

SİCİL

Eylül '09 • Yıl 4 • Sayı 15

MESS Adına Sahibi

Tuğrul KUDATGOBİLİK
MESS Yönetim Kurulu
Başkanı

Yazı İşleri Müdürü

Av. İsmet SİPAHI
MESS Genel Sekreteri

Yayın Yönetmeni

Av. Mesut ULUSOY

Yayın Kurulu

Av. Ahmet BÖLÜKBAŞI
Av. Erten CILGA
Av. İlhan DOĞAN
Av. Ender KIZILRAY
Av. Şeyda AKTEKİN
Av. Nağme HOZAR
Av. Vahap ÜNLÜ
Av. Selçuk KOCABIYIK
Av. Uygur BOSTANCI
Av. Atakan CEYLAN

Baskı

Hanlar Matbaacılık San.
ve Tic. Ltd. Şti.

Yeşilce Mah. Aytekin Sok.
No. 16 Kağıthane İstanbul

Yayın Türü

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

ISSN 1306-6153

Baskı Tarihi

25 Eylül 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>Kıdem Tazminatında Pozitif Ayrımcılık</i>	5
Prof. Dr. Tankut CENTEL	
<i>İş Hukukunda Mimarlık İş Sözleşmesi</i>	11
Prof. Dr. Zehra Gönül BALKIR	
<i>Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi ve Alt İşverenlik Sözleşmesi</i>	24
Doç. Dr. Murat ŞEN - Arş. Gör. Aslı NANECİ	
<i>İflasın Ertelemeinin İşçi Alacaklarının Taksiline Etkisi</i>	55
Doç. Dr. Adnan DEYNEKLİ	
<i>Ölçülülük İlkesinin İş Güvencesinde Uygulanması</i>	60
Bektaş KAR	
<i>Yargıtay Kararlarına Göre İşçinin Ücreti</i>	70
Şahin ÇİL	
<i>İşçinin Sadakat Borcu ve İşverenle Rekabet Yasağı</i>	89
Av. Ahmet KOYUNCU	
<i>Alt İşverenlik Mevzuatında Son Durum</i>	97
Av. Hakkı KIZILOĞLU	
<i>"İş Hukukunda İbra ve İkale Sözleşmelerinin Geçerlilik Koşulları Konusundaki Gelişmeler"e İlave</i>	102
Yrd. Doç. Dr. K. Ahmet SEVİMLİ	

KARAR İNCELEMELERİ

<i>Alt İşveren İşçisinin İşini Aynı İşyerinde Bir Başka Alt İşverene Bağlı Olarak Sürdürmesi ve Sonuçları</i>	104
Prof. Dr. Halûk Hâdi SÜMER	
<i>Yargıtayın Bir Kararı Üzerine Kıdem Tazminatına İlişkin Faiz, İbtirazi Kayıt ve Temerrüt Konularında Değerlendirme</i>	112
Av. Kâzım Yücel DÖNMEZ	

TOPLU İŞ HUKUKU

<i>Ulusal ve Uluslararası Hukukta Teşmilin Hukuki Boyutları ve Uygulanması</i>	120
Prof. Dr. A. Murat DEMİRCİOĞLU	
<i>İşyeri Sendika Temsilciliği Güvencesi</i>	129
Doç. Dr. Hakan KESER	

KARAR İNCELEMELERİ

İşyeri Kapatılarak İşçilerin Başka İşkolunda Bulunan Bir İşyerine Nakledilmesi Halinde Toplu İş Sözleşmesinin Durumu 153
Prof. Dr. A. Can TUNCAY

Yargıtay Kararları Işığında Sendika Üye veya Delegelerinden Beşte Birinin Olağanüstü Genel Kurul İstemlerinin Değerlendirilmesi 161
Av. Mustafa AVCI

SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU

5921 Sayılı Kanun'la Getirilen Teşvikler 167
Doç. Dr. Nurşen CANIKLIOĞLU - Dr. Saim OCAK

5510 Sayılı Kanun'da Fiili Hizmet Süresi Zammı Uygulaması 183
Yrd. Doç. Dr. Hediye ERGİN

5510 Sayılı Yasa Kapsamında Rücuat Tazminat Davaları 193
Ercan TURAN

Sosyal Güvenlik Hukukunda Sosyal Güvenliğe İlişkin Kanunların Geriye Yönelik Uygulanıp Uygulanamayacağı ve Kazanılmış Hak Kavramı 213
Resul ASLANKÖYLÜ

5510 Sayılı Yasa Kapsamında Prime Esas Kazançlar 221
Av. Ender KIZILRAY

KARAR İNCELEMESİ

Sosyal Sigortalarca Karşılananlar Dışında Kalan Zararların İşverene Ödetilmesi İlkesi 226
Prof. Dr. Müjdat ŞAKAR

MALİ HUKUK

Gelir Vergisi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkındaki Kanunla Yapılan Değişiklikler 230
Prof. Dr. Veysi SEVİĞ

İşe Başlatmama Tazminatının Gelir Vergisi Karşısındaki Durumu 240
Prof. Dr. Hakan ÜZELTÜRK

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU

Doğrudan Yabancı Yatırımlarda İstibdam Edilen Yabancıların Çalışma İzinleri Rejimi 242
Hakan ARSLAN

KARAR İNCELEMESİ

İşverenin Çalışma Belgesi Düzenleme Yükümlülüğü 249
Av. Nağme N. HOZAR, LL.M.

**M E S S**

Hedefler rüyaya benzer. Uyanıp, gerçeklerle yüzleşin.

Süregelen ekonomik krizin etkilerinin silinmesinde ulusal alanda gerçekleştirilecek reformların katkısı yadsınamaz. Keza, kısa çalışmaya ilişkin mevzuattaki değişiklikler, bu anlamda güzel bir örnek teşkil etmiştir. 5838 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile İşsizlik Sigortası Kanunu'na Geçici Madde eklenerek, kısa çalışma ödeneğinin miktarı ve süresi artırılmış, %50 artırılarak ödenecek olan kısa çalışma ödeneği miktarı aynı kalmak kaydıyla, kısa çalışma süresini altı ay daha uzatmaya Bakanlar Kurulu yetkili kılınmıştır. Belirtilen esaslar çerçevesinde, Bakanlar Kurulu'nun 22 Haziran 2009 tarih ve 2009/15129 sayılı Kararı ile de kısa çalışma süresi altı ay daha uzatılmıştır.

Ne var ki bu dönemde yaşanan tüm gelişmelerin böyle olumlu olduğunu söylemek mümkün değil. Böylesi bir kriz döneminin, işsizlik krizi olarak yaşanmaması adına Uluslararası Çalışma Bürosu Genel Müdürü'nün Raporu'nda da belirtildiği üzere iş bulmanın kolaylaştırılması için insana yatırım yapılması gibi öneriler ülkemizde ne yazık ki gözardı edilmiştir. Şöyle ki, "İstihdam Paketi" ile İşsizlik Sigortası Fonu'nun nemalarının 1/4'ünün Hazineye aktarılması öngörülmüşken, mevzuatta yapılan son değişiklik ile bu oran, 2009 yılına münhasır olmak üzere 1/4'ten 3/4'e yükseltilmiş, üstelik 2010 yılı için de oran, aynı şekilde 3/4'e çıkarılmıştır. Fon birikiminin başka amaçlarla kullanılması hem söz konusu yasanın amacına hem de sosyal devlet anlayışına aykırıdır.

Kamuoyunu meşgul eden bir diğer konu da mesleki anlamda geçici iş ilişkisi konusunda yapılmak istenen düzenlemelerdir. Söz konusu düzenlemeler Kanun'la kabul edilmiş, ancak Cumhurbaşkanlığı tarafından yayımlanması uygun bulunmayıp, Kanun yeniden incelenmek üzere TBMM'ye geri gönderilmiştir. Ne var

ki, bu tarihe kadar da konuyla ilgili herhangi bir gelişme olmamıştır. Cumhurbaşkanlığı'nca geri gönderilme gerekçesinde de belirtildiği üzere, Kanun'un genel gerekçesinde geçici iş ilişkisi konusundaki AB Yönergesine atıf yapılmışsa da, Yönerge'de yer alan temel çalışma koşullarına ilişkin olarak eşit muamele yapılması ilkesine ilişkin kurallara yer verilmemiştir. Geçici iş ilişkisi ile çalışma, son yirmi yılda en hızlı artış gösteren atipik istihdam biçimidir. Geçici iş sözleşmeleri ile işçi çalıştırmanın hızla yaygınlaştığı sektörler arasında metal ve elektronik sektörü de bulunmaktadır. Söz konusu sistem, Türkiye'nin çağdaş bir işgücü piyasasına sahip olması, ilave istihdam imkânları sağlanması, özellikle gençlerin ve kadınların işgücü piyasasına dahil edilmesi, daimi istihdama geçişte bir atlama taşı oluşturulması ve kayıt dışı istihdamın önlenmesi gibi konularda Türk işgücü piyasasına katkıda bulunacaktır. Bu nedenle, konuyla ilgili düzenlemelerin Cumhurbaşkanlığı'nın uyarıları ve ilgili AB Yönergesi'nde yer alan hususlar göz önünde bulundurularak bir an önce mevzuatımıza geçirilmesi gerekmektedir.

Ölçülülük ilkesinin iş güvencesinde uygulanması, kıdem tazminatında pozitif ayrımcılık, işyeri kapatılarak işçilerin başka işkolunda bulunan bir işyerine nakledilmesi halinde toplu iş sözleşmesinin durumu, 5921 sayılı Kanun'la getirilen teşvikler, sosyal sigortalarca karşılananlar dışında kalan zararların işverene ödenmesi ilkesi ve işe başlatmama tazminatının gelir vergisi karşısındaki durumu dergimizin 15. 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.

Kıdem Tazminatında Pozitif Ayrımcılık

1. GİRİŞ

Evlenen kadın işçinin evlendiği tarihten itibaren geçecek bir yıl içerisinde kendi isteğiyle iş sözleşmesini sona erdirdiği takdirde kıdem tazminatına hak kazanması kuralının (1475 sayılı İş K. m. 14/I) oy çokluğuyla Anayasa'ya uygun bulunmasına ilişkin olarak son dönemde Anayasa Mahkemesi tarafından alınan karar¹, kıdem tazminatı kurumunun yeniden ele alınmasının dile getirildiği² günümüzde, dikkatlerin bir kez daha kıdem tazminatının üzerinde toplanmasına yol açmıştır. Bu bağlamda, söz konusu karar, gerekçesinin genel olarak eşitlik ilkesini esas almasına ve pozitif ayrımcılığı dilendirmemesine karşın, temelde kadın çalışanların korunmasına yönelmektedir.

Gerçekten, iş hukukunun, genelde çalışanların ve özel olarak da engelliler, küçükler (çocuklar) ve kadınlar gibi özel işçi gruplarının korunmasını (Ay. m. 50/II) temel edindiği belirtilmelidir³. Ancak, bu korumanın nereye kadar uzanacağı ve genişliğinin ne olacağı, giderek pozitif ayrımcılığın hangi noktada korunmamasının gerekeceği konuları, irdelenmek durumundadır. Buna göre, aşağıda ilkin, söz konusu Anayasa Mahkemesi kararının anlam ve içeriğinin irdelenmesi; daha sonra da, soruna, kıdem tazminatının geleceği açısından yaklaşılması gerekecektir.

II. EVLENEN KADININ KIDEM TAZMİNATI

1. 1475 Sayılı İş Kanunu'ndaki Düzenleme

a) Düzenlemenin İçeriği

29.7.1983 tarih ve 2869 sayılı Yasa'nın üçüncü maddesi, 25.8.1971 tarih ve 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14 üncü maddesinin ilk fıkrasında değişiklik yaparak, iş sözleşmesini "kadının evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde kendi arzusu ile sona erdirmesi" halinde, kendisine kıdem tazminatına hak kazanma olanağını sağlamıştır. Buna göre, evlenen kadının kıdem tazminatına hak kazanması; önceki (1475 sayılı) İş Kanunu'nun başlangıcında (ilkin çıkarıldığında) tanıdığı bir olanak olmayıp, sonradan (1983 yılından itibaren) ortaya çıkmıştır. Bu bakımdan, söz konusu yasadan önceki evlenme nedeniyle işyerinden ayrılmalarda kıdem tazminatına hak kazanılmamaktadır⁴.

Diğer yandan, geçmişte Yargıtay, evlenen kadının kıdem tazminatına hak kazanması olanağı konusunda, iki değişik durumu farklı değerlendirmiştir. Nitekim, evliyken boşanıp önceki eşiyse çok kısa bir sürenin ardından tekrar evlendikten sonra iş sözleşmesini sona erdiren ve kıdem tazminatı isteyen kadın işçi-

Kadını çalışma yaşamından kopmaya özendirecek tüm düzenlemelerin, kadının korunmasına hizmet ettiği söylenemez.

nin bu yoldaki talebi, “yasaya karşı hile” olarak değerlendirilirken⁵; evlenip kıdem tazminatı alarak işyerinden ayrılan kadın işçinin tekrar çalışmaya başlaması, “hakkın kötüye kullanılması yasağı”yla karşılaşmamış ve yeniden çalışmanın, çalışma hak ve özgürlüğü kapsamında olduğu kabul edilmiştir⁶.

Bunun gibi, evlenip kıdem tazminatını almak üzere iş sözleşmesini sona erdirecek olan kadın işçinin herhangi bir feshi ihbar süresiyle bağlı olup olmayacağı konusu da, değişik biçimlerde yanıtlanmaktadır. Nitekim, Yargıtay, bu durumda feshi ihbar süresinin söz konusu olmadığını kabul etmişken⁷; öğretilde, feshi ihbar önellerine uyulması gerektiği ileri sürülmektedir⁸.

b) Düzenlemenin Amacı

2869 sayılı Yasa’yla evlenen kadın işçiye kıdem tazminatına hak kazanma olanağının yaratılmasına yol açan temel düşünce, adı geçen yasanın gerekçesinde de belirtildiği üzere, o dönemde, evlenme yüzünden işyerinden ayrılmak zorunda kalan kadın işçinin kıdem tazminatı hakkını koruma amacıdır.

Gerçekten, o tarihte yürürlükte bulunan 743 sayılı Medeni Kanun’un 159 uncu maddesi, “karı koca mallarını idare için hangi usulü kabul etmiş olursa olsun, karı, kocanın sarahaten veya zımnen müsaadesi ile bir iş veya sanat ile iştigal edebilir” hükmünü taşımaktaydı.

Bu durumda, çalışmasına kocasının izin vermediği kadın işçi, evliliğini üstün tutacak olduğu takdirde, işyerinden kendi isteğiyle ayrılmak zorunda kalıyordu. İstifa ederek işyerinden ayrılacak olan kadın işçi ise, kıdem tazminatı alma hakkını yitirmekteydi. Çünkü, 1475 sayılı İş K. m. 14/I’deki kıdem tazminatına hak kazandıran haller içinde “istifa” hali sayılmadığı için, istifa edip kendi isteğiyle işyerinden ayrılan işçi, bugün olduğu gibi geçmişte de, kıdem tazminatından yoksun kalıyordu.

İşte, 2869 sayılı Yasa m. 3; evlenen kadın işçinin mağduriyetini ortadan kaldırmak amacıyla, İş K. m. 14/I hükmünde değişiklik öngörerek, evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde kendi isteğiyle işyerinden ayrılacak olan kadın işçiye kıdem tazminatı talep etme hakkını tanımıştır.

c) Düzenlemenin Özü

Evlenen kadına kıdem tazminatı hakkının tanınması, evlilik yüzünden istifa edip kıdem tazminatından yoksun kalacak olan kadını koruduğu gerekçesiyle, ileri bir adım olarak algılanmıştır. Oysa, bu bağlamda korunan; kadın işçi değil, kadın işçinin kıdem tazminatı olmuştur. Çünkü, evlenen kadın işçiye kıdem tazminatı hakkının tanınması, kadını çalışma yaşamından koparmaya⁹ ve ev yaşamıyla sınırlı kalmasına hizmet eden teşviklerin bir parçası olarak yer almaktadır. Nitekim, çalışmasına izin vermeyecek koca karşısında kadın, bir yandan işyerinden ayrılıp kıdem tazminatını kurtarmak, diğer yandan evlilik toptan ödemesi alıp o zamana kadar ödediği primleri geri kazanmak ve de isteğe bağlı sigortadan yararlanıp yaşlılık sigortasından gelecekte aylık alma (emekli olma) şansını elde etmek suretiyle, işyerinden ayrılmaya ve giderek, çalışma yaşamından kopmaya özendirilmektedir.

Oysa, kadının ekonomik özgürlüğünü kazanması, çalışma yaşamı içinde yer almasına bağlıdır. Buna göre, kadını çalışma yaşamından kopmaya özendirecek tüm düzenlemelerin, kadının korunmasına hizmet ettiği söylenemez.

Bu bağlamda, önemli olan husus, kadının çalışmasını eşin iznine bağlayan zihniyetin ortadan kaldırılmasıdır. Nitekim, belirtilen düşünceyle, ilkin Anayasa Mahkemesi, karının çalışmasını kocanın iznine bağlı tutan düzenlemeyi (743 sayılı Medeni Kanun m. 159) iptal etmiş¹⁰ ve daha sonra da, 743 sayılı Medeni Kanun’un yerine geçen şimdiki (4721 sayılı) Medeni Kanun, “eşlerden her biri, meslek veya iş seçiminde diğerlerinin iznini almak zorunda değildir” (m. 192/cümle 1) hükmüne yer vermek suretiyle, kadının çalışmasını eşinin iznine bağlı olmaktan çıkarmıştır.

2. Anayasa Mahkemesi'nin Yaklaşımı

a) Anayasa'ya Aykırılık İtirazı

1475 sayılı İş K. m. 14/I hükmünün evlilik halinde kıdem tazminatına hak kazanma olanağını sadece kadın işçiye tanıyıp erkek işçiye tanımaması, yani erkek işçi evlenip işyerinden kendi isteğiyle ayrıldığında kıdem tazminatına hak kazanmaması, Anayasa'ya aykırılık iddiasında bulunulmasına yol açmıştır. Nitekim, İzmir Altıncı İş Mahkemesi, söz konusu hükmün Anayasa'ya aykırı olduğunu ileri sürerek, Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur.

Anayasa'ya aykırılık savında bulunan mahkeme, evli kadının çalışmasının kocasının iznine bağlı bulunmasını (743 sayılı MK. m. 159) "mücbir sebep" olarak nitelendirmekte; 4721 sayılı Medeni Kanun m. 192'yle, söz konusu durumun "mücbir sebep" olmaktan çıkarıldığını belirterek, bu ortamda itiraz konusu hükmün Ay. m. 10'daki eşitlik ilkesiyle bağdaşmadığını ileri sürmektedir. Söz konusu mahkeme görüşüne göre; 4721 sayılı Medeni Kanun evli kadın ile evli erkeğin çalışma koşullarını eşit koşullara kavuşturmuşken, evlenen kadın işçiye kıdem tazminatı hakkının tanınması:

- Evlenen erkek işçi aynı olanaktan yararlanmadığı için, erkek işçiler ile kadın işçiler arasında eşitsizlik yaratmakta ve İş K. m. 5'deki eşitlik esasıyla çelişmekte;
- Çalışmak yerine ev kadını olmayı tercih eden işçisine, işverenden kaynaklanmayan ve "mücbir sebep" oluşturmayan bir neden yüzünden kıdem tazminatı ödemek zorunda bıraktığı için, işveren aleyhine eşitsizlik yaratmakta;
- "Mücbir sebep" olmaksızın işyerinden kendi isteğiyle ayrılacak olan işçiler ile evlenip ayrılan kadın işçiler arasında eşit olmayan bir durumu ortaya çıkarmaktadır.

Bu noktada, kıdem tazminatına hak kazandıran olgunun, evlenip işyerinden ayrılma olduğu, gözden uzak tutulmalıdır. Buna göre, eşitlik ilkesi açısından yapılacak değerlendirmenin de, hep belirtilen olgu dikkate alınmak suretiyle yapılması gerekmektedir. Bu durumda, erkek işçi evlenip işyerinden ayrılmadığı için (evli) kadın ile erkek işçi arasında, eşitlik ilkesi bakımından değerlendirme yapılmaması

gerekir. Bunun gibi, evlilik dışındaki bir saik yüzünden kendi isteğiyle (istifa ederek) işyerinden ayrılacak (erkek veya kadın) işçiler ile evlenerek işyerinden ayrılan kadın işçi arasında da, eşitlik ilkesinin ortadan kalkması söz konusu değildir. Çünkü, evlilik dışındaki bir saik yüzünden işyerinden ayrılanlar, evlenen kadın işçinin aksine, evlilik nedeniyle işyerinden ayrılmamaktadır. Bu anlamda, eşitlik ilkesinin, ancak aynı konumdaki ve aynı özelliğe sahip kişiler için geçerli olduğu gözden kaçırılmamalıdır.

b) Anayasa Mahkemesi'nin Kararı

Anayasa Mahkemesi, itiraz konusu hükmün Anayasa'ya aykırı olmadığını ve yapılan itirazın reddini oyçokluğuyla kabul etmiştir.

Bu bağlamda, ilginç ve kolaylıkla açıklanamayacak olan nokta, çoğunluk görüşünü erkek ve azınlık görüşünü de kadın üyelerin oluşturmasıdır. Buna göre, üyeler doğallıkla cinsiyet gözetmeksizin karar verecek olmalarına rağmen; olsa olsa, kadın üyelerin, evlenen kadına kıdem tazminatı hakkını tanımanın, ilk bakışta görüldüğünün aksine, "kadın lehine" olmadığını sezmiş oldukları söylenebilir.

aa) Çoğunluk Görüşü

İptali istenen hüküm, Anayasa Mahkemesi tarafından, salt Ay. m. 10 açısından ele alınmış ve Ay. m. 41 ve 50 bakımından da, uygunluk denetimine gidilmiş; ancak, esas ağırlıklı olarak, eşitlik ilkesi üzerinde durulmuştur.

Bu konuda, çoğunluk görüşü, evlenen kadına kıdem tazminatı hakkının tanınmasını kadınları koruyucu bir düzenleme olarak kabul etmekte ve söz konusu durumu, eşitliğe aykırı görmemektedir. Çünkü, Ay. m. 10'da öngörülen eşitlik, çoğunluk görüşüne göre, "herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmemektedir. Durum ve konumlarındaki özellikler kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerekli kılabilir. Kadının toplum ve aile yaşamında üstlendiği sorumluluk, görev ve paylaşım gibi toplumsal gerçekler kadın çalışanlar yararına değişik kural ve uygulamaları gerekli kılabileceğinden, kadın çalışanların durum ve konumlarındaki özellikleri gözetilerek getirilmiş bulunan kural

Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır”.

Yukarıdaki alıntıda yer alan “kadının toplum ve aile yaşamında üstlendiği sorumluluk, görev ve paylaşım gibi toplumsal gerçekler” anlatımı, kadının çalışma yaşamında yeri olmadığı ve yerinin aile içi (ev) olması gerektiği izlenimini yaratmaktadır ki; çağdaş yaşam içinde, bunu savunmak oldukça güçtür. Bunun gibi, Ay. m. 41 hükmü dayanak yapılmak suretiyle aile (evlilik) birliğinin korunma gerek ve zorunluluğundan söz edilmekle de, adeta, aileyi (evlilik birliğini) tek başına kıdem tazminatının koruduğu gibi gerçek olmayan bir görüntü ortaya çıkmaktadır.

Bu duruma ise, iptal başvurusunu içeren karardaki:

“.. yasa koyucunun ve uygulanan yasaların temel alması gereken esasların, mevcut yanlış uygulamalar olmayıp, olması gereken, doğru, hakkaniyete ve hukukun temel ilkelerine uygun düzenlemeler olması; yani toplumdaki yanlış uygulamaların yasalara yön vermesinin değil, yasalar ile getirilen hukuka uygun kuralın topluma yön vermesi gerektiği; aksi halde toplumdaki yanlışlık ve eksikliklerin giderilmesinin mümkün olmadığı da bir gerçektir ..”

anlatımı, oldukça iyi bir yanıtıdır.

Diğer yandan, dayanak yapılan Ay. m. 10/II'deki “Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür” hükmü, görmezlikten gelinmektedir. Gerçekten, “toplumsal gerçekler” adı altında fiili gerçekler dile getirilirken; pozitif ayrımcılığa dayanak oluşturan Ay. m. 10/II cümle 2 hükmünün, özellikle hukuki dayanak yapılması gerekirdi. Çünkü, evlenen erkeğin aynı olanaktan yararlanmadığı, yadsınmayacak bir olgudur. Ancak, evlenen erkek işçi işyerinden ayrılmadığı için, kıdem tazminatının evli erkek işçiden esirgenmesi söz konusu değildir¹¹. Bu itibarla, eşitlik ilkesini “herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olmaması” yönünden ele almak yerine, pozitif ayrımcılık yapılmak suretiyle eşitlik ilkesinin yaşama geçirildiğinden söz etmek, çoğunluk görüşünün kendi mantığına daha uygun görünmektedir.

bb) Azınlık Görüşü

Evlenen kadına kıdem tazminatı olanağını tanıyan düzenlemenin Anayasa'ya ters düşüğünü düşünen azınlık görüşü, pozitif ayrımcılığın (Ay. m. 10/II cümle 2) erkeği hak kaybına uğratma anlamını taşımadığını, pozitif ayrımcılığı zorunlu kılmayan durumlarda erkeklerin kadınlara tanınan olanaklardan yoksun bırakılmasının bunlar yönünden açık bir eşitsizlik yaratacağını ve evlenen kadına kıdem tazminatı ödemeyi öngörmenin kadının iş yaşamından uzaklaştırılmasına neden olabileceğini, gerekçe olarak ileri sürmektedir.

Azınlık görüşünün gerekçeleri, hiç de azımsanacak nitelikte değildir. Gerçekten, çoğunluk görüşü, dile getirmemiş olsa da, pozitif ayrımcı bir sonuç yaratmıştır. Oysa, pozitif ayrımcılık; ancak eşitliğin sözde kalmayıp yaşama geçirilebilmesi için, korunması gereken bir durumun varlığı halinde söz konusudur. Nitekim, daha önce¹² ve Karşıoy Gerekçesi'nde de belirtildiği üzere; evlenen kadına kıdem tazminatı hakkının tanınması, kadını çalışma yaşamından uzaklaştırma tehlikesini taşımaktadır. Bu itibarla, kıdem tazminatı olanağının tanınması, kadın işçi bakımından bir koruma önlemi olmaktan uzak görünmektedir.

Diğer yandan, kıdem tazminatını alacak her evli kadın, evde oturacak değildir. Nitekim, Yargıtay; daha önce¹³ belirtildiği üzere, evlenip kıdem tazminatını almış kadın işçinin bir başka işyerinde yeniden çalışmaya başlamasının, kişinin çalışma hak ve özgürlüğü kapsamında olduğunu kabul etmektedir. Bunun gibi, işçisini işyerinde tutmak ve kıdem tazminatı yükünü hafifletmek isteyen bazı işverenler de; kıdem tazminatını evlenen kadın işçiye ödeyip, onu yeniden işe alma gibi bir uygulama içine girmektedir. Bu durumda, yeniden çalışacak olan evli kadını kıdem tazminatıyla teşvik ederken; kendi isteğiyle başka bir işyerine geçecek olan diğer (erkek veya kadın) işçileri kıdem tazminatından yoksun kılmak, çok adil bir uygulama gibi görünmemektedir. Ancak, bu durumun, eşitlik ilkesiyle bir ilgisi yoktur. Çünkü, bu iki durumdan ilkinde, evlilik nedeniyle işyerinden ayrılınmakta; diğerinde ise, işçinin yine kendi isteğiyle ama evlilik dışında-

ki bir saik yüzünden işyerinden ayrılması söz konusudur.

Ayrıca, evlenen kadın işçiye kıdem tazminatı ödemenin de, her zaman işveren aleyhine bir sonuç yarattığı söylenemez. Çünkü, isterse işveren, kıdem tazminatı ödemediği evli kadın işçiyi, kıdem tazminatı yükü azalmış olarak, kendi işyerinde yeniden işe alabilmektedir.

III. EVLENEN KADINA POZİTİF AYRIMCILIK

1. Pozitif Ayrımcı Yaklaşım

Pozitif ayrımcılık kavramının, özellikle 1970-1980'li yıllarda, cinsiyet ile istihdama ve engelli olmaya ilişkin çok sayıdaki uluslararası belgenin kabul edilmesiyle birlikte, ortaya çıktığı ve şekillendiği görülür. Bu bağlamda, söz konusu kavram; belli kesimlerin, toplumda diğerleriyle eşit koşullarda yaşamadıkları düşünülerek, bazı ayrıcalıkların tanınması suretiyle desteklenmesi anlamını taşır. Buna göre, pozitif ayrımcılık, daha farklı haklar tanımak ve olanaklar yaratmak suretiyle, var olan eşitsizliği eşitliğe dönüştürmeyi hedeflemektedir.

2. Çalışma Yaşamında Pozitif Ayrımcılık

Pozitif ayrımcılığın çalışma yaşamındaki görünümü, esas itibarıyla, istihdamda görülür. Nitekim, kendi başlarına bırakıldıkları takdirde iş bulamayacak olan engelli ve eski hükümlüler için, belli sayıdan çok işçi çalıştıran işverene yasayla (İş K. m. 30) istihdam yükümü öngörülmüştür. Bunun gibi, yaş veya cinsiyet ya da fiziki güç bakımından diğer işçilerle aynı durumda olmayacakları düşünülen belli kesimlerin (çocukların, kadınların ve engellilerin) çalışma koşulları bakımından özel koruyucu hükümlerle iş mevzuatında desteklendikleri görülür¹⁴. Bu anlamda, Ay. m. 50/II hükmü, "küçükler ve kadınlar ile bedenî ve ruhî yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar" biçimindeki buyurucu anlatımı taşımaktadır.

Tüm bu destek düzenlemelerinde, korunmaya çalışılan kesimlerin çalışma yaşamı içinde tutulmak istedikleri, gözden kaçırılmamalıdır. Değişik bir söyleyişle; çalışma yaşamında pozitif ayrımcılık yapılmasını gerektiren destek, bunların çalışma yaşamı içinde yer alacak olmaları veya yer almaları nedeniyle ve süresindedir. Çalışma yaşamı dışına çıkılacak olduğunda ise, söz konusu desteğin ortadan kalkması gerekmektedir.

3. Evlenen Kadın İşçinin Korunması

Kadınların eşit olmayan cinsiyet rollerini eşit olma durumuna dönüştürmeyi ve aile ile iş yaşamını uyumlaştırmayı hedefleyecek politikaların temel amacı, kadınların ev içi rollerinin emek piyasası faaliyetleriyle bütünleşmesini sağlamaktır¹⁵. Bu anlamda, evlenen kadına kıdem tazminatı alma olanağını sağlayan düzenleme (İş k. m. 14/I) ise, eşitlik politikalarının bir parçası olma anlamında, belirtilen amaca ters düşer niteliktedir. Çünkü, söz konusu düzenleme; daha önce¹⁶ de belirtildiği üzere, kadın istihdamını teşvik etmekten çok, istihdam edilen kadınları çalışmaktan caydırıcı ve anne/eş olmalarını ödüllendirici niteliktedir. Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu kararı da, bu durumu pekiştirmiştir.

Oysa, eşi karşısında eşit olmadığı düşünülen kadın işçinin desteklenmesinin yolu, kendisini çalışma yaşamının dışına çıkmaya teşvikten değil, tam tersine ekonomik bağımsızlık kazandıracak olan çalışma yaşamı içinde kalmaya özendirilmekten geçmektedir. Bu itibarla, evlenen kadına kıdem tazminatı olanağının sağlan-

Evlenen kadına kıdem tazminatı olanağının sağlanması ve bunun Anayasa'ya uygun olduğunun belirtilmesi suretiyle eşit olmayan bir duruma geçit verilmesi, kanımca, dayanağını Ay. m. 10 hükmünde bulan pozitif ayrımcılık ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

ması ve bunun Anayasa'ya uygun olduğunun belirtilmesi suretiyle eşit olmayan bir duruma geçit verilmesi, kanımca, dayanağını Ay. m. 10 hükmünde bulan pozitif ayrımcılık ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Çünkü, anayasal buyruk (Ay. m. 10/II cümle 2) doğrultusunda pozitif ayrımcılık yapmak durumunda olan Devletin, cinsiyet eşitliğinin yaşama geçirilmesi bakımından, evlilik sonrası kadının işten ayrılmasını özendirici bir yasal hükme çalışma mevzuatında yer vermemesi¹⁷ ve Anayasa Mahkemesi'nin de böyle bir hükmü yargı süzgecinden geçirip elemesi gerekir.

Buna karşılık, evlenme durumunda kıdem tazminatı alma olanağının erkek işçiden esirgenmesi, erkeği eşit olmayan bir duruma sokmaz. Çünkü, eşitlik ilkesi, aynı durumda olan kişilerin aynı kurallara bağlı olması anlamını taşımaktadır. Bu anlamda, evlenen erkeğin, işyerinden ayrılması söz konusu değildir; işyerinden ayrılacak olan, rolü itibarıyla kadın işçidir. Buna göre, sorun; kıdem tazminatı olanağının erkek işçiden esirgenmiş olup olmadığı değil, pozitif ayrımcılığı gerektirecek bir durumun var olup olmadığıdır. Evlenen kadın işçi için de, bir pozitif ayrımcı destek hükmünün gerekmediği, daha önce saptanmış bulunuyor.

IV. SONSÖZ

Buraya kadar yapılan açıklamalar, kıdem tazminatı kurumu yeniden ele alınacak olduğunda, evlenen kadın işçi için kıdem tazminatında pozitif ayrımcılığı gerektirecek bir durumun bulunmadığını ve giderek, 1475 sayılı İş K. m. 14/I hükmündeki evlenip işyerinden ayrılacak kadın işçiye kıdem tazminatı olanağını veren bölüme gereksinim duyulmaması gerektiğini göstermektedir¹⁸.

Ancak, Türk çalışma yaşamının tarafları, bırakın söz konusu düzenlemeyi, kıdem tazminatı kurumunun kendisini dahi, bir araya gelip tartışma olanağını bulabilmiş değildir.

DİPNOTLAR

- 1 AyM., 19.6.2008-2006-156/125-RG. 26.11.2008, No. 27066.
- 2 Bkz. Tankut Centel, "Kıdem Tazminatı Üzerine Gözlemler", İşveren XLVII, 8 (Mayıs 2009), 48, 49.

- 3 İş Hukuku'nun koruyucu niteliği için bkz. Kenan Tunçomağ/Tankut Centel, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2008, 10.
- 4 Bkz. Mustafa Kılıçoğlu/Kemal Şenocak, İş Kanunu Şerhi II, İstanbul 2008, 942 ve 944-945'deki Yargıtay kararı; Ünal Narmanlıoğlu, İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, İzmir 1998, 442 ve aynı yer, dn. 589'daki Yargıtay kararı.
- 5 Bkz. Cevdet İlhan Günay, İş Kanunu Şerhi II, Ankara 2006, 2750 ve aynı yer, dn. 84'deki Yargıtay kararı. Ayrıca bkz. Kılıçoğlu/Şenocak, 944-945'deki Yargıtay kararları. Karş. Ercan Akyiğit, İş Kanunu Şerhi II, Ankara 2006, 2356-2357; Şahin Çil, İş Kanunu Şerhi III, Ankara 2007, 3367; Sarper Süzek, İş Hukuku, İstanbul 2008, 688-689.
- 6 Bkz. Süzek, 689.
- 7 Bkz. Yarg. 9. HD., 19.2.1997-1996-19763/2758 – Kılıçoğlu/Şenocak, 944.
- 8 Bkz. Öner Eyrenci/Savaş Taşkent/Devrim Ulucan, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2006, 201.
- 9 Bkz. Saniye Dedeoğlu, "Eşitlik mi Ayrımcılık mı? Türkiye'de Sosyal Devlet, Cinsiyet Eşitliği Politikaları ve Kadın İstihdamı", Çalışma ve Toplum, 21 (2009/2), 50. Ayrıca bkz. Şükran Ertürk, Çalışma Hayatımızda Kadın-Erkek Eşitliği, Ankara 2008, 188.
- 10 Bkz. AyM., 29.11.1990-30/31-RG. 2.7.1992, No. 21272. Söz konusu karara ilişkin olarak bkz. Mesut Gülmez, İnsan Hakları ve Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılığın Kaldırılması ve Türkiye, Ankara 2009, 566-567; Hüseyin Hatemi, "MK. 159 Kuralını İptal Eden Anayasa Mahkemesi Kararına İlişkin Düşünceler", İş Hukuku Dergisi II, 4 (Ekim-Aralık 1992), 566 vd.
- 11 Ayrıca bkz. aşağıda III 3.
- 12 Bkz. Yukarıda II 1 c.
- 13 Bkz. Yukarıda II 1 a.
- 14 Kadınlar ile çocuklara ait olmak üzere özel işçi gruplarını koruyucu hükümler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tunçomağ/Centel, 175 vd.
- 15 Dedeoğlu, 52.
- 16 Bkz. yukarıda II 1 c.
- 17 Ayrıca bkz. Ertürk, 188. Karş. Kadriye Bakırcı, "İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik ve Mevzuatta ve Kamusal Politikalarda Yapılması Gereken Değişiklikler", Sicil II, 8 (Aralık 2007), 35-36.
- 18 Karş. Bakırcı, 35-36.

Prof. Dr. Zehra Gönül BALKIR

Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İş Hukukunda Mimarlık İş Sözleşmesi

GİRİŞ

Küreselleşmeyle birlikte dünyanın içinde bulunduğu ekonomik kriz her meslek grubunu olduğu gibi mimar çalışanları ve mimarlık mesleğini de olumsuz yönde etkilemektedir¹. Mimarların istihdam sorunları ücretli çalışanlarda çalışma koşullarında, ücretlerde ve özlük haklarındaki yetersizlik ve daralmalarla çalışma koşullarının tanımsızlığı, çalışanların iş güvenliğinin işverenin iki dudağı arasına sıkışmış kalmış olması, tasarımcı olması gereken mimarlık mesleği ve hizmetinin mimarlık dışı alanlara kaymasına yol açmaktadır.

Gerçek eğitim ve meslekleri dışında kontrol elemanı, raportör, şantiye sorumlusu, fiilen teknik ressam, büro elemanı ve benzeri işlerde çalışmak zorunda kalan mimarların yaşadıkları mesleki kimlik bunalımı; giderek üretimlerini etkiler hale gelmiştir². Öte yandan bir başkasının emrinde bağımlı çalışan mimar sayısının artmasıyla birlikte; mimarlar, kendilerini; yalnız bırakılmış; mesleklerine ve yaptıkları işe yabancılaşmaya başlamış hissediyorlar³.

Çalışma yaşamında ücretli çalışanların haklarında gittikçe daralmalara gidilirken; serbest meslek erbabı olarak görev yapması gereken mimarların; özel sektörde işçi mimar olarak çalışmaya başladıkları görülmektedir. Kamudaki personel rejimi uygulamaları, yerleşme çaba-

ları ve giderek taşeronlaşmanın arttığı çalışma düzenleri mimarların üzerindeki baskıyı çoğalttığı gibi ücretli çalışan mimarların özlük haklarında daralmalara yol açıyor. Mimarlar arasında açık veya gizli işsizlik artarken; mimari hizmeti, yaratma eyleminin bağımsızlığını gerektirmesine rağmen; serbestçe mesleklerini icra edemeyip ekonomik nedenlerle kaçınılmaz olarak iş sözleşmesiyle çalışmaya başlıyorlar.

Mimari emeğini bir başkasının emrine vererek çalışmaya başlayan mimarlar; iş sözleşmelerine bağlı olarak çalışıyorlarsa da, mimari emeğin aynı zamanda fikri mülkiyet haklarıyla korunmasından dolayı mimarlık iş sözleşmeleri; klasik iş sözleşmelerinden farklı karakteristik özellikler gösteriyor.

Mimarlık iş sözleşmesinin hukuki yapısını ortaya koymak istediğimiz bu çalışmada; öncelikle mimarlık iş sözleşmesinin hukuki nitelikleri üzerinde durularak; işçi mimarlık sözleşmesinin özellikleri incelenmeye çalışılacaktır.

1. MİMARLIK İŞ SÖZLEŞMESİNİN TANIMI

Biçim haline gelmiş yaşam olarak tanımlanan mimarlık mesleği gerçekte yapı tasarım sanatıdır⁴. Yapıları tasarlayıp çizen ve uygulamasını yönlendiren sanat ve fen insanı olarak mimar olabildiğince çok sayıda zorunluluğu

olabilecek en geniş uyarlanabilirliği isteyen kişidir⁵.

Mimar, bir başkasının emrinde iş sözleşmesiyle çalışırken; gerçekte iş gören işçi mimardır. İşvereniyle yaptığı mimarlık sözleşmesi; işçi mimarlık sözleşmesidir ya da başka bir deyişle mimarlık iş sözleşmesidir. Mimarla, iş sahibi işveren mimar arasındaki ilişki ise; işçi mimarlık ilişkisidir. Başka bir mimarın yanında çalışan mimarlar veya özel hukuk tüzel kişilerinde süre ve bağımlılık temelinde iş gören mimarların durumu benzerdir ve onlar hakkında da işçi mimar tanımı yapılabilir⁶.

Mimarların, mimarlık ilişkilerini düzenleyen mimarlık yönetmeliğinde; süre ve bağımlılık temelinde iş gören mimarlar için ücretli mimar deyimi kullanılmakta ve bu şekilde bir tanım yapılmaktadır⁷.

Mimarlık iş sözleşmesi kanunda anılan sözleşmelerden olmamakla beraber hukuki yapısı itibariyle öteki borçlar hukuku sözleşmelerinden çok farklı değildir. Mimarlık iş sözleşmesinde, taraflar arasındaki çalışma ilişkisinde iki ayrı hukuki ilişki ve buna bağlı olarak iki ayrı hukuki sözleşme söz konusudur. Bu sözleşmeler iş sözleşmesi ve mimari eser sözleşmesidir.

İş sözleşmesine Borçlar Kanunu'nda yer verilmiş ve Kanunda; "hizmet akdi, bir mukaveledir ki onunla işçi muayyen veya gayri muayyen bir zamanda hizmet görmeyi ve iş sahibi dahi ona bir ücret vermeyi taahhüt eder" diyerek tanımlanmıştır (BK.Md.313/1). Aynı şekilde; iş ilişkisine temel alınan iş sözleşmesi, İş Kanunu'nda; işçi olan bir tarafın bağımlı olarak iş görmeyi işveren olan diğer tarafın da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan bir sözleşme olarak tanımlanır. Yine İş Kanunu'nda işçi; bir iş sözleşmesine dayanarak, çalışan gerçek kişi olarak tarif edilir (m.2/1). Her iki kanunda da iş sözleşmesi; bir başkasının emrinde, belirli bir ücret karşılığında belirli bir süre için bedenen ve zihnen yapılan bağımlı bir çalışma türü olarak tanımlanmıştır.

Mimari eser sözleşmesi, kanunda sayılan sözleşmelerden olmayıp eser sözleşmesinin özelleştirilmesiyle mimari açıdan fikri mülkiyet hakkıyla taçlandırılan bir eser sözleşmesi olduğunu söylemek gerekmektedir.

Mimari eser sözleşmesi, konusunu insan emeğinin oluşturduğu sözleşmelerdendir⁸. Mimari eser sözleşmesi, işgören mimar ya da yüklenici müteahhit denilen kişilerle iş sahibi denilen kişi arasında yapılan öyle bir sözleşmedir ki, bununla işgören mimar, iş sahibinin vermeyi üstlendiği bir ücret karşılığında bir yapıt/proje ortaya koyma borcunu yüklenir (BK. 355)⁹.

Serbest mimarla sözleşme yapan, özel hukuka tabi gerçek ve tüzel kişilerle, kamu tüzel kişileri, kamu kurum ve kuruluşları, "iş sahibi" olarak kabul edilip adlandırılırken; mimarın 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na göre kazandığı başkasına devredilemeyen eser sahipliği hakkına dayanarak (Yönet. Md.4), yaptığı eser sözleşmesine "mimari eser sözleşmesi" adı verilir. Bu çerçevede mimari eser sözleşmesinin bir nevi eser sipariş sözleşmesi olduğu da söylenebilir¹⁰.

Mimarlık hizmetinin sonucunda yaratılan mimari eserler fikri mülkiyet haklarına konu olmaktadır. Mimari eser sahipliğini koruma altına alan haklar olarak; fikri mülkiyet hakları, mimarlık hizmetinde görüldüğü gibi insanın zihni emek ürünleridir¹¹. Doktrinde fikri hakların hem özel hukuk, hem de kamu hukuku niteliğine sahip olduğu belirtilmiş olsa da; fikri mülkiyet özel hukuk ağırlıklı olup tekel niteliğinde bir korumadan yararlandırılmışlardır¹². Farklı sürelerle koruma altına alınmış bulunan mimari eserlerin fikri mülkiyet haklarına ait koruma süreleri; son yasal değişiklikten sonra artık; FSEK'nun 27. maddesine göre; eser sahibinin yaşadığı müddetçe ve ölümünden sonra da 70 yıl olarak kabul edilmiştir. Böylece mimari eserlerin hak sahipliği mimarın yaşamı boyunca ve ölümünden sonra da 70 yıl süreyle koruma altına alınmıştır¹³. Mimarlık hizmeti sonucunda mimari eser sözleşmesiyle çalışan mimarın yarattığı mimari projeler ve uygulama ürünleri; kişisel haklardan sayılıp, koruma altına alınmıştır.

Bu kapsamda yer alan mimarlık iş sözleşmesi de bir mimari eser sözleşmesiyle iş sözleşmesinin birleştirilmesinden doğmuş olmaktadır. Çok özgün bir hizmet ve faaliyet alanı olan mimarların yaratıcılık karakterlerini ve fikri mülkiyet haklarını da katarak yaptıkları sözleş-

me taraflar arasında karşılıklı ama eşit olmaksızın ziyade taraflara farklı edimler yükleyen çok farklı bir sözleşme ve ilişki türü doğurmuştur. Bu yeni sözleşmenin iş sözleşmesinin bir çeşidi olduğu düşünülebilir.

Mimarlık iş sözleşmesi, farklı karakteristik özellikler taşıyan; ama aynı zamanda iş sözleşmesinin karakteristik özelliklerini de içinde barındıran bir sözleşmedir. Mimarlık ilişkisini ve çalışma türünü belirleyen iş sözleşmesine mimarlık iş sözleşmesi adı verilir. Mimarlık iş sözleşmesi; mimarların bir başkasının emrinde çalışmak üzere yaptıkları sözleşme olarak da tanımlanabilir. Mimari iş sözleşmesi karma bir sözleşmedir. Bir yanında eser sözleşmesinin bütün karakteristik unsurlarını taşıırken; öte yanında iş sözleşmesinin eser sözleşmesiyle bağlantılı ve iş görme borcu sağlayan unsurlarını da içinde barındırır.

Mimarların; bir başkasının emrinde bağımlı olarak yaptıkları iş ilişkisi, bir işçilik hizmeti ve statüsüdür. Taraflar arasındaki sözleşme iş sözleşmesine dayanır ve bu ilişkinin tarafları da işçi ve işverendir. Bir başkasının emrinde yapılan çalışma, mimarlık iş ilişkisine dayanan mimarlık çalışmasıdır. Bu halde; taraflar arasındaki sözleşme mimarlık iş sözleşmesidir ve bu sözleşmenin tarafları da işçi mimar ile serbest erbabi işveren ve bazen de mimar işverendir.

Mimarlık iş sözleşmesi; emeğini, bir başkasının emrine sunan mimarın yaptığı iş sözleşmesidir. Mimarlık iş sözleşmesi; mimarın, mimarlık hizmetini bağımlılık ilişkisi içinde sürdürmesidir. İşçi mimarların süre ve bağımlılık temelinde iş gördüğü sözleşmelerde ekseriyetle hem iş sözleşmesine, hem de mimarlık sözleşmesine ait edimler bulunmaktadır.

İş hukukunun temel karakterini ortaya koyan iş sözleşmesi ise; taraflar arasındaki sıkı bağımlılık ilişkisi nedeniyle özelleşmiş; süreç içinde, Borçlar Kanunu'ndaki iş sözleşmesinin özel bir biçimi olarak ortaya çıkmıştır. Benzer süreçle; mimarlık iş sözleşmesi de İş Kanunu'ndaki iş sözleşmesinin özel bir biçimi olarak ortaya çıkmıştır. Mimarlık iş sözleşmesi; iş sözleşmesinin asli unsuru olan bağımlılık ilişkisinin bütün unsurlarını bünyesine katarak, çift karakterli karma bir sözleşme şekline bürünmüştür.

2. MİMARLIK İŞ SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİKLERİ

2.1. Özel Hukuk Sözleşmesi Olması

İş sözleşmesi bir özel hukuk sözleşmesidir ve işçi tarafı daima bir gerçek kişidir¹⁴. Mimarlık iş sözleşmesi de esas olarak öncelikle bir özel hukuk sözleşmesi ve daha doğru ifadeyle gerçek bir borçlar hukuku sözleşmesidir.

Tüm özel hukuk sözleşmeleri gibi; mimarlık iş sözleşmesi de, sözleşme yapma ehliyeti olan iki tarafın; serbest iradelerinin birleşmesinden, meydana gelen bir özel hukuk sözleşmesidir. Bu nedenle, mimarlık iş sözleşmesinin kuruluşu ve hükümlerini meydana getirmesi; diğer özel hukuk sözleşmelerinde olduğu gibidir¹⁵.

Özel hukuk sözleşmelerinde işverenin gerçek ya da tüzel kişi olması durumu değiştirmez. Hatta kamu iktisadi teşebbüsleri ya da bizzat devletin işveren olması sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olma niteliğini değiştirmez¹⁶.

2.2. Karma Bir Sözleşme Olması

Mimarlık iş sözleşmesi karma bir sözleşmedir¹⁷. Karma sözleşmeler; tipik birkaç akdin unsurlarının tek bir akit içinde kaynaşması, karışması ile meydana gelmektedirler. Karışık muhtevalı karma sözleşme, tipleri edimin içeriğine ve yüklenilme biçimine bağlı, sözleşmelerin esaslı unsurlarını kısmen veya tamamen kanunun öngörmediği bir bütünlük içinde birleştiren tek bir sözleşmedir. Yargıtay; karma sözleşmeler için; "Kombine sözleşmeler, sözleşmenin taraflarından birinin kanunda yer alan birden çok sözleşmeye ilişkin denk kıymette edimler taahhüt ettiği, buna karşılık diğer tarafında bir edimi (çoğunlukla para borcunu) taahhüt ettiği sözleşme tipleridir" tanımlamasını yapmıştır¹⁸.

Karma sözleşmede, yasada ayrı ayrı düzenlenmiş çeşitli sözleşmelere ait edimlerin tek bir sözleşmede; yasanın öngörmediği biçimde bir araya gelmesi söz konusu olmalıdır. Sözleşme taraflarının bu yöndeki iradesi açık veya zımni olabilir. Eğer irade zımni ise edimler arasındaki iktisadi ve fiili bağıllık da önem taşıyacaktır¹⁹.

Karma sözleşmeler isimsiz sözleşmelerin

teknik olarak en karmaşık ve öğretide en tartışılan kısmını oluşturmaktadır. Teknik olarak karmaşık ve birbiriyle kaynaşan ve her biri başka hükümlere tabi farklı tipler söz konusu olduğundan tartışmalıdır. Bu tip sözleşmelerin kaynaşmasıyla ortaya çıkan sözleşme kanunun öngördüğü bir sözleşme değildir ve unsurlarının tümü ayrı ayrı yasa ve yasalarla düzenlenmiştir. O halde, bir karma sözleşme aslında yasal düzenlemeden tümüyle yoksun değildir. Ancak, içinde barındırdığı unsurlara tekabül eden hükümlerin ne oranda uygulanacağı bir sorun olarak karşımızda durmaktadır²⁰.

Yasayla düzenlenmemiş ya da unsurları düzenlendiği halde açıkça öngörülmemiş bu hukuksal alanda, meselenin çözümüne yönelik olarak; öncelikle alan; atipik bir sözleşme olarak karma sözleşme ve kendine özgü sözleşme (sui generis) olarak iki bölgeye ayrılmıştır. Sözleşme edimleri genel olarak; asli edimler ve yan edimler olarak ayrılmaktadır. Asli edimler sözleşmenin tipini belirlerken; karşılıklı sözleşmeler açısından bakıldığında tip tayin edici unsurlar ile tip açısından zaruri unsurlar olarak kolayca ikiye ayrıştırılabilirler. Örneğin iş sözleşmesinde tip tayin edici unsur süre ve bağımlılık temelinde iş görme, tip açısından zaruri unsur ise ücrettir. Bir sözleşmenin tip tayin edici unsurlarında yapılan değişim; o sözleşmeyi genellikle kendine özgü kılar. Tip açısından zaruri unsurlarda yapılan değişim ise genelde ortaya karma bir sözleşme çıkarır²¹.

Yargıtay'a göre "Bir sözleşme ile Borçlar Kanununun özel hükümleri bölümünde gösterilen sözleşmelerden yalnız biri değil, birkaçı, hatta bu bölümde öngörülme ve kanunun yasak etmediği bir sözleşme de birlikte yapılabilir"; bunlar karma sözleşme olarak adlandırılır. Yargıtay'ın içinde hem çeşitli tiplere ait olan unsurları, hem de hiçbir tipe ait olmayan unsurları aynı anda barındıran sözleşmeleri de "karma sözleşme" saydığı görülmektedir. Burada içerik itibarıyla karma nitelik taşıyan bir sözleşmenin taraflarca yasal tiplerden birisi olarak isimlendirilmesinin, o akdin karma sözleşme olarak kabulünü engellemeyeceğini eklemek gerekir. Sonuç olarak karma sözleşme, çeşitli yasal tiplere ait asli ya da tali unsurların yasa-

nın öngörmediği biçimde tek bir sözleşmede bütünleşmesiyle oluşan sözleşme şeklinde tanımlanabilir²².

Yargıtay'ın da; bu konuda taraflara ait edimlerin denk kıymette olması gerektiği düşüncesinde olduğunu belirtmek gerekir. Diğer yanın edimi ise genelde tek bir unsur olarak ücret olup, bu bağlamda bir bütün teşkil etmektedir. Yargıtay'a göre; karma sözleşmelerin niteliğinin, sözleşme şartlarına göre ayrı ayrı tanımlanması ve doğurduğu hak ve borçların da aynı şartlar dikkate alınarak takdiri gerekir. O halde karma sözleşmelerin çözümlenmesinde tek bir görüş yerine her bir sözleşmenin özellikleri dikkate alınarak, belirlenecek değişik görüşlere başvurulmasının uygulamada da benimsendiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Bununla birlikte Yargıtay öğretiden esinlenerek bazı ilke kararları almıştır. Özellikle çift tipli karma sözleşmeler açısından Yargıtay, "Kural olarak karma sözleşmeye, her bir edimin alındığı sözleşmelerden her birinin kurallarının doğrudan doğruya" uygulanması gerekeceği görüşündedir²³. Artık istisnalar dışında çift tipli karma sözleşmeler açısından taraflar arasında öncelikle sözleşmelerin birleştirilerek değerlendirilmesi ve çatışma halinde menfaatler dengesi ve hakkaniyete uygun düşen hükmün tercih edileceğine ilişkin değerlendirmelerin benimsendiği söylenebilir²⁴.

2.3. Karşılıklı Borç Yükleyen Bir Sözleşme Olması

Mimari eser sözleşmesinin hukuki niteliğine bakıldığında mimari eser sözleşmesiyle birlikte iş sözleşmesini de kapsayan karakteristik özellikleri bünyesinde toplayan mimarlık iş sözleşmesi; ivazlı, şekle bağlı olmayan, rızai nitelikte, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme görünümündedir²⁵. Mimari eser sözleşmesi de, iş gibi, "tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdendir; çünkü eser sözleşmesinde; hem iş sahibinin hem de yüklenici olarak mimarın edimleri karşılıklı olarak değiştirilerek mübadele edilmektedir²⁶.

İki tarafa karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler her iki tarafı da edim yükümü altına sokan ve bu edimlerin karşılıklı olarak değiştirilmesini

gaye edinen sözleşmelerdir. İş sözleşmesinde yapılan iş karşılığında ücret ödenmesi, bu sözleşmenin borçlar hukukundaki iki taraflı akitler arasında sayılmasına neden olmuştur²⁷.

İş sözleşmesi, iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. İşçi, iş görme ve işverende ücret ödeme temel borcu altına girer²⁸. Mimarlık iş sözleşmesinde; işçinin iş görme borcuna karşılık, işverenin ücret ödeme borcu olduğundan; taraflardan her biri, öteki tarafın edimine karşı borç yüklenmektedir. Bu niteliği nedeniyle, mimarlık iş sözleşmesi de karşılıklı borç yükleyen iki taraflı bir sözleşmedir²⁹.

Hukuki nitelendirme açısından, mimar yanında çalışan işçi mimarların yaptıkları işçi mimarlık sözleşmeleri; bire çok tipik edimli (ikiz - kombine) karma sözleşmelerdir. Ancak farklı olarak, anılan sözleşmelerde iş sözleşmesi mimarlık sözleşmesine oranla baskın karakter taşımaktadır. Çünkü ortada işveren mimarın işyerinde, emir ve talimatı altında, süre temelinde görülen bir iş vardır ve hukuki bilgisi nedeniyle özellikle mimarlık mesleğinin yapılışı açısından; işveren mimarın, işçi mimarı denetleyebilme olanağı çok daha fazladır.

Şirket mimarlarında ise bu denetim işverenin hukuken donanımlı olup olmamasına göre değişse de, genellikle çalışma saatlerinin belirlenmesi ve benzeri şekli unsurlar açısından yapılabilir. Bu türden mimarlık iş sözleşmelerinde kural olarak iş sözleşmesi hükümleri uygulanmaktadır. Ancak, işçi mimarlık ilişkisinin konusunu oluşturan edimlerden biri olan mimarlık mesleğinin yapılışı açısından; başkasını temsilen de olsa yapılıyor olması nedeniyle, menfaatler dengesi de gözetilmeli ve uygun düştükçe mimarlık sözleşmesinin hükümleri de uygulanabilmelidir. Özellikle mimarlık mesleğinin yerine getirilmesinde; gereken yüksek özen borcu açısından, mimarlık sözleşmesine özgü kuralların uygulanması gerekebilir³⁰.

Karma bir sözleşme olarak mimarlık iş sözleşmesinde, bire çok tipik edimli sözleşme olarak; ikiz - kombine karma sözleşme özelliği ağır basmaktadır. Sözleşmenin mimarlık ilişkisi kısmında, sözleşmenin tabi olacağı hükümler belirlenirken; İş Kanunu, Mimarlık Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun eser sözleşmesinin bazen

de vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerinin uygun düştükçe uygulanması söz konusudur. Mimarlık iş sözleşmesinde ayrıca; iş sözleşmesindeki süre ve bağımlılık temelinde iş görme edimi de bulunmaktadır. Bu yönüyle; İş Kanunu hükümlerinin de uygulanması gerekir. Söz konusu yasalardaki hangi hükümlerin uygulanacağı meselesi; her bir somut olayın niteliğine ve taraflar arasındaki menfaat dengelerine göre değişecektir.

Sonuç olarak mimarlık iş sözleşmesinde; ortada bir ikiz (kombine) karma sözleşme olduğunu kabul etmek ve iş hukukunun yorum yöntemlerini de gözden kaçırmadan karma sözleşmelere ilişkin birikimden yararlanmak suretiyle teknik açıdan daha uygun bir çözüme varılmalıdır. Taraflar arasındaki çalışma ilişkisine, menfaatler dengesi bağlamında bakıldığında; taraflardan birisi emir ve talimat verme yetkisine sahip işveren konumunda, diğeri ise süre ve bağımlılık temelinde iş gören işçi konumunda olduğu görülmektedir. Mimarlık iş sözleşmesinin karakteristik özelliği dikkate alındığında; mimar çalışanın eser yaratma özelliği ve mimarlık ilişkisi de önem taşımakla birlikte, iş ilişkisine dayanan süre ve bağımlılık temelinde iş görme ediminin öne çıktığı görülmektedir.

2.4. Bağımlılık ve Süre Temeline Dayanan Bir Sözleşme Olması

Tarafların özgür iradeleriyle bağitlanan iş sözleşmesi, aynı zamanda taraflar arasında bir hiyerarşi oluşturur. İşçiyi koruyucu iş hukuku hükümleri gerçekte borçlar hukukunun liberal hükümlerinin çalışma ilişkilerine uygulanmasını önlemek üzere getirilmiştir. O nedenle boşluk halinde, çalışma ilişkilerine genel hükümlerin uygulanmasında; mutlaka iş hukukunun temel ilkelerine uygun düşme koşulunun aranması gerekir. Bu ilkelerin başında, işçi lehine yorum ve işçinin korunması ilkeleri gelmekte olup; Yargıtay iş sözleşmelerinin yorumlanmasında, her ikisinden de yararlanmaktadır. İş hukuku ile ilgili sözleşmeler açısından da bakış açısının kural olarak benzer olması ve özellikle taraflar arasındaki bağımlılıktan kaynaklanan eşitsizliğin gözden kaçırılmaması gerekir. Mimarlık iş sözleşmesinde; ortada tam bir iş sözleşmesi bu-

lunmayıp, sadece bazı unsurlarının; sözleşme-
de kısmen yer alması, bu yorumun uygulanma-
sını bir ölçüde zayıflatabilecektir.

İş hukukuyla ilgili karma sözleşmelerin çö-
zümünde; klasik sözleşme hukukuna ait görüş
ve tekniklerden yararlanılması, iş hukukunun
sosyal özelliğinin geri plana itilmesi anlamına
gelmemeli; belirtilen koruyucu özellik, yorum
esnasında daima dikkate alınmalıdır. İş huku-
ku ile ilgili bir karma sözleşmede uyumsuzluk,
süre ve bağımlılık temelinde iş görme edimi
üzerinde yoğunlaşıyorsa; kural olarak iş sözleş-
mesi hükümleriyle çözümlenmesi uygun olur.
Bununla birlikte, aynı sözleşmede iş hukuku
kadar sosyal özellik taşıyan başka bir sözleşme
tipinden edim de olması halinde, varılacak çö-
zümün diğer türden sözleşmenin örneğinin mi-
mari eser sözleşmesinin karakteristik özelliğini
bertaraf etmemesine dikkat etmek gerekir.

Uyumsuzluk süre ve bağımlılık temelinde iş
görme ediminde değil de; bir diğer sözleşme-
nin tip tayin edici edimi üzerinde yoğunlaşı-
yorsa ve o tip açısından uyumsuzluk konusu
mevzuatta açıkça düzenlenmişse, kural olarak
o hükmün uygulanması uygun olur. Söz konu-
su edimin; aynı zamanda iş sözleşmesinin
yan edimini oluşturması halinde dahi, durum
değişmez. Ancak, somut olayda iş hukukunun
sosyal özelliğiyle işçiyi himaye edici kurallarını
dolanma niyeti varsa, bu niyet yapılacak yo-
rumla mutlaka boşa çıkarılmalıdır. Öte yandan,
diğer tip tayin edici edimin ait olduğu sözleş-
meye ilişkin hükümlerde uyumsuzluk konusu
hiç düzenlenmemişse, menfaatler dengesi de
gözetilerek, uygun düştüğü ölçüde iş sözleş-
mesi hükümleri ya da başka bir tipe ait hüküm-
lerle iyiniyet kuralları kıyasen uygulanabilir.

Uyumsuzluk hem süre ve bağımlılık temelinde
iş görme edimini hem de bir başka tipik
edimi eşit şekilde ilgilendiriyorsa somut olayın
özelliğine ve karma sözleşmenin çeşidine göre
birleştirmeden yararlanılabilir. Farklı tiplere iliş-
kin hükümler arasında çatışma varsa emredici
hükümler tercih edilmelidir. Çatışan hükümle-
rin tümü emredici ise, o zaman menfaatler den-
gesi de göz önünde tutularak, adalete uygun
bir çözüm araştırılacaktır. Farklı tiplere ait hü-
kümlerden hiçbiri uyumsuzluğu açıkça düzenle-

miyorsa, o zaman da kıyas yollarından yarar-
lanılarak uyumsuzluk çözümlenebilir. İhtimaller
değerlendirilirken uyumsuzluk konusu edimin;
karma sözleşmedeki ağırlığı ve menfaatler den-
gesi sürekli olarak tartılmalıdır³¹.

İş sözleşmesi; edim borcunun, bir defada
ödendiği bir borç olmayıp; zaman içerisinde
edimin yerine getirilebileceği bir borç ilişkisi
kurar ve iş görme edimi sona ermeyerek, süre-
li olarak devam eder³². Mimarlık iş sözleşmesi
de benzer şekilde zamana bağlı ve devamlı bir
sözleşmedir. İş sözleşmesinde hizmetin ifası
devamlılık arz eder. İşçinin ifa etmekle yüküm-
lü olduğu iş görme borcu; kesintisiz bir fiil ve
davranışla ifade edilen ve işçiyi devamlı bir
uyuma yükümlülüğü altında bırakan bir edim-
dir³³. İşçinin, işverenin bağımlılığı altında bu-
lunması; bir özel hukuk sözleşmesinin tarafları
arasında bulunması gereken eşitliği bozarken;
iş sözleşmesinde var olan otorite bağımlılık iliş-
kisi; sözleşmenin tarafları arasında kaçınılmaz
olarak, hukuki bir hiyerarşi yaratır³⁴.

İş sözleşmesinin karakteristik tip tayin edici
edimi olan bağımlılık ilişkisi, mimarlık iş söz-
leşmesinde mutlaka yer almaktadır. Süre ve
bağımlılık temelinde; iş görme edimine rengini
veren unsur olan bağımlılık, sadece iş sözleş-
mesini tespit etmeye yarayan teknik bir kav-
ram değildir. Aslında ortada bir iktidar meselesi
mevcuttur. İş hukuku işverenin işçi üzerindeki
iktidarını sınırlama amacına yöneliktir. Bağımlı-
lığın ve dolayısıyla iş sözleşmesinin varlığı, kla-
sik sözleşme hukukunun sözleşme özgürlüğü,
tarafların eşitliği gibi temel ilkelerine karşıt so-
nuçlara yol açar. İrade özgürlüğünü esas alan
sözleşme hukukunun aksine, iradenin bağımlı-
lığının temel alınmasının yarattığı çelişki iş hu-
kukunu besleyen damarlardan biridir.

Mimarlık iş sözleşmesinde, işin yapılması az
veya çok; devamlı bir süre içinde olmaktadır.
Sözleşmenin süreli veya süresiz sona ermesi-
nin, belirli veya belirsiz olması; mimarlık iş söz-
leşmesinin devamlılık özelliğini ortadan kaldır-
maz. İşverenin ve işçinin edimleri devamlılık
gösterir. Mimarlık iş sözleşmesinin yapılmasın-
da, uygulanmasında ve sona ermesinde uygu-
lanacak esasların belirlenmesinde; kullanılacak
ölçüt, daima süredir³⁵.

2.5. İşçinin Şahsına Bağlı Bir Sözleşme Olması

Mimarlık iş sözleşmesinde; her iki tarafın da iş sözleşmesinin gereği olan, ihtimam ve sadakat yükümlülüklerine uygun davranması gerekir. Bu özellikleri nedeniyle iş sözleşmesi, sadece bir borç sözleşmesi niteliğinin çok üstünde; aynı zamanda kişisel bir birlik ilişkisi niteliğini de taşımaktadır³⁶.

İş sözleşmesi, taraflar arasında kişisel ilişki kuran bir sözleşmedir³⁷. Çağdaş iş hukukunda, iş sözleşmesinin temel niteliğinin; işçinin kendi şahsı ile yakından ilgili ve bu niteliğiyle doğrudan işçinin şahsına bağlı bir sözleşme olduğu kabul edilmektedir.

İşçinin ediminin, eşya ve para değil; bizzat hizmet olması ve bu hizmetin de; işçinin doğrudan şahsıyla ile yakından ilişkili bulunması nedeniyle mimarlık iş sözleşmesi de; tıpkı iş sözleşmesi gibi, işçinin şahsına bağlı bir sözleşme olma özelliği taşımaktadır. Bu yüzden mimarlık iş sözleşmesinin tarafları arasında da işin yapılması ve karşılığında ücret ödenmesi borçlarına ilaveten; sadakat, işverenin talimatlarına uyma, işçinin sağlığını koruma ve işçilere eşit davranma gibi yeni borçlar eklenmiştir³⁸.

3. MİMARLIK İŞ SÖZLEŞMESİNDE TARAFLARIN KARŞILIKLI EDİMLERİ

Mimarlık iş sözleşmesi hem mimari eser sözleşmesi ve hem de iş sözleşmesinin karakteristik özelliklerinin birleştiği bir sözleşmedir. Bu nedenle her iki sözleşmenin baskın özelliklerini içinde barındırır. Bu baskın özellikler ve tarafların karşılıklı edimleri çoğu zaman birbiriyle çelişir. Eser sözleşmesi kural olarak ani edimli borç ilişkisi doğurur. Mimar ya da müteahhidin bir sonuç borcu üstlenmesi nedeniyle; işçilerden farklı olarak, kendisinden bekleneni yapmış olsa bile; eserin, ayıplı olmasından sorumludur. Öte yandan iş sözleşmesi sürekli borç ilişkisi doğurduğundan; işçi sonuca ulaşmayı yani edim sonucunun başarılı, ayıpsız olmasını taahhüt edemez. İşçiye sadece özen borcu yüklenir. İşçi kendi özen borcuna aykırılıktan sorumludur³⁹.

Mimari eser sözleşmesi mimarın belli bir mimari emek vermeyi üstlendiği ve ücrete hak kazandığı, iş görme borcu doğuran bir eser sözleşmesidir. İş sözleşmesinde tarafların edimleri süre ve bağımlılık temelinde iş görme ve ücret olarak ayrıştırılmıştır. Mimarlık iş sözleşmesinin edimlerine baktığımızda; bu karma sözleşmenin mimari eser sözleşmesinden ücret ve mimarlık hizmeti verme edimini yüklediği; iş sözleşmesinden de süre ve bağımlılık temelinde iş görme ve ücret edimini de kendi içine alarak; karşılıklı tüm edimleri tek bir sözleşmede taşıdığı görülmektedir.

Tarafların karşılıklı hak ve borçlarını belirlemede iş sözleşmesiyle eser sözleşmesi ayrımı araştırılırken; iş sözleşmesinin ve eser sözleşmesinin edimlerini yakından incelemek gerekmektedir. O halde mimari iş sözleşmesinin birleştirilmiş yapısı bir yandan her iki sözleşme türünde de yer alan ücret edimini içinde barındırırken; aynı zamanda mimari hizmeti ve aynı zamanda bağımlılık temelinde yer alan iş görme ediminin hukuki sorumluluğunu birlikte taşıyacaktır.

Mimarlık iş sözleşmesinde tarafların karşılıklı hak ve borçları da çizilen bu çerçeve içinde hangi edimden doğuyorsa ve o edim hangi tip borçlar hukuku sözleşmesine uyuyorsa o sözleşmenin genel kurallarına göre çözümlenmeye çalışılacaktır.

3.1. İş Görme Edimi Olarak Mimarlık Emeği

İş görme, bir kimsenin iktisadi yönden iş olarak değerlendirilen ve ekonomik değeri olan her türlü davranışdır⁴⁰. İş sözleşmesinde iş ve çalışma unsurunu işçinin bedeni ve zihni herhangi bir çalışması oluşturur. İş sözleşmesinin konusu herhangi bir işin görülmesi olarak insan emeğidir. Gerçekten iş görme; karşı taraf için, ekonomik değeri olan her türlü faaliyettir. İş görme hakkında hiçbir sınırlama yoktur; işin bedeni veya fikri olması yahut kamu hizmeti niteliğinde bulunması herhangi bir farklılık yaratmaz. İşçinin işini görürken sadece emeğini kullanması ya da birtakım alet ve edevattan yararlanarak emek yaratmasının bir önemi yoktur⁴¹. İşçi mimar da aynı şartlar altında çalışmaktadır.

Mimarlık iş sözleşmesinin konusu; mimar olan işçinin, mimarlık hizmetlerini yerine getirmesidir. Burada işin kendisinde ve çalışanların kimliği üzerinde mimar olma gibi bir sınırlama bulunmaktadır. Mimarlık iş sözleşmesinde; mimar olan bir insanın mimarlık hizmetini ve gereklerini yerine getirmesi söz konusudur.

Mimari eser sözleşmesi; mesleğe hakim kamusal kurallara rağmen maddi hukuka tabii bir özel hukuk sözleşmesidir. Mimari eser sözleşmesinin esaslı edimleri; ücret ile mimarlık tekele kapsamına giren mimarlık hizmetinin yerine getirilmesi olarak ayrıştırılabilir. Mimarlık tekele kapsamına rağmen mimarlık hizmetlerinin kapsamı bir hayli geniştir ve mimarlık tekeli içindeki mimari proje müellifliğinden teknik uygulama sorumluluğuna kadar her türlü mimari hizmeti karşılayacak kadar geniştir.

3.2. Mimarlık İş Sözleşmesinde Bağımlılık Unsuru

Kural olarak iş sözleşmesiyle, işçi; ücret karşılığında, belirli veya belirsiz bir süre için işverenin hizmetinde çalışma borcu altına girmektedir⁴². Gerçekten iş sözleşmesinde taraflar arasında sıkı bir bağımlılık vardır. Bu bağımlılık kendisini özellikle işçinin işverene bağımlı ve tabi kılması; belirli ya da belirsiz süreyle onun emir ve talimatları altında bulunması şeklinde gösterir⁴³.

Borçlar Kanunu'nda yer alan iş sözleşmesi tanımında; iş görme ve ücret unsurlarına yer verildiği halde, iş sözleşmesinin temel unsurlarından biri olan bağımlılık unsuru belirtilmemiştir. Bu unsuru da eklemek suretiyle iş sözleşmesini işçi olan tarafın belirli veya belirsiz bir süre için bağımlı olarak iş görmeyi ve işveren olarak diğer tarafında ücret ödemeyi taahhüt ettiği bir sözleşme olarak tanımlayabiliriz⁴⁴.

İş Kanunu'nun 2/1. maddesine göre; işçi ile işveren arasında kurulan ilişkiye, iş ilişkisi denilir. İş ilişkisi, işçiye işverenin işini yapma borcu yükleyen hukuki bir ilişki olarak tanımlanabildiği gibi; işverenin işçiyi çalıştırmasına dayanan hukuki bir ilişki olarak da anlaşılabilir⁴⁵. Hukukumuz yönünden iş sözleşmesi iş ilişkisini doğuran ve düzenleyen veya işçiye işverenin işini görme borç ve yükümünü yükleyen bir

anlaşma olarak nitelenebilir⁴⁶. Mimarlık iş sözleşmesinin de iş görme, ücret ve bağımlılık ilişkilerinden oluşan üç unsuru bulunmaktadır.

İş sözleşmesinde bağımlılık ilişkisi sözleşmenin asli unsurudur. İş hukukunda ve iş sözleşmesinde bağımlılık ve bağımlılık ilişkisi yargıç kararları ve doktrin tarafından ilave edilen bir unsur olarak iş sözleşmesini diğer sözleşmelerden ayıran en önemli özelliktir. Diğer iş görme sözleşmelerinde de daima bir karşılık söz konusudur. Oysa iş sözleşmesinde bu karşılık bağımlılık ilişkisi olarak sabit olduğu halde diğer sözleşmelerde bağımlı hukuki bir ilişki söz konusu değildir.

İş sözleşmesinde bağımlılık unsuru işçinin işverenin otoritesi altında iş görmesi anlamına gelir ki bu işçinin işverenin yönetim ve gözetimi altında onun emir ve talimatlarına uyararak ve hatta onun cezalandırma yetkisini de kabul ederek iş görmesi demektir⁴⁷. Anayasa Mahkemesi ve öğretisi tarafından da iş sözleşmesinin iş görme, ücret ve bağımlılık olarak sıralanan üç unsurdan oluştuğu ve bağımlılık unsurunun; iş sözleşmesini, konusu iş görme olan diğer sözleşmelerden ayıran bir unsur olarak kendisini gösterdiğini kabul etmiştir⁴⁸.

İş hukukundaki iş sözleşmesi; sözleşmenin taraflar arasında bağımlılık ilişkisi göstermesi nedeniyle, özellik göstermiş ve Borçlar Kanunu'ndaki iş sözleşmesinin özel bir biçimi olarak ortaya çıkmıştır⁴⁹. Aynı şekilde mimarlık iş sözleşmesi de İş Kanunu'ndaki iş sözleşmesinin özel bir biçimi olarak ortaya çıkmıştır ve iş sözleşmesinin asli unsuru olan bağımlılık ilişkisinin bütün unsurlarını içerir.

İşçi mimarlık sözleşmesinin tip tayin edici unsurlarından birini teşkil eden iş sözleşmesidir. İşçi mimarların süre ve bağımlılık temelinde iş görmeyi üstlendikleri sözleşmelerin hukuki özelliklerinin incelenmesine geçildiğinde bu sözleşmelerin bir yanı sıra iş sözleşmesi ve öteki yanı sıra mimari eser sözleşmesi olduğu görülecektir. Benzer çift başlı bir görünüm, işçi avukatlık sözleşmelerinde de yaşanmaktadır. Bu sözleşmenin, bir yanı sıra vekâlet sözleşmesine ve vekâlet ilişkisine; öteki yanı sıra iş sözleşmesi hükümleriyle iş ilişkisine dayanmaktadır. Karma bir sözleşme türü olan bu sözleşmeler

için; Yargıtay, görüşünü bildirmiş ve taraflara benzer şekilde yol göstermiştir. İşçi avukatlık sözleşmesi ve işçi mimarlık sözleşmesi gibi çift başlı sözleşmelerde; anılan sözleşmelere hangi tipe ait hükümlerin uygulanacağına Yargıtay kararları da dikkate alınarak çözüm aranmaktadır⁵⁰.

Başka bir mimarın yanında çalışan mimarlar, ekonomik, sosyal ve hukuki durumları itibarıyla genellikle “işçi mimar” olarak adlandırılmaktadır. Özel hukuk tüzel kişilerinde; süre ve bağımlılık temelinde iş gören, mimarların durumu da benzerdir ve onlar hakkında da “işçi mimar” deyiminin kullanılması mümkündür. Her iki kategorideki işçi mimarların ortak özellikleri; kendine ait bürolarının olmaması, bağımsız olmamaları, gelir vergisi mükellefi olmamaları, sosyal sigortalara kayıtlı işçi olarak iş görmeleri ve mesleki kimliklerinin ön planda olmaması olarak özetlenebilir.

Başka bir mimar yanında çalışan işçi mimarların, çoğunlukla kendi özgün tasarımlarını yapmadan, işveren mimarın talimatı doğrultusunda çalıştığı, proje müellifi olarak yaptığı çalışmanın altına çoğunlukla imza koyamadığı ve genellikle sigorta primlerinin işçi asgari ücreti üzerinden ödendiği gözlemlenmektedir⁵¹.

3.3. Mimarlık İş Sözleşmesinde Ücret Edimi

Mimar işçi yaptığı iş karşılığında ücret alır. İş sözleşmesindeki ücret unsuru, herhangi bir emeğin karşılığıdır. Gerçekten iş sözleşmesinde işçinin emeğinin karşılığında ücret ödenir ve bu ücretin para şeklinde ödenmesi zorunluluktur. Ücret, İş Kanunu'nun iş sözleşmesi tanımında yer alan bir esastır. Yargıtay'a göre de; ücret bir çalışma karşılığında verildiğinden, çalışılmayan süre için ücret talebinde bulunulamaz⁵².

Mimarlık iş sözleşmelerinde tip açısından zaruri karşı edim; ücrettir. İş sözleşmesinde işçinin süre ve bağımlılık temelinde iş görmesi ediminin karşı edimi işverenin ücret adı altında bir karşılık ödemesidir (İş K.md.8/I). Ücret iş sözleşmesinin esaslı unsurlarındandır.

Yargıtay'a göre ücret, görülen iş karşılığı işverenin belli bir zaman dilimi için ödemiş olduğu bedeldir. Süre ve bağımlılık temelinde

bir iş görme gerçekleştirilmişse ve bu yasal bir çalışma zorunluluğu olmamasına rağmen yapılmışsa, ilke olarak ücret ödenmesi gerekir; aksi durum hayatın olağan akışına ters düşer, kural olarak her iş bir ücreti gerektirir. Ayrıca, çalışmanın ücretsiz oluşu ile ücretli olup da belli edilmemiş bulunmasını birbirinden ayırt etmek gerekir. İkinci halde şayet diğer unsurlar varsa, sırf ücretin belli edilmemesinden ötürü iş sözleşmesinin yokluğundan söz edilemez. Böyle bir durumda ücret asgari ücretten az olmamak üzere, rayiç bedel üzerinden belli edilir. Ücretin maktu olması şart değildir; yapılan iş ölçü alınarak götürü ücret alınması iş sözleşmesi niteliğini ortadan kaldırmaz. Ancak, ilke olarak ücretin bir çalışma karşılığı olması gerekir⁵³.

Mimari iş sözleşmesi, karşılıklı (ivazlı) olduğundan, ücret de sözleşmenin önemli bir unsurudur ve harcanan emek karşılığı bir ücret ödenmektedir. Bu nedenle taraflar arasında eser karşılığı ücret ödeneceği sözleşmede belirtilmemiş olsa bile, bir ücret ödenmesi gerekecektir. Taraflar, ücret verileceğini belirtmiş, fakat bunun ne kadar olacağını belirtmemişlerse, BK. 366. maddesindeki yaklaşık (takribi) ücret ile ilgili kurallara göre ücretin ne kadar olacağı belirlenir. Taraflar aralarında belirli bir ücret kararlaştırmışlarsa, artık iş sahibi bu ücreti ödemek zorundadır (BK. Md. 364)⁵⁴.

Mimarlık iş sözleşmesinde de emeğin karşılığı para ile ödenir. Ödeme yeri ve şekli iş kanununda belirtildiği gibi; olabileceği gibi, sözleşme serbestisi sınırları içinde kalmak şartıyla; taraflar arasında, her türlü anlaşmaya bağlı olarak da belirlenebilir. Mimar kimse ücret almadan çalışamaz⁵⁵. Ancak hatır için yakınlara yapılan işler ücret gerektirmez⁵⁶.

4. İŞÇİ MİMARLARIN ESER SAHIPLIĞI

Hukukumuzda “eser sahipliği” deyimini eseri bizzat meydana getiren gerçek kişiyi ifade eder (FSEK md. 1/B-b). İlke olarak, başkası tarafından meydana getirilen bir eser üzerinde bir başka kişinin eser sahipliği söz konusu olmamalıdır. Zira eser ile sahibi arasındaki bağ, çocuğu ile ebeveyni arasındaki gibi doğal bir bağdır. Bu doğal ilişki bir eserin vücuda getirilmesiyle

birlikte doğar ve kural olarak üçüncü kişilere devri mümkün değildir. Ancak, bir kimse tarafından meydana getirilen eser üzerinde başka bir kimseye birtakım hak ve menfaatler tanınabilir. Bu hak ve menfaatler, ekonomik nitelik arz eden, yani para ile alınıp satılabilen malî haklardır. Esas olan, hak sahibi tarafından yapılan tasarruf ile hukuksal bir sonuç doğurtulmuş olmasıdır. Hak üzerinde tasarruf kavramı, hak sahibinin, eylemi ile yeni hak ve borçlar oluşturabilme yeterliliğine sahip bulunulmasını gerektirmektedir.

İş ve hizmet koşullarının oluşturduğu ortamlarda vücut verilen eserler üzerindeki fikri hakların eser sahipliği doğrudan işverene aittir. Fikir ve Sanat Eserleri Yasası'nın 18. maddesi ile mali hakları kullanma yetkisinin yalnızca eser sahibine ait olduğu ve aralarındaki özel sözleşmeden ya da işin niteliğinden aksi anlaşılmadıkça; memur, hizmetli ve işçilerin işlerini görürken meydana getirdikleri eserler üzerindeki haklar bunları çalıştıran ya da tayin edenler tarafından kullanılacağı öngörülmüştür. Bu durumda işçi mimarlar ancak iş sahibi ile yapacağı sözleşmeye göre mali hakları kullanabileceklerdir.

Gerçekten bazı teknik zaruretlere ve eserin doğumundaki menfaatler vaziyeti dikkate alınarak eser sahipliği statüsünün kazanılması konusunda, biri işverenler, diğeri de tüzel kişiler bakımından iki istisna getirilmiştir. 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun hakların kullanılmasına ilişkin 18. maddesinde; "Mali hakları kullanma yetkisi münhasıran eser sahibine aittir. Aralarındaki özel sözleşmeden veya işin mahiyetinden aksi anlaşılmadıkça; memur, hizmetli ve işçilerin işlerini görürken meydana getirdikleri eserler üzerindeki haklar bunları çalıştıran veya tayin edenlerce kullanılır. Tüzel kişilerin uzuvları hakkında da bu kural uygulanır. Bir eserin yapımcısı veya yayımcısı, ancak eserin sahibi ile yapacağı sözleşmeye göre mali hakları kullanabilir." hükmü getirilmiştir.

Kanun hükmüne göre; aralarındaki özel sözleşmede bir hüküm yoksa veya işin mahiyetinden aksi anlaşılmadıkça; işçilerin işlerini görürken meydana getirdikleri eserler üzerindeki haklar bunları çalıştıran veya tayin edenlerce

kullanılır. Bu durumda işçi mimarın yaratmış olduğu mimari proje ve mimarlık hizmetlerinin tüm mali ve manevi hakları işverene ait olmaktadır. Oysa ki gerek fikri mülkiyet haklarının ortaya konması ve gerekse koruma altına alınmasının en önemli nedenlerinden biri de manevi haklardır. Mali hakların çalıştıranlara ait olduğunun kabulü halinde bile; işçi mimarların manevi haklarının ve imza atma haklarının korunması gerekmektedir⁵⁷. Bu noktada işçi mimarların taraflar arasında aksi belirlenmedikçe gerek manevi haklarının korunmasında ve gerekse eserleri üzerine ad ve imzalarının atılmasıyla ilgili olarak pek çok sorunu bulunmaktadır.

5. MİMARLIK SÖZLEŞMESİNİN KURULUŞU, HÜKÜMLERİ VE SONA ERMESİ

5.1. Mimarlık İş Sözleşmesinin Kuruluşu

Mimarlık iş sözleşmesinin kuruluşu, genel esaslara tabidir. Tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamasında bulunmaları sözleşmenin doğumu için gerekli ve yeterlidir. Sözleşmenin kurulmasında, şekil serbestisi esasları geçerlidir. Sözleşmenin şifahi hatta örtülü olarak zımni irade beyanı ile kurulması da mümkündür.

Mimari eser sözleşmesi herhangi bir şekle tâbi değildir; şekilsizdir. Ancak ispat açısından mimari eser sözleşmesinin yazılı hale getirilmesinde pratik ve hukuki yararlar vardır. Bu durumda uyulacak şekil, ispat şartıdır. Gerçekten taraflar önemli konularda haklarını ve borçlarını çoğu zaman yazılı şekilde yapmak isterler. Böyle bir durumda da sözleşmenin tabii olacağı BK. M. 16 anlamında bir geçerlilik şartının varlığı kabul edilmelidir⁵⁸. Mimarlık iş sözleşmeleri de istenildiği gibi yapılabilirse de mimarlık hizmetleri yönetmeliğinde; mimari eser sözleşmesinin yazılı olması gerektiği yönünde bir hüküm bulunmaktadır.

Mimarlık iş sözleşmesinde, tarafların ehliyeti bakımından da genel esaslar uygulanır. Ancak Türkiye'de mimarlık mesleği yasayla korunmuş

mesleklerden biri olduğundan mimarlık hizmetlerini yerine getirebilmek için mimar olmak gibi tekel niteliğindeki bir sınırlandırılma yapılmıştır. Bu nedenle mimarlık iş sözleşmesinin işçi tarafının mimar olması gerekmektedir.

5.2. Mimarlık İş Sözleşmesinin Hükümleri

Mimarlık iş sözleşmesinde, mimarlık hizmetlerinin ve çalışmasının kapsamıyla tarafların hak ve borçları sözleşme yapılırken açıkça belirlenmiş olabilir. Şayet böyle bir belirleme yoksa mimarlık çalışmasının hukuki sorumluluğu hem mimari eser sözleşmesinden hem de iş sözleşmesinden doğan edimlere bağlı olacaktır.

Aynı şekilde mimari çalışmanın kapsamı da mimarlık iş sözleşmesi gereğince yapılan işin mahiyetine göre tayin edilecektir. Bu arada mimar için öngörülmuş bulunan mimari meslek kuralları da göz önünde tutularak davranılacaktır.

Mimar için doğan asıl borç, mimarlık çalışması ve uygulamalarıdır. Özetle mimarın asıl borcu işvereni için; mimari emek harcamaktır. Ancak, mimarlık iş sözleşmesindeki bu asıl borç yanında, mimar için, iş sözleşmesiyle çalıştığı için yüklendiği süre ve bağımlılık temelinde işverenin emrinde çalışma yükümü ve borcu bulunmaktadır. İşçi mimarın asıl borcunu yerine getirebilmesi için bu borçlara da uygun hareket etmesi zorunludur.

Mimarlık iş sözleşmesinde; iş sahibi olarak işverene düşen asıl sorumluluk ve asıl borç ise, işçi mimara, bu faaliyeti karşılığı uygun bir ücret ödemektir⁵⁹. Ancak, ücret ödeme borcunun doğumu, bunun açık bir şekilde kararlaştırılmış olmasına bağlı değildir. Ücret kararlaştırılmamış ise o mesleğin rayiç değeri üzerinden emeğin karşılığının ödenecek olması teamüldendir (BK. m.386/1II).

İş sahibi işverenin, işçi mimarın mimarlık hizmetini yerine getirirken; süre ve bağımlılık temelinde, emirlerine bağlı olarak çalışmasını isteme; talimat verme hakkı bulunmaktadır. İşçi mimarın mimarlık iş sözleşmesini oluşturduğu her iki sözleşme olarak gerek mimari eser sözleşmesinden ve gerekse iş sözleşmesinden doğan ücret alacak hakkı bulunmaktadır.

Öte yandan taraflar arasında karşılıklı olarak; işçi mimar için iş sözleşmesinden doğan, sır saklama ve sadakat borcuna karşılık; işverenin işçi mimarı koruyup, gözetme borcu bulunmaktadır.

5.3. Mimarlık İş Sözleşmesinin Sona Ermesi

Mimarlık iş sözleşmesinin sona ermesi için kural olarak Borçlar Kanunu'nun sözleşmeyi sona erdiren nedenleri aynen geçerlidir. Mimarlık iş sözleşmesini sona erdiren birinci hal, her sözleşme ilişkisinde olduğu gibi, ifadır. Mimari çalışmasının yapılması ve mimarın ücretinin ödenmesiyle birlikte, normal olarak taraflar arasındaki mimari iş ilişkisi ve mimari iş sözleşmesi ortadan kalkar.

Mimarlık iş sözleşmesi bakımından ikinci önemli sona erme nedeni, tarafların sözleşmeyi feshetmeleridir. Sözleşmelerin sona erdirilmesiyle ilgili genel hukuk kuralları dışında; tarafların fesih hakları mimari iş sözleşmesinin birleşik yapısı ve meydana getirildiği her iki sözleşme türünün her ikisinden doğan karşılıklı hak ve borçlara dayanır.

Mimarlık sözleşmesinin iş hukukundan ve iş sözleşmesinden doğan her türlü fesih hakkı da taraflar arasındaki sözleşmeyi sona erdirir. Bu kapsamda mimarlık iş sözleşmesinin; iş sözleşmesi yanı sıra, taraflar arasında karşılıklı olarak var sayılan; güven ilişkisine, sadakat borcuna ve sır saklama yükümlülüğüne dayandığından, taraflardan birinin bu yoldaki bir yanlış hareketi ya da suiistimali karşı tarafa fesih hakkı verir. Öte yandan mimarlık iş sözleşmesini meydana getiren mimari eser sözleşmesi ve iş sözleşmesini ayrı ayrı sona erdiren sebeplerin her birinin varlığı da mimarlık iş sözleşmesini sona erdirir.

Mimarlık iş sözleşmesinin sona ermesine yol açan diğer sebepler ise, ölüm veya ehliyetin kaybedilmesidir. Taraflardan birinin ölümüyle birlikte mimarlık iş sözleşmesi de kendiliğinden sona ermez. Bu sözleşmenin iş sözleşmesinden getirdiği hükümler gereğince iş sahibi işveren ölünce iş sözleşmesinin hukuki sorumluluğu mirası devralanlara geçer. İşçi mimar ölünce mimarlık iş sözleşmesi de doğal olarak sona

erecektir. Taraflar arasındaki sözleşme hükümleri ve işin kendisi bizzat iş sahibi işverenin kişilik özelliklerine dayanıyorsa bu durumda onun ölümü de mimarlık iş sözleşmesini sona erdirir. Aynı hüküm ve kurallar ehliyetin kaybedilmesinde de geçerlidir. İşçi mimar ehliyetini kaybederse mimarlık iş sözleşmesi sona erer. İş sahibi işverenin ehliyeti kaybetmesi halinde onun sorumluluğunu vesayet makamı devralır.

SONUÇ

Mimarlık iş sözleşmesi; emeğini, bir başkasının emrine sunan mimarın yaptığı iş sözleşmesidir. Mimarlık iş sözleşmesi; mimarın, mimarlık hizmetini bağımlılık ilişkisi içinde sürdürmesidir.

Eser sözleşmesiyle çalışan mimarların giderek bağımlılık ilişkisiyle çalışmaya başlamaları; mimarlık mesleğinin işçi statüsünde yürütülmesine yol açmaktadır. Mimarların iş sözleşmesiyle çalışmaları; karşımıza mimarlık iş sözleşmesini çıkartmıştır. Bu çalışma ilişkisi bir yanıla mimarlık eser sözleşmesine ve öte yanıla da bağımlılık temelinde yer alan iş sözleşmesine dayanmaktadır. Her iki sözleşmenin edimlerinin birleşmesi ile bir karma sözleşme türü olarak, mimarlık iş sözleşmesi ortaya çıkmıştır.

Mimarlık iş sözleşmesi, iş kanunundaki iş sözleşmesinin özel bir biçimine dönüşmüş; mimari eser sözleşmesiyle birlikte iş sözleşmesinin asli unsuru olan bağımlılık ilişkisinin unsurlarını da bünyesine katarak, çift karakterli karma bir sözleşme şekline bürünmüştür⁶⁰.

İki sözleşme tipinin karakteristik özelliklerini taşıyan bu karma sözleşmenin özellikleri ve farklı hukuki yapısının giderek öne çıktığı görülmektedir. Karma bir sözleşme türü olan mimarlık iş sözleşmelerinde ortaya çıkan sorunlarla ilgili olarak; hangi tip sözleşmeye ait unsurda sorun çıkmışsa; o sözleşmenin karakteristik özellikleri dikkate alınarak, çözüm yollarına ulaşılmaya çalışılacaktır.

Mimari emeğin, fikri mülkiyet hakları ve telif ücretleri bakımından koruma altına alınması; işçi mimarların, gerek kendi çalışma koşulları açısından ve gerekse proje müellifi mimar olarak yaptıkları çalışmalarla ilgili fikri mülkiyet

haklarının korunmasına yönelik hükümler koymalarına bağlıdır.

İş hukuku açısından mimarlık iş sözleşmesiyle çalışan ücretli mimarların; taraflarca çalışma koşullarının belirlenmesi sırasında, işverenleriyle yaptığı iş sözleşmelerine; kendi mesleki aidiyet, kimlik ve fikri mülkiyet haklarıyla ilgili koruyucu özel maddeler eklemeye çalışarak; gerek kendi imzalarının yapılacak çalışmalarda bulunması zorunluluğunu ve gerekse kendilerine ait mimari projeler çizibilme şartını koyabilmeleri mümkündür⁶¹.

Yazılı olarak yaptıkları mimarlık iş sözleşmelerinde kendileri lehine özel hükümler koymadıkça işçi mimarların özellikle kendi yarattıkları mimari eser üzerindeki fikri mülkiyet haklarını ve eser sahipliğini koruyamamaları, şimdilerde olduğu gibi; gelecekte de büyük sorunlara ve hak kayıplarına neden olacaktır.

DİPNOTLAR

- 1 Balkır, Z. G., "Mimar Çalışanların Fikri Mülkiyet Haklarının Korunması", Mimarist, TMMOB Mimarlar Odası İstanbul Büyükkent Şubesi Yayınları, İstanbul, Sayı: 30, Kış 2008, s. 2.
- 2 Balkır, Z. G., "Küreselleşme Sürecinde Değişen Toplum Mimarlık ve İstihdam Politikaları", TMMOB Mimarlar Odası; Toplum/Mimarlık ve İstihdam Politikalarına Bakışlar, 24-25 Kasım 2007, İstanbul 2008, s. 76.
- 3 Balkır, Z. G., Mimarlık İş Hukuku, Kocaeli, 2009, s. 6.
- 4 Hasal, D., Mimarlık Sözlüğü, İstanbul, 2006, s. 324.
- 5 Rossi, A., Şehrin Mimarisi, İstanbul, 2006, s. 194.
- 6 Benzer durum; avukatlar ve işçi avukatlar sözleşmelerinde de aynıdır; başka bir avukatın yanında çalışan avukatlar, ekonomik, sosyal ve hukuki durumları itibarıyla genellikle "işçi avukat" olarak adlandırılmaktadır. Güneş Gürseler, "Bir Avukat Yanında Aylıklı Olarak Çalışan Avukatın Durumunun Avukatlık Yasası Açısından Değerlendirilmesi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 63, Mart/Nisan 2006, s. 67.
- 7 Balkır, Z.G., Mimarlık İş Hukuku, Kocaeli, 2009, s. 7.
- 8 Akıntürk, T., Borçlar Hukuku, İstanbul, 2007, s. 279.
- 9 Zevkililer, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, s. 304.
- 10 Tekinalp, Ü., Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul, 2005, S. 250.
- 11 Yarsuvat, D., Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları, İstanbul, 1984, s. 2.
- 12 Ayiter, N., Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, Ankara, 1972, s. 5.
- 13 Kılıçoğlu, A. M., Fikri Haklar, Ankara, 2006, s. 358-359.

- 14 Aktay, N., Arıcı, K., Kaplan Senyen, E., İş Hukuku, Ankara, 2008, s. 81.
- 15 Akıntürk, T., a.g.e., s. 39.
- 16 Çelik, N., İş Hukuku Dersleri, İstanbul, 2008, s. 82.
- 17 Balkır, Mimarlık İş Hukuku, s. 8.
- 18 YHGK 15.05.2002 t., 2002/13-375 E., 2002/406 K., www.kazanci.com.tr.
- 19 Tunçomağ, K., Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İstanbul, 1977 s. 14.
- 20 Erdenk, E., İş Hukukunda İsimsiz (Karma ve Kendine Özgü) Sözleşmeler, İstanbul, 2008, s. 41.
- 21 Erdenk, a.g.e., s. 40-41.
- 22 Y4.HD., 4.5.1967 t. 1967/3125 E., 1967/3847K., Erdenk, a.g.e., 43.
- 23 Erdenk, a.g.e., s. 46-47.
- 24 Erdenk, a.g.e., s. 51.
- 25 Yavuz, C., Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), İstanbul 2007, s. 321.
- 26 Akıntürk, T., Borçlar Hukuku, İstanbul, 2007, s. 279.
- 27 Aktay/Arıcı/Kaplan/Senyen, a.g.e., s. 82.
- 28 Akıntürk, a.g.e., s. 39.
- 29 Çelik, a.g.e., s. 83.
- 30 Erdenk, a.g.e., s. 190.
- 31 Erdenk, a.g.e., s. 115-116.
- 32 Aktay/Arıcı/Kaplan/Senyen, a.g.e., s. 81.
- 33 Akıntürk, a.g.e., s. 40.
- 34 Süzek, S., İş Hukuku, İstanbul 2005, s. 192.
- 35 Çelik, a.g.e., s. 93.
- 36 Aktay/Arıcı/Kaplan/Senyen, a.g.e., s. 82.
- 37 Akıntürk, a.g.e., s. 39.
- 38 Çelik, a.g.e., s. 82.
- 39 Günay, C.İ., İş Hukuku, Ankara 2004, s. 349.
- 40 Aktay/Arıcı/Kaplan/Senyen, İş Hukuku, Ankara 2007, s. 79.
- 41 Akıntürk, a.g.e., s. 38.
- 42 Aktay/Arıcı/Kaplan/Senyen; a.g.e., s. 79.
- 43 Akıntürk, a.g.e., s. 277.
- 44 Akıntürk, T., Borçlar Hukuku, İstanbul 2007, s. 37.
- 45 Çelik, N., İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2008, s. 74.
- 46 Çelik, a.g.e., s. 74.
- 47 Akıntürk, a.g.e., s. 38.
- 48 AYM, 26-27/9/1967, E. 1963/336 K. 1967/29, RG 19.10.1968/13031.; Çelik, İş Hukuku Dersleri, a.g.e., s. 73.
- 49 Çelik, İş Hukuku Dersleri, a.g.e., s. 77.
- 50 Sevimli, K. A., "Yargıtay'ın Serbest Avukatların da İş Sözleşmesiyle Çalışabileceğini Tespit Eden Kararı ve Sonuçları Üzerine", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı: 3, 2004, s. 973.
- 51 Benzer durumdaki; ucuz emek kullanımı, işçi avukatlarda da yaygındır. Bkz.; Güneş Gürseler, "Bir Avukat Yanında Aylıklı Olarak Çalışan Avukatın Durumunun Avukatlık Yasası Açısından Değerlendirilmesi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 63, Mart/Nisan 2006, s. 67-68.
- 52 Y9HD., 19.10.1999, E. 1999/16029 K. 1999/15954.; Çelik, a.g.e., s. 76.
- 53 Y9HD, 19.10.1999 t., 1999/16029 E., 1999/15954 K., Erdenk, a.g.e., s. 105.
- 54 Zevkliler, A./Havutçu, A., Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2004, s. 329.
- 55 Balkır s. 96.
- 56 Aktay/Arıcı/Kaplan/Senyen, a.g.e., s. 79.
- 57 Balkır, Z. G., "Mimarların Afet Sonrası Yaşadığı Adil Yargılanma Sorunları", Afet Sempozyumu 5-7 Aralık 2007, Bildiriler Kitabı, Ankara, 2007, s. 110.
- 58 Yavuz, C., Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, 1989., s. 320.
- 59 Yavuz, a.g.e.
- 60 Balkır, a.g.e., 259.
- 61 Balkır, a.g.e., 260.

Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi ve Alt İşverenlik Sözleşmesi

GİRİŞ

Pratik hayatta (uygulamada) müteahhit, taşeron ve aracı gibi ifadelerin de kullanıldığı alt işverenlik kavramı, çalışma hayatının bir ihtiyacı olarak ortaya çıkmıştır. İşverenlerin işyerlerinde yürüttükleri mal veya hizmete ilişkin yardımcı işleri veya asıl işin bir bölümünde uzmanlık gerektiren işleri başka işverenlere yaptirmaları hayatın olağan akışının bir gereğidir. Çalışma hayatında üretim çeşitliliğinin artması ve üretimin işletmeler tarafından kaliteli ve en az maliyetle gerçekleştirebilme çabası, işletmelerin yatırım yaptığı iş alanları dışında kalan işlerin, konularında uzman başka işverenlere verilmesi sonucunu doğurmuş ve böylece alt işveren kavramı ortaya çıkmıştır. Sözü edilen sebeplerin yanı sıra iş ve sosyal güvenlik hukukunun getirdiği bir takım yükümlülüklerden kaçınma eğilimi ile sendikal örgütlenmeye sıcak bakmama ve insan gücü yönetiminin getireceği yoğunluktan kurtulma isteği de alt işverenlik kurumunun oluşumunda etkili olmuştur. Bu açıdan denilebilir ki, alt işverenlik uygulamasının nedenleri arasında, bir taraftan teknolojik gelişmeler ile işgücü maliyetlerinin azaltılması gibi düşünceler yer alırken, diğer taraftan sen-

dikal örgütlenmeye engel olma ve insan gücü yönetiminin getireceği zorluklardan kurtulma düşünceleri etkili olmaktadır¹.

Hukukumuzda ilk olarak 1936 tarihli 3008 sayılı İş Kanunu'nun² birinci maddesinin dördüncü fıkrasındaki, "işçiler doğrudan doğruya işveren veya vekili tarafından olmayıp da üçüncü bir şahsın aracılığı ile işe girmiş ve bu üçüncü şahıs ile mukavele etmiş olsalar bile mukavele şartlarından asıl işveren mesuldür" şeklindeki hükümlerle giren alt işveren kavramı, Kanun'daki bu düzenlemenin asıl işverenin, alt işverenin işçilerine karşı tek başına sorumlu olacağına dair bir anlam çıkmasına neden olması üzerine söz konusu hüküm 1950 tarihli 5518 sayılı Kanunla "işçiler doğrudan doğruya işveren veya vekili tarafından olmayıp da aynı iş veya teferuatında iş alan üçüncü bir şahsın aracılığıyla işe girmiş ve bu üçüncü şahıs ile sözleşme akdetmiş iseler, bu araçlar da asıl işverenle müştereken müteselsilen sorumlu olurlar" şeklinde değiştirilmiştir.

1475 sayılı İş Kanunu'nda³ ise alt işveren, "bir işverenden belli bir işin bir bölümünde veya eklentilerinde iş alan ve işçilerini münhasıran o işyerinde ve eklentilerinde çalıştıran

diğer bir işveren” (m.1/V) olarak görülmüş ve alt işverene verilebilecek işler asıl iş ve yardımcı iş şeklinde bir ayrıma tabi tutulmamış; belli bir işin bir bölümü veya eklentilerinde iş alma yeterli görülmüştür. Bu Kanun’un yürürlükte olduğu dönemde kamuya ait işyerleri de dahil olmak üzere pek çok işyerinde taşeron uygulamasına gidilmiş ve neredeyse bazı işyerlerinde asıl işverene ait işçiden fazla taşeron işçisi çalıştırılmış, pek çoğunun da muvazaalı olduğu görülmüştür. 4857 sayılı İş Kanunu⁴ ile asıl işveren alt işveren ilişkisi sınırlandırılarak bu olumsuzluğun önüne geçilmek istenmiş; bu sınırlandırmalar Kanun’un 2. maddesine 5538 sayılı Kanun’la eklenen fıkralarla kamu kurum ve kuruluşlarından iş alan işverenler yönünden esnekleştirilmiştir⁵. Ayrıca 15.05.2008 tarih ve 5763 sayılı Kanun’la İş Kanunu’nun 3. maddesine eklenen iki fıkra ile alt işverenin işyerini bildirme yükümlülüğü getirilmiştir⁶.

Alt işverenlik müessesesi, 4857 sayılı İş Kanunu’nun 2. ve 3. maddeleri ile 3. maddenin öngörmesi üzerine çıkarılan Alt İşverenlik Yönetmeliği’nde⁷ ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Yönetmelik, İş Kanunu kapsamında asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulma şartlarını, alt işverene ait işyerinin bildirimini, tescilini, alt işverenlik sözleşmesinde bulunması gereken hususları düzenlemek amacıyla çıkarılmıştır (m.1).

Bu çalışmada alt işverenlik kurumu, özellikle alt işverenlik sözleşmesi yönüyle ele alınacaktır. Ancak alt işverenlik ilişkisinin kurulması doğrudan alt işverenlik sözleşmesine bağlı olmadığı için, önce asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulmasına, sonrada bu ilişkinin kurulmasında ve muvazaalı kabul edilmemesinde etken olan alt işverenlik sözleşmesinin tanımı, unsurları, özellikleri, alt işverenlik sözleşmesinin muvazaalı olup olmadığının tespiti hususları ile alt işverenlik sözleşmesinin sonuçları incelenecektir.

1. ASIL İŞVEREN-ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNİN KURULMASI

Alt işverenliğe ilişkin olarak 4857 sayılı İş Kanunu ile getirilen düzenleme ile 1475 sayılı Kanun’da yer alan birtakım esaslar korunmuş

olmakla birlikte asıl işveren-alt işveren ilişkisini daraltan önemli farklılıklara yer verilmiştir. Gerçekten İş Kanunu’nun ikinci maddesinin altıncı fıkrasına göre, “Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir”. Alt İşverenlik Yönetmeliği’nin “Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulma şartları” kenar başlıklı 4. maddesine göre ise, “Asıl işveren alt işverenin kurulabilmesi için;

a) Asıl işverenin işyerinde mal veya hizmet üretimi işlerinde çalışan kendi işçileri de bulunmalıdır.

b) Alt işverene verilen iş, işyerinde mal veya hizmet üretiminin yardımcı işlerinden olmalıdır. Asıl işin bölünerek alt işverene verilmesi durumunda ise, verilen iş işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olmalıdır.

c) Alt işveren, üstlendiği iş için görevlendirdiği işçilerini sadece o işyerinde aldığı işte çalıştırmalıdır.

ç) Alt işverene verilen iş, işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin bir iş olmalı, asıl işe bağımlı ve asıl iş sürdüğü müddetçe devam eden bir iş olmalıdır.

d) Alt işveren, daha önce o işyerinde çalıştırılan bir kimse olmamalıdır. Ancak daha önce o işyerinde çalıştırılan işçinin bilahare tüzel kişi şirketin ya da adi ortaklığın hissedarı olması, alt işveren ilişkisi kurmasına engel teşkil etmez”.

Kanun’daki ve Yönetmelik’teki bu hükümlerin bir arada değerlendirilmesinden, alt işverenlik kurumunun 1475 sayılı İş Kanunu’ndakinden farklı yönleri hemen ortaya çıkmaktadır. Bu farklılıkların en önemlisi, alt işverene verilen işin işyerinde mal ve hizmet üretiminin yardımcı işlerinden olmasıdır. Şayet asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesi söz konusu ise, bu takdirde verilen işin, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olması aranmaktadır. Ayrıca

alt işverenin daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse olmaması da diğer bir fark olarak görülmektedir. Buna göre, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi için bir takım şartların gerçekleşmesi gerekir.

A. Asıl İşveren ve Alt İşverenlerin Varlığı

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi için öncelikle bir asıl işveren bulunmalıdır⁸. Kanun'daki "Bir işverenden, ... iş alan ... diğer bir işveren" ifadesi, alt işverene işi veren kişinin öncelikle kendisinin de işveren olması (yani işçi çalıştırıyor bulunması) gerektiğini ortaya koymakta⁹; Yönetmeliğin 4-a maddesinde yer alan, "Asıl işverenin işyerinde mal veya hizmet üretimi işlerinde çalışan kendi işçileri de bulunmalıdır" hükmü de bunu ifade etmektedir. Bu nedenle asıl işverenin alt işverene verilen iş nedeniyle işveren niteliğini kazanması gerekir. Yönetmeliğin 3/ç hükmü de, Kanun'un ikinci maddesine uygun olarak asıl işveren "İşyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işleri veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işleri diğer işverene veren, asıl işte kendisi de işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiyi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşları" anlatmaktadır.

Dolayısıyla bir kimsenin, hiç işveren sıfatı bulunmadan, arsasına yapılacak inşaat işini anahtar teslimi suretiyle müteahhide vermesi durumunda asıl işveren-alt işveren ilişkisinden söz edilemeyeceği gibi¹⁰; bir işverenin dokuma fabrikasına yaptıracığı ek bina inşaatı işini bir müteahhide vermesi halinde de, alt işverene verdiği iş nedeniyle değil de başka bir iş nedeniyle işveren niteliği bulunduğu için, asıl işveren niteliği bulunmamaktadır¹¹.

Bir kişinin asıl işveren sayılması için İş Kanunu'nun ikinci maddesindeki tanıma uygun olması yeterli olup işyerini ve işçilerini ilgili mercilere bildirilmiş olması zorunlu değildir. Gerekli bildirim yapılsa da İş Kanunu'na tabi faaliyette bulunduğu takdirde ilgili Kanun gereğince işveren sıfatına sahip olur (İş K.m.1/III)¹².

Yargıtay da "İş Kanunu'nun 1/son (şimdi

2/6) maddesi uyarınca sorumluluktan söz edilebilmesi için, o işte kendisi de işçi çalıştıran bir asıl işverenin varlığı şarttır. Diğer bir ifadeyle, belirli bir işin bir bölümünü başkasına verip, diğer bölümünü kendi çalıştırdığı işçilerle bizzat yapan bir kişi, asıl işveren durumundadır. Kendisi; işin bir bölümünde bizzat işçi çalıştırmayıp, işi bölerek, ihale suretiyle muhtelif kişilere veren iş sahibi ihale makamı İş Kanunu'nun 1/son (şimdi 2/6) maddesi anlamında bir asıl işveren değildir"¹³ demek suretiyle aynı hususu karara bağlamıştır.

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi için asıl işverenin dışında bir de alt işverenin bulunması gerekir. İş Kanunu alt işverene ilişkin bir tanım vermemiştir. Ancak Yönetmeliğin 3/a hükmünde alt işveren tanımlanmıştır. Buna göre, "Bir işverenden, işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan, bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran gerçek veya tüzel kişi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar" alt işverendir. Alt işveren de iş sözleşmesine göre işçi çalıştırması yönüyle bir işverendir ve hukuki niteliği bakımından asıl işverenden hiçbir farkı bulunmamaktadır. İşveren kavramına ilişkin tüm unsurlar alt işveren için de geçerlidir¹⁴. Dolayısıyla işçi çalıştırmayıp işi bizzat kendisi yapan kişinin işveren niteliği bulunmadığından, alt işveren olarak kabulü de mümkün değildir¹⁵.

Alt işverenin başlangıçta bir işyerinin olması şart değildir. Alt işveren, işveren sıfatını ilk defa asıl işverenden aldığı iş ve bu işin görüldüğü işyeri itibarıyla kazanmış da olabilir¹⁶.

B. İşin Asıl İşverene Ait İşyerinde Yapılması ve İşçilerin Sadece Alınan İşte Çalıştırılması

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi için, işin asıl işverene ait işyerinde yapılması ve işçilerin sadece bu işyerinde alınan işte çalıştırılması gerekir¹⁷. Kanun'daki "Bir işverenin, işyerinde yürüttüğü işlerde iş alan ... di-

ğer işveren...” ifadeleri ile “... bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren” sözcükleri bu şartı ortaya çıkarmaktadır. Buna göre, alt işverenin işçisinin sadece asıl işverenden alınan işi, o işyerinde yapması gerekir¹⁸. Bu durumda fason imalat şeklinde bir işverenden iş alan ve bu işi bizzat kendi işyerinde yapan kişilerle işveren arasında asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulamayacağı gibi¹⁹; işçilerini dönüşümlü olarak başka işyerlerinde çalıştıran kişi ile de asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulmuş olmaz²⁰. Nitekim Yargıtay, temizlik müteahhidinin işçilerini sadece davalı banka işyerinde çalıştırması, başka işyerleri arasında değiştirebilmesi nedeniyle asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulmadığı, dolayısıyla sorumluluğun bulunmadığına karar vermiştir²¹.

Aynı şekilde asansör montajı işini alan alt işverenin işçisi asıl işverenin inşaat işyerinde sıva, çatı yapımı gibi işlerde çalıştırılması halinde²² veya alt işveren işçisinin asıl işverenden alınan işte çalıştırılmasının yanı sıra asıl işverenin diğer işlerinde de çalıştırılması durumunda, bu işçiler açısından asıl işveren-alt işveren ilişkisinden söz edilemez²³. Yargıtay da bir kararında, temizlik işinin verildiği alt işveren işçisinin asıl işveren tarafından hizmet içi eğitime de tabi tutularak asıl işverenin asli ve sürekli işlerinde çalıştırılmış olması halinde bu işçinin asıl işverenin gerçek işçisi olduğu ve bu işverene ait işyerine iadesinin gerektiği sonucuna varmıştır²⁴.

Kanun'daki “bu işyerinde” şeklindeki ifadeyi, Kanun'daki tanıma uygun olarak işyeri ve işyerinden sayılan yerler olarak anlamak gerekir. Bu bağlamda, “işyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütün” olarak kabul edilmelidir²⁵.

İşçilerin sadece asıl işverenin işyerinde çalıştırılmaları koşulu, birden fazla işverenden iş alınması durumunda alt işveren ilişkisinin hiçbir zaman kurulamayacak olması sonucunu doğurmaz. Birden fazla işverenden iş alan bir alt işveren, işçilerinden birkaçını bu işyerlerinden herhangi birine tahsis etmiş ise artık o işyerinin işvereni karşısında alt işverendir; ama işçilerin-

den hiçbirini bu işyerine tahsis etmemiş ise asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulmamıştır²⁶.

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinde, alt işverenin işçileri ile asıl işveren arasında bir iş sözleşmesi bulunmadığı gibi, asıl işveren ile alt işveren arasında da, kesinlikle bir iş sözleşmesi yoktur. Asıl işveren ile alt işveren arasındaki ilişki istisna, kira veya taşıma sözleşmesi gibi iş sözleşmesi dışında bir sözleşmeye dayanabilir. Diğer taraftan belirtelim ki, alt işveren, üzerine aldığı işi asıl işveren adına değil, kendi adına ve hesabına ayrı bir işveren olarak bizzat kendi çalıştırdığı işçileriyle yürütür²⁷.

C. İşyerinde Yürütülen Mal ve Hizmet Üretimine İlişkin Yardımcı İşlerde veya Asıl İşin Bir Bölümünde İş Alınması

Asıl işveren-alt işveren ilişkisi açısından, alt işverenin kendisine iş sözleşmesi ile bağlı olan işçilerini, asıl işverene ait işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin²⁸ yardımcı işlerde ya da asıl işin bir bölümünde çalıştırması gerekir²⁹. Alt işverenin çalıştırdığı işçiler, ücret ve diğer bütün haklarını alt işverenden talep edip alt işverene bağlı olarak onun gözetim ve denetiminde iş görme borçlarını yerine getirirler.

İşyerinde yürütülen yardımcı işlerde ya da asıl işin bir bölümünde iş alınması halinde asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulur. Bir inşaatın yapım işini üstlenen asıl işverenin inşaatın su tesisatını bir işverene, doğalgaz tesisatını diğer işverene yaptırması asıl işin bir bölümünün başka işverenlere verilmesine; o inşaat işyerinde çalışan işçilerin taşınması faaliyetinin bir diğer işverene verilmesi ise yardımcı işlerde alt işveren ilişkisine örnek teşkil etmektedir.

Alt işverenlikten söz edebilmek için, bir işverenden, “işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde” ya da “asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde” iş alınması gerekir³⁰.

İşyerinde yürütülen mal ve hizmet üretimi dışında kalan (asıl iş ya da yardımcı iş sayılamayacak) bir işin alt işverene verilmesi,

ilişkinin kurulması açısından yeterli değildir. Kanun'un 2. maddesinin gerekçesinde de bu durum, "buna karşı işyerinde yürütülen asli ve yardımcı işler dışında iş alan bir işverenin örneğin işyerinde ek bir inşaatın yapılması ya da bina onarım işini alan diğer işverenin alt işveren olarak değerlendirilmesi mümkün olmayacaktır" şeklinde belirtilmiştir³¹. Fakat öğretilerde, işçilerin sadece asıl işverene ait ve asıl işveren yararına bir iş yaptıkları dönem için, asıl işverenin işyerinde yürütülen bir iş ile bağlantısı olmadığı gerekçesiyle bu işçilerin güvenceden yoksun bırakılmasının mantığının olmadığı ayrıca bina ve çatı onarımı işiyle temizlik işi arasında yardımcı iş sayılmak açısından bir farkın bulunmadığı ileri sürülmüştür³².

Yardımcı işlerde iş alınması ile asıl işin bir bölümünde iş alınması üzerinde ayrıca durmak gerekir.

1. Yardımcı İşlerde İş Alınması

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi için bir işverenden, asıl işe yardımcı işlerde iş alınması gerekli ve yeterlidir³³. Bunun için başka bir şarta gerek yoktur; yardımcı işlerde alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi için herhangi bir sınırlama söz konusu değildir³⁴. Başka bir ifadeyle, yardımcı işin teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir yardımcı iş olması gerekmez. Bu durum maddenin sistematik yorumundan anlaşıldığı gibi, Kanun'un 7. fıkrasındaki "işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez" hükmünün de bu yorumu desteklediği görülmektedir.

Kanun'da yer alan "yardımcı iş" kavramının ne anlama geldiğini Alt İşverenlik Yönetmeliği açıklamış ve 3/ğ hükmünde yardımcı işi, "işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin olmakla beraber doğrudan üretim organizasyonu içerisinde yer almayan, üretimin zorunlu bir unsuru olmayan ancak asıl iş devam ettikçe devam eden ve asıl işe bağımlı olan iş" olarak tanımlamıştır. Buna göre bir işin yardımcı iş olup olmadığını belirlemede iki unsurun bir arada bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi gerekir. Bunlar, "işyerinde

yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin olmakla beraber doğrudan üretim organizasyonu içerisinde yer almaması", "üretimin zorunlu bir unsuru olmayıp asıl iş devam ettikçe devam eden ve asıl işe bağımlı olan iş olması"dır. Buna göre, alt işverene verilecek olan yardımcı işin asıl iş sürdüğü sürece yapılması gereken bir iş olması önemli olup bir işin geçici devri bu ilişkinin asıl işveren alt işveren ilişkisi olmasına yetmez³⁵.

Yardımcı iş kavramsal olarak asıl faaliyetle ilgili olmakla beraber ikincil mahiyette bir iş, üretime ilişkin olmakla birlikte ikinci planda kalan iş olabilir³⁶. 4857 sayılı İş Kanunu, alt işverenlik ilişkisine konu olabilecek yardımcı işi, herhangi bir yardımcı iş değil, "mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı iş" olarak kabul etmektedir. Bu açıdan, işyerinde bir ek inşaat yapılması ya da bina onarım işinin alınması gibi asıl işle hiçbir ilgisi olmayan işin yardımcı iş olarak kabul edilmesi mümkün değildir³⁷. Buna karşılık, bir hastanenin temizlik ve yemek işinin alınması gibi asıl işle bağlantısı olan işler ise yardımcı iş olarak kabul edilmektedir. Mal üretilen bir işyerinde teknik servis, temizlik, yemek ya da işçilerin işyerine taşınması gibi işler yardımcı iş olarak kabul edilirken³⁸, çatı onarım işinin asıl iş devam ettiği sürece devam etmesinin gerekmemesi nedeniyle yardımcı iş olamayacağı açıktır.

