık oluşturan

işçileri işten çıkarmıştır. Daha sonra işten çıkarıldığı ve yıllarca hiç ara vermeden belirsiz süreli iş sözleşmeleri ile çalıştırdığı bu işçilerden bir kısmını mevsimlik veya geçici işçi adı altında tekrar işe alıp çalıştırmaya başlamıştır. Böylece işveren çıkardığı işçilerin yerine yeni işçi almış olmamaktadır. Çünkü işe aldığı işçiler yeni olmayıp, işletmenin eski işçileridir. İşe alınan bu işçiler belirsiz süreli iş sözleşmeleri ile sürekli çalıştırılmak için değil fakat mevsimlik veya geçici işçi sıfatı ile işe alınmışlardır. Bu nedenle işyerinde bu işçiler için yeni kadro açılmasına gerek görülmediği ileri sürülmüştür.

Yargıtay incelediğimiz kararında, aynı olaya bağlı olarak bir başka işçinin açtığı davada davacının ihbar ve kıdem tazminatı isteklerinin reddedilmiş ve davacının temyizi üzerine mahkeme kararının Yargıtay'ca onanmış olduğundan söz edilmiştir. Ancak bilindiği üzere her dava ve verilen karar, görülen davanın kendi koşulları içinde bütünlük arz eder. Aynı olaya bağlı olarak bir işçinin açmış olduğu davanın reddedilmiş olması, aynı olay dolayısıyla başka bir işçinin açtığı davanın da mutlaka reddi gerektiğini göstermez.

SONUÇ

İş sözleşmesinin uygulanmasında ve işe son vermede işverenin eşit işlem borcuna uygun davranması gerektiği konusunda gerek doktrin gerekse Yargı içtihatlarında herhangi bir duraksama söz konusu olmamakla birlikte, işçilerin ilk kez işe alınmalarında işverenin eşit işlem borcundan söz etmek elbette mümkün değildir. Bu durumda işveren Anayasa'nın 48. maddesinin kendisine tanıdığı sözleşme yapma özgürlüğünü kullanma hak ve yetkisine sahip bulunmaktadır. Ancak, dava konusu olayda olduğu gibi bazı durumlarda işverenin eşit işlem borcu ile eşit davranma ilkesi birbiriyle yarışmaktadır.

Meseleye somut olay açısından bakıldığında işveren işyerinde direniş yapan işçilerin tümünü işten çıkarmış ise, eşit işlem borcuna uygun davranmış olmaktadır. Eğer direniş yapan işçilerin bir kısmını işten çıkarırken diğer bir kısmını işten çıkarmamış olsaydı, eşit işlem borcuna aykırı davranmış olacaktı. Ancak iş-

veren böyle yapmamıştır. Önce tümünü işten çıkarmış, arkasından önce işten çıkarmış olduğu işçilerden bir kısmını yeniden işe almıştır. Her ne şekilde olursa olsun işveren işyerinde kanuna aykırı olarak işe gelip de çalışmayan işçilerden bir kısmını önce işten çıkarıp sonra tekrar işe almakla, direnişçi işçiler arasında ayırım yapmıştır.

Her ne kadar işyerine işçi alımlarında, işe alınması düşünülen işçi ile işveren arasında bir iş sözleşmesi olmadığı için işverenin eşit davranma borcundan söz edilemeyecek ise de, dava konusu olayda işverenin direnişe katılan işçiler arasında bir kısmını çıkarıp diğer bir kısmını işe almakla genel olarak eşitlik ilkesine aykırı davrandığını ve işçiler arasında ayırım yaptığını kabul etmemiz gerekmektedir.

Ancak 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5/son maddesine göre işverenin işçiler arasında ayırım yaptığını ve eşitlik ilkesine aykırı davrandığını iddia ve ispat etme yükümü işçiye düşmektedir. Hatta bu hususun ispatındaki güçlüğü göz önünde tutan yasa koyucu, işçinin bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü biçimde gösteren bir durumu ortaya koyması halinde ispat yükü el değiştirmekte, işverenin de böyle bir ihlalin mevcut olmadığını, somut olay açısından işten çıkardığı işçilerden bir kısmını tekrar işe alırken seçiminin keyfi olmadığını, objektif açıdan haklı bir nedene dayandığını, işçiler arasında ayrımcılık yapmadığını kanıtlamakla yükümlü olmaktadır.

Yargıtay'ın incelediğimiz kararında, "aynı eyleme katılan işçilerden bir kısmının daha sonra yeniden işe alınması, işverenin eşit davranma borcuna aykırı davrandığı anlamına gelmez" denilmekle; iş sözleşmesi feshedilmiş bir işçinin sonra işe alınırken henüz işçi işveren ilişkisi kurulmamış olduğu bir sırada işverenin eşit davranma borcundan söz edilemeyeceği ifade edilmek istenmiş ise buna bir itirazın olmaması gerekir. Ancak işverenin işten çıkardığı işçilerden bir kısmını tekrar işe alırken, aynı durumdaki işçiler arasında ayırım yapmamış olduğunu ve işçiler arasında eşit davrandığını kabul etmek kanımızca mümkün değildir.

DİPNOTLAR

- 1 Bkz. A. Can Tuncay, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul 1982, s. 5.
- 2 Şükran Ertürk, İş İlişkisinde Temel Haklar, Ankara 2002, s. 63 vd.; Sarper Süzek, Sicil D., 2008/12, s. 27.
- 3 Kemal Oğuzman, Hukuki Yönden İşçi-İşveren İlişkileri, İstanbul 1984, s. 246; Ünal Narmanlıoğlu, Grev, Ankara 1990, s. 66 vd.; Melda Sur, İş Hukuku Toplu İlişkiler, Ankara 2006, s. 339.
- 4 Tuncay, s. 154.
- 5 Bkz. Sicil D. 2008/12, s. 25.
- 6 Kübra Doğan Yenisey, Sicil D., 2008/6, s. 64.

Doç. Dr. H. İbrahim SARIOĞLU

İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi

Kıdem Tazminatında Birleştirilecek Süreler ve Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Hâkimini Bağlayıcılığı Sorunu

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2008/39200
Karar No : 2008/34666
Tarihi : 22.12.2008

ÖZET

Somut uyuşmazlıkta davacının ilk dönem hizmeti, hırsızlık suçunu işlediği gerekçesi ile davalı işveren tarafından 1475 sayılı İş Kanunu'nun 17/2 maddesi uyarınca haklı nedenle feshedilmiştir. Ancak davacı hırsızlık suçundan açılan kamu davasından beraat etmiştir. Her ne kadar beraat kararı delil yetersizliğine dayalı ve ceza hâkiminin kararı bu şekli ile hukuk hâkimini bağlamayacağı kabul edilse bile, ispat yükü kendisinde olan davalı işveren bu ilk dönem hizmetinin haklı nedenle sona erdiğini ka-

nıtlayamamıştır. Ayrıca beraat kararı olan davacıyı tekrar işe almıştır. Bir anlamda davacı işçiyi affetmiş, önceki iş ilişkisini tekrar tesis etmiş ve devam ettirmiştir. İş ilişkisi tekrar aynı işverene bağlı işyerinde devam edilip, davacı işçi emekli olmak sureti ile iş sözleşmesini sona erdirdiğinden, kıdem tazminatı hesabında ilk dönem çalışmasının da dikkate alınması gerekir. Bilirkişinin bu döneme ilişkin fark kıdem tazminatı hesap raporu bir değerlendirmeye tabi tutularak anılan tazminatın kabulü gerekirken yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi hatalıdır.

DAVA

Davacı, fark kıdem tazminatının tahsiline karar verilmesini istemiştir. Yerel mahkemece, bozma üzerine yapılan yargılama sonunda davanın reddine karar verilmiştir.

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

KARAR

Davalıya ait işyerinde 12.09.1984-08.08.1988 ve 26.03.1990-13.08.2004 tarihleri arası iki dönem halinde çalışan ve emekli olmak sureti ile iş sözleşmesi sona eren davacı işçi, ilk dönem çalışma süresinin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmadığını belirterek, fark kıdem tazminatı isteğinde bulunmuştur.

Davalı işveren vekili, davacının ilk dönem iş sözleşmesinin 1475 sayılı İş Kanunu'nun 17/2 maddesi uyarınca haklı nedenle feshedildiğini, ilk dönem çalışmasının kıdem tazminatına hak kazanamayacak şekilde sona ermesi nedeni ile sonraki dönemle birleşmeyeceğini, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, davacının iş sözleşmesinin hakkında kamu davası açılmasını gerektiren ancak delil yetersizliği nedeni ile beraat etmesine karar verilmesine neden olan hırsızlık eylemi nedeni ile feshedildiği, feshin haklı nedene dayandığı, önceki sürenin daha sonra kıdem tazminatı ödenen süre ile birleştirilemeyeceği gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 120. maddesi hükmüne göre yürürlükte bırakılan 1475 sayılı Yasa'nın 14. maddesinde kıdem tazminatına hak kazanabilmek için işçinin işverene ait işyerinde en az bir yıl çalışmış olması gerekir. 1475 sayılı Yasa'nın 14/2 maddesi, işçinin aynı işverene bağlı olarak bir ya da değişik işyerlerinde çalıştığı sürelerin kıdem hesabı yönünden birleştirileceğini hükme bağlamıştır. O halde kıdem tazminatına hak kazanmaya dair bir yıllık

sürenin hesabında da işçinin daha önceki fasıllı çalışmaları dikkate alınır. Bununla birlikte, her bir fesih şeklinin kıdem tazminatına hak kazanacak şekilde gerçekleşmesi hizmet birleştirmesi için gerekli bir koşuldur, işçinin önceki çalışmaları sebebiyle kıdem tazminatı ödenmişse, aynı dönem için iki defa kıdem tazminatı ödenemeyeceğinden tasfiye edilen dönemin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması mümkün olmaz. Ancak aynı işverene ait bir ya da değişik işyerlerinde çalışılan süre için kıdem tazminatı ödenmemişse, bu süre aynı işverende geçen sonraki hizmet süresine eklenerek son ücret üzerinden kıdem tazminatı hesaplanmalıdır.

Belirtmek gerekir ki, ceza hukuku ve medeni hukuk arasındaki ilişki Borçlar Kanununun 53. maddesinde; "Hâkim, kusur olup olmadığına yahut haksız fiilin faili temyiz kudretini haiz bulunup bulunmadığına karar vermek için ceza hukukunun mesuliyete dair ahkamıyla bağlı olmadığı gibi, ceza mahkemesinde verilen beraat kararıyla da mukayyet değildir. Bundan başka ceza mahkemesi kararı, kusurun takdiri ve zararın miktarını tayin hususunda dahi hukuk hâkimini takyit etmez." şeklinde düzenlenmiş ve kural olarak bağımsızlık ilkesi benimsenmiştir. Madde bu yönüyle irdelendiğinde; hukuk hâkimi kural olarak ceza mahkemesinin beraat kararı ile bağlı değildir. Ancak; aynı olay nedeniyle ceza yargılamasında hükme dayanak yapılan maddi olgular ile bağlıdır. Hukuk hâkiminin ceza mahkemesi kararındaki maddi olgularla bağlılığının ölçüsü; beraat kararında suçun sanık tarafından işlenip işlenmediğinin kesin olarak delilleriyle tespit edilip edilmediği olmalıdır. Yasadaki açık düzenleme, yerleşen yargısal uygulama ve bilimsel görüşler karşısında; kusurun ve zarar miktarının takdiri hususundaki kararın, diğer söyleyişle fiilin işlendiği sabit olduğu

halde kusurluluğa ya da kusursuzluğa ilişkin saptamanın tek başına hukuk hâkimini bağlayacağını kabule olanak bulunmamaktadır. Diğer yönüyle ispat hukuku açısından bakıldığında da; HUMK. 237, 295 maddeleri ışığında beraat kararı konusu olduğu vakianın mevcut olup olmadığını delillerle kesin biçimde tespit etmediği için hukuk mahkemesindeki tazminat davasında bu ceza kararının kesin hüküm ya da kesin delil olarak kabul edilemeyeceği de bir gerçektir. Hemen belirtilmelidir ki, hukuk hâkiminin bu bağımsızlığı sınırsız değildir. Gerek öğretide ve gerekse Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarında ceza hâkiminin tespit ettiği maddi olaylarla ve özellikle "filin hukuka aykırılığı" konusu ile hukuk hâkiminin tamamen bağlı olacağı kabul edilmektedir. Diğer bir anlatımla, maddi olayları ve yasak eylemleri saptayan ceza mahkemesi kararı, taraflar yönünden kesin delil niteliğini taşır. Bundan ayrı, hukuk mahkemesinin, ceza mahkemesinde görülmekte olan bir ceza davasının sonuçlanmasının bekletici sorun yapması halinde, ceza mahkemesinin bu konuda vereceği kararı peşinen kabul etmiş olacağından, bekletici sorun yapılan ceza davası hakkında verilen karar, hukuk davasında kesin delil teşkil eder.

Dosya içeriğine göre, davacının şoför olarak görev yaptığı araçta, işverene ait iki adet lastiğin kaybolduğu, bilahare Cizre ilçesinde bir lastik satıcısında yakalandığı, araçta davacı ile birlikte başka bir işçinin görev yaptığı, fark kıdem tazminatına konu edilen ilk dönemde iş sözleşmesinin disiplin kurulu kararı ile 1475 sayılı İş Kanunu'nun 17/2 maddesi uyarınca feshedildiği, davacı ile birlikte diğer işçi ve lastiği alan kişi hakkında hırsızlık ve hırsızlık malını bilerek satın almak suçundan kamu davası açıldığı, açılan kamu davası sonunda Cizre Asliye Ceza Mahkemesinin 26.01.1990 gün

ve 1988/180 Esas, 1990/14 Karar sayılı ilamı ile delil yetersizliğinden davacı ve diğer sanıkların beraatlarına karar verildiği, beraat kararını alan davacı işçinin işe tekrar dönmek için başvuruda bulunduğu, işverence işe başlatıldığı ve davacının ikinci dönem çalışmasının bu şekilde başladığı ve davacının 13.08.2004 tarihinde emekli olduğu, emeklilik nedeni ile davacıya ilk dönem çalışması hariç kıdem tazminatının ödendiği anlaşılmaktadır.

Somut uyuşmazlıkta davacının ilk dönem hizmeti, hırsızlık suçunu işlediği gerekçesi ile davalı işveren tarafından 1475 sayılı İş Kanunu'nun 17/2 maddesi uyarınca haklı nedenle feshedilmiştir. Ancak davacı hırsızlık suçundan açılan kamu davasından beraat etmiştir. Her ne kadar beraat kararı delil yetersizliğine dayalı ve ceza hâkiminin kararı bu şekli ile hukuk hâkimini bağlamayacağı kabul edilse bile, ispat yükü kendisinde olan davalı işveren bu ilk dönem hizmetinin haklı nedenle sona erdiğini kanıtlamamıştır. Ayrıca beraat kararı alan davacıyı tekrar işe almıştır. Bir anlamda, davacı işçiyi affetmiş, önceki iş ilişkisini tekrar tesis etmiş ve devam ettirmiştir. İş ilişkisi tekrar aynı işverene bağlı işyerinde devam edip, davacı işçi emekli olmak sureti ile iş sözleşmesini sona erdirdiğinden, kıdem tazminatı hesabında ilk dönem çalışmasının da dikkate alınması gerekir. Bilirkişinin bu döneme ilişkin fark kıdem tazminatı hesap raporu bir değerlendirmeye tabi tutularak anılan tazminatın kabulü gerekirken yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi hatalıdır.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 22.12.2008 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

KARARIN İNCELENMESİ

Yüksek Mahkemenin iki ayrı tartışmalı alandaki görüşlerini tekrarladığı bu kararın maddi hukuka- kıdem tazminatına- dair bölümü kadar usul hukukuna ilişkin bölümünün de üzerinde durmaya değer olduğunu düşünüyoruz.

Türkiye'ye özgü şartlar nedeniyle önemini hep koruyan ve iş uyuşmazlıklarına dair mahkeme kararları arasında hep ilk sırada yer alan kıdem tazminatının bu konumunu bir süre daha koruyacağını öngörebiliriz.

Kararın ilk bölümünde bir işverene bağlı olarak bir ya da değişik işyerlerinde fasılalarla çalışılan sürelerin kıdem tazminatı bakımından birleştirilmesi konusunda Mahkemenin görüşü açıklanmaktadır. Karara konu olan olayda, sübutu tartışmalı bir hırsızlık nedeniyle 1475 sayılı eski İş Kanunu m. 17/II'ine göre işten çıkarıldıktan sonra aynı işveren tarafından tekrar işe alınan ve bu sözleşmesi kıdem tazminatı ödenmesi gereken bir şekilde sona eren işçinin önceki dönem için fark tazminat talebi vardır.

Bir İşverene Bağlı Olarak Aralıklı Çalışmalarda Kıdem Belirlenmesi Sorunu

1475 sayılı Kanunun yürürlükte bırakılan tek maddesinde düzenlendiği şekliyle, kıdem, "hizmet akdinin devam etmiş veya fasılalarla yeniden akdedilmiş olmasına bakılmaksızın aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde çalıştıkları süreler göz önüne alınarak hesaplanır (m. 14/II)".

Yasanın mutlak ifadesinin yorum gerektirmeyecek biçimde açık olduğu savunulmasına rağmen, aynı maddenin 4. ve 5. fıkralarında kamu kesimiyle ilgili özel düzenleme¹ nedeniyle, ikinci fıkranın yorumlanmasında, Yargıtay ve doktrinde önemli görüş ayrılıkları ortaya çıkmıştır.

Buna göre kamu kesiminde işçinin kıdemi hesaplanırken üç şartın aynı anda gerçekleşmesi koşuluyla aynı tüzel kişiliğe bağlı olmasa bile aralıklı yapılan iş sözleşmelerinde kıdem hesaplanırken kamu kesimindeki tüm çalışmalar birleştirilecektir. Farklı tüzel kişiliklere sahip olsalar da kamu maliyesi kaynaklarını kullan-

dığı için devlet tek işveren olarak kabul edilmektedir.

1) kıdem tazminatının yaşlılık, emeklilik, malullük aylığına hak kazanmak veya toptan ödeme almak amacıyla sözleşmenin feshedilerek istenmesi,

2) daha önceki sözleşmelerin kıdem tazminatı gerektirecek surette sona ermiş bulunması,

3) bu dönemler için daha önce kıdem tazminatı ödenmemiş olması koşulları aynı anda gerçekleşmelidir.

Düzenlemenin yalnızca kamu işyerleri/işverenleri için yapıлып yapılmadığına ilişkin tartışmalar ve doktrindeki ayrılıklar halen devam etmektedir.

Aralıklı çalışmaların kıdem hesabında birleştirilmesi konusunda doktrinde baskın görüş, önceki sözleşmenin türü, süresi, sona erme biçimi ne olursa olsun yasanın bu sürelerin kıdem tazminatına hak kazandıran sona erme halleriyle birleştirilmesine dair ifadesinin mutlak olduğu yönündedir². Yasa, (m.14/II), genel bir düzenleme yaparak, özel sektör-kamu işvereni ayrımı yapmadan, birleştirilecek sözleşmelerde herhangi bir özel şart aramaksızın birleştirme hükmü getirmiş, "ayrıca işçinin daha önceki çalışmasının kıdem tazminatını gerektirmeyecek şekilde sona ermesinin zorunlu olduğu belirtilmemiştir"³. Kamu kesimi çalışanlarının aralıklı çalışmalarından doğan kıdemlerinin birleştirilmesinde özel bir şartın ayrıca düzenlenmiş olmadığına dikkat çekilmektedir⁴.

Bu bakış açısıyla değerlendirildiğinde kanunun kamu işvereni için getirdiği "istisna"dan söz etmek mümkündür. Hem ana kuraldan sadece kamu kesimi için vazgeçerek bir işverenin aynı veya muhtelif işyerlerindeki fasıllı çalışmalarını dışında kalan kıdem (farklı kamu kuruluşlarındaki kıdemlerin) de birleştirilebilmesine imkan verilmiştir; hem de bu birleştirmenin nasıl olacağı ayrıntılı olarak (hangi koşullarda olacağı, toplam sürenin borçlusunun kim olduğu, hangi sona erme hallerinde uygulanacağı) düzenlenmiştir.

Kamu kesimi için getirilen özel düzenlemenin amacı gerçekte nedir?⁵ Bu istisna kıdem tazminatı gerektirmeyen (ve bu nedenle birleş-

tirilmesi mümkün olmayan) kıdemlerin sadece kamu kesiminde ve sadece yaşlılık, emeklilik, malullük aylığı alma hallerine münhasır bir istisna olabilir mi? Buna olumlu cevap verildiğinde, kural, kıdem tazminatı hesabında birleştirilecek sürelerin her birinde hak kazandırıcı biçimde sona ermesidir.

Bu görüşler Yargıtay'ın iki farklı istikametteki içtihadına taraf olmak biçiminde sınıflandırılabilir. Yüksek Mahkemenin içtihatları, iki uç yönde sürekli değişmiş ve uzunca bir süre bir türlü istikrar kazanamamış⁶, doktrindeki görüş ayrılıkları da buna paralellik arz etmiştir. Birinci görüş, daha ziyade af varsayımına dayandırılmaktadır. İş sözleşmesi, kıdem tazminatına hak kazandırmayan bir biçimde, örneğin işçinin sadakat borcuna aykırılık teşkil eden bir davranışı nedeniyle işverenin feshi yahut ihbar önellerine uyararak da olsa istifa suretiyle sona ermişse, ikinci kez bu işçiyle iş ilişkisinin kurulması işverenin onu affetmesi olarak yorumlanmaktadır⁷.

Fasılalı sözleşmelerde kıdemlerin birleştirilmeyeceğini savunanlardan bazı yazarlar, önceki çalışmanın sona erme biçimine göre farklı sonuçlara varmaktadırlar. Örneğin, Oğuzman'a göre kıdem tazminatına hak kazandırmayan sona erme sebebi işçinin kusurundan doğmuşsa, ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık sebebiyle işveren tarafından feshedilmişse, bu kıdemler birleştirilmeyecektir⁸. Gerçekten, kıdem tazminatı ödenmesi gerektirmeyen bir şekilde sözleşmesi sona eren işçinin aynı işveren tarafından yeniden işe alınması halinde sürelerin toplanması bakımından işverenin tutumu en belirleyici faktördür: örneğin bir YHGK kararında (2.4.1975, E. 1973/648, K. 496) başkasının kimliği ile işe girdiği tesbit edilen ve işten tazminatsız çıkarılan işçinin aynı gün işe alınması vakasında bu gerekçeyle tazminat ödenmesini dürüstlük kuralına aykırı bulunmuştur. Doktrindeki baskın görüşe paralel yukarıdaki HGK kararına tamamen zıt yöndeki başka kararlarda da mahkemenin, işverenin fesih dışındaki işlem ve eylemlerini de dikkate aldığı görülmektedir. "Af" bunlardan birisidir (HGK, 15.6.1977, E. 1976/9-1939, K. 1977/610). Bu kararda "açıkça" affolunmadığı takdirde işçinin

önceki kıdeminin tazminat hesabında dikkate alınamayacağı sonucuna varılmıştır. Hatta kimi kararlarında affın dahi sonucu değiştirmeyeceği görüşündedir⁹.

Diğer yandan önceki sözleşmenin sona ermesinde işçinin davranışının ve gerekçesinin de önemli olduğunu gösteren kararlara rastlanmaktadır. Son dönemdeki önceki kıdem "birleştirilmeyeceği" kararlarının istikrar kazandığı gözlenmekteyse de, işçinin sağlığı bakımından tehlike arzeden işten kendi isteği ile ayrılan, örneğin, yeraltı maden işçisinin bir süre sonra eski işine dönmesinde olduğu gibi, işçinin davranışı haklı nedenlerle dayanmadığı kimi olaylarda birleştirmeyi kabul etmektedir. Hatta bunun "işin terki" olarak değerlendirileceği savunulmuştur¹⁰.

Önceki sözleşme işçinin davranışı nedeniyle kıdem tazminatı gerektirmeyen bir şekilde sona ermesine rağmen işverenin onunla yeniden iş ilişkisi kurmakta sakınca görmemesinin açık veya örtülü af anlamına geldiği yorumları yaygındır. Ancak bazı kararlarında açık olarak affın söz konusu feshin sonuçlarını ortadan kaldırmadığı görüşünde ısrarlıdır (9. HD., 10.3.1983, E. 856, K. 2168; 19.10.1993, E. 1993/14046, K. 1993/14876)¹¹.

İşverenin zımni affı, kıdem tazminatı gerektirmeyen bir sona erme biçimini kıdem tazminatına hak kazandırabilen bir kıdem haline getirebilir mi? Buna olumlu cevap verebilmek zordur. Böyle olsaydı, kanunla getirilen kısmi veya genel aflarla yahut işyerlerindeki disiplin aflarıyla kıdem tazminatı gerektirmeyen bir biçimde sona eren çalışmalar için daha sonra (zamanaşımı süresi içinde) tazminat talebi mümkün olabilirdi. Oysa ne zımni ne de açık affın böyle bir sonucu yoktur, birleştirme olasılığı ortaya çıkan hallerde de dikkate alınması mümkün olmamalıdır.

Buna karşılık işveren, eski Yasa m.17/II, 4857 sayılı Yasa m.25/II'de düzenlenen hallerde sözleşmeyi bozma yetkisini kullanmamak suretiyle işçi-işveren ilişkisi bakımından işçiyi affeder ve süresi içinde sözleşmeyi feshetmezse artık bu haklı nedene dayanamaz.

Kendisi aleyhinde takibi şikâyete bağlı bir suç işleyen işçinin ceza kovuşturması ile

mahkûm olmasını istemeyen işverenin İş Kanunu anlamında haklı nedene dayanarak sözleşmeyi bozmasına ise bir engel yoktur. Ceza hukuku bakımından affettiği işçinin hukuki bir yaptırımla (ekonomik olarak) cezalandırılmasını yeterli görebilir. Davranışının ceza hukukuna ilişkin sonuçlarının sadece faili (işçiyi) değil, aile bireylerini de olumsuz etkileyeceği düşüncesiyle işverenlerin bir türlü “kısmi af” yoluna giderek sözleşmeyi ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri (m. 25/II)’ne dayanarak feshetmekle yetindiklerine sıkça tanık olunmaktadır. Fiilin belli, failin belirsiz olduğu kimi hallerde işveren fesih kararını disiplin kurulu veya ceza mahkemesi kararına göre vermeyi, işçinin iade talebi ile uğraşmamayı tercih ettikleri de bilinen bir durumdur. Yanlış bir nitelendirme yüzünden dava edilmemek için işverenlerin yargı kararını beklemeleri halinde haklı nedenlerle fesih süresine (m. 26) riayet edilmesi gerekir. Aksi halde ancak geçerli fesih nedeni varsa sözleşme ancak kıdem tazminatı ödenerek feshedilebilecektir.

İster kamu davası nedeniyle, ister kendi şikâyeti sonucu yargılanan işçinin sözleşmesi işverene göre kıdem tazminatı ödenmesini gerektirmeyen bir biçimde sona ermişse, yargılama sonucu verilecek karar kuşkusuz sözleşmenin sona erme biçimini de etkileyebilecektir. İşte bu durumda ceza mahkemelerinin verdiği kararların hukuk davalarında etkili olup olmadığı sorunu ile karşılaşıyoruz.

Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Davalarına Etkisi

Ceza hukuku ve borçlar hukuku, korunan hukuki menfaat ve sorumluluk ilkeleri bakımından birbirinden çok farklı prensiplere dayanmakta, ceza hukukunda kusur sorumluluğunun kural olmasına karşılık özel hukukta sosyal gerekçelerle giderek kusursuz sorumluluğun alanı genişlemektedir. Yine, ceza hukukuna özgü ilkelerin, hukuka aykırılık tespit edilse bile yaptırımın uygulanamaması veya derecesinin değişebilmesi, iki hukuk yargılaması arasındaki ilişkinin sınırlı olmasını gerektirmektedir.

Bu ilişkiyi düzenleyen Borçlar Kanunu’nun 53. maddesi iki yargılama arasında bağımsızlık

ilkesini benimsemektedir. Buna göre “Hâkim, kusur olup olmadığına, yahut haksız fiilin faili temyiz kudretini haiz bulunup bulunmadığına karar vermek için Ceza Hukukunun sorumluluğa ilişkin hükümleri ile bağlı olmadığı gibi, Ceza Mahkemesinde verilen beraat kararı ile de mukayyet değildir. Bundan başka Ceza Mahkemesinin kararı, kusurun takdiri ve zararın miktarının tayini hususunda dahi hukuk hakimini takyit etmez.” Borçlar K. Tasarısının 73. maddesinde de aynı düzenlemeye yer verilmektedir.

Gözardı edilmemesi gereken önemli bir ilke de Anayasa’nın 141/son maddesinde yer almış ve hâkimlere yargılamanın ekonomik ve kısa zamanda yapılması ödevi verilmiştir. Bu bağlamda, örneğin, deliller bir mahkemece toplanmış ise diğer mahkemelerin ayrıca delil tespitine girişmemesi gerekir. Hatta delillerin zaman içinde bozulması, yok olması sebebiyle ceza mahkemesince toplanan delillerin kullanılması zorunluluğu dahi bulunabilir. Maddi deliller yanında ceza mahkemesindeki ikrarın da hukuk davalarında maddi vakıaların tespitinde kullanılması mümkündür.

Ceza yargılamasında bir olayın, bir olgunun varlığı kesin olarak ortaya çıkmışsa hukuk davalarında hâkim ispat açısından bu olguların varlığını re’sen göz önünde tutmalıdır. Ancak ceza mahkemesince verilen bir olayın yahut faille olay arasındaki nedensellik bağının kanıtlanamadığına dair bir karar (beraat kararı), hukuk hâkimini bağlamayacaktır. Delil yetersizliği nedeniyle verilen beraat kararlarına rağmen hukuk davalarında hâkim, kesin hüküm itirazlarını dikkate almayacaktır. Öte yandan hukuk davasında mahkeme, tarafların “bekletici sorun” talebini kabul eder ve kendini bu kararın sonucuyla bağlarsa bu taktirde ceza davasının sonucu hukuk davasında kesin delil teşkil eder. Bu yöndeki kararında¹² HGK, bu olayda, bir trafik kazasındaki sorumlulukla ilgili olarak ceza mahkemesinde yargılamanın bekletici sorun yapılması talebi bulunmadığı, davacının bilirkişi incelemesi istediği göz önünde tutularak ceza davasındaki kesinleşmemiş mahkûmiyet kararının kesin hüküm oluşturmayacağına ve uyuşmazlığın özel hukuk kurallarına göre çö-

İşverenin ceza mahkemesi kararını beklemeden fesihle bulunmasında hukuka aykırılık olmadığı gibi, bu şekilde bir ceza mahkemesi kararına dayanarak gelen eski işçisini işe alma yükümlülüğü de yoktur.

zülmesi gerektiğine karar vermiştir. HGK'nun içtihadının istikrarlı olduğu görülmektedir. Daha yeni bir kararında maddi olaylara ilişkin ceza yargılaması sonucu sabit olan vakıaların hukuk hâkimini de bağlayacağından yola çıkarak, bu davanın bekletici mesele yapılmaması sebebiyle direnme kararını bozmuştur¹³. Maddi olayların hukuka aykırılığı belirleyen bir kesin hüküm olmadığı için hukuk mahkemesi ceza mahkemesinin kararıyla bağlı olmayacaktır.

Karara konu olan olayda da daha önce yapılan ceza yargılamasında maddi vakıaları belirleyen bir karardan söz edilmemekte, kararın, delil yetersizliği sebebiyle, masumiyet karinesinden yararlanılarak kurulduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda işverenin ceza mahkemesi kararını beklemeden fesihle bulunmasında hukuka aykırılık olmadığı gibi, bu şekilde bir ceza mahkemesi kararına dayanarak gelen eski işçisini işe alma yükümlülüğü de yoktur. Karardaki ilk fesih iş güvencesi bulunmayan dönemde meydana geldiği için zaten iadeden bahsedilmeyeceği açıktır. Bugün dahi ceza mahkemesinin bu kararına istinaden, iade davası açılmış olsa bile, hukuk mahkemesinin buna dayanarak iade kararı vermesi mümkün değildir. Süresi içinde açılmış bir iade davası bulunsa bile delil yetersizliği bir olgunun kesin olarak kanıtlanması anlamına gelmediğinden, hukuk mahkemesi kendisi delil toplama ve değerlendirme yetkisine sahiptir. Yüksek Mahkeme de kararda bu hususu tartıştıktan sonra kabul etmektedir.

Kararın son bölümünde Mahkeme'nin iki ifadesi dikkat çekicidir: kıdem birleştirmesi talebinin ele alındığı davada, işverenin ilk dönem hizmetinin haklı nedenle sona erdiğini kanıtlayamadığı belirtilmektedir. Böyle bir savun-

manın davalı tarafından yapıp yapılmadığını, re'sen mahkemenin bunu araştırma yetkisinin varlığını sorgulamadan, bu aşamada işverenin böyle bir ispat yükümünün bulunup bulunmadığına dikkat çekmek gerekir. İşverenin bu aşamada, önceki feshin niteliğini belirleyecek bir delil ortaya koyması maddi olarak ve hukuken mümkün müdür? Buna olumlu cevap verebileceğimizi sanmıyorum. Fesih sonrasında hukuk mahkemesinde dava açılıp kıdem tazminatı talep edilseydi işveren haklı nedenle fesih yaptığını ispat yükü altında olacaktı. İspatlayamadığı takdirde fesih, usulsüz fesih olduğu kararlaştırılıp ihbar ve kıdem tazminatına karar verilecekti. Feshin kesinleşmesinden neredeyse on yıl sonra işverenin ispat yükümünü hatırlamanın, hatırlatmanın bir değeri olmasa gerekir.

İncelememizin başında uzun uzun bahsettiğimiz Yargıtay kararlarında istikrarlı bir biçimde "af" olgusunun sonucu değiştirmeyeceği ve önceki dönem çalışmasının mutlaka kıdem tazminatına hak kazandırıcı biçimde sona ermesi gerektiği vurgulanmaktaydı. İşte dikkat çekmek istediğimiz ikinci önemli husus, doktrindeki baskın görüşün aksine yerleşmiş gibi görünen eski görüşünden ayrılarak Yargıtay'ın yeniden (1975 öncesi) eski görüşüne uygun bir yorumu benimsediğidir. Bu durumun dosyaya özgü şartların etkisiyle "vaka adaleti" gözeterek varılmış bir sonuç mu, yoksa esaslı bir görüş değişikliği mi olduğunu bekleyip görelim.

DİPNOTLAR

- 1 Narmanlıoğlu, Armağan, s.3 25 vd. m. 14/II'nin genel kural olduğu görüşündedir; 1996 Semineri, s. 114.
- 2 Çelik, İş Hukuku Dersleri, 14. bası, 1998 s. 223 vd.; Ekonomi, İş Hukuku 1, s. 246 ve 1979-1983 Kararları Semineri, s. 107; Berin Ergin, Kıdem Tazminatı, s. 72; Narmanlıoğlu, Kıdem Tazminatı, s. 132 ve 1996 Semineri, s. 115; Sümer, İş Hukuku, 14. bası, Konya, 2008, s. 120-121 ve 1997 Semineri, s. 140-141; Odaman, "Yargıtay Kararları Işığında İşçinin Aynı İşverenin İşyerlerinde Aralıklı Çalışması Durumunda Kıdem Tazminatının Hesaplanması", <http://www.adalet.org/makale/xysbekran.php?idno=55&id2=673>
- 3 Sümer, 1997 Semineri, s. 140.
- 4 Narmanlıoğlu, 1990 Semineri, s. 68-69.
- 5 Düzenleme yalnızca kamu kesimi için getirilmiş olsa, eşitlik ilkesine aykırılık nedeniyle özel sektöre de

uygulanması gerektiği görüşü için Oğuz Özbek, İş Kanunu ile ilgili Mevzuat, s. 68.

- 6 Çelik, İş Hukuku Dersleri, s. 223-224.
- 7 Reisoğlu, Kıdem Tazminatı, s. 42.
- 8 Fesih, s. 250.
- 9 Demir, İş Hukuku ve Uygulaması, s. 289.
- 10 Centel, İş Hukuku, C: 1, s. 212-213 ve kararlar için dn. 88, 89.
- 11 Karar için bkz. Ali Güzel, 1993 Semineri, s. 100.
- 12 HGK, 25.2.2004 t., E. 2004/11-115, K. 2004/108.
- 13 HGK, 17.09.2008 t., E. 2008/4-564, K. 2008/536.

KAYNAKÇA

- Karar için: Çalışma ve Toplum, 2009/2 sayı: 21, s. 309-312.
- Ali Güzel, “Ferdî İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 1993 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1993, İstanbul, 1995 (1993 Semineri).
- Berin Ergin, Türk Hukukunda Kıdem Tazminatının Geçirdiği Safhalar, İstanbul, 1989.
- Fevzi Demir, İş Hukuku ve Uygulaması, 4. bası, İzmir, 2005
- Haluk Hadi Sümer, “Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 1997 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1997, İstanbul, 1999 (1997 Semineri).
- Haluk Hadi Sümer, İş Hukuku, Konya, 2008.
- Kemal Oğuzman, Hizmet “İş” Akdinin Feshi, İstanbul, 1955.
- Münir Ekonomi, İş Hukuku 1, 3. Bası, İstanbul, 1984.
- Nuri Çelik, İş Hukuku Dersleri, 14. bası, 1998.
- Odaman, “Yargıtay Kararları Işığında İşçinin Aynı İşverenin İşyerlerinde Aralıklı Çalışması Durumunda Kıdem Tazminatının Hesaplanması”, <http://www.adalet.org/makale/xysbekran.php?idno=55&id2=673>
- Oğuz Özbek, İş Kanunu ile ilgili Mevzuat, İstanbul, 1985.
- Safa Reisoğlu, Kıdem Tazminatı, Ankara, 1976.
- Tankut Centel, İş Hukuku, C: 1, 2. bası, İstanbul, 1994.
- Ünal Narmanlıoğlu, “Aralıklarla Kurulmuş İş Sözleşmeleriyle Çalışan İşçinin Kıdem /Hizmet Sürelerinin Belirlenmesine İlişkin Kanuni Esaslar ve Yargıtayın Tutumu”, Halid Kemal Elbir’e Armağan, İstanbul, 1996 (Armağan).
- Ünal Narmanlıoğlu, “Ferdî İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 1996 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtayın İş

Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1996, İstanbul, 1998 (1996 Semineri).

- Ünal Narmanlıoğlu, Türk Hukukunda Kanundan Doğan Kıdem Tazminatı, İstanbul, 1973.
- Ünal Narmanlıoğlu, “Ferdî İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 1990 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1990, İstanbul, 1992 (1990 Semineri).

Doç. Dr. Erdem ÖZDEMİR

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Eğitim Giderlerinin İşçiden Geri İstenebilmesi Konusundaki Temel Esaslara İlişkin Bir Karar İncelemesi

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2007/27539
Karar No : 2008/25447
Tarihi : 6.10.2008

ÖZET

Davacı işveren, işçiye verilen eğitim giderlerinin tahsili talebinde bulunmuştur. Giderleri işverence karşılanarak verilen eğitim karşılığında işçinin belli süre çalışması kararlaştırılabilir. Ancak çalışma süresinin eğitim masrafları ile orantılı olması gerekir. Buna karşın, işçi sağlığı ve güvenliği önlemleri kapsamında verilmesi zorunlu eğitimlere ait giderler istenemez. İşçiye verilen eğitim karşılığında işverence yapılan masraflar o işçiye özgü olmalı ve yazılı delille ispat edilmelidir. İşverence işçi adına yapılan masrafların tamamı yerine, işçinin çalıştığı ve çalışması

gereken sürelerle göre oran kurularak, kalan miktarın tahsiline karar verilmelidir.

DAVA

Davacı, ödenmeyen eğitim gideri ve cezai şart alacağına ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davayı reddetmiştir.

Hüküm süresi içinde davacı 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, davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2. Uyuşmazlık, işçiye verilen eğitim giderlerinin ödetilmesi isteğine ilişkindir. İşçi-

ye işverence verilen eğitim, işçinin işyerinde mal ve hizmet üretimine katkı sağlaması sebebiyle işveren yararına olmakla birlikte, bu eğitim sayesinde işçi daha nitelikli hale gelmekte ve ileride daha kolay iş bulabilmektedir. Bu nedenle işçiye masrafları işverence karşılanmak üzere verilen eğitim karşılığında, işçinin belli bir süre çalışmasının kararlaştırılması mümkündür. İşçinin de verilen eğitim karşılığında işverene belli bir süre iş görmesi işverene olan sadakat borcu kapsamında değerlendirilmelidir. Verilen eğitimin karşılığında yükümlenilen çalışma süresinin de eğitimin türü ve masrafları ile orantılı olması gerekir. Buna karşın, işçiye 4857 sayılı İş Kanunu'nun 78. ve devamı maddeleri hükümlerine göre iş sağlığı ve güvenliği önlemleri kapsamında verilmesi gereken zorunlu eğitimlere ait giderler istenemez.

İşçiye verilen eğitimin karşılığında işverence yapılan masraflar o işçiye özgü olması ve yazılı delille ispatlanmalıdır. İşverenin toplu olarak verdiği eğitimler sebebiyle yapmış olduğu giderlerin işçi başına düşen tutarı, aynı dönemde eğitim alan işçi sayısına bölünmek suretiyle belirlenir. İşçiye verilen eğitim ile ilgili olduğu belirlenmeyen giderlerden işçi sorumlu olmaz.

İşverence işçi adına yapılan eğitim giderlerinin tamamı yerine, işçinin çalıştığı ve çalışması gereken sürelerle göre oran kurularak indirildikten sonra kalan miktarının tahsiline karar verilmesi gerekir. Gerçekten işçi, eğitimden sonra çalışmayı yükümlendiği sürenin bir kısmında çalışmış ise işverene bu konuda katkı sağlamış olmaktadır. İşçinin yükümlü olduğu sürenin tamamında çalışmış olunması halinde ise, işverence eğitim giderleri istenemez. Somut olayda, işverence işçiye verilen eğitime ilişkin birtakım belgeler sunulmuştur. Bilirkişi tarafından eğitime kaç kişinin katıldığına dair bilgi bulunmadığından hesaplama yapılamadığı belirtilmiş, mahkemece de anılan istek reddedilmiştir. Yapılacak iş, gerekli bilgilerin işverenden edinilmesiyle, açıklandığı şekilde işçiden talep edilebilecek eğitim giderlerinin hesaplanmasından ibarettir. Eksik inceleme ile karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 06.10.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

I. KARARIN ÖNEMİ

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 6.10.2008 tarihli kararında, eğitim giderlerinin işçiden geri istenebilmesi konusunda temel esasların bir kez daha altı çizilmiştir. 6.10.2008 tarihli karar, "cezaî şart" kavramının iş hukukundaki uygulaması bakımından da önem taşımakta ve bu yönüyle de incelemeye değer bulunmaktadır. Kararda, eğitim giderlerinin hesaplanmadığından hareketle, cezaî şart istemini reddeden yerel mahkeme kararı bozulmuş ve bunun ne şekilde hesaplanması gerektiği açıklanarak yerel mahkemenin buna göre değerlendirme yapması gerektiği belirtilmiştir. İnceleme konusu karar, cezaî şart alacağına hesaplamasına ilişkin ilke ve esaslara ayrıntılı biçimde yer vermesi bakımından da dikkat çekmektedir.

II. İŞÇİLERİN EĞİTİMİ VE ORTAYA ÇIKAN TEKNİK SORUNLARA GENEL BAKIŞ

1. Genel Olarak

Teknolojide söz konusu olan baş döndürücü gelişmeler, içinde yaşadığımız toplumda eğitim konusunu daha da önemli kılmıştır. Gerçekten, bilgiye ulaşmanın temel aracı olan eğitim, günümüzde artık sadece ilk ve ortaöğretim kurumları ve üniversiteler ile sınırlı kalmamakta, çalışma hayatında da devam etmektedir. İşverenlerin yeni gelişmeleri yakalayabilmesi ve bu suretle rekabet gücünü koruyabilmesi, ancak nitelikli ve eğitilmiş bir işgücüne sahip olabilmesi ile mümkündür. Nitekim günümüzde

birçok işveren, işçilerin eğitimi ile ilgili olarak önemli yatırımlar gerçekleştirmektedir. Çalışma hayatında ortaya çıkan bu tablo, beraberinde bazı hukuksal sorunları da getirmektedir. Gerçekten, işgücünün eğitime bu şekilde yatırım yapan işverenler, haklı olarak bu yatırımlarını korumak da istemektedir. Nitekim, bu amaca yönelik olarak işçilerle sözleşmeler yapılmakta ve bu sözleşmelere konulan hükümlerle işçiden aldığı teknik bilgi ve birikime karşılık olarak işletmeye belirli bir süre bağlı kalması ve hizmet etmesi talep edilmektedir.

Bu nitelikte sözleşme hükümlerinin geçerliliği, teknik tartışmaları da beraberinde getirmektedir. Her şeyden önce, bu gibi sözleşme hükümleri incelendiğinde, tipik olarak iki nokta dikkat çekmektedir. İlk olarak işçinin fesih hakkı belirli bir süre ile sınırlanmaktadır. İkinci olarak ise, fesih hakkına yönelik olarak yapılan bu sınırlamaya “cezai şart” bağlanmakta ve işçinin sözleşme hükümünü ihlal etmesi durumunda bunun yürürlüğe gireceği kararlaştırılmaktadır. Her iki nokta da, tartışmaya açıktır.

2. İşçinin Fesih Hakkının Sınırlandırılması Sorunu

İş Kanunumuzda tanınan bildirimli fesih hakkını, sözleşmeler ile tamamen ortadan kaldırmak mümkün olmamakla beraber, Alman ve Fransız hukukunda da kabul edildiği gibi, işveren yönünden çeşitli açılardan sınırlamanın mümkün olabileceği hukukumuzda da genel olarak benimsenmektedir. Buna karşılık, işçinin fesih hakkını sınırlandıran sözleşme hükümleri, işçinin çalışma özgürlüğüne aykırı olduğu gerekçesiyle geçersizlik tartışmalarını beraberinde getirmektedir¹. Fransız hukukunda, Yüksek Mahkeme, eğitim karşılığı işçinin fesih hakkını belirli bir süre sınırlandıran sözleşme hükümlerini geçerli kabul etmekte ve bunların işçinin çalışma özgürlüğüne aykırı olmadığını ifade etmektedir². Bununla birlikte öğretilerde bazı yazarlar Fransız Yargıtay'ının bu görüşünü tartışmalı bulmakta ve fesih hakkının bu şekilde sınırlandırılması yerine, hakkın kötüye kullanılması esasının uygulanabileceği (örneğin eğitim izninin hemen sonrasında akdi

fesheden işçi açısından) ve bunun da yeterli olabileceği ifade etmektedir³.

Hukukumuzda ise, Yargıtay, eğitim karşılığı işçinin fesih hakkının belirli bir süre ile sınırlandırılabilirliğini mümkün görmektedir. Nitekim inceleme konusu yaptığımız kararda da, “...İşçiye işverence verilen eğitim, işçinin işyerinde mal ve hizmet üretimine katkı sağlaması sebebiyle işveren yararına olmakla birlikte, bu eğitim sayesinde işçi daha nitelikli hale gelmekte ve ileride daha kolay iş bulabilmektedir. Bu nedenle işçiye masrafları işverence karşılanmak üzere verilen eğitim karşılığında, işçinin belli bir süre çalışmasının kararlaştırılması mümkündür. İşçinin de verilen eğitim karşılığında işverene belli bir süre iş görmesi işverene olan sadakat borcu kapsamında değerlendirilmelidir” anlatımına yer verilerek işçinin fesih hakkına getirilen sınırlamanın geçerli olduğu hukuksal dayanaklarıyla birlikte açıklanmıştır.

Kanımızca da Yüksek Mahkeme'nin bu görüşü isabet taşımaktadır. Ancak işçinin fesih hakkına yönelik bir kısıtlama ancak bunun amacı ile sınırlı olmak gerekir. Bu noktada, işçinin eğitime karşılık olarak fesih hakkının kısıtlandığı sürenin uzunluğu, mahkemece üzerinde durulması gereken temel bir husustur. Örneğin “hizmet içi eğitim” adı altında yurt dışında yaptırılan 5 günlük bir eğitim için, iki yıllık bir çalışma yükümlülüğü ve buna bağlı tazminat getiren bir hükmü geçerli saymamak gerekir. Zira böyle bir düzenlemenin işçinin fesih hakkını ölçsüz biçimde sınırlandığı açıktır. Ancak fesih hakkına getirilen sınırlamanın kapsamı konusunda net bir ölçüt verebilmek kolay değildir. Bu husus her somut olayın özelliğine göre mahkemece değerlendirilmelidir. Ancak konuya ışık tutmak amacıyla yabancı mahkeme kararlarından örnekler verilebilir. Nitekim, Alman Federal İş Mahkemesi, eğitimin iki aya kadar devam ettiği hallerde, fesih hakkının en çok bir yıl, 2-6 ay arası eğitim söz konusu ise, en çok iki yıl, 6-12 ay arası sürmesi durumunda en çok 3 yıl, 12 ay ve daha fazla süren bir eğitim söz konusu ise en çok 5 yıl süre ile sınırlandırılabilirliğini kabul etmiş bulunmaktadır⁴. Ancak sadece verilen eğitim süresinin uzunluğu da yükümlülük süresinin uygun olup olma-

diğının tespitinde tek başına yeterli değildir. Mahkeme, verilen eğitim uzunluğu yanında eğitimin kapsamı ve maliyetini (özellikle pahalı bir eğitim olup olmaması) de birlikte dikkate alarak sürenin hukuka uygunluğunu denetlemelidir⁵. Nitekim inceleme konusu yaptığımız kararda da net bir ölçü verilmemekle birlikte, “...Verilen eğitimin karşılığında yükümlenilen çalışma süresinin de eğitimin türü ve masrafları ile orantılı olması gerekir“ anlatımına yer verilerek fesih hakkına getirilen düzenlemenin sınırsız biçimde söz konusu olmayacağı vurgulanmıştır.

3. İşçinin Aleyhine Cezai Şart Öngörülmesi Sorunu

a) Soruna Genel Bakış

Borcun hiç ya da gereği gibi yerine getirilememesi halinde, borçlunun alacaklıya karşı üstlendiği edim olarak tanımlanan⁶ cezai şart, kaynağını tarafların iradesinde bulur ve sebebi asıl borcun garanti altına alınmasıdır⁷. Bu açıdan bakıldığında cezai şart, akde aykırılığa karşı etkili bir silah olarak görünür; sözleşmede yer alan ceza şartını içeren hüküm sayesinde borçlu, zamanında ve gereği gibi borcunu ifa etmeye zorlanır⁸. Gerçekten, borcun ihlal edilmesi halinde nasıl hesaplanacağı ve ne kadar tutacağı henüz belirsiz olan bir tazminat yükü altına girmekten pek fazla çekinmeyecek olan borçlu, borcu ihlal ettiği anda alacaklının uğradığı zarara bağlı olmaksızın doğacak önceden belli bir cezanın kararlaştırılması durumunda, daha dikkatli ve özenli davranma zorunluluğu duyacaktır⁹.

İş sözleşmesinde zayıf taraf olan işçi aleyhine öngörülen cezai şart hükümlerinin geçerlilik koşulları son yıllarda öğretide tartışılan ve yargı kararlarına da konu olan bir konuyu

Eğitim çalışma saatleri içinde gerçekleştirilmişse, işverenin işçiye çalışma karşılığı olmaksızın ödediği ücretler geri ödeme kayıtları içinde yer alabilir.

oluşturmaktadır. Yargıtay, bu konuya öncelikle “cezai şartın karşılıklı olup olmaması” noktasından yaklaşmış ve cezai şart işçi ve işveren açısından karşılıklı olarak değil de salt işçi için öngörülmüşse, bunun tek yanlı olarak işçi aleyhine yapılan bir düzenleme niteliğinde olduğu gerekçesiyle işçiyi bağlamayacağı sonucuna ulaşmıştır¹⁰. Yine Yüksek Mahkeme’ye göre, işçinin aleyhine daha fazla miktarda cezai şartın öngörülmüş olması halinde, daha düşük olan, işveren aleyhindeki cezai şartın göz önünde tutulması ve bunun üzerindeki kısmın geçersiz sayılması gerekir¹¹.

Yargıtay’ın yukarıda açıklanan kararlarındaki cezai şartın tek yanlı ve işçi aleyhine olması gerekçesiyle geçersiz sayılması gerektiği şeklindeki görüşü yerinde görülebilir. Zira, iş hukukunda genellikle, işsizliğin yaygın olduğu ülkemizde iş bulma güclüğü içinde olan ve ekonomik bakımdan güçsüz durumda bulunan işçinin korunması gerekir. İşçinin iş sözleşmesi yapılırken pazarlık iradesinin varlığından genellikle söz edilemeyeceğinden tek taraflı şartı kabul etmek zorunda kalması olasıdır¹². Ancak işverenin işçiye sağladığı eğitim karşılığı olarak öngörülen cezai şartların tek yanlı olduğu gerekçesiyle geçersiz sayılmaması gerektiği öğretide kabul edilmekte¹³ ve yargı kararlarının da bu anlayış doğrultusunda istikrar kazandığı görülmektedir¹⁴.

Ancak, işçi aleyhine eğitim karşılığı öngörülen cezai şart hükümlerinin geçerliliği kabul edilmekle birlikte, bu gibi sözleşme hükümlerine çok önemli sınırlamalar getirildiği de görülmektedir. Öyle ki, getirilen bu sınırlamalar ile Yargıtayın adeta iş hukukuna özgü bir “cezai şart” kavramı yarattığı ve bu kavramı borçlar hukukçularının kabul ettiği temel esaslarından uzaklaştırdığı dahi söylenebilecektir.

b) Yargısal Sınırlamalar ve İş Hukukuna Özgü Bir Cezai Şart Kavramının Ortaya Çıkışı

ba) Verilen Eğitim ile İşçinin Ödemesi Gereken Bedel Arasında Denge Olması Koşulu

Hizmet sözleşmesinde işçi aleyhinde cezai şart öngörülmesi, ekonomik yönden güçlü iş-

verenin çok yüksek miktarda bir tutarı işçiye kabul ettirmesi riskini de beraberinde getirmektedir. Nitekim yargı kararlarında getirilen sınırlamaların temelinde bu düşünce yatmaktadır. Gerçekten, konuya ilişkin yargı kararları incelendiğinde, işçi aleyhine getirilen cezai şartın geçerli sayılabilmesi için, “işçiye verilen eğitim” ile “işçinin ödemesi gereken bedel” arasında bir denge olması koşulunun arandığı görülmektedir. Buna göre, işverenin yaptığı eğitim harcamalarının üzerinde bir miktarı işçiden talep edebilmesi mümkün olmamalıdır. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 4.5.1999 tarihli ve 6271/8515 sayılı kararında “... anılan hüküm cezai şartla birlikte yapılmış olan eğitim giderlerinin tahsili amacını gütmektedir. Bu düzenleniş şekli itibariyle karma bir niteliği haizdir. Cezai şart bakımından varılan sonuç isabetli ise de eğitim giderlerinin tahsili açısından hüküm üzerinde durularak bir inceleme ve değerlendirme yapılması zorunluluğu vardır. Bu durumda davacının yönetici adayı eğitimi programında davalı işçi için yapılan masraflarla belgeleri ibraz etmesi ve bunlara göre belirlenen masrafın çalışılan ve çalışılmayan süre bakımından bir oranlama yapılarak tahsiline kadar vermek gerekir” sonucuna varmıştır¹⁵.

Yargıtayın bu görüşü öğretide de paylaşılmakta olup¹⁶ kanımızca da isabet taşımaktadır. Gerçekten, bu gibi sözleşmelere mücerret olarak eğitim masrafı karşılığı şeklinde belirli bir meblağın konulmuş ve işçinin de bunu kabul etmiş olması yeterli değildir. İşveren ancak fiilen yaptığı masrafları isteyebilecektir. Bu konuda öğretide de ifade edildiği üzere¹⁷ burada cezai şart adı altında eğitim giderlerinin iade edilmesini sağlamak amacı izlendiği için, işveren en çok yaptığı masraflar kadar bir paranın ödenmesini talep edebilir. Dolayısıyla, bu noktada işverenin yaptığı masrafların kapsamının belirlenmesi gerekmektedir. Söz konusu masraflar kapsamına, öncelikle doğrudan eğitim için yapılan harcamalar girer. Nitekim eğitim şirketlerine ödenen paralar, eğitmenlere ödenen ücretler geri ödemeye konu olabilir¹⁸. Aynı şekilde eğitim malzemesi sağlamak için yapılan ödemeler, yol paraları gibi giderler de işverenin geri ödenmesini is-

teyebileceği masraflar kapsamına girer¹⁹. Bunun dışında eğitim süresince işçiye ödenen ücretlerin geri ödeme kayıtları arasında yer alıp almayacağı duraksama yaratabilecek bir konudur²⁰. Bize göre, kural olarak eğitim sırasında işçiye ödenen ücretlerin geri ödeme kayıtları arasında yer almaması gerekir²¹. Ancak öğretide ve bazı yargı kararlarında eğitim sırasında işçinin çalışmasına devam edip etmemesine göre bir ayırıma gidilerek değerlendirme yapıldığı da görülmektedir. Nitekim, eğitim çalışma saatleri içinde gerçekleştirilmişse, işverenin işçiye çalışma karşılığı olmaksızın ödediği ücretlerin geri ödeme kayıtları içinde yer alabileceği, böyle bir durumda, çalışmaya-
rak kurs veya eğitimde geçen süreler hesaplanarak, bu süreler için ücretlerin geri ödeme kapsamı içinde nitelendirildiği de görülmektedir²². Buna karşılık işçi eğitim sırasına aynı zamanda çalışmaya devam etmekte ise işçiye ödenen ücretlerin geri ödeme kayıtları içinde yer almaması gerektiği ifade edilmektedir²³. Aynı şekilde işçi için yapılan vergi ve sigorta prim kesintilerinin de işverence istenebilecek giderler kapsamında değerlendirilmemesi gerektiği haklı olarak belirtilmektedir²⁴. Yargıtayın incelediğimiz 6.10.2008 tarihli kararında da isabetle belirtildiği üzere, “İşçiye 4857 sayılı İş Kanunu’nun 78 ve devamı maddeleri hükümlerine göre iş sağlığı ve güvenliği önlemleri kapsamında verilmesi gereken zorunlu eğitimlere ait giderler istenemez”.

Mahkeme işverence istenebilecek cezai şart miktarını işverence yapılan masrafları dikkate alarak belirleyecektir. Mahkemenin bu tespiti yaparken, ayrıca eğitimden gerçek anlamda kimin daha fazla yararlandığı, eğitimin asıl borcun ifa edilmesi için mutlak anlamda gerekli olup olmadığı, işçinin eğitim sayesinde mesle-

İşçiye 4857 sayılı İş Kanunu’nun 78 ve devamı maddeleri hükümlerine göre iş sağlığı ve güvenliği önlemleri kapsamında verilmesi gereken zorunlu eğitimlere ait giderler istenemez.

ki gelişim ve ilerleme şansının artıp artmadığı olgularını da dikkate alması uygun olacaktır²⁵. Nitekim bu şekilde işverenin sağladığı eğitim ve cezai şart arasında bir denge kurulması mümkün olabilecektir.

Gerek yargı kararlarında, gerekse de öğretilerde kabul edilen, cezai şartın yapılan masraflar ile orantılı olması koşulunun “cezai şart”a ilişkin temel esaslarla bağdaşır bağdaşmadığı ise tartışmaya açıktır. Gerçekten, Borçlar Hukuku öğretisinde kabul edildiği üzere “alacaklı borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden bir zarara uğramamış olsa dahi, borçlu kararlaştırılan cezayı ödemekle yükümlüdür. Yine alacaklı, zarara uğradığını ve zararın miktarını ispat ile yükümlü tutulmaksızın, şartları gerçekleşmişse borçludan cezanın ödetilmesini isteyebilecektir”²⁶. Oysa Yüksek Mahkeme, burada cezai şartı uğranılan zarar ile bağdaştırmakta ve bu suretle borçlar hukukundan uzaklaşmaktadır.

bb) Cezai Şartın Tenkisinde Çalışılan Süreye Göre Oranlama Yapılması

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin incelediğimiz 6.10.2008 tarihli kararında değinildiği üzere, işçinin çalıştığı sürenin de cezai şart miktarının belirlenmesinde dikkate alınması gerekir. Nitekim Yüksek Mahkeme'nin incelediğimiz kararda isabetle belirttiği üzere, “...İşverence işçi adına yapılan eğitim giderlerinin tamamı yerine, işçinin çalıştığı ve çalışması gereken süreler göre oran kurularak indirildikten sonra kalan miktarının tahsiline karar verilmesi gerekir. Gerçekten işçi, eğitimden sonra çalışmayı yükümlendiği sürenin bir kısmında çalışmış ise işverene bu konuda katkı sağlamış olmaktadır. İşçinin yükümlü olduğu sürenin tamamında çalışılmış olunması halinde ise, işverence eğitim giderleri istenemez”.

bc) Eğitim Giderlerini İspat Yükü ve İspat Araçları

6.10.2008 tarihli kararında Yargıtay, eğitim giderlerini ispat yükünün kime ait olacağı ve bunun ne şekilde ispatlanacağı sorularına da net bir yanıt vermiştir. Gerçekten Yüksek Mahkeme'ye göre; “...İşçiye verilen eğitimin karşılığında işverence yapılan masraflar o işçi-

ye özgü olmalı ve yazılı delille ispatlanmalıdır”. Eğitim harcamaları konusunda ispat yükünün işverende olduğu Yargıtay'ın önceki kararlarında da ifadesini bulmuştur. Yüksek Mahkeme'ye göre “...Dairemizin yerleşik uygulamasına göre, davacı taraf eğitim gideri olarak harcama yaptığını ispatladığı takdirde bu tür eğitim giderlerine davalı işçinin çalıştığı süre, eğitimden yararlanan sayısı dikkate alınarak ve oranlanarak davalıya düşen eğitim giderine hükmetmek gerekir”²⁷. Yargıtayın bu görüşü öğretilerde de paylaşılmıştır²⁸.

Gerek yargı kararlarında, gerekse öğretilerde kabul edilen bu sonucun cezai şart kavramı ile bağdaştırılması yine güç gözükmektedir. Gerçekten, öğretilerde kabul edildiği üzere “alacaklı borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden bir zarara uğramamış olsa dahi, borçlu kararlaştırılan cezayı ödemekle yükümlüdür. Yine alacaklının zarara uğradığını ve miktarını ispat ile yükümlü tutulmaksızın şartları gerçekleşmişse borçludan cezanın ödetilmesini isteyebilecektir”²⁹. Oysa, Yüksek Mahkeme, incelediğimiz 6.10.2008 tarihli kararında da görüldüğü üzere, cezai şart kavramını, yine iş hukukuna özgü bir şekilde değerlendirmektedir. Alacaklıdan zararın ispatını aramakta ve ancak ispatlanan miktar için ve ispatlandığı takdirde eğitim giderlerinin geri istenebilmesini mümkün görmektedir.

III. EĞİTİM GİDERLERİNİ HESAPLAMA ESASLARI

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 6.10.2008 tarihli kararında, eğitim giderlerinin hesaplanmasına ilişkin olarak önemli açıklamalar getirildiği görülmektedir. Nitekim Yüksek Mahkeme'ye göre; “...İşverenin toplu olarak verdiği eğitimler sebebiyle yapmış olduğu giderlerin işçi başına düşen tutarı, aynı dönemde eğitim alan işçi sayısına bölünmek suretiyle belirlenir. İşçiye verilen eğitim ile ilgili olduğu belirlenmeyen giderlerden işçi sorumlu olmaz. Somut olayda, işverence işçiye verilen eğitime ilişkin birtakım belgeler sunulmuştur. Bilirkişi tarafından eğitime kaç kişinin katıldığına dair bilgi bulunmadığından hesaplama yapılamadığı belirtilmiş, mahkemece de anılan istek reddedilmiştir. Ya-

pılacak iş, gerekli bilgilerin işverenden edinilmesiyle, açıklandığı şekilde işçiden talep edilebilecek eğitim giderlerinin hesaplanmasından ibarettir. Eksik inceleme ile karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir” .

Eğitim giderlerinin hesaplanması konusunda uygulamada bilirkişi incelemesine başvurulmaktadır. Nitekim biz de bu konuda zaman zaman karşımıza gelen dosyalarda bilirkişi olarak görev yapmaktayız. Bu noktada uygulamada karşılaşılan sorunları şu şekilde özetleyebiliriz:

İlk olarak işveren vekillerinin Yargıtay'ın eğitim giderlerinin geri ödenmesine ilişkin kayıtlarla ilgili Yargıtay içtihadını iyi bilmesi gerekmektedir. Çoğu zaman işveren vekilleri, sözleşmede yer alan cezai şartın varlığını yeterli zannetmekte, eğitime ilişkin olarak bilgi ve belge sunmamaktadır. Oysa, Yargıtay'a göre eğitim giderlerinin işverence kanıtlanması gerekir ve ancak kanıtlanan tutarda giderler geri

ve vermekte ve çoğu zaman bu gibi hizmetler eğitim ile iç içe geçmektedir. Nitekim bu gibi durumlarda işverenlerce çeşitli hizmet faturaları ibraz edilmekte ancak bu faturaların somut olarak eğitim ile ilgili olup olmadığı anlaşılabilir değildir. Bu gibi durumlarda ise, yapılacak hesaplama Yüksek Mahkeme'nin kararında belirttiği gibi basit bir çarpma ve bölme işlemi ile gerçekleştirilememektedir. Nitekim somut olayda, karardan açık biçimde anlaşılabilirlikle birlikte bu gibi bir durumun söz konusu olabileceğini tahmin edebiliyoruz. Bilirkişi tarafından eğitime kaç kişinin katıldığı konusunda bir bilgi bulunmadığından hesaplama yapılmadığı belirtilmiştir. Buna göre muhtemelen işveren işveren “eğitim ile ilgili” olduğunu ileri sürerek ilgili ya da ilgisiz birtakım fatura ve belgeler sunmuş, ancak bilirkişi tarafından bu belgeler ile bir hesaplama yapılması mümkün görülmemiştir. Bunun üzerine de dava reddedilmiştir.

Yargıtay'a göre eğitim giderlerinin işverence kanıtlanması gerekir ve ancak kanıtlanan tutarda giderler geri istemeye konu olabilir.

istemeye konu olabilir. Dolayısıyla, eğitim giderlerini geri isteyen işverenlerin ispat faaliyetini gereği gibi yerine getirmeleri gerekir.

İkinci olarak, eğitim giderlerinin hesaplanması teknik bir konudur. Genel olarak, eğitimin resmi veya özel bir eğitim kurumundan alınması durumunda, bunun miktarının saptanması konusunda genelde bir zorluk yaşanmamaktadır. Örneğin üzerinde çalıştığımız bir dosyada, Marmara Üniversitesi Banka ve Sigortacılık Enstitüsü'nden alınan bir eğitimle ilgili olarak mahkemece bilgi alınmış ve sonrasında buradan gelen yazıya göre hesaplama yapılmıştı. Burada hesaplama konusu problematik değildi.

Buna karşılık sadece eğitim değil, denetim ve danışmanlık gibi hizmetler veren şirketlerden alınan eğitimlerin karşılığını belirleyebilmek bu şekilde kolay olmamaktadır. Gerçekten bu gibi firmalar sadece eğitim değil, danışmanlık ve denetim gibi hizmetler

Esasen, işçiye eğitim verilmesi maddi bir vakıa olup her türlü delil ile kanıtlanabilir. Ancak eğitimin bedeli kural olarak fatura ve benzeri belgeler ile kanıtlanmak gerekir. Kanımızca eğitimin bedeli konusunda bir belirsizlik mevcut ise, konu teknik bilirkişi yardımı ile de açıklığa kavuşturulabilir ve benzer nitelikte eğitim veren kurum ve kuruluşlardan bilgi de alınabilir. Ancak bunun her zaman kolay olmayacağını, her alanda teknik bilirkişi bulmanın zorluğunu da belirtmemiz gerekir.

Bu noktada, yerel mahkemelerin, bilirkişi incelemesine geçilmeden önce delilleri gereği gibi toplaması ve dosyayı hesaplama yapılabilir bir biçimde bilirkişiye teslim etmesi, yargılama faaliyetinin hızlı işlemesi bakımından önem taşımaktadır. Nitekim işverenin eğitim verdiği dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılıyorsa, bu eğitim bedelinin hesaplanma ölçütlerini (faturalar, eğitimden yararlanan işçi sayısı gibi) işverenden istemelidir.

IV. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi; yapısal değişikliği ile birlikte, ilkesel nitelikte kararlar vermekte ve yine kararlarında sadece maddi vakiyatı değil, genel olarak uyuşmazlık konusu hukuksal soruna ilişkin olarak görüşlerini de ayrıntılı olarak belirtmektedir. İncelediğimiz 6.10.2008 tarihli kararda da eğitim giderlerinin geri istenebilmesi konusunda Yüksek Mahkeme, istikrarlı biçimde devam ettirdiği görüşlerini bütünlük içinde belirtmiş bulunmaktadır. Nitekim, Yargıtay eğitim giderlerinin geri istenmesine ilişkin kayıtları kural olarak geçerli kabul etmekte, ancak işçinin fesih hakkına yönelik olarak getirilen sınırlamanın (yükümlülük süresinin) eğitimin türü ve masrafları ile orantılı olması gerektiğine işaret etmektedir. Uygulamada, eğitim giderlerine karşılık olarak sözleşmelerde maktu bir cezai şart öngörülmektedir. Ancak cezai şartın varlığına rağmen, Yargıtay, ancak varlığı kanıtlanan eğitim masraflarının geri istenebileceğini kabul etmekte ve bu konuda ispat yükünü işverene yüklemektedir. Bu yönüyle Yüksek Mahkeme cezai şart kavramını borçlar hukukunda kabul edilen ilke ve esaslardan uzaklaştırmakta ve buna iş hukukuna özgü bir nitelik kazandırmaktadır. Gerçekten, borçlar hukuku öğretisinde alacaklının borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden bir zarara uğramamış olsa dahi, borçlu kararlaştırılan cezayı ödemekle yükümlü olacağı ve alacaklının zarara uğradığını ve miktarını ispat ile yükümlü tutulmaksızın şartları gerçekleşmişse borçludan cezanın ödetilmesini isteyebileceği fikir birliği içinde kabul edilmektedir. Oysa Yüksek Mahkeme, burada cezai şartı uğranılan zarar ile bağdaştırmakta, ayrıca ispat yükünü işverene, yani alacaklıya yüklemektedir. Yargıtay'ın görüşü teknik olarak tartışmaya açık dahi olsa, ulaştığı sonuç bakımından isabetli bulunmakta ve mukayeseli hukuk ile de uyum göstermektedir. Sonuç olarak Yüksek Mahkeme'nin incelediğimiz kararda da eğitim giderlerinin geri istenebilmesi konusundaki istikrarlı çizgisini isabetli bir biçimde sürdürdüğü görülmektedir.

DİPNOTLAR

- 1 Bkz. Schaub, Arbeitsrecht Handbuch, München. 1996, 1683.
- 2 Bkz. Pélissier, la Liberté du Travail, Dr. Soc., Janvier 1990, 25 dn. 30'da yer alan kararlar.
- 3 Pelissier, La Liberté du Travail, 24-26.
- 4 Bkz. P. Soyer, Hizmet Akdinin İşçi Tarafından Feshi İçin Öngörülen Cezai Şartın Geçerliliği Sorunu, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2000, 375, V. Karagöz, Hizmet Sözleşmesinde Cezai Şart, Doktora Tezi, İstanbul 2004, 197-199.
- 5 Alman Federal Mahkemesi'nin bu konudaki içtihadı için bkz. Soyer, agm. 375.
- 6 S. Reisoğlu, Borçlar Hukuku, İstanbul 1995, 356; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, 341; F. Feyzioğlu, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.II, İstanbul 1977, 388; P-H. Antonmattei, Contrat de Travail (Conclusion), Ed. Juris-Classeur-1997, (Travail/Traité), Fasc. 17-12, 26.
- 7 D. Mazeaud, Les Clauses Pénales En Droit Du Travail, Droit Social Avril 1994, 344.
- 8 Mazeaud, Les Clauses Pénales En Droit Du Travail, 344.
- 9 Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. I, İstanbul 1987; C. II, İstanbul 1991, 385; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 342.
- 10 Y. 9. H.D., 17.11.1992, E. 1992/8777 K. 1992/12603 ve P. Soyer'in incelemesi, İHD, Nisan-Haziran 1993, 306-308; belirli süreli hizmet akdi için de aynı yolda 3.6.199 1997/7529 K. 1997/1 0660, YKD, Eylül 1997, 1427-1428; akdin belirli ya da belirsiz süreli olmadığı karar, 8.4.1977, E. 1997/1090 K. 1997/7099, Tekstil İşv. D, Ağ 1997, 15-16; 26.6.1997, E. 1997/10135 K. 1997/13040, C. İ. Günay, İş Kanunu I, Ankara 1999, 300; HGK, 17.12.1997, E. 1997/9-816 K. 1997/1062, Tekstil İşv. D., Mart 1999, 15-16; 21.1.199 1997/19361 K. 1998/389, Tekstil İşv. D., Mayıs-Haziran 1998, 14; 2.3.1998. E. 1997/215; 1998/2833, YKD, Ekim 1998, 1483-1484; buna karşılık, işçi lehine kararlaştırılan cezai şart geçerlidir (27.12.1999, 17469 K. 1999/20361, Çimento İşv. D., Mart 2000, 38-39).
- 11 Y. 9. H.D., 26.3.1997, E. 1996/22867 K. 1997/6102, Günay, İş Kanunu I, m. 13 dn. 125.
- 12 S. Süzek, Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin 1998 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin 1998 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 2000, 120-121.
- 13 Bu konuda bilgi için bkz. P. Soyer, Hizmet Akdinin İşçi Tarafından Feshi İçin Öngörülen Cezai Şartın Geçerliliği Sorunu, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2000, 363-380; N. Çelik, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2004, 181-182; Yargıtayın 1997 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 1999, Genel Görüşmede Şahin, Uçum ve Şahlanan'ın açıklamaları, 160-161; K. Bakırcı, Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı,

- Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin 2002 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara 2004, 176; Çelik, İş Hukuku Dersleri, 182.
- 14 Bkz. Yargıtayın 1997 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi Seminerinde Yargıtay 9. Hukuk Dairesi üyesi C. İ. Günay'ın açıklaması, 174; Y. 9. H.D., 4.5.1999, 6271/8515; Y. 9. H.D., 16.12.2002, 9301/23749; Y. 9. H.D., 10.3.2004, E. 2003/14720, K. 2004/4609, Legal Hukuk Dergisi, 2004, sayı 3, 1019.
- 15 Yine Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 16.12.2002 tarihli ve 9301/23749 sayılı kararı ile onanmış olan Kartal 1. İş Mahkemesinin kararında da, davacı için yapılan eğitim harcamaları ve diğer harcamalar mahkemece tespit edilmiş ve işverenin ancak varlığı ispatlanan harcama tutarlarını talep edebileceği kabul edilmiş, bu miktarı aşan kısma ilişkin talep reddedilmiştir. Kartal 1. İş Mahkemesi davacının eğitim programını, eğitim karşılığını, eğitim için işten ayrı kalınan zamanları son derece ayrıntılı ve hiçbir kuşkuyla yer vermeyecek biçimde tespit etmiş ve kararını bu matematiksel mantığa dayandırmıştır. Anılan karara konu olan olayda işveren cezai şart alacağı olarak 11.906.078.004 TL talep etmiş, mahkeme ise sadece saptanan somut masraf karşılığı olarak 697.931.750.TL'sinin talep edilebileceğine hükmederek cezai şartı yapılan eğitim harcaması tutarına indirgemıştır (karar yayınlanmamış olup, özel arşivimizdedir).
- 16 Soyer, agm. 376; Ö. Ekmekçi, Hizmet Akdinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 1999 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin 1999 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 2001, 67.
- 17 Soyer, agm. 376.
- 18 V. Karagöz, Hizmet Sözleşmesinde Cezai Şart, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2004, 192; bkz. Soyer, agm. 375-376.
- 19 Soyer, agm. 376, dn. 76.
- 20 Bkz. Y. 9. H.D., 4.5.1999, 6271/8515, Yasa Hukuk Dergisi, Ekim 1999, 1302-1303; Y. 9. H.D., 29.3.2000, 507/4100, Çimento İşveren Dergisi, Mayıs 2000, 33-34, Y. 9. H.D., 19.9.2001, 10099/14114, Karagöz, 208 dn. 805.
- 21 Aynı şekilde C. İ.: Günay, Yargıtayın 1999 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi Seminerinde, "...bir yerde vasıflı bir elemana ihtiyaç var, yüksek okul mezunu bir kişiyi işe aldı banka, yetiştiriyor, artık burada aralarında bir hizmet akdi vardır, ücret de o kursa katılmanın karşılığıdır. Yani 7-8 gelip orada dinliyor, bunun karşılığıdır, bence o ücreti geri alamaz. Dairemiz de bu şekilde karar vermektedir" şeklinde bu yoldaki görüşlerini dile getirmiştir (ag. Seminer, 150-151).
- 22 Yukarıda da belirtilen Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 16.12.2002 tarihli ve 9301/23749 sayılı kararı ile onanmış olan Kartal 1. İş Mahkemesi'nin kararında, işçinin 112 gün boyunca yarım gün kursa gittiği tepsil olunduktan sonra, bu süreye ilişkin (112 günlük) ücreti belirlenmiş, daha sonra kursun yarım gün olması sebebi ile hesaplanan tutar ikiye bölünerek işçinin çalışma karşılığı olmaksızın aldığı ücretler saptanmıştır. Saptanan bu tutarlar da kurs ücretlerine eklenerek işverenin yaptığı masraflar belirlenmiştir.
- 23 Soyer, agm. 376, dn. 76; Ekmekçi, Hizmet Akdinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 1999 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, 67; Karagöz, 193.
- 24 Karagöz, 193.
- 25 Bkz. Soyer, agm. 373-374; Karagöz, 193-195.
- 26 S. Reisoğlu, Borçlar Hukuku, İstanbul 1995, 358-259.
- 27 Y. 9. H.D., 10.3.2004, E. 2003/14720, K. 2004/4609, Legal İHD, 2004/3, 1019.
- 28 Ö. Ekmekçi, İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 1999 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, 67.
- 29 S. Reisoğlu, Borçlar Hukuku, 358-259.

İlyas TOPÇUOĞLU

Personel Yüzbaşı K. K. Per. İŞl. D. Başkanlığı İş Hukuku ve Sözleşme Subayı

Haftalık Çalışma Süresi De Korunmaya Muhtaç Mıdır? Yoksa Vardiyalı Çalışma Düzenlemesi Ölü Mü Doğmuştur?

**T.C. YARGITAY
9. HUKUK DAİRESİ****Esas No** : 2002/2088
Karar No : 2002/9518
Tarihi : 05.06.2002**DAVA**

Davacı, fazla çalışma ücretinin ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davayı reddetmiştir.

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

KARAR

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine göre, yerinde bulunmayan bütün temyiz itirazlarının reddi ile usul

ve kanuna uygun olan hükmün ONANMASINA, 5.6.2002 gününde oybirliğiyle karar verildi.

**T.C. ANKARA
1. İŞ MAHKEMESİ****Esas No** : 2001/446
Karar No : 2001/2383
Tarihi : 27.12.2001**DAVA**

Davacı vekili tarafından davalı aleyhine mahkememizde açılan alacak davasının yapılan açık yargılaması sonunda:

Gereği Düşünüldü

Davacı vekili 08.06.2001 tarihinde işlem gören dava dilekçesinde özetle: Müvekkilinin, ... Sendikası üyesi olduğunu davalıya ait ... Tamir Fabrikası Müdürlüğü işyerinde

hizmet akdi ile vardiya (postalar halinde) çalıştığını davalı işverenin 1998/10 No.lu genelgesi ile 15.9.1998 tarihinde değişiklik ile şimdiki çalışma sistemine döndüğünü 3 haftada 1 vardiya değişimi olduğunu bu duruma göre TİS uyarınca haftada 5 gün 7,5 x 5 çalışıldığını 1 gün akdi tatil, 1 gün hafta tatili şeklinde kararlaştırılan çalışma ve dinlenme süresinden yararlandırılmadığını, fazla çalışma ücretinin ödenmediğini bu nedenle dava açmak zorunda kaldıklarını fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla 240 milyon TL fazla çalışma ücretinin yasal faizi ile birlikte davalıdan alınmasına karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili cevap dilekçesinde davanın reddini savunmuştur. Davacının davalı yanında bulunan şahsi sicil dosyası ile verdiği kayıtları ücret bordroları getirilmiş, tarafların delilleri dosya alınmış dava dosyası bilirkişiye verilmiş, bilirkişi, 30.10.2001 tarihli raporunda davacının haftalık 37,5 saat üzerinden fazla çalışmasını tespit edilemediğini belirlemiştir.

Tarafların iddia ve savunması, dosyaya alınan belge içerikleri, bilirkişi raporu göz önüne alındığında davacının fazla mesai alacağı bulunmadığından davanın reddi gerektiği sonucuna varılarak aşağıdaki hüküm kurulmuştur.

HÜKÜM

Yukarıda açıklanan nedenlerle,

1. Davanın reddine,
2. Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
3. Davalı kendisini vekil ile temsil ettirdiğinden karar tarihinde avukatlık ücret tarifesine göre takdiren 30 milyon TL vekalet ücretinin davacıdan alınıp davalıya verilmesine,
4. Davacının yapmış olduğu yargılama giderlerinin kendi üzerinde bırakılmasına,

Taraflar vekillerinin yüzüne Yargıtay yolu

açık olmak üzere verilen karar açıkça okunup anlatıldı. 27.12.2001

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2003/2477
Karar No : 2003/15161
Tarihi : 22.09.2003

DAVA

Davacı, fazla mesai ücretinin ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

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

KARAR

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine göre, yerinde bulunmayan bütün temyiz itirazlarının reddi ile usul ve kanuna uygun olan hükmün ONANMASINA, 22.9.2003 gününde oybirliği ile karar verildi.

T.C. ANKARA 12. İŞ MAHKEMESİ

Esas No : 2002/1288
Karar No : 2002/4565
Tarihi : 26.12.2002

DAVA

Davacı vekili dava dilekçesinde özetle; Davacının davalı Bakanlığa ait Adapazarı ... bulunan ... Ana Tamir Fabrikasında çalıştığını, işyerinde vardiya halinde çalışıldığını, bu çalışma sisteminde üç haftada bir vardiya değişimlerinde yeni vardiya döneminde çalışmaya başlayan gruba yasa, TİS ve "Postalar Halinde İşçi Çalıştırılarak

Yürütülen İşlerde Çalışmalara İlişkin Bazı Özel Usul ve Kurallar Hakkında Tüzük” hükümlerine aykırı olarak hafta tatili için gerekli süre tanınmadığını, davacı ve aynı vardiyadaki diğer arkadaşlarının her vardiya değişim döneminde diğer vardiyalarda çalışanlardan farklı olarak, vardiya değişiminde bir gün hafta tatilini eksik kullandığını, 18 dönem TİS'nin 26/a maddesinin 1 no.lu bendinde “Vardiyalı çalışmalarda da haftada iki gün tatil yaptırılması esastır.” hükmünün mevcut olduğunu, bu hükme rağmen davacının 15/12/2001-03.07/2002 tarihleri arasında haftada bir gün eksik tatil kullandırıldığını, bu durumda da davacının TİS ile bir gün akdi tatil, bir gün hafta tatili şeklinde kararlaştırılan çalışma ve dinleme sürelerinden yararlandırılmadığını, her vardiya değişiminde bir gün fazla çalıştırıldığından o hafta içinde sadece bir gün tatil yaptığından akdi veya hafta tatilinden birisinin kullandırılmadığını bildirerek bu hususun tespiti ile bu günlere ilişkin 300 milyon TL. fazla çalışma ücretinin yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsili ile karar verilmesini istemiştir.