Yargıtay da, "Dosya içeriğine göre yapılan hizmet alımı sözleşmesi çerçevesinde davalı işverenin güvenlik, kurye, temizlik ve şoförlük hizmetlerini dava dışı bir firmaya yaptırdığı, dış kurye elemanı olarak çalışan davacının iş sözleşmesinin bu nedenle feshedildiği anlaşılmaktadır. Dava konusu işyerinde kurye işleri yardımcı iş niteliğinde olduğundan alt işverene verilmesi mümkün olup, alt işverenlik uygulamasının muvazaaya dayandığı konusunda başka bir bilgi ve belge dosyada bulunmamaktadır." demek suretiyle otoyol pazarlama şirketinin kurye işlerinin yardımcı iş niteliğinde bulunduğu ve bu işin alt işverene verilmesinin mümkün olduğu kanaatinde³⁹. Yargıtay'ca da kabul edildiği üzere, üretilen ürünlerin torbalanması veya paketlenmesi işi, tahmil ve tahliye işleri ile bağlantılı olduğu için yardımcı iş

tir⁴⁰. Ancak belirtelim ki, asıl işverenin faaliyet alanına göre asıl iş-yardımcı iş kavramları değişkenlik gösterebilir. Örneğin asıl işi yük veya eşya taşımak olan bir işveren açısından taşıma işi asıl iş olarak kabul edilir⁴¹. Bunun gibi genel olarak, güvenlik ve itfaiye işleri⁴², otomasyon veri hazırlama ve kontrol işleri⁴³, kreş ve bakımevi hizmetleri⁴⁴, nakit taşıma ve güvenlik hizmetleri⁴⁵, temizlik işleri⁴⁶, forklift hizmetleri⁴⁷, subeler arası evrak toplama ve dağıtım işleri⁴⁸, otel işyerinde garaj ve oto yıkama işleri⁴⁹ yardımcı işler kapsamındadır.

2. Asıl İşin Bir Bölümünde İşletmenin ve İşin Gereği ile Teknolojik Nedenlerle Uzmanlık Gerektiren İşlerde İş Alınması

Yardımcı işlerin alt işverene verilmesinden farklı olarak “asıl işin bir bölümünde” alt işverene iş verilebilmesi için bu işin işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olması gerekir⁵⁰. Yasa koyucu, asıl işe ilişkin böyle bir koşul öngörürken, bir taraftan muvazaayı önleme, diğer taraftan da alt işverenlik ilişkisinin kurulmasını sınırlama amacı taşımıştır⁵¹.

Yönetmeliğin 3/c hükmüne göre asıl iş, “Mal veya hizmet üretiminin esasını oluşturan iş”tir. Asıl iş kavramı olarak, işyerinin teknik amacının gerçekleşmesi ile yani amaçlanan mal veya hizmet üretimi ile doğrudan ilgili olan, o teknik amacın gerçekleşmesine yönelik prosese doğrudan dahil olan faaliyetleri ifade eder⁵². Bu açıdan, tekstil işyerinde iplik üretim bölümü asıl iş olduğu gibi⁵³, banka işyerinde otomatik para çekme makinelerinin tanıtımı ve kullanımının yaygınlaştırılması işi de asıl iştir⁵⁴. Aynı şekilde, öğrenci yurdu işyerinde çamaşır hizmetleri⁵⁵, hastane işyerinde hemşirelik işleri⁵⁶ de asıl iş sayılır.

1475 sayılı İş Kanunu’nda yer almayan “asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş” ibaresinin nasıl yorumlanması gerektiği, “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler” ölçütünün bir bütün olarak mı yoksa “işletmenin ve işin gereği olması” veya “teknolojik nedenlerle uzmanlık ge-

rektirmesi” hususlarının ayrı ayrı mı değerlendirileceği konusu öğretilerde tartışılmıştır.

Bir görüşe göre, sözü edilen iki koşul bölünemez⁵⁷; zira maddede yer alan “ile” ibaresi, işletmenin ve işin gereği ve teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerin bir arada bulunmasını gerektirir⁵⁸. İfadede yer alan “ile” sözcüğü “ve” ya da “olarak” biçiminde değerlendirilmeli; asıl işin bölünerek alt işverenlere verilebilmesi için, bunun işletmenin ve işin gereği olarak teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olması aranmalıdır. Salt “işletmenin ve işin gereği” yani ekonomik neden asıl işin bölünüp alt işverene bırakılmasına hukuken olanak vermez⁵⁹. Asıl işin bölünerek alt işverene verilebilmesi için bunun işletmenin ve işin gereği olarak teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olması şarttır ve buradaki ölçüt bütünlük göstermekte olup bölünemez niteliktedir. Bunun aksi kabul edildiğinde teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler sınırlamasının hiçbir anlamı kalmaz ve böyle bir yorum doğrultusunda işveren, işletmenin ve işin gereği olduğunu öne sürerek asıl işi kolaylıkla bölebilir ve alt işverene verebilir. Bu da maddenin amacıyla bağdaşmaz, yapılan düzenlemeyi anlamsız kılar⁶⁰. Bu görüş alt işverene verilebilecek işleri oldukça sınırlamaktadır⁶¹.

Diğer bir görüş ise, her iki kavram arasında yer alan “ile” sözcüğü “veya” şeklinde anlaşılacak sözü edilen ölçütlerin bir arada bulunmasının zorunlu olmadığını; zira usulüne uygun olarak kurulmuş bir asıl işveren-alt işveren ilişkisinde işçinin haklarını her işverenden elde edebilmesi mümkün olduğunu; kanunun amacının da bu ilişkiyi yasaklamak değil muvazaalı durumları ortadan kaldırmak olduğunu ileri sürmüştür. Asıl işin bir bölümünün alt işverene verilebilmesi için “işletmenin gereği”, “işin gereği” ve “teknolojik nedenlerle uzmanlık” kavramlarının her birinin tek başına yeterli olduğu sonucuna ulaşılmaktadır⁶². Bu görüş benimsenirse asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulmasında esnekliğe gidilmiş olacak, örneğin sadece maliyetin azalması veya işin daha hızlı yapılması gibi bir nedenle de asıl işin bir bölümü alt işverene verilebilecektir⁶³. Ancak öğretilerde sadece maliyetleri düşürmek için işin

alt işverene verilmesinin yasaklanmasının, hiçbir sınırlamaya ve kurala tabi olmayan fason imalatı teşvik edeceği ileri sürülmüş⁶⁴; maliyet avantajının, düşük ücretli işçi çalıştırarak değil de, kalite ve çabukluk yoluyla sağlanması halinde asıl işin bir bölümünün alt işverene verilebileceği belirtilmiştir⁶⁵.

Bu görüşlerin ileri sürülmesinden sonraki bir tarihte çıkarılan Alt İşverenlik Yönetmeliği'nin⁶⁶ 11/1. maddesinde "İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren iş, mal veya hizmet üretiminin zorunlu unsurlarından olan, işin niteliği gereği işletmenin kendi uzmanlığı dışında ayrı bir uzmanlık gerektiren iştir." denilerek işletmenin kendi uzmanlık alanının dışında bir iş olmasını; 11/3 hükmünde de, "asıl iş; a) İşletmenin ve işin gereği, b) Teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektirmesi, şartlarının birlikte gerçekleşmesi hâlinde bölünerek alt işverene verilebilir." , işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş unsurlarının bir arada bulunmasını aramıştır.

Ayrıca Yön. 11/4'de yer alan "Asıl işin bir bölümünde iş alan alt işveren, üstlendiği işi bölerek bir başka işverene veremez." hükmü gereğince de asıl işin bir bölümünde iş alan alt işverenlerin bu işleri başka alt işverenlere bırakamayacağı hükme bağlanmıştır.

Yargıtay da, "4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinde asıl işveren-alt işveren ilişkisini sınırlandırılması yönünde yasa koyucunun amacından da yola çıkarak asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesinde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler sözcüklerine yer verilmiş olması bu kararlılığı ortaya koymaktadır. Alt işverene verilebilecek işlerin uzmanlık gerektireceği baskın öge olarak kabul edilmektedir. Dairemiz kararları bu yönde istikrar kazanmıştır" demek suretiyle uzmanlık gerektiren bir işin alt işverene verilebileceğini belirtmiş⁶⁷; "...6'ncı fıkra gereğince, asıl işin bir bölümünde işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler alt işverene devredilebilecektir. Anılan düzenlemede baskın öge, "teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren" işlerdir. Başka bir anlatımla işletmenin ve işin gereği ancak

teknolojik nedenler var ise göz önünde tutulur. Dolayısıyla, söz konusu hükümdeki şartlar gerçekleşmeden asıl işin bölünerek alt işverene verilmesi hâlinde, asıl işveren-alt işveren ilişkisi geçersiz olacağından iş sözleşmesinin feshi de geçersiz olacaktır."⁶⁸ demek suretiyle de işletmenin ve işin gereğinin salt yeterli olmadığını bunların ancak teknolojik nedenler var ise göz önünde tutulacağını karara bağlamıştır⁶⁹. Zira, aksi durumda asıl işin bir bölümü, "işletmenin gereği", "işin gereği" ve "teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirmesi" hallerinden biriyle alt işverene verilebilir⁷⁰. Şu halde Yargıtay'a göre, asıl iş, ancak işin veya işletmenin gereği olarak teknolojik nedenle uzmanlık gerekmesi halinde alt işverene verilebilir.

II. ALT İŞVERENLİK SÖZLEŞMESİ

Alt İşverenlik Yönetmeliği'nin 3/b maddesinde alt işverenlik sözleşmesi, "asıl işveren ile alt işveren arasında yazılı olarak yapılan ve yönetmeliğin 10 uncu maddesinde belirtilen hususları içeren sözleşme" olarak tanımlanmıştır. Tanımda alt işverenlik sözleşmesinin yazılı yapılması ile 10. maddedeki hususları taşımasına vurgu yapılmıştır.

A. Yazılı Yapılması

5763 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle alt işverenlik sözleşmesinin yazılı yapılması esası getirilmiştir. 5763 sayılı Kanun'la yapılan değişikliğe ilişkin gerekçede "Asıl işveren ile alt işveren arasında kurulan ilişkinin yazılı yapılması şartı getirilmiştir. Alt işverenlik müessesesi yazılı kurulmadığı zaman çeşitli yorum ve problemlere yol açmaktadır. Yazılı hale getirildiğinde itiraz ve yoruma mahal kalmamaktadır. 4857 sayılı Kanunun 2 nci maddesinde hangi işlerin alt işverene devredilebileceği yazılmış ancak bu devir işleminin bu maddeye uygun olup olmadığının kontrolü yapılamamaktadır. 4857 sayılı Kanun'un 3 üncü maddesinde yapılan düzenleme ile, işi devralan alt işverenin Bölge Müdürlüğüne tescil için müracaat etmesi, Bölge Müdürlüğüne başvuru belgelerinin gerektiğinde İş Müfettişine incelettirilmesi ve muvazaalı bir durumun tespiti halinde tescilin iptal edilmesi öngörülmektedir." ifadelerine yer verilmiştir.

Madde gerekçesine göre uygulamada asıl işveren alt işveren ilişkisinin amacına aykırı olarak kullanılmasını önlemek amacıyla alt işverenlik sözleşmesinin yazılı yapılması gerektiği ifade edilmiştir⁷¹. Daha sonra çıkarılan Alt İşverenlik Yönetmeliği'nde de alt işverenlik sözleşmesinin asıl işveren ile alt işveren arasında yazılı yapılan sözleşme olduğu belirtilmiştir. Burada yazılılık şartının bir ispat şartı mı yoksa geçerlilik şartı mı olduğu tartışma konusu olabilir. Gerekçede, alt işverenlik müessesesi yazılı kurulmadığı zaman çeşitli yorum ve problemlere yol açtığı ve yazılı hale getirildiğinde itiraz ve yoruma mahal kalmadığı için yazılı yapıldığı belirtildiğine göre, yazılılık şartının ispat şartı olduğu açıktır⁷². Bu bağlamda, alt işverenlik sözleşmesi, işyerinin tescili için bir zorunluluk olup (Yön. m. 6/c) aksine bir uygulama idari para cezasını gerektirir (Yön. m.13/3) ise de, alt işverenlik ilişkisinin geçerliliğini etkilemez⁷³.

B. Yönetmeliğin 10. Maddesinde Belirtilen Hususları İncelemesi

Yönetmeliğin 10. maddesinde, asıl ve alt işverenlerin işyeri unvanları ve adresleri, asıl ve alt işverenlerin gerçek kişi olmaması halinde işveren vekillerinin adı soyadı ve adresi, işyerinde yürütülen asıl iş ile alt işverene verilen işin ne olduğu, alt işverene asıl işin bir bölümü veriliyorsa verilen işin işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektirme koşulunu taşıyıp taşımadığına ilişkin teknik açıklama, taraflarca öngörülmüş ise işin başlama ve bitiş tarihleri, alt işverenin faaliyetlerini işyerinin hangi bölümünde gerçekleştireceği, alt işverene verilen işin taraflar açısından yürütülme esasları ile asıl işveren veya vekili ile alt işveren veya vekilinin imzası, alt işverenlik sözleşmesinde yer alması gereken hususlar olarak belirtilmiştir.

C. Asıl İşin Bir Bölümünde İş Alınması Halinde Bir Takım Belgelerin Eklenmesi

Bunun yanı sıra yazılı olarak yapılan bu sözleşmeye eklenmesi gereken belgeler de Yönetmeliğin 10. maddesinin ikinci fıkrasında

açıklanmıştır. Buna göre, “Bir işyerinde, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren bir işin alt işverene verilmesi hâlinde, alt işverenin uzmanlığını belgelendirmesi amacıyla sözleşme kapsamındaki işe uygun; iş ekipmanı listesi, iş bitirme belgesi, operatör ve teknik eleman sertifikaları sözleşmeye eklenir”. Görüldüğü üzere, asıl işin bir bölümünde iş alınarak alt işverenlik ilişkisinin kurulabilmesi için alt işverenin uzmanlığını belgelendirmesi gerekir. Uzmanlığını belgelendirmeyi ise ancak sözleşme kapsamındaki işe uygun; iş ekipmanı listesi, iş bitirme belgesi, operatör ve teknik eleman sertifikalarını sözleşmeye eklemesi ile yapabilir.

III. ALT İŞVERENLİK SÖZLEŞMESİNDE (İLİŞKİSİNDE) MUVAZAA SORUNU

A. Muvazaa Kavramı

Arapça'da söze yalan katılması anlamına gelen (tezvir) “vaz” sözcüğünden türeyen “muvaazaa”, ciddi olmayan beyan anlamında kullanılmaktadır. Bunun yanı sıra, bir konuda bahse girmek, danışıklı işlemde bulunmak ya da gerçeğe uygun olmayan işlemde bulunmak anlamlarına da gelmektedir.

Hukuki anlamda ise muvaazaa, irade ile beyan arasında bilerek ve isteyerek meydana getirilen uygunsuzluk halidir. Bu anlamda muvaazaa, asıl maksadın saklanarak veya gizlenerek gerçeğe uygun olmayan muamelede bulunulmasını anlatmaktadır. Genel olarak Borçlar Kanunu'nun 18. maddesindeki “Bir aktin şekil ve şartlarının tayininde, iki tarafın gerek sehven ve gerek kasten akitteki hakiki maksatlarını gizlemek için kullandıkları tabirlere ve isimlere bakılmayarak onların hakiki ve müşterek maksatlarını aramak lazımdır.” sözcükleriyle düzenlenen muvazaada, taraflar ya gerçekte herhangi bir sözleşme yapmak istemedikleri halde sırf üçüncü kişileri kandırmak amacıyla yapıyor görünürler ya da gerçekten yapmak istedikleri bir sözleşmeyi aynı amaçla yapmak istemedikleri ama yapıyor göründükleri başka bir sözleşmenin arkasına gizlerler⁷⁴.

Hukumumuzda muvazaa olgusunun tespiti oldukça zor olduğundan muvazaa ilişkisinin belirlenmesi, mahkemeye ait olan ve yargılamayı gerektiren bir iş olarak görülmüştür.

Biri, göstermelik olup başkalarına karşı yapılan anlaşmayı; diğeri de, gizli olup taraflar arasında kalan ve dışarı yansımaması istenilen anlaşmayı içeren muvazaanın konusu esas itibarıyla sözleşmeler olup taraflar gerçek iradelerini gizleyerek görünürde bir beyanda bulunmakta ve gerçek iradelerini yansıtmamaktadırlar.⁷⁵ Bu bağlamda muvazaanın biri mutlak ve diğeri nispi olmak üzere iki çeşidi bulunmaktadır. Görünürdeki işlem, muvazaa anlaşması ve aldatma kastı şeklinde üç unsuru bulunan mutlak muvazaa, tarafların gerçekte hiç yapmak istemedikleri bir sözleşmeyi sırf üçüncü kişileri yanıltmak amacıyla yapmış gibi görünmeleridir. İcra takibinden kurtulmak için malların B'ye devredilmesi buna örnektir⁷⁶. Görünürdeki işlem, gizli işlem, muvazaa anlaşması ve aldatma kastı şeklinde dört unsuru bulunan nispi muvazaa ise tarafların gerçekten yapmak istedikleri bir sözleşmeyi, üçüncü kişiler tarafından öğrenilmesini engellemek amacıyla yapmak istemedikleri başka bir sözleşmenin arkasına gizlemeleridir. Nispi muvazaa daha ziyade sözleşmenin niteliğine ilişkin olup biri tarafların gerçekte yapmak istedikleri fakat üçüncü kişilerden gizledikleri muamele, ve diğeri, üçüncü kişileri aldatmak amacıyla yapıyormuş gibi göründükleri muamele olmak üzere iki hukuki muameleye sahiptir⁷⁷. Bağışlama söz konusu olduğu halde, mirasçılardan ilerde hak talep etmelerine engel olmak için satış sözleşmesi yapmış görünmeleri de buna örnek teşkil eder⁷⁸.

Muvazaada iki tarafın gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları tabirlere bakılmaz; tarafların gerçek ve ortak amaçları araştırılır. Muvazaa, hukuki işlemin geçersizliğine neden olan ve butlan sonucunu doğuran bir hal olduğundan mahkeme tarafından kendiliğinden göz önünde bulundurulur⁷⁹. Muvazaa kavra-

mı esas itibarıyla Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş fakat asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulmasıyla ilgili birtakım sıkıntılar muvazaa kavramının İş Kanunu'nda da düzenlenmesine neden olmuştur⁸⁰.

Hukumumuzda muvazaa olgusunun tespiti oldukça zor olduğundan muvazaa ilişkisinin belirlenmesi, mahkemeye ait olan ve yargılamayı gerektiren bir iş olarak görülmüştür. Mahkeme, önüne gelen bir davada tarafların talebi üzerine veya re'sen usulüne göre yapacağı yargılama sonucunda muvazaa olup olmadığına karar verir. Muvazaa davası diğer davalara göre ispatı son derece zor olan bir davadır. Mahkeme her türlü delili inceleyerek karar vermekte; verdiği kararlar sadece davanın taraflarını değil üçüncü kişileri de ilgilendiren sonuçlar ortaya çıkmaktadır.

B. Alt İşverenlik Sözleşmesinin (İlişkisinin) Muvazaalı Olduğunun Tespiti

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinin altıncı fıkrasında tanımlanan asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kötüye kullanılması nedeniyle İş Kanunu'nun işyerini bildirmeye ilişkin 3. maddesinde 15.05.2008 tarihinde 5763 sayılı Kanun'la⁸¹ değişiklik yapılmış ve bu maddenin 2. fıkrası şu hale getirilmiştir:

“Bu Kanun'un 2 inci maddesinin altıncı fıkrasına göre iş alan alt işveren; kendi işyerinin tescili için asıl işverenden aldığı yazılı alt işverenlik sözleşmesi ve gerekli belgelerle birlikte, birinci fıkra hükmüne göre bildirim yapmakla yükümlüdür. Bölge Müdürlüğünce tescili yapılan bu işyerine ait belgeler, gerektiğinde iş müfettişleri tarafından incelenir. İnceleme sonucunda muvazaalı işlemin tespiti halinde, bu tespiti ilişkin gerekçeli müfettiş raporu işverenlere tebliğ edilir. Bu rapora karşı tebliğ tarihinden itibaren altı iş günü içinde işverenlerce yetkili iş mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz üzerine verilen kararlar kesindir. Rapora altı iş günü içinde itiraz edilmemiş veya mahkeme muvazaalı işlemin tespitini onamış ise tescil işlemi iptal edilir ve alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılır”.

5763 sayılı Kanun ile 3. maddeye eklenen 4. fıkra ile de, asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulması, bildirim ve işyerinin tescili ile yapılacak sözleşmede bulunması gerekli diğer hususlara ilişkin usul ve esasların Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından çıkarılacak bir yönetmelikle belirleneceği düzenlenmiştir.

Görüldüğü üzere, İş K. m. 3/II hükmü, alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olduğunun bir idari işlemle tespit edilebileceğini belirtmektedir. Asıl işverenden iş alan alt işveren kendi işyerinin tescili için imza sirkülerini, tüzel kişiler için Ticaret Sicil Gazetesi suretini, asıl işverenle arasında imzaladığı yazılı alt işverenlik sözleşmesini ve eklerini işyeri bildirgesi ile birlikte İşK. m. 3/Te göre, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Bölge Müdürlüğü'ne bildirmelidir. Bölge Müdürlüğü tarafından talebin uygun görülmesi halinde bildirimde bulunan alt işverenin işyeri tescil edilir ve işyeri için bir sicil numarası verilir (İş K. m. 3/II; Yön. m. 6-7). İşK. m. 3/II'de ise, tescili yapılan işyerine ilişkin belgelerin gerektiğinde iş müfettişleri tarafından inceleneceği düzenlenmiştir. Yön. m. 12/II'de iş müfettişi tarafından muvazaa incelemesinde hangi noktaların göz önünde bulundurulacağı belirtilmiştir. Buna göre; "muvazaanın incelenmesinde özellikle

a) Alt işverene verilen işin, işyerinde asıl işveren tarafından mal veya hizmet üretimine ilişkin bir iş olup olmadığı,

b) Alt işverene verilen işin işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olup olmadığı,

c) Alt işverenin daha önce o işyerinde çalıştırılan bir kişi olup olmadığı,

ç) Alt işverenin işe uygun yeterli ekipman ile tecrübeye sahip olup olmadığı,

d) İstihdam edeceği işçilerin niteliklerinin yapılacak işe uygun olup olmadığı,

e) Alt işverene verilen işte asıl işveren adına koordinasyon ve denetimle görevlendirilenlerden başka asıl işverenin işçisinin çalışıp çalışmadığı,

f) Yapılan alt işverenlik sözleşmesinin iş hukukunun öngördüğü kamusal yükümlülüklerden kaçınmayı amaçlayıp amaçlamadığı,

g) Yapılan alt işverenlik sözleşmesinin işçilerin iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi yahut mevzuattan kaynaklanan bireysel veya kolektif haklarını kısıtlamaya ya da ortadan kaldırmaya yönelik yapıp yapılmadığı,

hususları göz önünde bulundurulur".

İş müfettişleri tarafından yapılan inceleme sonunda, alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olduğu tespit edilirse, bu tespiti ilişkin olarak gerekçeli müfettiş raporu işverenlere tebliğ edilir (İş K. m. 3/II; Yön. m. 13/I). Daha sonra işverenler kendilerine tebliğ edilen iş müfettişi raporuna alt iş günü içerisinde yetkili iş mahkemesinde itiraz edebilirler. Mahkemenin itiraz üzerine vereceği karar kesindir. Buna karşı başka bir kanun yoluna başvurulamaz. Rapora altı iş günü içerisinde itiraz edilmezse ya da mahkeme muvazaanın tespitini onarsa, işyeri tescil işlemi Bölge Müdürlüğü tarafından iptal edilir ve alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılır. İtiraz süresinin geçmesi ya da mahkeme kararı ile muvazaanın onanması durumunda asıl işveren ve alt işveren veya vekillerine idari para cezası uygulanır (İş K. m. 98).

1. Alt İşverenlik İlişkisinin Muvazaalı Olduğunun İş Müfettişince Tespiti Yetkisinin Anlamı ve Kapsamı

İş K. m. 3/II ile alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olduğunu tespit yetkisi iş müfettişlerine de verilmiştir. Kural olarak mahkemeye ait olan ve uygulamada genellikle uzman bilirkişi görüşü de alınarak karar verilen muvazaanın tespiti işlemi, özel hukuk kişilerinin yapacakları alt işverenlik sözleşmelerinin geleceğinin idareye bırakılması sonucunu doğuracağı için, yetkinin iş müfettişlerine verilmesi hususu bu yönüyle isabetli değildir. Başka bir söyleyişle, yargı organına ait olması gereken muvazaanın tespitinin, bir idari organa bırakılması hukuken doğru görülemez⁸². Bu durum iş barışını zedelemek yanında daha birçok olumsuz sonuçları da beraberinde getirir. Kaldı ki ülkemizde müfettiş sayısındaki yetersizlikler nedeniyle iş denetimlerinin amaca uygun olarak gerçekleştirilememesi ILO raporları ile şikâyet konusu yapılmakta iken, mevcut iş yüküne, sayıları yüz binleri

bulan alt işveren sözleşmelerinin de eklenmesi, denetimi içinden çıkılmaz hale getirir⁸³.

Böyle bir yetkinin iş müfettişlerine verilmesinin birtakım sakıncalarının bulunduğu belirtilmekle birlikte; mevcut düzenleme karşısında iş müfettişlerine verilen bu yetkinin şartlarının ve sınırının kesin bir şekilde tespit edilmesi halinde, bu sakıncalar en aza indirilebilir⁸⁴. Diğer taraftan, menfaati olan kimselerin örneğin alt işverenlik sözleşmesinin taraflarının ya da işçilerin genel hükümlere göre mahkemede dava açıp muvazaa konusunda karar verilmesini sağlamasına bir engel de bulunmamaktadır.

Alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olduğunu tespit yetkisini iş müfettişlerine veren bu hükümde bir takım eksiklikler söz konusu olup bazı hususlarda da çelişkiler vardır.

Bir kere, alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olduğu konusunda iş müfettişlerine verilen yetki bütün alt işverenlik sözleşmelerinin doğ-

alt işverenlik sözleşmesinin muvazaalı olup olmadığını incelenmesinin alt işverenliğin tescilinden sonra yapılacağı belirtildiğinden, alt işverenin işyerinin tescilinden önce müfettişlerce bir muvazaa denetimi yapılamaz. Çünkü Kanun'da, işverenin işyerinin tescili için bölge müdürlüğüne başvuracağı, bölge müdürlüğünün muvazaa olup olmadığını incelemeyen (iş müfettişlerine de inceleme yaptırmadan) işyerini tescil edeceği açıkça belirtilmiştir. İş müfettişi tarafından muvazaa incelemesi, ancak bu tescil işleminden sonra yapılabilir. Çünkü İş K. m. 3/II'de, hem "...alt işveren; kendi işyerinin tescili için asıl işverenden aldığı yazılı alt işverenlik sözleşmesi ve gerekli belgelerle birlikte, birinci fıkra hükmüne göre bildirim yapmakla yükümlüdür. Bölge müdürlüğünce tescili yapılan bu işyerine ait belgeler gerektiğinde iş müfettişlerince incelenir. İnceleme sonucunda muvazaalı işlemin tespiti..."nden söz eden ifadeler, hem

Alt işverenin bölge müdürlüğüne yapacağı başvurunun amacı işyerinin tescilidir; muvazaa olup olmadığının tespiti değildir.

rudan iş müfettişleri tarafından inceleneceği şeklinde anlaşılmamalıdır. Nitekim Kanun'da "gerektiğinde" ibaresi kullanılmıştır (İş K. m. 3/II). Bu ibareden sadece gerekli görülen alt işverenlik sözleşmelerinin inceleneceği anlaşılmakta; fakat hangi sözleşmelerin incelenmesi gerektiği hususunda Kanun'da bir açıklık bulunmamaktadır. Yönetmelik'te ise 12/II'deki "... tescili yapılan işyeri için 6 ncı maddede belirtilen belgelerde Kanuna aykırılık veya muvazaa kanaatini oluşturan delillerin bulunması hâlinde, söz konusu belgeler gerekçesi ile birlikte incelenmek üzere bölge müdürlüğünce iş teftiş grup başkanlığına intikal ettirilir." hükmü ancak inceleme konusundaki takdir yetkisinin "belgelerde Kanuna aykırılık veya muvazaa kanaatini oluşturan delillerin bulunması" ile sınırlandırmaya çalışmıştır. Bilindiği üzere, idare hukukunda idarenin takdir yetkisi mutlak olmayıp bu yetki kanunla idareye tanınsa bile bu yetkiyi kullanmanın ölçütlerinin açık bir biçimde gösterilmesi gerekir⁸⁵. Diğer taraftan, Kanun'da,

de "...muvazaalı işlemin tespitini onamış ise tescil işlemi iptal edilir ..." sözcükleri muvazaa incelemesinin tescilden sonra olacağını ortaya koymaktadır. Kaldı ki, Yönetmeliğin 12/II'deki "7. madde uyarınca tescil yapılan işyeri için 6. maddede belirtilen belgelerde kanuna aykırılık veya muvazaa kanaatini oluşturan delillerin bulunması halinde, söz konusu belgeler gerekçesi ile incelenmek üzere Bölge Müdürlüğü'nce iş teftiş grup başkanlığına intikal ettirileceği" de açıkça belirtilmiştir.

Tekrara girmeden vurgulayalım ki, alt işverenin bölge müdürlüğüne yapacağı başvurunun amacı işyerinin tescilidir; muvazaa olup olmadığının tespiti değildir. Bundan dolayı, bölge müdürlüğünün tescil sırasında kendisine gösterilen alt işverenlik sözleşmesini iş müfettişine göndererek, tescili bekletmesi ve iş müfettişinin vereceği kararı beklemesi mümkün değildir. Aksi durum bölge müdürlüğünün kendisine verilen yetkiyi kötüye kullanması anlamına gelir. Bu nedenle tescilden önceki

aşamada iş müfettişine inceleme yaptırılarak ve alt işverenlik sözleşmesinin muvazaalı olduğuna dayanılarak tescil talebinin reddedilmesi kanuna aykırılık teşkil eder. Çünkü Kanun'da ve Yönetmelik'te iş müfettişleri tarafından incelemenin bildirimden sonra yapılacağı açık bir şekilde ifade edilmiştir.

Diğer taraftan, İş K. m. 3/II'de yer alan bölge müdürlüğü tarafından tescili yapılan bu işyerine ait belgelerin iş müfettişi tarafından inceleneceği yolundaki ifade; iş müfettişinin yapacağı incelemenin, ancak konunun kendisine bölge müdürlüğünce intikal ettirilmesi sonucu mu olup olmayacağı tartışmasına neden olabilir. Başka bir deyişle, "iş müfettişi örneğin şikayet gibi başka bir yolla da konuyu öğrense, muvazaa incelemesi yapabilir mi?" hususu öğretilde farklı görüşlerin ileri sürülmesine neden olmuştur. Bir görüş, "Bölge müdürlüğünce tescili yapılan bu işyerine ait belgeler gerektiğinde iş müfettişlerince incelenir." hükmünden, muvazaa incelemesi için bölge müdürlüğünün talebinin şart olmadığını, daha sonra yapılacak bir ihbar ya da şikayet üzerine de inceleme yapılabileceğini belirtmektedir⁸⁶. Kanaatimizce de isabetli olan diğer görüşe göre ise, iş müfettişinin konuyu inceleyebilmesi için bölge müdürlüğünün bu konudaki talebi şarttır. Zira, İş K. m. 3/II'de "Bölge müdürlüğünce tescili yapılan bu işyerine ait belgeler gerektiğinde iş müfettişlerince incelenir." denilerek tescil süreci anlatılmış ve iş müfettişlerine bu süreçte bölge müdürlüğü tarafından belgelerin intikali ile istisnai ve sınırlı bir yetki ile muvazaa incelemesine imkan tanınmıştır. Yön. m. 12/T'deki "tescili yapılan işyeri için aranan belgelerde kanuna aykırılık veya muvazaa kanaatini oluşturan delillerin bulunması halinde, söz konusu belgeler gerekçesi ile birlikte incelenmek üzere bölge müdürlüğünce iş teftiş kurulu başkanlığına intikal ettirilir" hükmü de bu görüşü doğrulamaktadır. Aksi halde, tescil edilen ve uzun bir süre sorunsuz olarak uygulanmaya devam eden bir alt işverenlik sözleşmesi hakkında işçilerden birinin şikayeti üzerine bu konunun iş müfettişinin önüne getirilmesi ve iş müfettişinin muvazaanın varlığı şeklinde bir rapor hazırlaması hakkaniyete çok uygun değil-

dir. Dolayısıyla iş müfettişinin inceleme yapma yetkisi alt işverenin işyerinin tescili aşamasına özgü olup, daha sonra bu konu tekrar iş müfettişi önüne götürülemez. Bölge müdürlüğünün bu konuyu iş müfettişi önüne getirmesi de tescilden sonra ve ancak tescil sırasındaki değerlendirmesiyle ilgilidir. Eğer aksi düşünülecek olursa kötü niyetli bir bölge müdürlüğü bu inceleme yetkisini işverenlerin üzerinde her an Demokles'in kılıcı gibi tehdit unsuru olarak bulundurabilir ya da fiilen sendikaların baskısı altında gereksiz incelemeleri başlatmak zorunda kalabilir. Kaldı ki, hukuki menfaati bulunanlar, genel hükümlere göre muvazaa davası açma hakkına her zaman sahiptirler.

İş müfettişlerinin muvazaa incelemesini nasıl yapacakları İş Kanunu ve Yönetmelik'te düzenlenmiştir. İş K. m. 3/II'ye göre alt işverenin kendi işyerinin tescili için gerekli belgeleri bölge müdürlüğüne bildireceği ve işyerine ait belgelerin iş müfettişlerince inceleneceği belirtilmektedir. Yön. m. 12/T'e göre de, 6. maddede belirtilen belgelerde (tüzel kişiler için Ticaret Sicil Gazetesi, imza sirküleri, alt işverenlik sözleşmesi ve eklerinde) muvazaa kanaatini oluşturan delillerin bulunması halinde söz konusu belgelerin incelenmek üzere iş teftiş kuruluna intikal ettirileceği açıkça yazılıdır. Bu nedenle de iş müfettişlerinin yapacağı inceleme bu belgelerle sınırlı olup bu belgeler dışında taraflardan başka bilgi talep edememesi gerekir.

İş müfettişi, yaptığı inceleme sonucunda alt işverenlik sözleşmesinde muvazaa olmadığı kanaatine ulaşırsa bunu belirtir. Muvazaa olduğunu tespit ederse de bu durumu gerekçesiyle birlikte belirten bir rapor hazırlar. Fakat iş müfettişi yaptığı inceleme sonrasında alt işverenlik sözleşmesinin muvazaalı olduğunu tespit etse bile sözleşmenin yürürlüğü ile ilgili önlem alamaz⁸⁷.

2. Kanun ve Yönetmelikte Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin Muvazaalı Olduğunun Karine Olarak Kabul Edildiği Haller

İş K. m. 2/VII'ye göre "Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları

kısıtlanamaz veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz. Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler. İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez". Bu hükümde üç karineden söz edilmiş ve "genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme" dayanması ifadesine yer verilerek bunların dışında kalan durumlarda da muvazaalı iddiasının ileri sürülebileceği öngörülmüştür.

Yönetmeliğin 12/2. maddesinde ise, bunlara ek olarak, alt işverene verilen işte asıl işveren adına koordinasyon ve denetimle görevlendirilenlerden başka asıl işverenin işçisinin çalışıp çalışmadığı, yapılan alt işverenlik sözleşmesinin iş hukukunun öngördüğü kamusal yükümlülüklerden kaçınmayı amaçlayıp amaçlamadığı, yapılan alt işverenlik sözleşmesinin işçilerin iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi yahut mevzuattan kaynaklanan bireysel veya kolektif haklarını kısıtlamaya ya da ortadan kaldırmaya yönelik yapıp yapılmadığı hususları da belirtilmiştir.

a. Asıl İşverenin İşçilerinin Alt İşveren Tarafından İşe Alınarak Haklarının Kısıtlanması

Kanun'da asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğunun karine olarak kabul edildiği haller sayılmış ve bunlardan ilki olarak, asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle haklarının kısıtlanması hali gösterilmiştir. Burada, alt işverenin asıl işverenin işçilerini işe alması değil, işe alınan işçilerin haklarının kısıtlanması yasaklanmıştır. Alt işveren asıl işverenin işçilerini işe alabilir fakat bu şekilde işçilerin haklarını kısıtlayamaz. Örneğin asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak ücretlerinin düşürülmesi, çalışma saatlerinin artırılması, çalışma koşullarının işçinin aleyhine olacak şekilde ve işçinin rızasının alınmadan değiştirilmesi gibi durumlarda muvazaanın varlığı kabul edilebilir⁸⁸. Aksi halde yasal düzenleme haksız sonuçlara yol açabilir. Bu durumda alt işverenin işe alacağı tüm işçiler yönünden

ciddi bir araştırma içerisine girmesi ve asıl işverenin önceki bir işçisi ile iş ilişkisi kurmaması gibi bir yükümlülüğü ortaya çıkacaktır ki bunu yerine getirmek de son derece güçtür. Bundan dolayı alt işveren tarafından işe alınan asıl işverenin işçisinin haklarının kısıtlanıp kısıtlanmadığına bakılması gerekmektedir.

Bununla beraber Yargıtay, isabetli olarak söz konusu kuralı çok katı yorumlamamakta, olayın özelliğine göre muvazaanın söz konusu edilemeyeceği hallerde, büyük çoğunluğu kendi işçi kadrosundan oluşan ve asıl işverenin birkaç işçisini işe alarak çalıştıran alt işverenin bu tutumunun işlemi muvazaalı hale getiremeyeceği kanaatinde⁸⁹.

Burada işçilerin haklarının kısıtlanmasından ne anlaşılması gerektiği hususu üzerinde durulmalıdır. Belirtelim ki, öncelikle, işçilerin doğmuş ya da doğabilecek her türlü haklarında azalma bu kapsamda değerlendirilmelidir. Fakat doğabilecek hak kavramının kapsamı geniş tutulmamalı; işçinin asıl işverene ait işyerinde çalışması halinde hak kazanacağı prim veya asıl işverene ait işyerinde sendikanın yetki aldığı bir süreçte işçilerin ileride imzalanacak olan toplu iş sözleşmesinden yararlanmalarının önüne geçilmesi amacıyla alt işverene devri gibi durumlarda, alt işverene devri anında doğmamış olmakla birlikte asıl işverene ait işyerinde çalışmış olsaydı gerçekleştirilecek olanla sınırlı görülmelidir⁹⁰. Alt işverenin, asıl işverenin eski işçisine asıl işverenin emrinde çalışırken edindiği haklarını aynen sağlaması durumunda bir kısıtlamadan söz edilemez.

b. Daba Önce O İşyerinde Çalıştırılan İşçi ile Alt İşverenlik İlişkisi Kurulması

Diğer bir hal ise, daha önce o işyerinde çalıştırılan işçi ile alt işverenlik ilişkisinin kurulmamasıdır. Bu hüküm, uygulamada çok sık rastlanan asıl işveren işçisinin muvazaalı ile alt işveren olarak gösterilmesini engellemeye matuftur. Bu bağlamda, işyerinde çalıştırılan kimşenin işten ayrılıp daha sonra sağladığı işçilerle işi yürütmesi ve bu yolla işyerinde sendikasız ve ucuz işçi çalıştırılmasının önüne set çekilmek istenmektedir⁹¹. Bu hüküm, yasak olarak değil, aksi ispatlanabilen bir yasal karine olarak görülmelidir⁹².

Ancak bu hükmün çalışma ve sözleşme özgürlüğünü kısıtladığı açıktır⁹³. Bundan dolayı bu hükmün mutlak olarak uygulanmaması, anayasaya uygun yorum yapılarak, mutlak olarak engellemek değil, muvazaalı uygulamaları önlemek şeklinde değerlendirilmesi ve (adi) yasal karine kabul edilip uyumsuzluğa konu olan her somut olayda muvazaa olup olmadığının değerlendirilmesi ve aksinin iddia ve ispat edilebilmesinin mümkün olması gerekir⁹⁴. Bu bağlamda bir işçinin bir işyerinde uzun yıllar çalıştıktan sonra emekliye ayrılarak kendi firmasını kurup eski işvereni ile yaptığı asıl işveren alt işveren ilişkisi geçerli kabul edilebilir⁹⁵. Buna karşılık, “çalışmaya devam ettirilmesi” ifadesi karşısında, çalışmaya ara verildikten sonra asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulabileceğinin kabulü, maddenin sistematik yorumuna daha uygundur. Bu nedenle çalışmaya ara verilmeden kurulan bir asıl işveren-alt işveren ilişkisi muvazaaya karine kabul edilmelidir⁹⁶.

Alt işverenin daha önce o işyerinde çalışan kimse olamayacağı yasa da belirtildiğinden ve açıkça “o işyeri”nden söz edildiğinden işçinin daha önce aynı işverenin başka bir işyerinde çalışmış olmasının bu kapsamda bir engel oluşturmayacağı açıktır. Fakat işverenin bir başka işyerinde çalışan işçisi ile asıl işveren-alt işveren ilişkisi içerisine girmesi diğer delillerle birlikte ele alındığında ilişkinin muvazaalı olduğunu gösterebilir⁹⁷.

Diğer taraftan Kanun’da “daha önce o işyerinde çalışan işçi”den söz edildiği için, iş sözleşmesi ile çalışan işçi olmayıp da işyerinde memur, sözleşmeli personel, vekalet sözleşmesi ile çalışan bir işveren vekili yönetici, şirket ortağı ya da geçici iş ilişkisi ile çalışanların “çalışan” kapsamı dışında tutulması gerekir⁹⁸.

c. İşletmenin ve İşin Gereği ile Teknolojik Nedenlerle Uzmanlık Gerektiren İşler Dışında Asıl İşin Bölünerek Alt İşverene Verilmesi

Kanun’da öngörülen bir diğer hal de, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl işin bölünerek alt işverene verilmesidir. Fakat bu husus Kanun’da karine olarak muvazaalı kabul edilen haller içinde sayılmamıştır. Uzmanlık dışı bir işin

alt işverene bırakılması halinde muvazaanın varlığı diğer durumlardan farklı olarak mutlak bir karine oluşturur. Diğer haller ise aksi ispatlanabilir karine niteliğindedir⁹⁹. Ayrıca Alt İşverenlik Yönetmeliği’nin 3. maddesinin g-1 hükmünde “İşyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl işin bir bölümünde uzmanlık gerektirmeyen işlerin alt işverene verilmesi”¹⁰⁰ de muvazaalı durum olarak açıklanmıştır.

d. Genel Olarak Muvazaalı İşleme Dayanma

Kanun’da muvazaanın ölçütü sayılan hususlardan ayrı olarak başka olgulardan ve delillerden yola çıkarak asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayandığının da ileri sürülebileceği belirtilmektedir. Asıl işveren-alt işveren ilişkisinde alt işveren işçilerine işin görülmesi ile ilgili emir ve talimat verme yetkisi alt işverende olduğundan, bu husus, taraflar arasında gerçek bir alt işverenlik ilişkisinin bulunup bulunmadığı araştırılırken göz önünde bulundurulmalıdır. Çünkü işin görülmesi ile ilgili emir ve talimat verme yetkisi asıl işverene bırakılmışsa gerçek bir alt işverenlik ilişkisinden söz etme olanağı zayıflar, bu durum alt işveren olarak nitelendirilen kişinin gerçek bir müteşebbis sayılamayacağı, sadece suni bir işveren olduğu yönündeki şüpheleri kuvvetlendirir¹⁰¹. Bu durumda da somut olayın özelliğine göre muvazaanın varlığı kabul edilebilir. Ancak bu gibi durumlarda yasal bir karine söz konusu olmadığından muvazaayı ispat yükü işçiye düşer¹⁰². Yönetmeliğin 12/2-e maddesinde de, “alt işverene verilen işte asıl işveren adına koordinasyon ve denetimle görevlendirilenlerden başka asıl işverenin işçisinin çalışıp çalışmadığı” hususunun muvazaa incelemesinde dikkate alınması aranmıştır.

Yapılan alt işverenlik sözleşmesinin “iş hukukunun öngördüğü kamusal yükümlülüklerden kaçınmayı amaçlayıp amaçlamadığı” (Yön. 12/2-f) ile “yapılan alt işverenlik sözleşmesinin işçilerin iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi yahut mevzuattan kaynaklanan bireysel veya kolektif haklarını kısıtlamaya ya da ortadan kaldırmaya yönelik yapıp yapılmadığı” (Yön. 12/2-g, Yön. 3/g-4) hususları da muvazaa incelemesinde göz önünde bulundurulmalıdır.

Yargıtay, işçi temini sözleşmeleri¹⁰³ ile işçinin değişen alt işverenler yanında çalışmaya devam etmesini¹⁰⁴ de muvazaalı alt işveren işlemleri kapsamında değerlendirmektedir.

3. İş Müfettişinin Muvazaayı Tespit Eden ve İşverenlere Tebliğ Edilen Raporunun Hukuki Niteliği

İş müfettişinin muvazaayı tespit eden raporu önemli bir belge olup tek başına hüküm ifade etmediğinden bir ön işlem niteliğindedir. Bu belgenin hüküm ifade edebilmesi işverenler tarafından altı gün içinde dava açılmamasına veya dava açılmışsa mahkemenin muvazaa bulunduğuna ilişkin karar vermesine bağlıdır. İşK. m. 3/II'ye göre iş müfettişi raporunun gerekçeli olması gerekir. Gerekçe, müfettişin muvazaa tespitini içeren raporunun geçerliliği için zorunlu koşuldur. Aksi halde teknik tabiriyle sebep yönünden sakat bir idari işlem olur¹⁰⁵. Bu husus, hem çok sayıda işçinin durumunu ilgilendirmesi, hem de tarafların aksi düşüncede olması halinde itiraz yoluna başvurabilmesi açısından önem taşımaktadır.

4. İş Müfettişi Raporunun İşverenlere Tebliği

İş müfettişi yaptığı inceleme sonucunda alt işverenlik sözleşmesinin muvazaalı olarak yapıldığı sonucuna varırsa, iş müfettişinin hazırladığı gerekçeli rapor asıl işverene ve alt işverene tebliğ edilir (İşK. m. 3/II; Yön. m. 13/I). Hükümden aynı zamanda, iş müfettişinin alt işverenlik sözleşmesinde muvazaa bulunmadığına ilişkin raporunun işverenlere tebliğ edilmeyeceği de anlaşılmaktadır. Sözleşmede muvazaa tespit edilmişse ancak bu durumda rapor her iki işverene de tebliğ edilecektir. Fakat öğretilerdeki, muvazaa bulunmadığına ilişkin raporun da işverenlere tebliğ edilmesinin, işlemin açıklığı ve işverenlerin bilgilendirilmeleri açısından daha doğru olacağı, isabetle ileri sürülmektedir¹⁰⁶.

İşverenlerin rapora itiraz süreleri tebliğ tarihinden itibaren başlayacağından tebligatın kanuna uygun olarak yapılması önemlidir. Hukuki anlamda tebligat, muhataba yazılı bildirim anlamına gelmektedir¹⁰⁷. Hukukumuzda

tebligat 7201 sayılı Tebligat Kanunu¹⁰⁸ ve bu kanuna dayanarak çıkarılan Tebligat Tüzüğü¹⁰⁹ hükümlerine uygun olarak yapılmaktadır. Alt işverenlik sözleşmesinin muvazaalı olduğunu bildiren idari işleme ilişkin tebligatın da taahhütlü veya iadeli taahhütlü olarak Tebligat Kanunu hükümlerine uygun olarak yapılması gerekir. Çünkü tebligatın normal posta yoluyla yapılması tebligatın kime ve ne zaman yapıldığı noktasında büyük sorunlar çıkarmaktadır¹¹⁰. Bu tebligata karşı işverenlere sınırlı bir itiraz süresi verildiğinden tebligatın sağlıklı bir biçimde gerçekleşmesi hem işçilerin hem de işverenlerin yararlarını korumaya hizmet edecektir.

5. İş Müfettişi Raporuna İtiraz

Tebliğ edilen rapora karşı tebellüğ tarihinden itibaren altı işgünü içinde işverenler tarafından yetkili iş mahkemesinde itiraz edilebilir (İşK. m. 3/II; Yön. m. 13/I).

a. İtirazın Hukuki Niteliği

Kanunda "itiraz" sözcüğü kullanılmıştır; ancak bu kavram medeni yargı sistemimize yabancıdır. Bilindiği üzere medeni yargı sistemimizde çekişmeli ve çekişmesiz olmak üzere iki yargı yolu bulunmaktadır. İtiraz kavramının ise bu iki yol içerisinde de kabul edilmesi güçtür. Medeni yargıda bir hususun yargı organı önüne getirilmesi esas itibarıyla dava şeklinde olmaktadır. Davada ise davacı ve davalı olmak üzere iki taraf bulunmaktadır. Davada, davacı taraf davalı olarak gösterdiği kişiye karşı bir dava açar ve mahkeme de davacının iddiası ile davalının savunmasını delillere göre de değerlendirmeye tabi tutarak karar verir. Çekişmesiz yargıda ise ortada bir uyuşmazlık yoktur. Burada kendiliğinden araştırma ilkesi geçerlidir. Hak sahibi olan kimse tek taraflı olarak mahkemeden talepte bulunur. Mahkeme buna ilişkin bir karar verir ve bu karar maddi anlamda kesin hüküm oluşturmaz¹¹¹. Bu bağlamda çekişmeli-çekişmesiz yargı ayırımında öncelikle itiraz kavramının çekişmesiz yargı içerisine girdiği düşünülebilirse de alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olduğunu ifade eden iş müfettişi raporuna itirazın önemi düşünüldüğünde itiraz yolunun hukuken dava olarak nitelendirmek ve medeni usul hukukundaki davaya ilişkin olan

Altı iş günlük dava açma süresinin kısa olduğu ve Anayasanın hak arama özgürlüğü dikkate alındığında Anayasa'ya aykırı bulunduğu da ileri sürülmektedir.

hükümleri uygulamak daha doğrudur. Bundan dolayı işverenlerin yapacakları başvuruyu itiraz davası olarak kabul etmek gerekir. Böylece itiraz davası açan işverenler, muvazaaya ilişkin olan iş müfettişi raporunun doğru olmadığını ve alt işverenlik sözleşmesinin muvazaalı olarak yapılmadığını ileri sürebilirler¹¹².

İşverenlerden birinin süresi içinde itirazda bulunması, muvazaanın tespitine ilişkin işlemin uygulanmasını durdurur¹¹³.

b. İtiraz Süresi

İşverenler (gerek asıl işveren ve gerekse alt işveren) iş müfettişi raporunu tebellüğ ettiği tarihten itibaren altı işgünü içerisinde İş Mahkemesinde dava açarak bu rapora itiraz edebilirler. Her işveren açısından süre, kendisine yapılan tebligattan itibaren başlar ve davalar açıldıktan sonra (itiraz dosyalarının) birleştirilmesi yoluna gidilebilir. Altı işgünlük bu süre hak düşürücü bir süredir. Dolayısıyla bu süre geçirildikten sonra dava açılmaz; açılabilirse sürenin geçirildiği, yargılamanın her safhasında hakim tarafından göz önünde bulundurulacağı gibi taraflarca da ileri sürülebilir¹¹⁴.

Kanun, işgününden söz ettiği için, iş günü olmayan tatil günleri süreye dahil edilemez. İş müfettişi raporuna itiraz süresi olarak düzenlenen bu süre, işverenlerin muvazaa raporunu değerlendirmesi, buna karşı iddialarını ileri sürmesi ve ispatlaması açısından kısadır. Bu sürenin, daha uzun düzenlenmesi menfaatler dengesine uygun olup, bu durumdan olumlu ya da olumsuz şekilde etkilenecek olan işçilerin de hakları korunmuş olurdu. Adli yargı sistemimizde taraflarca hazırlanma ilkesi geçerli olduğundan tarafların hazırlık yapabilmeleri ve iddialarını ispatlayabilmeleri için uzun bir süreye ihtiyaçları olduğu tartışmasızdır. Altı iş günlük dava açma süresinin kısa olduğu ve Anayasa-

nın hak arama özgürlüğü dikkate alındığında Anayasa'ya aykırı bulunduğu da ileri sürülmektedir¹¹⁵. Anayasa Mahkemesi, 01.10.1991 tarihinde benzer bir olayda Anayasa'ya aykırılık kararı vermiştir¹¹⁶.

c. İtirazın Tarafları

İtiraz davasının davacısı işverenler (asıl işveren ve alt işveren)dir. Her iki işverenin de, rapora itiraz etme hakkı vardır. İşverenler davayı ayrı ayrı açabilecekleri gibi birlikte de açabilirler. Dava açma süresi her bir işveren tarafından kendisine yapılan tebligat ile başlayacağından ve bu zamanlar arasında fark olabileceğinden işverenler ayrı zamanlarda dava açmak zorunda kalabilirler.

Bu sürecin öngörülmediği 2007 yılından (5763 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten) önce, Yargıtay, asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayandığının tespitine dair davalarda, sendikaların da hukuki menfaati bulunduğunu ve dava açabileceğini kabul etmekte idi¹¹⁷.

İtiraz davası iş müfettişinin düzenlediği rapora karşı (idareye karşı) açıldığından, davalı taraf Devlet tüzel kişiliği adına yetkili olan Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'dır¹¹⁸.

d. Görevli ve Yetkili Mahkeme

Kanun koyucu muvazaaya ilişkin iş müfettişi raporunu bir idari işlemle aynı kabul etmiştir (İş K. m. 3/II). Bilindiği üzere, idari işlemlere karşı kural olarak idare mahkemelerinde dava açılmakta; fakat hukukumuzda istisnai olarak bazı idari işlemlere karşı adli yargıda dava açılabileceği kabul edilmiş bulunmaktadır. İş K. m. 3/II de görevli mahkemeyi iş mahkemesi olarak kabul ettiğinden, bir istisnai hüküm daha getirilmiştir. İş mahkemesi bulunmayan yerlerde ise davaya, 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun¹¹⁹ 1. maddesi gereğince asliye hukuk mahkemesi tarafından bakılır.

İş K. m. 3/II'de yetkili mahkemenin hangi iş mahkemesi olacağı ise belirtilmemiştir. İş Mahkemeleri Kanunu'nun 5. maddesinde iş davalarında yetkili mahkeme gösterilmiştir. Kamu düzenine ilişkin olan bu hükme göre, iş mahkemelerinde açılacak her davaya, ya açıldığı tarihte dava olunanın Türk Medeni Kanunu

gereğince yerleşim yeri sayılan yer mahkemesinde ya da işçinin işini yaptığı işyeri için yetkili mahkemede bakılır. Bunlara aykırı sözleşme geçerli değildir¹²⁰.

Bu durumda, itiraz davası, idare (yani Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı) aleyhine Ankara'da açılabilmesi gibi, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 17. maddesi gereğince, işlemi yapan bölge müdürlüğünün bulunduğu yerde de açılabilir¹²¹. Bunun yanı sıra davanın, (asıl işverenin) işyerinin bulunduğu yerdeki mahkemede de açılabilmesi mümkündür¹²².

e. Yargılama ve Karar

İş Mahkemeleri Kanunu'na göre iş mahkemelerinde sözlü yargılama usulü uygulanmaktadır. İtiraz davasında davacı işveren, alt işverenlik sözleşmesinin muvazaalı olmadığını tespitini talep edecek; davalı Bakanlık (Bölge Çalışma Müdürlüğü) ise alt işverenlik sözleşmesinin muvazaalı olduğunu ileri sürecektir. Genel kural gereğince taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispat etmekle yükümlüdür ve genel hükümlere göre açılan muvazaa davalarında da ispat yükü davacıya aittir. Zira İş K.m.3/II'deki "...bu tespiti ilişkin gerekçeli müfettiş raporundan söz eden hükümle; İşK. m. 92/son'da yer alan "Çalışma hayatını izleme, denetleme ve teftişe yetkili iş müfettişleri tarafından tutulan tutanaklar aksi kanıtlanıncaya kadar geçerlidir" hükmü, bir arada değerlendirildiğinde, müfettişlerce gerekçeli olarak hazırlanan ve kanuni karene olarak kabul edilen asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğunu ortaya koyan rapor, davalının ispat ettiği var sayılan olgu olacağından, davacı işverenin asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı olmadığını yani aksi durumu (menfi durumu) ispatlaması gerekecektir.

İş mahkemesinde açılan muvazaa davasında hakim duruşma yaparak karar verir. İtiraz davası sonucunda mahkemenin verdiği karar kesin olup (İşK.m.3/II) bu karara karşı artık başka bir kanun yoluna başvurulamaz¹²³. Ancak iş mahkemesinin muvazaa iddiasına yönelik verdiği karara karşı temyiz yolunun kapalı olması hak arama özgürlüğüne aykırıdır. Hukuk devletinde kişilere serbestçe yargı yoluna başvurma ve hak arama özgürlüğü verilmelidir¹²⁴.

Diğer taraftan mahkeme kararının kesin olarak verilmesi, sorunun ivedilikle çözülmesi açısından yerinde gibi görünse de; bu tür davaların çok sayıda işçiyi ve işverenleri ilgilendirdiği, hatta ülke ekonomisini bile etkilediği dikkate alındığında, Yargıtay'ca denetlenmemesi ve içtihat birliğinin sağlanamayacak olması isabetli değildir¹²⁵.

f. İtirazın Kabulü

İş mahkemesi yaptığı inceleme sonucunda davacının itirazını yerinde bularak davanın kabulüne yani alt işverenlik sözleşmesinin muvazaalı olmadığına karar verirse, alt işverenlik sözleşmesinin muvazaalı olmadığı artık bir mahkeme kararı ile anlaşılmış olur. Bu durumda, Bölge Müdürlüğü tarafından yapılmış bulunan (alt işverene ait işyerinin) tescil işlemi baştan itibaren geçerliliğini devam ettirir¹²⁶.

g. İtirazın Reddi

İş mahkemesi tarafından yapılan inceleme sonucunda işlemin muvazaalı olduğu saptanmış ise yapılan tescil işlemi iptal edilir ve alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri olarak kabul edilir.

h. İtiraz Davasında Verilen Kararın Başka Davalarda Bağlayıcılığı

İtiraz davası sonucunda iş mahkemesi tarafından verilen karar davanın tarafları açısından maddi anlamda kesin hüküm oluşturur. Davanın tarafı olmayan işçiler için ise, kesin hüküm oluşturup oluşturmayacağı konusunda öğretide iki görüş ileri sürülmüştür.

Bir görüşe göre, itiraz üzerine mahkeme tarafından muvazaanın olmadığı belirlenmesi halinde verilen karar, ilerde aynı nedenlere dayalı olarak açılacak muvazaa davasında kesin hüküm oluşturur¹²⁷. Bilindiği üzere kendilerine tebligat yapılan işverenlerin altı işgünü içerisinde itiraz davası açmaması halinde İşK. m. 3/II'ye göre alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılır. Bu bağlamda, bir işçinin asıl işverene karşı alacağı ödemesi talebiyle açtığı davada, davalı asıl işveren alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olmadığını, yani işçinin alt işverenin işçisi olduğunu ileri süremeyecektir. Çünkü İşK. m. 3/II'ye

göre, işveren itiraz davasını süresi içerisinde açmamakla ortaya çıkan “alt işverenin işçilerinin başlangıçtan beri asıl işverenin işçileri sayılır” şeklindeki sonuca katlanmak zorunda kalacaktır¹²⁸. Tebligat üzerine itiraz edilmişse itiraz sonucunda verilen karar ilerde aynı nedenlere dayanarak açılacak muvazaa davasında kesin hüküm oluşturacaktır¹²⁹.

Diğer görüş ise, itiraz davasında verilen hükmün, tarafları farklı olan başka bir davada ancak takdiri delil oluşturabileceğini; 4857 sayılı İş Kanunu'nun 3. maddesindeki sürece dahil olmayan işçi yönünden ilerde açılacak bir davada kesin hüküm oluşturmayacağını ileri sürmektedir. Bu görüşe göre, işçinin tarafı olmadığı bir uyuşmazlıkta varılan bir sonucun işçiyi bağlaması doğru olmaz. İş müfettişinin muvazaa konusundaki tespitlerinin yeterli olmadığı veya bu konuda itiraz yargılamasının gereği gibi takip edilmediği bir ihtimalde uyuşmazlıktan haberi dahi olmayan bir işçinin mağdur olması ihtimali bulunmaktadır. Ayrıca başlangıçta geçerli olarak tesis edilen bir asıl işveren alt işveren ilişkisinin sonradan muvazaa alı şekilde gelişmesi de mümkündür. Bundan dolayı iş müfettişinin tespiti veya itiraz üzerine mahkemenin vereceği kesin karar işçinin muvazaa iddialarını ileri sürmesine engel oluşturmamalıdır¹³⁰.

IV. ALT İŞVERENLİK İLİŞKİSİNDEN (SÖZLEŞMESİNDEN) DOĞAN SONUÇLAR

A. Genel Olarak

Asıl işveren, alt işverene verdiği işte çalıştırılan alt işveren işçilerinin işçilik haklarından dolayı alt işverenle birlikte (müteselsil) sorumludur. Bu müteselsil sorumluluk hem 1475 sayılı İş Kanunu'nda hem de 4857 sayılı İş Kanunu'nda belirtilmiştir. Fakat 4857 sayılı İş Kanunu alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan işçilik haklarından da asıl işverenin müteselsil olarak sorumlu olacağını belirterek müteselsil sorumluluğun kapsamını daha genişletmiştir. İşK. m. 2/VI'ya göre “Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı

o işyeri ile ilgili olarak bu Kanun'dan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işverenle birlikte sorumludur”.

İş Kanunu'nda birlikte (müteselsil) sorumluluğun kabul edilme sebebi ekonomik ve sosyal yönden alt işverenin işçilerinin haklarının korunmasıdır. Alt işveren sermaye bakımından asıl işverene karşı daha güçsüz durumda olduğundan işçilerin haklarını ödeyememe durumuna düşmesi halinde alt işveren işçilerini korumak amacıyla müteselsil sorumluluk esası kabul edilmiştir¹³¹.

Burada iki husus çok önemlidir. Biri, asıl işverenin müteselsil olarak sorumlu olması nedeniyle alt işverenin kendi işçilerine karşı sorumluluğunun ortadan kalkmadığı; diğeri de, işverenler arasında müteselsil sorumluluğun varlığı için mutlaka asıl işveren-alt işveren ilişkisinin gerçekleşmiş olması gerektiğidir. Bu açıdan, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin şartları oluşmamışsa örneğin taraflar arasında devir ya da ihale sözleşmesi yapılmışsa, işin tamamının devredildiği hallerde veya bir kısmı devredilen işte kendi işçisini çalıştırmayan kişiyle (işverenle) devreden işveren arasında asıl işveren alt işveren ilişkisi söz konusu olmaz. Böyle bir durumda İşK. m. 2/VI'daki müteselsil sorumluluk da uygulanmaz¹³². Bu husus Yargıtay kararında da açıkça vurgulanmaktadır: “İşyerindeki tahmil ve tahliye işlerinin tamamı ihale suretiyle müteahhide verildiğinde müteahhidin işçilerine ödenecek ihbar ve kıdem tazminatından her iki işveren değil yalnız müteahhit sorumludur.”¹³³. Görüldüğü üzere, işin tamamının devredilmesi halinde asıl işverenin sorumluluğu bulunmamaktadır.

B. Birlikte (Müteselsil) Sorumluluk

1. Niteliği

İş Kanunu'na göre asıl işveren, alt işverenin işçilerinin çalıştıkları işyeri ile ilgili olarak İş Kanunu'ndan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerden alt işverenle birlikte sorumludur.

Bilindiği üzere, borç ilişkisinin pasif tarafın-

da (borçlu kısmında) birden fazla kişinin bulunduğu hallerde birlikte borçluluktan ve birlikte sorumluluktan söz edilir. Bu, kısmi sorumluluk, bölünmez sorumluluk, elbirliğiyle sorumluluk ve müteselsil sorumluluk şeklinde ortaya çıkar. Eğer, bölünebilir edimler varsa kısmi borçluluktan (sorumluluktan); bölünmesi mümkün olmayan bazı yapma edimleri ile bütün yapmama edimleri varsa bölünmez borçluluktan (sorumluluktan); kanunun öngördüğü türden bir beraberlik ilişkisi içinde bulunan kişiler varsa elbirliğiyle borçluluktan (sorumluluktan) söz edilir. Müteselsil sorumluluk ise, bir irade beyanı veya kanun hükmü dolayısıyla bir edimin birden çok borçlusunun her birinin edimin tamamını ifa etmekle yükümlü bulunduğu ve alacaklının ise tamamını ancak bir defa elde etmek üzere borçlulardan dilediği birinden talep etmeye yetkili olduğu ve borçlulardan birinin ifası ile diğerlerinin bu oranda alacaklıya karşı borçtan kurtulduğu borçluluk (sorumluluk) halidir¹³⁴.

Buradaki birlikte sorumluluğun müşterek ve müteselsil (dayanışmalı) sorumluluk anlamına geldiği Yargıtay'ca da ifade edilmektedir: "4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/VI son cümlesi uyarınca asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanun'dan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerden alt işverenle birlikte sorumludur. 4857 sayılı İş Kanunu ile asıl işverenin, bu Kanun'dan, iş sözleşmesinden ve alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerden sorumlu tutulması şeklindeki düzenleme, sorumluluğun genişletilmesi olarak değerlendirilmelidir. Bu durumda ihbar, kıdem, kötü niyet ve işe iade sonucu işe başlatmama tazminatları ile ücret, fazla çalışma, hafta tatili, bayram ve genel tatil, yıllık izin, ikramiye, prim, yemek yardımı, yol yardımı gibi tüm işçilik haklarından birlikte sorumluluk esastır. Kanun'un kullandığı birlikte sorumluluk deyiminden tam teşelsülün müşterek ve müteselsil sorumluluğun anlaşılması gerekir"¹³⁵.

Müteselsil sorumlulukta borçlulardan her biri borcun tamamından sorumludur ve alacaklının istediği borçluya başvurma hakkı vardır.

Alacaklı işçi, kendi işvereni olan alt işverenden alamadığı işçilik haklarını dilerse asıl işverenden de isteyebilir, hatta her ikisinden birlikte talepte bulunabilir (BK.m.142/D)¹³⁶. Ancak alacaklı işçi, asıl işveren veya alt işverenin birinden tahsil ettiği işçilik alacağını diğerinden yeniden talep edemez. Örneğin, alt işveren işçisi, iş sözleşmesinden doğan ücretini, kanundan doğan çalışma belgesini ya da toplu iş sözleşmesinden doğan ikramiye alacağını, dilerse asıl işverenden dilerse alt işverenden talep edebilir. Bunlardan biri borcu öderse borç sona erer. Fakat borç ödenmezse her iki işverenin de işçiye karşı sorumlulukları devam eder. Asıl işverenin ödemek zorunda kaldığı tutarlar için alt işverene rücu etmesi mümkündür. Asıl işveren işçiye yaptığı ödeme nispetinde halefiyet ilkesi gereği alacaklı olan işçinin yerine geçer. Bunun sonucunda da asıl işveren yaptığı ödeme kadar alt işverene karşı rücu hakkı elde eder. Müteselsil sorumlulukta sorumlu olanlar arasında alacaklıya karşı öncelik sonralık ilişkisi yoktur. İşçi tüm alacağı için istediği işverene alacağı muaccel olduğu takdirde başvurabilir¹³⁷.

Belirtelim ki, asıl işveren ile alt işveren arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunmamaktadır¹³⁸; ancak bu husus bazen ispat konusunda sorunları beraberinde getirir. Başka bir ifadeyle, sadece asıl işverenin dava edilmesi halinde alt işverenin davadan haberdar olmaması nedeniyle işçinin talep konusu isteklere hak kazanıp kazanamayacağı noktasında sorunlar meydana gelebilir. Örneğin alt işverenin işçilik haklarını ödemiş olması, işçiden ibraname almış olması ya da işçinin istifa etmesine rağmen asıl işverenin bu durumlardan haberdar olmaması söz konusu olabilir. Bu durumlarda bile davanın her iki işverene karşı birlikte açılması zorunluluğu bulunmamakta; asıl işverene yönelen taleplerin ardından asıl işverenin bu durumu yöntemine göre ileride rücuca esas olacak şekilde alt işverene duyurması yararına bulunmaktadır. Bu nedenle, dava her iki işverene birlikte açılmamışsa, asıl işveren aleyhine devam eden davanın alt işverene ihbarı sözü edilen sorunları ortadan kaldırabilir. Yargıtay, asıl işveren aleyhine açılan davada savunma olarak davanın alt işverene ihbarının talep edil-

mesi durumunda mahkemece bu yönde usulü işlemlere gidilmemiş olmasını savunma hakkının kısıtlanması olarak değerlendirmektedir¹³⁹. Yargıtay'ın başka bir kararında da, sadece asıl işverenin davalı olarak gösterilmesi durumunda davanın alt işverene ihbarının sağlanması gerektiği belirtilmiştir¹⁴⁰.

Asıl işveren alt işveren ilişkisinde müteselsil sorumluluktan söz edilebilmesi için, işçilik alacağının bu ilişkinin devam ettiği dönemler içerisinde doğmuş olması gerekir. Bu ilişkinin kurulmasından önce işçinin alt işverenin bir başka işyerinde yapmış olduğu çalışmalarından dolayı asıl işverenin sorumluluğu söz konusu olmaz¹⁴¹.

Ayrıca, taraflar (asıl işveren ile alt işveren) kanundan doğan ve emredici niteliğe sahip bu müteselsil borçluluk ilişkisini aralarında yapacakları sözleşme ile ortadan kaldıramazlar¹⁴². Fakat bu sorumluluk ilişkisini esnekletirebilir ya da bazı şartlara bağlayabilirler ise de bu durum, sadece asıl işveren ile alt işveren arasında hüküm ifade edip, alacaklıya (işçiye) karşı bağlayıcılığı yoktur¹⁴³. İşK. m. 2/VI hükmü nispi emredici niteliğe sahip olduğundan taraflar işçinin lehine olarak müteselsil sorumluluğun içeriğini genişletebilirler¹⁴⁴.

2. Kapsamı

Asıl işverenin müteselsil sorumluluğunun kapsamı öncelikle, alt işverenin, asıl işverenin işyerinde çalıştırdığı işçilerle sınırlıdır. Bu açıdan, asıl işverenin kendi işyerinde çalışmayan alt işverenin diğer işçilerine karşı sorumluluğu yoktur. Diğer taraftan, asıl işverenin sorumluluğu, alt işveren işçilerinin İş Kanunu'ndan, iş sözleşmesinden veya toplu iş sözleşmesinden doğan haklarla da sınırlandırılmıştır. Bu nedenle örneğin SGK'ya göre bildirim yapılmamasından dolayı asıl işveren bu hükme göre sorumlu tutulamaz¹⁴⁵. Yine, sorumluluk süre açısından da sınırlandırılmıştır. Kanun "Bu ilişkide asıl işveren...alt işverenle birlikte sorumludur" demek suretiyle asıl işveren-alt işveren ilişkisinin devamı süresince sorumluluğun bulunduğunu ortaya koymuştur.

Sorumluluğun başlangıcının, bu ilişkinin kurulduğu tarih olduğu açıktır. Yargıtay'ca da

kabul edilen görüş, sorumluluğun, işin alt işverene verildiği andan itibaren başlayacağını¹⁴⁶; diğer bir görüş ise, sorumluluğun alt işverene işin verildiği andan değil, bu iş için görevlendirilen alt işveren işçilerinin işe başladığı tarihten başlayacağını, Kanun'daki "bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran" şeklindeki düzenlemenin de bunu ortaya koyduğunu ileri sürmektedir¹⁴⁷. Sorumluluğun, alt işveren işçilerinin bu işte çalıştıkları süreyle sınırlı olduğu tartışmasızdır¹⁴⁸. Dolayısıyla, alt işverenlik ilişkisi sona erdikten sonra alt işveren işçilerinin başka bir işyerindeki çalışmalarından dolayı asıl işveren sorumlu olmaz.

İtiraz ve defiler açısından, asıl işveren alt işverenle aynı haklara sahiptir. Dolayısıyla, alt işverenin işçilerine karşı ileri sürebileceği borçtan doğan itiraz ve defileri, bu işçilere karşı asıl işveren de ileri sürebilir. Örneğin, işçinin, asıl işverenden alınan işte çalışmasından kaynaklanan zamanaşımına uğramış bir alacağını, asıl işverenden talep etmesi halinde asıl işveren de zamanaşımı defini ileri sürebilir. Fakat eğer bu alacak hem asıl işverene hem de alt işverene karşı yöneltilmişse birinin defi ileri sürmesi diğeri için geçerli olmaz¹⁴⁹.

Müteselsil sorumluluğun hukuki sorumlulukla sınırlı olduğu tartışmasızdır. Zira ceza sorumluluğu şahsi olduğundan (hiç kimse bir başkasının işlediği suçtan dolayı sorumlu tutulamayacağından), cezai sorumluluk bu sorumluluğun içine girmez. Dolayısıyla süresi içerisinde SGK'ya bildirim yapılmamış olmasından kaynaklanan para cezası, asıl işveren için uygulanmaz¹⁵⁰.

Sözü edilen hukuki sorumluluğun bireysel iş hukuku, toplu iş hukuku ve sosyal güvenlik hukuku açılarından ele alınmasında yarar vardır.

a. Bireysel İşçilik Hakları Bakımından Sorumluluğun Kapsamı

Bireysel iş hukuku açısından işçilik haklarının kaynağı, iş sözleşmesine, İş Kanunu'na ve o işyeri ile ilgili olan yükümlülüklerle dayanmaktadır. Ayrıca bu hakların işçinin asıl işverenden alınan işte çalışmasından kaynaklanması gerekir. Alt işveren işçilerinin başka sözleşmelerden

(kira gibi) ya da kanunlardan doğan talepleri, asıl işverenden alınan işte çalışmasından kaynaklanmadığından asıl işverene karşı ileri sürülemez¹⁵¹.

Bireysel işçilik hakları, ücret, ücret ekleri, izin ücreti, İş Kanunu'ndan doğan fazla çalışma ve yıllık izin gibi tüm ücretler, tazminatlar, iş kazasından doğan tazminatlar, iş sözleşmesinde kararlaştırılmış olan tazminat ve cezai şartlardır. Yargıtay kararlarında iş güvencesinden doğan boşta geçen süreye ilişkin ücret ile iş güvencesi tazminatları bu kapsamda kabul edilirken, öğretide ayrımcılık tazminatının da müteselsil sorumluluğun kapsamına dahil olduğu ifade edilmektedir¹⁵². Alt işveren işçilerinin asıl işverenden isteyebilecekleri işçilik hakları, kendi işverenleri olan alt işverenden isteyebilecekleri ile sınırlıdır. Kendi işverenleri ile aralarında kararlaştırdıkları miktardan fazlasını asıl işverenden de talep edemezler¹⁵³.

Asıl işverenin sorumluluğunu gerektiren ihbar öneli veya ihbar tazminatı hesabında işçinin alt işverenin başka bir işyerinde geçirdiği süreler gözetilmez. İzin hakkı bakımından da asıl işverenin sorumluluğunun belirlenmesi için işçinin asıl işveren-alt işveren ilişkisi kapsamında çalışmaya başladığı tarih gözetilmelidir. Örneğin, iş sözleşmesinin feshi durumunda ortaya çıkan kullandırılmayan izin ücretinden sorumluluğun asıl işveren yönünden doğması için asıl işverenden alınan işte en az bir yıl süreyle çalışılmış olması gerekir¹⁵⁴. Yargıtay, işçinin, aralıksız olarak değişen alt işverenler işyerinde çalışması halinde (işyeri devrinin bulunduğunu kabul ederek) ihbar tazminatının tüm süreye göre hesaplanması ve son alt işverenle birlikte asıl işverenin sorumlu tutulması gerektiğini isabetli olarak karara bağlamaktadır¹⁵⁵.

b. Toplu İş Hukuku Bakımından Sorumluluğun Kapsamı

Toplu iş hukuku bakımından işçilerin haklarını sendikal haklar ve sendikal tazminatlar teşkil etmektedir. Müteselsil sorumluluğun düzenlendiği İşK. m. 2/VT'da açıkça Sendikalar Kanunu'ndan kaynaklanan haklardan söz edilmemiş ama alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan haklardan söz

edilerek bu hususa da kısmen işaret edilmiştir. Zira toplu iş sözleşmeleri toplu iş hukuku kapsamında ele alınan sözleşmelerdir. Öğretide ve Yargıtay kararlarında sendikal hakkın anayasal bir hak olduğu, asıl işverenin de uyması gerektiği, dolayısıyla asıl işverenin de sendikal tazminattan sorumlu olacağı ifade edilmektedir¹⁵⁶. İşverenin sendikal haklara saygılı davranması iş sözleşmesinden kaynaklanan borçları arasındadır. Ayrıca 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinde eşit davranma borcu düzenlenmiş ve sendika üyeliği sebebiyle işçiler arasında ayırım yapılması yaptırıma bağlanmıştır. Bu ayırımın sonuçlarından biri olan sendikal tazminatın ayrı bir kanunda düzenlenmiş olması asıl işverenin anılan tazminattan sorumlu olmayacağı şeklinde yorumlanmamalıdır¹⁵⁷.

Ancak asıl işverenin buradaki sorumluluğu da sınırlı olmalı ve alt işveren işçilerinin yapmış bir toplu iş sözleşmesinden yararlanması gibi sendikal haklarından kaynaklanmalıdır¹⁵⁸. Dolayısıyla alt işverenin kendi borçlarından dolayı asıl işverenin sorumlu olması düşünülemez. Örneğin, alt işverenin toplu iş sözleşmesi tarafı olması durumunda sendika aidatını kesip sendikaya yatırıma borcu alt işverenin borcudur. Bundan asıl işverenin sorumlu olması mümkün değildir¹⁵⁹.

Alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan haklardan da asıl işveren ve alt işveren birlikte sorumludurlar. Örneğin toplu iş sözleşmesinden doğan fazla çalışma ücretini işçi her iki işverenden de talep edebilir¹⁶⁰.

c. Sosyal Güvenlik Hukuku Bakımından Sorumluluğun Kapsamı

İş Kanunu'nun ikinci maddesindeki birlikte sorumluluğa ilişkin hüküm, sosyal güvenlik hukuku bakımından ortaya çıkacak sorumlulukları düzenlememektedir. Ancak 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun¹⁶¹ 12. maddesinin son fıkrasının ikinci cümlesi "Sigortalılar, üçüncü bir kişinin aracılığı ile işe girmiş ve bunlarla sözleşme yapmış olsalar dahi, asıl işveren, bu Kanun'un işverene yüklediği yükümlülüklerden dolayı alt işveren ile birlikte sorumludur." demek suretiyle sorumluluk açısından 4857 sayılı İş

Kanunu'ndaki hükümlerle aynı fakat alt işverenlik niteliği yönüyle farklı bir düzenleme getirmiştir¹⁶². Bu hükümlerle izlenen amaç, kurumun prim alacağı ile sigortalıların haklarını güvence altına almaktır. Birlikte sorumluluğu gerektiren ödevler ise, örneğin işçilerin ücretlerinden primlerin kesilmesi ve kuruma vaktinde yatırılması, aylık prim ve hizmet belgesinin verilmesi, gerekli kayıt ve defterin tutulması, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili önlemlerin alınması gibi ödevlerdir¹⁶³. Bu sorumluluk ancak 5510 sayılı Kanun'a göre asıl işveren-alt işveren ilişkisinin gerçekleşmesi halinde söz konusudur. 5510 sayılı Kanun'un 12. maddesinin son fıkrasına göre alt işveren "Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin bir işte veya bir işin bir bölümü veya eklentilerinde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği sigortalıları çalıştıran üçüncü kişi"dir. Kanun koyucu burada tıpkı 506 sayılı Kanun'daki gibi alt işveren sayılabilmek için sigortalıların iş alınan işyerinde (münhasıran) çalıştırılmaları gerektiğini benimsememiştir. Oysa, 1475 ve 4857 sayılı İş Kanunları'nda, işçilerin sürekli olarak iş alınan işyerinde çalıştırma koşulu bulunmaktadır¹⁶⁴.

Şu halde, asıl işveren işçiye karşı sigorta dallarından kaynaklanan yardım, bildirim, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma gibi bütün yükümlülüklerden alt işverenle birlikte sorumludur. Asıl işveren ile alt işverenin aralarında yapacakları sözleşme ile müteselsil sorumluluğu ortadan kaldırmaları, işçi, sigortalı, kurum ve hak sahipleri açısından, geçersizdir. Böyle bir sözleşme hükmü sadece taraflar arasında hüküm ifade edebilir¹⁶⁵.

C. Müteselsil Sorumluluğun Doğurduğu Rücu İlişkisi

1. Genel Olarak

Alt işveren işçilerine karşı alt işverenin yükümlülüklerini yerine getiren asıl işverenin alt işverene karşı rücu hakkı doğmaktadır. Asıl işveren ile alt işveren aralarında yapacakları sözleşmelerle rücu hakkına ilişkin düzenlemeler yapabilirler. Böyle düzenlemeler yapmalarının nedeni müteselsil sorumluluktur.

2. Rücu Hakkının Değerlendirilmesi

Asıl işveren, müteselsil (dayanışmalı) sorumluluk esaslarına göre (Bk.m.50-51) yaptığı ödemeleri alt işverenden rücu yoluyla geri isteyebilir¹⁶⁶. Asıl işveren ile alt işveren arasındaki rücu ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklar iş mahkemelerinde değil, miktar ve değerine göre asliye hukuk veya sulh hukuk mahkemelerinde görülür¹⁶⁷.

Asıl işverenlerin alt işverene rücu hakları alt işveren ilişkisinin hukuka uygun olup olmaması açısından ele alınabilir. Her iki halde de rücu hakkının kullanımı sözleşmeye konulan hükümlere göre belirlenebilmektedir. Fakat ortaya çıkan sonuçlar bakımından iki durum arasında farklılıklar bulunmaktadır.

a. Hukuka Uygun Alt İşveren İlişkisinde Rücu

Asıl işveren-alt işveren ilişkisi hukuka uygun olarak kurulduğunda rücu konusunda bir sorun yoktur. Alt işveren ilişkisinin hukuka uygun olarak kurulması halinde alt işverenin işçileri işçilik haklarını asıl işverenden müteselsil sorumluluk hükümlerine göre talep edebilirler. İşçilerin işçilik haklarını ödeyen asıl işveren, rücu davasıyla, ödediği tüm miktarı faizi ile birlikte alt işverenlik sözleşmesi hükümlerine göre alt işverenden talep edebilir¹⁶⁸.

b. Hukuka Aykırı Alt İşveren İlişkisinde Rücu

Muvazaalı alt işveren ilişkisinde yani hukuka aykırı alt işveren ilişkisinde rücu hakkının bulunup bulunmadığı tartışmalıdır. Yargıtay'ın bazı kararlarında muvazaalı alt işveren ilişkilerinde rücu etmenin engellenmediği görülmekte, İş Kanunu'ndaki alt işveren düzenlemelerinin sadece işçilerin işçilik haklarını ilgilendirdiği, iki işveren arasındaki rücu hakkına ilişkin olmadığı için rücu hakkının alt işveren sözleşmesi hükümlerine göre çözümleneceği belirtilmektedir¹⁶⁹. Alt işveren ilişkisi muvazaalı sayılmasına rağmen asıl işverenin bu ilişkiye dayanarak rücu hakkını alt işverene karşı kullanması geçerli kabul edilirse, böyle bir sonucun asıl işverenleri hukuka aykırı alt işveren ilişkisi kurmaya teşvik edebileceği, dolayısıyla rücu hakkının kullanılmaması gerektiği ileri sürülmektedir¹⁷⁰.

SONUÇ

Bir işverenden işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği olarak teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işverene alt işveren denir. Alt işverenlik ilişkisinin gerçekleşmesi için iki işveren bulunmalıdır. Bunlardan biri asıl işveren diğeri ise alt işverendir. Alt işveren şartlara uygun olarak asıl işverenden asıl işin bir bölümünde veya yardımcı işlerde iş alıp bu işte kendi işçilerini çalıştırmalıdır.

Alt işverenlik ilişkisinin ortaya çıkmasında, inşaat işlerinde kalorifer tesisatının uzman kişiler tarafından yapılmasının gerekmesi gibi teknolojik gelişme ve ihtisaslaşma; temizlik işi gibi yardımcı işlerin deneyimli kişiler tarafından yürütülmesi; ve işgücünden tasarruf sağlama ve maliyetleri düşürme gibi etkenler etkili olmuştur¹⁷¹. Gerçekten bazı işler alt işverenlere verildiğinde asıl işverenler o alanda işçi çalıştırmaktan kurtulmakta ve kârlılık da artmaktadır. Fakat alt işverenlik 80'li yıllardan itibaren en fazla sorun yaratan kurumlardan birisi haline gelmiştir. Bunun nedeni ise bu kurumun sendikal örgütlenmeyi engellemek isteyenler ve toplu iş sözleşmesi düzeninden kaçmak isteyenler tarafından kötüye kullanılmasıdır. 4857 sayılı Kanun bu kötüye kullanımları önlemek amacıyla yeni düzenlemeler getirmiştir.

Bu düzenlemelerle alt işverenlik ilişkisinin kurulmasında belli sınırlamalara gidilmiştir. Buna göre öncelikle alt işveren işi bir diğer işverenden almalıdır. Alt işverenlik sözleşmesi işyerinde yürütülen mal ve hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde ya da asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde kurulmalıdır. İş, asıl işverenin işyerinde yapılmalıdır. Alt işveren bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece aldığı işte çalıştırmalıdır.

Bunlarla birlikte 4857 sayılı Kanun'da muvazaalı alt işverenlik sözleşmelerini önlemeye yönelik düzenlemeler getirilmiştir. Buna göre asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam etmeleri su-

retiyile hakları kısıtlanamaz veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz. Aksi halde asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler.

4857 sayılı Kanun'un 3. maddesine 2008 yılında bir fıkra eklenerek iş müfettişlerine muvazaalı alt işverenlik sözleşmelerini inceleme yetkisi verilmiştir. Buna göre alt işverenlik ilişkisine göre iş alan işveren kendi işyerinin tescili için asıl işverenden aldığı yazılı alt işverenlik sözleşmesi ve gerekli belgelerle birlikte işyerini bölge çalışma müdürlüğüne bildirmekle yükümlüdür. Bölge çalışma müdürlüğü tarafından tescili yapılan bu işyerine ait belgeler gerektiğinde iş müfettişlerince incelenir. İnceleme sonucunda muvazaalı işlemin tespiti halinde, bu tespite ilişkin gerekçeli müfettiş raporu işverenlere tebliğ edilir. Bu rapora karşı tebliğ tarihinden itibaren 6 iş günü içinde işverenlerce yetkili iş mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz üzerine verilen kararlar kesindir. Rapora 6 iş günü içinde itiraz edilmemiş ya da mahkeme muvazaalı işlemin tespitini onamış ise tescil işlemi iptal edilir ve alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılır.

Alt işverenin işçilerinin Kanun'dan, iş sözleşmesinden ve alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan haklarından alt işveren ve asıl işveren birlikte sorumludur. Bu sorumluluk müteselsil sorumluluktur. Bu sorumluluk sonucu asıl işveren ödediği miktarı rücu yoluyla alt işverenden alabilir.

DİPNOTLAR

- 1 Bkz. Osman Güven Çankaya/Şahin Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Genişletilmiş 2. B., Ankara 2009, s. 15-16; M. Anıl Arslanoğlu, İş Kanunu'nda Esneklik Temelli Üçlü Sözleşmesel İlişkiler, İstanbul 2005, s. 53.
- 2 RG., 08.06.1936, S. 3330.
- 3 RG., 01.09.1971, S. 13493.
- 4 RG., 10.06.2003, S. 25134.
- 5 RG., 12.07.2006, S. 26226. Ayrıca bkz. Çankaya/Çil, s. 17.
- 6 RG., 26.05.2008, S. 26887. Bu düzenlemenin İstanbul Tuzla tersanelerinde iş kazaları sonucunda ölümlerin arttığı bir dönemde bu soruna çözüm aramak amacıyla

- yapıldığı üzerinde durulmakta ve münferit birtakım olaylar üzerine kurulan yasal düzenlemelerin hukuken yarar sağlamayacağına vurgu yapılmaktadır. Bkz. Tankut Centel, "Alt İşverene İlişkin İş Kanunu'ndaki Son Değişiklik", Sicil, S. 10, Haziran 2008, s. 5, 12; Çankaya/Çil, s. 17.
- 7 RG., 27.09.2008, S. 27010.
- 8 Hamdi Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş Yenilenmiş 3. B., Ankara 2008, s. 162; Engin Ünsal, "4857 sayılı Yasaya Göre Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması", Legal, S. 6, 2005, s. 539; Naci Türker, "Alt İşveren, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi", Kazancı, S. 2, s. 99; Fevzi Demir, Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, 4. B., İzmir 2005, s. 20; Mevci Ergün, "Alt İşveren İlişkisinin Bildirimi ve Muvazaalı İşlemin Tespiti", <http://www.ekohaber.com.tr/index-ekohaber-5-haberid-5513.html>, erişim tarihi 09.03.2009; Kenan Tunçomağ/Tankut Centel, İş Hukukunun Esasları, 5. B., İstanbul 2008, s. 58; Murat Demircioğlu, Yargıtay Kararları Işığında Sorularla 4857 Sayılı İş Yasası, 2. B., İstanbul 2008, s. 35; Nahit Gürhan Aydın, Türk İş Hukukunda Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Konya 2006, s. 33.
- 9 Talat Canbolat, Türk İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri, İstanbul 1992, s. 20; Sarper Süzek, İş Hukuku, Yenilenmiş 4. B., İstanbul 2008, s. 142; Ünal Narmanlıoğlu, İş Hukuku, I, Ferdi İş İlişkileri, 3.B., İzmir 1998, s. 114; Mollamahmutoğlu, s. 162; Ercan Akyiğit, İçtihatlı ve Açıklamalı İş Kanunu Şerhi, C. I, 3. B., Ankara 2008, s. 90; Mustafa Kılıçoğlu/Kemal Şenocak, İş Kanunu Şerhi, C. 1, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. B., Ankara 2008, s. 67; Can Şafak, "4857 sayılı İş Kanunu Çerçevesinde Taşeron (Alt İşveren) Meselesi", http://www.kristalis.org.tr/aa_dokuman/taseron_altisveren.pdf, erişim tarihi, 14.04.2009; Nurseli Tarcan, "Yasalar Herkes İçin Eşit Değil Mi? Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Kamu-Özel Ayrımcılığı", Sicil, S. 3, Eylül 2006, s. 87; Cumhuriyet Sinan Özdemir, İş Kanunu Uygulama Rehberi, Ankara 2007, s. 3; Dilek Baybora, Türk İş Hukukunda Alt İşveren Kavramı ve Türkiye'de Alt İşveren Uygulamasının Yaratıldığı Sorunlar, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir 1995, s. 15.
- 10 Bundan dolayı anahtar teslimi yoluyla bir binanın tamamının yapım işini üstlenen kişi alt işveren değil, asıl işveren niteliğine sahiptir. Örneğin Karayolları Genel Müdürlüğü, ihale etmek suretiyle bir yolun tamamının yapımını bir şirkete verirse, bu şirket ile Karayolları Genel Müdürlüğü arasında asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulmaz. Bu durumda işveren, yolun tamamının yapımını üstlenen müteahhit şirkettir. Karayolları Genel Müdürlüğü ise ihale makamı sıfatını taşımaktadır. Fakat bu şirket eğer yol üzerindeki köprü, tünel yapımı ya da benzeri işleri başka işverenlere verirse bunlar alt işveren sıfatını taşırlar. Bkz. Süzek, s. 142; Fatih Uşan, "Asıl İşverenin Alt İşverenin Sosyal Sigortalar Kanunu'ndan Doğan Borçlarından Sorumluluğu", Kamu-İş, C. 7, S. 1, 2002, s. 85.
- 11 Mollamahmutoğlu, s. 163; Akyiğit, s. 91.
- 12 Akyiğit, s. 92.
- 13 Y9HD., 13.09.1994, E. 3429, K. 11465; Y9HD., 03.05.1993, E. 6581, K. 7403; Y21HD., 24.10.2002, E. 7988, K. 9046; Y9HD., 23.01.1995, E. 15267, K. 695; Y9HD., 04.05.2004, E. 2003, K. 10508, Nuri Çelik, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 21. B., İstanbul 2008, s. 143.
- 14 Kılıçoğlu/Şenocak, s. 67; Mollamahmutoğlu, s. 162-163.
- 15 Süzek, s. 142-143; Kılıçoğlu/Şenocak, s. 68.
- 16 Çankaya/Çil, s. 19; O. Güven Çankaya/Şahin Çil, "4857 sayılı İş Kanunu'na Göre Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi", Sicil, S. 3, Eylül 2006, s. 56; Mollamahmutoğlu, s. 167.
- 17 Tunçomağ/Centel, s. 60; Akyiğit, s. 104-105; Demir, s. 22; Çankaya/Çil, s. 22; Fatih Uşan, İş Hukuku, Ankara 2006, s. 27; Mollamahmutoğlu, s. 172-173; Süzek, s. 143, 151; Demircioğlu, s. 39.
- 18 Çankaya/Çil, s. 28.
- 19 Ali Güzel, "İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin Sınırları", Çalışma ve Toplum, S. 1, 2004, s. 44; Fevzi Şahlanan, Türk İş Hukukunda Alt İşveren, Mercek, Temmuz 1997, s. 46; Süzek, s. 143. Aksi yönde, Canbolat, s. 26-27.
- 20 Şafak, s. 6; Tarcan, s. 87.
- 21 "Bu durumda ve işin özelliği itibariyle müteahhit şirketin olayda, 1475 sayılı İş Kanunu'nun 1. maddesinin son fıkrasının "bir işverenden belirli bir işin bir bölümünde veya eklentilerinde iş alanı ve işçilerini münhasıran o işyerinde ve eklentilerinde çalıştıran diğer bir işveren" hükmünün kapsamında bulunmadığı sonucuna varmak gerekir. Böyle olunca Yapı Kredi Bankası A.Ş.'yi davada sorumlu tutmak mümkün olamayacağından bunun hakkındaki davanın husumetten reddine karar vermek gerekir", Y9HD., 04.03.1991, E. 11890, K. 3190, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.
- 22 Çil, s. 20-21; Kılıçoğlu/Şenocak, s. 70; Mollamahmutoğlu, s. 172; Süzek, s. 143.
- 23 Çankaya/Çil, s. 28.
- 24 Y9HD., 09.11.2005, 2005/30958, 2005/35533, Çankaya/Çil, s. 28.
- 25 Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi için işin asıl işverenin işyerinde yapılması gerektiğine yönelik ifadeyi dar yorumlamamak gerekir. Örneğin termik elektrik santraline kömür taşınması işinin alt işverene verilmesinde olduğu gibi bazı durumlarda alt işverene bırakılan işler, asıl işverenin işyeri dışında da yerine getirilebilir. Dolayısıyla işin asıl işverene ait işyerinde veya işyeri dışında yapıp yapılamayacağını işin niteliğine göre belirlemek gerekir. Bkz. Mollamahmutoğlu, s. 172. "İşyerinde yürütülen iş" ifadesiyle işin mutlaka işyerinin coğrafi sınırları içinde yerine getirilmesi koşulu aranmamıştır. Süzek, s. 144.
- 26 M. Polat Soyer, "4857 sayılı İş Kanunu Açısından Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi Kurulması ve Sonuçları", Sicil, S. 1, Mart 2006, s. 21.
- 27 Süzek, s. 142.
- 28 Mal veya hizmet üretimine ilişkin bir işin verilmesi zorunludur; yoksa sadece işçilik hizmetlerinin temini bakımından asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulması olanaksızdır. Bkz. Çil, s. 19.

- 29 Münir Ekonomi, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Saygı, Türk Hukukunda Üçlü İlişkiler, İstanbul 2008, s. 33-34; Süzek, s. 143-144.
- 30 Murat Şen, İş Kanunları Sosyal Güvenlik Kanunları, Genel Gerekçe ve Madde Gerekçeleriyle, Ankara 2008, s. 25; Mollamahmutoglu, s. 167; Şevket Tezel, "Alt İşverenlik Sözleşmesinin Unsurları", http://www.muhasabenet.net/mh_0310_alt%20isveren%20sozlesmesinin%20unsurlari, erişim tarihi 09.03.2009; Çankaya/Çil, s. 21; Süzek, s. 144.
- 31 Çankaya/Çil, s. 22.
- 32 Güzel, Alt İşveren, s. 44.
- 33 Kadir Arıcı, "Yeni İş Kanunu ve Alt İşveren İlişkisinin Sınırlandırılması Sorunu", <http://iibf.kocaeli.edu.tr/ceko/armaganlar/tokerdereli/26.pdf>, s. 491; Aydın, s. 43; Mollamahmutoglu, s. 167.
- 34 Süzek, s. 144; Demircioğlu, s. 36. Yargıtay da, "...İş Kanunu'nda yardımcı işlerin alt işverene verilmesinin herhangi bir koşula bağlanmaması nedeniyle..." demek suretiyle yardımcı işlerin alt işverene verilmesinin herhangi bir koşula bağlanmadığına vurgu yapmaktadır. Y9HD., 05.08.2008, E. 15362, K. 11408, Sinerji, Nuri Çelik, "Asıl İşveren Tarafından Alt İşverene İş Verilmesinin Koşulları", Sicil, S. 13, Mart 2009, s. 86.
- 35 Arıcı, s. 491; Ayrıca bkz. Ekonomi, Alt İşveren, s. 48 vd.
- 36 Mollamahmutoglu, s. 170.
- 37 Ekonomi, Alt İşveren, s. 33-34; Mollamahmutoglu, s. 170; Süzek, s. 145.
- 38 Savaş Taşkent, "Alt İşveren", LİHSGHD, S. 2, 2004, s. 365; Şahin Çil, 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, C. I, Ankara 2004, s. 19; Erdoğan Çubukçu, "Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi Tanım ve Kavramlar", Tühis İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 21, S. 2-3, Kasım 2007/Şubat 2008, s. 2.
- 39 Y9HD., 26.06.2006, E. 2006/16835, K. 2006/18809, Çalışma ve Toplum, S. 12, 2007/1, s. 302.
- 40 Y9HD., 29.05.2006, E. 2006/13218, K. 2006/15765; Y9HD., 26.06.2006, E. 2006/13231, K. 2006/18825, Çelik, İş Hukuku, s. 48; Y9HD., 26.02.2007, 2007/2709, 2008/5125, Çankaya/Çil, s. 23.
- 41 Çankaya/Çil, s. 23.
- 42 "Öte yandan davalı işyerinde güvenlik ve itfaiye hizmetleri özel bir firma tarafından üstlenilmiş olup, taşeronluk ilişkisinin muvazaaya dayandığı da iddia ve ispat edilmemiştir. Güvenlik ve itfaiye işleri davalı işyerinde yardımcı işler kapsamında yer almaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinde bu işlerin taşeron devri için işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirmesi koşulları aranmamaktadır", Y9HD., 01.06.2005, 2005/12985, 2005/20130, Çankaya/Çil, s. 23; Kılıçoğlu/Şenocak, s. 71; Süzek, s. 145.
- 43 Y9HD., 08.05.2006, 2006/10001, 2006/12997, Çankaya/Çil, s. 23.
- 44 Y9HD., 08.05.2006, 2006/10002, 2006/12998, Çankaya/Çil, s. 23.
- 45 Y9HD., 02.05.2006, 2006/10516, 2006/12278, Çankaya/Çil, s. 23.
- 46 "4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6. maddesinde işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerin alt işverene verilebileceği öngörülmüştür. Buna göre, yardımcı iş, üretime ilişkin olmakla birlikte ikinci planda kalan işlerdir. Davalı işverenin asıl işte çalıştırılan mal üretimine ilişkin yardımcı iş niteliğindedir.", Y9HD., 21.03.2006, 2006/4306, 2006/7133, Sinerji.
- 47 Y9HD., 13.02.2006, 2005/37239, 2006/3456, Çankaya/Çil, s. 23.
- 48 Y9HD., 23.01.2006, 2005/39106, 2006/933, Çankaya/Çil, s. 23.
- 49 Y9HD., 19.12.2005, 2005/35194, 2005/39733, Çankaya/Çil, s. 23.
- 50 Öğretide bir görüşe göre, alt işverenlik ilişkisinde asıl iş yardımcı iş ayrımı yapılmakla birlikte asıl işin bir bölümünün alt işverene bırakılması belirli koşulların varlığına bağlanırken yardımcı işlerin alt işverene devrinde hiçbir şartın aranmaması bu işlerde çalışan işçiler arasında ayırım yapmak anlamına gelir ki bu da, başta Anayasa olmak üzere evrensel eşitlik ilkesine aykırıdır. Sabahattin Şen, "Alt İşverenlik ve Asıl İşin Bir Bölümünün Alt İşverene Bırakılması", Çalışma ve Toplum, S. 10, 2006, s. 81.
- 51 Süzek, s. 145.
- 52 Mollamahmutoglu, s. 169; Süzek, s. 143.
- 53 "Dosyadaki delillere göre, davalı MENSA A.Ş.'nin davalı gösterilen Es-ba şirketi ile yaptığı sözleşmenin muvazaaya dayandığı anlaşılmaktadır. Zira, taşeron işçilerinin asıl işveren işçileri ile aynı işi yaptıkları, asıl iş olan iplik üretiminde asıl işveren MENSA A.Ş. işçileri ile birlikte çalıştıkları...", Y9HD., 06.03.2006, 2006/2582, 2006/5499, Sinerji.
- 54 Y9HD., 26.02.2006, 2006/34992, 2007/5176, Çankaya/Çil, s. 23.
- 55 Y9HD., 07.05.2007, 2007/1469, 2007/14248, Çankaya/Çil, s. 23.
- 56 Y9HD., 21.05.2007, 2007/6421, 2007/15598, Çankaya/Çil, s. 23.
- 57 Ali Güzel, "İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi Uygulama Sorunları ve Çözüm Önerileri", Panel Notları, s. 50; Devrim Ulucan, (Eyrenci/Taşkent/Ulucan), Bireysel İş Hukuku, Yenilenmiş 3. B., İstanbul 2006, s. 44; Çankaya/Çil, s. 19.
- 58 Çankaya/Çil, s. 23.
- 59 Taşkent, Alt İşveren, s. 364. Ayrıca bkz. Süzek, s. 148.
- 60 Çelik, Alt İşveren, s. 87; Yargıtay da 31.05.2005 tarihli bir kararında bu görüşü benimsemiştir, Y9HD., 31.05.2005, E. 31850, K. 2487, Kılıçoğlu/Şenocak, s. 72.
- 61 Nüvit Gerek, "Kamu Kuruluşlarında Hizmet Alım İhaleleri Kapsamında Çalıştırılan Alt İşveren İşçileri İle İlgili Sorunlar", Çalışma ve Toplum, S. 15, 2007/4, s. 81-82.
- 62 Mollamahmutoglu, s. 169; Süzek, s. 145-146; Fevzi Şahlanan, "Yeni İş Yasasının Alt İşveren Kurumuna Bakışı Sorunlarının Değerlendirilmesi ve Çözümleri Konferansı,

- Ankara 2004, s. 46,48; Çelik, İş Hukuku, s. 47; Soyer, s. 19 vd.; Ekonomi, Alt İşveren, s. 42 vd.; Şen, Alt İşverenlik, s. 92.
- 63 Çankaya/Çil, s. 24.
- 64 Soyer, s. 24.
- 65 Nüvit Gerek/A. İlhan Oral, "Belediyelerin Çöp Toplama İşlerini Alt İşverene Vermeleri ve Bunun Yarattığı Sorunlar", Sicil, S. 1, Mart 2006, s. 34.
- 66 Alt İşverenlik Yönetmeliği'nin çıkarılmasından önce, bu konudaki tartışmaları gidermek için yasal düzenlemelerle uygulamadaki ihtiyacı dengeli bir şekilde giderecek şekilde bir değişiklik yapılmasının uygun olacağı ileri sürülmüştü. Bkz. Çelik, İş Hukuku, s. 47.
- 67 Y9HD., 31.01.2005, E. 31850, K. 2487; Y9HD., 09.06.2008, E. 39314, K. 14822, Çankaya/Çil, s. 25, Y9HD., 28.04.2008, E. 19452, K. 10426, Çalışma ve Toplum, S. 19, 2008/4, s. 318.
- 68 Y9HD., 05.08.2008, E. 15362, K. 11408, Sinerji, Çelik, Alt İşveren, s. 86.
- 69 "Davacının davalı belediye işyerinde çalışırken asli işi olan temizlik işinin dava dışı şirkete devredilmesi üzerine iş sözleşmesinin feshedilip, ertesi günü taşeron şirket tarafından düşük ücretle çalıştırılmaya başlandığı dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/VII. maddesi uyarınca, asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamayacağından, asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılacaktır. Öte yandan işletmenin mevsim gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemeyeceğinden ve temizlik işinin belediyelerin asli işi olduğundan işin taşeron şirkete devri geçerli kabul edilemez. İşin taşeron devri nedeniyle yapılan fesih geçerli sayılamaz. Davacının feshi takip eden gün davalı belediyenin taşeron ile yaptığı sözleşme uyarınca olsa da taşeron nezdinde çalışmaya başlatılması feshin geçersizliğinin istenilmesinde hukuki yarar bulunmadığını göstermez. Zira davacının kıdem ve ihbar tazminatı ve diğer işçilik hakları yanında ücretinin düşürülmesinin önlenmesini sağlamak için yargı yoluna başvurması gerekir. Mahkemece davanın kısmen kabulü gerekirken yazılı şekilde reddi hatalıdır", Y9HD., 11.07.2005, E. 2005/18822, K. 2005/24469, Sinerji.
- 70 Seracettin Gökaş, "Alt İşverenlik Uygulamasının Bazı Önemli Sorunları", Sicil, S. 12, Aralık 2008, s. 99.
- 71 Centel, Son Değişiklik, s. 6.
- 72 Ayrıca bkz. Centel, Son Değişiklik, s. 6; Çankaya/Çil, s. 39; Münir Ekonomi, "4857 sayılı İş Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Sayısal Esneklik", Sicil, S. 12, Aralık 2008, s. 11; Mollamahmutoğlu, s. 166; Demircioğlu, s. 41.
- 73 Mollamahmutoğlu, s. 165; Çankaya/Çil, s. 40.
- 74 İbrahim Aydın, Görünürdeki İşlemler Açısından Türk İş Hukukunda Alt İşveren İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, Ankara 2008, s. 25; Mehmet Ayan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Konya 1996, s. 172.
- 75 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. B., İstanbul 1988, s. 550; Şahin Akıncı, Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler, Konya 2000, s. 78, Ayan, s. 173; Ashıhan Özcan Kılıç, Alt İşveren İlişkisinden Doğan Asıl İşveren Sorumluluğu, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007, s. 92.
- 76 Safa Reisoğlu, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 1988, s. 82-83.
- 77 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 552-553; Akıncı, s. 79; Ayan, s. 174-175.
- 78 Reisoğlu, s. 83.
- 79 Ejder Yılmaz, "Alt İşverenlik İlişkisinin Muvazaalı Olduğunu Tespit Eden İş Müfettişi Raporuna Karşı İtiraz Davası", Çimento İşveren, C. 23, S. 1, Ocak 2009, s. 6.
- 80 Aydın, s. 113.
- 81 RG., 26.05.2008, S. 26887.
- 82 Şeyda Aktekin, "Alt İşveren Müessesesi Tarihe mi Karşıyor?", MESS İşveren Gazetesi, Ekim 2008, s. 7; Ayrıca bkz. Süzek, s. 161; Demircioğlu, s. 41.
- 83 Bkz. Tankut Centel, "Alt İşverenlik Yönetmeliği", http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=2212&id=105, erişim tarihi 09.03.2009; Centel, Son Değişiklik, s. 7; Tankut Centel, "Alt İşveren Düzenlemelerine Eleştirel Bir Yaklaşım", Sicil, S. 12, Aralık 2008, s. 40; Çankaya/Çil, s. 34-35; Çelik, Alt İşveren, s. 90; Ekonomi, Sayısal Esneklik, s. 10-11; Yılmaz, s. 8.
- 84 Alt İşverenlik Yönetmeliği'nin peşinen düzenleme yapmasının sakıncalı değil yararlı olduğu hakkında bkz. Demircioğlu, s. 45.
- 85 Centel, Son Değişiklik, s. 7.
- 86 Centel, Son Değişiklik, s. 7; Gülümden Ürcan, "Muvazaalı Alt İşverenlik İlişkisinin Tespiti ve Usul Hukuku Açısından Gösterdiği Bazı Özellikler", Legal, 2008/19, s. 962-963.
- 87 Yılmaz, s. 10-11.
- 88 Süzek, s. 155; Mehmet Uçum, Yeni İş Kanunu Seminer Notları, İstanbul 2003, s. 22; Ulucan, (Eyrenci/Taşkent/ Ulucan), s. 44; Mollamahmutoğlu, s. 181; Çankaya-Çil, s. 23-24; Türker, s. 99; "Davacının davalı belediye işyerinde çalışırken asli işi olan temizlik işinin dava dışı şirkete devredilmesi üzerine iş sözleşmesinin feshedilip, ertesi günü taşeron şirket tarafından düşük ücretle çalıştırılmaya başlandığı dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/VII. maddesi uyarınca, asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamayacağından, asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılacaktır.", Y9HD., 11.07.2005, E. 18822, K. 24469, Sinerji.
- 89 "...Dosya içeriğine göre davalı işverenin nakit taşıma ve güvenlik hizmetlerini dışarıdan satın almak suretiyle temin yoluna gittiği, güvenlik görevlisi olarak çalışan davacının iş sözleşmesinin bu nedenle feshedildiği anlaşılmaktadır. Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi

raporunda güvenlik işinin yardımcı iş olduğu kabul edilmekle birlikte güvenlik görevlilerinin bir kısmının işi üstlenen firma tarafından haklarının kısıtlanarak işe alınmasının asıl işveren - alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayandığını gösterdiği sonucuna varılmıştır. Somut olayda, asıl işveren işçilerinin dava dışı alt işverence işe alınarak çalıştırılmaya başlanması durumunda birçok yönden haklarında kısıtlama meydana geleceği açıktır. Ancak, dosya içeriğine göre iş sözleşmesi feshedilen güvenlik görevlilerinin sadece bir kısmı kendi istekleri ile iş sözleşmesi imzalayıp işi üstlenen firmaya bağlı olarak çalışmaya başlamıştır. Burada üzerinde durulması gereken husus, alt işverenin üstlendiği işte bir kısmı kendi işçi kadrosundan, diğer bir kısmı ise asıl işverence iş sözleşmesi feshedilen şahıslardan oluşan işçilerin çalıştırılması halinde, bu durumun 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/7. maddesi anlamında muvazaaya dayanarak teşkil edip etmeyeceğidir. Belirtmek gerekir ki, büyük çoğunluğu kendi işçi kadrosundan oluşan ve asıl işverenin birkaç işçisini işe alarak çalıştıran alt işverenin bu tutumu işlemleri muvazaalı hale getirmemelidir. Bu durumda, işe alınan az sayıdaki asıl işveren işçilerinin haklarının kısıtlanmış olmasının da sonuca etkili olmayacağı düşünülmelidir. Bu nedenle öncelikle, dava dışı firma tarafından davalıya ait üstlendiği işte çalıştırdığı işçilerin kaç tanesinin kendi kadrosundan olduğu, kaç tanesinin de daha önce bu işte çalıştırılan asıl işveren işçisi olduğu belirlenmeli ve sonucuna göre asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayanıp dayanmadığı saptanmalıdır...”, Y9HD., 15.05.2006, E. 2006/11741, K. 2006/14066, Sinerji.

- 90 Yargıtay kararında kamu kurumunda çalışan ve 6772 sayılı Yasa'dan yararlanarak ilave tediye alan bir işçinin alt işverene verilen işte çalıştırılmaya başlanmasını, ilave tediye alacağından mahrum kalması sebebiyle haklarda kısıtlama olarak değerlendirmiştir, Y9HD., 02.04.2007, 2006/35368, 2007/8918, Çankaya/Çil, s. 29.
- 91 Mollamahmutoğlu, s. 181; Ulucan, (Eyrenci/Taşkent/Ulucan), s. 44; Tarcan, s. 87.
- 92 Öner Eyrenci, 4857 Sayılı İş Kanunu İle Getirilen Yeni Düzenlemeler, LİHSGH, S. 1, 2004, s. 22.
- 93 Ömer Ekmekçi, 26 Haziran 2002 Tarihli İş Kanunu Tasarısının Bazı Hükümleri Üzerine, Çalışma Hayatımızda Yeni Dönem, İstanbul 2002, s. 67; Mollamahmutoğlu, s. 181-182; Fevzi Şahlanan, Yeni İş Kanununun Genel Hükümleri, Yeni İş Yasası, İstanbul 2003, s. 27-28; Süzek, s. 157; Bekir Uzun, Yeni İş Yasası Semineri, İstanbul 2004, s. 30.
- 94 Süzek, s. 157.
- 95 Çelik, İş Hukuku, s. 52-53; Soyer, s. 22; Mollamahmutoğlu, s. 181-182; Ulucan, (Eyrenci/Taşkent/Ulucan), s. 44; Güzel, Alt İşveren, s. 59; Çankaya-Çil, s. 24-27; Uzun, s. 30.
- 96 Ayrıca bkz. Çankaya/Çil, s. 31.
- 97 Çankaya/Çil, s. 32.
- 98 Çankaya/Çil, s. 33; Farklı görüş için bkz. Arslanoğlu, s. 116.
- 99 Mollamahmutoğlu, s. 180.

100 “Otelin genel temizlikleri yardımcı işlerdendir. Alt işverene verilebilir. Ancak otel işyerinin kat hizmetleri asıl işin bir bölümü olup anılan iş teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olmadığından alt işverene verilemez” Y9HD., 01.04.2005, E. 18633, K. 26052, Yargıtay'a göre, bir bankanın nakit taşıma işi asli iş olarak düşünülse bile işin güvenlik yönü daha baskın olduğundan teknolojik ve uzmanlık gerektirdiğinden alt işverene devri mümkündür. Y9HD., 02.05.2006, E. 10516, K. 12278, Kılıçoğlu/Şenocak, s. 76-77.

101 Soyer, s. 17; Güzel, Alt İşveren, s. 40; Süzek, s. 158, dn. 79.

102 Süzek, s. 159.

103 “Bir alt işveren, bir asıl işverenden sözleşme ile üstlendiği mal veya hizmet üretimi için belirli bir organizasyona, uzmanlığa ve hukuksal bağımsızlığa sahip değilse, kısaca üretim ya da hizmet sunumuna ilişkin ekonomik faaliyetin bağımsız yönetimini üstlenmemişse asıl işveren alt işveren ilişkisinden çok, olayda asıl işverene işçi temini söz konusu olacaktır.”, Y9HD., 23.02.2009, E. 2008/22857, K. 2009/3226, Sinerji.

“Ayrıca 5393 sayılı Belediye Kanunu 67. maddesindeki düzenleme ile, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6 maddesindeki sınırlamalara bakılmaksızın asıl işin (hizmetin) alt işverenlere verileceği kuralına yer vermiştir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, asıl işin hizmet alımı yolu ile ihale edilmesidir. Yapılan ihalede, ihale yapan belediye tarafından araç temini sağlanır, asıl işte alt taşeron işçileri ile belediye işçileri birlikte çalışıyorlar, yönetim hakkı belediyede, kısaca ihale işçi teminine yönelik ise, belediye ile ihaleyi alan kişi arasında alt işveren-asıl işveren ilişkisinden söz edilemeyecektir. Somut uyuşmazlıkta, alt işveren işçilerinin devam cetveli ve devamsızlıklarının davalı Belediye Başkanlığı tarafından tutulduğu, asıl işverenin talimatı ile işçilerin iş sözleşmelerinin feshedildiği, alt işveren işçilerinin kullandığı araçların Belediye Başkanlığı tarafından temin edildiği anlaşılmaktadır. Bu maddi ve hukuki olgulara göre, davacı başlangıçtan itibaren Belediye Başkanlığı işçisidir.”, Y9HD., 10.04.2007, E. 2007/6094, K. 2007/10224, Sinerji.

104 Yargıtay, işçilerin aynı kalarak, görünüşte alt işverenlerin şahsında meydana gelen değişikliklerin gerçek bir işveren değişikliği sayılmayacağını isabetli olarak belirtmektedir: “...Asıl işverenin işyerinde alt işverenler değişse de işçinin ara vermeden her yeni alt işverenle çalışmaya devam etmesi halinde hizmet akdinin kurulduğu ilk andan itibaren devam ettiği kabul edilmelidir. ...”, Y9HD., 07.12.2006, E. 2006/13876, K. 2006/32223, Sinerji. Ancak belirtelim ki, istisnai olarak bazı hallerde bir muvazaa söz konusu olmaksızın işçilerin birbirini izleyen alt işverenler yanında çalışması işyeri devri kapsamında mümkün olabilir. Bkz. Süzek, s. 160, 189-190; “Davacı işçinin Maltepe Belediyesinin temizlik işlerini ihale ile alan taşeronlarla 25.08.1995-19.01.2001 tarihleri arasında aynı işte ve araçta aralıksız çalıştığı ancak, davalı işveren nezdindeki çalışmasının 21.05.1999-19.01.2001 arası olduğu uyuşmazlık konusu değildir. Son işveren olan davalı davacının kendi yanında çalıştığı süreden ve

işyerini devraldığı, dava dışı alt işverenin yanında çalıştığı süreden de sorumludur. Ancak daha önceki alt işveren de kendi döneminden işyerinin devri tarihindeki ücret üzerinden sorumlu olduğundan davalının rücu hakkı da bulunduğu dikkate alınarak dava dışı alt işverenin de sorumlu olduğu kıdem taminatı miktarı da hesaplanıp karar yerinde gösterilmelidir.”, Y9HD., 22.04.2004, E. 2003/20352, K. 2004/9110, Sinerji.

- 105 Gerekçesiz rapora karşı, iş mahkemesinde süresi içinde itiraz edilmemesi, idari yargıda işlemin iptalini ortadan kaldırmaz. Zira bu durumda söz konusu olan muvazaanın var olup olmadığı değil, idari işlemin geçerliliği için gereken unsurun bulunmadığıdır. Mollamahmutoğlu, s. 178.
- 106 Yılmaz, s. 12.
- 107 Yılmaz, s. 13.
- 108 RG., 11.02.1959, S. 10139.
- 109 RG., 11.09.1959, S. 10303.
- 110 Tebligat Kanunu'nun 1'inci maddesine göre, “Kazaî merciler, genel ve katma bütçeli daireler, belediyeler, köy hükmî şahsiyetleri, barolar ve noterler tarafından yapılacak bilcümle tebligat, bu Kanun hükümleri dairesinde Posta ve Telgraf Teşkilâtı Genel Müdürlüğü veya memur vasıtasıyla yapılır”.
- 111 Saim Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, 4. B. İstanbul 1989, s. 51.; Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 1989, s. 10-11.
- 112 Yılmaz, s. 14.
- 113 Centel, Son Değişiklik, s. 9; Mollamahmutoğlu, s. 179.
- 114 Centel, Son Değişiklik, s. 9.
- 115 Ayrıca bkz. Yılmaz, s. 14.
- 116 Anayasa Mahkemesi, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda değişiklik yapan 3622 sayılı Yasa'nın 26. maddesiyle getirilen ek madde 3'de yer alan “Kanunlarda, bölge idare, idare ve vergi mahkemeleri nezdinde itiraz edilebileceği belirtilen işlemlere karşı ilgiler tarafından işlemin tebliğinden itibaren 7 gün içinde bu Kanunun yetki kurallarına göre davaya bakmaya yetkili olan idari yargı mercine itiraz edilebilir. İtiraz, idarece tesis edilen işlemin yerine getirilmesini durdurmaz. İtiraz halinde mahkemece evrak üzerinde inceleme yapılarak itirazın mahkeme kayıtlarına intikal tarihinden itibaren en geç bir ay içinde karar verilir. İtiraz üzerine mahkemece verilen kararlar kesin olup, bu kararlara karşı herhangi bir kanun yoluna başvurulamaz.” şeklindeki hükmü, “...Ek 3. maddeye göre, idari yargı yerine başvurma süresi (7) gündür. Oysa, İdari Yargılama Usulü Yasası, idari işlemlere karşı dava açma süresi konusunda” Özel kanunlarda ayrı bir süre gösterilmeyen hallerde Danıştay'da ve idare mahkemelerinde. . . altmış gündür.” kuralını koymuştur. İdari yargıda dava açma süresi, pek çok incelemeye konu olan önemli bir sorundur. Bu salt bir yargılama yöntemi sorunu değildir. Hukuk devleti niteliğinin en doğal gereği olan, hukuka uygunluğu sağlama, aykırılığı giderme için yararlanılan hak arama özgürlüğünün gerçekleşmesi, yaşama geçirilmesi

koşullarından başlıcasıdır. Bunu kısaltarak, hak arama özgürlüğünü kısıtlayıp güçleştirmek toplumu ve bireyleri en sağlıklı güvence olan hukuk-yargı güvencesinden yoksun kılar. İptal davaları, hak arama özgürlüğünün kullanış biçimlerinden biridir. Bunu anlamlı kılan öğelerden biri de süredir. Bu nedenle, getirilen itiraz usulünde, yargıya başvurma süresinin iptal davaları için belirtilenden kısa tutulmasının haklı ve mantıklı olabilmesi ne tür idari işlemler için öngörüldüğünün bilinmesine bağlıdır. Ancak bu durumda, süre sınırlamasının “hukuk devleti”, “yönetimin yargısal denetimi” ve “hak arama özgürlüğü” gibi ilkeler açısından Anayasa'ya uygunluk denetimi yapılabilir. İdarenin işlem ve kararlarına itiraz, 1608 sayılı “Umuru Belediye Mütcellik Ahkâmı Cezaiye Hakkındaki Kanun”la getirilmiştir (Bu hüküm bugün de geçerliğini korumakta., hatta diğer yasalarda başka örnekleri de bulunmaktadır). Buna göre yasa ve düzenlemelere uygun olarak belediyelerin aldıkları bir takım kararlara aykırı davrananlara belediye encümenlerince verilen elli liraya kadar hafif para cezası ve üç günden onbeş güne kadar ticaret ve san'atı yapmaktan yasaklanma cezası ile belediye encümenlerinin Yasa'da sayılan Türk Ceza Yasası hükümleri uyarınca verecekleri diğer cezalara karşı sulh ceza mahkemelerine itiraz edilmektedir. Ancak, bu Yasalar belli idari işlemlere karşı hem itiraz yolunu öngörmekte, hem de yöntemini düzenlemektedir. Bu sınırlı yargılamanın hangi tür idari işlemler için öngörüldüğü, yani kapsam, nitelik ve sınırlar Yasa'da gösterilmiştir. Oysa ek 3. maddede bu kapsam ve nitelik belli değildir. Üstelik, yasalarda itiraz edilebileceği belirtilen her idari işleme karşı bu yöntem uygulanabileceğinden, bu düzenleme hak arama özgürlüğünü ölçsüz bir biçimde sınırlandırıcı, dolayısıyla yargısal denetimi kısıtlayıcı ve daraltıcı niteliktedir. Sınırlı bir hak arama özgürlüğü, kısıtlı bir idari yargı ise hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz...” gerekçeleriyle Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE karar vermiştir, AYM., 01.10.1991, E. 40, K. 33, Sinerji.

- 117 Y9HD., 26.02.2007, E. 2007/2712, K. 2007/5127, Sinerji, Çankaya/Çil, s. 38.
- 118 Yılmaz, s. 16.
- 119 RG., 04.02.1950, S. 7424.
- 120 Ayrıntılı bilgi için bkz. Murat Şen, “İş Mahkemelerinde Yetki ve Yetki Sözleşmeleri”, AÜEHFD., C.VIII, S. 1-2, Erzincan 2004, s. 565.
- 121 Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında 3146 sayılı Kanun'un (RG., 18.01.1985, S. 18639) 28'inci maddesine göre, bakanlık taşra teşkilatı kurmaya yetkilidir ve bu nedenle bazı illerde bölge müdürlükleri kurmuştur. Dolayısıyla, şubenin yetkisine dair hüküm bölge müdürlükleri açısından da geçerlidir.
- 122 Centel, Son Değişiklik, s. 9. Ayrıca bkz. Şen, İş Mahkemelerinde Yetki, s. 566-568.
- 123 Yılmaz, s. 20.
- 124 Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuza göre kural olarak taraflar ilk derece mahkemeleri tarafından verilen kararlara karşı temyiz yoluna başvurabilirler. Fakat sadece istisnai durumlarda ilk derece mahkemeleri tarafından

verilen kararlar kesindir, taraflar kanun yollarına başvuramazlar. İşK. m. 3/II'de de muvazaa davası bakımından böyle bir istisna getirilmiştir. Böyle bir istisnanın kabul edilmesi yerinde değildir.

- 125 Çankaya/Çil, s. 36; Ekonomi, Sayısal Esneklik, s. 12.
- 126 Centel, Son Değişiklik, s. 9.
- 127 Mollamahmutoğlu, s. 180.
- 128 Yılmaz, s. 21.
- 129 Mollamahmutoğlu, s. 180.
- 130 Centel, Son Değişiklik, s. 10; Göktaş, s. 103; Çankaya/Çil, s. 37.
- 131 Armağan Ebru Bozkurt Yüksel, "Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Sorumluluk ve Sınırları", Sicil, S. 9, Mart 2008, s. 48; Aydın, s. 188;
- 132 Aydın, s. 190; Yüksel, s. 49.
- 133 Y9HD., 25.05.1996, E. 37441, K. 11953, Yüksel, s. 50.
- 134 Ayrıntılı bilgi için bkz. Ayan, s. 37-46; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 377-393; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 6. B., İstanbul 1998, s. 803-819; Akıncı, s. 204-208.
- 135 Y9HD., 21.07.2008, E. 23429, K. 20721, Çalışma ve Toplum, S. 20, 2009/1, s. 300; Cevdet İlhan Günay, İş Kanunu Şerhi, Ankara 2006, s. 137.
- 136 Eren, s. 803-806; Ayan, s. 44-46; Reisoğlu, s. 361; Akyiğit, s. 116; Çelik, İş Hukuku, s. 49; Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 188.
- 137 Bkz. Reisoğlu, s. 361-362; Süzek, s. 152-153; Aydın, s. 192; Yüksel, s. 51; Çankaya/Çil, s. 44.
- 138 Yargıtay ise, her iki işveren arasında mecburi dava arkadaşlığı olduğu kanaatindedir. Y9HD., 11.07.2005, 2005/18089, 2005/2478, Çankaya/Çil, s. 47. Dava arkadaşlığı zorunlu ve ihtiyari dava arkadaşlığı olmak üzere ikiye ayrılır. Alacaklı işçinin, müteselsil borçlu olan asıl işveren ve alt işverene karşı birlikte dava açabilir fakat buna mecbur değildir, borçlulara ayrı ayrı da dava açılabilirdiği için, burada ihtiyari dava arkadaşlığı vardır. Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 349, 354-359. Ayrıca bkz. Üstündağ, s. 298-302.
- 139 Y9HD., 22.03.2005, 2004/14236, 2005/9380, Çankaya/Çil, s. 47.
- 140 Y9HD., 01.05.2007, 2007/4917, 2007/13800, Çankaya/Çil, s. 47.
- 141 Çankaya/Çil, s. 47.
- 142 Süzek, s. 153; Haluk Hadi Sümer, İş Hukuku, 14.B., Konya 2008, s. 18; Soyer, s. 23.
- 143 Yargıtay'a göre de, "... Görülüyor ki olayımızda, her ne kadar davacı davalılarda Y.K.'nin işçisi ise de, işin görüldüğü işyerinin sahibi olan L. A.Ş.'de asıl işveren durumunda olup, işyerinde meydana gelen iş kazasından dolayı tabii işveren Y.K. ile birlikte müteselsilen sorumlu tutulması gerekir. Davalılar arasında imzalanmış bulunan teknik şartnamenin 6. ve 7. maddeleri de, her türlü sorumluluğun, işi yapan firmaya ait olacağı kararlaştırılmış ise de, bu hükümler davacıyı bağlamaz. Ancak, davalılar arasındaki iş ilişkisi ilgilendirir. Esasen, İ.K.'nin az önce anılan hükmü kamu düzenine ilişkin olup işçi aleyhine değiştirilmesi mümkün değildir. Yargıtay'ın yerleşmiş uygulaması da bu doğrultudadır.", Y9HD., 18.03.1988, 517/3080, Sinerji, Canbolat, s. 166.
- 144 Aydın, s. 192.
- 145 Aydın, s. 193; Türker, s. 101; Günay, s. 135. Ancak, 5510 sayılı SSGSSK'nun 12. maddesi gereğince, asıl işveren "...bu Kanunun işverene yüklediği yükümlülüklerden dolayı alt işveren ile birlikte sorumludur."
- 146 "Bu madde hükmünden hareket edildiği takdirde Nuro A.Ş.'nin sorumluluğu "o işyeri tabirinden de" anlaşılacağı şekilde Mensoy A.Ş.'ye işin verildiği tarihten itibaren başlar." Y9HD., 22.02.2001, E. 19790, K. 3151, Kılıçoğlu/Şenocak, s. 78.; Narmanlioğlu, s. 116; Demir, s. 23; Canbolat, s. 70; Emine Tuncay Kaplan, "Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinde Muvazaalı İşlem Sorunu", A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005, s. 232; Çelik, İş Hukuku, s. 49.
- 147 Aydın, s. 193.
- 148 Bu durumu teyit eden Yargıtay'ın bir kararında şöyle denilmiştir, "Davacı işçinin taşeron firmanın işçisi olarak çalışmakta iken kazaya uğraması sonucunda iş sahibi asıl işverenin tazminatla sorumlu tutulması yerinde değildir", Y9HD., 11.04.1995, E. 946, K. 12377, Yüksel, s. 52; Çelik, İş Hukuku, s. 50.
- 149 Yüksel, s. 51.
- 150 Sümer, s. 18; Demircioğlu, s. 43; Aydın, s. 194; Lütfi İnciroğlu, Yeni İş Hukuku Uygulaması, Güncelleştirilmiş 3. B., 2005, s. 43; Kılıçoğlu/Şenocak, s. 78; Tuncay/Ekmekçi, s. 246.
- 151 Çankaya/Çil, s. 43.
- 152 Demircioğlu, s. 43-44; Aydın, s. 196; Soyer, s. 23; Çankaya/Çil, s. 45; Mustafa Kılıçoğlu, "Yargıtay Kararları Işığında Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi", İş Hukukunda Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi Uygulama Sorunları ve Çözüm Önerileri, İş Müfettişleri Derneği Panel Notları, İstanbul 2005, s. 105; Y9HD., 12.10.2005, E. 27556, K. 33221, Y9HD., 27.01.2005, E. 11, K. 1623, Çankaya/Çil, s. 35; "Buna göre asıl işveren hakkında işe iadeye dair karar verilmemesi isabetli ise de, işe başlatmama tazminatı ile 4 aya kadar boşa geçen süre ücretinden davalı alt işverenle birlikte sorumlu olduğu yönünde hüküm tesis edilmemiş olması hatalı olmuştur", Y9HD., 10.10.2006, E. 19120, K. 26775, Çalışma ve Toplum, S. 13, 2007/2, s. 300; Asıl işverenin işe iade kararı sonrası işçinin işe başlamak için başvurması ve alt işverenin işe almamasından kaynaklanan işe başlatmama tazminatı ile dört aya kadar boşa geçen süre ücretinden yukarıda belirtilen hüküm nedeni ile alt işverenle birlikte sorumluluğu vardır. (Dairemizin 09.06.2008 gün ve 2007/40942 Esas, 2008/14420 Karar sayılı ilamı)", Y9HD., 23.02.2009, E. 2008/22857, K. 2009/3226, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.
- 153 Aydın, s. 196.
- 154 Çankaya/Çil, s. 48.
- 155 Y9HD., 18.03.2004, 2003/15922, 2004/5455, Çankaya/Çil, s. 45.

- 156 Y9HD., 29.11.2005, E. 21858, K. 37518, Çankaya/Çil s. 29.
- 157 Çankaya/Çil, s. 44.
- 158 Şen, İş Kanunları, s. 21-24.
- 159 Aydınlı, s. 197.
- 160 Alt işveren işçileri asıl işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanamazlar. Fakat Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 1987 yılında vermiş olduğu bir kararında alt işveren işçilerinin de asıl işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanması gerektiği kabul edilmişti. YHGK, 04.11.1987, 1987/9-166, 1987/815, Sinerji. Bu karar öğretilerde eleştirilmiştir. Canbolat, s. 106; Şahlanan, s. 325. Yargıtay öğretideki eleştirileri de dikkate alarak görüşünü değiştirmiş ve artık alt işveren işçisinin asıl işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanamayacağı görüşü ağırlık kazanmıştır. Y9HD., 25.03.2004, 2003/16528, 2004/5827, Sinerji. Fakat alt işverenin işçileri alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanabilirler. Alt işveren işçisinin çalıştığı iş kolunda kurulu sendikaya üye olması veya dayanışma aidatı ödemesi koşuluyla alt işveren ve sendika arasında imzalanmış bir toplu iş sözleşmesinin varlığı halinde bu toplu iş sözleşmesinden yararlanması mümkündür. Ayrıca alt işveren işçilerinin çalıştıkları yer, asıl işyerinden bağımsız bir işyeri olarak kabul edildiğinden "bir işyerinde aynı dönem içinde birden fazla toplu iş sözleşmesi yapılamaz" kuralına aykırılıktan söz edilemez. Çankaya/Çil, s. 52.
- 161 RG., 16.06.2006, S. 26200.
- 162 Ali Güzel/Ali Rıza Okur/Nurşen Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik Hukuku, 12. B., İstanbul 2009, s. 185. Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 87. maddesinde alt işverenin işveren olarak sosyal güvenlik hukukundan doğan yükümlülükleri açısından asıl işverenin de alt işverenle beraber kuruma, sigortalılara ve hak sahiplerine karşı müteselsil olarak sorumlu olduğu belirtilmektedir. Alt işverenlerin genellikle teknik ve mali açıdan asıl işverenlerden daha zayıf durumda bulunmaları ve sık sık işyeri değiştirmeleri nedeniyle bu işlerde çalışan sigortalıların ve kurumun haklarını korumak amacıyla bu düzenlemeye gidilmiştir. M. Zafer Erdoğan, "Sosyal Güvenlik Hukukunda Alt İşveren Kavramı", Kamu-İş, Yargıç Resul Aslanköylü'ye Armağan, S. 3, C. 7, 2004, s. 387; Uşan, Alt İşveren, s. 87-88.
- 163 Can Tuncay/Ömer Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku'nun Esasları, İstanbul 2008, s. 245; Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 187.
- 164 M. Fatih Uşan, Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, Ankara 2009, s. 123; Tuncay/Ekmekçi, s. 243-244.
- 165 Aydınlı, s. 201; Erdoğan, s. 394.
- 166 Eren, s. 398-401 Reisoğlu, s. 364; Müjdat Şakar, İş Hukuku Uygulaması, 5. B. İstanbul 2003; s. 52; Mollamahmutoğlu, s. 174; Süzek, s. 152-153; Narmanlıoğlu, s. 115; İnciroğlu, s. 43.
- 167 Çankaya/Çil, s. 44.
- 168 "1475 sayılı İş Kanunu'nun 1/son maddesine göre, "Bir işverenden belirli bir işin bir bölümünde veya eklentilerinde iş alan ve işçilerini münhasıran o işyerinde ve eklentilerinde çalıştıran diğer bir işverenin kendi işçilerine karşı o işyeri ile ilgili ve bu kanundan veya hizmet akdinden doğan yükümlülüklerinden asıl işveren de birlikte sorumludur." Anılan Yasa maddesinde yazılı asıl işveren sorumluluğu, işçilere karşı olan bir sorumluluktur; taşeron ile asıl işveren arasındaki bir düzenlemeyi içermeyen 1475 sayılı Yasanın 1/son maddesinin dava konusu olaya uygulanması mümkün değildir. Uyuşmazlığın, davacı ile davalı arasındaki sözleşme hükümlerine göre çözümlenmesi gerekmektedir.", YHGK., 12.05.2004, 11-254/295, Sinerji; Aydınlı, s. 204.
- 169 "Anılan yasa maddesinde yazılı asıl işveren sorumluluğu, işçilere karşı olan bir sorumluluktur. Taşeron ile asıl işveren arasındaki bir düzenlemeyi içermeyen 1475 sayılı Yasanın 1/son maddesinin dava konusu olaya uygulanması mümkün değildir. Uyuşmazlığın davacı ile davalı arasındaki sözleşme hükümlerine göre çözümlenmesi gerekmektedir", YHGK, 12.05.2004, E. 11-25, K. 295, Ayrıca Yargıtay'ın 2003 yılında verdiği bir kararda yerel mahkeme "Davacı yüklenicinin hizmet sözleşmesiyle işveren sıfatıyla çalıştığı 6 işçinin bir takım işçilik hakları istemiyle B. A.Ş. aleyhine açtığı davalar sonucu Elmadağ İş Mahkemesince işçilerin gerçekte B... AŞ işçileri olduğu, her yıl değişen taşeron firmalarla yapılan sözleşmelerin muvazaalı olduğu, B...A.Ş.'nin böylece düşük ücretle işçi çalıştırmayı amaçladığı gerekçesiyle husumet savunması reddedilerek sorumluluğuna karar verilmesinden hareketle, iş bu davaya karşılık açılan davada B...A.Ş.'nin rücu hakkı bulunmadığı sonucuna varmış ancak Yargıtay 11. Hukuk Dairesi ise bozma kararında "iş mahkemesi karar gerekçesinin açıklanan bu niteliği taraflar arasındaki sözleşme hükümlerini geçersiz kılmamaktadır. Davacı yüklenicinin basiretli ve tedbirli bir tacir gibi davranarak sözleşme ilişkisi kurması gerekir. Üstlendiği işte çalıştırdığı işçiler gerçekte davalının düşük ücretle çalıştırmayı amaçlayıp da dönemselsel olarak sözleşmeler yaptığı yüklenicilere bağlı çalışıyormuş gibi göstermek istediği işçiler olsa bile sözleşmeyle kabul ettiği rücu yükümlülüğünden kurtulamaz. Bu durumda karşılık davanın esasına girilerek B...A.Ş.'nin yaptığı ilama bağlı işçilik hakları ödemelerinden dolayı doğan rücu hakkının kapsam ve niceliğinin belirlenmesi ve hüküm altına alınması gerekirken yazılı biçimde karar verilmesi doğru olmamıştır", Y11HD., 20.11.2003, E. 4353, K. 11172, Sinerji.
- 170 Aydınlı, s. 207.
- 171 Soyer, s. 16.

YENİ YAYINLAR



Prof. Dr. Ali Güzel, Prof. Dr. Ali Rıza Okur ve Doç. Dr. Nursen Caniklioğlu tarafından hazırlanan “**Sosyal Güvenlik Hukuku**” adlı eserin Nisan 2009 tarihinde yapılan 12. baskısı 5510 sayılı Kanuna göre hazırlanmıştır.

Sosyal güvenlik alanında 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu’nun yayımlandığı 1999 yılından bu yana hızına yetişmekte güçlük çekilen mevzuat değişiklikleri yapılmaktadır. Bu kapsamda son olarak 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu kabul edilmiştir. Ancak söz konusu Yasanın Anayasa Mahkemesi kararı doğrultusunda birçok hükmü iptal edilmiş, bir kısmının yürürlüğü durdurulmuş ve nihayetinde Anayasa Mahkemesi kararı doğrultusunda toplam 283 değişiklik öngören yasalarla dört ayrı yürürlük tarihi olan 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu yürürlüğe girmiştir.

Reform adıyla gerçekleştirilen yoğun yasal düzenlemeler nedeniyle 12. baskısı yapılan eserde 5510 sayılı Yasanın genel sistematigi içinde kısa ve uzun vadeli sigorta kollarıyla genel sağlık sigortası ayrıntılı bir biçimde açıklanmaktadır. “Sosyal Güvenlik Hukuku” adlı eserin sistematiginde ve metnin kaleme alınışında, öğrencilere Sosyal Güvenlik Hukukunun temel esaslarını öğretmek amacı ön planda tutulmuştur.

Emekli Baş İş Müfettişi Tahsin Sınay ile İş Müfettişleri Arif Temir ve Murat Kala tarafından hazırlanan, “**Sorulu Cevaplı ve İçti-hatlı İş Hukukunda Çalışma Süreleri**” isimli eser Haziran 2009 tarihinde yayımlanmıştır.

Kitapta çalışma süreleri ve çalışma sürelerinin uygulanmasına yönelik, İş Kanunu, Özel Öğretim Kurumları Kanunu, Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun ve Deniz İş Kanunu’nda yer alan mevzuat hükümleri irdelenmiştir. Ayrıca radyoaktif ışınlarla maruz kalanların çalışma süreleri üzerinde de durulmuştur.

Konuya ilişkin yargı kararlarına da yer verilen kitabın Ekler bölümünde, çalışma sürelerinin kayıt altına alınmasına yardımcı nitelikte olan çeşitli kayıt ve belge örnekleri bulunmaktadır.



Doç. Dr. Adnan DEYNEKLİ

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi Tetkik Hakimi

İflasın Ertelenmesinin İşçi Alacaklarının Tahsiline Etkisi

1. İFLASIN ERTELENMESİ HAKKINDA GENEL BİLGİ

İflas ile ilgili hükümlerin amacı iflası önlemek, iflasın meydana gelmesi halinde tasfiyeyi kısa sürede tamamlayarak müflisin mal varlığından alacaklıları tatmin etmektir. İflasın ertelenmesi, sermaye şirketleri ve kooperatiflerde iflası önleyen bir kurumdur.

İflasın ertelenmesi TTK'nin 324. maddesinde düzenlenmiş iken İcra ve İflas Kanunu'nda 4949 sayılı Kanunla değişiklik yapılarak Kanunun 179, 179/a ve 179/b maddelerinde ayrıca hükme bağlanmıştır.

İflasın ertelenmesini sermaye şirketleri ve kooperatifler isteyebilirler. Ancak alacaklılar da sermaye şirketi ve kooperatif hakkında iflasın ertelenmesi talebinde bulunabilirler.

Borca batık durumdaki sermaye şirketi ve kooperatifi idare ve temsile yetkili olan kişiler ya da alacaklılardan biri sermaye şirketi veya kooperatifin muamele merkezinin bulunduğu yerdeki Ticaret Mahkemesine iyileştirme projesi ile başvurarak iflasın ertelenmesini isteyebilir.

İflasın ertelenmesine karar verilmesi için erteleme talebinde bulunan sermaye şirketi veya

kooperatifin borca batık durumda olması ve sunulan iyileştirme projesinin mahkemece ciddi ve inandırıcı bulunması gerekir.

Mahkeme iflasın erteleme koşullarının oluştuğu kanaatine varırsa iflasın 1 yıl süre ile ertelenmesine karar verir. İflasın ertelenmesine karar veren mahkeme bu kararla birlikte kayyım atanmasına da karar verir. Kayyımın yönetim organının yetkilerine sahip olduğu açıklanmışsa buna yönetici kayyım denir. Mahkeme yönetim organının karar ve işlemlerinin geçerliliğini kayyımın onayına tabi kılmışsa bu kayyımaya denetçi kayyım denir.

İflasın ertelenmesine karar veren mahkeme sermaye şirketi veya kooperatifin mal varlığının korunması için gerekli her türlü tedbiri iyileştirme projesini de göz önünde tutarak alır.

İflasın ertelenmesi kararının hüküm fıkrası TTK'nın 166/2 maddesinde öngörülen usulle ilan edilir.

İflasın ertelenmesine karar verilmesiyle erteleme kararı etkilerini doğurur. Erteleme kararı etkisini ilan tarihinden değil karar tarihinden itibaren doğurur.

İflasın ertelenmesi Kanundaki genel açıklamadan sonra, iflasın ertelenmesi kararından etkilenecek işçi alacakları üzerinde durulacaktır.

II. İŞÇİLİK ALACAKLARI KAPSAMINA GİREN ALACAKLAR

İflasın ertelenmesinin işçilik alacaklarına etkisini belirlemek için öncelikle işçilik alacaklarının kapsamına giren alacakların açıklanmasında yarar bulunmaktadır. Bu başlık altında işçinin ücret alacağını ve diğer alacaklarını inceleyeceğiz.

1. Ücret Alacağı

İş sözleşmesinin temel unsuru olan ücret Anayasa'nın 55. maddesinde düzenlenmiştir. Hükümde ücretin emeğin karşılığı olduğu, Devletin, çalışanların yaptığı işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri ve diğer sosyal yardımlardan yararlanmaları için gerekli tedbirleri alacağı belirtilmiştir.

Bu düzenleme ile ücretin anayasal bir tanımı yapılmamıştır. İş Kanunu'nun 32. maddesinde genel anlamda ücret bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutar olarak tanımlanmıştır. Bu tanımda ücretin yapılan işin karşılığı olduğu belirtilmiştir. Ancak sosyal ücret adı altında iş karşılığı olmayan bazı hallerde (İK m.24/3, 25/3, 46, 47, 57) ücret ödenmektedir.¹

İkramiye, prim, komisyon ve kârdan pay alma asıl ücret dışında kalan ancak geniş anlamda ücret kapsamına giren ek ücretlerdir.²

2. Tazminat Alacakları

İşçi iş ilişkisi devam ederken işverenden iş kazası ve meslek hastalığı nedeniyle maddi ve manevi tazminat, kişilik haklarının ihlali nedeniyle manevi tazminat, iş akdinin feshi nedeniyle kıdem ve ihbar tazminatı, sendikal tazminat veya iş güvencesi tazminatı isteyebilir.

III. İŞÇİNİN ÜCRET ALACAĞI İÇİN ÜCRET GARANTİ FONU'NA BAŞVURU İMKÂNİ

İşverenin konkordato ilan etmesi, işveren için aciz vesikası alınması veya iflası nedeniyle işverenin ödeme güçlüğüne düştüğü hallerde işçilerin son üç aylık ücretini Ücret Garanti

İşçiye Ücret Garanti Fonu'na başvurma imkânı veren ücret alacağı işçiye son üç ayda ödenmesi gereken temel ücreti ifade eder.

Fonu'ndan alabileceği 4857 sayılı İş Kanunu'nun 33. maddesiyle düzenlenmişti. Bu düzenlemede iflasın ertelenmesi hali yer almamıştır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 33. maddesinde yer alan bu hüküm 5763 sayılı Kanunun 37. maddesiyle kaldırılmış ve aynı Kanunun 17. maddesiyle 4447 sayılı Kanuna Ek madde 1 olarak eklenmiştir.

İşverenin ödeme aczine düşmesi halinde devreye giren Ücret Garanti Fonu'nun uygulanması yeni düzenleme ile İş Kanunu ile sınırlı olmaktan çıkarılmış ve sigortalı işçi çalıştıran tüm işverenler yönünden uygulanabilir hale getirilmiştir.

Ek madde 1'de sigortalı sayılan kişileri hizmet akdine tabi olarak çalıştıran işverenin iflasın ertelenmesi nedeniyle ödeme güçlüğüne düştüğü hallerde işçiler, iş ilişkisinden kaynaklanan üç aylık ödenmeyen ücret alacaklarının ödenmesini Ücret Garanti Fonu'ndan isteyebilirler³. İşçiye Ücret Garanti Fonu'na başvurma imkânı veren ücret alacağı işçiye son üç ayda ödenmesi gereken temel ücreti ifade eder.⁴

Ücret Garanti Fonu'ndan sadece işçinin temel ücret alacağı istenebileceğine göre, işçinin Fondan karşılanmayan diğer alacaklarının iflasın ertelenmesi kararından önceki bir yıllık kısmı yönünden işçi, işveren aleyhine haciz yoluyla takip yapabilecektir.

İşçiye Ücret Garanti Fonu'ndan ödenecek meblağ kayyım ve işverene bildirilmelidir. İşçinin, Ücret Garanti Fonu tarafından kendisine ödenen meblağı iflasın ertelenmesi süresi içinde takip konusu yapmaması gerekir. İşçinin ödenen meblağ yönünden takibe geçmesi veya önceki takibini devam ettirmesi halinde işveren icra mahkemesinde şikayet yoluna gidebilir.

İşçi sigortaya bildirilmemiş olsa bile Ücret

Garanti Fonu'ndan yararlandırılmalı ve iflasın ertelenmesi kararından önceki üç aylık temel ücreti ödenmelidir.⁵

Fonun yaptığı ödeme yönünden işverene rücu edebileceğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durumun Fonun kaynağının çok kısa sürede kuruması, yok olması sonucunu doğurabileceği gerekçesiyle halefiyet ilkesinin kabul edilmesi gerektiği görüşü ileri sürülmüştür.⁶

Ücret Garanti Fonu yaptığı ödemeler için mevcut düzenlemeye göre işverene rücu edemez. Ancak işçi ve işverenin Fondan para tahsil etmek amacıyla Ücret Garanti Fonu'na başvurdukları sonradan tespit edilirse ödenen bu meblağı Fon işçi ve işverenden talep edebilir.

İflasın ertelenmesi kararının verilmesinden sonra doğan ücret alacağı için Fon kural olarak ödeme yapmamaktadır. Ancak 4447 sayılı Kanunun Ek 1. maddesinde aranan koşulları taşıyan işçi, iflas erteleme kararının kaldırılıp iflasa karar verilmesi hakkında iflas kararından önceki son üç aylık temel ücret alacağı için Ücret Garanti Fonu'na başvurabilir.⁷

IV. İŞÇİ ALACAKLARININ İFLASIN ERTELENMESİ SÜRESİ İÇİNDE TALEP EDİLEBİLİRLİĞİ

İflasın ertelenmesi kararının borçlu veya alacaklılar yönünden bazı sonuçları vardır. İflasın ertelenme süresi içinde borçlu aleyhine 6183 sayılı Kanuna göre yapılan takipler de dahil olmak üzere hiçbir takip yapılamaz ve evvelce başlamış takipler durur (İİK.m.179/b-1). İflasın ertelenmesinin koruyucu etkisinin iki istisnası bulunmaktadır.

Birinci olarak, taşınır, taşınmaz veya ticari işletme rehniyle temin edilmiş alacaklar nedeniyle rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatılabilir veya başlamış olan takiplere devam edilebilir. Ancak rehinli takip sonucunda muhafaza tedbiri alınamaz ve rehlin malın satışı gerçekleşemez (İİK.m.179/b-2).⁸

İkinci olarak, İİK'nın 206. maddesinin birinci sırasında yazılı alacaklar için haciz yoluyla takip yapılabilir (İİK.m.179/b-2). İİK'nın 206.

İşçinin hüküm kapsamındaki alacaklarını haciz yoluyla takip edebilmesi için, bu alacakların iflasın ertelenmesi kararı verilmesinden bir yıl önce doğmuş olması gerekir.

maddesinin birinci sırasında yazılı alacaklar şunlardır:

A) İşçilerin iş ilişkisine dayanan ve iflasın açılmasından önceki bir yıl içinde tahakkuk etmiş ihbar ve kıdem tazminatları dahil alacakları ile iflas nedeniyle iş ilişkilerinin sona ermesi üzerine hak etmiş oldukları ihbar ve kıdem tazminatları,

B) İşverenlerin, işçiler için yardım sandıkları veya sair yardım teşkilatı kurulması veya bunların yaşatılması maksadıyla meydana gelmiş ve tüzel kişilik kazanmış bulunan tesislere veya derneklere olan borçları,

C) İflasın açılmasından önceki son bir yıl içinde tahakkuk etmiş olan ve nakden ifası gereken aile hukukundan doğan her türlü nafaka alacakları.

İnceleme konumuz bakımından birinci sıranın (A) bendinde yazılı alacaklar üzerinde durulacaktır.

İşveren lehine verilen erteleme süresi içinde İİK'nın 206. maddesinde birinci sırada (A) bendinde gösterilen işçilik alacakları için haciz yoluyla takip mümkündür. İşçinin hüküm kapsamındaki alacakları için iflas yoluyla takip yapması ise mümkün değildir.⁹ Zira iflasın ertelenmesi kararı alarak mali durumunu düzeltmeye çalışan sermaye şirketi veya kooperatifin iflas yoluyla takip edilmesi iflasın ertelenmesi kararını etkisiz kılar ki, bu sonuç iflasın ertelenmesi kurumunun amacına aykırı olur.

İİK'nın 206. maddesinin birinci sırasında (A) bendinde olan alacaklar için işçi daha önce başlattığı iflas yoluyla takibi İİK'nın 43. maddesi uyarınca haciz yoluyla takibe çevrilebilir.

İşçinin hüküm kapsamındaki alacaklarını haciz yoluyla takip edebilmesi için, bu alacakların iflasın ertelenmesi kararı verilmesinden bir yıl

önce doğmuş olması gerekir. Bir yıldan daha önce doğan işçilik alacaklarının tahsili için iflasın ertelenme süresi içinde işveren aleyhine haciz yoluyla takip yapılamaz. İflasın ertelenmesi kararının koruyucu etkisi hükümde sayılmayan alacaklar yönünden kendini gösterir. Örneğin iflas ertelenmesi kararının verildiği tarihten önceki 3 yıllık izin ücreti alacağı bulunan işçi, erteleme kararından önceki 1 yıllık kısım için haciz yoluyla takip yapabilir, iki yıllık alacağı için takip yapamaz, başlamış takiplere devam edemez.

İflasın ertelenmesi süresi içinde işçinin işveren aleyhine alacak davası açmasına engel yoktur. Ancak işçi, işveren aleyhine doğrudan iflas davası açamaz.

İflasın ertelenmesi süresi içinde haciz yoluyla takibe konu edilebilecek alacaklar yönünden işçilerin ihtiyati haciz kararı alıp uygulamasına engel bulunmamaktadır. Ancak haciz yoluyla takibe konu edilemeyecek alacaklar yönünden ihtiyati haciz kararı alınıp alınamayacağı, karar alınmışsa bu kararın uygulanıp uygulanamayacağı konusunda açıklık bulunmamaktadır.

Konkordato mühletinin iflasın ertelenmesi kararının etkilerine benzer koruyucu etkisi İİK'nın 298. maddesinde düzenlenmiştir. Hükme göre konkordato mühleti içinde (mühletin verildiği 3 aylık ve uzatılan 2 aylık dönemde) ihtiyati haciz kararı uygulanamaz. İflasın ertelenmesi sırasında ihtiyati haciz kararının uygulanıp uygulanmayacağı konusunda düzenleme bulunmadığından uygulamada tereddütler ortaya çıkmıştır.

Yargıtay bir kararında iflasın ertelenmesi talebi üzerine verilen tedbir kararının ihtiyati haciz kararı verilmesine engel olmadığını kabul etmiştir. Konuya ilişkin karar şöyledir;

“İhtiyati haciz isteyen ... Bankası vekili, müvekkili Banka ile ... Boya ... A.Ş. arasındaki “Genel Kredi ve Gayri Nakdi Kredi Sözleşmesi”ne istinaden müşterisinin yükümlülüklerini yerine getirmemesi nedeniyle firma hesabını kat ederek müşteri şirket ile müşterek borçlu ve müteselsil kefil ... İplik... A.Ş. aleyhine ihtiyati isteminde bulunulmuştur.

Mahkemece ... Boya ... A.Ş. hakkında ihtiyati haciz kararı verilmiş, ... İplik... A.Ş. hakkındaki

talep ise Çatalca Asliye Hukuk Mahkemesinin iflasın ertelenmesi istemi üzerine verilen “... ihtiyati haciz ve ihtiyati tedbir uygulamalarının durdurulması ...” şeklindeki tedbir kararı nedeniyle red edilmiştir.

İhtiyati haciz isteyen banka vekili tarafından ... İplik... A.Ş. hakkında verilen ihtiyati haciz isteminin reddi kararı temiz edilmiştir.

Çatalca Asliye Hukuk Mahkemesi'nde görülmekte olan iflasın ertelenmesi istemi üzerine 27/12/2006 tarihli tensip tutanağındaki ara kararla ihtiyati haciz ve ihtiyati tedbir uygulamalarının durdurulmuş olması ihtiyati haciz kararı verilmesine engel teşkil etmediği gibi, 22/02/2007 tarihinde mahkemenin yetkisizlik nedeniyle dava dilekçesinin reddine karar verdiği anlaşılmaktadır.

Hal böyle olunca mahkemece, ihtiyati haciz talebinin İcra ve İflas Kanunu'nun 257. vd. maddeleri uyarınca karar vermek gerekirken, yazılı gerekçe ile istemin red edilmesinde isabet görülmemiştir.”¹⁰

İflasın ertelenmesi durumunun amacı da gözetilmek suretiyle uygulamadaki tereddütleri gidermek amacıyla konkordato mühletinin etkisi ile ilgili paralel bir düzenlemeye gidilmesi uygun olur.

İflasın ertelenmesi sırasında tüm alacaklar için takip yasağı getirilirken işçi alacakları için haciz yoluyla takibe başlanması ve devam edilmesi imkanının verilmesinin iflasın ertelenmesi durumunun amacıyla bağdaşmadığı ileri sürülerek İİK'nın 179/b maddesi hükmü eleştirilmiştir.¹¹

Borca batık durumdaki sermaye şirketi veya kooperatifi ile bunlardan alacaklı olanların menfaati gözetilerek verilen iflasın ertelenmesi kararı işletmenin faaliyetine devam etmesinde büyük yararı bulunan işçilerine takip yapma imkânı verilmesi alacaklılar arasındaki eşitliği bozduğu gibi, iflasın ertelenme kararının başarıya ulaşmasını ortadan kaldırabilir. Ancak işçinin tek geliri ve geçim kaynağı ücret alacağıdır. Bu nedenlerle işçi alacakları çeşitli kanunlarla ve uluslararası sözleşmelerle koruma altına alınmıştır. İşçi alacağının bu yönü gözetildiğinde böyle bir istisna tanınarak korunmasının yerinde olduğu savunulabilir.

İflasın ertelenmesi kararından sonra çalışmaya devam eden işçilerin ücret alacaklarının haczi yoluyla talep edilip edilemeyeceği konusunda da açıklık bulunmamaktadır. İflasın ertelenmesi kararından sonra doğan işçi alacakları yönünden işçi alacağına tanınan imtiyazın amacı gözetildiğinde haciz yoluyla takip yapılabileceği kabul edilmelidir.

SONUÇ

İşveren karşısında zayıf durumda bulunan işçinin alacaklarının kanun koyucunun müdahalesi ile korunması gerektiği açıktır. Kanun koyucu da bu amacı gözeterek 4857 sayılı İş Kanunu, 4447 sayılı Kanun ve İcra ve İflas Kanunu'nda düzenlemeler yapmıştır. İflasın ertelenmesi kararı üzerine işçiye en fazla 3 aylık temel ücret alacağı için Ücret Garanti Fonu'na başvuru imkânı tanınmıştır. Ayrıca iflasın ertelenmesi sırasında iflasın ertelenmesi kararında ancak 1 yıllık işçi alacakları için haciz yoluyla takip imkânı getirilmiştir. Mevcut düzenlemelerin yeterli olduğu kabul edilemezse de işçiye kısmen de olsa bir güvence sağlamaktadır.

DİPNOTLAR

- 1 Süzek, Sarper: İş Hukuku, 3. B, İstanbul 2006, s. 279.
- 2 Yargıtay bahşışin ücret olarak kararlaştırabileceğini kabul etmektedir. 9. HD., 29.3.1990 709/4175 (YKD 1990/7, s. 1009).
- 3 Ücret Garanti Fonu Yönetmeliği 18.10.2004 tarihli 25617 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Bu yönetmelik, 28.6.2009 tarihli 27272 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Yönetmelikle yürürlükten kaldırılmıştır.
- 4 Ücret Garanti Yönetmeliği, m. 4, Temel Ücret, işçinin 31.5.2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 80 inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin (1) numaralı alt bendi gereğince sigorta primine esas tutulan kazancı üzerinden hesaplanan net ücreti ifade eder.
- 5 ÇİL, Şahin: İş Kanunu Şerhi, c. 2, Ankara 2007, s. 2372.
- 6 Korkusuz, M. Refik: İş Hukukumuzda Yeni Bir Kurum; Ücret Garanti Fonu, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 2004, sa. 4, s. 1343.
- 7 Ermenek, İbrahim: İşsizlik Sigortası Kanununa Göre İşverenin Aczi ve Bunun İcra ve İflas Hukuku Bakımından Doğurduğu Sonuçlar, Haluk Konuralp Anısına Armağan; c. 2, Ankara 2009, s. 182.
- 8 Bir taşınmaz inşaatında çalışan işçilerin alacakları için MK'nun 893/2. maddesi uyarınca kanuni ipotek hakkı

tanınmışsa işçiler ipotegin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapabilecek ancak taşınmazın satışı yapılmayacaktır.

- 9 Kuru, Baki: İcra ve İflas Hukuku, c. 4, İstanbul 1997, s. 3657.
- 10 19. HD., 16/11/2007 T., 2007/7313 E., 2007/10240 K.
- 11 Atalay, Oğuz: İflasın Ertelenmesi, Prof. Dr. Baki Kuru'ya Armağan, s. 85, Atalay Oğuz: Borca Batıklık ve İflasın Ertelenmesi, 2-B İzmir 2007, s. 160.

Ölçülülük İlkesinin İş Güvencesinde Uygulanması

Ölçülülük ilkesi bir yorum ölçütü ve aynı zamanda genel bir hukuk ilkesidir. Genel yaşamın bir kısmını düzenleyen bir norm değildir. Yönetim hakkının kullanılmasında, karar verilmesinde takdir yetkisini sınırlayan bir işlevi vardır. Bu anlamda sınırlandıran, kapsam belirleyen ve bu özelliği nedeni ile de dar yorumlanması gereken her kuralın, ölçülülük denetimine tabi tutulması kaçınılmazdır. Zira sınırlayan, kapsam belirleyen düzenlemeler bir kriter, bir ölçü ortaya koymaktadır. Sınırlamanın getirildiği, ölçünün konulduğu her durumda, bu ilke dikkate alınmalıdır.

Ölçülülük ilkesi, yargısal denetim yapılırken normun somutlaştırılmasında, norm alanlarının belirlenmesinde bir ölçütün işlevini üstlenmektedir. Karar verme sürecini sağlam bir sonuca vardiirmede bu işlev önemli bir rol oynar. Kısaca ölçülülük ilkesi bir somutlaştırma ölçütüdür.

Alman hukukunda hakim öğretiyeye göre, ölçülülük ilkesi, temel hakların özünden ve hukuk devleti ilkesinden kaynaklanmaktadır¹. Ölçülülük ilkesi, normatif dayanağını Anayasa'nın 13. maddesinden almaktadır. Bu ilke, ilk ve ağırlıklı olarak idare hukukunda uygulanmakta olan bir ilkedir². Aynı ilke, Anayasa hukukun-

da, sınırlandırmada başvuru aracının sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olmasını; bu aracın sınırlama amacı açısından gerekli (zorunlu) olmasını ve araçla amacın ölçüsüz bir oran içinde bulunmamasını ifade eder³.

Türk hukukunda da kabul edildiği üzere, ölçülülük ilkesi, üç alt ilkeye ayrılabilir⁴. Bunlar, elverişlilik, gereklilik ve oranlılık ilkeleleridir. Buna göre, ölçülülük ilkesi uyarınca, uygulanacak tedbir, ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmalı bir başka anlatımla tedbir uygun olmalı, ulaşılmak istenen amaç açısından gerekli olmalı ve uygulanacak tedbirin sonucu olan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç, ölçüsüz bir oran içerisinde bulunmamalıdır⁵. Uygun olmayan tedbir, aynı zamanda gerekli de olmayacaktır.

İş güvencesi, işçinin feshe karşı korunması kapsamında yer alan, işçinin işini korumak amacıyla işverenin fesih hakkını sınırlayan ve sadece işçinin kullanabileceği, tek taraflı haklardan oluşan bir iş hukuku kurumudur. Bu anlamda sadece işverenin fesih hakkını sınırlayan, feshi zorlaştıran, belirli sürelerde veya belirli sebeplerle feshi yasaklayan ve geçersiz bir feshi baştan itibaren hükümsüz kılan pozitif bir önlem, iş güvencesi önlemidir. İş güvencesi

önlemlerinin amacı ise iş sözleşmesinin zayıf tarafı olan işçinin işini korumasıdır. 15.03.2003 tarihinde yürürlüğe giren ve ilk kez 1475 sayılı İş Kanunu'nda değişiklik getiren 4773 sayılı Yasa ile kabul edilen ve takiben 10.06.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu kapsamı içinde yer alan iş güvencesi, Türk iş hukuku alanında köklü bir değişikliğe yol açmış olup, iş sözleşmelerinin geçersiz feshine karşı işçileri korumak amacıyla yeni bir düzenleme getirmektedir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18 ve devamı maddeleri uyarınca, iş güvencesinin kapsamına giren işçinin sözleşmesini, süreli fesih bildiriyle fesheden işveren, geçerli bir nedene dayanmak zorundadır. İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde neden gösterilmediği veya gösterilen nedenin geçerli olmadığı iddiasıyla fesih bildiriminden tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dava açabilir. Mahkeme, geçerli neden gösterilmediğini veya gösterilen nedenin geçerli olmadığını tespit ettiği takdirde feshin geçersizliğine karar verecektir.

İş Kanunu'nda haklı nedenlerle fesih, tahdid olarak sayılmıştır. Kanununun temel düzenlemeleri dikkate alındığında, yönetim hakkını elinde bulunduran işverenin fesih hakkının tahdidi sayılma yönünden haklı nedenler bakımından 25, geçerli nedenler yönünden ise 18. madde ve devamı maddelerde sınırlandırıldığı anlaşılmaktadır. Bu sınırlandırmalar nedeni ile özellikle işverenin fesih hakkının denetiminde ölçülülük ilkesinin dikkate alınması kaçınılmazdır. Aslında yasal düzenlemede geçerli neden-haklı neden ölçütleri yanında, geçerli fesihte işverenin yazılı fesih bildiriminde bulunmak zorunda olacağı, fesih sebebini açık ve kesin olarak belirteceği, işçinin davranışı ve yeterliliği ile fesihte, işçinin savunmasını alması gerektiği şeklindeki düzenlemeleri (Madde 19) de bir sınırlamadır. Dolayısı ile işverenin haklı neden bulunmadığı halde iş sözleşmesini 19. maddedeki koşullara uymadan feshettiği durumlarda, yasal koşullara uymaması nedeni ile feshin geçersizliği söz konusu olacaktır. Bu durumlarda işverenin fesihte ölçülü davranmadığı şeklinde de değerlendirme yapılabilecektir.

Ölçülülük ilkesi, özellikle iş hukuku alanında iş sözleşmesinin haklı-geçerli-geçersiz nedenle fesihlerinde, önemli bir ölçüt olarak kullanılmaktadır. İş sözleşmesinin işveren tarafından 4857 sayılı İş Kanunu'nun 17, 18 veya 25. maddelerindeki nedenlerle fesihlerinde, feshin hangi madde kapsamında değerlendirilmesi gerektiği açısından önem arzeder. Kısaca ölçülülük ilkesi haklı-geçerli-geçersiz nedenler arasındaki normatif sınırı belirlemekte yardımcı bir kriterdir.

1. Haklı Neden-Geçerli Neden Ayırımında

Önce 4773 sayılı Yasa ile daha sonra da yürürlüğe giren 4857 sayılı yeni İş Kanunu ile iş hukukuna, iş sözleşmesinin feshi için gerekçe olan "haklı neden" kavramının yanında, "geçerli neden" kavramı getirilmiştir. Yasa, işverenin fesih hakkını sınırlarken, "geçerli neden" kavramını merkeze oturtmuştur. Başka bir anlatımla yasa, işverenin fesih hakkını, haklı nedenlerin olmadığı durumlarda, "geçerli bir neden oluşuncaya kadar" sınırlamaktadır. Böylece haksız-haklı fesih kavramları yanına bu kez geçersiz-geçerli fesih kavramları eklenmiştir.

Yasada, geçerli nedenin tanımı yapılmamıştır. Sadece geçerli nedenin hangi durumlardan kaynaklanabileceği belirtilmiştir. Buna göre geçerli nedenler işçiden ve işyerinden kaynaklanan nedenler olarak ikiye ayrılmıştır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18/1 maddesine göre, "Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır." Görüldüğü gibi, iş güvencesinin kapsamı dışında kalanların sözleşmelerinin işverence süreli feshinde Yasa'nın 17. maddesi uyarınca herhangi bir geçerli nedenin belirtilmesi gerekmediği halde, iş güvencesinin kapsamındakilerin sözleşmesinin süreli feshinin 18. madde de öngörülen geçerli nedenlere dayandırılması gerekir⁶.

Geçerli neden kavramı 4773 ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun gerekçesinde açıklanmıştır. Buna göre "Geçerli sebepler 25. maddede belirtilenler

kadar ağırlıklı olmamakla birlikte, işin ve işyerinin normal yürüyüşünü olumsuz etkileyen hallerdir. Bu nedenle, geçerli fesih için söz konusu olabilecek sebepler, işçinin iş görme borcunu kendisinden kaynaklanan veya işyerinden kaynaklanan sebeplerle ciddi bir biçimde olumsuz etkileyen ve iş görme borcunu gerektiği şekilde yerine getirmesine olanak vermeyen sebepler olabilecektir. Sonuçta, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda, feshin geçerli nedenlere dayandığını kabul etmek gerekecektir”.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 24 ve 25. maddelerinde düzenlenmiş bulunan haklı fesih nedenleri, iş ilişkisine devamı taraflardan biri için dürüstlük kuralları gereği çekilmez hale getiren nedenler olduğu halde, geçerli nedenler, 25. madde de sayılan ve derhal feshi olanaklı kılan haklı neden derecesine ulaşmayan, fakat 18. madde uyarınca süreli feshi olanak tanıyan nedenlerdir. Geçerli fesih nedenleri ile haklı fesih nedenleri arasındaki farklar, öğretinin de katkılarıyla yargı organı tarafından belirlenecektir⁷.

İş sözleşmesinin işçinin iş sözleşmesine aykırı davranışları nedeni ile işveren tarafından haklı nedenlerle fesih halleri, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II maddesinde açıkça belirtilmiştir. Bunun yanında bir neden de 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nun 45/1 maddesinde belirtilmiştir. Haklı nedenler kanunda açıkça belirtilirken, geçerli nedenler açıkça belirtilmemiş, doktrin ve yargı uygulamasına bırakılmıştır. İşçinin sözleşmeye aykırı davranışının haklı veya geçerli neden kapsamında kalıp kalmadığı değerlendirilmesinde ölçülülük ilkesi de önemli bir kriterdir.

İşveren, iş sözleşmesine aykırı davranışta bulunan işçiye yaptığı eylemle orantılı bir yaptırım uygulamalıdır. Yapılan eylemle orantılı olmayan ve ölçüsüz olarak nitelendirilebilecek bir yaptırım mazur görülemez. Sonuç itibarıyla fesih de bir cezadır⁸.

Ölçülülük ilkesi uyarınca, uygulanacak önlem, ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmalı bir başka anlatımla tedbir uygun olmalı, ulaşılmak istenen amaç açısından

gerekli olmalı ve uygulanacak tedbirin sonucu olan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç, ölçüsüz bir oran içerisinde bulunmamalıdır⁹. İşletme, işyeri ve işin gerekleri ile fesihte, feshin kaçınılmazlığı yönünden ele alınan bu ilke, özellikle davranışlardan kaynaklanan nedenle fesihte, haklı-geçerli fesih ayırımında, keza fesih yerine başka bir disiplin cezası verilmesi ile fesih arasındaki ayırımında önemli rol oynar. Ölçülülük ilkesi uyarınca, fesihte seçilen ve uygulanan yöntemin, takip edilen amaçla mukayese edildiğinde açıkça orantısız olmaması gerekir. Bir başka anlatımla müdahalenin ağırlığı ile onun haklı kılan nedenlerin önemi ve ağırlığı arasında bir tartım yapılmalıdır.

Bu ilke uyarınca yargıç feshin geçerli olup olmadığını kararlaştırırken, işçinin davranışının ağırlığını dikkate alarak, her olayın özelliğine göre işçinin davranışı ile işverence uygulanan fesih türü arasında bir orantısızlık (ölçüsüzlük) olup olmadığını takdir edecektir¹⁰. İşçinin davranışının haklı fesih olarak değerlendirilmesi ağır ve gerekli olmayan bir sonuç ise geçerli neden, işveren açısından iş ilişkisinin devamını önemli ölçüde çekilmez hale getirmeyecek ve işçiye fesih dışında başka bir disiplin cezası ile geçiştirilebilecek bir davranış ise, geçersiz neden kabul edilmelidir.

Haklı nedenle fesih savunmasında, delillere göre nedenin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25. maddelerinde belirtilen nedenler içinde yer almadığı dar (lafzi) yorum ve ölçülülük ilkesi¹¹ kapsamında değerlendirilmeli, geçerli neden ise işyerinde olumsuzluklara yol açıp açmama, bu nedenin işveren yönünden iş ilişkisinin önemli ölçüde çekilmez hale getirip getirmeme yönünden belirlenmelidir.

Bu anlamda, işyerinde kıdemli olan ve yıllardır izin kullandırılmayan bir işçinin ardı ardına iki gün izinsiz gelmemesi nedeni ile iş sözleşmesinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II.g maddesi uyarınca devamsızlık nedeni tazminatsız feshedilmesinde, işverenin ölçüsüz davrandığı kabul edilmelidir. Kıdemli bir işçinin bir mazerete dayanmasa da, ardı ardına iki iş günü devamsızlığı nedeni ile iş sözleşmesinin haklı nedenle feshi, emeğinden ve kıdem tazminatından yoksun kalmasının hakkaniyete uygun

olmadığı, ölçülülük ilkesi uyarınca kıdemi olan işçinin devamsızlığının geçerli neden kabul edilerek, bu yönde yasa değişikliğine gidilmesi ve içtihat oluşturulması yönünde görüşler de vardır¹².

Yine işyerinde kusurlu davranışı sonucu işvereni 30 günlük ücretinden az miktarda zarara uğratan işçinin iş sözleşmesinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II.1 maddesi uyarınca işveren tarafından haklı nedenle feshi, zararın miktarı dikkate alındığında ölçüsüzdür ve haklı neden teşkil etmemektedir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi haklı neden geçerli neden ayırımında ölçülülük ilkesine son zamanlarda sıkça yer vermiştir. Bu konuda verilen emsal kararlar şöyledir:

a) Eğitim için sunum yapması isteminin sözlü yapılması, bu sunum yapması için uyarı yapılmaması nedeni ile iş sözleşmesi işveren tarafından 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II.h maddesindeki görevleri hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etme nedeni ile feshedilen işçinin, iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedildiği değerlendirilmesinin, yasal unsurları oluşmaması nedeni ile haklı neden nitelendirilmesinin ağır olduğu, ölçülülük ilkesine uygun olmadığı, ancak işçinin davranışının işyerinde olumsuzluklara neden olduğu, iş sözleşmesinin feshinin geçerli nedene dayandığı kabul edilmiştir¹³.

b) Kendi çalıştığı mağazadaki ürün barkodunu okutarak, ürün indiriminden ve ürünün fiyat farkından yararlanan işçinin iş sözleşmesinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II.e maddesi uyarınca feshedilen işçinin davranışının, ölçülülük ilkesi uyarınca, haklı neden olarak kabulü ağır bir sonuç doğuracağı ve bu nedenle geçerli neden kabul edilmesi yerinde olacağı belirtilmiştir¹⁴.

c) Bir otel işyerinde ziyafet şefi olarak 14 yıldır çalışan ve bir firmaca çalışanları için düzenlenen gecede ödül olarak verilmesi gereken, ancak unutulmuş hediye paketlerini gizlice alarak işyeri dışına çıkararak ve evine götüren, firma yetkililerinin işverene bildirmesi üzerine aldığını kabul ederek hemen teslim eden işçinin davranışının sadakat yükümlülüğünü ihlal niteliğinde ve güven ilişkisini sarsıcı nitelikte olduğu ve işyerinde olumsuzluklara yol açtı-

ğının kabul edilmekle birlikte, kıdemi, eşyayı iade etmesi ve işverenin zararının bulunmaması nedeni ile ölçülülük ilkesi uyarınca, somut olayın gelişimine göre feshin haklı nedene dayandığının kabulü ağır bir sonuç olacağı, iş ilişkisinin sürdürülmesi işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenmez bir hal aldığından, feshin geçerli nedene dayandığına, oy çokluğu ile karar verilmiştir¹⁵.

d) Davalı işyerinde iş sözleşmesi, müşteri ile tartışması ve hakaret içeren sözler söylemesi nedeni ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II.b maddesi uyarınca feshedilen işçinin bu eylemine müşterinin tahriki ve davranışlarının neden olduğu, bu nedenle haklı neden nitelendirilmesinin ölçülülük ilkesi uyarınca ağır sonuçlar doğuracağı, davacının davranışlarının işyerinde olumsuzluklara neden olduğu ve geçerli neden kabul edilmesinin yerinde olacağı açıkça belirtilmiştir¹⁶.

e) Yönetici konumunda 19 yıldır çalışan ve iş sözleşmesi işveren tarafından envanter sayımında karlılık ve verimlilik açısından işvereni yanıltması nedeni ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II.e maddesi uyarınca feshedilen işçinin, bu tür olayların daha önce de yaşanması, işçinin menfaat temin ettiğinin kanıtlanmaması nedeni ile haklı neden nitelendirilmesinin ölçülülük ilkesi uyarınca ağır bir yaptırım olacağı, bu yönde mahkemece yapılan değerlendirmenin hatalı ise de, davacının bu davranışının işyerinde olumsuzluklara yol açtığı, feshin geçerli nedene dayandığı, bu gerekçe ile işe iade isteminin reddi gerektiği karara bağlanmıştır¹⁷.

f) Kamu kurumuna bağlı işyerinde çamaşırcı olarak görev yapan, işyerine kural olarak tıraş olup gelmesi gerekirken gelmemesi nedeni ile uyarılan ve işvereni temsil eden vali yardımcısı ile tartışma sırasında "ben eski hükümlüyüm" şeklinde sözler söyleyen işçinin iş sözleşmesinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II.d maddesi uyarınca sataşma nedeni ile feshedilen işçinin, diğer bir işçi ile tartışması ve tıraş olmadan işe gelmesi nedeni ile vali yardımcısı tarafından uyarılması üzerine, söylediği sözlerin ve hareketlerin, sitem niteliğinde olduğu, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II.d maddesi anlamında sataşma niteliğinde olmadığı, feshin haklı nede-

İşçinin yetersizliğinden doğan geçerli neden için kusur koşulunun zorunlu olmadığını, işçi kusursuz olsa dahi “iş yapma borcunu yerine getirme yetenek ve kapasitesindeki yetersizliğinin” geçerli bir fesih nedeni sayılabileceğini vurgulamak gerekir.

ne dayandığının kabulünün doğru olmayacağı, ancak işçinin işyerine tıraş olmadan gelmesinin, iş arkadaşı ve amiri ile gereksiz tartışmaya girmesinin işyerinde olumsuzluklara yol açtığı, ölçülülük ilkesi uyarınca bu davranışının haklı neden değil, davranışlarından kaynaklanan geçerli neden kabul edilmesi yerinde olacağına karar verilmiştir¹⁸.

g) Hurda demir talebi işveren tarafından onaylanan, ancak işyerinde hurda demiri çıkarırken hurdayı bilgi vermeden ve tarttırmadan alan ve bedelini eksik ödeyen ve iş sözleşmesi bu davranışı nedeni ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II.e maddesi uyarınca feshedilen işçinin, talep ettiği ve onay verilen hurda demirini bilgi vermeden ve tartmadan çıkarması ve bedelini eksik ödemesi davranışının haklı neden olarak nitelendirilmesinin ölçülülük ilkesi uyarınca ağır bir yaptırım olacağı, bu yönde mahkemece yapılan değerlendirmenin hatalı ise de, davacının bu davranışının işyerinde olumsuzluklara yol açtığı, feshin geçerli nedene dayandığı anlaşıldığından, sonuç itibarı ile doğru olan işe iade isteminin reddi kararının bu gerekçe ile onanması gerektiği açıkça belirtilmiştir¹⁹.

h) Bir grup işçi ile birlikte fazla mesai ücretleri ödenmediği, prim kesintilerinin gerçek ücret üzerinden bildirilmediği ve fazla mesaiye kalmaması nedeni ile servis hizmetleri verilmediği için işvereni Bölge Çalışma Müdürlüğüne şikayet eden, bu şekilde hak arama eyleminde bulunan, ancak bu hak arama eylemini ara dinlenme sayılan süre içinde yemekhanede diğer işçiler yemek yerken konuşmak sureti ile dile

getiren işçinin, iş sözleşmesinin feshinin haklı nedene dayandığı yönündeki yerel mahkemenin gerekçesini, işçinin diğer işçilere bu şekilde hak aramalarını önerdiği, bu nedenle haklı neden nitelendirilmesinin ölçülülük ilkesi uyarınca isabetli olmadığı, ancak işçinin demokratik hak arama tepkisinin diğer işçiler adına temsilci olmadığı halde kullanılmasının işyerinde olumsuzluklara yol açtığı, davranışından kaynaklanan geçerli neden bulunduğu, sonuç itibarı ile doğru olan işe iade isteminin reddine dair kararın bu gerekçe ile onanması gerektiği kabul edilmiştir²⁰.

2. Geçerli Neden-Geçersiz Neden Ayırımında

Yukarda açıklandığı gibi yasa geçerli nedenleri tek tek saymamış, ancak bu nedenlerin işçinin davranışından ve yeterliliğinden kaynaklanan veya işletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan nedenler olması gerektiğini belirtmiştir. Yasanın gerekçesinde örnek kabilinden bu nedenlere yer verilmiştir.

a) Davranışlardan Kaynaklanan Nedenlerde

İş hukukuna hakim olan ölçülülük ilkesi, işçinin yükümlülüklerine aykırı bir davranışta bulunması hâlinde kural olarak, ilk önce ihtar edilmesini gerektirir. Ancak ihtar veya uyarı verilmesi için işçinin sözleşmeyi ihlal eden davranışının işyerinde önemli ölçüde olumsuzluklara yol açmaması ve iş ilişkisinin işveren açısından devamının etkilenmemesi gerekir. İşçinin davranışı işyerinde önemli ölçüde olumsuzluklara yol açmış ve iş ilişkisinin devamını etkilemişse, işveren ihtar yoluna başvurmadan iş sözleşmesini feshedebilir. Kısaca davranışın ağırlığına, işyerinde olumsuzluklara yol açıp açmamasına göre ihtar veya geçerli fesih arasındaki tercih değerlendirilmelidir. Bu anlamda işçinin iş sözleşmesine aykırı davranışı, örneğin bir gün gelme gibi işyerinde olumsuzluklara yol açmamış ve iş ilişkisinin devamı önemli ölçüde etkilenmemişse, işverenin feshi ölçülülük ilkesi gereği geçersiz sayılacaktır.

Uyarı ile yetinilmesi gereken bir durumda, iş sözleşmesinin feshi ölçüsüz kabul edilmelidir²¹.

b) Yeterlilikten Kaynaklanan Nedenlerde

İşçinin gerek davranışlarından ve gerekse yetersizliğinden kaynaklanan nedenlerde, feshin geçerli olması için, davranış ve yetersizliğinin işyerinde olumsuzluklara yol açması ve iş ilişkisinin devamının işveren açısından önemli ölçüde beklenmez bir hal alması gerekir. İşçinin yetersizliğinden doğan geçerli neden için kusur koşulunun zorunlu olmadığını, işçi kusursuz olsa dahi “iş yapma borcunu yerine getirme yetenek ve kapasitesindeki yetersizliğin” geçerli bir fesih nedeni sayılabileceğini vurgulamak gerekir. İşçinin iş sürecinde gözlenen performansı ile işin sonucuna bağlı ölçülen verimliliğine dayalı olarak yetersiz kaldığının belirlenmesi halinde, işçinin yetersizliğinden doğan geçerli nedenlerden söz edilebilir.

Hastalık veya kaza nedeniyle geçici devamsızlık iş sözleşmesinin feshi için geçerli neden olarak kabul edilemeyecek ise de, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/I. maddesinde öngörülen sağlık nedenleriyle sık sık rapor²² alarak devamsızlık sürelerinden az olan sürelerdeki işi aksatması nedeni ile işçinin bu konuda savunması alınmak suretiyle ve işyerinde olumsuzluklara neden olması halinde geçerli fesih nedeni sayılacaktır. Keza hastalığı nedeni ile rapor bitimi işe başlayan işçinin veriminin ve performansını bu nedenle düşmesi halinde, fesih için geçerli neden söz konusu olacaktır. Diğer taraftan işçinin devamsızlık yapmasa bile, sağlık sorunu işi eksik yapmasına neden oluyorsa veya performansını ve verimliliğini etkiliyor ve işyerin-

İşletme, işyeri ve işin gerekleri ile fesihte ölçülülük ilkesi, istihdam fazlalığı oluştuğunda, feshin kaçınılmazlığı yönünden dikkate alınmalıdır.

de olumsuzluklara yol açıyor ise, bu nedenle iş sözleşmesinin feshinin geçerli neden kabul edilmesi yerinde olacaktır. Sağlık sebepleri ile bir işçinin iş sözleşmesi feshedilmeden önce onu sağlık durumuna uygun bir işte çalıştırma olanağının bulunup bulunmadığının araştırılması hem feshin son çare olması ilkesinin, hem de işverenin işçiyi gözetme borcunun gereği olarak işçiyi sağlık koşullarına uygun işte çalıştırma yükümlülüğünün sonucudur. Ancak işyerinde işçinin sağlığına uygun bir iş bulunmaması veya bulunan işi işçinin kabul etmemesi halinde, işveren fesih hakkını kullanabilir²³. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir²⁴. Bu anlamda işçinin sağlık sorunu, daha önce yaptığı görevi ve dolayısı ile bu görevde performansını olumsuz etkilese de işletme içinde başka bir görevde değerlendirilmesine engel oluşturmayacaksa, işverenin bu görevde değerlendirmeden, performans yetersizliği nedeni ile fesih yoluna gitmesi, ölçülülük ilkesi uyarınca feshi geçersiz kılacaktır.

İşçinin performansını kendisinden kaynaklanmayan nedenler etkilemekte ise, işveren performansı olumsuz etkileyen bu nedenleri ortadan kaldırmalıdır. Bu nedenler ortadan kaldırılmadan iş sözleşmesinin feshedilmesi, geçerli bir neden oluşturmayacaktır. Performans düşüklüğü ve yetersizliği nedeni ile iş sözleşmesinin feshinin geçerli neden oluşturması için, performansı olumsuz etkileyen nedenin; işçinin kendisinden, görev tanımından kaynaklanması ve uyarıya rağmen işçinin bu durumu düzeltmemesi gerekir. İşletmede veya işyerinde çalışanların performanslarının değerlendirilmesini yapmak, bu doğrultuda öncelikle doğrudan işten çıkarma yoluna gitmek tek başına anlam ifade etmez. Asıl amaç, öncelikle çalışanların performanslarını değerlendirerek düşük performans söz konusu ise bunun nedenlerini ve sonuçlarını analiz etmek, düzeltmesi için çalışana olanak vererek performans düşüklüğünü gidermek olmalıdır. Bu önlemler alınmadan, doğrudan ilk önlem olarak işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesi doğru değildir. Feshin ölçülülük ilkesi gereği, geçerli nedene dayanmadığı kabul edilmelidir.

c) İşletme, İşyeri ve İşin Gerekerinden Kaynaklanan Nedenlerde

Ölçülülük ilkesi ve bu kapsamda alt ilkelerinin iş güvencesinde özellikle işletmenin, işyerinin ve işin gerekleri nedeni ile iş sözleşmesinin feshinin yargısal denetiminde uygulanmasına gelince;

Feshin işletme, işyeri ve işin gerekleri nedenleri ile yapıldığı ileri sürüldüğünde, öncelikle bu konuda işverenin işletmesel kararı aranmalı, bağlı işveren kararında iş görme ediminde ifayı engelleyen, bir başka anlatımla istihdamı engelleyen durum araştırılmalı, işletmesel karar ile istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı (tutarlılık denetimi), işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığı (keyfilik denetimi) ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı (ölçülülük denetimi-feshin son çare olması ilkesi) açıklığa kavuşturulmalıdır²⁵.

İşletme, işyeri ve işin gerekleri ile fesihte ölçülülük ilkesi, istihdam fazlalığı olduğunda, feshin kaçınılmazlığı yönünden dikkate alınmalıdır. Öncelikle önlem olarak düşünülen iş sözleşmesinin feshinin, fesihle takip edilen amaca uygun olması gerekir. İşletme gereklerine dayalı fesihte işverenin takip ettiği amaç, işletmenin mevcut personel sayısını, kârlılık ve verimlilik adına işletmenin personel ihtiyacına uyumlaştırmaktır²⁶. Feshe oranla daha hafif olan bir önlem, işverenin takip ettiği amaca ulaşmasına fesih gibi elverişli ise, fesihten kaçınılması gerekir. İşveren, işletmenin kârlılığını, ekonomik verimliliğini kısaca işletmesel karar sonucu hedeflediği bu durumu, işçi çıkarmadan da sağlayabiliyorsa, iş sözleşmesinin feshi yoluna başvurmamalıdır.

İşverenin fesih dışında hangi alternatif önlemlere başvurabileceğinin ve hangi araçların feshe alternatif olamayacağı öncelikle belirlenmesi gerekir. Bu önlemlerin fiilen ve hukuken gerçekleştirilmesi imkan dahilinde olmalıdır. İşveren açısından imkansız olan bir önlemin alınmamış olması nedeni ile feshin gereksiz ve dolayısı ile geçersiz olduğu ileri sürülemez²⁷.

Fesihden kaçınma yollarından biri, işçinin

bölümünün, görevinin, işyerinin değiştirilmesidir. Bu değişiklik iş şartlarında esaslı değişiklik olabileceği gibi, esaslı değişiklik boyutuna ulaşmayan önlemler de olabilir. Fesih dışında birçok önlem var ise, işveren yönetim hakkı kapsamında bunlardan birini kullanmalıdır. Ancak doktrinde, işverenin istisnaen, olası alternatif önlemler arasından sözleşme değişikliğine neden olmayacak önleme, değişiklik feshine oranla öncelik verilmesi gerektiği savunulmaktadır²⁸. İşverenin talimat verme hakkı kapsamında bir çalışma yerinde çalıştırılabilecekse değişiklik feshine başvurulamaz²⁹. Kanımca işveren objektif iyiniyet kuralı gereği, fesih dışındaki tedbirlerden iş şartlarında esaslı değişiklik yapmayan önleme başvurulmalıdır.

Ölçülülük denetimi içinde, feshin son çare olması ilkesi, işletme gereklerinden kaynaklanan geçerli fesih nedenlerinin mevcudiyeti halinde göz önünde bulundurulması gereken en önemli ilkedir³⁰. Feshin son çare olması ilkesine göre yapılacak denetim, ölçülülük ilkesi uyarınca geçerli neden denetiminin son aşamasıdır.

İş sözleşmesinin ister süreli feshinde, ister işçinin yetersizliğinden veya davranışından ya da işletme gereklerinden kaynaklansın, iş sözleşmesinin feshine son çare olarak başvurulması gerekir. Feshin son çare olma ilkesi, sadece, işletme gereklerine dayalı fesihlerde uygulanan bir ilke değildir. Her ne kadar, 4857 sayılı İş Kanunu'nun gerekçesinde, iş sözleşmesinin feshine son çare olarak başvurulması, işletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan nedenlerin varlığı halinde düşünülmesi gerektiği belirtilmekte ise de, yukarıda açıklandığı şekilde, işçinin yetersizliği ve davranışına ilişkin nedenlerin varlığı halinde, özellikle işçinin performansı ve uyumu ile ilgili konularla sınırlı olarak yapılacak fesihlerde de uygulanmalıdır³¹. İşçiden veya işletmeden

İşveren açısından imkansız olan bir önlemin alınmamış olması nedeni ile feshin gereksiz ve dolayısı ile geçersiz olduğu ileri sürülemez.

Yapılan araştırma sonucunda, işçinin işyerinde başka suretle çalıştırılma olanağı bulunmuyor ise, işverenin, salt bu durumu fesihden önce araştırmaması feshi geçersiz kılmaz.

kaynaklanan ve iş ilişkisini olumsuz etkileyen nedenler yoksa feshin son çare olması denetimine hiç geçilmeyecektir³². Feshin geçerli bir nedene dayandığının kabul edilebilmesi için, sadece işletme, işyeri ve işten kaynaklanan bir olgunun iş ilişkisini sürdürmeye engel olması yeterli değildir. Bunun ötesinde feshin zorunlu olduğu, başka bir anlatımla başka alternatif önlemlerle iş ilişkisini sürdürmenin olanaksız olduğu da kesinleşmiş olmalıdır³³. Alternatif önlemlerle iş ilişkisini sürdürme olanağının olduğu bir durumda işverenin feshi, ölçüsüz kabul edilecektir. Kısaca böyle bir fesih ölçülülük ilkesi uyarınca geçersiz sayılmalıdır.

İşletme, işyeri ve iş gereklerinin, iş sözleşmesi feshedilen işçinin işyerinde istihdam edilme imkânına somut olarak etki etmesi şarttır³⁴. İşçinin işverenin aynı işyerinde başka bir bölümünde veya başka bir işyerinde çalıştırılma olanağı varsa, işletme gereklerine dayalı fesih, ölçülük ve buna bağlı feshin son çare olması ilkesi uyarınca geçersiz olacaktır. Önemle vurgulamak gerekirse, işverenin sırf, işçinin işyerinde başka bir çalışma yerinde çalıştırılma olanağının mümkün olup olmadığını araştırmaması feshin geçersizliğine etki etmez³⁵. Feshin geçerliliği açısından önemli olan, işçinin işyerinde başka bir şekilde çalıştırılma olanağının fiilen ve gerçekten mümkün olmasıdır³⁶. Yapılan araştırma sonucunda, işçinin işyerinde başka suretle çalıştırılma olanağı bulunmuyor ise, işverenin, salt bu durumu fesihden önce araştırmaması feshi geçersiz kılmaz. İşveren, daha ziyade, iş sözleşmesi feshedilen işçinin çalıştırılmaya devam edebileceği başka bir çalışma yeri gerçekten varsa, geçerli bir fesih nedeninin varlığına dayanamaz. Başka bir çalışma yerinden kasıt, işverenin aynı işyerinde veya

diğer işyerlerinde bulunan ve işçiyi nitelikleri bakımından iş görme edimini yerine getireceği ve boş olan bir yerdir. İşverenin fesih dışında daha hafif bir önlemlerle amaca ulaşması olanaklı ve beklenebilir bir durumda ise, feshi geçerli kılan bir işletme, işyeri ve iş gereği yoktur³⁷⁻³⁸. Feshin son çare olması ilkesine uygunluğu denetiminde, somut duruma uygun bir inceleme yapılmalı ve fesih yerine başvurulacak somut tedbirler araştırılmalı ve açıklanmalıdır. Feshin son çare olması ilkesine uygunluğu denetiminde, somut duruma uygun bir inceleme yapılmalı ve fesih yerine başvurulacak somut tedbirler araştırılmalı ve açıklanmalıdır³⁹.

3. Değişiklik Feshinde Ölçülülük Denetimi

4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesi uyarınca "İşveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik 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". Getirilen bu düzenleme ile işçinin iş şartlarında esaslı değişikliği kabul etmemesi halinde işveren ya bu değişikliği yapmamak ya da iş akdini feshetmek zorunda kalmaktadır.

Değişiklik feshi kendini işletme, işyeri ve işin gerekleri nedeni ile işçinin yetersizliğine dayalı fesihlerde, feshin son çare olarak bakıldığı durumlarda gösterir. İşçinin feshin kaçınılmazlığı ve son çare olarak düşünüldüğü durumlarda başka bölümlerde veya işyerlerinde değerlendirilmesi gerekebilir. İşverenin bu şekilde yaptığı öneriyi işçi kabul etmediği takdirde, esaslı değişikliğin genel olarak geçerli nedene dayandığı kabul edilmelidir. Zira değişiklikten önceki iş şartlarında değerlendirme olanağı kalmayan ve

değişikliği de kabul etmeyen işçinin iş sözleşmesinin feshi kaçınılmaz hal almıştır.

İş sözleşmesinin değiştirilmesini gerektiren bir geçerli nedenin varlığının tespiti halinde, ikinci aşamada, fiilen teklif edilen sözleşme değişikliğinin kanuna ve toplu iş sözleşmesine uygun olup olmadığı; ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığı ve işçiden bu teklifi kabul etmesinin haklı olarak beklenebilir beklenemeyeceğinin; bir başka anlatımla, kendisine yapılan değişiklik teklifini kabullenmek zorunda olup olmadığı denetiminin yapılması gerekir. Değişiklik feshinin geçerliliğine ilişkin denetiminin ikinci aşamasında, değişiklik teklifinin denetimi söz konusudur. Bu bağlamda esas itibarıyla ölçülülük denetimi yapılmalıdır. Değişiklik feshi, ancak, çalışma şartlarının değiştirilmesi için uygun ve daha hafif çare olarak gerekli ve takip edilen amaca göre orantılı ise, son çare olarak gündeme gelebilir. Çalışma şartlarının değiştirilmesini gerektirmeyecek veya daha hafif çalışma şartlarının önerilmesinin gerektirecek ve aynı amaca aynı şekilde ulaşılmasını mümkün kılacak organizasyona yönelik veya teknik ya da ekonomik alana ilişkin başka bir tedbirin mevcut olmaması gerekir. İşveren ayrıca, mümkünse, sözleşmenin değiştirilmesine ilişkin olarak daha az radikal olan bir teklifte bulunmalıdır⁴⁰.

DİPNOTLAR

- 1 Alman Anayasa Mahkemesinin bu yöndeki görüşü için bkz. BVerfGE, 2, sh. 79; BVerfGE, 16, sh. 201-202; BVerfGE, 17, sh. 313-314; BVerfGE, 19, sh. 348-349. Naklen, Kılıçoğlu/Şenocak, a.g.e, s: 185.
- 2 Kılıçoğlu/Şenocak, a.g.e, s: 186 vd.
- 3 Sağlam, F.: Temel Hakların Sınırlaması ve Özü, Ankara 1982, sh. 114. Kılıçoğlu/Şenocak, a.g.e, s: 188.
- 4 Gözler, K.: İdare Hukuku, C. I, Bursa 2003, sh. 511 vd.; Atay, E.: İdare Hukuku, Ankara 2006, sh. 79 vd.; Oğurlu, Y.: Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi, Ankara 2002, sh. 33 vd.
- 5 Kılıçoğlu/Şenocak, a.g.e, s: 188.
- 6 Süzek, S. s: 505.
- 7 Süzek, S. s: 506.
- 8 Dr. Mustafa Kılıçoğlu, Doç. Dr. Kemal Şenocak, İş Güvencesi Hukuku, 2006, s: 184 vd.
- 9 Kılıçoğlu/Şenocak, s: 412, Süzek, S. s: 495.
- 10 Süzek, S. s: 518, Birben, 68 vd, Alp, 1527, Tuncay, 26-27.
- 11 İşletme gerekleri ile fesihle yargısal denetim bölümünde ölçülülük ilkesi ayrıntılı açıklanmıştır.
- 12 Süzek, S. s: 523.
- 13 Y. 9. HD. 08.04.2008 gün ve 2007/27791 E, 2008/7824 Karar.
- 14 Y. 9. HD. 05.05.2008 gün ve 2007/32768 E, 2008/11113 K.
- 15 Y. 9. HD. 28.04.2008 gün ve 2007/34009 E, 2008/10347 K.
- 16 Y. 9. HD. 12.05.2008 gün ve 2007/35898 E, 2008/11997 K.
- 17 Y. 9. HD. 23.06.2008 gün ve 2007/42970 E, 2008/17131 K.
- 18 Y. 9. HD. 01.12.2008 gün ve 2008/6259 E, 2008/32583 K.
- 19 Y. 9. HD. 16.02.2009 gün ve 2007/37188 E, 2009/2485 K.
- 20 Y. 9. HD. 16.02.2009 gün ve 2008/11098 E, 2009/2495 K.
- 21 Y. 9. HD. 27.04.2009 gün ve 2008/25647 E, 2009/11681 K. "Davacının verilen özel sim kartını özel işinde kullanmış ise de, nerelerde ve ne şekilde kullanılacağı konusunda verilirken bir uyarı yapılmadığı, fesihden önce de uyarı verilmesine ve yeni bir ihlali bulunmamasına rağmen iş sözleşmesinin feshedildiği, bu nedenle feshin geçersiz olduğu anlaşılmaktadır. Kaldı ki işveren aynı davranış içinde bulunan işçilerden bir kısmına uyarı cezası vermekle, eşit işlem borcuna aykırı davranmıştır. Davanın kabulü yerine yazılı şekilde reddi hatalıdır".
- 22 Yasanın gerekçesinde geçerli fesih nedenlerinden biri olarak gösterilmiştir. Ancak işçinin rahatsızlığı olmadığı halde rapor alması halinde artık yetersizliğinden değil, davranışlarından kaynaklanan nedenden söz edilmelidir.
- 23 Süzek, S. s: 539, Sümer H, s: 71.
- 24 Yargıtay 9. HD. 29.01.2007 gün ve 2006/30032 Esas, 2007/1228 Karar sayılı ilamı.
- 25 Y. 9. HD. 08.06.2009 gün ve 2008/32592 E, 2009/15936 K.
- 26 Holly, H.G., sh. 153; Hinze, P., sh. 52; Preis, U., Prinzipien, sh. 312. Naklen Kılıçoğlu/Şenocak, a.g.e, s: 192.
- 27 Birben, E. a.g.e., s: 130.
- 28 Hinze, P., sh. 65. Boewer, D.: Streitgegenstand und Prüfungsmaßstab bei der Änderungsschutzklage, BB 1996, sh. 2621; Gaul, B.: Änderungskündigung zur Absenkung oder Flexibilisierung von Arbeitszeit und/oder Arbeitsengelt, DB 1998, sh. 1913 Naklen. Kılıçoğlu/Şenocak, a.g.e, s: 188; Alp, a.g.e., s: 187.
- 29 Ascheid, R./Preis, U./Schmidt, I., §1 KSchG Rdnr. 638, sh. 419. Ölçülülük ilkesi, değişiklik feshine de hakim olan bir ilkedir. (BAG, 24.4.1997, AP §2 KSchG 1969, Nr. 42=NZA 1997, sh.1047; BAG, 26.1.1995, AP §2 KSchG 1969, Nr. 37=NZA 1995, sh. 628. Ayrıca bkz. Preis, U. Prinzipien, sh. 307). Naklen Kılıçoğlu/Şenocak, a.g.e, s: 188.
- 30 Kılıçoğlu/Şenocak, a.g.e, s: 204.
- 31 Bkz. Kandemir, M.: İş Güvencesi Kapsamındaki İşçinin İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshi, SBArD 2005, S. 6, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, sh. 327; Çelik, N.: İş Hukuku Dersleri, 19. B., İstanbul 2006, sh. 215.
- 32 Alp, a.g.e., s: 186.
- 33 Alp, Mustafa, İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı (Basılmamış Tebliğ), s: 22.

- 34 v. Hoyningen-Huene, G., NZA 1994, sh. 1011. Naklen. Kılıçoğlu/Şenocak, a.g.e, s: 313.
- 35 von Hoyningen-Huene, G./Linck, R., §1 KSchG Rdnr. 395 sh. 301; ErfK/Ascheid, §1 KSchG Rn. 416, sh. 2163; Ascheid, R./Preis, U./Schmidt, I., Nr. 584, sh. 400. BAG, 18.1.1990, AP §1 KSchG 1969, Nr. 19; BAG, 27.9.1984, AP §2 KSchG, Nr. 8=NZA 1985, sh. 455; BAG, 24.3.1983, AP §1 KSchG 1969, Betriebsbedingte Kündigung, Nr. 12=NJW 1984, sh.78. Buna karşılık Yargıtay 9. HD. aşağıda anılan kararında, işverenin, sırf işçinin işyerinde başka şekilde çalışma olanağını araştırmamasını feshin geçersizlik sebebi olarak kabul ettiği intibayı uyanmaktadır: "Somut olayda işverence siparişlerde azalma meydana geldiği gerekçesiyle davacının iş akti feshedilmiş ise de işçi çıkarma yoluna gitmeden önce diğer bölümlerde çalışma imkanının olup olmadığı araştırılmadığı, esnek çalışma ve kısa çalışma gibi uygulamalara başvurulmadığı hizmet aktinin feshinin son çare olduğunun kanıtlanmadığı dosya içeriğinden anlaşıldığından feshin geçerli nedene dayandığının kabulü mümkün değildir" (bkz. Yarg. 9. HD., 13.1.2005 tarih ve E. 2005/33414, K. 2005/930). Naklen. Kılıçoğlu/Şenocak, a.g.e, s: 313.
- 36 Ascheid, R./Preis, U./Schmidt, I., Nr. 584 sh.400; von Hoyningen-Huene, G./Linck, R., §1 KSchG Rdnr. 395 sh. 301; Ascheid, R., Erfurter Kommentar, §1 KSchG Rn. 416, sh. 2163. Ayrıca bkz. BAG, 27.9.1984, AP §2 KSchG 1969, Nr. 8=NZA 1985, sh. 455; BAG, 24.3.1983, AP §1 KSchG 1969, Betriebsbedingte Kündigung, Nr. 12=NJW 1984, sh. 78. Naklen. Kılıçoğlu/Şenocak, a.g.e, s: 313.
- 37 Engin, a.g.e. s: 91.
- 38 Y. 9. HD. 13.07.2009 gün ve 2009/289 E, 2009/20632 K.
- 39 Yargıtay 9. H.D. 13.02.2006 gün ve 2005/37219 E, 2006/3456 K. "Dosyadaki bilgi ve belgelere göre davalı şirketin dava dışı Advansa Sasa A.Ş.'nin forklift hizmetlerini üstlendiği, davalı şirket ile Advansa Sasa A.Ş. arasındaki Forklift Hizmetleri Sözleşmesinin karşılıklı mutabakat ile sona erdirilmesi üzerine davalı şirkete iş sözleşmesi ile bağlı ve forklift üretim hizmetleri operatörü olarak çalışan davacının iş sözleşmesinin ihbar ve kıdem tazminatı ödenmek suretiyle feshedildiği, davalı şirketin Genel Hizmetler Sözleşmesi kapsamında anılan şirketin diğer bir kısım yardımcı işlerini de üstlendiği ve bu sözleşmenin devam etmekte olduğu, tanık anlatımlarına göre Advansa Sasa A.Ş.'nin forklift hizmetlerinin Naklog isminde başka bir firma tarafından üstlenildiği anlaşılmaktadır.

Mahkemece davacının iş sözleşmesi feshedilmeden önce feshin son çare olduğu ilkesinin göz önünde bulundurulmadığı gerekçesi ile işe iade isteği kabul edilmiş ise de, davalının alt işveren olduğu ve bu gibi durumlarda çalıştırılacak işçi sayısının genellikle asıl işverence önceden belirlendiği hususu dikkate alınmadığı gibi, davalı şirketin aynı il ya da başka illerde işyerinin olup olmadığı da araştırılmış değildir. Davalı şirketin aynı il veya diğer illerde başka işyerinin bulunup bulunmadığı araştırılmadan ve davalı şirketin Genel Hizmetler Sözleşmesi kapsamında üstlendiği diğer işlerde davacı işçinin nasıl değerlendirilebileceği açıkça ortaya konulmadan feshin son çare olduğu ilkesinin

uygulanmadığının kabulü doğru değildir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir."

- 40 Y. 9. HD. 07.07.2008 gün ve 2008/1965 Esas, 2008/19031 K. Kişisel arşiv.

KAYNAKÇA

- ALP, Mustafa, Ölçülülük İlkesinin Özel Hukuk ve İş Hukukunda Özellikle de Hizmet Akdinin Feshinde Uygulanması -Alman Hukukuna Göre-, Yasa, Ocak 1999, 1519-1534.
- BİRBEN, Erhan, İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshinde Ölçülülük İlkesi, İzmir 2006, Yayımlanmamış Doktora Tezi.
- ENGİN, Murat, İş Sözleşmesinin İşletme Gereklere ile Feshi, İstanbul 2003.
- GÜZEL, Ali, İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde Ultima Ratio (Son Çare) İlkesi ve Uygulama Esasları, A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005, 57-90.
- KAR, Bektaş, İşletme, İşyeri ve İşin Gereklere Kaynaklanan Nedenlere Dayalı Fesihlerde Yargısal Denetim, Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2008 Sayı: 17.
- KAR, Bektaş, Performans Düşüklüğü veya Yetersizliği Nedeni ile Fesihlerde Yargısal Denetim, Sicil, Eylül 2008, s: 34-42.
- KAR, Bektaş, İş Güvencesi ve Uygulaması. Ankara. 2009.
- KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, İş Güvencesi Hukuku, Legal, İstanbul, 2007.
- SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2008.
- YARGITAY KARARLARI.

Yargıtay Kararlarına Göre İşçinin Ücreti

A. ÜCRETİN TANIMI VE NİTELİĞİ

1475 sayılı İş Kanunu'nda 26. maddenin kenar başlığı "ücretin tanımı" olmakla birlikte maddede tam bir tanım yapılmamıştı. Öğretide ücret, çalışmadığı halde ücret ödenmesini gerektiren durumların dışında, yapılan bir hizmetin (işin) karşılığı olarak işveren veya üçüncü kişilerce işçiye sağlanan para veya parasal değeri bulunan menfaatlerden oluşan bir gelir çeşididir¹. Ücret, işçi için en esaslı haktır. İşveren için ise başlıca borçtur. Bu durum işçi ve işverenle ilgili tanımlardan da anlaşılmaktadır. Gerçekten her iki tanımın da vazgeçilmez unsuru ücrettir. Esasen ücret, iş sözleşmesinin kurucu unsurları arasındadır. Ücret olmaksızın bir iş sözleşmesinin varlığından söz edilemez².

Yargıtay ilke kararlarında ücret, bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutar olarak tanımlanmıştır³. Yargıtay kararlarında yasada yer alan "genel anlamda ücret" sözcüklerine yer verildiği gibi, "temel ücret" ifadesinin de kullanıldığı görülmektedir⁴.

Öğretide ücretin dar anlamda ve geniş anlamda ücret olmak üzere ikiye ayrıldığı kabul edilmektedir. Dar anlamda ücret Yargıtay ka-

rarlarında "temel ücret", "asıl ücret", "kök ücret", "çıplak ücret" olarak ifade edilmektedir. Dar anlamda ücret yerine öğretide 1475 sayılı İş Kanunu'nun 26. maddesindeki tabire uygun olarak "genel anlamda ücret" sözcüklerinin kullanıldığı da görülmektedir⁵. Geniş anlamda ücret ise, asıl ücretle birlikte fazla çalışma, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil ücreti, pirim, provizyon, ikramiye, yeme-içme, giyim, barındırma, ısıtma ve aydınlatma şeklinde çeşitli görüşler gösteren aynı ödemeler gibi asıl ücrete ilaveleri kapsar⁶.

Ücret nakdi bir ödemedir. Çünkü genel anlamda ücret, işçiye iş karşılığında ödenen belli miktar paradır. Aynı ödeme kural olarak, ücret kavramının dışında kalır; para yerine ayınla ödeme yapan işveren, ücret ödeme borcunu ifa etmemiş olur⁷.

Yargıtay kararlarında ücretin tazminat niteliğinde olmadığı, tazminatta verilen bir zararın gideriminin söz konusu olduğu halde ücretin bir hizmet karşılığı yapılan ödeme olduğu vurgulanmış ve bu farklılığın indirimlerde, haciz ve iflas uygulamasında da kendini gösterdiği ifade edilmiştir⁸. Aynı kararda, ücretin, işçinin işi ifasının karşılığı olarak işverenin iş sözleşmesinden doğan asli edim yükümü olduğu ve iş sözleşmesinin kurucu ögesi bulunduğu da vurgulanmıştır.

B. ÜCRETE HAK KAZANMA

Anayasanın 55. maddesinde ücretin emeğin karşılığı olduğu belirtilmiştir. Yine çok sayıda Yargıtay kararlarında ücretin çalışma karşılığı olduğu, çalışma olmaksızın ücrete hak kazanılmayacağı vurgulanmıştır⁹. Bu durumda işçinin ücrete hak kazanabilmesi için kural olarak çalışmış olması şarttır. Ücretin peşin olarak çalışmaya başlamadan ödeneceğine dair sözleşme hükümleri de, ücretin çalışma karşılığı olduğu kuralının istisnası sayılmaz. Zira ücretin peşin ödenmesine rağmen çalışma olmamışsa, verilen ücretin iadesi mümkündür.

Yargıtay'a göre ücret kural olarak hizmet ediminin karşılığıdır¹⁰. Ancak Yargıtay ana kuralın istisnalarını da hemen göstermiştir. Buna göre aksinin yasadan doğması ve taraflarca açıkça kararlaştırılması halinde işçinin ücrete hak kazanması için iş görme edimini ifa etmesi gerekmez.

İşçinin çalışmasının olmadığı dönem için de ücrete hak kazandığı haller kanundan ya da iş sözleşmesinden doğabilir¹¹. İş Kanunu'nun 24/II ve 25/III. maddelerinde sözü edilen işçinin zorlayıcı nedenlerle çalışmadığı günlerde ödenen ücretler, bir çalışma karşılığı olmaksızın hafta tatillerinde ve ulusal bayram ve genel tatillerde İş Kanunu'nun 46 ve 47. maddelerine göre ödenmesi gereken ücretler ve yıllık izinde aynı yasanın 57. maddesi uyarınca ödenmesi gereken ücret, çalışılmayan dönem için kanundan doğan ücret ödeme halleri olarak sıralanabilir. Yine 5953 sayılı Yasanın 16. maddesi uyarınca silah altına alınan gazeteciye ödenmesi gereken yarım ücret, kanundan doğmaktadır. Bir iş karşılığı olmaksızın ödenen bu ücretlere öğretide sosyal ücret adı verilmektedir¹².

İşçilerin İş Kanunu'nun 34. maddesi hükmüne uygun biçimde çalışmaktan kaçınma hakkını kullandığı süre için ücrete hak kazanıp kazanamayacağı öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre, çalışılmayan bu süre için ücret istenemez ve 66. maddede çalışılmış gibi sayılan haller içinde bu durum sayılmamıştır¹³. Buna karşı ağırlık kazanan görüş, iş görmekten kaçınan işçinin, çalışmadığı süre için ücret talep edileceği şeklindedir¹⁴.

Bilim kurulunun hazırlamış olduğu İş Kanu-

nu taslağında işçinin çalışmaktan kaçındığı bu süre için ücrete hak kazanacağı öngörülmüştü. Yasa metninde bu ifadenin yer almaması bu yönde bir tartışmayı başlatması bakımından yerinde olmamıştır.

İşçinin yasal koşulların varlığı halinde çalışmaktan kaçınmasının temel amacı, işvereni ücret ödemeye zorlamaktır. Yasada yer alan düzenleme ücreti teminat almayı hedeflemiştir. O halde ücretin korunması için öngörülen bir düzenleme sonucunda işçinin çalışmadığı dönem için ücretten mahrum bırakılması, düzenlemenin özüne aykırıdır. Ücretin ödenmeyeceğinin kabulü işverene işçinin rızası dışında ücretsiz izin uygulamasının önünü açacaktır. Gerçekten işçi çalışmaktan kaçındığı süre içinde ücrete hak kazanmadığında işveren, ücret ödenmesini geciktirebilecek ve bu süre içinde işçinin rızası hilafına ücretsiz izin uygulanmış olacaktır.

Hemen belirtelim ki Yargıtay'ın konuya dair kararı, işçinin iş görme borcunu yerine getirmekten kaçındığı süre için ücret istenemeyeceği yönündedir¹⁵. Yine de söylemek gerekir ki, Yargıtay'ın konuyla ilgili kararı 2005 tarihli olup, konu, daha sonraki dönemlerde Yargıtay önüne gelmemiştir. Yargıtay kararları özellikle 2008 yılından itibaren daha çok işçi lehine olmak üzere bir bazı değişiklikler gösterdiğine göre yasa gereği çalışmaktan kaçınma hakkını kullanan bir işçinin ücrete hak kazanıp kazanamayacağı sorununun Yargıtay tarafından yeni dönemde farklı şekilde değerlendirilmesi olasılığı da vardır. İşçinin çalışmaktan kaçınma hakkı, çok önemli bir iş hukuku düzenlemesi olduğu halde yargı önüne bu denli az gelmekte oluşu işçilerin bu hakkı kullanamadıkları anlamına gelmektedir. Bunda kaçınma hakkını kullanan işçinin ücrete hak kazanamayacağı şeklindeki yorumun da payı büyüktür.

C. ÜCRETİN BELİRLENMESİ

İş sözleşmesinin tarafları, asgari ücretin altında kalmamak kaydıyla sözleşme özgürlüğü çerçevesinde ücretin miktarını serbestçe kararlaştırabilirler. İş sözleşmesinde ücretin miktarının açıkça belirtilmiş olması, Yargıtay'a göre taraflar arasında iş sözleşmesinin bulunmadı-

ğı anlamına gelmez. Böyle bir durumda ücret Borçlar Kanununun 323. maddesinin 2. fıkrasına göre örf ve adete göre saptanacaktır¹⁶. O halde, sözleşmede kararlaştırılmadığı takdirde ücretin miktarı, işçinin kişisel özellikleri, işyeri içi ve dışındaki kıdemi, yapılan işin niteliği, iş sözleşmesinin türü, işyerinin özellikleri, emsal işçileri o işyerinde ya da başka işyerlerinde ödenen ücretler, örf ve adetler göz önünde tutularak belirlenir¹⁷.

İşçi ücretinin alt sınırını asgari ücret oluştursa da, kısmi süreli iş ilişkisinde asgari ücretin altında ücret ödenmesi mümkündür¹⁸. Örneğin, günde 7,5 saat olan normal mesai yerine 2.5 saatlik çalışma bir sisteminde asgari ücretin 1/3'ü oranında ücret ödenebilecektir.

Bazen iş sözleşmesi veya ücret bordrolarında gösterilen ücret gerçek olmayabilir. Yargıtay kararlarında işverence daha az sigorta primi ödemek veya daha düşük vergi vermek için kayıtlarda gerçek ücret yerine daha düşük bir ücretin gösterildiği şeklinde tespitte yer verilmiş ve ücretin miktarı konusunda çıkabilecek ihtilaflarda gerçek ücretin her türlü delille ispatının mümkün olduğu vurgulanmıştır¹⁹.

Aylık ücreti gösteren para makbuzları, banka kayıtları, ticari defter kayıtları, tanık beyanları gibi delillerle işçinin imzasını taşıyan ücret bordroları veya hizmet sözleşmesinde yazılı olan ücretin gerçek olmadığı kanıtlanabilir. Yargıtay'ın, ücret konusunun tartışmalı ve taraf delillerinin eşdeğer olduğu durumlarda ilgili meslek kuruluşunda ücret araştırması yapıldıktan sonra tüm delillerin yeniden değerlendirilmesi gerektiği yönünde çok sayıda kararı vardır²⁰. Şu hale göre meslek örgütlerinin bildirdiği ücretler takdiri delil niteliğindedir. Mahkeme diğer yazılı ve sözlü delilleri de değerlendirmeli ve gerçek ücreti belirlemelidir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, meslek örgütü deyiminden sadece işverenlerin kurduğu mesleki birlikler anlaşılmalıdır. Gerektiğinde işçi meslek oluşumları ile sendikalardan da ücret araştırmasına gidilmelidir. Mahkemelerin bu yönde yapacakları araştırmanın yasal dayanağı Borçlar Kanununun 323. maddesinin 2. fıkrasıdır. Yazılı delil bulunmayan ya da yazılı delillerin çelişkili ve inandırıcı olmadığı hallerde mahke-

me, adet olan ücreti tespit için meslek örgütlerinden araştırma yapılmalıdır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinde belirtilen "eşit davranma ilkesi" doğrultusunda işçiye dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yapılamayacak ve farklı ücret belirlenemeyecektir. Bu gibi hallerde işçiye ödenen ücretin miktarı tartışmalı olmasa da, bu ilkeye aykırılık nedeniyle ödenmesi gereken ücretin tespiti önem kazanır ve işçinin aradaki farkı ve ayrıca eşit davranma borcuna aykırılık tazminatını istemesi mümkündür.

İşçinin ücretinin Türk Lirası üzerinden ödenmesi esastır. Ancak işçi ücretinin yabancı para üzerinden belirlenmesi de mümkündür. Yargıtay, ücretin yabancı para olduğunun ispatında hizmet sözleşmesi, bordro gibi yazılı delil aramaktadır. Bu konuda tanık beyanları yeterli görülmemektedir²¹.

Ancak düşüncemize göre, teamülün o iş için yabancı para üzerinden ücret ödenmesi şeklinde olması, işçinin yurtdışında çalışması, işçinin yabancı olması gibi hallerde yabancı para üzerinden ücret ödendiğinin tanık beyanları dahil her türlü delille kanıtlanabileceği kabul edilmelidir.

İşçi ücretinin asgari ücretin üzerinde olduğunun ispatı işçiye aittir. Ancak herkesçe bilinen bir hususun ispatı gerekmez. Büyük bir anonim şirkette genel müdür olarak çalışan işçinin ücretinin asgari ücret olamayacağı açıktır. Yargıtay kararları da, nitelikli ve kıdemli işçiler yönünden imzalı ücret bordrolarına itibar edilemeyeceği yönündedir²².

Öte yandan bazı meslek kuruluşları bu konuda asgari ücret tarifelerini kendileri belirlemektedir. Örneğin, Türk Tabipleri Birliği'nin işyeri hekimleri için belirlediği asgari bir tarife söz konusudur. Yargıtay ilk olarak verdiği bir kararında işyeri hekimlerine tarifinin altında ücret ödenemeyeceğini kabul etmiş²³, ancak daha sonra bu görüşünü değiştirmiş, anılan birliğin belirlediği tarifinin bağlayıcı olmadığı sonucuna varılmıştır²⁴. Hatta Yargıtay, iş sözleşmesinde Türk Tabipleri Birliğinin belirlediği tarifinin altında ücret ödenemeyeceği şeklinde hükme rağmen işçinin uzun süre tarifinin altın-

da ödenen ücrete itiraz etmemiş olmasını işçi aleyhine değerlendirmiştir²⁵. Hemen belirtelim ki konuyla ilgili görüşümüz, iş sözleşmesinin açık hükmüne rağmen Türk Tabipleri Birliği Tarifesinin uzun süre işverence uygulanmamış olmasının, işçi aleyhine bir çalışma koşulunu oluşturmayacağı yönündedir. Sözleşmenin ilgili hükmü açıkça tadil edilmedikçe, zamanaşımı defiyile sınırlı olmak üzere işçinin ücretlerinin sözleşme hükümlerine göre ödenmesini isteme hakkı bulunmaktadır.

Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nde belirlenen ücretler kural olarak işçi ve işveren arasındaki ilişkide geçerli değildir. Zira anılan Tarifenin 1. maddesinde de belirtildiği üzere Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi, avukat ile iş sahibi arasındaki ilişki yönünden hüküm ifade eder. Ancak, Tarifenin 3. bölümünde, Avukatlık Kanununun 35. maddesi uyarınca bulundurulması gereken zorunlu sözleşmeli avukatlar yönünden de aylık ücretin belirlendiği görülmektedir. Yine 4. bölümde, kamu kurum ve kuruluşlarıyla özel kişi ve tüzel kişi şirketler yönünden sözleşmeli avukatlık ücreti en az olarak belirlenmiştir. Tarifenin diğer hükümlerinde "avukat" sözcüğüne yer verildiği halde 3. ve 4. bölümlerde "sözleşmeli avukat" ifadesinin kullanılması da vekalet ilişkisi yerine, iş ilişkisine dair bir tespit yapıldığını göstermektedir. Yargıtay, belli bir iş ve sayı ile sınırlandırılmaksızın aylık ücretle çalışma halinde avukat ile iş sahibi arasındaki ilişkiyi iş ilişkisi olarak nitelendirilmiştir²⁶. Şu hale göre Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nde belli bazı durumlar için iş ilişkisine dair ücretin belirlendiğini söylemek yanlış olmaz. Avukatlık Asgari Ücret Tarifeleri de, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 168. maddesi hükmünde yer alan prosedüre uygun yürürlüğe girmiş olmakla, düşüncemize göre tarifenin 3. ve 4. bölümde belirtilen sözleşmeli avukatlar yönünden bağlayıcı şekilde asgari ücretin öngörüldüğü söylenebilir.

625 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nun 33. maddesinde (şimdi 5580 S.Y. m. 9) özel öğretim kurumlarında görev yapan yönetici ve öğretmen ücretlerinin, resmi okullarda emsal çalışanlara ödenen ücretin altında olamayacağı kuralına yer verilmiştir. Bu durum, işçi ücretinin

asgari ücretin altında olmamak kaydıyla serbestçe belirleneceği kuralının bir başka istisnasını oluşturur. Emekliler anılan yasa hükmüne göre bu uygulamadan hariç tutulmuştur.

Yargıtay'a göre, işverence işçiye İş Kanunu'nun 28. maddesi gereği verilmesi gereken çalışma belgesi, ücretin ispatı açısından önemli kolaylıklar sağlar. Yine yasanın 8. maddesinde yazılı sözleşme yapılmayan hallerde temel ücretin de yazılı olduğu bir belgenin işçiye verilmesi gerektiği yasal bir zorunluluk olmakla, usulünce düzenlenmiş olan bu tür belgeler, işçinin ücreti noktasında işverenden sadır olan yazılı delil niteliğindedir²⁷. Bundan başka, İş Kanunu'nun 37. maddesinde işçiye ücret hesap pusulası verilmesi yükümlülüğünden söz edilmiş olmakla usulüne uygun olarak bu yönde düzenlenmiş belge de ücretin ispatı noktasında önemlidir.

Yine Yargıtay, İş Kanunu'nun 8, 28 ve 37. maddelerine göre düzenlenmiş olan bir belgenin muvazaalı biçimde işçinin isteği üzerine verildiği iddiasının işverence ileri sürülemeyeceğini, kişinin kendi muvazaasına dayanamayacağını karalarında vurgulamış, ancak muvazaa olgusunun mahkemece resen araştırılması gerektiğini de kabul etmiştir²⁸. Bu durumda mahkemenin belgeye değer vermeden önce muvazaa şüphesini ortadan kaldırması ve kendiliğinden gerekli araştırmayı yapması gerekir.

Yargıtay, İş Kanunu'nun cezai hükümleri arasında 8, 28 ve 37. maddelerde yazılı yükümlülüklerle aykırılığın yaptırıma bağlanmış olmasının sözü edilen belgelerin ispat gücünü arttırdığını, ancak buna rağmen belgede yazılı olan hususların aksinin her türlü yazılı delille kanıtlanması olanaklı olduğunu kabul etmiştir²⁹.

İşçinin gerçek ücretini gösteren bir bordro ya da gerçek hizmetin yer aldığı Sosyal Sigortalar Kurumu hizmet belgesi, çalışma belgesini bu yönlerden geçersiz kılar.

Asıl sorun, yasal yükümlülüğe ve cezai yaptırıma rağmen 8 ve 28. madde hükümlerine aykırı şekilde belgelerin hiç verilmemesi noktasında ortaya çıkar. Gerçekten yasada özel olarak yer alan bu düzenlemelere rağmen işveren bu yükümlülüğünü yerine getirmediğinde, işçinin ücretinin miktarı noktasında ortaya çı-

kabilecek uyumsuzluklarda ispat yükünün kimde olduğu sorunu ortaya çıkabilir. Kural olarak iddia eden olarak ücreti ve çalışma süresi gibi konularda ispat yükü işçidedir. Ancak işverenin bu konulara ışık tutacak olan yasal yükümlülüğünün, ispat yükünü işveren aleyhine ters çevirdiğinden söz edilebilecek midir? Bir başka anlatımla, iş ilişkisi kurulduğunda işçiye ücreti gösteren yazılı belge düzenlemeyen ve fesihle çalışma belgesi vermemiş olan işveren, işçinin iddia ettiği ücretin aksini ispatlamakla yükümlü sayılabilecek midir? Düşüncemize göre bu sonuca varmak doğru olmasa da, konunun tartışılmaya değer bir yönü olduğu açıktır. Bu durum işçinin ispat yükünü ortadan kaldırmaz ise de, bir miktar hafifletebileceği varsayılabilir. Gerçekten özellikle işçi ve işveren delillerinin eşitliği noktasında işverenin çalışma belgesiyle ilgili yükümlülüğüne aykırı davranmış olması, işçinin delillerine üstünlük tanınmasını gerektirmelidir. Örneğin iki taraf da tanık deliline dayandığında ve tanıklar taraflar lehine açıklamalarda bulduklarında, çalışma belgesi ve ücret hesap pusulası düzenlemeyen işveren tanıkları yerine, işçinin bildirdiği tanıklarının anlatımlarına üstünlük tanınabilir.

Yargıtay'a göre, çalışma belgesi ile ücret hesap pusulasının düzenlenerek işçiye verilmiş olması, iş yargısını ağırlıklı olarak meşgul eden, işe giriş tarihi, ücret, ücretin ekleri ve çalışma koşullarının belirlenmesi bakımından da önemli kolaylıklar sağlamaktadır. Bu bakımdan ücretin ispatı noktasında taraflar delillerinin değerlendirilmesi sırasında, işverence düzenlenmesi gereken bu tür belgelerin düzenlenmiş olup olmadığının da gözetilmesi gerekir³⁰.

D. ÜCRETİN ÖDENMESİ

1. Ücreti Ödeyecek ve Ücret Ödenecek Kişi

İşçinin periyodik alacağını teşkil eden ücretin buyruğunda çalıştığı işveren tarafından ödeneceği kuşkusuzdur³¹. Ücretin bizzat işverence ya da işverenin emir ve talimatları doğrultusunda çalışan muhasebe, personel işlerini yapan işçiler aracılığı ile ödenmesi mümkündür.

Ücretin üçüncü kişiler tarafından ödendiği hallerde, işçiye bu yönde yapılan ödemeler ile işverenin ödemeyle ilgili yükümlülüğü de sona erer³². Ancak ücreti ödeyecek olan üçüncü kişinin bu ödemeyi yapmamış olması halinde işçinin ödetilmesi talebi işverene karşı yönelmelidir. Arada iş ilişkisi olmayan üçüncü kişinin dava veya icra yoluyla ödemeye icbar edilmesi düşünülemez.

Ücret, işçinin alacağı olmakla ödeme bizzat işçiye ya da onun yetki vereceği bir şahsa yapılmalıdır. İşçinin ücretinin rızası olmaksızın bir yakınına veya bir başka işçiye ödenmesi mümkün değildir. Bununla birlikte yurtdışında çalışan işçiye bu ülkedeki masrafları için avans ödemesi yapıldığı ve ücretin kalan kısmının Türkiye'deki yakınlarının geçimini temin için yakınlarına ödendiği bilinen bir uygulamadır. Bu örnekte işçinin bir yakınına Türkiye'de ödenen miktarın, işçiye ödendiği kabul edilmelidir. Nitekim Yargıtay, ücretin işçinin eşine ödenmesinin de mümkün olduğunu kabul etmiştir³³.

2. Ödeme Biçimi

Ücret kural olarak dönemsel (periyodik) bir ödemedir. Kanunun kabul ettiği sınırlar içinde tarafların sözleşme ile tespit ettiği belirli ve sabit aralıklı zaman dilimlerine; dönemlere uyularak ödenmesi gerekir³⁴.

Kural olarak işçi ücreti Türk parasıyla ödenir. Ancak ücretin yabancı para olarak da kararlaştırılması mümkündür. 1475 sayılı İş Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde, ücret ödemesinin de yabancı para üzerinden yapılabileceği öğretileri sürülmüştür³⁵. Buna karşın, 1475 sayılı İş Kanunu'nun 26. maddesinin 2. fıkrası ile ücretin yabancı para ile ödenmesinin yasaklanmış olduğu, ancak Borçlar Kanunu'nun değişik 83. maddesi hükmü uyarınca fiili ödeme tarihindeki Türk parası karşılığı olarak ödeneceği görüşü de savunulmuştur³⁶.

4857 sayılı İş Kanunu ile bu konuda bir adım daha atılmış ve Borçlar Kanunu'nun 83. maddesine uygun bir düzenlemeye gidilmiştir. Ücretin kural olarak Türk Parası ile ödeneceği hükmünden sonra, yabancı para olarak kararlaştırılmışsa ödeme günündeki rayice göre Türk Parası ile ödeneceği belirtilmiştir. Ne var ki, bu

düzenleme, 1475 sayılı İş Kanunu döneminde beliren tartışmayı ortadan kaldırmış değildir. Halen ücretin yabancı para borcu ile doğrudan ödenip ödenemeyeceği netlik kazanmamıştır. Maddenin 2. fıkrasının sonunda yazılı olan “Türk parası ile ödenebilir” ifadesinin, işveren ce yabancı para veya ödeme günündeki rayice göre Türk parası üzerinden ödemek için seçimlik bir hak sağladığı söylenebilir mi? Maddenin gerekçesinde, ücretin Türk parası ile ödenmesi esasının aynen koruduğu, ancak ücretin rayice göre Türk parası olarak ödenmesi olanağının getirildiği açıklanmıştır.

Öğretide, düzenlemenin, işverene ücretin doğrudan yabancı para olarak ödenmesi ya da ödeme günündeki Türk Parası olarak ödenmesi noktasında işverene bir seçimlik hakkı verdiği ileri sürülmüştür³⁷. Yine tarafların, ücretin yabancı para olarak ödenmesi noktasında açıkça anlaşmalarının da Borçlar Kanunu’nun 83. maddesinin 2. fıkrası uyarınca mümkün olduğu açıklanmıştır³⁸.

Düşüncemize göre, 4857 sayılı İş Kanunu’nda ücretin yabancı para olarak ödenmesi esası kabul edilmemiştir. Bu durum, madde gerekçesinde yer alan, “yabancı para ile belirlenmesi ve ödeme günündeki rayice göre Türk parası ile ödenmesi olanağı getirilmiştir” şeklindeki ifadeden de anlaşılmaktadır. O halde Borçlar Kanunu’nun 83/2 maddesinden yola çıkılarak İş Kanunu’nda yer alan düzenlemenin aksine bir sonuca varılması doğru olmaz. Bizim de katıldığımız görüşe göre, ücretin yabancı para olarak kararlaştırılması olanaklı ise de, ödenmesi ödeme günündeki rayice göre Türk parası ile olmalıdır³⁹. Ancak bu durum, işçinin yabancı para olarak kararlaştırılan ücretini yabancı para olarak talep etmesi ve mahkemenin yabancı para olarak hüküm altına almasına engel değildir. Zira, yabancı para olarak hüküm altına alınsa dahi, tahsili, fiili ödeme günündeki rayice göre Türk parası olarak yapılacaktır.

Kural olarak ücretin işçiye nakden ödenmesi gerekir. İşyerinde çalışması devam eden işçi yönünden işyerinde ödeme ve karşılığında ödeneği gösteren bir belge imzalatılması en yaygın uygulama şeklidir. Ancak işçinin işyerinde olmaması halinde Borçlar Kanununun 73.

maddesi uyarınca bu para, alacaklının (işçinin) ikametgahında ödenmelidir.

Ülkemizde, işçilerin de rızasıyla, ücretlerin bankaların otomatik vezne makinelerinde kullanılan bir kartın verilmesi suretiyle ödenmesi uygulamaları yaygınlaşmıştır⁴⁰. Bu yöntem, işverenler bakımından para ödemelerinde kolaylık sağlamakta, maliyetleri azaltmakta, işçiler açısından ise tatil günlerinde ve günün her saatinde ücretlerini alabilme, otomatik vezne makinelerinin bulunduğu her yerden para çekilme kolaylığı sağlamaktadır⁴¹. İşçinin ATM kartını alarak bu otomatik ödeme yapılmasına Borçlar Kanunu’nun 73. maddesi uyarınca rıza gösterdiği söylenebilir. Buna göre bankaya yatırılan ücret, borcun ifası yerine geçer. Para borcunun işçi adına açılmış hesaba yatırılması gerekir. Bu ödemenin, işçinin bildiği ve her zaman bu ve benzer ödemelerin yapıldığı banka hesabına yapılması zorunludur. Yoksa işçi adına havale çıkarmak suretiyle yapılmak istenen ödemede, işçinin bu konuda bilgi sahibi olduktan sonra her an ödemeyi alabilecek durumda olduğu zaman ifa gerçekleşmiş sayılmalıdır.

Bunun dışında işçiye ödenmek üzere banka hesabına paranın yatırıldığı tarih ödeme yerine geçmektedir.

Ücretin bordro karşılığı ödenmesi halinde eksik ödeme ya da ferî haklar konusunda işçinin ihtirazi kayıt imkanı vardır. İşçinin bu kaydıdan sonra asıl borç tamamen ödenmiş olsa da, faiz gibi ferî haklar sona ermeyecektir.

Otomatik vezne makinelerinden ücret ödenmesi halinde ise, böyle bir kaydın konulması mümkün olmadığından, fazlaya dair haklar ile ferî hakların istenmesi imkansız hale gelebilecektir⁴². Bu halde işçinin ihtirazi kaydını parayı çekmeden önce işverene karşı bir yolla ileri sürmesi mümkün görülmelidir. Zira işçi ödenen ücretin eksik olup olmadığını ödeme anında bilebilecek durumda değildir. Bunu öğrendiğinde ise, paranın bankadan alınmasından önce ihtirazi kayıt anlamına gelen iradesinin işverene ulaştırılması gerekir. Ya da İş Kanunu’nun 37. maddesi uyarınca işçiye pusula verilmesi anında işverene ihtirazi kaydın iletilmesi şarttır.

Ücretin ödenmemesi işçiye iş sözleşmesini haklı olarak fesih imkanı verdiği göre, banka

yoluyla ücret ödenmesinin bu yönden de bir önemi vardır. Ödemenin işçi hesabına yatırıldığı andan itibaren işçinin haklı fesih imkanı bulunmamaktadır. O halde ücretin banka yoluyla ve otomatik ödeme vezneleri kullanılarak yapıldığı hallerde işçinin banka hesabına bakmadan iş sözleşmesini feshi bu anlamda bir risk doğuracaktır.

İş Kanunu'nun 32. maddesinde 17.4.2008 gün ve 5754 sayılı Yasa'nın 85. maddesiyle değişiklik yapılmış ve ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikte her türlü istihkakın Türk parası ile işyerinde ve özel olarak açılan banka hesabına ödeneceği belirtilerek bankaya ödeme zorunlu hale gelmiş ve kapsamı genişletilmiştir.

Ücret ödeme noktasında 5754 sayılı Yasayla getirilen değişikliğin çok önemli bir yönü de işçi ücretleri ile bu nitelikteki her türlü istihkakın belli bazı durumlarda bankaya yatırma uygulamasının zorunlu bir hal olarak düzenlenmiş oluşudur. Konuyla ilgili olarak 32. maddenin 3. fıkrasında sözü edilen Yönetmelik yürürlüğe girmiş⁴³ ve uygulama 1.1.2009 tarihinde başlamıştır. Yönetmeliğe göre 10 ve daha fazla işçi çalıştıran işyerleri bakımından sözü edilen yükümlülük söz konusudur⁴⁴.

Emredici düzenlemeye rağmen işçi ücretlerini banka yoluyla ödemeyen işveren yönünden İş Kanunu'nun 102. maddesinde yaptırım öngörülmüştür. Anılan hüküm 5754 sayılı Yasayla değiştirilmiş ve daha önce cezai yaptırım sadece işveren ve işveren vekili yönünden öngörüldüğü halde, bu defa işveren, işveren vekili ve ücreti ödeyecek olan üçüncü kişinin sorumluluğuna gidilmiştir.

İşçi ücretlerinin banka hesabına yatırılması zorunluluğuna rağmen elden ödenmesi halinde, işverenin ücret ödeme yükümü sona erer. Buna rağmen işveren, işveren vekili ve ücreti ödeyen üçüncü kişinin 102. maddedeki yaptırımla karşı karşıya olduğu kabul edilmelidir. Yine belirtmek gerekir ki, İş Kanunu'nun 24/II-e bendinde, ücretin kanun hükümlerine göre ödenmemesi işçiye haklı fesih imkanı verdiği ne göre, yasal zorunluluğa rağmen işçi ücretlerini banka hesabı yerine başka şekilde ödeyen işverene karşı işçinin haklı fesih imkanını kullanabileceği söylenebilir.

Avans ödemelerinin banka hesabına yapılmasının gerekip gerekmediği tartışılması gereken bir konudur. Borçlar Kanunu'nun 327. maddesinde işverenin yükümlülüğü, "...işçiye vermekle mükelleftir" şeklinde ifade edilmiştir. Yargıtay'a göre avans, işçinin henüz ücrete hak kazanmadığı bir dönemde ihtiyacına karşılık işverence yapılan ödemeyi ifade eder ve işçinin zarureti halinde ve işveren açısından zarar ve zorda kalmayı gerektirmeyen bir durumda avans ödemesi, zorunlu bir hal olarak yasada düzenlenmiştir⁴⁵. Bu durumda avans da ücretten başka bir şey değildir. Sadece belli bazı durumlarda ücretin ödenme zamanı öne alınmış olmaktadır. Bu nedenle banka hesabına ücret ödeme zorunluluğu olan işyerleri bakımından, avans ödeme borcunun da bankaya ödeme yoluyla yerine getirilmesi gerekir.

İş Kanunu'nun 32. maddesinde ve ilgili Yönetmelikte "bu nitelikteki her türlü istihkak" sözcüklerine yer verilmiş olması da farklı düşünceye yöneltmemelidir. İstihkak sözcüğü "hak kazanma" ve "hak ediş"⁴⁶ anlamlarına gelmektedir. İşçinin ücrete hak kazanmadığı bir anda da avans ödemesi gündeme gelebilir. Ancak bu halde dahi, Borçlar Kanununun 327. maddesinde öngörüldüğü üzere, "...yapılan iş nispetinde..." avans ödeme yükümü ortaya çıkacaktır. İşçi yasal şartları haiz olduğunda avansa hak kazandığına göre başkaca bir hak edışı aramamak gerekir.

Bankaya ödeme zorunluluğu olan işyerleri bakımından işçi avanslarının bankaya ödenmesinin zorunlu olmadığı kabul edildiğinde, işverenlerin sözü edilen yasal yükümlülüğü aşmak için ücret ve diğer ödemeleri avans adı altında yapmaları gündeme gelebilir ki, düşüncemize göre böyle bir yol açılmamalıdır.

4857 sayılı İş Kanunu'nda ücretin, bonoyla, parayı temsil eden senetle, kuponla veya diğer herhangi bir şekilde ödenemeyeceği de kurala bağlanmıştır. Bu kural, Ücretin Korunması Hakkında 95 sayılı Uluslararası Sözleşme'nin 3. maddesinin bir sonucu olarak öngörülmüştür. Öğretide, kanunun bu hükmünün çok kategorik bir nitelik taşıdığı ileri sürülmüş ve özellikle Fransız hukukunda belli bir miktarı aşan ücret ödemelerinin banka çeki, posta çeki ya da ha-

valesi yoluyla yapılmasının zorunlu tutulduğu belirtilerek Türk hukukundaki bu düzenleme eleştiri konusu olmuştur⁴⁷.

3. Ücretin Ödenme Zamanı

İşçi ücretleri memurlardan farklı olarak (Devlet M.K. 164/1) peşin değil işin ifasından sonra ödenir⁴⁸. Bununla birlikte taraflar bireysel iş sözleşmesinde veya toplu iş sözleşmesinde ücretin peşin olarak ödeneceğini kararlaştırmış olabilirler.

Basın çalışanlarıyla ilgili 5953 sayılı Yasanın 14. maddesinde kararlaştırılan ücretin peşin olarak ödeneceği kuralı mevcuttur. O halde gazeteciler yönünden ücret, işin ifasına başlamadan ödenecektir⁴⁹.