Savunma

Davalı vekili cevap dilekçesinde özetle; davacının çalışmasının vardiya esasına göre olduğunu, haftada 37,5 saat çalışması bulunduğunu, hafta tatili ve akdi tatil kullanılarak dinlendirildiğini vardiyalı işçilerin fazla mesai yapmalarının söz konusu olmadığını bildirerek davanın reddini savunmuştur.

Yargılama-Gerekçe

Davalı işyerinden 15/12/2001-03/07/2002 tarihleri arasında çalışma düzen ve saatlerini gösterir vardiya çizelgesi ile ücret bordroları celp edilip bilirkişiden 25/11/2002 tarihli rapor alınmıştır.

Davacının üyesi bulunduğu sendika ile davalı arasında bağtlanan TİS'nin “vardiyalı çalışmalar” başlıklı 26/a maddesinde “vardi-

yalı çalışmalarda haftada iki gün tatil yaptırılması esastır... işçinin akdi tatil, hafta tatiline rastlayan günün önceki günü verilir... üçlü vardiya çalışmalarında işçiler, akdi tatili günlerinde çalıştıkları takdirde 25/c fıkrasına göre ödeme yapılır...” ...hükümleri yer almaktadır. TİS'nin 25/c maddesine göre de akdi tatil günlerinde çalıştırılan işçilere %80 zamlı ödeme yapılır. 31. madde ise hafta tatili öncesinin akdi tatil günü olacağı kararlaştırılmıştır.

Fiili durum incelendiğinde haftalık çalışma saatlerine göre davacının fazla mesaisi yoktur. Ancak davacı vardiya değişimi sırasındaki dinlenmelerde geçen sürelerin fazlalığı nedeniyle üç haftada bir gün akdi tatil yapmamaktadır. TİS'nin 31. ve 25. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde davacı haftada iki gün tatil yapması gerekirken bu tatili yapmamıştır. Oysa vardiyalı çalışma yapmamış olsaydı davacı haftada en az iki gün tatil yapacaktı. Bu durumda davacının üç haftada bir gün kaybolan tatil günü akdi tatil günü olarak kabul edilmiştir. Bilirkişi raporunda kaybolan akdi tatil günleri ayrıntılı olarak 9 gün olarak belirlenip, bu günlerin ücreti hem normal ücret üzerinden hem de TİS'nin 25/c maddesi uyarınca akdi tatil için zamlı ücret ödeneceği yönündeki hükmü göz önüne alınarak zamlı olarak hesaplanmıştır. Ancak Mahkememizde akdi tatil gününde davacı vekilinin zamsız ücrete göre yapılan hesap uyarınca müddeabihi ıslah etmesi de gözetilerek taleple bağlı kalınarak kullanılan akdi tatil günleri için günlük normal ücret üzerinden fazla mesai ücreti ödenmesi gerektiği sonuç ve kanısına varılarak davanın kabulüne ilişkin aşağıdaki şekilde karar vermek gerekmiştir.

HÜKÜM

Yukarıda açıklanan nedenlerle;

1. Davanın ıslah edilmiş şekli ile KABULÜ ile, 319.635.877.-TL. brüt fazla mesai ücretinin dava tarihinden itibaren yasal faizi ile

birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine,

2. Davalı Bakanlık harçtan muaf olduğundan, davacı tarafından yatırılan peşin harç ile ıslah sırasında yatırılan 9.920.000.-TL. harcın ve 4.960.000.-TL. başvuru harcının karar kesinleştiğinde ve istek halinde davacıya iadesine,

3. Karar tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca ölçümlenen 100.000.000.-TL. nispi vekalet ücretinin davalı kurumdan alınarak kendisini vekille temsili ettiren davacıya verilmesine,

4. Davacı tarafından harcanan 2 davetiye gideri 3.500.000.-TL. müzekkere posta gideri 2.000.000.-TL. dosya gömleği ücreti 500.000.-TL. başvuru harcı 4.960.000.-TL. peşin harç 9.920.000.-TL. ve bilirkişi ücreti 60.000.000.-TL.'nin toplamı olan 80.880.000.-TL. yargılama giderinin davalıdan alınarak davacıya verilmesine.

İlişkin, taraf vekillerinin yüzüne karşı yasa yolu açık olmak üzere verilen karar açıkça okunup usulen anlatıldı. 26/12/2002

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2007/30482

Karar No : 2007/29067

Tarihi : 04.10.2007

DAVA

Davacı, tatil alacağına ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

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

KARAR

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik

görülmemesine göre, yerinde bulunmayan bütün temyiz itirazlarının reddi ile usul ve kanuna uygun olarak hükmün ONANMASINA, 4.10.2007 gününde oy çokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Hükme esas alınan bilirkişi raporunda vardiya değişimi sırasındaki dinlenmelerde geçen sürelerin fazlalığı nedeni ile davacının üç haftada bir gün akdi tatilini yapmadığı gerekçesiyle hesap yapılmış mahkemece de bilirkişi raporu değerlendirilerek sonuca gidilmiştir.

Belirtmek gerekir ki, vardiya değişimi sırasındaki ara dinlenmelerinin uzun olması vardiya değişiminden kaynaklanan bir zorunluluk olup bundan dolayı davacının üç haftada bir gün akdi tatil yapmadığı kabul edilemez. Önemli olan davacının vardiya değişimlerinde yani haftalık çalışma sonunda vardiyalar arası dinlenme süreleri hariçinde akdi ve hafta tatili günlerinin karşılığı olan 48 saat dilendirilip dinlendirilmediğidir. "İşveren savunmaları ve dosyadaki bilgi ve belgelerden davacının her hafta vardiyalar arası dinlenme süreleri hariç dinlendirildiği sürenin 48 saatin altına düşmediği anlaşılmaktadır. Öte yandan davacının iddia ettiği gibi akdi ve hafta tatilinin kullanılabilmesi için vardiya değişiminin yapılması gerekir ki bunun mümkün olamayacağı açıktır.

Bu nedenlerle davanın reddine karar verilmek üzere hükmün bozulması gerektiğinden sayın çoğunluğun ONAMA kararına katılmıyorum.

T.C. ANKARA 10. İŞ MAHKEMESİ

Esas No : 2006/915

Karar No : 2007/413

Tarihi : 25.07.2007

Davacı vekilinin davalı aleyhine açtığı

alacak istemli davanın mahkememizce yapılan açık yargılaması sonucunda:

Gereği Düşünüldü

Davacı vekili mahkememize verdiği 21/12/2006 tarihli dilekçe ile (dava seri dava şeklinde açılmıştır) davacının davalıya ait ... Ana Bakım Merkezi Komutanlığı işyerinde sendikalı işçi olarak çalıştığını, işyerinde geçerli TİS hükümlerine göre "Vardiyalı çalışmalarda haftada 2 gün tatil yaptırılması esastır" şeklinde hükmün bulunduğu ancak, davacı işçinin vardiya değişimlerinde bir gün eksik izin kullandığını belirterek ödenmeyen hafta (akdi) tatil alacağına davalıdan tahsiline karar verilmesine dava ve talep etmiştir.

Davalı vekili verdiği 09/02/2007 havale tarihli dilekçe ile öncelikle zamanaşımı itirazında bulunmuş ardından da işyerindeki çalışma sisteminin postalar halinde yapıldığını, vardiyalı çalışan işçilerin çalışma ve dinlenme sürelerinin saat esasına göre düzenlendiğini, bu işçilere haftada beş gün günde 7,30 saat çalışmalarına karşın 45 saat üzerinden ücret ödendiğini, vardiya sisteminin ilgili yönetmelik hükümlerine göre düzenlendiğini belirterek davanın reddine karar verilmesini dava ve talep etmiştir.

İddia ve savunmanın araştırılması bakımından davacıya ait işyeri özlük dosyaları puantaj cetvelleri, vardiya çizelgeleri ve maaş bordroları getirilmiş, ihtilafın niteliği gereği tanık dinlenmeksizin dosya bilirkişiye verilmiş, bilirkişi tarafından düzenlenen açıklayıcı ve gerekçeli rapor dosyasına konulmuştur.

Davacı vekili davasını rapor doğrultusunda ıslah etmiştir.

Dosyaya toplanan tüm delillere, bilirkişi raporuna ve dosyaya sunulan emsal kararlara göre, işyerinde var olan çalışma siste-

minin vardiyalı olduğu, vardiyalı sistemdeki çalışma saatlerinin ve ücretlerinin TİS'de hüküm altına alındığı, davacının TİS'de hüküm altına alınan akdi tatili yapmadığı, buna karşılık davacıya kullanmadığı akdi tatille ilgili herhangi bir ödeme de yapılmadığı anlaşılmıştır.

Her ne kadar davalı vekili zamanaşımı itirazında bulunmuş ise de bilirkişi tarafından rapor tanzim edilirken zamanaşımı itirazı dikkate alındığı gibi, davacı vekili tarafından rapor ıslah edilirken yine zamanaşımı süresinin dikkate alındığı görülmüş, sonuç itibarıyla, bilirkişi raporunun da dosya içeriğine, hesaplama yöntem ve biçiminin Daire kararlarına uygun oluşu nedeniyle hükme esas alınmak suretiyle aşağıda olduğu şekilde karar vermek gerektiği sonuç ve kanaatine varılmıştır.

HÜKÜM

Yukarıda yazılı gerekçeye göre;

1. DAVANIN KABULÜNE, 1.728.31 YTL. alaktan 100,00 YTL.'nin ilk dava, bakiyesinin ıslah tarihinden itibaren yasal faiziyle birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine,

2. 492 sayılı kanun gereği davalı kurum harçtan muaf olduğundan peşin yatırılan 34,20 YTL. harcın istek halinde davacıya iadesine,

3. Davacı kendisini vekille temsil ettirmediğinden hüküm tarihinde yürürlükte bulunan ücret tarifesi uyarınca hesap edilen 450,00 YTL. ücreti vekalet ile davacı tarafından yapılan toplam 101,50 YTL. yargı giderinin de davalıdan alınarak davacıya verilmesine,

Kararın tefhim tarihinden itibaren 8 gün içerisinde temyizi kabil olmak üzere taraf vekillerinin yüzüne karşı verilen karar açıkça okunup usulen anlatıldı. 25/07/2007

1. KARARLARIN DEĞERLENDİRMESİ

Vardiyalı Çalışmaların, Çalışma ve Dinlenme Sürelerine İlişkin Mevzuat Doğrultusunda İncelenmesi:

1. Anayasa'nın 50. maddesinin 3. fıkrasında "Dinlenmek çalışanların hakkıdır." denilerek, dinlenme hakkı Anayasa'yla korunan bir hak olarak düzenlenirken 4. fıkrası "Ücretli hafta ve bayram tatili ile ücretli yıllık izin hakları ve şartları kanunla düzenlenir." hükmüyle korunan bu hakların neler olduğu sayılmıştır. Hüküm, aynı zamanda kanun koyucuya konuyu düzenleme yükümlülüğü getirmektedir. Ülkemiz tarafından kabul edildiği için iç hukuk kaynağı haline gelen ILO'nun 14 sayılı Sözleşmesi ile de hafta tatili tanınmış ve güvence altına alınmıştır¹.

1981 tarih ve 2429 sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun'un 3. maddesinde; hafta tatili pazar günü olarak belirlenmiştir. 394 sayılı Hafta Tatili Hakkında Kanun'un 4. maddesindeki "Şu kadarki, bu gibi müessesatta müstahdem memurin ve amelenin münavebe suretiyle haftada birer gün mezun olmaları mecburidir" hükmü ile haftalık çalışma süresi içerisinde bir günün tatil edilmesi zorunlu kılınmaktadır. Aynı Kanun'un 6. maddesinde de "Pazar günü tatil eden fabrika, maden ocağı vesair müessesatta bekçilik, kapıcılık etmek veyahut makine ve kazanları temizlemek, işletmek ve maden ocaklarının inkıtasız faaliyeti bir mecburiyeti fenniye tahtında bulunan hidematını devam ettirmek gibi ifası zaruri hizmetlerde Pazar günleri çalıştırılan müstahdemlin ve ameleye o hafta içinde yirmi dört saatten az olmamak üzere birer gün mezuniyet verilir." hükmüyle, maddede sayılan ve sürekli çalışma zorunluluğu bulunan işyerlerinde, pazar günleri çalışan işçilere hafta içerisinde bir gün izin verilmesinin gerekli olduğu belirtilmektedir. Bu durumda işçinin Pazar günü çalıştırılmasının diğer günlerde çalıştırılmasından hiçbir farkı kalmayacağından, işçi açısından da hafta arasında tatil yaptığı gün hafta tatili niteliği kazanacaktır² ve Pazar günü çalışması hafta içi çalışma sayılarak işçiye normal çalışması karşılığı olan bir gündelik ücret ödenecektir³.

1475 sayılı Kanun'un 41. maddesinde "Bu Kanun kapsamına giren işyerlerinde haftanın tatilden önceki altı iş gününde bu Kanun'da belirtilen iş sürelerine uygun olarak çalışmış olan işçilere, çalışılmayan hafta tatili günü için işveren tarafından bir iş karşılığı olmaksızın bir gündelik tutarında ücret ödenir." şeklinde muğlak ifadeler ile hafta tatilini değil, hafta tatili ücretini ön plana çıkaran bir düzenleme söz konusuydu. 394 sayılı Kanun'a paralel olarak 4857 sayılı İş Kanunu'nun 46. maddesinde "Bu Kanun kapsamına giren işyerlerinde, işçilere tatil gününden önce 63. maddeye göre belirlenen iş günlerinde çalışmış olmaları koşulu ile yedi günlük bir zaman dilimi içinde kesintisiz en az yirmi dört saat dinlenme (hafta tatili) verilir." şeklinde daha açık ve yerinde bir düzenleme yapılmıştır⁴. 4857 sayılı Kanun'un 45. maddesi ile hafta tatili nispi emredici hüküm olarak benimsenmiş, işçi lehine hükümler getirilebileceği ve kazanılmış hakların saklı olduğu belirtilmiştir⁵.

394 sayılı Kanun'un 4. maddesi ve 6. maddesiyle getirilen, pazar günü çalışan işçilere hafta içinde bir gün 24 saatten az olmamak üzere nöbetleşe tatil yaptırılması zorunluluğu; 1475 sayılı Kanun uygulamasında tüzük olarak düzenlenirken, 4857 sayılı Kanun döneminde ise uygulama esasları, 46. madde ve "Postalar Halinde İşçi Çalıştırılarak Yürütülen İşlerde Çalışmalara İlişkin Özel Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik" in 11. maddesi ile postalar halinde çalışılarak yürütülen işlerde işçilere haftanın bir gününde 24 saatten az olmamak üzere nöbetleşe tatil yaptırılacağı şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerden, 4857 sayılı Kanun dönemi için artık tatil sürelerinin hesabında saat esasının dikkate alınmasının öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Kanundaki bu düzenlemenin, özellikle yirmi dört saat esasına göre çalışılan işyerlerinde yapılan vardiyalı çalışmalarda sorun yaşanmaması amacıyla yapıldığı ve "24 saat" ifadesinin tesadüfi olmadığı anlaşılmaktadır.

İşçilerin gece çalışmalarında 7,5 saatten fazla çalıştırılmayacağı, gece çalışan işçinin gündüz postasına geçirilmesi zorunluluğu ve on bir saat olarak düzenlenen posta değişimindeki en az dinlendirme süresi İş Kanunu'nun 69. mad-

desinde ve Yönetmeliğin 10. maddesinde düzenlenmiştir. Gece çalışmasının insan yaşamına yaptığı olumsuz etkilerin çalışanlara eşit dağıtılabilmesi ve işyerinin de yirmi dört saat esasına göre faaliyetini sürdürebilmesi amacıyla vardiyaların yer değiştirmesi Yasada düzenlenmiştir. Asgari dinlenme sürelerine ilişkin düzenlemelerin, Avrupa Birliği Yönergeleri ile uyum sağlamasının yanında, vardiya değişimlerinde işçilerin özellikle iş sağlığı ve güvenliğinin tehlikeye girmemesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır. Günlük azami çalışma süresi olan on bir saat esas alındığında, işçinin zorunlu ihtiyaçları için bu dönemde verilecek birer saatlik iki dinlenme süresi ve en az dinlenme süresi olan on bir saat ile birlikte gün (24 saat) hesabı yapılmıştır. Hafta ve varsa akdi tatil günlerine rastlayan vardiya değişimlerinde zaten bu asgari dinlenme süresi aşılmadığından, on bir saatlik dinlendirme zorunluluğu ile ayrıca ek olarak

Yasaya aykırı olmasına rağmen, öngörülen haftalık çalışma süresi kadar çalışmış olan işçinin hafta tatili süresinde çalıştırılması fazla çalışmadır⁶ ve ayrıca işçi, %50 zamlı ücret veya sözleşmesinde kararlaştırılan miktar üzerinden fazla çalışma ücretine hak kazanacak⁷, işçi isterse bu süreler karşılığı İş K. m. 41 gereğince serbest zaman kullanabilecektir.

2. Davacının üye bulunduğu sendika ile davalı arasında bağitlanan Toplu İş Sözleşmesinin 31. maddesinde; “Ulusal Bayram, Genel Tatiller ve Hafta Tatili hakkında ilgili yasa hükümleri uygulanır. Hafta tatili pazar günüdür. Şu kadar ki; 2’li ve 3’lü vardiya ile çalışan işçiler ile 394 sayılı Hafta Tatili Kanununa göre işin ve işyerinin niteliği gereği haftanın her günü çalışılması gereken işlerde çalışan işçiler için hafta tatili 7. gündür. Hafta tatilinden önceki gün akdi tatil günüdür...” hükmü bulunmaktadır. Madde, haftanın yedi günü çalışılan işlerde hafta içinde

Asgari dinlenme sürelerine ilişkin düzenlemelerin, Avrupa Birliği Yönergeleri ile uyum sağlamasının yanında, vardiya değişimlerinde işçilerin özellikle iş sağlığı ve güvenliğinin tehlikeye girmemesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır.

on bir saat daha dinlenme süresi verilmesi gerektiği değil normal çalışma zamanında on bir saat dinlenmeden işçinin tekrar çalışmaya başlatılmayacağı anlaşılmaktadır. İşçiye verilen dinlenme süresi on bir saatin altında değilse ve tatil süreleri verilmiş ise zaten karşı oy yazısında belirtildiği gibi, mevzuata aykırılık oluşmaktadır.

İşçilere, dinlenmelerine ayrılan ve çalışılmayan hafta tatili günü için işveren tarafından bir iş karşılığı olmaksızın o günün ücreti tam olarak ödenir (İş K. md.49). Hafta tatili ücretine hak kazanabilmek için, tatil gününden önce 63. maddeye göre belirlenen iş günlerinde çalışılmış olmalı ya da İş K. 66. maddesi gereğince çalışılmış sayılmalıdır. Hafta tatili ücretinde esas alınacak ücret işçinin temel ücreti olduğundan ek ödemeler hesaba katılmaz (İş K. md. 50). Maktu ücretle çalışan işçilere hafta tatili için ayrıca ücret ödenmez.

tatil yaptırılması durumunda bu günün o çalışma düzenine tabi işçiler açısından hafta tatili (Pazar) sayılacağı yönündeki Kanun hükümleri ile paralellik arz etmektedir. TİS’in “Vardiyalı Çalışmalar” başlıklı 26/a maddesinde de “Haftalık çalışma süresinin günlere dağılımı, vardiya saatlerinin tespit ve değişiminin, yasa ve yönetmeliklere uygun olacak şekilde işveren vekili tarafından düzenleneceği” hükmü ve devamındaki “Üçlü vardiya çalışmaları, Postalar Halinde İşçi Çalıştırılarak Yürütülen İşlerde Çalışmalara İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik hükümlerine uygun olarak düzenlenir...” hükmü ile; İş Kanunu ve Hafta Tatili Kanunu ile hafta tatili günü olarak verilen Pazar gününe ilave olarak cumartesi gününün de akdi tatil günü olarak verildiği belirtilmiştir. Bu düzenlemelerde yapılan atıftan da TİS’in, vardiyaların düzenlenmesi ile ilgili olarak mevcut mevzuatın zaten vardiya düzeninin uygulanmasında emre-

dici olarak kabul edilmesi gereken bir düzenleme olmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır.

Yine TİS'in 26. maddesinde "3'lü vardiya çalışmalarında normal çalışma süresi günde 7,5 saat haftada 5 gün ve 37,5 saattir. İşçilere bu çalışmaları karşılığında 45 saat üzerinden ücret ödenir. Üçlü vardiya çalışmalarında işçiler akdi tatil günlerinde çalıştıkları takdirde 25/c maddesi esaslarına göre ödeme yapılır..." hükmü ile bu çalışma düzenindeki işçilerin de günlük 7,5 saatlik çalışmaya tabi işçilerde olduğu gibi haftalık en az 37,5 saat (bu süre eşit dağıtıldığında beş günlük çalışılma süresiyle de uyumlu olmaktadır) çalışmaları durumunda hafta ve akdi tatil ücretine hak kazanmaları öngörülmüştür.

3. TİS'in 61. maddesindeki "Ulusal Bayram, Genel Tatil ve Hafta Tatili günleri için işçilere ilgili yasa ve yönetmelik hükümlerine göre, o güne ait ücretleri tam olarak ödenir. Meşru mazereti bulunmayan işçiler, işveren vekili tarafından, yukarıda belirtilen günlerde çalıştırılabilir. Bu çalışma karşılığında işçiye, %80 zamlı ücret ödenir. 25. madde hükümleri saklıdır." hükmü ile hafta tatili yapıldığı varsayılan çalışmalarda ise çalışmaların karşılığının fazla çalışma ücreti olarak ödeneceği öngörülmüştür.

TİS'in 25. maddesinin c fıkrası "Akdi tatil günlerinde çalıştırılan işçilere o günden önceki hafta içinde haftalık normal çalışma süresini fiilen tamamlayıp tamamlamadıklarına bakılmaksızın, haftalık normal çalışma süresine kadar çalışmaları ile ilgili ücretleri normal mesai üzerinden, normal haftalık çalışma süresi ile 45 saat arasında geçen fazla süreli çalışmaları için ücretleri %25 zamlı olarak, 45 saati aşan çalışmaları için ise %80 zamlı ödeme" yapılmasını öngörmektedir. Kanun ile paralel bir fazla çalışma ücreti düzeni öngörülmekle birlikte fazla çalışmalar karşılığı işçi lehine olarak %80'e artırılmış ve fazla süreli çalışma olmamakla birlikte, haftalık çalışma süresini tamamlamamış olsalar bile akdi tatilde yapılan çalışmalar karşılığının saat ücreti kadar daha ek bir ücret ödenmesi öngörülmektedir. Bu hüküm doğrultusunda, akdi tatil günlerinde çalıştırılan işçilere normal saat ücreti kadar zamlı ödeme yapılacağı anlaşılmaktadır.

4. "Gün" Tanımının Ne Anlama Gelebileceği:

Türk Dil Kurumu sözlüğünde yıl "Dünyanın, güneş çevresinde tam bir dolanım yapması için geçen 365 gün, 5 saat ve 49 dakikalık zaman" olarak, ay "Bir ayın herhangi bir gününden ertesi ayın aynı gününe kadar geçen veya yaklaşık otuz gün olarak kabul edilen süre" olarak gün ise "Yer yuvarlığının kendi eksenini etrafında bir kez dönmesiyle geçen 24 saatlik süre" olarak tanımlanmıştır. Yılın normal başlangıcı 01 Ocak olarak kabul edilmekte, ayın normal başlangıcı o ayın birinci günü olarak anlaşılmakta, günün ilk saati olarak ise gece zamanı 00.01 - 01.00 arasındaki zaman dilimi olarak anlaşılmaktadır. "05 Mayıs 2007 tarihinden itibaren bir yıl sonra..." denildiği zaman 05 Mayıs 2008 tarihi, "15 Ocak tarihinden bir ay sonra" denildiği zaman ise 15 Şubat, herhangi bir gün öğleyin saat 12.30'dan bir gün sonra dendiği zaman ise ertesi gün saat 12.30 anlaşılmaktadır. Aksine, her defasında kronometrenin ileriye alınarak; "05 Mayıs 2007 tarihinden itibaren bir yıl sonra..." denildiği zaman yıl 31 Aralık tarihine kadar hiç yaşanmamış sayılarak 01 Ocak 2008 tarihinde başlatılıp 31 Aralık 2008 tarihi anlaşılmamakta, "15 Ocak tarihinden bir ay sonra" denildiği zaman ise 31 Ocak tarihine kadar yaşanmamış sayılarak 01 Şubat tarihinden sayılmaya başlanarak 28 (29) Şubat tarihi anlaşılmamaktadır. Bunun doğal sonucu olarak, herhangi bir gün öğleyin saat 12.30'dan bir gün sonra dendiği zaman da gece saat 24.00'e kadar yaşanmamış sayılarak 00.01'den itibaren sayılmaya başlanılmamakta, ertesi gece saat 23.59 anlaşılmamaktadır.

Hafta tatili, genel tatil ve akdi tatil gibi diğer tatil süreleri ile çalışma sürelerinin hesap edilmesinde de yukarıda belirtilen örneklerde verildiği gibi, işçinin çalışmaya veya dinlenmeye başladığı süreden itibaren sonraki çalışma veya dinlenme süresinin başlangıç veya bitiş süresine kadarki süre hesap edilmelidir. Normal şartlar altında, hafta tatilinin gün olarak başlangıç ve bitiş zamanının belirlenmesinde, bir gece yarısından bunu izleyen gece yarısına (00'dan 24.00'e kadar) kadar geçen 24 saatlik devrenin dikkate alınması esas olmakla birlikte, postalar

halinde çalışılan işlerde işçiye kesintisiz yirmi dört saat sağlanması koşuluyla bu zaman gece yarısından başka bir süreye kaydırılabilecektir⁸.

5. İhtilafın Tespiti:

Konu hakkında belirtilen mevzuat düzenlemeleri karşısında; dava konusu vardiyalı çalışma da vardiya değişimlerinde bir gün hafta tatili, bir gün akdi tatil ve hatta yasal zorunluluk olmamasına rağmen fazladan sekiz saat (4857 sayılı Kanun ile 11 saat) olmak üzere $24+24+8=56$ saat işçiye dinlenme süresi verildiği anlaşılmaktadır. Ancak hukuki ihtilaf; hafta tatili ve akdi tatil olarak verilen dinlenme süresi, bir günü 24 saat olarak ele alarak hesap etmek yeterli midir, yoksa gün olarak hesap edilerek gün doğumundan ertesi günkü gün doğumuna kadar süre olarak, hafta tatili gece yarısında başlatılarak mı hesap edilmelidir; takvim günü mü yoksa 24 saatlik zaman dilimi mi esas alınmalıdır noktasında düğümlenmektedir.

Konunun ilgi çekici olmasını sağlayan nedenlerden birisi de; Kanun'un Yargıtay tarafından farklı zamanlarda aynı şekilde yapılan vardiya çalışmalarının değerlendirilmesindeki farklılıktır. Yargıtay'ın verdiği ikinci ve üçüncü kararlara göre, gün hesabı yapıldığında (yapılan hesap tam olarak anlaşılammakla birlikte) vardiya değişimlerinde işçiye Kanunda zorunlu tutulan sekiz (on bir) saat değil, çok daha fazla dinlenme süresi verilmek zorunda kalınacaktır. İşçinin saat esasına göre çalışma ve dinlenme sürelerinin hesap edilmesi şekline göre;

Tarih	Gün	Saat	Mesai/Dinlenme
01 Ekim	Pazartesi	00.01-08.00	Mesai
02 Ekim	Salı	00.01-08.00	Mesai
03 Ekim	Çarşamba	00.01-08.00	Mesai
04 Ekim	Perşembe	00.01-08.00	Mesai
05 Ekim	Cuma	00.01-08.00	Mesai
05 Ekim	Cuma	08.00-16.00	8 Saat dinlenme
05-06 Ekim	Cuma-Cumartesi	16.00-16.00	24 Saat akdi tatil
06-07 Ekim	Cuma-Cumartesi	16.00-16.00	24 Saat hafta tatili
07 Ekim	Pazar	16.00-24.00	Mesai

Çalışma düzeni uygulanarak, vardiya değişimi yapılan dönemde işçiye $8+24+24=56$ dinlenme süresi tanınmaktadır. Pazar günü saat

16.00'dan itibaren artık yeni bir vardiya haftası, yani vardiya dönemi başlamakta olduğundan hesabın yeni başlayan döneme göre yapılması gerekmektedir. Oysaki; önceki dönemin son haftası vardiya değişimlerinde de tamamlanmaya kalkılırsa; değişim yapılamamakta, en son bırakılan saatte çalışmaya devam edilmek zorunda kalınmakta ya da aynı süre kadar fazla dinlenme süresi verilmesi gerekmektedir. Bunun sonucu olarak da işyerinde vardiya değişim süresi kadar üretimin durması zorunluluğu ortaya çıkacaktır.

Gece vardiyasında çalıştırılan işçinin gündüz vardiyasına alınmasının yasal bir zorunluluk olması nedeniyle işveren vardiya değişimi yapmak zorundadır. Hem işçinin korunması hem de işverene yük getirmeden bunun sağlanması gerekmektedir. Yasada öngörülen saat esasına göre dinlenme süreleri hesap edilmeyip, gündüz kaçta vardiyadan çıkılırsa çıkılışın günün hesabına gece 00.01'den başlanarak akdi ve hafta tatili hesap edilmesi gerektiği görüşü kabul edilirse gece saat 01.00'de bile vardiyadan çıkarsa dinlenme süreleri ve tatil sürelerinin hesabına ertesi gece saat 00.01'den itibaren başlanacak ve bu aradaki dinlenme süreleri hiç kullanılmamış sayılacaktır. Bunun sonucu olarak, TİS 26/a ile hükme bağlanan iki gün dinlenmiş sayılmak zorunda kalınmaktadır. Eğer bu esasa göre hesap edilirse çalışma ve dinlenme süreleri aşağıdaki gibi olmak zorundadır:

Tarih	Gün	Saat	Mesai/Dinlenme
01 Ekim	Pazartesi	00.01-08.00	Mesai
02 Ekim	Salı	00.01-08.00	Mesai
03 Ekim	Çarşamba	00.01-08.00	Mesai
04 Ekim	Perşembe	00.01-08.00	Mesai
05 Ekim	Cuma	00.01-08.00	Mesai
05 Ekim	Cuma	08.00-24.00	16 Saat dinlenme
06 Ekim	Cumartesi	00.01-24.00	24 Saat akdi tatil
07 Ekim	Pazar	00.01-24.00	24 Saat hafta tatili
08 Ekim	Pazartesi	00.01-16.00	16 Saat dinlenme
08 Ekim	Pazartesi	16.00-24.00	Mesai

05 Ekim tarihinde saat 08:00'de vardiyadan çıkan işçinin, hafta ve akdi tatil süreleri gece saat 00.01'den başlatılırsa 06-07 Ekim tarihlerin-

de akdi ve hafta tatili kullandırılmakta ve ayrıca 05 Ekim tarihindeki 16 saat ve 08 Ekim tarihindeki dinlenme süreleri hiçbir hesapta dikkate alınmamaktadır.

İşçinin $16+24+24+16=80$ saat dinlenme süresi yapması öngörülmektedir. İşverenin beşinci bir yedek posta yaparak vardiya değişimindeki bu günde onları çalıştırması durumunda; işçi o hafta bir gün eksik çalışmakta ve o haftaki 37,5 saatlik haftalık çalışma süresini tamamlayamamaktadır. Bu da başka bir sorunu ortaya çıkarmaktadır ki, işçi haftalık çalışma süresini tamamlayamadığı için akdi ve hafta tatili ücretine hak kazanamamaktadır. Ayrıca, çalışma günü olarak da işçi dört gün çalışıp üç günden fazla süre ile tatil yapmaktadır ki bunun da TİS ile yapılan düzenlemelere ve Kanun'un emredici hükümlerine aykırılık teşkil ettiği açıktır. Çünkü tarafların böyle bir iradesi bulunmamaktadır.

Yerel mahkeme tarafından verilen kararda, yukarıda açıklanan saatler yeterli görülmemeye, üç haftada bir gün akdi tatil yapmadığı belirtilmekte, ancak bu kararın neye dayandırıldığı belirtilmemektedir. Neden akdi tatil yapmadığı konusu hesap edilmeden, "vardiyalı çalışma yapmasaydı haftada iki gün tatil yapacağı" şeklinde, vardiyalı çalıştığı göz ardı edilerek vardiyalı çalışma yapmayan kişi emsal olarak gösterilmekte ve hüküm Yargıtay tarafından aynen onanmaktadır. Oysaki; Postalar Halinde Çalışılmasına ilişkin Yönetmeliğin 11. maddesi açık olarak; "işçilere haftanın bir gününde 24 saatten az olmamak üzere ve nöbetleşme yolu ile hafta tatili verilmesi zorunludur" hükmünü içermekte, dolayısı ile tatil süresinin hesabının gece 00.01 ile 24.00 arası olarak değil, öğretime de kabul gören görüşe göre⁹, her tatil gününün 24 saat olarak hesap edilmesi gerektiğini belirtmektedir¹⁰. Yönetmeliğin 4, 8 ve 10. maddelerinde de vardiyalı çalışan işçilerin, çalışma ve dinlenme sürelerinin "saat" esasına göre belirleneceği "takvim günü" hesabı yapılmayacağı doğrultusundadır. Aksi durumda; Kanunun 69. maddesinde ve Yönetmelikte 11 saat (Eski Tüzükte 8 saat) zorunlu tutulan dinlenme süresinin bir anlamı kalmamaktadır.

Daha önce aynı konuda açılmış ve yine Yar-

gıtay tarafından onanmış olan birinci davaya ilişkin kararda; birer gün akdi ve hafta tatilinden faydalandırılmayarak 37,5 saatten fazla çalışma yaptırıldığı ileri sürülmüş, yerel mahkeme bilirkişi incelemesine atıf yaparak, işçinin günlük 7,5 saatten haftalık beş gün için 37,5 saat çalıştırılması gerekirken, bu süre üzerinden fazla çalışma söz konusu olmadığını, hafta ve akdi tatil süresinin saat olarak hesap edilmesi yeterli görülerek karara bağlamıştır. Kararın, sadece "gün" kelimesine bağlı kalarak değil tarafların iradesinin bütününe yansıtan TİS'in geneline ve çalışma sürelerini göz önüne alarak dinlenme sürelerini, hesap eden yaklaşımının daha isabetli olduğu açıktır. Kaldı ki "gün" tanımından hareket edilse de aksi sonuca ulaşılmayacağı 4. bölümde açıklanmıştır.

6. Kanun'un 41. maddesi doğrultusunda Yargıtay Kararlarında ve öğretime, fazla sürelerle çalışmanın hesabında haftalık çalışma sürelerinin, fazla çalışmanın hesabında ise haftalık 45 saatin aşılması gerektiği emredici olarak kabul edilmektedir¹¹. Ayrıca, Yargıtay Kararlarında, vardiya çalışmalarında normal çalışma düzeninden fazla çalışma oluşmayacağı yerleşik hale gelmiştir¹².

İkinci kararda; burada fazla çalışmadan söz edilememekle birlikte, akdi tatilin kullandırılmadığı ve %25 veya %80 zamlı ücret ödenmesini, ancak davacının müddeabihin değerini ıslah ederek, normal ücret kadar daha fazla çalışma ücreti talep etmesi nedeniyle taleple bağlı kalınarak saat ücreti kadar daha ödeme yapılması gerektiği belirtilmektedir. İşçiye; bir gün tatil kullandırılmadığının varsayılması durumunda dahi fazladan çalıştığı varsayılan sürenin ücretinin, haftalık çalışma süresi olan 45 saate kadar olduğu için fazla sürelerle çalışma ücreti mi, 45 saati aşan şekilde fazla çalışma ücreti mi olduğu ya da TİS ile getirilen ve akdi tatil çalışmalarında haftalık çalışma sürelerinden az yapılan çalışmalarda normal çalışma süresine kadar yapılan çalışmalar için ödenmesi öngörülen normal saat ücreti mi olduğu açık olarak belirtilmemiştir. Halbuki bir gün dinlenme süresinin tam olarak verildiği hususunda tereddüt hâsıl olmamış, ikinci tatil günü, yani akdi tatil için tereddüt hâsıl olmuştur. Kararda atıf yapı-

lan TİS'in ilgili 25/c fıkrası "Akti tatil günlerinde çalıştırılan işçilere o günden önceki hafta içinde haftalık normal çalışma süresini fiilen tamamlayıp tamamlamadıklarına bakılmaksızın, haftalık normal çalışma süresine kadarki çalışmaları için normal mesai ücreti üzerinden, normal çalışma süreleri ile 45 saat arasında kalan süreler için %25 zamlı ve 45 saati aşan çalışmaları için ise %80 zamlı ödeme yapılır." hükmü bulunmakta olup kararda atıf yapıldığı gibi bir düzenleme bulunmamaktadır.

Kanımızca incelemeye konu ettiğimiz üçüncü kararında Yargıtay, daha önceki kararlarındaki istikrarını koruyarak, işçi lehine yorum getirmek istemiştir, ancak kararda emsal gösterdiği vardiyalı çalışmayanların, hafta tatili öncesi yani cumartesi günü çalıştırılmaları durumunda, öğretide de kabul edildiği gibi¹³, haftalık normal çalışmalarına kadarki süreler için normal ücretinin ödenmesinin gerektiği ve haftalık çalışma süresinin vardiyalı çalışmalarda 37,5 saat olduğu, işçinin bu çalışmayı tamamlamadan ne fazla saatlerle çalışmaya ne de hafta ve akdi tatil ücretine hak kazanmayacağı görmezden gelinmiş ve esasen işçi aleyhine sonuçlar doğmasına neden olunmuştur.

İkinci karar, birinci karar kesinleşmeden yargılama yapılmış olması nedeniyle derdestlik olduğu için dikkate alınmamıştır. Kesinleşmesini müteakip ise, daha önce verilmiş ve ikinci davada defi olarak ileri sürülen karar dikkate alınmadan hüküm tesis edilmiştir. Her ne kadar dava edilen süreler başka bir çalışma dilimi olsa da, yargılamada konuyu değerlendirdikten sonra esas hakkında inceleme yaparak karara bağlanması uygun olacaktır. Davacı, daha önceki vardiya çalışmalarında hafta ve akdi tatil süresi verilmeyerek fazla mesai yaptırıldığı konusundaki davasının reddi kararının tarihinden sonrasındaki süreyi talep konusu yapmıştır. Dolayısı ile usul ekonomisine uygun düşmekle birlikte, bu talep konusu değiştiğinden, dava konusunda kesin hükümden söz edilemeyecektir.

7. Vardiyalı çalışmalarda saat yerine, günün gece yarısı başladığı kabul edilirse, vardiya değişimlerinde 24 saatlik yasal dinlenme (hafta tatili) verildiği halde yeni çalışma haftasının

başlayacağı saat mutlaka dinlenen takvim gününün içine sarkacağından, tatil verilmediği sonucu ortaya çıkacaktır. Bu sürelerde takvim günü veya haftası hesabına göre eksik dinlenme verildiği gerekçesi ile bu çalışmaya normalin üzerinde ücret ödenmesinin öngörüldüğü anlamı çıkacaktır ki yasa koyucu tarafından bu sonucun istenmediği açıktır. Esasen Yargıtay Kararlarında da, çalışma ve dinlenme sürelerinin saat olarak hesap edilmesi gerektiği belirtilmektedir¹⁴.

Yukarıdaki birinci örneğe göre açıklarsak; işçi 01 Ekim saat 00.01'de yeni çalışma/vardiya haftasına başlamıştır. O hafta 37,5 saat çalışarak 05 Ekim 08.00'de o çalışma haftasını tamamlamıştır. Bu hafta sonundaki yasal hakkı olan hafta tatili süresini 24 saat olarak kullanmıştır. 24 saatte akdi tatil öngörüldüğü için onu da kullanmıştır. Artık 48 saat sonra saat 08.00'den itibaren o işçi için önceki çalışma/vardiya haftası sona ermiştir. Bu saatten sonra artık yeni vardiya/çalışma haftası başlamıştır. İşçinin yeni dönem için yapacağı çalışmalar ayrı hesap edilmelidir. İnceleme konusu olayda ise bunun üzerinde bir dinlenme süresi verilerek vardiya değişimindeki işçi 08.00'de değil saat 16.00'da çalışmaya başlamıştır. O hafta sürekli 16.00'da çalışmaya başlayacak ve beşinci gün saat 24.00'de o haftaki 37,5 saatlik çalışmasını tamamlayacaktır. 20.00'den itibaren 24 saat hafta tatili ve 24 saat akdi tatil kullanacak o çalışma/vardiya haftası yedinci çalışma günü saat 20.00'de o haftaki puantaj hesabı kapanacaktır. O saatten itibaren yeni vardiya/çalışma haftası başlayacak ve yeni çalışma ve dinlenme süreleri hesap edilecektir. Önceki tamamlanan vardiya döneminin devam ettiği değil artık yeni bir çalışma dönemi başladığından hareket edilmeli ve değişim süresinde; 24 saat akdi tatil+24 saat hafta tatili = 48 saat dinlenme süresi verilmesi yeterli görülmelidir. Eğer TİS düzenlemeleri ile akdi tatil öngörülmemiş ise sadece 24 saat hafta tatili dinlenme süresi verilmesi dahi yeterli olarak kabul edilmelidir.

Genişletici yorum yapıldığında dahi, on bir saat kanunen zorunlu dinlenme süresi + 24 saat akdi tatil + 24 saat hafta tatili = 59 saat dinlenme süresinin verilmesi gerektiği sonucuna

ulaşılması mümkün iken, ikinci örnekte gösterildiği üzere tatil süresi başlamadan 16 saat + yeni vardiya başlamadan önceki 16 saat olmak üzere, ayrıca toplam 32 saatlik süre, dinlenme süresi olarak hiç dikkate alınmayan hayali ek bir süre olarak verilmekte ve bu sürelerde haftalık normal çalışma yapılmasının istenmesi durumunda, işveren karşılığını sanki fazla saatlerle çalışma yaptırmış gibi zamlı olarak ödemek zorunda bırakılmaktadır. Bu yorumun, işçi lehine yorum dahil hiçbir hukuki mesnet ile bağdaştırılması mümkün görülememektedir.

II. SONUÇ

Vardiyalı çalışma düzeninde çalışma sürelerinin başlangıç ve bitiş zamanlarının hesabında olduğu gibi dinlenme sürelerinin hesabı da saat esasına uygun olarak yapılmalıdır. Aksi takdirde vardiyalı çalışmanın yasal düzenleme yapılırken zaten ölü doğduğu kabul edilecektir. Gece vardiyasında çalışanların belli süre sonunda gündüz vardiyasına geçirilmesi zorunluluğu varken bu sürelerin saat esasına göre tespiti zorunluluk halini almaktadır.

Vardiya değişimini engelleyen, yeni vardiya döneminin başladığını dikkate almadan, eski vardiya dönemiyle bağlantı kuran ikinci ve üçüncü kararları isabetsiz olup, Yargıtay'ın fazla çalışmanın hesabına ilişkin yerleşik içtihatlarını değiştirip değiştirmediği hususu da anlaşılammıştır. Yargıtay'ın ilk uygulamasının vardiyalı çalışmalara daha uygun bir karar olduğu bir gerçektir.

Yargıtay'ın, fazla çalışma olmadığı ve hafta ve akdi tatil süresinin kullanıldığına ilişkin ilk kararı yerindedir çünkü haftalık çalışma süresi tamamlanmamıştır. Emsal olarak normal çalışanlar verilirken (ki vardiyalı çalışma düzeni ile normal çalışma düzeni birbirine emsal olabilecek çalışma esasları değildir) normal çalışanların haftada 37,5 saat ve beş gün çalıştığı görmezden gelinmiştir.

Çalışma yaşamının bütünü dikkat alındığında, Yargıtay'ın üçüncü kararındaki karşı oy gerekçesine katılmamak mümkün değildir. Çünkü oy çokluğuyla verilen karar sonucu; Kanun sistematiğine de aykırı bir şekilde vardiya çalışmalarının uygulanması imkansız hale getirilmekte

ve çalışma yaşamı kilitlenmektedir. Tarafların açık iradesi ile hesabın gün olarak yapılması ve bunu aşan çalışmaların fazla saatlerle çalışma hükümlerine göre ücretlendirilmesi kabul edilmiş olsaydı, haftalık çalışma sürelerinin vardiyalı işçiler açısından daha az belirlendiği yorumu yapılabilecek ve iş hukukunun nispi emrediciliği nedeniyle hukuka aykırı bir durum oluşturmadığı kabul edilebilecektir. TİS'de taraflarca açık hüküm getirilmemişken, hatta aksi yönde bazı hükümler mevcutken, "gün" ifadesinden hareketle genişletici hatta amacını aşarak Kanun tarafından düzenlenmiş bir kurumu ortadan kaldırır şekilde yoruma gidilerek işçinin haftada dört günden az 30 saat çalışması gerektiği gibi bir sonuca ulaşılması isabetsizdir.

Yine karar neticesi olarak; tarafların anlaşması dışında, sanki normalin üzerinde çalışma yaptırmış gibi işverene ek yük getirilmektedir. Fazla saatlerle çalışmanın haftalık çalışma süresine göre hesap edilmesi Kanun'un 41. maddesinde ve TİS'in de 25. maddesinde emredici olarak düzenlenmesine rağmen, yorum kurallarının zorlanmasıyla ulaşılan neticenin hukuken isabetli olduğu savunulamayacaktır. İş Kanunu'nun nispi emrediciliği gereği işçi lehine yorum esas olmakla birlikte, çalışma yaşamının devamını sağlayan unsurları devre dışı bırakacak yoruma gidilmemelidir. Zaten gerek Kanun gerekse somut olaydaki TİS hükümleri işçilerin çalışma ve dinlenme süreleri ile ödenecek ücreti belirtmektedir. Kanun'un ve TİS'in bütünü dikkate alınarak yorum yapılması daha isabetli sonuç doğuracaktır.

Kaldı ki, inceleme konusu olayda; tatil süresi kullanılmadığı bir an için varsayılsa bile, hükme esas alınacak ücret %80 hafta tatili ücreti değil (bir tam gün, yani 24 saat dinlenme sağlandığı konusunda şüphe bulunmadığı için), kullanılmadığı ileri sürülen akdi tatil süresi için, TİS 25/c gereğince, normal çalışma süresinden eksik olan ancak akdi tatil süreleri için öngörülen normal saat ücreti olmalıdır.

Bu konudaki çözüm önerimiz ise; takvim ayı, haftası, günü hatta yılı yerine işin esasına daha uygun olan "vardiya günü", "vardiya haftası", "vardiya ayı" ya da "çalışma günü",

“çalışma haftası” veya “çalışma ayı” olarak tanımlanması ve tüm çalışma ve dinlenme sürelerinin buna göre hesap edilmesidir. Vardiyalı çalışmalarda hafta tatili hesap edilirken 24 saat dinlenme verildikten sonra, artık gece 24.00 esaslı önem taşımadan, hangi saatte posta/vardiyaya başlarsa başlasın yeni bir “çalışma/vardiyaya haftası”nın başladığı kabul edilmeli ve bu saatten itibaren yeni çalışma haftasındaki çalışma sürelerinin hesabına bakılmalı ve varsa haftalık çalışma saatini aşan fazla sürelerle çalışması olup olmadığına bakılmalıdır. Bu esasın dışında yapılacak; o takvim ayında kaç defa vardiyaya postasına kaldığı, o takvim haftasında kaç takvim günü çalışmasının bulunduğu gibi normal çalışma koşullarının esasları uygulanırsa, Kanun’la özel olarak düzenlenmiş ve iş yaşamının ve süreklilik gereken işlerin temel bir unsuru olan vardiyalı çalışma düzenlemesinin zaten ölü doğduğunu kabul etmek gerekecektir. Belki; vardiyalı çalışmaların çalışma sürelerinin sadece gece çalışmalarında değil tüm çalışmalarda 7,5 saatlik çalışma süresini aşmaması yönünde yapılacak bir düzenleme işin esasına daha uygun düşebilecektir.

Ayrıntılı inceleme yapıldığında, iki ve üçüncü kararların yeterli inceleme yapılmadan yazılmış isabetsiz kararlar olduğu ve karşı oy gerekçesindeki esasların iş hukuku açısından daha kabul edilir olduğu değerlendirilmektedir.

DİPNOTLAR

- 1 EYRENCİ-TAŞKENT-ULUCAN, Bireysel İş Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2004.
- 2 H. H. SÜMER, İş Hukuku, 11. Baskı, Konya 2005, sh. 140.
- 3 Yarg. 9. HD. 30.10.2001, E. 2001/14351, K. 2001/12804.
- 4 H. MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2005 sh. 724.
- 5 S. SÜZEK, İş Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2005, sh. 643.
- 6 GÜNAY, İlhan; İş Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2004, sh. 606.
- 7 Yarg. 9. HD. 23.05.1996, E. 1996/37690, K. 1996/11745 .
- 8 Yarg. 9. HD. 17.02.1975, E. 1974/27048, K. 1975/2465.
- 9 EYRENCİ-TAŞKENT-ULUCAN, sh. 233 aynı görüşte; SÜZEK sh. 642.
- 10 Aksi yönde Yargıtay Kararı; 9. HD. 29.06.1990, E. 1990/4961, K. 1990/8064; üç posta çalışılması halinde dahi, hafta tatili gününün kural olarak 00.00’dan başlaması icap eder (MOLLAMAHMUTOĞLU, sh. 725).
- 11 9. HD. 08.11.2008, E. 2008/4429, K. 2008/6641; 9. HD. 24.07.2007, E. 2008/924, K. 2008/5604, 9. HD. 14.11.2007, E. 2007/6002, K. 2007/34178.
- 12 9. HD. 06.06.2007, E. 2006/30176, K. 2007/18104.
- 13 SÜZEK, sh. 644, aynı görüşte; GÜNAY, sh. 606, MOLLAMAHMUTOĞLU, sh. 726, ÇELİK, sh. 323.
- 14 9. HD. 24.07.2007, E. 2008/924, K. 2008/5604 “Bu şekilde nöbet tutulan haftalarda davacının normal mesai olarak çalıştığı saatleri, nöbetin sürdüğü saati ve ertesi günde nöbet izninde olduğu ve 24 saat çalışmadığı nazara alınarak haftalık çalışma süresini belirlemek ve bu çalışma süresinden haftalık 45 saati aşan çalışmaların fazla mesai olarak kabulüne karar verilmek gerekir.”

Yrd. Doç. Dr. İbrahim SUBAŞI

Marmara Üniversitesi Bankacılık ve Sigortacılık Yüksekokulu

Sendikalı Olmayan veya Taraf Sendika Üyesi Olmayan İşçilerin Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanması

GİRİŞ

İşçilerin istedikleri sendikaya yine istedikleri zaman üye olabilecekleri ya da kurulu bulunanlardan ayrı sendikalar kurabilecekleri şeklinde tezahür eden sendika özgürlüğü, aynı zamanda bir işkolunda birden fazla sendika kurulabilmesi esasını da -sendika çokluğu veya sendika güvenliği ilkesi- beraberinde getirdiğinden, uygulamada bir işyerinde çalışan işçilerin çeşitli sendikalara üye olmaları, bazılarının da sendika dışında kalmaları kaçınılmaz olmaktadır. Toplu iş sözleşmeleri işyerinde en fazla üyeyi temsil eden sendikaca akdedilebileceğinden, usulünce yapılıp yürürlüğe konulan Toplu İş Sözleşmesi (TİS)'nin tarafı olan işçi sendikasının üyesi olmayıp bu sözleşmenin uygulandığı işyerinde çalışan diğer işçilerin bu sözleşmenin normatif nitelikli ve avantajlı hükümleri karşısındaki durumları iş hukukunun önemli konularından birisini teşkil etmektedir.

İşçilerle işverenleri arasındaki çalışma koşullarını yasal çerçevenin ötesinde işçiler yararına düzenleyen toplu iş sözleşmeleri bu konuda genel, objektif ve emredici kurallar koymak su-

retiyile TİS'e taraf olanların üyeleri arasındaki hukuki ilişkilerin tabi olacağı bir statü yaratırlar. Toplu iş sözleşmeleri bu özelliklerinden dolayı, yani yasa ya da iş (hizmet) sözleşmesindeki hükümlerin belirlediği asgari koşulların ötesinde hükümler içerdiklerinden, uygulandıkları iş ilişkilerinde belirgin bir üstünlük sergilerler.

Türk hukukunda da TİS'den esas itibariyle bu sözleşmenin uygulandığı işyerinde çalışan ve TİS'i akdeden işçi kuruluşunun üyesi olmayan işçiler yararlanamazlar. Bunların TİS'den yararlanabilmeleri yasada belirlenen istisnai hallerde sözkonusu olabilir: Türk hukukunda, TİS'den ilke olarak bu sözleşmenin tarafı işçi sendikası üyesi olan işçiler yararlanırsa da bu sendikanın üyesi olmayan işçilerin de sendikaya bir dayanışma aidatı ödemek suretiyle, yararlanmaları mümkündür.

2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu (TİSGLK), taraf işçi sendikasına üye bulunmayan fakat TİS'in uygulandığı işyerlerinde çalışan işçilerin bu sözleşme hükümlerinden taraf sendika üyesi işçiler gibi yararlanabilmeleri imkânına bünyesinde yer vermiştir.

Özellikle, dayanışma aidatı ödenmesi halinde TİS'den yararlanabilmek için taraf kuruluşun muvafakatının gerekli bulunmadığı; imza sırasında üye olup daha sonra taraf kuruluşla ilgisi kesilen işçilerin de ancak dayanışma aidatı ödemek suretiyle TİS'den yararlanabilecekleri; ödenecek dayanışma aidatının üyelik aidatının belirli bir oranında olacağı açıkça belirtilmiştir.

1. TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNDEN YARARLANMA KAVRAMI

TİS'in imzalanması tarihinde taraf işçi sendikasına üye bulunmayanların, sonradan iş yerine girip de üye olmayanların veya imza tarihinde işçi sendikasına üye bulunup da sonradan ayrılanların TİS'den yararlanabilmelerini TİS'in tarafı işçi sendikasına dayanışma aidatı ödemelerine bağlı tutan (TİSGLK m. 9) "yararlanma" kavramı, dayanışma aidatı ödeyen işçinin çalıştığı işyerinde uygulanmakta olan ve üyesi bulunmadığı işçi sendikasının akdettiği TİS hükümlerine tabi olmasını anlatmaktadır. Böylece bir işyerinde uygulanan TİS'i bağittleyen (akdeden) taraf sendikanın üyesi olmayan işçi aynen taraf sendika üyesi işçilerin konumuna girmekte; taraf sendika üyelerinin TİS karşısındaki durumları dayanışma aidatı ödeyen işçiler için de aynen geçerli olmaktadır¹.

Türk hukukunda da TİS'den esas itibariyle bu sözleşmenin uygulandığı işyerinde çalışan ve TİS'i akdeden işçi kuruluşunun üyesi olmayan işçiler yararlanamazlar. Bunların TİS'den yararlanabilmeleri yasada belirlenen istisnai hallerde söz konusu olabilir. TİS'den ilke olarak bu sözleşmenin kapsamına giren işyeri ya da işyerlerinde çalışan taraf işçi sendikası üyesi olan işçiler yararlanırsa da bu sendikanın üyesi olmayan işçilerin de bazı koşullarla taraf sendika üyeleri gibi yararlanmaları mümkündür. Özellikle, taraf sendikanın üyesi olmayan işçiler bu sendikaya bir dayanışma aidatı ödemek suretiyle, TİS'in sadece taraf sendika üyelerine uygulanacak hükümlerinden yararlanabilmektedirler².

II. TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNDEN YARARLANMAYA İLİŞKİN YASA HÜKMÜNÜN NİTELİĞİ

İşçilerle işverenleri arasındaki çalışma ko-

şullarını yasal çerçevenin ötesinde işçiler yararına düzenleyen toplu iş sözleşmeleri bu konuda genel, objektif ve emredici kurallar koymak suretiyle TİS'e taraf olanların üyeleri arasındaki hukuki ilişkilerin tabi olacağı bir statü yaratırlar. Toplu iş sözleşmeleri bu özelliklerinden dolayı, yani yasa ya da iş sözleşmesindeki hükümlerin belirlediği asgari koşulların ötesinde hükümler içerdiklerinden, uygulandıkları iş ilişkilerinde belirgin bir üstünlük sergilerler³.

Taraf kuruluşun üyesi olmayan işçilerin dayanışma aidatı ödeyerek TİS'den yararlanabileceklerine ilişkin yasa hükmü iki ayrı amaç ve bunların bir arada gerçekleştirilmesine yöneliktir. Bu hükümle bir taraftan sendika özgürlüğünün bir yanını oluşturan "işçinin sendikaya girmeme veya dilediği sendikaya girme özgürlüğü" korunmak istenmiş; diğer yandan TİS'i yapmış olan işçi kuruluşunun faaliyetlerinin karşılıksız kalmaması da sağlanmıştır. Böylece yasa koyucu işçileri belirli bir sendikaya girmek zorunda bırakmayan, Anayasanın garantisi altında bulunan ve Sendikalar Yasası (SK)'nda da somutlaştırılan "üye olma özgürlüğü"nü güvence altına almak amacıyla, taraf kuruluş üyesi olmayan işçilerin TİS'den belirli bir karşılıkla yararlanabilmelerine imkân sağlamıştır. Taraf kuruluşu bir aidat ödenmesi ise bunların TİS'den karşılıksız yararlanmalarını engellemek için kabul edilmiştir⁴.

Yasa hükmünün bu amaç ve fonksiyonunu ortadan kaldıran her türlü sözleşme hükmünün geçersiz olması gerekir. Dayanışma aidatının işlemlerini doğrudan doğruya engelleyen sözleşme hükümleri gibi, dolayısıyla bu hüküm işleme hale getirecek sözleşme hükümlerine de itibar edilmeyecektir. Örneğin, "taraf kuruluş üyesi olmayanlar bu sözleşmeden hiç bir şekilde yararlanamazlar" yolundaki bir sözleşme hükmü geçerli olamayacağı gibi; "bu TİS'den sadece sendika (ya da taraf sendika) üyeleri yararlanabilirler" veya "sözleşmeden yararlanabilmek için taraf sendika üyesi olmak şarttır" yahut da "bu sözleşmeden sadece taraf sendikanın muvafakati şartıyla yararlanılabilir" şeklindeki sözleşme hükümleri de geçersizdir.

Bu yoldaki sözleşme hükümleri kanunen öngörülen imkânı, dayanışma aidatı karşılığında münferiden sözleşmeden yararlanmayı engelleyemeyecektir. Çünkü ilgili yasa hükmünün kamu düzeniyle ilgili bulunduğu kuşkusuzdur⁵. Yüksek Mahkeme, dayanışma aidatına ilişkin düzenlemenin kamu düzenine ilişkin olduğunu da isabetli bir şekilde belirtmektedir⁶.

III. TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNDEN YARARLANMA KOŞULLARININ SENDİKALI-SENDİKASIZ AYIRIMI YASAĞI İLE OLAN İLİŞKİLERİ

2822 sayılı Yasaya göre; esas itibarıyla, TİS'den taraf işçi sendikasına üye olanlar yararlanırlar (m. 9/I). Bu maddede sözleşmeden yararlanma konusunda daha fazla bir açıklama yoktur. Ancak, SK'na göre; ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularındaki TİS hükümlerinin uygulanması (m. 31/IV), kural olarak, yararlandırma anlamında olduğundan, bu hükümler birlikte ele alındığında, sözleşmeden yararlanmanın kapsamı ortaya çıkmaktadır. SK'daki, işverence, sendikalı olup olmamaya göre, çalışma koşullarının uygulanması ve çalıştırmaya son verilmesi bakımından işçiler arasında bir ayırım yapılamayacağı (m. 31/III) hükmünden sonra, parasal konulara ilişkin olarak "toplu iş sözleşmesi hükümleri saklıdır" (m. 31/IV) denilmektedir. Böylece, TİS ile bu konularda üyeler yararına ayırım yapılabileceği ve TİS'nin parasal hükümlerinden sadece üyelerin yararlanabileceği açıktır. Buna karşılık, üçüncü fıkrada belirtilen, işin sevk ve dağıtımına, işçinin mesleki ilerlemesine, disiplin hükümlerine, diğer çalışma koşullarına ve bu arada çalışma süresi, yıllık ücretli izin süreleri gibi hükümler ile çalıştırmaya son vermeye ilişkin TİS hükümlerinin taraf sendika üyesi olsun ya da olmasın işyerindeki bütün işçilere uygulanması gerekir. Paraya ilişkin sözleşme hükümlerinden yararlanmada, 2822 sayılı Yasanın hükümleri (m. 9) göz önünde bulundurulur⁷.

1. Sözleşmenin Sendikalı-Sendikasız Tüm İşçilere Uygulanacak Hükümleri

Bir işyerinde uygulanan TİS'in kapsamına o işyerinde çalışan tüm işçilerin dahil edilmesi, dolayısıyla o TİS'in sendikalı olmayanlar gibi TİS'i akdeden taraf işçi kuruluşuna üye bulunmayan işçilerin de iş ilişkilerini düzenlemesi düşünülebilir. TİS'in kapsadığı işyerinde çalışan tüm işçilere uygulanması, yani taraf işçi kuruluşu üyeleri gibi taraf kuruluşa üye bulunmayanların ve hiçbir sendika üyesi olmayanların (sendikasız işçilerin) da çalıştıkları işyerinde uygulanmakta olan TİS'den aynen taraf sendika üyeleri gibi yararlanmalarının kabul edilmesi; işçiler arasında eşitliği sağlayacağı ve işyerinde istikrarlı bir çalışma ortamı yaratacağı ve bu durumun genelde sendikalizmin amacına da uygun düşeceği söylenebilir.

Ancak böyle bir çözüm içinde "sendika üyeliği" önemini büyük ölçüde kaybedecektir. Zira sözleşmeyi akdeden sendikaya üye olmayanların TİS'den karşılıksız ve zahmetsiz yararlanabilme imkânı⁸ sendika üyeliğine temayülü azaltacak ve giderek sendikaların güçsüzleşmelerine yol açacaktır⁹.

Bu durum karşısında, TİS'den sadece bu sözleşmeyi akdeden taraf kuruluşa (sendikaya) üye olanların yararlanması gerektiği savunulacaktır. Bu düşünce çerçevesinde TİS hükümleri normal olarak TİS'in tarafı işçi kuruluşunun üyelerine uygulanacak, taraf kuruluşun üyesi olmayan işçiler ise TİS'in kapsamı dışında tutulacaklardır. Fakat, TİS'den sadece taraf işçi kuruluşu üyelerinin yararlanabilecekleri kabul edilince, bu çözümün de "sendika özgürlüğü" ile tam anlamıyla bağdaştığı söylenemeyecektir. Çünkü işçinin bir sendikaya girmesine, özellikle çalıştığı işyerinde uygulanan TİS'in tarafı işçi kuruluşuna üye olmasına -doğrudan doğruya olmasa bile- zorlamak sonucunu doğuracak böyle bir çözüm sendikaya "üye olmama" ya da "dilediği sendikaya üye olma" özgürlüğüne ters düşecektir. TİS'den yararlanmayı sadece taraf sendika üyelerine hasreden böyle bir çözüm, aynı işyerinde çalışan fakat taraf sendika üyesi olmayan işçileri anayasal temel bir hak-

tan yoksun bırakacak, giderek bu sonuncular bakımından “TİS hakkı” anlamını yitirecektir. TİS’in işyerindeki tüm işçilere veya taraf kuruluş üyelerine uygulanması şeklindeki her iki çözümün ortaya çıkaracağı sakıncaları giderecek, özellikle TİS hakkını taraf sendika üyeliğine bağlanan bir imtiyaz olmaktan çıkaracak, sendika özgürlüğünü koruyarak aynı zamanda sendikaların güçlenmesini sağlayacak, kısaca sendika özgürlüğü ile sendika güvenliğini bağdaştıracak bir orta yol menfaatler durumuna daha uygun düşecektir. TİS’den yararlanma kural olarak taraf sendika üyelerine tanınacak ancak, TİS’i yapan bu sendikaya üye olmayıp aynı işyerinde çalışmakta olan diğer işçilerin belirli bir karşılık ödemeleri koşuluyla TİS’den yararlanabilmelerine imkân verilecektir¹⁰.

TİS’den taraf işçi sendikasının üyesi işçiler yararlanır. Üye olmayanların dayanışma aidatı ödeme ya da teşmil dışında TİS’den yararlanmaları mümkün değildir. SK’daki hükme göre; işçi ve işveren sendika ve konfederasyonlarının kendi faaliyetleri ile üyelerine sağladıkları hak ve menfaatlerin üyesi olmayanlara uygulanması, TİSGLK hükümleri saklı kalmak kaydı ile sözkonusu sendika veya konfederasyonunun yazılı muvafakatına bağlıdır (m. 36).

Sendikanın kendi faaliyetleri ile üyelerine sağladığı hak ve menfaatlerin başında, TİS olduğunda kuşku yoktur. SK’da işin sevk ve dağıtımında, işçinin mesleki ilerlemesinde, işçinin ücret, ikramiye ve primlerinde sosyal yardım ve disiplin hükümlerinde ve diğer hususlara ilişkin hükümlerin uygulanmasında veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapılamayacağı belirtilmiş (m. 31/III) ve böylece hemen hemen genel nitelikli bir sendikalı-sendikasız ayırımı yasağı konulduktan sonra, maddenin hemen takip eden fıkrasında; ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında TİS hükümlerinin saklı olduğu açıkça belirtilmiştir. Bu düzenleme karşısında, her ne kadar TİS’den yararlanmayı düzenleyen TİSGLK m. 9’da, SK m. 31’e açık bir yollama yapılmamışsa da, iki madde arasında düzenlenen konulardan dolayı zorunlu bir bağ olduğu ortaya çıkmaktadır¹¹.

Yasal düzenlemedeki bu durum karşısında,

“işyerinin çalışma düzenine ilişkin TİS hükümlerinden; “paraya ilişkin olmayan hükümler”den, sendikalı olsun olmasın işyerinde çalışan bütün işçiler yararlanacaktır. Örneğin, işyerinde çalışma ve dinlenme zamanları, hafta tatili, iş güvenliği, işçilerin topluca taşınması, yemek verilmesi, disiplin, işe son verme gibi konularda TİS ile getirilen düzenlemeler bütün işçiler için geçerli olacaktır. SK m. 31/III ve IV. fıkralarındaki düzenlemeler dikkate alındığında, 2822 sayılı Yasanın yararlanmayı düzenleyen 9. maddesinin, TİS’in sadece ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardımlardan yararlanmaya ilişkin olduğunun kabulü gerekir¹².

2. Dayanışma Aidatı Yoluyla Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanmanın Sendika Özgürlüğü ile İlişkisi

İşçilerin diledikleri sendikaya yine diledikleri zaman üye olabilecekleri ya da kurulu bulunanlardan ayrı sendikalar kurabilecekleri şeklinde tezahür eden sendika özgürlüğü, aynı zamanda bir işkolunda birden fazla sendika kurulabilmesi esasını da -sendika çokluğu veya sendika güvenliği ilkesini- beraberinde getirdiğinden, uygulamada bir işyerinde çalışan işçilerin çeşitli sendikalara üye olmaları, bazılarının da sendika dışında kalmaları kaçınılmaz olmaktadır. Toplu iş sözleşmeleri işyerinde en fazla üyeyi temsil eden sendikaca akdedilebileceğinden, usulünce yapıp yürürlüğe konulan TİS’in tarafı olan işçi sendikasının üyesi olmayıp bu TİS’in uygulandığı işyerinde çalışan diğer işçilerin bu TİS’in normatif nitelikli ve avantajlı hükümleri karşısındaki durumları iş hukukunun önemli konularından birisini teşkil etmektedir¹³.

2822 sayılı Yasa, taraf işçi sendikasına üye bulunmayan fakat TİS’in uygulandığı işyerlerinde çalışan işçilerin bu sözleşme hükümlerinden taraf sendika üyesi işçiler gibi yararlanabilmeleri imkânına bünyesinde yer vermiş; ancak konu eski yasadaki değişik bir şekilde düzenlenmiştir. Özellikle, dayanışma aidatı ödenmesi halinde TİS’den yararlanabilmek için taraf kuruluşun muvafakatinin gerekli bulunmadığı; imza sırasında üye olup daha sonra taraf kuruluşla ilgisi kesilen işçilerin de ancak dayanışma

aidatı ödemek suretiyle TİS'den yararlanabilecekleri; ödenecek dayanışma aidatının üyelik aidatının belirli bir oranında olacağı açıkça belirtilmiştir.

TİS'in işyerinde çoğunluğu elinde bulundurulan sendikaca akdedilmesi, usulünce yapılarak yürürlüğe konulan TİS'in tarafı olan işçi sendikasının üyesi olmayan fakat bu TİS'in uygulandığı işyerlerinde çalışan diğer işçilerin, bu TİS'in getirdiği normatif nitelikli ve paraya ilişkin avantajlı hükümleri karşısındaki durumları, iş hukukunun önemli sorunlarından birini teşkil etmiştir¹⁴.

Uygulanan TİS'in tüm hükümlerinin, kapsamına giren işyerlerindeki sendikalı olsun olmasın tüm işçilere uygulanmasının, TİS'in tarafı sendikaya üye olanlar gibi sendikasız ya da başka sendikanın üyesi bulunan işçilerin de akdedilen TİS'den yararlanmalarının işyerinde bütün işçiler için aynı çalışma koşullarının sağlanması nedeniyle yararlı olduğu söylenebilirse de¹⁵; bu düşüncenin sendikalı işçilerin üyelik aidatı ile TİS'in yapılmasının gerektirdiği külfetlere katlanmalarına karşılık sendika üyesi olmayanların hiçbir külfete katlanmadan aynı imkânlarla kavuşmalarının adil ve eşitliğe uygun bir çözüm olduğu da söylenemez¹⁶. Üstelik böyle bir çözümde "sendika üyeliği" önemini büyük ölçüde yitirecek ve giderek sendikalar güçsüzleşecektir. Bu nedenle TİS'den sadece TİS'i akdeden sendikaya üye olanların yararlanması gerektiği söylenebilecektir. Ancak bu düşüncenin de sendika özgürlüğü ile tam anlamıyla bağdaştığını söylemek mümkün değildir. Çünkü, sözkonusu düşüncenin işçiyi bir sendikaya ve özellikle de çalıştığı işyerinde uygulanan TİS'in tarafı olan sendikaya üye olmaya zorlayacağı açıktır. Böyle bir zorlama ise "sendikaya üye olmama" veya "dilediği sendikaya üye olma" özgürlüğü ile bağdaşmaz¹⁷.

TİS'in işyerinde çalışan tüm işçilere ya da sadece taraf sendika üyesi işçilere uygulanmasının sakıncalarını gidermek ve özellikle TİS hakkını taraf sendika üyeliğine bağlı bir ayrıcalık olmaktan çıkarmak ve sendikaya üye olma özgürlüğünü korurken aynı zamanda güçlü sendikacılık ilkesini de yıpratmamak amacıyla bulunan ortalama çözüm; TİS'den yararlanma

konusunda kural olarak taraf sendika üyelerinin TİS'den yararlanacaklarını kabul etmek, buna karşılık TİS'in uygulanacağı işyerinde çalışıp da, taraf sendika üyesi olmayanların da TİS'i yapan işçi sendikasına belirli bir karşılık (dayanışma aidatı) ödemeleri şartıyla TİS'den yararlanmalarını sağlamak olmuştur¹⁸.

IV. TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNDEN YARARLANABİLECEK OLAN İŞÇİLER

2822 sayılı TİSGLK'nun 9. maddesinde, bir işyeri için yapılan TİS'den taraf işçi sendikasına üye olan ve olmayanların yararlanmalarına ilişkin esaslara yer verilmiştir. Sözkonusu 9. maddede, TİS'in geçmişi etkilemesi durumuna da değinilmiş ve bu durumda sözleşme hükümlerinden yararlanacak olanlar ile bunun yasal koşulu belirtilmiştir. Uygulamada TİS'den yararlanmaya ilişkin sorunların çoğu bu konuda ortaya çıkmaktadır¹⁹.

Yasaya göre, işyerinde işveren vekili durumunda olan ve temsilci sıfatıyla TİS'de veya toplu görüşmede taraf olarak hareket eden kişiler bu Yasanın uygulanması bakımından işveren sayılmakta (m. 62/II) ve bunlar sendikaya üye olsalar bile sözleşmenin kapsamı dışında kalmaktadırlar. Bundan başka, grev sonunda yapılan TİS'den, zorunlu olarak çalışanlar (m. 39) dışında işyerinde grev sırasında çalışmış olanlar, sözleşmeye aksine bir hüküm konulmadıkça, yararlanamazlar (m. 38/II). Bunlar TİS'in uygulama alanı dışındadırlar²⁰.

1. Toplu İş Sözleşmesine Taraf İşçi Sendikası Üyelerinin Sözleşmeden Yararlanmaları

2822 sayılı Yasada, TİS'den taraf işçi sendikası üyelerinin yararlanacakları açıkça belirtilmiştir (m. 9/I). Bu hükmün uygulanmasında TİS'in kapsam ve düzeyinin herhangi bir önemi yoktur. TİS; işyeri, işyerleri (grup) veya işletme TİS şeklinde yapılmış olabilir. Önemli olan, yapılmış bulunan TİS'in kapsamına giren işyerinde çalışan işçinin taraf sendikaya üye olup olmadığıdır. Herhangi bir sözleşmenin kapsamına giren bir işyerinde çalışan ve sözleşmeye

taraf sendikaya üye olan işçiler sözleşmeden yararlanırlar²¹.

Yasada, TİS'e taraf işçi sendikası üyelerinin hangi tarihten itibaren sözleşmeden yararlancakları konusu da düzenlenmiştir. Yasaya göre; TİS'in imzalanması tarihinde taraf sendikaya üye olanlar yürürlük tarihinden, imza tarihinden sonra üye olanlar ise üyeliklerinin taraf işçi sendikasıca işverene bildirildiği tarihten itibaren sözleşmeden yararlanırlar (m. 9/II)²².

Kural olarak TİS imza tarihinde yürürlüğe girer. Uygulamada Yargıtay da "aksine bir hüküm olmadıkça", TİS'in imzalandığı gün yürürlüğe gireceğini; bu nedenle, "imza tarihinden önce emekli olan işçinin TİS'in kıdem tazminatı ile ilgili hükmünden yararlanamayacağını" kararlaştırmıştır. Buna karşılık, TİS'de aksine bir hüküm bulunması halinde, "imza tarihi ile yürürlük tarihi arasındaki dönemde işyerinden ayrılmış bulunan işçiler ve mirasçıları yeni TİS hükümlerinden yararlanabileceklerdir." Ancak, yeni TİS bazı hakları azaltmış veya tamamen kaldırmış ise, "işçi aleyhinde" bile olsa aksi TİS'de kararlaştırıldığı için "düzen ilkesi" gereği "yeni yürürlüğe giren TİS hükümlerine göre hüküm kurulması gerekir"²³.

a. Yararlanmanın Başlangıcı

2822 sayılı Yasa, TİS'e taraf işçi sendikasının işyerinde çalışan üyelerinin, TİS'den hangi tarihten itibaren yararlanacakları konusunu düzenlemiştir. Bu hükme göre; TİS'in imzalanması tarihinde taraf sendikaya üye olanlar yürürlük tarihinden, imza tarihinden sonra üye olanlar ise üyeliklerinin taraf işçi sendikasıca işverene bildirildiği tarihten itibaren yararlanırlar (m. 9/II).

aa) Sözleşmenin İmzası Tarihinde Üye Olan İşçiler

TİS'in imzalanması tarihinde taraf sendikaya üye olanlar, TİS'in yürürlük tarihinden itibaren TİS'den yararlanırlar (TİSGLK m. 9/II). Uygulamada genellikle sözleşmeler geçmişe etkili bir biçimde yürürlüğe konulduğu için, imza tarihinde üye olanlar TİS'den geriye etkili olarak yararlanacaklardır. Yürürlük tarihinden itibaren yararlanmanın temel koşulu yürürlük tarihi süresince işyerinde çalışıyor olmaktır.

Bu nedenle yürürlük başlangıcı ile imza tarihi arasında işyerine girenler, işe giriş tarihinden itibaren TİS'den yararlanmaya başlayacaklardır. İmza tarihinde sendikaya üye olanların yararlanmaları kendiliğinden ve Yasadan dolayı olmaktadır. İşçi sendikası bu işçileri işverene bildirmese dahi yararlanma gerçekleşmektedir²⁴. Sendika üyesi işçinin yararlanma için istekte bulunmasına gerek yoktur²⁵.

Yasadaki düzenlemeden açıkça anlaşılacağı üzere, TİS'in imza tarihinden önce, fakat geriye götürülen yürürlük süresi içerisinde hizmet akdi sona erenler TİS'den yararlanamazlar²⁶. 2822 sayılı Yasanın 9. maddesinin, düzenlediği hususlarda emredici olduğunun kabulü gerekir. Taraflar; 9. maddede açıkça düzenlenen yararlanma esaslarının aksini kararlaştıramazlar²⁷. Buna karşılık imza tarihi ile TİS'in yürürlüğe girdiği tarih arasında hizmet sözleşmeleri sona eren işçiler için, TİS taraflarının bu kişilerin TİS'den yararlanabileceklerini öngörebilecekleri ve bu tür TİS hükümlerinin geçerli olduğunun kabulü gerekir²⁸. Nitekim bu görüş doğrultusunda çok sayıda Yargıtay kararı mevcuttur²⁹.

Yüksek Mahkeme, imza tarihinden önce fakat yürürlük süresi içerisinde hizmet akdi sona erenlerin TİS'den yararlanabileceklerine ilişkin TİS hükümlerinin, ayrık (istisnai) bir düzenleme olduğundan, dar yorumlanması gerektiğini belirtmiştir³⁰.

Bazı yazarlara göre; imza tarihinde üye olanların, geçmişe etkili olarak yürürlük tarihinden itibaren yararlanmaları için, üyeliklerinin TİS'in geçmişteki yürürlük süresinde de mevcut olmasının gerekip gerekmediği konusu m. 9'da belirtilmemiştir. İmza tarihinde üye olanların geriye etkili yararlanmaları için yürürlük süresinde de üyeliklerinin gerektiğini söylemek m. 9/II'nin açık ifadesiyle bağdaşmaz görünüyorsa da, yararlanmaya ilişkin sitemin bütünlüğü açısından bakıldığında, farklı bir sonuca varmak da mümkündür. Konuyu düzenleyen m. 9, birinci fıkrasında, yararlanmaya ilişkin temel ilkeyi koymuş ve kural olarak yararlanmanın üyeliğe bağlı olduğunu ifade etmiştir. Maddenin ikinci fıkrası ise bu yararlanmanın şartlarını değiştirmemekte sadece onun başlangıç tarihleri-

ni düzenlemektedir. Bu nedenle ikinci fıkranın yorumunda da birinci fıkradaki yararlanmaya ilişkin kuraldan uzaklaşmamak gerektiği ve yararlanma için üyeliği esas alan düzenlemenin sözkonusu durumu da içerdiği söylenebilir. Kaldı ki, aksine düşünce sendikalaşma açısından da olumsuz sonuçlar doğuracak, işyerinde sendika üyesi olmayan sendikalaşma bilincinden yoksun çalışanları, sözleşmenin imza tarihine kadar sendikadan uzak kalmaya özendirebilecektir³¹. Bazı yazarlara göre; TİS'den yararlanma, sendikaya girişten önce sözkonusu olamaz³².

Bazı yazarlara göre; 2822 sayılı Yasa, işçinin TİS'in yürürlük tarihinde de, işçinin sendika üyesi olmasını gerekli görmemiş, sadece TİS'in imzalandığı tarihte taraf işçi sendikasına üye olmasını yeterli görmüştür³³.

ab) Sözleşmenin İmzası Tarihinden Sonra Üye Olan İşçiler

TİSGLK m. 9/II'de, TİS'in imzası tarihinden sonra sendikaya üye olanların ancak üyeliklerinin sendikaca işverene bildirildikleri tarihten itibaren TİS'den yararlanabilmeleri öngörülmüştür. Sendikaya üye olan işçinin işverene bildirilmesi, yararlanma için yeterlidir. Yararlanmada aslolan üyelik olgusu olduğuna göre, TİS'in tarafları, TİS'e işçinin sendikaya üye olduğu tarihten itibaren -bildirimden de önce- TİS'den yararlanabileceklerine ilişkin hüküm koymuşlarsa bu hüküm geçerlidir³⁴. İmza tarihinden sonra üye olan işçilerin TİS'den yararlanmalarını TİS'in yürürlük tarihine kadar geriye götüren sözleşme hükümlerinin ise, yararlanmaya ilişkin sistemin bütünlüğü içerisinde değerlendirildiğinde, geçersiz olması gerekir³⁵. Yargıtay'ın bir kararında da bu husus isabetli bir şekilde vurgulanmıştır³⁶.

b. Yararlanmanın Sona Ermesi

TİS'den yararlanma, işçi sendikası üyeliğinin herhangi bir nedenle son bulmasıyla sona erer. Bu sona erme sendikadan istifa nedeniyle (SK m. 25/II) meydana gelmişse, istifanın notere başvuruyu izleyen ayın bitiminde gerçekleştiği kabul edilecek, işçi bu süre zarfında TİS'den yararlandırılacaktır. Üyeliği son bulan fakat işyerinde çalışmaya devam eden işçiler, TİS'den

yararlanmak istiyorlarsa, sendikaya dayanışma aidatı ödemek zorundadırlar. İşçi dayanışma aidatı ödemeyi kabul etmediği takdirde, artık kendisine TİS'e dayanarak aldığı ücret, prim ve ikramiye ve paraya ilişkin sosyal yardım farkları ödenmez. Bu durumda kendisi, sözkonusu TİS olmadan alabileceği paraya ilişkin haklarıyla yetinecektir. Hatta sözkonusu durum TİS'in sona ermesi değil, işçinin TİS'den yararlanma hakkını yitirmesi olduğundan, TİS hükümleri hizmet akdi hükmü olarak da devam etmeyecektir³⁷.

TİS'den yararlanan bir işçi işyerinden ayrıldığı takdirde de, üyeliği devam etse bile, kuşkusuz TİS'den yararlanması sona erecektir³⁸. Ancak bu ayrılma hizmet sözleşmesinin sona ermesi anlamındadır. Yoksa işçinin işverene bağlılığı devam ederek, onun geçici olarak işyeri dışında, örneğin, işverenin başka bir işyerinde ya da başka işverenin işyerinde görevlendirilmesinde yararlanma devam edecektir. İşçinin işletme TİS kapsamındaki işyerlerinden birinden diğerine nakli halinde de işçi yine yararlanmaya devam edecektir³⁹.

2. Sendikanın Muvafakati ile Sözleşmenin Üye Olmayanlara Uygulanması

SK'ya göre; işçi ve işveren kuruluşlarının kendi faaliyetleri ile üyelerine sağladıkları hak ve menfaatlerin üyesi olmayanlara uygulanması, TİSGLK hükümleri saklı kalmak kaydıyla, kuruluşun yazılı muvafakatına bağlıdır (m. 36). bu hüküm uyarınca, bir işçi sendikasının yazılı muvafakatı ile bütün faaliyetlerinden ve bu arada yapmış olduğu TİS'den kendisine üye olmayanlar da yararlanabileceklerdir. Ancak bugüne kadarki uygulamada işçi sendikalarının üye olmayanların TİS'den yararlanabilmesi için yazılı bir muvafakat verdiği görülmemiştir. Dayanışma aidatı ödemek suretiyle üye olmayanların TİS'den yararlanmalarını kabul etmek istemeyen sendikaların herhangi bir aidatın sözkonusu olmadığı yazılı muvafakat yolunu açarak bu durumdakilerin TİS'den yararlanmalarını sağlamaları kuşkusuz beklenemezdi⁴⁰.