4857 sayılı İş Kanunu'na tabi işçiler yönünden, izin ücretinin işçinin izne başlamadan önce ödeneceğine dair 54. madde ile avans ödenmesini öngören Borçlar Kanunu'nun 327. maddesi hükmü ücretin işin ifasından sonra ödeneceği kuralının istisnaları olarak karşımıza çıkar.

Yargıtay'ın bir kararında, Borçlar Kanunu'nun 327. maddesinde, "İş sahibi işçinin zarureti dolayısıyla ihtiyacı bulunan ve tediyesi kendisi için zarar ve müzayakayı mucip olmıyan avansları, yapılan iş nispetinde işçiye vermekle mükelleftir" şeklinde kurala yer verildiği belirtilerek, işverenin işçiye belli durumlarda avans ödeme borcunun bulunduğu, işçinin zarureti halinde ve işveren açısından zarar ve zorda kalmayı gerektirmeyen bir durumda avans ödemesinin zorunlu bir hal olduğu vurgulanmıştır⁵⁰.

İşçinin kendisinin ve ailesinin geçimini temin için ücrete ihtiyacı vardır. Bazen ücretin ödenmesinin gerektiği ay sonunun (periyodik dönemin) beklenmesi mümkün olmayabilir. Böyle bir durumda Borçlar Kanununun 327. maddesi avans istenmesine olanak sağlanmaktadır. İşçinin zorda kalması ve ihtiyacının bulunması halinde, işvereni de zorda bırakmayacak şekilde, yapılan iş nispetinde bir avans ödenmesi zorunludur. İşçiye avans ödemesi yapılabilmesi için avans istenecek periyotta en azından bir miktar avansın bu çalışılan dönem karşılığı olarak belirlenmesi gerekir.

Yargıtay'a göre işyerinde ücretin 15 günde bir avans şeklinde ödeneceğine dair toplu iş

sözleşmesi hükmü avans düzenlemesi değil, ücretin ödenme şekliyle ilgilidir⁵¹. Aynı kararda, ücretin toplu iş sözleşmesinde belirtildiği şekilde ödenmemiş oluşunun işçiye haklı fesih imkanı tanıdığı vurgulanmıştır⁵².

İşçi ücretleri en geç ayda bir ödenir. İş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile bu süre bir haftaya kadar indirilebilir (m.32/4). Buna göre işçi ücretleri kanunda ya da sözleşmede belirtilen düzenli aralıklarla ödenmelidir.

İş sözleşmesinin feshinde hak kazandığı ücreti tam olarak ödenmelidir. Bu halde ödeme için periyodik ödeme gününün beklenmesine gerek yoktur.

İş Kanunu, ücretin iş gününde ödeneceğine dair açık bir kural içermemektedir. Bununla birlikte, mevzuatın hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil günlerine ilişkin hükümlerinde güttüğü amaçtan hareket edilerek ücretin, tatil günlerinde ödenmesinin bu amaçla çelişeceği; bu nedenle de ödemenin, iş mevzuatı bakımından iş günü yapılabileceği sonucuna varılmaktadır⁵³. Buna göre, kural olarak ücretler iş gününde ödenir. Ödeme günü işçinin çalışmadığı bir tatil gününe rastlarsa, ödeme, Borçlar Kanunu'nun 77. maddesine göre tatili izleyen iş gününde yapılır.

İşçinin ücretinin ödenmesi gereken zamanın tespiti üç yönden çok önemlidir. Gerçekten, İş Kanunu'nun 24/II-e maddesine göre işçinin haklı nedenle iş sözleşmesini feshedebileceği zamanı belirlemek için öncelikle işçinin ücretinin ödenip ödenmediğinin tespiti gerekir⁵⁴. Diğer yandan ücreti gününde ödenmeyen ve üzerinden yirmi gün geçen işçi, iş görme borcunu yerine getirmekte kaçınabilir (m.34/1). Son olarak yine 34. maddede yer alan düzenlemeye göre gününde ödenmeyen ücretler için mevduata uygulanan en yüksek faizin uygulanması gerekir.

4. Ücretin Ödendiğinin İspatı

İşçiye ücreti elden ya da banka kanalıyla ödendiğinde ücret hesabını gösteren imzalı ve işyerinin özel işaretini taşıyan "ücret hesap pusulası" verilmesi zorunludur (m.37/D). Bu belgede nelerin bulunması gerektiği İş Kanunu'nun 37/II. maddesinde belirtilmiştir. İşverence veril-

Beş yıllık zamanaşımı ücret alacağının doğduğu tarihten işlemeye başlar. İş sözleşmesinin devamı zamanaşımı süresini durdurmaz.

mesi gereken bu belgeye işçinin imzasının alınmış olması ücretin ödendiği anlamına gelir.

Uygulamada çoğunlukla “ücret bordrosu” adı altında belgeler düzenlenmekte ve periyodik ödemelerde işçinin imzası alınmaktadır. Banka aracılığı ile yapılan ödemelerde banka kayıtları da ödemeyi gösteren belge niteliğindedir.

Ücretin ödendiğinin ispatı işverene aittir⁵⁵. Bu konuda işçinin imzasını taşıyan bir ödeme belgesi yeterli ise de, para borcu olan ücretin ödendiğinin tanıkla ispatı mümkün değildir. Ancak Yargıtay’ca, çok uzun süre ücret ödenmemesinin hayatın olağan akışına aykırı olduğu belirtilerek, hakim tarafından resen yemin teklifinde bulunulabileceği de kabul edilmiştir⁵⁶.

E. ÜCRET ALACAĞINDA ZAMANAŞIMI

1475 sayılı İş Kanunu’nda ücret alacağının zamanaşımı konusunda herhangi bir düzenlemeye yer verilmemişti. Bu konuda öğreti görüşü ve Yargıtay uygulaması ise Borçlar Kanunu’nun 126. maddesinin 3. fıkrası uyarınca 5 yıllık zamanaşımının geçerli olduğu şeklindeydi. 4857 sayılı İş Kanunu’nun 32. maddesinin son fıkrasında ücret alacaklarında zamanaşımı süresinin beş yıl olduğu belirtilerek aynı çözüme gidilmiştir.

Beş yıllık zamanaşımı ücret alacağının doğduğu tarihten işlemeye başlar. İş sözleşmesinin devamı zamanaşımı süresini durdurmaz.

Yargıtay’a göre, işverene karşı açılan davada alacağın tamamı açıklanmış olsa dahi, şimdilik sadece bir kısmı istendiğine göre, talep edilen miktar bakımından zamanaşımının kesildiğinin kabulü gerekir⁵⁷. Anayasa Mahkemesi’nin 20.7.1999 tarih ve 1/33 sayılı kararı ile Hukuk

Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 87. maddesinin son cümlesinin iptalinden sonra ıslah yoluyla dava konusunun arttırılması olanaklı hale gelmiştir⁵⁸. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2002 yılında verdiği bir kararında, ıslah yoluyla arttırılan kısım için zamanaşımının ıslahın yapıldığı tarihte kesilmiş sayıldığı sonucuna varmış ve faiz başlangıcı olarak da ıslahın yapıldığı tarihi kabul etmiştir⁵⁹.

İşçiye hak kazanmadığı halde ödenen ücret, sebepsiz zenginleşme hükümlerine tabi olup, düşüncemize göre iade yönünde 1 yıllık zamanaşımı geçerlidir.

F. ÜCRET ALACAĞINDA FAİZ

4857 sayılı İş Kanunu, işçi ücretlerine dair korumayı arttırmıştır. 34. maddede, ödenmesi gereken günde ödenmeyen ücretler için “mevduata uygulanan en yüksek faiz oranı” öngörülmüştür.

Öncelikle yasada sözü edilen faiz oranı üzerinde bazı uygulama sorunlarına değinmek gerekir. Aynı hüküm 1475 sayılı İş Kanunu’nun halen yürürlükte olan 14/11. maddesinde de yer almaktadır. Bu faizin, üç aylık, altı aylık veya bir yıllık mevduata uygulanan faizden hangisi olduğu, sadece bankaların faizinin mi esas alınacağı, yoksa mevduata faiz veren diğer kuruluşların açıkladıkları faizin dikkate alınıp alınamayacağı, kamu bankalarına mı özel bankalara mı itibar edileceği, bankanın Merkez Bankası’na bildirdiği ve uygulayacağından söz ettiği faiz oranının mı, yoksa fiilen uygulanmış olan faizin mi geçerli olduğu hususları, çeşitli sorunlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Yargıtay’ca, Kanunda (1475 S.Y. 14/11) en yüksek faizin bir yıllık mevduata uygulanan faiz oluşu sebebiyle bir yıllık oranın dikkate alınacağı kabul edilmiştir⁶⁰.

Yine Yargıtay’ın bazı kararlarında kamu bankaları tarafından verilen en yüksek mevduat faizi oranının uygulanması gerektiğinden söz edilmiştir⁶¹. Oysa yasada böyle bir ayırım bulunmamaktadır. Özel bankalar tarafından verilen faiz oranı daha yüksek ise, bu oranın gözetilmesi gerektiği açıktır.

Yargıtay, 2008 yılı ve sonrasında vermiş olduğu ilke kararlarında faiz oranı yönünden

özel banka-kamu bankası ayrımını kaldırmıştır⁶².

Bankaların Merkez Bankası'na bildirdikleri faiz oranının mı, yoksa uygulanan faizin mi esas alınacağı sorunu bu gün de güncelliğini korumaktadır. Bankalar mevduata uygulayacakları faiz oranlarını belli dönemlerde Merkez Bankası'na bildirirler. Bu faiz oranları bankanın uyguladığı değil uygulayabileceği faizi gösterir. Gerçekte en yüksek faiz oranının fiilen uygulanmış olup olmadığı ilgili bankadan araştırılmalıdır. Kanunda (4857 sayılı İş Kanunu md.34) "uygulanan" sözcüğüne yer verilmesi ve Merkez Bankası'nın bildirdiği faiz oranının ise uygulanacağı bildirilen faiz olması, bu yöndeki itirazları haklı kılmaktadır.

Öte yandan ilgili bankadan (hatta tek tek subelerinden) belirtilen tarihlerde Merkez Bankası'na bildirilen faiz oranının uygulanıp uygulanmadığı ya da en yüksek hangi faizin tatbik edildiğinin sorulması da, uyuşmazlık sürecini uzatan ve hakkın teslimini geciktiren bir durumdur. Yine denilebilir ki, mevduatın miktarına ve banka müdürünün yetkisine göre farklı faiz oranları uygulanabilecektir. Özellikle faiz oranları yönünden doğru bir tespit yapılabilmesi için alacak tutarının da bildirilmesi ve belirtilen miktarda bir mevduat için uygulanan faiz oranının sorulması da gerekebilecektir. Gerçekten 100 TL tutarında bir mevduat ile 1.000.000 TL olan mevduatın farklı faiz oranlarına tabi olması oldukça muhtemeldir. Yine de yasa en yüksek olandan söz ettiğine göre mevduat miktarına bakılmaksızın fiilen uygulanmış olan en yüksek faizin dikkate alınması gerektiği de ileri sürülebilir.

Kanunda işçi ücretinin özel olarak korunması için bu düzenlemeye gidildiği açıktır. Bu yüzden ihtilafa neden olmayacak ve işçinin alacağına bir an önce kavuşmasına imkan verecek şekilde bir kural konulması yerinde olabilirdi. Örneğin, ücretin ödenmesinin gecikmesinde uygulanacak faizin, Merkez Bankası'na bildirilen en yüksek faiz olarak Kanunda açıklanması sorunların çözümünde etkili olurdu.

Ücretin toplu iş sözleşmesinden kaynaklanması halinde söz konusu alacağı uygulanması gereken faiz, 2822 sayılı yasanın 61. maddesi

uyarınca en yüksek işletme kredisi faizi olacaktır⁶³. İşletme kredisi faizi oranı çoğunlukla en yüksek mevduat faizinin üzerindedir. Ancak işletme kredisi faizinin daha düşük olduğu bir ihtimalde, toplu iş sözleşmesinden doğmuş olsa da, ücret alacağı için faizin 4857 sayılı İş Kanunu'nda öngörülen en yüksek mevduat faizi olup olmayacağı bir sorun olarak karşımıza çıkabilir. Düşüncemize göre ücret tamamen toplu iş sözleşmesinden, örneğin toplu iş sözleşmesi ücret artışı hükmünün uygulanmasından doğmuş ise, 2822 sayılı yasanın 61. maddesinde sözü edilen faiz her durumda uygulanmalıdır. Bir başka anlatımla belirtilen faiz oranı, en yüksek banka mevduat faizi oranından daha az olsa dahi, işletme kredisi faizi söz konusu olur.

Bazı toplu iş sözleşmelerinde gününde ödenmeyen işçilik alacakları için günlük yüzde üç fazlasıyla ödemeye dair kurallara yer verildiği görülmektedir. Söz konusu hükümlerin niteliği ayrı bir uyuşmazlık konusudur. Gerçekten, anılan kuralların faiz niteliğinde olduğu kabul edildiğinde, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 34. maddesi ve 2822 sayılı yasanın 61. maddesinde öngörülen faizlerin yerini tarafların özel olarak kararlaştırmış oldukları günlük yüzde üç fazla ödeme kuralı alır. Bu görüşün diğer bir sonucu da ücret alacağı için ayrıca yasal faize karar verilemeyeceğidir. Zira Türk hukukuna göre faize faiz yürütülmesi mümkün değildir. Yine faizden indirim yapılması da mümkün değildir.

Ancak toplu iş sözleşmesinde öngörülen günlük yüzde üç fazlasıyla ödeme kuralının cezai şart niteliğinde olduğu kabul edilirse, günlük yüzde üç fazlası yönünden hesaplanan tutardan Borçlar Kanunu'nun 161/son maddesi uyarınca indirim yapılması gündeme gelir ki, Yargıtay'ın ağırlıklı olarak uygulaması da bu yöndedir⁶⁴. Bu görüşün bir sonucu olarak da işçinin hem asıl alacak hem de fazla ödeme tutarı için faiz isteyebileceğinin kabulü gerekir. Bununla birlikte Yargıtay'ın bir kararında, ücretin gününde ödenmemesi halinde günlük yüzde bir fazlasıyla ödenmesine dair iş sözleşmesi hükmünün cezai şart niteliğinde olmadığı ifade edilmiştir⁶⁵.

Yargıtay'ın konuyla ilgili bir başka kararında

ise, toplu iş sözleşmesinde öngörülen günlük yüzde iki gecikme zammının tazminat niteliğinde olduğu ve indirimin de Borçlar Kanununun 43 ve 44. maddelerine göre yapılması gerektiği açıklanmıştır⁶⁶.

Üzerinde durulması gereken diğer bir konu, gününde ödenmeyen ücret için Kanunun bu hükmü uyarınca kendiliğinden faiz uygulanıp uygulanmayacağı sorundur. Yoksa söz konusu faize karar verilebilmesi için ayrıca temerrüde düşürmek gerekli midir? 4857 sayılı İş Kanunu'nda işçi ücretlerinin ödenmesi gereken gün tam olarak belirlenmiş değildir. 32. maddenin 4. fıkrasında yazılı olan "ücret en geç ayda bir ödenir" kuralı ücretin ödeme periyodunu göstermektedir. Aynı düzenleme 1475 sayılı İş Kanunu'nun 26/2 maddesinde de yer almaktaydı. Buna rağmen Yargıtay tarafından bu hüküm, Borçlar Kanunu'nun 101. maddesi anlamında Kanundan doğan bir ödeme günü olarak değerlendirilmemişti. Bunun sonucu olarak ücreti ödenmeyen işçinin faize hak kazanabilmesi için ayrıca temerrüde düşürmesi gerekmektedir.

4857 sayılı İş Kanunu'nda bu konuda kesin bir ödeme tarihi öngörülmediğinden aynı uygulamanın süreceği ve işçinin faize hak kazanabilmesi için temerrüt koşulunun gerçekleşmesi gerektiği düşünülebilir. Yine de, 34. maddede belirtilen "Gününde ödenmeyen..." ibaresi ile 32. maddede yazılı olan "...en geç ayda bir ..." ödeneceğine dair kuralın birlikte değerlendirilmesiyle farklı bir sonuca varılması mümkündür. Konuyu bir örnekle açıklamak gerekirse, Temmuz 2009 ayına ait ücretini belirtilen ayın sonunda ve gününde alan işçiye sonraki ay ücreti Ağustos 2009 sonu itibarıyla ödenmediğinde 32. maddenin 4. fıkrası hükmünün ihlal edildiği açıktır. Gerçekten, bu durumda ücretin "en geç ayda bir" ödeneceği kuralına uyulmamıştır. O halde işçi ücretinin, bir önceki ay ücretin ödendiği günü takiben bir aylık sürenin sonunda ödenmesinin gerektiği hususu, Kanunda dolaylı olarak düzenlenmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nda bu sonucu destekleyen bir başka düzenleme de Kanununun 102. maddesinin (a) bendinde yer almıştır. 32. maddede belirtilen ücretin gününde ödenmemesi,

idari para cezası ile yaptırıma bağlanmıştır. O halde ödeme gününün Kanunda belirlenmiş olduğu kabul edilmelidir. Bu süre bir ayı aşmayacak şekilde belirlenen periyotta çalışılan sürenin sonu olarak ele alınmalıdır. Aksi halde bahsi geçen idari para cezasının uygulanabilmesi için işverenin işçi tarafından temerrüde düşürülmesini koşulunun gerçekleşmesi gibi bir sonuca varılması gerekecektir.

Belirtmek gerekir ki, 4857 sayılı İş Kanunu işçi ücretlerini 1475 sayılı Kanuna göre daha fazla teminat altına almıştır. Boşta geçen süre ile ilgili en çok 4 aya kadar ücrete karar verilebilmesi (m.21), ücret garanti fonu ile ilgili düzenlemelere gidilmesi (m.33⁶⁷), özel bir faiz türü öngörülmesi ve 20 gün içinde ücret ödenmemesi durumunda çalışmama hakkının tanınması (m.34), ücret hesap pusulası verme yükümlülüğünün getirilmiş olması (m.37) yeni düzenlemeler arasında sayılabilir. Ücretin daha fazla koruma altına alındığı bu düzenlemeler karşısında, faize hak kazanmak için ayrıca temerrüde gerek olmadığı sonucuna varılabilir.

Öte yandan, 1475 sayılı İş Kanunu'nun yürürlükte olan 14/11. maddesinde "...kıdem tazminatının gününde ödenmemesi..." durumunda bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faizin uygulanacağı kuralı mevcut olup, bu hüküm ile, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 34. maddesinin "...gününde ödenmeyen..." ücretlere aynı faizin uygulanacağını öngören düzenleme arasında hiçbir farkın bulunmadığı açıktır. Kıdem tazminatı için fesih tarihinden faiz uygulanması kabul edildiğine göre, 4857 sayılı İş Kanunu'nun uygulamasıyla ilgili olarak ücret yönünde de aynı sonuca varılması mümkün görülmelidir.

4857 sayılı İş Kanunu uygulamasıyla ilgili olarak konu, Yargıtay tarafından ilk defa 2004 yılında verilen bir kararda ele alınmış ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 34. maddesi yönünde de işverenin temerrüde düşürülmediği durumlarda faize hak kazanılamayacağı kabul edilmiştir⁶⁸. Yargıtay'ın bu yönde uygulamasının istikrar kazandığı da görülmektedir⁶⁹.

İşçi ücretinin özel olarak korunduğu bir başka düzenleme 5953 sayılı Basın İş Kanunu'nun 14. maddesinde yer almıştır⁷⁰. Anılan hükme

göre gazetecinin ücreti peşin olarak ödenecektir. Bu kural, Kanunda doğan bir ödeme tarihi olarak kabul edilmekte ve ayrıca temerrüde düşürme şartı aranmamaktadır. Gazetecinin ücretinin gününde ödenmemesi halinde günlük yüzde beş fazlasıyla ödeneceği de anılan maddede hükmüdür. Kanunun 212 sayılı Yasayla tadiline kadar yüzde iki olan bu oranın gerekçesiz olarak yüzde beşe çıkarılması tartışılmakta ve kuralın Anayasaya aykırılığı ileri sürülmektedir⁷¹. Günlük yüzde beş fazlasının yıllık olarak düşünüldüğünde %1825'e karşılık gelmesi, Yargıtay'ı bu konuda farklı bir çözüme yöneltmiş, bunun faiz niteliğinde olmadığı belirtilerek, İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 23.12.1973 gün ve 1973/4 E., 1973/6 K. sayılı kararı ile anılan kuraldan "uyulması zorunlu bir kamu hükmü" olarak söz edilerek ve en çok da tazminata benzetilerek Borçlar Kanunu'nun 44. maddesi uyarınca indirimde gidilmesi gerektiği kabul edilmiştir. O halde gazetecinin gününde ödenmeyen ücretinin yüzde beş fazlası ücret niteliğinde de değildir. Zira işçinin hak kazandığı tahakkuk etmiş ücretlerinden indirimde gidilmesi yasal anlamda mümkün değildir.

İşçi ücreti ile ilgili 625 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nda da özel bir düzenleme bulunmaktadır. Anılan Kanunun 35. maddesinde, özel okullarda görev yapan öğretmenlerin ücretlerinin her ayın sonunda ödenmesi gerektiği ve gününde ödenmemesi halinde günlük yüzde bir fazlasıyla ödeneceği kuralı mevcuttur. Yargıtay kararlarına göre söz konusu yüzde bir fazla ödeme de faiz niteliğinde değildir. Buna göre harcı yatırılmak suretiyle dava konusu yapılmadıkça bu yönde karar verilemez⁷². 8.2.2007 tarihinde yürürlüğe giren 5580 sayılı Yasa 625 sayılı Kanunu tümüyle yürürlükten kaldırmış ve anılan yasada günlük yüzde bir fazlasıyla ödeme kuralına yer verilmemiştir.

Faizin bir yıllık mevduata uygulanan en yüksek faiz oluşunun bir sonucu da ikinci yılın başlangıcında yine en yüksek banka mevduat faizinin belirlenmesi ve bunun uygulanması, gecikme daha da uzunsa takip eden yıllar için de aynı uygulamanın yapılması anlamına gelir. Yıl içinde artan ve eksilen faiz oranları dikkate alınmaz. Bu yüzden kararda faiz oranının gös-

terilmemesi gerekir. Zira bu oran ileride değişebilecektir⁷³.

Ücret alacağı 1475 sayılı İş Kanunu döneminde doğmuş olsa da, ödememe olgusu devam ettiği süre içinde 4857 sayılı İş Kanunu yürürlüğe girmişse, 10.6.2003 tarihinden sonraki dönem için bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faizin yürütülmesi gerekir⁷⁴.

Yargıtay uygulamasına göre bunun için işverenin 4857 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce temerrüde düşürülmesi şarttır. Bu durumda ödenmeyen ücretler için işveren 1475 sayılı İş Kanunu döneminde temerrüde düşürüldüğünde, temadi eden ödememe durumu sebebiyle 1475 sayılı Yasa dönemi için yasal faiz, 4857 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihten sonrası için bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faiz uygulanmalıdır. 1475 sayılı İş Kanunu döneminde açılıp da 4857 sayılı İş Kanunu döneminde devam eden davalarda da aynı sonuca varılmalıdır.

İşçi tarafından açılan dava ya da başlatılan icra takibinde ücret alacağı için yasal faiz istenmiş olması, 4857 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihten sonrası için bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faiz yürütülmesine engel oluşturmaz. Ücret için öngörülen bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faiz de, İş Kanunu'nda ifadesini bulan yasal faizden başka bir şey değildir. İşçinin "yasal faiz" talebinin İş Kanunu'nun 34. maddesinde sözü edilen bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faizi içerdiği kabul edilmelidir⁷⁵.

G. ÜCRETİN GÜVENCELERİ

1. Ücretin Haczedilmezliği ve Sınırı

İş Kanunu'nun 35. maddesi uyarınca işçilerin aylık ücretlerinin dörtte birden fazlası haczedilemez. Ayrıca, işçinin bakmakla yükümlü olduğu aile üyeleri için hakim tarafından taktir edilecek ilave bir miktarın da haczi kabil değildir. Borcun kaynağının para cezası, vergi cezası olması da bu sonucu değiştirmez. Yasaya göre nafaka borçları bundan ayrık tutulmuştur.

2. Devir ve Temlik Yasağı

İşçinin kendi ücretini devir ve temlik etme

Takas mahsup yasağı sadece genel anlamda ücret için söz konusudur. Geniş anlamda ücret kapsamına giren fazla çalışma ücreti, ikramiye vb. işçilik hakları yönünden takas yasağı geçerli olmaz.

hakkı da kanunen sınırlandırılmıştır⁷⁶. İşçinin ve yakınlarının maddi sıkıntıya girmelerinin önüne geçmek için bu düzenlemeye gidilmiştir.

Devir ve temlik yasağı da işçinin ücretinin tamamı için söz konusu olmaz. Ücretin haczedilmezliği bakımından Kanunda öngörülen dörtte bir ve hakim tarafından belirlenebilecek ilave miktar sınırlandırması devir ve temlik yasağı bakımından da geçerlidir. Yine nafaka alacaklıları bakımından bu sınırlandırmalar devir ve temlik yasağı bakımından da geçerli değildir.

3. Ücretin Takas Edilmemesi

Borçlar Kanunu'nun 333. maddesinde düzenlendiği üzere, işçi ücretinin, işçinin kendisi ve ailesinin geçimini temin için miktarı yönünden, işverence takas mahsubu yapılamaz.

İşçinin muvafakatiyle bu mahsup işlemi yapılabilecektir. Yine işverene kasten zarar verilmesi durumunda bu zararın giderilmesi bakımından yapılabilecek takas işlemi ayrıktutulmuştur (BK. 333/2).

Düşüncemize göre takas mahsup yasağı sadece genel anlamda ücret için söz konusudur. Geniş anlamda ücret kapsamına giren fazla çalışma ücreti, ikramiye vb. işçilik hakları yönünden takas yasağı geçerli olmaz.

4. Ücret Kesme Cezasının Sınırlandırılması

İşçiye disiplin cezası olarak verilebilecek ücret kesme cezası, İş Kanunu'nun 38. maddesinde sınırlandırılmıştır. Öncelikle iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesine dayanmayan sebeplerle bu ceza verilemez.

İşçiye verilecek ücret kesme cezası bir ayda

iki gündelikten ve parça başına yahut yapılan iş miktarına göre verilen ücretlerde işçinin iki günlük kazancından fazla olamaz.

İşçiye verilecek olan ücret kesme cezaları karşılığının işverence tasarruf edilebilmesi de mümkün değildir. Bu miktarın Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nca belirlenecek olan bir banka hesabına işverence yatırılması gerekir.

5. Ücretin Ayrıcalıklı Olması

İcra ve İflas Kanunu'nun 206. maddesine göre işverenin iflası halinde, iflasın açılmasından önceki bir yıl içinde doğmuş bulunan ücret ve diğer işçilik haklarının adi alacaklarda önceliği bulunmaktadır. Buna göre iflas masasınca önce malın aynından doğan kamu alacakları, rehinli alacaklar, özel yasalarla kabul edilmiş alacaklar ve iflas masası alacakları ödenir. Bundan sonra adi alacaklara sıra geldiğinde işçinin, iflasın açılmasından önceki bir yıllık dönemde gerçekleşen alacakları ile ihbar ve kıdem tazminatları öncelikle ödenir.

İşçi iflas tarihinden önce işten ayrılmışsa, iflas tarihinden geriye doğru bir yıllık sürenin başlangıcından işten ayrılma tarihine kadar olan süredeki ücret alacağı imtiyazlıdır. İflasın açılmasından bir yıl önce işten ayrılan işçinin işçilik alacakları imtiyazlı değildir, bu nedenle dördüncü sırada yer almalıdır⁷⁷.

İcra ve İflas Kanunu'nun 140. maddesinde iflas halinde uygulanacak olan sıranın hacizde de geçerli olduğu kabul edildiğinden, işçi alacaklarının bu ayrıcalığı haciz yoluyla takipte de aynı düzeydedir⁷⁸.

6. Ücretten İndirim Yapılamaması

İşçinin en önemli hakkı olan ücretin güvencelerinden biri de, ücretten indirim yapılamayacağına dair İş Kanunu'nun 62. maddesindeki düzenlemedir.

İlk olarak günlük ve haftalık çalışma sürelerinin kanunen daha aşağı sınırlara indirilmesi, işçinin ücretinden indirim nedeni olamaz. Örneğin, haftada 45 saat olan çalışma süresinin diyelim ki belli işler bakımından yasal düzenlemeyle daha aşağıya çekilmesi halinde işçinin ücretinden indirim yapılamaz. Aynı kural gün-

lük iş süresinin kısaltılması halinde de geçerlidir.

Her ne kadar İş Kanunu'nun 62. maddesinde iş sürelerinin yasayla azaltılması hali düzenlenmişse de, yasa yerine işverenin tek taraflı iradesiyle iş süresinin indirilmesi halinde de ücrette indirim gidilemez⁷⁹. Buna karşılık işçi ve işveren karşılıklı rızalarıyla her zaman ücrette indirim yoluna gidebilirler. Ücrette indirim, iş süreleri azaltılarak yapabileceği gibi, işin nevi değiştirilerek de gerçekleştirilebilir. Hatta işçinin yaptığı iş aynı kalmak kaydıyla tarafların karşılıklı anlaşma ücreti indirmeleri her zaman mümkündür.

Maddedeki indirim yasağının asıl/temel ücrete mi yöneldiği yoksa bunu da içerir şekilde ücretin eklerini de kapsayıp kapsamayacağı tartışmalıdır. Yargıtay'a göre işçinin ücretinden indirim yapılamayacağına dair kural sadece işçinin asıl ücreti için geçerli olup, ücretin ekleri ve diğer sosyal yardımlar bu korumadan yararlanamaz⁸⁰. Buna karşılık öğretide ağırlıklı görüş, indirim yasağının ücretin ekleri ve diğer sosyal hakları da kapsayacağı şeklindedir⁸¹.

İş akdinin esaslı unsurlarından biri olan ve işçinin iş görme sinallagmasını oluşturan ücrete ilişkin her türlü işçi aleyhine değişiklik, esaslı değişiklik niteliğini taşır⁸². Bu nedenle 4857 sayılı İş Kanunu'nun uygulaması yönünden 22. madde hükümlerinin de birlikte değerlendirilmesi gerekecektir.

İşçi ücretleriyle ilgili olarak uygulamada yaşanan en önemli sorun, toplu iş sözleşmesi ile öngörülen ücret artışlarının kaldırılması veya azaltılması şeklinde kendini göstermektedir⁸³. Yargıtay'ca, toplu iş sözleşmesinin tarafı olan sendika ve işveren yetkililerince protokol yoluyla değişiklik yapılabilmesi kabul edilmiştir. Toplu iş sözleşmesi düzeninin geçerli olduğu bir işyerinde işçilerin bireysel olarak toplu iş sözleşmesi hükmünün uygulanmasından vazgeçmeleri ise geçerli sayılmamaktadır⁸⁴. Ancak işçilerin bireysel olarak vazgeçmelerini ardından bunu bilen toplu iş sözleşmesi taraflarının birbiri ardına yeni toplu iş sözleşmeleri imzalamaları ve işçilerin feragati sonucu oluşan ücreti esas alarak yeni ücret ve artışları belirlemeleri halinde işçilerin bireysel feragatleri

sonraki toplu iş sözleşmeleri yönünden sonuç doğurabilmektedir⁸⁵.

1475 sayılı Kanunun 99/B-3 maddesinde anılan İş Kanunu'nun 60. maddesinde yazılı olan ücretten indirim yapılamayacağı kuralına aykırılık halinde işveren veya vekili halinde para cezası öngörülmüşken, 4857 sayılı İş Kanunu'nda böyle bir açık cezai yaptırıma yer verilmemiştir. Ancak, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 102/a maddesinde "... işçinin ... ücretini ... ek-sik ödeyen işveren veya vekili ..." yönünden idari para cezası öngörülmüştür ki, düşüncemize göre bu yaptırım, 62. maddeye aykırılığı da kapsamaktadır.

DİPNOTLAR

- 1 Centel, Tankut: İş Hukukunda Ücret, İstanbul 1986 s. 58.
- 2 Süzek, Sarper: İş Hukuku, 4. bası, İstanbul 2008. s. 307.
- 3 Yargıtay 9. HD., 13.4.2009 gün, 2007/42510 E., 2009/10516 K. "4857 sayılı İş Kanunu'nda 32. maddenin ilk fıkrasında, genel anlamda ücret, bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutar olarak tanımlanmıştır".
- 4 Yargıtay 9. HD., 05.06.2008 gün, 2007/13670 E., 2008/14250 K. "İşçi ile işveren arasında yazılı iş sözleşmesi yapılmayan hallerde en geç iki ay içinde işçiye çalışma koşullarını temel ücret ve varsa eklerini, ücret ödeme zamanını belirten bir belgenin verilmesi zorunlu tutulmuştur".
- 5 Çenberci, Mustafa: İş Kanunu Şerhi, B. 6, Ankara, 1986, s. 462.
- 6 Çenberci, Mustafa: İş Kanunu Şerhi, B. 6, Ankara, 1986, s. 463.
- 7 Mollamahmutoğlu, Hamdi: İş Hukuku, 3. bası, Ankara 2008, s. 462.
- 8 Yargıtay 9. HD. 12.3.2009 gün, 2007/27896 E., 2009/6771 K. "Ücret tazminat değildir. Tazminatta verilen bir zararın giderimi söz konusudur. Ücret ise bir hizmet karşılığı yapılan ödemedir. Bu farklılık; indirimlerde, haciz ve iflas uygulamasında da kendini gösterir. Transfer ücreti, yapılan işin karşılığı olmayan transferi gerçekleştirmek isteyen işveren ile işçi arasında işçinin geçmişteki başarıları ve gelecekte işyerine yapacağı katkı gözönünde tutularak taraflar arasında serbestçe kararlaştırılan bir borçtur. Para borcunu ifade eder. İşçi için alacaktır. İş karşılığı olan ücret ve ekleri ile transfer ücretinin hukuki nitelikleri farklıdır. Terim olarak transfer ücreti olarak belirtilmesi ona ücret özelliği kazandırmaz."
- 9 Yargıtay 9. HD. 5.3.2009 gün, 2007/38293 E., 2009/5996 K. "Ücret fiilen çalışma sonucu elde edilen bir alacak olduğu için davacının fiilen çalışmadığı günlerde ücret hak ettiğini kabul etmek mümkün değildir"; Yargıtay 9. HD. 8.12.2005 gün, 2005/3292 E., 2005/38856 K., Karar

- için bkz. Çil, Şahin: İş Kanunu Şerhi, 2. baskı, Ankara 2007, s. 2196.
- 10 Yargıtay 9. HD., 16.06.2008 gün, 2007/16098 E., 2008/15750 K. "İş Hukukunda ücret kural olarak çalışma karşılığı ödenir. Aksinin kanunda öngörülmesi ya da taraflarca açık biçimde kararlaştırılması gerekir".
- 11 Bkz. Centel, Tankut: İş Hukukunda Ücret, İstanbul 1986 s. 217; Eyrenci/Taşkent/Ulucan: Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2006, 3. Bası, s. 122.
- 12 Süzek, Sarper: İş Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2008, s. 307.
- 13 Bkz. Mollamahmutoğlu, Hamdi: İş Hukuku, 3. bası, Ankara 2008, s. 518.; Aynı yönde, Demir, Fevzi: Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, B. 3 İzmir 2003, s. 79. Göktaş, Seracettin: Türk İş Hukukunda İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, Ankara 2008, s. 44 vd.
- 14 Bkz. Engin, Murat: Yeni İş Kanunu Tasarısı ve İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı, DEÜHFD, 2003, Sayı 1, s. 80; Eyrenci/Taşkent/Ulucan: Bireysel İş Hukuku İstanbul 2004, s. 107; Soyer, Polat: 4857 sayılı Yeni İş Kanununun Ücret, İşin Düzenlenmesi, İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Bazı Hükümleri Üzerine Düşünceler, 4857 sayılı Yeni İş Kanunu Değerlendirme Konferans Notları, 2003, s. 18; Uzun, Bekir: Yeni İş Yasası Semineri, İstanbul 2004, s. 130.
- 15 Yargıtay 9. HD., 10.2.2005 gün, 2004/13259 E., 2005/3738 K. "İşçinin ücretinin ödeme gününden itibaren 20 gün içinde mücbir bir neden dışında ödenmemesi halinde işçi iş görme borcunun yerine getirmekten kaçınabilir. Bu süre içinde ücret ödemesi uygulaması yapılacağı yasa tasarısında düzenlendiği halde Türkiye Büyük Millet Meclisindeki görüşmeler sırasında bu düzenleme yasa metninden çıkarılmış ve bu suretle Yasama organı boşa geçen bu sürede ücret istenemeyeceğine dair iradesini açık olarak ortaya koymuştur. 34. maddenin bu düzenlemesine göre işçinin iş görme borcunu yerine getirmekten kaçındığı bu sürenin ücretini işverenden talep etmesi mümkün değildir. Zira, işçinin çalışmaması kendi iradesi ile oluşmuştur. Açıklanan bu nedenlerle davanın reddi gerekirken yazılı şekilde kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir."
- 16 Yargıtay 9. HD., 12.2.2009 gün, 2007/34495 E., 2009/2359 K. "İş sözleşmesinde ücretin miktarının açıkça belirtilmiş olması taraflar arasında iş sözleşmesinin bulunmadığı anlamına gelmez. Böyle bir durumda dahi ücret, Borçlar Kanunu'nun 323. maddesinin 2. fıkrasına göre tespit olunmalıdır."
- 17 Ekonomi, Münir: İş Hukuku, C. 1, Ferdi İş Hukuku, B. 3, İstanbul 1987, s. 137; Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri, B. 15, İstanbul 2000, s. 129; Narmanlıoğlu, Ünal: İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri, 1. Bası, s. 216. Eyrenci/Taşkent/Ulucan: Bireysel İş Hukuku İstanbul 2004, s. 101. Süzek, Sarper: İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2006, s. 287.
- 18 Yargıtay 9. HD., 20.11.2008 gün, 2007/31344 E., 2008/31565 K. "Kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçinin ücreti ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatleri, tam süreli emsal işçiye göre çalıştığı süre ile orantılı olarak ödenir."
- 19 Yargıtay 9. HD., 05.06.2008 gün, 2007/13670 E., 2008/14250 K. "Çalışma yaşamında daha az vergi ya da sigorta primi ödenmesi amacıyla zaman zaman, iş sözleşmesi veya ücret bordrolarında gösterilen ücretlerin gerçeği yansıtmadığı görülmektedir. Bu durumda gerçek ücretin tespiti önem kazanır. İşçinin kıdemi, meslek unvanı, fiilen yaptığı iş, işyerinin özellikleri ve emsal işçilere ödenen ücretler gibi hususlar dikkate alındığında imzalı bordrolarda yer alan ücretin gerçeği yansıtmadığı şüphesi ortaya çıktığında, bu konuda tanık beyanları gözetilmeli ve işçinin meslekte geçirdiği süre, işyerinde çalıştığı tarihler, meslek unvanı ve fiilen yaptığı iş bildirilerek sendikalarla ilgili işçi ve işveren kuruluşlarından emsal ücretin ne olabileceği araştırılmalı ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek bir sonuca gidilmelidir."
- 20 Yargıtay 9. HD., 12.2.2009 gün, 2007/34495 E., 2009/2359 K. Yargıtay 9. HD., 10.4.2006 gün, 2005/29688 E., 2006/8901 K. ve Yargıtay 9. HD., 5.5.2003 gün, 2002/24400 E., 2003/7635 K.
- 21 Yargıtay 9. HD., 7.2.2005 gün, 2004/13525 E., 2005/3183 K. "Davacının davalı işyerinde hizmet akdiyle çalıştığı dosya içeriğinden anlaşılmaktaysa da ücretin Mark olarak ödeneceği konusunda yazılı bir belge mevcut değildir. Dairemizin uygulamasına göre tanık beyanlarıyla ücretin yabancı para olarak ödendiğinin kabulü mümkün değildir."; Yargıtay 9. HD. 1.11.2001 gün, 2001/12929 E., 2001/16880 K. "1475 sayılı İş Yasası'nın 26/2 Maddesi gereğince işçinin ücreti Türk parası olarak ödenmesi esastır. Davacının yabancı para üzerinden ödeme yapıldığını Dairemizin yerleşmiş görüşüne göre yazılı belgelerle kanıtlaması gerekir. Bu yolda sözleşme ve ödeme belgesi gibi herhangi bir kanıt sunulmamıştır."
- 22 Yargıtay 9. HD., 23.9.2008 gün, 2007/27217 E., 2008/24515 K. "İşçinin kıdemi, meslek unvanı, fiilen yaptığı iş, işyerinin özellikleri ve emsal işçilere ödenen ücretler gibi hususlar dikkate alındığında imzalı bordrolarda yer alan ücretin gerçeği yansıtmadığı şüphesi ortaya çıktığında, bu konuda tanık beyanları gözetilmeli ve işçinin meslekte geçirdiği süre, işyerinde çalıştığı tarihler, meslek unvanı ve fiilen yaptığı iş bildirilerek sendikalarla ilgili işçi ve işveren kuruluşlarından emsal ücretin ne olabileceği araştırılmalı ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek bir sonuca gidilmelidir."; Yargıtay 9. HD., 20.4.2006 gün, 2005/29683 E., 2006/8900 K. "Ancak mesul müdür olarak çalıştığı anlaşılan davacının bahşiş alması düşünülemez."; Yargıtay 9. HD., 5.12.2005 gün, 2005/12255 E., 2005/37905 K. "Yaklaşık 20 yıldır davalı işyerinde mesul müdür olarak çalışan bir kişinin asgari ücretle çalıştığı kabulü hayatın olağan akışına uygun değildir."
- 23 Yargıtay 9. HD., 5.4.2004 gün, 2003/19606 E., 2004/7404 K. Karar için Bkz. Çil, Şahin: İş Kanunu Şerhi, 2. Baskı, s. 2298, karar no 2043.
- 24 Yargıtay 9. HD., 12.10.2005 gün, 2005/3918 E., 2005/33248 K. "Türk Tabipler Birliği Odasınca Belirlenen asgari ücretin altında ücret ödenemeyeceği konusuna yasal bir düzenleme yoktur. Mahkemece Türk Tabipler Birliği Odasının Tespit ettiği asgari ücret ile davacıya ödenen ücret alacağı farkının hüküm altına alınması hatalı olduğu gibi, Türk Tabipler Birliği Odasının tespit ettiği asgari ücret esas alınarak ihbar, kıdem tazminatı ile izin ücretinin de hesap edilip buna göre karar verilmesi de doğru değildir."

- 25 Yargıtay 9. HD., 17.11.2005 gün, 2005/7382 E., 2005/36430 K. "Davacı aktin 10 ve 11. maddelerine aykırı bir ödeme yapıldığını iddia etmemiş, bu yolda yapılan ödemelere de karşı çıkmamıştır. Bu durumda 3. maddedeki düzenlemeden hareketle fark alacak isteklerinin hüküm altına alınması yerinde değildir."
- 26 Yargıtay 9. HD., 3.2.2005 gün, 2005/584 E., 2005/3065 K. "Davacı, iş sözleşmesi ile çalıştığını ileri sürmüş, davalı ise ilişkinin vekalet sözleşmesine dayandığını savunmuştur. Mahkemece sözleşmenin niteliği vekalet akdi olarak nitelendirilirken davacının kendine ait büroda görev yaptığı gerekçe gösterilmiştir. Ancak, işin işverene ait işyerinde yapılmamış olması tek başına ilişkinin iş sözleşmesine dayanmadığını göstermez. Somut olayda, hizmet akdinin iş, ücret ve bağımlılık unsurları yanında yapılan işin sayı ile değil, zamanla sınırlandırılmış olduğu da dikkate alındığında davacının iş sözleşmesine bağlı olarak çalıştığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle işin esasına girilerek sonucuna göre bir karar vermek gerekirken yazılı şekilde görevsizlik kararı verilmesi hatalıdır."
- 27 Yargıtay 9. HD., 20.03.2008 gün, 2007/14410 E., 2008/5507 K. "4857 sayılı İş Kanununun 8. maddesinde, işçi ile işveren arasında yazılı iş sözleşmesi yapılmayan hallerde en geç iki ay içinde işçiye çalışma koşullarını temel ücret ve varsa eklerini, ücret ödeme zamanını belirten bir belgenin verilmesi zorunlu tutulmuştur. Aynı yasanın 37. maddesinde, işçi ücretlerinin işyerinde ödenmesi ya da banka hesabına yatırılması hallerinde ücret hesap pusulası türünde bir belgenin işçiye verilmesinin zorunlu olduğu hükme bağlanmıştır. Usulünce düzenlenmiş olan bu tür belgeler, işçinin ücreti noktasında işverenden sadır olan yazılı delil niteliğindedir."
- 28 Yargıtay 9. HD., 23.09.2008 gün, 2007/27217 E., 2008/24515 K. "Kişi kendi muvazaasına dayanamayacağından, belgenin muvazaalı biçimde işçinin isteği üzerine verildiği iddiası işverence ileri sürülemez. Ancak böyle bir husus ileri sürülsün ya da sürülmesin, muvazaa olgusunun mahkemece resen araştırılması gerekmektedir, mahkemenin belgeye değer vermeden önce muvazaa şüphesini ortadan kaldırması ve kendiliğinden gerekli araştırmaya gitmesi gerekir."
- 29 Yargıtay 9. HD., 05.06.2008 gün, 2007/13670 E., 2008/14250 K. "Çalışma belgesinde yer alan bilgilerin gerçek dışı olmasının da yaptırıma bağlanmış olması, belgenin ispat gücünü arttıran bir durumdur."
- 30 Yargıtay 9. HD., 05.06.2008 gün, 2007/13670 E., 2008/14250 K. "Bu yönde belgenin verilmiş olması ispat açısından iş veren lehine olmakla birlikte, belgenin düzenlenerek işçiye verilmemesi oluşu, işçinin ücret, sigorta primi, çalışma koşulları ve benzeri konularda yasal güvencelerini zedeleyebilecek durumdadır. Çalışma belgesi ile ücret hesap pusulasının düzenlenerek işçiye verilmiş olması, iş yargısını ağırlıklı olarak meşgul eden, işe giriş tarihi, ücret, ücretin ekleri ve çalışma koşullarının belirlenmesi bakımından da önemli kolaylıklar sağlayacaktır. Bu bakımdan ücretin ispatı noktasında taraflar delillerinin değerlendirilmesi sırasında, işverence düzenlenmesi gereken bu tür belgelerin düzenlenmiş olup olmasının da gözetilmesi gerekir".
- 31 Narmanlıoğlu, Ünal: İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri, 1. Bası, s. 232.
- 32 Yargıtay 9. HD., 11.4.2006 gün, 2005/30365 E., 2006/9503 K. "Davacı dava dilekçesi ile Nüfus Müdürlüğünde çalıştığını iddia etmiştir. Tanık beyanlarından da davacının Nüfus Müdürlüğünde çalıştığı anlaşılmaktadır. İşverenin İçişleri Bakanlığı olduğu anlaşılmaktadır. Ücretinin davalı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfına ödenmesi hizmet aktinin bu vakıfla kurulduğu anlamına gelmez. Ücreti bir üçüncü şahıs ödeyebilir. Davanın İçişleri Bakanlığına açılması gerekir."
- 33 Yargıtay 9. HD., 30.3.2006 gün 2005/28821 E., 2006/8017 K. "Davacı Haziran-2003 ayından 10 günlük ücretinin ödenmediğini iddia etmektedir. Davalı işveren ise davacının Haziran 2003 ayı ücretinin eşi ...'a ödendiğini savunmaktadır. Gerçekten de dosyada mevcut Haziran-2003 ayı ücret hesap pusulasında ... isimli şahsın imzası bulunmaktadır. Mahkemece bu husus üzerinde durulmadan davacının Haziran-2003 ayından 10 günlük ücret alacağına da hükmedilmiştir. Oysa, mahkemece yapılması gereken; bu husus davacıdan açıkça sorulmalı, davalı cevap dilekçesinde yemin deliline dayandığından gerekirse bu konuda davacıya yemin de teklif edilerek oluşacak sonuç doğrultusunda bir karar vermektir ibaret olmalıdır."
- 34 Mollamahmutoğlu, Hamdi: İş Hukuku, 3. bası, Ankara 2008, s. 463.
- 35 Şahlanan, Fevzi: Yabancı Para Borcu ve İşçi Ücretinin Yabancı Para Olarak Belirlenmesi ve Ödenmesi, Prof. Dr. Kenan Tunçomağ'a Armağan, İstanbul 1997, s. 461; Ulucan, Devrim: Ferdi İş İlişkinin Kurulması ve İşin düzenlenmesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna Dair Kararlarının Değerlendirilmesi, 1996, s. 23; Kılıçoğlu, Mustafa: İş Kanunu Şerhi, Ankara 1999, s. 693.
- 36 Narmanlıoğlu, Ünal: İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri, 1. Bası, s. 233, Süzek, Sarper: İş Hukuku, Genel Esaslar, İş Akti, İstanbul 2002, s. 308.
- 37 Soyer, Polat: 4857 sayılı Yeni İş Kanunu'nun Ücret, İşin Düzenlenmesi, İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Bazı Hükümleri Üzerine Düşünceler, 4857 Sayılı Yeni İş Kanunu Değerlendirme Konferans Notları, 2003, s. 15; Süzek, Sarper: İş Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2008, s. 322.
- 38 Süzek, Sarper: İş Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2008, s. 323.
- 39 Ayrıntılı bilgi ve tartışmalar için bkz. Mollamahmutoğlu, Hamdi: İş Hukuku, 3. bası, Ankara 2008, s. 484.
- 40 Narmanlıoğlu, Ünal: İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri, 1. Bası, s. 236.; Başbuğ, Aydın: İşçi Ücretlerinin ATM ile Ödenmesinden Doğan Sorunlar, İş Hukuku Dergisi, Nisan-Haziran 1993, s. 209.; Akın, Levent: İşçi Ücretlerinin Otomatik Para Çekme makineleri İle Ödenmesinin Hukuki Niteliği ve İspatı Sorunu, Yargıtay Dergisi, Temmuz 1996, s. 340.; Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri, B.20, İstanbul 2007, s. 147.
- 41 Süzek, Sarper: İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2006, s. 294.
- 42 Başbuğ, Aydın: İşçi Ücretlerinin ATM İle Ödenmesinden Doğan Sorunlar, İş Hukuku Dergisi, Nisan-Haziran 1993, s. 216.; Akın, Levent: İşçi Ücretlerinin Otomatik Para Çekme makineleri İle Ödenmesinin Hukuki Niteliği ve İspatı Sorunu, Yargıtay Dergisi, Temmuz 1996, s. 353.

- 43 Ücret, Prim, İkramiye ve Bu Nitelikteki Her Türöl İstihkakın Bankalar Aracılığıyla Ödenmesine Dair Yönetmelik, 18.11.2008 gün ve 27058 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.
- 44 5754 sayılı Yasa ile İş Kanunu'nun yanı sıra, 854 sayılı Deniz İş Kanunu ve 5953 sayılı Basın İş Kanunu'nda da değişiklik yapılmış, 10 ve daha fazla işçi çalıştıran işyerleri bakımından bankaya ödeme zorunluluğu bu şekilde diğer iş yasalarına da geçerli kılınmıştır.
- 45 Yargıtay 9. HD., 23.6.2009 gün, 2007/33269 E., 2009/17717 K. "Avans, işçinin henüz ücrete hak kazanmadığı bir dönemde ihtiyacına karşılık işverence yapılan ödemeyi ifade eder. İşçinin zarureti halinde ve işveren açısından zarar ve zorda kalmayı gerektirmeyen bir durumda avans ödemesi zorunlu bir hal olarak yasada düzenlenmiştir".
- 46 Bkz. Türk Dil Kurumu Sözlüğü, www.tdkterim.gov.tr
- 47 Mollamahmutoğlu, Hamdi: İş Hukuku, 2. bası, Ankara 2005, s. 389.
- 48 Saymen, F. Hakkı: Türk İş Hukuku, İstanbul 1954, s. 507; Esener, İş Hukuku Bası 3. Ankara 1978, s. 177.; Ekonomi, Münir: İş Hukuku, C. 1, Ferdi İş Hukuku, B. 3, İstanbul 1987, s. 149; Narmanlıoğlu, Ünal: İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri, 1. Bası, s. 234.
- 49 Bkz. Göktaş/Çil: Basın İş Kanunu, Ankara 2003, s. 180 vd. Kılıçoğlu/Şenocak: İş Kanunu Şerhi, 2. Baskı, İstanbul 2008, 2. cilt, s. 483.
- 50 Yargıtay 9. HD., 23.6.2009 gün, 2007/33269 E., 2009/17717 K. "Borçlar Kanunu'nun 327. maddesinde, "İş sahibi işçinin zarureti dolayısıyla ihtiyacı bulunan ve tediyesi kendisi için zarar ve müzayakayı mucip olmıyan avansları, yapılan iş nispetinde işçiye vermekle mükelleftir" şeklinde kurala yer verilerek, işverenin işçiye belli durumlarda avans ödeme borcu düzenlenmiştir. Avans, işçinin henüz ücrete hak kazanmadığı bir dönemde ihtiyacına karşılık işverence yapılan ödemeyi ifade eder. İşçinin zarureti halinde ve işveren açısından zarar ve zorda kalmayı gerektirmeyen bir durumda avans ödemesi zorunlu bir hal olarak yasada düzenlenmiştir".
- 51 Yargıtay 9. HD., 23.6.2009 gün, 2007/33269 E., 2009/17717 K. "Toplu iş sözleşmesindeki düzenleme avans ödemesinin ötesinde aylık ücretin 15 günde bir ödeneceği şeklindedir. Gerçekten, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 32. maddesine göre ücret en geç ayda bir ödenir ve iş sözleşmeleri veya toplu iş sözleşmeleri ile ödeme süresi bir haftaya kadar indirilebilir. Somut olayda 15 günlük çalışmanın ardından ücret ödeneceği hükme bağlanmış ve ücret ödeme zamanı açıkça toplu iş sözleşmesinde belirlenmiştir. Düzenlemede "avans" sözcüğüne yer verilmiş olması sonuca etkili değildir. Gerçekte 15 günlük çalışmanın ardından ücret ödeneceği ve aynı aydan kalan 15 gün ücretinin ise, takip eden ayın 3. gününe kadar verileceği hükme bağlanmıştır. Toplu iş sözleşmesinde, 15 günlük çalışmanın ardından ücret ödemesi kararlaştırılmış olmakla, aylık ücret yerine 15 günde bir ücret ödemesi sistemi ortaya konulmuştur".
- 52 Yargıtay 9. HD., 23.6.2009 gün 2007/33269 E., 2009/17717 K. "Mahkemece, avans ödenmemesi sebebiyle davacının bu yönde talepte bulunmamış olmasının davacı işçiye haklı fesih imkanı vermeyeceği gerekçesiyle isteğin reddi hatalı olmuştur".
- 53 Saymen, F. Hakkı: Türk İş Hukuku, İstanbul 1954, s. 508; Mollamahmutoğlu, Hamdi: İş Hukuku, 2. bası, Ankara 2005, s. 393.
- 54 Yargıtay 9. HD., 20.06.2008 gün, 2007/22710 E., 2008/16627 K. "1475 sayılı İş Kanunu döneminde bunun dışında toplu olarak hareket etmemek ve kanun dışı grev kapsamında sayılmamak kaydıyla Borçlar Kanununun 81. maddesi uyarınca ücreti ödeninceye kadar iş görme edimini ifa etmekten, yani çalışmaktan kaçınabileceğini kabul edilmekteydi. 4857 sayılı İş Kanununda ücret daha fazla güvence altına alınmış ve işçi ücretininin 20 gün içinde ödenmemesi durumunda işçinin iş görme edimini yerine getirmekten kaçınabileceği açıkça düzenlenmiş ve bunun toplu bir nitelik kazanması durumunda dahi, kanun dışı grev sayılamayacağı kurala bağlanmıştır".
- 55 Yargıtay 9. HD., 5.4.2006 gün, 2005/29736 E., 2006/8627 K. "Ücretin ödendiğini ispat yükü işverene aittir. İşveren 25.8.2003 tarihli ihtarnameye rağmen ödeme belgelerini ibraz etmemiştir. Davacı ücretlerini almadığına ilişkin davalı yanca yöneltilen yemini eda etmiştir. Böyle olunca davacıya hangi aylara ait ücretlerinin ödenmediği sorulmalı, yapacağı açıklamaya göre bilirkişiden rapor alınmalı ve sonucuna göre ücret alacağı ile ilgili hüküm kurulmalıdır".
- 56 Yargıtay 9. HD., 18.10.2004 gün 2004/7006 E., 2004/23275 K. "Eğer uzun süre ücret ödendiği yazılı belgelerle kanıtlayamıyorsa davalı bu konuda davacıya yemin teklif edebileceği gibi mahkemece de resen yemin teklif edilebilir."; Yargıtay 9. H.D., 22.12.1997 gün 1997/17344 E., 1997/21884 K. "Çalışma olgusunun davacı işçi tarafından ispat edilmesi gerekir. Bunun için de kendisinden delilleri sorulmalı ve davalının varsa mukabil delilleri de toplanmalı bir değerlendirmeye tabi tutulmalı bu hususta açıklığa kavuşturulduktan sonra, çok eski tarihten beri uzun bir süre ücret almamasının hayatın olağan akışına aykırı düştüğü de dikkate alınarak mahkemece bir kanaate varabilmek için gerektiği takdirde resen yemin teklifinde de bulunabileceği düşünülerek bir karar verilmelidir."
- 57 Yargıtay 9. HD., 11.6.2009 gün, 2008/3775 E., 2009/16587 K. "Kısmi bir dava açılması halinde alacağın yalnız o kısım için zamanaşımı kesilir. Dava dışı kalan bölümü hakkında, zamanaşımı işlemeye devam eder."
- 58 Çil, Şahin: Dava Konusunun İslah Yoluyla Arttırılması, Adalet Dergisi, Ocak 2002, s. 57 vd.
- 59 Yargıtay HGK., 3.7.2002 gün, 2002/9-564 E., 2002/572 K. "HUMK.'un 87/son cümlesinin Anayasa Mahkemesince iptalinden önce fazlaya ilişkin haklar saklı tutularak açılan kısmi davada davalı önceden temerrüde düşürülmemişse, dava açılmakla oluşan temerrüdün ilk kısmi davaya konu alacaklarla ilgili olduğu daha sonra açılan ek davada istenen bakiye alacaklarla ilgili olarak ek dava tarihi itibarıyla borçlunun temerrüde düşürüldüğü, bunun sonucu olarak ek davaya konu alacaklara ek dava tarihinden itibaren faiz yürütüleceği Yargıtay'ca benimsenmekte idi. Anayasa Mahkemesinin iptal kararı sadece ek dava yerine kısmi islah yolu saklı tutulan

- alacakları aynı davada isteme kolaylığı getirmiş olup, zamanaşımı, temerrüde düşürme gibi usul ve yasa hükümlerini değiştirir değildir. Kısmen ıslahta, tamamen (kamilen) ıslahın aksine ıslah tarihine kadar yapılmış bütün usul işlemleri yapılmamış sayılmaz. Kısmi ıslah, yapıldığı tarihten ileriye yönelik olarak hüküm ifade eder.”
- 60 Yargıtay 9. HD., 28.10.2008 gün, 2007/30109 E., 2008/29250 K. “Bankaların uyguladıkları faiz oranları bir ya da bir kaç aylık veya bir yıllık vadelerle belirlenmektedir. Bunlardan en uzun vade bir yıl olup, en yüksek faiz oranı da bir yıllık mevduata uygulanmaktadır. Bu durumda kıdem tazminatı için uygulanması gereken faiz, ödeme gününün kararlaştırıldığı ya da temerrüdün gerçekleştiği zamanda bankalarca bir yıllık mevduata uygulanan en yüksek faiz oranı olmalıdır.”
- 61 Yargıtay 9. HD., 7.9.2005 gün, 2005/26341 E., 2005/28864 K.
- 62 Yargıtay 9. HD., 14.10.2008 gün, 2007/29309 E., 2008/27229 K. “...ilgili hükümde özel banka ile kamu bankası ayrımı yapılmamıştır. Yasada, “uygulanan en yüksek faiz” sözcüklerine yer verilmiş olmakla sözü edilen faiz oranının uygulanıp uygulanmadığı tespit olunmalıdır.”
- 63 Yargıtay 9. HD., 14.10.2008 gün, 2007/26273 E., 2008/26923 K. “Toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan işçilik alacaklarından ödeme günü açıkça kararlaştırılmış olanlar bakımından belirlenen ödeme tarihi, ödeme günü tespit edilmemiş olanlar yönünden ise işverenin temerrüde düşürüldüğü tarihten itibaren bankalarca uygulanan en yüksek işletme kredisi faizine karar verilmelidir. Dava dilekçesinde yasal faiz istenmiş olması da bu bakımdan sonuca etkili değildir. Gerçekten, yukarıda sözü edilen faiz türü de 2822 sayılı Yasada belirlenmiş olmakla işçinin isteği bahsi geçen özel faiz olarak anlaşılmalıdır.”
- 64 Yargıtay 9. HD., 16.3.2006 gün, 2005/23013 E., 2006/6785 K.; Yargıtay 9. HD., 26.1.2006 gün, 2005/18260 E., 2006/1406 K.
- 65 Yargıtay 9. HD., 9.11.2005 gün, 2005/6324 E., 2005/35532 K.
- 66 Yargıtay 9. HD., 24.11.2005 gün, 2005/4502 E., 2005/37182 K.
- 67 İş Kanunu'nun 33. maddesi 5763 sayılı Yasayla yürürlükten kaldırılmış, 4447 sayılı yasaya Ek Madde 1 olarak eklenmiştir.
- 68 Yargıtay 9. HD., 5.10.2004 gün, 2004/12959 E., 2004/22023 K. “4857 sayılı İş Kanununun 34. maddesinde, gününde ödenmeyen işçi ücretlerinin bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faizi ile birlikte ödenmesi gerektiği kurala bağlanmıştır. Ancak, somut olayda davalıya ait işyerinde ücretlerin ödenme gününü belirleyen toplu iş sözleşmesi ya da iş sözleşmesi bulunmamaktadır. Böyle olunca, ödenmeyen ücretler için faize hak kazanabilmek için işverenin temerrüde düşürülmesi şarttır.”
- 69 Yargıtay 9. HD., 23.3.2006 gün, 2006/5397 E., 2006/7356 K. “Davacı icra takibine vaki itirazın iptalini istemiştir. İcra takibinde istenmeyen kıdem tazminatı ve ücretin temerrüt faizini de hesaplayarak ve rakamlandırılarak talepte bulunmuştur. Ücret alacağı ile ilgili icra takibinden yargılamayı davalı temerrüde düşürülmüş değildir. Bu nedenle ücretle ilgili icra takibinden önceki dönem temerrüt faizi isteğinin kabulü yerinde değildir.”
- 70 Kanununun tam adı, Gazetecilik Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun'dur.
- 71 Bkz. ayrıntılı bilgi için Çil, Şahin: Basın İş Kanununda Öngörülen Yüzde Beş Fazlasıyla Ödeme Kuralı ve Anayasaya Aykırılık Sorunu, Yargıtay Dergisi, Ocak-Nisan 2003, s. 182 vd.
- 72 Yargıtay, 9. HD., 13.3.2001 gün, 2000/19909 E., 2001/3858 K. “...fazla ödeme tazminat niteliğinde olduğundan miktar belirtilip harcı da yatırılmak suretiyle dava konusu yapılabilir”.
- 73 Yargıtay 9. HD., 18.11.2008 gün, 2007/32530 E., 2008/31205 K. “Bu durumda ücret alacağı için uygulanması gereken faiz, ödeme gününün kararlaştırıldığı ya da temerrüdün gerçekleştiği zamanda bankalarca bir yıllık mevduata uygulanan en yüksek faiz oranı olmalıdır. Aynı alacak için ikinci yılın başlangıcındaki en yüksek banka mevduat faizinin belirlenerek uygulanması, gecikme daha da uzunsa takip eden yıllar için de aynı yöntemle başvurulması gerekir. Yıl içinde artan ve eksilen faiz oranları dikkate alınmaz. Yıllar itibarıyla faiz oranları değişebileceğinden kararda faiz oranının gösterilmemesi gerekir”.
- 74 Yargıtay 9. HD., 27.10.2004 gün, 2004/8507 E., 2004/24281 K. “Davacı, davalıyı 17.6.2002 tarihinde ücret alacağı ile ilgili olarak temerrüde düşürmüştür. Temerrüt tarihinde 3095 s. Yasada düzenlenen faizin ücrete uygulanması gerektiği halde, bilahare 10.6.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4857 s. Yasada ücret alacağının ödenmesinde temerrüt halinde mevduata uygulanan en yüksek faizin yürütüleceği hüküm altına alınmıştır. Somut olayda ek davaya konu ve hüküm altına alınan ücret alacağına temerrüt tarihi olan 17.6.2002 tarihinden 4857 s. Yasanın yürürlüğe girdiği 10.6.2003 tarihine kadar 3095 s. Yasa gereğince yasal faiz; 4857 s. Yasanın yürürlüğe girdiği 10.6.2003 tarihinden itibaren ise bu tarihte henüz ücret alacağı ödenmediğinden mevduata uygulanan en yüksek faiz yürütülmesine karar verilmesi gerekir”.
- 75 Yargıtay 9. HD., 18.11.2008 gün, 2007/32530 E., 2008/31205 K. “İşçinin ücret konusundaki talebinin “yasal faiz” olarak adlandırılmış olması da 4857 sayılı İş Kanununun 34. maddesinin uygulanmasına engel değildir. Gerçekten, ücret alacağı bakımından anılan 34. maddede faizle ilgili olarak yasal düzenleme yer aldığından, işçinin isteğinin, bahsi geçen özel faizin talep edildiği şeklinde değerlendirilmesi gerekir.”
- 76 Narmanlıoğlu, Ünal: İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri, 1. Bası, s. 241.
- 77 Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan: İİK Şerhi, Ankara 2007, 4. Cilt. S. 4974.
- 78 Deynekli/Kısa, Hacizde ve İflasta Sıra Cetveli, 2. Bası, Ankara 2001, s. 43.; İlgili kararlar için bkz. Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan: İİK Şerhi, Ankara 2007, 3 Cilt, s. 3438 vd.; 4. cilt, s. 4978 vd.
- 79 Süzek, Sarper: İş Hukuku, 4. bası İstanbul 2008, s. 343.

- 80 Yargıtay 9. HD., 21.12.2005 gün, 2005/14185 E., 2005/40444 K. "Davacının müdür iken aldığı temel ücret tespit edilerek, daha sonra ödenen ücretin belirlenen bu temel ücretin altına düşürüldüğünün saptanması halinde, davacı tarafından verilen ibraname de dikkate alınmak suretiyle yapılacak hesaplama sonucuna göre bu istek hakkında da bir karar verilmelidir."
- 81 Çenberci, Mustafa; İş Kanunu Şerhi, 1984, s. 657; Centel, Tankut; İş Hukukunda Ücret, İstanbul 1988, s. 368; Akyiğit, Ercan: İş Kanunu Şerhi Ankara 2001, s. 164.; Süzek, Sarper: İş Hukuku, Genel Esaslar, İş Akti, İstanbul 2002, s. 325, Mollamahmutoğlu, Hamdi: İş Hukuku, 2. bası, Ankara 2005, s. 423. Alp, Mustafa: İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Ankara 2005, s. 121.
- 82 Süzek, Sarper: Değişiklik Feshi, TİSK Akademi, 2006/1, s. 11.
- 83 Yargıtay'ın konuyla ilgili kararı ve incelemesi için Bkz. Şen, Murat: Toplu İş Sözleşmesinden Doğan Davalarda Feragat, Tühis, Ağustos 2005, s. 19 vd.
- 84 Yargıtay 9. HD., 18.02.2009 gün, 2007/36366 E., 2009/2936 K. "Toplu iş sözleşmesini düzenleyen taraflarca toplu iş sözleşmesi hükümlerinin değiştirilmesi mümkündür. Ancak Dairemizin kökleşmiş uygulamasına göre toplu iş sözleşmesinde yapılacak olan değişiklik geçmişe etkili olamaz (Yargıtay 9. HD. 21.2.2006 gün 2005/38473 E., 2006/4428, Yargıtay 9.HD. 18.7.2008 gün 2007/ 23508 E., 2008/ 20604 K.). Toplu iş sözleşmesinin tarafları arasında çoğunlukla "protokol" adı altında yapılan bu değişiklikler, yapıldıkları tarihten ileriye dönük olarak sonuçlarını doğurur."
- 85 Yargıtay 9. HD., 11.5.2005 gün, 2005/19012 E., 2005/ 24835 K. karar ve incelemesi için bkz. Ulusoy, Mesut: TİS Düzeni İçinde Bireysel Feragat Üzerine Post Modern Bir Karar İncelemesi, Sicil, Mart 2006, s. 98 vd.

KAYNAKÇA

- Akın, Levent: İşçi Ücretlerinin Otomatik Para Çekme makineleri İle Ödenmesinin Hukuki Niteliği ve İspatı Sorunu, Yargıtay Dergisi, Temmuz 1996.
- Akyiğit, Ercan: İş Kanunu Şerhi Ankara 2001.
- Alp, Mustafa: İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Ankara 2005.
- Başbuğ, Aydın: İşçi Ücretlerinin ATM İle Ödenmesinden Doğan Sorunlar, İş Hukuku Dergisi, Nisan-Haziran 1993.
- Centel, Tankut: İş Hukukunda Ücret, İstanbul 1988.
- Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri, B.15, İstanbul 2000.
- Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri, B.20, İstanbul 2007.
- Çenberci, Mustafa: İş Kanunu Şerhi, B.6, Ankara, 1986.
- Çenberci, Mustafa: İş Kanunu Şerhi, 1984.
- Çil, Şahin: İş Kanunu Şerhi, 2. baskı, Ankara 2007.
- Çil, Şahin: Basın İş Kanununda Öngörülen Yüzde Beş Fazlasıyla Ödeme Kuralı ve Anayasaya Aykırılık Sorunu, Yargıtay Dergisi, Ocak-Nisan 2003.
- Çil, Şahin: Dava Konusunun Islah Yoluyla Arttırılması, Adalet Dergisi, Ocak 2002.
- Demir, Fevzi: Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, B. 3 İzmir 2003.
- Deynekli/Kısa, Hacizde ve İflasta Sıra Cetveli, 2. Bası, Ankara 2001.
- Ekonomi, Münir: İş Hukuku, C. 1, Ferdi İş Hukuku, B. 3, İstanbul 1987.
- Engin, Murat: Yeni İş Kanunu Tasarısı ve İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı, DEÜHFD, 2003.
- Esener, İş Hukuku Bası 3. Ankara 1978.
- Eyrenci/Taşkent/Ulucan: Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2006.
- Eyrenci/Taşkent/Ulucan: Bireysel İş Hukuku İstanbul 2004.
- Göktaş, Seracettin: Türk İş Hukukunda İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, Ankara 2008.
- Göktaş/Çil: Basın İş Kanunu, Ankara 2003.
- Kılıçoğlu, Mustafa: İş Kanunu Şerhi, Ankara 1999.
- Kılıçoğlu/Şenocak: İş Kanunu Şerhi, 2. Baskı, İstanbul 2008.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi: İş Hukuku, 3. bası, Ankara 2008.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi: İş Hukuku, 2. bası, Ankara 2005.
- Narmanlıoğlu, Ünal: İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri, 1. Bası.
- Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan: İİK Şerhi, Ankara 2007, Cilt 3, 4.
- Saymen, F. Hakkı: Türk İş Hukuku, İstanbul 1954.
- Soyer, Polat: 4857 sayılı Yeni İş Kanununun Ücret, İşin Düzenlenmesi, İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Bazı Hükümleri Üzerine Düşünceler, 4857 Sayılı Yeni İş Kanunu Değerlendirme Konferans Notları, 2003.
- Süzek, Sarper: İş Hukuku, 4. bası, İstanbul 2008.
- Süzek, Sarper: İş Hukuku, Genel Esaslar, İş Akti, İstanbul 2002.
- Süzek, Sarper: Değişiklik Feshi, TİSK Akademi, 2006/1.
- Şahlanan, Fevzi: Yabancı Para Borcu ve İşçi Ücretinin Yabancı Para Olarak Belirlenmesi ve Ödenmesi, Prof. Dr. Kenan Tunçomağ'a Armağan, İstanbul 1997.
- Şen, Murat: Toplu İş Sözleşmesinden Doğan Davalarda Feragat, Tühis, Ağustos 2005.
- Ulucan, Devrim: Ferdi İş İlişkinin Kurulması ve İşin düzenlenmesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna Dair Kararlarının Değerlendirilmesi, 1996.
- Ulusoy, Mesut: TİS Düzeni İçinde Bireysel Feragat Üzerine Post Modern Bir Karar İncelemesi, Sicil, Mart 2006.
- Uzun, Bekir: Yeni İş Yasası Semineri, İstanbul 2004.

Av. Ahmet KOYUNCU

EBSO Çalışma Komisyonu Üyesi

İşçinin Sadakat Borcu ve İşverenle Rekabet Yasağı

1. REKABET KAVRAMI

1. Genel Olarak

Sözlük anlamı itibariyle rekabet; “iş ve sanatta, ilim ve hünerde üstün olmaya çalışmak ve başkalarına rağmen kazanma gayreti” , “aynı amacı güden kişiler arasında çekişme, kıskançlık; rekabet etmek, birbirleriyle yarışmak”¹ yanında “mal ve hizmet piyasalarındaki teşebbüsler arasındaki özgürce ekonomik kararlar verilebilmesini sağlayan yarış”² olarak da tanımlanmaktadır.

Yukarıdaki açıklamalar dışında Anayasa’ya bakıldığında ise rekabet müessesesine ilişkin herhangi bir düzenlemenin açık bir şekilde yapılmadığını görmekteyiz. Hukukumuzda rekabet müessesesine ilişkin en açık düzenlemenin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun’un 3. maddesinde; “mal ve hizmet piyasalarındaki teşebbüsler arasında özgürce ekonomik kararlar verebilmesini sağlayan yarış” olarak yapıldığını görmekteyiz.

Rekabet kavramı dışında rekabet yasağı kavramı ise en genel anlamda Borçlar Kanunu ile Ticaret Kanunu’nda düzenlenmiştir. Zira en genel anlamda rekabet yasağı olgusu ile amaçla-

nan husus, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi sonucu ortaya çıkan sadakat yükümlülüğünün bir uzantısı olarak, tarafların rekabet yapması sonucu haksız menfaat elde etmelerini engellemektir.

2. Borçlar Hukuku Bakımından

Borçlar hukuku bakımından rekabet yasağı müessesesi, B.K.’nın 348-352. maddeleri arasında hizmet sözleşmesine ilişkin olarak, 526. maddesinde ise ticari mümessil ve vekil gibi tacir yardımcılara ilişkin olarak düzenlenmiştir. Sözleşme ilişkisinden kaynaklanan bir yükümlülük olan rekabet yasağının, taraflarca ihlal edilmesinin, haksız rekabetin sadece bir kesimi olduğu da ifade edilmiştir.³

Yukarıda ifade edilmeye çalışıldığı üzere; B.K. bakımından işçi ile işverenin bağitlamış oldukları hizmet sözleşmesi muvacehesinde, işçinin rekabet yasağı borcu sadakat yükümlülüğünden kaynaklanmaktadır. Zira ilerleyen bölümlerde işçinin işverene karşı sadakat yükümlülüğünün bir uzantısı olan rekabet etmeme yükümlülüğü İş Kanunu açısından da ayrıca ir-
delenmiştir.

3. Ticaret Hukuku Bakımdan

TTK'da rekabet yasağına acente-müvekkil ile ortaklık ilişkisi çerçevesinde yer verilmiştir. Acente için rekabet yasağı, TTK'nın 118. maddesinde "İnhisar" başlığı altında düzenlenmiştir. Bundan başka, TTK'da ticaret ortaklıklarına ilişkin hükümler çerçevesinde her bir ortaklıkta ortaklar bakımından rekabet etme yasağı öngörülmüştür. TTK'nın 172-173. maddelerinde kollektif şirket ortakları; 247. maddesi ile 483. maddesinde adi ve paylı komandit şirket ortakları; 335. maddesinde anonim şirketlerde yönetim kurulu üyeleri ve 547. maddesinde de limited şirket müdürleri açısından rekabet yasağı düzenlenmiştir.⁴

II. İŞÇİNİN İŞ SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

1. Genel Olarak

Hizmet akdi hukuki nitelik itibariyle her iki tarafa borç yükleyen, tam karşılıklı taahhütlere havi bir sözleşmedir. İşte hizmet akdinin bu niteliği gereği, hizmet akdinin tarafları olan işçi ve işverenin birbirlerine karşı bir takım yükümlülükleri vardır.⁵ Hizmet sözleşmesinin bu niteliği sonucu işçinin en önemli yükümlülüklerine örnek olarak iş görme borcu, itaat borcu, sadakat borcu bulunduğunu söylemek mümkündür.⁶

Bu açıklamalar ışığında işçinin rekabet yasağının ise, sadakat borcunun doğal bir uzantısı olduğu söylenebilir.

2. İşçinin İşgörme Yükümlülüğü ve Yerine Getirmemesinin Yaptırımı

A. İşçinin İşgörme Yükümlülüğü

İşçinin iş görme yükümlülüğü, işverenin talimat verme hakkının tam karşılığıdır. Zira işverenin talimat verme hakkı onun yönetim hakkına dayanan bir haktır. Bu hususu 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinden anlıyoruz. İ.K. 2. maddede "Bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiye işçi, işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara işveren, işçi ile işveren arasın-

İşçinin iş görme yükümlülüğü, işverenin talimat verme hakkının tam karşılığıdır.

da kurulan ilişkiye iş ilişkisi denir..." şeklinde açık bir düzenleme mevcuttur.

İşte işçi, işverenin talimat verme hakkı karşısında olan iş görme borcunu ifa ederken işi bizzat kendisi yerine getirmeli⁷ ve bu işi yerine getirirken objektif ihtimam mükellefiyetini ihlal etmemeli yani işi özenle yapmalıdır. Zira kanunda buna ilişkin açık bir düzenleme yoktur. Doktrinde iş ilişkisinin devrine ilişkin olarak bir takım görüşler mevcuttur. Buna göre, yasa da yer almamasına karşın sözleşme özgürlüğü çerçevesinde iş sözleşmesini bir bütün olarak, tüm hak ve borçları ile bir başka işverene sürekli olarak devrini engelleyen bir düzenleme de yoktur. Ancak bu konuda sadece eski ve yeni işverenin bu iş ilişkisinin devri konusunda anlaşması yeterli olmayıp, aynı zamanda işçinin de görüşü alınmalıdır.⁸

İş ilişkisinin devri konusunda işçinin de onayının alınması gerekliliği geçerli bir görüştür. Zira hizmet akdinin bir tarafı işveren iken diğer tarafı vasıfsız işçi olabileceği gibi kimi zamanlar vasıflı işçi olmaktadır. İşte bu durumda, vasıfsız işçilerin yaptıkları işlerde işçilerden şahsi becerileri, özellikleri konusunda fazlaca bir beklenti içerisinde bulunulmaz. Oysa vasıflı işçiler açısından mesleki bilgi ve tecrübe hususları iş sözleşmesinin oluşumunda daha ön planda olduğundan, bu işçilerin işlerinin devri konusunda onay alınması gerekmektedir.

Yukarıda açıklananlar dışında işçinin işi özenle yapması gerekmektedir. Bu husus zaten işçinin sadakat yükümlülüğü ile yakından ilgilidir. Bu husus ilerleyen bölümlerde incelenecektir.

B. İşçinin İşgörme Yükümlülüğünü Yerine Getirmemesinin Yaptırımı

Genel bir ifade ile işçinin iş görme yükümlülüğünü yerine getirmemesi sonucunda bu olumsuz eyleminden dolayı meydana gelen zarardan sorumlu olduğunu söylemek müm-

İşçinin sadakat borcu, sınırları önceden kesin olarak belirlenebilen ve içi tam olarak doldurulabilen bir kavram değildir.

kündür. Zira bu husus B.K.'nın 321. ve 96. maddelerinde düzenlemiş durumdadır. Ancak işçinin bu olumsuz eyleminden dolayı sorumlu tutulmasının en ağır yaptırımlarından birisi ise; İ.K. 25. madde uyarınca derhal ve tazminatsız olarak işverenin, işçinin hizmet akdini sona erdirmesi olacaktır.

Hizmet akdinin derhal sona erdirilmesi ve istenebilecek tazminat konusunda ileriye sürülen görüşlerden birisi de B.K. 321. ve 26. maddeler uyarınca da tazminat istenebileceği hususudur.⁹

3. İşçinin Sadakat Yükümlülüğü ve Buna Aykırı Davranmasının Yaptırımı

A. İşçinin Sadakat Yükümlülüğü

İşçi ile işveren arasındaki bu sadakat bağı her şeyden önce iş akdinin nevi şahsına münhasır bir akit olmasından kaynaklanmaktadır. Zira hizmet akdinin hukuki niteliği itibarıyla açıklamalarını yukarıda yapmıştık.

İşte hizmet akdinin işçi ile işveren arasında kişisel ilişki kurması, işçinin işverene karşı bir sadakat yükümlülüğünün olduğu sonucunu doğurmaktadır.¹⁰ Burada işçinin sadakat borcu ile ifade edilen ve aynı zamanda sadakat borcunun kapsamını belirten husus, işçinin yapılması gerekenleri yapması, yapılmaması gerekenleri ise yapmamasıdır. Dolayısıyla sadakat yükümlülüğünün bir olumlu yanı bir de olumsuz yanı mevcuttur.¹¹

Yukarıda yapılan açıklamalardan da açıkça anlaşılacağı üzere, işçinin sadakat borcu, sınırları önceden kesin olarak belirlenebilen ve içi tam olarak doldurulabilen bir kavram değildir. İşçinin sadakat borcunun kapsamı belirli ölçülerde sözleşme ile düzenlenebilir.¹²

Bu bağlamda işçinin yapılması gerekenleri yapmak şeklinde yükümlü olduğu hususlar,

işverenin veya işletmenin yararına olabilecek hususlar şeklinde olmalıdır.¹³ Bunlara örnek olarak işyeri düzenini bozan işçilerin işverene bildirilmesi, işyerindeki makine ve teçhizatlar da meydana gelen arızaların işverene bildirilmesi gösterilebilir.

Bunun dışında sadakat borcu kapsamında işçinin yapmamakla yükümlü olduğu davranışlar da vardır ve bu davranışlar sadakat borcunun olumsuz yanını teşkil etmektedir. Bu davranışlar işçinin, işyerini, işletmeyi veya işverenin şöhretini zarara uğratabilecek her türlü davranıştan kaçınması şeklinde olabilir.¹⁴ Bu bağlamda sadakat borcunun bu yanına örnek olarak gösterilebilecek davranışlar ise; işçinin çalıştığı işe ilişkin meslek sırlarını açıklamamak, işverenin güvenini kötüye kullanmamak ve en önemlisi işçinin rekabet etmeme borcu¹⁵ olabilir.

B. İşçinin Sadakat Yükümlülüğüne Aykırı Davranmasının Yaptırımı

İşçinin bu gibi davranışları işverene zarar vermişse, işçi bu zararı B.K. 96-99. maddeleri gereğince tazmin etme zorunluluğu içerisinde dir. Ayrıca eylem veya işlem ve diğer koşulların niteliğine göre işveren, işçinin hizmet sözleşmesini haklı nedenlerle veya geçerli sebeplerle feshedebilir.¹⁶

4. İşçinin İşverenin Emir ve Talimatlarına Uyma Yükümlülüğü ve Buna Aykırı Davranmasının Yaptırımı

A. İşçinin İşverenin Emir ve Talimatlarına Uyma Yükümlülüğü

İşçinin itaat borcu, işverenin talimat verme hakkının karşılığını içermektedir. İş Kanunu'nun 2. maddesinden anladığımız işverenin yönetim hakkına dayanarak işin yapılması ve işyerinin düzenine ilişkin verdiği talimatlara işçi uymak zorundadır.

Ancak pek tabii ki işverenin talimatları, işyerinin ihtiyaçları, o işin adeti hatta hakkaniyete uygun olarak yapılması gereği ile sınırlıdır.¹⁷

Bunun dışında İ.K.'nın 8. maddesinde de

işçinin işverene karşı bağımlı olarak iş görme borcunun var olduğuna ilişkin bir düzenleme mevcuttur. Nitekim İ.K. 8. maddede “İş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir...” şeklinde bir düzenlemenin mevcut olduğu görülmektedir. İ.K. 8. maddenin ayrıntılı tetkikinde de işçinin itaat borcunun şu sınırları taşıdığını görmekteyiz. Bunlar hukuk kuralları, işyeri ihtiyaçları ve işin adetidir. Bu açıklamaların doğal bir sonucu olarak da yukarıda anılı sınırları aşan talimatları işçi yerine getirmek zorunda değildir.

Uygulamada işçinin emir ve talimatlarına uyma yükümlülüğü karşımıza özellikle iki önemli ana başlıkta çıkmaktadır. Bunlardan birisi giriş ve çıkış kontrolü, diğeri ise sigara içme yasağıdır.

Mevzuatımızda yapılan değişiklikle yürürlüğe giren 4207 sayılı Yasa uyarınca; kapalı alanlarda sigara içilmesinin yasaklanmasının, uygulamada sigara içme yönünden karşılaşılan bu olumsuzluğu oldukça giderdiği kanaatindeyim.

Bunun dışında giriş ve çıkış kontrolü niteliğindeki üst ve baş aranması ise her ne kadar Anayasa'nın 23. maddesine aykırılık teşkil etse de, işveren işin ve işyerinin güvenliğini sağlamakla yükümlüdür.¹⁸ İşte bu Anayasa'ya aykırılık durumunun ise işçilerin işe giriş ve çıkışlarda üzerlerinin bir nevi sondaj usulü aranması, yani içlerinden birkaçının aranması şeklinde uzlaştırıcı bir yol ile giderilebileceği düşünülebilir.

B. İşçinin İşverenin Emir ve Talimatlarına Uyma Yükümlülüğüne Aykırı Davranmasının Yaptırımı

İşçinin emir ve talimatlara uymamasına ilişkin yaptırımlar, işçinin sadakat yükümlülüğüne aykırı davranması halinde karşılaşılabilecek yaptırımlar ile paralellik göstermektedir.

III. İŞÇİNİN REKABET ETME YASAĞI MÜESSESESİ

1. Genel Olarak

Yukarıda yapılan açıklamalardan da açıkça anlaşılacağı üzere işçinin rekabet etme yasağı,

Rekabet yasağı sözleşmesiyle işçinin ancak rekabet teşkil edecek faaliyetleri yasaklanabilir.

en genel anlamda B.K.'nın 348-352. maddeleri arasında düzenlenmiş olup, aynı zamanda da işçinin iş sözleşmesinden kaynaklanan sadakat yükümlülüğünün en önemli uzantısı niteliğindedir.

İşçinin hizmet sözleşmesi sonrası rekabet etmeme yükümlülüğüne ilişkin dikkat edilmesi gereken en önemli nokta, hizmet akdinden sonra işçinin rekabet etme yasağının ancak işçi ve işveren tarafından kararlaştırılması halinde gündeme geleceğidir.¹⁹ Zira işçinin iş sözleşmesi sırasında rekabet etmemesi asıldır ve bu işçinin sadakat yükümlülüğünün bir uzantısıdır, ancak işçinin iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra böyle bir yükümlülüğü ancak tarafların kararlaştırması ile gerçekleştirilebilecektir.²⁰

Bu sebeple işçinin iş sözleşmesi sırasında rekabet borcuna aykırı davranışlarda bulunması, doğruluk ve bağlılığa uymayan, sadakat borcuna aykırı davranış olarak sayılır ve işveren için önelsiz ve tazminatsız fesih hakkını doğurur.²¹

İş hukuku alanında her ne kadar sözleşme serbestisi bulunsa dahi, doktrinde bazı yazarlar rekabet yasağı sözleşmesinin ancak B.K.'nın 348. maddesinde belirlenen sınırların aşılması halinde geçerli olacağını ileri sürmektedir.²² Buna göre hangi sınırların aşılması halinde rekabet yasağı sözleşmesinin mevcut olmayacağı ileriki bölümlerde irdelenecektir.

2. İşçinin Rekabet Etme Yasağı Sözleşmesinin Unsurları

A. İşçi-İşveren Arasında Yazılı Bir Sözleşme Olmalı veya Sözleşmeye Ek Hüküm Konulmalı

Yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere işçinin iş sözleşmesi sonrası rekabet etmeme borcu, işçinin sadakat borcu-iş görme borcu-emir ve talimatlara uyma borcu gibi iş

İşçinin cezai şart dolayısıyla işverene karşı sorumlu tutulabilmesi cezai şart müessesesinin hukuki niteliğinden de anlaşılacağı üzere ancak tarafların kararlaştırmaları halinde mümkün olacaktır.

sözleşmesinden kaynaklanan borçlardan değildir. İş görme, itaat ve sadakat borçları zaten taraflar arasında kararlaştırılmasa bile mevcut olan borçlardır.²³ Oysa işçinin rekabet etmeme borcu, hizmet sözleşmesinde veya iş sözleşmesine konulacak bir ek cezai hüküm olmadıkça gündeme gelmeyecektir. Burada rekabet yasağı sözleşmesi veya işçinin hizmet sözleşmesine konulacak olan ek hükmün geçerli olabilmesi için işçinin müşterileri tanıması ve işin sırlarını biliyor olması gereklidir.²⁴ Zira B.K.'nın 350. maddesi işçi işveren arasındaki rekabet yasağı sözleşmesinin geçerlilik şartını yazılı şekle tabi tutmuştur. Bunun aksi bir durumda işçi ve işveren arasında bir rekabet yasağı sözleşmesinin mevcut olduğunu söylemek mümkün değildir.

Rekabet yasağı sözleşmesinde aranan bu yazılı şekil şartı, işçinin korunması ilkesinin bir uzantısıdır.²⁵ Zira işçinin, işvereni ile olan hizmet ilişkisinin sona ermesinden sonra, işverene bağlı olarak yapmış olduğu bu işi devam ettirmek istemesi muhtemeldir. İşçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete uygun olmayacak şekilde yer ve zaman bakımından sınırlayan bu sözleşmeler geçerli olamazlar.

B. Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Zaman Bakımından Sınırlandırılmış Olması

B.K.'nın rekabet yasağı sözleşmesine ilişkin olarak mevcut düzenlemelerindeki en büyük eksiklik, yasada rekabet sözleşmesini zaman bakımından sınırlayan bir hükmün mevcut olmamasıdır.²⁶

Ancak B.K.'da rekabet yasağı sözleşmesine ilişkin açık bir düzenlemenin mevcut olma-

ması tarafların sınırsız anlamda diledikleri bir zaman diliminde bir rekabet yasağı sözleşmesi yapmalarına imkan vermemektedir. Burada makul bir süre için yapılacak olan bir rekabet yasağı sözleşmesinin geçerli olacağını anlamak gerekir. Yargıtay çeşitli kararlarında işçinin hizmet akdinin sona ermesinden sonra işçinin ekonomik hayatını olumsuz yönde etkileyecek rekabet yasağı sözleşmelerinin geçerli bir sözleşme sayılmayacağı yönünde kararlar vermektedir.

C. Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Yer Bakımından Sınırlandırılmış Olması

Rekabet yasağı sözleşmesinin yer bakımından sınırlandırılmış olması şartı onun bir diğer unsuru olup, aynı zamanda geçerlilik şartıdır. Buradaki sınırlama, ancak ve ancak işverenin iş ilişkisi dolayısıyla ulaşabileceği sınırı ifade etmektedir. İşverenin veya işletmenin ulaşabileceği sınırın dışı, sözleşmede kararlaştırılmış olsa bile geçerli olmayacaktır.

D. Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Konu Bakımından Sınırlandırılmış Olması

Rekabet yasağı sözleşmesiyle işçinin ancak rekabet teşkil edecek faaliyetleri yasaklanabilir. Buradaki konu bakımından sınır, işverenin faaliyetini oluşturmaktadır. Faaliyetin de alanını hizmet akdinin sona erdiği alana göre belirlemek gerekir.²⁷

E. İşçinin Rekabet Yasağı Sözleşmesini İmzaladığı Anda Reşit Olması

B.K.'nın 348. maddesi rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliğini, işçinin reşit olması koşuluna bağlamıştır. Buradaki rüşt şartı, işçinin sözleşmeyi imzaladığı sırada içerisinde bulunduğu yaşı ifade etmektedir. Bu bakımdan işçinin reşit olduktan sonra işe başlaması, o sözleşmeyi geçerli kılmayacaktır.²⁸

Nitekim Yargıtay 9. H.D. de genç yaşta iş yerinden ayrılan işçinin ekonomik durumunun korunması açısından ekonomik geleceğinin sınırlandırılmaması gerekliliğini vurgulamıştır.²⁹

F. Sözleşmenin Yazılı Yapılması

Yukarıdaki açıklamalarımızdan da açıkça anlaşılacağı üzere işçi ve işveren arasındaki rekabet yasağı sözleşmesinin geçerli olması onun ancak ve ancak yazılı olması şekil şartına bağlanmıştır. Bunun dışındaki bir rekabet yasağı sözleşmesinin hukuken geçerli olduğunu söylemek mümkün değildir. Zira yasa koyucunun burada rekabet yasağı sözleşmesini yazılı şekle tabi kılmasının en önemli sebebi işçinin korunması ilkesine dayanmaktadır. İşçi ancak rekabet yasağı sözleşmesinin yazılı olduğu durumlarda rekabet yasağına uymak zorunda olduğu hususlarını daha iyi bilebilecek konumda olacaktır.

3. REKABET ETME YASAĞINA AYKIRI DAVRANMANIN HÜKÜM VE SONUÇLARI

A. İşçinin Tazminat Ödeme Zorunluluğu

Öncelikle belirtmek gerekir ki B.K. genel hükümleri uyarınca hizmet sözleşmesi sonrası işçinin rekabet yasağı yükümlülüğüne aykırı davranması sonucunda işverenin işçiden tazminat isteme yükümlülüğü hakkı mevcuttur. Burada dikkat edilmesi gereken husus rekabet yasağı sözleşmesinde ayrıca bir cezai şart öngörülmemiş olsa bile genel hükümlerden bahisle işverenin tazminat isteyebileceğidir. Zira bu husus B.K. 351/1. maddede açıkça düzenlenmiştir.

İşçinin buradaki tazminat ödeme zorunluluğundan kurtulabilmesinin tek yolu işçinin kusurlu olmadığına ispatına bağlıdır.³⁰

B. İşçinin Cezai Şartın Gereğini Yerine Getirme Zorunluluğu

İşçinin cezai şart dolayısıyla işverene karşı sorumlu tutulabilmesi cezai şart müessesesinin hukuki niteliğinden de anlaşılacağı üzere ancak tarafların kararlaştırmaları halinde mümkün olacaktır.

İşveren açısından rekabet yasağı sözleşmesine muhtelif şekilde aykırı davranılabilir ve bu da işverenin bu aykırılığı ispatlaması aç-

sından pratikte ciddi ispat sorunları yaratır.³¹ İşte bu olumsuzluğu önlemek açısından cezai hükümlerinin sözleşmeye eklenmesi işveren açısından önem taşımaktadır. İşçi rekabet yasağına aykırı davrandığı durumlarda tarafların kararlaştırmış olduğu cezai şartın gereğini işverene karşı yerine getirmek zorundadır.³² Ancak unutmamak gerekir ki tarafların belirlemiş olduğu cezai şartın makul, kabul edilebilir nitelikte olması halinde geçerli olması beklenir. Bunun dışında fahiş nitelikteki mevcut bir cezai şartın uygulanması zorunluluğu ortaya çıktığında bu durumun giderilmesini talep etmek ve böylece bunun tenkisini sağlamak mümkündür.

DİPNOTLAR

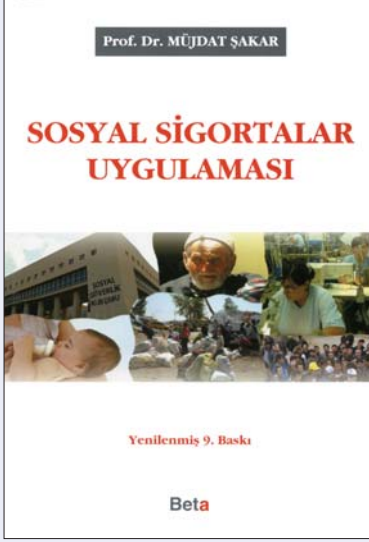
- 1 Türk Dil Kurumu; Türkçe Sözlük, Milliyet Yayınları, İstanbul-1992, s. 1216.
- 2 YILMAZ Ejder; Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, Ankara-1996, s. 687.
- 3 AYHAN Rıza; Haksız Rekabet Münasebetiyle Elde Edilen Menfaatlerin İadesi, Konya-1990, s. 8.
- 4 AŞÇIOĞLU Gamze; Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Ankara-2000, s. 28.
- 5 ÇELİK Nuri; İş Hukuku Dersleri, Beta Basım Yayıncılık, İstanbul-2004, s. 78.
- 6 SÜZEK Sarper; İş Hukuku, Beta Basım Yayınları, İstanbul 2002, s. 279.
- 7 SÜZEK Sarper; İş Hukuku, Beta Basım Yayınları, İstanbul-2002, s. 279.
- 8 EYRENCİ-Taşkent-Ulucan; Legal Yayınları, İstanbul-2004, s. 84.
- 9 ÇELİK, Nuri; İş Hukuku Dersleri, Beta Basım Yayınları, İstanbul-2004, s. 122.
- 10 SÜZEK Sarper; İş Hukuku, Beta Basım Yayınları, İstanbul-2002, s. 291.
- 11 ÇELİK, Nuri; İş Hukuku Dersleri, Beta Basım Yayınları, İstanbul-2004, s. 124.
- 12 EYRENCİ-Taşkent-Ulucan; Legal Yayınları, İstanbul-2004, s. 96.
- 13 SÜMER Haluk; İş Hukuku, Konya-2000, s. 58.
- 14 DEMİR Fevzi; İş Hukuku ve Uygulamaları, İzmir-2003, s. 66.
- 15 SÜMER Haluk; İş Hukuku, Konya-2000, s. 60.
- 16 EYRENCİ-Taşkent-Ulucan; Legal Yayınları, İstanbul-2004, s. 96.
- 17 ÇELİK, Nuri; İş Hukuku Dersleri, Beta Basım Yayınları, İstanbul-2004, s. 122.

- 18 ÇELİK, Nuri; İş Hukuku Dersleri, Beta Basım Yayınları, İstanbul-2004, s. 123.
 - 19 ÇELİK, Nuri; İş Hukuku Dersleri, Beta Basım Yayınları, İstanbul-2004, s. 126.
 - 20 EYRENCİ-Taşkent-Ulucan; Legal Yayınları, İstanbul-2004, s. 96.
 - 21 DEMİR Fevzi; İş Hukuku ve Uygulamaları, İzmir-2003, s. 70.
 - 22 GÜNAY, Cevdet İlhan; İş Hukuku Yeni İş Yasaları, Yetkin Yayınları, Ankara-2003, s. 367.
 - 23 DEMİR Fevzi; İş Hukuku ve Uygulamaları, İzmir-2003, s. 70.
 - 24 SÜMER Haluk Hadi; İş Hukuku Uygulamaları, Konya-2000, s. 35.
 - 25 SOYER Polat; Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye Yayınları, No: 53, s. 42.
 - 26 SOYER Polat; Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye Yayınları, No: 53, s. 64.
 - 27 SOYER Polat; Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye Yayınları, No: 53, s. 66.
 - 28 SOYER Polat; Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye Yayınları, No: 53, s. 44.
 - 29 Yargıtay 9. H.D, 14.03.2000 tarihli, 2000/552 Esas-2000/2892 Karar sayılı ilamı.
 - 30 SOYER Polat; Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye Yayınları, No: 53, s. 78.
 - 31 SOYER Polat; Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye Yayınları, No: 53, s. 80.
 - 32 EYRENCİ-Taşkent-Ulucan; Legal Yayınları, İstanbul-2004, s. 96.
- SÜZEK Sarper; İş Hukuku, Beta Basım Yayınları, İstanbul-2002.
 - TÜRK DİL KURUMU; Türkçe Sözlük, Milliyet Yayınları, İstanbul-1992.
 - YILMAZ Ejder; Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, Ankara-1996.

KAYNAKÇA

- AŞÇIOĞLU Gamze; Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Ankara-2000.
- AYHAN Rıza; Haksız Rekabet Münasebetiyle Elde Edilen Menfaatlerin İadesi, Konya-1990.
- ÇELİK Nuri; İş Hukuku Dersleri, Beta Basım Yayımcılık, İstanbul-2004.
- DEMİR Fevzi; İş Hukuku ve Uygulamaları, İzmir-2003
- EYRENCİ-Taşkent-Ulucan; Legal Yayınları, İstanbul-2004.
- GÜNAY, Cevdet İlhan; İş Hukuku Yeni İş Yasaları, Yetkin Yayınları, Ankara-2003.
- SOYER Polat; Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye Yayınları, No: 53.
- SÜMER Haluk; İş Hukuku, Konya-2000.

YENİ YAYINLAR



Prof. Dr. Müjdat Şakar'ın "**Sosyal Sigortalar Uygulaması**" adlı eserinin yenilenmiş 9. baskısı yayımlandı.

İlk baskısı 1994 yılında "Sosyal Sigortalar Hukuku El Kitabı" olarak yayımlanan eser, her baskıda yapılan ilavelerle, "el kitabı" özelliğinden uzaklaşarak kapsamlı bir ders kitabına dönüşmüştür. Öncelikli amacının, öğrencilerin ders notu ihtiyacını karşılamak olduğu belirtilen eser, "Genel Esaslar", "Sigorta Kolları", "Hizmet Borçlanması ve Hizmetlerin Birleştirilmesi" ile "Genel Sağlık Sigortası" olmak üzere dört ana bölümden oluşmaktadır.

Sosyal güvenliğin ülkemizdeki gelişimine, özellikle de 2003 sonrası yapılan sosyal güvenlik reformuna ilişkin eleştirilere yer verilen kitapta 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile getirilen değişiklikler üzerinde ayrıca durulmuştur.

Prof. Dr. Z. Gönül BALKIR'ın "**Türk Anayasa Yargısında Sosyal Hakların Korunması**" adlı eseri Ocak 2009 tarihinde yayımlanmıştır.

Yazarın profesörlük takdim tezi olarak hazırladığı çalışmada 1982 Anayasası'nda yer alan sosyal haklar Anayasa Mahkemesi kararları ışığında yorumlanmıştır.

Türk Anayasa Yargısında sosyal hakların korunmasıyla ilgili eserde, teorik çerçeve yanında, tarihsel veriler ve mahkeme kararlarına da ağırlık verilmiştir. Kitapta sosyal haklarla bütünleşik olmak üzere çalışma haklarının korunması ve sınırlandırılması konusu belirlenmeye ve bu konudaki kırmızıçizgilerin altı çizilmeye çalışılmıştır. Çalışmada belirlenen teorik çerçevenin uygulamayla ne ölçüde bağdaştığı ve nerelerde ters düştüğü, ne gibi çelişkilerle karşılaştığı gibi sorulara yanıt bulabilmek için, anayasa yargısı uygulamaları ve Anayasa Mahkemesinin verdiği kararlar incelenerek AB uyum süreci içindeki sosyal haklara değilinmiştir.



Av. Hakkı KIZILOĞLU

TİSK Hukuk Müşaviri

Alt İşverenlik Mevzuatında Son Durum**1. GENEL OLARAK**

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2003 yılında TBMM'de kabul edildiği sırasında 2. maddesinde yapılan değişiklik ile alt işveren uygulamalarına önemli sınırlamalar getirilmişken, 5763 sayılı Kanun ve sonrasında çıkartılan Alt İşverenlik Yönetmeliği ile bu kısıtlamaların sayısı arttırılmıştır.

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca çıkartılan Alt İşverenlik Yönetmeliği 27.09.2008 tarih ve 27010 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Ancak içerdiği bazı hükümler nedeniyle dayanağını oluşturan 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5763 sayılı Kanunla değişik 3. maddesi, aynı Kanunun alt işveren tanımının yapıldığı 2. maddesi hükümlerini aşacak biçimde düzenlemeler içermesi, Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu ile çelişmesi nedeniyle Yönetmelik yoğun eleştirilere maruz kalmıştır.

Tersanelerde yaşanan ölümcül iş kazalarına tepki olarak kabul edilen söz konusu Yönetmelik ile alt işverenlik uygulamasında yeni bir devreye girilmiştir.

Ancak anılan düzenlemeler kamu kurum ve kuruluşları açısından o denli sıkıntı verici bir durum oluşturmuştur ki, 2006 yılında çıkarılan 5538 sayılı Yasa ile "eşitlik ilkesine temelden aykırı" biçimde kamunun bu düzenlemelerin dışında olduğuna ilişkin hükümler benimsenmiştir.

İş Kanunu'nun 2. maddesinde yer alan alt işveren ilişkisi kurulmasına yönelik kısıtlayıcı hükümler;

- Alt işverenin üstleneceği işin işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerden olması,
- Asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınıp, bu işçilerin haklarında kısıtlama yapılmaması,
- Asıl işin bir bölümü alt işverene verildiğinde, o işte asıl işverene ait bir işçinin çalıştırılmaması,
- Daha önce o işyerinde çalıştırılan kişiyle alt işverenlik sözleşmesinin kurulmaması şeklinde özetlenebilecektir.

Diğer taraftan aynı madde uyarınca bir ilişkinin alt işverenlik ilişkisi sayılabilmesi için;

- Alt işverenin üstleneceği işin asıl işverenin işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerden veya asıl işin bir bölümünde olması,
- İşin işyerinde işçi çalıştıran bir asıl işverenden alınması,
- Alınan işin, işverenin işyerinde yürüttüğü mal ve hizmet üretimine ilişkin bir iş olması,
- İşin asıl işverene ait işyerinde görülmesi,
- Alt işverenin üstlendiği iş için görevlendirildiği işçilerini sadece bu işte çalıştırması, kriterlerinin mevcut olması gerekmektedir.

Yönetmelikte uygulanması son derece zor, karmaşık ve ekonomik gereklere aykırı bir alt işverenlik kurumu ortaya çıkmıştır.

26.05.2008 tarih ve 26887 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 5763 sayılı Kanunla 4857 sayılı Kanunun 3.maddesinde yapılan değişiklik sonucu aşağıda belirtilen yeni kısıtlama ve yükümlülükler öngörülmüştür:

- Kanunun 2. maddesinin altıncı fıkrasına göre iş alan alt işveren, kendi işyerinin tescili için asıl işverenden aldığı yazılı alt işverenlik sözleşmesi ve gerekli belgelerle birlikte, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı bölge müdürlüğüne bildirim yapmakla yükümlü tutulmuştur.

- Bölge müdürlüğüne tescili yapılan bu işyerine ait belgeler gerektiğinde iş müfettişlerince incelenecektir.

- İnceleme sonucunda muvazaalı işlemin tespiti halinde, bu tespite ilişkin gerekçeli müfettiş raporu işverenlere tebliğ edilecektir.

- Bu rapora karşı tebliğ tarihinden itibaren altı işgünü içinde işverenlerce yetkili iş mahkemesine itiraz edilebilecektir.

- İtiraz üzerine verilen kararlar kesin nitelikte olacaktır.

- Rapora altı iş günü içinde itiraz edilmemiş veya mahkeme muvazaalı işlemin tespitini onanmış ise tescil işlemi iptal edilecek ve alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılacaktır.

- Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulması, bildirimi ve işyerinin tescili ile yapılacak sözleşmede bulunması gerekli diğer hususlara ilişkin usul ve esaslar Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenecektir.

Yukarıda belirtilen düzenlemelerle uygulamada görülen kimi muvazaalı işlemlerin önlenmesi öngörülmüşken, bu defa uygulanması son derece zor, karmaşık ve ekonomik gereklere aykırı bir alt işverenlik kurumu ortaya çıkmıştır.

2. ALT İŞVERENLİK YÖNETMELİĞİ’NİN HUKUKSAL ANALİZİ

27.09.2008 tarih ve 27010 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Alt İşverenlik Yönetmeliği, alt işverenlik müessesesini ortadan kaldıracı nitelikteki hükümleriyle, ilgili Kanunlara ve Anayasa’ya aykırı hükümler içermektedir.

Yönetmelik incelendiğinde aşağıda belirtilen konularda hukuksal çelişkiler ortaya çıkmaktadır.

- 4857 sayılı İş Kanunu’nun 2. ve 3. maddelerinde muvazaa tanımı yapılmamışken ve Borçlar Kanunu’nda genel bir tanım bulunuyorken Yönetmeliğin 3. maddesiyle muvazaanın tanımının yapılması ilgili kanunlara ve hukuka aykırılık oluşturmaktadır.

- Yönetmeliğin 3. maddesindeki muvazaa tanımına, İş Kanunu’nun 2/VI. maddesindeki sınırlamalar (“işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş”) da dahil edilmiştir. Oysa, İş Kanunu’nun 3. maddesinde yapılan değişiklikle iş müfettişlerine “salt muvazaa yönünden” inceleme yetkisi tanınmıştır. İş müfettişlerinin alt işverenlik ilişkisini “objektif koşullar” bakımından inceleme yetkisi bulunmamaktadır. Bu yetki münhasıran iş mahkemeleri hakimlerine aittir. Bu durum ilgili Kanuna aykırıdır.

- İş Kanunu’nun 2. maddesinde, sözleşmenin muvazaalı işlem olarak kabul edilmesi için “asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından çalıştırılmak suretiyle haklarının kısıtlanması” ve “alt işverenlik ilişkisinin daha önce o işyerinde çalışan kimse ile kurulması” şeklinde iki koşul aranmaktadır. Yönetmeliğin 3. maddesinin (g) bendi ile bu iki koşula “uzmanlık gerektirmeyen işlerin alt işverene verilmesi” ve “kamusal

Alt İşverenlik Yönetmeliği, alt işverenlik müessesesini ortadan kaldıracı nitelikteki hükümleriyle, ilgili Kanunlara ve Anayasa’ya aykırı hükümler içermektedir.

Üçlü Danışma Kurulu'nun 20 Mayıs 2009 tarihli toplantısında Alt İşverenlik Yönetmeliği'nde yaşanan sorunların tespiti ve Yönetmelikte yapılması gereken değişiklik tekliflerinin incelenmesi için üçlü yapıda Alt Komite oluşturulmuştur.

yükümlülüklerden kaçınmak veya işçilerin iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi yahut çalışma mevzuatından kaynaklanan haklarını kısıtlamak ya da ortadan kaldırmak gibi tarafların gerçek iradelerini gizlemeye yönelik işlemleri" şeklinde iki ilave koşul daha getirilmiştir. Yönetmelikle Kanunda bulunmayan hususların getirilmesi hukuka aykırı düşmektedir.

- Yönetmeliğin 10. maddesinde, alt işverenlik sözleşmesinde bulunması gereken hususlar "maddeler halinde ve tek tek" belirlenmiştir. Bu, her şeyden önce sözleşme serbestisi ilkesine ve dolayısıyla Anayasa'ya aykırıdır.

- Yönetmeliğin 9. maddesinin (2) numaralı fıkrasında; "Asıl işveren ile alt işveren arasında yapılan ve işin üstlenilmesine esas teşkil eden sözleşmede, 10 uncu maddede yer alan hususların bulunması halinde söz konusu sözleşme alt işverenlik sözleşmesi olarak kabul edilebilir." şeklinde getirilen düzenleme ile alt işveren sözleşmelerinin Yönetmelikte bulunan şartları tam olarak taşınması halinde geçerli olacağı belirtilmektedir. Oysa sözleşmelerde Yönetmelik hükümlerinden hangilerinin yer alacağına tarafların karar vermesi gerekir. Sözleşmede bulunması gereken tüm hususların yönetmelikle belirlenmesi sözleşme hürriyetine aykırı düşmektedir.

- Yönetmeliğin 10. maddesinin 2. fıkrasında yer alan alt işverenin uzmanlığını belgelenmesi amacıyla sözleşme kapsamındaki işe uygun; iş ekipmanı listesi, iş bitirme belgesi, operatör ve teknik eleman sertifikalarının sözleşmeye eklenmesi zorunluluğu da Kanunda bulunmayan bir husus olup Yönetmelikle getirilmesi uygun olmamıştır.

- Yine Yönetmeliğin 11. maddesinde; asıl işin, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektirmesi şartlarının birlikte gerçekleşmesi halinde bölünerek alt işverene verilebileceği ifade edilmektedir.

İş Kanunu'nun 2. maddesinde yer almayan "birlikte" ifadesinin Yönetmelik ile getirilmek istenmesi Kanunlar hiyerarşisine aykırıdır.

- 4857 sayılı İş Kanunu'nun ilgili 2. ve 3. maddelerinde Yönetmelikte yer alması gereken husus olarak belirtilmemesine rağmen, Yönetmeliğin 11. maddesinin son fıkrası olarak düzenlenen asıl işin bir bölümünde iş alan alt işverenin, üstlendiği işi bölerek bir başka işverene veremeyeceğine ilişkin ifade hukuka aykırılık taşımaktadır.

- Yönetmeliğin 12. maddesinin 2. fıkrasının (a) bendinde muvazaa incelenmesinde "alt işverene verilen işin, işyerinde asıl işveren tarafından yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl işin yardımcı işlerinden olup olmadığı" ifadesi kullanılmıştır. Söz konusu ifadede yardımcı işlerin alt işverene verilmesi halinde muvazaa sayılacağı sonucu çıkmaktadır. Yardımcı işlerin alt işverene verilebileceği hem 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinde hem Alt İşverenlik Yönetmeliği'nin 3. maddesinin (a) ve (ğ) bentlerinde açık biçimde hükme bağlanmıştır.

3. ALT İŞVERENLİK YÖNETMELİĞİNİN DEĞİŞTİRİLMESİNE YÖNELİK ÇALIŞMALAR

Alt İşverenlik Yönetmeliği'nin işyerlerinin çalışmalarını engelleyici nitelik arz etmesi nedeniyle Yönetmeliğin yürürlüğünün durdurulması ve iptaline yönelik olarak TİSK tarafından Danıştay'da dava açılmıştır. Aynı nitelikte altı tane daha dava açıldığı, bunların çoğunluğunun davacısının kamu kurum ve kuruluşları olduğu; bazı davalarda yürütmeyi durdurma talebinin reddedildiği Bakanlık yetkililerince ifade edilmiştir.

Bilindiği üzere İş Kanunu'nun 114. maddesi uyarınca çalışma barışının ve endüstri ilişkilerinin geliştirilmesinde, çalışma hayatıyla ilgili

mevzuat çalışmalarının ve uygulamalarının izlenmesi amacıyla; Hükümet ile işveren, kamu görevlileri ve işçi sendikaları konfederasyonları arasında etkin dayanışmayı sağlamak üzere, üçlü temsile dayalı istişari mahiyette üçlü danışma kurulu oluşturulmuştur.

Her ay itibariyle toplantıya çağrılan Üçlü Danışma Kurulu'nun 20 Mayıs 2009 tarihli toplantısında Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu tarafından Alt İşverenlik Yönetmeliği'yle ilgili yaşanmakta olan sıkıntılar dile getirilmiştir.

Kurulun anılan toplantısında Alt İşverenlik Yönetmeliği'nde yaşanan sorunların tespiti ve Yönetmelikte yapılması gereken değişiklik tekliflerinin incelenmesi için üçlü yapıda Alt Komite oluşturulmuştur.

Alt Komite 5.6.2009 tarihinde Bakanlık Müsteşar Yardımcısı başkanlığında toplanmıştır. Toplantılara TİSK ve üç işçi konfederasyonunun temsilcileri ile Bakanlık Hukuk Müşavirliği, İş Teftiş Kurulu Başkanlığı ve Çalışma Genel Müdürlüğünde görevli bürokratlar katılmıştır.

Alt Komite toplantısından sonra Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı bünyesinde bir Yönetmelik Değişiklik Taslağı hazırlanarak sosyal tarafların görüşüne sunulmuştur.

4. ALT İŞVERENLİK YÖNETMELİĞİ DEĞİŞİKLİK TASLAĞI

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca hazırlanan ve sosyal tarafların görüşüne sunulan Yönetmelik Değişiklik Taslağı ile mevcut Alt İşverenlik Yönetmeliğinin;

- “Tanımlar” başlıklı 3. maddesinde yer alan “muvazaa” tanımı metinden çıkarılmakta;
- 5. maddesinin ilk iki fıkrası değiştirilerek alt işverenin kendi işyeri için yapacağı bildirim Bakanlık Bölge Müdürlüğü yerine, 5838 sayılı Kanunla 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'na eklenen ek birinci maddesine uygun şekilde yapılması gerektiği belirtilmekte;
- 6. maddedeki bildirimle ilgili “bölge müdürlüğü” ifadeleri çıkarılarak “Sosyal Güvenlik Kurumu” ifadesi getirilmekte;
- 8. maddesinde yapılan değişikliklerle kamu idarelerinin denetim elemanlarının işyerlerin-

de yapacakları denetim ve incelemeler ile ihale makamları, ruhsat veren merciler ve vergi dairelerinin işlemleri sırasında 5510 sayılı Kanunun Ek 1. maddesine uygun bildirimde bulunulmadığı tespit edilenlerin ilgili sosyal güvenlik kurumuna bir yazı ile en geç 30 gün içinde bildirileceği düzenlenmekte;

- 9 ve 10. maddeler birleştirilmekte; 9. maddenin 2.fıkrasında yer alan “asıl işveren ile alt işveren arasında yapılan ve işin üstlenilmesine esas teşkil eden sözleşmede, 10. maddede yer alan hususların bulunması halinde söz konusu sözleşme alt işverenlik sözleşmesi olarak kabul edilebilir.” ifadesi metinden çıkarılmakta;

- 10. maddenin (g) bendinde alt işverenlik sözleşmesinde yer alması zorunlu tutulan konulardan “Kanunun 2 nci maddesinde yer alan; asıl işverenin, alt işverenin işçilerine karşı o işyeriyle ilgili olarak Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden, alt işveren ile birlikte sorumlu olacağı”na ilişkin ifade metinden çıkarılmakta;

- 10. maddenin 2. fıkrasında yer alan “Bir işyerinde, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren bir işin alt işverene verilmesi halinde, alt işverenin uzmanlığını belgelendirmesi amacıyla sözleşme kapsamındaki işe uygun; iş ekipmanı listesi, iş bitirme belgesi, operatör ve teknik eleman sertifikaları sözleşmeye eklenir.” ifadesi metinden çıkarılmakta;

- 11. maddede yer alan “Ancak asıl iş a) işletmenin ve işin gereği, b) teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektirmesi şartlarının birlikte gerçekleşmesi halinde bölünerek alt işverene verilebilir” ifadesi metinden çıkarılmakta;

Söz konusu ifade yerine yeni Taslakta, “asıl iş; işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektirmesi halinde bölünerek alt işverene verilebilir.” ifadesi getirilmekte;

- 12. maddenin mevcut başlığı olan “muvazaanın incelenmesi” ifadesi “asıl işveren alt işveren ilişkisinin incelenmesi” olarak değiştirilmekte ve maddenin 1. fıkrasında yer alan “muvazaa kanaatini oluşturan deliller” ibaresi metinden çıkarılmakta;

- 12. maddenin 2. fıkrasında yer alan ve

Alt işveren müessesesine ilişkin mevcut düzenlemeler, alt işverenlik ilişkisini uygulanamaz kılarak, işletmelerimizin rekabet gücünü büyük ölçüde zayıflatacak niteliktedir.

muvazaa incelenmesinde göz önünde bulundurulacak hususlardan;

- “Alt işverene verilen işin, işyerinde asıl işveren tarafından yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl işin yardımcı işlerinden olup olmadığı”,

- “Alt işverenin işe uygun yeterli ekipman ile tecrübeye sahip olmadığı”,

- “İstihdam edeceği işçilerin niteliklerinin yapılacak işe uygun olup olmadığı,” ifadeleri metinden çıkarılmakta;

• 13. maddede iş müfettişi raporuna itiraz edecek “işverenler” ifadesi yerine “asıl işveren veya alt işverenlerden her biri işyerinin bulunduğu yer iş mahkemesine itiraz edilebilir.” ifadesi getirilmekte;

• Geçici 1. madde ise “Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihten önce kurulan ve halen devam eden asıl işveren-alt işveren ilişkisi, bildirimi yapmış olanlar için bildirimle ilişkin yükümlülükler hariç, bu Yönetmelik hükümlerine tabidir.” şeklinde değiştirilmektedir.

5. SONUÇ

Alt işveren müessesesine ilişkin mevcut düzenlemeler, alt işverenlik ilişkisini uygulanamaz kılarak, işletmelerimizin rekabet gücünü büyük ölçüde zayıflatacak niteliktedir. Alt işveren müessesesi, küresel rekabet koşullarında üretimde verimlilik ve kalitenin artırılmasında, uzmanlık gerektiren süreçlerin gerçekleştirilmesinde, işletmelerin esneklik ihtiyacının karşılanmasında ve yeni istihdam imkanlarının yaratılmasında önemli bir işleve sahiptir.

Günümüzde tüm ülke ekonomilerinde “outsourcing” süreci gelişim göstermekte olup, ekonomik işleyişin vazgeçilmez bir parçası haline gelmiştir. Türkiye’de ise alt işveren uygu-

lamasının hukuki ve idari müdahalelerle pratikte neredeyse imkansız kılınmaya çalışılması, büyümeye rekabet gücüne ve istihdam artışına sekte vuracak seviyeye ulaşmıştır.

Özellikle ekonomik kriz dönemlerinde bu müessesenin reel sektöre destek sağlayacak ve istihdamı artıracak şekilde uygulanabilmesi yönünde yeniden düzenlenmesi gerekmektedir.

Bu çerçevede Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca hazırlanan ve olumlu düzenlemeler içeren Alt İşverenlik Yönetmeliği Değişiklik Taslağının uygulamaya konulması, yaşanmakta olan sorunların azaltılmasına katkı sağlayacaktır.