SK'nın 36. maddesindeki, 2822 sayılı Yasa

hükümlerinin saklı olduğuna ilişkin ifadeye, üye olmayanların TİS'den dayanışma aidatı ödeyerek yararlanmak istemeleri ya da sözleşmenin Bakanlar Kurulunca teşmil edilmesi (m. 11) durumlarında sendikanın yazılı muvafakatine gerek olmadığını belirtmek için yer verilmiştir⁴¹.

3. Yararlanma Koşullarının Gerçekleşmemesine Rağmen İşçinin Toplu İş Sözleşmesinden Yararlandırılması

TİS'in kapsamındaki işyerinde çalışan işçilerin TİS'den yararlanmaları, ya taraf sendikaya üye olmaları; ya da üye olmayanlar için taraf sendikaya dayanışma aidatı ödemeleri yoluyla olabilmektedir (TİSGLK m. 9). Sözleşmeye taraf sendika üyesi olmayan ya da dayanışma aidatı ödemeyen bir işçi sendikanın yazılı muvafakati olmadıkça TİS'den yararlandırılmaz. Bu koşulların gerçekleşmediği durumda, sendikanın yazılı muvafakati olmadıkça (SK m. 36), işçilerin TİS'den yararlandırılmaları mümkün değildir. Aksine düşünce, hem işçilerin sendikadan ayrılmaları ve giderek sendikaların zayıflaması sonucunu doğuracak ve hem de işçi sendikasını dayanışma aidatında yoksun bırakacaktır⁴².

Bu koşulların bulunmamasına karşın, işverenin işçiyi TİS'den yararlandırması halinde, taraf işçi sendikası işverenden yoksun kaldığı dayanışma aidatının ödenmesini isteyebilir ve işverene karşı hakkı olduğu halde alamadığı dayanışma aidatı tutarında bir tazminat talebinin doğacağı için işverene karşı tazminat davası açabilir⁴³. Ancak bu sonucun kabulü için TİS'den yararlandırma durumunun gerçekleşip gerçekleşmediğinin belirlenmesi gerekir. Yasalarda "kısmen-tamamen yararlanma" ayırımı yapılmadığından, tespiti gereken nokta üye olmayan işçiye TİS ile getirilen parasal bir hakkın sağlanıp sağlanmadığıdır. İşverenin, sözleşme serbestisine dayanarak, haklı nedenler dışında, taraf sendikaya üye olmayan, fakat TİS'in kapsamı içinde bulunan bir işçiye TİS ile sağlananların bazılarını ya da tümünü vermesi, hele bunların üstünde haklar sağlaması olanağı yoktur⁴⁴. Uygulamada bu durumdakilere TİS ile

getirilen hakların işverence verilmesini engellemek amacıyla TİS'e bazı kayıtların konulduğu görülmektedir. Bazı sözleşmelerde işverenin taraf sendikaya üye olmayan kapsam içindeki işçileri yararlanma koşulları gerçekleşmeden TİS'den yararlandırması halinde işverenin bu menfaatleri bütün sendikalı işçilere ek olarak uygulayacağına ilişkin hükümlere rastlanmaktadır. Yargıtay, bu hükümleri geçerli saymakla birlikte, sendikasızlara sağlanan menfaatlerin sözleşme ile öngörülen haklardan az olması halinde işverenin sorumluluğundan söz edilemeyeceği sonucuna varmaktadır⁴⁵. TİS ile sağlanan hakların altında kalan alanda, sınıra çok yakın olup hakkın kötüye kullanılması olarak nitelenebilecek haller dışında, sözleşme serbestisinin varlığı kabul edilmelidir⁴⁶. Yine TİS'den yararlanma sayılmaksızın, sözleşme ile sağlanan haklara eşit ve hatta bunların üstünde hak ve menfaatlerin sağlanabileceği durumlar da vardır. İşveren işçilere çalışkanlık, beceriklilik, kabiliyet, liyakat gibi subjektif nedenlerle ve öğrenim durumu, kıdem, yaş gibi objektif nedenlerle TİS ile bağlı olmaksızın farklı hak ve menfaatler sağlayabilir⁴⁷.

Farklı yeteneklere ve durumlara sahip işçiler arasında, özellikle üst kademelere yükseltme (terfi ettirilme) nedeniyle, ücret, prim gibi ödemelerde ayırım yapılabilir. Bunlardan her birinin tutarı, işçinin yeteneğine ve durumuna göre, TİS ile sağlananlara çok yakın, onlarla eşit veya onların üstünde olabilir. Subjektif niteliklerin çoğu çalışma süresi içinde değişiklik gösterebileceğinden, buna uygun olarak, TİS'in yapılmasından önce veya sonra işçiye bazı yararlar sağlanabilir⁴⁸.

V. TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNE TARAF İŞÇİ SENDİKASINA ÜYE OLMAYANLARIN DAYANIŞMA AIDATI ÖDEYEREK TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNDEN YARARLANABİLME KOŞULLARI

Bir TİS'in kişiler açısından uygulanma alanına işverenin sözleşmeye taraf işçi sendikası üyesi olan işçileri ile bazı yasal koşullarla sözleşme kapsamına sokulan diğer işçileri gi-

rer⁴⁹.

2822 sayılı Yasada da, TİS'e taraf sendikaya üye olmayan işçilerin dayanışma aidatı ödeyerek TİS'den yararlanmalarına ilişkin hükme yer verilmiştir. Dayanışma aidatı ödemek suretiyle TİS'den yararlanmada taraf işçi sendikasının muvafakatının aranmayacağı hususu Yasada açıkça belirtilmiştir (m. 9/III)⁵⁰.

TİS'den yararlanabilmek için dayanışma aidatı ödemek zorunda olanların kapsamı yeni düzenleme ile genişletilmiştir. 2822 sayılı Yasada; sözleşmenin imzalanması sırasında taraf sendikaya üye olan ve daha sonra üyeliği sona eren işçilerin sözleşmeden yararlanmaları, sözleşmenin imzası tarihinde üye olmayanlar ya da sonradan işe girmiş olanlarla birlikte, dayanışma aidatı ödemeleri koşuluna bağlanmıştır (m. 9/III)⁵¹.

TİSGLK'nın öngördüğü imkânı (m. 9) kullanmak yani üyesi olmadığı bir sendikaca yapılmış olup çalışılan işyerini kapsayan TİS'den yararlanabilmek için gerekli olan temel koşul "dayanışma aidatı ödemek"tir. Bununla beraber, miktarı yasada belirtilmiş olan dayanışma aidatını ödeyen ya da ödemeyi taahhüt eden herkesin dilediği zaman bu yasal imkânı kullanabilmesi mümkün değildir. Zira sözkonusu imkân, geçerli olarak akdedilmiş ve uygulamaya konulmuş bir TİS'in uygulandığı işyerinde çalışan ve belirli sıfatı taşıyan kimselere yine belirli dönem için tanınmış bulunmaktadır. Uygulanmakta olan TİS'den o işyerinde çalışıp da taraf işçi sendikasının üyesi olmayan işçilerin belirli bir miktar aidat, dayanışma aidatı ödemeleri karşılığında TİS'den yararlanabileceklerini öngören yasanın düzenlenme biçimi, yararlanmak isteyen kişinin bu yolda bir talebinin bulunmasını da gerekli kılmaktadır. Çünkü, yasadaki bu yönleme başvurmamak işçiye tanınmış ve onun isteğine bırakılmıştır: İşçi dilerse bu imkânı kullanır⁵².

Böylece dayanışma aidatı yoluyla TİS'den yararlanabilmek için:

- Geçerli olarak akdedilip uygulamaya konulmuş ve halen uygulanmakta olan bir TİS'in bulunması,
- Yararlanmak isteyen kişinin bu sözleşmenin uygulandığı işyerinde çalışan ve taraf kuru-

luşa (sendikaya) üye olmayan bir işçi olması,

- İşçinin bu yolda bir talepte bulunması ve,
- Belirli bir miktar aidat ödemesi ya da ödemeyi taahhüt etmesi gerekli bulunmaktadır.

A. Geçerli Bir Toplu İş Sözleşmesinin Bulunması

Dayanışma aidatı ödemek suretiyle TİS'den yararlanabilmek için her şeyden önce, geçerli olarak akdedilerek yürürlüğe konulmuş ve halen uygulanmakta olan bir TİS'in mevcut olması gereklidir.

TİS'in uygulanabilmesi onun geçerli olarak yapılmış bulunmasına bağlıdır. Yasada belirtilen içerik ve prosedüre uyulmadan yapılan, hukuken geçerli olmayan bir TİS'in uygulanması mümkün bulunmadığından, böyle bir sözleşmeden dayanışma aidatı ödeyerek yararlanmak da sözkonusu olamayacaktır. Uygulanması son bulmuş, yürürlükten kalkmış bir TİS'den dayanışma aidatı karşılığında yararlanabilmek de kabil olamayacağı gibi, henüz yürürlüğe konulmamış ya da yürürlüğü geriye götürülerek uygulamaya konulmuş TİS'den de geçmişi kapsar şekilde dayanışma aidatı ödemek suretiyle yararlanmak imkânı olmamak gerekir. Zira konuyu düzenleyen hükümde (TİSGLK m. 9), yasadaki esas ve usule uyularak yapılmış geçerli ve halen uygulanmakta olan bir TİS esas alınmıştır. Ayrıca müessesenin bünyesi de henüz akdedilmemiş ve yürürlüğe konulmamış veya yürürlüğü son bulmuş bir TİS'den yararlanmayı engelleyici niteliktedir⁵³.

B. Yararlanmak İsteyen Kişinin Bu Sözleşmenin Uygulandığı İşyerinde Çalışan ve Taraf İşçi Sendikasına Üye Bulunmayan Bir İşçi Olması

1. Taraf Sendikanın Üyesi Olmayan Bir İşçi Olmak

Bir kimsenin dayanışma aidatı ödeyerek TİS'den yararlanabilmesi için gerçekleşmesi gerekli diğer bir koşul da, o kimsenin sözkonusu TİS'in kapsamındaki işyerinde çalışan ve

sözleşmenin tarafı sendika üyesi olmayan bir işçi olmasıdır. TİS'in kapsamına giren işyerinde çalışan fakat işçi sıfatını taşımayan kimselerin, örneğin memurların ya da çırakların dayanışma aidatı ödeyerek bu sözleşmeden yararlanmaları mümkün değildir⁵⁴.

Sözleşme kapsamındaki işyerinde çalışmayan, örneğin, işverenin başka işyerinde çalışan işçiler için dayanışma aidatı ödeyerek TİS'den yararlanması sözkonusu olmadığı gibi işyerinde çalışan başka işverenlerin, örneğin alt işverenlerin işçileri için de dayanışma aidatı ödeyerek sözleşmeden yararlanma sözkonusu değildir⁵⁵.

a. TİSGLK Bakımından İşçi Kavramı

Dayanışma aidatı ödemek suretiyle TİS'den yararlanabilecek işçiler TİSGLK anlamında işçi sayılanlardır. 2822 sayılı TİSGLK kimlerin işçi sayılacağını açıklamamaktadır. Sendikalar Yasası ve İş Yasası ise kimlerin işçi sayılacağını kendi bünyeleri içinde belirlemiş bulunmaktadırlar.

İşyerinde çalışan ve dayanışma aidatı yoluyla TİS'den yararlanacak olan kişinin işçi statüsünde bir kişi olması gerekir. İşçi statüsünde çalışmayan örneğin 2821 sayılı Yasa m. 2/IV uyarınca işveren vekili durumunda olanlar ya da 2822 sayılı Yasa m. 62/II uyarınca işveren vekili durumunda olup da temsilci sıfatıyla TİS'de veya toplu görüşmede taraf olarak hareket ettiği için işveren sayılanlar, dayanışma aidatı yoluyla TİS'den yararlanamazlar⁵⁶.

TİS; hizmet (iş) sözleşmesinin yapılması, muhtevası ve sona ermesine ilişkin hükümleri ihtiva eden bir sözleşme olduğuna göre (TİSGLK m. 2), İş Yasası'nın ve SY'nin işçi tanımlarının TİSGLK bakımından da gözönüne alınması gerekir⁵⁷.

Diğer yasalardaki işçi tanımının gözönüne alınması gereği, o yasaların kapsamına girmeyen işçilerin TİS'den dayanışma aidatı ödeyerek yararlanmalarını engellemez. Hangi yasanın kapsamına girerse girsin iş sözleşmesiyle çalışan herkes TİSGLK açısından işçi sayılır. Bu itibarla TİS'den yararlanmak isteyen kimselerin iş sözleşmesine göre çalışmaları gerekli ve yeterlidir. İşçinin şu veya bu yasa kapsamına giren bir işte çalışması, çalışmayı meslek edinmiş olup olmaması özel veya kamu sektöründe

çalışması önemli olmayan hususlardır. Önemli olan iş sözleşmesine göre çalışan bir kimse olmasıdır⁵⁸.

İşyerinde iş sözleşmesiyle çalışan fakat aynı zamanda İş Yasası bakımından "işveren vekili" olan işçilerin, bu konuda işyerindeki diğer işçilerden hiç bir farkları yoktur. Fakat işveren vekili sıfatını taşıyan işçilerden temsilci sıfatıyla taraf olarak hareket etmiş olanların 2822 sayılı Yasa bakımından işveren sayılacakları; aynı şekilde 2821 sayılı Yasa anlamındaki işveren vekillerinin de işveren olarak kabul edilecekleri gözden uzak tutulmamalıdır⁵⁹. Böylece, imza tarihinde "sendika üyesi oldukları halde" Yasanın TİS'den yararlanmasını men ettiği işçiler de vardır: İşyerinde "işveren vekili" konumunda olup da TİS'de görüşmelerinde "temsilci" veya "taraf" olarak hareket eden kimseler, "işçi sendikası üyesi" olsalar bile "işveren" sayıldıklarından TİS'in "kapsamı dışında" kalacaklardır (TİSGLK m. 62/II). Böylece, yasa gereği TİS'in "kapsamı dışına" çıkarılan bu kişiler, "sendika üyesi" olsalar ve taraflarca kapsam içine alınmak isteseler bile TİS'den yararlanamayacaklardır. Bunlar işverenle yaptıkları bireysel iş sözleşmeleriyle çalışacaklardır⁶⁰.

İş hukukunda iş sözleşmesiyle çalışan ve işveren vekili sıfatı da taşımadığı için işçi olduğunda kuşku duyulmayan bazı kişiler, SK'da (m. 21) ya da özel yasalarında öngörülen yasa nedeniyle sendikalara üye olamamakta ve dolayısıyla da TİS'den yararlanamamaktadırlar. Bu gibilerin çalıştıkları işyerinde bir TİS varsa, dayanışma aidatı ödeyerek TİS'den yararlanabileceklerinin kabulü gerekir⁶¹. İşyerinde çalışan ve İş Yasası kapsamı dışında olanlar (İş K. m. 5) da dayanışma aidatı yoluyla işyerinde uygulanan TİS'den yararlanabilirler⁶².

b. Dayanışma Aidatı Yoluyla Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanabilecek İşçiler

2822 sayılı TİSGLK, dayanışma aidatı ödemek suretiyle TİS'den yararlanacak işçileri tasarih etmiş: "toplular iş sözleşmesinin imzası sırasında taraf işçi sendikasına üye bulunmayanlar"ın, işyerine "imza sonrası girip taraf sendikaya üye olmayanlar"ın, "toplular iş sözleşmesinin imzası tarihinde taraf sendika üyesi olup herhangi bir

şekilde üyeliği sona erenler”in (çıkan ya da çıkarılanların) bu yöntemle TİS’den yararlanabileceklerini (m. 9) düzenlemiştir.

Dayanışma aidatı yoluyla TİS’den yararlanma, sendika üyesi olmayan işçiler için getirilmiştir. Taraf sendikaya üye olmayan işçinin, başka bir sendikaya üye olup olmamasının dayanışma aidatı yoluyla yararlanmada bir önemi yoktur⁶³.

Bu maddede sayılanların sınırlayıcı olduğu söylenebilirse bu takdirde TİS’in kapsadığı işyerinde çalışıp başka bir sendikanın üyesi bulunan işçilerin dayanışma aidatı ödemek suretiyle TİS’den yararlanabilmek imkânlarının bulunmadığı savunulabilecektir. Ancak sözkonusu hükmün amacı gözönüne alınırsa yasa koyucunun sınırlayıcı bir düzenleme yapmadığı sonucuna kolaylıkla varılabilecektir. Bu itibarla TİSGLK m. 9’un TİS’in kapsadığı işyerinde ya da işyerlerinde çalışmakta olan fakat taraf işçi sendikasının üyesi olmayan işçileri de içine aldığı kabul edilmelidir⁶⁴. Bu çerçevede işçinin önce taraf sendika üyesi olması ve sonradan ayrılmasıyla sözkonusu sendikaya hiç üye olmamış bulunması⁶⁵ yahut halen başka bir sendikanın üyesi olması arasında fark yoktur. “Taraf kuruluşu üye olmayan işçiler” deyimine hiç bir işçi kuruluşuna üye bulunmayan işçiler girmediği gibi, başka bir işçi kuruluşunun üyesi olan işçiler de girerler. Bu sonuncuların daha önce taraf sendikanın üyeleri olmaları da durumda bir değişikliği gerektirmez. O halde, taraf işçi sendikadan başka bir işçi sendikasının üyesi olan işçiler gibi, hiç bir işçi sendikasına kayıtlı bulunmayan (sendikasız) işçiler de dayanışma aidatı ödemek suretiyle çalıştıkları işyerinde uygulanan TİS’den yararlanabilirler. Öyleyse bu yöntemle TİS’den yararlanabilecek işçileri şu şekilde gruplandırmak mümkündür⁶⁶:

- Sözleşmenin imzası sırasında taraf sendika üyesi bulunmayan işçiler: TİS’in imzası tarihinde taraf sendikanın üyesi olmayanlar dayanışma aidatı ödeyerek bu sözleşmeden yararlanabileceklerdir. Bunların başka bir sendikaya üye olmaları önemli olmadığı gibi, daha önce taraf sendikaya üye bulunmaları da önemli değildir. Yani önce taraf sendikaya üye olup imzadan önce üyelikleri sona ermiş olsa, onların eski-

den taraf sendikanın üyeleri olmaları bir farklılık yaratmayacaktır.

- TİS’in imzasından sonra işyerine girip de taraf sendikaya üye bulunmayan işçiler: Birinci grup işçiler için söylenenler bunlar için de aynen geçerlidir.

- Taraf sendikaya üye olan ancak daha sonra üyelikten çıkan ya da çıkarılan işçiler: Bu durumdaki işçilerin imza sırasında ya da daha sonraki bir tarihte üye olmalarının herhangi olumsuz bir etkisi sözkonusu olamaz⁶⁷. Taraf kuruluşu TİS’in uygulanması sırasında üye olan işçilerin -ki bunlar imza sırasında taraf kuruluşun üyesi bulunanlarla aynı konumdadırlar- üyesi buldukları taraf sendikadan çıkmaları ya da çıkarılmaları halinde TİS’den üye olarak yararlanmaları da sona ereceğinden, bu işçiler de TİSGLK’nın 9’uncu maddesi anlamında “taraf sendika üyesi olmayan işçiler”e dahil olurlar ve TİS’den ancak dayanışma aidatı ödemeleri koşuluyla yararlanabilirler.

Böylece imza sırasında taraf sendika üyesi bulunan işçiler gibi, daha sonra taraf sendikaya üye olmuş işçiler de sendikadan çıkmaları ya da çıkarılmaları halinde TİS’den dayanışma aidatı ödeyerek sözleşmeyle bağlılıklarını devam ettirebilirler⁶⁸.

Gerek çıkma gerekse çıkarılma halinde bu işlemin kesinleşmesi anından sonra üyelik sona ereceğinden, üyelik ilişkisinin devam ettiği sürece işçinin durumunda herhangi bir değişiklik olmayacak, bu süre zarfında da işçi sendika üyesi olması dolayısıyla TİS’den yararlanmaya devam edecektir. TİS’in uygulanması sırasında taraf sendika ile birleşen ya da buna katılan bir sendikanın üyeleri işçiler de, başka bir işleme gerek olmaksızın, dahil olunan taraf sendikanın üyesi sayılacaklarından, bunların da dayanışma aidatı ödemeleri sözkonusu olmayacaktır⁶⁹.

c. Dayanışma Aidatı Ödemek Suretiyle Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanmaları Mümkün Olmayan İşçiler

Dayanışma aidatı karşılığında TİS’den yararlanabilmek hakkı TİSGLK anlamında işçi olup, taraf sendika üyesi olmayan “işçi”lere tanımış bulunmakla beraber sözleşme kapsamında bulunan işyeri ya da işyerlerinde çalışan bazı

işçilerin bu haktan yoksun bulduklarını da belirtmek gerekir.

TİS'in uygulandığı işyeri ya da işyerlerinde çalışan bazı işçiler TİSGLK'nın 9. maddesindeki koşulları haiz olsalar bile TİS'den yararlanamayacaklardır. Yasaya uygun olarak yapılan bir grev sonucunda akdedilmiş bir TİS'den sözkonusu grevin uygulanması sırasında greve katılmayıp işyerinde çalışmaya devam eden işçiler gibi; TİS'in kapsamı dışında bırakılmış olan işçiler de bu yöntemle TİS'den yararlanamazlar⁷⁰.

ca) Kanunen Mecbur Olmadığı Halde Greve Katılmayıp İşyerinde Çalışan İşçiler

Kapsam dışı bırakılan işçilerin durumunun aksine, kanunen mecbur olmadıkları halde grev sırasında işyerinde çalışmaya devam eden işçilerin, grev sonucunda yapılan TİS'den yararlanamayacakları yasa buyruğudur. Yasal bir grev sonucunda bağitlanmış bir TİS'den, greve katılmayarak işyerinde çalışmalarını sürdüren işçilerin kural olarak yararlanamayacakları yasada açıkça düzenlenmiş; ancak TİS'de bunun aksinin kararlaştırılabileceğine de (TİSGLK m. 38) işaret edilmiştir. Grev sırasında işyerinde çalışmalarını zorunlu bulunan işçilerin de bu hükümden ayırık tutulması yine yasada belirtilmiştir.

Bu hüküm sadece TİS'i bağitlayan sendikanın üyesi olanları değil, o işyerindeki diğer işçileri de kapsamaktadır. Başka bir söyleyişle TİSGLK m. 38 hükmü, TİS'i grev sonucu bağitlayan işçi sendikasının üyesi olup da greve katılmayan "çalışmaya devam edenler" işçiler hakkında uygulanacağı gibi, taraf sendikaya üye olmayıp grev sırasında işyerinde çalışan diğer işçilere de uygulanacaktır⁷¹. Grev sırasında Yasa gereği zorunlu çalışanlar dışında çalışmış olanların sözleşmeden yararlanamaması sendikaya üye olanlar kadar, üye olmayanlar için de sözkonusudur. Bu gibiler taraf sendikaya üye iseler, sözleşmeden üye sıfatıyla yararlanma hakkını yitirmekte, üye değilseler dayanışma aidatı yoluyla yararlanma hakkını yitirmektedirler⁷².

İşyerinde uygulanan yasal bir grev sonucunda yapılan TİS'de, bu TİS'in greve katılmayan işçilere de uygulanacağını kararlaştırılmış olması halinde, taraf sendikanın üyesi olmayan işçilerin dayanışma aidatı ödeyerek TİS'den

yararlanmalarına bir engel bulunmamaktadır⁷³. Aynı şekilde, hiçbir surette üretim veya satışa yönelik olmamak kaydıyla, niteliği bakımından sürekli olmasında teknik zorunluluk bulunan işlerde faaliyetin devamlılığını, işyeri güvenliğini, makine ve demirbaş eşyasının, gereçlerinin, hammadde, yarı mamul ve mamul maddelerin bozulmamasını, hayvan ve bitkilerin korunmasını sağlamak amacıyla çalışması zorunlu olan (TİSGLK m. 39/D) işçilerin de TİSGLK m. 38 hükmü dışında kaldıkları muhakkaktır.

Bu durumlar bir yana bırakılırsa TİS yapılmadan önce grev uygulanan işyerinde başka bir sebeple çalışmayan işçilerin TİSGLK m. 38'in öngördüğü yasağa muhatap olmaları sözkonusu olmayacaktır. Yasal düzenleme grev sırasında işyerinde çalışmış olanlarla ilgilidir. Bu nedenle grev sırasında işyerinde çalışmayanların bu çalışmamasının gerçekten greve iştirakten olması ya da bir başka nedene dayanmasının yararlanma açısından bir önemi yoktur. Örneğin hasta olduğu için ya da işverenin lokavt uygulaması dolayısıyla işyerinde çalışmayan işçiler, grev sırasında işyerinde çalışmadıkları için, bunlardan taraf sendikaya üye olmayanlar dayanışma aidatı ödeyerek TİS'den yararlanabileceklerdir. Yasa, uygulanan greve katılmayıp işyerinde çalışan işçilerin sözkonusu sözleşmeden yararlanamayacaklarını öngörmektedir⁷⁴. İşyerinde grev sırasında çalışmamış olmak kaydıyla greve önceden katılmayacağını açıklamış olan işçilerin de TİS'den yararlanmalarına bir engel bulunmamaktadır⁷⁵.

TİS'in tarafları, grev sırasında çalışanların TİS'den yararlanamayacaklarına ilişkin Yasa hükmünün aksini TİS ile kararlaştırılabirler. Bu husus maddedeki "aksine hüküm bulunmadıkça" sözlerinden anlaşılmalıdır. Ancak, böyle bir anlaşmada, grev sırasında işyerinde çalışanların sendika üyesi olup olmadıklarına göre bir ayırım yapılamaz. Yasa hükmünün aksi kararlaştırılmışsa, bu grev sırasında işyerinde çalışan sendika üyesi olsun olmasın tüm işçileri kapsayacak şekilde olacaktır⁷⁶.

cb) Toplu İş Sözleşmesinin Kapsamı Dışında Bırakılan İşçiler

Dayanışma aidatı ödemeleri yoluyla TİS'den

yararlanmaları mümkün olmayan diğer bir işçi grubu ise yasadaki öngörülme fakat uygulamada başvuru kapsam dışı bırakma yöntemi dolayısıyla ortaya çıkabilecektir. Bazı işçilerin TİS'in kapsamı dışında tutulmuş olmaları, bunların bir dayanışma aidatı ödeyerek TİS hükümlerinden yararlanmaları imkânını da ortadan kaldırmaktadır⁷⁷.

Uygulamada, ister taraf işçi sendikasının üyesi olsun isterse olmasın bazı görevlerde özellikle üst düzeyde çalışan ve işverene yakınlıkları dolayısıyla TİS'deki hakların ötesinde kendilerine haklar sağlanan bazı işçiler taraflarca açık bir TİS hükmüyle sözleşmenin kapsamı dışında tutulmakta ve bu yolla da sözkonusu kişilerin TİS'den sendika üyeliği ya da dayanışma aidatı yoluyla yararlanmaları mümkün olmamaktadır⁷⁸.

İşyerinde çalışan ve konumları itibariyle işverene yakın olan bazı işçiler toplu sözleşmeyle kapsam dışı bırakılmaktadır. Bu grupta yer alan kişilerin parasal hakları çoğu kez TİS'de öngörülen miktarlardan aşağı olmamaktadır. Bu gibi kişilere işverence sağlanan haklar genelde asgari TİS'le sağlanan haklar kadar ve bazen de bunun ötesinde olmakta ve sözkonusu uygulama nedeniyle adı geçen kişilerin bir mağduriyeti de sözkonusu olmamaktadır. Ancak, kapsam dışı bırakılanlara sağlanan haklar, bir TİS'den yararlanma olmayıp, ferdi iş ilişkisi içerisinde tarafların yaptığı bir anlaşmaya dayandığından, sözkonusu kişilerden bir dayanışma aidatı kesilmesi de söz konusu olmamak gerekir⁷⁹.

2. Toplu İş Sözleşmesinin Uygulandığı İşyerinde Çalışmak

İşçilerin TİS'in uygulandığı işyerinde çalışmalarını da, dayanışma aidatı yoluyla TİS'den yararlanabilmeleri için gereklidir. Çalışan kim senin çalışmasını iş sözleşmesine dayandırması yanında, bu sıfatla TİS'in kapsadığı bir işyerinde çalışıyor olması da lazımdır. Zira, bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan işçilerden sadece TİS'in uygulandığı işyeri ya da işyerlerinde çalışan, "taraf kuruluşu üye olmayan işçiler" dayanışma aidatı ödeyerek TİS'den yararlanabilirler⁸⁰.

Bu itibarla, örneğin TİS'in kapsadığı işyerinin dahil bulunduğu işkoluna giren fakat ayrı bir işyerinde çalışan işçilerin TİS'den dayanışma aidatı ödeyerek yararlanabilmeleri mümkün değildir. Aynı şekilde, TİS'in kapsadığı işyerinde çalışmayıp, sözleşmeye taraf olan işverenin başka bir işyerinde çalışan işçilerin de dayanışma aidatı yoluyla bu TİS'den yararlanmaları sözkonusu olmayacaktır⁸¹.

C. İşçinin Sözleşmeden Yararlanmak İsteğinde Bulunması (Talep Şartı)

1. Talebin Gerekliliği

Üyesi bulunmadığı işçi sendikasının tarafı olduğu TİS'in uygulandığı işyerlerinde çalışan işçinin dayanışma aidatı ödemek yoluyla bu TİS'den yararlanabilmesi isteğine bağlıdır. İşçiden böyle bir talep gelmedikçe tarafların ya da taraflardan birinin bu yoldaki davranışı -işçi kabul etmedikçe- işçiyi bağlamaz ve herhangi bir hukuki sonuç da doğurmaz⁸².

Dayanışma aidatı ödeyerek TİS'den yararlanma; işyerinde çalışan ve sendika üyesi olmayan işçinin, bu konuda bir talebinin bulunması halinde sözkonusu olacaktır. Talepte bulunup bulunmama işçiye tanınmış bir hak olduğuna göre, işverenin kendiliğinden işçiden dayanışma aidatı kesmesi ve işçiyi TİS'den yararlandırması sözkonusu olamaz. Hatta işveren ile sözleşmeye taraf işçi sendikasının TİS'e bu yolda bir hüküm koymaları, ya da TİS dışı anlaşmış olmaları işçiyi bağlamaz. İşveren TİS'in dayanışma aidatı yoluyla uygulanmasını talep etmeyen ya da hiç değilse kabul etmeyen işçiden dayanışma aidatı kesemez. Dayanışma aidatı yoluyla işçinin yararlandığı bir TİS'in sona ermesini takiben yapılan yeni TİS'den yararlanma için de, işçinin yeniden talepte bulunması gerekir. Çünkü sona eren TİS'e ilişkin talep, sona eren TİS'le hükmünü tamamlamakta ve yeni TİS için yeni bir talep gerekmektedir⁸³.

İşverenin işçinin talebi olmadan onu TİS'in sadece sendika üyeleri için uygulanabilecek hükümlerinden yararlandırmak için dayanışma aidatı kesmesi mümkün değildir. TİS taraflarının önceden ya da sonradan anlaşmak sure-

tiyle taraf işçi sendikasının üyesi bulunmayan işçileri bu yolla sözleşmeden yararlandırmaları da mümkün olmamak gerekir. Örneğin; TİS'de, sözleşmenin tüm hükümlerinin sendika üyesi olmayanlara da, kendiliğinden uygulanacağı ve dayanışma aidatı kesileceğini öngören bir hüküm işçileri bağlamaz⁸⁴.

Yürürlüğü sona ermiş, yürürlükten kalkmış bir TİS'den daha önce dayanışma aidatı ödeyerek yararlanmış olan işçinin, daha sonra bu işyerinde yeniden yapıлып yürürlüğe konulan TİS'den bir talepte bulunmadan yararlanması da mümkün değildir. Zira TİS'in sona ermesiyle dayanışma aidatı ödemek suretiyle bu sözleşmeden yararlanma imkânı da sona ereceğinden önceki talebin ve uygulamanın bir hükmü kalmayacaktır; "eski TİS'e ilişkin talep sadece o sözleşmeye" inhisar edecektir⁸⁵. Bu itibarla yeni yapılan ve yürürlüğe konulan TİS'den işçinin yararlanabilmesi diğer koşullarla birlikte, yararlanma isteğinin yapılmasıyla gerçekleşebilecektir⁸⁶.

Yasada, dayanışma aidatı ödemek suretiyle TİS'den yararlanmanın talep tarihinden itibaren geçerli olacağı hükmüne yer verilmiştir (m. 9/III, son)⁸⁷.

2. Talebin Şekli ve Muhatabı

TİSGLK'daki düzenleme biçiminden ne taraf işçi sendikasının muvafakatına ne de işverenin rızasına ihtiyaç bulunmadığını; dayanışma aidatı ödemek suretiyle TİS'den yararlanmak isteyen işçinin bu yoldaki iradesini açıklamasının gerekli ve yeterli olacağını tereddütsüz söylemek mümkündür. Fakat bu iradenin belirli bir şekilde açıklanmasının gerekip gerekmediği konusunda yasada herhangi bir açıklık bulunmadığı gibi; isteğin (talebin) kime yöneltilceği, yararlanma talebinin işçi sendikasına mı yoksa işverene mi ya da her ikisine birden mi yapılacağı konusu da açık değildir⁸⁸.

Taraflar bu konuda TİS'de bir düzenleme yapmışlarsa, yasaya aykırı olmadığı takdirde TİS hükümleri öncelikle uygulanacağından bu konuda bir sorun çıkmayacaktır. Fakat konu taraflarca düzenlenmemişse veya yasaya aykırı bir düzenleme sözkonusu ise o zaman sorun ağırlığını hissettirecektir⁸⁹.

a. Talebin Şekli

Genel kurala uygun olarak, yasada zorunlu tutulmadığı için, dayanışma aidatı ödemek yoluyla yararlanma isteğinin herhangi bir şekilde yapılabileceğini söyleyebilmek imkânı vardır. Yani TİS'den yararlanma talebinin herhalde yazılı olarak yapılması şart değildir. Hatta TİS'de "yazılı olarak bildirme" gerekli kılınmış olsa bile böyle bir şartın hukuken değeri yoktur⁹⁰.

Yargıtay'a göre; işçi tarafından yapılan talebi içeren belgenin işverene ulaştırıldığından ispatı işçiye düşmektedir⁹¹. Bu konuda sendika üyeliğindeki gibi imza tarihine göre bir ayırım (m. 9/II) ve imza tarihinde üye olanların yürürlük başlangıcından itibaren TİS'den yararlanabilmelerine ilişkin hüküm paralelinde bir düzenleme yapılmamıştır. Böylece, dayanışma aidatı ödeyerek TİS'den yararlanmak isteyenlerin geçmişteki haklardan yararlanmaları engellenmiştir. Bu düzenleme isabetli değildir⁹².

Dayanışma aidatı talebinin yapılmasında Yasa bir şekil şartı öngörmemiştir. Dayanışma aidatı ödeyerek TİS'den yararlanmak isteyen işçinin bu yoldaki talebi herhangi bir şekilde, sözlü ya da yazılı olarak yapılabilecektir⁹³. Hatta bazı yazarlar, işverenin dayanışma aidatı kesmesine muvafakat etmenin de talep anlamına geleceğini kaydetmektedir⁹⁴. Ancak talebin varlığı ve tarihi açısından uyumsuzluklara neden olmaması düşüncesiyle, talebin yazılı yapılmasında yarar bulunduğu kuşku yoktur⁹⁵. Bazı yazarlara göre; başvuru herhangi bir şekle bağlı değildir. Fakat ispat kolaylığı sağlayacağı için yazılı, hatta Noter kanalıyla başvuru önerilir⁹⁶.

b. Talebin Muhatabı

Taraf işçi sendikasının üyesi olmayıp TİS'in kapsamındaki bir işyerinde çalışan ve sözleşme yanlarında kapsam dışında bırakılmamış ya da 2822 sayılı Yasanın 38. maddesi gereğince TİS'den yararlanamayacak durumda olmayan bir işçi tek taraflı bir işlemle, bu yoldaki talebiyle TİS'den yararlandırılmasını sağlayabilecektir. İşçinin bu yoldaki beyanının hukuki sonuç doğurması kural olarak, onun yöneltilmiş olmasına bağlıdır. Zira yöneltilmeyen böyle bir isteğin ilke olarak hiçbir fiili ya da hukuki in'ikası olmayacaktır⁹⁷.

Genelde yöneltilmesinin zorunlu olduğunu belirttiğimiz bu talebin kime ya da kimlere yöneltileceği konusunda gerek eski gerekse yürürlükteki TİSGLK'da herhangi bir açıklık bulunmamaktadır. 275 sayılı Yasa döneminde bazı yazarlar, “yazılı şekilde yapılması yararlı olacak olan bu irade açıklamasının taraf işçi ve işveren teşekkülüne yöneltilmiş olmasını işaret etmektedir⁹⁸.

Bazı yazarlara göre; dayanışma aidatı ödeyerek TİS'den yararlanmak hakkı sözleşme taraflarının muvafakatine ihtiyaç göstermeyen, işçinin isteğine bağlı ve belirli bir miktar aidat ödemek şartına bağlandığına göre, genelde bu yoldaki talebin taraflardan birine yapılması yeterli sayılabilir⁹⁹.

Talebin sözleşmeye taraf işçi sendikasına mı, yoksa işverene mi yöneltileceği konusunda Yasada bir açıklık yoksa da, konuya ilişkin yasal sistemin bütünlüğü içerisinde talebin işverene yapılmasının gerekli ve yeterli olduğu söylenebilir. Zira 2822 sayılı Yasa; dayanışma aidatı yoluyla işçinin TİS'den yararlanmasında, taraf işçi sendikasının muvafakatının gerekmediğini açıkça ifade etmiştir (TİSGLK m. 9/III). Dolayısıyla konunun bu açıdan işçi sendikasını ilgilendiren bir yönü kalmamıştır. Dayanışma aidatı talebinde bulunan işçilerin bu aidatlarını ücretlerinden kesip sendikaya göndermek işverenin yasal yükümlülüğü olarak düzenlenmiştir (SK m. 61/D). Yargıtay da bazı kararlarında dayanışma aidatı yoluyla TİS'den yararlanma talebinin işverene yapılması gerektiğini belirtmiştir. Konuya ilişkin uygulama da bu yolda yürütülmektedir¹⁰⁰. İşverene bu talebin yapıldığının ispat yükü işçinin üzerindedir¹⁰¹.

D. İşçinin Dayanışma Aidatı Ödemesi ya da Ödemeyi Taahhüt Etmesi

1. Genel Olarak

İşçinin, çalıştığı işyerinde uygulanan ve üyesi bulunmadığı işçi sendikasının taraf olduğu TİS'den yararlanabilmesi için, bu yoldaki başvurusu (talebi) yanında belirli bir miktarda aidat yani dayanışma aidatı ödemesi de gerekli bulunmaktadır. Müesseseye rengini veren dayanışma aidatının genelde fiilen tediyesi gerek-

li olmayıp, işçi tarafından ödeneceğinin taahhüt edilmesi de yeterli olabilir¹⁰². Dayanışma aidatının hemen ödenmesi gerekli olmaması taahhüt edilmesinin de yeterli sayılması müessesenin bünyesine olduğu kadar, yararlanılmak istenen TİS'in iş sözleşmelerini doğrudan doğruya etkilemesi esasına ve aynı şekilde iş ilişkisinin karşılıklı ve devamlı olması özelliklerine de kuşkusuz uygun düşmektedir¹⁰³.

Dayanışma aidatı yoluyla TİS'den yararlanmak için işçinin bu yolda bir talebinin bulunmasının yetmeyeceği ayrıca dayanışma aidatını taraf işçi sendikasına ödemesinin gerektiği söylenebilir. Esasen konuya ilişkin TİSGLK m. 9/III yararlanabilmeyi, dayanışma aidatının “ödenmesine” bağlamıştır. Ancak dayanışma aidatının sendikaya ödenmesine ilişkin yasal sistem herhangi bir para borcunun bizzat ve fiilen borçlusu tarafından ifa edilmesi şeklinde düzenlenmemiş, aksine, sözkonusu aidatın ödenmesi işçiye her ay ücretini ödeyen işveren için; bu ücretten dayanışma aidatını kesip taraf sendikaya gönderme şeklinde bir yasal yükümlülük olarak öngörülmüştür (SK m. 61/D)¹⁰⁴. Bu nedenle Yargıtay haklı olarak, dayanışma aidatının ücretten kesilmesi işverenin yükümlülüğü altında bulunduğundan, dayanışma aidatı yoluyla TİS'den yararlanmak için işverene başvurulmasının yeterli olduğu, aidatın sendikaya gönderilmemiş olmasının sonucu etkilemeyeceğine karar vermiştir¹⁰⁵.

2. Dayanışma Aidatı ve Miktarı

Dayanışma aidatının miktarı, “sendika özgürlüğü” ile “güçlü sendikacılık” arasında hassas bir denge oluşturur. Çünkü dayanışma aidatının miktarı yüksek olduğu takdirde, TİS dışında kalan işçilerin bu TİS'den yararlanabilme yolunun kapatılmış olmasından başka, aidatın yüksekliği sendikasız işçileri sendikaya girmeye zorlayacağından, “sendikaya üye olmama” ya da “sendika dışında kalabilme” olarak somutlaşan, olumsuz sendika özgürlüğüne de aykırı düşecektir. Aidatın düşüklüğü ise taraf sendikanın üyelerini yitirmesi gibi bir sonuç doğuracaktır¹⁰⁶. Dayanışma aidatının üyelik aidatına göre bir miktar düşük olması, sendikaların TİS dışındaki tüm faaliyetlerinden (SK m. 32, 33)

de yararlanan ve onlara iştirak eden üyeler ile, üye olmadığı için sadece TİS'den yararlanan dayanışma aidatı ödeyen işçiler arasındaki farklı konumun da bir gereğidir¹⁰⁷.

Dayanışma aidatı taraf işçi sendikasının üyesi olmayan işçilerin, sözü edilen sendikanın akdetmiş bulunduğu TİS'den yararlanabilmelerine karşılık teşkil eden bir aidat türüdür. Bu itibarla üyelik aidatından niteliği bakımından farklı olduğu gibi miktarı ve belirlenmesi bakımından da farklı yönleri sahip bulunmaktadır¹⁰⁸.

TİSGLK dayanışma aidatının miktarı “üyelik aidatının üçte ikisidir” (m. 9/IV) şeklinde bir hüküm sevketmiş, bu konuda başkaca bir düzenleme yapmamıştır¹⁰⁹.

Öğretide Yasanın dayanışma aidatının miktarını belirleyen “üyelik aidatının üçte ikisi” şeklindeki ifadesinin, “aynı kategori ve vasıftaki işçilerin ödedikleri sendika üyelik aidatının üçte ikisi” şeklinde anlaşılması gerektiği ileri sürülmektedir¹¹⁰. Bir işçinin aylık üyelik aidatı tutarı, onun bir günlük çıplak ücretini geçemeyecek şekilde sendika tüzüklerinde belirleneceğine göre (SK m. 23), dayanışma aidatının miktarı da, dayanışma aidatı talebinde bulunan kişi sendika üyesi olsa idi tüzüğe göre ne kadar üyelik aidatı ödeyecek idiyse, onun (örneğin bir günlük çıplak ücretinin) üçte ikisi tutarında olacaktır¹¹¹.

275 sayılı eski Yasadaki dayanışma aidatı miktarının sendikaya saptanacağı ve üyelik aidatının üçte ikisini aşamayacağı hükmü 2822 sayılı Yasada sözkonusu miktarın maktu olarak üçte iki oranında olması şeklinde kabul edilmiştir (m. 9/IV)¹¹².

Bazı yazarlara göre; bu düzenleme, Anayasada ve SK'da yer alan, sendikaya serbestçe üye olma ve üyeliğe zorlanamama ilkelerine uygundur. Yasa, TİS yaparak önemli ve zor bir faaliyette bulunan sendikanın bu zahmetine maddeten ve manen destek olarak bundan yararlanmaya hak kazanan üyeler dışındaki-lerin hiçbir külfete katlanmadan sözleşmeden yararlanmasını, sendikaların güçlenip gelişmesi yönünden, isabetli olarak, sakıncalı bulmuştur. Bu yasal düzenlemeyle, taraf sendikaya üye olmayanların sendikaya ödeyecekleri bir bedel karşılığında bu faaliyetten yararlanabilecekleri

esas kabul edilmiştir¹¹³. Ancak, üye olmayanların daha az maddi külfete katlandıkları halde sözleşmeden üyeler gibi onlarla eşit ölçüde yararlanmaları eleştiriye uğramış ve bu aidat eşitsizliği üyelere haksızlık olarak görülmüştür¹¹⁴. Üyelik aidatını ödeyen üyeler sendikanın, TİS de dahil, her türlü faaliyetten yararlanabilecekleri halde, dayanışma aidatı ödeyenler sadece TİS'den yararlanacaklar, sözleşmeye taraf sendikanın öteki faaliyetlerinden yoksun kalacaklardır. Sendikanın faaliyetleri arttıkça dayanışma ve üyelik aidatları arasındaki miktar farklılığı anlam kazanacak ve bunun gerekçesi somutlaşmış olacaktır¹¹⁵.

Yürürlükteki TİSGLK dayanışma aidatı miktarını belirli (sabit) bir ölçüye bağlamış önceki Yasadan farklı olarak bunun tesbitine ilişkin başkaca bir prosedüre yer vermemiştir. Bununla beraber 2822 sayılı Yasa bakımından da “üyelik aidatının üçte ikisi”¹¹⁶ oranında belirlenen dayanışma aidatının miktarı tespit edilirken, 275 sayılı Yasada tasrih edilen “aynı işyerinde çalışan taraf işçi sendikası üyesi aynı kategori ve vasıftaki işçilerin ödediği” üyelik aidatının gözönüne alınması gerekecektir¹¹⁷.

VI. DAYANIŞMA AİDATI YOLUYLA TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNDEN YARARLANMAYI YÖNLENDİREN ESASLAR

Dayanışma aidatı karşılığında, tarafların muvafakatına gerek bulunmaksızın 2822 sayılı Yasanın 9. maddesindeki imkânı kullanmak taraf kuruluş üyesi olmayıp sözleşmenin uygulandığı (kapsadığı) işyerinde çalışan işçilere tanınmış olmakla beraber, işçi dilediği tarihte TİS'den yararlanmak hakkına sahip değildir. Zira bir TİS'in mevcudiyetine dayalı olarak kanunen işçiye tanınmış olan bu imkân başvuru tarihinden sonrası için sözkonusu olursa da, TİS'den yararlanma en erken imza tarihinden başlayabilir. Diğer taraftan TİS yürürlükte bulunduğu yani ayakta durduğu süre içinde bu yöntemin işletilmesi mümkündür¹¹⁸.

Dayanışma aidatı ödemek suretiyle TİS'den yararlanmayı yönlendiren esaslar: TİS ayak-

ta durduğu sürece yöntemin işlemesi; TİS'den başvuru tarihinden itibaren ve geleceğe yönelik olarak yararlanılabilmesi; TİS'den yararlanmanın en çok bu sözleşmenin süresinin bitimine kadar mümkün olabilmesi; nihayet sona eren TİS hükümlerinin bu yöntemle yararlananlar için de -yenisi yapıncaya kadar- hizmet akdi hükmü olarak uygulanmasıdır.

A. Toplu İş Sözleşmesinin Yürürlüğü Süresince Her Zaman Yararlanma İmkânının Bulunması

TİS yürürlükte kaldığı sürece yararlanma hakkına sahip bulunanlar için, her zaman yararlanma talebinde bulunabilmek imkânı vardır. Gerçekten de; TİSGLK'nın 9/III'üncü maddesinin sağladığı imkân yani, dayanışma aidatı ödeyerek TİS'den yararlanabilme imkânı, TİS'in yürürlükte bulunduğu süre içinde her zaman kullanılabilir. TİS ayakta durduğu sürece yararlanma imkânı her zaman için mevcuttur. Bu yöntemle TİS'den yararlanmakta iken dayanışma aidatı ödememek suretiyle yasal imkânı kullanmaktan vazgeçmiş yahut işçilik sıfatının kaybı, kapsam dışı bir işyerinde çalışmaya başlama gibi yararlanmayı engelleyen bir konuma girmiş olması dolayısıyla TİS'le ilgisi kesilmiş bir işçinin bile, sözleşme sona ermiş olmadıkça, yönetime ilişkin yasal gerekleri yerine getirmesi ya da yeniden kazanması halinde tekrar bu yönetime başvurabilmesine de bir engel bulunmasa gerektir¹¹⁹.

Süresi dolduğu için sona eren TİS'den dayanışma aidatı ödeyerek yararlanmak ise artık mümkün değildir. TİS sona erdikten sonra, artık mevcut olmayan sözleşmeden yararlanma sözkonusu olamaz¹²⁰. Bu esas halen dayanışma aidatı ödeyenler için olduğu kadar, TİS'den bu yolla yararlanmak isteyen işçiler için de geçerli bulunmaktadır¹²¹.

B. Toplu İş Sözleşmesinin Yürürlük Başlangıcının Geriye Götürülebilmesi

2822 sayılı Yasanın uygulanmasında da, sözleşmenin yürürlük başlangıcının geriye götürülmesi ihtiyacı doğabilmektedir. Bu Yasa-

ya getirilen bir hüküm (m. 7/son) sayesinde, TİS'in süresinin bitmesinden önceki yüzyirmi gün içinde yeni sözleşmenin eskisinin bitimi tarihini çoğu zaman aşmadan yapılabileceği düşünülebilir. Ne var ki, yetkinin kazanılmasına ve TİS'in yapılmasına ilişkin yasal prosedürün uygulamada bazen uzun sürdüğü görülmektedir. Grev ve lokavta başvurulmuş durumlarda TİS'in yapılma süresi daha da uzayabilmektedir. Bu durumlarda taraflar TİS'in yürürlük başlangıcının imza tarihinden geriye götürülmesi konusunda anlaşmaktadırlar. 2822 sayılı Yasada bunu engelleyen bir hükme yer verilmiş değildir. Bu Yasayla, bu sonuca varmayı sağlayacak yeni bir düzenleme getirilmiştir. Yasadaki, TİS'in imzası tarihinde taraf sendikaya üye olanların yürürlük tarihinden, imzadan sonra üye olanların ise üyeliklerinin işverene bildirildiği tarihten itibaren sözleşmeden yararlanacaklarına ilişkin hükümle (m. 9/II), dolaylı olarak yürürlük tarihinin imza tarihi öncesinden başlayabileceği kabul edilmiştir¹²². Genel hukuk kurallarına göre de taraflarca TİS'in yürürlük başlangıcının imza tarihinden önceki bir tarihten başlayacağını kararlaştırabilecekleri kabul edilmelidir. Yasa koyucu gibi kurallar koyma özerkliğine sahip olan toplu sözleşme taraflarının genel hukuk kurallarına aykırı olmamak koşulu ile bu konuda yetkili olduklarını kabul etmek gerekir. TİS'in normatif hükümleri ile yasanın emredici hükümleri arasındaki benzerlik nedeniyle, TİS'in geçmişi etkileyici olup olmayacağı hususunda yasanın aynı konudaki etkisi göz önünde bulundurulmalıdır¹²³.

TİS süresinin başlayacağı; yani yürürlüğe gireceği tarihi taraflar, TİS'e koyacakları hüküm ile tespit edebilirler¹²⁴. TİS, aksi kararlaştırılmadıkça imza tarihinde yürürlüğe girer¹²⁵. Toplu görüşmelerin uzun sürmesi, uyuşmazlıkların çözümü için barışçı veya mücadeleci çözüm yollarına başvurulması, yeni TİS'in önceki sona ermeden imzalanmasını imkânsız kılmaktadır. Uygulamada genellikle, taraflar TİS'in yürürlüğe girdiği tarihi, eski TİS'in sona erdiği tarihe kadar geriye götürmektedirler¹²⁶. Tarafların, bir önceki TİS'in sona erdiği tarihten daha önceki bir tarihi, TİS'in yürürlüğe giriş tarihi olarak kararlaştırabilmeleri mümkün değildir¹²⁷.

TİS'in yürürlük tarihinin imza tarihi ile "aynı gün" olduğu hallerde yararlanma konusunda bir sorun çıkmamaktadır. Ancak, yürürlük tarihinin imza tarihinden önceye alındığı (geriye götürüldüğü) hallerde, TİS'in hükümlerinden bir kısmının imza tarihinde üye olan işçilere de uygulanmasında zorluklarla karşılaşmaktadır. "Aynı" nitelikteki hükümlerin "geriye dönük" olarak sendika üyelerine uygulanmalarında "fiili imkansızlık" vardır. Aynı şekilde, hizmet sözleşmesinin "yapılması" ve "sona ermesi" ile ilgili olarak getirilen değişiklik hükümlerinin de geçmişe yürütülmesi kabul görmemektedir. Buna karşılık, hizmet sözleşmesinin "muhtevasında" yer alan ücret zammı, prim, ikramiye, sosyal yardım gibi "parasal" nitelikli hükümlerin geriye dönük olarak sendika üyelerine uygulanabileceğine kuşku yoktur. Zira, bu konuda bir "ifa imkansızlığı" ile karşılaşılması sözkonusu değildir. Yeter ki işçi imza tarihinde "sendika üyesi" olsun¹²⁸. TİS'in imza tarihinden önceki bir tarihten itibaren uygulanabilmesi için, TİS hükümlerinin geçmiş için ifa edilebilir nitelikte olması gerekir¹²⁹.

Tarafların toplu iş sözleşmesinin yürürlük tarihini, imza tarihinden sonraki bir tarih olarak tespit etmelerine de yasal bir engel yoktur¹³⁰.

Yasa hükümlerinin geriye götürülmesinde, kazanılmış hakları etkilememek kaydı ile TİS'in yürürlüğünün eski sözleşmenin bitimi tarihinden daha geriye gitmemek üzere, imza tarihinden geriye doğru götürülmesinde hukuka aykırı bir durum sözkonusu değildir¹³¹. Ancak, yasanın geçmişi etkilememesi nasıl kural ise TİS'de aksine bir hüküm yoksa, sözleşmenin imza tarihinden itibaren yürürlüğe girmesi kural olarak kabul edilmelidir¹³².

1. Yürürlüğün Geriye Götürülmesinden Etkilenecek Sözleşme Hükümleri

TİS'in geçmişi etkilemesinin sözleşmedeki hem normatif hem de borç doğurucu hükümler için geçerli olabileceği, bunlardan birinin tümüyle bu etkinin dışında bırakılmayacağı kabul edilmelidir. Ancak, TİS hükmünün geçmişe etkili olabilmesi için bununla getirilen yükümlülüğün ifa edilebilir nitelikte olması gerekir¹³³. Bu ölçüt karşısında, TİS'in normatif kısmının

muhteva hükümlerinden olan ücret zamları, ikramiye, prim ve sosyal yardımlar gibi parasal maddelerinin bu etki içinde bulunacağı kuşkusuzdur. Buna karşılık, TİS'in normatif kısmına girmekle beraber, iş sözleşmesinin şekline, yapılmasına ya da yapılmasının yasaklanmasına ilişkin hükümleri geçmişi etkileyici nitelikte değildir. İş sözleşmesinin sona ermesine ilişkin normatif hükümlerin de geçmişi etkileyeceği kabul edilemez¹³⁴.

2. Yürürlüğün Geriye Götürülmesinden Yararlanabilecek Olanlar

a. İş Sözleşmesi Sürmekte Olanların Durumu

Yürürlük başlangıcı geriye götürülen TİS'in geçmiş dönemle ilgili haklarından yararlanma konusunda 2822 sayılı Yasanın 9. maddesindeki ayırım göz önünde tutulmalıdır. Bu düzenlemede yürürlük başlangıcı geriye götürülen TİS'in imzalanması tarihinde sözleşmeye taraf sendikaya üye bulunanlar ve bulunmayanlar arasında, geçmişe ilişkin haklardan yararlanma açısından farklılık vardır¹³⁵. Yasaya göre; TİS'in imzalanması tarihinde taraf sendikaya üye olanlar yürürlük tarihinden, imza tarihinden sonra üye olanlar üyeliklerinin taraf sendikaya işverene bildirildiği tarihten itibaren sözleşmeden yararlanırlar (m. 9/II). Buna karşılık, TİS'in imzası sırasında taraf işçi sendikasına üye bulunmayanların sözleşmeden yararlanmaları dayanışma aidatı ödemelerine bağlıdır. Dayanışma aidatı ödemek suretiyle TİS'den yararlanma talep tarihinden geçerlidir (m. 9/III).

2822 sayılı Yasayla getirilen ve Yargıtaya göre emredici nitelikte olan bu düzenlemenin¹³⁶ sözleşmenin imzası tarihinde sözleşmeye taraf sendikaya üye olanlara ilişkin hükmü yerindedir. Ayrıca, bununla, eskiden uygulamada ortaya çıkan bazı duraksamalar¹³⁷ kaldırılmış olmaktadır. Bu hüküm karşısında, sözleşmenin imzası sırasında işyerinde çalışmakta olup taraf sendikaya üye olanlar, geçmiş dönemde sendika üyesi olmasalar bile, geçmişe ilişkin haklardan yararlanabilirler¹³⁸. Bunlardan, yürürlük başlangıcında işyerinde çalışanlar yürürlük başlangıcından, yürürlük başlangıcı ile imza tarihi arasında işyerine girenler ise işe giriş ta-

rihinden itibaren sözleşmeden yararlanırlar¹³⁹. Yargıtay ise, yürürlük başlangıcından itibaren sözleşmeden yararlanabilmek için imza tarihinde üye olmayı yeterli bulmamakta, hem yürürlük hem imza tarihinde üye olmayı gerekli görmektedir¹⁴⁰.

Üyelik ile ilgili yasal düzenlemeye karşılık, imza tarihinde sözleşmeye taraf sendikaya üye olmayanların sözleşmeden dayanışma aidatı ödeyerek ancak talep tarihinden itibaren yararlanabilecekleri yolunda Yasaya getirilen düzenleme isabetsizdir. Yasadaki hükümden, sözleşmeden dayanışma aidatı ödeyerek yararlanmanın geçmişi etkileyici biçimde olmayıp sadece geleceğe yönelik olacağı anlaşılmaktadır¹⁴¹. Bu konudaki talebin sözleşmenin imzalanmasından önce yapılması halinde ise geçmişe ilişkin haklardan yararlanılabileceğini savunmak zordur. Bir sözleşme yapıp ortaya çıkmadan ondan yararlanma durumunun söz konusu olamayacağı, Yargıtay kararlarında da açıklandığı gibi¹⁴², kolayca öne sürülebilir. Aksi görüşün kabulü, geçmişe ilişkin dayanışma aidatlarının toplu olarak işverence kesilmesi gibi benimsenemeyecek bir sonucu beraberinde getirir¹⁴³.

Bazı yazarlara göre; 2822 sayılı Yasadaki, sözleşmenin geçmişe yönelik olarak sağladığı haklardan yararlanabilme konusunda imza tarihinde taraf sendikaya üye olanlarla dayanışma aidatı ödeyerek yararlanmak isteyenler arasında yapılan ayırım, sendikaya üye olmaya zorlanamama yolundaki anayasal (AY, m. 51/IV) ve yasal (SK m. 22/I) ilkeye ters düşmektedir. Yasa hükümleri karşısında, TİS'nin geçmişe ilişkin haklarından yararlanabilmek için sendikaya üye olmak istemeyen işçiler de sözleşmenin imzalanması tarihinde sendikaya üye olmak zorunda kalacaklardır. Bunun Anayasa ile açıkça ortaya konulan sendikaya üye olmaya zorlanamama ilkesine, yani negatif sendika özgürlüğüne ters düşmektedir. Buna karşı öne sürülen, gerek yasal düzenlemeler ve gerek içtihat yolu ile, işçiye dayanışma aidatı ödemek suretiyle TİS'den yararlanmayı sendika üyeliğine tercih ettirmenin Anayasanın kolektif sendika özgürlüğünü zedeleyeceği yolundaki görüş¹⁴⁴ kabul edilemez. İşçilerin bir sendikada

örgütlenmeleri zorlama ile değil gönüllü olmalıdır. Ayrıca, negatif sendika özgürlüğüne aykırı düşen bir kolektif sendika özgürlüğü düşünülemez. Yasada yapılacak bir değişiklik, sözleşmenin imzalanması tarihinde dayanışma aidatı ödemeyi kabul edenlerin de, üyeler gibi, yürürlük başlangıcından itibaren sözleşmeden yararlanmaları sağlanmalıdır¹⁴⁵. Böyle bir düzenleme, sendika özgürlüğüne uygun bir şekilde, işçiye dilediği sendikayı serbestçe seçme olanağını verecektir¹⁴⁶.

b. İş Sözleşmesi Sona Ermiş Olanların Durumu

2822 sayılı Yasanın 9. maddesine getirilen yeni düzenlemelerin, TİS'in imzalanmasından önce ve fakat yürürlük başlangıcından sonra iş sözleşmesi sona ermiş olanların TİS'den yararlanıp yararlanamayacakları sorununu çözümlenme amacına yönelik olduğu söylenemez. Bu maddede, sırf imza tarihinde TİS'e taraf sendikaya üye olanlarla ilgili yararlanma hükümlerine yer verilmiş olmasından, yürürlük başlangıcı ile imza tarihi arasında iş sözleşmesi son bulmuş sendika üyesi işçilerin TİS'de bir hüküm yoksa, TİS'den yararlanamayacakları sonucu çıkarılamaz¹⁴⁷. Yargıtay ise, iş sözleşmesinin TİS'in imzalanmasından önce sona erdiği durumlarda, Yasanın 9. maddesindeki, TİS'in imzası tarihinde taraf işçi sendikasına üye olan işçilerin yürürlük başlangıcından itibaren bundan yararlanabileceğine ilişkin hüküm (m. 9/II) karşısında, sendika üyesi işçinin bu TİS'den yararlanamayacağı sonucuna varmakta ve bunu yıllardır sürdürmektedir. Yargıtaya göre, bu durumdaki işçinin TİS'den yararlanabilmesi ancak bu yolda ayrık bir hükme TİS'de yer verilmiş olmasına bağlıdır¹⁴⁸.

Bazı yazarlara göre; 2822 sayılı Yasayla getirilen sözkonusu düzenlemenin, sadece, uygulamanın ve Yargıtay kararlarının en önemli konularından biri olan, TİS'in imza tarihinde işyerinde çalışan taraf sendika üyelerinin sözleşmeden yararlanma durumlarının ortaya konulmasına yönelik olduğu açıktır. Bu hükümle güdülen amaç da herhalde sözleşmenin imza tarihinde üye bulunanların, geçmişte taraf sendikaya üye olup olmadıklarına bakılmaksızın, sözleşmeden yararlanmalarını sağlamak ve ta-

rafların aksi yolda bir kararlaştırma yapmalarını engellemektir. Bunun ötesinde sözleşmenin imza tarihinden önce iş sözleşmesi son bulmuş olanlarla ilgili bir yasal düzenlemenin yapılması düşünülmüş değildir. Yasa koyucunun, bu konuda herhangi bir hükme yer vermeyerek taraflara kararlaştırma yapma serbestisini tanımış olduğunu kabul etmek daha doğru olur. TİS'in yürürlüğünün geriye götürülmesi, tarafların TİS'in imzalanmasından önceki yürürlük başlangıcına kadar olan döneme ilişkin çalışma koşullarını geliştirmek anlamını taşımaktadır. Tarafların, iş sözleşmeleri sona ermiş olanlar hakkında aynı istekte olmadıklarını kabul etmek için bir neden yoktur. Taraflarca TİS'de imza tarihi ile yürürlük tarihi arasında işyerinden ayrılmış olanların durumu ile ilgili bir hükme yer verilmemişse, o dönemde işyerinde çalışmış sendika üyesi olan işçilerin de TİS'den yararlanabilecekleri kabul edilmelidir. Yargıtay görüşünün kabulü halinde, imzadan önce işten ayrılanların durumunu düzenleyen ve bunlardan birçoğuna sözleşmeden yararlanma hakkını veren kararlaştırmalar da geçersiz sayılacaktır. Yargıtay, 9. madde hükümlerini emredici nitelikte kabul ettiğinden taraflar bu maddeye aykırı düzenleme yapamayacaklardır¹⁴⁹. Oysa Yargıtay, imzadan önce işten ayrılma durumu ile ilgili görüşünü, bu konuda taraflar arasında bir kararlaştırmanın bulunmamasına dayandırmış¹⁵⁰ ve böylece yararlandırmaya ilişkin bir TİS hükmünün varlığı halinde bunun geçerli olabileceğini kabul ederek kendi kararları arasında çelişkili bir durum yaratmıştır¹⁵¹.

C. Yararlanmanın Başvuru Tarihinden Sonrası İçin ve İleriye Dönük Olması

Yararlanma başvuru (talep) tarihinden sonrası için sözkonusu olabilir; bu yolla TİS'den başvuru sonrası dönem için yararlanabilmek mümkündür¹⁵². TİS imzalanmış olmak koşuluyla işçi her zaman dayanışma aidatı talebinde bulunabilir. Yasaya göre; dayanışma aidatı ödemek suretiyle TİS'den yararlanma talep tarihinden geçerlidir. (TİSGLK m. 9/III son cümle). İşçi, talepten önceki zaman için toptan dayanışma aidatı ödeyerek, TİS'den yararlanamaz¹⁵³.

Yasal yöntemle, dayanışma aidatı karşılığında TİS'den yararlanma, taraf kuruluşu üye bulunmayan işçinin bu yoldaki talebi (başvurusu) tarihinden sonraki döneme ilişkindir. Dayanışma aidatı ödemek suretiyle TİS hükümlerinden geçmiş günler için değil; bu hakkın kullanılması tarihinden sonraki döneme yönelik olarak yararlanılabilmektedir. Başvuru tarihinden önceki dönem için toptan dayanışma aidatı ödeyerek TİS'den yararlanma da mümkün değildir¹⁵⁴. Aksi çözümün kabulü çoğu kez içinden çıkılması zor sorunları da beraberinde getirir¹⁵⁵. Geriye dönük yararlanma, imkânı sağlayan bir çözümün uygulanması çeşitli güçlükler doğuracağı gibi, sendikaların güçlenmesini engelleyici bir etkisi de olacaktır¹⁵⁶.

Kural olarak, işçinin en erken yararlanabileceği tarih, TİS'in imzası tarihidir. Bu nedenle talebin de en erken imza tarihinde yapılabileceğinin kabulü gerekir. Henüz TİS imzalanmadan dayanışma aidatı talebinde bulunulamaz. Ancak, öğretide sözleşmenin imzalanması tarihinden önce yapılmış dayanışma aidatı taleplerinin imza tarihi itibarıyla yapılmış sayılması gerektiği ileri sürülmüş¹⁵⁷, Yargıtay da, dayanışma aidatı ödemek suretiyle TİS'den talep tarihinden itibaren yararlanılacağına ilişkin Yasa hükmünü, talebin imzadan sonrası için nazara alınması gerektiği anlamında yorumlamıştır¹⁵⁸.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu¹⁵⁹ da, taraf sendika üyesi olmayan işçinin ancak başvurduğu tarihten itibaren TİS'den sendikalı işçiler gibi yararlanacağını; yoksa TİS ile diğer işçilerin "evvelce yararlanmış oldukları ve önceki tarihteki artırım nedeni ile öngörülen ödeme veya toptan ödemelerden faydalanmalarına" imkân bulunmadığını yerinde olarak belirtmiş; işçinin başvurduğu tarihten sonra gerçekleşen hak ve alacaklardan yararlanabileceğini, "başvuru tarihinden öncesini de kapsayacak şekilde hüküm tesisi"ni doğru bulmamıştır¹⁶⁰.

1. Yararlanmanın En Erken İmza Tarihinden Sonrası İçin Sözkonusu Olması

Dayanışma aidatı ödemek suretiyle TİS'den yararlanmanın "talep tarihinden itibaren" geçerli olacağına işaret edilen yasada (TİSGLK

m. 9/II), talebin yapılma zamanı konusu açıkça düzenlenmemiştir. Yürürlükteki TİSGLK'da talebin ne zaman yapılacağı hususunda herhangi bir sınır koyulmadığı için, dayanışma aidatı yoluyla TİS'den yararlanma talebinde her zaman bulunabileceğinin mümkün olduğu söylenebilecektir. TİS'in imzası tarihinden önce de yararlanma talebinde bulunulmasına bir engel yoktur. Bununla beraber, yasal olarak bahsedilen bu imkân bir TİS'in mevcudiyetine bağlı olarak kullanılabileceği için, sözkonusu sözleşmeden yararlanma onun imzalanması yani TİS'in hukuki varlık kazanması anından sonra mümkün olabilecektir¹⁶¹.

TİSGLK m. 9/III'e dayanarak TİS'den yararlanma bir TİS'in varlığına bağlandığından, sözleşmenin imzasından önce yapılmış talebi imza tarihi itibarıyla yapılmış saymak ve yasadaki "talep tarihinden itibaren yararlanma"yı imza tarihinden sonra yapılan normal taleplere hasretmek gerekir¹⁶². Yargıtay da, dayanışma aidatı ödemek suretiyle TİS'den talep tarihinden itibaren yararlanılacağına ilişkin yasanın ifadesinin, "bu talebin imza tarihinden sonrası için nazara alınması gerekeceği anlamında" olduğunu isabetli olarak dile getirmiş¹⁶³; bir kararında da dayanışma aidatı ödemek suretiyle TİS'den yararlanmanın "imza tarihinden geriye gitmemek üzere talep tarihinden geçerli" olduğunu vurgulamıştır¹⁶⁴.

Dayanışma aidatı ödeyerek TİS'den yararlanmanın başlangıcı en erken TİS'in imzası tarihi olmak gerekir¹⁶⁵. İşçi TİS'in imzasından önce dayanışma aidatı ödeyerek sözleşmeden yararlanma talebinde bulunmuş olsa bile, taraf sendika üyesi işçilere uygulanan sözleşme hükümlerinden imza tarihinden itibaren yararlanabilecektir¹⁶⁶.

TİS'in imzasından önce yapılmış talepleri yasanın anlatımına bağlı kalarak talep tarihi itibarıyla geçerli saymak, TİS'in imzasından önce dayanışma aidatı ödenmesi gereğini de beraberinde getirecektir. Bu gereğe uyulmaması yani bu husus gözardı edilse bile, yararlanmanın talep tarihinden başlatılması "toplu dayanışma aidatı tahsilini" gündeme getirecektir ki¹⁶⁷ yasanın böyle bir yönleme cevaz verdiğini söyleyebilmek oldukça güçtür¹⁶⁸.

2. Toplu İş Sözleşmesinin Yürürlük Tarihinin İmza Tarihinden Önceki Bir Tarihe Taşınmış Olması Durumunda Yararlanmanın Başlangıcı

Normal olarak bir TİS taraflar arasındaki görüşmeler sonucu onların ya da temsilcilerinin anlaşmalarıyla meydana gelir. TİS imzalanması anında da hukuken varlık kazanır¹⁶⁹. TİS'in imzalandığı tarihten daha sonraki ya da daha önceki bir tarihte yürürlüğe gireceği kararlaştırılmış olabilir¹⁷⁰. Ancak, TİS'in yürürlük tarihi imzası tarihinden geriye götürülmüş olsa bile durum değişmez. TİS'in imzası sırasında (tarihinde) taraf işçi sendikasına üye olmayan fakat dayanışma aidatı ödemek suretiyle TİS'den yararlanmak isteyen işçi bu TİS'den geriye doğru yararlanamaz. Yani taraf sendika üyesi olmayan işçiler TİS'in imzası tarihinden sonrası için bu yasal imkânı kullanabilirler¹⁷¹. Böylece, TİS'in geriye etkili yürürlüğe konulmasında; sendikaya üye olmayanların, dayanışma aidatı yoluyla yararlanmaları, talepleri bulunmak kaydıyla, imza tarihinden sonrası için olabilecek, bu kişiler hiçbir şekilde TİS'den geriye etkili yararlanamayacaklardır¹⁷².

2822 sayılı Yasada TİS'in yürürlük tarihlerinin imza tarihinden daha önceki bir tarihten itibaren başlayacağı kabul edilmiş ve TİS'in imzalanması tarihinde taraf sendikaya üye olanların" yürürlük tarihinden; buna karşılık, TİS'in imzası sırasında taraf sendika üyesi olmayıp bu tarihten sonra üye olanların üyeliklerinin sendikaca işverene bildirildikleri tarihten itibaren sözleşmeden yararlanacakları (TİSGLK m. 9/III) açıkça kabul edilmiş ve diğer işçilerin ise dayanışma aidatı ödemek suretiyle TİS'den talep tarihinden itibaren yararlanabileceklerine (TİSGLK m. 9/III) işaret edilmiştir.

Bu konuda yasa koyucu TİS'in imza tarihine önem vermiş bu tarihe göre taraf sendika üyesi olanlarla TİS'in imzalanmasından sonra üye olanlar arasında bir ayırım yapmış, bu sonuçların TİS'in yürürlüğünün imza tarihinden önceye götürülmesi halinde de ancak imza tarihinden sonraki dönem üyeliklerinin sendikaca işverene bildirildiği tarihte yararlanabileceklerini hiç bir kuşkuyla yer vermemek biçimde

düzenlemiştir¹⁷³. Yasadaki bu ayırımın doğal sonucu imza sırasında taraf sendika üyesi olmayanların TİS'in geçmişe yönelik olarak sağladığı haklardan yararlanamayacakları açıktır. Zira ister sonradan taraf sendikaya üye olarak isterse dayanışma aidatı ödemek suretiyle TİS'den yararlanacak işçiler imzası sırasında TİS'i akdeden (bağıtlayan) işçi sendikasının üyesi olmadıkları için, yasanın açık buyruğu dolayısıyla TİS'in geçmişe etkili hükümleri bunlar hakkında uygulanamayacaktır¹⁷⁴.

TİSGLK sisteminde TİS'in yürürlük tarihinden itibaren yararlanacak olanlar sadece taraf işçi sendikasının TİS'in imzalanması sırasında üyesi bulunan ve TİS kapsamına giren işyerlerinde çalışan işçilerdir. TİS'in yürürlük tarihinin geriye götürülmüş olması halinde, ötedenberi işyerinde çalışmakta olan, çalışmalarını yeni TİS'in yapıldığı tarihte de sürdüren fakat taraf sendikanın üyesi olmayan işçilerin bu TİS'in başlangıcı tarihinden yararlanmaları hiç bir şekilde mümkün değildir. Aksi bir düşünce, taraf sendika üyeleri ile bu sendikanın üyesi olmayanlar arasında bu sonuncular lehine bir farklılık yaratmış olur ki, bu sonuç yasanın amacına olduğu kadar anlatımına da uygun düşmez¹⁷⁵.

İmza tarihinden sonra taraf işçi sendikasına üye olanların, üyeliklerinin işverene bildirildiği tarihten itibaren TİS'den yararlanmalarını öngören yasa koyucunun dayanışma aidatı ödeyerek istisnaen sözleşmeden yararlanacak işçilere daha fazla hak tanıdığı kabul edilemez. İstisnai hükümlerin dar yorumlanması gereği bu sonuçta götüreceği gibi, hükmün sendika özgürlüğü konusunda denge sağlayıcı amacı da bu sonucu gerekli kılmaktadır¹⁷⁶.

Taraf sendika üyesi olmayanların TİS'den dayanışma aidatı ödemek suretiyle yararlanabilmelerinin TİS'in yapıldığı tarihten sonraki dönem için mümkün olabileceğini vurgulayan Yargıtay da, TİS'in geriye yürütülmesi halinde de durumun değişmeyeceğini; "bu kabul şeklinin sendika güvenliği ve sendikaya üye olma özgürlüklerinin dengeli bir düzeyde tutulması gerektiği yolundaki düşüncenin doğal bir sonucu" olduğunu dile getirmiş¹⁷⁷; başka bir kararında da aksi çözümün benimsenmesi halinde, "üye olmayanların dayanışma aidatı ödemek

suretiyle yararlanmalarında daha imtiyazlı ve avantajlı bir yol" seçilmiş olacağını ve bunun temel kuralla bağdaşmayacağını, aynı şekilde bu çözümün "kollektif iş hukukunun yerleşmesi ve gelişmesi prensiplerine de ters düşeceği"ni isabetli olarak belirtmiş¹⁷⁸; Yüksek Mahkemenin bu konudaki çok sayıdaki kararları yerleşik bir görünüm arz etmekte¹⁷⁹, diğer bir kararda da TİSGLK'nın 9'uncu maddesinde TİS'den taraf işçi sendikasının üyesi işçilerin yararlanacağına değinilerek; yürürlük tarihinden itibaren yararlanmanın TİS'in imzalandığı tarihte üye olma şartına bağlanmış bulunması sebebiyle imza tarihinde taraf sendika üyesi olmayanların, imza tarihinden geriye gidilerek sözleşmenin yürürlük tarihinden itibaren TİS'den yararlanamayacaklarını; "dayanışma aidatı ödemek suretiyle sözleşmeden yararlanmak isteyenlerin geçmişe yönelik olarak TİS'den yararlanmaları"nın düşünülmemeyeceğini dile getirmiştir¹⁸⁰.

3. Yönteme Başvuran - Dayanışma Aidatı Ödeyen - İşçinin Yararlanmasının Başlangıcı

Yasal imkândan yararlanmanın işçinin isteğine bağlı bulunduğu kuşkusuzdur. İstek (talep) şartı dışına diğer şartları da haiz bulunan ya da yerine getiren işçinin TİS'den yararlanma hakkı başvuru tarihinde doğar. TİS'den yararlanmanın başlangıcı ise, kural olarak işçinin başvuru tarihini izleyen aybaşı olmak gerekir¹⁸¹. Teorik olarak, başvuru (talep) tarihinde ya da genellikle başvuruyu izleyen aybaşından itibaren yararlanma esası dışında, daha sonraki bir tarihten, başvuru tarihini izleyen ikinci ya da üçüncü aybaşından itibaren yararlanma talebinde bulunmak da mümkün olabileceğine göre, böyle bir durumda TİS'den yararlanma önceden belli edilen bu tarihten itibaren başlayacaktır. Bununla beraber yasa, TİS'den yararlanabilmeyi dayanışma aidatı ödenmesi şartına bağladığına göre, sözleşmeden yararlanmanın sözkonusu aidatın ödendiği ya da ödenmiş sayıldığı tarihten başlayabileceği de öne sürülebilecektir¹⁸².

Uygulamada başvuru ile dayanışma aidatı ödemek ya da göndermek suretiyle başvuru şartının da yerine getirilmiş sayılacağı kabul edildiğinden başvuru tarihi ile dayanışma

aidatı ödeme tarihi aynı olacak; duruma göre başvuru ya da aidat ödeme tarihi TİS'den yararlanmanın başlangıcına esas alınacaktır. Bu çerçevede başvuru tarihini izleyen aybaşından itibaren işçinin TİS'den yararlandırılması uygun bir çözümdür; muhasebe gerekleri böyle bir yöntemin kabulünü gerekli kılmaktadır. Uygulama da bu yolda gelişmiştir¹⁸³.

D. Yasal Gerekerin Sürdürülmesi Kaydıyla, Yararlanmanın En Fazla Toplu İş Sözleşmesinin Yürürlüğü Süresince Devam Etmesi

Çalıştıkları işyerinde uygulanan ve üyesi olmadıkları bir işçi sendikasının tarafı bulunduğu bir TİS'den dayanışma aidatı ödeyerek yararlanmak isteyen işçilerin hangi şartlarla bu yasal imkânı kullanabilecekleri belirlidir. Yasanın öngördüğü bu yolla TİS'den yararlanmayı sağlayan koşullar, daha doğrusu yasal - hukuki gerekler aynı zamanda işçinin sözleşmeden yararlanabilme süresini de belirlerler¹⁸⁴.

Dayanışma aidatı ödemek suretiyle TİS'den yararlanan, bir bakıma o TİS'in kapsamına giren işçinin bu suretle taraf işçi sendikasının üyesi olduğu ya da olacağı düşünülemez. Dayanışma aidatı ödeyerek TİS'in kapsamına sonradan dahil olabilecek işçiler taraf sendikanın üyeleri gibi o TİS hükümlerinden yararlanırlar. Fakat hiçbir zaman bunların böylece taraf kuruluşun üyeleri oldukları söylenemez. Bunun içindir ki, taraf kuruluş üyesi olmayanların dayanışma aidatı ödeyerek TİS'den yararlanmak haklarının işçi sıfatıyla, TİS'in kapsamına dahil bir işyerinde çalıştıkları sürece ve en fazla sözkonusu TİS'in süresinin bitimine kadar ve aidat yükümünü devam ettirmeleri şartıyla sürecektir¹⁸⁵.

1. Yararlanmaya Engel Olan ya da Yararlanmayı Sona Erdiren Durumlar

Dayanışma aidatı yoluyla TİS'den yararlanmanın sona ermesi öncelikle bu yolla yararlanabilmenin koşullarının kaybedilmesi halinde ortaya çıkar. Bu nedenle işçinin işçi sıfatını kaybetmesi, sözleşmenin kapsamı dışında bir işyerinde çalışmaya başlaması, işçinin dayanışma aidatı ödemekten vazgeçmesi, işyerinin ke-

sin olarak kapatılması, TİS'in süresinin dolması, sözleşmeye taraf kuruluşu üye olması hallerinde dayanışma aidatı yoluyla yararlanmanın sona ereceğinde kuşku yoktur¹⁸⁶.

a. İşçinin Bu Sıfatını Kaybetmesi, Taraf Kuruluşa Üye Olması, Kapsam Dışında Kalan Başka Bir İşyerinde Çalışmaya Başlaması

TİSGLK'nın 9. maddesinin bahsettiği imkândan işçi, bu sıfatla, taraf kuruluşu üye olmadan, sözleşmenin uygulandığı işyerinde çalıştığı sürece yararlanabilecektir¹⁸⁷.

Dayanışma aidatı ödeyerek TİS'den yararlanabilmek hakkı, sözkonusu sözleşmenin uygulandığı işyerinde çalışan ve taraf kuruluşun üyesi olmayan işçilere tanındığına göre; işçinin o işyerinden herhangi bir şekilde ayrılmasıyla TİS'le bağlılığı da sona erecektir. TİSGLK anlamında bir işletme içinde, işçinin çalıştığı işyerinden ayrılması durumunda bir değişiklik yapmayacaktır. "İşçi"lik sıfatını kaybeden kimsenin de bu statüden ayrıldığı andan itibaren TİS'den yararlanması da son bulacaktır. Örneğin işçilikten memurluğa geçirilen bir işçi gibi, TİSGLK anlamında "işveren vekili" sıfatını kazanan işçinin artık bundan böyle TİS'den yararlanmaları mümkün olamayacaktır. Sözleşmenin uygulanması sırasında, bu sözleşmeden dayanışma aidatı ödeyerek yararlanan işçi taraf sendikaya üye olursa, üyeliğinin kesinleştiği andan itibaren taraf sendika üyesi olarak sözleşmeden yararlanmasını sürdüreceğinden, incelenen yöntem artık sözkonusu olmayacaktır¹⁸⁸.

b. İşçinin Dayanışma Aidatı Ödemekten Vazgeçmesi

TİS'i bağitlayan işçi sendikasının üyesi olmayan işçi, dayanışma aidatı ödemediği sürece TİS'den yararlanabilecektir. Yasal olarak, taraf sendika üyesi olmayan işçiye sağlanan bu imkânın yani bir miktar aidat karşılığında TİS'den yararlanma hakkının belirli bir süreyle sınırlı olarak kullanılması da mümkün olsa gerektir¹⁸⁹.

Dayanışma aidatı ödeyerek TİS'den yararlanan işçinin istediği zaman bu talebinden vazgeçebilmesini engelleyen yasal bir düzenleme yoktur. Bu nedenle vazgeçen işçi için durum

dayanışma aidatı talebinden önceki hale dönüşür. Aksine düşüncenin kabulü halinde, kısa süreli dayanışma aidatı ödenmesi ile uzun vadeli yararlanmaya yol açılacaktır ki, bunun kabulü mümkün değildir¹⁹⁰. Bu gibileri için sona eren TİS hükümlerinin hizmet akdi hükmü olarak da devam etmeyeceği, zira sözkonusu durumda TİS sona ermiş olmayıp, işçinin yararlanma hakkını kaybettiği haklı olarak ileri sürülmektedir¹⁹¹.

İşçinin, TİS'in süresinin sonuna kadar dayanışma aidatı ödeyerek TİS'den yararlanması zorunda olduğu söylenemez. Yasada TİS'in bitimine kadar TİS'den yararlanma ve bunun için de TİS süresince dayanışma aidatı ödenmesi zorunlu tutulmamıştır. TİSGLK'nın sistemine göre; işçi dayanışma aidatı ödediği sürece, TİS'in imzasından sonraki bir tarihten başlayarak TİS'den yararlanabilir ve dilediği anda da hakkını kullanmaktan vazgeçebilir. Ne işveren ne de taraf işçi sendikası, bu yolda bir kez talepte bulunmuş işçinin sözleşmenin sona ermesine değin dayanışma aidatı ödemesi zorunda olduğunu öne süremezler¹⁹². Dayanışma aidatı ödeyerek TİS'den yararlanmayı talep eden işçinin TİS sona ermeden yararlanmadan vazgeçip aidatı ödemekten kurtulup kurtulamayacağına dair yasada bir açıklık bulunmadığına; bunu önleyecek bir dayanağın da mevcut olmadığına işaret eden bazı yazarlar; "bu takdirde o işçinin toplu sözleşmeye dayanarak elde ettiği hakların devam etmeyeceği, vazgeçtiği tarihten sonrası için toplu sözleşmeden önceki durumuna döneceği"ni, aksi çözümün kötüye kullanmalarına, "kısa süre dayanışma aidatı ödenmesi ile uzun vadeli yararlanmaya yol açacağını" isabetli olarak dile getirmektedir¹⁹³.

c. İşyerinin Kesin Olarak Kapatılması

İşçilerin haklarını ihlal etmemek kaydıyla işveren her zaman işyerini kapatabilir. Özellikle ekonomik ve kişisel nedenlerle bu şekilde faaliyetini tatil eden işverenin bu davranışından ilerisi için sorumlu tutulması da sözkonusu değildir¹⁹⁴.

İşyerinin kesin olarak kapatılması halinde ortada TİS'in uygulanacağı bir yer kalmayacağından artık sözleşmenin mevcudiyetinden ve uygulanmasından söz edilemeyeceği muhak-

kaktır. İşveren işyerini kapatır ve işini tasfiye ederse, artık TİS'in uygulanacağı işyeri kalmayacağı için TİS de bu işyeri için yürürlükten kalkar¹⁹⁵. TİS'in yürürlükte bulunması kaydına bağlı olarak işleyen dayanışma aidatı ödeyerek sözleşmeden yararlanma yöntemi de bundan böyle sona erer¹⁹⁶.

d. Ayrı Toplu İş Sözleşmeleri Uygulanan İki İşyerinin Sonradan Birleşmesi

Başlangıçta birbirinden ayrı olup, farklı TİS hükümlerine tabi bulunan işyerlerinin sonradan birleşmeleri hali, "bir işyerinde aynı dönem için birden fazla toplu iş sözleşmesinin" uygulanmasını yasaklayan TİSGLK'nın 3. maddesinin 4. fıkrası kapsamına giren bir durumu oluşturduğundan; bu şekilde iki işyerinin birleşmesi sonucu ortaya çıkan yeni işyerinde uygulanacak bir TİS'den de söz edilemeyecektir. Böyle bir durum ise, dayanışma aidatı yönteminin işlemlerini engelleyecek, bu aşamada yeni oluşan işyerinde TİS'den yararlanma sorunu ortadan kalkacaktır¹⁹⁷.

e. Toplu İş Sözleşmesinin Süresinin Dolması

Dayanışma aidatı ödemek suretiyle TİS'den yararlanan işçilerin bu imkânları en fazla sözü edilen sözleşmenin sona ermesine kadar devam eder. TİS sona erince sözleşmeyle bağlılık, bir yönüyle de yararlanma imkanı da ortadan kalkar. 2822 sayılı Yasanın sistemi içinde asgari bir azami üç yıl için akdedilebilecek TİS, bu sınırlar dahilinde taraflarca öngörülen sürenin sonunda başka bir işleme gerek kalmadan yürürlükten kalkar. Bu şekilde yürürlükten kalkan TİS'in normatif hükümleri yeni bir sözleşme yapıncaya kadar hizmet akdi hükmü olarak bu sözleşmenin kapsamındaki işçilerin iş ilişkilerini idareye devam eder. Bu durumdan önce, tarafların veya işyerinin durumunda sonradan ortaya çıkacak değişiklikler karşısında TİS'in durumunu; özellikle dayanışma aidatı ödeyerek sözleşmenin kapsamına giren işçilerin bu değişikliklerden etkilenip etkilenmeyeceklerini araştırmak kuşkusuz yararlı olacaktır¹⁹⁸.

TİS'in sona ermesi halinde de, dayanışma aidatı yoluyla yararlanma ve dayanışma aidatı ödeme sona erecek, ancak TİS hükümleri,

dayanışma aidatı ödeyerek yararlanan işçi için de, yenisi yürürlüğe girinceye kadar hizmet akdi hükmü olarak devam edecektir (TİSGLK m. 6/Son)¹⁹⁹. Sona eren TİS'den dayanışma aidatı ödemek suretiyle yararlanan işçinin, yeni yapılan ve yürürlüğe konulan TİS'den de, yararlanabilmesi için, tekrar talepte bulunması gerekir²⁰⁰.

2. Yararlanmayı Etkilemeyen Durumlar

Dayanışma aidatı ödemek suretiyle TİS'den yararlanmaya engel olmayan durumları da birkaç noktada toplamak mümkündür.

a. Toplu İş Sözleşmesinin Uygulandığı İşyerinin İşverenin Değişmesi

Bir işyeri ya da işletmede uygulanmakta olan TİS buna taraf olan işverenin değişmesinden etkilenmez. TİSGLK'da, TİS'in uygulandığı işyerlerinde işverenin değişmesinin TİS'i sona erdirmeyeceğine açıkça işaret edilmiş bulunmaktadır (TİSGLK m. 8). Bu itibarla TİS işverenin değişmesine rağmen süresi sonuna kadar iş ilişkilerini idareye devam edecektir²⁰¹.

İşverenin değişmesi çeşitli nedenler sonucu ortaya çıkabilir. Ancak değişikliğe neden olan husus bu konuda önemli değildir. Örneğin işverenin ölümü, ticaret şirketlerinin birleşmesi veya bunlar arasında katılma; işyerinin kül olarak el değiştirmesi yani, işyerinin alacak ve borçlarıyla birlikte devredilmesi; hatta TİS'in süresi içinde kapatılan bir işyerinin kısa bir süre sonra başka bir işverence yeniden açılması hallerinde TİSGLK'nın 8. maddesi anlamında "işverenin değişmesi" sözkonusu olacaktır. İşverenin sıfatı veya bünyesinde ortaya çıkan değişiklikler hangi olgu veya işlemin eseri olursa olsun sonuç değişmeyecektir²⁰².

Yasanın açıkça düzenlediği gibi, işverenin değişmesi TİS'in sona ermesini gerektirmediği gibi, TİS'den dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma yöntemine de hiç bir olumsuz etki yapmayacaktır. Usulünce talep edilmiş olması ya da yeniden talep edilmesi halinde dayanışma aidatı kesilmesi mükellefiyetinin yeni işverene terettüp edeceği ise kuşkusuzdur²⁰³.

b. Taraf İşçi Sendikasının Başka Bir Sendikayla Birleşmesi ya da Diğer Bir Sendikaya Katılması

TİS'e taraf olan işçi sendikasının başka bir sendikaya katılması veya diğer bir sendika ile birleşmesi hallerinde, tüm haklarının, borçlarının, yetkilerinin ve menfaatlerinin katıldığı veya birleşmenin ortaya çıkardığı yeni sendikaya kendiliğinden geçeceği (SK m. 27/I) tabiidir.

Bu şekildeki bir işlem yani katılma ya da birleşme TİS'in ortadan kalkmasına yol açmayacağına göre, dayanışma aidatı ödeyerek yararlanmaya olumsuz bir etki de yapmayacaktır. TİS'in kapsadığı işyerinde çalışan ve taraf sendika üyesi olmayan işçiler, taraf sendikanın katıldığı veya birleşme sonucu meydana gelen yeni sendikaya dayanışma aidatı ödeyerek TİS'den yararlanma imkânını ellerinde tutacaklardır²⁰⁴.

c. Taraf İşçi Sendikasının Faaliyetten Men Edilmesi

İşçi sendikalarının, bu arada uygulanmakta olan TİS'in tarafı işçi sendikasının faaliyetten men edilmesi, yasada belirtilen nedenlerle, doğrudan doğruya veya tedbir niteliğinde ve ancak mahkemece karar verilmesi halinde mümkün olabilecektir. İşçi kuruluşlarının kapatılması ya da faaliyetlerinin durdurulması çok istisnai hallerde ve yasal olarak sınırlanan durumlarda ve yasada öngörülen kayıtlarla gerçekleştirilebilir²⁰⁵.

Bu çerçevede, mahkeme kararıyla yasada öngörülen nedenlerle ya da sendikanın kapatılması konusunda açılan bir dava sırasında tedbir niteliğinde olmak üzere faaliyeti durdurulan sendikaların idaresi bundan böyle atanacak kayyım (ya da kayyımlar) eliyle yapılacaktır²⁰⁶. Bu şekilde faaliyetten men edilmiş bir sendikanın tarafı bulunduğu TİS sona ermeyip süresi sonuna kadar devam edeceğinden dayanışma aidatı ödemek suretiyle yararlananların durumuna herhangi bir olumsuz etki de yapmayacaktır²⁰⁷.

Dayanışma aidatı yoluyla yararlanılmak istenilen sözleşmeye taraf işçi sendikasının faaliyeti durdurulmuş ise, bu sendikaya dayanışma aidatı ödenmeyecektir (TİSGLK m. 9/son)²⁰⁸.

Bu durum sadece dayanışma aidatı ödemeye ilişkin olup talep halinde bu durumdaki sendikanın yaptığı sözleşmeden yararlanmaya engel değildir²⁰⁹.

3. Tarafların veya İşyerinin Durumunda Sonradan Vaki (Olan) Değişmeler (Değişiklikler) Karşısında Bu Yöntemin Devam Edip Etmeyeceği Kuşku Haller

TİS'in yürürlüğü sırasında gerek tarafların gerekse işyerinin veya işverenin durumunda ortaya çıkacak bir takım değişikliklerden TİS'in etkilenmeyeceği öngörülmüş olmasına rağmen konumuzla ilgili açık bir düzenleme eskisinde olduğu gibi yeni TİSGLK'da da bulunmamaktadır.

a. Taraf İşçi Sendikasının Feshi, İnfisabı

TİS'e taraf olan işçi sendikasının feshi, infisabı, faaliyetten menedilmesi veya yetkisini kaybetmesinin TİS'in sona ermesini gerektirmeyeceğine ilişkin bir düzenlemeye sahip olan (TİSGLK m. 8) Yasada "faaliyeti durdurulmuş sendikalara dayanışma aidatı ödenmeyeceği (m. 9) tasrih edilmiş fakat diğer durumlar için herhangi bir hüküm sevketmemiştir.

TİS'e taraf işçi sendikasının feshi, infisabı halleri TİS'i sona erdirmeyeceğinden (TİSGLK m. 8), işçi yararlanmaya devam edecek, ancak taraf işçi sendikasının varlığı ortadan kalktığı için bir dayanışma aidatı ödemeyecektir. Ayrıca sözkonusu durumda talep eden diğer işçilerin de sözleşmeden yararlandırılmaları gerekecektir. Aksine düşünce TİSGLK m.8 ile öngörülen amaca ters düşecektir²¹⁰.

Kuşkusuz, taraf işçi sendikası yetkisini kaybetmesi halinde bile TİS'in tarafı olarak kalacağından yetkinin kaybedilmesi konumuz bakımından hiç bir olumsuz sonuç doğurmayacaktır.

Buna karşılık, infisah eden veya feshedilen sendikanın tarafı bulunduğu TİS'den önceden dayanışma aidatı ödeyen işçilerin yararlanmalarının devam edip etmeyeceği; böyle bir durumdan -fesih veya infisahtan- sonra TİS'den yararlanmak isteyen işçiler için yasal imkânın işleyip işleyemeyeceği konusunda kesin bir yargıya varılamayacaktır²¹¹.

Taraf işçi sendikasının mevcudiyetinin sona ermesine rağmen, yasa gereği süresinin bitimine kadar devam edecek olan TİS'den taraf sendikaya üyesi olmayanların yararlanmalarının mümkün olamayacağı söylenebileceği gibi, aksi görüş de savunulabilecektir²¹².

TİSGLK'da dayanışma aidatı taraf işçi kuruluşuna ödenmesi gerektiğinden işçi sendikasının mevcudiyetinin ortadan kalkması halinde dayanışma aidatının ödenmesinin de sözkonusu olamayacağı; böyle bir durumda yasanın öngördüğü esaslı bir gerek -dayanışma aidatı ödeme gereği- gerçekleştirilemeyeceği için artık bu yolla TİS'den yararlanmanın mümkün görülemeyeceği sonucuna ulaşılabilecektir. Aynı şekilde, yasal gereğin yerine getirilmesinin imkânsızlaşması halinde yöntemin yine de ortadan kalkmayacağı, yasanın genel amacına dayanılarak savunulabilecektir²¹³. Bazı yazarlara göre; böyle bir durumda dayanışma aidatı ödenecek sendika kalmayacağından daha önce dayanışma aidatı ödemekte olan işçiler bundan böyle herhangi bir aidat ödemediği TİS'den yararlanmaya devam edecekleri gibi, dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma hakkına sahip diğer işçilerin de başvuruları üzerine dayanışma aidatı kesilmesi sözkonusu olmadan TİS'den yararlanmaları zorunlu olacaktır. Aksi takdirde bu gibi işçilerin isteseler de sözleşmeden yararlandırılmamaları bu maddenin amacına uymayacaktır²¹⁴."

b. Toplu İş Sözleşmesinin Kapsadığı İşyeri ya da İşletmenin Başka Bir İşkoluna Dahil Edilmesi

Türk hukukunda, TİS işçi sendikasının kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin asgari yüzde onunu üye kaydetmiş bulunan ve sözleşmenin kapsayacağı işyeri veya işletmede çalışan işçilerin yarısından fazlasını temsil eden işçi sendikasıncı yapılabilmektedir. Bu şekilde belirli bir işkolunda bulunan bir işyerinin veya işletmeye dahil işyerlerinden bir veya bir kaçının TİS'in yürürlüğü sırasında başka bir işkoluna dahil edilmesi uygulamada görülen bir durumdur.

Konuyu düzenleyen mevzuatın değiştirilmesi ya da bu konuda verilen bir idari kararlar işyerinin veya işyerlerinin başka bir işkoluna

kaydırılması; taraf işçi sendikasının TİS ehliyetini doğrudan etkilerse de, mevcut TİS'in sona ermesine yol açacak bir sebep değildir²¹⁵.

İşçi sendikasının infisahı ya da fesholunması halinde TİS'in normatif hükümlerinin yani taraflara ilişkin bulunmayan hükümlerinin devam edeceğini açık bir biçimde öngören yasa hükmü (TİSGLK m. 7) karşısında; bulunduğu işkolundan çıkarılıp başka bir işkoluna dahil edilen yani işkolu değiştirilen işyerindeki TİS'in süresi sonuna kadar devam edeceğini kabul etmek zorunludur. Ancak böyle bir TİS'den dayanışma aidatı ödemek suretiyle yararlanmanın mümkün olup olamayacağı konusunda kesin bir şey söylemek mümkün değildir. TİS'in tarafı işçi sendikasının feshi ya da infisahı durumları hakkındaki mülahazalar bu durum için de aynen geçerlidir²¹⁶.

E. Sona Eren Toplu İş Sözleşmesi Hükümlerinin Hizmet Akdi Hükümü Olarak Devamının Dayanışma Aidatı Yöntemiyle Yararlananlar İçin de Söz konusu Olması

TİS sona erince, normal olarak, taraf işçi sendikasının üyeleri gibi dayanışma aidatı ödeyerek sözleşmeden yararlanan işçilerin de TİS'le bağlılığı kalmaz. Bununla beraber, yasanın sona eren TİS'in normatif hükümlerinin hizmet (iş) sözleşmesi hükmü olarak devam edeceğini; yeni bir TİS yapıncaya kadar sona eren TİS hükümlerinin hizmet akdi hükmü olarak uygulanacağını öngörmektedir. Taraf işçi sendikasına üye bulunan işçiler için sözkonusu olacak bu hükmün²¹⁷ dayanışma aidatı ödeyerek TİS'den yararlanan işçilere de uygulanıp uygulanmayacağı sorunu üzerinde ayrıca durulmaya değer önemdedir²¹⁸.

TİS'in sona ermesinden sonra iş ilişkileri bu sözleşmeye tabi bulunanların durumunu gözönüne alan yasa koyucu, sona eren TİS hükümlerinin yenisi yapıp yürürlüğe konuluncaya kadar hizmet akdi hükmü olarak uygulanacağı esası koymuş bulunmaktadır: "Her ne sebeple olursa olsun sona eren toplu iş sözleşmesinin hizmet akdine ilişkin hükümleri yenisi yürürlü-

ğe girinceye kadar hizmet akdi hükmü olarak devam eder" (TİSGLK m. 6/III).

Bu itibarla, sona eren TİS'in hizmet akdine ilişkin hükümlerinin hizmet akdi olarak haklarında uygulanacak kişiler, bu sözleşmenin sona erdiği anda (tarihte) ondan yararlanan kişilerdir. Sona eren TİS'in hizmet akdine ilişkin hükümlerinin hizmet akdi olarak uygulanması, bu sözleşmenin sona ermesi sırasında ondan yararlanmakta olan işçiler için sözkonusu olacaktır²¹⁹. Bu işçiler ise, taraf sendikaya üye oldukları için TİS'den yararlanan işçilerle, taraf sendikanın üyesi olmayıp dayanışma aidatı ödeyerek TİS'in etki alanına girmiş olan işçilerdir. Böylece TİS'in sona erme tarihinde dayanışma aidatı ödeyerek TİS'den yararlanmakta olan işçiler de taraf sendikanın üyeleri işçiler gibi TİSGLK m. 6/III hükmü içinde düşünülecektir. Bu işyerinde çalışmalarını sürdürmeleri kaydıyla bir sendikaya üye olmaları ya da sendika değiştirmelerinin bu konuda hiç bir olumsuz etkisi olmamak gerekir²²⁰.

Yürürlüğü sona eren TİS'in hizmet akdine ilişkin hükümlerinin hizmet akdi hükmü olarak devam etmesi, ancak sona ermesi tarihinde bu sözleşmeden yararlananlar için sözkonusu olabilecek; TİS'in sona ermesinden sonra sözkonusu işyerine girip çalışmaya başlayan işçilerin hizmet akitlerine yürürlükten kalkmış olan sözleşmenin bir etki yapması mümkün olmayacaktır²²¹.

Sona eren TİS'in, yasa gereği yeni TİS'in yapılmasına kadar hizmet akdi hükmü olarak devam etmesi esasının sadece sözleşmenin sona ermesi tarihinde dayanışma aidatı ödemekte olan işçiler için yürüyeceği kabul edilmelidir. Bir süre dayanışma aidatı ödemiş, daha sonra sözkonusu aidatı ödemekten vazgeçerek TİS'le bağlılıkları sona ermiş işçiler için bu esas yürümecektir²²².

SONUÇ

İşçilerle işverenleri arasındaki çalışma koşullarını yasal çerçevenin ötesinde işçiler yararına düzenleyen toplu iş sözleşmeleri bu konuda genel, objektif ve emredici kurallar koymak suretiyle TİS'e taraf olanların üyeleri arasındaki hukuki ilişkilerin tabi olacağı bir statü yaratırlar.

Toplu iş sözleşmeleri bu özelliklerinden dolayı, yani yasa ya da iş sözleşmesindeki hükümlerin belirlediği asgari koşulların ötesinde hükümler içerdiklerinden, uygulandıkları iş ilişkilerinde belirgin bir üstünlük sergilerler.

Türk hukukunda; TİS'den esas itibariyle bu sözleşmenin uygulandığı işyerinde çalışan ve TİS'i akdeden işçi kuruluşunun üyesi olmayan işçiler yararlanamazlar. Bunların TİS'den yararlanabilmeleri yasada belirlenen istisnai hallerde sözkonusu olabilir. TİS'den ilke olarak bu sözleşmenin kapsamına giren işyeri ya da işyerlerinde çalışan taraf işçi sendikası üyesi olan işçiler yararlanırsa da bu sendikanın üyesi olmayan işçilerin de bazı koşullarla taraf sendika üyeleri gibi yararlanmaları mümkündür. Özellikle, taraf sendikanın üyesi olmayan işçiler bu sendikaya bir dayanışma aidatı ödemek suretiyle, TİS'in sadece taraf sendika üyelerine uygulanacak hükümlerinden yararlanabilmektedirler.

TİS'in kapsamındaki işyerinde çalışan işçilerin TİS'den yararlanmaları, ya taraf sendikaya üye olmaları; ya da üye olmayanlar için taraf sendikaya dayanışma aidatı ödemeleri yoluyla olabilmektedir. Sözleşmeye taraf sendika üyesi olmayan ya da dayanışma aidatı ödemeyen bir işçi sendikanın yazılı muvafakatı olmadıkça TİS'den yararlandırılmaz. Bu koşulların gerçekleşmediği durumda, sendikanın yazılı muvafakatı olmadıkça, işçilerin TİS'den yararlandırılmaları mümkün değildir. Aksine düşünce, hem işçilerin sendikadan ayrılmaları ve giderek sendikaların zayıflaması sonucunu doğuracak ve hem de işçi sendikasını dayanışma aidatından yoksun bırakacaktır.

Dayanışma aidatı ödemek suretiyle TİS'den yararlanan, bir bakıma o TİS'in kapsamına giren işçinin bu suretle taraf işçi sendikasının üyesi olduğu ya da olacağı düşünülemez. Dayanışma aidatı ödeyerek TİS'in kapsamına sonradan dahil olabilecek işçiler taraf sendikanın üyeleri gibi o TİS hükümlerinden yararlanırlar. Fakat hiçbir zaman bunların böylece taraf kuruluşun üyeleri oldukları söylenemez. Bunun içindir ki, taraf kuruluş üyesi olmayanların dayanışma aidatı ödeyerek TİS'den yararlanmak haklarının işçi sıfatıyla, TİS'in kapsamına dahil bir işye-

rinde çalıştıkları sürece ve en fazla sözkonusu TİS'in süresinin bitimine kadar ve aidat yükümünü devam ettirmeleri şartıyla sürecektir.

DİPNOTLAR

- 1 Yararlanılacak hükümler, hiç kuşkusuz, sırf taraf işçi sendikasının üyesi bulunan işçilerin çalışma şartlarına ilişkin normatif hükümlerdir. Buna karşılık "işyerinin çalışma düzenine ilişkin hükümler" ile "işyerindeki işçilerin ortak yararlarını gözetilen hükümler"den işyerindeki bütün işçiler yararlanacaklardır. Yani, yasal anlatımı ile "ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konuları"na ilişkin hükümler dışındaki TİS hükümleri taraf sendika üyesi olsun olmasın işyerindeki bütün işçilere uygulanacaktır. (Ünal NARMANLIOĞLU, (Dayanışma Aidatı) Toplu İş Sözleşmesinin Sadece Taraf Sendika Üyelerine Uygulanan Hükümlerine Tabi Olma (Dayanışma Aidatı Ödeyerek Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma), İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 15. Yıl Armağanı, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi Yayını, İstanbul 1991, s. 189; Kemal OĞUZMAN, (İlişkiler) Hukuki Yönden İşçi-İşveren İlişkileri, C. I, 4. Bası, İstanbul 1987, s. 68 vd.; Seza REİSOĞLU, (Şerh) 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi, Ankara 1986, s. 148 vd.; Nuri ÇELİK, (İş Hukuku), İş Hukuku Dersleri, 21. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2008, s. 541 vd.; Öner EYRENCİ, Toplu İş Sözleşmesinin İşyerinde Çalışan Bütün İşçilere Uygulanacak Hükümleri, Kamu-İş D., C. 1, Nisan 1988, S. 4, s. 8 vd.).
- 2 NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 182; Murat DEMİRCİOĞLU/Tankut CENTEL, İş Hukuku, 13. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2009, s. 290-293; Haluk Hadi SÜMER, (İş Hukuku), İş Hukuku, 14. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya 2008, s. 247-253.
- 3 NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 179.
- 4 NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 190.
- 5 NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 190-191; Fevzi DEMİR, (İş Hukuku Uygulaması) İş Hukuku ve Uygulaması, 5. Baskı, İzmir 2009, s. 585.
- 6 Fevzi ŞAHLANAN, (Toplu İş Sözleşmesi) Toplu İş Sözleşmesi, İstanbul 1992, s. 148, dn. 63; Yarg. 9. H.D., 30.12.1988, E. 1988/10711, K. 1988/12112, Çimento İşveren D., Ocak 1987, s. 36, Yarg. 9. H.D., 20.3.1986, E. 1986/1531, K. 1986/3176, Karardaki görüşü eleştiren karşıt görüş için bkz; EYRENCİ, İHU., TİSGLK m. 9, No: 2.
- 7 ÇELİK, İş Hukuku, s. 541; Aynı yazar, (Yararlanma) Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma, TÜTİS, Ocak 1986, s. 3-4; OĞUZMAN, İlişkiler, s. 68-69; DEMİR, İş Hukuku Uygulaması, s. 586-587; REİSOĞLU, Şerh, s. 149-150; Abdullah BERKUN/İbrahim EŞMELİOĞLU, Açıklamalı-Gerekeçli-İçtihatlı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu, Ankara 1989, s. 160; NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 189 dn. 21; Aynı yazar, (İş Hukuku II) İş Hukuku II, Toplu İş İlişkileri, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2001, s. 400-401; Melda SUR, Toplu İş Sözleşmesi Özerkliliği ve Teşmil, Ankara 1991,

- s. 83-84; ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, s. 123-126; Adnan TUĞ, Türk Hukukunda Toplu İş Sözleşmesi, T. Orman İşçileri Sendikası Yayını, Ankara 1996, s. 168-170; SÜMER, (İş Hukuku Uygulamaları) İş Hukuku Uygulamaları, 3. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya 2009, s. 489; Aynı yazar, İş Hukuku, s. 252-253; Ertan İREN, İş Hukukunda Toplu İş Sözleşmesi Hükümleri ve Hizmet Akitleri Üzerindeki Etkileri, ÇMİS Yayını, Ankara 1998, s. 14-15; A. Can TUNCAY, (Toplu İş Hukuku), Toplu İş Hukuku, Alfa Yayınevi, İstanbul 1999, s. 174; değişik görüş EYRENCİ, (Sözleşmenin Bütün İşçilere Uygulanacak Hükümleri) Toplu İş Sözleşmesinin İşyerinde Çalışan Bütün İşçilere Uygulanacak Hükümleri, Kamu-İş D., Nisan 1988, s. 13 vd.; Ömer EKMEKÇİ, Toplu İş Sözleşmesiyle Düzenleme Yetkisi, İstanbul 1996, s. 134 vd.; Talat CANBOLAT, Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanamayacak İşçiler, Yargıç Dr. Aydın Özkul'a Armağan, Kamu İş D., Cilt 6, Sayı 4, 2002, s. 166-167.
- 8 Doktrinde bu çözümün "sendikali işçilerin ödedikleri üyelik aidatı ile TİS'in yapılmasının gerektirdiği külfetleri karşılamalarına mukabil, sendika üyesi olmayanların hiçbir külfete katlanmadan aynı imkâna kavuşmalarındaki eşitliğe ve adalete aykırılık yönünden" kabul edilemezliğine işaret edilmiştir (OĞUZMAN, (Düzen Nasıl Olmalıdır) Türkiye'de Toplu İş Sözleşmesi Grev, Lokavt, Tahkim ve Arabuluculuk Düzeni Nasıl Olmalıdır, İstanbul 1973, s. 58).
- 9 NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 179-180.
- 10 NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 180-182.
- 11 ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, s. 125; DEMİR, İş Hukuku Uygulaması, s. 586-587.
- 12 ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, s. 125-126; ÇELİK, İş Hukuku, s. 541; Aynı yazar, Yararlanma, s. 4; OĞUZMAN, İlişkiler, s. 68-69; Aynı yazar, (Yararlanmaya İlişkin Sorunlar) Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanmaya İlişkin Sorunlar, Prof. Dr. Ümit DOĞANAY'ın Anısına Armağan I, İstanbul 1982, s. 62; REİSOĞLU, Şerh, s. 149-150; Kenan TUNÇOMAĞ, (İş Hukuku II) İş Hukuku, Cilt II, 2. Bası, İstanbul 1985, s. 278-279; Gerekçede farklı görüş; EYRENCİ, Sözleşmenin Bütün İşçilere Uygulanacak Hükümleri, s. 8 vd.; Ercan AKYİĞİT, İş Hukuku, 6. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2007, s. 483.
- 13 NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 179.
- 14 ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, s. 138.
- 15 Turhan ESENER, (İş Hukuku) İş Hukuku, 3. Bası, Ankara 1978, s. 479; ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, s. 138-139.
- 16 ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, s. 139. OĞUZMAN, Düzen Nasıl Olmalıdır, s. 58.
- 17 ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, s. 138-139.
- 18 NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 179 vd.; ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, s. 139-140.
- 19 ÇELİK, İş Hukuku, s. 546-547.
- 20 ÇELİK, İş Hukuku, s. 547; ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, s. 126 vd.; DEMİRCİOĞLU/CENTEL, s. 291-293; Müjdat ŞAKAR, İş Hukuku Uygulaması, 7. Baskı, Der Yayınları, İstanbul 2005, s. 434-436; AKYİĞİT, s. 483; Yargıtaya göre, TİS'in Yüksek Hakem Kurulunca yeniden yürürlüğe konulması tarihinde işçinin, işverene atfedilmeyen tutukluluk nedeniyle işine devam edememesi karşısında, TİS'den yararlanması kabul edilemez (Yarg., 9. H.D., 22.9.1987, E. 1987/7562, K. 1987/8340, Tekstil İşv. D, Mart 1988, s. 22.).
- 21 ÇELİK, İş Hukuku, s. 547; Yargıtay'a göre; bir olayda işçinin sendikaya üyeliğinin işverene bildirilmemesi nedeniyle sözleşmeden yararlanma olanağının bulunmaması ve ayrıca, işçinin emekli olduğu gün sendikaya üye olarak kıdem tazminatı isteminin iyiniyet kuralları ile bağdaşmaması nedeniyle kıdem tazminatı talebinin reddi gerekir (Yarg., 9. H.D., 5.2.1996, E. 1995/26374, K. 1996/1472, Tekstil İşv. D, Temmuz 1996, s. 14-15; Yarg., 9. H.D., 14.11.2005, E. 2005/31530 K. 2005/35922, Çalışma ve Toplum, 2006/2, s. 228-229).
- 22 Yargıtay da bir kararında; sendikaya sonradan üye olan işçinin, TİS'den yararlanmaya başladığı tarihte almakta olduğu ücreti esas alınmak suretiyle zam ve zam farkları belirlenerek fark ücreti hesaplanmalıdır, hükmüne varmıştır (Yarg. 9. H.D., 9.10.2003, E. 2003/14562, K. 2003/16477, TÜHİS, Şubat 2004, s. 66; DEMİR, İş Hukuku Uygulaması, s. 580, dn. 1735.).
- 23 Yarg. 9. H.D., 24.04.2003, E. 2003/22489, 2003/6879, Tekstil İşv. D., Ağustos 2003, s. 36-37; İşveren D., Ağustos 2003, s. 15; Yarg. 9. H.D., 06.02.2002, E. 2002/17211, K. 2002/2379, TÜHİS, Mayıs-Ağustos 2002, s. 57; Yarg. 9. H.D., 30.04.2002, E.2002/17, K.2002/6789, TÜHİS, Mayıs-Ağustos 2003, s. 78; DEMİR, İş Hukuku Uygulaması, s. 580, dn. 1737, 1738.
- 24 ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, s. 133-134.
- 25 SÜMER, İş Hukuku Uygulamaları, s. 476; Aynı yazar, İş Hukuku, s. 249; TUNÇOMAĞ, s. 414; ÇELİK, İş Hukuku, s. 547; SUR, (Toplu İlişkiler) İş Hukuku Toplu İlişkiler, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s. 303; CANBOLAT, s. 163 vd.
- 26 Münir EKONOMİ, Toplu İş Sözleşmeleri ile İlgili Yeni Yasal Düzenlemeler, Çalışma Hayatı ile İlgili Yeni Yasal Düzenlemeler, Ankara 1984, s. 59; OĞUZMAN, İlişkiler, s. 71; REİSOĞLU, Şerh, s. 140-141; TUNÇOMAĞ, Toplu İş Sözleşmesinin Bağlayıcılığı, İlgören D., Sayı 2, s. 4; ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, s. 134.
- 27 ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, s. 134; Yargıtay'a göre de Kanunun 9. maddesindeki esaslar emredici olup uyulması zorunludur (Yarg. 9. H.D., 31.3.1986, E. 1986/2492, K. 1986 / 3578, TÜHİS, Mayıs-Temmuz 1986, s. 12).
- 28 ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, s. 133-134; ÇELİK, Yararlanma, s. 9-10; REİSOĞLU, Şerh, s. 141; NARMANLIOĞLU, İHU, TİSGLK m. 9, No: 3; Karşıt Görüş, EKONOMİ, Toplu İş Sözleşmesinin Niteliği, Hükümleri, Uygulama Alanı ve Sona Ermesi Konularındaki Önceki Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, Toplu İş İlişkilerini Düzenleyen Yeni Kanunlar Karşısında Önceki Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 1983, s. 92-93, Yazar'a göre, TİSGLK m. 9 hükmü, hangi sendika üyelerinin geçmişte etkili olarak sözleşmeden yararlanabileceklerini belirtme ve tarafların imza

- tarihinden önce hizmet akdi son bulanlara sözleşmeyi uygulama serbestilerini ortadan kaldırmaktır.
- 29 Yarg. 9. H.D., 3.6.1991, 1991/1789, K. 1991/9201; Yarg. 9. H.D., 2.4.1991, E. 1990/13766, K. 1991/6802, Tekstil İşveren D., Kasım 1991, s. 16, 20; Yarg. 9. H.D., 7.2.1991, E. 1991/10159, K. 1991/1364, İşveren D., Nisan 1991, s. 17; Yarg. 9. H.D., 22.9.1988, E. 1988/6109, K. 1988/8454, Çimento İşveren D., Kasım 1988, s. 6; Yarg. 9. H.D., 11.2.1987, E. 1987/1371, K. 1987/1656, Yasa Hukuk D., Aralık 1987, s. 754; Yarg. 9. H.D., 8.4.1987, E. 1987/3350, K. 1987/3637, YKD., Ekim 1987, s. 2508; Yarg. 9. H.D., 25.12.1986, E. 1986/10427, K. 1986/11716, Yasa Hukuk D., Nisan 1987, s. 598, ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, s. 134, dn. 21.
- 30 Yarg. 9. H.D., 26.3.1987, 1987/2921, K. 1987/3184, Çimento İşveren D., Mayıs 1987, s. 38-39; Yarg. 9. H.D., 2.4.1987, E. 1987/3055/3443, İşveren D., Haziran 1987, s. 14; Yarg. 9. H.D., 26.3.1987, E. 1987/2921, K. 1987/3185, İşveren D., Mayıs 1987, s. 14, ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, s. 135, dn. 22.
- 31 ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, s. 135; Karşıt görüş, ÇELİK, İş Hukuku, s. 572-573; Yazar'a göre, sözleşmenin imzası sırasında işyerinde çalışmakta olup taraf sendikaya üye olanlar geçmiş dönemde sendika üyesi olmasalar bile, geçmişe ilişkin haklardan aidat ödemeksizin yararlanabileceklerdir.
- 32 DEMİRCİOĞLU/CENTEL, s. 291.
- 33 SÜMER, İş Hukuku Uygulamaları, s. 480; Aynı yazar, Taraf İşçi Sendikasına Üye Olan İşçiler Açısından Toplu İş Sözleşmesinden Geçmişe Etkili Olarak Faydalanmanın Başlangıcı, Çimento İşveren D., Temmuz 1997, s. 6 vd.; TUNÇOMAĞ/CENTEL, İş Hukukunun Esasları, 5. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2008, s. 383; ÇELİK, s. 546-547; Hakan KESER, Toplu İş Sözleşmesinde Geriye Etkili Yürürlük ve Yürürlüğün Başlangıcı, Çimento İşveren D., Eylül 1994, s. 7; Karşı görüş için bkz. A. Nizamettin AKTAY, (Toplu İş Sözleşmesi) Toplu İş Sözleşmesi, TÜHİS Yayını, Ankara 2000, s. 88; Aynı yazar, (AKTAY/Kadir ARICI/E. TUNCAY KAPLAN SENYEN) İş Hukuku, s. 460-462; ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, s. 135; Nüvit GEREK, Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanmada İmza Tarihi Arasında Sendikaya Üye Olanların Durumu, TÜHİS, Ağustos 1999, s. 40.
- 34 ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, s. 136-137; REİSOĞLU, Şerh, s. 142.
- 35 ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, s. 137; Karşıt görüş, REİSOĞLU, Şerh, s. 142.
- 36 Yarg. 9. H.D., 20.3.1986, E. 1986/1531, K. 1986/3176, Kamu İş/Tühis/Kamu-Sen. (Kararlar), C. 1, s. 478-479, ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, s. 137, dn. 28.
- 37 OĞUZMAN, İlişkiler, s. 72; ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, s. 137-138.
- 38 ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, s. 138; TUNÇOMAĞ/CENTEL s. 383; AKTAY, Toplu İş Sözleşmesi, s. 99; Aynı yazar, (AKTAY/ARICI/TUNCAY) İş Hukuku, s. 470; REİSOĞLU, Şerh, s. 135; Yargıtay'a göre; TİS ile öngörülen hakları henüz doğmadan işyerinden ayrılan işçi bu haklardan yararlanamaz. Bu hakların doğumu yardımı konu hallerin yaşanması veya işyerinde geçirilmesi ile doğar. Bu nedenle yeni TİS ile bu haklara ilişkin artış farkı kıdem tazminatı hesabına katılmamalıdır. (Yarg. 9. H.D., 5.4.1984, E. 1984/-3497, K. 1984/3717, İşveren D., Ocak 1985, s. 20).
- 39 ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, s. 138.
- 40 ÇELİK, İş Hukuku, s. 550; DEMİR, İş Hukuku Uygulaması, s. 584-586.
- 41 ÇELİK, İş Hukuku, s. 550.
- 42 ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, s. 152; SÜMER, İş Hukuku Uygulamaları, s. 490.
- 43 Böyle bir uygulamanın sürdürülmesi işçi için kazanılmış hak teşkil edeceğinden işveren bundan dönemez. Buna karşılık, işveren bu uygulamayı bir yanlışlık sonucu yapmışsa, bu durumda Yargıtayca kabul edildiği gibi, kazanılmış hak söz konusu olmayacak ve bundan dönebilecektir ÇELİK, İş Hukuku, s. 553; OĞUZMAN, İlişkiler, s. 77-78; EYRENCİ, İHU, TİSGLK, 3, No: 6; Yarg. 9. H.D., 19.4.1984, E. 1983/9692, K. 1984/2929, YKD., Temmuz 1985, s. 994-995 ve Yarg. 9. H.D., 21.11.1985, E.1983/8767, K.1985/10828, İşv. D., Aralık 1985, 17; TUNCAY, Toplu İş Hukuku, s. 179-180.
- 44 Yargıtay ise; işverence sözleşmenin tüm hükümlerinin uygulanmamış olmasına dayanarak sendikanın yoksun kaldığı dayanışma aidatı talebinin reddi gerektiğine hükmetmiştir (Yarg. 9. H.D., 4.3.2003, E.2002/16415, K. 2003/2828 ve T. Centel'in incelemesi, Tekstil İşv. D, Mayıs 2003, 36-38); ÇELİK, İş Hukuku, s. 553-554, dn. 51.
- 45 Yarg. 9. H.D., 3.6.1981, E.1930, K. 13733 ve Savaş TAŞKENT'in incelemesi, İHU, Sen.K. 21, No. 5; Yarg. 9. H.D., 12.9.1991, E.1991/12106, K.1991/11981, Tekstil İşv. D., Aralık 1991, s. 13; Yarg. 9. H.D., 7.5.2002, E. 2002/7370, K. 2002/7281, ÇELİK, İş Hukuku, s. 554, dn. 52.
- 46 Ayrıntılı bilgi ÇELİK, Toplu İş Sözleşmesine Taraf Teşekküle Üye Olmayanların Durumu, İHD, Şubat 1969, s.159, 165 vd.; Aynı yazar, Toplu İş Sözleşmesinde Sözleşme Farkının Korunmasına İlişkin Kayıt, Çimento İşv. D, Temmuz 1992, s. 9-15.
- 47 ÇELİK, İş Hukuku, s. 553-554; DEMİR, İş Hukuku Uygulaması, s. 588; ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, s. 153.
- 48 ÇELİK, İş Hukuku, s. 554, dn. 54; Aynı yazar, Toplu İş Sözleşmesine Taraf İşçi Teşekkülüne Üye Olmayan İşçilerin Üst Kademelere Yükseltmeleri, İHD, Ağustos 1969, s. 721-722; OĞUZMAN, Hukuki Yönden İşçi-İşveren İlişkileri, Olaylar-Kararlar, İstanbul 1987, s. 117-119; Yarg. 9. H.D., 20.5.1985, E. 985/2546, K. 19201985/5437, İşv. D., Temmuz 1985, s. 17-19; TUNCAY, Toplu İş Hukuku, s. 125; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku II, s. 440-442; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 409-410; Ercan GÜVEN/Ufuk AYDIN, İş Hukuku, 3. Baskı, Eskişehir 2002, s. 275; SUR, Toplu İlişkiler, s. 316-317.
- 49 ÇELİK, İş Hukuku, s. 542.
- 50 Yargıtay verdiği bir içtihadı birleştirme kararı ile toplu sözleşmeye taraf sendikaya üye olmayan işçinin dayanışma aidatı ödeyerek TİS'den yararlanmak istemesi halinde sendikanın yazılı muvafakatine gerek

- olmadığı sonucuna varılabilmisti. (Yargıtay Hukuk Bölümü İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, 21.1.1979, E. 1978/6, K. 1978/1, RG., 17.03.1979, 16581) 2822 sayılı Yasayla bu duruma kesinlik kazandırılmıştır (ÇELİK, İş Hukuku, s. 548).
- 51 ÇELİK, İş Hukuku, s. 548; DEMİR, İş Hukuku Uygulaması, s. 583-584; ŞAKAR, s. 435-436.
- 52 NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 191-192; Aynı yazar, İş Hukuku II, s. 419-422; TUNCAY, Toplu İş Hukuku, s. 176-177; DEMİR, İş Hukuku Uygulaması, s. 584-585; DEMİRCİOĞLU/CENTEL, s. 291-293; TUĞ, s. 188-191; AKTAY, Toplu İş Sözleşmesi, s. 99-101; Aynı yazar, (AKTAY/ARICI/TUNCAY) İş Hukuku, s. 470-472; SUR, Toplu İlişkiler, s. 310-312; AKYİĞİT, s. 485; SÜMER, İş Hukuku, s. 250-252.
- 53 NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 192-193.
- 54 NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 193; ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, s. 140; DEMİR, İş Hukuku Uygulaması, s. 583.
- 55 ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, s. 140.
- 56 ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, s. 141; SÜMER, İş Hukuku Uygulamaları, s. 486; DEMİR, İş Hukuku Uygulaması, s. 581.
- 57 OĞUZMAN, İlişkiler, s. 4 vd; TUNÇOMAĞ, İş Hukuku II, s. 435; NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 194.
- 58 NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 194-195.
- 59 NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 195-196; ŞAKAR, s. 436.
- 60 DEMİR, İş Hukuku Uygulaması, s. 581.
- 61 OĞUZMAN, İlişkiler, s. 73/74; TUNÇOMAG, İş Hukuku II, s. 286; ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, s. 141.
- 62 ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, s. 141-142.
- 63 ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, s. 142; Halid Kemal ELBİR, İş Hukuku, İstanbul 1987, s. 180; DEMİR, İş Hukuku Uygulaması, s. 584.
- 64 Nitekim doktrinde de bu hüküm bu şekilde geniş olarak anlaşılmaktadır (Bkz. OĞUZMAN, İlişkiler, s. 74; Kenan TUNÇOMAĞ, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 1988, s. 418-419; REİSOĞLU, Şerh, s. 147; NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 198-199).
- 65 REİSOĞLU, Şerh, s. 145.
- 66 NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 198-201; TUNCAY, Toplu İş Hukuku, s. 175-179; SÜMER, İş Hukuku Uygulamaları, s. 478; Aynı yazar, İş Hukuku, s. 250-252; AKTAY, Toplu İş Sözleşmesi, s. 99-101; Aynı yazar, (AKTAY/ARICI/TUNCAY) İş Hukuku, s. 470-472; ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, s. 140; TUĞ, s. 189-191; ŞAKAR, s. 436; SUR, Toplu İlişkiler, s. 310-311; AKYİĞİT, s. 484-486.
- 67 OĞUZMAN, İlişkiler, s. 74; REİSOĞLU, Şerh, s. 145; NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 200; TUNÇOMAĞ, İş Hukukunun Esasları, s. 419.
- 68 NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 200-201, dn. 45.
- 69 NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 201.
- 70 NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 201-202; ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, s. 142-143; AKYİĞİT, s. 483.
- 71 OĞUZMAN, Yararlanmaya İlişkin Sorunlar, s. 54; NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 202; DEMİR, İş Hukuku Uygulaması, s. 582.
- 72 ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, s. 151; TUNCAY, Toplu İş Hukuku, s. 188; ŞAKAR, s. 435; SÜMER, İş Hukuku Uygulamaları, s. 487; Aynı yazar, İş Hukuku, s. 250; TUĞ, s. 192; SUR, Toplu İlişkiler, s. 307.
- 73 NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 202; ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, s. 142-143.
- 74 NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 203; OĞUZMAN, İlişkiler, s. 79; REİSOĞLU, Şerh, s. 330; ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, s. 151-152.
- 75 NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 203; ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, s. 151; REİSOĞLU, Şerh, s. 330.
- 76 ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, s. 152; SÜMER, İş Hukuku Uygulamaları, s. 487; Aynı yazar, İş Hukuku, s. 250.
- 77 NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 203; SÜMER, İş Hukuku Uygulamaları, s. 477; Kapsam Dışı Personel hakkında geniş bilgi için bkz. İbrahim SUBAŞI, "Türk İş Hukukunda Kapsam Dışı Personel", Prof. Dr. Metin KUTAL'a Armağan, TÜHİS Yayını, Ankara 1998, s. 167-200.
- 78 NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 203-204; TUNCAY, Toplu İş Hukuku, s. 186-187; ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, s. 149; ŞAKAR, s. 435-436; DEMİR, İş Hukuku Uygulaması, s. 582; AKTAY Toplu İş Sözleşmesi, s. 111-114; Aynı yazar, (AKTAY/ARICI/TUNCAY) İş Hukuku, s. 481-483; SUR, Toplu İlişkiler, s. 306-307.
- 79 ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, s.143, 149-150; DEMİRCİOĞLU/CENTEL, s. 291-292.
- 80 NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 205; İşyerinin değişik işverenlere geçmesi, yani el değiştirmesi halinde, işçinin yeni işverenlerinin başka sendikalarla yaptığı toplu iş sözleşmelerinden yararlanması da mümkün değildir. "Zira değişen işverenlerin yaptığı toplu iş sözleşmeleri yapıldığı tarihteki bu işverenlere ait işyerlerini kapsayacaktır. Devralınan işyerinin yapılmış uygulamaya konulmuş toplu iş sözleşmelerinin kapsamında olduğu düşünülemez. Böyle olunca yeni işverenin taraf olduğu TİS'in işçi yanını oluşturan sendikaya üye olması veya dayanışma aidatı ödemesi de durumu değiştirmez ve kendi çalıştığı işyerini kapsamayan bu sözleşmelerden davacı yararlanamaz." (Yarg. 9. H.D., 24.9.1987, E. 7687, K. 8467, Tekstil İşveren D., Eylül 1988, S. 126, s. 22).
- 81 OĞUZMAN, İlişkiler, s. 75; NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 205; SÜMER, İş Hukuku Uygulamaları, s. 477-478.
- 82 NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s.c 206; DEMİR, İş Hukuku Uygulaması, s. 584-585; SÜMER, İş Hukuku Uygulamaları, s. 479.
- 83 ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, s. 143-144; OĞUZMAN, Yararlanmaya İlişkin Sorunlar, s. 59-61; NARMANLIOĞLU,

- Dayanışma Aidatı, s. 206-207; DEMİRCİOĞLU/CENTEL, s. 292.
- 84 OĞUZMAN, Yararlanmaya İlişkin Sorunlar, s. 59; Aynı yazar, İlişkiler, s. 74; NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 206.
- 85 OĞUZMAN, Yararlanmaya İlişkin Sorunlar, s. 61; Aynı yazar, İlişkiler, s. 76.
- 86 NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 206.
- 87 Talep konusunda ayrıntılı bilgi için ÇELİK, İş Hukuku, s. 548-549; NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, 206 vd.; ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, s.143 vd.; Yargıtay, dayanışma aidatı ödeyerek sözleşmeden yararlanabilmek için, isabetli olarak, her yeni sözleşme dönemi için ayrı başvuru yapılması gerektiğini kabul etmiştir (Yarg., 9. H.D., 12.3.1997, E. 1997/3861, K. 1997/4850, Tekstil İşv. D., Haziran 1997, s. 20; Yarg., 9. H.D., 16.9.1998, E. 1998/12008, K.1998/13080, Tekstil İşv. D., Kasım 1998, s. 23), ÇELİK, İş Hukuku, s. 548-549, dn. 30); Yargıtaya göre; Henüz TİS imzalanmadan, bağitlanmayan TİS'nden dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma isteği ile dilekçe verildiğinden, TİS imzalandıktan sonra ayrıca bir dayanışma aidatı kesintisi için bir dilekçe verilmediğinden TİS'den yararlandırılması yerleşmiş kararlara aykırı düşmektedir (Yarg., HGK., 31.01.2007, E. 2007/9-27, K. 2007/47, Corpus Mevzuat ve İçtihat Programı, 24.4.2009).
- 88 NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 207.
- 89 NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 207.
- 90 NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 207.
- 91 Yarg. 9. H.D., 17.3.1997, E. 1997/4335, K. 1997/5219, Tekstil İşv. D, Temmuz 1997, s. 17.
- 92 ÇELİK, İş Hukuku, s. 548-549.
- 93 NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 207; ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, s. 144.
- 94 OĞUZMAN, İlişkiler, s. 74;
- 95 ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, s. 144.
- 96 AKYİĞİT, s. 485.
- 97 NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 208; TİSGLK'nın 9'uncu maddesinde öngörülen imkândan yararlanmak tamamen işçiye, işçinin isteğine bırakılmıştır; o böyle bir istekte bulunduğu ve dayanışma aidatı ödemediği sürece bu hakka sahiptir. TİS tarafları işçinin bu konudaki irade beyanına uymak zorundadırlar. TİS'in taraflarının bu hakkın kullanılmasına razı olmaları gerekmediği gibi, işçinin bu hakkını kullanması için bir mahkeme kararına ihtiyaç da yoktur. Bu konuda bir uyumsuzluk mahkemeye götürülmüş olsa bile yargı kararı izhari (açıklayıcı) bir nitelik taşıyacaktır. (NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 208-209, dn. 66).
- 98 ESENER, İş Hukuku, s. 487.
- 99 NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 209.
- 100 ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, s. 144; SÜMER, İş Hukuku Uygulamaları, s. 478.
- 101 DEMİR, İş Hukuku Uygulaması, s. 585; SÜMER, İş Hukuku Uygulamaları, s. 478.
- 102 NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 208; Bkz. REİSOĞLU, Şerh, s. 196.
- 103 NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 211.
- 104 Hatta SK'ya göre; işçi sendikasının yazılı talebi ve aidatı kesilecek sendika üyesi işçilerin listesini vermesi üzerine işveren sendika tüzüğü uyarınca üyelerin sendikaya ödemeyi kabul ettikleri üyelik aidatını ve TİSGLK gereğince sendikaya ödenmesi gerekli dayanışma aidatını işçilere yapacağı ücret ödemesinden kesmeye şeklindeki ifadesinden işverenin sendika üyesi işçilerin "üyelik aidatını" kesip göndermesi için sendikanın talebinin gerekmesine karşılık, sendikanın böyle bir talebi olmaksızın da işverenin kendisine dayanışma aidatı yoluyla sözleşmeden yararlanma talebinde bulunan işçinin "dayanışma aidatını" kesme zorunda olduğu söylenebilir. ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, s. 146, dn. 53; OĞUZMAN, İlişkiler, s. 76.
- 105 Yarg. 9. H.D., 28.12, E. 1982/9375, K. 1982/10237, İşveren D., Mayıs 1983, s. 17-18; Yarg. 9. H.D., 11.8.1981, E. 1981/8864, K. 1981/9591, İşveren D., Kasım 1981, s. 15; ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, s. 146, dn. 54.
- 106 ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, s. 145; TUNÇOMAĞ, (İş Hukuku II), İş Hukuku, Cilt II, 2. Bası, İstanbul 1985, s. 288-289.
- 107 ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, s. 145; ÇELİK. (Yararlanma) Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma, TÜHİS, Ocak 1986, s. 6; OĞUZMAN, İlişkiler, s. 76; ŞAKAR, s. 436.
- 108 NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 212-213.
- 109 Dayanışma aidatının üyelik aidatından daha az miktarda belirlenmiş olması nedenleri üzerinde doktrinde duran yazarlar vardır. Örneğin bazı yazarlar; her iki aidatın eşit kılınmasının mümkün olamayacağını, çünkü böyle bir eşitliğin örtülü ve dolaylı bir biçimde de olsa işçiye sendikaya üye olmaya zorlama olarak kabul edebileceğini belirtmektedir. (ÇELİK, Toplu İş Sözleşmesi Açısından Yargıtay'ın 1975 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi (Tebliğ), Yargıtay'ın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1975, Eskişehir 1976, s.195-196); Bazı yazarlar da; dayanışma aidatı miktarının ölçülü olmasının gerektiğini; aidat miktarı "yüksek olduğu takdirde toplu iş sözleşmesi dışında kalan işçilerin bu sözleşmeden yararlanabilme yolları"nın kapanacağını; ayrıca "sendikasız işçiler bu suretle sendikaya girmeye zorlanacağı için, aidatın sendika aidatına çok yaklaştırılması"nın kişilik haklarına hatta sendika özgürlüğüne de aykırı düşeceğini; aidat miktarının düşük tutulması ise, taraf sendikasının üyelerini yitirmesi sonucunu doğuracağını dile getirmektedir (TUNÇOMAĞ, İş Hukukunun Esasları, s. 420).
- 110 TUNÇOMAĞ, İş Hukuku II, s. 289; OĞUZMAN, İlişkiler, s. 76.
- 111 ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, s. 145.
- 112 ÇELİK, İş Hukuku, s. 548-549; TUNCAY, Toplu İş Hukuku, s. 177-178.
- 113 Karş. ESENER, İş Hukuku, s. 81-82; Münir EKONOMİ,

- Toplu İş Sözleşmesinde Taraf İşçi Teşekkülüne Üye Olmayan İşçilerin Sözleşmeden Faydalanmaları, İktisat ve Maliye Dergisi, Ekim 1964, s. 256, 260.
- 114 Cahit TALAS, Sosyal Ekonomi, II. Kitap, 4. Bası, Ankara 1976, s. 247; Alpaslan IŞIKLI, İş Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2005, s. 228-229, 312-313.
- 115 ÇELİK, İş Hukuku, s. 549-550; DEMİRCİOĞLU/CENTEL, s. 292-293.
- 116 Bazı yazarlara göre; dayanışma aidatının miktarı, üyelik aidatının üçte ikisi değil, en çok üçte ikisidir. Böylece yazar, kanunen sözkonusu aidatın azami (üst) sınırının tasrih edildiği kanısındadır. (Bkz. TUNÇOMAG, İş Hukuku II, s. 288).
- 117 TUNÇOMAG, İş Hukuku II, s. 289; NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 215-216.
- 118 NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 216.
- 119 NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 216-217.
- 120 OĞUZMAN, Yararlanmaya İlişkin Sorunlar, s. 60-61, NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 217.
- 121 NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 217.
- 122 ÇELİK, İş Hukuku, 569-570; EKONOMİ, Yeni Yasal Düzenlemeler, s. 59; değişik görüş OĞUZMAN, İlişkiler, s. 81-83.
- 123 ÇELİK, İş Hukuku, 569-570.
- 124 SÜMER, İş Hukuku Uygulamaları, s. 475; ÇELİK, İş Hukuku, 569; TUNÇOMAG, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 1988, s. 401; OGUZMAN, İlişkiler, s. 81; TUĞ, s. 194.
- 125 TUĞ, s. 194; SUR, Toplu İlişkiler, s. 254; ÇELİK, İş Hukuku, 569; SÜMER, İş Hukuku Uygulamaları, s. 475.
- 126 ÇELİK, İş Hukuku, 569; TUNCAY, Toplu İş Hukuku, s. 193; EKMEKÇİ, s. 215; SUR, Toplu İlişkiler, s. 287; M. Erdem ÖZDEMİR, Toplu İş Sözleşmesinin Geçmiş Etkili Olarak Yürürlüğe Konulması, Yargıç Aydın ÖZKUL'a Armağan, Kamu-İş D., C. 6, S. 4, 2002, s. 143 vd.
- 127 TUNÇOMAG, İş Hukukunun Esasları, s. 401; TUNCAY, Toplu İş Hukuku, s. 193; TUĞ, s. 196; SÜMER, İş Hukuku Uygulamaları, s. 475.
- 128 DEMİR, İş Hukuku Uygulaması, s. 580-581.
- 129 SÜMER, İş Hukuku Uygulamaları, s. 475-476; Aynı yazar, İş Hukuku, s. 247-248; ÇELİK, İş Hukuku, s. 570. REİSOĞLU, Şerh, s. 136-140; AKTAY, Toplu İş Sözleşmeleri ve Toplu İş Uyuşmazlıklarının Çözüm Yolları, Ankara 1990, s. 90.
- 130 AKTAY, Toplu İş Sözleşmesi, s. 87-89; OĞUZMAN, İlişkiler, s. 81; TUĞ, s. 194; SUR, Toplu İlişkiler, s. 287; SÜMER, İş Hukuku Uygulamaları, s. 475-476
- 131 ÇELİK, İş Hukuku, s. 570-571; Aynı yazar, Toplu İş Sözleşmesinin Yapılmasının Uzaması, s. 213 vd.; ESENER, İş Hukuku, s. 515 vd.; EKONOMİ, Yeni Yasal Düzenlemeler, s. 59; REİSOĞLU, Şerh, s. 137; ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, s. 188 vd.; EKMEKÇİ, s. 216-217; Cevdet İlhan GÜNAY, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Hukuku, Ankara 1999, s. 297; TUNCAY, Toplu İş Hukuku, s. 193; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku II, s. 452-453; ÖZDEMİR, s. 144-145; aksi görüş OĞUZMAN, İHU 1975, İş K. 13, No. 2; Aynı yazar, İlişkiler, 71.
- 132 Ayrıntılı bilgi için ÇELİK, Toplu İş Sözleşmesinin Yapılmasının Uzaması, s. 213 vd.
- 133 ÇELİK, İş Hukuku, s. 571; ESENER, İş Hukuku, s. 516; REİSOĞLU, Şerh, s. 138; ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, s. 191; TUNCAY, Toplu İş Hukuku, s. 194; SUR, Toplu İlişkiler, s. 289; ÖZDEMİR, s. 146;
- 134 ÇELİK, İş Hukuku, s. 571; ÖZDEMİR, s. 150.
- 135 ÇELİK, İş Hukuku, s. 572.
- 136 Yargıtaya göre; Yasanın 9. maddesindeki esaslar kamu düzeni ile ilgili olup bunlara uyulması zorunludur; aksine yapılan sözleşmeler geçersizdir. (Yarg. 9. H.D., 31.3.1986, E. 1986/2492, K. 1986/3578, TÜHİS, Mayıs-Temmuz 1986, s. 12-14; Yarg. 9. H.D., 28.3.1988, E. 1988/1310, K. 1988/3570, Tekstil İşv. D, Nisan 1989, s. 20-21), ÇELİK, İş Hukuku, s. 573.
- 137 Bu konuda bkz. ÇELİK, Toplu İş Sözleşmesinin Uygulanma Alanı, s. 25 vd.
- 138 ÇELİK, İş Hukuku, s. 573; Aynı yazar, İHU., 1980/II, TSGLK. 7, No: 7; OĞUZMAN, İlişkiler, s. 83; REİSOĞLU, Şerh, s. 140; BERKSUN/EŞMELİOĞLU, s. 163; SÜMER, İş Hukuku Uygulamaları, s. 214; TUNÇOMAG/CENTEL, s. 371-372.
- 139 ÇELİK, İş Hukuku, s. 572-573.
- 140 Yarg. 9. H.D., 6.4.1989, E. 1989/246, K. 1989/3185, İş ve Hukuk D., Kasım-Aralık 1989, s. 83-84; Yarg. 9. H.D., 20.3.1990, E. 1990/67, K. 1990/3146, Türk Kamu-Sen D., Mart 1990, s. 34; benzer görüş EYRENCİ, İHU, 1980, TSGLK. 7, No. 8; Oğuz ÖZBEK, Sendikacılık ve Toplu Sözleşme Mevzuatı, 2. Baskı, İstanbul 1986, s. 285; ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, s. 135 vd.; TUNCAY, 1990 Yılı Kararları Semineri, s. 120; Aynı yazar, Toplu İş Hukuku, s. 173, 195; EKONOMİ, 1994 Yılı Kararları Semineri, s. 96; Aynı yazar, 1997 Yılı Kararları Semineri, s. 224; AKTAY, Geçmiş Etkili Yürürlüğe Giren Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma, Kamu-İş D., Ocak 1998, s. 45-48; EKMEKÇİ, s. 124-125; Nüvit GEREK, Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanmada İmza Tarihi İle Yürürlük Tarihi Arasında Sendika Üyesi Olanların Durumu, TÜHİS, Ağustos 1999, s. 37-40; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku II, s. 409-410, 426-427; ÖZDEMİR, s. 153-155.
- 141 ÇELİK, İş Hukuku, s. 573-574; NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 218 vd.; Aynı yazar, İş Hukuku II, s. 425-426; ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, s. 147-148; SÜMER, İş Hukuku Uygulamaları, s. 216; CANBOLAT, s. 180-181; aksi görüş OĞUZMAN, İlişkiler, s. 75; REİSOĞLU, Şerh, s. 147-148; TUNÇOMAG/CENTEL, s. 387-388; EKMEKÇİ, s. 161 vd.; AKTAY, Toplu İş Sözleşmesi, 103-104.
- 142 Yarg. 9. H.D., 31.3.1986, E. 1986/2492, K. 1982/3578, TÜHİS, Mayıs-Temmuz 1986, s. 12-14; Yarg. 9. H.D., 30.9.1986, E. 1986/6715, K. 1986/8604 ve N. ÇELİK'in incelemesi, Hukuk Araştırmaları, M.Ü. Hukuk Fakültesi Yayını, Ocak-Nisan 1987, s. 52-53; Yarg. 9. H.D, 28.3.1988, E. 1988/1310, K. 1988/3570, Tekstil İşv. D, Nisan

- 1989, s. 20-21; Yarg. 9. H.D., 15.2.2006, E. 2005/20647, K. 2006/3670, Çalışma ve Toplum, 2006/2, s. 150-151 ve N. CANIKLIOĞLU'nun kararı isabetsiz bulan incelemesi. Sicil İHD, Haziran 2006, s. 122-128.
- 143 ÇELİK, İş Hukuku, s. 573-574; NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 220; SÜMER, İş Hukuku Uygulamaları, s. 284-285; aksi yönde EKMEKÇİ, s. 168.
- 144 EYRENCİ'nin, Yarg. 9. H.D., 28.7.1980 ve 4.12.1980 tarihli kararlarına ilişkin incelemesi, İHU, TSGLK. 7 (No. 8 ve 9); 2822 sayılı Yasa döneminde de Yargıtay aynı gerekçeyi sürdürmektedir (Yarg. 9. HD., 16.4.1985, E. 1985/2154 K. 1985/4167, YKD, Haziran 1985, 829-831); Yargıtayın görüşünde NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 222-224; TUNCAY, Toplu İş Hukuku, s. 175.
- 145 ÇELİK, İş Hukuku, s. 574-575; Aynı yönde CANBOLAT, s. 181.
- 146 ÇELİK, İş Hukuku, s. 574-575.
- 147 ÇELİK, İş Hukuku, s. 575; Ali GÜZEL, 1996 Yılı Kararları Semineri, s. 192-193; Berin ERGİN, 1999 Yılı Kararları Semineri, s. 246-247; ÖZDEMİR, s. 158-159; aksi görüş EKONOMİ, Yeni Yasal Düzenlemeler, s. 59; Aynı yazar, 1994 Yılı Kararları Semineri, s. 95-96 ve 1997 Yılı Kararları Semineri, s. 225-226; OĞUZMAN, İlişkiler, s. 83; REİSOĞLU, Şerh, s. 140-141; ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, s. 134; EKMEKÇİ, s. 126-127; TUNCAY, Toplu İş Hukuku, s. 172, 195; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku II, s. 412-413; TUNÇOMAĞ/CENTELE, s. 384.
- 148 ÇELİK, İş Hukuku, s. 575-576; Bkz. Yarg. 9. H.D., 20.2.1997, E. 1996/19894, K. 1997/2841, Tekstil İşv. D., Mayıs 1997, s. 21-22; Yarg. HGK, 15.10.1997, E. 1997/9-543, K.1997/827, YKD., Ocak 1998, s. 5-6; Yarg. 9. H.D., 30.12.1999, E. 1999/18054, K. 1999/20468, Çimento İşv. D., Mart 2000, s. 43; Yarg. 9. H.D., 2.2.2000, E. 2000/786, K. 2000 / 842, İşv. D., Nisan 2000, s. 15; Yarg. 9. H.D., 16.1.2002, E. 2001/15941, K. 2002/283; Yarg. 9. H.D., 24.4.2003, E. 2002/22489, K. 2003/6879, Tekstil İşv. D., Ağustos 2003, s. 36-37; Yarg. 9. H.D., 20.1.2004, E. 2003/18300, K. 2004/426, Tekstil İşv. D., Ekim 2004, 36-38; ÇELİK, İş Hukuku, s. 576, dn. 43.
- 149 Yarg. 9. H.D., 31.3.1986, E. 1986/2492, K. 1986/3578, TÜHİS, Mayıs-Temmuz 1986, s. 12-14; Yarg. 9. H.D., 28.3.1988, E. 1988/1310, K. 1988/3570, Tekstil İşv. D., Nisan 1989, s. 20-21, ÇELİK, İş Hukuku, s. 576, dn. 45.
- 150 Yarg. 9. H.D., 26.3.1987, E. 1987/2921, K. 1987/3184, Tekstil İşv. D., Kasım 1987, s. 21; Yarg. HGK, 5.6.1987, E. 1986/9-666 K.1987/457, Tekstil İşv. D., Mart 1988, s. 20-21; Yarg. 9. H.D., 2.4.1991, E. 1990/13766, K. 1991/6802, Tekstil İşv. D., Kasım 1991, s. 20, ÇELİK, İş Hukuku, s. 576, dn. 46.
- 151 ÇELİK, İş Hukuku, s. 576.
- 152 NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 217.
- 153 ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, s. 147; OĞUZMAN, Yararlanmaya İlişkin Sorunlar, s. 60; NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 218.
- 154 OĞUZMAN, Yararlanmaya İlişkin Sorunlar, s. 60; NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 218.
- 155 Bkz. Metin KUTAL, Sosyal Hukuk ve Uygulaması, İktisat ve Maliye, C. XXVIII, Kasım 1981, S. 8, s. 362 .
- 156 NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 218.
- 157 TUNÇOMAĞ, İş Hukuku II, s. 290.
- 158 Yarg., 9. H.D., 30.9.1986, E. 1986/7615, K. 1986/8604, İşveren D., Şubat 1987, s. 17; Yarg., 9. H.D., 16.4.1985, E. 1985/2154, K. 1985/4167, İşveren D., Mayıs 1985, s. 17, ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, s. 147, dn. 59.
- 159 Bkz. HGK., 10.12.1980, E. 1980/9-2543, K. 1980/2647 (İşveren D., C.XIX, Nisan 1981, S. 7, s. 15-16) Ayrıca kararda, "işveren tarafından bazı işçilerin başvuru tarihinden önceki durumdan yararlandırılmış olmaları"nın davacı (işçi)'ya bir hak bahşetmeyeceği de dile getirilmiştir.
- 160 NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 218.
- 161 NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 218-219.
- 162 NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 219.; Aynı yazar, Toplu İş Sözleşmesinin İmzasından Önce Dayanışma Aidatı Ödeyerek Sözleşmeden Yararlanma Talebinde Bulunan İşçinin İmza Tarihinden İtibaren Yararlanabilmesi, İHU. TSGLK 9 (No 1).
- 163 Bkz. 9. H.D., 30.9.1986, E. 986/6715, K. 986/8604 (İşveren D., C.XXV, Şubat 1987, S. 5, s. 17); Ayrıca bkz. 9. H.D., 16.4.1985, E. 985/2154, K. 985/ 4167 (İşveren D., C.XXIII, Mayıs 1985, S. 8, s. 17. vd.); NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 219.
- 164 Bkz. 9. H.D., 16.11.1989, E. 6652, K. 9865 (Tekstil İşveren D., Haziran 1990, S. 146, s. 16-17).
- 165 NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 219; SÜMER, İş Hukuku Uygulamaları, s. 481-482; 2822 sayılı Yasanın 9. maddesi hükmünce dayanışma aidatı ödemek suretiyle TİS'den yararlanma talep tarihinden geçerlidir. Talebin ise imza tarihinden yapılabileceği aynı madde içeriğinden anlaşılabilir olduğu gibi, bu husus Yargıtay içtihatları gereğidir." (Yarg., 9. H.D., 20.3.1986, E. 986/1531, K. 986/3176, Yargıtay Kararları Dergisi, C.XIII, Şubat 1987, S. 2, s. 241 vd.; Yarg., 9. H.D., 28.3.1988, E. 1988/1310, K. 1988/3570, Tekstil İşveren, Nisan 1989, S. 133, s. 20-21).
- 166 NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 219-220.
- 167 Bazı yazarlar da; "aksi görüşün benimsenmesi, geçmişe ilişkin dayanışma aidatlarının toplu olarak işverence kesilmesi gibi ayrıca eleştirilebilecek bir sonucun kabulünü de gerekli kılabilir." diyerek aksi çözümler kabul edilmezliğine yerinde olarak dikkat çekmektedir. (Bkz. ÇELİK, Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma, TÜHİS, Ocak 1986, S. 1, s. 8)
- 168 NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 220.
- 169 OĞUZMAN, İlişkiler, s. 32 vd; TUNÇOMAĞ, İş Hukuku II, s. 237 vd.; REİSOĞLU, Şerh, s. 78 vd., NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 220.
- 170 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. OĞUZMAN, İHU., İş K. 13, No: 2; ESENER, İHU, TSGLK. 1 No: 9; ÇELİK, Toplu İş Sözleşmesinin Yapılmasının Uzaması Nedenleri ve Getirdiği Hukuki Sorunlar; İHTİAD., 1975, S. 1, s. 201 vd.; REİSOĞLU, Seza: Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt

Kanunu, Şerhi, 2. Bası, Ankara 1975, s. 133 vd.; ESENER, İş Hukuku, s. 515 vd.; Şener AKYOL, Toplu İş Sözleşmesinin Yürürlük Tarihinin İmza Tarihinden Önceye Alınması ve Mirasçılardan Sözleşmeden Yararlanmaları, İHU., TSGLK. 1, No: 6; Devrim ULUCAN, Toplu İş Sözleşmesinin Fesih ile İlgili Hükümlerinin Geriye Etkisi, İHU., TSGLK. 1, No: 14; GÜZEL, Yürürlük Başlangıcı Geriye Götürülen Toplu İş Sözleşmesinin Çalışma Süresine İlişkin Hükümünün Etkisi, İHU., TSGLK. 1, No. 17.

171 NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 220-221.

172 ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, s. 147.

173 Doktrinde yasanın bu düzenleme biçimini isabetsiz bulanlar vardır. Bazı yazarlar; yasanın mevcut düzenlemesi karşısında TİS'in geçmişe ilişkin haklarından yararlanabilmek için diğer işçilerin de TİS'in imzası tarihinde üye olmak zorunda kalacağını bu durumun olumsuz sendika özgürlüğüne, sendikaya üye olmama ilkesine ters düştüğünü savunmaktadır. (Bkz. ÇELİK, Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma, s. 8).

174 NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 221-222; Krş., OĞUZMAN, İlişkiler, s. 75, TİS'in gerçek anlamıyla makale teşmil edilemeyeceğini; yürürlük tarihinin geriye götürülmesi bazı hakların geçmişi içine alır şekilde hesaplanması işlemi olduğunu savunan yazar, "bir toplu iş sözleşmesinin imzası tarihinde dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma talebinde bulunmuşsa - tıpkı sözleşmenin imzasından biraz önce sendikaya üye olan bir işçinin sözleşmenin geriye etki hükmünden yararlanması gibi - onun bu sözleşmenin bütün hükümlerinden ve bu arada geriye yürürlük hükmünden yararlanması" gerekeceğini savunmaktadır. (Ayrıca bkz. OĞUZMAN, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, 1986, Tebliğ, s. 184, s. 209 vd.).

175 NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 222.

176 NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 222-223; Bkz. NARMANLIOĞLU, İHU., TSGLK. 9, No: 1; ÇELİK, Yararlanma, s. 8; Karşıt görüşle dayanışma aidatı yoluyla yararlanmanın geriye etkili olabileceğini savunan yazarlar, REİSOĞLU, Şerh, s. 86; OĞUZMAN, İlişkiler, s. 75.

177 Bkz. Yarg., HGK., 1.6.1983, E. 981/9-315, K. 983/609, Ajans TÜBA, İİÇB, s. 458.

178 Bkz. Yarg., 9. H.D., 16.4.1985, E. 985/2154, K. 985/4167, YKD., Şubat 1986, s. 226; (Karar ve NARMANLIOĞLU'nun incelemesi için bkz. İHU., TSGLK. 9, No: 1) Krş. REİSOĞLU, Şerh, s. 147, Dayanışma aidatının Anayasa güvencesi altında olan sendikaya üye olmama hürriyetinin bir garantisi olduğunu; sendikaya üye olmak istemeyen işçilerin dayanışma aidatı ödeyerek, TİS'den yürürlük tarihinden itibaren yararlanabilmelerinin Anayasa gereği olduğunu ve. TSGLK. m. 9'un buna imkân verdiğini öne süren yazar; Yargıtay'da bu kararı dolayısıyla eleştirmekte ve eleştirilerini iki noktaya hasretmektedir: Yazar, o işyerinde çalışan işçiler için imza tarihinden önce de üye olabilmek imkânının bulunduğunu, bu şekilde toplu sözleşmeden geriye doğru yararlanabileceklerini; ayrıca "toplular sözleşmesine koyulacak hükümlerle sonra üye olan sendika üyelerinin yürürlük tarihinden itibaren sözleşmeden yararlanabileceklerini" öne sürmekte ve bu

durumların Yargıtay'ca gözden kaçırıldığını kaydetmektedir. İşçinin imzadan önce taraf sendikaya üye olabilmesi imkânının bulunması imza tarihinde üye olmayanların yürürlük tarihinden itibaren TİS'nden yararlanabileceklerine gerekçe yapılamaz. İddia edildiği gibi, toplu iş sözleşmelerine bu konuda hüküm konulması da mümkün olmamak gerekir. Zira TSGLK. m. 9 hükmü kamu düzenine ilişkin, kesin bağlayıcı bir nitelikte olup buna aykırı olarak yapılan sözleşme hükümleri geçerli değildir. Nitekim Yargıtay da bir kararında hükmün bu niteliğini belirtmiş ve "gerek taraf sendika üyeleri ve gerekse dayanışma aidatı ödemek suretiyle TİS'den yararlanmak isteyenler yönünden" öngörülen esasların kamu düzeniyle ilgili bulunduğunu, uyulması zorunlu olduğunu; aksine sözleşmelerin geçersiz olduğunu (9. H.D., 20.3.1986, E. 986/1531, K. 986/3176, Yargıtay Kararları Dergisi, C. XIII, Şubat 1987, S. 107, s. 19) isabetli olarak dile getirmiştir. (NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 222, dn. 107).

179 Yarg. 9. H.D., 28.3.1988, E. 1988/1310, K. 1988/3570, Tekstil İşveren D., Nisan 1989, s. 20; Yarg. 9. H.D., 20.3.1986, E. 1986/1531, K. 1986/376, Yasa Hukuk D., Ekim 1986, s. 1398; Yarg. 9. H.D., 1.3.1986, E. 1986/2492, K. 1986/3578, TÜHİS, Mayıs-Temmuz. s. 12; Yarg. 9. H.D., 30.9.1986, E. 1986/6715, K.1986/8604, İşveren D., Şubat 1987, s. 17; Yarg. 9. H.D., 30.12.1986, E. 1986/10711, K. 1986/12112, Çimento İşveren D., Ocak 1987, s. 36; Yarg., 9. H.D., 19.1.1983, 1982/9565, K. 1983/81, Yasa Hukuk D., Nisan 1983, s. 601; Yarg. YHGK, 16.4.1982, E. 1982/9-244, K. 1982/404, İşveren D., Temmuz 1983, s. 13.

180 Yarg., 9. H.D., 28.3.1988, E. 988/1310, K. 988/3570, Tekstil İşveren, Nisan 1989, S. 133, s. 20-21.

181 Yasadaki talep tarihinden sözü, uygulamada muhasebe gerekleri de dikkate alınarak, talebi takibeden aybaşıdan itibaren şeklinde anlaşılmaktadır. (ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, s. 147, dn. 56).

182 NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 224-225.

183 Yararlanmanın başlangıcı talep tarihi, daha doğrusu talebi izleyen aybaşı olmakla beraber, belirli dönem veya sürelerle bağlı işçilik haklarının hesabında işçinin tüm kıdeminin esas alınması fakat talep tarihi sonrasına düşen miktarın kendisine verilmesi gerekecektir. (Bu anlamda: Yarg., 9. H.D., 20.1.1984, E. 9824, K. 380, İşveren D., Temmuz 1984, S. 19, s. 18); NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 225.

184 NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 225.

185 NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 226.

186 ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, s. 148; NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 226-234; TUNCAY, Toplu İş Hukuku, s. 179; SÜMER, İş Hukuku Uygulamaları, s. 479.

187 NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 226.

188 NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 226-227; Aynı yazar, İş Hukuku II, s. 430-431.

189 NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 227.

190 ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, s. 149; OĞUZMAN, Yararlanmaya İlişkin Sorunlar, s. 61; NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 228.

- 191 ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, s. 149; OĞUZMAN, İlişkiler, s. 77.
- 192 NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 227; Aynı yazar, İş Hukuku II, s. 431.
- 193 Bkz. OĞUZMAN, Yararlanmaya İlişkin Sorunlar, s. 61.
- 194 NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 228.
- 195 OĞUZMAN, İlişkiler, s. 84; NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 228.
- 196 NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 228; Aynı yazar, İş Hukuku II, s. 432.
- 197 NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 228-229; Yasada açıkça düzenlenmemiş olmakla beraber uygulamada görülmesi mümkün olan birleşme durumunda, birleşen işyerlerinden birisinde bir TİS'in bulunmasının bir değişikliğe neden olmayacağını belirtmek gerekir. Nitekim bazı yazarlar, "birleştirilen işyerlerinden sadece birinde toplu iş sözleşmesi yürürlükte ise" bu sözleşmenin yeni işyerinde de yürürlüğünü sürdüreceğini; bu sözleşmenin yeni işyerinin tümünü kapsayacağını dile getirmektedir. (Bkz. OĞUZMAN, İlişkiler, s. 84).
- 198 NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 229.
- 199 ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, s. 149. SÜMER, İş Hukuku Uygulamaları, s. 481; DEMİR, İş Hukuku Uygulaması, s. 611-613.
- 200 SÜMER, İş Hukuku Uygulamaları, s. 479; NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s.207; ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, s. 144; TUNCAY, Toplu İş Hukuku, s. 177. Ayrıca bkz. Yarg. 9. H.D., 12.3.1997, E. 1997/3861, K. 1997/4850, Çimento İşveren D., Mayıs 1997, s. 31; Yarg. 9. H.D., 17.3.1997, E. 1997/2309, K. 1997/5183, Tekstil İşveren D., Temmuz 1997, s. 16.
- 201 2822 sayılı Yasanın 8'inci maddesinde işverenin değişmesi uygulanan TİS'nin geçersizliği sonucunu doğurmaz.", (9. H.D., 24.9.1987, E. 98717687, K. 987/8467, Tekstil İşveren D, Eylül 1988, S. 126, s. 22).
- 202 NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 230; SÜMER, İş Hukuku Uygulamaları, s. 490-491; İşçilerin yeni işverenle çalışmayı kabul edip etmemeleri TİS'ni değil, iş sözleşmelerini ilgilendirdiğinden (Bkz. OGUZMAN, İlişkiler, s. 64) işçilerin hepsi işyerinden ayrılrsa bile, TİS bundan etkilenmeyecektir. (NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 230, dn. 123).
- 203 NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 230.
- 204 NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 231; Aynı yazar, İş Hukuku II, s. 434.
- 205 NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 231; Aynı yazar, İş Hukuku II, s. 434.
- 206 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Ö. EYRENCİ, Sendikalar Hukuku, İstanbul 1984, s. 192 vd.; F. ŞAHLANAN, Sendikalar Hukuku, İstanbul 1986, s. 332 vd.; TUNÇOMAĞ, İş Hukuku II, s. 184 vd.
- 207 NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 231.
- 208 Yasa koyucu bu düzenleme ile faaliyeti durdurulan sendikalara üyelik aidatı ödenmeyeceğine ilişkin S.K. m. 23 ile bir paralellik sağlamıştır. (ŞAHLANAN, Sendikalar Hukuku, s. 206 vd).
- 209 ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, s. 146.
- 210 ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, s. 149; REİSOĞLU, Şerh, s. 146.
- 211 NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 232.
- 212 NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 232; Aynı yazar, İş Hukuku II, s. 435.
- 213 NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 232-233; Aynı yazar, İş Hukuku II, s. 435.
- 214 REİSOĞLU, Şerh, s. 146.
- 215 Bkz. REİSOĞLU, Şerh, s. 133; OGUZMAN, İlişkiler, s. 84; NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 233.
- 216 NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 233-234.
- 217 Hükmün anlamı ve uygulanması şartları konusunda bkz. NARMANLIOĞLU, Süresi Sona Eren Toplu İş Sözleşmesi Hükümlerinin Hizmet Akdi Olarak Uygulanabilme Şartları, İHU, TSGLK 6, No 2 ve orada anılanlar.
- 218 NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 234-235.
- 219 Bkz., OĞUZMAN, Yararlanmaya İlişkin Sorunları, s. 60.
- 220 NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s.235-236.
- 221 OĞUZMAN, İlişkiler, s. 86; ESENER, İş Hukuku, s. 512-513; REİSOĞLU, Şerh, s. 115 vd.; NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 236; DEMİR, İş Hukuku Uygulaması, s. 611-612.
- 222 Herhangi bir kötüye kullanmayı önlemek için bu sınırlama gerekli ise de, çözümün doyurucu olduğu söylenemez. Zira TİS'in bitimine kısa bir süre kala dayanışma aidatı ödemek suretiyle yararlanma yoluna başvuran bir işçi de, üyelik aidatı ve baştanberi dayanışma aidatı ödeyenler gibi kazanılmış haktan faydalanacaktır. Söz konusu esasın sözleşmenin imza tarihinden yürürlükten kalktığı tarihe kadar dayanışma aidatı ödeyenlere uygulanması şeklindeki bir çözüm ise cazip görünmemektedir. NARMANLIOĞLU, Dayanışma Aidatı, s. 236-237.