KAYNAKÇA

- Prof. Dr. Tankut Centel, Alt İşveren Düzenlemelerine Eleştirel Bir Yaklaşım - Sicil, Aralık 2008.
- Prof. Dr. Tankut Centel, Alt İşverenlik Yönetmeliği - TİSK İşveren, Kasım 2008.
- Doç. Dr. Gülsevil Alpagut, Alt İşverenlik Yönetmeliğinin Hukuka Aykırılığı Üzerine - Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi - Sayı 20, 2008; TİSK İşveren, Kasım 2008.
- Prof. Dr. Ejder Yılmaz, Alt İşverenlik İlişkisinin Muvazaalı Olduğunu Tespit Eden İş Müfettişi Raporuna Karşı İtiraz Davası (Çimento İşveren Dergisi).
- Eyrenci - Taşkent - Ulucan - Bireysel İş Hukuku - 2006.
- Prof. Dr. Hamdi Mollamahmutoğlu, İş Hukuku - 2005.
- Prof. Dr. Nurhan Süral, İş Kanunumuzda Esneklik Açılımları.

Yrd. Doç. Dr. K. Ahmet SEVİMLİ

Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi

“İş Hukukunda İbra ve İkale Sözleşmelerinin Geçerlilik Koşulları Konusundaki Gelişmeler”e İlave

Sicil İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisinin Haziran sayısında (Yıl: 4, S. 14, Haziran 2009, s. 84-107) yayımlanan “İş Hukukunda İbra ve İkale Sözleşmelerinin Geçerlilik Koşulları Konusundaki Gelişmeler” başlıklı makalemizde Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin işçiden alınan ibranamede miktar bulunmaması durumunda belgenin geçersiz sayılacağına hükmettiği 2008 yılında alınmış kararları üzerinde durmuş ve bu kararları isabetli bulduğumuzu belirtmiştik. Aynı makalenin sonunda ise, bizim hukukumuzda önceden vermiş oldukları kararlarda kullandıkları ilkelerin, benzer konularda önlerine gelen olaylar bakımından mahkemeleri bağlayıcı etkisi bulunmadığına ve 9. Hukuk Dairesi’nin 2008 yılında verdiği bu kararlardan farklı yönde kararlar vermek noktasındaki serbestisine dikkat çekmiştik. Bununla birlikte, söz konusu 2008 tarihli kararların gerekçelerindeki ayrıntı ve ölçütler konusundaki net açıklamaların; bizde Yüksek Mahkemenin ortaya koyduğu bu ilkelere bağlı kalarak temyiz incelemesi yapmaya devam edeceği düşüncesini uyandırdığını ve bu tutumun benimsenmesinin, hukuk

güvenliğinin sağlanması bakımından da son derece yerinde olacağını belirtmiştik.

12-13 Haziran 2009 tarihlerinde Galatasaray Üniversitesi ve İstanbul Barosu’nun birlikte düzenlediği, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 13. Yıl Toplantısının dördüncü oturumunda Oturum Başkanlığını Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Başkanı Sayın Dr. Mustafa Kılıçoğlu yaptı ve Yargıtay Tetkik Hakimleri Sayın Bektaş Kar, Sayın Şahin Çil ve Sayın Seracettin Göktaş birer tebliğ sundular. Sayın Göktaş’ın “Ücret, Fazla Çalışma Ücreti ve İş Görmekten Kaçınmaya İlişkin Yargıtay Kararları” başlıklı tebliğinde ve genel görüşme bölümünde ibra sözleşmesinin geçerliliği konusunda Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin en yakın tarihli içtihatlarının ne yönde olduğunu öğrenme olanağına kavuştuk. Giderek, çok yakın bir tarihte ibranamenin geçerliliği konusunda Yargıtay kararlarını da dikkate alarak bir makale yayınlamamızın gerektirdiği bir sorumluluk olduğu düşüncesiyle, bu bilgi notunu Sicil okurlarıyla paylaşmanın yerinde olacağını düşündük.

Sayın Göktaş Tebliğinde, ibranamede miktar bulunmasa da alacak kalemlerinin tek tek belirtilmesi halinde bunun 9. Hukuk Dairesi tarafından geçerli bir ibraname olarak kabul edilmekte olduğunu belirtti. Bunun üzerine, tebliğin genel görüşme bölümünde kendilerine 2008 yılında verilen ve ibranamede miktar bulunması gerektiğini belirten Daire içtihatlarından bir geri dönüş olup olmadığı sorusunu yönelttim.

Sayın Göktaş cevaben, 2008 yılında iki-iki buçuk aylık kısa bir süre boyunca Dairenin ibranamenin geçerli olarak kabulü için miktar içermesi gerektiği yolunda kararlar verdiğini ancak daha sonra önceki içtihatlara geri döndüğünü ifade etti.

Sayın Dr. Kılıçoğlu ise, oturumu kapatırken yaptığı konuşmada kendisinin Daire Başkanlığına geldiği dönemde bu konuda radikal bir değişiklik yapılarak ibranamede miktar bulunmaması durumunda geçerli kabul edilemeyeceği yolunda kararlar verildiğini, ne var ki sonrasında Genel Kuruldan daha önce geçen Daire kararlarıyla çelişkiye düşmemek adına bu içtihadı yumuşatmanın yerinde olacağı sonucuna varıldığını belirtti. Ayrıca Borçlar Kanunu Tasarısının yasalaşması halinde bu konuda bir rahatlama olacağını da ekledi.

Hem Sayın Göktaş'ın hem de Sayın Dr. Kılıçoğlu'nun altını çizerek belirttikleri nokta ise, ibraname, sunulan belgeler ve savunma arasında çelişki bulunması halinde ibranamenin geçersiz kabul edileceği; bu konuda Dairenin irade sakatlıkları hususunu titizlikle incelediği, oldu.

Prof. Dr. Halûk Hâdi SÜMER

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Alt İşveren İşçisinin İşini Aynı İşyerinde Bir Başka Alt İşverene Bağlı Olarak Sürdürmesi ve Sonuçları

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2008/10725
Karar No : 2009/7052
Tarihi : 17.3.2009

DAVA

Davacı, kıdem, ihbar tazminatı ile bir kısım işçilik alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği hüküm altına almıştır.

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

YARGITAY KARARI

1. Dosyadaki yazılara toplanan delillerle

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

2. Taraflar arasında, değişen alt işverenler arasındaki hukuki ilişkinin tespiti ve bunun işçinin işçilik haklarına etkileri konusunda uyumsuzluk bulunmaktadır.

4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinde işveren, bir iş sözleşmesine dayanarak işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişi ya da tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar olarak açıklanmıştır. O halde asıl işveren alt işveren ilişkisinden söz edilebilmesi için ilk olarak mal veya hizmetin üretildiği bir işyeri olan işverenin varlığı gerekir. Bundan başka işverene ait işyerinde iş alan ikinci bir işverenin varlığı gerekir ki, asıl işveren alt işveren ilişkisinden söz edilebilsin. Alt işverenin başlangıçta bir işyerinin olması şart değildir. Alt işveren, işveren sıfatını ilk defa asıl işverenden aldığı iş ve bu

işin görüldüğü işyeri nedeniyle kazanmış da olabilir.

Asıl işverene ait işyerinde yürütülmekte olan mal veya hizmet üretimine ait yardımcı bir işin alt işverene bırakılması ile alt işveren açısından bağımsız bir işyerinden söz edilip edilemeyeceği sorunu öncelikle çözümlenmelidir. Zira, asıl işveren ya da alt işverenin değişmesinin işyeri devri niteliğinde olup olmadığının tespiti için işyeri kavramının bu noktada açıklığa kavuşturulması gerekir.

Soruna 2821 sayılı Sendikalar Kanunu açısından baktığımızda asıl işin tabi olduğu işkolunun yardımcı iş için de geçerli olduğunu söylemek gerekirse de, 4857 sayılı İş Kanununun 3. maddesinin açık hükmü karşısında işin alt işverene bırakıldığı durumların bundan ayırık tutulması gerekir. Gerçekten, 4857 sayılı İş Kanununun 2/III. maddesinde, “İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür” şeklinde Sendikalar Kanunu ile örtüşen ana kurala yer verildiği halde, sonraki bentlerde asıl işveren alt işveren ilişkisi düzenlenmiş bir anlamda yardımcı işin alt işverene bırakılması ile ayırık bir durum öngörülmüştür. Daha sonra da, aynı yasanın 3. maddesinde “Alt işveren, bu sıfatla mal veya hizmet üretimi için meydana getirdiği kendi işyeri için birinci fıkra hükmüne göre bildirim yapmakla yükümlüdür” şeklinde kurala yer verilerek sorun(u) açık biçimde çözümlenmiş ve alt işveren işyerinin asıl işverene ait işyerinden bağımsız olduğu ortaya konulmuştur. Esasen bu çözüm tarzı alt işverenlik kurumunun niteliğine de uygun düşmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 4857 sayılı İş Kanununun yürürlüğe girmesinden önce de, alt işverenin işyerinin asıl işveren(e) ait işyerinden bağımsız olduğu sonucuna varmıştır (Yargıtay HGK. 6.6.2001 gün 2001/9-711 E, 2001/820 K).

İşyerinin tamamının veya bir bölümünün hukuki bir işleme dayalı olarak başka biri-

ne devri, işyeri devri olarak tanımlanabilir. 4857 sayılı İş Kanununun 6. maddesinde, işyerinin bir bütün olarak veya bir bölümünün hukuki bir işleme dayalı olarak başkasına devri halinde mevcut iş sözleşmelerinin devralana geçeceği düzenlenmiştir. Bu anlatıma göre, alt işverence asıl işverenden alınan iş kapsamında faaliyetini yürüttüğü işyerinin tamamen başka bir işverene devri 4857 sayılı İş Kanununun 6. maddesi kapsamında işyeri devri niteliğindedir. Dairemizin kökleşmiş içtihatları bu yöndedir (Yargıtay 9. HD. 18.9.2008 gün 2006/26306 E. 2008/23980 K).

Süresi sona eren alt işverenle yeni ihaleyi alan alt işveren arasında açık biçimde işyeri devrini öngören bir sözleşme yapılması da imkân dâhilindedir. Alt işverenin değişmesine rağmen yeni alt işveren nezdinde işyerinde çalışmaya devam edecek olan işçilerin belirlendiği hallerde sözü edilen işçiler bakımından iş sözleşmelerinin devralan işveren(e) geçtiği tartışmasızdır. Ancak yeni alt işverende çalışacak olan işçiler arasında gösterilmeyen ve süresi sona eren alt işveren tarafından başka bir işyerinde çalıştırılmak üzere bildirimde bulunulmayan işçilerin iş sözleşmelerinin devreden alt işveren tarafından feshedildiğini kabul etmek gerekir.

Alt işverenin asıl işverenle akdettiği çalışma süresinin sonunda ya da süresinden önce asıl işveren alt işveren ilişkisinin sonlandırılması nedenine dayalı olarak tüm işçilerini alarak işyerinden ayrılması ve ardından işin asıl işveren tarafından başka bir alt işverene verilmesi örneğinde, alt işverenler arasında hukuki bir ilişki bulunmamaktadır. Hukuki ilişki, alt işverenler ile asıl işveren arasında gerçekleştiğinden belirtilen durum alt işverenler arasında işyeri devri olarak değerlendirilemez.

Alt işverenlerin değişmesi en yaygın biçimde, süresi sona eren alt işverenin işyerinden ayrılması ve işçilerin yeni alt işveren nezdinde çalışmaya devam etmeleri şeklinde

gerçekleşmektedir. Bu eylemli durumunun işyeri devri niteliğinde olup olmadığının tespiti ile hukuki sonuçlarının belirlenmesi önemlidir. Beklenen süreç, süresi sona eren alt işverenin işyerinden ayrılması anında işçilerini de beraberinde başka işyerlerine götürme şeklinde gerçekleşmesidir. Bunun tersine alt işveren işçilerinin, alt işverenin işyerinden ayrılmasına rağmen yeni alt işveren yanında aynı şekilde çalışmayı sürdürmeleri, alt işverenler arasında 4857 sayılı İş Kanununun 6. maddesi anlamında bir işyeri devrinin kabulünü gerektirir. Devralan işverenin devam eden hizmet akitlerini devraldığı 4857 sayılı İş Kanununun 6. maddesinde açıklanmıştır.

Alt işverenlerin aralarında herhangi bir hukuki işleme bağlı olmaksızın değişmesini işyeri devri olarak kabul etmediğimiz takdirde, her bir alt işverenin kendi dönemiyle ilgili olarak işçilik haklarından sorumlu(lu)ğu söz konusu olacağından ve asıl işverenin sorumluluğu yasa gereği alt işverenin sorumluluğunu aşamayacağından hak kaybına neden olabilecektir. Örneğin işyerinde periyodik olarak 11 ay 29 gün sürelerle işçi çalıştıran alt işverenler yönünden hiçbir zaman kıdem tazminatı ile izin ücreti ödeme yükümlülüğü doğmaz ve buna rağmen asıl işverenin bu işçilik haklarından sorumluluğu gündeme gelir. Oysa asıl işverenin sorumluluğunun alt işveren veya işverenlerin sorumluluğunu aşması düşünülemez.

1475 sayılı yasanın 14/2. maddesi hükmü, 4857 sayılı İş Kanununun 6. maddesinde belirtilen işyeri devrini de içine alan daha geniş bir düzenleme olarak değerlendirilebilir. Gerçekten maddede, işyerlerini devir veya intikalinden söz edildikten sonra "... yahut herhangi bir suretle bir işverenden başka bir işverene geçmesi veya başka bir yere nakli..." denilmek suretiyle uygulama alanı 4857 sayılı İş Kanununun 6. maddesine göre daha geniş biçimde çizilmiştir. O halde kıdem tazminatı açısından asıl işveren alt işveren ilişkisinin sona ermesinin ardın-

dan işyerinden ayrılan alt işveren ile daha sonra aynı işi alan alt işveren arasında hukuki ya da fiili bir bağlantı olsun ya da olmasın kıdem tazminatı açısından önceki işverenin, devir tarihindeki ücret ve kendi dönemi ile sınırlı sorumluluğu, son alt işverenin ise tüm dönemden sorumluluğu kabul edilmelidir.

İşçinin asıl işverenden alınan iş kapsamında ve değişen alt işverenlere ait işyerinde ara vermeden çalışması halinde işyeri devri kurallarına göre çözüme gidilmesi yerinde olur. Bu durumda değişen alt işverenler, işçinin iş sözleşmesini ve doğmuş bulunan işçilik haklarını devralmış sayılır. İş sözleşmesinin tarafı olan işçi ya da alt işveren tarafından bir fesih bildirimi yapılmadığı sürece iş sözleşmeleri değişen alt işverenle devam edeceğinden, işyerinde çalışması devam eden işçinin feshe bağlı haklar olan ihbar ve kıdem tazminatı ile izin ücreti talep koşulları gerçekleşmiş sayılmaz. Buna karşın iş sözleşmesinin feshi yönünde bir irade açıklamasının kanıtlanması durumunda iş sözleşmesi bildirim karşılığında ulaştırılması ile sona ereceğinden, işçinin daha sonraki çalışmaları yeni bir iş sözleşmesi niteliğindedir. Bu ihtimalde feshe bağlı hakların talep koşulları gerçekleşeceğinden, feshin niteliğine göre hak kazanma durumunun incelenmesi gerekir.

Somut olayda davacının iş sözleşmesi davalı alt işverenin ihale süresinin bitiminde feshedilmemiş, daha sonra ihaleyi alan alt işveren işçisi olarak aralıksız çalışmasını sürdürmüştür. İş sözleşmesinin davalı işverence feshedildiği de kanıtlanabilmiş değildir. Davacı tanıkları dahi davacının iş sözleşmesinin feshedilmediğini ve yeni ihaleyi alan alt işveren işçisi olarak çalışmalarını sürdürürken aradan 8-9 gün geçtikten sonra başka bir işyerine çağırılı bildiren yazı gönderildiği(ni) açıklamışlardır. Davalı alt işveren davacının iş sözleşmesini(n) feshetmeden ihale süresi bitiminde ayrılmış olmakla, alt işverenler arasında işyeri devri koşullarının olduğu kabul edilmelidir. Böyle olunca devralan alt

işveren işçisi olarak çalışmaya devam eden davacı işçi yönünden ihbar ve kıdem tazminatı ile izin ücreti koşulları oluşmamıştır. Sözü edilen istekler yönünden davanın reddi gerekirken yazılı şekilde isteklerin kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 17.3.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

1. Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran kişiye alt işveren (aracı-taşeron) adı verilir (İşK.2/6). Alt işveren ilişkisini kuran sözleşme belirli bir süre için yapılabilir ve sürenin sonunda işi bir başka alt işveren üstlenebilir. Örneğin bir fabrikanın yemekhanesinin işletilmesi işi bir alt işverene iki yıl süre için verilebilir. Sürenin bitiminde asıl işveren işi bu kez bir başka alt işverene verebilir. Asıl işveren işi vereceği alt işvereni ihale yoluyla da belirleyebilir.

2. Olayda belirli bir süre için kurulmuş bir asıl işveren-alt işveren ilişkisi vardır. Ardından ihaleyle işi bir başka alt işveren üstlenmiştir. İşçiler yeni alt işveren yanında çalışmayı sürdürmüşler ve aradan 8-9 gün geçtikten sonra önceki alt işveren işçilere başka bir işyerinde çalıştırmak üzere çağrı göndermiştir.

İncelediğimiz kararda Yargıtay önceki alt işverenden sonraki alt işverene işyerinin devrinin bulunduğu sonucuna varmıştır.

Hukuki sorun, ilk alt işveren yanında çalışan işçilerin daha sonra ikinci alt işveren yanında da çalışmayı sürdürmeleri halinde, sonraki alt işveren, işçilerin önceki işçilik alacaklarından veya kıdem süresinden sorumlu olacak mıdır? Sorunu bir başka şekilde de ifade edebiliriz. Acaba önceki alt işverenin süresi bittikten sonra işçilerin iş sözleşmeleri sona erer mi yoksa işyerinin yeni alt işverene devredildiği kabul edilmek suretiyle iş ilişkisinin sürdüğü mü kabul edilir?

Yargıtayın konuyla ilgili kararlarında farklı

görüşler ortaya çıkmıştır. Yüksek Mahkemenin konuya ilişkin 2000 yılında verdiği kararda, işçinin ihaleyi yeni kazanan firmada çalışmaya devam etmesi halinde taşerondan taşerona işyeri devrinin söz konusu olduğuna, işyeri devrinin özel haller dışında iş sözleşmesinin feshi sonucunu doğurmayacağına hükmetmiştir¹.

Yüksek Mahkeme, 2004 yılında verdiği kararda ise farklı bir görüş ortaya koymuştur: “Davacının çalıştığı Bozyaka Hastanesinin asıl işvereni Sosyal Sigortalar Kurumudur. Davacıyı çalıştıran davalı şirket asıl işverenden ihaleyle temizlik işlerini alan alt işveren konumundadır. Davalı alt işveren ihale süresi sonunda yeniden ihaleyi alamamış ve asıl işverenin işyerini terk etmiştir. İhaleyle işi dava dışı O. Ltd. Şti. almıştır. İki taşeron arasında işyeri devri yapıldığı hususunda bir delil mevcut değildir. Hizmet akdinin devri hususunda da bir iddia bulunmamaktadır. Davalı işveren davacıyı başka işyerlerinde işe davet ettiği ve iş verdiği konusunda da iddiada bulunmamıştır. Bu durumda ihale sözleşmesinin bittiği tarihte hizmet akdinin davalı tarafından sona erdirildiğinin ve davacının ihbar, kıdem tazminatı ile izin ücreti talep etmekte haklı bulunduğu kabulü gerekir. Davacının ihaleyi yeni alan dava dışı alt işverenin yanında bilahare işe başlaması yeni bir hizmet akdi niteliğinde olup sonuca etkili görülmemiştir”².

Yargıtay ele aldığımız ve 2009 yılında verdiği kararda ise yine ilk görüşü doğrultusunda sonuca ulaşmıştır. Yargıtaya göre, “Davalı alt işveren davacının iş sözleşmesini(n) feshetmeden ihale süresi bitiminde ayrılmış olmakla, alt işverenler arasında işyeri devri koşullarının olduğu kabul edilmelidir”.

Öğretide konuya ilişkin farklı görüşler bu-

lunmaktadır. Bu görüşlere ana hatlarıyla değinmeyi yararlı görüyoruz.

Yargıtayın 2004 yılında verdiği kararı değerlendiren *Engin*, Yargıtayın görüşüne katılmamaktadır: “Yeni yasa iş sözleşmesinin yeni işverenle devamı için işyeri devrinin her iki işveren arasındaki bir hukuki işleme dayanması koşulu getirmektedir. İlk bakışta, İK.m.6 hükmünün sözleşmenin yeni işverenle devamının temelinde yatan faaliyetin sürekliliği esastan ayrıldığı ve devri sadece devredenle devralan arasındaki hukuki işleme hasrettiği akla gelebilir. Ancak hükmün düzenleniş amacı göz önünde tutularak maddede geçen hukuki işlem ibaresi geniş biçimde anlaşılmalı ve her ne suretle olursa olsun devir gerçekleştiğinde iş sözleşmelerinin yeni işverenle devam edeceği sonucuna varılmalıdır. Bu bakımdan karar konusu olaydaki gibi devrin ihale yoluyla gerçekleşmesi İK. m.6’nın uygulanmasına engel olmadığı gibi, sözleşmenin yeni işverenle devamı için iş sözleşmesinin devri konusunda tarafların anlaşması veya eski işverenin işçiyi bir başka işyerine davet etmesi ve davetin işçi tarafından reddi gibi farklı hukuki yollara başvurulması gerekli değildir. İK. m.6 karşısında, işyerinin devri olgusu ve işçinin aynı işyerinde devam etmesi, sözleşmenin yeni işverenle devamı için yeterlidir”³.

Özkaraca konuyla ilgili görüşünü çeşitli ihtimalleri dikkate alarak açıklamaktadır: “Gerek Türk gerek yabancı hukuk öğretisinde de, işyeri devrinde, işverenler arasında doğrudan bir hukuki ilişki bulunması zorunlu görülmemektedir. Öğretide belirtildiği gibi, sorunun isabetli biçimde çözümü açısından bu konuda çeşitli ihtimallere göre değerlendirme yapılmalıdır. Şayet alt işveren sözleşme süresinin sonunda işyerinden tamamen ayrılıp işçilerini de birlikte götürmüş ise, bu işyerinde daha sonra aynı işi alan başka bir işveren bulursa dahi, her iki alt işveren arasında işyeri devrinden söz etmek mümkün olmayacaktır. Buna karşılık, öğretide, sözleşme süresi sona eren alt işverenin işçilerini başka işyerine götürmemesi ve işçilerin yeni alt işveren işyerinde ara vermeksizin çalışmaları durumunda, alt işverenler arasında örtülü bir hukuki ilişkinin varlığı kabul edilmektedir.

Biz de, temelde bu görüşe katılmakla birlikte, örtülü hukuki işlem gibi bir kavrama dayanmaya gerek olmadığını düşünmekteyiz... Öte yandan, bu ihtimal ile ilgili olarak, hukuki ilişkinin isabetli bir biçimde nitelendirilmesi açısından, sözleşme süresi sona eren alt işverenin iradesinin doğru olarak saptanması büyük öneme sahiptir. Şayet sözleşme süresi sona eren alt işveren, işçilerin iş sözleşmelerini feshetmişse, bu işçilerin aynı işi üstlenen yeni alt işveren yanında çalışmayı sürdürmeleri durumunda, bu ilişkinin yeni bir iş sözleşmesine dayandığı ve alt işverenler arasında işyeri devrinin söz konusu olmadığı sonucuna varılmalıdır... Bunun gibi, sözleşme süresi sona eren alt işverenin, işin bitimi üzerine işçilerini başka bir işyerine davet etmesi ancak işçilerin bunu kabul etmeyerek, mevcut işyerinde iş alan yeni alt işveren yanında çalışmayı sürdürmeleri durumunda da, alt işverenler arasında bir işyeri devri söz konusu olmayacaktır. Bu ihtimalde, özellikle iş sözleşmesinde (alt) işverene ait başka işyerlerinde de çalışmayı taahhüt eden işçilerin, iş sözleşmelerini feshettikleri sonucuna varılmalıdır... Görüldüğü gibi, alt işverenler değişmesine rağmen işçilerin çalışmasını aynı işyerinde sürdürdüğü bir durumda bir işyeri devri bulunabileceği gibi, bunun aksi de söz konusu olabilecektir. Bu nedenle her somut olayın yukarıda belirttiğimiz ölçülere göre değerlendirilmesi, hukuki ilişkinin doğru tespiti açısından son derece önemlidir”⁴.

*Şablana*n’ın konuya ilişkin görüşü şöyledir: “Öğretide alt işveren işçilerinin, alt işverenin işyerinden ayrılmasına rağmen yeni alt işveren yanında aynı şekilde çalışmayı sürdürmeleri, alt işverenler arasında örtülü bir hukuki işlem olarak nitelendirilmekte ve bunun bir tür işyeri devri olduğu ileri sürülmektedir (Çankaya-Çil, sh.396/397). Kanaatimce varılmak istenen amaca uygun olan bu yorum tarzının isabetli olduğu söylenebilirse de, sorunun sözkonusu duruma ilişkin başka olasılıkları da kapsayacak şekli, İş K. md.6’nın sözüne bağlı olarak bir hukuki işleme dayanarak işyeri devrinin yapılmadığı ancak işyerinde işverenin değiştiği her durumda uygulanabilen bir hüküm olarak kabulü gerekir. Nitekim, benzer konu-

yu toplu sözleşme açısından düzenleyen 2822 sayılı Kanun'un 8'inci maddesinde "işverenin değişmesi"nden söz edilmiştir... Bu soruna ilişkin olarak 1475 sayılı Yasa'nın 14/2. maddesi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesinde belirtilen işyeri devrini de içine alan daha geniş ve isabetli bir düzenleme getirmiştir. Gerçekten maddede de, işyerlerinin devir veya intikalinden söz edildikten sonra "... yahut herhangi bir suretle bir işverenden başka bir işverene geçmesi veya başka bir yere nakli ..." denilerek uygulama alanı daha geniş biçimde çizilmiştir. Bu nedenle alt işverenler arasında belli bir hukuki işleme dayanan ya da dayanmayan her türlü el değiştirmeler, 1475 sayılı Yasa'nın 14. maddesinin uygulanmasını gerektirecektir. Bu nedenle, asıl işveren alt işveren ilişkisinin sona ermesinin ardından işyerinden ayrılan alt işveren ile daha sonra aynı işi alan alt işveren arasında hukuki ya da fiili bağlantı olsun ya da

sözleşmesinin feshi yerine, işçiyi çalıştıran önceki alt işveren ile işyerinde işi alan ve kendi adına işyeri kuran yeni alt işveren işçinin rızasını alarak aralarında yapacakları iş sözleşmesinin devri işlemi ile de belirli işçilere yeni alt işverenin yanında çalışma imkânı verilebilir. Uygulamada en çok görüleni ise, önceki alt işverenin kendi adına kayıtlı işyerini, işyeri devri sözleşmesi, yani bir hukuki işleme dayalı olarak yeni alt işverene devretmesidir. Bu suretle, işyeri bütün unsurları ve bu arada çalıştırdığı işçilerin ayrıca rızalarını almaya gerek olmaksızın yeni alt işverene geçmiş olur. ... Yüksek Mahkeme, incelediği uyuşmazlık konusu olayda, önce şu iki tespiti yapmaktadır: Olayda bir işyeri devri yoktur, davacı işçinin iş sözleşmesi devredildiği hususunda da bir iddia ileri sürülmüş değildir. O halde işçinin iş sözleşmesine göre çalıştığı önceki alt işveren, diğer yollarla bir işlem yapmadığına göre,

Bir hukuki işleme dayalı işyeri devri veya iş sözleşmesinin devri olmaksızın işçinin aynı işyerinde çalışması halinde, önceki alt işverenle olan iş sözleşmesinin alt işveren tarafından sona erdirildiği ve sonraki alt işveren ile yeni bir iş sözleşmesi kurulduğu kabul edilmelidir.

olmasın kıdem tazminatı açısından önceki işverenin, devir tarihindeki ücret ve kendi dönemi ile sınırlı sorumluluğu, son alt işverenin ise tüm dönemden sorumlu olduğu söylenebilecektir (Çankaya-Çil, sh.397)⁵.

Ekonomi'ye göre ise, "Alt işverene ihale yoluyla işyerinde verilen bir iş, bir yıl veya ikinci bir yıl bu alt işverence yürütüldükten sonra üçüncü yıl, sözü edilen işleri üstlenmeye istekli bir başka işverene verebilir. Böyle bir durumda önceki alt işveren için birini tercih edeceği şu yollar söz konusu olabilir: Asıl işverene ait işyerinde aldığı iş sonucu kendi adına kayıtlı işyerini kapatabilir ve çalıştırdığı bütün işçilerin iş sözleşmelerini feshedebilir veya işçileri başka bir işyerinde çalıştırmak üzere işyerini değiştirebilir. Önceki alt işverenin iş sözleşmesini feshettiği işçilerin bazıları, iş alan yeni alt işveren ile iş sözleşmesi yapabilir ve aralarında yeni şartlara göre iş sözleşmesi oluşturabilir. İş

işçinin iş sözleşmesinin feshedilip haklarının verilmesi gerekliydi"⁶.

3. Bir asıl işverenden aldığı iş sonlanan alt işverenin izleyebileceği yol şunlar olabilir:

a) Belirli bir süre için alınan ve süresinin bitiminde veya süreye bağlı olmamakla birlikte herhangi bir sebeple sona eren asıl işveren-alt işveren ilişkisinin sonunda, alt işveren tüm işçilerinin iş sözleşmelerini feshedebilir ve kıdem tazminatlarını ödeyebilir. Bu işçilerin daha sonra yeni alt işveren yanında çalışmaya devam etmeleri halinde, yeni bir iş ilişkisi kurulmuş olur.

b) Alt işveren ilişkisinin sonlanmasından sonra, önceki alt işveren işçilerini kendisine ait bir başka işyerine aktarabilir. Bu durumda işyeri değişikliği iş sözleşmesini sona erdirmez ve işçi işini yeni işyerinde görmeye devam eder. Önceki alt işverenin işçilerini bir başka işyerinde görevlendirmesine rağmen işçilerin bu işyerine

gitmeyip, aynı işyerinde çalışmalarını halinde iş sözleşmelerini kendilerinin sona erdirdiği ve sonraki alt işverenle yeni bir iş sözleşmesinin kurulduğu kabul edilmelidir⁷.

c) Önceki alt işveren işyerini bir hukuki işleme dayalı olarak yeni alt işverene devredebilir. Bu durumda İŞK.6 hükmü gereğince, "İşyeri veya işyerinin bir bölümü hukukî bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer (f.1). Devralan işveren, işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklarda, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlüdür (f.2). Yukarıdaki hükümlere göre devir halinde, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan işveren birlikte sorumludurlar. Ancak bu yükümlülüklerden devreden işverenin sorumluluğu devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlıdır (f.3)".

d) Önceki alt işveren yeni alt işverene işçilerin bazılarının iş sözleşmelerini devredebilir. İş sözleşmesinin devri, sözleşmenin bir kül halinde bir başka işveren tarafından üstlenilmesidir⁸. Burada söz konusu olan ölüm veya işyerinin devri ile iş sözleşmesinde işverenin değişmesi değil, işçinin, bir başka işverene ait işyerine, iş sözleşmesinin devri suretiyle nakli ile işveren tarafının değişmesidir⁹. İş sözleşmesinin tüm hak ve borçlarıyla sürekli olarak bir başka işverene devrine ilişkin İş Kanunu'nda hüküm yoktur¹⁰. Bununla birlikte iş hukuku öğretisinde BK. 320/2 hükmü esas alınarak iş sözleşmesinin devrinin mümkün olabileceği kabul edilmektedir. Baskın görüşe göre, iş sözleşmesinin bütünüyle devri için devreden ve devralan işverenler arasında bu yönde bir anlaşmanın olması yeterli değildir. Bunun için ya eski-yeni işveren ve işçi arasında bu devri sağlayan üçlü bir sözleşmenin (iş sözleşmesinin devri sözleşmesi) ya da eski işverenle yeni işveren arasında yapılan bu yöndeki bir sözleşmeye işçinin açık veya örtülü onayının bulunması gerekir. Bu takdirde, geçici iş ilişkisinden farklı olarak önceki işveren iş sözleşmesinin tarafı niteliğini kaybeder, onun yerini anlaşmanın tarafı yeni

işveren alır. İş ilişkisi işçi ile yeni işveren arasında devam eder¹¹.

e) Önceki işveren, alt işveren ilişkisinin sona ermesinden sonra yukarıda belirttiğimiz yollardan herhangi birini izlememiş ve alt işveren ilişkisinin sona ermesinden sonra işyerini terk etmiş olması karşılaşılabilecek bir diğer ihtimaldir. Yani alt işveren ilişkisi sona ermesine rağmen işçisinin iş sözleşmesini açıkça feshetmemiş veya işyerini ya da belirli işçilerin iş sözleşmelerini devretmemiş olabilir. Buna rağmen işçiler yeni alt işverene bağlı çalışmalarını sürdürebilir.

Kanaatimizce, önceki alt işverenle sonraki alt işveren arasında işyerinin devrine ilişkin hukuki bir işlemin bulunmaması veya işçilerin iş sözleşmesinin devri konusunda işçi, önceki alt işveren ve sonraki alt işveren arasında bir anlaşmanın olmaması halinde, önceki alt işverenin iş süresinin bitmesi ile birlikte bu işyeri için işe aldığı işçilerini bir başka işyerine nakletmediği takdirde, alt işveren ilişkisi ile birlikte iş sözleşmelerinin de sona erdiğini kabul etmek gerekir. Bu durumda önceki alt işveren sona eren iş sözleşmelerinin hukuki sonuçlarına katlanır. Başka bir ifade ile işçiler iş sözleşmesinin sona ermesine bağlı haklarını önceki alt işverenden isteyebilirler.

Aynı işçileri yeni alt işverenin çalıştırmaya devam etmesi halinde, yeni bir iş ilişkisinin kurulduğu kabul edilmelidir. Artık sonraki alt işverenin işçilerin önceki alt işverenden olan işçilik alacaklarından sorumluluğu söz konusu olmaz. Kıdem tazminatı açısından işçinin önceki çalışmalarından da sonraki alt işveren sorumluluğu tutulamaz.

SONUÇ

Alt işverenin değişmesine rağmen işçinin çalışmayı sürdürmesi halinde, önceki ve sonraki alt işverenler arasında bir hukuki işleme dayalı olarak işyeri devri yapılmadığı takdirde, örtülü işyeri devrinin gerçekleştiği görüşüne katılmıyoruz. Bir hukuki işleme dayalı işyeri devri veya iş sözleşmesinin devri olmaksızın işçinin aynı işyerinde çalışması halinde, önceki alt işverenle olan iş sözleşmesinin alt işveren tarafından sona erdirildiği ve sonraki alt işve-

ren ile yeni bir iş sözleşmesi kurulduğu kabul edilmelidir.

DİPNOTLAR

- 1 Y9HD., 4.5.2000, 2591/6557, Tühis, Kasım 2000-Şubat 2001, s. 63. Kararı yerinde bulan ENGİN'e göre, "Kendi adına işçi çalıştıran alt işverenin işini gördüğü yer ayrı işyeri niteliğine sahip olduğundan, bir başka alt işverenin işi devralmasına işyeri devrinde iş akdinin devamına ilişkin esasların uygulanacağı şüphesizdir.", Bkz. Murat ENGİN, Ferdi İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2000 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2000, Ankara 2002, s. 10.
- 2 Y9HD., 12.10.2004, 6408/22998, www.kazanci.com.tr (ET: 11.4.2008). Yargıtay 2006 yılında verdiği bir kararda da şu ifadeye yer vermiştir: "İhaleyi kaybeden davalı işveren şirket ile yapılan sözleşmede Ankara il sınırları içerisinde aynı şartlarda çalışmayı davacı kabul etmiştir. Davalı işveren TÜBİTAK Lalahan işyerinde aynı şartlarda davacıya iş teklifinde bulunmuş, davacı bu teklifi kabul etmeyerek yukarıda da belirtildiği gibi yeni ihaleyi alan şirket nezdinde ara vermeden çalışmasını sürdürmüştür. Bu durumda işyerinin devri söz konusudur. Davacı çalışmasını yeni şirket nezdinde devam etmekte olup ihbar ve kıdem tazminatı talep edemez.", Y9HD., 12.6.2006, 37343/16607, karar metni ve incelemesi için bkz. Fevzi ŞAHLANAN, İşyerinin Devri ile Asıl İşveren-Alt İşveren, Tekstil İşveren, Kasım 2007, Hukuk Eki 18, s. 2 vd.
- 3 Murat ENGİN, Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2004 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2004, Ankara 2006, s. 6, 7.
- 4 Ercüment ÖZKARACA, İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2008, s. 96-102.
- 5 ŞAHLANAN, s. 4.
- 6 Münir EKONOMİ, Genel Değerlendirme, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara 2006, s. 34.
- 7 Yargıtay benzer bir olayda aynı yönde karar vermiştir: Y9HD., 2.5.2000, 2387/6493, Tühis, Kasım 2000-Şubat 2001, s. 68. Belirtilen son kararda, bir işyerindeki yemek işini ihale ile üstlenen firmada çalışan işçi, ihaleyi kaybeden işverenin aynı ildeki bir başka işyerinde çalışma önerisini kabul etmemiş ihaleyi kazanan yeni firmanın emrinde aynı işyerinde çalışmayı sürdürmüştür. İşçinin eski işverene karşı dava açarak ihbar ve kıdem tazminatı talep etmesi üzerine Yargıtay, işçinin aynı ildeki benzer bir işte çalışmayı reddetmesinin iş akdini kendisinin feshetmesi anlamına geldiğine hükmederek tazminat talebini reddetmiştir.
- 8 Geniş bilgi için bkz. Münir EKONOMİ/Öner EYRENCİ, Hizmet Akdinin Devri ile İşverenin Değişmesi, Prof. Dr. Nuri ÇELİK'e Armağan, C. II, s. 1199 vd.; Anıl ARSLANOĞLU, İş Sözleşmesinin İrade Devri ile İşverenin Değişmesi, Legal İHSGHD., 2006/10, s. 534 vd.
- 9 Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku 2. B. Ankara 2005. s. 232.
- 10 İş Kanunu'nu hazırlayan bilim kurulunun hazırladığı taslakta bu konuda hüküm bulunmaktaydı. Taslaktaki hükme göre, "Bir iş sözleşmesinin tarafı olan işveren, işçinin rızası ile işin görülmesini talep hakkını sürekli olarak başka işverene devredebilir. Devir işlemi ile birlikte devreden işveren ile işçi arasındaki iş ilişkisi sona erer ve devralan işveren bütün hak borçlarıyla birlikte iş sözleşmesinin işveren tarafı sıfatını kazanır". Anılan taslak hükmü TBMM tarafından kabul edilmemiştir.
- 11 Sarper SÜZEK, İş Hukuku, 2. B. İstanbul 2005, s. 268; MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 233; Nuri ÇELİK, İş Hukuku, 20. B., İstanbul 2007, s.63; ULUCAN (EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN), s. 112.

Yargıtayın Bir Kararı Üzerine Kıdem Tazminatına İlişkin Faiz, İhtirazi Kayıt ve Temerrüt Konularında Değerlendirme

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2007/27654
Karar No : 2008/24625
Tarihi : 24.9.2008

ÖZET

Kıdem tazminatı için uygulanması gereken faiz, ödeme gününün kararlaştırıldığı ya da temerrüdün gerçekleştiği zamanda bankalarca bir yıllık mevduata uygulanan en yüksek faiz oranı olmalıdır. Aynı miktar için ikinci yılın başlangıcındaki en yüksek banka mevduat faizinin belirlenerek uygulanması, gecikme daha da uzunsa takip eden yıllar için de aynı yönteme başvurulması gerekir. Yıl içinde artan ve eksilen faiz oranları dikkate alınmaz. Yıllar itibarıyla faiz oranları değişebileceğinden kararda faiz oranının gösterilmemesi gerekir.

DAVA

Davacı, kıdem ve ihbar tazminatı, izin, bayram ve genel tatil, hafta tatili, fazla mesai alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir. Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır. Hüküm süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi Ö.F.T. tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR

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

2- Kıdem tazminatı bakımından uygulanması gereken faiz başlangıcı ve davalı yararına tayin edilen vekâlet ücreti konusunda

taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

a) Dava kısmen kabul edildiğine göre reddedilen kısım için davalı yararına avukatlık asgari ücret tarifesine göre bir vekâlet ücreti verilmesi zorunluluğu var ise de, mahkemece davalı yararına fazla vekalet ücreti hesaplanması hatalı olmuştur.

b) 4857 sayılı İş Kanununun 120. maddesi hükmü uyarınca kıdem tazminatını düzenleyen 1475 sayılı yasanın 14. maddesi halen yürürlüktedir. Anılan 14. maddenin 11. fıkrası hükmüne göre kıdem tazminatının gününde ödenmemesi durumunda mevduata uygulanan en yüksek faize karar verilmelidir.

Kıdem tazminatının zamanında ödenmemesi halinde bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faiziyle birlikte ödenmesi gerektiği 1475 sayılı Kanunun 14/11. maddesinde öngörülmüştür. O halde faiz başlangıcı fesih tarihi olmalıdır. Bu noktada, iş sözleşmesinin ölüm ya da diğer nedenlerle son bulması faiz başlangıcını değiştirmez. Ancak, yaşlılık, malullük aylığı ya da toptan ödeme almak için işyerinden ayrılma halinde 1475 sayılı yasanın 14/3. maddesine göre işçinin bağlı bulunduğu kurum ya da sandığa başvurduğunu belgelemesi şarttır. Bu halde faiz başlangıcı da anılan belgenin işverene verildiği tarih olmalıdır.

Emekliliğe hak kazanma belgesi işverene bildirilmişse, işverence kıdem tazminatı olarak ilk taksitin ödendiği tarih bakiye kıdem tazminatı için de faiz başlangıcı olmalıdır. Böyle bir taksit ödemesi de olmadığı durumlarda faiz başlangıcı, davanın açıldığı ya da icra takibinin başladığı tarihtir.

İşe iade davası sonrasında işçinin süresi içinde başvurusuna rağmen işverence işe başlatılmadığı tarih fesih tarihi olmakla, kıdem tazminatı bakımından faiz başlangıcı da, işçinin işe alınmayacağına açıklandığı tarih ya da bir aylık işe başlatma süresinin sonudur.

Kıdem tazminatı ödenmekle ferî hak olan

faiz hakkı da son bulur. Ancak kıdem tazminatının kısmen ödenmiş olması durumunda son taksit ödeninceye kadar faiz hakkı saklı tutulabilir. Davanın açılması da ihtirazi kayıt anlamındadır.

Kıdem tazminatına uygulanması gereken faizi düzenleyen ilgili hükümde özel banka ile kamu bankası ayrımı yapılmamıştır. Yasada, “uygulanan en yüksek faiz” sözcüklerine yer verilmiş olmakla sözü edilen faiz oranının uygulanıp uygulanmadığı tespit olunmalıdır. Bankaların belli dönemlerde T.C. Merkez Bankasına uygulayabileceklerini bildirdikleri faiz oranı fi(i)len uygulanmış olmadıkça ücret dikkate alınmaz.

Bankaların uyguladıkları faiz oranları bir ya da birkaç aylık veya bir yıllık vadelerle belirlenmektedir. Bunlardan en uzun vade bir yıl olup, en yüksek faiz oranı da bir yıllık mevduata uygulanmaktadır. Bu durumda kıdem tazminatı için uygulanması gereken faiz, ödeme gününün kararlaştırıldığı ya da temerrüdün gerçekleştiği zamanda bankalarca bir yıllık mevduata uygulanan en yüksek faiz oranı olmalıdır. Aynı miktar için ikinci yılın başlangıcındaki en yüksek banka mevduat faizinin belirlenerek uygulanması, gecikme daha da uzunsa takip eden yıllar için de aynı yöntemle başvurulması gerekir. Yıl içinde artan ve eksilen faiz oranları dikkate alınmaz. Yıllar itibarıyla faiz oranları değişebileceğinden kararda faiz oranının gösterilmemesi gerekir.

Dava dilekçesinde belli bir faiz oranı ya da başka bir faiz türü gösterilmişse, HUMK. nun 74. maddesi uyarınca istekle bağlılık kuralından hareket edilerek bu faiz oranını aşmayacak şekilde faize karar verilmelidir.

Kıdem tazminatının taksitler halinde ödenmesini kabul eden işçi bu konuda irade fesadını kanıtlamadığı sürece faiz hakkından vazgeçmiş sayılır. Taksitlerin zamanında ödenmesi durumunda ayrıca faize hak kazanılamaz. Bu konuda daha sonraki taksitlerin ödemesi sırasında ihtirazi kayıtları sürülmesinin sonuca bir etkisi yoktur.

Ancak, taksitlerin gününde ödenmemesi durumunda her bir taksitin ödenmesi gereken tarih ile ödemenin yapıldığı güne kadar geçen süre için faize hak kazanılır.

Kıdem tazminatı gecikme faizi bir faiz alacağı olmakla faize faiz yürütülmesi mümkün olmaz. Dairemiz kararları bu yönde köklemiştir. (Yargıtay 9.HD. 27.6.2005 gün 2005/19196 E., 2005/22752 K.). Faiz alacağı başlı başına icra takibi ya da davaya konu olmuş olsa dahi, faiz niteliğini kaybetmediğinden ayrıca faize hak kazanılamaz.

Somut olayda kıdem tazminatına fesih tarihinden itibaren faize karar verilmesi gerekir iken dava tarihinden itibaren faize karar verilmesi hatalı olmuştur.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine,

24.09.2008 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

Davacıdan, davalı şirketin (yönetim) kurulu başkanının odasında bulunan dolap üzerindeki kağıtları (düzensiz belgeleri) atması istendiği halde verilen görevin sınırını aşarak dolap içinde muhafaza altında olan evrakları yırtarak attığı, iş sözleşmesinin bu olay sebebiyle feshedildiği anlaşılmaktadır. Fesih sebebi yapılan bu olay işverene bağlılık ve doğruluğa uymadığı gibi iş güvenliği tehlikeye düşürücü nitelikte olup davacı ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanmamıştır. Bu nedenle hükmün ihbar ve kıdem tazminatı talepleri reddedilmek üzere de bozulması gerektiği görüşünde olduğumdan sayın çoğunluğun bu yönü kapsamına almayan bozma gerekçesine katılamıyorum.

1. GİRİŞ

İnceleme konusu karara göre davacı, kıdem ve ihbar tazminatı, izin, bayram ve genel tatil, hafta tatili, fazla mesai, alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir. Yerel mahkeme isteği kısmen hüküm altına almıştır. Yargıtay yerel mahkemenin kararını, somut olayda kıdem tazminatına fesih tarihinden itibaren faize karar verilmesi gerekir iken dava tarihinden itibaren faize karar verilmesi hatalı olmuştur gerekçesi ile bozmuştur.

II. KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

1. Türk İş Hukukunda Kıdem Tazminatının Zamanında Ödenmemesinden Doğan Faiz

a) Genel Olarak

Kıdem tazminatının zamanında ödenmemesinden doğan faiz 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinin 11. fıkrasında "Kıdem tazminatının zamanında ödenmemesi sebebiyle açılacak davanın sonunda hakim gecikme süresi için

ödenmeyen süreye göre mevduata uygulanan en yüksek faizin ödenmesine hükmeder. İşçinin mevzuattan doğan diğer hakları saklıdır." şeklinde düzenlenmiştir. Bu hüküm 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesine 30.07.1983 tarih ve 2869 sayılı Kanun ile eklenmiştir. Bu tarihe kadar kıdem tazminatına BK m.103'te yer alan genel gecikme faizi uygulanıyordu. 1475 sayılı İş Kanunu m.14/11'de yer alan kurallar emredici niteliktedir¹. Bu hükümden mevduata uygulanacak en yüksek faizin yalnızca kıdem tazminatı için söz konusu olduğu anlaşılmaktadır. Buna karşılık 4857 sayılı İş Kanunu, gününde ödenmeyen ücretler için mevduata uygulanan en yüksek faiz oranı uygulanacağını kabul ederek (m. 34/1) ücret alacaklarında da kıdem tazminatına paralellik sağlamıştır. Kıdem tazminatının toplu iş sözleşmesinde düzenlenmesi halinde ise 2822 sK m.61/1 hükmüne göre "işletme kredisi faizi" söz konusu olmaktadır². Yabancı para ile kıdem tazminatı ödemelerinde de 3095 sK m.4/a uyarınca o para ile açılan mevduata ödenen en yüksek faiz ödenmektedir. Hükümde bir kısıtlama bulunmadığından yerli, yabancı veya özel, kamu farkı gözetilme-

Hukumumuzda alacakların ifa zamanı, genel olarak tarafların anlaşması, sözleşme veya örf ve adet kuralları, dürüstlük kuralları ya da kanun hükmü ile belirlenmektedir.

den Türkiye'de faaliyette bulunan tüm bankalardan mevduata en yüksek faiz veren bankanın faizi esas alınmaktadır.

b) Faizin Başlangıç Tarihi ve Temerrüt

Gecikme sebebiyle faiz istenebilmesi için her şeyden önce kıdem tazminatı hakkının doğmuş bulunması ve doğduğu tarih itibariyle de ödenmemiş olması gerekli bulunmaktadır. İş Kanunu m.32/6'da yer alan "İş sözleşmelerinin sona ermesinde, işçinin ücreti ile sözleşme ve Kanundan doğan para ile ölçülmesi mümkün menfaatlerinin tam olarak ödenmesi zorunludur." şeklindeki kurala göre iş sözleşmesinin son bulunduğu tarihte kıdem tazminatının ödenmesi gerektiğinden bu tarihte ödemenin gerçekleşmemesi halinde temerrüt bu tarihte başlamaktadır³. Sözlük anlamı olarak temerrüt "direnme, borcun ifasında gecikme, borçlunun borcunu ödememekte veya alacaklının alacağını almamakta direnmesi" olarak tanımlanmaktadır⁴. Borçlunun temerrüdü BK 101-107. maddelerinde düzenlenmiştir. BK borçlunun temerrüde düşmüş sayılması için borcun muaccel olmasını yeterli bulmamakta ve prensip itibariyle alacaklının, borcu muaccel borçluya borcu ödemesini ihtar etmesini de aramaktadır⁵.

Hukumumuzda alacakların ifa zamanı, genel olarak tarafların anlaşması, sözleşme veya örf ve adet kuralları, dürüstlük kuralları ya da kanun hükmü ile belirlenmektedir⁶. Kıdem tazminatının zamanında ödenmemesinden kaynaklanan gecikme faizi konusunda da ifa zamanının kanunla tayin edilmiş olduğu bir durum söz konusu olmaktadır⁷. Bu nedenle kıdem tazminatı alacağı doğduğu anda 4857 sayılı İş Kanunu m.32/6'ya göre muaccel olmakta ve BK'dan

farklı olarak İş Kanunu'na göre borçlu herhangi bir ihtara gerek kalmadan temerrüde düşmektedir. Öğretide de isabetli olarak, kıdem tazminatı kanundan doğan bir para alacağı olduğu için İş Kanunu m.32/6'daki hükümden hareketle alacaklının ayrıca temerrüt ihtarına (BK m.101) gerek olmaksızın borçlunun temerrüde düştüğü kabul edilmektedir⁸.

İş sözleşmesinin sona erme sebeplerine göre birbirinden farklı temerrüt tarihleri de söz konusu olabilmektedir. Ölüm veya fesihle iş sözleşmesinin sona erme durumlarında ölüm⁹ veya fesih¹⁰ tarihlerinde temerrüt gerçekleşmektedir. İşçinin gaip olduğu durumlarda ise, işçinin mirasçılarının işverene kıdem tazminatı ödemesi için başvurdukları tarih¹¹ temerrüdün başlangıcı olarak alınmaktadır. Yaşlılık, malulük aylıkları veya toptan ödeme almak amacıyla yapılan fesihlerde de (1475 sK m.14/1-4), ilgili sosyal güvenlik kuruluşlarından alınan emeklilik belgesinin işverene verildiği tarih temerrüt başlangıcı tarihi olarak kabul edilmektedir¹². İşe iade davası sonrasında kıdem tazminatının faizinin başlangıç tarihi, işçinin süresi içinde başvurusuna rağmen işverence işçinin işe başlatılmayacağına bildirildiği tarih veya bir aylık işe başlatma süresinin sonu olmaktadır¹³.

İş sözleşmesinin işyeriyle ilgili bulunmayan bir suçtan mahkûmiyet nedeniyle feshedilmesinde gecikme faizi iş sözleşmesinin sona erdiği tarihten itibaren başlamaktadır¹⁴.

Sendika yöneticiliği yasada öngörülen biçimde son bulan ve eski işine girmek için başvuran işçiye kıdem tazminatı bu tarihte ödenmek gerektiğinden temerrüt için de bu tarih esas alınmaktadır¹⁵.

Kıdem tazminatı kanundan doğan bir para alacağı olduğu için İş Kanunu m.32/6'daki hükümden hareketle alacaklının ayrıca temerrüt ihtarına gerek olmaksızın borçlunun temerrüde düştüğü kabul edilmektedir.

Toplu iş sözleşmelerinde veya personel yönetmeliklerinde belirlenen kıdem tazminatı ödeme tarihleri de gecikme faizi için temerrüt tarihi olarak kabul edilmektedir¹⁶.

Kıdem tazminatının ödenmesi için vade belirtilen durumlarda ise temerrüt bu tarihten itibaren başlamaktadır¹⁷.

Taksitle ödemelerde de her bir taksitin ödenmesi gereken gün, ödeme yapılmadığı takdirde temerrüdün başlangıcı sayılmaktadır. Taksitle ödemede her bir somut taksitin ödenmesi gerekirken ödenmediği süreden başlayıp ödendiği tarihe kadar faiz yürütülmektedir¹⁸.

c) Faiz Oranı

Kıdem tazminatı için uygulanacak temerrüt faizi oranı, ödeme gününün kararlaştırıldığı veya temerrüdün gerçekleştiği tarihteki bankalarca bir yıllık mevduata uygulanan en yüksek faiz oranıdır¹⁹. İzleyen yıllarda da aynı yöntem ile hesap yapılmaktadır. Yıl içinde artan veya

si halinde BK'nın 104. maddesinin son fıkrası hükmüne göre faize faiz yürütülmesi mümkün bulunmamaktadır²⁶.

d) İhtirazi Kayıt

Kıdem tazminatı borcunun işveren tarafından bir seferde veya taksitler halinde gecikmeli olarak ödenmesi sırasında bu ödemeleri faiz konusunda ihtirazi kayıt koymadan kabul eden işçinin durumu BK m.113'te düzenlenmiştir. Maddeye göre "asıl borç tediye ile veya sair bir suretle sakıt olduğu takdirde kefalet ve rehin ve sair fer'i haklar sakıt olur. -Evvelce cereyan eden faizleri talep hakkını mahfuz bulunduğu beyan edilmiş veya icabı halden neşet eylemiş olmadıkça bu faizler talep olunamaz.- Gayrimenkul rehne veya kıymetli evraka ve konkordatoya müteallik hususi hükümler mahfuzdur". Maddeden anlaşıldığına göre kıdem tazminatı borcunun tamamı bir seferde veya taksitler halinde ödenirken faiz konusunda ihtirazi kayıt

Kıdem tazminatının geç ödenmesi nedeniyle açılan davada hükmolunan faizin geç ödenmesi halinde BK'nın 104. maddesinin son fıkrası hükmüne göre faize faiz yürütülmesi mümkün bulunmamaktadır.

azalan faiz oranları dikkate alınmamaktadır²⁰. Bu faiz oranının aynı zamanda fiilen uygulanan bir faiz oranı olması da gerekmektedir²¹. Gecikme süresi için faiz yürütülürken ödenmeyen her bir taksit için ödenmediği günden, ödendiği güne kadar ayrı ayrı faiz hesap edilir²².

Dava dilekçelerinde başka bir faiz oranı gösterilen durumlarda HMUK m.74 hükmü uyarınca istekle bağlılık kuralına göre bu istek aşılması üzere karar verilmektedir²³. Mahkeme kararında faiz oranının somut olarak belirtilmesi ise bozma nedeni²⁴ olarak değerlendirilmektedir.

Kıdem tazminatının geç ödenmesinde alacaklının bu ödemeyi BK m.84'e göre işlemiş gecikme faizine sayma hakkı vardır ve borçlunun bunu engellemesi mümkün değildir²⁵.

Kıdem tazminatının geç ödenmesi nedeniyle açılan davada hükmolunan faizin geç ödenme-

koymayan işçi bir daha faiz talep edemez ve bu husus amir hüküm olduğundan yargılama sırasında hakim tarafından resen nazara alınır. Ancak daha önce işlemiş olan faizlerin saklı tutulduğunun bildirilmiş olması veya halin icabından anlaşılması durumlarında BK m.113'te yer alan kural uygulanmaz²⁷. Buna göre kıdem tazminatı ister tümü birlikte def'aten isterse de kısım kısım (taksitle) ödensin, gecikme halinde gecikme faizi yürütülebilmesi için, borç ödemeyle sona ermeden önce faiz isteme hakkının saklı tutulması gerekir, eğer saklı tutulmazsa asıl borçla birlikte onun fer'i olan gecikme faizi isteme hakkı da son bulur (BK m.113)²⁸. Bir kez konan çekince (ihtirazi kayıt) kendisinden önceki ve/veya sonraki bütün taksitler için de konmuş sayılır²⁹.

Kıdem tazminatının ödenmesi sırasında faiz konusunda ihtirazi kayıt dermeyan etmeyen işçi en yüksek banka mevduat faizi isteme hakkını

Taksitli ödemelerde ilk taksidin ödendiği tarih, kendiliğinden bakiye kıdem tazminatı alacağı için faiz başlangıcı tarihi olma özelliğini kazanmamaktadır.

yitirdiği gibi bunun yerine daha düşük miktarda bir (yasal) faiz de elde edemez³⁰.

Önceki dava BK m.113 kapsamında ihtirazi kayıt niteliğindedir³¹.

2. Kararın Değerlendirilmesi

Kararda, kıdem tazminatının zamanında ödenmemesi sonucu işçi lehine doğacak gecikme faizi ile ilgili Yargıtayın istikrar kazanmış yerleşik görüşleri özet olarak ifade edilmiştir. Mevzuata uygun olan Yargıtayın bu görüşleri yıllardan beri öğretide de geniş ölçüde kabul görmüştür.

Ancak inceleme konusu olan kararının kaleme alınışı kanaatimizce iki ayrı noktada isabetli olmamıştır. Şöyleki;

İlk olarak, kararın (b) bendi 3. paragrafında “Emekliliğe hak kazanma belgesi işverene bildirilmişse, işverence kıdem tazminatı olarak ilk taksitin ödendiği tarih bakiye kıdem tazminatı için de faiz başlangıcı olmalıdır. Böyle bir taksit ödemesi de olmadığı durumlarda faiz başlangıcı, davanın açıldığı ya da icra takibinin başladığı tarihtir.” şeklinde ifade edilen husus, Yargıtayın yerleşik kararlarında ifade edilen görüşlere nazaran farklılık taşımaktadır. Çünkü; iş sözleşmesinin yaşlılık, emeklilik ve malullük aylığı yahut toptan ödeme almak amacıyla feshedilmesi, 1475 sayılı İş Kanunu m.14/1-4’de düzenlenmiştir. Buna göre, işçiler iş sözleşmelerini “Bağlı buldukları kanunla kurulu kurum veya sandıklardan yaşlılık, emeklilik veya malullük aylığı yahut toptan ödeme almak amacıyla” feshederlerse işverenden kıdem tazminatı isteme hakkına sahip olmaktadır. Bu hüküm doğrultusunda yaşlılık, emeklilik, malullük aylıkları veya toptan ödeme almak amacıyla yapılan fesihlerde ilgili sosyal güvenlik kuruluşlarından alınan emeklilik belgesinin işverene verildiği tarih faizin başlangıcı tarihi

olarak kabul edilmektedir³². Anılan belgenin işverene verilmesine rağmen kıdem tazminatı ödemesinin yapılmadığı durumlarda faizin başlangıcı (işçi tarafından dava veya icra takibi tarihinden başlatılmamak koşulu ile) davanın açıldığı veya icra takibinin yapıldığı tarih değil, emeklilik belgesinin işverene verildiği tarih olmaktadır³³.

Kıdem tazminatının tarafların anlaşması olmadan taksitle ödendiği durumlarda da emeklilik belgesinin işverene verilme tarihi, faizin başlangıcı tarihi olma özelliğini taşımaktadır. Kıdem tazminatının anlaşma olmadan taksitler halinde ödendiği durumlarda yukarıda açıklandığı şekilde son taksit ödeninceye kadar işçi tarafından yapılacak bir ihtirazi kayıt dermeyanı, faiz hakkını fesih tarihinden itibaren saklı tutmaktadır. Taksitle ödeme tarafların anlaşması ile kabul edilmiş ise taksitlerin gecikmeli olarak ödenmesinde de belirlenen taksit tarihleri ile ödeme tarihleri arasında geçen süreye göre faiz hesabı yapılmaktadır³⁴. Kıdem tazminatının anlaşmalı olarak taksitler halinde ödenmesinde de BK m.113/2’ye göre son taksit ödeninceye kadar faiz hakkının saklı tutulması gerekli bulunmaktadır. Buna karşılık, taksitle ödemeye dair anlaşma yapılırken taraflar zamanında ödenmeyen bir taksitin kendisinden sonraki taksitleri de ödenmesi gereken duruma düşüreceğini kararlaştırmışlarsa, ödenmesi gereken zamanda ödenmeyen bir taksit kendini izleyen taksitleri de ödenmesi gerekli konuma sokacağından, bu taksitler için de ödenmemiş olan önceki taksitin ödenmesi icap eden tarihten itibaren faize hükmedilmesi icap edecektir³⁵. Dolayısıyla kararda ifade edildiği gibi, taksitli ödemelerde ilk taksidin ödendiği tarih, kendiliğinden bakiye kıdem tazminatı alacağı için faiz başlangıcı tarihi olma özelliğini kazanmamaktadır. Yargıtayın anılan görüşü, gerek 1475 sK m.14/1-4, 4857 sK m.32/6 ile BK’nın ihtirazi kayıtla ilgili maddeleri ve gerekse Yargıtayın yerleşmiş kararlarıyla açık bir şekilde çelişki halindedir.

İkinci olarak, kararın sonuç kısmından bir önceki paragrafında da “Kıdem tazminatının taksitler halinde ödenmesini kabul eden işçi bu konuda irade fesadını kanıtlamadığı sürece faiz

hakkından vazgeçmiş sayılır. Taksitlerin zamanında ödenmesi durumunda ayrıca faize hak kazanılmaz. Bu konuda daha sonraki taksitlerin ödenmesi sırasında ihtirazi kayıt ileri sürülmesinin sonuca bir etkisi yoktur. Ancak, taksitlerin gününde ödenmemesi durumunda her bir taksitin ödenmesi gereken tarih ile ödemenin yapıldığı güne kadar geçen süre için faize hak kazanılır” şeklinde bir görüş ifade edilmektedir.

Bu paragrafta, son cümleye kadar kıdem tazminatının taksitler halinde ödenmesini kabul eden işçinin irade fesadını kanıtlamadığı sürece taksitlerin zamanında ödenmesi halinde faize hak kazanamayacağı hatta sonraki taksitlerin ödenmesi sırasında ihtirazi kayıt ileri sürülmesinin bile bu durumu değiştirmeyeceği ifade edilmektedir. Buraya kadar gerek mevzuat gerekse yerleşmiş kararlar bakımından bir sorun bulunmamakla birlikte, ancak ile başlayan son cümlede arada hiçbir açıklama yapılmadan, taksitlerin gününde ödenmemesi durumunda her bir taksitin ödenmesi gereken tarih ile ödemenin yapıldığı güne kadar geçen süre için faize hak kazanılır, denilerek tarafların anlaşması üzerine kıdem tazminatının taksitler halinde ödenmesinde bir ihtirazi kayıt olmasa bile gecikme faizine hak kazanılabileceği izlenimi yaratılmıştır.

Kıdem tazminatının taksitler halinde ödenmesinde uygulamada genellikle üç yol izlenmektedir. Bunlardan birincisinde işveren işçi ile anlaşmadan kıdem tazminatını taksitler halinde ödemektedir. Böyle durumlarda işçi ihtirazi kayıt ile hakkını saklı tuttuğu takdirde fesih tarihinden itibaren gecikme faizine hak kazanmaktadır. İkincisinde işveren kıdem tazminatını işyerinde yürürlükte olan toplu iş sözleşmesi veya personel yönetmeliği hükümleri doğrultusunda taksitler halinde ödemektedir. Taksitler bu hükümler doğrultusunda zamanında ödendiği takdirde ihtirazi kayıt olsa bile işçi gecikme faizine hak kazanmamaktadır. Üçüncü durumda ise işveren ile işçi kıdem tazminatının taksitler halinde ödenmesi hususunda anlaşmakta ve taksitler bu tarihlerde ödenmektedir. İşçi bakımından bir irade fesadı söz konusu olmadığı takdirde, işçinin ihtirazi kayıt

koysa bile taksitler zamanında ödendiği takdirde gecikme faizi hakkı doğmamaktadır. İkinci ve üçüncü durumlarda işçinin ancak ihtirazi kayıt koymak koşulu ile taksitlerin zamanında ödenmemesi halinde ödenmeme tarihi ile ödeme tarihi arasındaki süre için gecikme faizine hak kazanması mümkün bulunmaktadır. Nitekim baştan ihtirazi kayıt konmasa bile her bir taksitin ödenmesi sırasında ve hatta son taksitin ödenmesi sırasında bile ihtirazi kayıt konması yukarıda açıklandığı gibi BK m.113/2'ye göre tartışmasız bir biçimde faize hak kazandırmaktadır. Bu husus inceleme konusu kararın başka bir paragrafında ((b) bendi 5. paragrafında) da açık olarak ifade edilmiştir. Öğretide de görüşler bu yöndedir³⁶. Kaldı ki Kanun ile konmuş (ihtirazi kayıt hakkında) bir hükmün yargı kararı ile değiştirilemeyeceği gerçeği de izahtan varestedir. Yargıtayın anılan bu görüşü de, gerek 1475 sK m.11, 4857 sK m.32/6 ile BK'nın ihtirazi kayıtlarla ilgili maddeleri ve gerekse Yargıtayın yerleşmiş kararlarıyla açık bir şekilde çelişki halindedir.

3. Sonuç

Kanaatimizce inceleme konusu olan karar, Yargıtayın emeklilik halinde kıdem tazminatının gecikmeli ödenmesi, ihtirazi kayıt ve kıdem tazminatının geç ödenmesinden kaynaklanan faize ilişkin istikrar kazanmış görüşlerinde bir değişiklik yaratmamıştır. Buna karşılık değerlendirme kısmında itiraz ettiğimiz hususların kaleme alınışı bize göre isabetli olmamıştır. Bu nedenle kararın itiraz ettiğimiz hususlarına katılmıyoruz.

DİPNOTLAR

- 1 9.HD, 5.10.2004, 23868/22053 (YKD. Ağustos 2005, s. 1228/1229).
- 2 9.HD, 02.02.2005, 12851/2861 (Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2005/7, s. 1359).
- 3 9.HD, 21.04.2005, 24737/14029 (Legal D., 2005/7, s. 1321-1322).
- 4 Ejder Yılmaz, Hukuk Sözlüğü, Ankara 2004, 8. baskı, s. 1216-1217.
- 5 Kemal Oğuzman, Turgut Öz, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 1995, s. 282. Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2002, s. 457 vd. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 911 vd.

- 6 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 802-804. Ünal Narmanlıoğlu, İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri, İzmir 1998, s. 460.
- 7 Narmanlıoğlu, s. 460.
- 8 Ercan Akyiğit, İş Kanun Şerhi, Ankara 2006, s. 2520. Kazım Yücel Dönmez, İş Hukukunda Tazminatlar, Ankara 2008, s. 754. Hamdi Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, Ankara 2005, s. 659. Narmanlıoğlu, s. 460-461. Fevzi Demir, İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir 2005, s. 302.
- 9 9.HD, 31.03.1998, 2723/8235 (Akyiğit, s. 2522).
- 10 9.HD, 21.04.2005, 24737/14029 (ÇTD. 2005/3, s. 229), 9.HD, 14.09.1999, 11364/13215 (YKD. Nisan 2001, s. 521-522).
- 11 9.HD, 02.11.2004, 1546/24698 (Tekstil İD. Ağustos 2005, s. 39-40), 9.HD, 06.05.2723/8235 (Cevdet İlhan Günay, İş Kanunu Şerhi 2005, s. 2528/2529).
- 12 9.HD, 12.07.2006 1211/20713 (ÇTD. 2006/4, s. 159-160), 9.HD, 19.03.1998, 3088/5566 (YKD. Ocak 1999, s. 42-43).
- 13 9.HD, 24.01.2007, 21260/689 (Legal D, 2007/15, s. 1061-1062).
- 14 Cevdet İlhan Günay, İş Kanunu Şerhi, Ankara 2009, s. 3029.
- 15 9.HD, 06.10.1992, 5631/1092 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 01.09.2009).
- 16 9.HD, 18.09.2003, 2002/14739 (Legal D., 2004/4, s. 1474), 9.HD, 24.02.1999, 2481/3484 (Münir Ekonomi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin 1999 Yılı Emsal Kararları, 2002, s. 140-141).
- 17 9.HD 02.01.1999, 12252/16507, 9.HD, 26.03.1996, 6397/6265 (Akyiğit, s. 2522).
- 18 HGK, 03.02.1999, 9-35/54 (Akyiğit, s. 2525). Akyiğit, s. 2534.
- 19 9.HD, 06.07.2004, 8053/17234 (Legal D., 2004/4, s. 1417-1418).
- 20 9.HD, 05.07.1994, 10317/10680 (Akyiğit, s. 2528).
- 21 9.HD, 07.02.2006, 31402/2549 (Legal D., 2006/11, s. 961), 9.HD, 20.06.2006, 15946/17848 (Legal D., 2006/12, s. 1488-1489).
- 22 Akyiğit, s. 2524.
- 23 9.HD, 30.05.2005, 28718/19954 (Legal D., 2005/8, s. 1710-1711).
- 24 9.HD, 20.02.2003, 27544/2042 (İşveren D. Kasım 2003, s. 18).
- 25 9.HD, 27.10.2004, 26893/24441 (Tekstil İD. Nisan 2005, s. 48).
- 26 9.HD, 12.03.2001, 3617/3795 (Çimento İD. Mayıs 2001, s. 50), 9.HD, 04.04.2001, 2550/4726 (İşveren D. Ekim 2000, s. 18).
- 27 HGK. 01.05.2002, 9-371/343 (Tez-Koop-İş D. Sayı 50, yıl 2003, s. 43).
- 28 Akyiğit, s. 2523-2524.
- 29 HGK, 18.11.1992, E. 1992/9-588, K. 1992/687 (YKD. Şubat 1993, s. 168-170). Akyiğit, s. 2524. Dönmez, s.752.
- 30 9.HD, 23.02.1984, 1276/1808 (YKD. Ekim 1985, s. 1478).
- 31 9.HD, 17.01.2006, 36560/327 (ÇTD. 2006/2, s. 188-189), 9.HD, 09.05.2000, 2830/6711 (Günay, s. 2454).
- 32 9.HD, 12.07.2006, 1211/20713 (ÇTD. 2006/4, s. 159-160), 9.HD, 19.03.1998, 3088/5566 (YKD. Ocak 1999, s. 42-43).
- 33 9.HD, 19.03.1998, 3088/5566 (YKD. Ocak 1999, s. 42-43), 9.HD, 26.12.1995, 37541/36629 (Çimento İD. Mart 1996, s. 33).
- 34 Akyiğit, s. 2524.
- 35 Ercan Akyiğit, Kıdem Tazminatının Taksitle Ödenmesi ve Faiz, Yargı Dünyası, Nisan 1997, s. 20. Kıdem Tazminatı, Ankara 1999, s. 821.
- 36 Akyiğit, s. 2524. Narmanlıoğlu, s. 464. Mollamahmutoğlu, s. 660. Dönmez, s. 752.

Ulusal ve Uluslararası Hukukta Teşmilin Hukuki Boyutları ve Uygulaması

A. TANIM

Türk iş hukukunda “teşmil” sözcüğü ilk kez 275 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Yasası’nda kullanılmıştır.

Ülkelerdeki mevzuatlarda teşmilin içeriği farklı düzenlendiğinden teşmilin mutlak bir tanımını yapmak zordur. Genel anlamda teşmil; yürürlükte bulunan bir işkolu veya işyeri toplu iş sözleşme uygulama alanının o işkolunda veya belirli işyerlerinde yahut işletmelerde çalışan ve o sözleşmenin taraflarını oluşturmayan öteki işçi ve işverenleri de içine alacak şekilde ve işkolunda ve işyerlerindeki çalışma düzeninin uyumlu (yeknesak) hale getirilmesi amacıyla, yasaların yetkili kıldığı organın kararı ile genişletilmesidir¹.

Tanımdan da anlaşılacağı üzere teşmil uygulaması ile yeni bir toplu iş sözleşmesi düzeni kurulmamakta; var olan düzenin uygulama alanı genişletilmektedir.

B. TEŞMİLİN AMACI VE YARARLARI

Birçok ülke mevzuatında yer alan teşmilin amacı ve yararı nedir? Bu soruya teşmili 275 sayılı Yasaya sokeran geçici komisyon; raporunda aşağıdaki şekilde yanıt vermiştir. “Teşmil

... iş piyasasındaki yeknesak şartlara kavuşturulmasındaki ve lüzumsuz grev ve lokavtların önlenmesinde kamu yararına binaen ... tanınmıştır.”²

Bu kurumun yararlarını ise kalın çizgilerle şu başlıklarda toplayabiliriz;

1. Örgütlü, Örgütsüz İşçiler Arasında Çalışma Bakımından Uyum Sağlama³

İşverenler kimi koşullar altında, özellikle ekonomik kriz dönemlerinde toplu iş sözleşmesi ile bağılı olmayan işçileri çalıştırmak ve böylece sözleşmenin getirdiği parasal yükümlülüklerden kaçınmaktadırlar. Zira, toplu iş sözleşmesine taraf olan işçiler için iyi çalışma koşulları belirlenmektedir. Oysa salt iş sözleşmelerine bağılı olan işçiler düşük ücret ve iyi olmayan koşullara göre çalıştırılmaktadırlar. Doğaldır ki işverence özellikle bu tür işçiler tercih edilmektedir. Bu durumda ise örgütlenmiş işçilerin işsiz kalmaları tehlikesi ortaya çıkmaktadır. İşte bu gelişime engel olmak için ve belirli bir iş kolunda çalışan işçi ve işverenlerin çalışma koşullarını uyumlu hale getirmek için teşmilin uygulanması gerektiği söylenmektedir.

2. İşverenler Arası Haksız Yarışmayı Önleme⁴

Öte yandan serbest rekabetin olduğu bir piyasa ekonomisinde toplu sözleşme ile bağlı olmayan işverenlerin istedikleri koşullarda – özellikle işsizliğin yoğun olduğu dönemlerde – düşük ücretle işçi çalıştırmaları sonucu maliyetlerini düşük tutarak, toplu sözleşmeye taraf işverenlere karşı düşük fiyatlarla yarış yapma olanağı vardır. Toplu sözleşme tarafı olan işvereni, sözleşmenin uygulama alanı dışında kalan işverenin, Alman hukukunda “kirli rekabet” (Schmutzkonkurrenz) denilen⁵ rekabetine karşı korumanın tek yolu toplu iş sözleşmelerinin devletin müdahalesi yoluyla uygulama alanını genişletmektir. Böylece işverenler işçi hakları üzerinde oynayarak maliyet düşürme yöntemlerine başvurmayacaklardır. Daha çok verimliliği arttıran öteki önlemleri almaya zorunlu kalacaklardır.

3. Sosyal Alandaki Gelişmeleri Ülke Düzeyinde Yaygınlaştırma

Öte yandan çağdaş devlette devlet etkin görevler yüklenmeli, ekonomik bakımdan güçsüz olanlara koruyucu elini uzatmalı, ekonomik ve sosyal gelişmeyi toplumun tüm katmanlarına dengeli bir biçimde yaymalıdır. Gerçekten de belirli iş kollarındaki veya işyerlerindeki işçilere toplu iş sözleşmeleri ile ek çıkar sağlamak yeterli bir sosyal politika olmasa gerek. Toplu iş sözleşmeleri ile sağlanan bu çıkarlar gereğinde devletin müdahalesi ile yani “teşmil” ile adil bir biçimde örgütlü olma olanağından yoksun olan işçilere de yaygınlaştırılırsa o ölçüde dengeli bir çalışma düzeni sağlanmış olur⁶.

C. ULUSLARARASI HUKUKTA TEŞMİL

Teşmile yönelik Uluslararası Çalışma Örgütü’nce (ILO) bir sözleşme çıkartılmamış ancak bu örgütün 1951 tarihli ve 91 sayılı Toplu Sözleşmeler Tavsiye Kararında teşmile ilişkin düzenlemelere gidilmiştir.

Teşmile ilgili 91 sayılı Tavsiye Kararının dördüncü bölümündeki 5. maddeye göre;

“(1) Yürürlükteki toplu iş sözleşmeleri sistemi açısından uygun görüldüğünde, toplu iş sözleşmesi hükümlerinin tamamının veya bir kısmının, mesleki veya coğrafi alanına giren diğer çalışan ve işverenlere de uygulanması için, her ülkenin durumuna uygun ve yasaca belirlenecek önlemler alınmalıdır.

(2) Toplu iş sözleşmesinin teşmili, ulusal yasalarca özellikle şu koşullara tabi kılınabilir:

a. Toplu iş sözleşmesi, yetkili makam açısından, yeterli derecede temsil edici bir çalışan ve işveren sayısını kapsamakta olmalıdır;

b. Genel kural olarak, toplu sözleşmenin tarafı bulunan bir veya birden fazla çalışan ve işveren örgütünün teşmil isteminde bulunması gerekir;

c. Teşmil yoluyla sözleşmenin uygulanacağı çalışan ve işverenlerin önceden görüşleri alınmalıdır.”

D. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA TEŞMİL

Teşmil değişik biçimlerde halen birçok ülke mevzuatında yer almaktadır. Bu ülkelerden F. Almanya, İsviçre ve Fransa’nın uygulamasına aşağıda kalın başlıklarla değinmek istiyoruz. Örneksenin yararı ise 2822 sayılı Yasada öngörülen teşmilin ne ölçüde amacına uygun düzenlenip düzenlenmediğini göstermektedir.

1. İsviçre

Teşmil kurumu bu ülkede, Federal Any. Md. b. 34 ter Abs.1 Lit.C fıkrası “Federal düzeyde toplu iş sözleşmelerinin teşmili Federal düzeyde yasayla düzenlenir” hükmü gereği 25.9.1956 tarihinde yürürlüğe sokulan “Teşmil Hakkında Federal Yasa”da (Allgemeinverbindlicherklärungsgesetz=AVEG) ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Yasa 21 maddeden oluşmaktadır⁷. Görüldüğü üzere İsviçre, “teşmil”i özel bir yasa ile düzenlemiştir.

Yasaya göre, toplu iş sözleşmelerinin yalnızca normatif (kuralcı) hükümleri teşmil edilir. Sözleşmenin borç doğuran hükümleri teşmil edilemez (Md. I/II AVEG). Ayrıca toplu iş sözleşmelerinde yer alan özel hakem ile ilişkin hükümler de teşmil edilemez (Md. I/III AVEG).

Yine yasaya göre, kamu yararı, öteki ekonomik grupların haklı çıkarlarını zedelemiyorsa (Md. 2/II AVEG) ve ancak işçi ve işveren tarafınca “teşmil için zorunluluk” nesnel olarak kanıtlanabiliyorsa (Md. 2/I AVEG), teşmil istenebilmektedir⁸.

İsviçre Federal Yasası devlete res’en toplu iş sözleşmesini teşmil yetkisi tanımamıştır. Sözleşme tarafları yazılı istemde bulunurlarsa teşmile başvurulacaktır (Md.8 AVEG).

Şayet teşmil birden fazla kantonu kapsıyorsa Federal Çalışma Bakanlığı’nca, bir kantonu veya kantonun bir kısmını içerecekse kanton yetkili organınca karar verilir (Md. 7 AVEG).

Teşmil talebinde işletme, meslek grupları itibari ile teşmilin uygulama alanı, başlama ve bitim tarihi ile teşmil için gerekli koşullar hakkında bilgiler yer almalıdır. Teşmile karar verilmeden önce tarafsız bir bilirkişiden görüş alınır (Md. 11 AVEG). Buradaki bilirkişi incelemesinde amaçlanan; teşmil için aranılan koşulların var olup olmadığıdır⁹. Yetkili organ kağıt üzerinde incelemeyle teşmilin reddini açıkça belirlerse, bilirkişiye gitmeden, istem geri çevrilir (Md. 11/I AVEG). Teşmil kararı gerekçeli açıklanır (Md. 12/II AVEG).

Yasaya göre, federal ve kanton mevzuatıyla çatışan (Md. 4 AVEG) koalisyon özgürlüğünü kaldıran, hukuki eşitliği zedeleyen toplu iş sözleşmesi hükümleri de teşmil edilemez (Md. 2/IV-V AVEG). Ayrıca bir iş sözleşmesinin teşmil edilebilmesi için o sözleşmenin uygulandığı alanda işçi ve işverenlerin yarından fazlasını kapsaması da koşuldur (Md. 2 AVEG).

İsviçre iş hukuku öğretisinde teşmil idari bir tasarruf olarak nitelendirilmektedir¹⁰.

İsviçre’de teşmile sık başvurulmaktadır. Nitekim 2009 yılında 1 Mayıs 2009 itibariyle federal düzeyde 32, kantonlarda ise 36 teşmil uygulamasına gidilmiştir.

2. F. Almanya¹¹

Bu ülkede toplu sözleşmelerin teşmili; 9.4.1949 tarihli 11.1.1952 yılında değişikliğe uğramış Toplu İş Sözleşmesi Yasası’nın (Tarifvertragsgesetz = TVG) 5. maddesinde düzenlenmiştir.

Alman hukukunda teşmil ancak kamu ya-

İsviçre hukukunda olduğu gibi Alman hukukunda da toplu iş sözleşmesi res’en teşmil edilmez.

rarı varsa yapılacaktır (TVG Md.5/1-2). Teşmil için bu ülke mevzuatında aranan diğer bir koşul da yarından fazla işçi çalıştırma ölçütüdür. Yani toplu iş sözleşmesinin teşmilini isteyen işverenler toplu iş sözleşmesi kapsamına giren işçilerin asgari yüzde ellisini çalıştırıyor olmalıdır (TVG Md. 5/1).

İsviçre hukukunda olduğu gibi Alman hukukunda da toplu iş sözleşmesi res’en teşmil edilmez¹².

Sosyal zorunluluk (Sozialer Notstand) durumlarında yarından fazla işçi çalıştırma ve kamu yararı ölçütüne bakılmaksızın istem varsa teşmil yapılır¹³. Örneğin kapsam dışı işçiler zorunlu gereksinimlerini karşılamayacak kadar düşük ücret alıyorsa “sosyal zorunluluk” söz konusu olur. Kamu yararı ve çoğunluk koşulu olmasa bile bu durumda talep varsa teşmile başvurulabilir¹⁴.

Almanya’da yasaya göre yalnızca hukuken geçerli olan toplu iş sözleşmeleri ve onların normatif hükümleri teşmil edilir. Borç doğuran hükümlerin teşmilinin hiçbir hukuki geçerliliği yoktur.

Teşmile ancak Federal Alman Çalışma Bakanlığı karar verir. Bakanlık bu yetkisini federe devletlerin ilgili bakanlıklarına bırakabilir (Md. 5/7 TVG). Teşmil kararının alınmasında Bakanlığın takdir hakkı vardır. Ancak 5. maddede öngörülen koşulların yokluğu açıkça belirli ise bakanlık teşmil talebini geri çevirebilir. Teşmil için yukarıda sıraladığımız koşulların gerçekleşmesi durumunda Bakanlık, işveren ve işçi kesiminden 3’er üyenin oluşturduğu toplu sözleşme komisyonunun onayını alarak teşmile karar verir¹⁵. Teşmil edilen toplu sözleşme teşmil kütüğüne kaydedilir, ayrıca ilan edilir (Md. 5/VII TVG).

Teşmilin hükmü kararın yayımlanmasından itibaren başlar. Öte yandan Alman iş hukuku öğretisindeki baskın görüş; bağlama hükmünün başlangıcı olarak teşmil kararından sonraki veya önceki bir tarihin saptanabileceğini de kabul etmektedir¹⁶.

Teşmil kararının hukuki niteliği Alman iş hukuku öğretisinde tartışmalıdır. Öğretide teşmil kararı bir idari tasarruf olarak kabul edildiği gibi bu kararın, düzenleyici tasarruf olduğu da ileri sürülmektedir.

Teşmil kararı kamu yararı gerektiğinde toplu sözleşme komisyonunun onayı alınarak Çalışma Bakanlığı'nca her zaman yürürlükten kaldırılabilir. Ayrıca teşmil edilen toplu iş sözleşmesinin sona ermesi halinde teşmil kararı da sona erer.

Bu ülkede de teşmile sıkça başvurulmaktadır. Örneğin Almanya'da 2006 yılında 446, 2007 yılında 454, 2008 yılında 463 teşmil uygulaması yapılmıştır¹⁷.

3. Fransa

Fransız hukukunda teşmil hükmü ilk kez 24.04.1936 tarihli Yasada yer almıştır. Bunu ayrıca 11.02.1954 yılındaki yasal dayanaklar izlemiştir. Ayrıca bu konuda bir tüzükle 13.07.1971 tarihinde bir yasa daha kabul edilmiştir¹⁸. 31. madde ile teşmil bu ülkede birtakım koşullara bağlanmıştır¹⁹.

Ancak hukuken geçerli toplu iş sözleşmelerinin teşmili söz konusudur.

Toplu iş sözleşmesi ehliyetine sahip taraflarca yapılan, yasanın aradığı şekil koşullarına uygun ve geçerli içeriği olan toplu iş sözleşmeleri teşmil edilebilecektir.

- Her toplu iş sözleşmesi teşmil edilemez. Yalnızca en fazla temsil yetkisi olan işçi-işveren örgütlerinin (organisations syndicales les plus représentatives) bağıtladıkları toplu iş sözleşmelerinin teşmili yapılabilir. Bu bakımdan Fransız hukukunda teşmile uygun toplu iş sözleşmeleri, olağan toplu iş sözleşmelerinden ayrılır. En fazla temsil yetkisini elinde bulunduracak işçi ve işveren örgütleri Çalışma Bakanlığında idari bir tasarrufla belirlenir. Bu tasarrufa karşı

Fransız hukuk sisteminde teşmil için ayrıca “kamu yararı” ilkesi ile “o iş kolunda çalışanların çoğunluğunu kapsama” ölçütü aranmamaktadır.

idari yargı yolu açıktır. Bakanlık bu örgütleri belirlerken şu koşulları göz önünde bulunduracaktır (Md. 31/IV Cod. TRAV): **1)** Örgüt o iş kolu içinde üye sayısı bakımından en güçlüsü olmalıdır. **2)** Örgütler birbirine karşı bağımsız olmalı, bu bağımsızlık her şeyiyle korunmalıdır. **3)** Üyelerin ödedikleri sendika ödentileri yüksek olmalıdır. **4)** Örgütün deneyimi ve ömrü fazla olmalıdır²⁰.

Teşmil edilecek toplu iş sözleşmesi, belirli bir iş kolundaki iş kollarını düzenlemelidir (Md. 31/f-1 Cod. TRAV).

- Ayrıca teşmil edilebilecek bu toplu sözleşme o iş kolunda meslek farkı gözetmeksizin (işçi-müstahdem) çalışanların tümünün çalışma koşullarını düzenleyen hükümler içermelidir (Md. 31/f-III Cod. TRAV).

Teşmil edilebilecek toplu iş sözleşmeleri asgari belirli bazı hükümleri içermelidir (Md. 31/9-I Cod. TRAV). Yasanın aradığı asgari içerik ile amaçlanan o toplu iş sözleşmesinde; **1)** Sendikal faaliyet ve işçinin düşünce özgürlüğüne, **2)** Ücretler ve ek ücretlere, **3)** İşyeri temsilciliğine, **4)** Ücretli tatile, **5)** Toplu sözleşmenin gözden geçirilmesi, değiştirilmesi ve feshine, **6)** Uzlaştırmaya, **7)** Çıraklık, çocuk ve kadın işçilerin çalıştırılması koşullarına ilişkin düzenlemeler olmasıdır. Taraflar bu hükümlere eklemeye yapabilirler, ancak zorunlu bu hükümlerin, kimilerine yer vermeyen toplu sözleşmeler teşmil edilemez.

- Fransız hukuk sisteminde teşmil için ayrıca “kamu yararı” ilkesi ile “o iş kolunda çalışanların çoğunluğunu kapsama” ölçütü aranmamaktadır²¹.

Bu koşulları içeren toplu iş sözleşmeleri, ülke düzeyinde olsun, yerel veya bölgesel düzeyde yapılmış olsun teşmil edilebilirler²².

Fransa'da da toplu iş sözleşmelerinin yalnızca normatif hükümleri teşmil edilebilir. Teşmille ilgili en fazla temsil yetkisine sahip işçi-işveren örgütlerinin istemi olmasa da Çalışma Bakanı'nın isteği ile teşmil yapılabilir (Md. 31/D-1 Cod. TRAV). Bunun üzerine teşmille ilgili örgütlerin veya bizzat bakanın kendi kararı gereği karma komisyon (Commission Mixte) göreve çağrılır. Bu komisyonun görevi teşmil edilecek toplu iş sözleşmesini teşmile hazır-

lamaktır. Karma komisyonun toplantıya çağrılmasında Bakan'ın takdir hakkı vardır (peut pro vique, Md. 31/f-1). Bölgesel ve yöresel bir teşmil söz konusu ise bu komisyonun göreve çağırılması zorunludur (Pro vique, Md. 31/h-III). Kurul teşmile yetkili işçi-işveren örgütlerinin temsilcilerinden oluşur. Kurulun üye sayısı Yasada belirlenmemiştir. Bu konuda Çalışma Bakanı'nın yetkisi kabullenilmektedir. Komisyonun anlaşmazlığa düştüğü konularda, yüksek toplu sözleşme komisyonundan Çalışma Bakanı danışıcı nitelikte görev alır. Bu komisyon da görüş birliğine varamaz ise artık teşmil söz konusu olamaz²³. En fazla temsil yetkisine sahip işçi-işveren örgütlerince bağitlanan karma komisyonca da üzerinde çalışılan toplu iş sözleşmelerinin hükümlerinde Bakan değişiklik yapamayacağı gibi, onlara yeni hükümler de ekleyemez (Md.31/J-III). Fransız hukukunda idari bir tasarruf olarak kabul edilen, bu nedenle de idari yargının denetiminde olan teşmil hükmünü Resmi Gazete'de (Journal Officiel) yayınlanmasından sonra doğurur. Bilimsel ve yargısal içtihatlarda benimsenen görüşe göre; bağlama hükmünün başlangıcı teşmil karardan önceki bir tarih olamaz²⁴. Teşmilin devamı o iş kolu için artık yararlılık sağlamıyorsa teşmil edilen toplu iş sözleşmesinin tümü veya kimi hükümleri, Çalışma Bakanı'nca, yüksek toplu sözleşme komisyonunun görüşü de alınarak, yürürlükten kaldırılabilir. Yürürlükten kaldırma için taraflar da istemde bulunabilir. Yürürlükten kaldırma Resmi Gazete'de ilan edildikten sonra hüküm doğurur. Öte yandan 31. maddede de Fransız yasa koyucu, teşmilin uygulanması ile ilgili cezai ve parasal yaptırımları da öngörmektedir²⁵.

E. TÜRK İŞ HUKUKUNDA TEŞMİL

1. Tarihçe

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 191 sayılı tavsiye kararına konu olan ve değişik biçimlerde birçok ülkede uygulanmakta olan "Teşmil" Türk İş Hukuku'na ilk kez 275 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Yasası'nın 8. maddesi ile girmiştir.

12 Eylül 1980 tarihinden sonra Milli Güven-

11. madde herhangi bir sınırlama getirmediğinden işletme toplu iş sözleşmeleri de teşmil edilebilir.

lik Konseyi'nin 15 no'lu bildirisi ile işçi ve işveren örgütlerinin faaliyetleri durdurulmuş, grev ve lokavt askıya alınmıştır. Bu sürede yürürlük süresi sona ermiş bulunan işkolu ve işyeri toplu iş sözleşmelerinin yapılması 2364 sayılı Yasanın hükümlerine bırakılmıştır. Bu Yasanın bir başka özelliği de 4. maddesinde 275 sayılı Yasanın 8. maddesine koşut olarak teşmili ayrıca, 8. maddeden farklı hükümlerle yeniden düzenlemesidir.

12 Eylül 1980 yılına değin 275 sayılı Yasanın 17 yıllık uygulama döneminde, toplu pazarlık düzenimizde teşmile hiç başvurulmamıştır²⁶.

Bu kurum 2822 sayılı Yasada da 11. maddede ile yeniden düzenlenmiştir.

2822 sayılı Yasanın teşmil kurumu ile ilgili olarak öngördüğü koşulları aşağıdaki şekilde sıralayabiliriz.

2. Teşmilin Koşulları

a. Geçerli ve Halen Yürürlükte Olan Bir Toplu İş Sözleşmesi Bulunmalıdır

Yasada açık olarak belirtilmemiş olmakla beraber, ancak hukuken geçerli toplu iş sözleşmeleri teşmil edilebilecektir. Toplu iş sözleşmesi ehliyeti olmadan Yasanın belirlediği şekil koşullarına uyulmadan yapılan toplu iş sözleşmeleri teşmil edilemez²⁷.

Bilindiği gibi, 2822 sayılı Yasaya göre, işyeri ve işletme düzeyinde toplu iş sözleşmesi yapılabilmektedir. Ancak teşmile konu olacak toplu iş sözleşmeleri, genellikle işyeri ve işyerleri toplu iş sözleşmeleridir. Öte yandan 11. madde herhangi bir sınırlama getirmediğinden işletme toplu iş sözleşmeleri de teşmil edilebilir.

Demek oluyor ki ilgili işkolunda yürürlükte ve geçerli bir toplu iş sözleşmesi yoksa teşmile başvurmak da söz konusu olmayacaktır.

Öte yandan tarafların özgür iradeleri ile bağitladıkları toplu iş sözleşmeleri gibi Yüksek Hakem Kurulu'nca yürürlüğe sokulmuş toplu iş sözleşmeleri de teşmil edilebilir²⁸.

b. Toplu İş Sözleşmesinin Normatif Hükümleri Teşmil Edilebilir

2822 sayılı Yasanın 11. maddesinin 5. fıkrasına göre “Toplu iş sözleşmesinin, tarafların hak ve borçlarını düzenleyen hükümleri ile özel hakeme başvurma hükümleri hakkındaki hükümleri teşmil edilemez.”

Yasaya göre; toplu iş sözleşmesinin iş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesine ilişkin normatif hükümleri (kural koyan) teşmile konu olmakta; buna karşılık Yasada açıkça vurgulandığı üzere sözleşmenin borçlar hukukuna ilişkin kısmına giren ve tarafların hak ve borçlarını düzenleyen hükümleri ile özel hakeme başvurma hakkındaki hükümleri teşmil edilememektedir²⁹.

Bakanlar Kurulu teşmil edilen iş sözleşmesinin belirli hükümlerini belirli işyerlerinin veya bölgelerin çalışma koşullarına uymuyorsa bu hükümlerin teşmil edilen sözleşmenin genel niteliğine ve genel işleyişine zarar vermemek koşuluyla teşmil kararının dışında tutabilir veya zorunlu değişiklikler yapılmak suretiyle de teşmil yapılabilir. Doğaldır ki, buradaki zorunlu değişiklikler daha çok teşmil edilecek işyerine ilişkin özelliklere ait bulunmalıdır.

c. Talep Olmalıdır

Yasaya göre teşmil kararı talep üzerine alınacaktır. Teşmil kararı, sosyal taraflardan herhangi birinin ya da Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı'nın talebi üzerine yapılmaktadır.

Gerçekten de TİSGLK Md.11/1'e göre talepte bulunabilecek kişiler aynı iş kolunda kurulu işçi sendikaları, aynı iş kolunda kurulu işveren sendikaları, ilgili işverenlerden biri veya Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı'dır.

Öte yandan öğretide “Bu sayılanlar yanında belirli sayıda işçinin de teşmil talebinde bulun-

ması kabul edilseydi uygun olurdu kanaatindeyiz. Çünkü teşmilin bir amacı da sendika üyesi olmayan işçilerin korunmasıdır”³⁰ tarzında ileri sürülen görüşe katılmak mümkün değildir. Çünkü toplu iş sözleşmesi yapmada işkolu istatistiklerinde sorun yaşayan ülkemizde, belirli sayıda sendikasız işçilerin teşmil talebinde de “belirli sayıda işçinin belirlenmesinde” benzer sorunlar yaşanacaktır.

d. Yüksek Hakem Kurulu'nun Görüşünün Alınması

Bakanlar Kurulu teşmile karar vermeden önce Yüksek Hakem Kurulu'ndan danışıcı nitelikte görüş alır (Md. 11/1 TİSGLK). Görüş danışıcı nitelikte olduğundan Bakanlar Kurulu'na bağlamaz. Kurul görüşünü en çok otuz gün içinde vermelidir. Yüksek hakem Kurulu vereceği bu görüş ile teşmilde kamu yararı olup olmadığını değerlendirmelidir³¹.

e. İşkolunda En Çok Üyeye Sahip Olan Sendikanın Yaptığı Toplu İş Sözleşmesi Olmalıdır

Yasanın 11. maddesi 1. fıkrası hükmüne göre “üyelerinin sayısı bağlı olduğu iş kolunda çalışan işçilerin en az yüzde onunu temsil eden işçi sendikalarından en çok üyeye sahip olan sendikanın yapmış olduğu bir toplu iş sözleşmesi” teşmil edilebilir.

Buna göre hem yüzde on barajı ve hem de bu barajı aşanlar içinde en çok üyeye sahip olma koşulu, toplu iş sözleşmesinin teşmili için gerekli olacaktır. Bir işçi sendikasının toplu iş sözleşmesi yapabilmesi için kurulu olduğu iş kolunda %10 oranında işçiyi temsil etmesi gerekir. İşkolunda çalışan işçilerin en az yüzde onunu temsil eden sendika Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın her yılın ocak ve temmuz aylarında yayınladığı resmi istatistiklere göre belirlenmektedir. O halde yetki belgesi alınmadan işkolunda %10 üyesi bulunmayan bir sendikanın yaptığı toplu iş sözleşmesi teşmil edilemez. “Teşmil kararı ne zaman veriliyorsa o dönemdeki istatistiklere bakmak gerekir.”³²

Teşmil söz konusu olduğunda yüzde on baraj koşulunun tarım ve ormancılık, avcılık ve balıkçılık işkolu için aranıp aranmayacağı ko-

Hem yüzde on barajı ve hem de bu barajı aşanlar içinde en çok üyeye sahip olma koşulu, toplu iş sözleşmesinin teşmili için gerekli olacaktır.

nusunda Yasada boşluk vardır. Çünkü Yasaya göre toplu iş sözleşmesi yapabilmek için aranan yüzde on barajı koşulu tarım ve ormancılık, avcılık ve balıkçılık işkolu için gerekmemektedir. Resmi işkolu istatistiklerinde bu işkolundaki sendikaların sadece üye sayıları belirlendiği dikkate alınırsa yukarıdaki soruya verilecek yanıt bu işkollarında %10 barajının aranmaması koşulunun teşmil için de geçerli olduğudur³³.

3. Teşmil Kararı

Bakanlar Kurulu teşmil yetkisini bir kararnameyle kullanır. Kararname, Resmi Gazete’de yayımlanır. Bir işyeri veya işletmede uygulanmakta olan bir toplu iş sözleşmesi varsa teşmil kararı alınamaz. Ayrıca toplu iş sözleşmesi yetkisi için başvurulduktan sonra yetki sorunu çözümlüncüye değin teşmil kararnamesi çıkarılmaz. Yine yetki belgesi alınmış olan işyeri veya işletmelerde de yetki devam ettiği sürece teşmil kararnamesi yayımlanamaz (Md. 11/son).

Teşmilin Resmi Gazete’de yayımlanması ilan niteliğindedir. Ayrıca teşmil kararnamesinde, teşmil kararının gerekçesi de açıklanır. Şimdiye değin yayımlanmış kararnamelerde Bakanlar Kurulu gerekçe olarak genel ifadeler kullanmıştır. Örneğin 19.3.2009 tarihli ve 2009/14898 sayılı teşmil kararnamesinde teşmilin amacı “işyerinde düzenli ve verimli çalışmayı sağlamak, üretimi arttırmak, işverenlerin hak ve menfaatlerini dengelemek, karşılıklı iyi niyet ve güvenle iş barışını sağlamak” olarak gösterilmiştir.

Teşmil kararı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girer. Teşmil kararının yürürlüğe girme tarihi Bakanlar Kurulu tarafından ayrıca da belirtilebilir. Uygulamanın başlangıç tarihi ilke olarak kararnamenin yayımlandığı tarihtir. Ancak uygulamanın başlangıç tarihi kararın yayım tarihinden önceye ve sonraya da alınabilir³⁴. Bu kanaata karşın teşmilin idari bir tasarruf olması nedeniyle geriye yürürlü olmayacağı görüşü öğretimizde daha baskındır³⁵.

Bakanlar Kurulu bir toplu iş sözleşmesinin teşmiline karar verirken Alman ve İsviçre hukukunda teşmil için başlıca koşul olan “kamu yararı” ölçüsünü de göz önünde bulunduracaktır mıdır? Yasa bu konuda açık değildir. Ancak öğ-

retide haklı olarak belirtildiği gibi, teşmil uygulamasında “Bakanlar Kurulu iktisadi şartları da göz önünde tutmak zorundadır. Zira toplu iş sözleşmesinin teşmili bazı küçük sermaye ile iş gören işverenlerin iflasına sebep olabilir. Şu halde Bakanlar Kurulu, iktisadi şartların değerlendirilmesinde toplum yararını ve milli ekonomiyi göz önünde tutmak zorundadır”³⁶. Nitekim teşmili 275 sayılı Yasaya ekleyen Geçici Komisyon da raporunda bu konuda “iş piyasasının yeknesak şartlara kavuşturulmasındaki ve lüzumsuz grev ve lokavtların önlenmesindeki kamu yararına binaen bir toplu iş sözleşmesini teşmil etme yetkisi tanınmıştır”³⁷.

4. Teşmil Kararının Hukuki Niteliği ve Denetimi

Yasanın 11. maddesine göre teşmil kararı, idari bir tasarruftur. Anayasa’nın 125. maddesi hükmü bağlamında bu tasarruflara karşı idari yargı yolu açıktır.

5. Teşmil Kararı ve Dayanışma Aidatı

2822 sayılı Yasa bağlamında teşmil kararının kapsamına giren işyerlerindeki işçiler sendikalı olsunlar veya olmasınlar teşmil edilen toplu iş sözleşmesi hükümlerinden herhangi bir ödenti (dayanışma ödentisi) ödemeksizin yararlanırlar.

6. Teşmilin Sona Ermesi

2822 sayılı Yasaya göre, teşmilin sona ermesi iki nedene dayanmaktadır. Bunlardan biri teşmil edilen toplu iş sözleşmesinin sona ermesi veya Bakanlar Kurulu Kararı’yla teşmil kararnamesinin yürürlükten kaldırılmasıdır.

Teşmil edilen toplu iş sözleşmesinin sona ermesi halinde teşmil kararı Bakanlar Kurulu kararına gerek olmadan kendiliğinden yürürlükten kalkar³⁸. Bu durumda Yasanın 6/11 maddesi bağlamında teşmil kararının ortadan kalkmasıyla toplu sözleşme hükümleri iş sözleşmesi niteliğinde devam eder³⁹.

Öte yandan Bakanlar Kurulu, gerekli gördüğü zaman ve gerekçesini de açıklayarak, teşmil kararını yürürlükten kaldırabilir⁴⁰. Yasada açıklık olmamakla birlikte Bakanlar Kurulu

Türkiye’de 275 sayılı Yasanın yürürlükte kaldığı 17 yıllık süre içinde, teşmil yetkisi, Bakanlar Kurulu’nca bir kez bile olsa kullanılmamıştır.

lu “kısmi kaldırma” da uygulayabilir. Teşmilin kaldırılması için taraflardan bir istem gelmesin e, ayrıca Yüksek Hakem Kurulu’ndan danışıcı nitelikte görüş almaya gerek yoktur⁴¹. Bakanlar Kurulu’nun teşmil kararını yürürlükten kaldırması durumunda teşmil edilip teşmil edilip yürürlükten kaldırılan toplu iş sözleşmesinin hükümleri iş sözleşmesi niteliğinde devam etmez⁴².

F. ÜLKEMİZDE TEŞMİL UYGULAMASININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Türkiye’de 275 sayılı Yasanın yürürlükte kaldığı 17 yıllık süre içinde, teşmil yetkisi, Bakanlar Kurulu’nca bir kez bile olsa kullanılmamıştır. Bunun nedenini kesin olarak saptamak mümkün değildir. Ancak bu dönemde Türk iş hukuku öğretisince teşmile gereken önemin verilmemesi yine teşmilin yararının işçi-işveren örgütlerince kesin kavranmamış olması, o dönemdeki işkolu sözleşme düzeyindeki aksaklıklar teşmile başvurmanın kimi nedenleri olarak gösterilebilir⁴³.

1985 yılından itibaren ise 16 teşmil uygulaması yapılmıştır.

2364 sayılı Yasa dönemi verilen teşmil kararlarını o dönemin koşullarını dikkate alarak bir kenara bırakırsak 1983 yılından bu yana uygulanan teşmil kararları eleştirileri beraberinde getirmiştir. Hatta kimi teşmil kararları uyuşmazlıklara neden olmuştur. Gerçekten de 1991 yılında Tek Gıda-İş Sendikası ile Golden Çikolata ve Şekerleme San. ve Tic. A.Ş. arasında gıda sanayi işkolunda bağitlanan toplu iş sözleşmesinin 37 işyerine teşmiline ilişkin 9172327 sayılı teşmil kararı yine Türkiye Sağlık İşçileri Sendikası ile Yedikule Sarp Pırğıç Ermeni Hastanesi Vakfı arasında sağlık işkolunda yapılan toplu

iş sözleşmesinin 107 işyerinde teşmiline ilişkin 91/2328 sayılı teşmil kararı, işverenler tarafından ciddi şekilde eleştirilmiştir. Her iki teşmil karar, teşmil kararının hukuki niteliği, teşmilin geçmişe etkili olarak sözleşmenin yürürlüğü tarihinden veya önceki herhangi bir tarihten itibaren teşmil kapsamındaki işyerleri için geçerli sayılıp sayılmayacağı nedeniyle yargıya taşınmıştır (Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu 31.1.1992, Y.D. itiraz no.1992/8).

Yine 2004 yılında da teşmil yetkisinin amacına uygun bir biçimde kullanılmadığını görürüz. Özellikle yetki uyuşmazlığı süren kimi işyerleri için teşmil kararnamesinin çıkartılması uygulamada tepkiler almıştır. Sonuçta Yasanın bu konudaki eksikliği 3451 sayılı Yasayla yapılan değişiklikle giderilmiş ve yeni düzenlemeyle artık “yetki için başvurduktan sonra yetki sorunu çözülmüncye kadar veya bu belgeyi aldıktan sonra yetki devam ettiği sürece yetki kapsamına giren işyerleri için teşmil kararı alınamaz” hükmü (TİSGLK Md. 11/VI) getirilmiştir.

Son olarak 19.3.2009 tarihli Kararname ile Banka ve Sigorta İşçileri Sendikası (BASİSEN) ile Türkiye İş Bankası A.Ş. arasında bağitlanan toplu iş sözleşmesi kısmen ve değişiklikler yapılarak Denizbank A.Ş. ve bağli tüm işyerleri, Fortisbank A.Ş. ve bağli tüm işyerleri ile Finansbank A.Ş. ve bağli tüm işyerlerinde teşmil edilmiştir. Ancak bu teşmil kararı 3 aylık kısa bir sürede 29.6.2009 tarihli ve 2009/15146 sayılı Kararname ile yürürlükten kaldırılmıştır. “İşyerinde düzenli ve verimli çalışmayı sağlamak, üretimi artırmak, işverenlerin hak ve menfaatlerini dengelemek, karşılıklı iyi niyet ve güvenle iş barışını sağlamak” için yapılan teşmilin “söz konusu bankalar ve bağli işyerlerindeki ücret sistemi ve uygulamalarının İş Bankası A.Ş. ve bağli işyerlerinden farklı olması ve aynı işkolunda faaliyet gösteren diğer bankaların genel ücret düzeyleri dikkate alınarak” yürürlükten kaldırılması verilen teşmil kararının ne ölçüde özensiz ve hazırlıksız yapıldığının açık bir delilidir. “Teşmilin isabetli biçimde işletilmediği takdirde ciddi sakıncalar göstereceği de yadsınamaz”⁴⁴. Bu durumda da bu düzenlemeye karşı duyulan güven sarsılır.

DİPNOTLAR

- 1 Bkz. Demircioğlu, A. Murat, Türk İş Hukukunda Teşmil uygulaması, İ.Ü. İktisat Fakültesi Mecmuası, Temmuz 1980 Eylül 1891, s. 137; Sur, Melda, İş Hukuku Toplu İlişkiler, 2. Bası, Ankara 2008, s. 322.
- 2 Bkz. Demircioğlu, Teşmil, s. 138; Reisoğlu, S., Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi, Ankara 1975, s. 200, dn. 1.
- 3 Reisoğlu, a.g.y., s. 199; Ekonomi, Münir, Toplu İş Sözleşmesinin Teşmili, Prof. Dr. Kabakçioğlu Anısına ayrı bası, İstanbul 1974, s. 52, Demircioğlu, Teşmil, s. 138 vd.
- 4 Krş. Kutsal, M., Toplu İş Sözleşmelerinin Bakanlar Kurulu tarafından teşmili, İktisat ve Maliye Dergisi, Mayıs 1976, C. XXIII, S. 2, s. 80; Ekonomi, a.g.m., s. 52; Demircioğlu, Teşmil, s. 139.
- 5 Bkz. Wiedemann H./ Stumpf H., Tarifvertragsgesetzkommentar, begründet von Hueck und H.C. Nipperdey, weitergeführt von E. Tophoven und S. Staubhacke, 5. Auflage, München, 1977, §5 R.dNr.2; Schaub G, Arbeitsrechtshandbuch, München 2000, §207 I, I; Zöllner W./Loritz K, Arbeitsrecht, 5. Auflage, München 1998, § 37 III, I.
- 6 Bkz. Kutsal, a.g.m, s. 79.
- 7 Bkz. Gerhard G., Repetitorium zu schweizerischem Arbeitsrecht, Bern/Stuttgart 1974, s. 138.
- 8 Bkz. Rechbinder M, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. Auflage, Bern 2002, s. 204.
- 9 Schweingruber E./Bigler W, Kommentar zum GAV, Bern 1982, s. 129.
- 10 Schweingruber/Bigler, a.g.y, s. 114.
- 11 Bkz. Daubler W, Arbeitsrecht, 5. Auflage, Frankfurt a. M, 2004, s. 58; Hanavn/Adomeit, Arbeitsrecht, 10. Auflage, Berlin 1999, s. 65-66; Brox, Arbeitsrecht, 11. Auflage, Stuttgart/Berlin/Köln, 1993, s. 142; Demircioğlu, a.g.m., 142 vd., Aktay N./Arıcı K./Kaplan T., İş Hukuku, 2. Bası, Ankara 2007, s. 485 vd.
- 12 Krş. Gamilscheg, Arbeitsrecht, München 1976, s. 291.
- 13 Bkz. Zöllner W, Arbeitsrecht, München 1977, s. 249.
- 14 Bkz. Demircioğlu, a.g.m., s. 143 ve orada dipnot 22'de belirtilen eserler.
- 15 Aktay/Arıcı/Kaplan, a.g.e., s. 486.
- 16 Bkz. Hueck A./Nipperdey H., Lehrbuch des Arbeitsrechts, Tübingen, S. II/I, s. 684-686.
- 17 Bkz. Statistische Übersicht, Bundesministerium für Arbeits und Soziales, Verzeichnis der für AVE Tarifverträge, Stand 1 April 2009.
- 18 Bkz. Kutsal, s. 79; Demircioğlu, a.g.m., s. 145.
- 19 Krş. Strümpfel U, Der Tarifvertrag im Französischen Recht, Anhand des deutschen rechts verglichen dargestellt. Diss. Frankfurt 1963, s. 115 dev.
- 20 Krş. Strümpfel, s. 117; Demircioğlu, a.g.m., s. 146.
- 21 Krş. Strümpfel, s. 121; Demircioğlu, a.g.m., s. 146.
- 22 Strümpfel, s. 119 ve orada verilen dipnotlar.
- 23 Krş. Strümpfel, s. 124; Demircioğlu, a.g.m., s. 147.
- 24 Krş. Strümpfel, s. 128.
- 25 Krş. Strümpfel, s. 136; Demircioğlu, a.g.m., s. 148.
- 26 Bkz. Sur, a.g.y., s. 322.
- 27 Bkz. Demircioğlu A. M./Centel T, İş Hukuku, 13. Bası, İstanbul 2009, s. 294 vd; Aktay/Arıcı/Kaplan, a.g.y., s. 489.; Tuncay C., Toplu İş Hukuku, İstanbul 1999, s. 180 vd.
- 28 Bkz. Aktay/Arıcı/Kaplan, a.g.y., s. 489.
- 29 Bkz. Aktay/Arıcı/Kaplan, a.g.y., s. 490; Çelik N., İş Hukuku Dersleri, 20. Bası, İstanbul 2007, s. 552; Sur, a.g.y, s. 327.
- 30 Krş. Aktay/Arıcı/Kaplan, a.g.y., s. 492.
- 31 Aynı görüş, Sur, a.g.y, s. 323.
- 32 Aktay/Arıcı/Kaplan, a.g.y., s. 481.
- 33 Bkz. Aktay/Arıcı/Kaplan, a.g.y., s. 481.
- 34 Aynı görüş, Ekonomi, a.g.m., s. 58-59; Sur, a.g.y., s. 325.
- 35 Bkz. Kutsal, a.g.m., s. 4 vd; Esener T., İş Hukuku, 3. Bası, Ankara 1978, s. 505, Kılıç İlknur, Çeşitli Ülkelerde ve Türkiye'de Teşmilin Hukuki Boyutları ve Uygulamadaki Görünümü, Ankara 1993, s. 66, Subaşı, İbrahim, Türk Toplu İş Hukukunda Teşmil, Halit Kemal Elbir'e Armağan, İstanbul 1996, s. 438 vd.
- 36 Esener, s. 505.
- 37 Reisoğlu, s. 200, dn. 1.
- 38 Bkz. Tunçomağ K./Centel T., İş Hukukunun Esasları, 3. Bası, İstanbul 2008, s. 391.
- 39 Bkz. Tunçomağ/Centel, a.g.y., s. 391; Günay, İlhan, İş Hukuku, Ankara 2004, 3. Bası, s. 1057.
- 40 Nitekim çok yeni bir tarihte Bakanlar Kurulu 19.3.2009 tarihli ve 2009/14898 sayılı kararname ile yürürlüğe soktuğu teşmili çalışma yaşamında ilk kez rastlanılan bir şekilde 3 ay gibi rekor bir sürede 29.6.2009 tarihli ve 2009/15146 sayılı kararname ile kısmi olarak yürürlükten kaldırmıştır. Kararname'nin eki olan kararın 1. maddesine göre "Banka ve Sigorta İşçileri Sendikası ile Türkiye İş Bankası Anonim Şirketi İşletmesi ve bağlı işyerleri arasında akdedilen toplu iş sözleşmesinin, aynı işkolunda faaliyette bulunan Denizbank A.Ş. ve bağlı tüm işyerleri, Fortisbank A.Ş. ve bağlı tüm işyerleri ile Finansbank A.Ş. ve bağlı tüm işyerlerine belli esaslara göre teşmiline ilişkin 19/3/2009 tarihli ve 2009/14898 sayılı Kararnamenin eki Kararın 7 nci, 16 ncı ve 17 nci maddeleri, sözkonusu bankalar ve bağlı işyerlerindeki ücret sistemi ve uygulamalarının Türkiye İş Bankası Anonim Şirketi ve bağlı işyerlerinden farklı olması ve aynı işkolunda faaliyet gösteren diğer bankaların genel ücret düzeyleri de dikkate alınarak, yürürlükten kaldırılmıştır."
- 41 Aksi görüş, Ekonomi, a.g.m., s. 64.
- 42 Aynı görüş, Günay, a.g.m., s. 1057.
- 43 Bkz. Demircioğlu, Teşmil, a.g.m., s. 155 vd.
- 44 Sur, a.g.y., s. 328.

Doç. Dr. Hakan KESER

Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

İşyeri Sendika Temsilciliği Güvencesi

GİRİŞ

Türk iş hukukunda “işçi temsilciliği (mümessilliği) mevzuatımıza ilk kez 3008 sayılı İş Kanunu’nun¹ 78. maddesiyle girmiştir. Daha sonra yürürlüğe giren 5018 sayılı İşçi ve İşveren Sendikaları ve Sendika Birlikleri Hakkında Kanun döneminde de varlığını sürdüren “işçi temsilciliği (mümessilliği)” kurumu, 275 sayılı TSGLK’nın 64. maddesiyle ilga edilmiş ve işçi temsilciliği (mümessilliği)’nin yerini, 274 sayılı Sendikalar Kanunu’nun 20. maddesiyle ilk kez ihdas olunan “işyeri sendika temsilciliği” almıştır.

15 Temmuz 1963 tarihli 274 sayılı Sendikalar Kanunu’nun yürürlükten kalkmasından sonra, yürürlüğe giren ve bugün için de yürürlükte olan 2821 sayılı Sendikalar Kanunu² da “işyeri sendika temsilciliği” kurumunu önceki kanunlara göre bir takım değişiklikler yaparak muhafaza etmiştir.

Daha sonra, aynı kurum bu kez de kamu görevlileri sendikalarına ilişkin olarak 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu’nun³ ilgili maddelerinde düzenlenmiştir.

Çalışmamızda 2821 sayılı Sendikalar Kanunu ve 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu’nda düzenlenmiş bulunan işyeri sendika temsilcisinin yapmakta olduğu görev itibarıyla karşılaşılabileceği işverenlerin fesih ve

işyeri değiştirme işlemlerine karşı güvenceleri konusu ele alınarak açıklanmaya çalışılacaktır⁴.

1. İŞYERİ SENDİKA TEMSİLCİSİ VE İŞYERİ SENDİKA TEMSİLCİLİĞİ GÜVENCESİ KAVRAMLARI

A. İşyeri Sendika Temsilcisi Kavramı

İşyeri sendika temsilcisi, en basit anlatımıyla sendikayı işyerinde temsil eden kişi, yani bir anlamda sendikanın işyerinde görünen yüzü olarak ifade edilebilecektir. Bu anlamda, işyeri sendika temsilcisi hem işyeri sorunlarının hem de, sendikal işleyişin takipçisi ve denetleyicisi konumunda olan kişidir⁵.

İşyeri sendika temsilcisi, sendikayı işyerinde temsil kapsamında, işçilerin/kamu görevlilerinin dileklerini dinlemek ve şikayetlerini çözümlenmek, işçi/kamu görevlisi ve işveren arasındaki işbirliği ve çalışma ahengi ile çalışma barışını devam ettirmek, işçilerin/kamu görevlilerinin hak ve menfaatlerini gözetmek, kanunların ve toplu iş sözleşmelerinde öngörülen çalışma şartlarının uygulanmasına yardımcı olmak gibi görevleri olan bir çalışandır. İşyeri sendika temsilcilerinin bu görevleri etkili bir şekilde yerine getirmesi sendikal örgütün başarılı olması ve her türlü eylem karşısında

ayakta kalması açısından da büyük bir önem taşımaktadır.

İşyeri sendika temsilcisi atama yetkisi ve atanacak olan temsilcilerin sayısı 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nda ve 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanun'unda ayrı ayrı düzenlenmiştir. Ancak mevcut düzenlemelerde temsilci seçimi prosedürü genel olarak ilgili sendikanın kendi tercihine bırakılmış bu yönde kanuni bir prosedür getirilmemiştir.

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 34. maddesinin birinci fıkrası⁶ uyarınca; toplu iş sözleşmesi yapmak üzere yetkisi⁷ kesinleşen sendika, işyerinde çalışan üyeleri arasından işyeri sendika temsilcisi tayin ederek on beş gün içinde kimliklerini işverene bildirecektir⁸. İşletme toplu iş sözleşmesinin varlığı durumunda da, işletmeye bağlı her işyerinde sendikaya üye bir işçinin bulunması koşulu ile işletme kapsamındaki her işyeri için ayrı bir temsilci atanması söz konusu olabilecektir⁹.

Söz konusu fıkra işyeri sendika temsilcisi olarak tayin edilecek ve işverene bildirilecek işçi sayısını da işyerinde çalışan işçi sayısına endeksleyerek, bu sayıyı işyerinde işçi sayısı 1-50 arası ise bir, 51-100 arasında ise en çok iki, 101-500 arasında ise en çok üç, 501-1000 arasında ise en çok dört, 1001-2000 arasında ise en çok altı, 2000'den fazla ise en çok sekiz olarak belirlemiştir. Sendika, işyeri sendika temsilcisi olarak tayin edeceği işçilerin kimliklerini de on beş gün içinde işverene bildirecek ve temsilcilerden birini baş temsilci olarak görevlendirebilecektir. Metinden anlaşıldığı üzere, temsilcilerden birinin baş temsilci olarak atanıp atanmaması sendikanın inisiyatifine bırakılmış olup, bu konuda kanuni bir zorunluluk getirilmemiştir.