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 yaşanan 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.)

Mevlüt CAN

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Başmüfettişi/Endüstri İlişkileri Uzmanı

Bağışa Dönüşen Sendika Üyelik Ödeneği**GİRİŞ**

27.06.1989 tarihli ve 375 sayılı Kanun Hükümünde Kararname'ye 21.03.2006 tarihinde 5473 sayılı Kanun ile eklenen Ek Madde 4'e göre, "...Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu hükümleri uyarınca, kamu görevlileri sendikasına üye olup, kendisinden üyelik ödentisi kesilen kamu görevlilerine, anılan kesintinin yapıldığı her ay için 5 TL. tutarında sendika ödeneği verilir". Bu düzenleme uyarınca, sendika ayrımı yapılmaksızın 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanununa göre kurulmuş sendikalara üye olan kamu görevlilerine 1.04.2006 tarihinden itibaren her ay için 5 TL. tutarında üyelik ödeneği verilmeye başlanmıştır. Sendika üyesi kamu görevlisine verilen bu ödenek, aynı hizmet kolunda çalışan tüm kamu görevlilerinin yüzde beşinden fazlasını üye kaydetmiş sendikalara kaynaktan kesilerek kamu işverence ölenecektir.

Bu uygulama, Anayasa, 1992 yılında 3847 sayılı Yasa ile TBMM'ce onanan "Sendika Özgürlüğüne ve Örgütlenme Hakkının Korunmasına" ilişkin olan, insan hakları belgeleri arasında yerini bulan 87 sayılı, yine aynı yıl içinde 3848 sayılı Yasa ile onanan 151 sayılı "Kamu Hizmetinde Örgütlenme Hakkının Korunması" ilişkin ILO sözleşmeleriyle, Kamu Görevli-

leri Sendikaları Kanunu ve sendikal özgürlükler bağlamında değerlendirilecektir.

1. TARİHSEL ARKA PLAN

1961 Anayasası ile sendika hak ve özgürlüğü ilk önce "çalışanlara" verilmişti. 1971 yılında anayasada yapılan bir değişiklikle "çalışanlar" "işçiler" olarak değiştirilince anayasal hakkın alanı sınırlanmış, böylece memurların sendika kurma ve üye olma hakları da yasaklanmıştı¹.

1982 Anayasası ile sendika hakkı önce işçi ve işverenlere tanınırken, 2001 yılında yapılan bir değişiklikle bu hakkı öznesi "çalışanlar" olarak genişletilmişti. Bu arada 1992 yılında "Sendika Özgürlüğüne ve Örgütlenme Hakkının Korunmasına İlişkin" ILO'nun temel belgelerinden olan 87 sayılı Sözleşmesi'nin ve yine aynı yıl içinde "Kamu Hizmetlerinde Örgütlenme Hakkının Korunması ve İstihdam Koşullarının Belirlenmesine İlişkin" 151 sayılı Sözleşmesi'nin onanmasının ardından 2001 yılında kamu görevlilerinin sendika hakkı yasal düzene kavuşturulmuştur.

1982 Anayasası'nın 53. maddesine 23.07.1995 tarihinde 4121 sayılı bir fıkra eklenmiş ve sendika özgürlüğü kamu çalışanları bakımından şöyle düzenlenmişti: "...128 inci maddenin ilk fıkrası kapsamına giren kamu görevlilerinin kanunla kendi aralarında kurmalarına cevaz

Anayasal kural, bir yandan kamu görevlileri sendikalarına idareye karşı seslerini duyurma ve dava ehliyeti kazandırırken, diğer yandan toplu görüşmenin gerçek anlamda toplu pazarlık süreci olmadığını belirtmiştir.

verilecek ve bu maddenin birinci ve ikinci fıkraları ile 54. madde hükümlerine tabi olmayan sendikalar ve üst kuruluşları, üyeleri adına yargı mercilerine başvurabilir ve idareyle amaçları doğrultusunda toplu görüşme yapabilirler. Toplu görüşme sonunda anlaşmaya varılırsa düzenlenecek mutabakat metni taraflarca imzalanır. Bu mutabakat metni imzalanmamışsa anlaşma ve anlaşmazlık noktaları da taraflarca imzalanacak bir tutanakla Bakanlar Kurulunun takdirine sunulur. Bu fıkranın uygulanmasına ilişkin usuller kanunla düzenlenir". Anayasal kural, bir yandan kamu görevlileri sendikalarına idareye karşı seslerini duyurma ve dava ehliyeti kazandırırken, diğer yandan toplu görüşmenin gerçek anlamda toplu pazarlık süreci olmadığını belirtmiştir. Ayrıca toplu görüşmede anlaşmaya varılmış olsa bile, Bakanlar Kurulunun takdirine sunulan metnin hukuksal niteliği belirsiz olmakla birlikte, uygun idari ve yasal düzenleme yapılmasının da engeli bulunmamaktadır².

II. SENDİKANIN TANIMI VE ÖĞELERİ

Anayasanın öngördüğü 25 Haziran 2001 tarihinde kabul edilen 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu, 12 Temmuz 2001'i izleyen otuzuncu günün sonu olan 13 Ağustos 2001'de yürürlüğe girmiştir. 4688 sayılı Yasa, sendika ve toplu görüşme haklarını ayrıntılı sayılabilecek bir biçimde kurallaştırmıştır. Ayrıca 3. maddesinde; kamu görevlisi, işyeri, kamu işvereni, konfederasyonu vb. gibi diğer kavramları sıralamış; (f) fıkrasında sendikayı, "kamu görevlilerinin ortak ekonomik, sosyal ve mesle-

ki hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için oluşturdukları tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar" olarak tanımlamıştır. Yasal düzenlemede, "amaç" ve "tüzel kişilik" öğelerine yer verilmiş, sendikanın diğer ayırıcı öğeleri belirtilmemiştir. Yasanın diğer hükümleri de veri alınarak öğretide de benimsenen bir tanımlama yapmak mümkündür: "Kamu görevlileri sendikası, kamu görevlilerinin veya işverenin ortak ekonomik ve sosyal hak ve yararlarını korumak ve geliştirmek için serbestçe, demokratik esaslara uygun olarak kurulan ve faaliyette bulunan bağımsız özel hukuk tüzel kişisidir"³. Bu tanımlamadan sendikaların öğelerini (a) ortak amaç, (b) serbest kurulabilme, (c) bağımsızlık (d) demokratik esaslara uygunluk ve (e) özel hukuk tüzel kişiliği olarak sıralamak mümkündür. Bu öğeler sendikalar için, aynı zamanda olmaz olmaz niteliklerdir. Öğelerin birinin yokluğu veya başka bir biçimde biçime dönüştürülmesi örgüte sendika olma niteliğini vermez. Adında sendika sözcüğü olsa bile, sendika olarak değil, örneğin kamu çalışanları birliği veya başka bir şekilde adlandırılabilir.

Sendika öğeleri bağlamında kamu görevlilerinin sendika üyelik ödentisininin, 5473 sayılı bir Yasa ile üyeye sendika ödeneği altında verilmesi, sonradan sendikaya kaynaktan kesilerek veya bir başka biçimde aktarılmasının sendikaların bağımsızlığı ve insan hakları belgeselleriyle de güvenceye alınmış bulunan sendika özgürlükleriyle bağdaşırılığının yeniden gözden geçirilmesini zorunlu kılmaktadır.

III. SENDİKALARIN BAĞIMSIZLIĞI

Sendikalar özgür istençlere dayalı olarak kurulabileceği için, devlete, siyasal partilere ve sosyal taraflara karşı da bağımsız olması gerekliliktir. Bu gereklilik aynı zamanda serbest kuru-

Kamu görevlileri sendikaları ile kamu işverenin veya sendikasının çıkarlarının birbiriyle bağdaştırılması mümkün olmadığı için, bağımsız ve ayrı örgütler içinde bulunması asıdır.

luş ilkesinin de bir sonucu ve tamamlayıcısıdır. Bu açıdan kamu görevlileri sendikalarının bağımsızlığına iki boyuttan bakılabilir: Bunlardan biri, (a) kamu görevlisi sendikalarının kamu işverenlerine veya sendikalarına karşısındaki bağımsızlığı, (b) diğeri de sendikaların devlete ve siyasal partilere ve diğer örgütlere, bu arada devlete karşı bağımsızlığıdır.

a. Kamu İşverenine ve Sendikalarına Karşı Bağımsızlığı

Kamu görevlileri sendikaları ile kamu işverenin veya sendikasının çıkarlarının birbiriyle bağdaştırılması mümkün olmadığı için, bağımsız ve ayrı örgütler içinde bulunması asıldır. Devletin müdahalesi olmaksızın serbestçe kurulabilen örgütlerin gerek yönetim, gerekse işleyişi bakımından da bağımsız olması gereği yadsınamaz. Çıkarlarının toplu görüşme gibi sınırları çizilmiş bir alan içinde ve işçi sendikalarının aksine iş mücadelesi araçlarından da yoksun biçimde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerinin savunulması ancak, örgütün karşı yönden de bağımsız olması ile sağlanabilir. Bu bağlamda kamu görevlileri, kendi aralarında birleşerek sendika kurabilir. Buna hiçbir biçimde kamu işvereni veya sendikası katılamaz ve üye olamaz. Öğretide “safılık” ilkesi olarak adlandırılan bu durum, kamu görevlileri sendikaları için de geçerliliği tartışmasızdır⁴.

b. Üyelik Ödeneği ve Sendikal Bağımsızlık

Ancak sendika tüzüğü, örgütlerin kurucu üyelerinin ortak istençlerini yansıtan bir anlamda anayasası niteliğindeki belgelerindedir. Kamu Görevlileri Sendikalar Kanunu 7. maddesinde sendika ve konfederasyonların tüzüklerinde belirtmek zorunda oldukları hususları sıralamış, aynı maddenin (k) fıkrasında ise üyelik ödentisinin belirlenmesi usulünün gösterilmesini zorunlu tutmuş; değişik 25. maddesi ise kamu işverenin ödentiye ilişkin yükümlülüğünü, sendika tüzüklerine ödenti dışında her ne ad altında olursa olsun kesinti yapılamayacağı ve konfederasyonlara üyelerce ödenecek ödenti miktarını düzenlemiştir. Yine aynı

Maddi yardım sendikalara çift yönlü olarak, hem almayı, hem de vermeyi içerecek bir biçimde yasaklanmıştır.

Yasa'nın 24. maddesi sendika ve konfederasyonların gelirleri arasında üyelik ödentilerine özel bir önem vermiş ve diğer kaynaklarını göstermiştir. Aynı Yasa 38. maddesi, sendika ve konfederasyonlar gelirleriyle ilgili anılan kuralara aykırı davranışlar hakkında özgürlükleri bağlayıcı altı aydan bir yıla kadar hapis cezası öngörmüştür.

Kuşkusuz böyle bir yasakla amaçlanan, kamu görevlileri sendikalarının kamu işverenin ve siyasal partilerin etki alanına girmesinin önlenmesine dönüktür. Maddesinin gerekçesinde, maddi yardım yasağının tarafı olduğumuz 151 sayılı ILO Sözleşmesi'nin 5. maddesinde belirtilen “sendika ve konfederasyonlarının siyasal partilerden tamamen bağımsız, her türlü yönlendirmeden uzak ve bunların baskısı altında kurulmasını ve gelişmesini ve kontrolünde tutulmasını önlemek amacıyla” getirildiği belirtilmiştir. Yine 87 sayılı Sözleşme de, kamu işverenin olası karışma eylemine karşı korumak ve örgütlerin bağımsızlığını güvence altına almak amacıyla, kamu makamlarının sendika hakkını sınırlandıracak ya da hakkın kullanılmasını önleyecek nitelikteki karışma eylemlerini yasaklamıştır⁵.

Buna karşın 5473 sayılı Yasa, kamu görevlileri sendikalarına üye olanların üyelik ödeneğini önce üyeye ödenmesi ve daha sonra da sendikaya üyelik ödentisi olarak verilmesi, 4688 sayılı Yasa'nın 20. maddesi anlamında kamu görevlileri sendika ve konfederasyonların kamu makamlarından yardım kabul etmesi, Gülmez'in anlatımı ile “hem para hem de mal olarak yapılacak ya da anılacak doğrudan ve dolaylı yardımları kapsar” bir niteliğe büründürülmüştür.

Bu bağlamda denilebilir ki, sendika üyelik ödeneği adı altında yasal kuralla sendika üyesi kamu görevlisine 4688 sayılı Yasa'nın öngördüğü düzenekler dışında dolaylı bir biçimde üye adına üyelik ödeneği ödenmesi, sonra sendika-

ya kaynaktan kesilerek verilmesi, 87 (m. 3/2) ve 151 sayılı (m. 5) ILO sözleşmeleri bağlamında bir ölçüde bağımsızlığının tartışmalı bir boyuta taşınması niteliğinde olduğu açıktır.

IV. BAĞIŞA DÖNÜŞEN SENDİKA ÖDENEĞİ

Özünde maddi yardım yasağı, kamu görevlileri sendikalarının bir yandan devlet ve onun uzantısı kamu işverenine ve siyasal partiler karşısında bağımsızlığını sağlamaya, bunların olası karışmaya kalkışmalarına karşı korunmasına yöneliktir. Maddi yardım sendikalara çift yönlü olarak, hem almayı, hem de vermeyi içerecek bir biçimde yasaklanmıştır. Bu amaçla 4688 sayılı Yasa'nın 20. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, sendika ve konfederasyonlar kamu makamlarından ve siyasal partilerden maddi yardım kabul edemeyecek, onlara maddi yardımda bulunamayacaklar.

bağımsızlığını güvence altına almak için, kamu işverenlerinin sendika hakkını sınırlandıracak ve kullanılmasına engel oluşturacak tüm karışma eylemlerini yasaklayan 3 maddesinin 2 nolu bendine aykırılık oluşturur⁷.

V. SENDİKA ÖZGÜRLÜĞÜ VE KAMU GÖREVLİLERİ SENDİKALARI

Ulusüstü belgelerle ve anayasal güvencelerle donatılmış sendika özgürlüğü çifte görünüşlü bir nitelik taşır. Sendika özgürlüğü, yalnızca bireylerin ortak ekonomik ve sosyal çıkarlarını korumak ve geliştirmek amacıyla birleşme, sendikalara üye olma ve üyelikten ayrılma serbestisini anlatmaz. Aynı zamanda sendikanın kendisini oluşturan bireylerden ayrı ve bağımsız hukuk öznesi olduğunu, kendine özgü faaliyette bulunma hakkını da içerir. Kişilerin

Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu'na göre kurulmuş sendikalara üye olan kamu görevlilerine üyelik ödeneği verilmesi, 1992 yılında onanan 87 ve 151 sayılı ILO'nun insan hakları belgeleri niteliğindeki sözleşmelerine açık aykırılık oluşturmaktadır.

Maddi yardım, parasal olabileceği gibi, doğrudan ve dolaylı yardımları da kapsayacaktır. Bu maddede düzenlenen yasağın 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 40. maddesinde düzenlenen maddi yardım ve bağışları da kapsadığı öğretilde belirtilmektedir⁶.

Oysa 5473 sayılı yasa ile sendikalara üye olan kamu görevlilerine 1.04.2006 tarihinden itibaren üyelik ödeneği vermeye başlanmıştır. Görünürde kamu görevlisinin maaşına eklenen bu ödenek, aynı hizmet kolunda çalışan tüm kamu görevlilerinin yüzde beşinden fazlasını üye kaydetmiş sendikalara kaynaktan kesilerek kamu işverenince gönderilmesi, niteliği itibarıyla kamu işverenin maddi yardım veya bağışına dönüşmüştür. Bu uygulama 151 sayılı ILO Sözleşmesi'nin 5. maddesine aykırı olmasının yanında, 87 sayılı Sözleşme de örgütlenme hakkını kamu yetkililerinin olası karışma eylemlerine karşı korumak ve sendikal örgütlerin

bir araya gelerek sendika kurma, var olanına üye olma veya üyelikten ayrılma ya da sendikalardan uzak kalma serbestisi bireysel sendika özgürlüğü olarak adlandırılır. Ortak amaç ve çıkarların gerçekleştirilmesi kendi kendine yardım ilkesinin yaşama geçirilmesi, yalnızca sendikanın varlığı ile bütünleşmesiyle mümkündür. Bireysel sendika özgürlüğü, ancak kolektif sendika özgürlüğü ile yaşama geçirilebilir⁸.

1982 Anayasası'nın 4709 sayılı Yasa ile değişik 51. maddesi, bireysel sendika özgürlüğünü çalışanlar bakımından güvenceye almış, "hiç kimse sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamaz" demiştir. 4688 sayılı Yasa 14. maddesiyle "üye olma serbestisini", değişik 16. maddesiyle de "üyelikten çekilme serbestisini" düzenlemiştir; ancak 2821 sayılı Sen-

dikalar Kanunu'nun 22. maddesindeki gibi "hiç kimse üye olmaya veya olmamaya" zorlanamaz gibi olumlu ve olumsuz sendika özgürlüğünü açıkça vurgulayan bir düzenlemeye ver vermemiştir. Doğrusu, 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'ye, 21.03.2006 tarihinde 5473 sayılı Kanun ile eklenen Ek Madde 4 uyarınca, sendika üyesi adına üyelik ödentisinin sendika ödeneği biçiminde sendika üyesi kamu görevlisine ödenmesi, 87 sayılı ILO Sözleşmesi'nin 2. maddesiyle "hiç kimse sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamaz" diyen Anayasa'nın 51. maddesine açık aykırılık oluşturur. Burada sendika üyesinin üyelik ödentisinin üye adına sendika ödeneği biçiminde karşılanması, sendikaya üye olmaya ve üye kalmaya özendirme ve zorlama içerir ki, bunun bir anlamda ulusüstü belgelerle ve anayasal kuralla korunan hakkın özüne dokunduğu duraksamaksızın söylenebilecektir.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu'na göre kurulmuş sendikalara üye olan kamu görevlilerine üyelik ödeneği verilmesi, 1992 yılında onanan 87 ve 151 sayılı ILO'nun insan hakları belgeleri niteliğindeki sözleşmelerine açık aykırılık oluşturmaktadır. Böyle bir aykırılık sendikaların bağımsızlığını tartışmalı bir konuma taşımaktadır. Ayrıca Anayasa ve 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu'na kendi sistematığına ve Anayasa'nın 5170 sayılı Yasa ile değişik 90. maddesine eklenen ve "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası anlaşma hükümleri esas alınır." kuralı karşısında, 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'ye, 21.03.2006 tarihinde 5473 sayılı Kanun ile eklenen Ek Madde 4'ün yürürlükten kaldırılması zorunluluğa dönüşmüştür.

DİPNOTLAR

- 1 Sur, M.: Toplu İş Hukuku, Ankara 2006, s. 30, 31.
- 2 Gülmez, M.: Kamu Görevlileri Sendika ve Toplu Sözleşme

Hukuku, Ankara 2002, s. 532.

- 3 Eyrenci, Ö.: Sendikalar Hukuku, İstanbul 1984, s. 19; Çelik N.: Kolektif İş Hukuku Sendikalar İstanbul 1976 s. 38.
- 4 Eyrenci Ö.: a.g.e. s. 22; Tuncay, A. Can: Toplu İş Hukuku Bursa 1999, s. 15,16; Çelik, N.; İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2006, s. 361, 363.
- 5 Gülmez, M.:a.g.e s. 482, 483.
- 6 Gülmez, M.: s. 482.
- 7 Gülmez,: s.482; Güler, Şerafettin: Memur Sendikacılığının Düşündürdükleri, Çimento İşveren, Mayıs 2008, cilt 22, Sayı: 3 s. 37, 38.
- 8 Tuncay, A. Can :Toplu İş Hukuku Bursa 1999, s. 21-23; Eyrenci Ö.: a.g.e. s. 41-43; Şahlanan, F.: Sendikalar Hukuku, İstanbul 1995, s. 10-12; Aktay, N.: Sendika Hakkı Ankara 1993, s. 38-56.

Prof. Dr. Fevzi ŞAHLANAN

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İşverenin İşçiyi İşe Başlatma Koşulları, Fesih Tarihindeki Değil, Düzen İlkesi Gereği Başvuru Tarihindeki Toplu İş Sözleşmesi Hükümlerine Göre Belirlenmelidir

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2008/39440

Karar No : 2009/3451

Tarihi : 24.02.2009

ÖZET

İşe iade edilen işçinin iş sözleşmesinin feshedildiği şartlarla eski işine dönmesi asıl ise de, işe başlama tarihinde yürürlükte bulunan yeni toplu iş sözleşmesinin fesih anında uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesine nazaran farklılıklar hatta işçi aleyhine çalışma koşulları içermesi durumunda anılan çalışma koşullarının işe başlama başvurusunda bulunan işçiyi bağlamayacağı düşünülemez.

Her toplu iş sözleşmesi öncekinden ba-

ğımsız olup, ücret de dahil olmak üzere hakların irade serbestisi içinde belirlenmesi mümkündür. Önceki toplu iş sözleşmesi döneminde sağlanan hakların kazanılmış hak olarak yorumlanması ve hiçbir şekilde geri alınamayacağının kabulü, toplu iş sözleşmesinin özerkliğine aykırılık oluşturur. Toplu iş sözleşmeleri yönünde düzen ilkesi, her yeni toplu iş sözleşmesinin iş ilişkilerini yeniden düzenlenebileceğini ve yeni toplu iş sözleşmesinde eskisine göre daha az işçi yararına hükümler getirilebileceğini öngörmektedir.

İşe iade edilen işçinin iş sözleşmesinin feshedildiği şartlarla eski işine dönmesi asıl ise de, işe başlama tarihinde yürürlükte bulunan yeni toplu iş sözleşmesinin fesih anında uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesine nazaran farklılıklar hatta işçi aleyhine çalışma

koşulları içermesi durumunda anılan çalışma koşullarının işe başlama başvurusunda bulunan işçiyi bağlamayacağı düşünülemez. Yargı kararı sonucu işe başlama başvurusunda bulunan işçinin başvuru anında yürürlükte bulunan toplu iş sözleşmesi hükümlerinin sona eren toplu iş sözleşmesine nazaran aleyhe düzenlemeler içerdiğinden bahisle işe başlamaması durumunda gerçek iradesinin işe başlamaya yönelik olmadığı kabul edilerek, işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre ücreti, kıdem ve ihbar tazminatı fark alacağına ilişkin talepler reddedilmelidir.

KARAR

Davacı işçinin iş sözleşmesinin feshedildiği 31.10.2006 tarihinde sendika üyesi olduğu taraflar arasında tartışmasızdır. Feshin geçersizliği ile işe iade yargılamasının devam ettiği dönemde 27.02.2007 tarihinde davacının üyesi bulunduğu sendika ile işveren arasında toplu iş sözleşmesi imzalanmış ve anılan toplu iş sözleşmesinde işe iade davası açan işçiler bakımından herhangi bir kurala yer verilmemiştir. İşyerinde 01.10.2006-30.09.2009 tarihleri arasında yürürlükte olan toplu iş sözleşmesinin 5. maddesinde de, sendika üyelerinin toplu iş sözleşmesinden yararlanacağı öngörülmüş olup, anılan hüküm 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 9. maddesinin ilk fıkrasının tekrarı niteliğindedir. Sözü edilen kuralın "uygulama" yerine "yararlanmayı" içerdiğinden bahisle işçi aleyhine olan hususlar bakımından toplu iş sözleşmesinin geçerli olmadığı kabulü doğru olmaz. Davacı işçi süresi içinde işe iade davası açmış ve feshin geçersizliğini tespit ettirmiş olmakla ve yasal süresi içinde işe dönmek için başvuruda bulunmakla, toplu iş sözleşmesinden yararlanma noktasında iş sözleşmesi hiç feshedilmemiş gibi değerlendirmeye gidilmelidir. Gerçekten

davacının sendika üyeliği devam ettiği sürece tarafı bulunduğu sendika ile işveren arasında imzalanan toplu iş sözleşmesi işçiyi bağlar.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, her toplu iş sözleşmesi öncekinden bağımsız olup, ücret de dahil olmak üzere hakların irade serbestisi içinde belirlenmesi mümkündür. Toplu iş sözleşmesi ile işçi ücretlerinin düşürülmesi ya da ücretin eklerinin kısmen kaldırılması çalışma koşullarında esaslı değişiklik niteliğinde olmayıp, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesinde öngörülen prosedürün uygulanmasını gerektirmez. Yine birbirinden bağımsız toplu iş sözleşmeleri ile ücretlerin farklı belirlenmesi 4857 sayılı İş Kanunu'nun 62. maddesinin ihlali anlamına da gelmez. Toplu iş uyuşmazlığının tarafları değişen ekonomik durumu göz önünde tutarak birbiri ardına yürürlüğe girecek olan toplu iş sözleşmelerini birbirinden farklı şekilde bağitlayabilirler. Önceki toplu iş sözleşmesi döneminde sağlanan hakların kazanılmış hak olarak yorumlanması ve hiçbir şekilde geri alınamayacağına kabulü, toplu iş sözleşmesinin özerkliğine de aykırılık oluşturur.

Toplu iş sözleşmeleri yönünde düzen ilkesi, her yeni toplu iş sözleşmesinin iş ilişkilerini yeniden düzenlenebileceğini ve yeni toplu iş sözleşmesinde eskisine göre daha az işçi yararına hükümler getirilebileceğini öngörmektedir. Bu yönüyle düzen ilkesi, kural olarak toplu iş sözleşmesiyle kazanılmış hak oluşumuna engel olur; birbiri ardına imzalanan toplu iş sözleşmelerinin farklı sendikaların yetki alması sonucu değişik sendikalar tarafından bağitlanmış olması da düzen ilkesi anlamında sonuca etkili değildir.

Toplu iş sözleşmesi ile kazanılmış bir hakkın düzen ilkesi karşısında korunması için daha sonra bağitlanan toplu iş sözleşmesinde önceki toplu iş sözleşmesinden do-

ğan hakların korunacağı yönünde bir kayda ihtiyaç vardır. Somut olayda davacının üyesi bulunduğu sendika ile işveren arasında imzalanmış toplu iş sözleşmesinde bu yönde bir kurala yer verilmemiş ve işe iade davası devam eden işçiler bakımından ayrı bir düzenlemeye gidilmemiştir.

Davacının işe davet edildiği dönemde işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinin 34. maddesinde işçi ücretleri yönünden çeşitli gruplara göre ayarlamaya gidilmiştir. Bu durum işyerinde çalışmakta olan işçiler bakımından ilave bazı haklar anlamına gelmiş, ancak davacı işçi de dahil olmak üzere işe iade davası devam eden işçilerin ücretlerinden indirimle gidilmiştir. Davacı işçinin iş sözleşmesi feshedilmemiş olsaydı dahi, toplu iş sözleşmesinin ücrete dair 34. maddesinin uygulanması gerekecekti. Davacının işe iade davası açmış olması da toplu iş sözleşmesinin uygulanmasını ortadan kaldırmaktadır.

İşe iade davası sonunda işçinin sözleşmesinin feshedildiği şartlarla eski işine dönmesi asıl ise de, işe başlatma anına kadar işçi ücretlerine gelen artışlar ilave edilerek işe başlatılması gerektiği gibi, yasalara uygun olarak gerçekleşen ücret indirimlerinin de işe başlatma anında dikkate alınması gerekir.

Somut olayda davacı işçinin üyesi bulunduğu sendika ile işveren arasında bağitlanan sözleşmenin davacı yönünden işe başlatıldığı tarihten itibaren uygulanması gerekir. Davacının toplu iş sözleşmesinin uygulanmasına karşı çıkarak işe başlamayı reddetmesi ve işyerinden ayrılması, işe başlama yönünde gerçek bir iradenin ortaya konulmadığı anlamına gelmektedir. Davacı işçinin işe iade başvurusunda bulunmamış olması sebebiyle 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21/5 maddesi uyarınca işverence 31.10.2006 tarihinde yapılan fesih geçerli bir feshin sonuçları doğurur. Böyle olunca işe iade davasında tespit edilen işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süre ücretine hak kazanılması söz konusu olmaz. Yine, 31.10.2006 tarihli fesih geçerli hale gelmekle, 4 aylık sürenin ilavesine ve ücret artışına bağlı olarak ihbar ve kıdem tazminatı talep edilmesi de mümkün değildir. Mahkeme davanın reddi gerekirken yazılı şekilde isteklerin kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, 24.02.2009'da oybirliğiyle karar verildi.

KARARIN İNCELENMESİ

1. İnceleme konumuz Yargıtay 9. Hukuk Dairesi kararına konu olan olayda; işçi, üyesi bulunduğu sendikanın taraf olduğu toplu iş sözleşmesinin uygulandığı işyerinde çalışırken iş akdi feshedilmiş ve bunun üzerine feshin geçersizliği ve işe iade talebiyle dava açmış ve mahkemece feshin geçersizliğine ve işçinin işe iadesine karar verilmiştir. İşçi bu karar üzerine eski işine başlatılması için başvurmuştur. Ancak işe iade davasının devam ettiği sırada, işçinin yararlandığı ve iş sözleşmesinin

feshedildiği tarihte yürürlükte olan toplu iş sözleşmesi sona ermiş ve işyerinde aynı sendika ile bağitlanmış yeni bir toplu iş sözleşmesi sözkonusudur ve bu toplu iş sözleşmesi fesih tarihinde yürürlükte olup da sona eren toplu iş sözleşmesine nazaran işçinin daha aleyhine düzenlemeler içermektedir. İşe iade davasını kazanan işçinin talebi; fesih tarihindeki işine ve o tarihteki koşullarla başlatılması olmuş ve kendisini yeni toplu iş sözleşmesindeki koşullarla işe başlatmak isteyen işverenin bu davranışını işe başlatmama olarak değerlendirerek, işsiz kalınan süre ücretini ve iş güvencesi taz-

minatını talep ederek karara konu olan davayı açmıştır.

2. Kural olarak işe iade davasını kazanan işçinin müracaatı üzerine işveren bir ay içerisinde işçiyi işe başlatmak zorundadır. Aksi takdirde feshin geçersizliğine ve işe iadeye ilişkin mahkeme kararındaki iş güvencesi tazminatını ödemek durumunda kalacaktır. İşveren işe iade davasını kazanıp da kendisine başvuran işçiyi eski işine başlatmalıdır. İşçiyi başka bir iş verilmesi eski işine iade anlamına gelmez. Öte yandan eski işine verilmesine rağmen iş koşullarının esaslı şekilde değiştirilmesi de ancak işçinin rızasıyla mümkün olabilir. İşçiyi önceki koşulların tam olarak sağlanması ve aynı parasal hakların ödenmesi gerekir.

3. İncelediğimiz karara konu olan olayda olduğu gibi işe iade davası açan işçinin çalış-

sun sona eren toplu iş sözleşmesinin hizmet akdine ilişkin hükümleri, yenisi yürürlüğe girinceye kadar hizmet akdi hükmü olarak devam eder” denilmektedir.

Kanununun 6. maddesinin yukarıda belirtilen son fıkrasında, toplu iş sözleşmesinin sona ermesi halinde iş sözleşmesine ilişkin sözleşme hükümlerinin yenisi yapıncaya kadar geçerli olacağından başka, bunların iş sözleşmesi hükmü olarak devam edeceği de belirtilmektedir. Bu düzenlemenin iki sonucundan birisi, toplu iş sözleşmesinin sona ermesiyle normatif hükümlerinin emredici etkisinin son bulması diğeri de normatif hükümlerin sadece sözleşmenin sona ermesi sırasında var olan iş sözleşmelerini etkileyeceği, sonradan yapılanları ise etkilemeyeceğidir.

Bu nedenle de böyle bir durumda işe iade davası açıp da davayı kazanan işçi fe-

TİSGLK'nın 6. maddesinin son fıkrasında, toplu iş sözleşmesinin sona ermesi halinde iş sözleşmesine ilişkin sözleşme hükümlerinin yenisi yapıncaya kadar geçerli olacağından başka, bunların iş sözleşmesi hükmü olarak devam edeceği de belirtilmektedir.

tuğu işyerinde bir toplu iş sözleşmesi mevcut olup da işçi de bu toplu iş sözleşmesinden yararlanma koşullarını taşıyan bir işçi ise, işe başlatmanın koşulları toplu iş sözleşmesindeki çalışma şartlarına ilişkin düzenlemeye uygun bir şekilde gerçekleştirilmelidir. Ancak burada konu iki ihtimale göre ayrı ayrı ele alınmalıdır. **Birinci ihtimal**, işçinin tabii olduğu toplu iş sözleşmesinin sona ermiş olması ve işe iade davasını kazanan işçinin işe başlatılmak üzere, işverene başvurduğu tarihte işyerinde henüz yeni bir toplu iş sözleşmesinin yapılmamış olmasıdır. Bu takdirde işçinin işe başlatılmasından söz edebilmek için sona eren toplu iş sözleşmesindeki çalışma koşullarının kendisine sağlanmış olması gerekir. Zira 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nun 6. maddesinin son fıkrasında yer alan düzenlemede: “Her ne sebeple olursa ol-

sih tarihinde yürürlükte olan ve sona eren toplu iş sözleşmesinden yararlanan bir işçi olmalıdır ki, işverenin işe başlatma yükümü sona eren bu toplu iş sözleşmesindeki çalışma şartlarına göre olsun. Öte yandan sona eren toplu iş sözleşmesinin iş sözleşmesine ilişkin hükümlerinin iş sözleşmesi hükmü olarak “yenisi yürürlüğe girinceye kadar” devam edeceği ifadesinden de anlaşılacağı gibi, bu hükümler yeni toplu iş sözleşmesinin yapılmasıyla sona erecektir. Ancak, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin bir kararında da belirtildiği gibi, süresi sona eren toplu iş sözleşmesinin hizmet akdine ilişkin hükümlerinin hizmet akdi hükmü olarak devamı bir süre ile sınırlı değildir. Yeni sözleşmenin uzun bir süre yapılmamış olması, sona eren sözleşmenin etkileme gücünü ortadan kaldırmaz¹. Ancak sözleşmenin sona ermesinden sonra iş söz-

Değişen koşulların gerektirdiği yeni düzeni oluşturan hükümler, bunların eski sözleşmeye göre işçi yararına olup olmadığına bakılmadan, tümüyle uygulamaya konulur.

leşmesinin tarafları çalışma koşullarında her türlü değişikliği yapabileceklerdir. Kanundaki, eski sözleşme hükümlerinin sözleşmenin bitiminden sonra iş sözleşmesi hükmü olarak devam edeceğine ilişkin düzenleme bu sonuca varmayı haklı kılmaktadır. Bu nedenle, iş sözleşmesi tarafları aralarında anlaşmak suretiyle iş sözleşmesi niteliğini kazanan eski sözleşme hükümlerini işçinin lehine veya aleyhine değiştirebilecek veya kaldırabileceklerdir². Kuşkusuz böyle bir durum var ise işe başlatmanın koşulları yeni duruma göre değerlendirilecektir.

4. İkinci ihtimal, karara konu olan olayda olduğu gibi, işe başlama başvurusunun yapıldığı tarihte iş yerinde yeni bir toplu iş sözleşmesinin yürürlüğe konulmuş olmasıdır. Toplu iş sözleşme hukukunda kabul edilen temel kural her yeni toplu iş sözleşmesinin eskisinden ayrı olarak ele alınması ve eski sözleşme ile belirli bir süre için kabul edilen çalışma düzeninin yeni sözleşme ile yerini yenisine terketmesidir. Değişen koşulların gerektirdiği yeni düzeni oluşturan hükümler, bunların eski sözleşmeye göre işçi yararına olup olmadığına bakılmadan, tümüyle uygulamaya konulur.

Öte yandan kanundaki işçiye yararlılık ilkesine ilişkin hükmün (TİSGLK, m. 6/II) sadece toplu iş sözleşmesi ile iş sözleşmesi arasındaki ilişkilerde uygulanacağı açıktır. Bu hükmün eski ile yeni toplu iş sözleşmeleri arasındaki ilişkilerde de geçerli olacağı yolunda bir hükme kanunda yer verilmiş değildir. Ayrıca, Kanunun yukarıda belirttiğimiz yeni sözleşmenin yürürlüğe girmesine kadar eski sözleşme hükümlerinin devam edeceği yolundaki hüküm

de (m.6/son) yeni sözleşme yürürlüğe girince eskisinin artık geçersiz sayılacağını ortaya koymaktadır. İncelediğimiz kararda da isabetle belirtildiği gibi, düzen ilkesi uyarınca toplu iş sözleşmeleri ile bazı hakların değiştirilmesi veya kaldırılması mümkün olup kazanılmış hak ilkesi düşüncesiyle davacı, sonraki toplu iş sözleşmesinde öngörülmeven veya azaltılan hakları veya farklarını isteyemez³ ve dolayısıyla işe başlatmanın koşulları, başvuru tarihindeki Toplu İş Sözleşmesine göre belirlenecektir.

Sonuç olarak Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin bu kararı Toplu İş Sözleşmesi hukukunun temel ilkelerine uygun isabetli bir karardır.

DİPNOTLAR

- 1 Y. 9. H.D. 01/02/2000-1999/19079- 2000/775 Tekstil İşv. D. Ekim 2000.
- 2 Çelik, İş Hukuku Dersleri 21 BNS 535 vd; Narranlıoğlu, İş Hukuku II. 476; Şahlanan, Toplu İş Sözleşmesi, 91.
- 3 Çelik, 539.

Prof. Dr. Nizamettin AKTAY

Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Toplu İş Sözleşmesinin Bitimi ile Hizmet Akdi Hükümü Olarak Uygulanmaya Devam Edilen Alacaklara İlişkin Faiz

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2008/26536
Karar No : 2008/25713
Tarihi : 07.10.2008

ÖZET

“Toplu iş sözleşmesine dayanan eda davalarında ifaya mahkûm edilen taraf, temerrüt tarihinden itibaren, bankalarca uygulanan en yüksek işletme kredisi faizi üzerinden temerrüt faizi ödemeye de mahkûm edilir.” şeklinde kurala yer verilerek uygulanması gereken faizin türü belirtilmiştir. Toplu iş sözleşmesinden doğan istekler bakımından sözü edilen faiz uygulanması yerinde ise de, toplu iş sözleşmesinin süresinin sona ermesinin ardından iş sözleşmesi hükümü olarak devam eden kurallar gereği ödenen ücret ve ikramiye bakımından 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun

61. maddesinde öngörülen faizin uygulanması doğru değildir. Toplu iş sözleşmesinin süresinin sona erdiği tarih sonrası için davaya konu ücret farkı ile ikramiye alacakları iş sözleşmesinden doğmakla, anılan tarihten sonra doğan alacaklar bakımından yasal faize karar verilmelidir.

DAVA

Davacı, ücret, ikramiye ve ilave tediye fark alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

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

KARAR

Davacı işçi işyerinde uygulanmış olan

14.dönem toplu iş sözleşmesinin ilgili hükümlerine göre ücretlerin ödenmediğini ileri sürerek ücret, ikramiye ve ilave tediye farkı isteklerinde bulunmuştur. Mahkemece isteklerin kabulüne karar verilmiş, hükmü davalı temyiz etmiştir.

İşyerinde 1.1.2003-31.12.2004 tarihleri arasında uygulanmış olan toplu iş sözleşmesinin 40/E maddesine göre 1.7.2004 tarihinde yapılması gereken ücret artışı davalı işverence uygulanmamıştır. Bu nedenle anılan tarihten toplu iş sözleşmesinin sona erdiği 31.12.2004 tarihine kadar ücret farkı, ikramiye farkı ve ilave tediye farkı isteklerinin kabulü yerindedir.

2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 6. maddesinde, "Her ne sebeple olursa olsun sona eren toplu iş sözleşmesinin hizmet akdine ilişkin hükümleri yenisi yürürlüğe girinceye kadar hizmet akdi hükmü olarak devam eder." şeklinde kurala yer verilmiştir. İşyerinde uygulanan 14. dönem toplu iş sözleşmesi 31.12.2004 tarihinde sona ermiş ve yenisi yapılmamıştır. Bu durumda anılan toplu iş sözleşmesinin ücret ve ikramiye ödenmesini öngören hükümleri, 31.12.2004 tarihinden sonrasında da iş sözleşmesi hükmü olarak geçerliliğini sürdürür. Süresi sona eren toplu iş sözleşmesinde ücret ve ikramiyelerin ödeneceği günü belirleyen hükümler de normatif kural olarak uygulanmaya devam eder. Başka bir anlatımla Borçlar Kanununun 101. maddesi uyarınca işverenin ayrıca temerrüde düşürülmesi gerekmez. Kararlaştırılan gün

ödenmeyen ücret ve ikramiye açısından faiz hakkı doğar. Mahkemece ücret ile ikramiye alacakları için ödenmesi gereken tarihlerden itibaren kademeli olarak faize karar verilmesi de yerinde olmuştur.

2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nun 61. maddesinde, "Toplu iş sözleşmesine dayanan eda davalarında ifaya mahkûm edilen taraf, temerrüt tarihinden itibaren, bankalarca uygulanan en yüksek işletme kredisi faizi üzerinden temerrüt faizi ödemeye de mahkûm edilir" şeklinde kurala yer verilerek uygulanması gereken faiz türü belirtilmiştir. Toplu iş sözleşmesinden doğan istekler bakımından sözü edilen faizin uygulanması yerinde ise de, toplu iş sözleşmesinin süresinin sona ermesinin ardından iş sözleşmesi hükmü olarak devam eden kurallar gereği ödenen ücret ve ikramiye bakımından 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nun 61. maddesinde öngörülen faizin uygulanması doğru değildir. Toplu iş sözleşmesinin süresinin sona erdiği 31.12.2004 tarihi sonrası için davaya konu ücret farkı ile ikramiye alacakları iş sözleşmesinden doğmakla, anılan tarihten sonra doğan alacaklar bakımından yasal faize karar verilmelidir. Kararın bu yönden bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten bozulmasına, 07.10.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KARARIN İNCELENMESİ

Toplu iş sözleşmeleri iki tip hüküm ihtiva ederler. Bunlar normatif hükümler ve borç doğurucu hükümlerdir. Bir toplu iş sözleşmesinin en önemli özelliklerinden birini oluşturan normatif hükümler objektif hukuk kaideleri vasfını haiz olup, sözleşmenin tarafı olanlardan başka, üçüncü şahıs olarak kabul edilenler üzerinde de etkilerini gösterirler. Toplu iş sözleşmesinin diğer hükümleri ise, taraf olarak kabul edilenler üzerinde tesir

icra eden Borçlar Hukuku alanına giren borç doğurucu hükümlerdir. Borç doğurucu hükümlere üçüncü şahısların uyma mecburiyeti yoktur.

Toplu iş sözleşmesinin tarafları maddi anlamda kanun kabul edilen normatif kısmı tespit ederken tam bir serbestiye sahip değildir. Ancak kendilerine verilen yetki dahilinde normatif kısma ilişkin kurallar koyabilirler.

Toplu iş sözleşmesinin hangi hükümlerinin normatif (düzenleyici), hangi hükümlerinin borç doğurucu hükümler olduğu hususunda kanun-

Toplu iş sözleşmesinin normatif ve borç doğurucu hükümlerinin varlığı Kanundan kaynaklanmaktadır.

larda açıklık yoktur. Ayrıca bir hükmün normatif mi, yoksa borç doğurucu hüküm mü olduğunun tespiti hususunda veya her iki kategoriye birden girip girmediği hususunda tartışmalar meydana gelebilir. Bu halde ilgili toplu iş sözleşmesi hükmünün tefsiri yoluna başvurmak gerekecektir.

Genel olarak toplu iş sözleşmesinin hizmet akdine ilişkin kısmı normatif hükümler olarak kabul edilen, doğrudan doğruya bir iş münasebeti ile ilgili olup da, ihlal edilmesi halinde taraflara bir dava hakkı veya işçiye çalışmayı reddetme imkânı veren kayıtlar, bir toplu iş sözleşmesinin normatif hükmü olarak kabul edilebilirler. Bu değerlendirme yapılırken ölçü olarak, toplu iş sözleşmesinin sosyal himaye gayesi göz önünde bulundurulur. Buna mukabil toplu iş sözleşmesi taraflarını (işveren ve sendikayı veya bir grup işçiyi) ilgilendiren hükümler ise borç doğurucu hükümler olarak kabul edilirler.

Genel olarak toplu iş sözleşmesinin normatif ve borç doğurucu hükümlerinin varlığı Kanundan kaynaklanmaktadır. 2822 sayılı Kanun'un 2. maddesinin I. fıkrasında yer alan; "Toplu iş sözleşmesi, hizmet akdinin yapılması, muhtevası ve sona ermesi ile ilgili hususları düzenlemek üzere işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında yapılan sözleşmedir" hükmü ile normatif kısım belirtilmiştir. İkinci fıkrada yer alan; "Toplu iş sözleşmeleri, tarafların karşılıklı hak ve borçlarını, sözleşmenin uygulanmasını ve denetimini uyuşmazlıkların çözümü için başvurulacak yolları düzenleyen hükümleri de ihtiva edebilir" hükmü ise toplu iş sözleşmesinin borçlar hukukuna ilişkin kısmını ifade etmektedir. Ancak bir toplu iş sözleşmesinin hem normatif hükümler, hem de Borçlar Hukukuna ilişkin hükümler ihtiva etmesi mecburiyeti yoktur. Nitekim ikinci fıkra hükmü "...ihtiva edebilir." ifadesini kullanarak böyle bir mecburiyetin aranmasının şart olmadığını belirtmektedir.

Yalnız bu anlaşmaların kaynağı olan İsviçre Borçlar Kanunu md. 322/II'ye göre; "bir toplu iş sözleşmesi işçi ile işveren arasındaki münasebetle ilgili başka hükümler de ihtiva eder veya

sadece bu hükümlerin tesisi ile iktifa edebilir". Bizde 275 sayılı ve 2822 sayılı TİSGLK'larında böyle bir hüküm yoktur. 2822 sayılı Kanunun 2. maddesine göre, toplu iş sözleşmeleri esas olarak hizmet akdi ile ilgili hükümler ihtiva ederler. Diğer hükümler de toplu iş sözleşmesinde yer alabilir. Fakat bu zaruri değildir. 2822 sayılı Kanunda hizmet akdine ilişkin hükümlerin toplu iş sözleşmelerinin asli unsuru olduğunu toplu iş sözleşmesinin hükmü konusunu izah eden 6. maddede görebilmek mümkündür. 2822 sayılı Kanunun genel mahiyeti şu şekildedir; 6. maddenin I. fıkrası hizmet akdinin toplu iş sözleşmesinden ayrılmaz bir parça olarak görüldüğünü, normatif hükümlerin sözleşmeye mutlaka katılması-yazılması gerektiğini ihtiva eden bir mahiyettedir. 6. maddenin III. fıkrası ise, sona eren toplu iş sözleşmelerinin normatif nitelikteki hükümlerinin, yerine yenisi yürürlüğe girinceye kadar hizmet akdi hükmü olarak devam edeceğini belirtmektedir. Hâlbuki Borçlar Hukukuna ilişkin kısmın bu madde ile süresi dolunca ortadan kalkabileceğini kabul etmek gerekir. Hukuk sistemimize göre sona eren sözleşmenin borç doğurucu hükümleri ortadan kalkmakta fakat normatif hükümleri hizmet akdi hükmü olarak yürürlüğünü devam ettirmektedir. Ancak artık hükümler toplu iş sözleşmesi hükmü değil, iş sözleşmesi hükmüdürler¹.

İncelemeye konu olan kararda da 01.01.2003-31.12.2004 tarihleri arasında uygulanan bir toplu iş sözleşmesinden bahsedilmektedir. Toplu iş sözleşmesinin 40/E maddesine göre 1.7.2004 tarihinde yapılması gereken ücret artışı davalı işverence uygulanmamıştır. Bu nedenle anılan tarihten toplu iş sözleşmesinin sona erdiği 31.12.2004 tarihine kadar ücret farkı, ikramiye farkı ve ilave tediye farkı isteklerini mahkeme kabul etmiştir. Eğer toplu iş sözleşmesinde hü-

Hukuk sistemimize göre sona eren sözleşmenin borç doğurucu hükümleri ortadan kalkmakta fakat normatif hükümleri hizmet akdi hükmü olarak yürürlüğünü devam ettirmektedir.

Sendika yetkisini kaybetmiş olsa da sendikanın taraf olarak imzalayıp uygulattığı toplu iş sözleşmesi, sözleşmenin süresinin bitimi ile ortadan kalkar.

küm bulunmasına rağmen hükümde zikredilen haklar işverence ödenmemişse bu hakların ödenmesinin kabulü yerindedir. Mahkemenin kararı bu bakımdan yerinde kabul edilmelidir. Çünkü toplu iş sözleşmeleri ile başta da belirttiğimiz gibi işçilerin ücret, ikramiye, prim, sosyal haklar, çalışma şartları vs. belirlenir. Bu akdi bir sorumluluk olarak işverene yüklenmiştir. İşveren sözleşmeden doğan bu şartları yerine getirmeye ise, akitten doğan sorumluluğu yerine getirmemiş olacaktır. Mahkeme bu tespiti yaparak işverenin belirli bir süre için toplu iş sözleşmesinden doğan sorumluluğunu yerine getirmedigine karar vermektedir. Ancak bu süre 01.07.2004 tarihinden 31.12.2004 tarihine kadar olan zaman dilimi içindir.

Karardan anlaşıldığı kadarıyla toplu iş sözleşmesi 31.12.2004 tarihinde sona ermiş ve yeni bir toplu iş sözleşmesi yapılmamıştır. Büyük bir ihtimalle sendika yetkisini -çoğunluğunu- kaybetmiştir. Ancak sendika yetkisini kaybetmiş olsa da sendikanın taraf olarak imzalayıp uygulattığı toplu iş sözleşmesi, sözleşmenin süresinin bitimi ile ortadan kalkar. Hukuken, toplu iş sözleşmesi olarak anlamını yitirmiştir. Ancak bu, toplu iş sözleşmesinin tamamen ortadan kalkacağı, sözleşme öncesi döneme dönüleceği anlamına gelmez. Eğer böyle bir durum söz konusu olsa idi, toplu iş sözleşmesi yapılan bütün işyerleri ve işletmelerde asgari ücret ve asgari işyeri şartlarına dönüş söz konusu olurdu. Bu ise bir taraftan kazanılmış hak kavramını, diğer taraftan da geleceğe güven içerisinde bakma duygusunu tahrip ederdi. İnsanların en azından gelecek ile ilgili tasavvurları belirsizlik ortamında olmamalıdır. Kanun koyucu taraflar arasında yapılan toplu iş sözleşmelerinin sona ermesi halinde, sona erme anında üstlenilen sorumluluk ve hakların aynen devam edeceğini kabul etmiştir. Böylece geleceğe yönelik

belirsizlik de ortadan kaldırılmış olmaktadır.

Buna ilişkin olarak da 2822 sayılı Kanunun md. 6/III hükmüne göre “Her ne sebeple olursa olsun sona eren toplu iş sözleşmesinin hizmet akdine ilişkin hükümleri yenisi yürürlüğe girinceye kadar hizmet akdi hükmü olarak devam eder.” Böylece 14. dönem toplu iş sözleşmesinin normatif hükümleri hizmet akdi hükmü haline dönüşecek ve uygulanmaya devam edilecektir. Toplu iş sözleşmesinin borç doğurucu hükümleri ise 31.12.2004 tarihi itibarıyla uygulanma kabiliyetini kaybedeceklerdir. Çünkü sadece hizmet akdine ilişkin toplu iş sözleşmesi hükümlerinin normatif-düzenleyici hükümler olarak, sözleşmenin süresinin dolmasıyla ortadan kalkmayacakları Kanunla kabul edilmiştir. 2822 sayılı Kanun bunu emredici hüküm olarak belirlemiştir.

Toplu iş sözleşmesinin, hizmet akdine ilişkin hükümlerinin -normatif hükümlerinin- yeni toplu iş sözleşmesi yürürlüğe girinceye kadar hizmet akdi hükmü olarak uygulanmaya devam edeceğine ilişkin hükmün mevcudiyeti karşısında, benzeri bir düzenlemeyi yapan Borçlar Kanunu'nun 101. maddesi uyarınca ayrıca temerrüde düşürülmesi gerekmez. Çünkü B.K. md. 101 genel olarak alacak borç ilişkilerini ve temerrüdü düzenlerken, TİSGLK'nın bu hususu özel bir hüküm olarak düzenlediği görülmektedir. Borçlar Kanunu md. 101'e göre “Muaccel bir borcun borçlusunu, alacaklının ihtarıyla, mütemerrit olur. Borcun ifa edileceği gün mütefikan tayin edilmiş veya muhafaza edilen bir hakka istinaden iki taraftan birisi bunu usulen bir ihbarda bulunmak suretiyle tespit etmiş ise, mücerret bugünün hitamı ile borçlu mütemerrit olur”. 2822 sayılı Kanun itibarı ile toplu iş sözleşmesinde kararlaştırılan gün ödenmeyen ücret ve ikramiye açısından faiz hakkı doğar.

Kanun koyucu taraflar arasında yapılan toplu iş sözleşmelerinin sona ermesi halinde, sona erme anında üstlenilen sorumluluk ve hakların aynen devam edeceğini kabul etmiştir.

Bu açıdan Borçlar Kanunu'nu uygulamaya gerek yoktur.

İncelemeye konu olan Yargıtay kararında ikinci bir husus olarak toplu iş sözleşmesinin bitimi ile hizmet akdi hükmü olarak uygulamaya devam etmesi gereken alacakların ödenmemesi halinde, bunlara uygulanacak faizin ne olacağıdır. Faizin hangi miktar üzerinden kararlaştırılacağıdır.

Bilindiği gibi 2822 sayılı Kanun md. 61 ile "Toplu iş sözleşmesine dayanan eda davalarında ifaya mahkûm edilen taraf, temerrüt tarihinden itibaren, bankalarca uygulanan en yüksek işletme kredisi faizi üzerinden temerrüt faizi ödemeye de mahkûm edilir." hükmünü getirmiştir. Yerinde bir hüküm olarak işverenlerin işçi alacaklarını kullanmalarının önüne geçilmek istenmiştir. İşverenlerin toplu iş sözleşmesinde doğan alacaklarının zamanında ödenmesini Kanun öngörmektedir. Ancak bu maddede bir şeye dikkat etmek gerekmektedir: bu maddedeki koruma sadece toplu iş sözleşmesi alacaklıları için tanınmıştır. Bir başka ifade ile işletme kredisi faizi üzerinden temerrüt faizinin ödenmesi sadece toplu iş sözleşmesi alacakları için tanınmış bir imkân olarak kabul edilmiştir. İşçilerin diğer alacaklarına karşı uygulanacak faiz ise yasal faizdir. Bu faiz de her halükarda işletme kredisi faizinden düşüktür. Bu yüzden bu tip davalarda taleplerin md. 61 deki faiz üzerinden yapılması makuldür ancak doğru değildir. Çünkü işletme kredisi faizi toplu iş sözleşmesinden doğan alacaklar dışında -işçi alacakları- uygulanmamaktadır.

İncelemeye konu olan kararda işçinin 31.12.2004 tarihi sonrası davaya konu olan ücret farkı ile ikramiye alacakları artık toplu iş sözleşmesinden değil, iş sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Çünkü 31.12.2004 sonrasında artık işyerinde bir toplu iş sözleşmesi yoktur, eski toplu iş sözleşmesinin hizmete akdine ilişkin hükümleri hizmet akdi hükmü olarak devam etmektedir, dolayısıyla işçinin talepleri içerisindeki ücret farkları ve ikramiye alacaklarının kaynağı artık toplu iş sözleşmesi değil, iş sözleşmesidir. İş sözleşmelerinde de temerrüt halinde uygulanacak olan faiz yasal faizdir.

SONUÇ

İncelemeye konu olan Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin kararı toplu iş sözleşmesinin sonraya etkisi bakımından isabetli bir karardır.

DİPNOT

- 1 Aktay, Arıcı, Kaplan-Seneyen, İş Hukuku, 2. baskı, 2007-Ankara, s. 415 vd.

Prof. Dr. Melda SUR

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İzinde Olan İşçinin Yasa Dışı Greve Katılması

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2008/26211
Karar No : 2008/20195
Tarihi : 14/07/2008

ÖZET

Davacı izinli iken çalışan işçiler ile birlikte, işten çıkarılan iki işçinin işe tekrar alınması için topluca işi bırakma eylemi gerçekleştirildiği, sendika internet sitesinde süresiz greve başlandığı, grevin işten çıkarılanlar geri alınana, sendika muhatap kabul edilene, insanca muamele görene ve İş Kanunu'ndaki çalışma ilişkilerine ilişkin hükümler uygulanana kadar devam edeceğinin belirtildiği anlaşılmaktadır. Davacı izinde olsa bile iş sözleşmesinin yüklediği haklar ve yükümlülükler devam eder. İzin süresi içinde işçinin temel edimlerinden iş görme edimi dışında kalan, işçinin sadakat borcu devam eder. O nedenle işçinin bu süre içinde iş sözleşmesinden doğan sadakat borcuna aykırı bir davranış içine girmesi halinde, işveren iş sözleşmesini haklı

nedenle feshedebilir. Davacının izinde iken diğer çalışan işçiler gibi yasa dışı eyleme katıldığı ve sadakat borcuna aykırı davrandığı sabittir. Davacının izinli olması bu eylemini haklı neden olmaktan kurtarmaz. Davacının eylemi 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nun 25. maddesi uyarınca kanundışı grev niteliğindedir. Davanın reddi yerine yazılı şekilde kabulü hatalıdır.

KARAR

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

Mahkemece, feshin geçersizliğine, davacının limited şirket işyerine işe iadesine karar verilirken, fesihle sendikal neden kabul edilmemiştir.

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

Davacı vekili, davacı müvekkili işçinin, davalı üniversiteye ait hastane işyerinde asıl işte, taşeron şirketler değiştiği halde temizlik

elemanı gösterilerek işe alındığını, taşeron şirketlerin adının değiştiğini, ortaklarının aynı olduğunu, davacının temizlik elemanı olarak değil, sağlık işinde eleman olarak çalıştırıldığını, davacının sağlık işkolunda çalışması nedeni ile Sağlık İş Sendikası'na üye olduğunu, sendika üyeliği sonrası üyelikten istifa için baskı yapıldığını ve işçi çıkarıldığını, bir işçinin intihar girişiminde bulunduğunu, işyerinde yasalara aykırı uygulamalar yapıldığını, fazla mesai yapıldığını, ücretlerinin ödenmediğini, ücretin ödenmemesinin işçiye iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınma hakkı verdiğini, aynı işte çalışan işçiler arasında farklı ücret verildiğini, tatil çalışmaları karşılığı ücretlerinin ödenmediğini, işçilere sık sık hakaret edildiğini, izinlerin kullandırılmadığını, bu durumun kamu oyuna duyurulması için öğlen arası işçilerin hastane bahçesinde ve rektörlük önünde basın açıklaması yaptıklarını, bunun sonucu 20 işçinin ve davacının iş sözleşmelerinin feshedildiğini, yazılı bildirim yapılmadığını, savunma alınmadığını, çıkarılanların aktif sendika üyesi işçiler olduğunu, feshin sendikal nedene dayandığını belirterek, feshin geçersizliğini, davacının işe iadesini ve işe başlatmama tazminatının 2821 Sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesi uyarınca belirlenmesini talep etmiştir.

Davalı üniversite vekili, öncelikle Tıp Fakültesi'ne karşı dava açıldığını, fakültenin tüzel kişiliği bulunmadığını, davada taraf ehliyeti olmadığını belirterek, davacının işvereni olmadıklarını, diğer davalı ile aralarında asıl-alt işveren ilişkisi bulunduğunu, asıl işverene karşı işe iade istenemeyeceğini, davanın husumetten reddi gerekeceğini, ayrıca davacının kanunsuz eylemlerde bulunduğunu, işi bıraktığını, alt işveren tarafından feshin haklı nedene dayandığını, davanın bu nedenle de reddi gerektiğini savunurken, diğer davalı şirket vekili, davacının iş sözleşmesinin Tıp Fakültesi temizlik işinde çalışmakta iken 20/06/2007 tarihinde işyerinde yasa dışı grev ve direnişte bulunması

nedeni ile İş Kanunu'nun 25/II. h ve 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nun 45/I maddesi uyarınca feshedildiğini, feshin haklı nedene dayandığını, davanın reddi gerektiğini belirtmiştir.

Mahkemece, davalı üniversitenin kamu kurumu olduğu, yardımcı iş niteliğinde olan temizlik hizmetini alt işverene verdiği, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesi uyarınca hizmet alım sözleşmesi muvazaalı olsa ve iş sözleşmesinin feshinin geçerli nedene dayanmadığı kabul edilse bile, davacı işçinin kamu tüzel kişiliği olan üniversiteye işe iadesinin yasal olarak mümkün olmadığı, davacının üye olduğu sendikanın sağlık işkolunda örgütlendiği, çalıştıran davalı alt işverenin ise genel işkolunda faaliyette bulunduğu, davacının bir önceki alt işveren işçisi olarak çalışırken sendikaya üye olduğu, dava ehliyeti bakımından hak kaybına yol açmamak bakımından yetki verilen sendikanın dava açma ehliyeti olduğu kabul edildiği, davacının sağlık işkolunda istihdam edilmediği takdirde, sendikanın temsil yetkisi olmadığının kabul edilmesi gerektiği, aktif husumet ehliyeti olmadığı ve davacının 20/06/2007'de diğer işçilerle birlikte eyleme katıldığı, diğer işçilerin iş sözleşmesinin feshinin haklı nedene dayandığı aynı tarihli kararlarla kabul edilmekle birlikte, davacının bu tarihte izinli olduğu, izin gününde iş kanunları kapsamında iş yapma ve işverenin emir ve talimatlarına uyma yükümlülüğü bulunmadığı, yasadışı greve katılma nedeni ile feshin geçerli neden oluşturmayacağı gerekçesi ile, diğer işçilerin davasının aksine feshin geçersizliğine, davacının ... Ltd. Şirket işyerine işe iadesine, işe başlatmama tazminatının 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesi uyarınca davacının 4 aylık ücreti tutarında belirlenmesine karar verilmiştir.

Karar taraf vekilleri tarafından temyiz edilmiştir.

Belirtmek gerekir ki, sendikanın üye işçisi adına 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 32. maddesi uyarınca dava açabilmesi için,

işçinin işverenin çalıştığı işkolunda örgütlenen sendikaya üye olması gerekir. Davalı ... Şirketi'nin genel iş, diğer davalı üniversite Tıp Fakültesi'nin ise sağlık işkolunda faaliyette bulunduğu, davacının ihale ile temizlik işini üstlenen şirket işçisi olarak sağlık işkolunda örgütlenen sendikaya üye olduğu anlaşılmaktadır. Şirketin faaliyet alanına göre, sendikanın davacı adına aktif husumete ehil olmadığı kabul edilmelidir. Ancak davalılar arasında muvazaa iddiası da bulunduğu ileri sürülmektedir. Bu olgu açıklığa kavuşmuş değildir.

Ancak, davacı izinli iken çalışan işçiler ile birlikte, işten çıkarılan iki işçinin işe tekrar alınması için topluca işi bırakma eyleminin gerçekleştirildiği, sendika internet sitesinde "süresiz greve başlandığı, grevin işten çıkarılanlar geri alınana, sendika muhatap kabul edilene, insanca muamele görene ve İş Kanunu'ndaki çalışma ilişkilerine ilişkin hükümler uygulanana kadar devam edeceğinin" belirtildiği anlaşılmaktadır. Davacı izinli olsa bile iş sözleşmesinin yüklediği haklar ve yükümlülükler devam eder. İzin süresi içinde işçinin temel edimlerinden iş görme edimi dışında kalan, işçinin sadakat borcu devam eder. O nedenle işçinin, bu süre içinde iş sözleşmesinden doğan sadakat borcuna aykırı bir davranış içine girmesi halinde, işveren iş sözleşmesini haklı nedenle feshe-

debilir. Davacının izinde iken diğer çalışan işçiler gibi yasa dışı eyleme katıldığı ve sadakat borcuna aykırı davrandığı sabittir. Davacının izinli olması bu eylemini haklı neden olmaktan kurtarmaz. Davacının eylemi 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nun 25. maddesi uyarınca kanun dışı grev niteliğindedir. Davanın reddi yerine yazılı şekilde kabulü hatalıdır. 4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3 maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir:

SONUÇ

Yukarıda açıklanan gerekçe ile;

1. Mahkemenin kararının BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,
2. Davanın REDDİNE,
3. Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
4. Davacının yapmış olduğu yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına, davalının yaptığı yargılama giderinin davacıdan tahsili ile davalıya ödenmesine,
5. Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 500 YTL ücreti vekâletin davacıdan ayrı ayrı alınarak davalılara verilmesine,
6. Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davalıya iadesine, kesin olarak oybirliği ile karar verildi. 14.07.2008.

KARARIN İNCELENMESİ

GİRİŞ

Karara konu olayda, bir üniversite hastanesinde alt işverene bağlı olarak çalışan bir kısım temizlik işçilerinin işi bırakma eylemi üzerine, eyleme katıldığı gerekçesiyle, davacı işçinin diğer 20 işçiyle birlikte işine son verilmiştir. Sendika tarafından işe iade davası açılan işçinin grev esnasında izinli olduğunu dikkate alan yerel mahkeme, bu durumda iş görme yükümlülüğü olmadığından hareket ederek, feshin geçersizliğine ve işçinin taşeron firmasındaki işine ia-

desine karar vermiştir. Buna karşılık Yargıtay, davacı işçinin eyleminin kanun dışı grev olup, izinli olmasının bu eylemini haklı fesih nedeni olmaktan çıkarmadığı gerekçesiyle yerel mahkeme kararını bozmaktadır.

Esasen olayda muhtelif iddialar mevcuttur. Birçok iddia arasında, işten çıkarmanın sendikal nedene dayandığı ve bu dava yönünden muhtelif taşeron firmaları tarafından istihdam edilir görünen işçinin, diğer işçiler gibi muvazaa olarak taşeronu bağlı temizlik işçisi olarak gösterildiği öne sürülmektedir. Söz konusu muvazaa iddiası, işkolu yönünden, sağlık işkolunda kurulu bulunan sendikanın davacı sıfatını

doğrulamak, hem de davalı sıfatını etkileyecek bir sorundur. Ancak, gerek yerel mahkeme gerek Yargıtay husumet konusuna temas etmekle birlikte, sonucu belirleyen temel husus, izinde olan bir işçinin yasa dışı greve katılmış sayılıp sayılmayacağı olmuştur.

Olayda bir yasa dışı grevin mevcudiyeti ve davacı işçinin bu eyleme katıldığı ise tartışma konusu edilmeyip, sabit görünmektedir.

Bu karar incelemesinde, Yargıtayın vardığı sonucu etkileyen hukukî sorun üzerinde durarak, ilk önce davaya husumet konusu ile birlikte sendikaların üyeleri adına dava açma ehliyetine kısaca değindikten sonra (I); izinde olan işçinin yasa dışı eyleme katılması ve sonuçları irdelenecektir (II).

1. SENDİKANIN ÜYELERİ ADINA DAVA AÇMA EHLİYETİ

1. Genel Olarak

Sendikalar Kanunu'nun 32. maddesinde sendikaların “çalışma hayatına ilişkin faaliyetleri” belirtilmiştir. Bunlar arasında, “3. Çalışma hayatından, mevzuattan, toplu iş sözleşmesinden, örf ve âdetten doğan hususlarda işçileri ve işverenleri temsilen veya yazılı başvuruları üzerine, nakliye, neşir veya adi şirket mukaveleleri ile hizmet akdinden doğan hakları ve sigorta haklarında üyelerini ve mirasçılarını temsilen davaya ve bu münasebetle açtığı davadan ötürü husumete ehil olmak” yer almaktadır.

Olayımızdaki işten çıkarılan işçinin işe iadesine yönelik dava, yukarıdaki ikinci tür, bireysel temsile dayalı dava ehliyetine dayanır. Baskın görüşe göre, burada bir “kanunî temsil” söz konusudur. Dolayısıyla, işçinin sendikaya bir vekâletname vermesi gerekmeyip, yasa da belirtilen, sendikaya yönelik bir yazılı başvuru gerekli ve yeterlidir¹.

Sendika, böyle bir davayı ancak üyeleri (ve mirasçıları) için açabilir; dava açılırken üyelik

Sendika üyeliğinin geçersizliği veya son bulması hâllerinde sendikanın dava ehliyetinden söz edilemez.

Kanundaki “geçici olarak işsiz kalma”nın tam olarak neyi ifade ettiği açık değildir.

devam ediyor olmalıdır. Buna karşılık üyeliğin dava açıldıktan sonra son bulması, kanımızca davanın sendikaca takibine engel teşkil etmemelidir. Nitekim TBMM'ye sunulan yasa değişikliği teklifinde, sendikanın temsil yetkisinin “her halde, yazılı başvuru ile geri alınmadığı müddetçe açılmış davalarda dava kesinleşinceye kadar devam edeceği” açıkça belirtildiğinden, bu konuda olası tereddütler giderilmektedir (SK m. 20/II, son cümle).

Sendika üyeliğinin geçersizliği veya son bulması hâllerinde sendikanın dava ehliyetinden de söz edilemez. Nitekim Sendikalar Kanunu m. 25/V uyarınca, işçinin emekli olması ve işkolunun değişmesi üyeliğin sona ermesine yol açar: “Bağlı buldukları, kanunla kurulu kurum ve sandıklardan yaşlılık, emeklilik veya malullük aylığı veya toptan ödeme alarak, işten ayrılan işçilerle işkolunu değiştiren işçilerin sendika üyeliği sona erer.”

Dolayısıyla, işçinin işkolu değiştirmesi, emekliye ayrılarak işçi sıfatını yitirmesi² hâllerinde üyelik de son bulacağından, sendikanın bu işçiyi temsilen Sendikalar Kanunu'nun 32. maddesinin 3. bendine dayanarak dava açması mümkün değildir. Aynı şekilde ve genel olarak farklı bir işkolunda çalışan bir işçinin bu sendikaya üyeliğinin geçerli olamaması nedeniyle, sendika tarafından temsiline olanak yoktur³. İncelediğimiz olay bakımından da bu soruna gerek yerel mahkeme, gerek Yargıtay işaret etmektedir.

Buna karşılık işçinin geçici olarak işsiz kalması sendika üyeliğini etkilemeyeceğinden (SK m. 24), sendika, işten çıkarılan bir işçiyi temsilen dava açabilir. Esasen, olayımızda da görüldüğü gibi, sendikaların üyeleri için açtıkları davaların önemli kısmı iş sözleşmesinin feshinden sonra söz konusu olmaktadır.

Kanundaki “geçici olarak işsiz kalma”nın tam olarak neyi ifade ettiği de açık değildir. Her hâlde, kesin bir sınır koymak yerine her durumun özelliğine göre uygun bir sürenin kabulü

suretiyle mahkemelerimize genişçe bir takdir alanı bırakılmaktadır. Böyle olunca, bu süre daha kısa (işçinin işçiliği kesin olarak bıraktığı, serbest meslek, memuriyet, işveren konumuna gelme hâllerinde) veya daha uzun (işçinin sürekli iş arayışı içinde olup örneğin Türkiye İş Kurumu'na kayıtlı olması) olabilir⁴. Belirtmek gerekir ki Yasa Değişikliği Teklifinde (m. 24/son), işsiz kalan işçinin sendika üyeliği 1 yıllık sınıra bağlı tutulmaktadır.

2. Yerel Mahkemenin ve Yargıtay'ın Yaklaşımları

Davayı açan sendikanın kurulu bulunduğu işkolu (sağlık) itibariyle husumete gerçekten ehil olup olmadığı konusunda sonuca varabilmek için, sadece birbirini izleyen sendika üyeliklerini değil, öne sürülen muvazaa iddiasını da incelemek gerekirdi. Oysa Yargıtayın kararında da ifade edildiği üzere, bu olgu "açıklığa kavuşmuş değildir". Yerel mahkemenin kararında ise "davacının üye olduğu sendikanın sağlık işkolunda örgütlendiği, çalıştıran davalı alt işverenin ise genel işkolunda faaliyette bulunduğu, davacının bir önceki alt işveren işçisi olarak çalışırken sendikaya üye olduğu, dava ehliyeti bakımından hak kaybına yol açmamak bakımından yetki verilen sendikanın dava açma ehliyeti olduğu kabul edildiği (...)" belirtilmektedir. Aynı kararda, daha sonra, "davacının sağlık işkolunda istihdam edilmediği takdirde, sendikanın temsil yetkisi olmadığı kabul edilmesi gerektiği, aktif husumet ehliyeti olmadığı (...)"na da işaret edilmektedir.

Bizzat davalı olarak gösterilen işveren yönünden de husumet sorunu mevcuttur. Pasif husumete ehil olan birimin üniversite mi, fakülte mi, yoksa taşeron şirket mi olduğu konusunda fazlaca açıklama yapılmaksızın, mahkemece davanın konu ve amacı (işe iade davası)

Askı sürelerinde işçinin temel borcu olan iş görme borcu askıda kalmakla birlikte, bunun dışındaki diğer yükümlülükleri devam etmektedir.

dikkate alınmaktadır. Böylece, kamu tüzel kişiliği olan üniversiteye işe iadenin yasal olarak mümkün olmadığı belirtilerek, temizlik işçisinin "Kültür Temizlik Ltd. Şirketi" işyerine iadesi yoluna gidilmiştir.

Böylece, muvazaa iddialarının da birlikte getirdiği işkolu ve dolayısıyla aktif husumet sorununun bu davada esas hakkında incelemeyi engellemediği görülmektedir. Mahkemelerimizin pragmatik ve usûl ekonomisine uygun yaklaşımı sonucu husumet konusu tam anlamıyla açıklığa kavuşmayarak "eksik kalan" bir konu olarak bırakılmış görünmektedir.

II. İZİNDE OLAN İŞÇİNİN EYLEME KATILMASI VE SONUÇLARI

Yukarıda değindiğimiz husumet ehliyeti sorunu kararın sonucunu belirlememiş; kararın odak noktasını teşkil edip sonucu belirleyen sorunlar şunlar olmuştur: İzinde olan bir işçi yasa dışı greve, direnişe veya bir protesto eylemine "katılmış" sayılabilir mi? Böyle bir durumda işveren bakımından derhal fesih hakkı doğar mı?

Bu soruların cevabı, ilk önce genel açıdan izinde olan işçinin hukukî durumunun; sonra da böyle bir işçinin greve katılmış sayılıp sayılmayacağına irdelenmesini gerektirmektedir.

1. İzinli Olan İşçinin Hukukî Durumu

a) İşçinin izinli olduğu sürelerde, ister yasal izinler (yıllık ücretli izin, hafta tatili, evlenme, doğum, hastalık izinleri), ister işveren tarafından verilen ücretsiz izin gibi izinler olsun, iş sözleşmesi askıda kalır⁵. İş sözleşmesi sona ermeyip iş ilişkisi devam ettiğine göre, işe gelme ve hizmeti ifa borcu geçici olarak ortadan kalkar. Askı süresinde işçinin işe devamsızlığı borca aykırılık teşkil etmeyeceğinden, işveren bunu gerekçe göstererek iş sözleşmesini feshedemez.

b) Bu askı sürelerinde işçinin temel borcu olan iş görme borcu askıda kalmakla birlikte, bunun dışındaki diğer yükümlülükleri devam etmektedir. Bu bağlamda öğretimizde de işaret edildiği üzere, iş görme edimine bağlı olmayan işyerindeki davranışlarıyla ilgili işverenin tali-

matlarına uyma yükümlülüğü de devam edeceğinden, örneğin, askı döneminde işyerine bir sebeple gelen işçinin işyerindeki davranışları dikkate alınır⁶. Sadakat borcu çerçevesinde, işçi, işverenin itibarını zedeleyecek bir tutum içine giremez, meslekî ve ticarî sırlarını açıklamaz, işçileri işverene zarar verecek hareketlere teşvik edemez⁷. Bu durumlarda diğer taraf için haklı nedenle fesih hakkı doğar (İş K. m. 25/II).

Böylece görüldüğü üzere, “sadakat borcuna aykırılık”, izinli olup çalışma yükümlülüğü bulunmayan işçiler bakımından da söz konusu olabilmektedir.

b) Bir grev uygulaması sırasında izinde olan işçinin konumuna gelince; uygulamada izinli işçinin greve katılıp katılmadığını belirlemede güçlük çekilebilir.

Bu zorluğa karşı şu yanıtları getirebiliriz:

Bir kere, işçinin izin hakkından vazgeçip greve katıldığı öne sürülebilir. Bunun ispatı ise her zaman kolay değildir. Belirtmek gerekir ki, işçinin yasa dışı greve katıldığına ispatı işverene ait olmalıdır. İzin hakkını kullanan bir işçi, çalışmamasının greve katılma anlamına gelmediğini kanıtlamakla zorunlu tutulamaz.

Yargı içtihadına baktığımızda ise, grev sırasında izinli olan işçinin bu durumunun “kesin delil” sayılmadığı görülmektedir⁸. Daha önce bu konudaki bazı kararlarda, her hâlde olayın özelliği de dikkate alınarak, işyerinde grev başladığı sırada raporlu olan işçinin greve katılmak istemediğini bildirmek zorunda olduğu, aksi takdirde, tekabül eden rapor süresine ait işçilik haklarını talep edemeyeceği sonucuna varılmıştır⁹. Belirgin eğilim, rapor süresi sonunda işçi işyerine gelip işe başlamadığı takdirde, izinde geçen sürenin grevde geçmiş sayılmasıdır. Zira bu durumda rapor süresinin bitiminde greve katılarak işçi bu yoldaki iradesini de ortaya koymuş görünmektedir¹⁰.

Diğer yandan, izinde olan işçi bilfiil işi bırakıp greve katılmasa bile, grevin kararına katıldığı, greve teşvik ettiği veya diğer işçileri greve katılmaya veya devamına teşvik ettiği hâller de olabilir (TSGLK m. 45/I). Böyle bir durum öne sürülüp kanıtlandığında işçinin gene yasa dışı grevin yaptırımlarına tâbi tutulması olasıdır.

İncelediğimiz kararda işçinin izinde olmasına karşın bu eyleme katıldığında bir tereddüt olmadığı anlaşılmaktadır. Yargıtayın belirttiği üzere, “davacının izinde iken diğer çalışan işçiler gibi yasa dışı eyleme katıldığı¹¹ ve sadakat borcuna aykırı davrandığı sabittir”.

2. Eyleme Katılmanın Sonuçları

Olayımızdaki eylemin bir yasa dışı grev olduğu hususunda yerel mahkeme ile Yargıtay kararları aynı yöndedir. Buradaki işi bırakma, bir toplu iş sözleşmesi prosedürü dışında, herhangi bir uyuşmazlık tutanağı alınmadan girişilmiş bir protesto eylemidir. Bir başka deyişle, usulüne göre alınmış bir grev kararına dayanmayan, “kanunî grev için aranan şartlar gerçekleşmeden yapılan bir grev” (TSGLK m. 25/III) vardır.

Böyle bir yasa dışı grev veya eyleme katılma, sadakat borcuna aykırılık teşkil eder mi? İzinde olan bir işçi, iş görme borcu askıda olduğuna göre, greve nasıl katılmış sayılabilir? Kararın değerlendirilmesi bu iki soruya verilecek yanıtlara bağlıdır.

a) Bir kere, yasal bir greve katılma bir hak olduğuna göre, sırf böyle bir greve katılmanın iş görme ve sadakat borçlarına aykırılık teşkil etmeyeceği açıktır. Buna karşılık, grev esnasında işçinin birtakım davranışları haklı fesih nedeni teşkil edebilir¹². Zira işin görülmesi edimine bağlı olmayan diğer borçlar, özellikle, işverenin meslekî sırlarını saklamak, zararlı fiillerden kaçınmak, gösteri, pankart, broşür gibi yollarla işverene ve yakınlarına hakaret etmemek, işverenin ticarî saygınlığını ve çalışma özgürlüğünü ortadan kaldıracı gösteri ve toplantılar düzenlememek gibi türlü yükümlülükleri içerir¹³. Yasal bir grev esnasında da olsa, her türlü şiddet, tehdit, zor kullanma, çalışma özgürlüğünün ihlâli, hakaret ve engelleme gibi fiillerin hukuka aykırılık teşkil edeceğinde şüphe yoktur.

b) Bunun yanında, bizzat yasa dışı grev veya eyleme katılmayı “sadakat borcuna aykırı bir davranış” saymak da, ilk bakışta mümkün görünebilir¹⁴. Ancak burada kanımızca ihtiyatlı bir yaklaşımla kolektif eylemleri “sözleşmelerin bakış açısıyla” değerlendirmektense,

kendi spesifik amaç ve özelliklerine göre ele almak daha doğru olacaktır. Bir başka deyişle, “sadakat borcuna aykırılık”, toplu ilişkilerinin özelliklerine uyarlanarak biraz farklı bir şekilde değerlendirilmelidir. Toplu iş ilişkileri ve uyumsuzluklarının kendilerine özgü ilkeleri ve mantığı vardır. Burada işçi dayanışması ve sendika disiplini ayrı bir “sadakat”i ifade eder. Bu nedenle, grev esnasında işverene karşı olan sadakat borcu ortadan kalkmamakla birlikte; farklı, daha “hoşgörülü” bir şekilde yorumlanabilir. Örneğin, bazı eleştiri ve taleplerin kuvvetli ifadelerle formüle edilmesi, sadakat borcuna aykırılık veya İş K. m. 25/II çerçevesinde haklı fesih sebebi sayılmamalıdır¹⁵. Buna karşılık yukarıda değinildiği üzere, toplu iş uyumsuzlukları çerçevesinde dahi kabul edilemeyecek fiiller vardır. Çeşitli zor kullanma, tehdit ve hakaret içeren hareketlerin birer haklı fesih nedeni teşkil edeceği açıktır.

çerçevesinde, “doğruluk ve bağlılığa uymayan davranış” olarak ele alınmaktadır¹⁷. İncelemekte olduğumuz olaya benzer durumlarda yargı mercilerimiz genellikle toplu işi bırakma (yani grev) eylemlerini İş Kanunu’nun haklı fesih nedenleri çerçevesinde mütalâa etmektedirler¹⁸.

Oysa TSGLK m. 25’de grevin ve kanun dışı grevin tanımları yapılmıştır. Kanun dışı grevin sonuçları da TSGLK’nın 45. maddesinde yer almaktadır: “Kanun dışı grev yapılması hâlinde, işveren, böyle bir grevin yapılması kararına katılan, böyle bir grevin yapılmasına teşvik eden, böyle bir greve katılan veya böyle bir greve katılmaya veyahut devam teşvik eden işçilerin hizmet akitlerini, feshin ihbarına lüzum olmadan ve herhangi bir tazminat ödemeye mecbur bulunmaksızın feshedebilir.”

Yasa dışı grevlerin ve direnişlerin ayrıca cezaî sonuçları da vardır (TSGLK m. 70 vd.).

Yasa dışı grev hâllerinde iş sözleşmesinin feshinde sadakat borcuna aykırılıktan ziyade “yasa dışı greve (veya direnişe) katılma” gerekçesine başvurulması daha doğru görünmektedir.

Hukukumuzda bizzat grevi yasa dışı kılan çeşitli hâller öngörülmüştür. Bazı yasal formalitelere ve sürelerle uyulmadan girişilen bir greve katılma veya başlatılmış yasal greve daha sonra, sendika üyesi olunca katılma, TSGLK çerçevesinde kanunî şartlar gerçekleşmeden yapılan bir grevdir. Bu eylemler nitelikleri yönünden İş K. m. 25’deki “ahlâk ve iyiniyet kurallarına ayrılılık” hâllerinden oldukça uzaktır¹⁶. Dolayısıyla, yasa dışı greve katılmayı genel olarak sadakat borcuna aykırı bir davranış olarak değerlendirmek, kanımızca her zaman isabetli olamaz. Bu nedenlerle, yasa dışı grev hâllerinde iş sözleşmesinin feshinde sadakat borcuna aykırılıktan ziyade “yasa dışı greve (veya direnişe) katılma” gerekçesine başvurulması daha doğru görünmektedir.

Yıllardan beri yerleşmiş içtihadımıza bakıldığında ise, toplu iş sözleşmesi prosedürü dışında meydana gelen işi bırakmalar İş Kanunu

TSGLK m. 45’deki fesih hakkının hukukî rejimi de bazı bakımlardan İş K. m. 25/II’deki ahlâk ve iyiniyet kurallarına uymayan hâller ve benzerlerinin rejimiyle özdeştir. Bildirim sürelerine uyulmadan feshe gidilebilmesi ve işçinin kıdem tazminatına hak kazanmaması yönünden, sonuçlar aynıdır. Buna karşılık, fesih hakkını kullanırken İş K. m. 26’da öngörülen altı işgünlük süreye uyulması, uygulamada benimsenen bir koşul olmakla birlikte kanımızca isabeti tartışmalıdır. Diğer yandan, çok sayıda işçinin katıldığı toplu eylemlerde işe son vermede katı bir “eşit işlem” aranması da, tartışmaya açık bir yaklaşımdır¹⁹.

Böylece görüldüğü üzere, toplu eylemlerin İş Kanunu yerine toplu ilişkiler çerçevesinde ele alınarak TSGLK hükümlerine doğrudan başvurulması bazı yönlerden farklı bir hukukî rejimi de beraberinde getirmektedir.

Sonuç olarak, farklı özellikler taşıyan bir

“yasa dışı greve katılma”yı sadakat borcuna aykırı hareket saymak yerine, doğrudan doğruya TSGLK hükümlerine başvurmak, kanımızca bu hükümlerin spesifik uygulama alanı ve amaçlarına daha uygun olacaktır.

Yargıtayın incelediğimiz kararında ise, davacının aynı zamanda hem “yasa dışı greve katıldığı” hem de “sadakat borcuna aykırı davrandığı”ndan söz edilmesi her iki dayanağın birlikte dikkate alındığını göstermektedir. Böyle bir çifte gerekçelendirme iki işlevi görebilir: Bir kere, izinde olan bir işçinin iş görme borcu olmamasına karşılık işyeri önünde işverene yönelik son derece ciddi ithamları içeren bir basın açıklamasına katılması, bu katılma kanıtlandığında, İş K m. 25/II b uyarınca ayrı bir fesih nedeni teşkil edebilecek niteliktedir. Konu, yukarıda işaret ettiğimiz toplu ilişkiler (TSGLK) çerçevesinde ele alındığında ise, izinde olan işçinin izin hakkından vazgeçerek greve katıldığı öne sürülebilir.

Nihayet, bu işçinin izinde olması nedeniyle işi bırakmış sayılamayacağı öne sürülse bile, eğer kanıtlanmışsa TSGLK m. 45/I uyarınca sırf karara katılmak, grevin yapılmasına, katılmaya veya devama teşvik bile izin süresince (eylem yerine gelmeyen ve “iş bırakmayan” izinli bir işçi bakımından dahi) bir derhal fesih sebebi oluşturabilir.

SONUÇ

Açılan bir işe iade davasına ilişkin olan bu kararda aktif dava (husumet) ehliyeti sorunu çözümlenmeden, doğrudan bizzat eylemin tavsifi ve hukukî sonuçlarına gidilerek, bir bakıma “seri” bir yargılama usulünün gereklerine uyulmaya çalışılmış görünmektedir.

Mahkemelerimizin toplu eylemlerde genellikle TSGLK yerine İş Kanunu’nun haklı fesih sebeplerine başvurma eğiliminin burada da sürdüğü gözlenmektedir. TSGLK m. 25 ve m. 45 yerine, belki de cezaî sonuçları dolaylı olarak bertaraf etmek düşüncesinin de etkisiyle, işçinin “sadakat borcuna” aykırılığının ön plâna çıkarılması, olayımızda ek bir işlev görebilir. Ancak, her şeye karşın yasa dışı grev ve direnişler hakkında açık bir düzenlemeyi içeren TSGLK m. 25 ve m. 45 hükümleri ka-

nımızca kararın temel dayanağını teşkil etmelidir.

Bunun dışında Yargıtay’ın vardığı sonuç, yani işe iade yönündeki yerel mahkeme kararının bozulması isabetli olup, mevcut hukuk normlarına uygundur.

Eylemin cezaî sonuçları bu kararlarda söz konusu edilmemekle birlikte, işaret etmeliyiz ki, çok kısa süren ve işyerindeki üretimi etkilemeyen işi bırakma eylemlerinin daha uzun, üretim veya hizmeti aksatan eylemlerden ayırt edilmesinde yarar vardır.

Bu bakımdan Türk Ceza Kanunu’nda kamu görevlileri hakkında yer alan düzenlemeye işaret edilebilir. “Kamu görevinin terki veya yapılmaması” başlıklı TCK m. 260 (2) hükmüne göre: “Kamu görevlilerinin meslekî ve sosyal hakları ile ilgili olarak, hizmeti aksatmayacak biçimde, geçici ve kısa süreli iş bırakmaları veya yavaşlatmaları hâlinde, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza da verilmeyebilir.” Eylemin cezaî sonuçlarını ilgilendiren bu hükmü TSGLK’deki ceza hükümleri bakımından da dikkate alarak, bazen gerçekte haklılık payı da olan birtakım protesto eylemleri için cezaların daha nüanslı şekilde yasamızda yeniden düzenlenmesinde yarar olacaktır.

DİPNOTLAR

- 1 Bu konuda bkz.: F. Şahlanan: Sendikalar Hukuku, İstanbul 1995, s. 228-229; N. Çelik: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 21. Bası, İstanbul 2008, s. 472-473; Ü. Narmanlıoğlu: İş Hukuku II, s. 232-235; F. Demir: Sendikalar Hukuku, Yenilenmiş 5. Baskı, İzmir 2007, s. 181-183; Sur, M.: İş Hukuku, Toplu İlişkiler, Ankara 2008, s. 156-158. Yasal temsil olmayıp, dava için yazılı başvuruda bulunmayla bu konuda sendikaya bir iradî temsil yetkisi verildiği görüşü için bkz. özellikle: C. Tuncay: Toplu İş Hukuku, İstanbul 1999, s. 85.
- 2 Emeklilik ile sendika üyeliği son bulacağından, sendika, emekli olunan adına dava açamaz: 9. H.D., 22.12.1997, 20012/22156, Tekstil İşveren, Şubat 1998, s. 18.
- 3 9. H.D., 22.5.2006, 2006/15169, Çalışma ve Toplum 2006/3, S. 10, s. 142: Sendikanın kurulu bulunduğu işkolundan farklı bir işkolunda çalışan işçi (olayda İzmir Metro A.Ş.’nin güvenlik hizmetlerini üstlenen bir ayrı şirkette çalışan güvenlik elemanı) için açılan işe iade davasında işkolu konusu öne sürülmüştür. Yargıtaya göre, yetki tespitine ilişkin sonuca göre hüküm kurmak gerekmektedir.
- 4 Yargıtayın bazı kararlarında üyeliğin devamı bakımından işsizlik süresi için bir yıllık sınır benimsenmektedir

- (örneğin, 9. H.D., 11.5.1998, 7300/8735, Günay, s. 435). Bu konu Yargıtayın 1998 Kararlarının Değerlendirilmesinde tartışılmıştır: bkz. S. Taşkent'in yasadaki "geçici" sözcüğünün bir sınırı da gerekli kıldığı görüşü (s. 183) ve buna karşılık bir yıllık süre sınırlamasının yerinde olmayacağı yönünde F. Şahlanan'ın (Genel Görüşme, s. 214-215), M. Ekonomi'nin (Genel Görüşme, s. 217-218), M. Kutal'ın (Genel Görüşme, s. 220-221) görüşleri. Ancak, işçi uzunca bir süre iş arama yönünde bir girişimde bulunmuyorsa, işsizliğin "geçici" niteliğini yitirdiği söylenebilir (bkz. Kutal, aynı yer, s. 221 ve Taşkent, s. 229). İş buluncaya kadar geçecek süre ne olursa olsun işsiz kalmanın geçici sayılması gerektiği yönünde F. Şahlanan'ın daha önce ortaya koyduğu görüşü için bkz: Sendikalar Hukuku, s. 185-186. Karş. M. Sur, İş Hukuku, Toplu İlişkiler, s. 136.
- 5 Bkz. S. Süzek, İş Hukuku, s. 423 vd., özellikle s. 440-442; A. Mollamahmutoğlu, s. 563-577, özellikle s. 572-573.
- 6 Süzek, İş Hukuku, s. 442; aynı yazar: İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi, Ankara 1989, s. 106-109.
- 7 Süzek, İş Hukuku, s. 442.
- 8 9. H.D., 11.5.1981, 3715/6757, İHU, TSGLK m. 29, No. 6 ve D. Ulucan'ın İnceleme ve eleştirisi.
- 9 9. H.D., 29.5.1989, 2255/4890, YKD, Ocak 1990, C. 16, S. 1, s. 56. Bu olayda, eylem süresi içinde işçinin sendikadan yardım aldığı iddiası da mevcuttu. Bir diğer karar: 9. H.D., 17.11.1998, 13975/16401 (Kartal 2. İş Mahkemesinin 13.6.1998 tarih, 597/186 sayılı kararının onanması), İşveren, Ocak 1999, s. 15: Raporlu olan işçi greve katılmayacağını işverene bildirmedigi ve ayrıca rapor sonunda da işyerine gelip çalışmadığı bu durumda işçi greve katılmış sayılacağından, istirahatlı olduğu günler için toplu iş sözleşmesi farkı isteyemez.
- 10 S. Taşkent: Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin 1998 Kararlarının Değerlendirilmesi, Toplu İş İlişkileri, s. 201.
- 11 Karş.: 9. H.D., 16.4.2007, 3143/10684, Çalışma ve Toplum, 2007/4, S. 15, s. 273: Dokuz Eylül Üniversitesi Uygulama Hastanesinde alt işverene bağlı olarak çalışan bir grup temizlik işçisi (117 işçi) çeşitli eylemler yapmış; bunun üzerine iş sözleşmeleri feshedilmiştir. Bu olayda kimi işçilerin "görev yerinden izin alarak eylem yapılmayan konuşmayı dinlemek üzere kısa bir süre ayrıldığı ve görev başına geri döndüğü", bu işçilerin mesai giriş ve çıkış belgeleriyle de doğrulandığından, Yargıtaya göre, söz konusu işçilerin gerçekten işi bırakıp bırakma eyleminde bulunup bulunmadığı açıklığa kavuşturulmadan hüküm kurulması hatalıdır.
- 12 Grev esnasında greve katılan işçilerden birisinin, işyerine gelen servis aracına girerek, işyerinde çalışmak isteyen işçilere sarhoş şekilde hakaret etmesi, işyerine girmemeleri için tehdit etmesi, önlemeye çalışması ve servis aracına hasar vermesi, işveren için (1475 sayılı) İş K. m. 17/IIç uyarınca (işçinin işverene yahut ailesi üyelerinden birine yahut işverenin başka işçisine sataşması veya 77 nci maddeye, yani işyerinde içki kullanma yasağına aykırı hareket etmesi) haklı fesih nedenidir. Yargıtayın belirttiği üzere, hizmet akdi askıda bulunan işçinin işverene karşı iş görme dışındaki yükümlülükleri devam etmektedir: 9. H.D., 17.4.2002, 6042/6339, Çimento İşveren, Kasım 2002, s. 63.
- 13 K. Oğuzman: Hukukî Yönden Grev ve Lokavt, 2. Baskı, İstanbul 1967, s. 59; aynı yazar, Hukukî Yönden İşçi-İşveren İlişkileri, C. 1, 3. Bası, İstanbul 1984, s. 214-216; Ş. Akyol: Türk Hukukunda Grevin Hizmet Akdine Tesiri, İstanbul 1967, s. 81-82; K. Ertaş: Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, Ankara 1982, s. 79-80.
- 14 Bu yönde: Ertaş, Sadakat Borcu, s. 79-80.
- 15 B. Teyssié: Droit du travail, Relations collectives, 5è. éd., Paris 2007, s. 598-599, No. 1064-1065 ve orada zikredilen Cass.soc., 20.5.1992, Cah.soc. 1992, A 41. Bu konuda bkz.: 9. H.D., 27.3.2006, 3230/7008, Çalışma ve Toplum, 2006/3, s. 199: Bu olayda toplu görüşmelerin olumsuz sonuçlanması üzerine temsilcinin diğer işçilerle birlikte yakasına "yetkiye, kazanımlarımıza, uzlaşmaya itiraz. Sonuç, uyuşmazlık. Bu abluka dağıtılacak" ifadelerini içeren kokart takması, yüksek yargı organımıza göre işyerinde olumsuzluklara yol açmayan "demokratik bir tepkidir". Dolayısıyla ne haklı, ne de geçerli bir fesih sebebi söz konusudur.
- 16 Bu ikinci duruma örnek olarak, 9. H.D., 23.9.2003, 1714/13599, İşveren, Mart 1994, s. 16; 9. H.D., 27.2.2006, 1570/4778, Sicil, Haziran 2007 ve M. Alp'in incelemesi; ayrıca bkz. M. Sur: Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2006, Ankara 2009, Toplu İş İlişkileri, s. 245-246.
- 17 Örneğin, 9. H.D., 8.7.1998, 11133/12346, Tekstil İşveren, Aralık 1998, s. 20: Bu olayda ücretlerin artırılmaması nedeniyle işbaşı yapmayıp evlerine giden işçilerin tutumu, zamanın 1475 sa. İş K. m. 17/II d çerçevesinde değerlendirilmiştir.
- 18 Arkadaşlarının işine son verilmesini protesto amacıyla, uyarılara rağmen, işbaşı yapmama ve işyerini terk etme, (1475 sayılı) İş K. m. 17/II d hükmüne dayalı bir haklı fesih nedeni sayılmaktadır: 9. H.D., 27.1.1998, 17598/606, İşveren, Ekim 1998, s. 17. Benzer yönde: 9. H.D., 19.12.1995, 3470/35842, Tühis, Şubat 1996, s. 31. Ayrıca bkz.: 9. H.D., 21.1.1997, 21517/740, Çimento İşveren, Mart 1997, s. 34 (İş K. m. 17/II g, bu kez haklı feshin dayanağını teşkil etmiştir). Bu içtihat istikrar kazanmış durumdadır: HGK, 24.5.2000, 9-896/923, Tekstil İşveren, Temmuz 2000, s. 20.
- 19 Bkz. Ş. Çil: Geçerli Nedene Dayanan Fesihte İşverenin Eşit Davranma Borcu, Legal YKİ 5/2007, s. 293 vd. ve orada incelenen Yargıtayın 9. H.D., 10.4.2006 tarih, 7385/9027 sayılı kararı ile 9. H.D., 18.9.2007 tarih, 28933/26967 sayılı kararı.

Prof. Dr. Nüvit GEREK

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Üniversitelerde Kısmi Zamanlı Olarak Çalıştırılan Öğrencilerin Sosyal Güvenlik Sorunları

Üniversitelerin geçici işlerde kısmi zamanlı olarak öğrencilerini çalıştırabilmeleri 1993 yılından beri süregelmektedir.

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 3843 sayılı Kanun'la değişik "Cari Hizmet Maliyeti" başlıklı 46. maddesinde, yükseköğretim kurumlarının cari hizmet maliyetlerinden elde edilen gelirlerin özel ödenek kaydolduktan sonra, bu ödeneğin başta öğrencilerin beslenme, sağlık, spor, kültür ve diğer sosyal hizmetleri olmak üzere üniversitelerin cari, kalkınma, plan ve programlarına uygun yatırım, transfer ve öğrencilerin kısmi zamanlı olarak geçici işlerde çalıştırılmasına ilişkin giderlerde kullanılacağı hüküm altına alınmıştır¹.

Bu hükme dayanılarak, her yıl Katma Bütçeli İdareler Bütçe Kanunları'nda, kısmi zamanlı olarak çalıştırılacak öğrencilerle ilgili düzenlemeler yer almıştır. Bu düzenlemelerde, hemen hemen her mali yıla ait bütçe kanununda, 2004 yılına kadar, "2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 46. maddesine göre kısmi zamanlı olarak çalıştırılacak öğrenciler hakkında; 1475 sayılı İş Kanununun işçi sağlığı ve iş güvenliği

ile ilgili hükümleri ve 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun iş kazası ve meslek hastalıkları sigortası ile ilgili hükümleri hariç diğer hükümleri uygulanmaz." ifadesi yer almıştır.

Daha sonra 2004 yılında, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 46. maddesine eklenen bir fıkra ile kısmi zamanlı olarak çalıştırılan öğrencilerin durumlarının her yıl bütçe kanunları ile düzenlenmesi uygulamasından vazgeçilmiş ve uygulama ayrı şekilde, 5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesine kadar devam etmiştir². Ek fıkra ile 2547 sayılı Kanunun 46. maddesinde yer alan ifade, "Kısmi zamanlı olarak çalıştırılacak öğrenciler hakkında 22.5.2003 tarihli ve 4857 sayılı Kanunun iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili hükümleri ve 17.7.1964 tarihli ve 506 sayılı Kanunun iş kazası ve meslek hastalıkları sigortası ile ilgili hükümleri hariç diğer hükümleri uygulanmaz." şeklindedir. Görüldüğü gibi bu düzenleme, bütçe kanunlarındaki düzenlemelerle hemen hemen aynıdır. İş hukuku açısından, çiraklara benzer şekilde İş Kanunlarının yalnızca iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili hükümlerinin uygulanması, diğer

hükümlerinin uygulanmaması öngörülmüştür. Sosyal güvenlik hukuku açısından da yalnızca iş kazası-meslek hastalıkları sigortası ile ilişkilendirilmeleri, uzun süreli sigorta kolları ile ve hastalık ve analık sigortaları ile ilişkilendirilememeleri öngörülmüştür. Böylece kısmi zamanlı statüde çalıştırılan öğrenciler 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nda yer almamakla birlikte, 2547 sayılı Kanundaki özel bir düzenleme ile kısmi sigortalılar arasında yer almışlardır³.

1. Üniversitelerin Kısmi Zamanlı Öğrenci Çalıştırma İhtiyaçları

Yıllardır üniversitelerin en önemli sorunları arasında personel alımındaki güçlükler gelmektedir. Yeterli sayıda ve nitelikte personel alınamayışı yanında, aynı işi-aynı görevi yapan personelin bir kısmı işçi, bir kısmı ise memur statüsünde çalıştığı için aralarındaki ücret farkları nedeniyle yaşanan ciddi sıkıntılar vardır. Bunların yanında hizmet alım sözleşmeleri kapsamında çalıştırılan alt işveren işçileri de ayrı bir gruptur. Elbette bunun yarattığı sıkıntılar da vardır. Kısmi zamanlı öğrenciler ise, ücretlerinin azlığı, çalışma sürelerinin kısalığı açısından, değinilen diğer çalışan gruplarından daha farklı bir durumdadırlar. Ayrıca yukarıda değinildiği gibi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun yalnızca iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili hükümlerinden yararlanabilecekler, sosyal güvenlik ile ilgili olarak da yalnızca iş kazası-meslek hastalığı sigortası yardımlarından yararlanabileceklerdir.

Ekonomik nedenler ve buna bağlı bütçe kısıtlamaları üniversitelere ayrılması gereken kaynakları azaltmaktadır. Diğer taraftan öğrenci sayılarının artması ve üniversitelerin büyümesi, yeni personel alımını zorunlu kılarken bu yapılamadığı için personel açığı büyümektedir. Değinilen sıkıntıları bir ölçüde giderebilmek için, üniversitelere kısmi zamanlı öğrenci çalıştırabilme olanağı tanınmıştır. Bu sayede üniversiteler, sürekli personel çalıştırılmasına gerek olmayan işlerde öğrenci çalıştırabileceklerdir⁴. Üniversiteler hem daha ekonomik şekilde eleman ihtiyaçlarını karşılayabilecekler, hem de üniversite düzeyinde eğitim gören ve bu nedenle genellikle daha bilgili, daha verimli ve nitelikli olan elemanlarla çalışma olanağı bula-

bileceklerdir. Meseleye öğrenciler açısından da bakılırsa, muhtaç durumda olan ve burs olanağı bulamayan öğrencilere önemli bir destek sağlanmış olacaktır. Ayrıca henüz öğrencilik döneminde çalışma hayatını tanıma ve iş tecrübesi kazanma, mezuniyet sonrasında daha kalıcı işler bulabilme konusunda önemli avantaj sağlayabilecektir.

Bütün bunların yanında kısmi zamanlı statüde çalışan öğrencilerin yol açtığı sorunlar da gözlenmektedir. Bu durumdakilerin bir bölümü bilerek, isteyerek ve planlayarak öğrenim sürelerini uzatma eğilimindedir. Hemen hemen büyük çoğunluk ise, baştan bu statünün geçici nitelikte olduğu kendilerine açıkça bildirildiği halde, bir gün daimi bir kadroya geçirilme beklentisi içersindedirler. Hatta bunu bir hak olarak ileri sürmeye çalışanlar vardır.

II. 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun Yürürlüğe Girmesinden Sonra Ortaya Çıkan Durum

Bilindiği gibi 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu 1.10.2008 tarihinde bütün maddeleri itibariyle yürürlüğe girmiş bulunmaktadır⁵. 5510 sayılı Kanunun "Sigortalı sayılanlar" başlıklı 4. maddesi, "Bazı sigorta kollarının uygulanacağı sigortalılar" başlıklı 5. maddesi ve "Sigortalı sayılmayanlar" başlıklı 6. maddesi gözden geçirildiği zaman, üniversitelerde kısmi zamanlı öğrenci olarak çalışanlarla ilgili olarak herhangi bir düzenlemenin bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bu aşamada tereddütler yaşanmış ve üniversiteler uygulamada sıkıntılarla karşılaşmışlardır.

Bu durumda, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun "Uygulanmayacak hükümler" başlığını taşıyan 105. maddesi kapsamında konunun değerlendirilmesi gündeme gelmiştir. İlgili madde, "21.4.2005 tarihli ve 5335 sayılı Kanunun 30. maddesi, 26.10.1990 tarihli ve 3671 sayılı Kanunun 4. maddesi ile 10.7.1987 tarihli ve 285 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 5. maddesinin on birinci fıkrası hariç olmak üzere, diğer ka-

nunların bu Kanuna aykırı hükümleri uygulanmaz.” şeklindedir.

Madde metninden, değinilen Kanunlar dışında kalan diğer kanunlarda, yer alan ve 5510 sayılı Kanun’da öngörülen hükümlere aykırı olan hükümlerin uygulanamayacağı sonucu çıkarılabilir. Buna göre, 2547 sayılı Kanunun 46. maddesinin son fıkrası uyarınca üniversitelerde kısmi zamanlı olarak çalıştırılan ve haklarında daha önce 1.10.2008 tarihine kadar yalnızca iş kazası ve meslek hastalığı sigortası hükümleri uygulanan öğrenciler hakkında, 2008 yılı Ekim ayından başlanılarak tüm sigorta kolları için prim ödenmesi gerekmektedir.

Bu yaklaşım, T.C. Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı Sosyal Sigortalar Genel Müdürlüğü Prim Tahsilât Dairesi Başkanlığı tarafından Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı’na gönderilen yazıda da açıkça ifade edilmektedir⁶. İlgili yazıda, haklarında daha önce yalnızca iş kazası ve meslek hastalığı hükümleri uygulanan öğrenciler hakkında 2008/Ekim ayından başlanılarak tüm sigorta kolları hükümlerinin uygulanacağı ifade edilmektedir. Aynı yazıda ayrıca, 2547 sayılı Kanun gereğince üniversitelerde kısmi zamanlı olarak çalıştırılan ve 11 no’lu belge türü ile Kuruma bildirilen ve böylece sigorta tescili yapılan öğrencilerin, 2008/Ekim ayına ilişkin düzenlenecek olan aylık prim ve hizmet belgesinden başlanılarak, 1 no’lu belge türü ile Kuruma bildirilmeleri öngörülmektedir.

Üniversitelerde kısmi zamanlı olarak çalıştırılan öğrencilerin yukarıda özetlenen gelişmeler doğrultusunda bütün sigorta kollarıyla ilişkilendirilmeleri, hem üniversiteler, hem de bu statüde çalışan öğrenciler açısından ciddi sıkıntılar yaratmıştır. Üniversiteler işveren olarak bütün sigorta kolları için prim ödemek zorunda kalınca, önceden hesaplayamadıkları büyük bir maliyet unsuru ile karşılaşmışlar ve öğrencilerin en azından bir bölümünü işten çıkarma yoluna gitmişlerdir. Çalışan öğrencilerin sıkıntıları ise daha fazla olmuştur. Öncelikle bütün sigorta kollarıyla ilişkilendirilmelerinden ötürü gelirlerinden yapılan işçi payına düşen primlerin kesintisi, ele geçen net gelirlerinin azalmasına neden olmuştur. Yetim aylığı almakta olanların bu aylıklarının kesilmesi gündeme

gelmiştir. Aile reisi maaşından çocuk yardımı kesilmesi ve anne ve babaları üzerinden sağlık yardımlarından yararlanabilen öğrencilerin bu güvencelerinin ortadan kalkması da diğer ciddi sıkıntılar olmuştur. Bu durumdaki öğrencilerin büyük bir bölümü değinilen avantajları kaybetmemek için işten ayrılma yolunu seçmişlerdir.

İyi niyetlerle, çalışılan sürelerin emekliliğe hak kazanma açısından sigortalılık süresi olarak değerlendirilmesine olanak sağlayan düzenleme, görüldüğü gibi belki de sağlayacağı yarardan daha çok sıkıntılara yol açmıştır. Bu nedenle uygulamadan şikayetler çoğalmış ve Yükseköğretim Kurulu’nun girişimleri sonucunda Sosyal Güvenlik Kurumu yetkilileri ile yapılan görüşmeler, 5838 sayılı Kanunla yapılan ve hemen hemen eski uygulamaya dönülmesini öngören bir değişikliğe yol açmıştır.

III. 5838 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikten Sonra Ortaya Çıkan Durum

5838 sayılı Kanun’un 32. maddesinin 2. fıkrasının (a) bendi, [5. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendine “meslek liselerinde okumakta iken veya yüksek öğrenimleri sırasında zorunlu staja tabi tutulan öğrenciler” ibaresinden sonra gelmek üzere “ile 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 46. maddesine tabii olarak kısmi zamanlı çalıştırılan öğrencilerden aylık prime esas kazanç tutarı, 82. maddeye göre belirlenen günlük prime esas kazanç alt sınırının otuz katından fazla olmayanlar” ibaresi eklenmiştir] şeklindedir⁷.

Bu son yapılan düzenlemeyle, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu’nun 46. maddesine tabii olarak kısmi zamanlı statüde çalıştırılan öğrencilerden, aylık prime esas kazanç tutarı, 5510 sayılı Kanun’un 82. maddesine göre belirlenen günlük prime esas kazanç alt sınırının otuz katından fazla olmayanlar hakkında yalnızca iş kazası ve meslek hastalığı sigortası hükümleri uygulanarak %1 oranında prim ödenecektir ve bunların Sosyal Güvenlik Kurumu’na 22 no’lu belge ile bildirilmesi gerekmektedir.

Büyük ölçüde eski uygulamaya dönülmesini öngören bu düzenlemede Ekim 2008 tari-

hinden önceki dönem uygulamalarına göre tek fark, 5510 sayılı Kanun'un 82. maddesine göre belirlenen günlük prime esas kazanç alt sınırının otuz katından daha fazla gelir sağlayanlar açısından karşımıza çıkmaktadır. Yani kısaca ifade etmek gerekirse, kısmi zamanlı statüde çalıştırılan öğrencilerden, gelirleri aylık olarak asgari ücretten fazla olmayanlar için sadece iş kazası-meslek hastalığı sigortası primi ödenecek, gelirleri aylık olarak asgari ücretten fazla olanlar ise bütün sigorta kollarıyla ilişkilendirilecekler ve bütün sigorta kolları için prim ödenecektir. Bu durumda olanların gene 1 no'lu belge ile Kuruma bildirimeleri gerektiği anlaşılmaktadır. Tam sigortalılık, kısmi sigortalılık ayrımında ücret-gelir düzeyine göre bir ayrıma gidilmesinin ne derece doğru bir yaklaşım sayılabacağı ayrı bir tartışma konusudur. Kısmi süreli olarak üniversitelerin belirleyeceği saat ücreti üzerinden hesaplanacak gelir büyük olasılıkla aylık bazda asgari ücretin altında kalacaktır. Ama yüksek saat ücreti belirlendiği takdirde, aylık gelir düzeyinin haftada otuz saat veya daha az çalışması halinde bile asgari ücretten fazla olması mümkün olabilecektir.

5838 sayılı Kanun'un 33. maddesi (c) fıkrası, 32. maddenin 2. fıkrasının (a) bendinin, 1.10.2008 tarihinden geçerli olmak üzere 5838 sayılı Kanun'un yayımı tarihinde, yani 28.02.2009 tarihinde yürürlüğe girmiş olacağını ifade etmektedir. Böylece söz konusu uygulamanın 1.10.2008 tarihinden itibaren geçerli olması, yani 28.02.2009 tarihinden itibaren geriye yönelik olarak yürürlüğe girmesi kesinlik kazanmıştır. Bir diğer deyişle yaklaşık beş aya yakın bir zaman bütün sigorta kolları için ödenen prim tutarlarının, iş kazası-meslek hastalığı sigorta prim tutarları hariç, geri alınması söz konusu olacaktır. Bunun da ayrı bir karmaşa yaratacağı açıktır.

5838 sayılı Kanun'un ilgili maddelerinin yürürlüğe girmesinden sonra ortaya çıkan durumun uygulama esasları kısaca şu şekilde sıralanabilir:

1- Öğrenci istihdam edilecek işler ve ödenecek saat ücretleri her yıl itibarıyla ve önceden üniversitelerin yönetim kurulları tarafından tespit edilecektir.

2- Üniversitelerin kısmi zamanlı olarak çalıştıracakları öğrencilerden aylık gelirleri asgari ücreti aşmayanlar sadece iş kazası-meslek hastalığı sigortası primleri, işveren olarak üniversiteler tarafından ödenecektir. Bu şekilde çalıştırılan öğrenciler hastalık, analık, malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarıyla ilişkilendirilmeyecektir. Ancak kısmi zamanlı olarak çalıştırılacak öğrencilerden aylık gelirleri asgari ücretten fazla olanlar bütün sigorta kollarıyla ilişkilendirilecekler ve kendileri adına bütün sigorta kolları için prim ödenecek, ilgili sigorta kolları itibarıyla, çalışanların ödemesi gereken prim payları ücretlerinden kesilerek işveren payıyla birlikte Kuruma yatırılacaktır.

3- Kısmi zamanlı olarak çalıştırılacak öğrencilerin ücretleri ve sigorta primleri 2547 sayılı Kanun'un 46. maddesinde yer alan Cari Hizmet Maliyetine öğrenci katkıları ile ilgili bankalar nezdinde açılacak özel hesaplardan karşılanacak, bütçenin başka bir tertibinden ödeme yapılmayacaktır.

4- Kısmi zamanlı olarak çalıştırılacak öğrencilere 4857 sayılı İş Kanunu'nun yalnızca "iş sağlığı ve güvenliği" ile ilgili hükümleri uygulanacak, diğer hükümleri uygulanmayacaktır.

5- Kısmi zamanlı olarak çalıştırılacak öğrencilerden aylık gelirleri asgari ücreti aşmayanlar diğer öğrencilerle birlikte sağlık hizmetlerinden yararlandırılacaklardır. Aylık gelirleri asgari ücreti aşanlar için, 1 no'lu belge ile Kuruma tescilli yapılması gerektiğinden ve bütün sigorta kolları için prim ödenmesi gerektiğinden, genel sağlık sigortası primi de ödenecektir.

IV. Çalışma Süreleri-Kısmi Sigortalılık İlişkisi ve Bir Yargı Kararının Düşündükleri

Bir üniversitede kısmi zamanlı olarak çalıştırılmak üzere işe alınan öğrenci, 03.07.2000-01.06.2005 tarihleri arasında çalışmış, daha sonra işten ayrılmıştır. Bir süre sonra tam gün çalışmış olduğunu ve SSK'ya bildirilmeyen sürelerinin tespitini, çalışmalarının sigortalılık süresinden sayılmasını talep ederek dava açmıştır. Yerel mahkeme, tanık beyanlarını dikkate alarak, ilgilinin sabah 08:30'dan akşam 18:00'e

kadar çalıştığı şeklinde bir değerlendirme yapmıştır. Bu nedenle atama gereğinin tam olarak yerine getirilmediği, ilgilinin kısmi süreli olarak çalıştırılmadığı ve işyerinde tam gün çalıştığı yorumlarına dayanarak primlerinin de tam yatırılması, yani bütün sigorta kolları için prim ödenmesi gerektiğine karar vermiştir⁸.

Davalı üniversitenin temyiz başvurusunu inceleyen Yargıtay 10. Hukuk Dairesi de yerel mahkemenin kararını doğru bulmuştur⁹.

Gerek yerel mahkemenin gerekse yüksek mahkemenin kararlarında dikkatten kaçan nokta, işyerinde bulunulan zamanla, fiilen çalışarak geçirilen zamanın, yani günlük gerçek anlamda iş süresinin aynı olmayışı hususudur. Davacı işçi sosyal hizmetler müdürlüğüne bağlı misafirhanede görev yapmıştır. Ara dinlenmelerinin iş süresinden sayılmayacağı¹⁰ dikkate alınmadığı gibi, misafirhanedeki çalışma düzeni de yeterince incelenmemiştir. Çünkü ilgili işyerindeki çalışma, hizmetin yoğun olması gereken saatler esas alınarak nöbetler halinde yapılmaktadır. Bu durumda sabahdan akşama kadar aralıksız tam gün çalışması kesinlikle söz konusu değildir.

Bunun dışında asıl üzerinde düşünülmesi gereken husus, tam süreli çalışmalar ile kısmi süreli çalışmaların, sigortalılık niteliğinin kazanılması ve kısmi sigortalılık ile ilişkisidir.

Mahkeme kararlarında, davacı öğrencinin “sigortalı sayılacak” şekilde çalıştığına kuşkuya yer vermeyecek şekilde kesin olarak tespit edildiği ifade edilmektedir. Burada “sigortalı sayılmak” kriterinin, mahkemeler tarafından “bütün sigorta kollarına tabi olmak” şeklinde değerlendirildiği anlaşılmaktadır. Oysa işveren tarafından Kuruma bildirilerek tescil edilen her işçi sigortalı sayılmaktadır. “Sigortalı sayılmak” tescil ile gerçekleşir ve kesinleşir. Kısmi sigortalılık ile tam sigortalılık arasındaki fark, bütün sigorta kolları için prim ödenip-ödenmemesi ve dolayısıyla bütün sigorta kolları hizmetlerinden yararlanıp-yararlanmamak ve sigortalılık süresi açısındandır. Yoksa sigortalılık niteliğinin kazanılması açısından, “sigortalı sayılmak” açısından fark yoktur.

Diğer taraftan, “tam gün süreli olarak çalışılırsa otomatikman sosyal sigorta kollarının ta-

mamı ile ilişkilendirilmek gerekir, İş Kanunlarının bütün hükümlerinin uygulanması gerekir” şeklindeki bir yargıya da katılmak mümkün değildir.

Tam süreli iş sözleşmesiyle çalışırken kısmi süreli sözleşmeyle çalışır duruma geçmek veya kısmi süreli sözleşmeyle çalışırken, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışır duruma geçmek, tabi olunan sigorta kolları açısından bir farklılık yaratmaz. Bütün sigorta kollarına tabi olmanın veya sadece belirli sigorta kollarına tabi olmanın, çalışma süresiyle yani tam süreli veya kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışmakla bir ilgisi yoktur. Kimlerin tam sigortalı, kimlerin kısmi sigortalı sayılacakları Kanunda açıkça bellidir¹¹.

Aynı şekilde, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanlarla, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışanlar arasında 4857 sayılı İş Kanunu'nun bütün hükümlerine tabi olmak veya yalnızca belli hükümlerine tabi olmak açısından bir ayırım yoktur¹². Sadece sürekli iş-süreksiz iş ayırımı bakımından, süreksiz işlere uygulanmayacak hükümler 4857 sayılı Kanun'un 10. maddesinde belirtilmiştir.

2547 sayılı Kanun'un 46. maddesi, 4857 sayılı Kanun'un yalnızca iş sağlığı-iş güvenliği hükümlerinin uygulanacağını ifade ederek kısmi zamanlı çalışan öğrencilerin iş kazalarına ve meslek hastalıklarına karşı ciddi şekilde korunmalarını amaçlamıştır. Üniversitelerde kısmi zamanlı olarak çalışan öğrenciler, değinilen 46. maddenin açık hükmü karşısında 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında iş sözleşmesiyle değil, Borçlar Kanunu kapsamındaki iş sözleşmesiyle çalıştırılmaktadırlar. Elbette burada da işverenin koruma-gözetme borcu vardır. Ancak 4857 sayılı Kanun'un 77.-89. maddeleri arasında yer alan ve iş kazalarına-meslek hastalıklarına karşı koruyucu düzenlemeler çok daha geniş kapsamlıdır¹³.

Değinilen mahkeme kararlarındaki, bütün sigorta kollarına tabi olma gereğini tam süreli çalışmaya bağlayan yaklaşım, kısmi süreli çalışmaların tek bir standart uygulama şeklinde olmadığı gerçeği düşünüldüğünde de eleştiriye son derece açıktır. Çünkü kısmi süreli çalışma, 4857 sayılı Kanun'un 13. maddesine göre, “çalışma süresinin tam süreli çalışan emsal işçiye

göre önemli ölçüde daha az belirlendiği” çalışmadır. Genellikle 30 saat ve altındaki çalışmalar kısmi süreli olarak kabul edilmektedir. Bu durumda 10 saat, 15 saat, 20 saat, 30 saat süreli çalışmaların hepsi kısmi süreli çalışmalardır. Ancak 45 saatle 30 saat arasında 15 saat fark varken, 30 saatle 10 saat arasında 20 saat gibi daha büyük bir fark bulunmaktadır. Bu durumda çalışma süresi ile tabi olunacak sigorta kolları arasında doğrudan bir ilişki kurulursa, artan veya azalan çalışma sürelerine göre tabi olunacak sigorta kolları sayısının da artması veya azalması gerekir. Böyle bir yaklaşım ise sosyal sigortaların amacına ters düşer.

Değinen bütün bu hususlara ek olarak biz-
zat 5510 sayılı Kanun’un herhangi bir madde-
sinde, kısmen sigorta kapsamında kalanların
kısmi süreli çalışmaları gerektiğine ilişkin bir
hüküm bulunmamaktadır. Aksine bir hüküm
de bulunmamaktadır. Yani kısmi süreli çalışan-
ların çalışma süreleri normal çalışma sürelerine
uzatılırsa, bütün sigorta kolları ile ilişkilendirile-
ceklerine dair bir düzenleme de bulunmamak-
tadır. Nitekim 5510 sayılı Kanun’un yürürlüğe
girdiği 1.10.2008 tarihi ile 5838 sayılı Kanun’un
yürürlüğe girdiği 28.02.2009 tarihi arasında-
ki dönemde kısmi zamanlı statüde çalıştırılan
öğrenciler bütün sigorta kolları ile ilişkilendi-
rilmişler ancak gene kısmi zamanlı statüde ça-
lıştırılmışlar ve çalışma sürelerinin uzatılması
öngörülmemiştir. Demek ki tam süreli veya
kısmi süreli çalışmalara bağlı olarak bütün si-
gorta kollarına tabi olunması veya sadece bazı
sigorta kollarına tabi olma ilişkisi hiçbir zaman
kurulmamıştır.

Hatırlanacağı gibi 5838 sayılı Kanun’un ön-
gördüğü tek fark, aylık gelirleri asgari ücreti
aşan kısmi zamanlı statüde çalışan öğrenciler-
in, bütün sigorta kollarıyla ilişkilendirilmesi-
dir. Burada da ücret düzeyi kriter olarak alın-
mış, çalışma süreleri arasında olabilecek farklar
dikkate alınmamıştır. Kaldı ki değinen yargı
kararları kesinleştiğinde, 5838 sayılı Kanun he-
nüz yürürlüğe girmemişti.

Dolayısıyla değinen yargı kararlarında,
davacı öğrencinin durumu değerlendirilirken,
2547 sayılı Kanun’daki özel düzenlemenin
amacı dikkate alınarak, kısmi süreli çalışmadan

daha fazla çalışıldığı kabul edilen süreler için
“fazla süreli çalışma” ücreti ödenmesi¹⁴ gerekti-
ği şeklinde bir yaklaşım, daha uygun bir yakla-
şım olarak kabul edilebilirdi.

DİPNOTLAR

- 1 Bkz.: 3843 Sayılı Kanun md. 16, R.G. 27.11.1992. T., No: 21418.
- 2 Bkz.: 5234 sayılı Kanun md. 2, R.G. 21.9.2004 T., No: 25590.
- 3 Bkz.: Özkan BİLGİLİ, Yeni Sosyal Güvenlik Uygulaması, Denizli SMMM Odası Ya., Denizli, 2008, s. 114-115.
- 4 Kısmi zamanlı çalıştırılan üniversite öğrencilerinin en yoğun olarak çalıştırıldıkları işler konusunda bkz.: Refik KORKUSUZ / Suat UĞUR, Yeni Mevzuata Göre Sosyal Güvenlik Hukukuna Giriş, Karahan Kitapevi, Ankara, 2009, s. 134.
- 5 Bkz.: 5510 sayılı Kanun, R.G., 16.6.2006 T., No: 26200.
- 6 Bkz.: Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı Sosyal Sigortalar Genel Müdürlüğü Prim Tahsilât Daire Başkanlığının 06.11.2008*750824 tarihli, B. 13.2. SSK. 5.01.08.00/73-309-C sayılı yazısı.
- 7 Bkz.: 5838 Sayılı Kanun R.G., 28.02.2009 T., No: 27155 (Mükerrer).
- 8 Bkz.: T.C. Eskişehir İş Mahkemesi, 16.05.2007 T., K. 2007/460, S. 2006/694.
- 9 Bkz.: Yarg. 10. H.D., 23.10.2008 T., K. 2008/13200, E. 2007/12628.
- 10 Ara dinlenmesi konusunda bkz.: A. Murat DEMİRCİOĞLU/Tankut CENTEL, İş Hukuku, 9. B., Beta Ya., No: 1399, Hukuk Dizisi No: 592, İstanbul, 2003, s. 135.
- 11 Bkz.: Ali GÜZEL/Alı Rıza OKUR/Nurşen CANIKLIOĞLU, Sosyal Güvenlik Hukuku, Beta Ya., 12. B., İstanbul, 2009, s. 93-137.
- 12 Bkz.: Haluk Hadi SÜMER, İş Hukuku Uygulamaları, 3. B., Mimoza Ya., Konya, 2009, s. 79-80.
- 13 Ayrıntılı bilgi için bkz.: Nizamettin AKTAY/Kadir ARICI/E. Tuncay KAPLAN-SENYEN, İş Hukuku, 2. B., Seçkin Ya., Ankara, 2007, s. 147-155.
- 14 Fazla süreli çalışma konusunda bkz.: AKTAY/ARICI/KAPLAN-SENYEN, İş Hukuku....., s. 242-243.

Doç. Dr. M. Fatih UŞAN

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Başlangıcına İlişkin Tespitler

I. KANUNUN YÜRÜRLÜK BAŞLANGICI

Yürürlük başlığını taşıyan 5510 sayılı Kanun m.108'e göre, "Bu Kanunun;

a) Geçici 20 nci maddesinin son fıkrası 1/1/2008 tarihinde,

b) 72 nci ve 73 üncü maddeleri, geçici 6 ncı maddesinin yedinci fıkrasının (b) bendi, geçici 7 nci maddesinin son fıkrası, geçici 9 uncu maddesinin bir ilâ dördüncü fıkraları ile geçici 17 nci maddesi, geçici 20 nci maddesinin onikinci fıkrası 30/4/2008 tarihinde,

c) 60 ıncı maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinin (3) ilâ (8) ve (10) numaralı alt bentleri ile (f) bendinde sayılanlar için genel sağlık sigortası hükümlerinin uygulanmasına ilişkin olarak; 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (1), (2), (8), (9), (10), (16), (17), (20), (22), (23), (24), (25), (26) ve (27) numaralı bentleri, 63, 64, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 74, 75, 77, 78, 79 uncu maddeleri, 80 inci maddesinin dördüncü fıkrası, 81 inci maddesinin birinci fıkrasının (f) bendi ve ikinci fıkrası, 82 nci maddesinin bi-

rinci, ikinci ve üçüncü fıkraları, 87 ilâ 89 uncu maddeleri, 97 nci maddesinin son fıkrası, geçici 1 inci maddesinin son fıkrası, geçici 3 üncü maddesi, geçici 6 ncı maddesinin dördüncü fıkrası, geçici 11 inci maddesinin ikinci fıkrası, geçici 12 inci maddesi hükümleri 1/7/2008 tarihinde,

d) Diğer hükümleri 2008 yılı Ekim ayı başında, yürürlüğe girer".

İlgili hükme bakıldığında esas itibariyle Kanun Ekim ayı başında yürürlüğe girmiş olmakla birlikte, farklı durumlara ilişkin olarak aslında beş ayrı yürürlük tarihi de sözkonusudur¹. Bu incelememizde, Kanunun farklı tarihlerde yürürlüğe girecek hükümleri üzerinde durmaktan ziyade, uygulamada karışıklığa yol açabilecek olan Ekim ayı başı ifadesinin hangi anlama geldiği konusuna değinmek istiyoruz.

5510 sayılı Kanun kural olarak Ekim ayı başında yürürlüğe girmiştir. Ancak bilindiği üzere, Kanun hizmet akdi ile çalışan, bağımsız çalışan ve kamu görevlilerini de tek bir düzenleme altına almaktadır. Dolayısıyla, Kanun uygulaması

açısından 4/a'lı (hizmet akdi ile çalıştırılanlar), 4/b'li, (bağımsız çalışanlar) ve 4/c'li (kamu görevlileri) için yürürlük başlangıç tarihi aynı mıdır?

Hemen belirtelim ki, Kanunun yürürlük başlangıcı ile ilgili olarak belirli bir gün (1.10.2008 veya 15.10.2008 gibi) belirtilmesi yerine Ekim ayı başı kavramının kullanılmış olmasının sebebi, asıl olarak 4/c'li kamu görevlileri nedeniyledir.

Her şeyden önce tespiti gereken husus, “ay ve ay başı” kavramının neyi anlattığıdır. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ay ifadesinin hangi anlama geldiğini belirlemiştir. Buna göre, “Ay: Ücretleri; her ayın 15'inde ödenen 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) ve (c) bentleri kapsamındaki sigortalılar için, ayın 15'inden ertesi ayın 15'ine kadar geçen, diğer sigortalılar için ise ayın 1'i ilâ sonu arasında geçen ve otuz

01/10/2008 tarihi olarak, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendine tabi sigortalılar için ise yürürlük tarihi 01/10/2008 olarak dikkate alınacaktır.” (Genelge m. 1/4).

Böylelikle 4/b'liler için değil ama, 4/a'lı ve 4/c'liler için Kanunun yürürlük başlangıcı, ücret/maaş alma tarihine göre belirlenmek durumundadır. Ayın 1'inde maaş alanlar için Kanunun yürürlük başlangıcı 1.10.2008, ayın 15'inde ücret/maaş alanlar için de 15.10.2008 tarihidir. Buna karşılık 4/b'liler için böyle bir farklılık olmadığı içindir ki, yürürlük başlangıcı bunlarda 1.10.2008 olarak kabul edilmelidir³.

Kanun ve Genelgede de açıklanan bu durum dışında, özellikle 4/c'liler için Kanunun yürürlük başlangıcının 15.10.2008 olarak kabulünü haklı kılan sebeplerden biri de 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu'dur. Zira “Bu Kanunla Tanınan Hakların Başlangıcı” üst başlığını taşıyan Emekli Sandığı Kanunu m. 30,

Kanunun yürürlük başlangıcı ile ilgili olarak belirli bir gün (1.10.2008 veya 15.10.2008 gibi) belirtilmesi yerine Ekim ayı başı kavramının kullanılmış olmasının sebebi, asıl olarak 4/c'li kamu görevlileri nedeniyledir.

gün olarak değerlendirilen süreyi”, ifade eder. Bu anlamda Kanunun yürürlük tarihi ile ilgili olarak aybaşı ifadesinin de buna göre çözümlenmesi gereklidir. Dolayısıyla ücretlerin ayın 15'inde alınması halinde, bu tarih, ayın 1'inde alınması halinde ise, ayın 1'i aybaşı olarak kabul edilmelidir². Nitekim Sosyal Güvenlik Kurumu da Kanunun yürürlük tarihi ile ilgili olarak şu tespiti yapmıştır. Gerçekten, 5.3.2009 tarih ve 2009/37 sayılı Sigortalılık İşlemleri Genelge'sine göre, “5510 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinde ay kavramı ücretleri her ayın 15'inden ertesi ayın 15'i arasında ödenen sigortalılar ile ayın 1'i ilâ sonu arasında geçen sürede ödenenler açısından farklılık gösterdiğinden aylıkları her ayın 15'i itibarıyla ödenen 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) ve (c) bendine tabi sigortalılar için Kanunun yürürlük tarihi 15/10/2008, diğerleri için ise

“İştirakçilere bu Kanunun 13 üncü maddesi ile tanınan haklar, durumlarına göre 14 üncü maddenin (a) veya (b) fıkraları gereğince ilk alınan keseneklerin ilgili bulunduğu ay başından başlar” ifadesini taşımaktadır. Buna göre, iştirakçilik (5510 sayılı Kanun anlamında sigortalılık başlangıcı) 5434 sayılı Kanun'da belirlenen ilk keseneklerin ilgili bulunduğu ay başıdır. 5434 sayılı ESK. m. 14/a ve b'ye göre de, “**a)** İştirakçilerin emeklilik keseneğine esas aylık tutarları üzerinden her ay kesilecek % 16 emeklilik kesenekleri;

Ay başlarından sonra vazifeye girenlerin o aya ait eksik aylık veya ücretlerinden kesenek alınmaz. Ay başlarından sonra vazifeden ayrılanların eksik aylık veya ücretlerinden tam kesenek alınır.

b) Emeklilik hakkı tanınan bir vazifeye ilk defa girenlerin veya önceden emeklilik hakkı

4/b'liler için Kanunda yer alan Ekim ayı başı ifadesi, 1.10.2008, 4/c'liler ve 4/a'lılar için de ücretlerini ayın 1'inde alanlar için 1.10.2008, 15'inde alanlar içinse 15.10.2008 olarak anlaşılmalıdır.

tanınan vazifelerde bulunmadan çalışmakta olduğu vazifesi emekliliğe tabi hale getirilenlerin (Bu vazifelerde çalışmakta olanlarla kesenekleri geri verilenlerden bunları iade etmek istemiyenler dahil) emekliliğe esas ilk tam aylık veya ücretlerinden kesilecek % 25 giriş kesenekleri;

Bu gibilerden o ay için ayrıca (a) fıkrasında yazılı % 16 kesilmez". Böylelikle Emekli Sandığı Kanunu'na göre ay başından sonra göreve başlayanlar için eksik maaş sözkonusu olduğunda, bu ay için emekli keseneği alınmama, diğer ay başından itibaren kesenek alınarak kişi iştirakçi kabul edilmektedir.

Belirtelim ki, 5510 sayılı Kanun'un yürürlüğü ile birlikte ilk kez kamu görevlisi (4/c'li) olanlar için sigortalılık başlangıcı, hangi tarihte çalışmaya başlanırsa başlanılsın, bu başlangıç tarihi olarak kabul edilmektedir. Burada 5434 sayılı Kanun'un yukarıda bahsettiğimiz ilgili hükmünün uygulama alanı bulunmamaktadır. Böylelikle, 5510 sayılı Kanun 4/a, 4/b ve 4/c'liler için sigortalılık başlangıcı açısından ilk çalışmaya/faaliyete başlama tarihini esas almakta, 5434 sayılı Kanun'un ay başından sonra göreve başlanması halinde diğer ay başından itibaren iştirakçi sayılması uygulamasına son vermektedir.

Sonuç itibarıyla 4/b'liler için Kanunda yer alan Ekim ayı başı ifadesi, 1.10.2008, 4/c'liler ve 4/a'lılar için de ücretlerini ayın 1'inde alanlar için 1.10.2008, 15'inde alanlar içinse 15.10.2008 olarak anlaşılmalıdır.

II. ÖNCEKİ OLAYLARA UYGULANMA MESELESİ

A) GENEL OLARAK

Üzerinde önemle ve ayrıca durulması ge-

reken konu, Kanunun geçmiş olaylara uygulanabilip uygulanamayacağı meselesidir. Yine, özellikle, Sosyal Güvenlik Hukukunun özelliği gereği, tıpkı Ceza Hukuku anlamında geçerliliği bulunan "lehe hükümlerin geçmişe yürümesi" gibi bir prensibin, burada da kabul edilebilip edilemeyeceği tartışılması gereken önemli noktalardandır.

5510 sayılı Kanuna yönelik inceleme alanı ile ilgili eleştirilebilecek ilk noktalardan bir tanesi, yeni sistemde Kanunun yürürlüğü ile ilgili ayrı bir kanunun (tatbikat kanunu gibi) hazırlanmamış olmasıdır. Zira Medeni Kanun yürürlüğe girerken geçiş sürecini öngören 4722 sayılı Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun⁴ yürürlüğe konmuştur. Yine Borçlar Kanunu Tasarısı yanında ayrıca Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun Tasarısı da hazırlanmıştır. Bu kadar önemli bir konuda üstelik temel açıdan üç, fakat çok daha fazla kanunu ilgilendiren ve bunları birleştiren bir Kanuna ilişkin sözkonusu yürürlük ve uygulamayı ortaya konan bir kanunun hazırlanmamış olması, önemli bir eksikliklerdir. Bununla birlikte 5510 sayılı Kanun'da mevcut geçiş hükümlerinin öngörülmüş olması, kanaatimize göre, problemi çözmeye yetmemektedir. Dolayısıyla, 5510 sayılı Kanun'a ilişkin olarak, uygulama her ne kadar yargı makamlarınca şekillenecek ise de, buna ilişkin kanuni bir düzenleme getirilmesi birçok meseleyi daha başlangıçta çözecek, yargı makamlarını, Kurumu ve doğal olarak sigortalıları gereksiz uğraştan da kurtarmış olacaktı⁵.

B) KONUYA İLİŞKİN YARGITAY UYGULAMASI

1. 5510 Sayılı Kanun Sonrası Yargıtay Uygulaması

Bizim tespit edebildiğimiz kadarıyla Yargıtay, 5510 sayılı Kanun'un geçmişe yürümesi (makale şamil olma) meselesi ile ilgili olarak rücu tazminat davalarına ilişkin birden fazla kararında olayın gerçekleştiği tarihte yürürlükte olan kanun hükümlerinin uygulanacağı yolunda hüküm tesis etmiştir. Gerçekten Yargı-

tay 10. Hukuk Dairesine göre, “Bu kapsamda, 5510 sayılı Yasanın 01.10.2008 tarihinde yürürlüğe giren 21. maddesindeki, “İş kazası ve meslek hastalığı, işverenin kastı veya sigortalıların sağlığını koruma ve iş güvenliği mevzuatına aykırı bir hareketi sonucu meydana gelmişse, Kurumca sigortalıya veya hak sahiplerine bu Kanun gereğince yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri toplamı, sigortalı veya hak sahiplerinin işverenden isteyebilecekleri tutarlarla sınırlı olmak üzere, Kurumca işverene ödettirilir.” düzenlemesi üzerinde durma gereği de bulunmaktadır.

Kanunların geriye yürütülmesi veya yürütülmesi konusunda mevzuatımızda genel bir hüküm yoktur. Ancak, toplum barışının temel dayanağı olan hukuka ve özellikle kanunlara karşı güveni sağlamak ve hatta, kanunkoyucunun keyfi hareketlerine engel olmak için, öğretide kanunların geriye yürütülmesi esas kabul edilmiştir. Buna göre gerek özel hukuk ve gerekse kamu hukuku alanında, kural olarak her kanun, ancak yürürlüğe girdiği tarihten sonraki zamanda meydana gelen olaylara ve ilişkilere uygulanır; o tarihten önceki zamana rastlayan olaylara ve ilişkilere uygulanmaz. Hukuk güvenliği bunu gerektirir.

Kanunların geriye yürütülmemesi (geçmişe etkili olmaması) kuralının istisnalarından birini, beklenen (ileride kazanılacağı umulan) haklar oluşturmaktadır. Kamu düzeni ve genel ahlaka ilişkin kurallar yönünden de kanunların geriye yürütülmesi sözkonusudur. Yargılama hukukunu düzenleyen kanunlar da, ilke olarak geçmişe etkilidir⁶.

5510 sayılı Yasanın 21. maddesiyle yeniden getirilen “sigortalı veya hak sahiplerinin işverenden isteyebilecekleri tutarlarla sınırlı” tazminat hükmünün, 5510 sayılı Yasa'nın yürürlüğü öncesinde gerçekleşen iş kazalarından kaynaklanan rücu tazminat davalarında uygulanmasına olanak veren bir düzenleme bulunmadığı gibi, rücu tazminata ilişkin düzenlemenin, yasanın yürürlüğü öncesinde olup bitmiş olay ve ilişkilere uygulanmasını gerektirir yukarıda sıralanan istisnai durumlar kapsamında değerlendirilemeyeceği yönü de bozma üzerine

yürütülecek yargılama sürecinde göz önünde bulundurulmalıdır.

O halde davalıların bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır⁷.

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin rücu tazminata ilişkin bu kararlarında varmış olduğu sonuç, özel bir düzenleme olmadığı müddetçe, olayın vuku bulduğu dönemdeki/tarihteki kanun hükmünün uygulanması gerektiği esasına dayanmaktadır⁸.

Bu arada belirtmek gerekir ki, rücu tazminat davalarına ilişkin olarak, Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin kararları ortaya çıkmadan önce öğretide, bu davalarda Kanun hükmünün hemen uygulanması gerektiği ifade edilmişti. 5510 sayılı Kanun m. 21 bu tür davalarda ilk peşin sermaye değerinin dikkate alınması gerektiği düzenlemesini getirmiştir. Buna göre de, rücu tazminat davalarında 5510 sayılı Kanun'un ilk peşin sermaye değerini hükme esas alması nedeniyle, derdest davalarda da artık bu kuralın uygulanması gerektiği görüşü ileri sürülmüştü. Gerçekten, Balcı'ya göre, “Derdest davalar bakımından ise, 5510 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihte derdest olan Kurumun açtığı rücu davalarında, bağlanan gelirlerin ilk peşin sermaye değerinin hükme esas alınması gerekir. Yasal düzenleme, sadece ilk peşin sermaye değerinin tahsil edilebileceğini öngördüğünden ve kamu hukuku ile ilgili bir düzenleme olduğundan, derdest davalara da uygulanması gerekir... Kurum henüz rücu davası açmamış ise ilk peşin değer dikkate alınmalıdır. Kurum, dava açmış ise ve dava 01.01.2007 tarihi itibarı ile sonuçlanmamış ise, bağlanan gelirlerin sadece ilk peşin sermaye değeri dikkate alınmalıdır⁹”. Bununla birlikte yukarıda metnini verdiğimiz kararları ile 10. Hukuk Dairesi bu görüşü benimsemiştir.

2. 5510 Sayılı Kanun Öncesi Yargıtay Uygulaması

Konuyu doğrudan doğruya ilgilendirmesi nedeniyle, Yargıtay'ın 5510 sayılı Kanun öncesi dönemde sosyal güvenlik kanunlarında yapılan değişikliklerin geriye yürüyüp yürümeyeceğine ilişkin uygulamasına da değinmek gerekir.

Yukarda metnini verdiğimiz 2008 tarihli 10. Hukuk Dairesi kararlarında sözü edilen Hukuk Genel Kurulu kararı ile irtibatlandırarak konuyu açıklamakta fayda vardır.

13.10.2004 tarihli Hukuk Genel Kurulu kararına konu uyuşmazlık şu şekilde ortaya çıkmıştır: İş kazası sonrası hak sahiplerinden olan anne ve baba için gelir bağlanması konusunda 506 sayılı SSK. m. 24'te anne ve baba için geçiminin sigortalı tarafından sağlandığı ifadesi yapılan değişiklikle Kanun metninden çıkarılmış, geride kalan anne ve babaya ölüm geliri bağlanabilmesi için de, ölüm tarihi itibarıyla sosyal güvenlik kuruluşlarına tabi çalışmama ve 2022 sayılı Kanun hükümleri dışında her ne ad altında olursa olsun gelir ve aylık almama şartı getirilmişti. Hukuk Genel Kurulu Kararı'na yansıyan uyuşmazlıkta, hak sahipleri ölüm geliri alabilmek için, Sosyal Sigortalar Kanunu'nda yapılan değişiklikten önce, bir tespit davası açmışlardı. Açılan davada Yerel Mahkeme, kanun değişikliğinin olaya uygulanamayacağını ileri sürmüştü, ancak, Özel Daire ise Kanun değişikliğinin dikkate alınması gerektiğini, yapılan lehe değişikliğin ise göz önünde bulundurulmasını istemişti. Direnme kararı üzerine Hukuk Genel Kurulu ise artık, kanun değişikliğinin geçmişe yürümeyeceğini, ölüm tarihi itibarıyla yürürlükte olan Kanuna göre uyuşmazlığın sonuçlandırılması gerektiğini düzenleme altına almıştı. Sosyal Sigortalar Kanunu döneminde ölüm sigortasından hak sahiplerine gelir bağlanması konusunda yapılan kanuni değişiklik ile ilgili bir çok dava daha sözkonusu olmuş, bu davalar da bu Hukuk Genel Kurulu kararı doğrultusunda çözümlenmiştir¹⁰. Yani, Kanunun geçmişe yürümemesi esasına göre mesele halledilmiştir. Bununla birlikte Hukuk Genel Kurulu aşağıda inceleyeceğimiz 2006 tarihli bir kararında ise farklı bir çözüme de ulaşmıştır.

13.10.2004 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun benimsemiş olduğu bu çözüm tarzı öğretilde eleştirilmiştir. Gerçekten Okur'a göre, "... dikkat edilecek nokta uyuşmazlığın kesinleşmiş olup olmadığıdır. Uyuşmazlık kesin hükme bağlanmışsa değişikliğin bunlara uygu-

lanması mümkün değildir. Ancak derdest olan (henüz karara bağlanmayan olaylarda) sosyal güvenlikle ilgili kuralların derhal uygulanması gerekir... Eğer yasa saklı tutmuşsa, değişiklik geriye yürütülmeyebilir (4447 S.K.'nın 81. m. hükmünde olduğu gibi). Ama saklı tutulmuşsa kesinleşmemiş, derdest tüm davalara uygulanması gerekir (isteğe bağlı sigortada tescil yerine 1080 gün prim koşulu getirilişi gibi)"¹¹.

Bu arada yeri gelmişken belirtilmesi gereken bir nokta da Hukuk Genel Kurulu Kararı'nda ifadesini bulan ve bu karara yollama yapan diğer kararlarda da yer alan "beklenen haklarda kanunun geriye yürümeyeceğine ilişkin" tespitin doğru olmadığı hususudur. Kararlarda öğretiyeye de atıf yapılarak beklenen hakların bulunması halinde kanunda yapılan değişikliklerin geriye yürümeyeceği ilkesi savunulmaktadır. Sözkonusu tespit yanlıştır.

Bir kere hukuk literatüründe genel kabul gören görüş, kazanılmış haklara ilişkin olarak kanunun geçmişe yürümeyeceği ilkesidir. Beklenen haklara ilişkin olarak böyle genel bir kabul yoktur. Kaldı ki, sosyal güvenlik hukukunun özelliği gereği beklenen haklarda geriye yürümeyi kabul etmemek işin doğası ile de çelişmektedir. Zira, sosyal güvenlik hukukunda aşağı yukarı ileriye dönük her hak, beklenen bir hak niteliğindedir. Bu şekilde beklenen haklarda geriye dönük değişiklik yapılamayacağını ileri sürmek, sosyal güvenlik mevzuatında yapılacak her değişikliğin ileriye dönük etki yapacağı anlamına gelir ki, bu da kabul edilemez. Örneğin, yaşlılık aylığı açısından yaş şartının yükseltilmesi veya prim ödeme gün sayısının artırılmasında bu durum açıkça görülür. Dolayısıyla beklenen haklar henüz kazanılmış hak olarak kabul edilmediği için yapılan değişikliklerden etkilenebilir. Bu anlamda sosyal güvenlik hukukuna ilişkin hususlar doğal olarak kamu düzenini ilgilendirir. Elbette beklenen haklarda özellikle sigortalıların aleyhine olan hususlarda keskin etkileşimler toplum vicdanında tasvip görmeyebilir. Bu nedenle makul bir geçiş süreci içerisinde bir takım değişiklikleri yapmak, daha isabetlidir. Sözkonusu husus, hukuk politikası işidir. Nitekim Türk Anayasa Yargısı da beklenen haklara

ilişkin derhal uygulanma ilkesini kabul etmiştir ki, 1999 tarihli 4447 sayılı Kanun'da iptale ilişkin olarak tamamen geriye yürümenin uygulanamayacağı konusunda bir karar vermemiştir. Hal böyle olunca özellikle sosyal güvenlik hukukunda kanunun geçmişteki olaylara uygulanamayacağı istisnasında dikkate alınacak durum, beklenen haklar değil, kazanılmış haklar olsa gerektir. Bu açıdan Yargıtay kararlarında ifadesini bulan görüşün isabetli olmadığına söylemek gerekir.

Kazanılmış hak, bir hukuk kuralının yürürlüğü sırasında kişilerin o kurala uygun olarak bütün sonuçları ile edindikleri haklardır. Dolayısıyla bir olayın meydana geldiği sırada yürürlükte bulunan kanun hükümleri o olaya uygulandıktan sonra doğan bazı haklar ve hukuki sonuçlar geçerli olarak devam eder. Böylelikle eski kanun zamanında olmuş ve hukuki sonuçlarını doğurmuş olaylara yeni kanun hükümleri

sonra, Hukuk Genel Kurulunun 13.10.2004 tarihli kararından farklı olarak, 2006 yılında değişik bir sonuca ulaştığını da söylemek gerekir.

Gerçekten 14.6.2006 tarihli kararıyla Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2006 yılında bu sefer 13.10.2004 tarihli kararından farklı olarak Kanunun tamamlanmamış, derdest olaylara derhal uygulanması gerektiği görüşünden hareketle, iş kazası sonucu bekâr olan sigortalının anne ve babasının iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından gelir alabileceği yolunda karar vermiştir. 14.6.2006 t. ve 10-367/386 sayılı karara konu olayda¹⁵, Genel Kurul, sosyal güvenlik hukukunun amaçları doğrultusunda sosyal devlet ilkesinin bir sonucu da olarak, sosyal güvenlik alanında oluşturulacak tüm kuralların, özde sosyal devlet anlayışına uygun bulunması gerektiğine, yargılama devam ettiği için de lehe olan hükmün olaya uygu-

Özellikle sosyal güvenlik hukukunda kanunun geçmişteki olaylara uygulanamayacağı istisnasında dikkate alınacak durum, beklenen haklar değil, kazanılmış haklar olsa gerektir.

uygulanamaz. İşte yeni kanunun eski kanun zamanında tüm sonuçları ile doğmuş bulunan haklara dokunamaması durumundan, kazanılmış hak kavramı doğmuştur. Bu anlamıyla kazanılmış hak, doğumu anında hukuka uygun olarak tamamlanmış ve böylece kişiye özgü, lehte sonuçlar doğurmuş, daha sonra mevzuat değişikliği ya da işlemin geri alınması gibi nedenlere rağmen, hukuk düzenince korunması gereken hak biçiminde tanımlanabilir¹². Beklenen hak ise eski kanun zamanında tüm sonuçlarıyla doğmamış, kazanılmamış bulunan fakat doğması muhtemel haktır¹³. Bir hakkı doğuran olay eski kanun döneminde ortaya çıkmış, hatta hakkı oluşturan öğelerden bir kısmı da eski kanun zamanında oluşmuş olabilir. Fakat hak, tüm sonuçlarıyla doğmamışsa, bunu doğuran olay eski kanun zamanında ortaya çıksa da, artık bu olaya yeni kanun hükümleri uygulanmalıdır¹⁴.

Beklenen hak/kazanılmış hak ayırımından

lanmasına karar vermiştir. Kararı olumlu bulan Ekmekçi'ye göre, "... uyuşmazlığın olayın meydana geldiği tarihte yürürlükte bulunan mevzuata göre çözülmesi kuralına sıkı sıkıya bağlı kalındığı takdirde, hukuka uygun ancak adil olmayan birtakım sonuçların ortaya çıkması kaçınılmaz olmaktadır. Dava konusu olayda da hak sahibinin oğlu 16 gün sonra ölseydi kendisine gelir bağlanacağına hiçbir tereddüt bulunmayacaktı. Bu anlamda, hak sahibinin 16 gün önce ölmesiyle 16 gün sonra ölmesi arasında bir fark olmaması gerekir. Bu bakımdan gerek Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin gerekse Hukuk Genel Kurulunun verdiği sonuç en azından adildir ve somut olayda 16 gün gibi bir farkla vicdanı sızlatacak bir sonucun ortaya çıkmasını engellemiştir"¹⁶.

Yine Ekmekçi, bu halde kazanılmış hakların da özellikle işverene rücu durumu ortaya çıktığında sözkonusu olabileceğini ve devam eden uyuşmazlıklarda tamamlanmamış hukuki

durumlara yeni kanun veya düzenleyici kural- ların derhal yürürlüğe girme niteliğinin genel bir ilke olarak kabul edilmesi ile uygulanabilir- liğinin de problem oluşturabileceği durumuna isabetle işaret etmiştir¹⁷. Bu görüşte hiç şüphe- siz haklılık payı bulunmaktadır.

Bununla birlikte, 2006 tarihli bu kararda va- rılan sonucun isabetliliği başka açılardan da tartışılmaya değerdir. Mesela, iş kazası netice- si ölümün kanun değişikliğinden 16 gün önce olması ile 16 gün sonra olması arasında bir farklılığın olmaması gerektiği ifade edilmek- tedir. Bu halde sınır nasıl çizilecektir? Ölüm hadisesi, Kanun değişikliğinden 16 gün önce değil de, 16 ay önce olsaydı da aynı savunma yapılabilecek midir? Yine, yeni açılan davalar için de aynı gerekçe ileri sürülebileceğinden ne kadarlık bir zaman dilimi için aynı savunma- lar yapılabilecektir? Zamanaşımı süresinde bu kanun değişikliğinden etkilenen herkesin dava açabileceği gibi genel bir sonuca ulaşılabilecek midir? Sonra geçmiş dönemde açılan ve aleyhe sonuçlanan davalara yönelik olarak tekrar bir yargılama süreci devam ettirilebilecek midir? Bu halde kesin hüküm itirazı sözkonusu ola- bilecek midir?

Bize göre, derhal uygulama ilkesinin -bel- ki bazı durumlarda hakkaniyetli sonuçlara yol açabilse de- başka açılardan haksızlıklara da yol açabilmesi ihtimali bulunmaktadır. Aslın- da kanun koyucunun Kanunun yürürlüğü ile ilgili bu yönde (geçmişe yürümeye ilişkin ola- rak) bir hükme işaret etmesi, en güzel çözüm olsa gerektir. Örnek olarak, yapılacak mevzuat değişikliğinde, bu değişiklikler sonrası herhan- gi bir hakka kavuşma imkanı bulunanların da olay eski dönemde de olsa getirilen haklardan yararlandırılabilmesine ilişkin açık bir hüküm konması en uygun olanıdır. Böyle bir kuralın bulunmadığı durumda da bahsettiğimiz gerek- çelerle konuya ihtiyatla yaklaşılmalıdır.

C) SOSYAL GÜVENLİK HUKUKUNDA LEHE HÜKÜMLERİN UYGULANABİLİRLİĞİ MESELESİ

Üzerinde durulması gereken noktalardan bir tanesi de, mevzuat ile getirilen bir kısım dü-

zenlemelerde eskisi ile mukayese edildiğinde lehe olan hükümlerin mevcudiyeti halinde gö- rülmekte olan bir davada bu hükümlerin geç- mişe yönelik uygulanabilip uygulanamayacağı meselesidir.

Hemen baştan söylemek gerekirse, ceza hukukunda geçerli olan sanığın lehine olan hükmün uygulanmasına ilişkin ilke gibi genel bir kuralın sosyal güvenlik hukukunda uygula- namayacağını düşünmekteyiz. Sosyal güvenlik hukukunda, tıpkı iş hukukunda olduğu gibi belki yorumun işçinin (sigortalının) lehine ya- pılması ilkesine başvurulabilir. Ancak bunun için de yorum yapılması gereken bir konu ol- malıdır. Kanunların yürürlüğü meselesine iliş- kin olarak, konuyu düzenleyen iki kanunun varlığı karşısında, tercih noktasında, bunlardan hangisi lehe ise onun uygulanacağını ileri sür- mekse doğru değildir. Bize göre, böyle bir ilke de yoktur. Çünkü bu anlamda, yorumu gerek- tiren bir husus da bulunmamaktadır.

Ayrıca ceza hukuku mevzuatında açıkça lehe olan hükmün uygulanması gerektiği de ifade edilmiştir. Gerçekten, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m. 7/2'ye göre, "Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur". Oysa ki, 5510 sayılı Kanun bizim tes- pitimize göre tek bir yerde lehe olan hususun dikkate alınacağı esasını getirmiştir. O da geçici m. 12'de genel sağlık sigortasından yararlan- mada 30 gün hesaplamasında sigortalının lehi- ne olan durumun dikkate alınması gerektiğine ilişkin hükümdür¹⁸. Bunun dışında lehe kurala ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. Bununla birlikte sosyal devlet ilkesi ile sosyal güvenlik hukukunun genel özellikleri gibi hususların vurgulanması ile lehe hükümlerin uygulanma- sı gerektiği yolundaki tespitlerin de, genel bir kural gibi geçerli olamayacağını düşünmekte- yiz. Bu husus hukuk politikası işidir. Nitekim kanunkoyucu ilgili mevzuat düzenlemesini ya- parken lehe olan bir kuralın mevcudiyeti halin- de, bunun geçmiş olaylara uygulanabilirliğini açıkça kararlaştırmalıdır. Nitekim, 5510 sayılı Kanun'un ölüm sigortasından aylık alabilmek için 10 yıllık sigortalılık süresini 5 yıla indirir-

ken (SSGSSK. m. 32) 5434 sayılı Kanun kapsamında 5-10 yıllık sigortalılıkları bulunanlar için açık bir düzenleme ile (SSGSSK. m. geç. m. 4/14) ölüm aylığına hak kazanabilme imkanını vermesi, buna güzel bir örnektir.

III. SONUÇ YERİNE

Sonuç olarak, 5510 sayılı Kanun'un geçmişe dönük uygulanabilmesi konusuna ilişkin Yargıtay uygulamasının olayın olduğu dönemdeki kanunu dikkate almak şeklinde gelişeceğini düşünmekteyiz. Ancak, bunun da her durumda doğru bir yaklaşım olmadığı da açıktır. Kural olan, her kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonraki olaylara uygulanmasıdır. Dolayısıyla esas olan kanunların makalede şamil olmamalarıdır¹⁹. Kanunların geçmişe yürümemesi hukukun vatandaşlara sağladığı güvenin sürekli olduğu varsayımından doğar²⁰.

Biz de, esas itibarıyla kanunların geçmişe yürümeme ilkesinin geçerli olduğu ve özellikle kazanılmış hakların korunması ilkesinin de benimsenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Ancak, gerçek yürüme kabul edilmeyen doğmamış haklar içinse öğretide de kabul edildiği gibi derhal yürürlüğe girme şeklinde ortaya konabilecek esasın benimsenmesinin amaca daha çok hizmet ettiğini de düşünmekteyiz. Bu anlamda, Kanunla getirilen hususlar kazanılmış haklara ve genel ahlaka dokunmadığı müddetçe kamu düzeni gerektirdiği ölçüde geçmişte ortaya çıkmış, ancak sonuçlanmamış ve tamamlanmamış olaylara uygulanabilmelidir²¹. Örneğin, 5510 sayılı Kanun sisteminde isteğe bağlı sigortalılık 4/b'li olarak nitelenmektedir. Bu durumda, prim ödeme gün sayısı 9000 gün olarak belirlenmiştir. Sosyal Sigortalar Kanunu çerçevesinde isteğe bağlı sigortalı olan kişiler (hizmetlerin birleştirilmesi hükümleri dışında) 9000 gün prim ödeyerek yaşlılık aylığından yararlanabileceklerdir. İsteğe bağlı sigortalının 5510 sayılı Kanun'la prim ödeme gün sayısının 9000'e çıkması nedeniyle bunun kendisine uygulanamayacağı, beklenen hakkının ihlal edildiği iddiası, hiç şüphesiz dinlenmeyecektir.

Yine, bir başka örnek vermek gerekirse, Kanun m. 13/e, sigortalıların, işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere gidiş gelişini

da oluşan kazaları iş kazası saymaktadır. Oysa, 506 sayılı Kanun topluca işe geliş ve gidiş esnasında ortaya çıkan kazaları iş kazası olarak nitelendirmekteydi. Kanunun yürürlük tarihinden önce oluşan bir kazaya ilişkin olarak, topluca getirilip götürülme bulunup bulunmadığına ilişkin sözkonusu ihtilafta, artık 5510 sayılı Kanun'un kabulü ile münferit geliş gidişlerin de iş kazası sayılmasından hareketle tartışmaya son vermek ve olayın iş kazası olduğunu kabul etmek yanlıştır. Burada artık olay bitmiştir ve sonuçlanmıştır. Dolayısıyla yeni Kanun iş kazası tanımını değiştirdi diyerek, geçmişteki bu olayın da iş kazası olduğunu söylemek herhalde doğru olmasa gerektir. Kamu hukukunu ilgilendiren veya kamu düzeni sözkonusu diyerek derhal uygulanma ilkesini kabul etmek ve derdest olaylar için yeni düzenlemenin geçerli olduğunu söyleyebilmek bize göre doğru değildir²².

Bu anlamda mutlak, kesinkes bir çözümün ifadesi yerine genel ilkeyi belirtmenin yanında, her olaya ilişkin olarak ayrı bir nitelendirmede de bulunmak gerekebilir. Bu anlamda, üzerinde durulması gereken hususlardan bir tanesi de, zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerle ilişkindir. Şu tespit yapılabilir ki, geçmiş dönemde 5510 sayılı Kanun'un yürürlüğüne kadar, eski mevzuatta öngörülen zamanaşımı veya hak düşürücü süre dolmuşsa yeni Kanun bu süreleri artırsa bile yeni Kanun uygulanamaz²³. Buna karşılık yeni düzenlemeden sonraya sarkan bir süre varsa burada kanaatimizce artık 5510 sayılı Kanun uygulanmak gerekir²⁴.

Yine, haciz yasağı ile ilgili olarak da kanunun geçmişe yürümemesini kabul etmek gerekir. Bilindiği gibi, 5510 sayılı Kanunun yürürlüğe giren ilk halinde, emekli maaşlarının haczedilmeyeceği ifade edilmekle birlikte (SSGSSK. m. 93/1), uygulamada emekli maaşına haciz konmakta, ancak borçlunun şikâyeti halinde haciz işlemi durdurulmakta idi²⁵. Kanun koyucu 5510 sayılı Kanunda 18.2.2009 t. ve 5838 sayılı Kanunla değişiklik yaparak, artık, emekli maaşlarına haciz konamayacağını, ancak borçlunu muvafakati ile bu sefer haciz uygulamasına devam edilebileceği düzenlemesini getirmişti²⁶. Bu değişiklikte birlikte, konulan hacizlerin

şikâyet yolu ile kaldırılabilmesine ilişkin hükümün geriye yürütülmesi de mümkündür.