4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu'nun 23. maddesi uyarınca ise, işyerlerinde kamu görevlilerinden en çok üye kaydetmiş sendika işyeri temsilcisi seçmeye yetkili olacaktır. Söz konusu işyeri sendika temsilcilerinin kamu görevlileri sendikalarının tüzüklerinde belirtilen yetkili kurullar tarafından bir genel kurul dönemi için işyerinden seçilecekleri de yine aynı maddede düzenlen-

miştir. 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu'nun 23. maddesi de, aynen 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nda olduğu gibi işyerinde kamu görevlileri arasında en çok üye kaydetmiş sendikanın bulundurabileceği temsilci sayısını işyerinde çalışan kamu görevlisi sayısına endeksleyerek, bu sayıyı işyerindeki kamu görevlisi sayısı 20-100 arasında ise en çok bir, 101-500 arasında ise en çok iki, 501-1000 arasında ise en çok üç, 1001-2000 arasında ise en çok beş, 2000'den fazla ise en çok yedi olarak belirlemiştir. Aynen, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nda da ifade edildiği gibi, bu temsilcilerden biri sendika tarafından baş temsilci olarak görevlendirilebilecek, bu konuda bir zorunluluk bulunmayacaktır.

Buna karşın, 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu'nda işyeri temsilcisi seçme koşulu olarak işyerinde en çok üyeye sahip bulunma koşulu getirildiğinden, kamu görevlileri sendikalarının eşit üyeye sahip olmaları durumunda, en çok üyeye sahip olma koşulu yerine gelmediğinden, sendikaların işyeri temsilcisi seçmeye yetkili olmadıkları Devlet Personel Dairesince¹⁰ mütalaa olunmuştur¹¹. İşyeri sendika temsilcilerini seçecek sendikanın belirlenmesinde; kurum ve kuruma bağlı işyerlerinde, her yılın 15 Mayıs tarihi itibarıyla yapılan ve tutanak altına alınarak taraflarca imzalanan resmi metinde belirtilen sendika üye sayıları esas alınacaktır. Buna göre, 15 Mayıs tarihli tutanaktaki verilere göre en çok üyeye sahip sendika o işyerinde işyeri sendika temsilcisi seçmeye yetkili olacak, işyeri sendika temsilci seçimi Haziran ayı içerisinde yapılacak ve görev süresi de bir sonraki seçim tarihine kadar devam edecektir. Bu zaman içerisinde yeni üyelik veya istifalar gerekçe gösterilerek başka bir işlem tesis edilmeyecektir. Diğer yandan, kamu işvereni, en çok üyeye sahip sendikayı o işyerinde örgütlü diğer sendikalara bildirecektir¹².

B. İşyeri Sendika Temsilciliği Güvencesi Kavramı

Yukarıda da ifade edildiği üzere, sendikaların işyeri düzeyindeki faaliyetlerinin dü-

zenlenmesinde ve gerçekleştirilmesinde çok önemli rolü olan işyeri sendika temsilciliği uygulamada en çok tartışma çıkaran ve uyuşmazlıklara konu olan kurumlardan biridir. Zira, sendika ve işveren ilişkileri düzeyinde ortaya çıkan işyeri düzeyindeki uyuşmazlıklarda en etkin rolü oynayan ve sürekli olarak sendikal faaliyet anlamında işverenin gözü önünde olan işyeri sendika temsilcileri genelde uyuşmazlık durumlarında işverenin hedefi haline gelebilmekte ve işverenin olumsuz davranışları ile karşılaşabilmektedir¹³. Nitekim, işyeri sendika temsilcilerinin işyerindeki faaliyetlerinden, sendikalı olmayan işçilerle olan ilişkilerinden rahatsız olan bazı işverenler zaman zaman işyeri sendika temsilcilerinin iş sözleşmelerini feshedebilmekte ve zaman zaman da işyeri sendika temsilcisinin görev yapmakta olduğu işyerini değiştirmek suretiyle temsilcilik görevini yapmalarını engelleyebilmektedirler.

Yaptıkları görev itibarıyla sık sık işverenle karşı karşıya gelmeleri ve yukarıda sözü edildiği üzere iş sözleşmelerinin feshi veya işyerlerinin değiştirilmesi uygulamaları ile karşılaşmaları muhtemel olan işyeri sendika temsilcilerinin bu durumlarını göz önüne alan kanun koyucu günümüzde de geçmiş dönemlerde olduğu gibi bu görevi yapan kişileri koruma altına almayı amaçlayarak, kanuni bazı önlemler alma yoluna gitmiştir. Bu şekilde işyeri sendika temsilcilerinin iş sözleşmelerinin feshedilmesi ya da görev yaptıkları işyerinin değiştirilmesi uygulamalarına karşı, Kanun kapsamında alınan önlemler işyeri sendika temsilciliği güvencesi olarak adlandırılmıştır.

Gerçekten de, belli bir hukuksal durumu sağlamak için verilen garanti anlamına gelen “güvence” kapsamında, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu’nun getirmiş olduğu bazı düzenlemelerle işyeri sendika temsilcilerinin iş sözleşmelerinin feshedilmesi ya da görev yaptıkları işyerinin değiştirilmesi uygulamalarını önlemeyi amaçlamakta ve söz konusu bu düzenlemeler de işyeri sendika temsilciliği güvencesi olarak anılmaktadır.

II. İŞYERİ SENDİKA TEMSİLCİLİĞİ GÜVENCESİNİN TARİHSEL GELİŞİMİ, KAPSAMI VE İÇERİĞİ

A. İşyeri Sendika Temsilciliği Güvencesinin Tarihsel Gelişimi

Bilindiği üzere, 1961 Anayasası ve bu Anayasa’ya dayanılarak çıkartılmış bulunan 274 sayılı Sendikalar Kanunu ile 3008 sayılı İş Kanunu’nun 78. maddesinde düzenlenen “işçi temsilciliği” kurumunun hukuksal varlığına son verilmiş ve yerine “işyeri sendika temsilciliği” kurumu getirilmiştir¹⁴.

274 sayılı Sendikalar Kanunu’nun 1317 sayılı Kanun ile değişik 20/5 maddesi, işyeri sendika temsilcisinin iş sözleşmesinin, işveren tarafından feshedilmesi durumunda, işyeri sendika temsilcinin talebi üzerine, ilgili Bölge Çalışma Müdürlüğünün, işyeri sendika temsilcisi ile işvereni uzlaştırmaya teşebbüs edeceğine, uzlaşma olmadığı takdirde durumun tutanakla tespit edilerek İl Hakem Kuruluna sunulacağına, Kurulun işyeri sendika temsilcisinin işine iadesine karar vermesi durumunda da, işinden çıkarıldığı tarihten başlamak üzere, sendika tüzüğünde belirtilen işyeri sendika temsilciliği süresinin devamınca iş gördürülmemiş olsa bile ücret ve diğer bütün hakların işverence ödeneceğine yönelik bir işyeri sendika temsilcisi güvencesi içermekteydi. Buna göre, işveren işyeri sendika temsilcinin iş sözleşmesini haklı bir nedene dayanarak feshetmiş ise, söz konusu maddede öngörüldüğü biçimde ücret ödemekle yükümlü olmamaktaydı.

Söz konusu düzenleme uyarınca, İl Hakem Kurulları bu konuda kendilerine intikal etmiş olan uyuşmazlıklarda feshin haklı bir nedene dayanıp dayanmadığını, feshin kanunda öngörülen hak düşürücü süreler içerisinde yapılıp yapılmadığını araştırmak, fesih haklı bir nedene dayanmıyorsa ya da süresinde yapılmamış ise işyeri sendika temsilcinin işine iadesine ya da haklı bir sebebe dayanan ve süresinde yapılmış fesihler dolayısıyla işyeri sendika temsilcisinin işine iadesine mahal olmadığına kesin¹⁵ olarak karar vermekle yükümlüydüler.

Daha sonra ise, 12 Eylül dönemini takiben,

1982 Anayasası döneminde 274 sayılı Sendikalar Kanunu'nun yerini alan 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nda da işyeri sendika temsilciliği kurumu korunmuş ve işyeri sendika temsilciliğini ve güvencesini ayrıntılı olarak yeniden düzenlenmiştir.

Türk iş hukuku mevzuatında henüz iş güvencesine ilişkin hükümlerin olmadığı dönemde yürürlüğe giren 2821 sayılı Sendikalar Kanunu, işyeri sendika temsilciliği kurumuna büyük önem vermiş ve Kanunun "işyeri sendika temsilcilerinin teminatı" başlıklı 30. maddesi ilk halinde¹⁶ Türk iş hukukunda, işyeri sendika temsilcilerine gerçek anlamda bir iş güvencesi sağlamıştır. Buna göre, söz konusu dönemde gerçek anlamda iş güvencesine sahip tek kesim işyeri sendika temsilcisi olarak atanmış olan işçiler olmuştur.

Zira, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 30. maddesinin değiştirilmeden önceki ilk halinde, "işveren, işyeri sendika temsilcilerinin iş sözleşmelerini haklı bir sebep olmadıkça ve sebebini açık ve kesin olarak belirtmedikçe feshedemez" hükmü yer almakta ve bu düzenleme işyeri sendika temsilcilerine ciddi bir güvence sağlamakta idi. Yani bir başka ifade ile, bu dönemde işverenler ancak, haklı bir sebebin varlığı durumunda işyeri sendika temsilcisinin iş sözleşmesini feshedebilmekte, böyle bir sebebin var olup olmadığını da, ispat yükü işverende olmak üzere hâkim 1475 sayılı İş Kanunu'nun 17/II maddesi uyarınca denetlemekteydi¹⁷. İşveren, fesih bildiriminde açıkladığı sebeplerle bağlı olup bunu dava sırasında değiştiremediği gibi, daha önce belirtmediği bir başka sebebe de dayanmamaktaydı¹⁸. Madde uyarınca dava 2 ay içinde sonuçlandırılacak ve hakimin işe iade ile ilgili kararı da kesin olacaktı.¹⁹

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 30. maddesinin değiştirilmeden önceki ilk halinde, işyeri sendika temsilcileri için getirilmiş güvence bununla da sınırlı kalmamakta hakimin, işyeri sendika temsilcisinin veya ilgili sendikanın açtığı davayı haklı bularak işyeri sendika temsilcisinin işine iadesine karar vermesi durumunda, feshin geçersiz sayılacağı, iş sözleşmesinin hiç bozulmamış kabul edileceği ve işverenin iş sözleşmesinden doğan tüm borçlarını ifa ile

yükümlü olacağı hükmü de yer almaktaydı²⁰. Hatta bu anlamda, işyeri sendika temsilcisinin iş sözleşmesinin feshedildiği tarihten başlamak üzere temsilcilik süresinin devamınca ücreti ve diğer bütün haklarının işveren tarafından ödeneceği hükmünden hareketle, bu süre içinde sigortalılık niteliğinin dahi devam edeceği kabul edilmişti. Böylece, işyerinde fiilen çalışmamış olmasının, işyeri sendika temsilcisinin kendi iradesi dışında gerçekleşmesi ve işyeri sendika temsilcisine yapılması gereken ödemelerin tazminat niteliğinde olmaması aksine ücret niteliğinde olması sebebiyle bu ödemelerden; 506 sayılı Kanunun 77. maddesi uyarınca ait olduğu aylara ilişkin sigorta primlerinin kesilmesine karar verilmişti²¹.

Ancak bu dönemde işyeri sendika temsilcisinin güvencesinin söz konusu olabilmesi için, işyeri sendika temsilcisinin iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesi halinde, kendisinin veya üyesi bulunduğu sendikanın fesih bildirimini tebliği tarihinden itibaren bir aylık hak düşürücü süre içinde iş mahkemesine dava açması gerekmekte ve dava sonucu işe iadesine karar verilen işyeri sendika temsilcinin kararın tebliği tarihinden itibaren altı iş günü içinde işe başlamak üzere işverenine başvurması gerekmektedir. Bu süre hak düşürücü bir süre olduğundan, sürenin geçmesi, işvereni temsilciyi işe başlatmak yükümlülüğünden²² ve temsilciyi işe başlatmadığı takdirde ücret ve diğer hakları tutarında tazminat ödeme yükümlülüğünden de kurtarmaktaydı²³.

Görüldüğü üzere, işyeri sendika temsilcilerine gerçek anlamda bir iş güvencesi sağlayan bu düzenleme işyeri sendika temsilcilerine yönelik yapılan fesih işlemlerinde oldukça etkili olabilmekteydi. Ancak bu dönemde, ortaya çıkan sorun, söz konusu düzenlemenin, iş sözleşmesinin devamı süresince, işverenin tek yanlı olarak işyeri sendika temsilcisinin yaptığı işi ve işyerini değiştirmesi hallerine ilişkin bir güvence içermemesiydi. Nitekim söz konusu durumlarda işyeri sendika temsilcisinin Sendikalar Kanunu'nun 30. maddesindeki teminattan faydalanması kanun hükmü karşısında mümkün olmamaktaydı²⁴. Uygulamada işyeri sendika temsilcisinin rızası olmadan işinin ve

işyerinin işveren tarafından değiştirilmesi hallerinde, işyeri sendika temsilcisinin buna uymayarak iş sözleşmesini feshetmesi ve işe iadesini talep etmesi, Yargıtay'ca haklı nedenle fesih olarak kabul edilmekte ve işe iade talepleri geri çevrilmekteydi²⁵. Zira, 30. maddede öngörülen güvence, işyeri sendika temsilcisinin işi ve işyeri ile ilgili olmayıp, iş sözleşmesinin feshedilmesine ilişkindi. Bu yüzden de, işyeri sendika temsilcisinin işinin ve işyerinin değiştirilmesinde uygulanamamaktaydı.

Uzun yıllar bu şekilde uygulanan 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 30. maddesi, Türk iş hukukunda daha önce uygulama alanı bulmamış olan iş güvencesi hükümlerinin İş Kanunu'nda yerlerini almalarıyla değişikliğe uğramış ve o zamana dek süre gelen işyeri sendika temsilcilerinin sahip olduğu gerçek anlamdaki iş güvencesi sona ermiştir²⁶. Zira, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 30. maddesinde 4773 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle²⁷ işyeri sendika temsilcilerinin gerçek anlamdaki işe iade güvencesi, 'işe iade veya tazminat gibi' seçimlik bir hale getirilmiştir.

Söz konusu değişiklikten sonra, bugün için yine eskisinden farklı olsa da işyeri sendika temsilciliği güvencesinin sağlanmasına yönelik olarak mevzuatımızda yer alan en önemli düzenleme 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 30. maddesidir. "İşyeri sendika temsilcilerinin teminatı" başlıklı söz konusu madde uyarınca, işyeri sendika temsilcisinin belirsiz süreli iş sözleşmelerinin işveren tarafından feshinde İş Kanunu'nun ilgili hükümleri uygulanacak, işyeri sendika temsilcisinin iş sözleşmesinin sadece temsilcilik faaliyetlerinden dolayı feshedilmesi halinde, İş Kanunu'nun 21. maddesinin birinci fıkrası uyarınca en az bir yıllık ücreti tutarında tazminata hükmedilecek ve işveren, yazılı rızası olmadıkça işyeri temsilcisinin çalıştığı işyerini değiştiremeyecek veya işinde esaslı bir tarzda değişiklik yapamayacaktır. Aksi halde değişiklik geçersiz sayılacaktır. Görüldüğü üzere, madde önceki halinden oldukça değişik bir hale getirilmiş, gerçek anlamda iş güvencesi sağlama niteliğini ise kaybetmiştir.

Sendikalar Kanunu'nun 30. maddesinde yapılan bu değişiklik sonucu ortaya çıkan durum

birçok yönden eleştiriye açıktır. Zira öncelikle söz konusu düzenlemeye esas teşkil ettiği söylenebilecek olan Türkiye'nin 1992'de 3845 sayılı Kanun ile onaylamış olduğu 135 sayılı İşletmelerde İşçi Temsilcilerinin Korunması ve Onlara Sağlanacak Kolaylıklara İlişkin Sözleşme hükümleri ile Sendikalar Kanunu'nun 30. maddesinde yapılan değişiklik sonrası ortaya çıkan durumun uyum sağlamadığı söylenebilecektir. Bilindiği üzere, ILO Anayasası'nın 8. maddesi "...bir ülke tarafından herhangi bir sözleşmenin onaylanması, ilgili işçilere herhangi bir sözleşme ve tavsiye kararında öngörülenlerden daha uygun koşullar sağlayan yasa, karar, teamül veya anlaşmayı hiçbir şekilde etkilemeyecektir." hükmünü içermektedir. 135 sayılı Sözleşme de 1. maddesinde, "... İşçi temsilcileri, işten çıkarma dahil, sendika üyesi olmalarından veya sendikal faaliyetlere katılmalarından ileri gelecek her nevi işleme karşı korumadan yararlanırlar", 2. maddesinde ise "İşletmeler, işçi temsilcilerinin görevlerini etkili bir biçimde yapabilmelerine olanak verecek kolaylık sağlayacaktır" hükümlerini içermektedir. 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nda yer alan gerçek anlamda iş güvencesi sağlayan 30. maddede yapılan değişiklikle "etkili korumanın" düzeyinin "işe iade veya tazminat" seçeneği getirilerek düşürülmesinin Türkiye'nin kabul etmiş olduğu 135 sayılı Sözleşme hükümleriyle çeliştiği açıktır. Bu anlamda işyeri sendika temsilcileri için getirilen bu yeni düzenlemenin, işyeri sendika temsilci güvencesini 2821 sayılı Kanunu'nun 30. maddesinin değişiklikten önceki metne göre geriletmediği ve ILO'nun, Türkiye'nin 1993 yılında onaylamış olduğu 135 sayılı İşletmelerde İşçi Temsilcilerinin Korunması ve Onlara Sağlanacak Kolaylıklara İlişkin Sözleşme karşısında tartışılabilir nitelikte olduğu ileri sürülebilecektir²⁸.

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 30. maddesinde yapılan değişikliğe ilişkin gerekçede, 'yapılan değişiklikle, işyeri sendika temsilcisinin belirsiz süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından feshinde İş Kanunu'nun ilgili hükümlerinin uygulanacağı' böylece 'farklı güvence düzenlemelerinin yaratacağı sakıncaların' önlenmesi amaçlandığı ifade edilmiştir. Gerekçede her ne kadar farklı güvence düzen-

lemelerinin yarattığı sakıncaların giderildiğinden söz edilmiş ise de, İş Kanunu'ndaki düzenlemeye bakıldığında bu tip bir güvencenin işyerinde çalışan işçi sayısına²⁹ ve işçinin kıdemine tabi olarak tanınmış olması bu gerekçeyi cürütebilecek niteliktedir.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu'nda da işyeri sendika temsilciliği kurumuna yer verilmiştir. Söz konusu Kanunun "sendika üyelerinin ve yöneticilerinin güvencesi" başlıklı 18. maddesinde de³⁰ işyerlerinde kamu görevlilerinden en çok üye kaydetmiş sendikanın seçmiş olduğu işyeri temsilcisine, sendika üyelerine ve sendika yöneticilerine ilişkin bir güvence getirilmiştir. Buna göre, kamu görevlileri, iş saatleri dışında veya işverenin izni ile iş saatleri içinde sendika veya konfederasyonların Kanunda belirtilen faaliyetlerine katılmalarından dolayı farklı bir işleme tâbi tutulamayacak ve görevlerine de son verilemeyecektir. Diğer yandan kamu işvereni, işyeri sendika temsilcisi ile sendika ve sendika şube yöneticilerinin işyerini haklı bir sebep olmadıkça ve sebebini açık ve kesin şekilde belirtmedikçe değiştiremeyecektir.

B. İşyeri Sendika Temsilciliği Güvencesinin Kapsamı

1- Genel Olarak

Yukarıda da ifade edildiği üzere, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 34. maddesinin³¹ birinci fıkrası uyarınca toplu iş sözleşmesi yapmak üzere yetkisi kesinleşen sendikanın, işyerinde çalışan üyeleri arasından tayin ederek onbeş gün içinde kimliğini işverene bildireceği işyeri sendika temsilcisinin belirsiz süreli iş sözleşmesinin, işveren tarafından feshinde Sendikalar Kanunu'nun 30. maddesi uyarınca İş Kanunu'nun ilgili hükümleri uygulanacaktır. Bu anlamda işyeri sendika temsilcisinin iş sözleşmesinin sadece temsilcilik faaliyetlerinden dolayı feshedilmesi halinde, şayet iş güvencesi kapsamına giriyorsa işyeri sendika temsilcisinin süresi içerisinde işe iade davası açması, açacağı işe iade davası sonucu davayı kazanması durumunda ise 10 işgünü içerisinde işverene

başvurması gerekecektir. İşverenin işyeri sendika temsilcisini bir ay içinde işe geri almaması durumunda ise İş Kanunu'nun 21. maddesinin birinci fıkrası uyarınca hükmedilecek tazminat en az bir yıllık ücreti tutarında tazminat olacaktır. Diğer yandan yine Sendikalar Kanunu m.30/son uyarınca da işveren, yazılı rızası olmadıkça işyeri temsilcisinin çalıştığı işyerini değiştiremeyecek veya işinde esaslı bir tarzda değişiklik yapamayacak, aksi halde değişiklik geçersiz sayılacaktır.

Söz konusu Sendikalar Kanunu'nda yer alan maddeler ve bu maddelerde sözü edilen 4857 sayılı İş Kanunu hükümleri göz önüne alındığında Türk iş hukukunda yer alan işyeri sendika temsilciliği güvencesinin kapsamı tespit edilebilecektir. Kanun hükümleri doğrudan dikkate alındığında ki aslen olması gereken budur, söz konusu kapsam farklı olarak ortaya çıkabilmekte, buna karşılık Yargıtay kararları dikkate alındığında ise ortaya çıkan kapsam farklı olmaktadır. Kanımızca Yargıtay tarafından kabul edilen kapsam olması gereken, Kanunun amacına uygun olan kapsamdır ancak lafzi açıdan Kanun hükmüne uymamaktadır. Bu yüzden yapılacak bir düzenlemeyle Kanunun lafzının da Yargıtay kararlarına uygun bir hale getirilmesi gerekmektedir.

2- 4857 sayılı İş Kanunu, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu ve 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikalar Kanunu Uyarınca İşyeri Sendika Temsilciliği Güvencesinin Kapsamı

a) 4857 sayılı İş Kanunu ve 2821 sayılı Sendikalar Kanunu Uyarınca İşyeri Sendika Temsilciliği Güvencesinin Kapsamı

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 30. maddesi uyarınca, işyeri sendika temsilcisinin belirsiz süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından feshinde İş Kanunu'nun ilgili hükümleri uygulanacaktır. Bu durumda, işyeri sendika temsilciliği güvencesinin kapsamının tespit edilebilmesi için her şeyden önce "İş Kanunu'nun ilgili hükümleri"nin incelenmesi gerekmektedir.

Sendikalar Kanunu'nun 30. maddesinde sözü edilen ilgili İş Kanunu hükümleri, önce-

likle İş Kanunu m. 18-19-20 ve 21. maddelerdir. Buna göre, söz konusu maddelerin lafzından çıkan sonuç, “belirsiz süreli iş sözleşmesiyle, otuz veya daha fazla sayıda işçi çalıştıran işyerlerinde çalışan, en az altı aylık kıdemi olan, işyeri sendika temsilcileri, feshin geçersizliği ve bunun sonucunda işe iade olmak üzere buna bağlı olarak doğan tazminat ve işçilik haklarından yararlanabilecekler yani işyeri sendika temsilciliği güvencesi kapsamına girebileceklerdir. Söz konusu düzenlemenin karşıt kavramından çıkan sonuca göre ise, belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışmayan, otuz veya daha fazla sayıda işçi çalıştıran işyerlerinde çalışmayan, en az altı aylık kıdemi olmayan, işyeri sendika temsilcileri, feshin geçersizliği ve bunun sonucunda işe iade olmak üzere buna bağlı olarak doğan tazminat ve işçilik haklarından yararlanamayacaklardır.

Görüldüğü üzere, her şeyden önce, işyeri sendika temsilcisinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için, belirsiz süreli bir hizmet sözleşmesiyle çalışması gerekmektedir³². Belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışan bir işyeri sendika temsilcisinin iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesi durumunda, işyeri sendika temsilcisi iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacak, sadece zamanından önce feshedilen belirli süreli hizmet sözleşmesinin doğurduğu sonuçlardan yararlanacaktır³³,

Doktrinde de yerinde olarak ifade edildiği üzere, söz konusu Kanun maddelerine sıkı sınıya bağlı kalındığında bir başka ifade ile deyimisel yorum yöntemi kullanıldığında ortaya çıkan sonuç açıktır. Gerçekten de Sendikalar Kanunu'nun 30. maddesinde İş Kanunu hükümlerine yapılan yollamanın, iş güvencesine ilişkin İş Kanunu'nun, sözleşmenin feshinde usul, fesih bildirimine itiraz ve usulü ile geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçları açısından İş Kanunu'nun 19, 20, 21. maddelerini kapsadığında ve hatta geçerli sebep kavramına ilişkin olarak 18. maddesini de kapsadığına dair bir şüphe bulunmamaktadır.

Ancak, İş Kanunu'nun 18. maddesindeki güvenceden yararlanabilmenin koşulları arasında yer alan 6 aylık kıdem koşulu, işyerinde 30 işçinin çalışıyor olması koşulu ve iş sözleşmesi-

nin belirsiz süreli olması koşulu gibi koşulların, işyeri sendika temsilcisi açısından da aranıp aranmayacağı kanuni düzenlemenin yarattığı önemli bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Bu anlamda Kanunun sözlere bağlı kalındığında, bu koşulların işyeri sendika temsilcilerine iş güvencesine ilişkin düzenlemenin uygulanabilmesi açısından da geçerli olduğu, yani, kendisinde veya çalıştığı işyerinde sözü edilen koşulları taşımayan işyeri sendika temsilcisinin, iş güvencesi sistemi dışında kaldığı söylenebilecektir³⁴.

Bir başka ifade ile sendika üyeliği ve sendikal faaliyete katılma konusunda mevzuatımızda, işçilerin sayısı ve kıdemi açısından herhangi bir sınırlama getirilmemiş olmasına; sayısı ve kıdemi ne olursa olsun tüm işçilerin³⁵ sendikal örgütlenme özgürlüklerinden yararlandırılmalarına karşın (SK. m.31/7), bu işyerlerine atanan işyeri sendika temsilcilerinin “iş güvencesinden” yani işe iade ve buna bağlı tazminat ve dört aya kadar olan işçilik haklarından yararlanabilmesi, işyerinde en az otuz işçinin çalışması şartına bağlı olacaktır. Zira, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 30. maddesi, “işyeri sendika temsilcilerinin belirsiz süreli iş sözleşmelerinin feshinde İş Kanunu hükümleri uygulanır” ifadesini kullanmaktadır.

Gerçekten de İş Kanunu'nda “iş güvencesi” hükümlerinin uygulanması için “otuz ve daha fazla sayıda işçi çalıştıran işyeri” koşulu getirilmiş olduğundan, işyeri sendika temsilcilerinin “iş güvencesi” hükümlerinden yararlanabilmesinin de “otuz ve daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde” görev yapmalarına bağlı olduğu söylenebilecektir³⁶. Bu anlamda, otuzdan az işçi çalıştıran işyerlerinde çalışan işyeri sendika temsilcileri bu güvenceden yani işe iade ve buna bağlı tazminat ve dört aylık ücret ve diğer haklardan yararlanamayacak, sadece Sendikalar Kanunu m.30/2'de ve 31/7'de sözü edilen “en az bir yıllık ücret tutarındaki sendikal tazminattan” yararlanabileceklerdir.

Yine aynı şekilde, İş Kanunu'nda “iş güvencesi” hükümlerinin uygulanması için “otuz ve daha fazla sayıda işçi çalıştıran işyeri” koşulunun gerçekleşmesinden sonra aranacak en az altı aylık kıdemi olan bir işçi olma koşulu da, işye-

ri sendika temsilcisinin Sendikalar Kanunu'nda sözü edilen güvenceden yararlanabilmesi için bir koşul olarak öngörülmektedir. Buna göre, söz konusu Kanun hükümlerine sıkı sıkıya bağlı kalındığında, işyerinde sendikal örgütlenmeye gidildiği takdirde işyeri sendika temsilcisi atanabilmek için herhangi bir kıdem aranmaksızın "işyerinde çalışıyor olmak" yeterli olduğu halde, temsilcinin "iş güvencesi" hükümlerinden yararlanabilmesi için "en az altı aylık kıdemi olan bir işçi" olması gerekecektir³⁷. Aksi takdirde en az altı aylık kıdemi olmayan işyeri sendika temsilcileri bu güvenceden yani işe iade ve buna bağlı tazminat ve dört aylık ücret ve diğer haklardan yararlanamayacak, sadece Sendikalar Kanunu m.30/2'de ve 31/7'de sözü edilen "en az bir yıllık ücret tutarındaki sendikal tazminattan" yararlanabileceklerdir.

Diğer yandan, işyeri sendika temsilcisinin belirsiz süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından feshinde İş Kanunu'nun ilgili hükümlerinin uygulanacağı esasının Sendikalar Kanunu'nun 30. maddesini değiştiren 4773 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 15.03.2003 tarihinden sonra yapılan fesihlere uygulanacağı şüphesizdir. Bu tarihten önce yapılan fesihlere Sendikalar Kanunu'nun 30. maddesinin değişmeden önceki hali uygulanacaktır³⁸.

4773 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce haklı bir sebep olmaksızın iş sözleşmeleri feshedilen işyeri sendika temsilcilerinin herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın ve boşa geçen sürelerde ücretleri tam olarak ödenerek işe iadeleri sağlanan işyeri sendika temsilcilerinin, iş güvencelerinde ortaya çıkan ciddi zayıflama, Türk-İş tarafından hazırlatılan yeni Toplu İş İlişkileri Kanun Tasarısı'nda telafi edilmeye çalışılmaktadır. Nitekim, Toplu İş İlişkileri Kanun Tasarısı'nın işyeri sendika temsilcilerinin güvencesini düzenleyen 30. maddesinde, işverenin, işyeri sendika temsilcilerinin belirsiz süreli iş sözleşmelerini geçerli veya haklı bir neden olmaksızın feshedemeyeceği, işverenin fesih bildirimini yazılı olarak yapmak, fesih sebebini açık ve kesin şekilde belirtmek ve temsilcinin savunmasını almak zorunda olduğu esasları belirtildikten sonra, işyeri sendika temsilcisinin iş güvencesinden yararlanması için İş

Kanunu'nun 18. maddesinin birinci ve sonuncu fıkrasındaki şartların aranmayacağı ifade edilmiştir. Ayrıca maddede, işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan nedenlerle fesihlerde işyeri sendika temsilcilerinin iş sözleşmelerinin en son feshedileceği esası da getirilerek çok ciddi yeni bir güvence de getirilmiştir. Görüldüğü üzere, tasarı uyarınca işyeri sendika temsilcisinin çalıştığı işyerindeki işçi sayısının veya işyeri sendika temsilcisinin o işyerinde kaç ay çalıştığına iş güvencesi açısından bir önemi bulunmayacaktır.

Diğer yandan Toplu İş İlişkileri Kanun Tasarısı'nın 30. maddesinin 5. fıkrası uyarınca; işyeri sendika temsilcisinin işe iadesine karar verilmesi durumunda, feshin geçersiz sayılarak, işyeri sendika temsilcisine fesih tarihi ile karar tarihi arasındaki ücret ve diğer haklarının ödeneceği esası da getirilerek, 4773 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki uygulamaya paralel bir düzenleme yapılmıştır. İş sözleşmesi feshedilen işyeri sendika temsilcisi, işe iade kararının kesinleşmesinden itibaren on işgünü içinde işe başvurması şartıyla, altı işgünü içinde işe başlatılmaz ise, iş ilişkisinin devam ettiği kabul edilecek, ücreti ve diğer hakları işveren tarafından ödenecektir. Davayı kazanan işyeri sendika temsilcisinin işe iade kararının kesinleşmesinden itibaren on işgünü içinde işe başvurmadığı takdirde ise sözleşme bu sürenin sonunda işyeri sendika temsilcisi tarafından feshedilmiş sayılacaktır.

Görüldüğü üzere, söz konusu tasarı mevcut haliyle kanunlaştığı takdirde büyük ölçüde işyeri sendika temsilcisi güvencesinin kaybetmiş olduğu gücü yerine getirecektir. Ancak, davayı kazanan işyeri sendika temsilcisinin işe iade kararının kesinleşmesinden itibaren on işgünü içinde işe başvurmadığı takdirde, iş sözleşmesinin bu sürenin sonunda kendisince feshedilmiş sayılacağına ilişkin düzenlemenin kanımızca tekrar gözden geçirilmeye ihtiyacı bulunmaktadır. Zira bu tarz bir çözüm, işyeri sendika temsilcilerinin iş güvencesi konusunda örnek alınabilecek olan İş Kanunu'nda yer alan iş güvencesi hükümlerinin mantığına da aykırı bir durum oluşturmaktadır. İşyeri sendika temsilcisinin işe iade kararının kesinleşmesinden iti-

baren 10 günlük süre içinde işverene başvur-maması durumunda, işverence yapılmış olan feshin geçerli kabul edilmesi ve işçinin tazminat haklarına sahip olması kanımızca daha uygun bir çözüm olacaktır.

b) 4688 Sayılı Kamu Görevlileri Sendikalar Kanunu'na Göre İşyeri Sendika Temsilciliği Güvencesinin Kapsamı

25.06.2001 tarih ve 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu'nun³⁹ "Sendika üyelerinin ve yöneticilerinin güvencesi" başlıklı 18. maddesi⁴⁰ uyarınca, kamu görevlileri, iş saatleri dışında veya işverenin izni ile iş saatleri içinde sendika veya konfederasyonların bu Kanunda belirtilen faaliyetlerine katılmalarından dolayı farklı bir işleme tâbi tutulamayacak ve görevlerine de son verilemeyecektir.

Ayrıca buna ek olarak, kamu işvereni, işyeri sendika temsilcisi ile sendika ve sendika şube yöneticilerinin işyerini haklı bir sebep olmadıkça ve sebebini açık ve kesin şekilde belirtmedikçe değiştiremeyecek, kamu işvereni kamu görevlileri arasında sendika üyesi olmaları veya olmalarını nedeniyle bir ayırım yapamayacaktır.

Görüldüğü üzere, 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikalar Kanunu'nda getirilmiş bulunan güvence, çalışan sayısı ya da kıdem koşulu aranmaksızın tüm kamu görevlilerini kapsar şekilde düzenlenmiştir. Bu güvenceden yararlanabilmek için kamu kurumunda çalışan kamu görevlisi ve işyeri sendika temsilcisi olmak yeterli olacaktır. 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikalar Kanunu'na göre, kamu görevlisi, kamu kurum ve kuruluşlarının işçi statüsü dışındaki bir kadro veya sözleşmeli personel pozisyonunda çalışan, adaylık veya deneme süresini tamamlamış kamu görevlilerini ifade etmektedir.

3- Yargıtay Kararları Uyarınca İşyeri Sendika Temsilciliği Güvencesinin Kapsamı

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 30. maddesinde yer alan "işyeri sendika temsilcisinin belirsiz süreli hizmet akdinin işveren tarafından feshinde İş Kanununun ilgili hükümleri uygulanır" ifadesine sıkı sıkıya bağlı kalındığında yani

deyimisel yorum yöntemi tercih edildiğinde, yeni düzenlemenin işyeri sendika temsilcilerinin güvencelerinin büyük ölçüde zayıflatılmış olacağını düşünen Yargıtay, işyeri sendika temsilcisi için getirilmiş olan bu özel güvencenin doğrudan "temsilcilik sıfatına" dayalı olduğundan bahisle, işçide sadece işyeri sendika temsilcisi sıfatının bulunmasının yeterli olacağını, bunun dışında İş Kanunu'ndaki iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için işyeri sendika temsilcisinin en az 30 işçinin çalıştığı bir işyerinde çalışmasının ve en az altı aylık kıdeminin bulunmasının gerekmediği görüşünü ifade etmiştir. Yani bir başka ifade ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18 ve devamı maddelerinde düzenlenen iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için, işyerinde en az 30 işçi çalışması, işçinin en az 6 aylık kıdeminin bulunması kuralı işyeri sendika temsilcileri açısından aranmayacaktır⁴¹.

Gerçekten de doktrinde de yerinde olarak ifade edildiği üzere, lafzi yorumdan anlaşılmanın aksine, Sendikalar Kanunu m.30'da sözü edilen "ilgili hükümler" teriminin, yaptıkları görev nedeniyle, iş sözleşmelerinin feshi konusunda en fazla risk altında bulunan işyeri sendika temsilcilerinin lehine yorumlanması ve işyeri sendika temsilcilerine İş Kanunu'nun iş güvencesi konusunda sınırlayıcı hükümlerinin değil daha ziyade koruyucu kurallarının uygulanacağını anlaşılması gerekmektedir⁴². Bu anlamda, Sendikalar Kanunu'nun 30. maddesinde yer alan hükmün bütünü itibarıyla ve özel olarak temsilcilik sıfatına bağlı bir düzenlemeyi öngörmesi nedeniyle, İş Kanunu'na yapılan yollamayı sadece geçerli sebep ve feshin usulü ve feshe itirazı kapsar şekilde anlamak uygun olacaktır⁴³.

Bu yüzden, Yargıtay göre, işyeri sendika temsilciliği güvencesine ilişkin uyuşmazlıklarda en önemli husus işverenin eylemi tarihinde işçinin işyeri sendika temsilcisi sıfatını taşıyıp taşımadığının tespitidir. Zira başka hiçbir koşula bakılmaksızın salt işyeri sendika temsilcisi sıfatını taşıyor olmak işyeri sendika temsilciliği güvencesinin kapsamına girmek için yeterli olacak, işçi İş Kanunu hükümleri uyarınca işe iade ve buna bağlı tazminat ve dört aylık ücret ve diğer haklardan yararlanabilecektir⁴⁴. Bu yüz-

den, işyeri sendika temsilciliği güvencesinden yararlanmaya yönelik davalarda davayı açan işçinin işyeri sendika temsilcisi olup olmadığının kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açıklığa kavuşturulması ve bunun sonucuna göre mahkemece karar verilmesi gerekmektedir⁴⁵.

Yetki alan sendika, işyerinde işyeri sendika temsilcisi atama yoluna gitmişse, Sendikalar Kanunu m. 34 uyarınca işyeri sendika temsilcisi olarak atadığı işçilerin kimliklerini onbeş gün içinde işverene bildirmekle yükümlü olacaktır⁴⁶. Söz konusu bildirim, atamaya yetkili sendika tarafından doğrudan işverene⁴⁷ veya işyerinde varsa işveren vekiline yapılması gerekmektedir⁴⁸. Bu bildirim, temsilcilik sıfatına bağlı sonuçların doğması için gerekli olup işçi sendikası atadığı işyeri sendika temsilcilerin kimliklerini işverene bildirmediği, bu kişilerin işyeri temsilciliği sıfatından ve bunun sağladığı güvenceden söz edilmesi mümkün olmayacaktır⁴⁹.

Bu arada temsilcinin görevi sendikanın yetkisi süresince devam edeceğinden, işyerinde ilk toplu iş sözleşmesi döneminde yetkili olan sendika, yeni dönem toplu iş sözleşmesi için yeniden yetki almışsa, Sendikalar Kanunu m.34 uyarınca tayin edilen temsilcilerin kimliklerinin onbeş gün içinde işverene bildirilmesi zorunluluğunun, yetkiye ilk defa sahip olan toplu iş sözleşmesi tarafı olan işçi sendikası açısından getirilmiş olması sebebi ile; her toplu iş sözleşmesi imzalanmasında bu bildirim tekrar tekrar yapmak zorunda olmayacaktır. Buna göre, işçinin işyeri sendika temsilciliği sıfatı devam edecek, ancak yeni bir temsilci atanacak ise, bu takdirde bu sıfatın kazanılabilmesi için onbeş gün içinde işverene bildirim yapılması gerekecektir⁵⁰.

C. İşyeri Sendika Temsilciliği Güvencesinin İçeriği

1- İşyeri Sendika Temsilcisinin İş Sözleşmesinin Feshine Karşı Getirilmiş Güvence

a) Genel Olarak

Sendikalar Kanunu'nun 30. maddesi uyarınca, işyeri sendika temsilcilerinin "belirsiz süreli

iş sözleşmelerinin" işveren tarafından "feshinde" İş Kanunu hükümleri uygulanacağından, geçerli bir fesih söz edilebilmesi için söz konusu maddelerde yer alan esasların tamamının yerine getirilmesi gerekmektedir. Bu anlamda, işyeri sendika temsilcilerinin iş sözleşmelerinin geçerli sayılabilmesi için öncelikle fesih bildirimlerinin "yazılı" yapılması, yazılı yapılan fesih bildiriminde geçerli sebebin "açık ve kesin" olarak belirtilmesi ve geçerli sebep işyeri sendika temsilcisinin yetersizliğinden veya davranışlarından kaynaklanıyorsa kendisinden savunma alınması gerekecektir. Bu koşullardan birine dahi uyulmamış olsa yapılan fesih, geçerli bir sebebe dayansa bile artık "geçersiz" sayılacaktır. Bu hüküm "kamu düzeni" ile ilgili olduğundan, aksi sözleşme ile de kararlaştırılmayacaktır.

Belirsiz süreli iş sözleşmesi işverence bildirimli olarak feshedilen işyeri sendika temsilcisi kendisi işe iade davası açabileceği gibi, "yazılı başvuruda" bulunmak koşuluyla üyesi olduğu sendikanın da kendisi adına dava açmasını sağlayabilecektir. Hak düşürücü bir süre olan dava açma süresi bir aydır. İşyeri sendika temsilcisinin bu davayı "fesih bildirimlerinin tebliği tarihinden itibaren" bir aylık süre içinde mutlaka açması gerekmektedir. Aksi takdirde işyeri sendika temsilcisinin "temsilcilik güvencesiyle" ilgili "işe iade" ya da "tazminat" ile "ücret ve diğer haklar" konusunda herhangi bir talepte bulunması mümkün olmayacak sadece, şayet koşulları varsa ihbar ve kıdem tazminatları ile maddi ve manevi tazminat taleplerinde bulunabilecektir⁵¹.

Diğer yandan, belirsiz süreli iş sözleşmesi işverence bildirimli olarak feshedilen işyeri sendika temsilcisi ile işverenin anlaşması durumunda yine fesih bildirimlerinin tebliği tarihinden itibaren bir aylık süre içinde taraflar uyuşmazlığı özel hakeme götürebileceklerdir.

İşyeri sendika temsilcisi tarafından işe iade davası açılması durumunda işveren fesih bildiriminde göstermiş olduğu geçerli sebebi ispatla yükümlüdür. İşveren "geçerli bir sebebin" varlığını ve bu sebebe dayanarak temsilcinin sözleşmesini feshettiğini ispat ederse, iş sözleşmesinin feshi geçerli olacak, işveren herhangi bir

yükümlülük altına girmeyecektir⁵². Buna karşılık, işveren fesih bildiriminde göstermiş olduğu “geçerli sebebin” varlığını ispat edemezse işe iade davasını işyeri sendika temsilcisi kazanmış olacaktır.

İşverenin, iş sözleşmesinin feshinde göstermiş olduğu fesih sebebinin geçerli olduğunu uygun kanıtlarla inandırıcı bir biçimde ortaya koyması, kanıt yükünü yerine getirmiş sayılması bakımından yeterli olacaktır. Ancak bu durum, uyuşmazlığın çözümlenmesine yetmemektedir. Çünkü kanun koyucu işçiye başka bir olanak daha sunmuştur. Eğer işçi, feshin, işverenin dayandığı ve uygun kanıtlarla inandırıcı bir biçimde ortaya koyduğu sebebe değil, başka bir sebebe dayandığını iddia ederse, bu başka sebebi kendisi kanıtlamakla yükümlüdür. İşçinin işverenin savunmasında belirttiği neden dışında, iş sözleşmesinin örneğin sendikal nedenle, eşitlik ilkesine aykırı olarak, keza keyfi olarak feshedildiğini iddia ettiğinde, işçi bu iddiasını kanıtlamak zorundadır⁵³. Buna göre, işyeri sendika temsilcisi açmış olduğu işe iade davasında iş sözleşmesinin işverenin göstermiş olduğu geçerli sebep dolayısı ile değil de sendikal faaliyetleri dolayısı ile feshedildiğini iddia ettiğinde bu kez ispat yükü yer değiştirecek ve işyeri sendika temsilcisinin bu iddiasını ispat etmesi gerektir. İşveren iş sözleşmesini feshederken göstermiş olduğu geçerli sebebi ispat edememişse ve işçi de iddia etmiş olduğu sendikal faaliyet sebebi ile fesih yapıldığını ispat edememişse davayı yine işyeri sendika temsilcisi kazanacak ancak feshin sendikal sebeple yapılmadığına kanaat getirilecektir⁵⁴.

İşe iade davası sonucunda, işyeri sendika temsilcisinin işe iade kararının kesinleşmesinin kendisine tebliğ edildiği tarihten itibaren 10 işgünü içinde işverene başvurması durumunda⁵⁵ işveren 30 gün içinde ya işçinin “işe iadesi”ni kabul edecek ya da tazminat ödeme yolunu tercih edecektir⁵⁶. Ancak işveren her iki durumda da işçinin “dava süresince boşa geçen dört aya kadar olan ücret ve diğer hakları”nı ödemekle yükümlü olacaktır. Ayrıca iş sözleşmesinin feshinin geçerli sayılması durumunda ise, şartları mevcutsa “ihbar”, “kıdem”, “maddi ve manevi” tazminatlarından sorumlu olabilecektir⁵⁷.

Görüldüğü üzere, İş Kanunu’nda yer alan genel düzenlemeler uyarınca, işe iade davası açan işyeri sendika temsilcisi söz konusu davayı kazandıktan sonra, kesinleşen mahkeme kararının (veya özel hakeme gidildi ise hakem kararının) tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvurduğunda işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorunda olacak, işçiyi başvurusu üzerine bir ay içinde işe başlatmayan işveren ise, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olacaktır. Ancak Sendikalar Kanunu m. 30/2 uyarınca, işyeri sendika temsilcisinin iş sözleşmesinin “sadece temsilcilik faaliyetlerinden dolayı feshedildiğinin” tespit edilmesi halinde, mahkemece hükmedilecek tazminat tutarı, işyeri sendika temsilcisinin “en az bir yıllık ücreti tutarında” olacaktır.

Temsilcilik faaliyetleri denildiği zaman ise, işyeri sendika temsilcisinin görev yaptığı işyerinde işçilerin dileklerini dinlemesi, şikayetlerini çözümlenmesi, işçi ve işveren arasındaki işbirliği ve çalışma ahengi ile çalışma barışını devam ettirmeye yönelik faaliyetler, işçilerin hak ve menfaatlerinin gözetilmesine yönelik çalışmalar, iş kanunları ve toplu iş sözleşmelerinde öngörülen çalışma şartlarının uygulanmasına yardımcı olmak amaçlı faaliyetler anlaşılacaktır (SK. m. 35).

Buna karşılık, uygulamada Yargıtay “sendikal faaliyeti” Kanunun 32 ve 33. maddelerindeki faaliyetlerle sınırlı tutmakta⁵⁸ ve 35. maddede sözü edilen “temsilcilik görevlerini” sendikal faaliyet saymamakta⁵⁹ ancak, işyeri sendika temsilciliği güvencesinden yararlanabilmek için iş sözleşmesinin feshinin sendikal faaliyet nedeniyle yapılmış olmasını da şart görmemektedir⁶⁰. Nitekim Yargıtay sadece işyeri sendika temsilcisi olması sebebiyle işverenin hakaretine uğrayan ve iş sözleşmesi feshedilen işçinin de iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğini kabul etmektedir⁶¹.

Sendikalar Kanunu m. 30’da işyeri sendika temsilcilerinin “belirsiz süreli iş sözleşmelerinin” işveren tarafından “feshinde” İş Kanunu hükümleri uygulanacağından söz edildiğine göre, işverenin işyeri sendika temsilcisinin iş sözleşmesini bildirimsiz fesih yolu ile feshet-

mesi de mümkün olacaktır. Buna göre, işveren İş Kanunu m.25 uyarınca işyeri sendika temsilcisinin iş sözleşmesini sağlık sebepleri, ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri, zorlayıcı sebepler ve işyeri sendika temsilcisinin gözaltına alınması veya tutuklanması halinde devamsızlığın bildirim süresini aşması sebeplerine dayanarak bildirimsiz olarak feshedebilecektir. Ancak, işyeri sendika temsilcisinin iş sözleşmesinin ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan hallere dayanarak feshedilmesi söz konusu olduğunda işverenin işyeri sendika temsilcisinin bu tür davranışlarda bulunduğunu öğrendiği günden başlayarak altı iş günü içinde iş sözleşmesini feshetmesi gerekecektir. Ayrıca her halde fesih hakkı fiilin gerçekleşmesinden itibaren bir yıl geçmesinden sonra kullanılacaktır. Bunun tek istisnası işyeri sendika temsilcisinin fesih sebebi olacak olaydan madde çıkar sağlaması olacak bu durumda bir yıllık süre uygulanmayacaktır.

Diğer yandan işyeri sendika temsilcisinin “yasadışı grev kararına katılması” veya başka işçileri yasadışı greve “teşvik etmesi” (TİSGLK md.45/1) durumlarında da, işverenin “bildirimsiz” ve “tazminatsız” haklı sebeple fesih hakkının olacağı şüphesiz kabul edilecektir⁶².

b) Uygulamada İşyeri Sendika Temsilcisinin İş Sözleşmesinin Feshine Karşı Getirilmiş Güvence

Sendikalar Kanunu m. 30 uyarınca işyeri sendika temsilcisinin belirsiz süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından feshinde İş Kanunu'nun ilgili hükümleri uygulanacağı esas göz önüne alındığında, uygulamada daha çok belirsiz süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından bildirimli fesih suretiyle feshedilmesinin sonuçlarının önem taşıyacağı açıktır. Zira, İş Kanunu m. 25 uyarınca gerçekten haklı bir sebebin varlığı durumunda işyeri sendika temsilcisinin iş sözleşmesinin bildirimsiz olarak feshedilmesi rutin bir uygulama olduğundan, işyeri sendika temsilcisi güvencesinin uygulamasında çok büyük bir önem taşıyacaktır.

Oysa işyeri sendika temsilcisinin iş sözleşmesinin İş Kanunu m. 17 uyarınca feshedilmesi durumunda, işyeri sendika temsilcisinin işine tekrar iade edilip edilemeyeceği, feshin hangi

koşullarda geçersiz sayılacağı ve işyeri sendika temsilcisini işe iade kararına rağmen işe geri almayan işverenin işyeri sendika temsilcisine ödemekle yükümlü olacağı tazminatın miktarının ne olacağı uygulamada büyük bir önem taşımaktadır.

Bu yüzden, bir işyerinde gerçekleştirilen bir fesih işlemine, o işyerindeki işyeri sendika temsilcilerinden birinin ismi karıştığında bir anda yapılan feshin geçerliliği, feshin sendikal faaliyet nedeni ile yapıp yapılmadığı konuları gündeme gelmektedir. Ancak şu konuya dikkat çekilmelidir ki, iş sözleşmesi feshedilen işçinin işyeri sendika temsilcisi olması durumunda, salt bu niteliğe sahip olması feshin sendikal nedene dayandığını göstermeyecektir. Yargıtay da bu esası vermiş olduğu kararlarda sık sık dile getirmektedir⁶³. Gerçekten, işyeri sendika temsilcisinin iş sözleşmesi, yetersizliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanarak bildirimli olarak ya da İş Kanunu'nun 25. maddesi uyarınca bildirimsiz olarak her zaman feshedilebilecektir⁶⁴.

Ancak, sendika işyeri temsilcisinin iş sözleşmesinin İş Kanunu'nun 25/II maddesi gereğince bildirimsiz olarak feshedilebileceği bir durumda, işverence bu hakkın 6 işgünü içinde kullanılmaması ve feshin daha sonra yapılması halinde, yapılan fesih İş Kanunu'nun 17. maddesi uyarınca yapılan bildirimli fesih niteliğinde olduğundan, bu kez savunma alınmamış olması durumunda fesih geçersiz sayılacak ancak, salt işçinin işyeri sendika temsilcisi olması sendikal fesih yapıldığı anlamına gelmeyecektir⁶⁵.

Sendikal feshin varlığından söz edilmesi için işçinin iş sözleşmesinin sendikaya üye olması, sendikal faaliyetlerde bulunması ya da temsilcilik faaliyetlerinden dolayı feshedilmesi gerekmektedir⁶⁶. Zaten 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca “sendika üyeliği veya çalışma saatleri dışında ya da işverenin rızası ile çalışma saatleri içinde sendikal faaliyetlere katılmak” fiilleri fesih için geçerli sebep olmayacaktır.

İşyeri sendika temsilcisi olan işçinin iş sözleşmesinin işverence bir haftadan fazla süre ile askıya alınması da fesih olarak değerlendirilecek⁶⁷, fesih niteliğinde sayılan askıya alma iş-

leminden itibaren 1 aylık hak düşürücü sürede işyeri sendika temsilcisi tarafından işe iade davası açılmadığı takdirde artık işyeri sendika temsilcisinin güvencesinden söz edilemeyecektir⁶⁸.

Sendikalar Kanunu m. 30 uyarınca işyeri sendika temsilcisinin belirsiz süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından feshinde İş Kanunu'nun ilgili hükümleri uygulanacağı esası uyarınca, işyeri sendika temsilcisi de iş sözleşmesinin feshedilmesinden itibaren bir ay içerisinde dava açma hakkına sahip olacaktır. Söz konusu hak düşürücü süre içerisinde feshin geçersizliği ve işe iadeye ilişkin davayı açmayan işyeri sendika temsilcisinin iş sözleşmesinin feshi geçerli hale gelecektir. Böyle bir durumda işyeri sendika temsilcisinin dava açmayarak, Toplu İş Sözleşmesinde öngörülen işyeri sendika temsilcisinin iş güvencesine ilişkin cezai şart niteliğindeki kötü niyet tazminatını veya benzer nitelikteki tazminatları talep etmesi de mümkün olmayacaktır⁶⁹.

Uygulamada, işverenler de işyeri sendika temsilcilerinin iş sözleşmelerini feshederken tedirgin olmakta ve bazı durumlarda gerçekten gerekse bile işyeri sendika temsilcilerinin iş sözleşmelerini feshetmekten kaçınmaktadırlar. Yargıtay da, işverenlerin işyeri sendika temsilcilerinin iş sözleşmelerini feshetmekten kaçınmalarını, eşitlik ve objektif davranma ilkelerine aykırı görmemekte ve bu tür uygulamaları geçerli saymaktadır.

Nitekim, bir işe iade davasında işveren işletmesel bir karar aldığını, bu kararın istihdam fazlası meydana getirdiğini, kararı tutarlı şekilde uyguladığını ve feshin kaçınılmaz olduğunu ispatlamak zorundadır⁷⁰. İşveren bu kapsamda, geçerli neden teşkil eden ve ayrıca istihdam fazlası doğuran tedbire ilişkin kararı, sürekli ve kalıcı şekilde uyguladığını da ispat etmek zorundadır. İş ilişkisinde işletmesel kararlar iş sözleşmesini fesheden işveren, Medeni Kanun'un 2. maddesi uyarınca, yönetim yetkisi kapsamındaki bu hakkını kullanırken, keyfi davranmamalı ve eğer işçi fazlası söz konusu ise ve iş sözleşmesi feshedilecek işçilerin tespitinde bir kriter tespit edildi ise, bu kriteri objektif ve genel olarak uygulamalıdır. Mahkemece aksi bir

uygulama tespit edildiğinde ise, iş sözleşmesinin feshinin geçerli bir sebebe dayanmadığı kabul edilecektir⁷¹.

Yargıtay bu temel prensipten hareket etse de, uygulamada işverence yapılan işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli sebeple iş sözleşmelerinin feshinde, ekonomik nedenlerle küçülme kararı alınması ve bunun sonucu olarak da istihdam fazlalığı oluşturan işçilerin iş sözleşmelerinin feshedilmesi aşamasında, iş sözleşmesi feshedilecek işçilerin seçiminde örneğin emeklilik hakkını kazanma gibi bir kriterin tespit edildiği durumlarda, bu kriter gereğince iş sözleşmesi feshedilmesi gereken işyeri sendika temsilcilerinin iş sözleşmelerinin feshedilmemesini söz konusu kriterin eşitlik ve objektif davranma ilkelerine uygun kullanılmaması olarak değerlendirmektedir. Bu anlamda, işletme açısından gerçekten bir geçerli sebep olsa ve uygulanan kriter gereği işyeri sendika temsilcisinin işten çıkarılması gerekse bile Yargıtay kararlarından çıkarılan sonuca göre, bu kriterin işyeri sendika temsilcilerine uygulanmaması doğru olacaktır⁷².

Diğer yandan, daha önce işyeri sendika temsilcisi olarak görev yapmış ve bu görev esnasında iş sözleşmesi işvereni tarafından feshedilmiş ancak daha sonra açmış olduğu işe iade davası sonucunda tekrar işe alınmış olan işyeri sendika temsilcisinin, bu görevinin sona ermesinden bir gün sonra iş sözleşmesinin feshedilmesi durumunda ise, Sendikalar Kanunu'nun 30. maddesinin uygulanması söz konusu olmayacak, işyeri sendika temsilciliği sona eren işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesinin geçerli bir sebebe dayanıp dayanmadığına, fesih tarihinde çalışan işçi sayısı, norm kadro sayısı ve işçiler yönünden genel bir uygulama olup olmadığı gibi kriterler dikkate alınarak genel hükümler uyarınca karar verilecektir⁷³.

Sendikalar Kanunu m. 30/2 uyarınca, işyeri sendika temsilcisinin iş sözleşmesinin "temsilcilik faaliyetlerinden dolayı feshedildiğinin" tespit edilmesi halinde, işverence işçinin işe iadesinin kabul edilmemesi durumuna ilişkin olarak mahkemece hükmedilecek tazminat tutarı, işyeri sendika temsilcisinin "en az bir yıllık

ücreti tutarında” olacaktır. Uygulamada Yargıtay işyeri sendika temsilcisinin 10 işgünlük kanuni süre içinde başvurusuna rağmen, işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının işyeri sendika temsilcisinin kıdemi ve fesih nedeninin dikkate alınarak belirlenebileceğini ifade etmektedir. Yargıtay bu anlamda mahkemece takdiren işyeri sendika temsilcisine 20 aylık brüt ücreti tutarında sendikal tazminat ödenmesine karar verilmesini dahi, Sendikalar Kanunu’nda yer alan “en az bir yıllık ücreti tutarında” ifadesine uygun bularak onaylamaktadır⁷⁴.

Ancak, İş Kanunu hükümleri uyarınca işe iade davasını kazanan işyeri sendika temsilcisinin söz konusu tazminata hak kazanabilmesi ancak kararın kesinleşmesinin kendisine tebliğ edilmesini takiben 10 işgünü içinde işverene başvurması koşulu ile söz konusu olabilecektir. Bu süre içerisinde işverene başvurmayan işçinin sendikal sebeple fesihten kaynaklanan bu tazminatı alması söz konusu olmayacaktır⁷⁵.

Ayrıca, Gelir Vergisi Kanunu’nun 25. maddesinde vergiden istisna tutulması öngörülen ödemeler belirtilirken, sendikal tazminatın gelir vergisinden istisna tutulmasına dair bir düzenleme yer almadığı için söz konusu tazminat tutarının, gelir vergisine tabi tutulacağı ifade edilebilecektir⁷⁶. Diğer yandan, mahkemece hüküm altına alınmış bulunan sendikal tazminat alacağının ödenmesinde işverenin gecikmesi durumunda, söz konusu tazminata TSGLK’da eda davaları açısından sözü edilen en yüksek işletme kredisi faizi değil yasal faiz uygulanabilecektir⁷⁷. Söz konusu faiz de, işveren önceden temerrüde düşürülmedi ise, tazminatın ödenmesi talebi ile açılan dava tarihinden itibaren işletilebilecektir⁷⁸. Sendikal tazminat talep etme hakkı Borçlar Kanunu m.125 uyarınca 10 yıllık zamanaşımı süresine tabi olacaktır⁷⁹.

c) 4688 Sayılı Kamu Görevlileri Sendikalar Kanunu Uyarınca İşyeri Sendika Temsilcisinin Görevine Son Verilmesine Karşı Getirilmiş Güvence

Yukarıda da ifade edildiği üzere, 4688 Sayılı Kamu Görevlileri Sendikalar Kanunu 18. maddesi uyarınca kamu görevlileri, iş saatleri dışında veya işverenin izni ile iş saatleri içinde

sendika veya konfederasyonların bu Kanunda belirtilen faaliyetlerine katılmalarından dolayı farklı bir işleme tâbi tutulamayacak ve görevlerine de son verilemeyecektir.

Madde metninden anlaşıldığı üzere, kesin ve emredici bir ifade ile bir kamu görevlisinin görevine iş saatleri dışında veya işverenin izni ile iş saatleri içinde sendika veya konfederasyonların bu Kanunda belirtilen faaliyetlerine katılmalarından dolayı son verilemeyecektir.

Buna göre, bu tür bir uygulamanın işyeri sendika temsilcisine ya da her hangi bir kamu görevlisine yapılması arasında bir fark olmayacak, böyle bir durumda, bu işlem idare mahkemesine açılacak bir iptal davası ile iptal ettirilebilecektir.

Buna karşılık, kamu görevlileri sendikalarında “bir genel kurul dönemi” için seçilen “işyeri temsilcileri”, yeniden seçilemedikleri takdirde görevleri sona ermekte ve Kanunda kendilerine sağlanan ek bir güvence bulunmamaktadır⁸⁰ (KGSK md.23/2).

2- İşyeri Sendika Temsilcisinin Görev Yaptığı İşyerinin veya İşinin Değiştirilmesine Karşı Getirilmiş Güvence

a) Genel Olarak

2821 sayılı Sendikalar Kanunu’nun 30. maddesinin 4773 sayılı Kanunla değiştirilmesinden önceki halinde, işyeri sendika temsilcilerinin güvencesi düzenlenirken, sadece işverence işyeri sendika temsilciliği süresi içerisinde işyeri sendika temsilcisinin iş sözleşmesinin haklı bir sebep olmadan sona erdirilememesi konusu düzenlenmişti. Bu anlamda bu dönemde, işyeri sendika temsilcisinin iş sözleşmesi devam ederken işverence işyeri değişikliği yapılması durumunda, işyeri sendika temsilcisinin bu güvenceden mahrum bırakılmasını önleyecek açık bir düzenleme bulunmamaktaydı.

Buna karşın, bu dönemde dahi Yargıtay verdiği kararlarda, bu konuda kanunda bir boşluk olduğundan ve bu kanun boşluğunun iş hukukunun özelliklerine aykırı olmayacak şekilde Medeni Kanun’un 2. maddesinin uygulanması suretiyle doldurulabileceğini ifade ederek, işverenin yönetim hakkını kanunlara uygun

kullanımı halinde hakimin müdahalesinin söz konusu edilemeyeceğini ancak, işverence hakkın kötüye kullanılması sonucu işyeri sendika temsilcisini görev yaptığı işyerinden başka bir işyerine nakletmek suretiyle temsilcilik güvencesinden yoksun bırakılmasının amaçlandığı durumlarda bunun kanunca korunmayacağına ilişkin kararlar vererek, işçinin buna karşı dava açarak işine iadeyi sağlayabileceği yönünde kararlar vermiştir⁸¹.

Uygulamada yaygın bir şekilde karşılaşılan bu durumu engellemeyi amaçlayan kanun koyucu, Sendikalar Kanunu'nun 30. maddesinin 4773 sayılı Kanun ile değiştirilmesi sırasında maddeye bir ekleme yaparak işverenin, yazılı rızası olmadıkça işyeri sendika temsilcisinin çalıştığı işyerini değiştiremeyeceği veya işinde esaslı bir tarzda değişiklik yapamayacağı aksi halde ise yapılan değişikliğin geçersiz sayılacağı yönünde bir düzenleme getirmiştir (SK. m. 30/3)⁸².

İşyeri sendika temsilcisinin görev yaptığı işyerinin değiştirilmesine karşı getirilmiş olan bu güvence, işyeri sendika temsilcisinin iş sözleşmesinin feshine karşı getirilmiş güvenceden farklı olarak sadece "belirsiz süreli" iş sözleşmesiyle çalışan işyeri sendika temsilcilerine değil "işyeri" ve "iş" değişiklikleri konusunda herhangi bir ayırım yapılmaksızın hem "belirli" hem de "belirsiz" süreli iş sözleşmesiyle çalışan işyeri sendika temsilcileri için getirilmiştir. Maddenin uygulamasında, işyeri sendika temsilcisinin ücret (veya düzenli ödenen ücret ekleri) düşüklüğüne yol açan iş ve işyeri değişiklikleri yanında, işçinin işini ağırlaştıran ve kendisine ek mali külfet yükleyen iş ve işyeri değişiklikleri de "esaslı tarzda" değişiklikler arasında sayılacaktır⁸³.

Sendikalar Kanunu'nun 30. maddesine yapılan bu ekleme ile işyeri sendika temsilcisinin rızası olmadan işyerinin değiştirilmesinin ve işinde esaslı değişikliklerin yapılmamasının önüne geçilmesi gerçekten olumlu bir gelişme olmuştur. Böylece işverenin işyeri sendika temsilcisini gidemeyeceği bir yerde görevlendirilmesi veya gittiği yerde temsilcinin olması ve yeniden temsilci atanamaması durumunda, temsilcilik sıfatı sona erdiğinden kolaylıkla iş sözleşmesini feshetmesi şeklinde kötü niyetle

kanunu dolanmasının önüne geçilmesi amaçlanmıştır.

Sendikalar Kanunu m. 30'daki düzenleme uyarınca, işveren ancak işyeri sendika temsilcisinin yazılı rızasını almak suretiyle, işinde ve işyerinde değişiklik yapabilecektir. Yani bir başka ifade ile işyeri sendika temsilciliği sıfatı ve görevi devam ederken işyeri sendika temsilcisinin kendisinden alınan yazılı rıza, işverene işyeri değişikliği konusunda gerekli yetkiyi verecektir⁸⁴.

Uygulamada bu durumun da sıkıntılar yaratabileceğini ifade eden bazı yazarlar, 135 sayılı İşletmelerde İşçi Temsilcilerinin Korunması ve Onlara Sağlanacak Kolaylıklar Hakkında Sözleşme'nin 1. maddesinde yer alan; "... İşçi temsilcileri"⁸⁵, işten çıkarılma dahil, işçi temsilcisi sıfatını taşımalarından, sendika üyesi olmalarından veya sendikal faaliyetlere katılmalarından ileri gelecek kendilerine zarar verebilecek her nevi işleme karşı etkili korumadan yararlanırlar." hükmünden hareketle, bu güvencenin yeterli olmadığını ifade etmektedirler. Bu görüşe göre, günümüzdeki çalışma koşulları altında, iş veya işyerinin değişimine ilişkin işverenden bir talebin gelmesi halinde, temsilciler en azından temsilcilik süresinin sonunda işlerini kaybetme endişesi altında buna olumsuz yanıt veremeyeceklerdir. Bu yüzden, aslında yazılı rızanın, işyeri sendika temsilcisinin yanında onu atamış olan sendikadan da alınması yönünde bir düzenlemenin yapılması, işverenin işyeri sendika temsilcisinin işyerini veya işini esaslı tarzda değiştirmesini zorlaştıracaktır⁸⁶. Hatta bu görüşe göre, en gerçekçi çözüm; Sendikalar Kanunu'nda yapılacak yeni bir değişiklik ile bu kez maddedeki rıza şartına da yer verilmeden, "işveren işyeri sendika temsilcisinin işini veya işyerini değiştiremez. Aksi halde değişiklik geçersiz sayılır" şeklinde bir düzenlemenin yapılması olacaktır⁸⁷.

b) Uygulamada İşyeri Sendika Temsilcisinin Görev Yaptığı İşyerinin veya İşinin Değiştirilmesine Karşı Getirilmiş Güvence

İşyeri sendika temsilcilerine ilişkin olarak uygulamada en sık karşılaşılan uyuşmazlıklardan biri işyeri sendika temsilcisi olan işçinin,

işinin veya işyerinin muvafakati olmadan değiştirilmesi ve işyeri sendika temsilcisinin bu değişikliğe uymaması sebebiyle hakkında tutanak tutulup sözleşmesinin feshedilmesi durumudur. Yargıtayca da yerinde olarak belirtildiği üzere, söz konusu tutanaklara dayanılarak işverence işyeri sendika temsilcisinin sözleşmesinin feshi geçerli veya haklı bir nedene dayalı fesih olarak kabul edilmeyecektir⁸⁸.

Ancak bu tür hallerde dikkat edilmesi gereken hususlardan biri de, işyeri ve işin değiştirilmesi ve göreve gitmeme ile ilgili işyeri sendika temsilcisi hakkında tutanak tutulduğu sırada, işyeri sendika temsilcisinin davranışları ile başka bir fesih sebebi yaratmamasıdır. Gerçekten de, bu tür durumlarda sınırlarına hakim olamayan bir işyeri sendika temsilcisinin yapmış olduğu bazı hareketler veya söylediği bazı sözler, ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan bir davranış olarak nitelendirildiğinde, işveren açısından iş sözleşmesinin feshinde kullanılacak haklı veya geçerli bir sebebin ortaya çıkmasına neden olabilecektir⁸⁹. Nitekim, işyeri sendika temsilcisinin yapmış olduğu hareketler veya söylediği sözlerin işyerinde olumsuzluklara yol açması halinde, bu davranışlar geçerli fesih nedeni yapılabilecektir⁹⁰. Daha ağır nitelikteki sözler ve davranışlar ise haklı sebep olarak kabul edilebilecektir.

Buna göre, işyeri sendika temsilcisinin, işyeri değişikliğini 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 30/son maddesi uyarınca kabul etmemesi yerinde olmakla beraber, işyeri sendika temsilcisinin bu yöndeki kanuni hakkını kullanırken, kanuni uygulama içinde kalması, kanunen korunmayan davranışlarda bulunulmaması gerekmektedir⁹¹.

Yazılı rızası alınmadan işyeri değiştirilen işyeri sendika temsilcisinin Sendikalar Kanunu m.30'daki ifade uyarınca sözleşmesinin eski şartlarla devam edeceği sonucu ortaya çıkmaktadır. Ancak uygulamada böyle bir durumda işyeri sendika temsilcisinin eski görevini yapmasına izin verilmemesi durumu ile sık sık karşılaşılabilir⁹².

Doktrinde bu tür olayların hukuki niteliğine ilişkin farklı görüşler ileri sürülmüştür. Doktrinde bir görüşe göre, işverenin işyeri

sendika temsilcisini eski işine kabul etmemesi durumunda, bu durumun işverence sendikal sebeple yapılmış bir fesih olarak kabul edilerek, Sendikalar Kanunu m. 30 uyarınca, İş Kanunu'nun iş güvencesine ilişkin hükümlerinin uygulanması gerekmektedir⁹³. Diğer bir görüş ise; böyle bir durumda, işverenin talimatlarına temsilcinin uyma borcunun bulunmayacağı, bununla beraber iş sözleşmesini işverenin tek taraflı esaslı bir tarzda değiştirmesi nedeniyle, işçinin "işverence çalışma şartlarının uygulanmaması" haklı sebebine dayanarak iş sözleşmesini feshederek kıdem tazminatına hak kazanabileceği ya da bu durumda işyeri sendika temsilcisinin iş veya işyeri değişikliğine uymayarak, işveren tarafından işten çıkarılmayı bekleyebileceği, bunu takiben de Sendikalar Kanunu m. 30 uyarınca, İş Kanunu'nun iş güvencesine ilişkin hükümlerinden yararlanarak işe iade davası açabileceği yönündedir⁹⁴. Ancak, sendika temsilcisinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için, Kanunda belirtildiği üzere belirsiz süreli bir iş sözleşmesiyle çalışması gerekeceğinden, belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışan bir işyeri sendika temsilcisinin iş veya işyeri değişikliği konusundaki talimata uymadığı için sözleşmesinin işveren tarafından feshi durumunda iş güvencesi hükümleri uygulanamayacak, işyeri sendika temsilcisi sadece zamanından önce feshedilen belirli süreli hizmet sözleşmesinin doğurduğu sonuçlardan yararlanacaktır⁹⁵.

Konuya ilişkin olarak ileri sürülen başka bir görüş ise, işverenin işyeri sendika temsilcisinin iş sözleşmesini feshettiğine dair ortada açık bir iradesi olmadığı sürece İş Kanunu'ndaki iş güvencesine ilişkin hükümlerin uygulanamayacağı ve işverenin fesih yapmadığı sürece, Borçlar Kanunu m. 325 uyarınca işverenin temerrüdüne ilişkin hükmün uygulanmasının daha yerinde olacağı yönündedir. Bu görüşe göre, böyle bir durumda işyeri sendika temsilcisinin iş sözleşmesini İş Kanunu m. 19 uyarınca, fesih yoluna gitmesi halinde, İş Kanunu'nun iş güvencesine ilişkin hükümleri uygulanabilecektir⁹⁶ ki, kanımızca bu görüşü kabul etmek İş Kanunu'nda yer alan iş güvencesine ilişkin hükümlerin uygulanma koşullarında yer alan temel prensibe

aykırı olacaktır. Zira Sendikalar Kanunu m.30 hiçbir istisnadan söz etmeden işyeri sendika temsilcisinin belirsiz süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından feshinde İş Kanunu'nun ilgili hükümleri uygulanacağı esası getirdiğinden, böyle bir durumda istifa durumunda dahi iş güvencesi hükümlerinin uygulanabilmesini düşünmek kanımızca İş Kanunu'nun açık hükümleri karşısında mümkün olmayacaktır.

Diğer yandan, uygulamada en çok karşılaşılan sorunlardan biri de, işe girerken imzalanan iş sözleşmelerinde işverene işçinin işyerini değiştirme hakkını veren hükümlerin bulunması durumunda, bu tür hükümlerin işverene işyeri sendika temsilcisinin işyerini değiştirme yetkisi verip vermediğine ilişkindir. Böyle bir durumda, işçinin işe girerken pazarlık yapma durumunda olmadığı bir aşamada imzalamış olduğu sözleşmede yer alan böyle bir hakkın temsilcilik sıfatının devamı süresince uygulama alanı bulamayacağı şüphesizdir⁹⁷.

Bunun dışında, işyerinde yürürlükte bulunan toplu iş sözleşmesinde, yer alan ve temsilcinin işyerini değiştirme hakkını işverene veren hükümler de işyeri sendika temsilcisinin işyerinin değiştirilmesi açısından geçerli olmayacaktır⁹⁸. Zira Sendikalar Kanunu m.30/3'te yer verilen, sendika temsilcisinin iş ve işyeri değişikliği konusundaki yazılı rıza şartını arayan hükmün, kamu düzenine ilişkin olup emredici nitelik taşıdığı ve toplu iş sözleşmesi ile kanun hükümlerine aykırı düzenleme yapılamayacağı esasları birlikte göz önüne alındığında bu sonuç ortaya çıkacaktır. Buna göre, ne işe girişte imzalanan iş sözleşmesi ne de toplu iş sözleşmesinde temsilcinin işyerinin değiştirilmesine ilişkin hükümler Sendikalar Kanunu m.30 karşısında geçerli olmayacaktır⁹⁹. Bir başka deyişle, işçinin "temsilcilik" sıfatını taşıdığı müddetçe bu hükümler "geçersiz" sayılacak, temsilcilik sıfatı kaybedildiği zaman bu hükümler tekrar uygulama alanı bulabilecektir¹⁰⁰.

Diğer yandan, doktrinde işyeri değişikliği durumunda da, Sendikalar Kanunu m.30/1'de yer alan "temsilcinin belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshinde İş Kanununun ilgili hükümlerinin uygulanacağı" hükmünden yola çıkarak, işyeri sendika temsilcilerin işyerinin değiştiril-

mesi işlemi bir fesih olmamasına rağmen, işyeri değişikliklerinde de Sendikalar Kanunu m.30/1'deki hüküm gereği, İş Kanunu'ndaki feshe ilişkin hükümlerden yararlanılabileceği ifade edilmektedir. Bu görüşe göre, işyeri sendika temsilcisine işyeri değişikliğinin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde işyeri sendika temsilcince işe iade davası açılacaktır¹⁰¹. Kanımızca burada dava açılmasına bir gerek yoktur zira, işyeri sendika temsilcisinin "yazılı rızası" alınmadan işveren tarafından verilen tek taraflı "iş" ve "işyeri" değişikliği konusundaki talimatlara işyeri sendika temsilcinin zaten uyma (itaat) borcu bulunmayacaktır¹⁰². Buna göre buradaki durumun bir anlamda İş Kanunu m.22/1'deki durumla¹⁰³ aynı hukuki sonucu doğurabileceği ifade edilebilecektir.

Uygulama Yargıtayın özellikle eski tarihli bazı kararlarında, işyeri sendika temsilcisinin yazılı muvafakati alınmadan işyerinin değiştirilmesi durumuna ilişkin olarak, sendika temsilcisinin yazılı muvafakati alınmadan işyerinin değiştirilmesinin mümkün olmadığı ve işverenin işyeri değişikliğinin gerekçesi geçerli bir sebep içermediği takdirde bu değişikliğin yapılamayacağı yönünde ifadeler yer almaktadır¹⁰⁴. Doktrinde de isabetli olarak belirtildiği üzere, bu ifadeden çıkarılabilecek olan, işyeri değişikliğinin geçerli bir sebebe dayanması halinde, işyeri değişikliğinin yapılabileceği şeklindeki anlama katılmak mümkün olmayacaktır. Zira Sendikalar Kanunu m.30/son hükmü son derece açık olup değişikliğin sadece işyeri sendika temsilcince kabul edilmesi koşuluyla yapılacağını belirtmekte, değişikliğin geçerli sebebe dayanması gibi bir kritere yer vermemektedir¹⁰⁵.

c) 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikalar Kanunu Uyarınca İşyeri Sendika Temsilcisinin Görev Yaptığı İşyerinin Değiştirilmesine Karşı Getirilmiş Güvence

4688 Sayılı Kamu Görevlileri Sendikalar Kanunu'nun 18. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, kamu işvereni, işyeri sendika temsilcisi ile sendika ve sendika şube yöneticilerinin işyerini haklı bir sebep olmadıkça ve sebebini açık ve kesin şekilde belirtmedikçe değiştiremeyecektir.

Söz konusu maddenin karşıt kavramından çıkan sonuç, kamu işverenin, işyeri sendika temsilcisinin işyerini haklı bir sebep olması ve bu sebebi de açık ve kesin şekilde belirtmesi durumunda değiştirebileceğidir. Sendikalar Kanunu m.30/son'daki düzenlemeyle karşılaştırılınca, söz konusu bu güvencenin oldukça zayıf olduğu görülecektir.

Gerçekten de 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikalar Kanunu'nun 18. maddesinin birinci fıkrasında yer alan, kamu görevlisinin işine sendikal sebeple son verilmesini engelleyen güvencenin gücünün aksine, sendika temsilcilerinin işyerini değiştirilmesini ancak sınırlayan bu güvencenin güçsüzlüğü dikkat çekicidir.

SONUÇ

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 30. maddesinin, iş güvencesi hükümlerinin İş Kanunu'nda yerlerini almalarıyla birlikte uğramış olduğu değişikliğin, o zamana dek süre gelen işyeri sendika temsilcilerinin sahip olduğu gerçek anlamdaki iş güvencesini sona erdirmiş olduğu bir gerçektir. Zira, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 30. maddesinde 4773 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle işyeri sendika temsilcilerinin gerçek anlamdaki işe iade güvencesi, 'işe iade veya tazminat gibi' seçimlik bir hale getirilmiştir.

Söz konusu değişikliğin, Türkiye'nin 1992'de 3845 sayılı Kanun ile onaylamış olduğu 135 sayılı İşletmelerde İşçi Temsilcilerinin Korunması ve Onlara Sağlanacak Kolaylıklara İlişkin Sözleşme hükümleri ile de çeliştiği ifade edilebilecektir.

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun değişik 30. maddesi uyarınca, işyeri sendika temsilcisinin belirsiz süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından feshinde İş Kanunu'nun ilgili hükümleri uygulanacaktır. Buna göre, Kanundaki ifadeye sıkı sıkıya bağlı kalındığında ki normalde olması gereken de budur; söz konusu hükümlerin lafzından çıkan sonuç, belirsiz süreli iş sözleşmesiyle, otuz veya daha fazla sayıda işçi çalıştıran işyerlerinde çalışan, en az altı aylık kıdemi olan, işyeri sendika temsilcileri, feshin geçersizliği ve bunun sonucunda işe iade olmak üzere buna bağlı olarak doğan tazminat

ve işçilik haklarından yararlanabilecekler yani işyeri sendika temsilciliği güvencesi kapsamına girebileceklerdir. Söz konusu düzenlemenin karşıt kavramından çıkan sonuca göre ise, belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışmayan, otuz veya daha fazla sayıda işçi çalıştıran işyerlerinde çalışmayan, en az altı aylık kıdemi olmayan, işyeri sendika temsilcileri, feshin geçersizliği ve bunun sonucunda işe iade olmak üzere buna bağlı olarak doğan tazminat ve işçilik haklarından yararlanamayacaklardır.

Yargıtay ise, bu yönde bir yorumun işyeri sendika temsilcilerinin güvencelerini büyük ölçüde zayıflatmış olacağı düşüncesinden hareketle, işyeri sendika temsilcisi için getirilmiş olan bu özel güvencenin doğrudan "temsilcilik sıfatına" dayalı olduğundan bahisle, işçide sadece işyeri sendika temsilcisi sıfatının bulunmasının yeterli olacağını, bunun dışında İş Kanunu'ndaki iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için işyeri sendika temsilcisinin en az 30 işçinin çalıştığı bir işyerinde çalışmasının ve en az altı aylık kıdeminin bulunmasının gerekmediği görüşünü kabul etmiştir. Yani bir başka ifade ile, Yargıtaya göre, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18 ve devamı maddelerinde düzenlenen iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmeleri için, işyerinde en az 30 işçi çalışması, işçinin en az 6 aylık kıdeminin bulunması kuralları işyeri sendika temsilcileri açısından aranmayacaktır.

Kanımızca Yargıtay tarafından kabul edilen görüş, olması gereken yani Kanunun amacına uygun olan görüştür. Ancak lafzi açıdan Kanun hükmüne uymamaktadır. Bu yüzden yapılacak bir düzenlemeyle Kanunun lafzının da Yargıtay kararlarına uygun bir hale getirilmesi gerekmektedir.

Nitekim, Türk-İş tarafından hazırlatılan Toplu İş İlişkileri Kanun Tasarısı'nda işyeri sendika temsilcilerinin güvencesini düzenleyen ilgili maddede, işverenin, işyeri sendika temsilcilerinin belirsiz süreli iş sözleşmelerini geçerli veya haklı bir neden olmaksızın feshedemeyeceği, işverenin fesih bildirimini yazılı olarak yapmak, fesih sebebini açık ve kesin şekilde belirtmek ve temsilcinin savunmasını almak zorunda olduğu esasları belirtildikten sonra, işyeri sendi-

ka temsilcisinin iş güvencesinden yararlanması için İş Kanunu'nun 18. maddesinin birinci ve sonuncu fıkrasındaki şartların aranmayacağı ifade edilmektedir. Söz konusu tasarı mevcut haliyle kanunlaştığı takdirde büyük ölçüde işyeri sendika temsilcisi güvencesinin kaybetmiş olduğu gücü yerine getirecektir. Ancak yukarıda da ifade edildiği üzere taslakta bazı değişikliklerin de yapılması gerekecektir.

İşçinin salt işyeri sendika temsilcisi niteliğine sahip olması feshin sendikal nedene dayandığını göstermeyecektir. Gerçekten, işyeri sendika temsilcisinin iş sözleşmesi, yetersizliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanarak bildirimli olarak ya da İş Kanunu'nun 25. maddesi uyarınca bildirimli olarak her zaman feshedilebilecektir. İş sözleşmesi feshedilen işyeri sendika temsilcisinin dava açmayarak, Toplu İş Sözleşmesinde öngörülen işyeri sendika temsilcisinin iş güvencesine ilişkin cezai şart niteliğindeki kötü niyet tazminatını veya benzer nitelikteki tazminatları talep etmesi de mümkün olmayacaktır.

Diğer yandan, istihdam fazlası işçi bulunması durumlarda, iş sözleşmesi feshedilecek işçilerin seçiminde örneğin emeklilik hakkını kazanma gibi bir kriterin tespit edildiği durumlarda, bu kriter gereğince iş sözleşmesi feshedilmesi gereken işyeri sendika temsilcilerinin iş sözleşmelerinin feshedilmemesi söz konusu kriterin eşitlik ve objektif davranma ilkelerine uygun kullanılmaması olarak değerlendirilmeyecektir. Ayrıca, işyeri sendika temsilcisinin, bu görevinin sona ermesinden sonra iş sözleşmesinin feshedilmesi durumunda, Sendikalar Kanunu'nun 30. maddesinin uygulanması söz konusu olmayacak, işyeri sendika temsilciliği sona eren işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesinin geçerli bir sebebe dayanıp dayanmadığına, fesih tarihinde çalışan işçi sayısı, norm kadro sayısı ve işçiler yönünden genel bir uygulama olup olmadığı gibi kriterler dikkate alınarak genel hükümler uyarınca karar verilecektir.

Sendikalar Kanunu'nun 30. maddesinin 4773 sayılı Kanun ile değiştirilmesi sırasında maddeye eklenen "işverenin, yazılı rızası olmadıkça

işyeri sendika temsilcisinin çalıştığı işyerini değiştiremeyeceği veya işinde esaslı bir tarzda değişiklik yapamayacağı aksi halde ise yapılan değişikliğin geçersiz sayılacağı" yönündeki güvence ise, işyeri sendika temsilcisinin iş sözleşmesinin feshine karşı getirilmiş güvenceden farklı olarak sadece "belirsiz süreli" iş sözleşmesiyle çalışan işyeri sendika temsilcilerine değil "işyeri" ve "iş" değişiklikleri konusunda herhangi bir ayırım yapılmaksızın hem "belirli" hem de "belirsiz" süreli iş sözleşmesiyle çalışan işyeri sendika temsilcileri için getirilmiştir. Sendikalar Kanunu'nun 30. maddesine yapılan bu ekleme ile işyeri sendika temsilcisinin rızası olmadan işyerinin değiştirilmesinin ve işinde esaslı değişikliklerin yapılmamasının önüne geçilmesi gerçekten olumlu bir gelişme olmuştur.

Yazılı rızası alınmadan işyeri değiştirilen işyeri sendika temsilcisinin Sendikalar Kanunu m.30'daki ifade uyarınca sözleşmesinin eski şartlarla devam edeceği sonucu ortaya çıkmaktadır. Ancak uygulamada böyle bir durumda işyeri sendika temsilcisinin eski görevini yapmasına izin verilmemesi durumu ile sık sık karşılaşılabilir. Kanımızca, böyle bir durumda, işverenin talimatlarına temsilcinin uyma borcunun bulunmaması ve iş sözleşmesinin işverence tek taraflı esaslı bir tarzda değiştirilmesi sebebiyle, işçi "işverence çalışma şartlarının uygulanmaması" haklı sebebine dayanarak iş sözleşmesini bildirimli olarak feshedip kıdem tazminatına hak kazanabileceği gibi, bu durumda iş veya işyeri değişikliğine uymayarak, işveren tarafından işten çıkarılmayı bekleyerek, feshi takiben Sendikalar Kanunu m.30 uyarınca, İş Kanunu'nun iş güvencesine ilişkin hükümlerinden yararlanmayı tercih edebilecektir.

İşyeri sendika temsilcisinin yapılan değişikliğe uymaması sebebiyle hakkında tutanak tutulup sözleşmesinin feshedilmesi durumunda Yargıtayca da yerinde olarak belirtildiği üzere, söz konusu tutanaklara dayanılarak işverence işyeri sendika temsilcisinin sözleşmesinin feshi geçerli veya haklı bir nedene dayalı fesih olarak kabul edilmeyecektir. Ancak bu tür hallerde dikkat edilmesi gereken husus, işyeri ve işin değiştirilmesi ve göreve gitmeme ile ilgili işyeri

sendika temsilcisi hakkında tutanak tutulduğu sırada, işyeri sendika temsilcisinin davranışları ile başka bir fesih sebebi yaratmaması olacaktır.

Diğer yandan, ne işe girişte imzalanan iş sözleşmesinde ne de toplu iş sözleşmesinde yer alan temsilcinin işyerinin değiştirilmesine ilişkin hükümler Sendikalar Kanunu m.30 karşısında geçerli olmayacaktır. Yani, işçinin “işyeri sendika temsilcisi” sıfatını taşıdığı müddetçe bu hükümler “geçersiz” sayılacak, temsilcilik sıfatının sona ermesi ile tekrar uygulama alanı bulabilecektir.

Kanımızca, işyeri sendika temsilcisine işyeri değişikliğinin tebliği durumunda işe iade davası açılmasına gerek bulunmamaktadır. Zira, işyeri sendika temsilcisinin “yazılı rızası” alınmadan işveren tarafından verilen tek taraflı “iş” ve “işyeri” değişikliği konusundaki talimatlara işyeri sendika temsilcinin zaten uyma (itaat) borcu bulunmayacaktır. Buna göre buradaki durumun bir anlamda İş Kanunu m.22/1'deki durumla aynı hukuki sonucu doğurabileceği ifade edilebilecektir. İş veya işyeri değişikliğinin geçerli bir sebebe dayanması durumunda dahi işyeri sendika temsilcisinin işyerinin yazılı muvafakat olmaksızın değiştirilmesi mümkün olmayacaktır.

İşyeri sendika temsilciliği güvencesi, sendika temsilcisinin görevinin, sendikanın yetkisi süresince devam etmesi, daha sonra ise bu sıfatın ve güvencenin sona ermesi; sadece belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işyeri sendika temsilcilerine ilişkin olması ve atanacak işyeri sendika temsilcisinin azami sayısının işyerinde çalışan işçi sayısına bağlı olması, işçi sayısının düşmesinin temsilci sayısını ve sendika temsilciliğinin güvencesini etkilemesi gibi önemli zaafılara sahip olsa da, günümüzde halen önemi koruyan bir müessesedir.

4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu uyarınca işyeri sendika temsilcisi seçilen kamu görevlileri açısından ise, sendikal faaliyetleri sebebi ile görevlerine son verilmesi söz konusu olamayacaktır. Kanun bu anlamda oldukça güçlü bir güvence sağlamaktadır. Buna karşın, Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu uyarınca işyeri sendika temsilcisi seçilen kamu

görevlilerinin işyerleri haklı bir sebep olduğu takdirde ve bu sebep açık ve kesin şekilde belirtmek koşulu ile her zaman kamu işverenince değiştirilebilecektir.

DİPNOTLAR

- 1 RG.15.06.1936 t. No: 3330.
- 2 RG. 07.05.1983 t. No:18040.
- 3 RG. 12.07.2001 t. No: 24460.
- 4 Çalışmamızda işyeri sendika temsilciliği güvencesi iş hukuku boyutu ile alınacak, sendikal hakların kullanılmasının engellenmesine yönelik olarak 26.09.2004 tarih ve 5237 sayılı TCK'nın 118. maddesiyle sağlanmaya çalışılan ceza hukuku boyutu ele alınmayacaktır.
- 5 İşyeri sendika temsilcileri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. OKUR, Ali Rıza; Türk İş Hukukunda Sendika İşyeri Temsilciliği ve Güvencesi, İstanbul 1985; KUTAL, Metin; Sendika Temsilciliğinin Önemi, Temsilcinin Görevi ve Sorumlulukları, Basisen İşyeri Sendika Temsilcileri Eğitim Semineri, 24 Ağustos-09 Aralık 1998; NARMANLIOĞU, Ünal; İşyeri Sendika Temsilcileri (Atanmaları, Görevleri ve Güvenceleri) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 3, S: 1-4; AYİTER, Kudret Armağanı, Ankara 1988, s. 169-230; DEMİR, Fevzi; İşyeri Sendika Temsilciliği, Nuri ÇELİK'e Armağan, C.2, İstanbul 2001, 1557; YÜREKLİ, Sabahattin; İşyeri Sendika Temsilciliği ve Güvencesi, İstanbul 2004; SUR, Melda; İş Hukuku Toplu İlişkiler, Güncellenmiş 2. Bası, Ankara 2008, s. 54-58.
- 6 Değişik birinci fıkra: 04.04.1995 t.- 4101 sy. K. m. 9 ile.
- 7 Ayr. Bilgi için bkz. DEMİR, s. 432 vd; ÇELİK, s. 510 vd.
- 8 DEMİR, 1557; YÜREKLİ, s. 53; ÇELİK, Nuri; İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 20. Bası, İstanbul Ağustos 2007, s. 409; KESER, Hakan; 2821 Sayılı SK. ve 4688 sayılı KGSK Uyarınca İşyeri Sendika Temsilcisi Olarak Tayin Edileceklerin Taşımaları Gereken Nitelikler, SİCİL İş Hukuku Dergisi, S: 8, Aralık 2007, s. 86 vd.
- 9 ŞAHLANAN, Fevzi, Toplu İş Sözleşmesi, İstanbul 1995, s. 230; DEMİR, s. 1564; YÜREKLİ, s.103; ERTÜRK, Şükran; İşyeri Sendika Temsilcisi ve Görevleri, LEGAL İş Hukuku Dergisi, 2007/13, s. 17; AYDIN, Ufuk; Türk Hukukunda İşletme Toplu İş Sözleşmeleri ve Uygulama Sorunları, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, İstanbul 2002, Prof. Dr. Kemal OĞUZMAN'a Armağan, Y. 1, S. 1, s. 456.
- 10 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu'nun 42. maddesinin b bendi uyarınca personel konularına ilişkin olarak karşılaşılabilecek sorunları Maliye Bakanlığı ile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının görüşlerini alarak gidermeye Devlet Personel Başkanlığı yetkilidir.
- 11 16.07.2003/ 14685 sayılı DPDB görüşü. <http://www.dpb.gov.tr/calisma3/gorus57.doc>
- 12 4688 Sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanununa Göre İşyeri Sendika Temsilcilerinin Seçilmelerine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ RG. 09.05.2006, No: 26163.

- 13 DEMİR, Fevzi; İş Hukuku ve Uygulaması, 5. baskı, İzmir Ocak 2009, s. 488.
- 14 TAŞKENT, Savaş, İşyeri Sendika Temsilciliği, İş Hukukunun Ulusal ve Uluslararası Temel ve Güncel Konuları, Ankara, 1993, S. 248.
- 15 “Teşekkül tarzı itibariyle, içlerinde sadece biri hakim olan ve diğerleri işçi ve işveren temsilcileriyle bazı devlet görevlilerinden oluşan İl Hakem Kurulları yargı mercii sayılmayacakları için verdikleri kararlarda yargısal karar niteliği taşımamakta olup, bu nedenle de mahkemeler anılan bu kurul kararlarıyla bağlı değillerdi.” Yarg. 9. HD. 06.06.1980 t., E. 1980/7052, K. 1980/6776.
- 16 2821 sayılı SK'nın 30. maddesinin 4773 sayılı Kanunla değiştirilmeden önceki hali ve o zamanki işyeri sendika temsilciliği güvencesi hakkında ayrıntı bilgi için bkz. NARMANLIOĞLU, Ünal; İş Hukuku II, Toplu İş İlişkileri, İzmir 2001, s. 256 vd; TAŞKENT, Savaş, İşyeri Sendika Temsilciliği, Münir Ekonomi 60. Yaş Günü Armağanı, Ankara 1992, s. 257-274; OKUR, s. 2 vd.; ŞAHLANAN, Fevzi; Sendikalar Hukuku, İstanbul 1986, s. 64 vd. DEMİR, (İşyeri Sendika Temsilciliği), s. 1155-1575; KUTAL, Metin; Sendika Temsilcileri ve Yöneticilerinin Hukuki Durumu-Hukuki Gelişmeler ve Sorunlar, Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C: 5, S: 3, Nisan 2000, s. 511-525.
- 17 EYRENCİ, Öner, Sendikalar Hukuku, İstanbul, 1984, s. 161; EKONOMİ, Münir, İşyeri Sendika Temsilcilerinin Görevleri ve İşlevleri Eğitim Semineri, İstanbul 1986, s. 26; TAŞKENT, Savaş, İş Güvencesi, İşçinin Feshe Karşı Korunması, İstanbul, 1991. S, 79.
- 18 EYRENCİ, 165; DEMİR, Fevzi, Sendikalar Hukuku, İstanbul, 1989, s. 179.
- 19 TAŞKENT, Feshe Karşı Korunma, 80.
- 20 ŞAHLANAN, 279.
- 21 Yarg. 9. HD. 13.06.2000 t., E. 2000/2921, K. 2000/4359.
- 22 Mevlüt CAN, “Uluslararası Belgelerde ve Türk Sosyal Hukukunda İşçinin Feshe Karşı Korunması,” İş Hukuku ve İş Denetimi Hakkında İş Müfettiş Yardımcılarına Ankara SSK Konferans Salonunda 1-19 Kasım 1993 tarihleri arasında verilen seminer. S. 11-12; DEMİR, Sen. Hk., 173; EYRENCİ, 67.
- 23 ŞAHLANAN, 282.
- 24 CAN, 12; DEMİR, Sendikalar Hukuku, s. 180.
- 25 CAN, 12; Yarg. 9. HD. 18.1.1979 gün ve E. 1979/1159, K. 1979/266 sayılı karar incelemesi, İHU, SK. m. 20 (5), Ü. NARMANLIOĞLU incelemesi.
- 26 Mutlak anlamda işe iadenin kaldırılmasının işyeri sendika temsilcilerinin haklarında bir gerileme yarattığına ilişkin görüşler için bkz. SÜZEK, s. 492; SUR, s. 58-59; SÖYER, Polat; 158 sayılı ILO Sözleşmesi Çerçevesinde Yapılması Gerekenler, Galatasaray Üniversitesi/İstanbul Barosu 2001 Yılı Toplantısı, s. 292; UÇUM, Mehmet; Toplu İş Hukukunda İşçinin Feshe Karşı Korunması, Galatasaray Üniversitesi/İstanbul Barosu 2001 Yılı Toplantısı, s. 219-220.
- 27 Değişik: 9/8/2002-4773/9 RG.
- 28 EKMEKÇİ, Ö., Toplu İş Hukuku Bakımından İş Güvencesi Yasa Tasarısı'nın Değerlendirilmesi İstanbul Barosu 2001 Temmuz Toplantısı İstanbul 2001, s. 56; GÜZEL, Ali; İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi İstanbul 2004, s. 133.
- 29 4773 sayılı Kanun ile 1475 sayılı İş Kanunu'nda değişiklik yapıldığında bu sayı 10 kişi idi.
- 30 Değişik: 24/6/2004-5198/3 md.
- 31 Değişik birinci fıkra: 4/4/1995 - 4101/9 md.
- 32 “...ard arda yenilenen belirli süreli iş sözleşmeleriyle çalışması durumunda yenilenen iş sözleşmelerinin belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüştüğü...” Yarg. 9. HD. 20.11.2003 t., E. 2003/19327, K. 2003/19592; 4857 sayılı İK. döneminde de objektif neden olmayan belirli süreli iş sözleşmeleri belirsiz süreli iş sözleşmesi sayılacaktır.
- 33 DEMİR, s.253.
- 34 DEMİR s..251; TUNCAY, C., İş Güvencesi Yasası Neler Getiriyor Çimento İşveren D. Ocak 2003, s. 163; ERTÜRK, Şükran; İşyeri Sendika Temsilcisi ve Güvencesi Legal İHSG Dergisi 2007, Sayı: 13, s. 22.
- 35 İş Kanununa, Basın İş Kanununa, Deniz İş Kanuna ve Borçlar Kanununa tabi işyerlerinde çalışan işçilerin.
- 36 Aksi görüş: ÇANKAYA, O.G/GÜNAY, C.İ/GÖKTAŞ, S.; Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara 2005, s. 157.
- 37 DEMİR, s. 489; Aksi görüş: TUNCAY, A. C. Çimento İşveren Dergisi, Ocak 2003, s. 16; ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s. 157.
- 38 Yarg. 9. HD. 29.01.2007 t., E. 2006/29928, K. 2007/1032, <http://www.legalbank.net/default.asp>
- 39 RG. 12.07.2001 t. No: 24460.
- 40 Değişik: 24/6/2004-5198/3 m.
- 41 Yarg. 9. HD. 21.07.2008 t., E. 2008/25552, K. 2008/20932, Yarg. 9. HD. 29.01.2007 t., E. 2006/29928, K. 2007/1032, Yarg. 9. HD. 13.11.2006 t., E. 2006/20901, K. 2006/30031, Yarg. 9. HD. 29.01.2007 t., E. 2006/29928, K. 2007/1032, Yarg. 9. HD. 13.12.2006 t., E. 2006/14045, K. 2006/32850, <http://www.legalbank.net/default.asp>
- 42 SÜZEK, Sarper; İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2008, s. 594; BAŞTÜRK, Faruk; İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshi ve İspat Sorunları, LEGAL İş Hukuku ve Sosyal Güvelik Hukuku Dergisi, Temmuz 2009, S.22, s. 590.
- 43 ŞAHLANAN, Fevzi; İşyeri Sendika Temsilcisinin İş Güvencesi, Karar İncelemesi, Tekstil İşveren Dergisi, <http://www.tekstilisveren.org/content/view/700/34/>, 07.09.2009; GÜZEL, Ali; İş Güvencesi, sh. 136.
- 44 Yarg. 9. HD. 21.07.2008 t., E. 2008/25552, K. 2008/20932, Yarg. 9. HD. 29.01.2007 t., E. 2006/29928, K. 2007/1032, Yarg. 9. HD. 13.11.2006 t., E. 2006/20901, K. 2006/30031, Yarg. 9. HD. 29.01.2007 t., E. 2006/29928, K. 2007/1032, <http://www.legalbank.net/default.asp>
- 45 Yarg. 9. HD. 12.02.2007 t., E. 2006/32289, K. 2007/3267, Yarg. 9. HD. 25.05.2005 t., E. 2005/11081, K. 2005/19435, <http://www.legalbank.net/default.asp>

- 46 Yarg. 9. HD. 24.11.1983 t., E. 1983/ 8061 K. 1983/9656, Tütis, Mart 1984.
- 47 BERKSUN, Abdullah-EŞMELİOĞLU, İbrahim, Açıklamalı, Gerekçeli, İçtihatlı Sendikalar Kanunu, Ankara 1989, s. 656.
- 48 YÜREKLİ Sabahattin, İşyeri Sendika Temsilciliği ve Güvencesi, İstanbul 2004, s. 94.
- 49 EYRENCİ, Öner, Sendikalar Hukuku, İstanbul 1984, s. 158.
- 50 Yarg. 9. HD., 09.10.2000 t., E. 2000/8943, K. 2000/15583, Kazancı, (Bilgi Bankası), 2821/m. 34; Yetki alan işçi sendikasının, eski temsilcilerin yerine yenisini atamayıp onlarla çalışmaya devam etmesi halinde dahi işveren-temsilci ilişkileri açısından yine bu temsilcilerin onbeş gün içerisinde işverene bildirilmesi gerektiği görüşü için bkz. YÜREKLİ, s. 95 vd.
- 51 DEMİR, s. 493.
- 52 “Feshin işletmenin gereklerinden kaynaklanan ekonomik nedenlere bağlı olarak gerçekleştirildiği, sendika temsilciliği faaliyeti ile ilgisinin olmadığı” anlaşılma “davanın reddine” karar verilmiştir: Yarg. 9. HD, 20.12.2004, 12278/8265-ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s. 546; 9. HD, 08.07.2003, 12444/13125, İşveren D., Temmuz 2003, s. 17; Kamu-İş, Haziran-Temmuz 2003, s. 6.
- 53 Yarg. 9. HD. 11.09.2008, E. 2008/25324, K. 2008/23401, Yarg. 9. HD. 28.10.2008, E. 2008/27444, K. 2008/28975, <http://www.legalbank.net/default.asp>
- 54 “...feshin sebebinin açık ve kesin olarak belirtilmediği, feshin geçerli nedene dayanmadığı, sendikal nedenin ise davacı tarafından somut olarak kanıtlanmadığı gerekçesi ile feshin geçersizliğine, davacının işe iadesine karar verilirken...” Yarg. 9. HD. 10.11.2008 t., E. 2008/3662, K. 2008/30550, Yarg. 9. HD. 02.06.2008 t., E. 2007/38656, K. 2008/13499, Yarg. 9. HD. 28.04.2008 t., E. 2007/33528, K. 2008/10649, Yarg. 9. HD. 27.03.2006 t., E. 2006/3230, K. 2006/7008, <http://www.legalbank.net/default.asp>
- 55 “On işgünlük” süre kamu düzeni ile ilgili “hak düşürücü” bir süredir. Bu yüzden işyeri sendika temsilcisinin bu süre içinde mutlaka işverene başvuruda bulunması gerekmektedir. Aksi takdirde fesih “geçerli” hale geleceğinden, işyeri sendika temsilcisinin işe iadeye yönelik güvenceden yararlanabilmesi söz konusu olamayacaktır. Sadece koşulları varsa ihbar, kıdem, maddi ve manevi tazminatları talep edebilecektir. Yarg. 9. HD, 26.02.2004 t., E. 2004/13385 K. 2004/3403, İşveren D., Haziran 2004, s. 18.
- 56 İK. m. 20/3 işe iade davasının seri muhakeme usulüne göre iki ay içinde sonuçlandırılacağı ve mahkemece verilen kararın temyizi halinde, Yargıtayca bir ay içinde kesin olarak karar verileceği şeklinde gerçekleşmesi zor bir temennide bulunmuştur.
- 57 DEMİR, s. 493.
- 58 SK. m. 32-Sendikalar aşağıdaki faaliyetlerde bulunabilirler: 1. Toplu iş sözleşmesi akdetmek, 2. Toplu iş uyuşmazlıklarında, ilgili makama, arabulucuya, hakem kurullarına, iş mahkemelerine ve diğer yargı organlarına başvurmak. 3. Çalışma hayatından, mevzuattan, toplu iş sözleşmesinden, örf ve adetten doğan hususlarda işçileri ve işverenleri temsilen veya yazılı başvuruları üzerine, nakliye, neşir veya adı şirket mukaveleleri ile hizmet akdinden doğan hakları ve sigorta haklarında üyelerini ve mirasçılarını temsilen davaya ve bu münasebetle açtığı davadan ötürü husumete ehil olmak, 4. Grev veya lokavta karar vermek ve idare etmek. SK. m. 33 “Sendika ve konfederasyonlar tüzelkişi olarak genel hükümlere göre sahip oldukları yetkilerden başka, aşağıda belirtilen faaliyetlerde de bulunabilirler: 1. Çalıştırmayı doğuran hukuki ilişkilerde sosyal sigortalar, emeklilik ve benzeri hakların kullanılması ile ilgili olarak üyelerine ve mirasçılarına adli yardımda bulunmak, 2. Kanun ve uluslararası antlaşma hükümlerine göre toplanan kurullara temsilci göndermek, 3. İşçilerin veya işverenlerin mesleki bilgilerini artıracak, milli tasarruf ve yatırımın gelişmesine, reel verimliliğin artmasına hizmet edecek kurs ve konferanslar tertiplemek; sağlık ve spor tesisleri, kütüphane, basım işleri için gerekli tesisleri kurmak, işçilerin boş zamanlarını iyi ve nezih şekilde geçirmeleri için imkanlar sağlamak, 4. Herhangi bir bağışta bulunmamak kaydı ile evlenme, doğum, hastalık, ihtiyarlık, ölüm, işsizlik gibi hallerde yardım ve eğitim amacıyla sandıklar kurulmasına yardımcı olmak ve nakit mevcudunun yüzde beşinden fazla olmamak kaydıyla bu sandıklara kredi vermek, 5. Herhangi bir bağışta bulunmamak kaydı ile üyeleri için kooperatifler kurulmasına yardım etmek ve nakit mevcudunun yüzde onundan fazla olmamak kaydıyla bu kooperatiflere kredi vermek, 6. (Değişik: 26/6/1997-4277/1 md.) Üyelerinin mesleki eğitim, bilgi ve tecrübelerini yükseltmek için çalışmak; teknik ve mesleki eğitim tesisleri kurmak, 7. (Değişik: 4/4/1995- 4101/8 md.) Nakit mevcudunun yüzde kırkıdan fazla olmamak kaydı ile sını ve iktisadi teşebbüslere yatırımlar yapmak. 8. (Ek: 14/9/1999- KHK 576/3 md.; Değişik: 12/4/2005-5332/1 md.) Üyelik şartı aranmaksızın, nakit mevcutlarının %25’ini aşmamak kaydıyla ve yönetim kurulu kararıyla, ilgili bakanlıklara devretmek üzere eğitim, sağlık, rehabilitasyon veya spor tesisleri kurmak veya bu amaçla kamu kurum ve kuruluşlarına aynı ve nakdi yardımda bulunmak, yurt içinde veya yurt dışında yangın, su baskını, deprem gibi tabii afetlerin vukuunda doğrudan veya yetkili makamlar aracılığıyla afet bölgesinde konut, eğitim, sağlık veya rehabilitasyon tesisleri yapmak veya bu amaçla kamu kurum ve kuruluşlarına aynı ve nakdi yardımda bulunmak.
- 59 HGK, 05.05.1982, E. 980/9-38, K. 982/459, Tekstil İşv. D., Ağustos 1983, s. 19 ve YKD, Şubat 1983, s. 159; 9. HD, 26.05.1987, 4801/5265, Tekstil İşv. D., Ekim 1987 ve KIRAL, Ş., s. 120.
- 60 Yarg. 9. HD. 20.12.1998, 12263/16174, M. EKONOMİ İncelemesi, İHU, Sen. K. md. 20, No: 4; DEMİR, İş Güvencesi, s. 195; SÜMER H. H. s. 132; N. ÇELİK, s. 337.
- 61 Yarg. 9. HD. 05.05.2008 t., E. 2007/33558, K. 2008/11288, <http://www.legalbank.net/default.asp>
- 62 DEMİR, s. 493.
- 63 Yarg. 9. HD. 02.10.2006 t., E. 2006/17556, K. 2006/25662, Yarg. 9. HD. 14.04.2008 t., E. 2007/31238, K. 2008/8696, Yarg. 9. HD. 21.10.2004 t., E. 2004/6558, K. 2004/23719,

- Yarg. 9. HD. 20.12.2004 t., E. 2004/12278, K. 2004/28265, <http://www.legalbank.net/default.asp>
- 64 Yarg. 9. HD. 27.03.2006 t., E. 2006/3230, K. 2006/7008, <http://www.legalbank.net/default.asp>
- 65 Yarg. 9. HD. 02.10.2006 t., E. 2006/17556, K. 2006/25662, Yarg. 9. HD. 14.04.2008 t., E. 2007/31238, K. 2008/8696, <http://www.legalbank.net/default.asp>
- 66 Yarg. 9. HD. 14.04.2008 t., E. 2007/31238, K. 2008/8696, <http://www.legalbank.net/default.asp>
- 67 Yarg. 9. HD. 12.02.2007 t., E. 2006/32289, K. 2007/3267, <http://www.legalbank.net/default.asp>
- 68 Yarg. 9. HD. 20.09.2004 t., E. 2004/4385, K. 2004/19461, <http://www.legalbank.net/default.asp>
- 69 Yarg. 9. HD. 13.12.2006 t., E. 2006/14045, K. 2006/32850, <http://www.legalbank.net/default.asp>
- 70 Yarg. 9. HD. 11.09.2008 t., E. 2008/25324, K. 2008/23401, Yarg. 9. HD. 28.10.2008 t., E. 2008/27444, K. 2008/28975, <http://www.legalbank.net/default.asp>
- 71 Yarg. 9. HD. 11.09.2008 t., E. 2008/25324, K. 2008/23401, Yarg. 9. HD. 28.10.2008 t., E. 2008/27444, K. 2008/28975, <http://www.legalbank.net/default.asp>
- 72 Yarg. 9. HD. 11.09.2008 t., E. 2008/25324, K. 2008/23401, Yarg. 9. HD. 28.10.2008 t., E. 2008/27444, K. 2008/28975, <http://www.legalbank.net/default.asp>
- 73 Yarg. 9. HD. 21.11.2006 t., E. 2006/22624, K. 2006/30737, <http://www.legalbank.net/default.asp>
- 74 Yarg. 9. HD. 05.05.2008 t., E. 2007/33558, K. 2008/11288; Yarg. 9. HD. 27.10.2008 t., E. 2008/38211, K. 2008/28868. "Onaylanan kararda mahkemece, sendikal nedenle davacı işçilerin çıkarılış şekli ve biçimi, kışın ortasında işlerine süratle son verilmesi ve işçilerin kıdemleri dikkate alınarak, kıdemi 5 yılın altında olan işçiler için 1 yıl, kıdemi 5 ile 10 yıl arasında olanlar için 1 yıl iki ay, kıdemi 10 ile 15 yıl arasında olanlar için 1 yıl 4 ay, kıdemi 15 ile 20 yıl arasında olanlar için 1 yıl altı ay ve son olarak kıdemi 20 yılın üzerinde olanlar için ise, 1 yıl sekiz ay tutarında sendikal tazminata hükmedilmiştir." <http://www.legalbank.net/default.asp>
- 75 YHGK. 12.05.2004 t., E. 2004/9-255, K. 2004/290, <http://www.legalbank.net/default.asp>
- 76 YHGK. 12.05.2004 t., E. 2004/9-255, K. 2004/290, <http://www.legalbank.net/default.asp>
- 77 Yarg. 9. HD. 31.03.2004 t., E. 2004/18398, K. 2004/6634, <http://www.legalbank.net/default.asp>
- 78 Yarg. 9. HD. 31.03.2004 t., E. 2004/18398, K. 2004/6634, <http://www.legalbank.net/default.asp>
- 79 Yarg. 9. HD. 20.05.1996 t., E. 1995/36676, K. 1996/10780, <http://www.legalbank.net/default.asp>; BAŞTÜRK, s. 593; KESER, Hakan; Türk Hukukunda İşçi Alacaklarının Korunması, İzmir 1998, s. 204 vd.
- 80 DEMİR, s. 490.
- 81 Yarg. 9. HD. 19.02.1996, E. 1997/1645, K. 1997/7252, <http://www.legalbank.net/default.asp>
- 82 Değişik: 9/8/2002-4773/9 md.
- 83 DEMİR, s. 491.
- 84 DEMİR, (Mercek), 106; BİLGİLİ, Abbas İş Güvencesi Hukuku, İşe İade Davaları, Adana 2004, 151.
- 85 "Bu Sözleşmenin uygulanmasında, işçi temsilcileri deyimi ulusal mevzuat ve uygulama ışığında: ya sendika temsilcileri, şöyle ki sendikalarca veya bu tür kuruluşların üyelerince seçilen veya atanan temsilciler; ya da seçimle gelen temsilciler...anlamına gelir", 135 sayılı Sözleşme m. 3/ a, b.
- 86 YÜREKLİ, s. 218.
- 87 YÜREKLİ, (karar incelemesi), e-akademi.
- 88 Yarg. 9. HD. 10.07.2006 t., E. 2006/16065, K. 2006/20340, <http://www.legalbank.net/default.asp>
- 89 Yarg. 9. HD. 10.07.2006 t., E. 2006/16065, K. 2006/20340, <http://www.legalbank.net/default.asp>
- 90 Yarg. 9. HD. 10.07.2006 t., E. 2006/16065, K. 2006/20340, <http://www.legalbank.net/default.asp>
- 91 ŞAHLANAN (karar incelemesi), <http://www.tekstilisveren.org/content/view/700/34/>, 07.09.2009
- 92 YÜREKLİ, (karar incelemesi), e-akademi.
- 93 ÇELİK, Nuri İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2005, 393.
- 94 DEMİR, Fevzi, 4857 Sayılı İş Kanunu'nun Başlıca Yenilikleri ve Uygulamadaki Muhtemel Etkileri, Mercek (Özel sayı), Temmuz 2003, 106.
- 95 DEMİR, 253.
- 96 YÜREKLİ, (karar incelemesi), e-akademi.
- 97 SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, İstanbul 2005, 241; DEMİR, s. 253.
- 98 YÜREKLİ, (karar incelemesi), e-akademi.
- 99 DEMİR, s. 492. YÜREKLİ, (karar incelemesi), e-akademi.
- 100 DEMİR, s. 492.
- 101 Yarg. 9. HD, 20.11.2003 t., 19327/19592, KILIÇOĞLU, 2005, s. 102; DEMİR, s. 491; YÜREKLİ, (karar incelemesi), e-akademi.
- 102 DEMİR, s. 491.
- 103 İK. m. 22/1 "İşveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekilde olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz. İşçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir. İşçi bu durumda 17 ila 21 inci madde hükümlerine göre dava açabilir."
- 104 Yarg. 9. HD. 20.11.2003 t., E. 2003/19327, K. 2003/19592, <http://www.legalbank.net/default.asp>
- 105 YÜREKLİ, (karar incelemesi), e-akademi.

KAYNAKÇA

- AYDIN, Ufuk; Türk Hukukunda İşletme Toplu İş Sözleşmeleri ve Uygulama Sorunları, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, İstanbul 2002, Prof. Dr. Kemal OĞUZMAN'a Armağan, Y. 1, S. 1.
- AYİTER, Kudret Armağanı, Ankara 1988, s. 169-230.
- BAŞTÜRK, Faruk; İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshi ve İspat Sorunları, LEGAL İş Hukuku ve Sosyal Güvelik Hukuku Dergisi, Temmuz 2009, S. 22.
- BERKSUN, Abdullah-EŞMELİOĞLU, İbrahim; Açıklamalı, Gerekçeli, İçtihatlı Sendikalar Kanunu, Ankara 1989.
- BİLGİLİ, Abbas; İş Güvencesi Hukuku, İşe İade Davaları, Adana 2004.
- CAN Mevlüt, "Uluslararası Belgelerde ve Türk Sosyal Hukukunda İşçinin Feshe Karşı Korunması," İş Hukuku ve İş Denetimi Hakkında İş Müfettiş Yardımcılarına Ankara SSK Konferans Salonunda 1-19 Kasım 1993 tarihleri arasında verilen seminer.
- ÇANKAYA, O.G/GÜNAY, C.İ/GÖKTAŞ, S.; Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara 2005.
- ÇELİK, Nuri; İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 21 nci Bası, İstanbul Ağustos 2008.
- DEMİR, Fevzi; İş Hukuku ve Uygulaması, 5. baskı, İzmir Ocak 2009.
- DEMİR, Fevzi; İşyeri Sendika Temsilciliği, Nuri ÇELİK'e Armağan, C. 2, İstanbul 2001.
- DEMİR, Fevzi, 4857 Sayılı İş Kanunu'nun Başlıca Yenilikleri ve Uygulamadaki Muhtemel Etkileri, Mercek (Özel sayı), Temmuz 2003.
- DEMİR, Fevzi, Sendikalar Hukuku, İstanbul, 1989, s. 179.
- EKMEKÇİ, Ömer; Toplu İş Hukuku Bakımından İş Güvencesi Yasa Tasarısı'nın Değerlendirilmesi İstanbul Barosu 2001 Temmuz Toplantısı İstanbul 2001.
- EKONOMİ, Münir; İşyeri Sendika Temsilcilerinin Görevleri ve İşlevleri Eğitim Semineri, İstanbul 1986.
- ERTÜRK, Şükran; İşyeri Sendika Temsilcisi ve Güvencesi Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 2007, Sayı: 13.
- EYRENCİ, Öner; Sendikalar Hukuku, İstanbul, 1984.
- GÜNAY, İ. C.; Sendikalar Kanunu Şerhi, Ankara 1999.
- GÜZEL, Ali; İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi İstanbul 2004.
- KESER, Hakan; 2821 sayılı SK ve 4688 sayılı KGSK Uyarınca İşyeri Sendika Temsilcisi Olarak Tayin Edileceklerin Taşımaları Gereken Nitelikler, SİCİL İş Hukuku Dergisi, S: 8. Aralık 2007.
- KESER, Hakan; 4857 sayılı İK ve 2821 Sayılı SK'nın 31 inci Maddesi Kapsamında İş Uyuşmazlıklarında Tarafların İspat Yükümlülükleri, Sosyal Siyaset Konferansları, Prof. Dr. Nevzat Yalçıntaş'a Armağan, Özel Sayısı Temmuz 2005.
- KESER, Hakan; Türk Hukukunda İşçi Alacaklarının Korunması, İzmir 1998.
- KILIÇOĞLU, İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması, İstanbul 2005.
- KUTAL, Metin; Sendika Temsilciliğinin Önemi, Temsilcinin Görevi ve Sorumlulukları, Basisen İşyeri Sendika Temsilcileri Eğitim Semineri, 24 Ağustos-09 Aralık 1998.
- KUTAL, Metin; Sendika Temsilcileri ve Yöneticilerinin Hukuki Durumu-Hukuki Gelişmeler ve Sorunlar, Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C: 5, S: 3, Nisan 2000, s. 511-525.
- NARMANLIOĞLU, Ünal; İş Hukuku II, Toplu İş İlişkileri, İzmir 2001.
- NARMANLIOĞLU, Ünal; İşyeri Sendika Temsilcileri (Atanmaları, Görevleri ve Güvenceleri) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 3.
- OKUR, Ali Rıza; Türk İş Hukukunda Sendika İşyeri Temsilciliği ve Güvencesi, İstanbul 1985.
- SOYER, Polat; 158 Sayılı İLO Sözleşmesi Çerçevesinde Yapılması Gerekenler, Galatasaray Üniversitesi/İstanbul Barosu 2001 Yılı Toplantısı.
- SUR, Melda; İş Hukuku Toplu İlişkiler, Güncellenmiş 2. Bası, Ankara 2008.
- SÜMER H. H.; İşçinin Sendikal Nedenle Feshe Karşı Korunması, Konya 1997.
- SÜZEK, Sarper; İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2008.
- SÜZEK, Sarper; İş Hukuku, İstanbul 2005.
- ŞAHLANAN, Fevzi; Toplu İş Sözleşmesi, İstanbul 1995.
- ŞAHLANAN, Fevzi; Sendikalar Hukuku, İstanbul 1986.
- ŞAHLANAN, Fevzi; İşyeri Sendika Temsilcisinin İş Güvencesi, Karar İncelemesi, Tekstil İşveren dergisi, <http://www.tekstilisveren.org/content/view/full/700/34/>, 07.09.2009.
- TAŞKENT, Savaş; İşyeri Sendika Temsilciliği, Münir Ekonomi 60. Yaş Günü, Armağanı, Ankara 1992.
- TAŞKENT, Savaş; İş Güvencesi, İşçinin Feshe Karşı Korunması, İstanbul, 1991.
- TUNCAY, A. Can; İş Güvencesi Yasası Neler Getiriyor Çimento İşveren D. Ocak 2003.
- UÇUM, Mehmet; Toplu İş Hukukunda İşçinin Feshe Karşı Korunması, Galatasaray Üniversitesi/ İstanbul Barosu 2001 Yılı Toplantısı.
- YÜREKLİ, Sabahattin; İşyeri Sendika Temsilcisinin İşyerinin Değiştirilmesi, karar İncelemesi e-akademi, Hukuk Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Nisan 2006, S. 50 (karar incelenmesi).
- YÜREKLİ, Sabahattin; İşyeri Sendika Temsilciliği ve Güvencesi, İstanbul 2004.

Prof. Dr. A. Can TUNCAY

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İşyeri Kapatılarak İşçilerin Başka İşkolunda Bulunan Bir İşyerine Nakledilmesi Halinde Toplu İş Sözleşmesinin Durumu

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2007/5989
Karar No : 2007/37055
Tarihi : 5.12.2007

ÖZET

İşçinin çalıştığı işkolunun değiştirilmesi toplu iş sözleşmesini sona erdirmez. Kaldı ki bir an için toplu iş sözleşmesinin sona erdiği kabul edilse dahi 2822 Sayılı Kanun'un 6. maddesi gereği ard etkisi devam eder. Nakledilen işçi toplu iş sözleşmesinden, yeni işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinin tarafı olan sendikaya üye olduğu tarihe kadar yararlanır.

DAVA

Davacı işçi, dilekçesinde 5286 sayılı Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nün Kaldırıl-

ması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 7. maddesi uyarınca Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nün personeli, İstanbul ve Kocaeli illerinde Büyükşehir Belediyeleri'ne, diğer illerde İl Özel İdaresi'ne devredildiği; iş yerinde yürürlükte bulunan Türkiye Yol İş Sendikası ile Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü adına TÜHİS arasında imzalanan mülga Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü işyerlerinden devredilen işçilere uygulanacak 01/03/2005-28/02/2007 yürürlük süreli 11. Dönem Toplu İş Sözleşmesi'nin 94. maddesinin (a) bendinde, 01/03/2005 tarihinde iş yerinde çalışmakta olan işçilerin 01/03/2005 tarihi itibarı ile almakta oldukları günlük çıplak ücretlerine 01/03/2005 tarihinde başlayarak geçerli olmak üzere TİS'in 1. yılında yüzde 10'un altına düşmemek üzere seyyanen 4.00 YTL zam yapılacağı kararlaştırıldığı; anılan zammın 14/07/2005-14/08/2005 tarihlerini kapsayan bir aylık dönem için uygulandığı,

14/09/2005 tarihinde ise uygulamaya son verilerek önceden ödenen farklarda ücretinden kesilerek tahsil edildiği ücret zammının hala uygulanmadığından söz edilerek fazlası saklı olmak üzere 60.00 YTL'nin davalıdan tahsili isteminde bulunmuştur.

Davalı Belediye Başkanlığı olayda iş yeri devri söz konusu olmadığı; iş yeri faaliyetlerinin özdeş olmadığı; ortada yasa ile kaldırılan bir kamu kurumu olduğu, iş kollarının farklılığını ileri sürerek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, 5286 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girdiği 16/03/2005 tarihi itibarıyla söz konusu Toplu İş Sözleşmesi'nin kapsamına giren işyerlerinde yasa gereği işveren değişikliği meydana geldiği; 2822 Sayılı Yasa'nın 8. maddesi'ne göre işveren değişikliğinin veya işyeri devrinin uygulanmakta olan Toplu İş Sözleşmesi'ni sona erdiremeyeceği öngörülmüş ise de; devir ile iş kolu değişikliği meydana geldiği; iş kolunun değişmesi halinde 2821 sayılı Yasa'nın 25/Son maddesine göre sendika üyeliğinin sona ereceği; esasın anılan Toplu İş Sözleşmesi'nin yeni iş yerinde hüküm ve sonuç doğurmayacağından hareketle dava reddedilmiştir.

Uyuşmazlık, kanun yoluyla kapatılan işyerlerinde çalışan işçilerin değişik işkolunda başka bir işyerinde çalıştırılma halinde, kapatılan işyerinde uygulanan Toplu İş Sözleşmesi hükümlerinin yeni işyerine nakledilen işçilere uygulanmaya devam edilip edilme noktasında toplanmaktadır.

1982 Anayasası'nın 2. kısmındaki temel haklar ve ödevlerin 3. bölümünde yer alan sosyal ve ekonomik haklar ve ödevleri kapsayan 53/1 maddesinde "İşçiler ve işverenler karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma saatlerini düzenlemek amaçlarıyla toplu iş sözleşmesi yapma hakkına sahiptir" ifadesi bulunmaktadır. Böylece Toplu İş Sözleşme hakkı en üst normca korunmuştur.

2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 1. maddesine göre; bu

kanunun amacı işçilerin ve işverenlerin karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenlemek üzere, toplu iş sözleşmesi yapmalarının uyuşmazlıkları barışçı yollarla çözümle(n)melerinin ve grev ve lokavtın esaslarını ve usullerini tespit etmektir.

Anılan yasa bu bağlamda bir işyerinde aynı dönem için birden fazla toplu iş sözleşmesi yapılamayacağını hükme bağlamıştır. (m. 3/Son)

Öte yandan bir Toplu İş Sözleşmesi'nin süresinden önce sona erdirilemeyeceğini vurgulamıştır. (m. 7/f.1)

Özellikle, Toplu İş Sözleşmesi'ne taraf olan sendikanın feshi veya infisalı yahut faaliyetlerinin men edilmiş olması veya hut yetkiyi kaybetmiş olması veya Toplu İş Sözleşmesi'nin uygulandığı işyerlerinde işyerinin değişmesi Toplu İş Sözleşmesi'ni sona erdiremeyeceğini norma bağlamıştır. (m. 8)

Sözü edilen bu düzenleme Avrupa Birliği'nin 2001/23 sayılı Yönergesi'nde ifade edilen işverenin değişmesinin Toplu İş Sözleşmesi'ni sona erdirmeyeceği prensibi ile paralellik taşımaktadır.

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 25. maddesinin 5. fıkrasına göre işkolunu değiştiren işçilerin sendika üyeliği sona erer.

Ancak bu düzenleme, sendikalar hukuku ile ilgili olup sendikal örgütlenmenin iş kolu esasına göre yapılması, yapılacak Toplu İş Sözleşmesi'nin o iş kolunda örgütlenen sendika ile yapılacağı ilkelerini tamamlayıcı özellik taşımaktadır.

Toplu İş Sözleşmeleri butlan, iptal ve işlem temelinin çökmesi ile hükümsüz kalır.

Toplu İş Sözleşmeleri doğal olarak sözleşmede belirtilen süre sonunda sona erer (2822 S.K. m. 7). Her ne sebeple olursa olsun sona eren Toplu İş Sözleşmesi'nin iş sözleşmesine ilişkin hükümleri yenisi yürürlüğe girinceye kadar iş sözleşmesi hükümü olarak devam eder (2822 S.K. m. 6/son).

Burada yasa koyucunun amacı Toplu İş

Sözleşmesi'nin yürürlük süresince getirilen hakların, sona ermesinin yaratacağı boşluğun ortadan kaldırılması düşüncesi ile toplu iş sözleşmesinin sona erdikten sonra da varlığının korunmasıdır. Dolayısıyla sona eren toplu iş sözleşmesinin normatif hükümleri "art etkisi" olarak devam eder.

Somut olayda, davacı işçi 15 No'lu "inşaat işkoluna giren işyerinde çalışmıştır. O işyerinde toplu iş sözleşmesi devir sırasında sona ermemiştir. Yeni işveren 28 No'lu "Genel işler" işkolunda örgütlenmiştir.

Aynı işyerinde birden fazla yapılan toplu iş sözleşmesi bulunmamaktadır. Varolan toplu iş sözleşmesinin devamı söz konusudur.

İşveren değişmiştir. Ancak toplu iş sözleşmesi bu nedenle sona eremez. 2822 sayılı Kanun'un 8. maddesi buna engeldir.

Kanundan doğan bir devir vardır. Toplu iş sözleşmesinden yararlanma 2822 sayılı Kanun'da düzenlenmiştir. 2821 sayılı Kanun'un önceliği yoktur. Başka bir anla-

tımla 25. madde burada uygulanamaz. Çünkü kuruluş amacı farklıdır.

Kaldı ki bir an için toplu iş sözleşmesinin sona erdiği kabul edilse dahi 2822 sayılı Kanun'un 6. maddesine göre ard etkisi devam eder.

Davacı işçi toplu iş sözleşmesinden, yeni işyerinde uygulanan Toplu İş Sözleşmesi tarafı olan sendikaya üye olduğu tarihe kadar yararlanır. Aksi halde Toplu İş Sözleşmesi'ni koruyan normatif hükümleri çiğnenmiş olur. Mahkemece işin esasına girilmeden istekler için gerektiğinde bilirkişiden hesaplama yapılıncaya yönelik rapor alınmalı, bir değerlendirme yapıldıktan sonra bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde bir hüküm tespiti isabetsizdir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 05.12.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KARARIN İNCELENMESİ

I. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 5.12.2007 tarihinde vermiş olduğu karara konu olan olayda 13.1.2005 tarih ve 5286 sayılı Kanun, 9.5.1985 tarih ve 3202 sayılı Kanunla kurulan Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nü kaldırmış bulunmaktadır (md. 6). 3202 sayılı Kanuna eklenen ek md.2'ye göre 'Bu Kanunda belirtilen hizmetleri, İstanbul ve Kocaeli illeri dışında il özel idarelerince, İstanbul ve Kocaeli illerinde ise il sınırları dahilinde yapılmak üzere büyükşehir belediyelerince yerine getirilir. Kaldırılan Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü taşra teşkilatının bölge müdürlüklerince yürütülen hizmetleri, bölge müdürlüğü kapsamına giren illerin il özel idarelerince her yıl müştereken yapılacak iş programı çerçevesinde yürütülür.'

5286 sayılı Kanununun 7. maddesi ise 'Kaldırılan Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğünün, **a)** Mülkiyeti Hazineye ait olup da Maliye Bakanlığınca bu Genel Müdürlüğe tahsis edilen ta-

şınmazlar hariç olmak üzere, taşra teşkilatının kadro ve pozisyonları, personeli, tüm varlıkları, araç, gereç ve taşınırları, tapuda bu Genel Müdürlük adına kayıtlı olan taşınmazları ve hizmet binaları; İstanbul ve Kocaeli illerinde büyükşehir belediyelerine, diğer illerde il özel idarelerine, **b)** Merkez teşkilatının kadro ve pozisyonları, personeli, tüm varlıklar, araç, gereç ve taşınırları ile hizmet binaları ve diğer taşınmazları Tarım ve Köyişleri Bakanlığına...' devrolunacağını öngörmüştür. Aynı maddeye göre, Genel Müdürlüğe bağlı diğer birimlerin personeli, döner sermaye işletmeleri, tüm varlıkları, araç, gereç ve taşınırlar ile hizmet binaları ve diğer taşınmazları da hizmetin durumuna göre Tarım ve Köyişleri Bakanlığı ile Bayındırlık ve İskan Bakanlığına devredilecektir. Geçici md. 4 ise, genel müdür, genel müdür yardımcısı, teftiş kurulu başkanı, birinci hukuk müşaviri, müdürler gibi yöneticilerin devredildikleri kurumda ihtiyaç duyulan işlerde görevlendirilebileceklerini, diğer personelin ise devredilen

kadro unvanlarıyla görevlerine devam edeceklerini öngörmektedir.

Karar metninden anlaşıldığı kadarıyla Kanunla kaldırılarak, Kocaeli ve İstanbul büyükşehir belediyelerine ve diğer illerde il özel idarelerine devredilen Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğünde uygulanmakta olan ve genel müdürlüğü temsilen TÜHİS ile Türkiye Yol İş Sendikası arasında bağitlanmış bulunan bir toplu iş sözleşmesi mevcuttur. Bu toplu iş sözleşmesi ise 1.3.2005-28.2.2007 tarihleri arasında yürürlükte kalacaktır. Belirtelim ki Türkiye Yol İş Sendikası 15 no.lu inşaat işkolunda faaliyet göstermektedir. Davacı bu toplu iş sözleşmesi uyarınca yapılması gereken ücret zammının yapılmadığından bahisle ücret zammından doğan farkı talep etmiş, davalı devralan Belediye Başkanlığı da olayda bir işyeri devrinin bulunmadığı, işyerindeki faaliyetlerin özdeş olmadığı, ortada yasa ile kaldırılan bir kamu kurumu olduğu ve

işyerine nakledilen işçilere uygulanıp uygulanamayacağı noktasından yaklaşmıştır. Yüksek Mahkeme bu noktadan hareketle toplu iş sözleşmesine taraf olan sendikanın feshi veya ifisahı ya da faaliyetten men edilmiş olması yahut yetkiyi kaybetmiş olması ya da işyerlerinde işveren değişikliğinin toplu iş sözleşmesini sona erdirmeyeceği 2822 sayılı Kanunun 8. maddesinde öngörüldüğüne göre (her ne kadar 2821 sayılı Kanunun 25. maddesinin son fıkrası işkolu değişikliğinin toplu iş sözleşmesini sona erdireceğinden söz ediyorsa da) ortada sendikalar hukukunu ilgilendiren bir konu olmadığı için bu maddeye göre hareket edilemeyeceği, esasında ortada bir işveren değişikliği bulunduğu için işkolu değişmiş bile olsa 2822 sayılı Kanunun 8. maddesi gereği toplu iş sözleşmesinin sona ermeyeceği sonucuna varmış fakat yine de bir an için toplu iş sözleşmesinin sona erdiği kabul edilse dahi 2822 sayılı Kanunun

İşyeri devrinin söz konusu olabilmesi için işyerinin tamamının veya bir bölümünün aktif ve pasifleriyle ve çalışanlarıyla birlikte bir hukuki işlem sonucunda bir başka işverene devri bulunmalıdır.

faaliyetin artık farklı bir işkolunda sürdüğünü savunarak davanın reddini istemiştir.

İş Mahkemesi verdiği kararda toplu iş sözleşmesinin uygulandığı işyerlerinde yasa gereği işveren değişiklikleri meydana geldiği, her ne kadar TİSGLK md. 8'de işyerinde işveren değişikliğinin veya işyeri devrinin uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesini sona erdirmeyeceği öngörülmüşse de, olayda devir ile birlikte işkolu değişikliği de meydana geldiği için işkolunun değişmesi halinde Sendikalar Kanunu md. 25/son fıkraya göre sendika üyeliğinin sona ereceği ve aslında mevcut toplu iş sözleşmesinin işkolu değişen yeni işyerinde uygulanmasının mümkün olmadığı gerekçeleriyle davayı reddetmiş bulunmaktadır.

Kararı temyizden inceleyen 9. HD, soruna kanun yoluyla kapatılan işyerlerinde çalışan işçilerin değişik işkoluna giren başka bir işyerinde çalıştırılması halinde kapatılan işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesi hükümlerinin yeni

ard etkisinin devam edeceği kabul edilmelidir şeklinde birden fazla gerekçeyle iş mahkemesi kararını bozmuştur. 2007 yılının başlarında karar oldukça tartışma yaratmış olup karar konusu olan bu sorun oldukça karmaşık bir görüntü arzietmekte ve yasada açık bir cevabı bulunmamaktadır.

II. Aslında çözümlenmesi gereken sorun bir toplu iş sözleşmesinin yürürlükte bulunduğu ve yasa ile kapatılan bir kamu işyerinde çalışan işçilerin başka bir işkolunda kurulu bir kamu işyerinde çalıştırılmaya devam edilmeleri durumunda sendikalı işçilerin bağlı oldukları toplu iş sözleşmesinden doğan haklarını yeni işverenden istemelerinin mümkün olup olmadığıdır. Bunun için öncelikle ortada bir işyeri devrinin bulunup bulunmadığı sorusuna cevap aranmalıdır. İşyeri devrinin söz konusu olabilmesi için işyerinin tamamının veya bir bölümünün aktif ve pasifleriyle ve çalışanlarıyla birlikte bir hukuki işlem sonucunda bir başka işverene devri

İşyeri devrinden söz etmek için onun tümüyle, tüm maddi ve maddi olmayan varlıkları ve personeliyle birlikte bir başka işverene devri aranmamalıdır.

bulunmalıdır.¹ İşyerinin devri ya da işyerinde işverenin değişmesi olgusu bir sözleşme ile olabileceği gibi, işverenin ölümü, iflası, işyerinin devletleştirilmesi veya özelleştirilmesi, ticaret ortaklıklarının birleştirilmesi veya birinin diğerine katılması ya da şirketin tür değiştirmesi sonucunda da olabilir.² Hatta işyeri devri bir yasa ile veya idari bir kararla dahi olabilir.³ Devreden ya da devralan işverenin ya da her ikisinin özel ya da kamu tüzel kişisi, gerçek veya tüzel kişi olması önemli değildir.⁴ İş hukuku açısından önemli olan işyerinde yürütülen faaliyetin aynı işçilerle veya bir kısmıyla devralan tarafından aynı veya benzer şekilde devam ettirilmesinin gerekli olduğudur. Buna faaliyetin aynı olması ya da özdeşliği de denmektedir.⁵ Yeni İş Kanunumuzun 6. maddesine göre 'İşyeri veya işyerinin bir bölümü hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer.' Ayrıca devir işlemi ne devreden ne de devralan işverene, ne de işçiye iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkı verir (md. 6/5). İşyeri devrinin iş hukuku açısından en önemli sonucu budur. İş Kanunu'ndaki bu hüküm AB'nin 77/187 ve 2901/23 sayılı Yönergelerinde yer alan ilkelere uygundur.

İşyeri devrinden söz etmek için onun tümüyle, tüm maddi ve maddi olmayan varlıkları ve personeliyle birlikte bir başka işverene devri aranmamalıdır. İşyerinin bir bölümü de devre konu olabilir. Nitekim 2001/23 sayılı AB Yönergesinde de işyerinin, işin, işletmenin veya bir bölümünün devrinden söz edilmektedir. İş Kanunu'nun 6. maddesi de bu doğrultuda 'İşyeri veya işyerinin bir bölümü hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümün-

de mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer.' hükmünü getirmiştir. Şu kadar ki işyerinin devrolunan bölümü üretim faaliyetini ayrıldığı işyerinden bağımsız olarak sürdürebilecek organizasyon yapısına sahip olmalıdır.⁶ Doktrinde işyerinin bir bölümünün devrinden söz edebilmek için devirden sonra geride kalan kısmın faaliyetine devam edebilen bir kısım olmasına ya da kalan kısımda işçi istihdam edilmeye devam edilmesine de gerek olmadığı kabul edilir.⁷ Önemli olan devredilen bölümün aynı faaliyeti devirden sonra da sürdürebilir olmasıdır.

Gerek 2001/23 AB Yönergesi gerekse AB Adalet Divanı Kararlarında aynı ekonomik faaliyetin sürmesi diğer bir ifade ile 'ekonomik bütünlüğün' devirden sonra da korunması durumunda işyeri devrinden söz edileceği görüşü yer almaktadır.⁸ Ekonomik bütünlüğün devirden sonra da korunduğundan ya da aynı faaliyetin sürdüğünden söz edebilmek için devirle birlikte işlerin tümünün ya da bir kısmının da yeni işverene geçmesi şarttır.⁹

İşyerinin devri işyerinin kapatılmasından ayrı bir şeydir. Kapatma işyerinin bir daha faaliyete geçmemek üzere (ya da oldukça uzun bir süre için) faaliyetini durdurup, alacak ve borçların tasfiyesi ve işçilerin işine son verilmesi, kısacası iş organizasyonunun temelli olarak ya da devralan tarafından yeniden kurulmasına yol açacak kadar uzun bir süre için dağıtılması durumudur.¹⁰

İncelediğimiz olayla bağlantısı bakımından önemli bir ayrıntı da bazen işyerinin kapatılarak başka bir işveren tarafından başka bir yerde yeniden açılması durumunun işyeri devrini dışlamadığıdır. Yer ve işveren değişikliğine rağmen işyeri kimliği korunmakta, diğer bir ifade ile aynı veya bir kısım personel ile aynı

Yer ve işveren değişikliğine rağmen işyeri kimliği korunmakta, diğer bir ifade ile aynı veya bir kısım personel ile aynı üretime devam ediliyorsa işyeri devri yoktur.

Devrin bir işletmeden diğerine bütün olarak vuku bulması şart değildir.

üretim devam ediliyorsa işyeri devri yoktur. Buna karşılık işyerinin tamamen yeniden kurulduğu ve eski işyerine ilişkin hiçbir unsurun bulunmadığı durumlarda sadece aynı faaliyetin bir başka işveren tarafından yürütüldüğüne bakılarak işyeri devrinden söz edilemez.¹¹

Olayımızda ise 5286 sayılı Kanun, Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğünü kaldırarak ona ait görevleri, İstanbul ve Kocaeli il sınırları içinde bu illerin büyükşehir belediyelerine, diğer illerde ise il özel idarelerine yüklemiştir. Yasa bununla kalmamış ve taşra teşkilatının personelini (kadroları ile birlikte), tüm varlıklarını, araç, gereç, taşınır ve Genel Müdürlük adına tapuda kayıtlı olan taşınmaz ve hizmet binalarını İstanbul ve Kocaeli’nde bu illerin büyükşehir belediyelerine; merkez teşkilatındaki personeli, tüm varlıkları, araç, gereç, taşınır ve diğer taşınmazları da Tarım ve Köyişleri Bakanlığına devretmiştir (md.7). Bu durum yukarıdaki açıklamalar ışığında değerlendirildiğinde Yargıtay kararında belirtildiği gibi bir işyeri devri görünümündedir. Bu noktada Yargıtayın bu kararını daha önce inceleme konusu yapan *F. Şablana’nın*¹² 5286 sayılı Yasa uyarınca ‘işçilerin kapatılan Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğünden İstanbul Büyükşehir Belediyesine nakledilmeleri bir işyeri devri olarak nitelendirilemez.’ görüşüne katılmaya imkan göremiyoruz.

Adalet Divanı, Yönerge esasları çerçevesinde devredilen işletmeyi ya da birimi ‘ekonomik bütünlük’ olarak adlandırmaktadır. Adalet Divanı Kararlarındaki tanımlamaları aynen koruyarak kaleme alınmış olan 2001/23 AB Yönergesinde (md. 1/1b) işyeri devri ‘asli veya yardımcı bir ekonomik faaliyeti takip etmek amacıyla bir araya getirilmiş unsurların örgütlenmiş bütünü olan ekonomik bir birliğin kimliğini koruyacak şekilde devri’ olarak tanımlanmıştır. Devre konu işletme ya da birimin özel ya da kamu işletmesi olması, kazanç amacı güdüp gütmemesi de önemli değildir.¹³ Önemli olan ekonomik

bütünlüğün korunup korunmadığının tespitinde işçilerin sayısı ve uzmanlık itibarıyla önemli bir bölümünün devredilip devredilmediğidir. AB Adalet Divanı Kararlarına göre, devralan işveren önceki işveren yanında çalışan işçilerin önemli bir bölümünü çalıştırmaya devam ediyorsa ekonomik bütünlüğün korunduğu, İş Hukuku anlamında bir işyeri devrinin bulunduğu sonucuna varılmalıdır.¹⁴ Olayda da böyle olmuştur.

Bütün bu açıklamalardan sonra vardığımız sonuç, olayda bir kamu işletmesinin bir başka kamu işletmesine daha doğrusu işletmelerine devri keyfiyetinin bulunduğudır. Yasa ile Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü kaldırılmış, kaldırılan genel müdürlük aynı hizmetleri görmek üzere bazı belediyelere ve il özel idarelerine personeli, malvarlığı, taşınır ve taşınmazları ile bölümler halinde devrolunmuştur. Devrin bir işletmeden diğerine bütün olarak vuku bulması da şart değildir. Devir bir işletmeden diğerlerine bölünerek de yapılabilir. Yeter ki ekonomik bütünlük yani faaliyetin bütünlüğü bozulmasın.

III. Her ne kadar ortada bir işyeri devri bulunduğu sonucuna varsak da Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğüne ait hizmetler ile devrolunan belediyeye ait hizmetler farklı işkollarına aittir. Devreden işletme inşaat işkoluna, devrolunan işletme genel işler işkoluna dahildir. Bu durumda Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü işyerlerinde yürürlükte olan toplu iş sözleşmesinin tarafı olan ve inşaat işkolunda faaliyet gösteren Yol İş Sendikasına üye işçilerin genel işkoluna geçtiği için bu işçilerin Yol İş Sendikasına olan üyelikleri kendiliğinden sona erer. Zira 2821 sayılı Sendikalar Kanunu’nun 25. maddesinin beşinci fıkrası hükmüne göre ‘...işten ayrılan işçilerle, işkolunu değiştiren işçilerin sendika üyeliği sona erer.’ Bu sonuç aslında işkolu esasına göre sendika kurulmasını benimsemiş olan bir sistemin de doğal sonucudur. Bu nedenle Yargıtay 9. HD’nin 2821 sayılı Sendikalar Kanunu’nun 25. maddesinde yer alan bu hükmün sendikalar hukuku ile ilgili olup, toplu iş sözleşmesinden yararlanma ile ilgili olaydaki ihtilafa uygulanamayacağı görüşüne katılmaya olanak yoktur. Zira 2821 sayılı Kanun ve 2822 sayılı TİSGLK birbirini

İşkolu değişen işyerinde uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesi sona ermiş sayılmalıdır.

tamamlayan iki yasa olup sendika üyeliği ve toplu iş sözleşmesinden yararlanma ve toplu iş sözleşmesi ile bağlılık konuları birbiriyle ilgili konulardır.¹⁵ Olayda işyeri değiştiğine göre Belediyeye devredilen işçilerin Yol İş Sendikasındaki üyelikleri de kendiliğinden sona ermiş sayılacaktır.

Olayda TİSGLK md. 8'in uygulanma olanağı olup olmadığı ise cevabı oldukça zor bir sorudur. Yargıtay, TİSGLK md. 8'in işyerinde işveren değişikliğinin toplu iş sözleşmesini sona erdirmeyeceği hükmünün bu olayda da uygulanabileceği ve Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğünde uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesinin belediyelerde de uygulanabileceği sonucuna varmıştır. Yargıtay kararından önce de doktrinde TİSGLK md. 8 hükmüne kıyasen işkolu değişikliğinin toplu iş sözleşmesini sona erdirmeyeceği görüşü ileri sürülmüştü.¹⁶ Azınlıktaki bir görüşe göre ise toplu iş sözleşmesinin uygulandığı işyerinin girdiği işkolu değişirse toplu iş sözleşmesi de sona erer.¹⁷

Biz ortada bir işyeri devri bulunsa dahi 2822 sK. md. 8'in bu olayda uygulanamayacağı görüşündeyiz. Md. 8 'toplulu iş sözleşmesine taraf olan sendikanın feshi veya infisahı yahut faaliyetten menedilmiş olması veyahut yetkiyi kaybetmiş olması veya toplu iş sözleşmesinin uygulandığı işyerlerinde işverenin değişmesi toplu iş sözleşmesini sona erdirmez'der. Ortada bir işveren değişikliği bulunsa da inşaat işkolunda kurulu bir sendika tarafından yapılan ve lağvedilen Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü işyerlerinde uygulanan bir toplu iş sözleşmesinin bundan böyle genel müdürlük lağvedilip personeli ve varlıkları İşkolları Tüzüğü'nün 28 no.lu işkolu olan ve sağlık işyerleri dışında kalan Belediye işyerlerini kapsamına alan genel işkoluna giren belediyelerde ya da il özel idarelerinde uygulanması mümkün değildir. Zira işkolu değişmiştir. Yukarıda değindiğimiz gibi işkolu esasına göre sendikalılık ilkesini benimsemiş bir ülkede işyerinin faali-

yet konusunu değiştirmesi ya da bir yasa ya da bir idari kararla hatta yargı kararıyla başka bir işkolu kapsamına alınması durumunda uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesi sona ermiş sayılmalıdır. Kısacacı işkolu değişen işyerinde uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesi sona ermiş sayılmalıdır. Esasen işkolu değiştiğine göre farklı işkolunda kalan sendika (Yol İş) üyelikleri de sona erer. Ancak bu sonuç başka işkolunda kurulu bir işyerine devredilen ve toplu iş sözleşmesinden yararlanmakta olan işçilerin yararına olamaz. Çünkü işçiler bir anda toplu iş sözleşmesiz kalacaklardır. Kanun koyucunun amacı bu olamaz. Oysa 2822 sayılı K.'nun 6. maddesine göre 'Her ne sebeple olursa olsun sona eren toplu iş sözleşmesinin hizmet akdi-ne ilişkin hükümleri yenisi yürürlüğe girinceye kadar hizmet akdi hükmü olarak devam eder.' Toplu iş sözleşmesinin 'ard etkisi' ya da 'sonraya etkisi' adı da verilen bu hükmün amacı toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerinden yararlanmakta olan sendikalı işçilerin toplu iş sözleşmesinin yürürlüğünün sona ermesi nedeniyle birden bire toplu iş sözleşmesi ile getirilen haklardan yoksun kalmalarını önlemek, hiç olmazsa yeni bir toplu iş sözleşmesi yapılana dek yürürlüğü sona eren toplu iş sözleşmesinin hizmet akitlerini ilgilendiren hükümlerinden yararlanmalarını devam ettirmek, böylece işyerinde istikrarı devam ettirmektir.¹⁸ Yargıtay Kararına konu olan olayda da kanımızca işkolu değişikliği orada uygulanmakta olan ve eski işkoluna göre kurulmuş olan sendikanın bağladığı toplu iş sözleşmesini sona erdirir. Ancak sona eren toplu iş sözleşmesinin hizmet akitlerini ilgilendiren hükümleri 2822 sayılı TİSGLK md. 6/3 hükmü uyarınca yeni bir toplu iş sözleşmesi yürürlüğe girinceye kadar hizmet akdi hükümleri olarak devam eder. Zira söz konusu maddede sonraya etki için toplu iş sözleşmesinin 'her ne sebeple olursa olsun sona ermesi' (ister süre bitimi, ister yasa hükmü, ister işkolu değişikliği olsun farketmez) yeterli görülmüştür. Ayrıca bu çözümde yeni işyerinde uygulanmakta olan bir toplu iş sözleşmesi olsa bile bunun yanına bir başkası gelmeyeceği için toplu iş sözleşmelerinin çatışması (yani TİSGLK md. 3/son'a aykırılık) da olmayacak, sadece nakle-

dilen işçiler sona eren toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerinden yararlanacaklardır.

Yargıtay da kararında esasen işkolu değiştiği halde toplu iş sözleşmesinin devamının TİSGLK md. 8 uyarınca mümkün olduğu yolundaki gerekçesini içine pek sindirememiş olacak ki 'Kaldı ki, bir an için toplu iş sözleşmesinin sona erdiği kabul edilse dahi 2822 sayılı Kanunun 6. maddesine göre ard etkisi devam eder.' görüşüne yer vermiştir. Bizdeki gibi işkoluna göre sendikalaşma ilkesini benimsemiş olan Alman hukukunda da benzer bir görüşe yer verilmiştir. Nitekim işletmenin üretim türünü değiştirmesi nedeniyle toplu iş sözleşmesinin uygulama alanı değişir ve toplu iş sözleşmesinin hükümlerinin doğrudan doğruya ve zorlayıcı etkisi ortadan kalkar ise işletmede yeni bir toplu iş sözleşmesi yürürlüğe girmedikçe veya iş sözleşmeleri karşılıklı iradeler ile değiştirilmedikçe toplu iş sözleşmesinin normatif hükümleri hizmet akdi hükmü olarak yürürlüğünü sürdürürler.¹⁹ Bir başka yazara göre de işletmenin üretim şeklini değiştirmesi sonucu bir başka işkoluna dahil olması işverenin yürürlükteki toplu iş sözleşmesi ile bağlılığını ortadan kaldırır.²⁰

IV. Özetle inceleme konusu yaptığımız olayda görüldüğü gibi yasa ile bir işletme kapatılarak işletmenin faaliyetleri, araç, gereç ve tüm varlıkları ile orada çalışan işçileri bir başka işkolu kapsamına giren başka bir kamu işyerine devroldukları takdirde İş K. md. 6 anlamında bir işyeri devrinden söz etmek gerekir. Bu durumda hem işyeri kapandığı hem de orada çalışanlar bir başka işkolu kapsamındaki işyerine nakledildikleri için yürürlükteki toplu iş sözleşmesi ortadan kalkar. Ancak normatif hükümleri devredilen sendikali işçiler açısından 2822 sK. md. 6 uyarınca hizmet akdi hükmü olarak devam eder. Ekleyelim ki işkolu değişikliği nedeniyle Yol İş Sendikası üyeliğinin de sona ermiş olması TİS'nin ard etkisini ortadan kaldırmaz. Zira hem işyeri devri hem üyeliğin kaybı yasa zoruyla aynı anda olmuştur. Bu durumun olumsuz bir sonuç doğurması kabul edilemez.

Bu nedenle inceleme konusu yaptığımız Yargıtay kararında yer verilen gerekçelerin çoğuna katılmamakla beraber Yüksek Mahkeme-

nin bozma kararına gerekçe yaptığı son görüşü yani 'Kaldı ki, bir an için toplu iş sözleşmesinin sona erdiği kabul edilse dahi 2822 sayılı Kanunun 6. maddesine göre ard etkisi devam eder.' görüşünü isabetli buluyoruz. Bu sonuç devrolunan yerde bir başka toplu iş sözleşmesinin yürürlükte bulunması ihtimalinde aynı işyerinde aynı anda iki toplu iş sözleşmesi bulunamaz kuralına da (TİSGLK md. 3/3) ters düşmeye engel olacak niteliktedir. Sonuçta davacı işçinin ücret farkı talebi haklı görüldüğünden incelenmesi gerekir.

DİPNOTLAR

- 1 A. Güzel, İşverenin Değişmesi, İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi, İstanbul 1987, 25.
- 2 N. Çelik, İş Hukuku Dersleri, 21. Bası, İstanbul 2008, 59 vd.; E. Özkaraca, İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2008, 51 vd.; K. Doğan Yenisey, İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, İstanbul 2007, 201 vd.
- 3 Güzel, 31.
- 4 Özkaraca, 43.
- 5 Bak. Güzel, 82 vd.; Çelik, 59; Doğan Yenisey, 194, 212.
- 6 Özkaraca, 17; Doğan Yenisey, 241.
- 7 Doğan Yenisey, 242.
- 8 Bak. Doğan Yenisey, 178-179; Özkaraca, 21 vd.; Ayrıca bak. E. İren, AB İş Hukuku Yönergeleri Karşısında 4857 sayılı İş Kanununun Durumu, Ankara 2008, 175 vd.
- 9 Özkaraca, 27 vd.
- 10 Doğan Yenisey, 216-217; Ayrıca bak. H. Mollamatmutoğlu, İş Hukuku, 3. Bası, Ankara 2008, 212.
- 11 Doğan Yenisey, 242-243.
- 12 Bak. Tekstil İşveren, Hukuk, Mayıs 2008, 3.
- 13 Doğan Yenisey, 179-180; İren, 176.
- 14 Özkaraca, 27-29.
- 15 Aynı fikirde: Şahlanan, Anılan Karar İncelemesi.
- 16 S. Reisoğlu, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi, Ankara 1986, 133; K. Oğuzman, Hukuki Yönden İşçi İşveren İlişkileri, C. 1, 4. Bası, İstanbul 1987, 84; F. Şahlanan, Toplu İş Sözleşmesi, İstanbul 1992, 151; Ü. Narmanlıoğlu, İş Hukuku II, Toplu İş İlişkileri, İzmir 2001, 474; Ö. Ekmekçi, Toplu İş Sözleşmesiyle Düzenleme Yetkisi, İstanbul 1996, 246.
- 17 M. Sur, İş Hukuku Toplu İlişkiler, 2. Bası, Ankara 2008, 320.
- 18 Çelik, 535 vd.; Narmanlıoğlu, 474-475; C. Tuncay, Toplu İş Hukuku, İstanbul 1999, 166; Şahlanan, 89 vd.
- 19 Zöllner/Loritz/Hergenröder, Arbeitsrecht, 6. Aufl., München 2008, 388.
- 20 M. Löwisch, Arbeitsrecht, 7. Aufl., Düsseldorf 2004, 82.

Av. Mustafa AVCI

Yargıtay Kararları Işığında Sendika Üye veya Delegelerinden Beşte Birinin Olağanüstü Genel Kurul İstemlerinin Değerlendirilmesi

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2009/14525
Karar No : 2009/12013
Tarihi : 28.4.2009

DAVA

Davacı, genel yönetim kurulunun 488 sayılı yazısının 10. maddesi gereğince işten el çektirilmesine, en kısa süre ve mahkemece tayin edilecek tarihte sendika genel kurulun toplanmasına, bu işlemleri yürütmek ve yeni yönetim kurulu seçilinceye kadar TMK'nu hükümleri gereğince bir veya üç kayyım atanmasına karar verilmesini istemiştir.

Yerel Mahkeme, isteği hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosya-

sı için Tetkik Hakimi N. Çoruh tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR

Dava, 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu'nun 10. maddesi uyarınca sendika genel kurul delegelerinin beşte birinin yazılı olarak sendika genel kurulun olağanüstü toplanması talebinin reddine dair genel yönetim kurulu kararının iptali, sendika genel yönetim kuruluna işten el çektirilmesi, sendika genel kurulu toplamak ve yeni yönetim kurulu seçilinceye kadar cari işlemleri yürütmek üzere bir veya üç kişilik kayyım atanması istemine ilişkindir.

Davacılar, davalı Türk Haber Sendikası'nın son olağan genel kurulunun 20.1.2008 tarihinde toplandığını, davalı sendikanın toplam delege sayısının 194 olduğunu, bu delegelerden 94 delegenin noter kanalı ile davalı sendikaya ihtarname göndererek ge-

nel başkan ile genel yönetim kurulu üyeleri ve genel şube başkanları arasında da uyumsuzluk yaşandığını, genel yönetim kurulu üyesine yasaya aykırı olarak harcırah ödediğini, konfederasyonun karşı çıkmasına rağmen 2008 yılı toplu görüşmelerinde sözleşmeli personel istenerek sendika ilkelerine aykırı hareket edildiğini, şube başkanlarına ve il temsilcilerin huzur hakkı ödemediği halde genel yönetim kurulu üyelerine ikramiye ödediğini, yeni makam aracı alınıp genel merkezde tadilat yapılarak sendikayı borç altına sokulduğu, şube aidat gelirlerinin %49'nun şubeye geri döneceği belirtildiği halde bazı şubelere bu oranın çok altında bazılarında ise çok üstünde avans gönderilerek şubeler arasında ayrımcılık yapıldığı, şube başkan ve üyelerin çalışmalarının desteklenmediği, bunun sonucu delegelerin genel yönetim kurulu üyelerine güvenlerinin kalmadığını, tüm bu nedenlerle genel kurul delegelerinin yarısından fazlasının sendika genel kurulunun olağanüstü toplanmasını istediklerini, bu talebinin Genel Yönetim Kurulunun 16.2.2009 tarih ve 488 sayılı kararı ile genel kurul talebinin iddialara dayanak belgelerinin eklenmediği gerekçesiyle reddedildiğini, oysa yasanın aramadığı bir koşulun tüzükle kabul edilemeyeceğini, tüzüğün yasaya aykırı olduğunu, genel kurul talebinin reddinin hakkın kötüye kullanılması olduğunu belirterek Genel Yönetim Kurulu'nun 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu'nun 10. maddesi gereğince işten el çektilmesine, sendika genel kurulunun toplanmasına kadar cari işlemleri yürütmek ve genel kurulun toplanmasını sağlamak üzere TMK'nu hükümleri gereğince bir veya üç kayyım atanmasına karar verilmesini istemiştir.

Davalı sendika, davacıların uyumsuzluk iddialarının da belirtilen toplantı sebeplerinin yasa, tüzük hükümlerine uygun olduğunu, olağanüstü genel kurul talep eden delege sayısı yeterli olsa bile olağanüstü genel kurul talep gerekçelerinin haklı ve objektif

olması gerektiği, iddialarla ilgili delillerinin sunulmadığı, hukuki dayanaktan yoksun olduğunu savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece 4688 Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu'nun 10. maddesi uyarınca genel kurul delegelerinin beşte birinin talep etmesi yeterli olduğunu, başka bir koşula özellikle haklı ve objektif neden veya tüzükte belirtildiği gibi genel kurul gerekçelerinin dayandığı delil ve belgelerin ihtarnameye eklenmesine gerek olmadığını, olsa bile ileri sürülen nedenlerin genel kurulun olağanüstü toplantıya çağırılması için yeterli olduğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir.

Davalı, kararın yerleşik içtihatlarla, usul ve yasaya aykırı olduğunu belirterek bozulmasını istemiştir.

Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu'nun 10. maddesinde "Olağanüstü genel kurul, yönetim kurulu veya denetleme kurulunun gerekli gördüğü durumlarda ya da genel kurul üye veya delegelerinin beşte birinin yazılı isteği üzerine en geç altmış gün içinde toplanır." denilmektedir.

Buna göre genel kurul delegelerinin beşte birinin talep etmesi halinde genel kurulun olağanüstü toplantıya çağırılması gerektiği mutlak olarak kabul edilmemesi gerekir. Genel kurul delegelerinin beşte bir sayısal çoğunluğu sağlama koşulu yanında toplantıyı gerektiren sendika için örneğin sendika için tüzük değişikliği, sendikanın başka sendikaya katılması, başka sendika ile birleşmesi, genel merkezin başka yere taşınması veya yönetim kurulunun istifa etmesi, grev kararı gibi yeterli ve inandırıcı nedenler bulunmalıdır. Aksi durumda azınlığın yasaların tanındığı bu hak ile çoğunluğun iradesine hakim olmak yolu açılmış olur ki bu hukukça korumaz. Bunun için genel kurul delege veya üyelerinin beşte bir çoğunluğunun bu hakkını kendi üyelik veya delegelik haklarından daha çok sendikanın çıkarlarını göz önünde bulundurarak

iyiniyet ve dürüstlük kuralları çerçevesinde kullanılmalıdır.

Bu nedenle mahkemece yapılacak iş; olağanüstü genel kurulun toplanmasının istenmesi sebeplerinin somut ve nesnel olarak saptanarak anılan sebeplerin olağanüstü genel kurulun toplanmasını gerektirecek nitelikte olup olmadığının araştırılıp oluşacak sonuca göre hüküm kurulmalıdır.

Yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 28.4.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KARARIN İNCELENMESİ

Öncelikle belirtmek gerekir ki incelemeye konu uyuşmazlık 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu 10. maddesine dayalı olmakla birlikte, yasal düzenlemedeki benzerlik ve paralellik itibarıyla 2821 sayılı Sendikalar Kanunu çerçevesindeki istemler ve sendika/şube genel kurulları bakımından da geçerli ve yol göstericidir.

Yargıtay kararına konu olay ve uyuşmazlık esas olarak “olağanüstü genel kurul, yönetim veya denetleme kurulunun gerekli gördüğü durumlarda ya da genel kurul üye veya delegelerinin beşte birinin yazılı isteği üzerine en geç altmış gün içinde toplanır..” düzenlemesine ilişkindir. (4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu m. 10/4, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu m.12/5 aynı içerikte olup, 4688/10 bir anlamda 2821/12 ve 53. maddenin tek madde halinde düzenlenmesinden ibarettir. 4688 sayılı Kanunun aksine 2821 sayılı Kanun bakımından olağanüstü genel kurulun toplanması için herhangi bir süreye yer verilmemiştir.)

Sendika veya şube olağan genel kurullarının en geç üç yılda (2821 sayılı Sendikalar Kanunu bakımından dört yıl) bir toplanması zorunlu olup, tüzüklerde daha kısa bir sürede toplanması öngörülebilir. Yasa koyucu, sendika tüzel kişiliklerinin niteliklerinden hareketle, ortaya çıkabilecek gelişme ve ihtiyaçlar nedeniyle belirli şartların gerçekleşmesine dayalı olarak söz konusu olağan genel kurul dönemleri dışında da sendika/şube genel kurullarının toplanmasının gerekebileceğini öngörmüş, buna ilişkin düzenlemelere yer vermiştir (Ben-

zer düzenlemeler 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ve 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nda da bulunmaktadır.).

Anılan üç veya dört yıllık olağan genel kurul dönemlerinin bitmesinden önce yapılan genel kurullar olağanüstü genel kurul olarak kabul edilecektir (9. HD. 26.03.1998/5970-5925).

İncelemeye konu Yargıtay bozma kararından anlaşıldığı kadarıyla; son olağan genel kurulunu 20.01.2008 tarihinde gerçekleştiren davalı sendikanın toplam delege sayısı 194 olup, delegelerden 94'ü noter kanalıyla ihtarname keşide ederek, genel başkan ile genel yönetim kurulu üyelerine yasaya aykırı olarak harcırah ödendiğini, konfederasyonun karşı çıkmasına rağmen 2008 yılı toplu görüşmelerinde sözleşmeli personel istenerek sendika ilkelerine aykırı hareket edildiğini, şube başkanlarına ve il temsilcilerine huzur hakkı ödenmediği halde genel yönetim kurulu üyelerine ikramiye ödendiğini, yeni makam aracı alınıp genel merkezde tadilat yapılarak sendikanın borç altına sokulduğunu, şube aidat gelirlerinin %49'unun şubeye geri döneceği belirtildiği halde bazı şubelere bu

1/5 üye veya delegenin genel kurulu olağanüstü toplantıya çağırma hakkının iyi niyet kuralları çerçevesinde ve sendika tüzel kişiliğinin çıkarlarını gözeterek şekilde kullanılması gerekir.

oranın çok altında, bazılarının ise çok üstünde avans gönderilerek şubeler arasında ayrımcılık yapıldığını, şube başkan ve üyelerinin çalışmalarının desteklenmediğini, bunun sonucu delegelerin genel yönetim kurulu üyelerine güvenlerinin kalmadığını, tüm bu nedenlerle genel kurul delegelerinden yarısından fazlasının sendika genel kurulunun olağanüstü toplanmasını istediklerini, bu taleplerinin Genel Yönetim Kurulu'nun 16.02.2009 tarih ve 488 sayılı kararı ile genel kurul talebine dayanak belgelerin eklenmediği gerekçesiyle reddedildiğini, oysa Yasanın aramadığı bir koşulun tüzükle kabul edilemeyeceğini, tüzüğün yasaya aykırı olduğunu, genel kurul talebinin reddinin hakkın kötüye kullanılması olduğunu belirterek Genel Yönetim Kurulu'nun 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu'nun 10. maddesi gereğince işten el çektirilmesi, sendika genel kurulunun toplanmasına kadar cari işlemleri yürütmek ve genel kurulun toplanmasını sağ-

na göre karar verilmesi gerektiğinden bahisle bozmuştur.

Yargıtay bozma kararında 1/5 üye veya delegenin istemiyle genel kurulun olağanüstü olarak toplanmasına dayanak oluşturabilecek olay, gelişme ve gerekçelere örnekler verilmiş olup, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin bu konudaki içtihatları isabetli, tutarlı ve istikrarlı değerlendirmeler içermektedir. Gerçekten de özel daire konuya ilişkin önceki değerlendirmelerinde de olağanüstü genel kurulun toplanmasına yönelik 1/5 üye veya delegeye tanınmış hakkın mutlak olarak anlaşılması gerektiğine işaret edilmiştir (9. HD. 26.06.1997/10670-13018 ..1/5'in talebiyle olağanüstü genel kurulun toplanmasını mutlak olarak kabul etmemek gerekir. 9. HD. 30.01.2002/880-1752 sendika olağanüstü genel kurulu toplandıktan altı ay sonra tekrar olağan genel kurul istemi ancak haklı gerekçeler bulunduğu ve belgelendiği takdirde kabul edilmelidir. Her genel kurul toplan-

Olağanüstü genel kurul nedenleri tarih, zaman, yer, olay ve kanıtlarıyla somut olarak ortaya konulmalı, soyut ve tek taraflı isnatlara itibar edilmemelidir.

lamak üzere Türk Medeni Kanunu hükümleri gereğince bir veya üç kayyım atanması istemiyle dava açmış, mahkemece yargılama sonucunda 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu'nun 10. maddesi uyarınca genel kurul delegelerinin beşte birinin talep etmesinin yeterli olduğu, başka bir koşula özellikle haklı ve objektif neden veya tüzükte belirtildiği gibi genel kurul gerekçelerinin dayandığı delil ve belgelerin ihtarnameye eklenmesine gerek olmadığı, olsa bile ileri sürülen nedenlerin genel kurulun olağanüstü toplantıya çağırılması için yeterli olduğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir.

Davalı sendikanın temyiz istemini görüşen Yargıtay 9. Hukuku Dairesi ise, 1/5 üye veya delegenin talebiyle olağanüstü genel kurul toplantısına ilişkin genel değerlendirmelerden sonra kararda işaret edilen gerekçelerle yerel mahkeme kararını araştırma yapılarak sonucu-

tısı büyük emek ve masraf gerektiği gibi aday olanlardan bir kısmının kazanması bir kısmının kaybetmesi de doğal kabul edilmelidir. 9. HD. 03.04.2007/10760-9284 olağan genel kuruldan kısa bir süre sonra olağanüstü genel kurul isteminde bulunmuş olduğu gibi, bu süre içinde 39 hafta olduğu ve bunun 33 haftasında genel yönetim kurulunun toplanarak işleri yürüttüğü, gerektiği halde yapılmayan işler hakkında somut bir olgu ortaya konulmadığı, olağanüstü genel kurulun toplanmasını gerektirecek ciddi ve objektif nedenlerin kanıtlanmadığı ve istemin reddi gerekeceği, 9. HD. 16.10.2008/31167-27277 ... olağanüstü genel kurul için 1/5 üye veya delegenin talebi gerekli, ancak yeterli değildir. Bunun yanında genel kurul talebinde somut sebeplerin ve delillerin gösterilip gösterilmediğinin sendika yönetim kurulunca dikkate alınarak ciddi ve somut olguların varlığı halinde toplantıya karar verilmelidir.).

Sendika olağanüstü genel kurulu toplandıktan altı ay sonra tekrar olağan genel kurul istemi ancak haklı gerekçeler bulunduğu ve belgelendiği takdirde kabul edilmelidir.

Bozma kararında örnek olarak gösterilen olay ve gelişmelerin olağanüstü genel kurulun toplanması bakımından yeterli olacağı açık ise de olağanüstü genel kurul sebeplerinin bunlardan ibaret bulunmadığı, dava dilekçesinde ileri sürülmüş hususlardan bir çoğunun da kanıtlanması halinde olağanüstü genel kurula dayanak oluşturabileceği değerlendirilmektedir. Nitekim, bozma kararında da söz konusu olay ve durumların gerçekliğinin araştırılması ve olağanüstü genel kurulun toplanmasını gerektirecek nitelikte olup olmadığının değerlendirilmesi ve buna göre karar verilmesi gerektiğine işaret edilmiştir.

Her ne kadar maddenin “..genel kurul üye veya delegelerinin beşte birinin yazılı isteği üzerine.. toplanır.” şeklindeki lafzından salt 1/5 üye veya delegenin yazılı istemi üzerine olağanüstü genel kurulun otomatik olarak toplanacağı gibi bir görüşe ulaşmak mümkün ise de kararda da isabetle vurgulandığı üzere böyle bir kabul azınlığın çoğunluk üzerinde baskı oluşturması, çoğunluk iradesini akamete uğratması sonucunu doğurabileceği gibi sendikanın gerçek işlevlerini yerine getirmesi, sendikal faaliyetlerin yürütülmesinde çok büyük güçlükleri de beraberinde getirecektir. Çünkü sendikal yapılar içinde niteliği gereği 1/5’lik bir gayri memnun kitle her zaman bulunabilecektir. Genel kurulların toplanmasının mali külfeti ve üyelerin aidatlarından oluşan sendika kaynaklarının bu kuruluşların gerçek amacı dışında kullanılması bir yana, devamlı olarak bir iç mücadele içinde bulunan sendikaların üyelerin hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmesi çeşitli zorluklar ortaya çıkaracaktır. Dolayısıyla, olağanüstü genel kurullar belirli şartların oluşması sonucu, son çare olarak başvurulması gereken istisnai

yöntemler olmalıdır. Böyle olunca, sendika içi yollar veya başkaca yöntem ve mekanizmalarla ortadan kaldırılabilecek hususlar olağanüstü genel kurul nedeni olarak kabul edilmemelidir. Örnek olarak herhangi bir yönetim kurulu üyesi, başkan veya unvanlı görevdeki boşalma halinde bu konu olağanüstü genel kurul nedeni olmamalı, sorun sendika ana tüzüğü, mevzuat düzenlemeleri çerçevesinde çözüme kavuşturulmalıdır. Aynı şekilde uygulanan sendikal politika ve yöntemler sonunda ortaya çıkan ciddi üye kayıpları olağanüstü genel kurul nedeni olabilirken, mevzuattaki değişiklikler ya da yargı kararları sonucunda -tamamen sendika yönetiminin inisiyatif veya iradesi dışında- sendikanın örgütlü bulunduğu bazı işyerlerinin dahil olduğu işkolunun değişmesi şeklinde ortaya çıkan üye kayıpları olağanüstü genel kurulun toplanmasını gerektirmeyecektir. Yine -sendikal ilkelerle açıkça çatışmadıkça- tercih edilen sendikal politikalar ve yöntemler daha bir hoşgörüle karşılanabilirken, özellikle akçalı konularda daha dikkatli ve duyarlı davranılması gerekebilecektir. Yolsuzluk iddiaları konusunda öncelikle denetim ve disiplin kurullarının göreve çağırılması, gerekirse bağımsız denetçi raporu talep edilmesi, adli ve idari makamlara intikal ettirilmesi, olayın tüm boyutları ve yönleriyle açıklığa kavuşmasından sonra ancak olağanüstü genel kurul prosedürünün işletilmesinde sayısız yarar bulunmaktadır.

Nitekim, 28.04.2009/6700-12011 sayılı bir başka Yargıtay kararında da -muhtemelen aynı yaklaşımla- ..şube genel kurulunun toplandığı tarihten itibaren bir yıl geçmesine rağmen şube başkanının şube adına banka hesabı açtırmadığı, şube sekreteri ve şube mali sekreteri ile birlikte noterden imza sirkülerini vermediği, şube

Yolsuzluk iddiaları ve parasal konular, sivil toplum ve özelde sendikalara verdiği dolaylı ve dolaysız zararlardan dolayı daha bir duyarlılıkla ve dikkatle değerlendirilmelidir.

Olağanüstü genel kurullar belirli şartların oluşması sonucu, son çare olarak başvurulması gereken istisnai yöntemler olmalıdır.

hesabı yerine genel merkezden şube başkanına gelen avans ile şube yönetim ve denetim kurullarının bilgisi dışında harcamaların şube başkanı tarafından yapıldığı, şube başkanının sendikaya ait aracı şahsi işlerinde kullanmak gibi keyfi davranışlar sergilediği, bu davranışların şube üyelerinin sendika yönetimine güvensizlik oluşturduğu, söz konusu durumların olağan genel kurulun toplantısına kadar beklenebilecek sebepler olmadığı, aksine dava dilekçesinde belirtilen konuların olağanüstü genel kurulun toplanmasını gerektirir nitelikte uyuşmazlıklar olduğu dikkate alınarak, olağanüstü genel kurul taleplerinin kabulü gerektiğine karar verilmiştir.

Olağanüstü genel kurul istemlerinde tarih, zaman, yer, olay ve kanıtlarıyla olağanüstü genel kurulun toplanmasını gerektiren nedenler somut olarak ortaya konulmalı, soyut ve tek taraflı isnatlara itibar edilmemeli, yönetim kurulu gerektiğinde re'sen de araştırma yapmak suretiyle sonuca ulaşmalıdır.

Bu arada, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin olağanüstü genel kurul talebiyle ilgili 1/5 üye veya delege sayısının tespitinde kesinleşen son olağan/olağanüstü genel kurul delege sayısı esas alınmak ve bu arada çeşitli sebeplerle üyelik/delegelik sıfatını kaybedenler düşülmek suretiyle 1/5'lik nisabın gerçekleşip gerçekleşmediğinin belirlenmesi gerekeceğine (9. HD. 03.06.1999/8744-9776) yeterli imzayla olağanüstü genel kurul talebinde bulunulmasından sonra bir kısım delegelerin bu istemlerinden vazgeçmesi sonucu 1/5'in altına düşülmesinin davanın reddini gerektirmeyeceğine (9. HD. 22.01.1998 tarih, 1997/21626 E, 1998/403 K) ilişkin karar ve uygulamalarına da ayrıca işaret edilmek gerekir.

SONUÇ

Sonuç olarak Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin

söz konusu kararı önceki içtihatlarıyla da tutarlı, istikrarlı ve isabetlidir. Ancak, yasal düzenlemenin lafzı nedeniyle oluşabilecek tereddütleri ortadan kaldırmak açısından Yargıtay görüşlerini de dikkate alan bir yasal değişiklik yapılmasının yararlı olacağı değerlendirilmektedir.

Doç. Dr. Nurşen CANIKLIOĞLU - Dr. Saim OCAK

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

5921 Sayılı Kanun'la Getirilen Teşvikler

1. GİRİŞ

İstihdama ve işsizliğe ilişkin sorunların ülkenin çözülmesi gereken en önemli sorunlarından birisi olduğu herkesçe bilinmektedir. Bu sorunun çözümünde en önemli görev kuşkusuz Devlete düşmektedir. Devlet işsizliğin önlenmesi için her türlü önlemi almakla yükümlüdür. Bu bağlamda, Devlet, bir yandan işçileri eğiterek donanımlı hale getirmeli ve istihdamlarını kolaylaştırmalı, diğer yandan da işverenlerin işçi istihdamını teşvik etmelidir. İşçi istihdamının en az seviyelere indiği ekonomik kriz dönemlerinde bu yöntemler çok daha büyük önem arz etmektedir.

İşte tüm dünyada ve ülkemizde de etkili olan küresel kriz nedeniyle ortaya çıkan düşük istihdam seviyesini artırmak amacıyla bazı önlemler alınmış ve 11.08.2009 tarih ve 5921 sayılı “İşsizlik Sigortası Kanunu ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”la¹, hem geçici hem de süreklilik taşıyan bazı teşvikler öngörülmüştür.

Kanunda, iki farklı teşvik hükmüne yer verilmiştir. Bu kapsamda Kanunda yer verilen ilk teşvik, işsizlik ödeneği almakta olanların istihdamına yöneliktir. Anılan teşvikle, işsizlik ödeneği almakta olanları işe alan işverenlerin

ve bu kapsamda işe alınan işçilerin ödemeleri gereken primlerinin belirli bir kısmının İşsizlik Sigortası Fonu tarafından karşılanması öngörülme suretiyle söz konusu işçilerin istihdamları kolaylaştırılmak istenmiştir. Kanunla getirilen diğer teşvik hükmüyle ise, yeni sigortalı istihdam edecek işverenlere belirli koşulların varlığı halinde prim teşviki sağlanmaktadır. Kanunda bunların dışında ayrıca “Yatırımlarda Devlet Yardımları Hakkında Kararlar” çerçevesinde teşvik edilen yatırımlarla ilgili olarak genel nitelikli bir düzenlemeye de yer verilmiş bulunmaktadır.

Biz bu çalışmamızda yukarıda kısaca belirttiğimiz teşvik hükümlerini inceleyeceğiz. Ancak, söz konusu hükümlere geçmeden önce, belirli bir bütünlük sağlaması açısından daha önce öngörülen ve halen uygulanmakta olan teşvikleri de kısaca özetleyeceğiz. Ayrıca şunu da ekleyelim ki, biz bu incelemeyi yaparken sadece Kanun hükümlerine değineceğiz. Oysa anılan düzenlemelerin herhangi bir soruya yer vermeyecek biçimde uygulanması bakımından Kurum tarafından çıkarılacak genelgeler büyük önem taşımaktadır. Fakat 5921 sayılı Kanunla öngörülen ve geç. m.9'da düzenlenen teşvik 18.08.2009 tarihinde yürürlüğe girmesine rağmen söz konusu hükmün uygulanmasına ilişkin olarak henüz bir genelge çıkarılmamıştır.

Bu nedenle konu ancak Kanundaki hükümlerin genel olarak değerlendirilmesi biçiminde ele alınabilecektir.

Öte yandan, 5921 sayılı Kanun'da sadece teşvik hükümlerine yer verilmemiştir. Kanunda, İşsizlik Sigortası Fonu nema gelirlerinin, 2009 ve 2010 yılında dörtte üçünün, 2011-2012 yıllarında ise dörtte birinin Güneydoğu Anadolu Projesi kapsamındaki yatırımlara öncelikli olmak üzere, ekonomik kalkınma ve sosyal gelişmeye yönelik altyapı yatırımlarının finansmanı için ilgili idare bütçelerine aktarılması da öngörülmüştür. Çalışmamızda, 5921 sayılı Kanun'la getirilen teşvik hükümlerini değerlendireceğimizden, Fonun nema gelirinin Güneydoğu Anadolu Projesi gibi projelerde kullanımına olanak tanıyan hüküm çalışmamızın kapsamı dışında kalmaktadır. Ancak, kısaca da olsa burada konuya değinmek yerinde olacaktır.

Bilindiği üzere, İşsizlik Sigortası Fonu esas itibarıyla sigortalı, işveren ve Devlet tarafından ödenen primlerden oluşmaktadır (4447 s.K. m.49/D). Sözü edilen Fonun nema gelirlerinin belirli bir kısmının, istihdamın artırılması ve işsizliğin azaltılması amacıyla da olsa, Hazine'ye aktarılması suretiyle kullanılmasının yerinde olduğu tartışılabilir. Zira bu yöntemle, Devlet, istihdamla ilgili olarak üzerine düşen yükümlülüğü Hazineden karşılamak yerine, finansmanı işçi, işveren ve Devlet tarafından karşılanan Fon gelirlerinden karşılamakta, bir başka deyişle bu yükümlülüğünü sigortalı ve işverenlere yüklemiş olmaktadır. Böyle bir durumu kabul etme olanağı ise yoktur.

Şunu da ekleyelim ki, İşsizlik Sigortası Fonunun bir kısım gelirinin Hazineye gelir kaydedilmesi ilk defa olarak da yapılmamaktadır. Gerçekten, daha önce, 15.5.2008 tarih ve 5763 sayılı Kanun'un m. 19 ile 4447 sayılı Kanun'a eklenen geçici 6. maddeyle de nema gelirlerinin 2008 yılında benzer şekilde kullanılmasına olanak tanınmıştı. 5921 sayılı Kanun'daki düzenlemeyle, 2009-2012 yıllarında da aynı yöntemin tekrar uygulanmasına olanak tanınmıştır. Bu durum ise, sözü edilen uygulamaların süreklilik arzedeceği yönünde ciddi anlamda kaygı yaratmaktadır. Oysa 4447 sayılı

Kanun'a göre, "Bu fon bütçe kapsamı dışında olup, gelirlerinden hiç bir şekilde kesinti yapılamaz ve Genel Bütçeye gelir kaydedilemez. Fonun gelir ve giderleri üçer aylık dönemler halinde 1.6.1989 tarihli ve 3568 sayılı Kanuna göre ruhsat almış, denetim yetkisine sahip meslek mensubu yeminli malî müşavirlere denettirilerek denetim raporlarının sonuçları ilân edilir" (444 s. K. m.4). İşte bu hüküm nedeniyle İşsizlik Sigortası Fonunda şimdiye kadar önemli miktarda gelir birikimi sağlanabilmişti. Fakat yukarıda belirttiğimiz hükümler nedeniyle söz konusu Fon gelirlerinin kısa zamanda erimesi ve amacı dışında kullanılmasının yolu açılmış olmaktadır.

Fon gelirlerinin bu ve bunun gibi hükümlerle başka amaçlarla kullanılması yerine 4447 sayılı Kanun'da düzenlenen ve işsiz kalan sigortalıların en önemli geçim kaynağı haline gelen işsizlik ödeneğinin artırılması amacıyla kullanılması herhalde çok daha isabetli olacaktır. Bilindiği gibi, işsizlik ödeneğine hak kazanma koşulları hem çok ağırdır hem de ödenek miktarı yetersizdir. Gerçi, 5763 sayılı Kanun'la işsizlik ödeneği miktarı biraz artırılmıştır. Ancak söz konusu artışın yeterli olduğundan söz etmek mümkün değildir.

II. GENEL OLARAK 5921 SAYILI KANUN'DAN ÖNCE GETİRİLEN TEŞVİKLER

Ülkemizde özellikle son yıllarda istihdamı teşvik amacıyla birçok teşvik hükmü öngörülmektedir. Bu teşviklerden bazıları sürelidir. Yani belirli bir süre uygulandıktan sonra, Kanunda teşvikin uygulanması için belirlenen sürenin geçmesiyle birlikte ortadan kalkacaktır. Buna karşılık bazı teşvikler ise süreklilik taşımaktadır.

Geçici nitelik taşıyan ilk teşvik hükmü 15.5.2008 tarih ve 5763 sayılı Kanun'un² 20. maddesiyle, 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'na eklenen geçici 7. maddeyle getirilmiştir³. Bu maddede düzenlenen teşvikten yararlanabilmek için, istihdam edilen sigortalının 18 yaşından büyük ve 29 yaşından küçük erkek olması ya da yaş şartı aranmaksızın 18

yaşından büyük kadın olması gerekmektedir. Bu teşvikten yararlanmak için, işverenin, bu maddenin yürürlük tarihi olan 1.7.2008 tarihinden önceki altı aya veya 2008 yılı Aralık ve 2009 yılı Ocak aylarına ilişkin Sosyal Güvenlik Kurumuna verilen prim ve hizmet belgelerinde kayıtlı sigortalılar dışında, yukarıda belirtilen yaş koşuluna sahip bir kişiyi işe alması gerekmektedir⁴. Bunun dışında, sigortalı, bu maddenin yürürlük tarihinden önceki bir yıllık dönemde işyerine ait prim ve hizmet belgelerinde bildirilen ortalama sigortalı sayısına ilave olarak işe alınmış olmalıdır. Ayrıca, bu teşvik geçici süreli bir teşvik olduğu için söz konusu sigortalının bu maddenin yürürlük tarihinden itibaren iki yıl⁵ içinde işe alınmış olması ve fiilen çalıştırılması gerekmektedir. Belirtelim ki, teşvik hükümlerinin uygulanması için tüm bu koşulların aynı anda gerçekleşmesi gereklidir⁶.

4447 sayılı Kanun'un geçici 7. maddesinde düzenlenen teşvikin kapsamını ise, 506 sayılı Kanun'un⁷ 72. ve 73. maddelerinde sayılan ve 78. maddesi uyarınca belirlenen prime esas kazanç alt sınırı üzerinden hesaplanan sigorta primine ait işveren hisselerinin; birinci yıl için yüzde yüzünün, ikinci yıl için yüzde sekseninin, üçüncü yıl için yüzde altmışının, dördüncü yıl için yüzde kırkının, beşinci yıl için yüzde yirmisinin, maddede yer alan diğer düzenlemelerde öngörülen koşullara ve sınırlamalara bağlı olarak İşsizlik Sigortası Fonu'ndan karşılanması oluşturmaktadır. Son olarak belirtelim ki, bu teşvik, 5763 sayılı Kanun'un 38. maddesi uyarınca, 01.07.2008 tarihinde uygulamaya konulmuş olup, 30.06.2010 tarihinden sonra işe alınanlar için uygulanmayacak, bu tarihten önce işe alınanlar hakkında da işe alınma tarihini takip eden beş yıl boyunca uygulanacaktır. Ekleyelim ki, 5921 sayılı Kanun'la öngörülen prim teşviki de özde bu teşvike benzemektedir. Ancak gerek istihdamı teşvik edilen sigortalıya ilişkin gerekse teşvikin kapsam ve süresine ilişkin birçok farklılık bulunmaktadır.

İşverenlerin en yaygın biçimde yararlandıkları teşvik 5763 sayılı Kanun'un 24. maddesiyle 5510 sayılı Kanun'un 81. maddesine eklenen (ı) bendinde düzenlenmiştir. Anılan bende

göre, 5510 sayılı Kanun'un 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki sigortalıları çalıştıran özel sektör işverenlerinin, 81. maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde öngörülen malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primlerinden, işveren hissesinin % 5'lik kısmı, belirtilen düzenlemede yer alan diğer hükümlerde öngörülen koşullara ve sınırlamalara bağlı olarak Hazine tarafından karşılanmaktadır (5510 s.K. m.81/I, ı). Bu teşvik, 5763 sayılı Kanun'un 38. ve 5510 sayılı Kanun'un yürürlük hükmü uyarınca 2008 yılının Ekim ayı başında (01.10.2008) uygulamaya konulmuş olup (m.106/I, d)⁸, yürürlüğü belirli bir süre ile sınırlanmamıştır. Dolayısıyla işverenler sözü edilen teşvik hükmünden, Kanunda öngörülen koşullar mevcut olduğu sürece her zaman yararlanabileceklerdir⁹.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 30. maddesinde düzenlenen ve özürli sigortalılar için ödenen primlere ilişkin teşvik; 5084 sayılı "Yatırımların ve İstihdamın Teşviki ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun" (m.4) ve "5746 sayılı Araştırma ve Geliştirme Faaliyetlerinin Desteklenmesi Hakkında Kanun" (m.3/III) hükümlerinde de bulunmaktadır¹⁰. Öte yandan, devlet yardımları hakkında alınan kararlar¹¹ çerçevesinde teşvik edilecek yatırımlara bağlı olarak gerçekleşecek istihdam için prim teşviki bulunmaktadır¹².

III. 5921 SAYILI KANUN KAPSAMINDA ÖNGÖRÜLEN TEŞVİKLER

1. Genel Olarak

5921 sayılı Kanun'da iki farklı teşvik öngörülmüştür. Kanunun 1. maddesiyle İşsizlik Sigortası Kanunu'nun 50. maddesinin mülga beşinci maddesi tekrar düzenlenmiş ve bundan sonra sürekli olarak yararlanılabilecek bir teşvik hükmü getirilmiştir. Buna göre, "İşsizlik ödeneği alanların; işe alındığı tarihten önceki aydan başlayarak işe alan işyerine ait son altı aylık dönemde, prim ve hizmet belgelerinde bildirilen ortalama sigortalı sayısına ilave olarak işe alınması kaydıyla, 5510 sayılı Kanunun

81 inci maddesinde sayılan ve 82 nci maddesi uyarınca belirlenen prime esas kazanç alt sınırı üzerinden hesaplanan kısa vadeli sigorta primi tutarının yüzde biri olmak üzere işçi ve işveren payı sigorta primleri ile genel sağlık sigortası primi, kalan işsizlik ödeneği süresince Fonan karşılanır". Görüldüğü gibi, hükmün özünde, işsizlik ödeneği almakta olanların işe alınması yatmaktadır. Dolayısıyla hüküm bir yandan işverenlere prim ödeme yükümü bakımından kolaylık sağlarken, diğer yandan da işsizlik ödeneği alanların bir an önce işe yerleştirilmesini teşvik etmektedir.

Kanunda öngörülen diğer teşvik hükmü ise geçici niteliktedir. 5921 sayılı Kanun'un 3. maddesi ile 4447 sayılı Kanun'a geçici 9. maddede eklenmiş ve yeni sigortalı istihdam edecek işverenlere yine belirli bazı koşulların varlığı halinde prim teşviki öngörülmektedir. Söz konusu hükme göre, "2009 yılının Nisan ayına ait prim ve hizmet belgelerinde bildirilen sigortalı sayısına ilave olarak, 31/12/2009 tarihine kadar, işe alınma tarihinden önceki üç aylık dönem içinde Sosyal Güvenlik Kurumuna verilen prim ve hizmet belgelerinde kayıtlı sigortalılar dışındaki kişilerden olmak kaydıyla işe alınan ve fiilen çalıştırılanlar için; 5510 sayılı Kanununun 81 inci maddesinde sayılan ve 82 nci maddesi uyarınca belirlenen prime esas kazanç alt sınırı üzerinden hesaplanan sigorta primlerinin işveren hisselerine ait tutarı, altı ay boyunca İşsizlik Sigortası Fonundan karşılanır. Bu madde kapsamında işe almaya ilişkin 31/12/2009 tarihini 30/6/2010 tarihine kadar, primlerin Fonan karşılanma süresini ise altı aya kadar daha uzatmaya, Bakanlar Kurulu yetkilidir" (f.I). Aşağıda her iki hükmün kapsamı ve uygulanma koşulları üzerinde durulacaktır.

2. İşsizlik Ödeneği Alanların İşe Alınması Halinde Yararlanılabilecek Teşvik

a) Teşvikin Kapsamı

Bu teşvikten hangi işverenlerin yararlanabileceklerine ilişkin olarak Kanunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak teşvik hükmü

4447 sayılı Kanun'da yer aldığına göre, teşvikten, 4447 sayılı Kanun'un kapsamına giren sigortalılar ile bunların işverenleri yararlanacaklardır. Bir başka deyişle 4447 sayılı Kanun'a göre sigortalı olup da Kanunda belirlenen koşullarda işsiz kaldığı için işsizlik ödeneği almaya hak kazananlar ile bu nitelikteki bir kişiyi işe alan işverenler söz konusu teşvik kapsamına girmektedirler.

4447 sayılı Kanun'a göre, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi ile ikinci fıkrası kapsamında olanlardan bir hizmet akdine dayalı olarak çalışan sigortalılar ve 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun geçici 20. maddesinde açıklanan sandıklara tabi sigortalılar 4447 sayılı Kanun'a göre de sigortalı sayılırlar¹³. Hüküm yorumlandığında, teşvikten yararlanma hakkının, öncelikle bir hizmet akdine göre çalışanlar ile bu kişileri çalıştıran işverenlere tanındığı ortaya çıkmaktadır. Ancak, 5510 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında olup hizmet akdine göre çalışanlar da sigortalı sayıldıkları için, örneğin yabancı işçi çalıştıran işverenler de bu teşvikten yararlanabileceklerdir. Bunun dışında, 5510 sayılı Kanunun kapsamına girmeyip de, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun geçici 20. maddesinde belirtilen sandık kapsamında sigortalı olanlar da söz konusu teşvik kapsamına girmektedirler. Esasında bu husus söz konusu sigortalıların 4447 sayılı Kanun'a göre sigortalı sayılmalarının doğal bir sonucu olmasına rağmen 5921 sayılı Kanun'la öngörülen teşvik hükmünde anılan sigortalılar hakkında da teşvik hükmünün uygulanacağı bir kere daha vurgulanmıştır. Gerçekten, söz konusu maddeye göre, "Bu maddede düzenlenen teşvik, 5510 sayılı Kanun kapsamında bulunanlarla aynı şartlarda olmak üzere 506 sayılı Kanunun geçici 20 nci maddesi kapsamındaki sandıkların statülerine tabi personeli için de uygulanır." Bunun sonucunda, 506 sayılı Kanun'un geç. m.20 kapsamında banka ve sigorta sandıklarına tabi sigortalı çalıştıran işverenler de bu teşvik hükümlerinden yararlanabileceklerdir. Belirtelim ki, her ne kadar yukarıda saydığımız işverenler için böyle bir teşvik hükmü öngörülmüşse de, aşağıda

İşverenin birden fazla işyeri var ise, tüm işyerlerinde çalışan sigortalı sayısının ortalaması değil, sigortalının işe alındığı işyerindeki son altı ayın ortalaması dikkate alınacaktır.

değineceğimiz gibi¹⁴, belirli bazı durumlarda bu teşvikten yararlanılamaması da söz konusu olabilmektedir.

Bu konuda son olarak ekleyelim ki, daha önceki kanunlarla öngörülen teşviklerde olduğu gibi kamu kurum ve kuruluşlarının bu teşvikten yararlanma olanakları bulunmamaktadır. Gerçekten, teşvike ilişkin düzenlemede, “Bu fıkra düzenlenenen teşvik, 21/4/2005 tarihli ve 5335 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 30 uncu maddesinin ikinci fıkrası kapsamına giren kurum ve kuruluşlara ait işyerlerinde çalışmaya başlayanlar hakkında uygulanmaz.” denilmektedir. Bilindiği gibi, 5335 sayılı Kanun’un 30. maddesinin 2. fıkrasında, “genel bütçeye dahil daireler, katma bütçeli idareler, döner sermayeler, fonlar, belediyeler, il özel idareleri, belediyeler ve il özel idareleri tarafından kurulan birlik ve işletmeler, sosyal güvenlik kurumları, bütçeden yardım alan kuruluşlar ile özel kanunla kurulmuş diğer kamu kurum, kurul, üst kurul ve kuruluşları, kamu iktisadi teşebbüsleri ve bunların bağlı ortaklıkları ile müessese ve işletmelerinde ve sermayesinin %50’sinden fazlası kamuya ait olan diğer ortaklıklar”dan söz edilmektedir. Bu nedenle, söz konusu teşvik hükümleri sadece özel sektöre ait işyerlerinde çalışan sigortalılar ile onların işverenleri hakkında uygulanacak, kamu idareleri ile buralarda çalışanlar hakkında uygulanmayacaktır. Hüküm, kamu kurumu niteliğindeki işverenin teşvik edilmesine gerek olmadığı düşünülerek isabetli görülebilirse de, bu teşvikten işveren yanında sigortalının da yararlanabildiği göz önünde tutulduğunda hükmün isabeti tartışmaya açık hale gelmektedir.

b) Teşvikten Yararlanma Koşulları

aa) Sigortalının son altı aylık dönemde çalıştırılan ortalama sigortalı sayısına ilave olarak işe alınması

Teşvikten yararlanmak için, işsizlik ödeneği alanların, işe alındığı tarihten önceki aydan başlayarak, işe alan işyerine ait son altı aylık dönemde, prim ve hizmet belgelerinde bildirilen ortalama sigortalı sayısına ilave olarak işe alınmaları gerekir. Görüldüğü gibi, kanun koyucu bu teşvikten yararlanılabilmesi için, işsizlik ödeneği alan herhangi bir sigortalının işe alınmasını yeterli görmemiş, ayrıca bu sigortalının işyerinde belirli bir dönem esas alınmak suretiyle söz konusu dönemin ortalama sigortalı sayısını aşacak şekilde işe alınmış olmasını da bir koşul olarak aramıştır. Kanun bu bakımından altı aylık bir dönemi esas almıştır. Oysa 5763 sayılı Kanun’la öngörülen genç işçi istihdamına ilişkin düzenlemede, son oniki aylık dönemin ortalamasının alınması öngörülmektedir.

Altı aylık ortalama sigortalı sayısı belirlenirken de, teşvike konu işçinin işe girdiği işyerinin prim ve hizmet belgelerinde bildirilen ortalama sigortalı sayısına bakılacaktır. Dolayısıyla işverenin birden fazla işyeri var ise, tüm işyerlerinde çalışan sigortalı sayısının ortalaması değil, sigortalının işe alındığı işyerindeki son altı ayın ortalaması dikkate alınacaktır. Bu düzenleme bizce isabetli olmuştur.

Öte yandan Kanunda, işçinin, işten ayrıldığı işyerinde tekrar işe başlaması halinde bu teşvik hükümlerinden yararlanılamayacağı belirtildiğinden, daha önce aynı işyerinden ayrılan ve işsizlik ödeneği almakta iken işverence tekrar işe alınan sigortalı için bu teşvik hükümleri uygulanmayacaktır.

bb) İşverenlerin işe alınan sigortalıya ilişkin aylık prim hizmet belgesini süresinde Kuruma vermesi ve ödemesi gereken işsizlik sigortası primi ile varsa fark primleri ödemesi

Kanuna göre, işverenlerin bu teşvikten yararlanabilmeleri için, çalıştırdıkları sigortalılarla ilgili olarak 5510 sayılı Kanun uyarınca verilmesi gereken aylık prim ve hizmet belgesini yasal süresi içerisinde Sosyal Güvenlik Kurumu’na

vermeleri gerekir. Hükümün de ortaya koyduğu gibi, teşvikten yararlanabilmek için Kuruma verilmesi gereken aylık prim ve hizmet belgesi, bu teşvik kapsamındaki sigortalılarla sınırlı değildir. İşveren diğer sigortalılarına ilişkin aylık prim hizmet belgelerini de süresinde Kuruma vermiş olmalıdır.

Teşvikten yararlanmak için gerekli olan diğer bir koşul ise, işe alınan sigortalının teşvik kapsamında olmayan işsizlik sigortası primi ile varsa teşvik dışında kalan diğer primlerin Kuruma ödenmiş olmasıdır. Aşağıda da değinileceği üzere, sigortalıların prime esas kazançlarının tamamı değil, alt sınır üzerinden ödenecek primleri teşvik kapsamına alınmıştır. Bu nedenle, eğer sigortalının prime esas kazancı alt sınırın üzerinde ise, işveren bu teşvikten yararlanabilmek için aradaki farkın primlerini Kuruma ödemek zorundadır. Bunun gibi, sigortalının kazancı prime esas kazancın alt sınırını aşmasa da, sigortalının çalıştırıldığı işyerinin kısa vadeli sigorta kolu primi % 1'den fazla ise bu durumda da işverenin ödemesi gereken fark prim çıkacaktır. İşte işveren söz konusu sigortalılar için ödemesi gereken primi ödemediği sürece bu teşvikten yararlanma olanağına sahip değildir.

Kanunda bu konuya ilişkin olarak "Söz konusu primlerin İşsizlik Sigortası Fonundan karşılanabilmesi için işverenlerin çalıştırdıkları sigortalılarla ilgili olarak 5510 sayılı Kanun uyarınca aylık prim ve hizmet belgelerini yasal süresi içerisinde Sosyal Güvenlik Kurumuna vermesi, varsa prime esas alt kazanç sınırı ile prime esas kazanç arasındaki fark ve kısa vadeli sigorta kollarına ilişkin prim tutarı farkı ile işsizlik sigortası primlerini Sosyal Güvenlik Kurumuna ödemiş olması şarttır." denilmektedir. Hüküm incelendiğinde, bu teşvikten yararlanmak için işverenin ödemesi gereken primlerin bu kapsamda işe alınan sigortalılara ilişkin ol-

Eğer sigortalının prime esas kazancı alt sınırın üzerinde ise, işveren bu teşvikten yararlanabilmek için aradaki farkın primlerini Kuruma ödemek zorundadır.

duğu anlaşılmaktadır. Gerçekten, Kanun metninde, işyerinde çalışan tüm sigortalılara ilişkin primlerin ödenmiş olmasından söz edilmemektedir. Bu nedenle, teşvike konu sigortalı ya da sigortalılara ilişkin prim borcunun bulunmaması halinde, işverenin bu teşvik kapsamında olmayan diğer sigortalılara ilişkin prim borcu bulursa dahi teşvikten yararlanılabileceği sonucuna ulaşılmaktadır.

Kapsam kısmında da belirttiğimiz üzere, teşvik hükmü, 21/4/2005 tarihli ve 5335 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 30. maddesinin ikinci fıkrası kapsamına giren kurum ve kuruluşlara ait işyerlerinde çalışmaya başlayanlar hakkında uygulanmayacaktır. Belirtilen düzenlemede, kamu idarelerinden söz edilmektedir. O halde, söz konusu teşvik hükümleri sadece özel işyerlerinde çalışan işçiler ile onların işverenleri hakkında uygulanacak, kamu idareleri ve buralarda çalışanlar hakkında uygulanmayacaktır.

c) Teşvikin Konusu

Teşvik hükmü uyarınca, hem sigortalıların hem de işverenlerin prim yükünün bir kısmının İşsizlik Sigortası Fonu'ndan karşılanması öngörülmektedir. Söz konusu düzenlemeye göre, 5510 sayılı Kanun'un 81. maddesinde sayılan ve 82. maddesi uyarınca belirlenen prime esas kazanç alt sınırı üzerinden hesaplanan kısa vadeli sigorta primi tutarının yüzde biri olmak üzere işçi (sigortalı) ve işveren payı sigorta primleri ile genel sağlık sigortası primi kalan işsizlik ödeneği süresince Fondan karşılanır.

Hemen görüleceği üzere teşvikle ilgili olarak konu bakımından iki farklı sınırlama getirilmiştir. Bunlardan ilki, prim oranlarının uygulanacağı kazanç tutarına ilişkin olup, diğeri ise sigorta kolları ve prim oranlarına ilişkindir.

Kanuna göre, teşvik, 5510 sayılı Kanun'un 82. maddesi uyarınca belirlenen prime esas kazanç alt sınırı üzerinden hesaplanan tutara uygulanacaktır. 5510 sayılı Kanun'un 82. maddesinde, alınacak prim ve verilecek ödeneklerin hesabına esas tutulan günlük kazancın alt sınırının, asgarî ücretin otuzda biri olduğu belirtildikten sonra, günlük kazançları belirtilen alt

kazanç sınırının altında olan sigortalıların günlük kazançlarının alt sınır üzerinden hesaplanacağı, sigortalının kazancının alt sınırın altında olması halinde, sigortalıların bu kazancı ile alt sınır arasındaki farka ait sigorta primlerinin tümünün işveren tarafından ödeneceği öngörülmektedir (5510 s.K. m. 82/I-III).

5510 sayılı Kanun'un 3. maddesinde, bu Kanunun uygulanmasında, asgarî ücretin, 4857 sayılı İş Kanunu gereğince 16 yaşından büyük işçiler için belirlenen bir aylık brüt ücret olduğu ifade edilmektedir (5510 s.K. m. 3/I, 13). Dolayısıyla, 5510 sayılı Kanun'un 82. maddesi kapsamında prim hesabına esas tutulan günlük kazancın alt sınırı, 4857 sayılı İş Kanunu¹⁵ gereğince 16 yaşından büyük işçiler için belirlenen bir aylık brüt ücretin otuzda biridir. Sigortalının prime esas kazancı bu miktarı aşsa da, teşvik sadece prime esas kazanç alt sınırı üzerinden uygulanacaktır.

Öte yandan bilindiği üzere, 4857 sayılı Kanun'un 39. maddesi uyarınca yürürlüğe konulan Asgari Ücret Yönetmeliğine¹⁶ göre, 16 yaşından küçük işçiler için ayrı bir asgari ücret belirlenmektedir. Yukarıda da belirtildiği gibi, 16 yaşından küçük işçiler için belirlenen asgari ücret ile prime esas alt kazanç sınırı (16 yaşından büyük işçiler için öngörülen asgari ücret) arasındaki farkın tamamına ilişkin sigorta primleri işveren tarafından ödenmektedir (m. 82/III). İşte bu noktada işverence 16 yaşından küçük sigortalılar için ödenecek primlerin de teşvike konu olup olmadığı akla gelebilecektir. Kanun hükmünde prime esas kazanç alt sınırına kadar olan işverence ödenen primlerin teşvik kapsamında olduğu belirtildiğine göre, işverence ödenen bu farka ilişkin tutarların da teşvik kapsamında olduğunu kabul etmek gerekir.

4447 sayılı Kanun'un m.50/V hükmünde öngörülen prim teşvikinin hangi primler için söz konusu olacağı ise maddede oldukça karmaşık ve anlaşılması zor bir şekilde kaleme alınmıştır. Gerçekten Kanunda, "...prime esas kazanç alt sınırı üzerinden hesaplanan kısa vadeli sigorta primi tutarının yüzde biri olmak üzere işçi ve işveren payı sigorta primleri ile genel sağlık sigortası primi, kalan işsizlik ödeneği süresince Fondan karşılanır..." denilmektedir.

Öncelikle söyleyelim ki, sosyal sigortalar hukukunda "işçi" değil, "sigortalı" kavramı vardır. Bu nedenle kavramsal tutarlılık açısından maddede "işçi"den söz edilmesi isabetli değildir. Bunun yerine "sigortalı ve işveren"den söz edilmesi gerekirdi. Ayrıca, maddede, sigortalı ve işveren prim payları Fondan karşılanır denilmemiş, bunun yerine sosyal sigorta primlerinin tek tek sayılması yöntemi tercih edilmiştir. Ancak bu yapılırken de anlaşılabilir bir şekilde bazı sigorta kollarının isimleri açıkça söylenmiş, bir de bunların dışında genel olarak "sigorta primi"nden söz edilmiştir. Maddede diğer sosyal sigorta primlerine ilaveten sayılmış olan "sigorta primi" ibaresi ile neyin kast edildiği ise çok açık değildir. Kanun yapma tekniği bakımından yerinde olmayan bu düzenleme ilk bakışta duraksamalara neden olmaktadır. Bu nedenle aşağıda bu ibare ile neyin kast edildiği ayrıca irdelenecektir.

Teşvik kapsamına alınan primlerden ilki kısa vadeli sigorta primidir. Maddeden de anlaşılacağı üzere kısa vadeli sigorta prim tutarının sadece % 1'i teşvike konu edilmiştir. Oysa 5150 sayılı Kanun'a göre, kısa vadeli sigorta kollarının¹⁷ prim oranı, yapılan işin iş kazası ve meslek hastalığı bakımından gösterdiği tehlikenin ağırlığına göre % 1 ilâ % 6,5 oranları arasında değişmektedir (5510 s.K. m. 81/I, c). Kanun koyucu bu primin tamamının değil, ilgili işyeri için belirlenmiş olan prim oranının sadece yüzde biri (% 1) oranındaki kısmının desteklenmesini öngörmüştür. Bunun sonucunda işyeri için kısa vadeli sigorta kolu bakımından % 1'in üzerinde bir oran belirlenmiş olsa da, % 1'in üstündeki oran Fon tarafından ödenmeyecek, söz konusu farka ilişkin primler işveren tarafından karşılanacaktır. Böyle bir ayırımın isabetli olmadığı kanaatindeyiz.

Öte yandan, maddede, kısa vadeli sigorta kolları dışında yukarıda da belirtildiği gibi, "işçi ve işveren payı sigorta priminin" de Fon tarafından ödeneceği belirtilmiştir. Bilindiği gibi 5510 sayılı Kanun'da işverenlerce ödenmesi gereken primler, esas itibarıyla, malullük, yaşlılık ve ölüm sigortası primi, kısa vadeli sigorta kolları primi ve genel sağlık sigortası primidir (m. 81). İnceleme konusu yaptığımız maddede açıkça

kısa vadeli sigorta kolları primi ile genel sağlık sigortası priminden söz edildiğine göre, genel olarak sözü edilen işçi ve işveren sosyal sigorta primi ile kast edilen malullük, yaşlılık ve ölüm sigortası primi olduğu ortaya çıkmaktadır.

Kısa vadeli sigorta kollarından farklı olarak, malullük, yaşlılık ve ölüm sigortasına ilişkin primlerin tamamı teşvike konu edilmiştir. Bunun sonucunda, 5510 sayılı Kanun m. 81/I, (a) bendi uyarınca, sigortalının prime esas kazancının % 20'si olarak öngörülen ve % 9'u sigortalı payı, % 11'i ise işveren payı olan malullük, yaşlılık ve ölüm sigortası priminin tamamı teşvik kapsamına alınmıştır. Ayrıca, teşvik hükmünde, sınırlayıcı açık bir düzenleme bulunmadığından, fiili hizmet süresi zammı uygulanan işlerde çalışan sigortalılar bakımından öngörülen daha yüksek orandaki prim paylarının da teşvike konu olması gerekir.

Teşvik kapsamında olan diğer bir prim ise genel sağlık sigortası primidir. 5510 sayılı

li sigorta koluna ait prim oranlarının tamamı prime esas kazanç alt sınırı üzerinden hesaplanan tutarlarla sınırlı olmak üzere teşvik kapsamındadır. Bunun sonucunda, işveren, bu teşvik kapsamındaki sigortalıya prime esas kazanç alt sınırı üzerinden ödeme yapsa dahi, işyerinin girdiği kısa vadeli sigorta kolu prim oranı %1'den fazla ise, aşan kısım ile işsizlik sigortası primini ödemek zorunda olduğu gibi, eğer sigortalının kazancı prime esas kazanç alt sınırından fazla ise, alt kazanç sınırını aşan kısmın tüm sigorta primlerini de süresinde Kuruma ödemek zorundadırlar.

Kanunda, ayrıca teşvike konu olan primlerin, kalan işsizlik ödeneği süresince Fonan karşılanacağı ve bu sürenin başlangıçta belirlenen toplam hak sahipliği süresinden düşüleceği öngörülmektedir. Bu ifade biçiminin de yerinde olduğunu söylemek mümkün değildir. Gerçekten söz konusu düzenleme ile neyin kast edildiği tam olarak anlaşılmamaktadır. Ko-

Teşvik hükmünde, sınırlayıcı açık bir düzenleme bulunmadığından, fiili hizmet süresi zammı uygulanan işlerde çalışan sigortalılar bakımından öngörülen daha yüksek orandaki prim paylarının da teşvike konu olması gerekir.

Kanun'da, genel sağlık sigortası primi, kısa ve uzun vadeli sigorta kollarına tâbi olanlar için 82. maddenin birinci fıkrasına göre hesaplanan prime esas kazancın % 12,5'i olarak düzenlenmiş, bu oranın % 5'inin sigortalı payı, % 7,5'inin ise işveren payı olduğu öngörülmüştür¹⁸. İşte söz konusu prim oranının tamamı da teşvik kapsamına alınmıştır. (5510 sK. m. 81/I, f).

Teşvike ilişkin düzenleme 4447 sayılı Kanun'da yer almasına rağmen, işsizlik sigortası primleri teşvik kapsamına girmemektedir. Dolayısıyla bu sigorta kolu için tahakkuk eden primi işverenlerin süresinde Kuruma ödemeleri gerekir. Aynı şekilde, sigortalıların prime esas kazançları üzerinden işsizlik sigortası priminin de kesilmesi gerekmektedir.

Sonuç olarak, kısa vadeli sigorta koluna ait prim oranından sadece % 1 oranına ilişkin kısım ile genel sağlık sigortası ve uzun vade-

nuya açıklık kazandırmak için ise öncelikle işsizlik ödeneğinin süresinden ve kesilmesinden söz edilmesi gerekir.

4447 sayılı Kanun'a göre, hizmet akdinin sona ermesinden önceki son 120 gün prim ödeyerek sürekli çalışmış olanlardan, son üç yıl içinde; 600 gün sigortalı olarak çalışıp işsizlik sigortası primi ödemiş olan sigortalı işsizlere 180 gün; 900 gün sigortalı olarak çalışıp işsizlik sigortası primi ödemiş olanlar 240 gün; 1080 gün sigortalı olarak çalışıp işsizlik sigortası primi ödemiş olanlara ise 300 gün süre ile işsizlik ödeneği verilir (m. 50/II). İşsizlik ödeneği işsiz kişilere ödendiği için, ödenek almakta olanların çalışmaya başlamaları ile birlikte bu ödenek de kesilir (m. 52/I, b)¹⁹. Sigortalı, işsizlik ödeneğinden yararlanma süresini doldurmadan tekrar işe girer ve işsizlik sigortası ödeneğinden yararlanmak için bu Kanunun öngördüğü

şartları yerine getiremeden yeniden işsiz kalırsa, daha önce hakettiği işsizlik ödeneği süresini dolduruncaya kadar bu haktan yararlanmaya devam eder (m. 50/IV).

İşsizlik ödeneği alan bir kişinin yeniden çalışmaya başlaması ile birlikte prime esas kazançları üzerinden, işsizlik sigortası primi de dahil olmak üzere 5510 sayılı Kanun uyarınca öngörülen tüm primlerin kesilmesi gerekir. İşte, 4447 sayılı Kanun'un beşinci fıkrasında düzenlenen teşvik hükmü ile, yeniden çalışmaya başlayan sigortalının kazancından işsizlik ödeneği alması gereken geri kalan süre için sosyal sigorta primi kesilmediği, daha doğru bir ifade edilen kesilen primler Fon tarafından karşılandığı için, kanun koyucu adeta bu dönemde de sigortalıya işsizlik ödeneği verilmiş gibi değerlendirme yapmış olmaktadır. Bunun sonucunda da, sigortalıya, daha sonra işsizlik ödeneğine hak kazanmak için gerekli prim ödeme süresini tamamlayamamasına rağmen işsizlik ödeneğine hak kazanacak biçimde tekrar işsiz kalması halinde de, önceki dönemden kalan ve henüz kullanılmamış işsizlik ödeneği süresinden yararlanma hakkını tanımamaktadır.

Bu düzenleme biçimini isabetli bulma olanağı bulunmamaktadır. Gerçi, yukarıda da belirtildiği gibi, bu dönemde sigortalının ücretinden (prime esas kazanç alt sınırı ile sınırlı olmak üzere ve işsizlik sigortası hariç) sosyal sigorta primi kesintisi yapılmadığı için kendisine yapılan kazandırmanın bir karşılığı olarak bu düzenlemenin öngörüldüğü söylenebilir. Fakat bu halde de sigortalıya yapılan kazandırma ile bu kazandırma sonucu elinden alınan hak arasında bir orantı olduğundan söz etmek mümkün değildir. Gerçekten, bu dönem için teşvik kapsamında sigortalıya yapılan kazandırma asgari ücretin % 15'i (yüzde 9 malullük, yaşlılık ve ölüm sigortası primi, % 5 genel sağlık sigortası primi ve % 1 işsizlik sigortası primi) oranındadır. Oysa, sigortalıya bu kazandırma yapılmamış olsa ve kısa bir süre sonra tekrar işsiz kalsa, daha önceki dönemden kalan süre için, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 39. maddesine göre onaltı yaşından büyük işçiler için uygulanan aylık asgari ücretin brüt tutarının yüzde seksenini geçmemek üzere,

son dört aylık prime esas kazançları dikkate alınarak hesaplanan günlük ortalama brüt kazancının yüzde kırkı oranında günlük işsizlik ödeneği (m. 50/D) alacaktı. Örnek vermek gerekirse, 240 günlük işsizlik ödeneği alma hakkı olan bir sigortalı 90 gün ödenek aldıktan sonra, bu teşvik hükümlerine uygun olarak bir işyerinde tekrar çalışmaya başladığında, henüz kullanmadığı 150 günlük (5 ay) işsizlik ödeneği kesilecek; buna karşılık, bu süre için kendisine ödenen asgari ücret tutarındaki ücretten sosyal sigorta primi kesilmeyecektir. Bu sigortalı 150 günlük süre geçtikten, ancak 600 günlük prim ödeme süresi dolmadan (işsizlik ödeneğine hak kazanmak için gerekli olan asgari prim ödeme koşulu) işverence işten çıkarıldığında, eğer söz konusu teşvik kapsamında bir işyerinde işe alınmamış olsa idi daha önceki dönemden kullanmadığı 150 günlük işsizlik ödeneğini almaya hak kazanacak iken, bu süre toplam hak sahipliğinden düşüldüğü için artık söz konusu süreden yararlanma hakkı olmayacaktır. Bu durumda, söz konusu düzenlemenin en azından sigortalılar için "teşvik" niteliğinde olduğu söylenemeyecektir. Gerçekten, bu niteliğiyle söz konusu düzenleme işverenler bakımından teşvik niteliğinde olmakla birlikte, sigortalılar bakımından ciddi hak kaybına neden olmaktadır.

d) Diğer Teşviklerden Yararlanılması Halinde Bu Teşvikten Yararlanamama

Teşvik hükmünde, bu maddeyle düzenlenen destek unsurundan diğer ilgili mevzuat uyarınca ayrıca yararlanmakta olan işverenlerin aynı dönem için ve mükerrer olarak bu destek unsurundan yararlanamayacağı, bu durumda, işverenlerin tercihleri dikkate alınmak suretiyle uygulamanın, destek unsurlarından sadece biriyle sınırlı olarak yapılacağı ifade edilmektedir. Dolayısıyla, incelememizin başlangıç kısmında kısaca üzerinde durduğumuz teşviklerden herhangi birinden yararlanan işveren, bu teşvik hükmünden yararlanamayacaktır. Ancak bu konuda bir hususa dikkat çekmekte yarar bulunmaktadır. İşveren bu konuda işyeri düzeyinde değil, sigortalı düzeyinde tercih hakkını kullanacaktır. Bir başka deyişle, işveren

işyerindeki bazı sigortalılar için diğer teşviklerden kendisine en uygun geleni tercih edebilecek, işsizlik ödeneği almakta iken işe aldığı bir sigortalısı olduğunda da, diğer koşulların da gerçekleşmesi halinde, m. 50/V'de öngörülen teşvik hükmünden yararlanabilecektir. Buna karşılık, aynı anda ve aynı sigortalı için birden fazla teşvik hükmünden yararlanamayacaktır²⁰.

e) Teşvikin Süresi

İşsizlik sigortasından ödenek almakta olan işçilerin işe alınması halinde uygulanan teşvik 5921 sayılı Kanun'un 4. maddesi uyarınca, 01.10.2009 tarihinde yürürlüğe girecektir. Yürürlükte kalma süresi bakımından ise bir sınırlama bulunmamaktadır. Yani yürürlük süresi bir tarihle sınırlandırılmamış olup, maddede belirtilen koşullara uygun olarak istihdam edilen bir sigortalı olduğu sürece her zaman bu teşvikten yararlanmak olanağı bulunmaktadır. Nitekim konu İşsizlik Sigortası Kanunu'nun geçici maddesinde değil, süreklilik taşıyan 50. maddesinin 5. fıkrasında düzenlenmiştir.

Teşvikin yürürlük süresi bakımından bir sınırlama olmamasına rağmen maddede belirtilen koşullara uygun bir sigortalının istihdamı halinde söz konusu sigortalı için ödenen primlerin Fon tarafından karşılanma süresi, işe alınan sigortalının işe alındığı tarihten sonraki işsizlik ödeneği alabileceği süre ile sınırlıdır. Yani, bu teşvik sigortalının işe alınmamış olsaydı, Türkiye İş Kurumundan alabileceği işsizlik ödeneği süresi ile sınırlı olarak uygulama alanı bulacaktır. Örnek vermek gerekirse; 300 günlük işsizlik ödeneği alabilecek konumda olan bir iken, 120 günden beri işsizlik ödeneği almış durumda iken işverence altı aylık ortalama çalıştırdığı sigortalı sayısına ilave olarak işe alınmış olursa, kendisini işe alan işveren bu sigortalı için geri kalan 180 günlük sürede teşvikten yararlanabilecektir.

3. Yeni İşçi (Sigortalı) İstihdamına İlişkin Teşvik

a) Genel Olarak

Yukarıda da ifade edildiği gibi, 5921 sayılı Kanun'la yukarıda incelediğimiz teşvik dışında,

4447 sayılı Kanun'a geçici 9. madde eklenerek belirli bir süreden beri işsiz olanların istihdamını teşvik etmek amacıyla bir başka düzenleme daha öngörülmüştür. Buna göre, "2009 yılının Nisan ayına ait prim ve hizmet belgelerinde bildirilen sigortalı sayısına ilave olarak, 31/12/2009 tarihine kadar, işe alınma tarihinden önceki üç aylık dönem içinde Sosyal Güvenlik Kurumuna verilen prim ve hizmet belgelerinde kayıtlı sigortalılar dışındaki kişilerden olmak kaydıyla işe alınan ve fiilen çalıştırılanlar için; 5510 sayılı Kanunun 81 inci maddesinde sayılan ve 82 nci maddesi uyarınca belirlenen prime esas kazanç alt sınırı üzerinden hesaplanan sigorta primlerinin işveren hisselerine ait tutarı, altı ay boyunca İşsizlik Sigortası Fonundan karşılanır. Bu madde kapsamında işe almaya ilişkin 31/12/2009 tarihini 30/6/2010 tarihine kadar, primlerin Fondan karşılanma süresini ise altı aya kadar daha uzatmaya, Bakanlar Kurulu yetkilidir." (4447 s. K. geç. m.9/D). Bu hükümde son yıllarda sıklıkla karşılaştığımız gibi, iç içe geçmiş koşullarla, anlaşılması zor bir şekilde kaleme alınmıştır. Aşağıda hükmün ayrıntıları incelenecektir.

Kanuna göre, İşsizlik Sigortası Fonu'ndan karşılanan prim tutarları gelir ve kurumlar vergisi uygulamalarında gider veya maliyet unsuru olarak dikkate alınmaz. Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından belirlenir.

b) Teşvikin Kapsamı

Bu teşvik hükmü de 4447 sayılı Kanun'da düzenlendiğinden bu teşvikten de, kural olarak, 4447 sayılı Kanun'un kapsamına giren işverenler yararlanacaklardır. Yukarıda bu konuda bilgi verildiği için²¹ 4447 sayılı Kanun'un kapsamına kimlerin girdiği konusuna burada ayrıca değinilmeyecektir²².

Maddede, sadece işverenlerin hissesine düşen primlerin bir kısmı teşvik kapsamında değerlendirilmiş, sigortalıların prime esas kazançlarından sigortalı adına kesilecek primler bakımından herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Dolayısıyla, işsizlik ödeneği alanların istihdamından farklı olarak, sigortalıların

ödemeleri gereken primler bu madde çerçevesinde teşvik kapsamında değildir.

Kanunda, teşvik hükmünün, (maddenin üçüncü fıkrasının (e) bendi hükmü saklı kalmak kaydıyla) 5510 sayılı Kanun kapsamında bulunanlarla aynı şartlarda olmak üzere, 506 sayılı Kanun'un geçici 20. maddesi kapsamındaki sandıkların statülerine tabi personeli için de uygulanacağı belirtilmiştir. Bu nedenle, bu teşvik hükümlerinden banka ve sigorta sandıklarına tabi sigortalı çalıştıran işverenler de yararlanabileceklerdir.

Son olarak, kamu kurum ve kuruluşları bu teşvik hükmünden de yararlanamamaktadırlar. Zira, Kanun hükmünün üçüncü fıkrasının (e) bendinde, teşvik hükümlerinin, 21.04.2005 tarihli ve 5335 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 30. maddesinin ikinci fıkrası kapsamına giren kurum ve kuruluşlara ait işyerlerinde çalışmaya başlayanlar hakkında uygulanmayacağı açıkça ifade edilmiştir. Bu kapsama giren kurum ve kuruluşların neler olduğu daha önce açıklanmıştır²³. Bu nedenle bu konuda da daha önceki açıklamalarımıza atıf yapmakla yetiniyoruz. Ancak sonuç olarak şunu söyleyebiliriz ki, incelemekte olduğumuz teşvik hükmünden de sadece özel sektördeki işverenler yararlanabileceklerdir.

c) Teşvikin Koşulları ve Sınırları

Teşvik hükmünden yararlanmak için maddede bazı koşullar öngörülmüştür. Bunları esas itibarıyla istidam edilen sigortalıya ilişkin koşullar ve işverenlerin yerine getirmesi gereken koşullar olarak ikiye ayırmak mümkündür. İstihdam edilen sigortalıya ilişkin koşullar da üç başlık altında toplanabilir.

Kanuna göre, işverenin bu teşvikten yararlanabilmesi için sigortalının 2009 yılının Nisan ayına ait prim ve hizmet belgelerinde bildirilen sigortalı sayısına ilave olarak işe alınmış olması gerekir²⁴. Görüldüğü gibi, bu konuda da kanun koyucu işverenin mevcut sigortalılarından birini işten çıkarması ya da işten çıkan bir sigortalısının yerine yeni bir sigortalı alması halinde bu teşvikten yararlanmasını kabul etmemiştir. Bir başka deyişle, daha önceki teşviklerde ol-

duğu gibi, bu teşvikte de kanun koyucunun amacı ilave istihdam yaratmaktır. Ancak bu teşvik hükmünde, ilave istihdam olup olmadığı, daha öncekilerden farklı olarak, belirli bir dönemin ortalamasına göre değil, belirli bir aydaki işçi sayısının aşılmasına göre belirlenmiştir. Bu bağlamda da 2009 yılının Nisan ayı temel alınmıştır. Bu düzenleme bize göre daha yalın, daha kolay hesaplanabilir nitelikte olduğu için daha isabetlidir.

Öte yandan, bu teşvikten yararlanmak için yukarıda belirttiğimiz koşulun varlığı yeterli değildir. Ayrıca sigortalının işe alındığı tarihten önceki üç aylık dönem içinde Sosyal Güvenlik Kurumuna verilen prim ve hizmet belgelerinde kayıtlı sigortalı niteliğinde olmaması gerekir. Daha önceki uygulamalar da göz önünde tutulduğunda, sigortalının, işe alındığı işyeri için verilmiş bulunan aylık prim hizmet belgesinde kayıtlı olmaması yeterli değildir. Ayrıca işe alındığı tarihten önceki üç aylık dönemde, Kuruma verilmiş hiçbir aylık prim ve hizmet belgesinde kayıtlı olmaması gerekir. Teşvikin belirli bir süreden beri işsiz olanların istihdamına yönelik olarak getirildiği göz önünde tutulduğunda hükmün bu şekilde yorumlanması çok daha isabetli olacaktır. Nitekim benzer düzenlemenin bulunduğu genç işçi teşvikine ilişkin Kurum genelgesinde de aynı yönde düzenleme yapılmış²⁵, sigortalının hiçbir aylık prim ve hizmet belgesinde kayıtlı olmaması gerektiği açıklığa kavuşturulmuştur.

4447 sayılı Kanun'un geçici 9. maddesi kapsamında işe alınan sigortalılardan dolayı teşvikten yararlanabilmek için öngörülen bir diğer koşul ise, sigortalının en geç 31.12.2009 tarihine kadar işe alınmış olmasıdır. Ancak Kanunda Bakanlar Kurulu'na, bu madde kapsamında işe almaya ilişkin 31.12.2009 tarihini 30.06.2010 tarihine kadar uzatma yetkisi verilmiştir. Eğer Bakanlar Kurulu'nca bu yetki kullanılmazsa, 31.12.2009 tarihinden sonra işe alınacak bir sigortalıdan dolayı bu teşvikin uygulanması mümkün değildir. Anılan sürenin 30.06.2009 tarihine kadar uzatılması halinde ise 30.06.2010 tarihi geçtikten sonra işe alınacak sigortalılar hakkında söz konusu teşvik yine uygulanamayacaktır.

Kanunda teşvikten yararlanılabilmesi için öngörülen diğer bir koşul ise, bu kapsamda işe alınan işçinin işyerinde fiilen çalıştırılmasıdır. Belirtelim ki, bu konuda 4447 sayılı Kanun'un geçici 7. maddesinde düzenlenen genç işçi istihdamını teşvike yönelik hükme ilişkin Genelgede²⁶, söz konusu teşvik hükmünden yararlanmak için sigortalının işyerinde eylemli olarak çalışmasının bulunması şart koşulmakta, sigortalıya ücret ödenmesine rağmen eğer sigortalı yıllık ücretli izinde ise ya da istirahatli ise, söz konusu dönem için teşvik hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmektedir. Böyle bir yorumu isabetli bulma olanağı yoktur. Aynı yorumun bu teşvik kapsamında da yapılması halinde, bu teşvik hükmünün de kağıt üstünde kalacağını söylemek bizce yanlış olmayacaktır. Bize göre, eylemli çalışma ile başlayan bir iş ilişkisinin devam ettiği dönemde, işçinin yıllık ücretli izin ve istirahat gibi nedenlerle teşvik dönemi içinde bir süre eylemli olarak çalışmamış olması, bu sürelerle ilişkin primlerin teşvik dışında tutulmasını gerektirmemelidir. Böyle bir düzenleme uygulamada birçok soruna ve karmaşaya neden olabilecek niteliktedir.

Öte yandan işveren payına ait primlerin İşsizlik Sigortası Fonu'ndan karşılanabilmesi için, işverenlerin, çalıştırdıkları sigortalılarla ilgili olarak 5510 sayılı Kanun uyarınca aylık prim ve hizmet belgelerinin yasal süresi içerisinde Sosyal Güvenlik Kurumu'na vermeleri ve sigortalıların tamamına ait sigorta primlerinin sigortalı payına isabet eden tutarı ile İşsizlik Sigortası Fonu'ndan karşılanmayan işveren payına ait tutarı ödemeleri şarttır. Bu maddeye göre işveren tarafından ödenmesi gereken primlerin geç ödenmesi halinde, İşsizlik Sigortası Fonu'ndan Sosyal Güvenlik Kurumu'na yapılacak ödemenin gecikmesinden kaynaklanan gecikme zammı, işverenden tahsil edilir.

d) Teşvikin Konusu

Bu teşvikin konusunu da, sigortalıların 5510 sayılı Kanun'un 81. maddesinde sayılan ve 82. maddesi uyarınca belirlenen prime esas kazanç alt sınırı üzerinden hesaplanan sigorta primlerinin işveren payına ait tutarı oluşturmaktadır. Bir başka deyişle bu teşvikte de, sigortalıya ne

kadar ücret ödendiğine bakılmaksızın sadece asgari ücret tutarı üzerinden 5510 sayılı Kanun uyarınca işverenin ödemesi gereken prim oranları dikkate alınarak hesaplanan prim miktarı altı ay boyunca İşsizlik Sigortası Fonu'ndan karşılanacaktır. 4857 sayılı Kanun'un 39. maddesi uyarınca yürürlüğe konulan Asgari Ücret Yönetmeliği'ne²⁷ göre, 16 yaşından küçük işçiler için belirlenen asgari ücret ile prime esas alt kazanç sınırı (16 yaşından büyük işçiler için öngörülen asgari ücret) arasındaki farkın tamamına ilişkin olarak işverence ödenen ve işveren payına dahil olan prim tutarları da yine teşvik kapsamındadır.

Teşvik kapsamındaki sosyal sigorta primleri, malullük, yaşlılık, ölüm sigortası, kısa vadeli sigorta kolu primi ve genel sağlık sigortası primidir. Teşvik hükmünde, sınırlayıcı açık bir düzenleme yer almadığından fiili hizmet süresi zammı uygulanan işlerde çalışan sigortalılar için öngörülen prim oranları da teşvike konu olacaktır. Bunun gibi, geçici 9. maddede, işsizlik ödeneği almakta olanların istihdamına ilişkin düzenlemeden farklı olarak kısa vadeli sigorta kolları prim oranına ilişkin herhangi bir sınırlama bulunmadığı için, işverenin işyerinin girdiği kısa vadeli sigorta kolu priminin tamamı teşvik kapsamındadır. Buna karşılık, maddede açıkça sadece 5510 sayılı Kanun'da sayılan primlere atıf yapıldığı için işverenin ödediği işsizlik sigortası primi teşvik kapsamında değildir. Hatta, Kanunda, diğer hususların yanı sıra, teşvikle koşullara ve sınırlamalara bakıldığında teşvikten yararlanılabilmesi için, işsizlik sigortası primlerinin zamanında yatırılması gerektiği ifade edilmektedir.

e) Teşvikin Uygulanamayacağı Haller

Kanunda, teşvikin hangi hallerde uygulanamayacağı da ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir (4447 s. K. geç. m. 9/III). Bu düzenlemelerden bazıları işveren tarafından başvurulabilecek kötünietli uygulamaları engelleme amacı taşımakta, bazıları ise, örneğin sosyal güvenlik destek primine tabi olarak çalışanlarda olduğu gibi, belirli bazı çalışanlar bakımından teşvik uygulamasını bir tercih olarak kabul etmemektedir.

Öncelikle Kanuna göre, teşvik hükümlerinin uygulanmasında, 01.10.2003 tarihinden sonra özelleştirme kapsamında devir alınan işyerleri hariç olmak üzere, mevcut ve faaliyette bulunan işyerlerinin devredilmesi, birleşmesi, bölünmesi veya nevi değiştirmesi gibi hallerde yeni işe başlama olarak değerlendirilmeyecektir. Ayrıca, mevcut bir işyerinin kapatılarak, değişik bir ad veya unvan ya da bir iş birimi olarak aynı faaliyette açılması veya çalışan sigortalıların bütün olarak devredilmesi halinde de bu işyerlerinde teşvik uygulanmayacaktır. Aynı şekilde, yönetim ve kontrolü elinde bulunduracak şekilde doğrudan veya dolaylı ortaklık ilişkisi bulunan şirketler arasında istihdamın kaydırılması, şahıs işletmelerinde işletme sahipliğinin değiştirilmesi gibi ek bir kapasite ve istihdam artışına neden olmayan, sadece teşviklerden yararlanmak amacıyla yapılan işlemler hakkında da teşvik söz konusu olmayacaktır.

Kanunda kamudan alınan işlerde çalıştırılacak sigortalılardan dolayı da teşvik hükümlerinin uygulanmaması esas benimsenmiş ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve bu Kanundan istisna olan alımlar ile uluslararası anlaşma hükümlerine istinaden yapılan hizmet alımları ve yapım işlerini yürüten işyerleri hakkında teşvik hükümlerinin uygulanmayacağı hükmüne yer verilmiştir. Kapsam kısmında da belirttiğimiz gibi, teşvik hükmü, 21.04.2005 tarihli ve 5335 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 30. maddesinin ikinci fıkrası kapsamına giren kurum ve kuruluşlara ait işyerlerinde çalışmaya başlayanlar hakkında uygulanamayacaktır.

Kanun koyucu zaten bir gelire sahip olan sigortalıların işe alımlarının desteklenmesi ihtiyacının olmadığı düşüncesi ile olsa gerek, 5510 sayılı Kanun'a göre sosyal güvenlik destek primine tabi çalışanlar hakkında teşvik hükümlerinin uygulanmaması esasını kabul etmiştir. Gerçekten Kanuna göre, 5921 sayılı Kanun'un geçici 9. maddesi sosyal güvenlik destek primine tabi olarak çalışanlarla yurt dışında çalışan sigortalılar hakkında uygulanamayacaktır.

Son olarak, kayıt dışı sigortalı çalıştırmanın önlenmesi ve bu şekilde sigortalı çalıştıran iş-

verenler hakkında bir yaptırım hükmüne de yer verilerek, Kanunda, 5510 sayılı Kanun gereğince yapılan kontrol ve denetimler sonucunda çalıştırdığı kişileri sigortalı olarak bildirmediği tespit edilen işyerleri hakkında tespit yapıldığı aydan başlanmak suretiyle uygulanmayacağı belirtilmiştir. Geçici 9. madde kapsamındaki teşvik hükmü geçici nitelikte bir teşvik olduğu için, kayıt dışı sigortalı çalıştıran işverenler, bu durumun tespitinden itibaren, belirli bir süre ile sınırlanmaksızın söz konusu teşvikten yararlanma hakkını kaybedecektir. Hüküm bizce de isabetlidir.

f) Diğer Teşviklerden Yararlanılması Halinde Bu Teşvikten Yararlanamama

Bu maddeyle düzenlenen destek unsurundan da, diğer ilgili mevzuat uyarınca ayrıca yararlanmakta olan işverenler; aynı dönem için ve mükerrer olarak bu destek unsurundan yararlanamazlar. Bu durumda, işverenlerin tercihleri dikkate alınmak suretiyle uygulama, destek unsurlarından sadece biriyle sınırlı olarak yapılır. İşsizlik ödeneği alan sigortalıların işe alınmasına ilişkin hüküm çerçevesinde verdiğimiz bilgi ve yaptığımız yorumlar bu konuda da aynen geçerlidir²⁸.

e) Teşvikin Süresi

İncelediğimiz teşvik hükmü 5921 sayılı Kanunun 4. maddesi uyarınca, 5921 sayılı Kanun'un Resmi Gazete'de yayımlandığı 18.08.2009 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunmaktadır. Yukarıda belirttiğimiz üzere, maddede, 31.12.2009 tarihine kadar işe alınan sigortalılar için işverenlerce ödenmesi gereken primlerin altı ay boyunca İşsizlik Sigortası Fonu'ndan karşılanacağı ifade edilmektedir. Öte yandan, primlerin Fondan karşılanma süresini altı aya kadar daha uzatmaya Bakanlar Kurulu yetkili kılınmıştır.

Kanunda, teşvik kapsamındaki primlerin işçilerin işe alınma tarihinden itibaren altı ay boyunca Fondan ödeneceği öngörüldüğünden (Bakanlar Kurulunca bir karar alınmaz ise) söz konusu teşvik hükmü son olarak 30.06.2010 tarihine kadar uygulanacaktır. Buna karşılık Bakanlar Kurulu'nca Kanunun öngördüğü yönde karar alınarak teşvik kapsamında işe alınma ta-

rihi 30.06.2010 olarak belirlenecek olursa, bu durumda, primler altı ay boyunca teşvik edileceğinden, Kanun hükmü son olarak 2010 yılının Aralık ayının sonuna kadar uygulama alanı bulabilecektir. Fakat söz konusu süreden sonra bu hükmün uygulanma olanağı kalmayacaktır.

IV. YATIRIMLARDA DEVLET YARDIMLARI HAKKINDA KARARLAR ÇERÇEVESİNDE TEŞVİK EDİLEN YATIRIMLARA İLİŞKİN TEŞVİK

11.08.2009 tarih ve 5921 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle, 31.05.2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'na aşağıdaki eklenen ek 2. madde ile yatırımlarda Devlet yardımları hakkında alınan kararlar çerçevesinde teşvik edilecek yatırımlara bağlı olarak gerçekleşecek istihdam için prim teşviki hakkında yeni düzenlemeler öngörülmektedir. Bilindiği üzere, mevzuatta yer alan bazı düzenlemelerle²⁹ Bakanlar Kurulu'na yatırımlarda devlet yardımları hakkında karar alma yetkisi verilmiş bulunmaktadır. Bakanlar Kurulu'nun kararlarında, diğer hususların yanı sıra, işverenlere sosyal sigorta prim teşvikine ilişkin hükümlere de yer verilmiştir³⁰. İşte, 5921 sayılı Kanun'la 5510 sayılı Kanun'a eklenen ek 2. maddesi ile, yatırımlarda Devlet yardımları hakkında kararlar çerçevesinde teşvik edilen yatırımlara bağlı olarak gerçekleştirilecek istihdamda yönelik teşvikler için genel bir düzenleme yapılmış bulunmaktadır.

Belirtilen hükümlerle, Yatırımlarda Devlet Yardımları Hakkında Kararlar çerçevesinde teşvik edilen yatırımlara bağlı olarak gerçekleştirilecek istihdam için, 5510 sayılı Kanun'un 81. maddesinde sayılan ve 82. maddesi uyarınca belirlenen prime esas kazanç alt sınırı üzerinden hesaplanan sigorta primlerinin işveren hisselerinin tamamına kadar olan kısmının Hazinece karşılanacağı ifade edilmektedir. Öte yandan, bu kapsamda olmak üzere, Hazine tarafından karşılanacak tutarın uygulama süresini, karşılama oranını ve kapsamını; yatırımın sektörü, büyüklüğü ve bulunduğu illere göre farklılaştırmaya Bakanlar Kurulu yetkili kılın-

mıştır (5510 s. K. ek m. 2/D). Kanun hükmü incelendiğinde, söz konusu teşvik kapsamında 5510 sayılı Kanun'un 81. maddesinde sayılan ve 82. maddesi uyarınca belirlenen prime esas kazanç alt sınırı üzerinden hesaplanan sigorta primlerinin işveren hisselerinin tamamına kadar olan kısmının Hazine tarafından karşılanacağı belirtilmektedir. Burada birkaç hususa vurgu yapmak yerinde olacaktır.