DİPNOTLAR

- 1 Böyle farklı yürürlük tarihlerinin tespit edilmiş olmasının eleştirisi ile ilgili olarak bkz. Okur, Ali Rıza, Hukuk Tarihimizin Yürürlük Özürlü İlk Yasası: 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, İşveren, C. 46, S. 8, Mayıs 2008, s. 40. Okur'un haklı olarak eleştirdiği üzere, "Beş ayrı yürürlük tarihi iç içe geçmiş grupları ve bugüne kadar çıkarılmış Kanunların... hiçbirinde görülmeyen belirsiz bir yürürlük tarihi bu özensizliği ve hafifliği zirveye çıkarmaktadır", Okur, s. 43.
- 2 Buna karşılık Borçlar Kanunu sözleşmelere ilişkin olarak aybaşı ifadesini ayın ilk günü olarak kabul etmektedir. Gerçekten, Borçlar Kanunu m. 75'e göre, "Borcun ifası için bir ayın iptidası veya nihayeti tayin olunmuş ise ayın birinci ve sonuncu günü anlaşılır. Bir ayın ortası tayin olunmuş ise bundan ayın on beşi anlaşılır".
- 3 Öğretide de bir görüş, Kanun'un yürürlük başlangıcının, özel sektör çalışanları için, 1.10.2008, kamu sektörü çalışanları içinse 15.10.2008 olduğunu ifade etmektedir. Gerçekten, Ceylan'a göre, "5510 sayılı Kanunun ... hükümleri 2008/Ekim aybaşından itibaren yürürlüğe girecek olup, bu tarih özel sektör çalışanları (4b sigortalıları dahil) için 1/10/2008, kamu sektörü çalışanları için ise 15/10/2008 tarihidir", Ceylan Cevdet, Ölüm Aylığından Hizmet Birleşmesi, Sosyal Güvenlik Dünyası, Y. 11, S. 51, Eylül-Ekim 2008, s. 20.
- 4 8.12.2001 t. ve 24607 s.lı RG.
- 5 Bkz. Uşan, M. Fatih, Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, Ankara 2009, s. 47.
- 6 Prof. Dr. Necip Bilge, Hukuk Başlangıcı, 14. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2000, s. 193-194; Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük, Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, 18. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2003, s. 13, (HGK., 13.10.2004 t. ve 2004/10-528/523 K).
- 7 Kararın ilk bölümü de şöyledir: "Davanın yasal dayanağını oluşturan 506 sayılı Yasa'nın 26. maddesindeki halefiyet ilkesi uyarınca, Kurumun rücu alacağı, hak sahiplerinin tazmin sorumlularından isteyebileceği maddi zarar (tavan) miktarı ile sınırlı iken, Anayasa Mahkemesi'nin, 21.3.2007 gün ve 26649 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 23.11.2006 gün ve E: 2003/10, K: 2006/106 sayılı kararı ile 26. maddedeki "sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarla sınırlı olmak üzere..." bölümünün Anayasaya aykırılık nedeniyle iptali sonrasında, Kurumun rücu hakkının, yasadan doğan kedinin özgü ve sigortalı ya da hak sahiplerinin hakkından bağımsız basit bir rücu hakkına dönüşmüş olması karşısında, ilk peşin değerli gelirler ile harcama ve ödemelerin; tazmin sorumlularının kusuruna isabet eden miktarıyla sınırlı kısmına hükmedilmesi gerekirken, gerçek zarar tavan değeri gözetilerek hüküm kurulması ayrıca tazminine hükmedilen miktarın yanlış yazılması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir", bkz. Yarg. 10. HD., 4.11.2008 t., 12623/14040, karar yayımlanmamıştır. Aynı yönde bkz. Yarg. 10.11.2008, 2007/16407, 2008/14335, karar yayımlanmamıştır.
- 8 "Her kanun, ancak yürürlüğe girdikten sonraki zamanda meydana gelen olaylara ve ilişkilere uygulanır; o tarihten önceki zamana rastlayan olaylara ve ilişkilere uygulanmaz. Bu kuralın istisnalarından biri, ilerde kazanılacağı umulan haklar oluşturmaktadır. İkinci olarak; kamu düzeni ve genel ahlak bakımından da kanunların geriye yürütülmesi söz konusu olabilir. Öte yandan 506 sayılı Kanunun 24. maddesinde 4958 sayılı Yasayla yapılan değişikliğin de geçmişe etkili olacağına dair yasal bir hüküm yoktur", Yarg. HGK., 13.10.2004, 10-528/533, İstanbul Barosu Dergisi, İş Hukuku Özel Sayı: 5, Eylül 2007, s. 261-264.
- 9 Balcı, Mesut, İş Kazası ve Meslek Hastalığı Nedeniyle İşverenin Sorumluluğu, Sicil, Y. 1, S. 4, Aralık 2006, s. 158.
- 10 Bu dönemdeki kararlar için bkz. Okur, Ali Rıza, Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri Açısından Yargıtayın 2004 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2004, İstanbul 2006, s. 229-232 ve 247.
- 11 Bkz. Okur, Değerlendirme 2004, s. 230. Aslanköylü'ye göre de, "... Şimdi acaba lehe olan bu değişiklik geriye yürütülebilir mi? Bize göre ana babaya gelir bağlanamayacağına ilişkin kesinleşmiş bir mahkeme hükmü yoksa yapılan değişiklik geriye yürütülmeli, geçimlerinin sigortalı tarafından sağlanmayan ana ve babaya gelir bağlanmalıdır. Oysa 10. Hukuk Dairesinin son görüşüne ve Hukuk Genel Kurulu Kararına göre, olay tarihinde geçimi sigortalı tarafından sağlanmayan ana ve babaya gelir bağlanamayacaktır. Hatta HGK Kararında, sonradan yürürlükten kalkmış olsa bile her olaya o tarihte yürürlükte bulunan yasa hükümlerinin uygulanabileceği, sonradan çıkarılan ve yargılama aşamasında yürürlüğe giren yasanın uygulanamayacağı vurgulanmıştır. Bize göre sonradan çıkan bir kanun kamu düzenine ilişkin ise kazanılmış hakları ortadan kaldırmamak şartıyla geriye yürütülebilir.", Aslanköylü, Resul, Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri Açısından Yargıtayın 2004 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Genel Görüşme, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2004, İstanbul 2006, s. 284.
- 12 Bkz. Oğurlu, Yücel, İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu, Ankara 2003, s. 28. Ayrıca bkz. Sözer, Ali Nazım, Sosyal Sigortalarda Kazanılmış Hakların Korunması Üzerine Bir İnceleme (Süper Emeklilikte Son Durum), Çimento İşveren, C. 3, S. 6, Kasım 1989, s. 6; Çoban, Ayşegül, İdare Hukukunda Kazanılmış Hak İlkesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2004, s. 11.
- 13 Şakar'a göre, "Sosyal Güvenlik hukukunda "kazanılmış hak" kavramı daha çok uzun vadeli sigorta kolları olarak nitelendirdiğimiz malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarında sözkonusu olur. Ancak, bu sigorta kollarında da yardıma hak kazanılıp, ilgiye aylık bağlandıktan sonra bir kazanılmış haktan söz edilebilir. Bundan önce ilgilinin hakkı "beklenen hak"tır. Beklenen haklar üzerinde de kanun koyucu her zaman değişiklik yapabilir. Mesela yaşlılık sigortasından aylık

bağlanabilmesi için gerekli emeklilik yaşı, prim ödeme gün sayısı ya da bekleme süresi gibi şartlar, sigortalı emekli statüsünü kazanmadan önce değiştirildiğinde, yeni şartlar sigortalının beklenen haklarını etkileyebilir. Ancak sigortalı emekli olduktan sonra, emeklilik için aranan prim ödeme gün sayısı veya emeklilik yaşı yükseldi, aylığınızı kesiyoruz, yeni şartları tamamlayana kadar çalışacaksınız denilemez. Çünkü emeklilik artık o sigortalının kazanılmış hakkıdır, buna dokunulamaz. Fakat sosyal politika açısından beklenen haklara dokunulması da toplum tarafından tepkiyle karşılanacaktır.” Şakar, Müjdat, Kazanılmış Haklar Bağlamında Uzun Vadeli Sigortalar ve 5510 Yasa Uygulamasında Çıkacak Sorunlar, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunları ve Gerçekler Sempozyumu, İstanbul Barosu, 26-27.1.2007, İstanbul 2007, s. 194-195,

- 14 Bkz. Sözer, s. 6; Oğurlu, s. 34-35; Ergin, Hediye, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Yasası'nın Geçici Hükümlerine İlişkin Bir İnceleme, Legal İHSGHD., C. 4, S. 13, 2007, s. 224-225.
- 15 Kararın incelemesi hakkında bkz. Ekmekçi, Ömer, Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri Açısından Yargıtayın 2006 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2006, Ankara 2009, s. 296 vd.
- 16 Ekmekçi, s. 298.
- 17 Ekmekçi, s. 298.
- 18 SSGSSK. m. 12/3'e göre, "Kişilerin yürürlükten kaldırılan kanun hükümleri gereğince hak ettikleri sağlık hizmetleri, bu Kanun hükümleri gereğince kapsama alınmamış ise tedavi tamamlanuncaya kadar yürürlükten kaldırılan kanun hükümlerine göre Kurumca sağlanmaya devam edilir. 67 nci madde gereği hesaplanan 30 günün hesabında kişilerin lehine olan durum uygulanır. Genel sağlık sigortalısının ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce başlayan, ancak, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra faturalandırılan tedavi giderleri Kurum tarafından karşılanır."
- 19 Kanunların geçmişe yürümesi yasağının istisnaları, kamu düzeni, emredici hukuk kuralları, genel ahlak, suçluların lehine düzenlemeler olarak belirtilebilir. Bkz. Sözer, Kazanılmış Hak, s. 6-7.
- 20 Sözer, Kazanılmış Hak, s. 5.
- 21 Sözer'e göre, doğmuş ve sağlanmakta olan bir sosyal sigorta edimi, örneğin aylık sahibinin aleyhine değiştirilir ve azaltılırsa, böyle bir durumda gerçek bir önceye etki söz konusudur. Gerçek önceye etkili kanuni düzenlemeler ise, hukuk devleti ilkesine dolayısıyla Anayasaya aykırıdır. Henüz oluşum aşamasındaki bir hukuki ilişkiye menfi müdahale ise gerçek olmayan önceye etki sayılıp ilişkiye duyulan güvenin azlığı ölçüsünde anayasalıdır. Bkz. Sözer, Kazanılmış Hak, s. 14, 16.
- 22 Uşan, s. 53.
- 23 Uşan, s. 53. Zamanaşımına ilişkin olarak benzer görüş için bkz. Mumcu, Tahsin, SGK Prim Belgelerine Uygulanacak İdari Para Cezalarında Zamanaşımı Sorunsalı, Sosyal Güvenlik Dünyası, Y. 12, S. 53, Ocak 2009, s. 113.
- 24 Nitekim, Yargıtay kadaströ ile ilgili bir kararında hak

düşürücü sürede yapılan değişikliğin kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla hak düşürücü süre dolduğundan geriye yürümeyeceğine karar vermiştir: "On yıllık hak düşürücü sürenin ilgili kanun değişikliğinden önce dolmuş olması, değişiklik hükmünün geçmişe etkili şekilde uygulanmasına hukuken olanak bulunmaması, idarenin, hakkın özü ortadan kalktıktan sonra tek taraflı irade ile bu hakkı tesis ettirme yetkisine sahip olmaması karşısında, davaya konu taviz bedelinin davacıdan haksız ve hukuki dayanaktan yoksun bir şekilde alındığının, o nedenle de iadesi gerektiğinin kabulü gerekir."; Yarg. HGK. 5.12.2007, 3-921/939, <http://74.125.77.132/search?q=cache:ii8hr2tf5fYJ:www.kastamonubarosu.org.tr/page.asp%3Fid%3D2%26sayfa%3D8+hukuk+genel+kurul+karar%C4%B1+13.10.2004&hl=tr&ct=clnk&cd=10&gl=tr> (20.2.2009).

25 Bkz. Uşan, s. 302 vd.

26 Bkz. Uşan, s. 303.

KAYNAKÇA

- Aslanköylü, Resul, Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri Açısından Yargıtayın 2004 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Genel Görüşme, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2004, İstanbul 2006.
- Ceylan, Cevdet, Ölüm Aylığından Hizmet Birleşmesi, Sosyal Güvenlik Dünyası, Y. 11, S. 51, Eylül-Ekim 2008.
- Çoban, Ayşegül, İdare Hukukunda Kazanılmış Hak İlkesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2004.
- Ekmekçi, Ömer, Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri Açısından Yargıtayın 2006 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2006, Ankara 2009.
- Ergin, Hediye, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Yasası'nın Geçici Hükümlerine İlişkin Bir İnceleme, Legal İHSGHD., C. 4, S. 13, 2007.
- Oğurlu, Yücel, İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu, Ankara 2003.
- Okur, Ali Rıza, Hukuk Tarihimizin Yürürlük Özürlü İlk Yasası: 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, İşveren, C. 46, S. 8, Mayıs 2008.
- Okur, Ali Rıza, Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri Açısından Yargıtayın 2004 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2004, İstanbul 2006. (Değerlendirme 2004)
- Sözer, Ali Nazım, Sosyal Sigortalarda Kazanılmış Hakların Korunması Üzerine Bir İnceleme (Süper Emeklilikte Son Durum), Çimento İşveren, C. 3, S. 6, Kasım 1989.
- Şakar, Müjdat, Kazanılmış Haklar Bağlamında Uzun Vadeli Sigortalar ve 5510 Yasa Uygulamasında Çıkacak Sorunlar, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunları ve Gerçekler Sempozyumu, İstanbul Barosu, 26-27.1.2007, İstanbul 2007.
- Uşan, M. Fatih, Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, Ankara 2009.

Mesut BALCI

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Üyesi

5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Döneminde İsteğe Bağlı Sigortalılık Uygulaması Hakkında İnceleme

1. GENEL AÇIKLAMA

5510 sayılı Kanun 01.10.2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir. İsteğe bağlı sigortalılık, 5510 sayılı Kanunun 50. maddesinde düzenlenmiştir. Maddedeki tanıma göre isteğe bağlı sigorta, “kişilerin isteğe bağlı olarak prim ödemek suretiyle uzun vadeli sigorta kollarına ve genel sağlık sigortasına tabi olmalarını sağlayan sigortadır.”

5510 sayılı Kanunun yürürlük tarihinden sonra, isteğe bağlı sigortalı olmak için talepte bulunanlar yönünden artık 1479, 506, 2926 ve 2925 sayılı yasalara göre isteğe bağlı sigortalılık mümkün değildir. Daha önce 5510 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılan bu kanunlara göre isteğe bağlı sigortalı olanlar bakımından ise, geçici maddelerde bu sigortalılığın yürürlükten kaldırılan mevzuata göre devam edebileceklerine dair hüküm bulunmamaktadır. 01.10.2008 tarihinden itibaren sadece 5510 sayılı Kanun hükümlerine göre isteğe bağlı sigortalı olarak devam edebileceklerdir.

Bu Kanunun 51. maddesinin son fıkrasına göre, isteğe bağlı sigortalılık 5510 sayılı Kanu-

nun 4 maddesinin (b) bendi kapsamında sigortalı olarak kabul edilecektir. Bu sigortalılık ise; 5510 sayılı Kanunun eski Bağ-Kur sigortalılığının devamı niteliğindeki sigortalılık türüdür. Bu değişiklik, önceden Bağ-Kur sigortalısı olduğu halde sonradan 506 sayılı Yasaya tabi olarak isteğe bağlı sigortalı olanlar bakımından 01.10.2008 tarihinden sonraki hizmetlerin hizmet birleştirilmesinde 506 sayılı Yasaya tabi hizmet olarak değerlendirilmesini önlemektedir. 5510 sayılı Kanunun geçici 2. maddesinin son bendine göre, “Bu Kanun’un yürürlüğe girdiği tarihten önce sigortalı veya iştirakçi olup, bu Kanun’un yürürlüğe girdiği tarihten sonra aylık talebinde bulunanlardan, farklı sosyal güvenlik kurumlarına ya da bu Kanun’da belirtilen sigortalılık hallerinden birden fazlasına tabi olanlara aylık bağlanmasına esas alınacak Kanun, bu Kanun’la mülga 2829 sayılı Kanun hükümlerine göre tesbit olunur ve bunlar hakkında bu Kanun’un geçici maddelerindeki hükümler uygulanır.” hükmü yer almaktadır. Bu durumda, 5510 sayılı Kanunun yürürlük tarihinden önce 506 sayılı Kanuna göre isteğe bağ-

lı sigortalı olanlardan, son yedi yılın yarısı olan 1260 gün süreyi tamamlayamamış olanların, artık bu süreyi isteğe bağlı sigortalı olarak tamamlamaları mümkün değildir. Ancak, zorunlu sigortalı olarak 5510 sayılı Kanunun 4/a maddesine göre hizmet akdi ile çalışarak bu süreyi tamamlayabilirler.

2. 5510 SAYILI KANUN UYGULAMASINDA İSTEĞE BAĞLI SİGORTALILIK KOŞULLARI

a. Önceden zorunlu sigortalı olarak tescilli olmak, belirli bir süre prim ödemek koşulları

5510 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılan 506 sayılı Kanunun 85. maddesinde yer alan, önceden zorunlu sigortalı olarak tescilli bulunmak veya belirli bir süre zorunlu sigortalı olarak prim ödemek koşullarına bu Kanunda yer verilmemiştir. Yürürlükten kaldırılan 1479 ve 2926 sayılı Kanunlarda da böyle bir hüküm yer almamaktaydı. Esasen, 5510 sayılı Kanunda düzenlenen isteğe bağlı sigortalılık, eski Bağ-Kur sigortalılığın devamı niteliğinde olan 5510 sayılı Kanunun 4/b maddesi kapsamında değerlendirildiğinden, böyle bir koşulun yer almaması yerinde bir uygulama olmuştur.

b. Daha önce emekli olmamak, başka kurumlarda zorunlu veya isteğe bağlı sigortalı olmamak koşulları

5510 sayılı Kanunun 50. maddesinin (b) bendinde isteğe bağlı sigortalı olabilmek için, kendi sigortalılığı nedeniyle aylık almamak koşuluna yer verilmiştir. Burada aylıktan söz edildiğine göre, kişinin kendi çalışmalarından kaynaklanan yaşlılık ve malullük aylıkları kastedilmektedir. Ölüm aylıkları kişinin kendi çalışmalarından kaynaklanmadığından, isteğe bağlı sigortalılığa engel değildir. Kişinin sürekli işgöremezliği nedeniyle gelir alması, Ka-

nunda açıkça aylıktan söz edildiğinden isteğe bağlı sigortalılığa engel değildir.

c. 18 yaşını doldurmuş bulunmak koşulu

5510 sayılı Kanunun 50 maddesinin (c) bendine göre isteğe bağlı sigortalı olmak için, kişinin 18 yaşını doldurmuş olması gerekir.

d. Türkiye’de ikamet etmek veya Türkiye’de ikamet etmekte iken sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmamış ülkelerdeki Türk vatandaşı olmak koşulu

5510 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılan 506, 1479 ve 2926 sayılı Kanunlarda yer alan isteğe bağlı sigortalılığa ilişkin düzenlemelerde, Türkiye’de ikamet etmek koşulu yer almamaktaydı. Kurumun 5510 sayılı Yasanın yürürlüğe girmesinden önceki dönemde yurtdışında ikamet eden Türk vatandaşları ile ilgili olarak isteğe bağlı sigortalılığın iptali yönündeki işlemleri, dava konusu olduğunda, ilgili Kanunlarda engel bir hüküm bulunmaması nedeniyle mahkeme kararları ile iptal edilmektedir. Yargıtay 10. ve 21. Hukuk Dairelerinin uygulamaları da bu yöndedir.

5510 sayılı Kanunun 50. maddesinin ikinci fıkrasında “Türkiye’de ikamet edenler ile Türkiye’de ikamet etmekte iken sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmamış ülkelerdeki Türk vatandaşları” isteğe bağlı sigortalı olabilirler. Kanun hükmü yurtdışında ikamet eden Türk vatandaşları yönünden anlaşılması güç bir ifade ile yazılmıştır. 5510 sayılı Kanuna göre Türkiye’de ikamet eden Türk ve yabancıların isteğe bağlı sigortalı olabileceğinin kabulü gerekir. Yurtdışında ikamet eden Türk vatandaşları ise, yurtdışına çıkmadan önce isteğe bağlı sigortalı olarak tescil edilmişler, yurtdışına çıktıklarında Türkiye ile sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmamış bir ülkede ikamet ederlerse, isteğe bağlı sigortalılıklarına devam edebilecekleri gibi, bu ülkelerde ikamet ettikleri sırada da isteğe bağlı sigortalı olabileceklerdir. Türk vatandaşı kişi yurtdışında ikamet

ederken o ülke ile Türkiye arasında sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanırsa, sözleşme imzalandıktan sonra da isteğe bağlı sigortalı olarak tescil talep edebilecektir. Ancak, sosyal güvenlik sözleşmesi bulunan bir ülkeye sözleşmenin imzalanmasından sonra giderek ikamet etmeye başlayan Türk vatandaşı, isteğe bağlı sigortalı olarak tescil talep edemeyecektir. Bu düzenleme, yurtdışında bulunan Türk vatandaşları bakımından kişiye özel bir araştırmayı gerektirmektedir. Sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanan ülkede sözleşme imzalandığı sırada ikamet eden Türk vatandaşları, sözleşme tarihinden önce ve sonra Türkiye’de isteğe bağlı sigortalı olabilirler. Ancak, sözleşmenin imzalanmasından sonra ilgili ülkeye giden ve orada ikamet eden Türk vatandaşları, Türkiye’de isteğe bağlı sigortalı olamayacaklardır.

Kanun metninin yazılış biçimi çeşitli problemleri ortaya çıkartacaktır. Örneğin; Türkiye’de hiç ikamet etmemiş olan ve Türk ana ve babadan yurtdışında doğduğu için Türk vatandaşlığını kazananlar, bu anlatıma göre her zaman isteğe bağlı sigortalı olabileceklerdir. Keza, sosyal güvenlik sözleşmesi imzalandığı sırada Türkiye’de ikamet etmeyen yabancı ülke vatandaşı, sözleşmeden sonra Türkiye’ye gelerek Türk vatandaşı olur ve tekrar yurtdışına çıkarak ikamet etmeye başlarsa, yasa metnine göre isteğe bağlı sigortalı olabilecektir.

Kanun metninde, Türkiye ile sosyal güvenlik sözleşmesi bulunan ülkelerde ikamet eden Türk vatandaşlarının isteğe bağlı sigortalı olarak tescil edilemeyecekleri yönünde basit bir ifade kullanılsaydı daha yerinde olurdu.

Yukarıda anlatılan ikamet koşullarını taşımamasına karşın, Kurumca hatalı şekilde isteğe bağlı sigortalı olarak tescil edilerek uzun yıllar prim alınması ve durum fark edildikten sonra sigortalılığın iptal edilmesi durumunda ne olacaktır? Tescili talep eden kişi, Kanun hükmüne aykırı bir tescil nedeniyle iyiniyet iddiasında bulunarak, sigortalılık süresi elde edemeyecektir. Esasen sigorta hukuku kamu düzeni ile ilgili olduğundan Kurumun hatalı işlemi ile prim alması kişiye sigortalılık hakkı bahşetmez. Ne varki, 1479 sayılı Kanununun uygulaması ile ilgili olarak aksi yönde Yargıtay kararları vardır.

e- İsteğe bağlı sigortalı olmak için tescil isteğinde bulunma koşulu

5510 sayılı Kanununun 50. maddesinin (d) bendi hükmünde “isteğe bağlı sigorta talep dilekçesi ile Kuruma başvuruda bulunmak koşulu aranır” denmektedir. Bu açık ifade karşısında tescil isteği bulunmadan yapılan ödemelerin, isteğe bağlı sigortalı hizmet süresi olarak değerlendirilmesi mümkün olamayacaktır. Bu konuda, Yargıtay içtihatlarının nasıl şekilleneceği konusunda eski mevzuat dönemindeki içtihatlar yol gösterici olacaktır. Emsal Yargıtay kararlarına göre, SSK isteğe bağlı sigortalılığı, zorunlu SSK hizmetleri ile sona ermesine karşın sigortalı düzenli olarak prim ödemeye devam etmişse, yenden yazılı talebi olmasa dahi primi ödenen süreler isteğe bağlı sigortalılık süresi olarak değerlendiriliyordu. 5510 sayılı Kanununun 51. maddesinin ikinci fıkrasına göre, isteğe bağlı sigortalılık devam ederken, zorunlu sigortalılık ile çakışırsa ay içinde 30 günden az çalışan veya tam gün çalışmayanlar yönünden sadece zorunlu sigortalılık ile çakışan süre iptal edileceğinden isteğe bağlı sigortalılık sona ermeyecektir ve dolayısıyla bu konuda bir uyuşmazlık meydana gelmeyecektir. Bunun dışındaki hallerde ise zorunlu sigortalılığın başlaması ile isteğe bağlı sigortalılık sona erecektir. Yukarıda sözü edilen ve aşağıda yer verilen Yargıtay Kararları, düzenli ödeme halinde çakışan SSK dışında, isteğe bağlı sigortalılığın devam ettiğinin kabulü yönünde olup, 5510 sayılı Kanun döneminde de istikrarlı olan bu kararların uygulanacağı söylenebilir.

İsteğe bağlı Sosyal Sigortalar Kurumu sigortalılığı 506 sayılı Yasa kapsamında zorunlu sigortalı olarak çalışmaya başladığı için sona eren davacının; yenden isteğe bağlı sigortalı olmak yönünde Kuruma yazılı başvurusu yoksa da; isteğe bağlı sigortalılık iradesini ortaya koyacak biçimde prim ödemesinin sürdüğü dikkate alınarak, isteğe bağlı sigortalı olma iradesini ortaya koyan prim ödemesinin başladığı tarihi takip eden aybaşından itibaren, ödenen primlerin karşılığı süre kadar isteğe

bağlı sigortalılığının geçerli olduğunun tespiti gerekir.

Davacı, 01.07.1992-31.07.1992 tarihleri arasında sigortalı olarak çalışmadığının tespitine, isteğe bağlı sigortalı sayılmasına ve 01.07.2003 tarihinden itibaren yaşlılık aylığı bağlanmasına karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme, ilâmında belirtildiği şekilde davanın reddine karar vermiştir.

Hükmün, davacı avukatı tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

01.07.1992-31.07.1992 tarihleri arasında zorunlu sigortalı olarak çalışmadığı ve bu nedenle isteğe bağlı sigortalılığının geçerli olduğunun tespitiyle; aylık başvurusunu izleyen 01.07.2003 tarihinden itibaren yaşlılık aylığına hak kazandığının belirlenmesi istemli davanın yargılaması sonucunda; işe giriş bildirgesindeki davacı imzası ve tanık anlatımlarının çalışma olgusunu ortaya koyduğu, bu durumda isteğe bağlı sigortalılığın yasa gereğince sona ereceği ve yaşlılık aylığı koşulları da gerçekleşmediği gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı vekilinin beyanlarında, isteğe bağlı sigortalılık primi ödemelerinin, 1996-1997 yılına dek sürdüğü dile getirilmiş olmasına karşın, yargılama sürecinde ve geri çevirme kararı üzerine dosyaya katılan belgelerde, davacının isteğe bağlı sigortalı olarak son prim ödemesinin 08.02.1993 tarihinde gerçekleştiği belirlenmiş; dava dilekçesinde belirtilen tarihe uygun tahsis talebine de rastlanmamıştır.

Davacı vekilinin, isteğe bağlı sigortalılık prim ödemelerinin gerçekleştiği süre konusunda beyanları arasındaki çelişki giderilerek; davalı Kurum tarafından primi ödenmiş isteğe bağlı sigortalılık süresi yönünden iptal işlemi uygulanıp uygulanmadığı da araştırılıp, davacının isteğe bağlı sigortalı konumundaki tüm prim ödeme süresiyle, dava dilekçesindeki isteme dayanak tahsis başvuru belgelerinin dosya içeriğine katılması; uyuşmazlığın tüm yönleriyle ortaya konulup, kanıtların yasal

yönteme uygun biçimde değerlendirilebilmesi yönünden zorunludur.

01.12.1990 tarihinden itibaren isteğe bağlı Sosyal Sigortalar Kurumu sigortalısı iken, 12.07.1992 tarihinde 506 sayılı Yasa kapsamında zorunlu sigortalı olarak çalışmaya başladığı için isteğe bağlı sigortalılığı, zorunlu sigortalılığının başladığı tarih itibariyle sona eren davacının; zorunlu sigortalılığın sona ermesinden sonra 506 Sayılı Yasanın 85. maddesi kapsamında yeniden isteğe bağlı sigortalı olmak yönünde Kuruma yazılı başvurusu yoksa da; isteğe bağlı sigortalılık iradesini ortaya koyacak biçimde prim ödemesinin sürdüğü dikkate alınarak, isteğe bağlı sigortalı olma iradesini ortaya koyan prim ödemesinin başladığı tarihi takip eden ay-başından itibaren, ödenen primlerin karşılığı süre kadar isteğe bağlı sigortalılığının geçerli olduğunun tespiti, yerleşik içtihatların gereğidir.

Yaşlılık aylığına hak kazanıp kazanmadığının, aylık başvurusu ve prim ödeme sürelerine ilişkin bilgi eksiklikleri giderildikten ve isteğe bağlı sigortalılık süresi yönünden yukarıdaki ilke ışığında yapılacak değerlendirme uyarınca sigortalılık süresi yönünden ortaya çıkan durum da gözetilerek, istem konusunda yapılacak değerlendirmeye hüküm kurulması gereği üzerinde durulmaksızın, eksik incelemeyle yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O halde, davacı vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır (10. H.D. 11.09.2007, 2007/12799-12805).

f- Tescil talebinin Kurumca kabulü koşulu

5510 sayılı Kanunda tescil talebinin Kurum tarafından kabulü koşulu yer almamıştır. Kuruma yazılı başvuruda bulunan kişinin bu başvurusu üzerine Kurum tarafından tescil işleminin yapıp yapılmaması önemli değildir. Tescil talebinde bulunan kişi, primlerini Kanunda öngörülen sürelerde ödemek kaydı ile, sigortalılığının geçerli sayılmasını isteyebilecektir. Yeter ki tescil talebini kanıtlayabilecek belgeleri elinde bulundursun.

3- İSTEĞE BAĞLI SİGORTALILIĞIN BAŞLANGICI VE SONA ERMESİ

5510 sayılı Kanununun 51. maddesinde, isteğe bağlı sigortalılığın isteğe bağlı sigortalılık müraعاتının Kurum kayıtlarına girdiği tarihi izleyen günden başlayacağı hükmüne yer verilmiştir. 50. maddeye göre, isteğe bağlı sigortalı olarak tescil edilebilmek için, talep dilekçesi ile Kuruma başvurudan söz edildiğine göre, talebin yazılı bir dilekçe ile yapılması gerektiği sonucuna varılır.

İsteğe bağlı sigortalılık 5510 sayılı Kanununun 51. maddesine göre sadece 3 halde sona erer. Bunlar, sona erdirmeye talebi, aylık talebi ve sigortalının ölümüdür.

Öte yandan, dördüncü bir neden Kanununun 53. maddesine 5754 sayılı Kanun ile eklenen 3. fıkrada düzenlenmiştir. Bu maddeye göre de "İsteğe bağlı sigortalı olanların 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentleri kapsamına tabi olacak şekilde çalışmaya başlamaları halinde, bu Kanun'un 51. maddesinin üçüncü fıkrası saklı kalmak kaydıyla isteğe bağlı sigortalılık hali sona erer."

Ancak, yukarıdaki düzenlemeye göre zorunlu sigortalılığı nedeniyle sigortalılığı sona ermesi gereken kişi hakkında, Kurum derhal iptal işlemi yapmaz ve sigortalı prim ödemeye devam ederse, sigortalılar yararına 51/2. maddeye konulan hükmün uygulanması gerekecektir. Bu maddeye göre; "İsteğe bağlı sigortalı olarak prim ödenen tarihlerde, 4. maddeye göre sigortalı olmayı gerektirecek çalışması bulunduğu tespit edilenlerin, zorunlu sigortalılıkla çakışan isteğe bağlı prim ödenen süreleri iptal edilerek, bu süreye ilişkin ödedikleri primler ilgililere iade edilir." Başka bir anlatımla, isteğe bağlı sigortalılık için ödenen ve zorunlu sigortalılık ile çakışmayan primler geçerli sayılacaktır. Bu durumda, sözü edilen maddeler arasındaki çelişki, kurumun iptal işlemi yaptığı zamana göre benzer durumda olan kişiler yönünden farklı uygulamalara neden olacaktır.

Sigortalı isteğe bağlı sigortalılığına son vermek istediğinde, bu yönlü bir dilekçeyi Kuruma verecektir. Dilekçenin Kuruma verildiği tarih, isteğe bağlı sigortalılığın sona ereceği ta-

rih değildir. Dilekçe ne zaman verilirse verilsin dilekçe tarihinden önce primi ödenen son günde sigortalılık sona erecektir. Burada dikkat edilecek husus şudur. Dilekçe verildikten sonra artık bu dilekçeden önceki sürelerle ilişkin primleri ödeyerek geçmişe yönelik hizmet elde etmek mümkün olmayacaktır. Örneğin, 01.10.2008 tarihinden sonra, 31.12.2008 gününde dilekçe vererek, 01.01.2009 gününden itibaren isteğe bağlı sigortalı olarak tescil edilen bir sigortalı, 2009 yılının 1, 2, 3, 4, 5, 6. aylarına ilişkin olarak prim ödedikten sonra 2010 yılının 5. ayında terk dilekçesi verir ise, sigortalılığı 30.06.2009 gününde sona erecektir. Sigortalı dilekçesini vermeden önce sonraki ayları ödemez ise, dilekçe tarihinden sonra artık geçmişe yönelik prim ödeyemez. 5510 sayılı Kanununun 52. maddesinde, 12 ay içinde geçmişe yönelik primlerin ödenmesi olanağı var ise de, terk dilekçesinin verildiği durumda artık bu maddeye göre ödeme olanağı da ortadan kalkar.

Aylık talebinde bulunan isteğe bağlı sigortalının sigortalılığı, Kanun hükmüne göre gerçekten aylığa hak kazanması durumunda talep tarihinde sona erer. Dilekçe vermesine karşın talep tarihinde aylığa hak kazanamıyorsa, primlerini ödeyerek isteğe bağlı sigortalılığına devam edebilir. Sigortalı aylık talebinde bulunmasına karşın bundan vazgeçerek isteğe bağlı sigortalılığa devam edebilir mi? Kurum tahsis işlemi tamamlamış olsa bile davacı yaşlılık aylığı kendisine ödenmedikçe bu talebinden vazgeçebilmelidir. Zira, Kanununun 52/3 maddesine göre sigortalının isteğe bağlı sigortalı olarak ait olduğu aya ilişkin primini izleyen 12 ay içinde gecikme zammı ve gecikme cezası ile birlikte ödemesi olanaklıdır.

Av. Hakan YILDIRIMOĞLU

T. Cam, Çimento ve Toprak Sanayii İşverenleri Sendikası Yönetim Kurulu Üyesi

Yurtdışında Çalışan Türk İşçilerin Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Durumu

Yurtdışında çalışan Türk işçilerinin sosyal güvenlik hukuku açısından durumu uygulamada tereddütlere yol açmaktadır. Yürürlükte bulunan 5510 s. Yasa ve sair ilgili mevzuatın konuya ilişkin düzenlemeleri incelenmiş olup değerlendirmelerimiz aşağıdaki gibidir:

Sosyal Güvenlik Sözleşmesi İmzalanmış Ülkelerde Çalışan Türk İşçileri

Evveleminde belirtmek gerekir ki, ülkemizle sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmış ülkelerde çalışan Türk işçileri bakımından bir sorun bulunmamaktadır. Zira bu ülkelerde çalışan işçilerin sosyal güvenlik hukuku ile ilgili tabi olacakları düzenlemeler, kısa ve uzun vadeli sigorta kollarından yararlanma şartları ilgili sözleşmelerde düzenlenmiş bulunmaktadır. Ülkemizle İngiltere, Almanya, Hollanda, Belçika, Avusturya, İsviçre, Fransa, Danimarka, İsveç, Norveç, Libya, K.K.T.C, Makedonya, Azerbaycan, Romanya, Gürcistan, Bosna-Hersek, Kanada, Çek Cumhuriyeti, Arnavutluk ve Lüksemburg arasında imzalanmış ve yürürlükte bulunan sosyal güvenlik sözleşmeleri bulunmaktadır.

Avustralya, Belarus, Çin, Hırvatistan, İsrail, Mısır, Moldova, Özbekistan, Rusya, Sırbistan, Karadağ, Slovakya ve Ukrayna ile ülkemiz arasındaki sözleşme çalışmaları ise devam etmektedir.

İşverenin istihdam ettiği Türk işçisi için, imzalanan sosyal güvenlik sözleşmesinde aksine bir hüküm yoksa bunların zorunlu sigortaya tabi tutulmaları, iş ilişkilerinden doğan ve işverene ait olan hak ve yükümlülükleri bakımından, çalıştıkları ülkede yürürlükte bulunan sosyal güvenlik mevzuatı uygulanır. Sosyal güvenlik sözleşmelerinin özünde, her iki akit devletin vatandaşları, hak ve yükümlülükler bakımından eşittir. Bir yardım hakkının doğup doğmadığının saptanmasında, diğer akit taraf ülkesinde geçen sigortalılık süreleri dikkate alınır. Sigortalının ölümü halinde, hak sahipleri sıfatıyla diğer akit taraf ülkesinde oturan aile fertlerine dul-yetim aylığı bağlanır ve toptan ödeme yapılır. Akit taraf ülkesinde çalışmaları nedeniyle emekli aylığına hak kazanan sigortalı, ikametini diğer akit taraf ülkesine nakletse dahi aylığını almaya devam eder veya emekli aylığı için gerekli yaş ve diğer şartları diğer akit taraf ülkesine döndükten sonra tamamlayan sigortalıya emekli aylığı bağlanır.

Sosyal Güvenlik Sözleşmesi Bulunmayan Ülkelerde İş Üstlenen İşverenlerce Yurtdışındaki İşyerlerinde Çalıştırılmak Üzere Götürülen Türk İşçileri

Bilindiği gibi, 5510 s. Yasa'nın 5. maddesinin (g) bendinde ülkemiz ile arasında sosyal güvenlik sözleşmesi bulunmayan ülkelerde iş üstlenen işverenlerce yurtdışındaki işyerlerinde çalıştırılmak üzere götürülen Türk işçilerinin Yasanın 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılacağı ve bunlar hakkında kısa vadeli sigorta kolları ile genel sağlık sigortası hükümlerinin uygulanacağı hususu düzenlenmektedir.

Yurtdışında işverenin istihdam ettiği Türk işçisi için 506 sayılı Kanun'a göre topluluk sigortası veya isteğe bağlı sigorta yoluyla sağlanmakta iken, 5510 sayılı Kanunun 5/g maddesine göre kısa vadeli sigorta kolları ve genel sağlık sigortasına zorunlu, uzun vadeli sigorta kollarına ise istemeleri halinde sigortalı olmaları şartı getirilmiştir.

1 Ekim 2008 tarihinden önce sadece malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tabi topluluk sigortasına devam edenler ile isteğe bağlı sigortalı olarak söz konusu ülkelere götürülmüş olan sigortalıların, bu Kanunun 5. maddesinin (g) bendi kapsamında sigortalılıkları bu Kanunun yürürlük tarihi olan 01.10.2008'den itibaren üç ay içerisinde işverenlerce yerine getirilecektir.

5510 s. Yasa'nın 5. maddesi "sosyal güvenlik sözleşmesi bulunmayan ülkelerde iş üstlenen işverenlerce yurtdışındaki işyerlerinde çalıştırılmak üzere götürülen Türk işçilerinin" durumunu düzenlemektedir. Zira Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'nin "Ülkemiz ile uluslararası sosyal güvenlik sözleşmesi bulunmayan ülkelerde, işverenlerce üstlenilen işlere ilişkin işlemler" başlıklı 93. maddesinin 3. fıkrasına göre "Yurtdışına sigortalı götürecektir işverene ait işyeri, Türk kanunlarına göre kurulu ve tescilli olmalıdır. Yabancı ülke mevzuatına göre kurulan firmalarca yurtdışında gerçekleştirilen işlerde çalıştırılan Türk vatandaşları hakkında bu madde hükümleri uygulanmaz."

Bu itibarla, "yabancı ülke kanunlarına göre kurulmuş bulunan Türk şirketlerinde çalışan Türk işçiler" için anılan hükümlerin geçerli olması mümkün değildir. Bir şirket yabancı bir ülkede kurulmuş ise artık o ülkenin mevzuatına tabi olmakta ve o ülkenin şirketi kabul edilmektedir. İki ülke arasında sosyal güvenlik sözleşmesi mevcut olduğu takdirde bu sözleşme hükümlerine göre hareket edilmesi gerekecektir.

Sosyal Güvenlik Sözleşmesi İmzalanmamış Ülkelerdeki Yabancı Ülke Mevzuatına Göre Kurulmuş Sermayesi Türk Şirketlerine Ait Olan İşyerlerinde Görevlendirilen Türk İşçileri

Genel Sağlık Sigortası İşlemleri Yönetmeliği'nin 44. maddesinin 2. fıkrasında Yasanın 4. maddesinin (a) bendi kapsamında sigortalı sayılması nedeniyle genel sağlık sigortalısı sayılanların daimi olarak 6 aydan fazla süreyle yurtdışında görevlendirilmeleri durumunda, bu Yönetmeliğin uygulanmasında sürekli görevle yurtdışına gönderilme sayılacağı hüküm altına alındığından, 6 aydan kısa süreyle yurtdışına görevli olarak gönderilenler geçici, 6 aydan uzun süreli gönderilenler ise sürekli görevle yurtdışına gönderilmiş sayılmaktadırlar.

5510 s. Yasa'nın 10. maddesi ve Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'nin 91. maddesine göre geçici görevle -ki geçici görev yukarıda zikredildiği üzere Genel Sağlık Sigortası İşlemleri Yönetmeliği'nin 44. maddesinin 2. fıkrası uyarınca 6 ay ile sınırlandırılmıştır- yurtdışına gönderilecek işçiler bakımından bir değişiklik olmamakta, bu işçiler görevlerini yaptıkları sürece, kendilerinin ve işverenlerin sosyal güvenliğe ilişkin hak ve yükümlülükleri devam etmektedir.

Görevle yurtdışına gönderilen personele yurtdışında sağlanacak sağlık hizmetleri ile ilgili düzenlemelere ise Yasanın "Yurtdışında Tedavi" başlıklı 66. maddesi ve Genel Sağlık Sigortası İşlemleri Yönetmeliği'nin 44. maddesinde yer verilmiştir. Buna göre geçici görevle yurtdışına gönderilenlere yasanın 63. madde-

sinde sayılan sağlık hizmetlerinin acil hallerde; sürekli görevle gönderilenlere ve bunların yurt dışında birlikte yaşadıkları bakmakla yükümlü oldukları kişilere ise bu sağlık hizmetlerinin acil hal olup olmadığına bakılmaksızın yurtdışında sağlanacağı hükmü yer almaktadır.

Yurtdışında sürekli olarak (6 aydan uzun süreyle) görevlendirilen personelin de bu görevleri süresince sosyal sigortaya ilişkin hak ve yükümlülüklerinin devam edeceği, bu kişiler ile bakmakla yükümlü oldukları kişilerin gerek yurt içinde ve gerekse yurtdışında sağlık hizmetlerinden her halde faydalanacağı ilgili mevzuat gereğidir. Bu bakımdan personelin geçici ya da sürekli görevli olarak yurtdışına gönderilmesi halinde görevlendirildiğine dair görev belgesinin Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'nin 92. maddesinin (a) bendi uyarınca SGK'ya ibrazı gerekli olup, böylelikle işçinin Türkiye'deki sigortalılık halinin devamı sağlanabilecek ve kendisine yurtdışında sağlık hizmetleri belirlenen şartlar altında verilebilecektir.

Yabancı Ülke Sosyal Güvenlik Mevzuatına Tabi Olarak Çalışan Türk Vatandaşları

Sosyal güvenlik sözleşmesi akdedilmemiş bir ülkede çalışan Türk vatandaşı ise bu ülke sosyal güvenlik sistemi kapsamında sosyal güvenceye sahip olup, personelin yurtdışında geçen sürelerinin sosyal güvenlikleri bakımından Türkiye'de değerlendirilmesi imkânı 3201 s. Yasa ile düzenlenmiştir.

Yabancı ülke sosyal güvenlik mevzuatına tabi çalışan Türk vatandaşlarının yabancı ülkede geçen sigortalılık sürelerinin 3201 s. "Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlik Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Yasa" ve "Yurt Dışında Geçen Sürelerin Borçlandırılması ve Değerlendirilmesine İlişkin Yönetmelik" hükümlerine göre Türkiye'de geçen sigortalılık sürelerine eklenmesi de mümkündür.

3201 s. Yasa'nın ve Yurtdışında Geçen Sürelerin Borçlandırılması ve Değerlendirilmesine İlişkin Yönetmeliğin 1. maddesine göre Türk vatandaşlarının yurtdışında geçen sürelerinin

talepleri halinde borçlandırılarak sosyal güvenlikleri bakımından değerlendirilebilir. Yönetmeliğin 6. maddesine göre borçlanma kapsamındaki süreler "yurtdışında geçen sigortalılık süreleri ile bu süreler arasında veya sonunda her birinde bir yıla kadar olan işsizlik süreleri veya ev kadını olarak geçen süreler"dir. Borçlanma için başvuruda bulunanlar, yurtdışında geçen sürelerinin tamamını veya isteğe bağlı olarak bir kısmını borçlanabilmektedir. Yönetmeliğin 10. maddesi uyarınca borçlanma tutarı 5510 sayılı Yasa'nın 82. maddesinde belirtilen alt ve üst sınırlar arasında kalmak kaydıyla başvuru sahibince seçilen prime esas günlük kazancın %32'sinin borçlanılacak gün sayısı ile çarpımı kadardır.

Yönetmeliğin 17. maddesinde ise transferleri sağlanan primlerin iadesi hususu düzenlenmektedir. Buna göre, 3201 s. Yasa'ya göre yurtdışında geçen sürelerini borçlanmış kişinin yabancı ülkelerde sosyal güvenlik kurumlarına yatırılmış bulunan primlerinin, sosyal güvenlik sözleşmesi ile Türkiye'ye transferlerinin sağlanması ve bu sözleşmelerde primlerin iadesine engel hükümler bulunmaması halinde transfer edilen primlere ilişkin sürelerin tamamının veya bir kısmının transferi halinde transfer edilen primlerin borçlanılan gün sayısına isabet eden orandaki miktarı transfer tarihindeki cari kur üzerinden TL karşılığı olarak Kurumca sigortaya, hak sahiplerine ya da mirasçılara iade edilecektir. Bu durumda, ileride o ülke ile sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanması ve buna ilişkin düzenleme olması halinde, yurtdışında çalışan vatandaşımızın uğradığı prim kaybı önenebilecektir.

Prof. Dr. Ahmet KIRMAN

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

5810 Sayılı Kanun ile Serbest Bölgeler Kanunu ile Gümrük Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler

25.11.2008 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 5810 sayılı Kanun ile 3218 sayılı Serbest Bölgeler Kanunu ile 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nda bazı değişiklikler yapılmıştır.

Yapılan değişikliklerden en önemlisi serbest bölgelerde çalışanların ücretlerine uygulanacak gelir vergisi istisnasıdır. Gümrük Kanunu'nda yapılan değişiklikler ise Gümrük Kanunu'nun bazı maddelerindeki Serbest Bölgeler Kanunu'na aykırı olan hükümlerinin uygulanmamasına yöneliktir.

5810 sayılı Kanun ile 3218 sayılı Serbest Bölgeler Kanunu'nun geçici 3. maddesinin ikinci fıkrası 1.1.2009 tarihinden itibaren yürürlüğe girmek üzere aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Avrupa Birliği'ne tam üyeliğin gerçekleştiği tarihi içeren yılın vergilendirme döneminin sonuna kadar;

a) Serbest bölgelerde üretim faaliyetinde bulunan mükelleflerin bu bölgelerde imal ettikleri ürünlerin satışından elde ettikleri kazançları gelir veya kurumlar vergisinden müstesnadır. Bu istisnanın 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 94 üncü maddesinin birinci fıkrasının (6) numaralı bendinin (b) alt bendi ile 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 15 inci ve 30

uncu maddeleri uyarınca yapılacak tevkifata etkisi yoktur.

b) Bu bölgelerde üretilen ürünlerin FOB bedelinin en az % 85'ini yurtdışına ihraç eden mükelleflerin istihdam ettikleri personele ödedikleri ücretler gelir vergisinden müstesnadır. Bu oranı % 50'ye kadar indirmeye ve kanuni seviyesine kadar yükseltmeye Bakanlar Kurulu yetkilidir. Yıllık satış tutarı bu oranın altında kalan mükelleflerden zamanında tahsil edilmeyen vergiler cezasız olarak, gecikme zammıyla birlikte tahsil edilir.

c) Bu bölgelerde gerçekleştirilen faaliyetlerle ilgili olarak yapılan işlemler ve düzenlenen kağıtlar damga vergisi ve harçlardan müstesnadır.

Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye Maliye Bakanlığı yetkilidir.”

Serbest Bölgeler Kanunu'nda yapılan bu değişiklik öncesindeki uygulamaya göre;

Serbest Bölgelerde 2004 yılından önce ruhsat almış olan işletmelerde istihdam edilen personelin ücretleri herhangi bir şarta bağlı olmaksızın gelir vergisinden istisna edilmekte olup bu istisna 31.12.2008 tarihinde sona ermiştir. Diğer yandan 2004 yılından sonra Serbest Bölgelerde kurulmuş

Yapılan düzenlemeye göre, ihrac serbest bölgelerde üretilen ürünlerin FOB bedelinin en az % 85'ini yurtdışına ihrac edilmesi şartıyla işletmelerin istihdam ettikleri personele ödedikleri ücretler gelir vergisinden istisna edilmiştir.

olan işletmelerde çalışan personel ile ilgili böyle bir istisna uygulanması söz konusu değildir.

Yapılan düzenlemeye göre, ihrac serbest bölgelerde üretilen ürünlerin FOB bedelinin en az % 85'ini yurtdışına ihrac edilmesi şartıyla işletmelerin istihdam ettikleri personele ödedikleri ücretler gelir vergisinden istisna edilmiştir.

Söz konusu istisnanın amacı Serbest Bölgelerdeki istihdam üzerindeki vergi yükünün hafifletilmesi olmakla beraber aşağıda belirtilen hususlar uygulamada bu amacın sağlanmasını engelleyebilecektir.

- Serbest Bölgedeki imalatçı bir şirketin kuruluş amacı Türkiye dışına ürettiği ürünlerin satışını yapmak olmakla beraber, gelir vergisi istisnasının uygulanması anında üretilen malların %85'lik kısmının ihracatını gerçekleştirip gerçekleştiremeyeceği tam olarak belli olamayabilir. Belli bir periyotta bu şart gerçekleştiği halde çeşitli nedenlerden dolayı %85'lik ihracat şartı sağlanamayabilir. Gelir vergisi ücret istisnasını uygulayan işverenler %85'lik ihracat şartını yerine getiremedikleri durumda daha önce ödemiş oldukları ücret stopajlarını hâlihazırda aylık %2,5 nispetindeki gecikme faiziyle birlikte geri ödemek zorunda kalabileceklerdir.

- Serbest bölgelerde üretim faaliyetinde bulunan işletmelerin aynı zamanda diğer faaliyetleri nedeniyle de kazanç elde etmeleri mümkündür. Üretim dışında çalışan personelin ücretleri için gelir vergisi istisnasının uygulanmayacağı kanun metninde açıkça belirtilmiş olmakla birlikte hem üretim hem de diğer faaliyetlere destek veren personel için anılan istisnanın uygulanıp uygulanmayacağı hususunda

bir belirleme bulunmamaktadır. Örneğin Serbest Bölgede hem üretim hem de ticari mal alım satımında bulunan bir işletmenin satış ve pazarlama bölümünde çalışan personelleri için gelir vergisi istisnasından yararlanılıp yararlanılmayacağı belli değildir.

Serbest bölgelerde üretim faaliyetinde bulunan işletmelerde çalışan personele 1.1.2009 tarihinden itibaren ödenecek ücretlere uygulanacak bu istisna belli kriterlere bağlanmış olmakla beraber ihracattaki maliyet yükünü en azından serbest bölgelerde gerçekleştirilen üretim bakımından bir nebze de olsa hafifletici bir mahiyet taşımaktadır.

Ek Açıklama

2004 yılından önce kurulmuş şirketlerde çalışanların ücretleri gelir vergisinden istisna olduğu için herhangi bir vergi kesintisi yapılmadan çalışana ödenmekteydi.

Taslak halindeki Serbest Bölgeler Kanunu Genel Tebliği'nde yer alan açıklamalar ile bu durum değiştirilmektedir.

Taslak tebliğe göre getirilecek düzenleme ile serbest bölgede üretim yapan işletmeler %85 oranındaki ihracat şartını yerine getirmeleri durumunda üretimde çalışan personelin ücretlerinden gelir vergisini kesecek ancak bu vergi tecil edilerek vergi dairesine ödenmeyecektir. Hesap dönemini izleyen şubat ayında düzenlenecek yeminli mali müşavir raporuna istinaden tecil edilen bu vergi terkin edilecektir.

Bu durumda personelin ücretinden kesilen ancak vergi dairesine ödenmeyen bu vergiler işveren bünyesinde kalmaktadır.

Bu uygulama eski uygulamadan farklıdır. Eski uygulamada ücret çalışana vergi kesilmeden net olarak ödenmekteydi.

Yeni getirilen uygulama esas itibarıyla doğru olmakla beraber Kanundaki ücretlerin gelir vergisinden istisna olduğu hükmü ile çelişebilir. Taslak tebliğdeki açıklamalara göre bu ücretler üzerinden vergi kesilecek ve bu tutar işveren bünyesinde kalacaktır.

Çalışanlar ücretlerinin vergiden istisna olduğunu ancak brüt ücretlerinden işveren bünyesinde kalan bir vergi ödediklerini öne sürerek konuyu yargıya taşıyabilirler.

Turgut ÖZCAN

Maliye Bakanlığı Baş Hesap Uzmanı

İş Kazası Nedeniyle İşverence Ödenen Tazminatların Vergi Karşısındaki Durumu

1. GİRİŞ

İş kazası hiç kimse tarafından arzu edilmeyen fakat günlük iş yaşamında maalesef karşılaşılabilen bir olgudur. İş kazasıyla, kazaya uğrayan işçi fiziksel ve ruhsal olarak zarara uğramakta ya da ölüm vuku bulabilmektedir. İşveren ise hem bu üzücü durumlarla karşılaşmakta, hem de işgücünde kayıp ve iş kazasına ilişkin olarak maddi ve manevi tazminat talepleriyle karşı karşıya kalabilmektedir. İşverence ödenen tazminatların vergi kanunlarına göre gider yazılıp yazılamayacağı konusu ortaya çıkmaktadır.

Sosyal Güvenlik Kurumu'nun 2007 yılı istatistik verilerine¹ göre iş kazası nedeniyle yaralanan ve ayakta tedavisi yapılanların toplam işgücü kaybı 1.876.524 gün, iş kazası nedeniyle yaralanan ve hastanede yatarak tedavisi yapılanların toplam işgücü kaybı 58.456 olmak üzere iş kazası nedeniyle kaybedilen gün sayısı toplam 1.934.980 gündür. 2007 yılında işlemleri tamamlanan iş kazası sayısı toplam 80.602'dir. Bunların 1.550'si iş kazası nedeniyle sürekli işgöremezlik ödeneği almaktadır.

İş kazasına ilişkin olarak 5510 sayılı SSGSSK'da, İş Kanunu'nda ve Borçlar Kanunu'nda ayrıntılı hükümler bulunmakta

ve bu hükümler işverene sorumluluklar yüklemektedir. Bu nedenle, yazımızın takip eden bölümlerinde, işçiler için 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda ve İş Kanunu ile Borçlar Kanunu'ndaki iş kazası ile ilgili düzenlemeler kısaca belirtildikten sonra, iş kazası nedeniyle işverence ödenen maddi ve manevi tazminatların vergi karşısındaki durumu ortaya konacaktır.

II. 5510 SAYILI SOSYAL SİGORTALAR VE GENEL SAĞLIK SİGORTASI KANUNU'NDA (SSGSSK) İŞÇİLER İÇİN İŞ KAZASI İLE İLGİLİ DÜZENLEMELER

İşçilerin iş kazası geçirmeleri halinde uygulanacak mevzuata ilişkin olarak, Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği², 5510 Sayılı Kanunun Kısa Vadeli Sigorta Kollarına İlişkin Uygulamaları konulu SGK'nın, 23.12.2008 tarih ve 2008/108 sayılı Genelgesi³, iş kazası ve meslek hastalığı sigortası bakımından işverenin, üçüncü kişilerin ve sigortalıların sorumluluğu ile peşin sermaye değerlerinin hesaplanmasıyla ilgili işlemler

hakkında tebliği⁴ ile yapılmış olan düzenleme ve açıklamalar aşağıda yer almaktadır.

A. İş Kazasının Tanımı ve Bildirilmesi

İş kazasının tanımı SSGSSK'nın 13'üncü maddesinde yapılmıştır. Buna göre iş kazası;

a) Sigortalının işyerinde bulunduğu sırada,

b) İşveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle sigortalı kendi adına ve hesabına bağımsız çalışıyorsa yürütmekte olduğu iş nedeniyle,

c) Bir işverene bağlı olarak çalışan sigortalının, görevli olarak işyeri dışında başka bir yere gönderilmesi nedeniyle asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda,

d) Bu Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki emziren kadının sigortalının, iş mevzuatı gereğince çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda,

e) Sigortalıların, işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere gidiş geliş sırasında,

geldiğinde, hizmet akdi ile çalışanlar ile bazı sigorta kollarının uygulanacağı sigortalıları çalıştıran işveren tarafından, o yer yetkili kolluk kuvvetlerine derhal, SGK'ya da en geç kazadan sonraki üç işgünü içinde, "iş kazası ve meslek hastalığı bildirgesi" ile doğrudan ya da taahhütlü posta ile bildirilmesi zorunludur. Bu üç günlük süre, iş kazasının işverenin kontrolü dışındaki yerlerde meydana gelmesi halinde, iş kazasının öğrenildiği tarihten itibaren başlar.

Ülkemiz ile sosyal güvenlik sözleşmesi olmayan ülkelerde iş üstlenen işverenlerce yurt dışındaki işyerlerinde çalıştırılmak üzere götürülen Türk işçileri SSGSSK'nın 4'üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılır ve bunlar hakkında kısa vadeli sigorta kolları ile genel sağlık sigortası hükümleri uygulanır. Bu sigortalıların uzun vadeli sigorta kollarına tabi olmak istemeleri halinde, 50'nci maddenin ikinci fıkrasındaki Türkiye'de yasal olarak ikamet etme şartı ile aynı fıkranın

Kazanın iş kazası sayılabilmesi için; kazayı geçiren kişinin sigortalı olması, kazanın meydana gelmesi, kaza ile sonuç arasında uygun bir illiyet bağının bulunması kaza sonucu bedence veya ruhça özre uğranması ve bu unsurların bir arada gerçekleşmesi gerekmektedir.

meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedenen ya da ruhen özre uğratan olaydır.

Kazanın iş kazası sayılabilmesi için; kazayı geçiren kişinin sigortalı olması, kazanın meydana gelmesi, kaza ile sonuç arasında uygun bir illiyet bağının bulunması kaza sonucu bedence veya ruhça özre uğranması ve bu unsurların bir arada gerçekleşmesi gerekmektedir. Ancak iş kazası işin yürütümü sırasında meydana gelen olayı ifade etmekte ise de, yapılan işle ilgili olmayan hal ve durumlarda meydana gelen olayları da kapsamaktadır⁵.

İş kazasının bildirişi ve süresi Kanunun 13'üncü maddesinin ikinci fıkrası ile Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinin 38'inci maddesinde düzenlenmiştir.

SSGSSK'nın 13'üncü maddesindeki iş kazası tanımı kapsamında bir iş kazası meydana

nın (a) bendinde belirtilen şartlar aranmaksızın haklarında isteğe bağlı sigorta hükümleri uygulanır. Bu kapsamda, isteğe bağlı sigorta hükümlerinden yararlananlardan ayrıca genel sağlık sigortası primi alınmaz (SSGSSK madde 5/g).

Yabancı ülkelerde meydana gelen iş kazasının üç iş günlük bildirim süresi içinde, iş kazasının işverenin kontrolü dışındaki yerlerde meydana gelmesi hâlinde, üç iş günlük bildirim süresi iş kazasının öğrenildiği, Kurumca kabul edilebilir belgelenmiş bir mazeretin olması şartıyla, bildirim süresi mazeretin ortadan kalktığı tarihten itibaren başlar (Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği m. 96).

SSGSSK'nın 4'üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi ile 5'inci maddesinde sayılan ve kara, deniz, hava ulaştırma araçlarında çalışan veya işleriyle ilgili olarak bu araçlarda bu-

Sigortalıların iş kazasına bağlı olarak geçici iş göremezlik ödeneklerinden yararlanabilmeleri için Kuruma yapılan bildirim iş kazası olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

lunan sigortalıların araçta buldukları sırada meydana gelen iş kazası veya meslek hastalığı ile ilgili bildirim, aracın Türkiye'ye döndüğü günü takip eden ilk iş gününden itibaren işleme başlayacaktır. Dönüş tarihinin tespitinde deniz ulaştırma araçlarının ilk Türk limanına girdiği, hava ulaştırma araçlarının ilk Türk havaalanına indiği, kara ulaştırma araçlarının ise, sınır kapılarından Türkiye'ye girdiği tarihin esas alınması gerekmektedir. Ancak, herhangi bir nedenle aracın Türkiye'ye gelememesi halinde sigortalının gümrükten geçiş tarihi esas alınacaktır.

Bildirim süreleri SSGSSK'da işgünü olarak belirlendiğinden Cumartesi, Pazar ile ulusal bayram ve genel tatil günleri hesaba katılmayarak, bu günlere rast gelen günleri takip eden günden itibaren üç günün hesabına devam edilmesi gerekmektedir.

Mücbir sebebe bağlı olarak süresinde bildirim yapılamayan sigortalılar için, mücbir sebebin belgelenmesi şartıyla, mücbir sebebin ortadan kalktığı tarihten sonraki üç iş günü içinde SGK'ya iş kazasının bildirilmesi gerekecektir.

Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği(SSİY) Ek-7'de yer alan iş kazası ve meslek hastalığı bildirgesini vermekle yükümlü olanlar, bildiremeyi SSİY'nin 5'inci maddesine göre e-sigorta ile veya doğrudan ya da posta yoluyla da ilgili üniteye gönderebilir. Adi posta veya kargo ile yapılan bildirimlerde Kurum kayıtlarına intikal tarihi, taahhütlü, iadeli taahhütlü veya acele posta ile yapılan bildirimlerde de postaya verilmiş tarihi esas alınır⁶.

İşveren tarafından "iş kazası ve meslek hastalığı bildirgesi" yerine SSİY ek-7'de bulunan bilgileri içeren ve onaylarını taşıyan yazılarla

bildirimde bulunması da mümkündür. Bildirim yapılan yazıda sigortalının, sicil numarası, adı ve soyadı, doğum tarihi, işyerinde yaptığı iş, işyerinde çalışmaya başladığı tarih, iş kazasının vuku bulduğu yer, tarih ve saat, oluş şekli, tankların ad ve soyadları, işyerinin adresi, işverenin adı, soyadı, unvanı ve ikametgah adres bilgileri, şirket merkezi bilgileri ve imzalarının da bulunması gerekmektedir.

Bildirimlerin, Kurumun işyerinin bağlı bulunduğu Sosyal Güvenlik İl Müdürlüğü/Sosyal Güvenlik Merkezlerine yapılması gerekmektedir. Ancak Kurumun başka bir müdürlüğüne yapılan bildirimler bağlı bulunduğu müdürlüğe yapılmış gibi kabul edilecektir. Sosyal Güvenlik İl Müdürlüğü/Sosyal Güvenlik Merkezleri kendilerine yapılan bildirimleri kayıtlarına geçirdikten sonra, işyerinin bağlı olduğu Sosyal Güvenlik İl Müdürlüğü/Sosyal Güvenlik Merkezlerine, kendilerine bildirim yapılan tarihi belirterek göndereceklerdir⁷.

B. İş Kazası Halinde Sağlanan Haklar ve Yararlanma Şartları

İş kazası veya meslek hastalığı sigortasından hizmet akdi ile çalışan sigortalıya sağlanan haklar ise,

a) Sigortalıya, geçici iş göremezlik süresince günlük geçici iş göremezlik ödeneği verilmesi.

b) Sigortalıya sürekli iş göremezlik geliri bağlanması.

c) İş kazası veya meslek hastalığı sonucu ölen sigortalının hak sahiplerine, gelir bağlanması.

d) Gelir bağlanmış olan kız çocuklarına evlenme ödeneği verilmesi.

e) İş kazası ve meslek hastalığı sonucu ölen sigortalı için cenaze ödeneği verilmesi şeklindedir (SSGSSK madde 16).

Sigortalıların iş kazasına bağlı olarak geçici iş göremezlik ödeneklerinden yararlanabilmeleri için Kuruma yapılan bildirim iş kazası olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

Geçici iş göremezlik ödeneğinin süresi SGK'ca yetkilendirilen hekim veya sağlık kurulundan alınacak istirahat raporuna bağlıdır.

Kanunun 18'inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine istinaden sigortalılara iş kazası nedeniyle iş göremedikleri sürece prim ödeme gün sayısı şartı aranmaksızın ilk günden itibaren her gün için geçici iş göremezlik ödeneği verilecektir.

C. İş Kazasının Soruşturulması

SSGSSK'nın 13'üncü maddesine göre gerektiğinde, kazanın iş kazası olup olmadığı SGK'nın denetim ve kontrol ile görevli memurları tarafından veya Bakanlık iş müfettişleri tarafından soruşturulacaktır. SGK'nın yapacağı soruşturmaların usul ve esasları Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinin 41'inci maddesinde belirlenmiştir.

İş kazası soruşturması, iş kazası ve meslek hastalığı bildirim formu ile bildirilen olayın, iş kazası sayılıp sayılmayacağı ve bu sigorta kollarından yararlanma koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediği, işverenin sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlık ilkesinin uygulanıp uygulanmayacağı, olayın meydana gelmesinde sigortalının kastı, ağır kusuru, işverenin kastı veya sigortalıların sağlığını koruma ve iş güvenliği mevzuatına aykırı bir hareketi ile üçüncü şahısların kusurlu halleri sonucu meydana gelip gelmediği hakkında karar verilebilmesi için yapılmaktadır.

SGK'ya bildirilen iş kazası olayına ilişkin düzenlenen belge ve bilgilerin gerçeğe uymadığı ve olayın incelenmesi sonucu iş kazası olmadığının anlaşılması halinde, SGK'ca bu olay için yersiz olarak yapılmış ödemeler, ödemenin yapıldığı tarihten itibaren gerçeğe aykırı bildirimde bulunanlardan 5510 sayılı Kanun'un 96'ncı maddesi gereğince 27.09.2008 tarihli, 27010 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Fazla veya Yersiz Ödemelerin Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre tahsil olunacaktır.

D. İş Kazası Bakımından İşverenin Sorumluluğu ve Rücû

İş Kazası ve Meslek Hastalığı ile Hastalık Bakımından İşverenin ve Üçüncü Kişilerin Sorumluluğu, SSGSSK'nın 21'inci maddesi ile

Yönetmeliğın 49'uncu maddesinde belirlenmiştir.

İş kazası, işverenin kastı veya sigortalıların sağlığını koruma ve iş güvenliği mevzuatına aykırı bir hareketi sonucu meydana gelmişse, SGK'ca sigortalıya veya hak sahiplerine 5510 sayılı SSGSSK gereğince yapılan ödemeler ve bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri toplamı, sigortalı veya hak sahiplerinin işverenden isteyebilecekleri tutarlarla sınırlı olmak üzere, SGK'ca işverene ödettirilecektir.

Mevzuat; yasal olarak yürürlüğe konulmuş ve yürürlüğünü muhafaza eden, sigortalıların sağlığını koruma ve iş güvenliği alanında, yasa koyucu ile yasa koyucunun yürütme veya idareye verdiği yetki sonucu, bu organlarca kabul edilen genel, objektif kural veya hükümlerin tümüdür.

İş kazası, işverenin kastı sonucunda meydana gelmişse, işvereni SGK'ya karşı sorumlu hâle getirecektir. Kasıt; iş kazası veya meslek hastalığına, işverenin bilerek ve isteyerek, hukuka aykırı eylemiyle neden olması hâlidir. Zarara neden olan eylemin bilinçli olarak yapılması, kasıt için yeterli olup, sonuçlarının istenip istenmemesi kastı ortadan kaldırmaz. İşverenin eylemi hukuka aykırı olmamakla birlikte, yaptığı hareketin hukuka aykırı sonuç doğurabileceğini bilmesi, ihmali veya ağır ihmali sorumluluğunu kaldırmayacaktır.

İşverenin sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlık ilkesi dikkate alınacaktır. Kaçınılmazlık, olayın meydana geldiği tarihte geçerli bilimsel ve teknik kurallar gereğince alınacak tüm önlemlere rağmen, iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesi durumudur. İşveren alınması gerekli herhangi bir önlemi almamış ise olayın kaçınılmazlığından söz edilemeyecektir.

İş kazası, üçüncü bir kişinin kusuru nedeniyle meydana gelmişse, sigortalıya ve hak sahiplerine yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısı, zarara sebep olan üçüncü kişilere ve şayet

İşverenin sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlık ilkesi dikkate alınacaktır. Kaçınılmazlık, olayın meydana geldiği tarihte geçerli bilimsel ve teknik kurallar gereğince alınacak tüm önlemlere rağmen, iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesi durumudur.

kusuru varsa bunları çalıştıranlara rücu edilecektir.

İş kazası araştırmalarında yukarıda açıklanan işveren ve üçüncü kişilerin sorumluluklarının bulunup bulunmadığı tespit edilerek, gerekli ödetme ve rücu işlemleri yapılacaktır.

SSGSSK'nın 23'üncü maddesinde "Süresinde bildirilmeyen sigortalılıktan doğan sorumluluk" düzenlenmiştir. Anılan madde hükmüne göre SSGSSK'nın 4'üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi sigortalılarında; sigortalı çalıştırmaya başladığının süresi içinde sigortalı işe giriş bildirgesi ile SGK'ya bildirilmemesi halinde, bildirgenin sonradan verildiği veya sigortalı çalıştırıldığı SGK'ca tespit edildiği tarihten önce meydana gelen iş kazası sonucu ilgililerin gelir ve ödenekleri SGK'ca ödenir. İş kazası durumunda, SGK'ca yapılan ve ileride yapılması gerekli bulunan her türlü masrafların tutarı ile gelir bağlanırsa bu gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri tutarı, SSGSSK'nın 21'inci maddesinin birinci fıkrasında yazılı sorumluluk halleri aranmaksızın, işverene ayrıca ödettilir. İşvereni bu anlamda sorumlu tutabilmek için sigortalı işe giriş bildirgesinin kanuni süresinde SGK'ya verilmemiş olması, iş kazasının, sigortalı işe giriş bildirgesinin SGK'ya verildiği tarihten önce meydana gelmiş bulunması şarttır.

İş kazasının, SSGSSK'nın 13'üncü maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendinde belirtilen sürede, işverence SGK'ya bildirilmemesi durumunda, bildirim SGK'ya yapıldığı tarihe kadar geçen süre için sigortalıya ödenecek geçici

iş göremezlik ödeneği SGK'ca işverenden tahsil edilir

III. İŞ KANUNU VE BORÇLAR KANUNU'NA GÖRE İŞVERENCE TAZMİNAT ÖDENMESİ

İş hukuku bakımından genel kural, kusura dayalı sorumluluktur. İş kazasının meydana gelmesinde, işveren veya vekilinin kusuru varsa sorumlulukları söz konusudur. Burada kasıt veya ihmâl aranır. Ceza hukuku bakımından da sorumluluk sözkonusudur. İş kazası sonucunda, işçinin on gün ve üzeri iş göremezlik raporu alması halinde, işveren veya vekiline kamu hukuku adına dava açılır. Davanın konusu, tedbirsizlik veya dikkatsizlikten yaralanmaya ve ölüme neden olmaktadır⁸.

İş sağlığı ve güvenliğine ilişkin düzenlemeler 4857 sayılı İş Kanunu'nun beşinci bölümünde 77 ila 89. maddeleri arasında yer almaktadır. Bu bölümde yer alan düzenlemeler iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin yapılacak iş ve işlemleri belirlemektedir. Ayrıca Borçlar Kanunu'nun 332'inci maddesi de işverene işçinin çalışması sırasında karşılaşacağı tehlikelere karşı önlem alması sorumluluğunu vermektedir. İşçinin iş kazası geçirmesi durumunda SGK'ca tedavisi için masrafların ödenmesi, aylık gelir sağlanması, rücu tazminatı taleplerine ilişkin hukuکی düzenlemeler 5510 sayılı SSGSSK ile işçinin ve yakınlarının maddi ve manevi tazminat taleplerine ilişkin kurallar 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda yer almaktadır.

İşçilerin iş kazalarına uğramalarını ve meslek hastalığına tutulmalarını önlemek, sağlıklı ve güvenli çalışma ortamını oluşturmak için alınması gereken önlemler dizisi "iş sağlığı ve güvenliği" olarak nitelendirilmektedir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 77. maddesi uyarınca; işverenler işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksatsız bulundurmamak, işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdürler. İşverenler işyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uyulup uyulmadığını denetlemek,

işçileri karşı karşıya buldukları mesleki riskler, alınması gerekli tedbirler, yasal hak ve sorumlulukları konusunda bilgilendirmek ve gerekli iş sağlığı ve güvenliği eğitimini vermek zorundadırlar.

Anılan madde ile, işverenlere, işçi sağlığı ve iş güvenliği kavramından kapsamlı olarak, her türlü önlemi almak yanında, bir anlamda objektif özen yükümlülüğü de öngörülmektedir⁹.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 9. Hukuk Dairesi'nin Kararına uygun olarak 27.03.1957 tarih ve 1/3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nda ifadesini bulan, işçinin sigortaca sağlanan yardımlarla karşılanamayan zararlarından işverenin, hiçbir kusuru bulunmasa, istihdam olunanın veya üçüncü kişinin bir eylemi söz konusu olmazsa ve olay kaçınılmaz olsa da sorumlu olacağı görüşünü (risk nazariyesi) kabul etmiştir¹⁰.

Bu şekilde işveren için Yargıtay'ca tehlike esasına dayandırılan sorumluluk, iş kazasına

tı ve rüçû tazminatı olmak üzere üç türe ayrılır (Borçlar Kanunu madde 41 vd.).

i- Manevi Tazminat

Borçlar Kanunu'nun 47. maddesine göre; "Hakim, hususi halleri nazara alarak cismani zarara duçar olan kimseye yahut adam öldüğü takdirde ölünün ailesine manevi zarar namıyla adalete muvafık tazminat verilmesine karar verebilir." Söz konusu madde hükmü ile, yaşama hakkı ile vücut bütünlüğünün ihlalden doğan hallerde manevi zararın tazmini düzenlenmektedir.

Bedensel bütünlüğün ihlali halinde zarar görenin, ölümü halinde ise ailesinin kişilik değerlerinde meydana gelen etkinin giderimi, tazmin ve telafisi amaçlanmaktadır. Kişinin, hukuka aykırı eylem nedeniyle bozulan manevi sağlığının eski haline döndürülmesi, duygusal olarak tatmin edilmesi, zarar vereni bir daha böyle bir eylemde bulunmaktan alıkoyması gibi olgular

İş hukuku bakımından genel kural, kusura dayalı sorumluluktur. İş kazasının meydana gelmesinde, işveren veya vekilinin kusuru varsa sorumlulukları söz konusudur. Burada kasıt veya ihmâl aranır.

uğrayan işçinin maddi zararlarının giderilmesi sigorta gelirleriyle karşılanmayan kısmın ödenmesi esasına¹¹ ve sigorta kapsamı dışındaki manevi zararlarına ilişkindir.

İşverenin bu sorumluluğunun şartları, işçinin zararına, uğradığı iş kazasının sebep olması ve işçinin sigorta tarafından karşılanmayan bir zararının bulunmasıdır.

İşverenin gerekli önlemleri alma sorumluluğu, iş güvenliği ve sağlığı mevzuatınca belirlenenlerin yanında, yaşamın olağan akışı sırasında oluşabilecek tehlikeleri giderici çalışmaları da içerir. Yargıtay'ca, SGK'ca sağlanan hak ve menfaatlerle karşılanamayacak zararında söz konusu olabileceği kabul edilmekte ve bunlardan işverenin sorumlu tutulması mümkün görülmektedir. Uygulamadaki maddi ve manevi tazminat davaları bu çerçevede kendini göstermektedir. Maddi tazminat davaları, iş göremezlik tazminatı, destekten yoksun kalma tazmina-

gözetilerek toplumsal barış sağlanmaya çalışılmaktadır. Tazminat, yaşanan acı ve elemine karşılığıdır. Haksız eylem sonucu duyulan acı ve elemine giderilmesini amaçladığı için, acı ve elemine nedeniyle öngörülen tazminat miktarı belirlenerek istemde bulunulabilir¹².

İş kazasında yaralanan işçi için manevi tazminata hükmedilmesi bakımından, işçinin mutlaka kazanma gücünde bir kaybının doğmuş olması gerekmez. İşçinin cismani zarara uğraması, acı ve ıstırap çekmesi manevi tazminatın verilmesi için yeterlidir.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'na göre, manevi tazminata hükmedilebilmesi için, eylem, zarar, zarar ile eylem arasında illiyet bağı, eylemin hukuka aykırı olması ve işçinin cismani zarara uğraması koşullarının varlığı aranmalıdır. Bunun gibi, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na göre, kusurun tamamının işverende olmadığına anlaşılması halinde talep edilen manevi

tazminatın tümüne hükmedilmez. Manevi tazminata hükmedilirken miktar yönünden kusur oranlarının matematiksel tespiti de gerekmez¹³.

Manevi tazminatın miktarı, somut olayın özelliği, tarafların sosyal ve ekonomik durumları dikkate alınarak Medeni Kanun'un 4. maddesi uyarınca hakim tarafından hukuka ve hakkaniyete göre takdir ve tayin edilir¹⁴.

ii- Maddi Tazminat

a) İş Göremezlik Tazminatı:

İş göremezlik tazminatı, iş kazası sonucunda bedenî zarara uğrayan işçinin, iş göremezliği ölçüsünde çalışmama nedeniyle karşı karşıya kaldığı zarar ve ziyanın parasal miktarının SGK'ca karşılanmayan kısmını işvereninden istemesidir. Borçlar Kanunu'nun 46/1. maddesine göre işinde kazanma gücünü az ya da çok kaybeden işçinin çalışma gücünün bu kaybindan dolayı ve ileride iktisaden kaybedeceği gelirlere kadar zarar ve ziyanını ve bütün masraflarını isteyebilir.

Sorumluluk hukukunun amacı, zarar görenin uğramış olduğu gerçek zararı gidermek, kaybolan bir değer yerine, nitelik veya nicelikçe benzer bir değeri koymaktır.

Vücut bütünlüğü ihlali, bazı hallerde çalışma gücüne olumsuz etkide de bulunmaktadır. Çalışma gücü kaybı olarak ifade edilen bu etki, işgücünün gelir getirici şekilde kullanımının tamamen yok olması ya da azalması niteliğinde olup, işgücü kaybı ya da azalmasından kaynaklanan ekonomik sonuçlar, zararı oluşturmaktadır.

Kural olarak işveren, işçinin iş kazasından doğan tüm zararını karşılamak durumundadır.

Sosyal Güvenlik Kurumu'nca iş kazasına uğrayan işçiye sağlanan sigorta yardımları, kimi durumlarda işçinin uğradığı zararı tümüyle karşılamaktan uzaktır. Bunun nedeni, sigorta yardımlarının, iş kazasının ortaya çıkardığı zarar dikkate alınarak değil, aktüeryal dengeler de gözetilerek, yasaların öngördüğü sınırları uyarınca belirlenmiş olmasıdır¹⁵.

Tazminat miktarı işçinin olay tarihindeki bakiye ömrü esas alınarak aktif ve pasif dönemde elde edeceği kazançlar toplamından oluşur. Belirtilen nedenlerle, iş kazasına uğrayan işçinin, sadece iş görebilme çağı değil, iş görebilme

çağı sonrası olarak da ifade edilen pasif devrede zarara uğrayacağı, yaşlılık aylığıyla karşılanmayan bakiye bir zararının bulunduğu kabul edilerek; ileride yaşlılık aylığına hak kazanma olasılığı üzerinde durularak, pasif dönem zarar hesabı da yapılır¹⁶.

b) Destekten Yoksun Kalma Tazminatı:

Destekten yoksun kalma tazminatı Borçlar Kanununun 45/2. maddesinde düzenlenmiş olup "Ölüm neticesi olarak diğer kimseler müteveffanın yardımından mahrum kaldıkları takdirde, onların bu zararını da tazmin etmek lazım gelir." şeklinde hükme bağlanmıştır.

Madde hükmünden de anlaşılacağı üzere destekten yoksun kalma tazminatının konusu, desteğin yitirilmesi nedeniyle yoksun kalanın zararlarıdır. Buradaki amaç, destekten yoksun kalanların desteğin ölümünden önceki yaşamlarındaki sosyal ve ekonomik durumlarının korunmasıdır. İş kazasından sonraki dönemde de, destek olmasa bile, onun zamanındaki gibi aynı şekilde yaşayabilmesi için muhtaç olduğu paranın ödettirilmesidir. Yani haksız bir eylem sonucu desteğini yitiren kimse, BK'nın 45/2. maddesine dayanarak uğradığı zararın ödetilmesini isteyebilir. Ancak, destekten yoksun kalma tazminatına hükmedilmesi için öncelikle ölen ile destekten yoksun kalan arasında maddi yönden düzenli ve eylemli bir yardımın varlığı gerekir¹⁷.

Bu maddede, haksız fiilin doğrudan doğruya muhatabı olmayan, ancak bu haksız fiil nedeniyle ortaya çıkan ölüm olayından zarar gören ya da ileride zarar görmesi güçlü olasılık içinde bulunan kimselere tazminat hakkı tanınmıştır¹⁸.

BK'nın 45. maddesinde sözü geçen destek kavramı hukuksal bir ilişkiyi değil, eylemli bir durumu hedef tutar ve ne hısımlığa ne de yasanın nafaka hakkındaki hükümlerine dayanır, sadece eylemli ve düzenli olarak geçimini kısmen veya tamamen sağlayacak şekilde yardım eden ve olayların olağan akışına göre eğer ölüm vukuu bulmasaydı, az çok yakın bir gelecekte de bu yardımı sağlayacak olan kimse destek sayılır. O halde destek sayılabilmek için yardımın eylemli olması ve ölümden sonra da düzenli bir biçimde devam edeceğinin anlaşılması yeter görülür.

Destekten yoksun kalan kimse devamlı ve gerçek bir ihtiyaç içerisinde bulunmalıdır. Genel olarak bakım ihtiyacı, sosyal düzeye uygun olan yaşamın devamını sağlamak için gerekli olanaklardan yoksun kalmayı anlatır. Eğer ölenin eylemli olarak baktığı kimse, ölüm yüzünden bakımın sağladığı yaşama düzeyinin altına düşmüş olursa, ihtiyaç bulunma koşulu gerçekleşmiş sayılır¹⁹.

Destekten yoksun kalma tazminatı ölüm ile ortaya çıkmasına rağmen, miras bırakanın şahsından doğan ve mirasçılara geçen bir hak değil, doğrudan bu kimselerin kendisinden doğan bağımsız bir haktır.

Diğer bir ifadeyle, destekten yoksun kalma tazminatı niteliği itibariyle; üçüncü kişilere, desteğin gelir ve yardımından yoksun kalmaları nedeniyle tanınmış bağımsız bir hak olup, mirasçılık sıfatı ve miras hukuku ile ilgisi yoktur. Çünkü bu hak, mirasçılık sıfatından değil, eylemli olarak destek olanın ölümü nedeniyle, onun gelir ve yardımından yoksun kalma ya da farazi destek olma olgusundan kaynaklanmaktadır (YHGK 25.05.1984 gün, E: 1982/9-301, K: 1984/619).

Bu itibarla, Borçlar Kanunu'nun 45/2. maddesinde desteğin yardımından yoksun kalan "diğer kimseler" tabirinden, ölenle aralarında yakın ilişki bulunan anası, babası, eşi, çocukları, kardeşleri, nişanlısı, hatta evlilik dışı birlikte yaşadığı kimsenin anlaşılması gerektiği; miras hukuku ile ilgili olmadığı için de, mirasçı olmak veya ölen yönünden nafaka borçlusu bulunmak zorunluluğu bulunmamaktadır²⁰.

c) Rücû Tazminatı:

Sosyal Güvenlik Kurumu, iş kazası veya meslek hastalığına maruz kalan sigortalıya veya hak sahiplerine iş kazası ya da meslek hastalığı sigortası kolundan mevzuatın gereği olan tüm yardımları yapmaktadır. Bu işlem sonrasında Kurum, külli haleflik gereği iş kazası geçiren veya meslek hastalığına maruz kalan sigortalı yerine geçerek, iş kazası veya meslek hastalığı gereği yapılan masraflar, bağlanan gelirler ve gelirlerde meydana gelen artışları iş kazasının veya meslek hastalığının meydana gelmesine neden olan işverenden talep edebilmektedir. Bu mekanizmaya sosyal güvenlik mevzuatında

Destekten yoksun kalan kimse devamlı ve gerçek bir ihtiyaç içerisinde bulunmalıdır. Genel olarak bakım ihtiyacı, sosyal düzeye uygun olan yaşamın devamını sağlamak için gerekli olanaklardan yoksun kalmayı anlatır.

"rücû tazminatı" denilmektedir²¹.

5510 sayılı SSGSSK'da iş kazası ile ilgili düzenlemeler yukarıdaki bölümde ayrıntılı olarak açıklanmıştır. Yukarıdaki II-D bölümünden görüleceği üzere, işverence iş kazasının süresinde bildirilmemesi, işe giriş bildirgesinin sigortalı çalıştırılmaya başlandıktan ve iş kazası olduktan sonra verilmesi, iş kazasının, işverenin kastı veya sigortalıların sağlığını koruma ve iş güvenliği mevzuatına aykırı bir hareketi sonucu meydana gelmesi halinde, SGK'ca işçiye ödenen geçici veya sürekli iş göremezlik ödenekleri, ölüm aylıklarının bağlandığı tarihteki peşin değeri ve tedavi masrafları ve iş kazası ile ilgili yapılan her türlü masraf için işverene rücû edilir. Yani işveren, sigortalıların sağlığını koruma ve iş güvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı hareketi sonucu meydana gelen iş kazasından rücû tazminatı gereği sorumlu olmaktadır.

Kusursuz sorumluluk ballerinde tazminat ödemesi:

İşverenin çalıştırdığı kimselerin işlerini yaptıkları esnada başkalarına verdikleri zarar nedeniyle haksız fiil esaslarına göre sorumlu tutulmasının söz konusu olduğu durumlarda Borçlar Kanunu'nun 55. maddesinde düzenlenen ve istihdam edenin kusursuz sorumluluk esasına dayanan hükümleri uygulanır. Söz konusu madde hükmüne göre; "Başkalarını istihdam eden kimse, maiyetinde istihdam ettiği kimselerin ve amelesinin hizmetlerini ifa ettikleri esnada yaptıkları zarardan mesuldür. Şu kadar ki böyle bir zararın vukuu bulmaması için hal ve maslahatın icabettiği bütün dikkat ve itinada bulunduğunu yahut dikkat ve itinada bulun-

muş olsa bile zararın vukuuna mani olamayacağını ispat ederse mesul olmaz. İstihdam eden kimsenin, zamin olduğu şey ile zararı ika eden şahsa karşı rücu hakkı vardır.”

Anılan madde hükmüne göre, zarar gören kişinin işverenin kusurunu ispat etmesi söz konusu olmayıp, sadece işçinin işverenin işini görürken kendisine zarar verdiğini ispat etmesi yeterli olmaktadır. Diğer yandan, işçinin işverene ait bir işi görürken aynı işverenin başka bir çalışanına zarar vermesi halinde de Borçlar Kanunu'nun 55. maddesi gereğince sorumludur.

Borçlar Kanunu'nun 100. maddesine göre; “Bir borcun ifasını veya bir borçtan mütevellit bir hakkın kullanılmasını kendisi ile beraber yaşayan şahıslara veya maiyetinde çalışanlara velev kanuna muvafık surette tevdi eden kimse, bunların işlerini icra esnasında ika ettikleri zarardan dolayı diğer tarafa karşı mesuldür.”

Buna göre, işveren, işyerindeki iş güvenliği ve işçi sağlığı ile ilgili önlemlerin alınmasını işveren yardımcılara bırakmışsa kendisi kusurlu olmasa bile yardımcılarının hareketlerinden sorumlu olmaktadır.

Yukarıdaki durumlarda işverenin zarar görenlere kusursuz sorumluluk çerçevesinde tazminat ödemesi söz konusu olmaktadır.

IV. İŞ KAZASI NEDENİYLE İŞVERENCE ÖDENEN TAZMİNATLARIN VERGİ KARŞISINDAKİ DURUMU

Gelir veya kurumlar vergisi mükellefi olan işverenlerin hangi harcama ve ödemeleri gider yazıp yazamayacağı 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 40 ve 41. maddeleri ile Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 8. ve 11. maddelerinde belirtilmiştir. Ayrıca 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 6/2. maddesi uyarınca Gelir Vergisi Kanunu'nun 40 ve 41. maddeleri hükümleri Kurumlar Vergisi mükellefleri için de uygulanır.

GVK'nın 40/3. maddesinde, safı ticari kazancın tespit edilmesinde işle ilgili olmak şartıyla, mukavelemeye veya ilama veya kanun emrine istinaden ödenen zarar, ziyan ve tazminatların gider olarak indirilebileceği hükme bağlanmıştır.

Diğer taraftan GVK'nın 41/6. maddesinde de her türlü para cezaları ve vergi cezaları ile teşebbüs sahibinin suçlarından doğan tazminatların (Akitlerde ceza şartı olarak derpiş edilen tazminatlar, cezai mahiyette tazminat sayılmaz.) safı ticari kazancın tespit edilmesinde gider olarak indirilemeyeceği hükme bağlanmıştır.

Anılan madde hükümlerinden görüleceği üzere, işverence ödenen bir zarar, ziyan ve tazminatın gider olarak yazılabilmesi için üç unsur gereklidir. Bunlar aşağıdaki gibidir²².

i) Ödenen Zarar, Ziyan ve Tazminatın İşle İlgili Olması

İşle ilgili olmaktan maksat, yapılan harcamanın ticari kazancın elde edilmesi ve idame ettirilmesi ile sıkı sıkıya bağlantısının mevcut olmasıdır. Ödenen tazminatla ticari kazancın elde edilmesi ve idame ettirilmesi arasında bağlantı kurulmalı yani ödeme ticari faaliyetin normal icapları ile ilgili olmalı ve aynı zamanda yapılan ödeme ticari kazancın büyüklüğü ile uygun olmalıdır.

ii) Ödenen Zarar, Ziyan ve Tazminatın Mukavelemeye veya İlama veya Kanun Emrine Dayanması

Zarar-ziyan ve tazminat ödemesinin kanun hükmünden kaynaklanması, bir kanun hükmü nedeniyle zarar-ziyan ve tazminat ödemesinin zorunlu olmasıdır. İlâm mahkeme tarafından verilmiş kararın onaylı bir örneği demektir. Ödenen zarar, ziyan ve tazminatın ilama bağlı olmasından kasıt, sözkonusu ödemenin bir mahkeme kararı neticesinde gerçekleşmesidir. Sulh yolu ile ödenen tazminatlar masraf yazılamaz²³.

Zarar-ziyan ve tazminat ödemesinin mukavelemeye dayanması, ticari faaliyetin normal icapları ile ilgili ve bunlara uygun olarak ticari kazancın elde edilmesi ve idamesini sağlamak maksadıyla yapılmış işle ilgili bir sözleşme gereği yapılmış olmasıdır. Bu sözleşmede muvazaa unsurunun da bulunmaması gereklidir. Ayrıca, yapılan ödemenin daha kolay kanıtlanabilmesi için ve muvazaa iddiasının ileri sürülebilmesi için yazılı yapılması gereklidir²⁴.

iii) Ödenen Zarar, Ziyan ve Tazminatın Teşebbüs Sahibinin Suçlarından Doğmamış Olması

Ödenen zarar, ziyan ve tazminatın teşebbüs sahibinin suçlarından ya da kusurundan doğmamış olması gereklidir Aksi halde, bu zarar ziyan ve tazminat ödemesi işle ilgili olsa dahi gider yazılamaz. Mahkeme kararına dayalı bile olsa işletme sahibinin şahsi kusuru nedeniyle ödenen zarar, ziyan ve tazminatlar gider yazılamayacaktır. İşletme sahibinin özellikle, kamu düzenine aykırı fiilleri dolayısı ile ödediği tazminatı masraf kaydı suretiyle kısmen, bu düzeni korumakla görevli devlete intikal ettirmesi kabul edilemez²⁵. Burada teşebbüs sahibinin suçları ifadesinden, teşebbüs sahibinin ceza kanununa göre suç fiilini değil, kamu düzenine aykırı tüm fiillerini anlamak gerekir.

Maliye Bakanlığınca verilen birçok muktezada ödenen zarar, ziyan ve tazminatın teşebbüs sahibinin kusurundan kaynaklanması halinde bu ödeme gider olarak kabul edilmektedir²⁶.

Borçlar Kanunu'nun istihdam edenlerin kusursuz sorumluluğunu öngören hükümleri çerçevesinde işverenlerin işçilerinin işlerini yapmakta iken üçüncü kişilere verdikleri zarar nedeniyle ödedikleri zarar, ziyan ve tazminatlar gider olarak yazılabilir²⁷. Ancak, bunun için işletme sahibinin kusurunun olmaması yani, Borçlar Kanunu'nun istihdam edenlerin kusursuz sorumluluğunu öngören hükümleri çerçevesinde sorumlu sayılarak ödemek zorunda kaldığı, zarar, ziyan ve tazminatların gider yazılabilmesi için buna neden olan fiilin doğmaması için kendisine düşen gerekli bütün tedbirleri almış olması şarttır. Gelir Vergisi Kanunu'nun 41. maddesinin 6 numaralı bendinin parantez içi hükmünde belirtildiği üzere, akitlerde ceza şartı olarak derpiş edilen tazminatlar, şahsi kusur karşılığı cezai mahiyet özelliğini taşımazlar.

Yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde, işyerinde çalışmakta olan işçinin, iş kazası nedeniyle yaralanması, malûl olması ya da ölmesi nedeniyle mahkeme kararıyla işçinin kendisine ya da yakınlarına işverence tazminat ödenmesi ya da SGK'ya rücu tazminatı ödemesi durumunda bu tazminatların ve bunlara ilişkin

faizlerin işverenin kusurlu bulunduğu orana tekabül eden kısmı dönem kazancının tespitinde GVK'nın 40/3 ve 41/6. maddeleri uyarınca gider olarak yazılamaz.

Ancak Danıştay'ın bunun aksine, yani kusur aramaksızın mahkemece verilen karar sonucu ödenen tazminatın tamamının gider yazılabileceğine ilişkin kararı da bulunmaktadır²⁸.

Bir kararında Danıştay, bir iş kazası nedeniyle işçisine kusuru oranında mahkeme kararına göre tazminat ödeyen ve ödediği tazminatı gider yazan bir mükellef aleyhine tazminatın işverenin kusuru dolayısıyla ödendiği ve bu sebeple gider yazılamayacağı sebebiyle yapılan cezalı tarhiyatı, teşebbüs sahibine olayın oluşumu dolayısıyla suç izafe edilmediği gerekçesiyle kaldırmıştır²⁹.

V. SONUÇ

Yazımızın II. ve III. bölümlerinde, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda ve İş Kanunu ile Borçlar Kanunu'nda işçiler için iş kazası ile ilgili düzenlemeler ve işverenin sorumlu olduğu durumlar ile ödediği tazminatların neler olduğu belirtilmiştir. İş kazası nedeniyle işverence ödenen maddi ve manevi tazminatların vergi karşısındaki durumu IV. bölümde ortaya konmuştur.

IV. bölümde yapılan açıklamalar çerçevesinde, işyerinde çalışmakta olan işçinin, iş kazası nedeniyle yaralanması, malûl olması ya da ölmesi nedeniyle mahkeme kararıyla işçinin kendisine ya da yakınlarına işverence tazminat ödenmesi ya da SGK'ya rücu tazminatı ödemesi durumunda bu tazminatların ve bunlara ilişkin faizlerin işverenin kusurlu bulunduğu orana tekabül eden kısmı dönem kazancının tespitinde GVK'nın 40/3 ve 41/6. maddeleri uyarınca gider olarak yazılamaz.

Danıştay'ın söz konusu tazminatların gider yazılamayacağına ilişkin kararlarının yanında, yazılabileceği yönünde de kararları bulunmaktadır. Danıştay'ın gider yazılabileceği yönünde olan ve bulunabilen bu kararlardan birinde hiç açıklama ve gerekçe yoktur. Diğerinde ise, suç izafe edilmediği gerekçesiyle denmekte ancak bu suçtan ne anlaşıldığı belirtilmemektedir.

Ancak bu suçtan Türk Ceza Kanunu'ndaki

“suç fiilleri” kastedildiği anlaşılmaktadır. Çünkü söz konusu kararda “işverenin kusuru” nedeniyle ödenen tazminatın gider yazılması kabul edilmektedir. Danıştay’ın aksi yönde bazı kararları da olmasına rağmen, bizce hukuk düzenine aykırı fiillerin hukukça korunması düşünülemez. Bu nedenle de teşebbüs sahibinin suçları ifadesinden, teşebbüs sahibinin ceza kanununa göre suç fiilini değil, kamu düzenine aykırı tüm fiillerini anlamak gerekir. Bu nedenle de işverence, iş kazası nedeniyle ödenen tazminatların, işverenin kusurundan kaynaklanan kısmı gider olarak yazılamaz.

Borçlar Kanunu’nun istihdam edenlerin kusursuz sorumluluğunu öngören hükümleri çerçevesinde işverenlerin, işçilerinin işlerini yapmakta iken üçüncü kişilere verdikleri zarar nedeniyle ödedikleri zarar, ziyan ve tazminatlar, buna neden olan fiilin doğmaması için kendilerine düşen gerekli tüm tedbirleri almış olmaları şartıyla gider olarak yazılabilir.

DİPNOTLAR

- 1 www.sgk.gov.tr, Erişim: 19.05.2009, Sosyal Güvenlik Kurumu’nun istatistik verilerinde 2008 yılına ilişkin yıllık veri bulunmamaktadır.
- 2 28.08.2008 tarih ve 26981 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.
- 3 www.sgk.gov.tr
- 4 28.09.2008 tarih ve 27011 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.
- 5 İş kazası sayılma hal ve durumları ile ilgili ayrıntılı açıklamalar için bakınız: SGK’nın 23.12.2008 tarih ve 2008/108 sayılı genelgesi, <http://www.sgk.gov.tr>
- 6 Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği madde 38.
- 7 SGK’nın, 23.12.2008 tarih ve 2008/108 sayılı Genelgesi I-A/2 bölümü
- 8 Ömer BENOKAN, Turgut ÖZCAN, İş Kanunu ve Vergi Uygulaması, Maliye Hesap Uzmanları Derneği, İstanbul, Temmuz 2007, sh. 602.
- 9 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2006/10-696 E., 2006/704 K., www.yargitay.gov.tr Erişim: 19.05.2009
- 10 Erol GÜNER, iş kazası ve meslek hastalığında işverenlerin hukuki sorumluluğu, Yaklaşım Dergisi, Şubat 2006, Sayı: 158, www.yaklasim.com.tr, Erişim: 19.05.2009 ve Oktay TAN, İşverenin sorumluluğunda kusurun rolü, <http://oktaytan.net/iSVERENiN%20ROLU.htm>, Erişim: 27.05.2009 ve Prof. Dr. M. Kemal OĞUZMAN, Prof. Dr. M. Turgut ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, sh. 671.
- 11 Yargıtay 9. H.D. , T. 22.3.1991, E. 1991/6272, K. 1991/6421 sayılı kararı.
- 12 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2007/21-269 E., 2007/269 K., www.yargitay.gov.tr Erişim: 19.05.2009.
- 13 Erol GÜNER, iş kazası ve meslek hastalığında işverenlerin hukuki sorumluluğu, Yaklaşım Dergisi, Şubat 2006, Sayı: 158.
- 14 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2007/21-269 E., 2007/269 K., www.yargitay.gov.tr Erişim: 19.05.2009.
- 15 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2007/21-112 E., 2007/114 K., www.yargitay.gov.tr Erişim: 19.05.2009.
- 16 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2007/21-112 E., 2007/114 K., www.yargitay.gov.tr Erişim: 19.05.2009.
- 17 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2005/4-648 E., 2005/691 K., www.yargitay.gov.tr Erişim: 19.05.2009.
- 18 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2007/4-222 E., 2007/222 K., www.yargitay.gov.tr Erişim: 19.05.2009.
- 19 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2005/4-648 E., 2005/691 K., www.yargitay.gov.tr Erişim: 19.05.2009.
- 20 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2007/4-222 E., 2007/222 K. Turgut Uygur, Açıklamalı İçtihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Ankara 2003, 2. Cilt, s: 2062.
- 21 Bekir GEÇER, İş Kazası ve Meslek Hastalıklarında İşverene Rücu, http://mevbank.com/dergi_icerik.asp?dicerik_id=74, Erişim: 19.05.2009.
- 22 Ömer BENOKAN, Turgut ÖZCAN, İş Kanunu ve Vergi Uygulaması, Maliye Hesap Uzmanları Derneği, İstanbul, Temmuz 2007, sh. 606-613.
- 23 Danıştay 4. Dairesi. E. 1972/1833, K. 1973/2019 sayılı kararı-Aktaran: Kurumlar Vergisi Kanunu Yorum ve Açıklamaları, Özbacı Oluş Mali Hukuk Bürosu, Oluş Yayıncılık, Eylül 2006, sh. 272.
- 24 İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı, 14.04.2006 tarih ve GVK-40/3-12549-7280 sayılı mükteza- “Ticari kazancın elde edilmesi ve idame ettirilmesi için yapılan genel giderler, Gelir ve Kurumlar Vergisi Kanunlarında sayılan kanunen kabul edilmeyen giderler ile kanunlarda tadadı şekilde belirlenen giderler dışında kalan ticari organizasyona bağlı olarak yapılan giderlerdir ve bunlara işletme giderleri de denilebilir.

Bir masrafın genel gider adı altında masraf yazılabilmesi için yapılmış olması masrafla iş arasında açık, güçlü bir illiyet bağının mevcut olması masrafın işin önemi ölçüsünde yapılmış bulunması gerekir.

Yine aynı Kanun’un gider kabul edilmeyen ödemeler başlıklı 41 maddesinin 5’inci bendinde ‘her türlü para cezaları ve vergi cezaları ile teşebbüs sahibinin suçlarından doğan tazminatlar (Akitlerde ceza şartı olarak derpiş edilen tazminatlar cezai anlamda tazminat sayılmaz.)’ hükmüne yer verilmiştir. Parantez içi hükmünde de belirtildiği üzere, akitlerde cezai şart olarak derpiş edilen tazminatlar, cezai mahiyetle tazminat sayılmaz, ve dolayısıyla ticari kazancın tespitinde gider olarak dikkate alınır.

Gelir Vergisi Kanunu’nun 4013 maddesinde yer alan ‘mukavelename’ deyiminden ticari ilişkilerin başlangıcında yapılan ve daha sonra yapılacak ticari

işlemlerin koşullarını belirleyen sözleşmelerin anlaşılması gerekir. Dolayısıyla bu şekilde sözleşme ile öngörülen koşulların ve ticari işlemlerin yerine getirilmemesi nedeniyle yine sözleşmede yer alan cezai tazminatın ödenmesi halinde bu tazminatların da gider olarak dikkate alınması mümkündür.

Bu hüküm ve açıklamalara göre kurye dağıtım hizmetinin ifası sırasında meydana gelen kayıplar sonrasında (kredi kartları, değerli eşya vb.) meydana gelen zarar ve ziyanların tarafınızdan tazmini amacıyla yapılan ödemelerin karşılıklı yapılan bir sözleşme, mahkeme ilamına veya Kanun emrine istinaden yapılması halinde kazancınızın tespitinde gider olarak indirim konusu yapılması olanaklı olduğu gibi bu ödemelerin hizmet akdiyle çalıştırdığımız personelinize veya üçüncü kişilere rücu etmesi halinde tahsil edilen tutarların gelir olarak dikkate alınması sözkonusu olacaktır.

Ancak bu ödemelerin sözleşme, mahkeme ve Kanun emri olmaksızın yapılması halinde Kanunen kabul edilmeyen gider olarak kayıtlarınıza intikali gerekmektedir.'

- 25 'Danıştay 4. Daire 08/01/1988 tarih ve E. 1986/1770, K. 1988/178 sayılı kararı: Sosyal sigortalar kurumuna geç ödenen sigorta primleri nedeniyle tahakkuk eden gecikme zammı ve faizleri, ticari kazancın elde edilmesi ve idare ettirilmesi için yapılan giderlerden olmadığı için ticari kazancın saptanmasında gider olarak kabul edilemeyeceği hk. Kurumlar Vergisi Kanununun 13. maddesinin ikinci fıkrasında, safi kurum kazancının teshilinde Gelir Vergisi Kanununun ticari kazanç hakkındaki hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Gelir Vergisi Kanununun ticari kazancın saptanmasında indirilecek giderleri düzenleyen 40 maddesinin 1. bendinde ticari kazancın elde edilmesi ve idare ettirilmesi için yapılan giderlerin indirilmesinin kabul edileceği, 41. maddesinin 5. bendinde ise, bu türlü para cezaları ve vergi cezaları ile teşebbüs sahibinin suçlarından doğan tazminatların gider yazılamayacağı açıklanmış, aynı maddenin parantez içi hükmünde, akıterde cezai şart olarak derpiş edilen tazminatların cezai mahiyette tazminat sayılmayacağı belirtilmek suretiyle anılan bentte yer alan kurala açıklık getirilerek hükmün nasıl anlaşılması gerektiği konusunda ortaya çıkabilecek tereddütlerin giderilmesi amaçlanmıştır. Buna göre münhasıran sözleşmelere cezai şart olarak konulan tazminatlar girişiminin kişisel suçlarından doğan tazminat olarak kabul edilmeyecektir. Başka bir anlatımla, bahsi geçen suç kavramı Türk Ceza Kanununda ve cezai hükümler içeren diğer özel ceza yasalarında tanımlanan anlamda kullanılmamıştır. Bu itibarla, maddede belirtilen 'suç' kavramını dar anlamda değerlendirmeyip kamu hukuku kuralı niteliğindeki hükümlerin ihlali olarak anlamak gerekir. Bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde, ihtiva ettiği kurallar itibarıyla kamu hukuku alanında yapılmış bir düzenleme olduğunda kuşku bulunmayan 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu hükümlerine aykırı davranmaları nedeniyle yine aynı Kanunla müeyyide olarak öngörülen gecikme zammını ödemek zorunda kalan yükümlülerin, ödedikleri bu tutarları safi kazancın saptanmasında gider olarak kaydetmelerinin, yasa koyucunun amacına uygun

olmadığı ve aksinin kabulü halinde başka bir kanunda yer alan kamu hukuku kuralı niteliğindeki hükümlerin ihlalinin vergi kanunlarıyla teşvik edilmiş olacağı ve bunun da hukuk sisteminin bütünlüğü içerisinde kabulünün mümkün olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır Açıklanan nedenlerle Sosyal Sigortalar Kurumuna ödenen gecikme zamları ile faizlerinin ticari kazancın saptanmasında gider olarak kabulüne olanak bulunmadığından temyiz isteminin reddine karar verildi.

- 26 İstanbul Defterdarlığı'nın 02.04.2003 v3 B.07.4.DEF.0.34.11/KVK-14-5524 sayılı muktezası- 'İlgide kayıtlı dilekçenizde, Hastanenizdetarafından yapılan bir ameliyat sonucu vefat eden hastanın mirasçıları tarafından şirketiniz aleyhine açılan maddi ve manevi tazminat davası sonunda şirketiniz istihdam eden olarak sorumlu bulunmuş ve 28.02.2002 tarih ve 2002/135K sayılı Karar ile 9.783572.250 TL. maddi ve 64.000.000.000 TL. manevi tazminata mahkum edildiğinizi, kararın davacılar tarafından icra takibine konularak tarafınızca toplam 284.453.025.000 TL.'nin temyiz sonuçlanıncaya kadar icranın durdurulması için teminat mektubu olarak 2.1.2002 tarihinde icra dosyasına yatırıldığını, temyiz talebinin reddedilerek teminatın 2003 yılı Ocak ayında nakde çevrildiği, ayrıca ek gecikme faizi de ödediğinizi belirterek, söz konusu miktarın 2002 yılı hesap döneminde gider kaydedilip, kaydedilemeyeceği sorulmaktadır.

5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 13. maddesinde: 'Kurumlar Vergisi birinci maddede yazılı mükelleflerin bir hesap dönemi içinde elde ettikleri safi kurum kazancı üzerinden hesaplanır (2362 sayılı Kanunun 9. maddesiyle değişen fıkra) (1.1.1982 tarihinden geçerli olmak üzere) Safi kurum kazancının teshilinde Gelir Vergisi Kanunu'nun ticari kazanç hakkındaki hükümleri uygulanır.' hükmü yer almış olup, bu hüküm uyarınca tespit edilecek kurum kazancından Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 14. maddesi ile Gelir Vergisi Kanunu'nun 40. maddesinde yer alan giderlerin indirileceği belirtilmiştir.

Öte yandan, 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 'İndirilecek giderler' başlıklı 40. maddesinin 3. bendinde: 'İşle ilgili olmak şartıyla, mukaveleneye veya ilama veya kanun emrine istinaden ödenen zarar, ziyan ve tazminatların safi kazancın tespitinde gider olarak indirilebileceği hükmüne bağlanmıştır. Diğer taraftan, aynı Kanun'un gider kabul edilmeyen ödemelerle ilgili 41. maddesinin 5. bendinde, teşebbüs sahibinin suçlarından doğan tazminatların gider yazılamayacağına hüküm altına alınmıştır.

Bu itibarla, ödenen tazminatın gider yazılabilmesi için işle ilgili olması ve sözleşmeye, ilama veya Kanun emrine göre yapılması şarttır. İşle ilgili olmayan veya işle ilgili olsa dahi işletme sahibinin şahsi kusuru nedeniyle ödenen zarar, ziyan ve tazminatlar gider yazılamaz. Bu durumda, zarar, ziyan ve tazminat mahkeme kararına göre ödense bile ödenen zarar, ziyan ve tazminatın gider yazılabilmesi için işle ilgili olması ve teşebbüs sahibinin suçlarından doğmaması gerekir.

Öte yandan, Kadıköy I. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin Esas

No: 20001 Karar No: 20021 sayılı Kararının incelenmesinden Dr....4/8 oranında kusurlu olduğu, kalan 4/8 kusur oranının kötü tesadüf olarak nitelendirildiği görülerek bu oranın yan yarıya paylaşılması sonucunda belirlenen sorumluluğun 6/8 oranına ulaştığı ve bu sorumlulukta Dr....ile birlikte şirketinizin de olayda adam kullanan ve işleten sıfatıyla müştereken ve müteselsilen sorumluluğunun bulunduğu anlaşılmıştır.

Buna göre, mahkeme kararına göre ödenen tazminat ve gecikme faizinin, mahkeme tarafından 6/8 oranında belirlenen kusurdan şirketinizin Dr. müştereken ve müteselsilen sorumlu bulunması nedeniyle safi kurum kazancınızın tespitinde gider olarak indirilmesi mümkün değildir.'

- 27 İstanbul Defterdarlığı'nın 03.06.2004 ve KVK-14-5905-7719 sayılı muktezası-“ İlgide kayıtlı dilekçenizde, Dayanıklı tüketim Malları satışı ile iştiğal ettiğinizi, satışını yaptığınız ürünün teslim etmek üzere şirkete ait araçla yola çıkan sigortalı çalışmanızın bir kişiye çarpması nedeniyle kişinin ölümüne sebep olduğu belirtilerek şirketçe mahkeme kararına istinaden ödenen tazminatın kurum matrahından gider olarak indirilip indirilmeyeceği hususu sorulmaktadır.

Öte yandan, 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun "İndirilecek giderler" başlıklı 40. maddesinin 3. bendinde: "İşle ilgili olmak şartıyla, mukavelenameye veya ilama veya kanun emrine istinaden ödenen zarar, ziyan ve tazminatlar"ın safi kazancın tespitinde gider olarak indirilebileceği hükme bağlanmıştır.

Diğer taraftan, aynı Kanun'un gider kabul edilmeyen ödemelerle ilgili 41. maddesinin 5. bendinde, teşebbüs sahibinin suçlarından doğan tazminatların gider yazılamayacağı hüküm altına alınmıştır.

Öte yandan, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun "İstihdam Edenlerin Mesuliyeti" başlıklı 55. maddesinde:

"Başkalarını istihdam eden kimse, maiyetinde istihdam ettiği kimselerin ve amelesinin hizmetlerini ifa ettikleri esnada yaptıkları zarardan mesuldür. Şu kadar ki böyle bir zararın vuku bulmaması için hal ve maslahatın icabettiği bütün dikkat ve itinada bulunduğunu yahut dikkat ve itinada bulunmuş olsa bile zararın vukuuna mani olamayacağını ispat ederse mesul olmaz.

İstihdam eden kimsenin, zâmin olduğu şey ile zararı ika eden şahsa karşı rücu hakkı vardır" hükmü yer almıştır.

Bu hükümlere göre, ödenen tazminatın gider yazılabilmesi için işle ilgili olması ve sözleşmeye, ilama veya kanun emrine göre yapılması şarttır. İşle ilgili olmayan veya işle ilgili olsa dahi işletme sahibinin şahsi kusuru nedeniyle ödenen zarar, ziyan ve tazminatlar gider yazılamayacaktır.

Bu durumda, firmanız aktifinde kayıtlı nakil vasıtanızın kaza yapması nedeniyle, kazada zarar gören tarafa mahkeme ilamına dayanarak yaptığınız ödeme, aracın yola çıkmadan önce noksanlıklarının ve bakımının tam olarak yapılmış olması, eksikliğinin bulunmaması, sürücünün ehliyetinin bulunması ve taşıtın fenni muayenelerinin yapılmış olması şartları dahilinde Borçlar

Kanununun 55. maddesi uyarınca kusursuz sorumluluk kapsamında değerlendirilerek gider olarak kayıtlarınızda gösterilebilecektir."

- 28 Danıştay 3. D., 03.10.1991 tarih ve E. 1989/2667, K. 1991/2481 sayılı kararı-" İş kazası sonucu ortaklıkça iş mahkemesi kararına istinaden ödenen tazminatın gider yazılabileceği" Kararda bu tazminatın neden gider yazılabileceği konusunda bir gerekçe bulunmamakta sadece GVK'nın 48/3 uyarınca gider yazılmasının yerinde olduğu belirtilmektedir.
- 29 Danıştay. 3. D. 05.04.1995 tarih ve E. 1994/2892 K. 1995/1147 sayılı Kararı-Aktaran: A.Bumin DOĞRUSÖZ, İş kazası nedeniyle ödenen tazminatların gider yazılması, Yaklaşım Dergisi, Sayı: 187, Temmuz 2008, www.yaklasim.com.tr

KAYNAKÇA

- Ömer BENOKAN, Turgut ÖZCAN, İş Kanunu ve Vergi Uygulaması, Maliye Hesap Uzmanları Derneği, İstanbul, Temmuz 2007.
- Prof. Dr. M. Kemal OĞUZMAN, Prof. Dr. M. Turgut ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6.Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009.
- Kurumlar Vergisi Kanunu Yorum ve Açıklamaları, Özbacı Oluş Mali Hukuk Bürosu, Oluş Yayıncılık, Eylül 2006.
- Erol GÜNER, iş kazası ve meslek hastalığında işverenlerin hukuki sorumluluğu, Yaklaşım Dergisi, Şubat 2006, Sayı: 158, www.yaklasim.com.tr
- Oktay TAN, İşverenin sorumluluğunda kusurun rolü, <http://oktaytan.net/isVERENiN%20ROLU.htm>
- Bekir GEÇER, İş Kazası ve Meslek Hastalıklarında İşverene Rücu, http://mevbank.com/dergi_icerik.asp?dicerik_id=74
- Mehmet MAÇ, Mükelleflerce gider yazılabilecek tazminatlar, Yaklaşım Dergisi, Aralık 2000, www.yaklasim.com.tr
- Süleyman TUNÇAY, İş kazasını bildirmeyen işveren sigortalıya ödenecek iş göremezlik ödeneğinden sorumlu tutulacak, Yaklaşım Dergisi, Aralık 2008, Sayı: 192, www.yaklasim.com.tr
- Akın ŞİMŞEK, 5510 sayılı kanunda iş kazası ve meslek hastalığının bildirim ve süresi, Yaklaşım Dergisi, Ekim 2008, Sayı: 190.
- A. Bumin DOĞRUSÖZ, İş kazası nedeniyle ödenen tazminatların gider yazılması, Yaklaşım Dergisi, Sayı: 187, Temmuz 2008, www.yaklasim.com.tr

Şeyda AKTEKİN

MESS Müşavir Avukatı

Üretim Zincirlerinde Alt İşveren Çalıştıran İşyerlerinin Sosyal Sorumluluğu Hakkında AP Kararı ve Ülkemiz Mevzuatı

Uluslararası ekonomik rekabet nedeniyle Avrupa Birliği şirketleri her geçen gün biraz daha alt işverenlik uygulamalarına yönelmekte ve bu sayede en iyi yaptıkları işe odaklanarak üretim döngülerini en etkili şekilde kullanmaktadırlar. Alt işverenlik uygulamalarına en çok inşaat, temizlik, ulaşım, turizm ve gemicilik sektörlerinde rastlanmaktaysa da neredeyse tüm ekonomik sektörler bu uygulamayı kullanmaktadır. Alt işverenlik uygulamaları şirketler için uzman işgücünün esnek bir şekilde kullanılması ve böylece ekonomik faaliyetin artırılması ile istihdam yaratılmasına neden olmaktadır.

Alt işverenlik uygulamaları, sanayi süreçlerinin rekabet edebilirliğinde anahtar rol oynamaktadır. Burada vurgulanması gereken husus, alt işverenliğin işletmelere en başarılı oldukları işi yapma ve başka ekonomik aktörlerce daha yetkin şekilde yapılabilecek işlerin de dışarıya verilmesini sağlama imkânı tanıyarak üretim döngülerini en üst seviyeye çıkarmak için esneklik sağladığıdır. Uzmanlık gerektiren işlerin ortaya çıkması, örneğin ani talep artışlarında mal veya hizmetlerin üretiminde kapasite so-

runları ile karşı karşıya kalınması gibi hususlar işletmeleri alt işverenlik uygulamalarına sevk etmektedir. Alt işverenlik özellikle KOBİ'ler açısından önem arz etmekte ve mali ve organizasyonel risklerin dağıtılmasına neden olmaktadır.

Alt işverenlik, asıl işveren ile alt işveren arasında aynı tedarik zincirinin parçası olmaları nedeniyle birbirlerine bağımlı olmalarına neden olan çok özel bir ilişki yaratmaktadır. Bu ilişki, ticari bir niteliğe sahip olup, sözleşmesel yükümlülükleri beraberinde getirmektedir.

Ancak Avrupa'nın refahı üzerinde böyle olumlu ve güçlü etkisi olan bu uygulamanın istihdam koşulları üzerindeki etkisi, alt işverenliğin işverenler ve işçiler için yasal çerçevesi, işçi hakları üzerindeki etkileri, mali ve sosyal güvenlik ile ilgili haklarda kayıplara neden olma potansiyeli gibi konularda çeşitli tartışmalar başgöstermiştir. Bu tartışmalarda, alt işverenlik uygulamalarının artmasının özellikle alt işveren işçilerinin çalışma koşulları bakımından olumsuz etkilerine dikkat çekilmektedir. Özellikle

uluslar üstü çalışma biçimlerinde (öneğin bir üye devletin başka bir üye devletin işçilerini diğer bir üye devlete çalışmak için göndermesi) alt işverenlik müessesesi ile ilgili tartışmalar önem kazanmıştır.

Alt işverenlik konusundaki bu problemlere sekiz üye devlet (Avusturya, Belçika, Finlandiya, Fransa, Almanya, İtalya, Hollanda ve İspanya) ulusal düzeyde asıl işveren ve alt işveren arasındaki ilişkide sorumluluğun ne şekilde olacağına dair düzenlemeler getirerek çözüm bulmuştur. Dublin Vakfı'nın yaptığı son araştırma sonuçlarına göre, bu sekiz üye devlette sorumlulukla ilgili iki tür düzenleme yapıldığı görülmektedir: müteselsil sorumluluk (özellikle yurtiçinde tahsil edilen vergilerin ödenmesi konusunda) veya sadece asıl işverenle sınırlanan ya da tüm alt işverenler zincirine yüklenen zincirleme sorumluluk düzenlemeleri. Bunun yanı sıra sorumluluk hallerine ilişkin düzenlemeler

gelleyebilir ve tüm yükün asıl işverenin üzerine yüklenmesine neden olabilir. Alt işverenlerin iş kanunlarından ve toplu iş sözleşmelerinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmelerini sağlama konusunda devletin görevinin işletmelere, örgütlere veya diğer paydaşlara devredilmesi büyük ve uygulamada başarı sağlamaya-
cak bir değişiklik olacaktır¹.

Tüm bu gelişmeler karşısında Avrupa Parlamentosu, geçtiğimiz Şubat ayında üretim zincirlerinde alt işveren çalıştıran işyerlerinin sosyal sorumluluklarına ilişkin bir rapor² yayımlayarak alt işveren çalıştıran işyerlerinin sosyal sorumluluklarının artırılması için birlikte sorumluluk ilkesini önermiştir. Raporda Avrupa Parlamentosu ayrıca Avrupa Komisyonu'nu alt işverenlik uygulamalarında şeffaflığın artırılması için zincirleme sorumluluk konusunda bir Topluluk belgesi hazırlanması için fizibilite araştırması yapmaya davet etmektedir.

BUSINESSEUROPE, alt işverenlik uygulamalarında sorumluluk hallerine ilişkin getirilen yasal düzenlemelerin alt işveren işçilerine iş kanunlarının uygulanmasının sağlanması bakımından yanlış çözüm olduğuna inanmaktadır.

üç tip yükümlülüğü kapsamaktadır: ücretler, sosyal sigorta primleri ve ücret üzerindeki vergiler.

Avrupa İş Dünyası Konfederasyonu (BUSINESSEUROPE), alt işverenlik uygulamalarında sorumluluk hallerine ilişkin getirilen yasal düzenlemelerin alt işveren işçilerine iş kanunlarının uygulanmasının sağlanması bakımından yanlış çözüm olduğuna inanmaktadır. BUSINESSEUROPE'a göre, şirketlerin alt işverenlerinin iş kanunları ve toplu iş sözleşmelerinden doğan yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğine dair bir kontrol mekanizması haline getirilmesi doğru değildir. İşçilerinin hakları ile ilgili olarak ulusal kanunlar ve uygulamalara uymak bütün alt işverenlerin yükümlülüğüdür. Kaldı ki, asıl işverenin de alt işverenin yükümlülüklerinden aynı şekilde sorumlu tutulması, alt işverenin yükümlülüklerini yerine getirmesini sağlamak yerine bunu en-

BUSINESSEUROPE alt işverenlik uygulamalarında sorumluluk konusunu içeren yeni bir AB yasal düzenlemesine ihtiyaç olmadığı kanaatinde. Kaldı ki 19 AB üyesi devlet bu konuda AB düzeyinde bir düzenleme yapılmasına ihtiyaç olduğunu düşünmemektedir. Bunun yanı sıra, böyle bir düzenlemenin getirilmesinin bazı üye devletlerde sosyal tarafların rolünü de etkileyecektir. Bu nedenle ücret, sosyal sigorta primleri, vergiler ve iş kazası tazminatları gibi konularda müteselsil kefalet getirilmesi şirketlere ciddi bürokratik yükler getirecektir. Avrupa, bir yandan içinde bulunduğumuz ekonomik ve mali krizin olumsuz etkileriyle savaşmakta, diğer yandan da son derece hızlı bir şekilde artan küresel rekabetle başa çıkmaya çalışmaktadır. Bu çerçevede şirketlerin rekabet edebilirliğini engelleyebilecek ve AB'nin krizin olumsuz etkilerinden kurtulmasını yavaşlatacak tedbir ve düzenlemelerden kaçınılması önem taşımakta-

dır. Birlikte sorumluluk konusunda çıkarılacak yeni bir AB yasal düzenlemesinin küresel ekonomide Avrupa'nın rekabet edebilirliğini olumsuz etkileyeceği ise açıktır.

BUSINESSEUROPE, Avrupa iş dünyasının alt işverenlik uygulamalarında alt işverenlerin iş kanunlarından ve toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerine tam olarak uymalarının sağlanması amacıyla tamamen katıldıklarını, özellikle kötüye kullanımın engellenmesi gerektiği görüşünde olduklarını vurgulamaktadır. Ancak BUSINESSEUROPE, söz konusu Rapor'da getirilen önerilerin bunu sağlamak için doğru yol olmadığı kanaatinde.

BUSINESSEUROPE, alt işverenlik uygulamasının sosyal etkileri ile iş kanunlarının uygulanmasını sağlamak için birlikte sorumluluk esasının etkinliği konusunda çok kısıtlı bilgi bulunduğunun altını çizerek; alt işverenlik uygulamasının Avrupa ekonomilerine katkılarının ve konunun sosyal boyutunun analizine ihtiyaç bulunduğunu ifade etmektedir. Bu nedenle BUSINESSEUROPE Avrupa Komisyonu'nu bu konuda bir çalışma yapmaya davet etmektedir.

Avrupa iş dünyasının bu görüşlerine rağmen söz konusu Rapor, 26 Mart 2009 tarihinde yapılan oylamada, 321 oyla kabul edilmiştir³. Hukuki bağlayıcılığı olmayan söz konusu kararda Avrupa Parlamentosu; alt işverenlik uygulamalarının olumlu pek çok yanı olmasına ve üretim kapasitesinin artırılması sonucunu doğurmasına rağmen, çalışanların ekonomik ve sosyal dengelessizlikler yaşamalarına neden olabildiğine ve bunun da çalışma şartlarını kötü etkileyebileceğine dikkat çekmektedir. Bu nedenle Avrupa Parlamentosu devlet yetkililerini ve tüm paydaşları iş ilişkisini düzenleyen her türlü araçla (sözleşme, iç yönetmelik vb.), çalışanları işçilik hakları ve çalışma şartları konusundaki bilgi ve farkındalık düzeylerinin artırılması için çalışmaya davet etmektedir. Parlamento ayrıca Komisyonu da, şirketler arasında sosyal sorumluluk uygulamaları konusundaki farkındalık düzeyini artırmak için çalışmalar yapmaya ve alt işveren çalıştırılan işyerlerinde çalışma standartları, sosyal haklar, çalışanların eğitimi ve eşit muamele konularını kapsayan bir teklif hazırlamaya

çağırılmaktadır. Parlamento ayrıca, alt işverenlik uygulamalarında birlikte ve müteselsil sorumluluk konusunda üye ülkelerdeki düzenlemeleri de dikkate alan AB düzeyinde yasal bir düzenleme hazırlığı yapması için Komisyon'a çağrıda bulunmaktadır⁴.

Avrupa İşçi Sendikaları Konfederasyonu (ETUC) ise söz konusu Kararı, ciddi şekilde desteklemektedir. ETUC Kararın özellikle birlikte ve müteselsil sorumluluk konusunda AB düzeyinde yasal bir düzenleme yapılması konusundaki çağrısı çok yerinde bulunmaktadır. Alt işverenliğin asıl amacından saparak bazı şirketlerce işçilik maliyetlerini azaltmak için uygulandığını vurgulayan ETUC; bunu önlemenin en iyi yolunun birlikte ve müteselsil sorumluluk konusunda AB düzeyinde çıkarılacak bir yasal düzenleme olduğu görüşündedir⁵.

Avrupa'da bu tartışmalar sürerken, ülkemizde asıl işveren-alt işveren ilişkisinde birlikte ve müteselsil sorumluluk ilkesi gerek 1475 sayılı İş Kanunu'nda, gerekse 4857 sayılı İş Kanunu'nda çok uzun zamandır uygulanmaktadır. Özellikle 10 Haziran 2003 tarihinde yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu, alt işverenliğin uygulanması konusunda önemli kısıtlamalar getirmiştir. Atipik istihdam biçimlerini ve çalışma sürelerinde esneklik hükümlerini ilk defa mevzuatımıza getiren söz konusu Kanun'un, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin sınırlandırılmasını içeren hükümleri, Kanun'un esneklik içeren genel sistemi ile bağdaşmamaktadır⁶.

Bunun yanı sıra geçtiğimiz Mayıs ayında yayımlanarak yürürlüğe giren ve kamuoyunda İstihdam Paketi olarak bilinen 5763 sayılı Kanun⁷, 4857 sayılı İş Kanunu'nu önemli ölçüde değiştirmiştir. Bu değişikliklerden biri de alt işverene kendi işyerinin tescili için asıl işverenden aldığı yazılı alt işverenlik sözleşmesi ve gerekli belgelerle birlikte bölge müdürlüğüne bildirim yükümlülüğü getirilmesidir. Bunun yanı sıra, iş müfettişlerine de tescili yapılan alt işveren işyerine ait belgeleri inceleme ve muvazaalı işlemin tespiti yetkisi getirilmiş ve bu konunun usul ve esaslarının ise Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelikte düzenleneceği hüküm altına alınmıştır.

Bu hükümler çerçevesinde, beklenen yönetmelik 27 Eylül 2008 tarih ve 27010 sayılı Res-

mi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Kanunda bulunmayan katı ve son derece ayrıntılı hükümler içeren ve alt işverenlik müessesesini kullanılamaz hale getiren Alt İşverenlik Yönetmeliği'nin özellikle "İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren iş" başlıklı 11. maddesinde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren iş konusunda getirilen hüküm son derece katı niteliktedir. Maddeye göre, mal veya hizmet üretiminin zorunlu unsurlarından olan, işin niteliği gereği işletmenin kendi uzmanlığı dışında ayrı bir uzmanlık gerektiren iş, "işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren iş" olarak tanımlanmakta ve ancak asıl işin;

- İşletmenin ve işin gereği,
- Teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektirmesi

şartlarının birlikte gerçekleşmesi halinde bölünerek alt işverene verilebileceği düzenlenmektedir. Böyle bir düzenleme İş Kanunu'nun 2. maddesinde yer almadığından, bu durum öncelikle kanunlar hiyerarşisine aykırılık teşkil etmektedir. Bunun yanı sıra, Yönetmelikteki çözüm tarzının benimsenmesi durumunda, alt işveren çalıştırılması da mümkün olamayacaktır. Günümüz koşullarında işletmelerin rekabet edebilirliğini etkileyecek böylesi katı bir düzenlemenin, Anayasa'nın özel işletmelerin ve ekonominin geliştirilmesine yönelik hükümlerine de ters düştüğü açıktır. Bu nedenle söz konusu Yönetmelik hazırlanırken, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulma şartlarını ağırlaştırmak yerine, muvazaalı durumları bertaraf amacını güden bir düzenleme benimsenmesi daha doğru olacaktır.

Bunun yanı sıra, 5763 sayılı Kanun'la değiştirilen İş Kanunu'nun 3. maddesinde, iş müfettişlerinin inceleme yetkisi, salt muvazaa yönünden düzenlenmekteyken, Yönetmelik'le muvazaanın incelenmesi konusunda iş müfettişine "işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş" koşulları bakımından da inceleme yetkisi tanınmıştır. Kanunda iş müfettişlerinin alt işverenlik ilişkisini bu bakımdan inceleme yetkisi bulunmazken, böyle bir yetkinin Yönetmelikle getirilme-

si ise, dayanağı olan kanun hükmünün amacını ve çerçevesini aşmaktadır.

Alt İşverenlik Yönetmeliği'nde uygulamada sorun yaratacak nitelikte daha pek çok hüküm bulunmakta ve alt işveren çalıştırılması bu hükümlerle neredeyse imkânsız kılınmaktadır. Bu bakımdan söz konusu Yönetmeliğin iptali için Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu (TİSK) tarafından Danıştay'da iptal davası açılmıştır.

Yargılama süreci devam ederken, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 114. maddesi ile oluşturulan Üçlü Danışma Kurulu'nun 20 Mayıs 2009 tarihinde yapılan toplantısında Alt İşverenlik Yönetmeliği'nde yaşanan sorunların tespiti ve Yönetmelik'te yapılması gereken değişiklik tekliflerinin incelenmesi için üçlü yapıda bir Alt Komite oluşturulmuştur. Söz konusu Alt Komite, çalışmalarına devam etmektedir.

AB düzeyinde gerek alt işverenlik uygulamalarına sınır getirilmesi ve gerekse birlikte ve müteselsil sorumluluk prensibi tartışmalarına daha yeni yeni başlanmışken, ülkemizde buna yönelik uygulamaların uzun yıllardır var olması, zaten düşük olan rekabet edebilirlik gücümüzü olumsuz etkilemektedir. Bu nedenle alt işveren çalıştırılması koşullarının ağırlaştırılması yerine, muvazaalı durumları ortadan kaldırmaya yönelik düzenlemeler yapılması daha uygun bir çözüm olacaktır.

DİPNOTLAR

- 1 Liability of Subcontracting Undertakings, BusinessEurope Position Paper, 18.3.2009.
- 2 Report on the social responsibility of subcontracting undertakings in production chains, 2008/2249 (INI), 17.2.2009, European Parliament A6-0065/2009, Committee on Employment and Social Affairs, Raportör: Lasse Lehtinen.
- 3 European Parliament resolution of 26 March 2009 on the social responsibility of subcontracting undertakings in production chains, A6-0065/2009.
- 4 <http://www.europarl.europa.eu/oeil/file.jsp?id=5683232>.
- 5 <http://www.etuc.org/a/6013>.
- 6 İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Çankaya-Çil, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 17.
- 7 5763 sayılı "İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun", 26 Mayıs 2008 tarih ve 26887 sayılı Resmi Gazete.

Vahap ÜNLÜ

MESS Müşavir Avukatı

İş Başvurusu Sırasında İşçinin İşvereni Yanıltması

BADEN-WÜRTTEMBERG EYALET İŞ MAHKEMESİ*

Karar Tarihi : 13.10.2006
Sayısı : 5 Sa 25/06

ÖZET

Bir işçi sahte belge ile işe başvurur ve bu belge esas alınıp işe alınır, böyle bir durumda işveren yıllar sonra dahi, kendisinin kötü niyetli olarak kandırıldığı gerekçesi ile iş sözleşmesinin iptalini talep edebilir. Bu durum, işçinin işini gerektiği gibi yerine getirmesine rağmen, sahtekarlığın yıllar sonra ortaya çıkması halinde de geçerlidir. (Dava konusu olayda işçinin belgeler üzerinde sahtekarlık yaptığı sekiz buçuk yıl sonra ortaya çıkmıştır.)

OLAY

Davacı 1997 yılında, otomotiv sektöründe faaliyet gösteren davalının yanında çalışmak üzere kaynakçı olarak işe başvurmuştur. Başvuru sırasında, sınav sonuçları değiştirilmiş

olan bir sertifika ibraz etmiştir. Yazılı sınav sonucu “yeterli” seviyesinden “memnun” seviyesine, pratik sınav sonucu ise “memnun” seviyesinden “iyi” seviyesine yükseltilmiştir. Davalı, işbu belge esas alınarak davacıyı Mart 1997 tarihinde işe almıştır. Ancak işveren, sekiz buçuk yıl sonra, başka bir işçinin evraklarında sahtekarlık yaptığı gerekçesi ile incelediği sırada, davacının belgelerinde tahrifat yapılmış olduğunu anlamıştır. Bunun üzerine işveren, işçinin kendisini kötü niyetli olarak kandırdığı gerekçesi ile, Medeni Kanununun 123. maddesinin 1. fıkrası uyarınca aralarındaki iş ilişkisinin iptalini istemiştir. İşçi tarafından yapılan sahtekarlık nedeniyle işçinin işe alınmış olduğunu, çünkü personel seçimi sırasında adayların notlarının ilk seçim kriterini oluşturduğu işveren tarafından dile getirilmiştir.

Davacı, davası ile, işverenin iptal etmiş olduğu iş ilişkisinin bozulmadığının ve iş ilişkisinin halen devam etmekte olduğunun tespitini talep etmiştir. Bunun ile birlikte, işveren tarafından iş ilişkisi iptal edilene ka-

dar işin tüm gerekliliklerini yerine getirdiğini ifade etmiştir. Yapılan yargılama sonucunda davanın reddine karar verilmiştir.

GEREKÇE

Davalı, davacı ile aralarındaki iş ilişkisini Medeni Kanununun 123. maddesinin 1. fıkrasına uygun bir biçimde son vermiştir. Davacı, işverene ibraz etmiş olduğu sahte belge ile bilinçli ve kötü niyetli olarak işvereni kandırmış ve bu kapsamda Medeni Kanununun 123. maddesinin 1. fıkrasındaki hükme aykırı bir davranış içerisine girmiştir. Sahte belge, en azından iş ilişkisinin kurulması sürecinde önemli bir katkı sağlamıştır. Çünkü davalı, kendisine yapılmış olan çok sayıdaki iş başvurusu içinde, evraklar üzerinde eleme süreci kapsamında ilk kriter olarak başarı notlarını değerlendirmiştir.

Davalı tarafından iş ilişkisinin iptal edilmiş olması, Medeni Kanununun 242. maddesinde ifade bulmuş olan sadakat ve güven ilkelerine de aykırılık teşkil etmemektedir.

Davalı, -her işveren gibi- işe başvuru sırasında kendisine ibraz edilmiş olan belgelerde yer verilmiş olan ifadelerin, başvuru sahibinin niteliklerini yansıttığından yola çıkmaktadır. Salt böyle bir durumda davalı tarafından adaylar arasında tarafsız bir değerlendirilmenin yapılabilmesi mümkündür. Dava konusu olayda ise, belgede sahtekarlık yapmış olan işçinin istihdamının devamı halinde, diğer çalışanlar tarafından bu yönde bir eğilimin işveren tarafından kabul edildiği ve herhangi bir yaptırım ile karşı karşıya kalınmayacağı anlayışının ortaya çıkmasına neden olacaktır.

1. KARARA KONU OLAY

Davacı işçi, yapmış olduğu iş başvurusu sırasında işverene sınav sonuçlarının yer aldığı bir belge ibraz etmiş, davalı işveren de söz konusu belgeyi esas alarak davacıyı işe almıştır. Ancak uzun bir süre sonra işveren, söz konusu belgede tahrifat yapıldığını ve sınav sonuçlarının yükseltildiğini öğrenmiştir. Bunun üzerine davalı işveren, davacının yapmış olduğu bu sahtekarlık sonucunda işe alınmış olduğunu çünkü personel seçimi sırasında adayların notlarının ilk seçim kriteri olduğunu, davacının kendisini kandırdığını belirterek iş sözleşmesini iptal etmiştir.

Davacı işçi ise, işverenin iptal etmiş olduğu iş ilişkisinin bozulmadığının ve halen devam etmiş olduğunun tespitini talep etmiş, ayrıca işveren tarafından iş ilişkisi iptal edilene kadar işin tüm gerekliliklerini yerine getirdiğini ifade etmiştir.

Mahkeme, davacı işçinin, işverene ibraz etmiş olduğu sahte belge ile bilinçli ve kötü niyetli olarak işvereni kandırmış olması nedeniyle ve sahte belgenin iş ilişkisinin kurulmasında önemli bir etki yapmasını da dikkate alarak, iş sözleşmesinin işverence iptal edilmesinin Ka-

nuna uygun olduğuna hükmetmiştir. Mahkeme ayrıca, davalı işverence iş sözleşmesinin iptal edilmesinin doğruluk ve güven ilkelerine aykırı olmadığı, davalı işverenin -her işveren gibi- iş başvurusu sırasında ibraz edilen belgelerde yer alan ifadelerin başvuru sahibinin niteliklerini yansıttığından yola çıktığını, sahte belgenin iş ilişkisinin kurulmasında önemli bir katkı sağladığını, davalının istihdamının devam edilmesi halinde diğer çalışanlar tarafından bu yönde bir eylemin işveren tarafından kabul edildiği ve herhangi bir yaptırım ile karşı karşıya kalınmayacağı anlayışının ortaya çıkmasına neden olacağını, hüküm altına almıştır.

2. KARARIN İNCELENMESİ

İncelememizde, karara konu olan olayda gerçekleşen yanılmanın (hilenin), hukukumuz açısından iş sözleşmesinin iptali ile ilişkisi ve söz konusu yanılmanın 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25. maddesinin "Ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri" başlıklı II. bendinin "iş sözleşmesi yapıldığı sırada bu sözleşmenin esaslı noktalarından biri için gerekli vasflar veya şartlar kendisinde bulunmadığı halde bunların kendisinde bulunduğu

Sözleşme yapılmadan önce de, iş sözleşmesinin tarafları arasında edim yükümlülüklerinden bağımsız bir borç ilişkisi, yani bir hukuki ilişki mevcuttur.

nu ileri sürerek, yahut gerçeğe uygun olmayan bilgiler veya sözler söyleyerek işçinin işvereni yanıltması” konusunu düzenleyen (a) bendi kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusu tartışılacaktır.

3. YANILTMANIN İŞ BAŞVURUSU SIRASINDAKİ YÜKÜMLÜLÜK AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

İş sözleşmesinin yapılmasına ilişkin görüşmelerde işveren ile iş için başvuran adayın çıkarları birbirinden farklıdır. İşverenin, yapılan başvurular arasından doğru ve isabetli bir karar verebilmesi için gerek doğrudan (sorular, uygulanan testler) gerekse üçüncü kişilerden aldığı referanslar yoluyla, aday hakkında edineceği bilgilere ihtiyacı vardır. Aday ise, işe girebilmek için güçlü yanlarını öne çıkarmak, zayıf yanlarını saklamak, kendisi hakkında gerçeğe aykırı bilgiler vermek yoluna gidebilir¹.

Sözleşme yapılmadan önce de, iş sözleşmesinin tarafları arasında edim yükümlülüklerinden bağımsız bir borç ilişkisi, yani bir hukuki ilişki mevcuttur. Bu hukuki ilişki sözleşme görüşmeleri ile başlayıp, iş sözleşmesinin imzalanması ya da başvurunun kesin bir şekilde reddedilmesine kadar devam etmektedir. Birbirleriyle sözleşme görüşmelerine giren kişiler arasında, daha bu ilişkinin başladığı anda dahi karşılıklı yükümlülükler doğmaktadır. “Koruma (veya genel davranış) yükümlülükleri” adı verilen bu yükümlülüklerin dayanağını, Medeni Kanun’un 2. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmiş bulunan dürüstlük kuralı ve güven ilkesi oluşturur². Bu nedenle, tarafların sözleşmenin yapılması öncesindeki görüşme aşamasında, MK. md. 2’de ifadesini bulan “dürüstlük kuralı”na göre hareket etme zorunlulukları bulunmaktadır. Bu dönemde taraflar, birbirlerini sözleşme yapma-

ya sevk edecek yanlış bir izlenim uyandırmaktan kaçınmalıdırlar³. Sözleşme görüşmelerindeki koruma yükümlülüğü, adayın her şeyden önce, işverence seçim için gerekli olan ve istenilen belge ve kişisel bilgileri gerçeğe uygun olarak vermesini içerir.

Sözleşme görüşmelerinde tarafların koruma yükümlülüklerinden doğan borçlarını kusurlu biçimde ihlal etmeleri, sözleşme görüşmelerinde kusur (culpa in contrahendo) durumunu ortaya çıkarır ve koruma yükümlülüklerine aykırılık nedeniyle sözleşmenin ihlaline ilişkin hükümler uygulanır⁴. Karara konu olan olaydaki gibi; iş başvurusu sırasında sonuçları değiştirilmiş belgenin işverene verilmesi şeklindeki bir davranış, sözleşme öncesi görüşme sırasında koruma yükümlülüğünün ihlalini oluşturmaktadır.

Tarafların sözleşme görüşmelerindeki davranış borçlarını ihlal etmelerine rağmen iş sözleşmesi akdedilmişse hukukumuz açısından sözleşmenin feshi veya iptali söz konusu olabilmektedir⁵.

4. YANILTMANIN İŞ SÖZLEŞMESİNİN İPTALİ İLE İLİŞKİSİ

Rızai bir sözleşme olan iş sözleşmesi, 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 1. maddesindeki tanıma uygun olarak, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun iradelerini beyan etmeleri ile kurulmuş olur⁶. Sözleşmenin kurulması sırasında, genel hükümlere göre şartları belirlenen hata, hile, ikrah ve gabin gibi iradeyi sakatlayan hallerden birinin mevcudiyeti, iş sözleşmesinin iptal yaptırımı ile geçersizliğine yol açabilir⁷. İradeyi sakatlayan ve sözleşmenin iptaline yol açan bu haller, iş sözleşmesinin kuruluşu aşamasında, yani sözleşme henüz kurulmadan taraflardan birinin kusurlu davranışta bulunmasını ifade eder. Bu durumda, sözleşme görüşmelerine başlayan taraflardan biri sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğunu, yani dürüstlük kuralı gereği karşı tarafa yanıltıcı bilgi vermeme, gerekli konularda yeterince açık davranma, gerekli bilgileri verme yükümlülükleri olarak ortaya çıkan özen borcunu kusu-

ruyla ihlal etmektedir⁸. Hata, hile, ikrah veya gabin gibi hallerde iş sözleşmesi geçerli olarak doğmuştur ancak bu durumla karşılaşan taraf iş sözleşmesi ile bağlı kalmak istemediğini Borçlar Kanunu'nun belirlediği süre ve koşullar altında diğer tarafa bildirerek sözleşmeyi iptal edebilir⁹.

İncelenen karara konu olayla ilgili ortaya çıkan durum Borçlar Kanunu'nun 28. maddesinde hüküm altına alınan "hile" ile ilişkilidir. Bir kimseyi, sözleşme yapmak hususunda beyanda bulunması için belirli bir davranışla kasden hatalı bir düşünceye sürüklemek veya zaten mevcut olan hatalı bir kanaati korumak ve sürdürmek biçiminde tanımlayabileceğimiz hile, iş sözleşmesinin iptalini doğurabilecek bir sebeptir¹⁰. Hile durumunda, sözleşme yapan taraflardan birinin, sözleşmenin kurulabilmesi maksadıyla, kasıtlı olarak yanıltılması, aldatılması söz konusudur. Ancak İş Kanunu kapsamındaki bir iş ilişkisinde, Borçlar Kanunu'ndaki iptal nedenlerinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25. maddesinin II. bendinde sayılan haklı nedenlerden biri olması durumunda iş sözleşmesinin iptal ile mi yoksa haklı nedene dayalı olarak fesih ile mi sona ereceği hususu önem taşımaktadır. Başka bir deyişle, İş Kanunu'nun md. 25/II-a hükmü çerçevesinde işçinin işvereni yanıltması, haklı nedenle fesih imkanı tanımışken, iş sözleşmesinin genel hükümlere dayanarak hile nedeniyle iptal edilebilmesi mümkün müdür? Doktrindeki bir görüşe göre, böyle bir durumda hak sahibi taraf için hakların yarışması söz konu-

İşçinin, sözleşmenin esaslı noktaları hakkında sadece gerçek olmayan bilgiler vermesi değil, kendiliğinden açıklamada bulunması gereken durumlarda susması da md. 25/II-a'nın uygulanabilme olanağını ortaya çıkaracaktır.

su olup, İş Kanunu md. 25/II-a fıkrası hükmü, iş sözleşmesinin Borçlar Kanunu'nun hile ile ilgili hükümlerine dayanılarak iptaline engel değildir. Bu halde İş Kanunu'nun 26. maddesinde öngörülen 6 işgünlük hak düşürücü sürenin geçmiş olması da önemli değildir. Ancak, bizim de katıldığımız diğer görüş uyarınca, İş Kanunu'nda düzenlenmiş bulunan haklı sebeple feshi öngören özel hükümler (md. 24/II-a, 25/II-a, 26) karşısında, Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinin uygulanma olanağı bulunmamaktadır¹¹. Bu nedenle, Borçlar Kanunu'ndaki iptal nedenlerinin İş Kanunu'nda düzenlendiği hallerde, iptale ilişkin genel hükümlerin değil, İş Kanunu'nun iş sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshine ilişkin hükümlerinin (24/II-a, 25/II-a, 26) uygulanması gerekecektir. Bu anlamda, karara konu olayda gerçekleşen yanıltma (hile) nedeniyle iş sözleşmesinin iptali değil, koşulları oluşmuş ise md. 25/II-a çerçevesinde haklı nedenle feshi söz konusu olabilecektir.

5. YANILTMANIN İŞ KANUNU'NUN md. 25/II-a BENDİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yukarıda da belirtildiği üzere, iş sözleşmesinin kurulmasına ilişkin görüşmelerde henüz sözleşme ilişkisinin oluşmamasına karşın, taraflar arasında edim yükümlülüklerinden bağımsız bir borç ilişkisi meydana gelmekte ve koruma (genel davranış) yükümlülükleri ortaya çıkmaktadır. Taraflar iş sözleşmesi görüşmelerine başladıkları andan itibaren Medeni Kanunun 2. maddesinde ifadesini bulan "dürüstlük kuralı"na göre hareket etmek zorundadırlar. Nitekim bu husus, 4857 sayılı İş Kanunu'na da konu olmuş ve md. 25/II-a'da; "iş sözleşmesi yapıldığı sırada bu sözleşmenin esaslı noktalardan biri için gerekli vasıflar veya şartlar kendisinde bulunmadığı halde bunların kendisinde bulunduğunu ileri sürerek, yahut gerçeğe uygun olmayan bilgiler veya sözler söyleyerek işçinin işvereni yanıltması" halinde, işverenin iş sözleşmesini haklı nedene dayalı olarak feshedebileceğini hüküm altına almıştır¹².

Söz konusu hüküm karşısında, sözleşme görüşmelerinde ortaya çıkan kusurun (culpa in contrahendo) işverene sözleşmeyi haklı nedenle sona erdirmeye hakkı vermesi için, işçinin sözleşme yapılırken sözleşmenin esaslı noktalarından biri hakkında işvereni yanıltması gerekmektedir. Yani, yanıltmanın iş sözleşmesinin esaslı noktalarından birisinde gerçekleşmesi zorunludur. İşçinin, sözleşmenin esaslı noktaları hakkında sadece gerçek olmayan bilgiler vermesi değil, kendiliğinden açıklamada bulunması gereken durumlarda susması da md.25/II-a'nın uygulanabilme olanağını ortaya çıkaracaktır¹³.

Doktrinde, "sözleşmenin esaslı noktaları"na ilişkin olarak ileri sürülen bir görüş uyarınca; "sözleşmenin esaslı noktaları, tarafların sözleşmeyi yaparken önem atfettikleri hususlar olup, işçi bu hususlardan biri hakkında gerçeğe uygun olmayan bilgiler vererek işvereni yanıltmakta, gerçeği bilseydi sözleşme yapmayacak olan işverene güven vererek iş sözleşmesinin kurulmasını sağlamaktadır."¹⁴

Diğer bir görüş uyarınca; "sözleşmenin esaslı noktaları, sözleşmenin niteliğine, genel iş anlayışına ve koşullara göre tarafların mutlaka üzerinde uyuşması gereken noktalar olup, bunların neler olduğu konusu her sözleşme münferit olarak ele alınarak, somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmelidir. Sözleşmenin esaslı noktaları genellikle, işe başvuru formunda bulunmaktadır. Ancak bunlardan hangisi üzerinde tarafların mutlaka mutabık kalmaları gerektiği ise tartışmaya açık bir konudur. İşçinin gerçeğe uygun olmayan beyanları ya da açıklama yapması gereken yerde susması, sözleşmenin yapılmasını etkilemiş olmalıdır. Bu anlamda işverenin gerçeği bilmesi halinde, iş sözleşmesinin düzenlenmesine muvafakat vermeyeceği kabul edilirse, iş sözleşmesinin md. 25/II-a uyarınca haklı sebeple feshedilmesi mümkün olmak gerekir."¹⁵

Başka bir görüşe göre ise; "işçi tarafından işvereni yanıltmak amacıyla verilen gerçek dışı bilgiler ya da söylenen sözler sözleşmenin kurulmasını etkilemiş olmalıdır. Eğer yanıltma teşkil ettiği söylenen, gerçeği yansıtmayan duruma rağmen sözleşme yine yapılacak idiyse,

yani işçinin bu yoldaki davranışının sözleşmenin kurulmasına bir etkisi söz konusu değilse, işveren bu hükme dayanarak sözleşmeyi feshedemez. Kanunun sözleşmenin esaslı noktalarına ilişkin olan yanıltmaları gözönüne almış olması bu yönü yeterince doğrulamaktadır. Zira taraflarca esaslı sayılmayan bir noktanın sözleşmenin kurulmasını etkileyeceği düşünülemez. İşçinin işe alınması sırasında işveren veya vekili tarafından sorulan sorulara gerçeğe uygun olmayan cevaplar vermiş olması halinde, bunlar sözleşmenin kurulmasını etkileyecek türden iseler kuşkusuz bu madde anlamında bir haklı nedene dayanak yapılabileceklerdir."¹⁶

Sözleşmenin esaslı noktasına ilişkin, yukarıda ifade edilen ve doktrinde yer alan benzer diğer görüşlerde¹⁷ de öne çıkan unsur olarak; 'yanıltma ile sözleşmesinin yapılması arasında bir illiyet bağının bulunmasının, yani söz konusu yanıltmanın sözleşmenin kurulmasını etkilemiş olmasının, sözleşmenin söz konusu yanıltma (hile) nedeniyle kurulmuş olmasının ve gerçeğin bilinmesi halinde sözleşmenin yapılmayacak olmasının' arandığı söylenebilecektir. Bu anlamda, sözleşme görüşmeleri esnasında işçi, işverenin sorularına veya soru olmasa da kendiliğinden açıklaması gereken noktalarda gerçeğe aykırı bilgiler vermiş ve işveren de onu bu yüzden işe almışsa, söz konusu yanıltmanın sözleşmenin kuruluşunu etkilediği ve bu nedenle yanıltmanın esaslı olduğu kabul edilebilecek ve bu durum, md. 25/II-a kapsamında bir fesih nedeni olabilecektir. Bu çerçevede, sözleşmenin kurulmasını etkilemeyecek bir yanıltmanın, sözleşmenin esaslı noktası olmaması nedeniyle, md. 25/II-a çerçevesinde haklı nedene dayanak olamayacağı kabul edilmektedir.

Kanaatimizce de sözleşmenin esaslı noktaları, tarafların sözleşmeyi yaparken önem atfettikleri hususlardır. Doktrinde de belirtildiği üzere, iş sözleşmesinin diğer sözleşmelere göre öne çıkan hukuki özelliği kişisellik olup, kişisellik 'beşeri varlığın, sözleşmenin aynı zamanda hem sujesi hem konusu olmasından ileri gelen bir özelliktir ki, işverenden ziyade işçinin kişiliği ve kişisel niteliklerinin sözleşmenin akdedilmesinde ve ifasında hatta sona ermesinde

belirleyici olmasını ifade eder. İşveren, iş sözleşmesini yaparken, muhatabı işçinin yeteneklerini, objektif vasıfları (mesleki bilgisi, tecrübesi vs.) yanında, subjektif vasıflarını (mizacı, tavır ve hareketleri, ahlak ve adabı vs.) dikkate alır; öyle ki, iş sözleşmesinin o işçiyle yapılmasında belirleyici olan husus, işveren tarafından takdir edilen işçinin bu objektif ve subjektif özellikleridir.¹⁸ Sözleşmenin esaslı noktaları taraflarca esaslı kabul edilen, yani subjektif olarak önemli olan hususları da ifade edebilir. Tarafların bir konuyu esaslı görüp görmedikleri konusu ise, ortaya çıkan her uyuşmazlığın kendi koşulları içinde değerlendirilmesi suretiyle saptanabilecek bir durumdur. Bunun yanısıra, 'esaslı noktalar'daki amacı, işvereni o kişi ile iş sözleşmesi yapmaya yönelten hususlar olarak değerlendirmek ve bu değerlendirmede diğer adaylar arasından seçim yapmasını sağlayan noktaları da göz önünde bulundurmak doğru

esas alınarak işe alınmıştır. Bu veriler ışığında, somut olayda söz konusu olan yanılmayı (hileyi), 4857 sayılı İş Kanunu'nun md. 25/II-a çerçevesinde değerlendirecek olursak: Personel seçiminde bir kriter (koşul) olarak değerlendirilen adayların sınavda gösterdikleri başarı düzeyleri, iş sözleşmesinin kurulması konusunda işverenin tercihini belirlemektedir. Söz konusu sınav sonuçlarının iş sözleşmesinin kurulmasını etkileyecek düzeyde bir öneme haiz olduğu görülmektedir. Bu anlamda, adayların sınavda gösterdikleri başarı düzeylerinin iş ilişkisinin kurulması açısından sözleşmenin esaslı noktası olduğu ve evrak üzerinde yapılan eleme sürecinde daha en başta elenmemek için, adayların öncelikli olarak belirli bir düzeyde başarı elde etmiş olmaları koşulunun arandığı anlaşılmaktadır. Söz konusu karardan bu düzeyin nasıl belirlendiği anlaşılammakla beraber, kanımızca bu düzey; asgari bir başarı puanının öngörül-

Tarafların bir konuyu esaslı görüp görmedikleri konusu, ortaya çıkan her uyuşmazlığın kendi koşulları içinde değerlendirilmesi suretiyle saptanabilecek bir durumdur.

olacaktır. Böylelikle, iş sözleşmesinin kurulmasına etki edebilecek öneme haiz unsurların belirlenmesi mümkün olabilecektir. İşverenin, iş ve işyeri için en uygun adayı seçmek istemesi doğal olduğu kadar aynı zamanda bir gerekliliktir. İşverenin sözleşme yapacağı işçi hakkında karar vermesini sağlayacak bazı araçlara başvurması (soru sorma, başvuru formu, uygulanan testler vb.) yanında, personel seçiminde bazı kriterler (koşullar) öngörmesi de, iş ve işyeri için en uygun personelin seçimi sürecinin bir parçasını oluşturmaktadır.

İncelememize konu karardan anlaşıldığı üzere, davalı işveren personel seçiminde adayların sınav sonuçlarını bir kriter olarak öngörmüş olup, evrak üzerinde yaptığı eleme sürecinde adayların başarı notlarını dikkate almaktadır. Davacı işçi ise, sınav sonuçları yükseltilmiş sahte bir belge ile iş başvurusunda bulunmuştur. İşçi, sınav sonucu değiştirilmiş bu sahte belge

mesli şeklinde olabileceği gibi, yapılan başvurular arasından işe alınacak işçi sayısına göre, en yüksek sınav sonuçlarına sahip olan adaylarla sözleşme görüşmesine devam edilmesi, diğerlerinin elenmesi şeklinde de olabilecektir. Her iki durumda da, iş sözleşmesinin kurulması için işçinin gerçek sınav sonuçlarının yeterli olmadığı anlaşılmaktadır. Gerçek durumun bilinmesi halinde iş sözleşmesi yapılmayacak konumda olan davacı işçi, sınav sonuçlarını yükseltmek suretiyle işvereni yanıltmış ve sözleşme yapılmasını sağlamış bulunmaktadır. Bu çerçevede, iş sözleşmesinin yapılması sırasında söz konusu olan yanılmanın (hilenin), sözleşmenin esaslı unsurlarından birinde meydana geldiğini kabul etmek mümkündür. Böyle bir durumda ise, işçinin sözleşme görüşmelerinde gerçekleştirdiği söz konusu yanılmanın, kanaatimizce İş Kanunu'nun md. 25/II-a bendi kapsamında değerlendirilmesi mümkün olmalıdır.

Ancak, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 26. maddesi uyarınca, haklı fesih nedenlerinin ortaya çıkması halinde iş sözleşmesinin haklı nedene dayalı olarak feshedilmesi yetkisinin kullanılması süresi sınırsız değildir. Bu bakımdan, İş Kanunu'nun 26. maddesinde işverenin öğrendiği tarih ve olayın gerçekleştiği tarih başlangıç esas alınmak üzere iki ayrı süre öngörülmüştür. Bu süreler içinde fesih yoluna gitmeyen işçi veya işverenin feshi, haklı bir feshin sonuçlarını doğurmayacaktır. Bu süre, feshe neden olan olayın diğer tarafça öğrenilmesinden itibaren altı işgünü ve herhalde fiilin gerçekleştiği tarihten itibaren bir yıl olarak Kanun'da belirtilmiştir. Ancak, 4857 sayılı İş Kanunu'nda bir yıllık hak düşürücü sürenin işlemeyeceği bir hal öngörülmüş olup, bu hal, işçinin olayda maddi çıkar sağlamış olması halidir. Haklı feshe neden olan olayda işçinin maddi bir menfaati olmuşsa, olayın üzerinden ne kadar süre geçerse geç-

cü sürenin geçmiş olması ve kanaatimizce söz konusu yanıtmanın 26. maddede ifade edilen "maddi çıkar sağlamak" kapsamında da yorumlanamayacak olması nedeniyle, 25/II-a'ya dayanılarak yapılacak bir fesih, haksız fesih olarak nitelendirilecektir.

Bununla birlikte belirtmek gerekir ki; iş sözleşmesinin aynı zamanda bir güven ilişkisi olması, bir işvereni işçiyle iş sözleşmesi yapmaya sevk eden saikin aynı zamanda onun kişiliğine duyduğu güven olması, bu anlamda incelemimize konu olan karardaki gibi bir yanıtmanın, iş ilişkisindeki güveni ortadan kaldıracak nitelikte olması nedeniyle (hak düşürücü sürenin geçmesi veya yanıtmanın haklı neden olarak görülmemesi halinde dahi), geçerli bir fesih nedeni teşkil edeceğini kabul etmek isabetli olacaktır. Her ne kadar geçerli nedene dayalı olarak kullanılacak fesih hakkının makul bir süre içinde kullanılması gerekmekte ise de; söz

Sözleşme görüşmelerinde ortaya çıkan yanıtmanın haklı nedenle feshe yol açması için, söz konusu yanıtmanın iş sözleşmesinin esaslı noktalarından birisinde gerçekleşmesi zorunludur.

sin altı işgününe riayet etmek koşuluyla işverenin haklı fesih imkanı söz konusu olacaktır¹⁹. İş Kanunu'nun 26. maddesinin gerekçesinde bu durum; "1475 sayılı Kanundan aynen aktarılan bu maddeye yeni metinde bir ekleme yapılmıştır; ülkemizde son yıllarda, özellikle bankacılık alanında yaşanan kötü niyetli davranışlar dikkate alınmış ve işçinin maddi bir çıkar sağlaması durumunda bu bir yıllık hak düşürücü sürenin uygulanmayacağı belirtilmiştir. Buna göre, işçinin kendisine maddi çıkar sağlayacak bir yolsuzluk yaptığının aradan bir yıl geçtikten sonra öğrenilmesi veya anlaşılması durumunda da sözleşmesi 25 inci maddenin (II) numaralı bendi uyarınca feshedilebilecektir." şeklinde ifade edilmiştir. Bu çerçevede, olayda söz konusu olan yanıtma her ne kadar md. 25/II-a kapsamında değerlendirilebilecek olsa da, geçen süre dikkate alındığında İş Kanunu'nun 26. maddesinde öngörülen bir yıllık hak düşürü-

konusu "makul sürenin" geçerli bir fesih nedeninin bulunduğu öğrenilmesinden itibaren başladığını kabul etmek doğru bir yaklaşım olacaktır.²⁰ Bu nedenle, geçerli fesih nedenini doğuran söz konusu yanıtma olayının üzerinden, karara konu olduğu gibi, uzun bir süre geçmiş olsa bile, yanıtmanın öğrenilmesinden itibaren makul bir süre içinde yapılacak bir feshin geçerli kabul edilmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

6. SONUÇ

Gerek işçi gerekse işverenin ahlak ve iyiniyet kurallarına uygun davranma yükümlülüğü, sadece iş sözleşmesinin devamı esnasında değil, sözleşmenin yapılması öncesindeki görüşmeler esnasında da uyulması gereken hususlardır. Tarafların sözleşme görüşmelerindeki davranış borçlarını ihlal etmelerine rağmen iş sözleşmesi akdedilmişse hukukumuz açısından

sözleşmesinin feshinin veya iptalinin söz konusu olabileceğine ilişkin görüşler mevcut ise de, Borçlar Kanunu'ndaki iptal nedenlerinin İş Kanunu'nda düzenlendiği hallerde, iptale ilişkin genel hükümlerin değil İş Kanunu'nun iş sözleşmesinin haklı nedenle feshine ilişkin hükümlerinin (md. 24/II-a, 25/II-a, 26) uygulanması gerekecektir. Sözleşme görüşmelerinde ortaya çıkan yanılmanın haklı nedenle feshe yol açması için, söz konusu yanılmanın iş sözleşmesinin esaslı noktalarından birisinde gerçekleşmesi zorunludur. Bu koşul gerçekleştikten sonra, İş Kanunu'nun md. 25/II-a hükmü çerçevesinde, yanılmanın işçinin sıfatı, yetenek ve bilgi düzeyi veya içinde bulunduğu bir duruma yönelik olması mümkündür. İş sözleşmesinin esaslı noktalarının neler olabileceği ise kuşkusuz, ortaya çıkacak her uyuşmazlığın kendi koşulları içinde değerlendirilecektir.

DİPNOTLAR

- * Çalışma ve Toplum Dergisi, 2007/2, s. 339-340.
- 1 Süzek, Sarper; İş Hukuku, 4. Baskı, s. 267; Eyrenci, Öner; İşe Girişte Personel Seçimi İle İlgili Hukuki Sorunlar, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 15. Yıl Armağanı, İstanbul 1991, s. 239.
 - 2 Eyrenci, Öner; a.g.m., s. 240-242, Süzek, Sarper; a.g.e., s. 267-268, Odaman, Serkan; İşverenin Hizmet Sözleşmesini Ahlak ve İyiniyet Kuralları ve Benzerlerine Aykırılık Nedeniyle Fesih Hakkı, Ankara 2003, s. 87.
 - 3 Odaman, Serkan; a.g.e., s. 71.
 - 4 Süzek, Sarper; a.g.e., s. 268-269.
 - 5 Eyrenci, Öner; a.g.m., s. 248
 - 6 Mollamahmutoğlu, Hamdi; İş Hukuku, 3. Baskı, s. 389, Kılıçoğlu/Şenocak; İş Kanunu Şerhi, Cilt 2, s. 309.
 - 7 Mollamahmutoğlu, Hamdi; a.g.e, s. 393, Süzek, Sarper; a.g.e., s. 289.
 - 8 Mollamahmutoğlu, Hamdi; a.g.e, s. 393.
 - 9 Süzek, Sarper; a.g.e., s. 289, İş sözleşmesinin iptali konusunda bkz; Akyiğit, Ercan; a.g.e., s. 43 ve devamı.
 - 10 Akyiğit, Ercan; Teori ve Uygulama Bakımından Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği, 1990 İstanbul, s. 43, hilenin tanımı için ayrıca bkz, Eren, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, s. 358.
 - 11 Konu ve görüşler hakkında bkz. Eyrenci, Öner; a.g.m., s. 248 ve 22-23 nolu dipnotlar, Ekonomi, Münir; İş Hukuku Cilt 1 Ferdi İş Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 1984, s. 198 ve 466 nolu dipnot, Mollamahmutoğlu, Hamdi; a.g.e., s. 434-435 ve 676-677 nolu dipnotlar, Akyiğit, Ercan; a.g.e., s. 45 ve 230-231 nolu dipnotlar, Süzek,

- Sarper; a.g.e., s. 289-290, Kılıçoğlu/Şenocak; İş Kanunu Şerhi, Cilt 2, s. 309.
- 12 Odaman Serkan, a.g.e., s. 87.
- 13 Odaman, Serkan; a.g.e., s. 87-89, Mollamahmutoğlu, Hamdi; a.g.e, s. 622-623, Akyiğit, Ercan; 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi, 2. Baskı, s. 970, Süzek, Sarper; a.g.e., s. 636.
- 14 Mollamahmutoğlu, Hamdi; a.g.e, s. 622.
- 15 Odaman, Serkan; a.g.e., s. 87-89.
- 16 Narmanlıoğlu, Ünal; İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, 1994, 2. Baskı, s. 323-324.
- 17 Akyiğit, Ercan; 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi 1. Cilt, 2006 2. Baskı, s. 920, 970.
- 18 Mollamahmutoğlu, Hamdi; a.g.e, s. 300.
- 19 Çil, Şahin; İş Kanunu Şerhi, 2. Cilt 2. Baskı, s. 2003-2004.
- 20 Nitekim Yargıtay 9. H.D.'nin 12.09.2005 tarih ve E: 2005/24429, K: 2005/29361 sayılı kararında: "...Geçerli fesih nedeni bulunması halinde işverenin eylemi öğrendikten sonra makul süre içinde fesih hakkını kullanmış olması yeterlidir" hükmü, düşüncemizi destekler mahiyettedir. Karar için bkz. Çil, Şahin; a.g.e., s. 2021-2022, Süreli fesihlerde "hakkın etkisizleşmesi" müessesesine ilişkin bkz. Kılıçoğlu/Şenocak; İş Kanunu Şerhi, Cilt 1, s. 1304-1305.



“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.)