Anılan düzenlemede, işsizlik sigortası primi teşvik uygulamasının dışında tutulmuştur. Zira, 5921 sayılı Kanun'la 5510 sayılı Kanun'a eklenen maddede, 5510 sayılı Kanun'da düzenlenen primlerden söz edilmektedir. Öte yandan, bu maddede söz geçen teşvik kapsamında da sadece işverenlerin hisselerine düşen sigorta primleri düzenlenmekte, sigortalıların hisselerine düşen primler kapsama alınmamaktadır. Bu düzenleme çerçevesinde de, sadece prime esas alt kazanç sınırı üzerinden hesaplanan sigorta primlerinin işveren hisselerinin tamamı Hazine tarafından karşılanacak, sigortalıların ücretinin alt kazanç sınırının üstünde olması halinde, bunun üstündeki ücretlere ilişkin olarak hesaplanan primlerden işverenlerin hisselerine düşen kısım, işverenler tarafından karşılanacaktır. Buna karşılık, maddede Hazine tarafından karşılanacak tutarın uygulama süresini, karşılama oranını ve kapsamını; yatırımın sektörü, büyüklüğü ve bulunduğu illere göre farklılaştırmaya Bakanlar Kurulu yetkili kılınmıştır. Dolayısıyla, bu miktarlar Bakanlar Kurulu'nun alacağı bir kararla değiştirilebilir.

5510 sayılı Kanun'un ek 2. maddesindeki düzenlemeye göre de, işveren payına ait primlerin karşılanabilmesi için işverenlerin, çalıştırdıkları sigortalılarla ilgili olarak 5510 sayılı Kanun uyarınca aylık prim ve hizmet belgelerini yasal süresi içerisinde Sosyal Güvenlik Kurumu'na vermesi ve sigortalıların tamamına ait sigorta primlerinin sigortalı hisselerine isabet eden tutarın Hazinece karşılanmayan kısmını ödemiş

Teşvikler hem çok kısa süreli hem de iç içe geçmiş birçok koşula bağlanmıştır.

olmaları gerekmektedir (5510 s. K. Ek m. 2/II). Ayrıca, bu maddeye göre işveren tarafından ödenmesi gereken primlerin geç ödenmesi halinde, Hazineden Sosyal Güvenlik Kurumu'na yapılacak ödemenin gecikmesinden kaynaklanan gecikme zammı, işverenden tahsil edilir (5510 s. K. Ek m. 2/II).

Sözü edilen teşvik uygulamasına ilişkin usul ve esaslar Hazine Müsteşarlığı tarafından belirlenecektir (5510 s. K. Ek m. 2/III).

V. SONUÇ

Ekonomik kriz ortamında ve ekonomik krizin etkilerinin azaltılması bağlamında çıkarılmış olan bu teşviklerin sigortalıların işe alınmasını olumlu etkileyecek nitelikte olduğunu söylemek mümkün değildir. Teşvikler hem çok kısa süreli hem de iç içe geçmiş birçok koşula bağlanmıştır. Her ne kadar, 5921 sayılı Kanun'la getirilen teşviklerden yararlanmak için öngörülen koşullar, daha önceki teşviklerden, özellikle de 4447 sayılı Kanun'un geçici 7. maddesinde düzenlenen teşvikten daha yalın koşullara ve uygulanma esaslarına bağlanmış olsa da, bu şekilde bile yine de uygulamada sorun yaratacak niteliktedir.

Bu bağlamda, öncelikle, işsizlik ödeneği almakta olan sigortalılara ilişkin teşvikte, işe alınan ve teşvik kapsamında olan sigortalının tekrar işsiz kalması halinde, daha önce teşvikten yararlandığı sürenin toplam hak sahipliğinden düşürülmesi hükmünün tekrar gözden geçirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Yeni sigortalı istihdamına ilişkin teşvik kapsamında da, sigortalının fiilen çalıştırılmasına ilişkin koşulun çok katı uygulanmaması; genç işçi istihdamına yönelik teşvik uygulamasında olduğu gibi, sigortalının istirahatli olduğu ya da yıllık izinde olduğu süreleri de kapsar biçimde geniş yorumlanmaması gerekir. Zira bu teşvikin kapsamında işverenlerin prim yüklerinin azaltılmasının yanında, daha da önemli olarak uzun zamandan beri işsiz olanların istihdamının sağlanması yatmaktadır. Oysa bu ve bunun gibi bürokratik işlemler ve sigortalıların durumlarının sürekli takip zorunluluğu işverenleri daha basit, takibi daha kolay teşviklere yöneltmektedir. Bu durum da işsiz sigortalıların

aleyhine olmaktadır. Bu nedenle çıkarılacak Genelgede teşvikin uygulanmasını zorlaştıran düzenlemeler yapmak yerine, istihdamı teşvik etme amacına uygun olarak kolaylaştıran yorumlar yapmak isabetli olacaktır.

Öte yandan ülkemizdeki sosyal sigorta prim oranlarının çok yüksek olduğu ve işçilik maliyetlerini önemli ölçüde arttırdığı bilinen bir gerçektir. Bu bağlamda, halen uygulanmakta olan mevcut prim oranlarının daha aşağıya çekilmesi sürekli olarak dile getirilmektedir. Esas itibariyle, olağan veya olağanüstü dönemlerde prim teşviki öngörmek yerine, mevcut prim oranlarının sürekli olarak uygulanmak üzere aşağıya çekilmesinin daha yerinde olacağı söylenebilir. Böyle bir yöntemle, hem kayıtdışı çalıştırılan sigortalıların en azından bir kısmının kayıt altına alınması mümkün olabilecek hem de ulusal ve uluslararası rekabet bakımından işyerlerinin daha rahat hareket etmesine olumlu katkı sağlanabilecektir.

DİPNOTLAR

- 1 R.G. 18.08.2009, 27323.
- 2 15.05.2008 tarih ve 5763 sayılı "İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun" (RG. 26.05.2008, 26887).
- 3 Bu teşvikte ilişkin olarak bakınız; Caniklioğlu Nurşen: 5510 Sayılı Kanunun Prime İlişkin Öngördüğü Yeni Düzenlemeler ve 5763 Sayılı Kanunun Prim Teşvikine İlişkin Hükümleri, (Prime İlişkin Yükümlülükler), "İstihdam Paketi ve Sosyal Güvenlikteki Yeni Düzenlemeler İşletmelere Ne Getiriyor?" Semineri, TİSK-PERYÖN, İstanbul Temmuz 2008, 171 vd; Güzel, Ali/Okur, Ali Rıza/Caniklioğlu, Nurşen: Sosyal Güvenlik Hukuku, 5510 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış 12. Bası, 287 vd; Taşaltın, Abdullah: İstihdam Paketi İle Getirilen Teşvikler, Sosyal Güvenlik Dünyası Dergisi, Y. 10, S. 49, Mayıs-Haziran 2008, 77-78; Yelmen, Yunus: 5763 Sayılı "İş Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun" ile İşverenlere Getirilen Prim Teşvikleri, Sosyal Güvenlik Dünyası Dergisi, Y. 10, S. 50, Temmuz-Ağustos 2008, 45-46; Bayhan, Tevfik: İstihdam Paketi İle Genç İşçi ve Kadın İşçi İstihdamı İçin Getirilen Teşvikler, Sosyal Güvenlik Dünyası Dergisi, Y. 10, S.50, Temmuz-Ağustos 2008, 1008-111.
- 4 Bu koşul daha önce, "bu maddenin yürürlük tarihinden önceki altı aya" ilişkin aylık prim ve hizmet belgesinde yer almamak biçimindeydi. 5838 sayılı Kanun'la, bu koşula ilave olarak "2008 yılı Aralık ve 2009 yılı Ocak aylarına ilişkin" ibareleri eklenmiştir.
- 5 Bu sürede daha önce bir yıl iken, 5838 sayılı Kanun'un 32. maddesiyle iki yıl olarak değiştirilmiştir.

- 6 Güzel/Okur/Caniklioğlu, 287.
- 7 31.01.2006 tarih ve 5510 sayılı “Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu”nun (RG.16.06.2006, 26200) “Diğer kanunlardaki atflar” başlıklı 104 maddesinin, 17.04.2008 t. ve 5754 s. K. m. 62 ile değişik birinci fıkrasında, “Bu Kanunla yürürlükten kaldırılmayan hükümleri saklı kalmak kaydıyla, 17/7/1964 tarihli ve 506 sayılı, 2/9/1971 tarihli ve 1479 sayılı, 17/10/1983 tarihli ve 2925 sayılı, 17/10/1983 tarihli ve 2926 sayılı ve 8/6/1949 tarihli ve 5434 sayılı kanunlara yapılan atflar ile ilgili mevzuatında emeklilik, malûlülük, vazife malûlülüğü ve sosyal sigorta haklarına, yardımlarına ve yükümlülüklerine, iştirakçiliğe ve sigortalılığa, dul, yetim ve hak sahipliği şartlarına, emekli ikramiyesine, ek ödemelere, sağlık hizmetleri veya tedavi bedellerinin ödenmesine ilişkin yapılan atflar bu Kanunun ilgili maddelerine yapılmış sayılır.” denilmektedir.
- 8 5510 sayılı Kanun’un 108. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde, önceki bette sayılanların dışında kalan diğer düzenlemelerin (81. maddenin birinci fıkrasının teşvikle konu olan (i) bendini kapsamak üzere), “Bu Kanununun; ...a) Diğer hükümleri 2008 yılı Ekim ayı başında, yürürlüğe girer.” denilmektedir.
- 9 Bu teşvike ilişkin olarak bakınız; Güzel/Okur/Caniklioğlu, 284 vd; Caniklioğlu Nurşen: Prime İlişkin Yükümlülükler, 162 vd; Caniklioğlu, Nurşen/ Ocak, Saim: İşverenlerin Malûllük, Yaşlılık ve Ölüm Sigortası Prim Payında Yüzde Beş İndirim, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2009, S. 21, 205-238; Ergin, Hediye: İşverenlere Getirilen Beş Puanlık Prim İndirimi, Sicil Aralık 2008, S. 12, 176-186; Polat, Atilla: Malûllük-Yaşlılık ve Ölüm Sigortaları Prim Oranının İşveren Hissesine Ait Kısmının Beş Puanlık İndirim Uygulanması, Sosyal Güvenlik Dünyası Dergisi, Y. 11, S.52, Kasım-Aralık 2008, 14-20; Pekten, Ali: İşveren Prim Hissesinden 5 Puanlık İndirim Uygulanması, Sosyal Güvenlik Dünyası Dergisi, Y. 11, S.52, Kasım-Aralık 2008, 29-34; Ulugöz, Davut: İşveren Beş Puanlık İndirim, Sosyal Güvenlik Dünyası Dergisi, 14-20; Y. 12, S. 55, Mart 2009, 61-86; Taşaltın, 76-77; Yelmen, 48-49.
- 10 Bu konuda bilgi için bkz. Süngü, 132 vd.; Güzel/Okur/Caniklioğlu, 285-286, 288 vd.
- 11 Bu karar için bkz. RG, 16.07.2009, 27290. Karara ilişkin Yatırımlarda Devlet Yardımları Hakkında Kararın Uygulanmasına İlişkin Tebliğ (Tebliğ no: 2009/1) için bkz. RG, 28.07.2009, 27302.
- 12 Bu konu hakkında 5921 sayılı Kanun’la getirilen genel nitelikli düzenleme için bkz, IV.
- 13 4447 sayılı Kanun’a göre kimlerin sigortalı sayılacakları hakkında geniş bilgi için bkz. Güzel/Okur/Caniklioğlu, 623 vd; Tuncay, A.Can/Ekmekçi, Ömer: Sosyal Güvenlik Hukuku’nun Esasları, İstanbul 2008, 403, 407-409; Şakar, Müjdat: Sosyal Sigortalar Uygulanması, Yenilenmiş 9. Baskı, İstanbul 2009, 287-288.
- 14 Bkz. Aşağıda III, 2, b, d.
- 15 RG. 10.06.2003, 25134.
- 16 RG. 01.08.2004, 25540.
- 17 5510 sayılı Kanun’da, kısa vadeli sigorta kolları, iş kazası ve meslek hastalığı, hastalık ve analık sigortası kollarını ifade edecek biçimde tanımlanmıştır (m. 3/I,4). Sözü edilen sigorta kolunda, iş kazası ve meslek hastalığı, hastalık ve analık sigortası kollarına ilişkin parasal hususlar düzenlenmiştir. Sağlıkla ilgili hususlar ise genel sağlık sigortası kapsamında düzenlenmiş bulunmaktadır.
- 18 Ayrıca aynı düzenlemede, yalnızca genel sağlık sigortasına tâbi olanlar ile 60. maddenin birinci fıkrasının (e) bendi ve bu Kanunun geçici 13. maddesinde belirtilenlerin genel sağlık sigortası priminin prime esas kazancının % 12’si olduğu ifade edilmiştir (5510 s.K. m. 81/I,f).
- 19 Bu konuya ilişkin olarak bkz. Güzel/Okur/Caniklioğlu, 641; Tuncay/Ekmekçi, 422; Şakar, 295.
- 20 Daha önceki teşvik hükümlerinde de aynı yönde öngörülen düzenlemeyle bağlantılı olarak bkz. Caniklioğlu, Primlere İlişkin Yükümlülükler, 167-168, 175; Güzel/Okur/Caniklioğlu, 285; Caniklioğlu/Ocak, 225-226; Ergin, 183.
- 21 Bkz. yukarıda III, 2, a.
- 22 Şunu da belirtelim ki, teşvik hükmünden her ne kadar 4447 sayılı Kanun’un kapsamına giren işverenler yararlanacaksa da, geçici 9. maddenin 3. fıkrasında ayrıntılı olarak düzenlenen durumdaki işverenlerin bu teşvikten yararlanmaları mümkün değildir.
- 23 Bkz. yukarıda III, 2, a.
- 24 Örnek olarak, bir işyerinde Nisan ayında çalışmakta olan işçilerin sayısı 20 iken, Eylül ayında bu sayı 15’e düşmüşse, işveren eylül ayında teşvik kapsamında işe üç işçi almış olsa dahi teşvikten yararlanamayacaktır. Zira, eylül ayındaki işçi (sigortalı) sayısı Nisan ayındaki sayıdan daha azdır. Buna karşılık, Kasım ayında işyerine 5 işçi alması halinde artık işyerindeki işçi sayısı Nisan ayında olduğu gibi 20 olduktan sonra, artık bu sayıya ilave olarak maddedeki diğer koşullara uygun bir sigortalı istihdam ettiğinde teşvik hükümlerinden yararlanma olanağı da başlayacaktır. Diğer bir örnek olarak, işçi sayısının Nisan ayında 20, Eylül ayında 40 olması durumunda, Eylül ayındaki sayı Nisan ayındaki 20 sayısının üzerinde olduğu için, alınacak 41. işçi ve devamında alınacak işçiler bakımından işveren teşvikten yararlanabilecektir
- 25 Bkz. 01.08.2008 tarihli ve 2008-73 sayılı Genelge.
- 26 Bkz. 01.08.2008 tarihli ve 2008-73 sayılı Genelge.
- 27 RG. 01.08.2004, 25540.
- 28 Bu konuya ilişkin bilgi için bkz. yukarıda III, 2, d.
- 29 Bu konuda bkz. dn.1’deki düzenlemeler.
- 30 Bu konuda Bakanlar Kurulu tarafından verilmiş olan yakın tarihli bir karar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz, RG. 16.07.2009, 27290.

Yrd. Doç. Dr. Hediye ERGİN

Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

5510 Sayılı Kanun'da Fiili Hizmet Süresi Zammı Uygulaması

1. GİRİŞ

Fiili hizmet süresi zammı, bazı ağır, tehlikeli ve yıpratıcı işlerde çalışanların ya da görevleri nedeniyle irade dışı hizmet kesintisi yaşayanların fiili hizmet sürelerinin, önceden saptanmış süreler kadar artırılmasıdır.¹ Bu şekilde farazi sigortalılık süresi ve farazi prim ödeme gün sayısı oluşturularak bu işlerde çalışanlar diğer çalışanlara nazaran yaşlılık aylığına daha kısa sürede kavuşturulmakta, böylelikle daha avantajlı duruma getirilmektedirler.

İtibari hizmet süresi, 506 sayılı Kanun'un Ek 5. maddesinde ve 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu'nda fiili hizmet zammı adı altında düzenlenmişti. Ancak bu süreler 1479 sayılı Bağ-Kur Kanunu'nda, 2926 sayılı Tarım Bağ-Kur Kanunu'nda veya 2925 sayılı Tarım Sosyal Sigortalar Kanunu'nda düzenlenmemiştir. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 106. maddesi ile 506 sayılı Kanun'un itibari hizmet süresine ilişkin ek 5. maddesi ile 5434 sayılı Kanun'un fiili hizmet süresi zammına ilişkin 32. maddesi yürürlükten kaldırılmış, 5510 sayılı Kanun'da bu süreler "fiili hizmet süresi zammı" (m.40) ve "itibari hizmet süresi zammı" (m.49) ola-

rak iki farklı başlıkta ve iki farklı maddede düzenlenmiştir.²

Anayasa Mahkemesi'nin 15.12.2006 tarihli, 5510 sayılı Kanun'un bazı maddelerinin kısmen ya da tamamen iptaline ilişkin kararında,³ 40. maddede yer alan cetvelin 8., 12., 13. ve 14. sıralarındaki düzenlemelerin m. 4/1-c kapsamındaki sigortalılar yönünden Anayasa'nın 2., 10. ve 128. maddelerine aykırı olduğuna ve iptaline karar vermiştir.⁴ Bu cetvellerde Emniyet, MİT, TRT, zirai mücadele ve karantina, Devlet Tiyatrosu ve Cumhurbaşkanlığı Senfoni Orkestrası çalışanlarına, fiili hizmet süresi zammı eklenmesi düzenlenmekteydi.⁵ Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından sonra 5510 sayılı Kanun'da değişiklik yapan 17.4.2008 tarihli ve 5754 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun⁶ ile fiili hizmet süresi zammıyla ilgili düzenlemelerde önemli ölçüde değişiklikler yapılmıştır.

5510 sayılı Kanun'un fiili hizmet süresi zammına ilişkin hükümleri 1.10.2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 5510 sayılı Kanun'daki fiili hizmet süresi zammı uygulamasına açıklık

getirmek üzere Fiili Hizmet Süresi Zammı Uygulamasının Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik⁷ çıkarılmış ve bu yönetmelik hükümleri de 1.10.2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Son olarak da Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından 5.6.2009 tarihinde Fiili Hizmet Süresi Zammı Uygulaması konulu 2009/79 sayılı Genelge yayımlanmış ve 1.10.2008 tarihinden itibaren fiili hizmet süresi zammına ilişkin yapılacak işlemlere açıklık getirilmiştir.

Bu yazıda, 5510 sayılı Kanun, Yönetmelik ve 2009/79 sayılı Genelge ışığında yeni dönemde fiili hizmet süresi zammı uygulaması ile ilgili değişiklikler incelenecektir.

II. FİİLİ HİZMET SÜRESİ ZAMMININ KAPSAMI

1. Fiili Hizmet Süresi Zammından Yararlanan Sigortalılar

Fiili hizmet zammı uygulamasından 5510 sayılı Kanun'un 40/2. maddesinde ve Yönetmeliğin 5/1. maddesinde yer alan aşağıda belirtilen işler ve işyerlerinde çalışan ve belirtilen işleri yaparak söz konusu işlerin risklerine maruz kalarak malullük, yaşlılık ve ölüm sigortası kollarına tabi çalışan sigortalılar yararlandırılırlar. Ancak, 40. maddede düzenlenen Türk Silahlı Kuvvetlerinde, Emniyet ve Polis Teşkilatında ve Milli İstihbarat Teşkilatında geçen hizmetler için işyerinde fiilen çalışılması ve söz konusu işlerin risklerine maruz kalınması şartı aranmamıştır. Bu işlerde geçen çalışmalardan dolayı fiili hizmet süresi zammı uygulamasından yararlanılabilmesi için çalışmanın ilgili kamu idaresinde ve belirtilen kadro ve unvanlarda geçmesi yeterlidir (5510 s.K. m.40/I).

5510 sayılı Kanun'un 40. maddesinde 15 başlık altında düzenlenen fiili hizmet süresi zammı kapsamında olan işler ve işyerleri aşağıdaki gibidir:

(1) Kurşun ve arsenik işlerinde çalışanlar

- Kurşun üretilen galenit, serüzit, anglezit gibi cevherlerin çıkarılmasına ilişkin maden ocağı,

- Kurşunlu madenlerden yahut içinde kurşun bulunan kül, maden köpüğü, kurşun fırın kurumu, üstübeç artığı ve benzeri maddelerden kurşun üretimi için yapılan izabe,

- Antimuan, kalay, bronz ve benzeri maddelerle yapılan kurşun alaşımı,

- işlerinde çalışanlar için 60 gün,

- Kurşun izabe fırınlarının teksif odalarında biriken kuru tozları kaldırma işlerinde çalışanlar için 90 gün fiili hizmet süresi zammı eklenir.

(2) Cam fabrika ve atölyeleri işlerinde çalışanlar

- Cam yapımında kullanılan ilkel maddeleri toz haline getirme, eleme, karıştırma ve kurutma işlerinde (bu işleri yapmak üzere tam kapalı odalar içinde otomatik makineli tesisat veya çalışma ortamındaki tozları sağlık için tehlike oluşturmayacak düzeye indiren havalandırma tesisatı bulunmadığı takdirde),

- Eritme işlerinde (otomatik besleme fırınlarıyla çalışılmadığı takdirde),

- Ateşçilik işlerinde,

- Üfleme işlerinde (tamamen otomatik makinelerle yapılmadığı takdirde),

- Basınçla yapılan cam işlerinde (cam taziyi işleri),

- Ayna camı sanatında potalı cam dökümü işlerinde (potalar kalıp masasına mekanik araçlarla taşınmadığı takdirde),

- Camı fırın başından alma işlerinde,

- Yayma fırınlarında düzeltme işlerinde,

- Traş işlerinde,

- Asitle hak ve cilâlama işlerinde,

- Basınçlı havayla kum püskürten cihazlarla yapılan işlerde (çalışma ortamındaki tozları sağlık için tehlike oluşturmayacak düzeye indiren havalandırma tesisatı bulunmadığı takdirde),

- Pota ve taş odalarında görülen işlerde, fiilen çalışan sigortalılar için 60 gün fiili hizmet süresi zammı eklenir.

(3) Cıva üretimi işleri sanayinde çalışanlar

- Cıva izabe fırınlarında,

- Elementer cıva bulunan ocaklarda, görülen işlerde fiilen çalışan sigortalılar için 90 gün fiili hizmet süresi zammı eklenir.

(4) Çimento fabrikalarında çalışanlar

- İlkel maddeleri kırma, ufalama, ezme, eleme ve karıştırma,
- Otomatik fırınlarda pişirme,
- Klinkeri öğütme, eleme, torba ve fiçılara koyma (otomatik olarak tozun etrafa yayılmasını önleyici bir düzenleme yapılmadığı takdirde),

işlerinde fiilen çalışan sigortalılar için 60 gün fiili hizmet süresi zammı eklenir.

(5) Kok fabrikalarıyla termik santrallerde çalışanlar

- Ateşçilik, ocak temizliği, jeneratör, doldurma, boşaltma ve temizleme,
- Kimyasal arıtma,
- Gazın geçtiği cihaz ve boruların onarılması ve temizlenmesi,
- Kok fabrikalarında kömür ve ocak,
- Elektrik enerji üretim santrallerinin kazan dairesindeki ateşçilik, kül ve kömürlerin taşınması işlerinde çalışanlar.

- Termik santrallerle her çeşit buhar kazanlarının kazan dairesindeki ateşçilik, kül ve kömürlerin taşınması,

işlerinde fiilen çalışan sigortalılar için 60 gün fiili hizmet süresi zammı eklenir.

(6) Alüminyum fabrikalarında çalışanlar

- Alüminyum oksit üretimi,
 - Alüminyum bronz hazırlama,
 - Alüminyum madeni üretimi,
- işlerinde fiilen çalışan sigortalılar için 60 gün fiili hizmet süresi zammı eklenir.

(7) Demir ve çelik fabrikalarında çalışanlar

- Demir izabe fabrikalarında cevherin demire çevrilmesi işleriyle boru fabrikalarının fırın ve döküm dairelerinde yapılan işlerde,

- Çelikhanelerin çelik yapılan fırınlarıyla bunların teferruat ve eklentilerinden olan ikinci derecedeki fırınlarda ve konvertörlerde yapılan işlerde,

- Sıvı haldeki demir ve çeliğin tesisat ve teçhizatla veya mekanik olarak taşınmasına ilişkin işlerde,

- Sıcak veya sıvı haldeki cürufun taşınması ve işlenmesi işlerde,

- Haddehanelerde (soğuk demirle çalışılan haddehaneler hariç), fırınlarda, hadde serilerinde, haddehaneyi kızgın veya sıvı çelik yahut demirle besleyen tesisat ve araçlarla görülen işlerle kızgın halde olan yarı mamul parçaların kesilmesi ve hazırlanması,

işlerinde fiilen çalışan sigortalılar için 90 gün fiili hizmet süresi zammı eklenir.

(8) Döküm fabrikalarında çalışanlar

- Döküm kalıp ve maçalarının yapılması ve döküme hazır duruma getirilmesi,

- Döküm şarjının hazırlanması ve her çeşit maden eritme (izabe) fırınlarının döküme hazır duruma getirilmesi,

- Maden eritme ve dökme,
- işlerinde fiilen çalışan sigortalılar için 60 gün fiili hizmet süresi zammı eklenir.

(9) Asit üretimi yapan fabrika ve atölyelerde çalışanlar

- Asit için hammaddelerin hazırlanması,
 - Asidin yapılma safhalarındaki,
 - Baca gazlarından asit elde edilmesi,
- işlerinde fiilen çalışan sigortalılar için 90 gün fiili hizmet süresi zammı eklenir.

(10) Yeraltı işlerinde çalışanlar

Maden ocakları (elementer cıva bulunduğu saptanan cıva maden ocakları hariç), kanalizasyon ve tünel yapımı gibi yer altında yapılan işlerde fiilen çalışan sigortalılar için 180 gün fiili hizmet süresi zammı eklenir.

Söz konusu işleri yer üstünde yapan sigortalılar bu kapsamda değerlendirilmeyecektir (Genelge, 2.1,i).

(11) Radyoaktif ve radyoionizan maddelerle yapılan işlerde çalışanlar

Doğal ve yapay radyoaktif, radyoionizan maddeler veya bütün diğer korpüsküler emanasyon kaynakları ile yapılan işlerde fiilen çalışan sigortalılar için 90 gün fiili hizmet süresi zammı eklenir.

(12) Su altında veya su altında basınçlı hava içinde çalışmayı gerektiren işlerde çalışanlar

- Su altında basınçlı hava içinde çalışmayı gerektiren işlerden 20-35 metreye kadar derinlik veya 2-3,5 kg/cm² basınçta yapılan işlerde fiilen çalışan sigortalılar için 60 gün fiili hizmet süresi zammı eklenir.

- Su altında basınçlı hava içinde çalışmayı gerektiren işlerden 35-40 (40 hariç) m. derinlik veya 3,5-4 (3,5 hariç) kg/cm² basınçta yapılan işlerde,

- Dalgıçlık işinde, fiilen çalışan sigortalılar için 90 gün fiili hizmet süresi zammı eklenir.

(13) Türk Silâhlı Kuvvetlerinde görev yapanlar

Subay, yedek subay, astsubay, uzman jandarma ve uzman erbaş kadrosunda çalışanlara 90 gün fiili hizmet süresi zammı eklenir.

(14) Emniyet ve polis mesleğinde görev yapanlarla, Milli İstihbarat Teşkilatında çalışanlar

Asaleti onaylanmış olmak şartıyla adaylıkta geçirilen süreler dahil polis, komiser yardımcısı, komiser, baş komiser, emniyet amiri, emniyet müdürleri ile bu ve daha yukarı maaş ve derecelerdeki emniyet mensupları, Milli İstihbarat Teşkilatı mensuplarına 90 gün fiili hizmet süresi zammı eklenir.

(15) İtfaiye veya yangın söndürme işlerinde çalışanlar

Yangın söndürme işlerinde çalışanlara 60 gün fiili hizmet süresi zammı eklenir.

2. Fiili Hizmet Süresi Zammından Yararlanamayanlar

1.10.2008 tarihinden önce 506 sayılı Kanun'un mülga ek 5. maddesine göre itibari hizmet süresi, 5434 sayılı Kanun'un mülga 32. maddesine göre fiili hizmet süresi zammı kapsamında çalışması olup, 1.10.2008 tarihinden sonra 5510 sayılı Kanun'un 40. maddesi kapsamında olmayanlar, bu tarihten sonra fiili hizmet süresi zammından yararlandırılma-

Kısa vadeli sigorta kollarına tabi çalışanlarla, yaşlılık aylığı bağlandıktan sonra aylıklarını kestirmeksizin sosyal güvenlik destek primine tabi çalışanlar fiili hizmet süresi zammından yararlanamayacaktır.

yacaklardır (Yön. m. 5/6, Genelge, 2.2.). Örneğin, 1.1.2004 tarihinden itibaren 506 sayılı Kanun'un mülga ek 5. maddesine göre basın müşavirliğinde geçen çalışmalarından dolayı itibari hizmet süresinden faydalanan bir sigortalı, 5510 sayılı Kanun'un 40. maddesinde basın müşavirliğinde geçen süreler kapsama alınmadığından 1.10.2008 tarihinden itibaren bu çalışmalarından dolayı fiili hizmet süresi zammından yararlandırılmayacaklardır.

Bundan başka, kısa vadeli sigorta kollarına tabi çalışanlarla, yaşlılık aylığı bağlandıktan sonra aylıklarını kestirmeksizin sosyal güvenlik destek primine tabi çalışanlar ise fiili hizmet süresi zammından yararlanamayacaktır.

Kontrol, denetim ve idareciliğin gerektirdiği gözlem ve benzeri amaçlarla süreklilik arz etmeyen kısa süreli çalışmalar, bu işlerin fiilen yapılmayıp işin yönetim görevinin yapılması ile söz konusu işleri yapmakla birlikte işin otomasyonla yapılması, ileri teknolojilerin kullanılması gibi sebeplerle iş sağlığı ve iş güvenliği tedbirleri alınarak, riskin ve zararlı faktörlerin etkilerinin ortadan kalktığı durumlarda sigortalılar yine fiili hizmet süresi zammından yararlandırılmayacaktır (Genelge, 2.2.).

III. FİİLİ HİZMET SÜRESİ ZAMMI KAPSAMINDA ÇALIŞANLARIN PRİMLERİ

1. Prim Oranları ve Bildirimi

Fiili hizmet süresi zammından yararlanacak sigortalılar için ödenecek malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi oranları 5510 sayılı

Kanun'un 81. maddesinin 1. fıkrasının b bendinde düzenlenmiştir. Buna göre, m.4/I-a ve 4/I-c bentleri kapsamında çalışan sigortalılar için uygulanacak malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları prim oranı % 20 olup, bunun % 11'i işveren payı, % 9'u sigortalı payıdır.

(1) Madde 4/I-a Kapsamında Çalışanlar

5510 s.K. m.4/I-a kapsamında sigortalı sayılanlardan fiili hizmet süresi zammına tabi işyerlerinde ve söz konusu işlerde çalışanlar için esas alınacak % 20 oranındaki malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları prim oranlarına 40. maddeye göre;

- 60 gün fiili hizmet gün sayısı eklenecek işlerde 1 puan,
 - 90 gün fiili hizmet gün sayısı eklenecek işlerde 1,5 puan,
 - 180 gün fiili hizmet gün sayısı eklenecek işlerde 3 puan,
- eklenerek bulunacaktır.

Prim ödeme gün sayısına 60 gün, 90 gün ve 180 gün fiili hizmet süresi zammı eklenecek işlerde çalışan sigortalılar için Genelge'nin 4. maddesinde belirtilen farklı belge türleri seçilerek bildirimde bulunulacaktır.

5510 sayılı Kanun'un 40. maddesinde sayılan işyerlerinde, ayın bazı günlerinde fiili hizmet süresi zammına tabi işlerde, bazı günlerinde ise kapsam dışındaki işlerde çalışan sigortalılar için düzenlenecek olan aylık prim ve hizmet belgelerinde, fiili hizmet süresi zammına tabi çalışmalar, kaç günlük fiili hizmet süresi zammına tabi olduğuna ve kesilecek sigorta kollarına bakılarak Genelgede belirtilen Belge türleri ile kapsam dışındaki çalışmalar ise ilgili aylık prim ve hizmet belgesi ile Kuruma bildirilecektir (Genelge, 4.1,c).

Ay içindeki çalışmalarının bir kısmı fiili hizmet süresi zammı kapsamında, bir kısmı kapsam dışında olan sigortalılar için düzenlenecek olan iki ayrı aylık prim ve hizmet belgesi ile Kuruma bildirilecek olan prim ödeme gün sa-

Ay içindeki çalışmalarının bir kısmı fiili hizmet süresi zammı kapsamında, bir kısmı kapsam dışında olan sigortalılar için düzenlenecek olan iki ayrı aylık prim ve hizmet belgesi ile Kuruma bildirilecek olan prim ödeme gün sayısı toplamının 30 günü geçmemesi gerekmektedir.

Yönetmelik ve Genelge'de ise fiili hizmet süresi zammı prim oranları daha ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Buna göre, m.4/I-a kapsamındaki sigortalıların malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları prim oranları:

- 60 gün fiili hizmet süresi zammı eklenecek işlerde çalışan sigortalılar için, % 9 sigortalı hissesi ve % 12 işveren hissesi olmak üzere toplam % 21,
 - 90 gün fiili hizmet süresi zammı eklenecek işlerde çalışan sigortalılar için, % 9 sigortalı hissesi ve % 12,5 işveren hissesi olmak üzere toplam % 21,5,
 - 180 gün fiili hizmet süresi zammı eklenecek işlerde çalışan sigortalılar için, % 9 sigortalı hissesi ve % 14 işveren hissesi olmak üzere toplam % 23,
- olacaktır (Yön. m. 7/I, Genelge, 4.1, c).

yısı toplamının 30 günü geçmemesi gerekmektedir (Genelge, 4.1, c).

Fiili hizmet süresi zammı kapsamındaki işlerde, günlük çalışma süresinin bir bölümünde çalışan sigortalıların ay içinde bu nitelikteki işlerde geçen süreleri, aylık çalışma saati toplamının günlük çalışma saatine bölünmesi suretiyle bulunacak gün üzerinden bildirilecektir.

(2) Madde 4/I-c Kapsamında Çalışanlar

5510 s.K. m.4/I-c kapsamında sigortalı sayılanlardan fiili hizmet süresi zammına tabi işyerlerinde ve söz konusu işlerde çalışanlar için esas alınacak % 20 oranındaki malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları prim oranlarına yasanın 40. maddesine göre;

- 60 gün fiili hizmet gün sayısı eklenecek işlerde 3,33 puan,

- 90 gün fiili hizmet gün sayısı eklenecek işlerde 5 puan,

- 180 gün fiili hizmet gün sayısı eklenecek işlerde 10 puan,

eklenerek bulunacaktır. Ay içerisinde tam çalışmayanların ise süreleri orantı kurularak tespit edilecektir (Genelge, 4.2.1.5.). Bu düzenlemeye göre, bulunan oran ile % 20 prim oranı arasındaki farka ait primin tamamı işveren tarafından ödenmesi gerektiğinden işverenin prim yükü artırılmıştır.

Yönetmelik ve Genelge'de ayrıntılı olarak düzenlenen fiili hizmet süresi zammı eklenecek m.4/I-c kapsamındaki sigortalıların malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları prim oranları aşağıdaki gibidir:

- 60 gün fiili hizmet süresi zammı eklenecek işlerde çalışan sigortalılar için, % 9 sigortalı hissesi ve % 14,33 işveren hissesi olmak üzere toplam % 23,33

- 90 gün fiili hizmet süresi zammı eklenecek işlerde çalışan sigortalılar için, % 9 sigortalı hissesi ve % 16 işveren hissesi olmak üzere toplam % 25,

- 180 gün fiili hizmet süresi zammı eklenecek işlerde çalışan sigortalılar için, % 9 sigortalı hissesi ve % 21 işveren hissesi olmak üzere toplam % 30, oranında tahsil edilecektir (Yön. m. 7/D).

Kamu idarelerince, günlük çalışma süresinin bir bölümünde fiili hizmet süresi zammı kapsamındaki işlerde çalışan sigortalıların, ay içinde bu nitelikteki işlerde geçen çalışma saatleri toplamının günlük çalışma saatlerine bölünmesi suretiyle bulunacak gün üzerinden yasanın 40. maddesinde belirtilen miktarlarda verilen süreyle orantılı olarak hesap edilecektir (Yön. m.7/2, Genelge, 4.2.1.1.).

1.10.2008 tarihinden önce iştirakçi olup, bu tarihten sonra 5510 s. Kanun m. 4/I-c kapsamına alınanların fiili hizmet süresi zammı kesenek ve karşılıkları hakkında 5434 s. Kanun'un mülga 34. maddesi hükümleri uygulanacaktır (Genelge, 4.).

5510 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 1.10.2008 tarihinden sonra m.4/I-c kapsamında

ilk defa sigortalı olanlardan, 40. madde kapsamında fiili hizmet süresi zammı kapsamında çalışması olanlar için aylık fiili hizmet süresi zammı prim belgesi düzenlenmesi gerekmektedir.

5510 s.K. m. 4/I-c kapsamına giren sigortalılardan Türk Silahlı Kuvvetlerinde, Emniyet ve Polis Mesleğinde, Milli İstihbarat Teşkilatında çalışan sigortalılar için; görevden uzaklaştırılan, görevi ile ilgili olsun veya olmasın herhangi bir suçtan tutuklanan veya gözüaltına alınanlardan, kanunları gereğince eksik aylığa müstahak bulunanların prime esas kazançlarının yarısı; kanunlarına göre bu müddetler için sonradan görevlerine iade edilerek tam aylığa hak kazananların aylıklarının ödenmesi halinde, prime esas kazançlarının tamamı üzerinden fiili hizmet süresi zammı primi alınacaktır. Prime esas kazançların yarısı üzerinden fiili hizmet süresi zammı primi alınanların fiili hizmet süresi zammı, faydalandırıldığı sürenin yarısı olarak hesap edilecektir (Genelge, 4.2.1.5.).

Bu düzenlemeye göre, açığa alınan veya tutuklananların aylıkları 2/3 oranında ödenmesine karşın fiili hizmet süresi zammı primleri, tam prime esas kazancın yarısı üzerinden alınacaktır. Görevlerine sonradan iade edilerek tam aylığa hak kazanan ve kalan 1/3 maaşları ödenenlerin ise tam prime esas kazancının kalan yarısı üzerinden fiili hizmet süresi zammı primi alınacaktır (Genelge, 4.2.1.5.).

Genelgeye göre, kamu idarelerince asıl mahiyetteki aylık fiili hizmet süresi zammı prim belgesi, sigortalıların cari aya ilişkin fiili hizmet süresi zamları ve prim tutarları ile bu kapsamda geçen çalışmalara ilişkin bilgileri kapsayacak şekilde düzenlenecektir.

Ek mahiyetteki aylık fiili hizmet süresi zammı prim belgesi, sigortalıların geçmiş ay/aylara ilişkin fiili hizmet süresi zamları ve prim tutarları ile bu kapsamda geçen çalışmalara ilişkin bilgileri kapsayacak şekilde düzenlenmesi gerekmektedir.

(3) 1.10.2008 Tarihinden Önce Maden İşyerlerinde Çalışmaya Başlayan Sigortalılar

Genelgenin 6. maddesine göre, 5510 s.

Kanun'un geçici 9. maddesinin 5. fıkrası kapsamında, 1.10.2008 tarihinden önce maden işyerlerinin yeraltı veya yeraltı münavebeli işlerinde çalışan ve daha sonra da bu işlerde çalışmaya devam eden sigortalıların bu işlerdeki çalışmasının en az 1800 gün olması halinde bu çalışmalarının dörtte biri toplam prim ödeme gün sayılarına ilave edilecek ancak, ilave edilen süre kadar ayrıca yaştan indirim yapılmayacaktır.

Bu sigortalılar için 5510 s.K.'nın geçici 9. maddenin 5. fıkrası gereğince, malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi, sigortalının prime esas kazancının % 23'ü olup, bunun % 9'u sigortalı hissesi, % 14'ü de işveren hissesi oluşturmaktadır (Genelge, 6).

2. Primlerin Ödenmesi

Genelgeye göre, 5510 s.K. m.4/I-a kapsamında sigortalı olanların fiili hizmet süresi zammına ait primlerinin ödenmesinde yasanın 88. maddesi hükmüne göre işlem yapılacaktır. Buna göre, 4/I-a'lı sigortalı çalıştıran işverenin bir ay içinde çalıştırdığı sigortalıların primlerine esas tutulacak kazançlar toplamı üzerinden 5510 s.K. gereğince hesaplanacak sigortalı hissesi prim tutarlarını ücretlerinden keserek ve kendisine ait prim tutarlarını da bu tutara ekleyerek en geç Kurumca belirlenecek günün sonuna kadar Kuruma ödemesi gerekmektedir (5510 s.K. m.88/D).

Kamu idareleri ise 1.10.2008 tarihinden itibaren m.4/I-c kapsamında ilk defa çalışmaya başlayanların fiili hizmet süresi zammı primlerini, Genelgede belirtilmiş süre içinde Kuruma ödemekle yükümlüdürler. Buna göre:

- Yasal düzenleme veya Bakanlar Kurulu kararı ile geriye yönelik olarak ödenmesine karar verilen aylık, ücret veya tahsisata ait olmak kaydıyla tahakkuk ettirilecek fiili hizmet süresi zammı primleri, ödeme gününü takip eden günden başlamak üzere 15. günün sonuna kadar,

- Görevden uzaklaştırılması veya görevine son verilmesine rağmen idari tasarrufla ya da yargı kararı ile görevlerine iade edilenlere geriye yönelik olarak ödenen aylık, ücret veya tahsisata ait tahakkuk ettirilecek fiili hizmet süresi

zammı primleri, ödemenin yapıldığı tarihi takip eden 15. günün sonuna kadar,

- Operasyonlara katılmak amacıyla görev yerleri değiştirilen askeri birliklerin bu durumu belgelemeleri kaydıyla yasal süresi dışında vermiş oldukları fiili hizmet süresi zammı prim belgesinde belirtilen fiili hizmet süresi zammı primleri, belgenin verildiği ayın sonuna kadar ödenmelidir (Genelge, 4.2.1.5.).

3. İdari Para Cezası ve Gecikme Cezası Uygulanması

5510 s.K. m.4/I-c kapsamında sigortalı olanların fiili hizmet süresi zammı belge ve primlerinin gönderilmesinden de kamu idareleri sorumlu tutulmuştur. Genelgede, Kurumun prim ve diğer alacaklarının süresi içinde ödenmemesi halinde, kamu idarelerinin tahakkuk ve tediye ile görevli kamu görevlileri, tüzel kişiliği haiz diğer işverenlerin şirket yönetim kurulu üyeleri de dahil olmak üzere üst düzeydeki yönetici veya yetkilileri ile kanuni temsilcileri Kuruma karşı işverenleri ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumludurlar (Genelge, 4.2.5.).

5510 s. Kanun m.102/I-c bendine göre, m.86/I uyarınca verilmesi gereken fiili hizmet süresi zammı belgeleri, Kurumca belirlenen şekilde ve usulde vermeyenler ya da Kurumca internet, elektronik veya benzeri ortamda göndermekle zorunlu tutulduğu halde anılan ortamda göndermeyenler veya belirlenen süre içinde vermeyenlere her bir fiil için;

1) Belgenin asıl olması halinde aylık asgari ücretin iki katını geçmemek kaydıyla belgede kayıtlı sigortalı sayısı başına, aylık asgari ücretin beşte biri tutarında,

2) Belgenin ek olması halinde, aylık asgari ücretin iki katını geçmemek kaydıyla her bir ek belgede kayıtlı sigortalı sayısı başına, aylık asgari ücretin sekizde biri tutarında,

3) Ek belgenin 86. maddenin beşinci fıkrasına istinaden Kurumca re'sen düzenlenmesi durumunda, aylık asgari ücretin iki katını geçmemek kaydıyla her bir ek belgede kayıtlı sigortalı sayısı başına, aylık asgari ücretin yarısı tutarında,

4) Belgenin mahkeme kararı, Kurumun denetim ve kontrol ile görevlendirilmiş memurla-

rınca yapılan tespitler veya diğer kamu idarelerinin denetim elemanlarınca kendi mevzuatları gereğince yapacakları soruşturma, denetim ve incelemeler neticesinde ya da bankalar, döner sermayeli kuruluşlar, kamu idareleri ile kanunla kurulan kurum ve kuruluşlardan alınan bilgi ve belgelerden, hizmetleri veya kazançları Kuruma bildirilmediği veya eksik bildirildiği anlaşılan sigortalılarla ilgili olması halinde, belgenin asıl veya ek nitelikte olup olmadığı, işverence düzenlenip düzenlenmediği dikkate alınmaksızın, aylık asgari ücretin iki katı tutarında,

idari para cezası uygulanacaktır (5510. s.K. m.102/I-c) .

5510 s. Kanun'un m. 89/II. fıkrası gereğince Kurumun prim ve diğer alacakları süresi içinde ve tam olarak ödenmezse, ödenmeyen kısmı sürenin bittiği tarihten itibaren ilk üç aylık sürede her bir ay için % 3 oranında gecikme cezası uygulanarak artırılacaktır. Ayrıca, her ay için bulunan tutarlara ödeme süresinin bittiği

m.40/I, Yön.m.9/D). Fiili hizmet süresi zammından yararlanacakların gösterildiği listede yer alan gruptan birden fazlasına dahil olanların, fiili hizmet süresi zammı en yüksek grup içinde değerlendirilecektir (m. 40/2).

5510 s. Kanun'un m.40/I. fıkrası hükmüne göre hesaplanan fiili hizmet süresi zammı, Türk Silâhlı Kuvvetlerinde görev yapanlar, Emniyet ve polis mesleğinde görev yapanlarla, Milli İstihbarat Teşkilatında çalışanlar için sekiz yılı geçmemek üzere uzun vadeli sigorta kolları uygulamasında prim ödeme gün sayısına eklenir (5510 s.K. m.40/3). Kurşun ve arsenik işlerinde, cam fabrika ve atölyeleri işlerinde, cıva üretimi işleri sanayinde, çimento fabrikalarında, kok fabrikalarıyla termik santrallerde, alüminyum fabrikalarında, demir ve çelik fabrikalarında, döküm fabrikalarında, asit üretimi yapan fabrika ve atölyelerde, radyoaktif ve radyoaktif maddelerle yapılan işlerde, su altında veya su altında basınçlı hava içinde çalışmayı gerekti-

Günlük çalışma süresinin bir bölümünde fiili hizmet süresi zammı kapsamındaki işlerde çalışan sigortalılar çalıştıkları sürelerle orantılı olarak fiili hizmet süresi zammından yararlandırılacaklardır.

tarihten başlamak üzere borç ödeninceye kadar her ay için ayrı ayrı Hazine Müsteşarlığınca açıklanacak bir önceki aya ait Türk Lirası cinsinden iskontolu ihraç edilen Devlet İç Borçlanma senetlerinin aylık ortalama faizi bileşik bazda uygulanarak gecikme zammı hesaplanır. Ancak, ödemenin yapıldığı ay için gecikme zammı günlük hesaplanır (Genelge, 4.2.1.7).

IV. FİİLİ HİZMET SÜRESİ ZAMMININ DEĞERLENDİRİLMESİ

5510 s. Kanun'un m.40/I. fıkrasına göre, m.4/I-a ve 4/I-c kapsamında çalışan sigortalıların prim ödeme gün sayılarına, bu işyerlerinde ve işlerde geçen çalışma sürelerinin her 360 günü için karşılıklarında gösterilen gün sayıları, fiili hizmet süresi zammı olarak eklenecek, 360 günden eksik sürelerle ait fiili hizmet süresi zammı, 360 gün için eklenen fiili hizmet süresi ile orantılı olarak belirlenecektir (5510 s.K.

ren işlerde, itfaiye veya yangın söndürme işlerinde çalışan sigortalılar için beş yılı geçmemek üzere uzun vadeli sigorta kolları uygulamasında prim ödeme gün sayısına eklenir. Bu sürelerin, üç yılı geçmemek üzere yarısı emeklilik yaş hadlerinden indirilir. Yeraltı işlerinde çalışan sigortalılar için ise bu üç yıllık süre sınırı uygulanmaz (5510 s.K. m.40/3).

5510 s.K. m.40/3. fıkrasında belirtilen yaş haddi indiriminden yararlanabilmek için ölüm ve malûliyet halleri hariç yeraltı işlerinde çalışan sigortalıların en az 1800 gün, tablodaki diğer sigortalıların ise en az 3600 gün belirtilen işyeri ve işlerde çalışmış olmaları şarttır (5510 s.K. m.40/4).

1.10.2008 tarihine kadar 506 s. Kanun ve 5434 s. Kanuna tabi fiili hizmet süresi zammı ve itibari hizmet süreleri tabi oldukları kanun hükümlerine göre değerlendirilecektir. Ancak 506 s. Kanun'un mülga ek 5. maddesinde sayılan

İtibari hizmet süresi kapsamında yer alıp Yönetmeliğin 5/1. maddesinde yer alan tabloda sayılmayan işlerde 1.10.2008 tarihinden önce geçen çalışma sürelerinin değerlendirilmesinde 3600 gün prim ödeme şartı aranmayacaktır (Yön. geçici madde 1/2). Yönetmeliğin geçici m.1/3 hükmüne göre de, 1.10.2008 tarihinden önce 5434 sayılı Kanun'un mülga 32. maddesine göre fiili hizmet süresine müstehak görevlerde çalışanların bu görevlerde geçirdikleri süreler 40. maddede aranan 3600 günün dolurulmasında esas alınacaktır.

Fiili hizmet süresi zammı kapsamında olan işyerlerinde çalışan sigortalıların çalışılan ayın bazı günlerinde kapsam dışı işlerde geçen süreleri ile kapsamda olan işlerde fiilen çalışarak risklerine maruz kalmadıkları resmi tatil, yıllık izin, ücretsiz izin, sıhhi izin ve eğitim kurs süreleri 40. madde kapsamında değerlendirilmez (Genelge, 2.2.). Ancak, Türk Silahlı Kuvvetleri, Emniyet ve Milli İstihbarat Teşkilatında fiili hizmet süresi zammı kapsamında çalışan sigortalıların ücretsiz izin süreleri dışındaki diğer süreleri 40. madde kapsamında değerlendirilecektir (Genelge, 2.2.).

Günlük çalışma süresinin bir bölümünde fiili hizmet süresi zammı kapsamındaki işlerde çalışan sigortalılar çalıştıkları sürelerle orantılı olarak fiili hizmet süresi zammından yararlandırılacaklardır. Gönderilecek belgenin dönemine ait yapılan hesaplama sonucunda, fiili hizmet süresi zammı kapsamında geçen çalışma günlerinin küsuratlı çıkması halinde bu süre tam güne iblağ edilecek, söz konusu belgenin dönemine ait fiili hizmet süresi zammının küsuratlı çıkması halinde ise tama iblağ yapılmayacaktır. Ancak tama iblağ işlemi sigortalının hizmet bildirimini veya emeklilik işlemlerinde bir defaya mahsus olmak üzere yapılacaktır (Genelge, 2.2.).

V. SONUÇ

5510 sayılı Kanun ile 506 sayılı Kanun'un itibari hizmet süresine ilişkin ek 5. maddesi ile 5434 sayılı Kanun'un fiili hizmet süresi zammına ilişkin 32. maddesi yürürlükten kaldırılmış, 5510 sayılı Kanun'un 40. maddesi ile fiili hizmet süresi zammı olarak yeniden düzenlenmiştir.

Fiili hizmet zammı uygulamasından 5510 s.

Kanun'un 40/2. maddesinde ve Yönetmeliğin 5/1. maddesinde yer alan 15 maddede sayılan işler ve işyerlerinde çalışan ve belirtilen işleri yaparak söz konusu işlerin risklerine maruz kalarak malullük, yaşlılık ve ölüm sigortası kollarına tabi çalışan sigortalılar yararlandırılırlar. Ancak, Türk Silahlı Kuvvetlerinde ve Emniyet ve Polis Teşkilatında ve Milli İstihbarat Teşkilatında geçen hizmetler için işyerinde fiilen çalışılması ve söz konusu işlerin risklerine maruz kalınması şartı aranmamıştır. Bu işlerde geçen çalışmalardan dolayı fiili hizmet süresi zammı uygulamasından yararlanabilmesi için çalışmanın ilgili kamu idaresinde ve belirtilen kadro ve unvanlarda geçmesi yeterlidir.

Fiili hizmet süresi zammı kapsamına tabi işyerlerinde ve işlerde malullük, yaşlılık ve ölüm sigorta kollarına tabi çalışanlar fiili hizmet süresi zammından yararlandırılacak, bunların dışında kısa vadeli sigorta kollarına tabi çalışanlarla, yaşlılık aylığı bağlandıktan sonra aylıklarını kestirmeksizin sosyal güvenlik destek primine tabi çalışanlar ise fiili hizmet süresi zammından yararlanamayacaktır.

5510 s.K. m.4/I-a ve 4/I-c kapsamında çalışan sigortalıların prim ödeme gün sayılarına, bu işyerlerinde ve işlerde geçen çalışma sürelerinin her 360 günü için karşılığında gösterilen gün sayıları, fiilî hizmet süresi zammı olarak eklenecektir. 5510 s.K. m.4/I-b kapsamında çalışanlar ise fiili hizmet süresi zammı uygulamasından yararlanamayacaklardır.

DİPNOTLAR

- 1 Bkz.: TUNCAY/EKMEKÇİ, Sosyal Güvenlik Hukuku'nun Esasları, s. 114; GÜZEL/OKUR/CANIKLIOĞLU, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 507; SÖZER, İtibari Hizmet Müessesesi ve İtibari Hizmetle İlgili Bazı Uygulama Sorunları, s.11; BAŞTERZİ, Yaşlılık Sigortası, s. 233 vd.; ARASLI, Kimler "İtibari Hizmetten" Yararlanacak? s. 134; CANIKLIOĞLU, İtibari Hizmet Süresine İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararı ve Yaşanan Gelişmeler, Aralık 2007, s. 127.
- 2 TUNCAY, Yeni Sistemde Fiili Çalışma İlişkisine Dayanmayan Sigortalılık, s. 68 vd.
- 3 RG, 30.12.2006, 26392, 5. M. Anayasa Mahkemesi'nin iptal ettiği maddelerle ilgili değerlendirmeler için bkz.: Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararıyla ilgili değerlendirmeler için bkz. OKUR, Ali Rıza/ERGIN, Hediye, Tek Çatı Tek Yasadan, Tek Çatı Çok Yasaya, İşveren D., Aralık 2006, s. 32-39; ALPER, Yusuf, İptal,

Bir Fırsata Dönüştürülmelidir, Çimento İşveren Mart 2007, Sayı: 2, Cilt: 21, s. 4-19; ERGİN, Hediye, İptalle Gelen Sorun: Reformdan Geriye Ne Kaldı? Anayasa Mahkemesi'nin 15.12.2006 Tarihli Kararına İlişkin Bir Değerlendirme, TİSK Akademi 2007/I, Cilt: 2, Sayı: 3, s. 27-65; ARICI, Kadir, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri Yönünden Anayasaya Aykırılığı Sorunu, TİSK Akademi 2207/I, Cilt: 2, Sayı: 3, s. 6-25; ERBAŞ, Coşkun, Sosyal Güvenlik Kavramının Tarihi Gelişimi ve 5510 Sayılı Yasa'nın Anayasa Mahkemesi'nce İptali Karşısında Yeniden Yapılanma Fırsatı Üzerine Düşünceler, Sicil Mart 2007, Sayı: 5 s. 125-129; ARASLI, Utkan, Anayasa Mahkemesi İptal Kararı ve Sosyal Güvenlikte Geline Son Durum, Sicil Mart 2007, Sayı: 5, s. 130-139; SERDAROĞLU, Adnan, Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararı, Sosyal Güvenlik ve Siyasal Rejim Sorunu, Mercek Ocak 2007, s. 49-55; YORGUN, Sayım, 5510 Sayılı Kanun, Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararı ve Çatırdayan Norm ve Standart Birliği, TİSK Akademi 2007/II, Cilt: 2, Sayı: 4, s. 126-145.

- 4 İptal talebinde, 40. maddedeki düzenleme ile fiili hizmet zammı eklenmesi gereken kimi ağır ve yıpratıcı işleri yapanlar arasında ayırım yapıldığı, bunun aynı hukuksal durumda bulunanlar arasında eşitsizliğe yol açıldığı, Cetvelin, 8., 12., 13. ve 14. sıralarındaki kişilerin çalışmaları nedeniyle fiili hizmet süresi zammından yararlanmaları mümkün kılındığı halde, kamu dışında benzer çalışmaları yürütenlerin fiili hizmet süresi zammından yararlandırılmadıkları gerekçesiyle, cetvelin 8., 12., 13. ve 14. sıralarındaki düzenlemelerin Anayasa'nın 2., 10. ve 11. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.
- 5 5510 sayılı Kanununun Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından önceki düzenlemelerindeki 40. maddenin ilgili cetvelleri aşağıdaki gibiydi:

"8) Asaleti onaylanmış olmak şartıyla adaylıkta geçirilen süreler dahil polis, komiser yardımcısı, komiser, baş komiser, emniyet amiri, emniyet müdürleri ile bu ve daha yukarı maaş ve derecelerdeki emniyet mensupları, Milli İstihbarat Teşkilatı mensuplarının, Emniyet ve polis mesleğinde, Milli İstihbarat Teşkilatında geçen hizmetleri için 90 gün,

12) Türkiye Radyo- Televizyon Kurumunda haber hizmetini yapan ve haber hizmetlerinde fiilen çalışan; Daire Başkanı, Başkan Yardımcısı, Müdür, Müdür Yardımcısı, Şef, Muhabir, Stajyer Muhabir, Başspiker, Redaktör Spiker, Spiker, Stajyer Spiker, Masa Şefi, Başkameraman, Şef Kameraman, Kameraman, Kamera Asistanı, Başmontajcı, Şef Montajcı, Montajcı, Stajyer, Montajcı, Redaktör, Mütercim, Fotoğrafçı, Işıkcı, Sesçi, Başteknisyen, Şef Teknisyen, Teknisyen, Başteleksçi, Şef Teleksçi, Teleks Operatörü'nün, Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumu haber hizmetlerinde geçen hizmetleri için 90 gün,

13) Tarım Bakanlığı Ziraî Mücadele ve Karantina Teşkilatı ile Veteriner Teşkilatında vazife gören memur ve hizmetliler. Ziraî mücadele ve ziraî karantina teknik ve idarî işleri ile salgın, bulaşıcı, paraziter hayvan hastalıkları ile mücadele işlerinde geçen hizmetleri için 60 gün,

14) Devlet Tiyatrosu sanatkârları, Cumhurbaşkanlığı Senfoni Orkestrasının şef ve üyelerinin, Devlet Tiyatroları ile Cumhurbaşkanlığı Senfoni Orkestrasında geçen hizmetleri için 90 gün fiili hizmet süresi zammı eklenir".

6 RG. 8.5.2008, 26870.

7 RG. 27.9.2008, 27010.

KAYNAKÇA

- ARASLI, Utkan, Kimler "İtibari Hizmetten" Yararlanacak? SİCİL İş Hukuku Dergisi, Eylül 2007, s. 127-140.
- BAŞTERZİ, Fatma, Yaşlılık Sigortası, TİSK Yayınları, Yayın No: 275, Ankara 2006.
- CANIKLIOĞLU, Nurşen, İtibari Hizmet Süresine İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararı ve Yaşanan Gelişmeler, SİCİL İş Hukuku Dergisi, Aralık 2007, s. 127 -139.
- ÇAVUŞ, Hakan, Ö., 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'na Göre Fiili Hizmet Süresi Zammı, Sosyal Diyalog Dergisi, Cilt: 1, Sayı:1, s. 45-49.
- GÜZEL, Ali/OKUR, Ali Rıza/CANIKLIOĞLU, Nurşen, Sosyal Güvenlik Hukuku, 11. Bası, İstanbul 2008.
- SÖZER, Ali Nazım, İtibari Hizmet Müessesesi ve İtibari Hizmetle İlgili Bazı Uygulama Sorunları, Çimento İşveren Dergisi, Mayıs 1998, s. 4-15.
- ŞAKAR, Müjdat, Sosyal Sigortalar Uygulaması, 9. Bası, İstanbul 2009.
- TUNCAY, Can, Yeni Sistemde Fiili Çalışma İlişkinine Dayanmayan Sigortalılık, Mercek, Temmuz 2006, s. 68-75.
- TUNCAY, Can/EKMEKÇİ, Ömer, Sosyal Güvenlik Hukuku'nun Esasları, İstanbul 2008.

Ercan TURAN

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Tetkik Hakimi

5510 Sayılı Yasa Kapsamında Rücuan Tazminat Davaları

1. RÜCU DAVALARININ YÖNELDİĞİ AMAÇ

“İşverenin Sosyal Güvenlik Kurumu karşısındaki sorumluluğunu düzenleyen 21. madde değişik amaçlara yöneliktir. Her şeyden önce, sigortalının uğradığı iş kazası veya tutulduğu meslek hastalığı nedeniyle, yapılan sağlık ve parasal yardımların Kurumun malvarlığında meydana getirdiği eksikliği giderme amacı vardır. Ayrıca, “maddenin belirgin bir biçimde zararın Kurumca karşılanmasından dolayı sigortalı işçi ve onun işvereni arasında baş gösterecek çekişmeyi ve sürtüşmeyi önlemek gibi bir amacı da vardır.” Çünkü iş kazasına uğrayan ya da meslek hastalığına tutulan sigortalının ve hak sahiplerinin işveren aleyhinde dava açmaları, uğradıkları zararın Kurum tarafından tam olarak karşılanmaması durumunda söz konusudur.

Bununla birlikte, “asıl amaç, geri planda gizlidir ve hukuksal açıdan her şeyin öncesinde ve yücesinde bulunan kişinin canını ve sağlığını korumaya ilişkindir.” Bu yönüyle, işverenin sorumluluğu, sosyal güvenlik sistemlerinin önleyici işlevi çerçevesinde değerlendirilebilir.”¹

İş kazası veya meslek hastalığının maddede sayılan etkenler altında gerçekleşmesi; kusurlu

davranışıyla iş kazasının gerçekleşmesine etkiye bulunan işveren veya üçüncü kişiler yönünden, insan yaşamının kutsallığı konusunda gerekli duyarlılığın gösterilmediği; emeğiyle geçinmek konumundaki kişilerin çalışma güçleri ve üretkenliklerinin korunmasına yönelik önlemlerin alınması, işçinin sağlığı ve güvenliğinin korunması konusunda yetersiz kalındığının göstergesidir.

Sosyal güvenlik kavramı, riskler nedeniyle ortaya çıkan zararın tazmini özelliği yanında ve buna daha üstün olarak, risklerin ortaya çıkmasını önlemek işlevini kapsamaktadır. İşçi sağlığı ve iş güvenliğinin sağlanmasında, devletin aktif bir tutumla bu alana en yüksek düzeyde müdahalesi gereği de sosyal hukuk devletinin başta gelen gereklerindedir. “İşçilerin zararlarının sosyal güvenlik teşkilatı tarafından karşılanmasının işverenlerce prim ödenmesi nedeniyle değil de Anayasa tarafından yüklenmiş bir devlet ödevi olarak ortaya çıkmasının mantıklı sonucu, işverenlerin prim ödemeleri nedeniyle kendilerini her türlü hukuki sorumluluğun dışında tutmalarının mümkün olmamasıdır.”²

İş kazası ve meslek hastalığı sonucu oluşan zarar nedeniyle açılan rücu davaları, öğretide de dile getirildiği üzere, salt Kurum malvarlı-

ğında oluşan eksilmenin giderilmesi amacına yönelik olmayıp, işverenler yönünden işçiyi gözetme borcunun eksiksiz olarak yerine getirilmesini sağlamak, iş sağlığı ve güvenliği alanındaki kuralların uygulanması konusundaki duyarlılığı artırarak, bu alandaki olumsuzlukların önlenmesi ve devletin sosyal güvenlik alanındaki anayasal yükümlülüklerini gerçekleştirme amacına yönelik davalar olarak ortaya çıkmaktadır.

Toplumsal barış, çalışma yaşamında iş sağlığı ve güvenliği kurallarıyla, en yüce değer olan insan yaşamı ve sağlığının korunduğu, çalışma yaşamındaki ilişkilerin de barışçıl olduğu ortamda gerçekleşebilecektir. Devletin aktif tavırla müdahalesinin zorunlu bulunduğu insan hakları kuşağında yer alan sosyal güvenlik hakkının, tazmin edici niteliği yanında, önleyici özelliğinin yaşama geçirilebilmesi, sosyal hukuk devletinin, çalışma yaşamına müdahalesini zorunlu kılmaktadır. Ayrıca bu alandaki en ucuz yöntem de, insan yaşamına saygı gösterip, koruyucu önlemleri almaktır. Aksine yaklaşımla, risklerin oluşmasını bekleyip, bundan doğan ekonomik ve sosyal zararların tazmini yoluna gitmek, çağın gerisinde kalan bir yaklaşımı yansıtmaması yanında, pahalı ve zararın gereğince tazminini olanaksız kılan bir yöntem olacaktır.

II. 5510 SAYILI YASADA YER ALAN DÜZENLEMELER

5510 sayılı Yasa öncesi dönemde 506, 1479 ve 2926 sayılı Yasalarda yer alan düzenlemeler ile bu düzenlemelerin rücu tazminat davaları yönünden izlediği süreç, Kurumun rücu hakkının, hak sahiplerinin hakkından bağımsız basit rücu hakkı olarak algılandığı; sigortalı veya hak sahiplerine bağlanan gelirlerin ilk peşin sermaye değeri ile harcama ve ödemelerin kusur oranıyla sınırlı kısmının tazminine olanak veren bir dava türü olarak biçimlenmesiyle sonuçlanmıştır.

5510 sayılı Yasa ise, Kurumun rücu hakkı yönünden, birden fazla yasadaki düzenleme ve farklı konumdaki sigortalıları kapsayan yeni düzenlemeler getirmiştir:

İş kazası ve meslek hastalığı ile hastalık bakımından işverenin ve üçüncü kişilerin sorumluluğu

Madde 21- 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 ödetilir. İşverenin sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlık ilkesi dikkate alınır.

İş kazasının, 13 üncü maddenin ikinci fıkrasının (a) bendinde belirtilen sürede işveren tarafından Kuruma bildirilmemesi halinde, bildirim tarihine kadar geçen süre için sigortalıya ödenecek geçici iş göremezlik ödeneği, Kurumca işverenden tahsil edilir.

Çalışma mevzuatında sağlık raporu alınması gerektiği belirtilen işlerde, böyle bir rapora dayanılmaksızın veya eldeki rapora aykırı olarak bünye elverişli olmadığı işte çalıştırılan sigortalının, bu işe girmeden önce var olduğu tespit edilen veya bünye elverişli olmadığı işte çalıştırılması sonucu meydana gelen hastalığı nedeniyle, Kurumca sigortalıya ödenen geçici iş göremezlik ödeneği işverene ödetilir.

İş kazası, meslek hastalığı ve hastalık, 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 kusuru varsa bunları çalıştıranlara rücu edilir.

İş kazası, meslek hastalığı ve hastalık; kamu görevlileri, er ve erbaşlar ile kamu idareleri tarafından görevlendirilen diğer kişilerin vazifelerinin gereği olarak yaptıkları fiiller sonucu meydana gelmiş ise, bu fiillerden dolayı haklarında kesinleşmiş mahkûmiyet kararı bulunanlar hariç olmak üzere, sigortalı veya hak sahiplerine yapılan ödemeler veya bağlanan gelirler için kurumuna veya ilgililere rücu edilmez. Ayrıca, iş kazası veya meslek hastalığı sonucu

ölümlerde, bu Kanun uyarınca hak sahiplerine bağlanacak gelir ve verilecek ödenekler için, iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesinde kusuru bulunan hak sahiplerine veya iş kazası sonucu ölen kusurlu sigortalının hak sahiplerine, Kurumca rüçû edilmez.

Süresinde bildirilmeyen sigortalılıktan doğan sorumluluk

Madde 23- Sigortalı çalıştırmaya başlandığının süresi içinde sigortalı işe giriş bildirgesi ile Kuruma bildirilmemesi halinde, bildirgenin sonradan verildiği veya sigortalı çalıştırıldığı Kurumca tespit edildiği tarihten önce meydana gelen iş kazası, meslek hastalığı, hastalık ve analık halleri sonucu ilgililerin gelir ve ödenekleri Kurumca ödenir.

Yukarıdaki fıkrada belirtilen hallerde, Kurumca yapılan ve ileride yapılması gerekli bulunan her türlü masrafların tutarı ile gelir bağlanırsa bu gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri tutarı, 21 inci maddenin birinci fıkrasında yazılı sorumluluk halleri aranmaksızın, işverene ayrıca ödettilir.

4 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında sigortalı olduğu halde, 8 inci maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen süre içerisinde bildirimde bulunmayanlara, bildirimde bulunulmayan sürede meydana gelen iş kazası, meslek hastalığı, analık halleri sonucu ilgililerin gelir ve ödenekleri Kurumca ödenmez.

Uzun vadeli sigorta kolları bakımından üçüncü kişinin sorumluluğu

Madde 39- Üçüncü bir kişinin kastı nedeniyle malûl veya vazife malûlü olan sigortalıya veya ölümü halinde hak sahiplerine, bu Kanun uyarınca bağlanacak aylığın başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısı için Kurumca zarara sebep olan üçüncü kişilere rüçû edilir.

Malûllük, vazife malûllüğü veya ölüm hali, kamu görevlilerinin veya er ve erbaşlar ile kamu idareleri tarafından görevlendirilen diğer kişilerin vazifelerinin gereği olarak yaptıkları fiiller sonucu meydana gelmiş ise, bu fiillerden dolayı haklarında kesinleşmiş mahkûmiyet kararı bulunanlar hariç olmak üzere, sigortalı veya hak sahiplerine yapılan ödemeler veya

bağlanan aylıklar için Kurumca, kurumuna veya ilgililere rüçû edilmez.

İşverenin, genel sağlık sigortalısının ve üçüncü kişilerin sorumluluğu

Madde 76- İşveren, iş kazasına uğrayan veya meslek hastalığına tutulan genel sağlık sigortalısına sağlık durumunun gerektirdiği sağlık hizmetlerini derhal sağlamakla yükümlüdür. Bu amaçla işveren tarafından yapılan ve belgelere dayanan sağlık hizmeti giderleri ve 65 inci madde hükümlerine göre yapılacak masraflar Kurum tarafından karşılanır.

Birinci fıkrada belirtilen yükümlülüklerin yerine getirilmesindeki ihmalden veya gecikmesinden dolayı, genel sağlık sigortalısının tedavi süresinin uzamasına veya malûl kalmasına veya malûllük derecesinin artmasına sebep olan işveren, Kurumun bu nedenle yaptığı her türlü sağlık hizmeti giderini ödemekle yükümlüdür.

(Değişik üçüncü fıkra: 17/4/2008-5754/46 md.) İlgili kanunları gereğince sağlık raporu alınması gerektiği halde sağlık raporuna dayanmaksızın veya alınan raporlarda söz konusu işte çalışması tıbbî yönden elverişli olmadığı belirtildiği halde genel sağlık sigortalısını çalıştıran işverenlere, bu nedenle Kurumca yapılan sağlık hizmeti giderleri tazmin ettirilir. Sağlık kurulu raporu ile belli bir işte çalışamayacağı belgelenen 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki kişiler bu işte çalıştırılmaz. Bu kişileri çalıştıran işverenler, genel sağlık sigortalısının aynı hastalık sebebiyle Kurumca yapılan masraflarını ödemekle yükümlüdür. Tedavinin sona erdiğine ve çalışılabilir durumda olduğuna dair Kurumca yetkilendirilen hekim veya sağlık kurumlarından belge almaksızın başka işte çalışan genel sağlık sigortalısının aynı hastalığı sebebiyle yapılan tedavi masrafları ise kendisinden alınır.

İş kazası ile meslek hastalığı, işverenin kastı veya genel sağlık sigortalısının iş sağlığını koruma ve iş güvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı hareketi sonucu olmuşsa, Kurumca yapılan sağlık hizmeti giderleri işverene tazmin ettirilir. İşverenin sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlık ilkesi dikkate alınır.

(Değişik altıncı fıkra: 17/4/2008-5754/46 md.) Genel sağlık sigortalısına ve bunların bakmakla yükümlü olduğu kişilere kastı veya suç sayılır bir hareketi veya ilgili kanunlarla verilmiş bir görevi yapmaması ya da ihmali nedeniyle Kurumun sağlık hizmeti sağlamasına veya bu kişilerin tedavi süresinin uzamasına sebep olduğu mahkeme kararıyla tespit edilen üçüncü kişilere, Kurumun yaptığı sağlık hizmeti giderleri tazmin ettirilir.”

III. 5510 SAYILI YASA İLE GETİRİLEN DÜZENLEMELERİN YAPISI VE İÇERDİĞİ FARKLILIKLAR

1. İş Kazası ve Meslek Hastalığı Nedeniyle İşverene Rücu

a) Bildirimi Yapılan Sigortalılar Nedeniyle Sorumluluk

5510 sayılı Yasanın 21. maddesi, iş kazası veya meslek hastalığının “işverenin kastı veya sigortalıların sağlığını koruma ve iş güvenliği mevzuatına aykırı bir hareketi” sonucu gerçekleşmesi halinde işverenin sorumluluk koşullarını düzenlemektedir.

Maddenin getirdiği yeni düzenlemede dikkati çeken ilk yön, 506 sayılı Yasanın 26. maddesinde yer alan “işverenin... suç sayılabilir bir hareketi” kavramına yeni düzenlemede yer verilmemiş olmasıdır.

Çenberci, suç sayılır eylem nedeniyle sorumluluk haline ilişkin olarak, “Madde, açıklığı gereği, işverenin iş kazasına veya meslek hastalığına neden olan eyleminin suç niteliğini taşımasını yeterli görmektedir. Yoksa, işverenin sorumlu tutulması için ayrıca bu eyleminden ötürü hüküm giymiş olması gerekli bulunmamaktadır... suçun türü önem taşımaz. Bu nedenle, işveren, suçun kabahat niteliğini taşımasından ötürü sorumluluktan kurtulamaz. Bu konuda suçun taksirli, ihmali, ani, mütemadi ve müteselsil suçlardan olması da işverenin sorumluluğunu etkilemez. Görüşümüze göre, af, kamu davasının açılmamış olması, kamu davası açılmış olmakla birlikte verilen cezanın ertelenmesi işverenin sorumlu tutulmasını en-

gellemez. Eylemin suç sayılır nitelikte bulunup bulunmadığı sigortalının iş kazasına uğradığı veya meslek hastalığına tutulduğu tarihte yürürlükte bulunan hükümlere göre belirlenmesi gerekir. Suç sayılan eylem, iş kazası ve meslek hastalığına ilişkin olmak şartıyla, genel hukuk içinde suç sayılan herhangi bir eylemdir; yoksa, suç sayılan eylemden maksat, sadece çalışma mevzuatının suç saydığı eylemlerden ibaret değildir.”³ görüşünü dile getirmiştir.

İş kazası, işverenin korunma amacıyla iş yerinde bulundurduğu silahının, dikkatsizlik ve tedbirsizlik sonucu ateş alması veya yönetimindeki aracın işyeri bahçesinde dinlenmekte olan işçiye yine taksire dayalı eylemle çarpması biçiminde gerçekleşebilmektedir. Bu tür kazaların, 5510 sayılı Yasanın 21. maddesindeki, “kastı veya sigortalıların sağlığını koruma ve iş güvenliği mevzuatına aykırı bir hareketi” sınırlaması dahilinde, işveren yönünden tazmin sorumluluğu doğuracağından söz etmeyi zora sokmaktadır. Oysa, işverenin prim ödemiş olmasının, bu alanda duyarsız davranma özgürlüğü sağladığını kabule olanak bulunmamaktadır. Madde yazımındaki yetersizlik, böylesi durumlarda sağlığı koruma ve iş güvenliği mevzuatı hükümlerinin geniş yorumlanmasına veya bu konumda iş kazası veya meslek hastalığına neden olan işverenlerin bu sıfatlarından arındırılarak, 5510 sayılı Yasanın 21. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca üçüncü kişi konumunda sorumluluğu yoluna gidilmesine neden olacaktır.

5510 sayılı Yasanın 21. maddesiyle işverenin tazmin sorumluluğu yönünden getirilen diğer bir farklı düzenleme ise, “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.” düzenlemesidir.

Çalıştırdığı sigortalıyı Yasal yönetime uygun olarak Kuruma bildiren işverenlerin tazmin sorumluluğunun sınırı, gerçek zarar tavan değeriyle sınırlı ilk peşin sermaye değerli gelir miktarı olarak belirlenmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin, 21.03.2007 gün ve 26649 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan, 23.11.2006 gün ve E: 2003/10, K: 2006/106 sayılı kararı ile 506 sayılı Yasanın 26. maddesinde yer alan "...sigortalı veya hak sahibi kimşelerin işverenden isteyebilecekleri miktarla sınırlı olmak üzere..." bölümünün Anayasaya aykırılık nedeniyle iptali sonrasında, Kurumun rücu hakkının, yasadan doğan kendine özgü ve sigortalı ya da hak sahiplerinin hakkından bağımsız basit rücu hakkına dönüştüğü ve artık gerçek zarar tavan hesabına gerek olmadığı yönündeki yaklaşım; 5510 sayılı Yasanın yürürlüğü sonrası gerçekleşen iş kazaları nedeniyle açılan davalarda farklı bir yaklaşım sergilenmesini gerektirecektir.

İlk peşin sermaye değerli gelirin, sigortalı veya hak sahiplerinin işverenden isteyebilecekleri tutarlarla sınırlı kısmının tazmin edilebilecek olması, bu tür davaların, yeniden halefiyet ilkesine dayalı davalar olarak yorumlanması için yeterli bulunmamaktadır. Zira anılan cümle, temelde tazmini olanaklı bulunan ilk peşin sermaye değerli gelire üst sınır getiren bir hüküm içermekte olup, ilk peşin sermaye değerli gelirin gerçek zarar tavan değerinin altında kaldığı durumlarda ise herhangi bir işlevi olamayacaktır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı sonrasında 506 sayılı Yasaya dayalı rücu tazminat davaları için geliştirilmiş olan yaklaşımdan ayrılmayı gerektiren bir durum doğmamakta; yalnızca ilk peşin sermaye değerli gelir miktarının gerçek zarar tavanını aşması halinde, tavan değeri aşan kısmın tazmini olanağını ortadan kaldıran ikinci bir sınırlama olarak ortaya çıkmaktadır.

Bu kapsamda değinilmesi gereken bir diğer yön de, 506 sayılı Yasanın 26. maddesine eklenmiş olan cümlenin, bu kez salt işveren yönünden hüküm içerir biçimde "İşverenin sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlık ilkesi dikkate alınır." ifadesiyle 5510 sayılı Yasanın 21. maddesinde de yer almış olmasıdır.

"Kaçınılmazlık ilkesi" kavramı, üzerinde tartışılmış bilimsel bir kavram olmadığı gibi; kusura dayalı sorumluluk içeren madde kapsamında kusur incelemesi yapılırken, bu olgunun gözetilmesi doğal olduğundan, iş kazalarının

gerçekleşmesinde, kaçınılmazlık olgusunun da etken olabileceğinin kabulüne olanak sağlama-ya yönelik düzenlemenin, böylesi bir cümleyle dile getirilmesine gerek bulunmamaktadır. 10. Hukuk Dairesi içtihatları yanında, Hukuk Genel Kurulu Kararlarında da, "...davanın yasal dayanağını oluşturan ve iş kazası ve meslek hastalığının oluşumuna, "...kastı veya işçilerin sağlığını koruma ve iş güvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı hareketi veyahut suç sayılabilir bir hareketi..." ile etkide bulunan işveren yönünden madde içeriğinde sıralanan nedenlerle ve kusura dayalı sorumluluk ilkesi temelinde sorumluluk gereğine yönelik düzenleme içeren 506 sayılı Yasanın 26/1. maddesine eklenen, "İşçi ve işveren sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlık ilkesi dikkate alınır." cümlesinin, maddede sayılan kusurlu davranışları nedeniyle tazminle sorumlulukları yoluna gidilen işverenlerin, iş kazasının oluşumunda etkili olan kaçınılmazlıktan da sorumlu tutulmaları gereğini öngörür şekilde yorumlanmasının, buna bağlı olarak objektif sorumluluğa olanak tanımayan madde hükmü karşısında işverenin kaçınılmazlık etkeninden kaynaklanan bölümden kısmen de olsa sorumluluğunun kabulü, yasal düzelemeye egemen ilkeyle bağdaştırılamaz..." (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 27.09.2006 t., 2006/10-627 E., 2006/599 K.) yaklaşımı benimsenmiş olup; 5510 sayılı Yasa sonrasında da bu yaklaşımdan ayrılmayı gerektiren bir durum bulunmamaktadır. Kaldı ki, 5510 sayılı Yasanın kusura dayalı sorumluluk düzenlemesi, 506 sayılı Yasaya oranla daha dar bir sorumluluk düzenlemesi içerirken bu kapsamda kaçınılmazlıktan sorumluluğa söz etmeye olanak bulunmamaktadır.⁴

506 sayılı Yasanın 41. maddesi "Çalışma mevzuatına göre sağlık raporu alınması gerektiği halde böyle bir rapora dayanılmaksızın veya eldeki rapora aykırı olarak bünyeye elverişli bulunmadığı işte çalıştırılan sigortalının, bu işe girişinden önce var olduğu tespit edilen veya bünyeye elverişli bulunmadığı işte çalıştırılması sonucu meydana gelen hastalığı için Kurumca yapılan hastalık sigortası masraflarının tümü işverene ödettilir." düzenlemesini içermekteydi.

5510 sayılı Yasanın 21. maddesinde ise; “Çalışma mevzuatında sağlık raporu alınması gerektiği belirtilen işlerde, böyle bir rapora dayanılmaksızın veya eldeki rapora aykırı olarak bünyece elverişli olmadığı işte çalıştırılan sigortalının, bu işe girmeden önce var olduğu tespit edilen veya bünyece elverişli olmadığı işte çalıştırılması sonucu meydana gelen hastalığı nedeniyle, Kurumca sigortalıya ödenen geçici iş göremezlik ödeneği işverene ödetilir.” düzenlemesine yer verilerek, bünyece elverişli olmadığı işte çalıştırılma veya çalışma mevzuatına göre rapor alınması gerektiği halde bu gereğe uymadan çalıştırma hali için; ödenen geçici iş göremezlik ödeneklerinin işverene ödetilmesi konusunda düzenlemeye yer verilmiştir. Aynı durum nedeniyle sağlık hizmeti giderlerinin tazmini yönünden ise, 5510 sayılı Yasanın 76. maddesinin son fıkrasında düzenleme yapılmıştır.

Başlığında hastalık sigortasına değinmekle birlikte, içeriği ağırlıklı olarak, iş kazası ve meslek hastalığına ilişkin rücu hükümleri içeren maddeye, bu konunun bir yönüyle eklenmesi, yasanın geneline egemen olan uzun maddelerden birine daha yol açarken, bağımsız bir rücu hükmünün, farklı sigorta kolları yönünden değişik maddelerde düzenlenmesi sonucu dağınıklığa neden olmuştur.

b) Süresinde Bildirilmeyen Sigortalılar Nedeniyle Sorumluluk

5510 sayılı Yasanın 23. maddesi “Sigortalı çalıştırmaya başladığının süresi içinde sigortalı işe giriş bildirgesi ile Kuruma bildirilmemesi halinde, bildirgenin sonradan verildiği veya sigortalı çalıştırıldığının Kurumca tespit edildiği tarihten önce meydana gelen iş kazası, meslek hastalığı, hastalık ve analık halleri sonucu ilgililerin gelir ve ödenekleri Kurumca ödenir.

Yukarıdaki fıkrada belirtilen hallerde, Kurumca yapılan ve ileride yapılması gerekli bulunan her türlü masrafların tutarı ile gelir bağlanırsa bu gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri tutarı, 21 inci maddenin birinci fıkrasında yazılı sorumluluk halleri aranmaksızın, işverene ayrıca ödetilir.” düzenlemesini içermektedir.

Maddede yer alan yardım yükümlülüğü, 506 sayılı Yasanın 6. maddesinde yer alan ve çalıştırılanların, işe alınmalarıyla kendiliğinden “sigortalı” olacağı; sigortalılar ile bunların işverenleri hakkında sigorta hak ve yükümlerinin, sigortalının işe alındığı tarihten başlayacağı; sigortalı olmak hak ve yükümlünden kaçınılmayacağı ve vazgeçilemeyeceği; sözleşmelere, sosyal sigorta yardım ve yükümlerini azaltmak veya başkasına devretmek yolunda hükümler konulamayacağını öngören düzenlemeye koştur, 5510 sayılı Yasanın 7. maddesindeki;

“Sigorta hak ve yükümlülükleri 4 üncü maddenin birinci fıkrasının;

a) (a) bendi kapsamında sigortalı sayılanlar için çalışmaya,”

başladıkları tarihten başlayacağı hükmünün doğal ve zorunlu sonucudur.

Yasal yönetime uygun olarak bildirim yapılmayan sigortalılara, sigorta yardımı yapılması ve bu konumdaki işverenlerin, bildirim yükümlüne uyan işverenlere oranla farklı ve daha ağır bir tazmin yükümlülüğüne tabi tutulması, 17.07.1964 tarihinde kabul edilen 506 sayılı Yasanın 141. maddesiyle yürürlükten kaldırılan, 4772 sayılı İş Kazaları, Meslek Hastalıkları ve Analık Sigortaları Hakkında Kanun’un 84. maddesinde de yer alan, sosyal güvenlik hukukumuzun köklü yaklaşımlarındandır.

Çenberci, “Kurumun SSK. m. 10’a dayanarak yaptığı sigorta yardımlarının karşılığını işverene ödettirme hakkı ve bu hakkı elde etmek için işverene yönelttiği ödettirme davası, işveren bakımından, medeni ceza esasına dayanmaktadır. Gerçekten yasakoyucu, çalıştırdığı sigortalı hakkında gerekli bilgilerin toplandığı bir dosyanın oluşturulmasını sağlamak için işvereni bildirim yükümünü yerine getirmeye, yani, “işe giriş bildirgesi” vermeye zorlama amacını izlemiştir ve bunun için de, sigorta olayının meydana gelmesinde işverenin kusuru bulunup bulunmadığını önemsememiştir. Maddenin gerekçesinde, işverene ödettirilecek paranın bildirme yükümlüne uymamasının bir yaptırım olduğunu belirtmiş bulunması da bu yönü açıkça ortaya koymaktadır.” görüşünü dile getirmiş; sigortalının, kendisini Kuruma bildirmeyen işverenden, salt bu nedenle zararının tazminini

istemeyeceğini, işverenin sigortalıyı kuruma bildirmemesinden kaynaklanan sorumluluğunun yalnızca Kuruma karşı olduğu ve halefiyet ilkesinin geçerli olmadığını belirten Aslanköylü de, “10. maddeden doğan rücu hakkının “medeni ceza niteliği taşıyan bağımsız rücu hakkı” olduğu...”⁶ görüşündedir.

Araslı, “Madde getirdiği düzenleme ile; genel sorumluluk hukuku ilkelerine uygun düşmeyecek şekilde, kusur esasına dayanmayan sınırsız bir sorumluluk öngörmüştür. Bu tür bir sorumluluk ise, borçlar hukuku çerçevesinde değerlendirilemez. Ne var ki, sosyal güvenlik alanında; kişilere, güvence getirmeyi amaçlayan 506 sayılı Yasa sistemi, bir yerde sistemi yürütme, sistem dışı işçi çalıştırmasını önleme yolunda; işvereni bir tür sorumlulukla yükümlü kılmıştır. Bu durumda, sorumluluk, medeni ceza türünde ve bir yaptırım olarak ortaya çıkmaktadır.”⁷ Görüşünü ortaya koyduktan sonra, 10. maddede dayalı sorumluluğun gerçek zarar tavan değeriyle sınırlandırılması konusundaki düşüncelerini ortaya koyarken de, “Gerçekten, 506 sayılı Yasa sisteminde, işverenin Kuruma karşı, zararlandırıcı sigorta olayı nedeniyle sorumluluğu, 26 ve 10. maddelerde olmak üzere iki ayrı bölümde düzenlenmiştir. 26. maddede temelde, Kuruma karşı görevlerini yerini getiren işverenin, sigortalısına; kast, suç sayılır eylemi veya iş güvenliği mevzuat hükümlerine aykırı eylemleri yönünden düzenleme getirirken, 10. madde; 26. maddenin aksine, Kuruma ve sigortalısına karşı görevlerini aksatan işveren yönünden sorumluluk esaslarını hükme bağlamaktadır. 26. madde, hukuksal açıdan, tazminat niteliğinde ve kusura dayalı bir düzenleme getirirken, 10. madde yaptırım veya medeni ceza türünde bir uygulama öngörmektedir. Her iki maddenin getiriliş amacı, koşulları ve düzenleme yerleri her yönden farklıdır. Birbirinden farklı iki sorumluluk sisteminin aynı kurallara tabi tutulması, 506 sayılı Yasanın kabul ettiği temel ilkelere ters düşmüştür. Üstelik medeni ceza alanında, kıyas yoluyla bir uygulama yapılması, uygulayıcıyı yasa koyucu konumuna getirmiş, Anayasal temel ilkelere de...”⁸ aykırı davranıldığı düşüncesini dile getirmiştir.

Başlangıçta da belirtildiği üzere, konu 506

sayılı Yasa ile getirilen düzenlemeden önceki bir uygulamanın devamı niteliğindedir. Bu nedenle, konunun en geniş boyutlarıyla tartışılıp irdelendiği Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu’nun, 23.05.1956 t., 1956/2 E., 1956/8 K. sayılı ilamının, günümüz uygulamasına ışık tutan içeriğiyle gözetilmesi gereği bulunmaktadır. Anılan ilamda; “Temyiz Mahkemesi Dördüncü Hukuk Dairesinin 3.12.1954 tarih ve 6592/5116 sayılı ve 15.11.1955 tarih ve 4447/4958 sayılı ve 22.11. 1955 tarih ve 4586/5049 sayılı kararlar ile Hukuk Umumi Heyetinin 5.10.1955 tarih ve 4/68 E. 65 K. sayılı karar arasındaki mübâyenet ve ihtilafın halli İşçi Sigortaları Kurumu Umum Müdürlüğü’nün 24 Aralık 1955 tarih ve VII, 333 sayılı yazısı ile vukubulan müracaatına atfen Birinci Reislik makamınca istenmekle toplanan Tevhidi içtihat Büyük Heyetinde keyfiyet müzakere edildi.

Dördüncü Hukuk Dâiresinin yukarıda tarih ve numaralan yazılı kararlarıyla; 4772 sayılı Kanunun seksendördüncü maddesinde mutlak surette mesuliyet esası kabul edilmiş olmayıp bu madde hükmünün aynı kanunun otuzyedinci maddesindeki mesuliyet unsurları ile mukayyet olduğu içtihat edilmiş olduğu halde Hukuk Umumi Heyeti kararıyla seksendördüncü maddenin tatbiki bahis mevzuu olan hallerde otuzyedinci maddedeki unsurların araştırılmasına lüzum olmadığı içtihat edilmiş olduğundan Dördüncü Hukuk Dairesi kararlarıyla Umumi Heyet kararı arasında halli lazım gelen açık bir mübâyenet mevcuttur.

3008 sayılı İş Kanunu’nun değişen ikinci maddesinin (F) bendinde bir işyeri tesis eden veya bir işyeri devir alan işverenin işyerinin adresini, çalışan işçi veya hizmetli miktarını ve süreyi İş Kanununun tatbiki ile vazifeli makamlar bizzat veya taahhütlü mektupla ihbar etmekle ödevli olduğu tasrih edilmiştir. Bu suretle ihbar edilen ve İş Kanununun şümulüne girdiği tespit olunan iş yerlerinde çalışan işçiler 3008 sayılı Kanunun 101 inci maddesine göre işyerine alınmalarıyla beraber sigorta edilmiş olurlar ve «sigorta primleri 4772 sayılı Kanunun beşinci maddesinin ikinci fıkrası hükmünce işveren tarafından ödenir. Böyle bir işyerinde bir kaza veya meslek hastalığı vuku bulduğu takdirde

sigortalıya yapılacak yardım ve menfaatler ve bağlanacak gelirler İşçi Sigortaları Kurumu'na aittir. Ancak 4772 sayılı Kanunun otuzyedinci maddesi hükmüne göre, dört halde, yani kaza veya meslek hastalığının işveren veya vekilinin kastından, veya İş Kanununun işçilerin sağlığını koruma ve iş emniyeti hükümlerine aykırı hareketlerinden, yahut suç sayılan fiillerinden, veyahut da sigortalının iş yerine ait işler dışında çalıştırılmasından, ileri geldiği takdirde, İşçi Sigortaları Kurumu'nun sigortalıya temin ettiği veya ilerde temine mecbur olduğu menfaatlardan mütevellit her türlü zararların tazmini ile işveren veya vekili mükelleftir.

Seksendördüncü maddeye gelince; bu maddenin birinci fıkrasında; İş Kanunu'nun şümulüne girecek vasıfta olan bir işyerinin işveren tarafından çalışma teşkilatına haber verilmemesi halinde bu işyerinde bir kaza veya meslek hastalığı vukua geldiği takdirde, sigorta yardım ve ödeneklerinin, kanunun şümulüne alınan işyerlerinde olduğu gibi Sigorta Kurumu tarafından kazaya veya meslek hastalığına uğrayan işçiye temin edileceği hususu tanzim edilmiş ve ikinci fıkra ile Sigorta Kurumunca bu hususta yapılan her türlü masraflarla, işçiye bir gelir bağlandığı takdirde buna ait tesis sermayesi tutarının işverenden alınacağı tasrih edilmiştir.

Bu iki madde hükümleri birlikte tetkik edildiği zaman seksendördüncü maddenin tatbikinde işverenin mesuliyeti bakımından otuzyedinci maddedeki kayıt ve şartların tahakkukunu aramaya lüzum olmadığı anlaşılır. Şöyle ki; Kanunen ödevli bulunduğu ihbar mükellefiyetini yerine getirmeyen ve bu suretle işyerini çalışma teşkilatının murakabesi dışında bırakan bir işverenin, İş Kanununun, işçilerin sağlığını koruma ve iş emniyeti hükümlerine riayet ettiği kabul edilemez.

Diğer cihetten seksendördüncü maddenin tatbikinde, otuzyedinci maddedeki şartların tahakkukunu aramak ihbar mükellefiyetini yerine getirmeyenleri, bu mükellefiyeti yerine getirenlerin tabi olduğu hükümlere tabi tutmak olur ki, böyle bir netice kanun tarafından derpiş edilmemiştir. Bilakis seksendördüncü maddenin ayrıca sevk ve tedvin edilmesi Kanun vaz'ının otuzyedinci maddeden müstakil

olarak bir mesuliyet hükmü vazettiğini açıkça göstermektedir. Adalet ve mantık mülhazaları da bunu tespit ettirmektedir. Zira kanuni mükellefiyetlerini yerine getirenlerle getirmeyenlerin aynı hükme tabi tutulması halinde daima bu mükellefiyeti ifa etmeyenler himaye edilmiş ve mükellefiyeti ifa edenler ise lüzumsuz bir külfete maruz bırakılmış olurlar. Kanun metni, ve ruhu itibarıyla, adalet ve hakkaniyet esaslarına uymayan böyle bir hale müsaade etmemiş bilakis ihbar mükellefiyetini yerine getirmeyenleri sıkı bir müeyyideye tabi tutmuştur. Nitekim otuzyedinci maddede sayılan haller arasında, ihbar mükellefiyetinin yerine getirilmiş olmasına rağmen işçinin işyerine ait işler dışında çalıştırılması yüzünden vukua gelen kaza veya meslek hastalığında başka hiç bir sebep aranmaksızın işverenin mesuliyeti kabul edilmiştir. Böylece kanun işçinin, işveren tarafından bildirilen işyerinden başka bir yerde çalıştırılması halini bir nevi ihbar mükellefiyetine riayetsizlik telakki etmiştir. Seksendördüncü madde hükmü ise ihbar mükellefiyetine riayetsizliğin daha umumi bir halini tanzim etmektedir. Bu itibarla seksendördüncü maddenin tatbikinde otuzyedinci maddenin şartlarını aramak için kanuni ve makul hiçbir sebep yoktur.

Netice; 4772 sayılı Kanunun seksendördüncü maddesinin tatbiki bahis mevzuu olan hallerde aynı kanunun otuzyedinci maddesindeki işverenin mesuliyetini icap ettiren kayıt ve şartların aranmasına lüzum olmayıp seksendördüncü maddenin otuzyedinci maddeden müstakil olarak tatbiki icap edeceğine ve Hukuk Umumi Heyetinin bu yoldaki içtihadının kanuna uygun bulunduğu..." görüşlerine yer verilmiştir.

Yargıtay uygulamasında, hakkaniyet gereğince 506 sayılı Yasanın 10. maddesine dayalı sorumluluğa da 506 sayılı Yasanın 26. maddesindeki tavan sınırlamasının, ağırlaştırılmış haliyle kıyasen uygulanması yaklaşımı benimsenmişse de⁹; 506 sayılı Yasanın uygulaması yönünden dahi, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı sonrası benimsenen basit rücu kavramı uyarınca tavan zarar hesabı gereğinden uzaklaştırılmış olması, 10. madde yönünden bağımsız bir uygulamayı zorunlu kılmıştır.

Kayıt dışı çalıştırmanın yaptırımını olarak 5510

sayılı Yasanın 23. maddesinde de yer alan ve “21 inci maddenin birinci fıkrasında yazılı sorumluluk halleri aranmaksızın, işverene ayrıca ödettilir.” ifadesiyle ortaya konan sorumluluk halinin, önceki uygulamadan bağımsız olarak, 21. maddeyle ilişki kurulmaksızın uygulanan bir ceza hükmü olarak şekillenmesi gerekmektedir. 5510 sayılı Yasanın 21 ve 23. madde koşullarının işveren yönünden aynı anda gerçekleştiği durumlarda, 23. maddenin medeni ceza nitelikli, kamusal bir yaptırım olduğu yönü ve özellikle maddede yer alan “ayrıca” ödetmeye ilişkin düzenleme gözetilerek; yardım yapılan sigorta kolunun niteliğine göre, ilk peşin sermaye değerli gelirin veya yapılan harcamaların, Borçlar Kanunu 43 ve 44. maddelerinin uygulanması konusunda geliştirilen ilkeler ışığında tazmini yoluna gidilerek; 23. madde nedeniyle tazmin edilen miktarın, 21. maddenin koşulları dahilinde gerçekleşen sorumluluk üzerinde herhangi bir etkide bulunmayacağını kabul eden uygulamanın oluşturulması; 23. maddenin sosyal güvenliğin yaygınlaşması ve kayıt dışı çalışmanın önlenmesini amaçlayan düzenlemesine uygun olacaktır.

5510 sayılı Yasanın 23. maddesi, “sigortalı işe giriş bildirgesi ile Kuruma bildirilmemesi halinde, bildirgenin sonradan verildiği veya sigortalı çalıştırıldığı Kurumca tespit edildiği tarihten önce meydana gelen iş kazası,” tanımını kullanırken; 506 sayılı Yasanın 10. maddesi “Sigortalı çalıştırmaya başlandığının süresi içinde Kuruma bildirilmemesi halinde bildirgenin sonradan verildiği veya sigortalı çalıştırıldığı Kurumca tesbit edildiği tarihten önce,” ibaresini içermekteydi. Sigortalı çalıştırmanın süresi içinde bildirilmemesi kavramı, 5510 sayılı Yasanın öngördüğü işe giriş bildirgesiyle bildirilmeme haline göre, yasanın kayıt dışı çalışmayı önleme amacına daha iyi hizmet etmekteydi. Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin 04.05.2001 t., 2000/8625 E., 2001/3492 K. sayılı ilamında da belirtildiği üzere, “Bu hükmün getirilmesinin amacı kaçak sigortalı çalıştırmayı önlemek dolayısıyla da sigortalıları sosyal güvenlik şemsiyesi altına almak ve ayrıca Kurumun prim gelirlerini artırmaktır.

9. maddede, münhasıran “işe giriş bildirge-

si”nden söz edilmemiş “... Örneği Kurumca hazırlanan bildirgelerle ...” denmiştir. 10 maddede de “işe giriş bildirgesi” deyimine yer verilmemiş “Sigortalı çalıştırmaya başlandığının süresi içinde Kuruma bildirilmemesi halinde bildirgesinin sonradan verildiği...” kavramına yer verilmiştir.

Sosyal Sigortalar Kanunu’na göre, (79/1) işverence kuruma verilmesi gereken prim bildirgelerinin neler olduğu Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğine bırakılmıştır. Bu bildirgeler, “aylık sigorta prim bildirgesi,” “dört aylık sigorta prim bordrosu” ve “sigortalı hesap fişi”dir. (Yönetmelik madde 16.17.18). Bunların dışında Sosyal Sigortalar Kanunu’nun madde 9’a göre de “işe giriş bildirgesi”nin verilmesi gerektiği yukarıda açıklanmıştır.

Somut olayda sigortalının 1994 yılında iş kazası geçirdiği, işverenin iş kazasının meydana geldiği tarihi de kapsar biçimde 1979 tarihinden 1999 tarihine kadar primleri ödemediği ancak kazadan önce işe giriş bildirgesini süresinde vermediği görülmektedir. Kurumca düzenlenen sigortalıya ait hizmet cetvelinde prim ödeme dönemleri gösterildiği için sigortalıyı da içerir biçimde dönem bordrolarının işverence Kuruma verildiği açıktır. Zira Kurum, prim tahakkuku esas olarak düzenler. Bundan başka Kurumca, kaza geçiren sigortalı hakkında ayrı sigorta sicil dosyası tutmuş, kendisine sigorta sicil numarası verilmiştir. Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğine göre işe alınıp bildirilen sigortalıya Kurumca sosyal sigorta sicil numarası verilir ve ayrı bir dosya tutulur. Dava konusu olayda işveren, işe giriş bildirgesini vermemiş olsa bile çalışma dönemlerine ait prim bordrolarını Kuruma verdiği için, ayrıca primleri de ödemiş bulunduğu Kurum sigortalının çalışmalarından haberdar olmuştur ve prim kaybına da uğramamıştır. Zira 9. ve 10. maddelerin getiriliş amacına aykırı bir davranış söz konusu değildir. Daha önce ifade edildiği gibi 9. ve 10. madde hükümleri ile Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği hükümleri bir bütün olarak yorumlandığında aslolan sigortalıların Kuruma bildirilmesi ve primlerinin ödenmesidir. Bu bildirim işe giriş bildirgesi dışında kalan belgelerle de gerçekleştirilebilir. 10. maddesi-

nin sözünden ve özünden, diğer bildireler verilmesine ve primlerin ödenmesine karşın salt işe giriş bildirgesinin verilmemesinin işverenin sorumluluğunu gerektireceği sonucuna varılmamıştır.

Yargıtayımızın yerleşmiş ve oturmuş görüşlerine göre, primler ödenmemiş ve diğer bildireler verilmemiş olsa bile, salt kazadan önce işe giriş bildirgesi verilmiş ise işveren 10. madde gereğince sorumlu tutulamamaktadır. Hatta, örneğin, sigortalıya ait işe giriş bildirgesi beş sene önce verilmiş ve hiç prim ödenmemiş olsa bile işverenin sorumluluğu yönüne gidilememektedir. Somut olayda işe giriş bildirgesi verilmemiş ise de diğer bildireler verilmiş ve yıllarca prim ödenmiş olduğuna göre bu konudaki işverenleri sorumlu tutup örnekte gösterilen işvereni sorumlu tutmamak ne hukuka, ne yasaya, ne de 9. ve 10. maddelerin amacına uygun düşer. Zira Hakim evrensel bir hukuk kuralı olan hakkaniyet ilkesini gözeterek karar vermek zorundadır.

5510 sayılı Yasanın 23. maddesinde, “4 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında sigortalı olduğu halde, 8 inci maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen süre içerisinde bildirimde bulunmayanlara, bildirimde bulunulmayan sürede meydana gelen iş kazası, meslek hastalığı, analık halleri sonucu ilgililerin gelir ve ödenekleri Kurumca ödenmez.” düzenlemesine yer verilmiş olup; kendi nam ve hesabına bağımsız çalışanların, sigortalılık bildirimlerini yapmamış oldukları dönemde gerçekleşen iş kazası ve meslek hastalığı nedeniyle gelir ve ödenek ödenmemesi hükmü getirilmiştir.

Hizmet sözleşmesine dayalı çalışanlar yönünden de, 5510 sayılı Yasanın 8/c maddesinde kendisini bildirme yükümü getirilmişse de; anılan düzenlemede “Sigortalılar, çalışmaya başladıkları tarihten itibaren en geç bir ay içinde, sigortalı olarak çalışmaya başladıklarını Kuruma bildirirler. Ancak, sigortalının kendini bildirmemesi, sigortalı aleyhine delil teşkil etmez.” hükmü öngörülmüştür. İş kazası ve meslek hastalığı gibi, sigortalının aktif çalışma yaşamından çekilmesine neden olacak ağır sonuçların doğumu halinde dahi, kendi nam ve hesabına çalışanların tescillerini gerçekleştirmiş olmalarını böylesi ağır bir yaptırıma bağla-

mak, sosyal güvenliğe egemen temel ilkelere ve diğer sigortalılarla karşılaştırıldığında eşitliğe aykırı bir görüntü sergilemektedir. Hükmün hakkaniyete daha uygun bir yapıya kavuşturulması zorunluluğu vardır. Zira bağımsız çalışanlar yönünden de Devletin ve Kurumun tescil konusunda yükümlülükleri bulunmakta olup, tüm sorumluluğun sigortalıya yüklenmesi hakkaniyete uygun bulunmamaktadır.

2. Üçüncü Kişilere Rücu

a) İş Kazası ve Meslek Hastalığı Nedeniyle Üçüncü Kişinin Sorumluluğu

5510 sayılı Yasanın 21. maddesinde “İş kazası, meslek hastalığı ve hastalık, 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 kusuru varsa bunları çalıştıranlara rücu edilir.” düzenlemesiyle; 506 sayılı Yasanın 26. maddesinde olduğu gibi, üçüncü kişilerin sorumluluğu konusundaki genel hükümlere atf yapılmayarak, üçüncü kişilerin sorumluluğu konusunda basit rücu yaklaşımı benimsenmiş; gerçek zarar tavan değeri hesabına da gerek kalmaksızın, gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısının rücu edilebilmesi olanağı getirilmiştir.

Düzenlemenin, genel hükümlere atıfta bulunmamış olmasının, kusur oranı uyarınca tazmin sorumluluğunda bir farklılık yaşanıp yaşanmayacağı konusunda tereddüt yaratması mümkünse de; düzenlemenin kusura dayalı sorumluluk halini öngörmüş olması ve kusurla orantılı sorumluluğun tazminat hukukunun genel ilkelerinden bulunması karşısında, ilk peşin sermaye değerli gelirin yarısının tazminat tavanı olarak algılanıp, üçüncü kişinin sorumlu olacağı miktarın kusur oranı gözetilerek belirlenmesi gerekeceği kanısı oluşmaktadır.¹⁰

Üçüncü kişiyi istihdam edenin sorumluluğu yönünden, 506 sayılı Yasanın 26. maddesine ilişkin yargısal uygulamada oluşan birikimden yararlanılarak, “kusuru varsa bunları çalıştıran-

lara” rücu edilebileceği düzenlemesi, belirsizlik içermeyecek biçimde oluşturulmuştur.

Maddede ayrıca rücu önleyen hukuka uygunluk hallerine yer verilip; iş kazası, meslek hastalığı ve hastalık, kamu görevlileri, er ve erbaşlar ile kamu idareleri tarafından görevlendirilen diğer kişilerin vazifelerinin gereği olarak yaptıkları fiiller sonucu meydana gelmiş ise, bu fiillerden dolayı haklarında kesinleşmiş mahkûmiyet kararı bulunanlar hariç olmak üzere, sigortalı veya hak sahiplerine yapılan ödemeler veya bağlanan gelirler için Kuruma veya ilgililere rücu edilemeyeceği; ayrıca, iş kazası veya meslek hastalığı sonucu ölümlerde, bu Kanun uyarınca hak sahiplerine bağlanacak gelir ve verilecek ödenekler için, iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesinde kusuru bulunan hak sahiplerine veya iş kazası sonucu ölen kusurlu sigortalının hak sahiplerine, rücu edilmeyeceği düzenlemeleri öngörülmüştür.

b) Uzun Vadeli Sigorta Kolları Bakımından Üçüncü Kişinin Sorumluluğu

5510 sayılı Yasanın 39. maddesindeki, “Üçüncü bir kişinin kastı nedeniyle malûl veya vazife malûlü olan sigortalıya veya ölümü halinde hak sahiplerine, bu Kanun uyarınca bağlanacak aylığın başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısı için Kurumca zarara sebep olan üçüncü kişilere rücu edilir.” içerikli düzenlemeyle, “kastı” ile malullük, vazife malullüğü ve ölüme neden olan üçüncü kişilerin, bağlanacak aylığın ilk peşin sermaye değerinin yarısı oranında tazmin sorumluluğu öngörülmüştür.

Uzun vadeli sigorta kolundan yapılan yardımlar belirli süre prim ödenmesini gerektirmekte olup, uzun dönemde ödenen primin ağırlıklı kısmının işverenler tarafından karşılandığı gözetilerek, işverenlere 39. maddenin tazmin sorumluları arasında yer verilmemiştir. Ayrıca işverenin 21. maddeye dayalı sorumluluğunun üçüncü kişilere oranla daha geniş tutulmuş olması da, 39. maddedeki bu yaklaşım biçimlenmesinde etkili görünmektedir.

Düzenleme, bağımlı ve bağımsız çalışanlar yanında, kamu görevlisi sigortalıları veya hak sahiplerine bağlanan aylıkların tazmini olana-

ğını sağlayan kapsamlı bir içeriğe sahip bulunmaktadır. Ancak, 1479 sayılı Yasanın 63. maddesindeki, “Üçüncü bir kimsenin suç sayılır hareketi ile bu Kanunda sayılan yardımların yapılmasını gerektiren bir halin doğmasında, Kurum, sigortalı veya hak sahiplerine gerekli bütün yardımları yapar... Ancak, Kurum, yapılan bu yardımların ilk peşin değeri için üçüncü kişilere, istihdam edenlere ve diğer sorumlulara rücu eder.” düzenlemesiyle karşılaştırıldığında; “suç sayılır hareket” yerine “kast”, “ilk peşin değer” yerine “ilk peşin sermaye değerinin yarısı” ölçütünü getirerek 1479 sayılı Yasaya oranla daha dar kapsamlı bir içerik oluşturmuştur.

Madde uygulamasında en büyük sorun, kastın ortaya çıkarılmasında yaşanacaktır. Zira, kast kavramı ceza hukukuna özgü bir kavram olup, suç sayılır hareket yerine, kasti eylemin aranması, bu durumun ceza hükmüyle ortaya konulmasını zorunlu kılacaktır. Zamanaşımı, af gibi ceza yargılamasının esasa ilişkin hükümle sonuçlanmasını önleyen durumlar, Kurumun tazminat hakkı üzerinde de olumsuz etki doğuracaktır.

Bu konuda diğer bir sorun ise, olası (muhtemel) kast kavramı çerçevesinde oluşacak tartışmadır. 5237 sayılı TCK'nin 21/2 maddesinde “Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen fiili işlemesi” olarak tanımlanmıştır. Olası kast, öğretide kastın türü olarak kabul edilip, eyleminin sonuçlarını öngörme ve buna rağmen eylemi gerçekleştirme biçiminde ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle, olası kast halinde 39. maddenin uygulanması yönünden bir tereddüt yaşanmaması gerektiği kanısındayım. Kastın varlığı halinde ayrıca kusur incelemesi gerekmezse de, tahrik hükümlerinin uygulandığı durumlarda, BK 43 ve 44. maddelerinin gözetilip gözetilmeyeceği yargı uygulamasıyla açıklığa kavuşacaktır.

Bu maddede de, hukuka uygunluk nedenlerine yer verilmiş ve yukarıdaki yoruma uygun olarak, “Malûllük, vazife malûllüğü veya ölüm hali, kamu görevlilerinin veya er ve erbaşlar ile kamu idareleri tarafından görevlendirilen diğer kişilerin vazifelerinin gereği olarak yaptıkları fiiller sonucu meydana gelmiş ise, bu fiillerden

dolayı haklarında kesinleşmiş mahkûmiyet kararı bulunanlar hariç olmak üzere, sigortalı veya hak sahiplerine yapılan ödemeler veya bağlanan aylıklar için Kurumca, kurumuna veya ilgililere rücu edilmez.” hükmüyle, kesinleşmiş mahkûmiyet hükmü olmadıkça anılan kişilere rücu edilemeyeceği belirtilmiştir.

3. Genel Sağlık Sigortası Yardımları Nedeniyle Rücu

5510 sayılı Yasanın 76. maddesi, “İşveren, iş kazasına uğrayan veya meslek hastalığına tutulan genel sağlık sigortalısına sağlık durumunun gerektirdiği sağlık hizmetlerini derhal sağlamakla yükümlüdür. Bu amaçla işveren tarafından yapılan ve belgelere dayanan sağlık hizmeti giderleri ve 65 inci madde hükümlerine göre yapılacak masraflar Kurum tarafından karşılanır.

Birinci fıkrada belirtilen yükümlülüklerin yerine getirilmesindeki ihmalden veya gecikmesinden dolayı, genel sağlık sigortalısının tedavi süresinin uzamasına veya malûl kalmasına veya malûllük derecesinin artmasına sebep olan işveren, Kurumun bu nedenle yaptığı her türlü sağlık hizmeti giderini ödemekle yükümlüdür.

(Değişik üçüncü fıkra: 17/4/2008-5754/46 md.) İlgili kanunları gereğince sağlık raporu alınması gerektiği halde sağlık raporuna dayanmaksızın veya alınan raporlarda söz konusu işte çalışması tıbbî yönden elverişli olmadığı belirtildiği halde genel sağlık sigortalısını çalıştıran işverenlere, bu nedenle Kurumca yapılan sağlık hizmeti giderleri tazmin ettirilir. Sağlık kurulu raporu ile belli bir işte çalışamayacağı belgelenen 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki kişiler bu işte çalıştırılmaz. Bu kişileri çalıştıran işverenler, genel sağlık sigortalısının aynı hastalık sebebiyle Kurumca yapılan masraflarını ödemekle yükümlüdür. Tedavinin sona erdiğine ve çalışılabilir durumda olduğuna dair Kurumca yetkilendirilen hekim veya sağlık kurullarından belge almaksızın başka işte çalışan genel sağlık sigortalısının aynı hastalığı sebebiyle yapılan tedavi masrafları ise kendisinden alınır.

İş kazası ile meslek hastalığı, işverenin kastı

veya genel sağlık sigortalısının iş sağlığını koruma ve iş güvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı hareketi sonucu olmuşsa, Kurumca yapılan sağlık hizmeti giderleri işverene tazmin ettirilir. İşverenin sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlık ilkesi dikkate alınır.

(Değişik altıncı fıkra: 17/4/2008-5754/46 md.) Genel sağlık sigortalısına ve bunların bakmakla yükümlü olduğu kişilere kastı veya suç sayılır bir hareketi veya ilgili kanunlarla verilmiş bir görevi yapmaması ya da ihmali nedeniyle Kurumun sağlık hizmeti sağlamasına veya bu kişilerin tedavi süresinin uzamasına sebep olduğu mahkeme kararıyla tespit edilen üçüncü kişilere, Kurumun yaptığı sağlık hizmeti giderleri tazmin ettirilir.” düzenlemesiyle, yukarıda sıralanan rücu hükümlerinin, genel sağlık sigortası kapsamındaki yardımlar yönünden genel bir düzenlemesine yer vermiştir.

İş kazası ve meslek hastalığı ile işe uygunluk raporu alınmaksızın çalıştırma ve alınan rapor içeriğine uygun olmayan işte çalıştırılma halinde işverenin sorumluluğunun dayanağını oluşturan kavramlar, 5510 sayılı Yasanın 21. maddesiyle koşut düzenlemeler içerdiğinden, konunun anılan maddenin yukarıda incelenen kavramları çerçevesinde değerlendirilmesi gerekecektir. “Tedavinin sona erdiğine ve çalışılabilir durumda olduğuna dair Kurumca yetkilendirilen hekim veya sağlık kurullarından belge almaksızın başka işte çalışan genel sağlık sigortalısının aynı hastalığı sebebiyle yapılan tedavi masrafları ise kendisinden alınır.” hükmü ise, tedavi gereklerine uymayan sigortalı yönünden getirilmiş bir yaptırım niteliği taşımaktadır.

Maddenin son fıkrasında yer alan, üçüncü kişilerin sorumluluğuna ilişkin düzenleme ise, çelişkiler içeren bir yapı taşımaktadır. Anılan düzenlemede, “Genel sağlık sigortalısına ve bunların bakmakla yükümlü olduğu kişilere, kastı veya suç sayılır bir hareketi veya ilgili kanunlarla verilmiş bir görevi yapmaması ya da ihmali nedeniyle Kurumun sağlık hizmeti sağlamasına veya bu kişilerin tedavi süresinin uzamasına sebep olduğu mahkeme kararıyla tespit edilen üçüncü kişilere, Kurumun yaptığı sağlık hizmeti giderlerinin tazmin ettirileceği” belirtilmiştir.

Anılan fıkrada, üçüncü kişinin sorumluluğu için dayanak alınan haller oldukça geniş biçimde listelendikten sonra, durumun “mahkeme kararıyla tespit” edilmesi koşulu öngörülmüştür. Yukarıdaki açıklamalarda da değinildiği üzere, suç sayılır eylem kavramı genellikle mahkumiyet hükmünün oluşmadığı durumları belirlemektedir. Görevi savsama veya ihmal hallerinin de, esasa veya usule ilişkin sorunlar nedeniyle, mahkeme kararıyla tespit edilmesi her durumda mümkün olamayacaktır.

IV. İLK PEŞİN SERMAYE DEĞERLİ GELİRDEKİ ARTIŞ VE EKŞİLMENİN RÜCU HAKKI ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

5510 sayılı Yasanın 3. maddesinde, “Peşin sermaye değeri: Kurumca, bu Kanunun ilgili maddelerinde belirtilen giderlerin yaş, kesilme ihtimali ve Kurumca belirlenecek iskonto oranı dikkate alınarak hesaplanan tutarı,” tanımına yer verilmiş olup; 28.09.2008 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan, İş Kazası ve Meslek Hastalığı Sigortası Bakımından İşverenin, Üçüncü Kişilerin ve Sigortalıların Sorumluluğu İle Peşin Sermaye Değerlerinin Hesaplanmasıyla İlgili İşlemler Hakkında Tebliğ’in “Peşin sermaye değeri tabloları ve peşin sermaye değerinin hesabı” başlıklı 9. maddesinde, “(1) Kurumca, bu maddenin ikinci fıkrasında belirtilen giderlerin; yaş, kesilme veya yeniden bağlanma ya da hak sahipliği nedeniyle sonradan gelir veya aylık bağlanma ihtimalleri ve yüzde beş iskonto oranı dikkate alınarak hesaplanacak tutarı tespit etmek amacıyla peşin sermaye değeri tabloları hazırlanmış olup, bu Tebliğ ekinde yer almıştır. Hazırlanan tablolar demografik ve ekonomik değişiklikler nedeniyle Kurumca gerekli görülen hallerde güncellenir. İlk peşin sermaye değeri, gelir veya aylığın başlangıç tarihinde yürürlükte olan peşin sermaye değeri tablolarına göre belirlenir.

(2) Kurumca hazırlanan ve Tebliğ ekinde yer alan peşin sermaye değeri tabloları;

a) Kanunun 21 inci maddesi hükmüne göre, iş kazası ve meslek hastalığı halinde sigortalıya veya hak sahiplerine ileride yapılması gereken

ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri,

b) Kanunun 23 üncü maddesi hükmüne göre, iş kazası ve meslek hastalığı halinde sigortalıya veya hak sahiplerine bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri,

c) Kanunun 39 uncu maddesi hükmüne göre, malullük ve ölüm hallerinde sigortalıya veya hak sahiplerine bağlanacak aylığın başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri, hesabında kullanılır.

(3) Peşin sermaye değerlerinin hesabında, sigortalıların veya hak sahiplerinin gelire giriş tarihindeki yaşları esas alınır. Yaş hesabında altı aydan küçük yıl kesirleri dikkate alınmaz. Altı ay ve daha fazla yıl kesirleri tam yıl sayılır.

(4) Peşin sermaye değeri, sigortalı veya hak sahibinin gelir başlangıç tarihindeki aylık gelirinin 12 katının yaş karşılığı olarak peşin sermaye değeri tablolarındaki değerle çarpımı sonucu bulunan rakamın 100’e bölünmesi suretiyle hesaplanır.” düzenlemesine yer verilmiştir.

İlk peşin sermaye değerli gelir hesabı konusunda sorun bulunmamakla birlikte; peşin değerli gelirin hesabı sonrasında, gelir değerinde düşme veya yükselmeye neden olan durumlar, tazmin sorumluluk sınırlarının belirlenmesi konusunda sorunlar yaratabilmektedir.

Kurumun bağladığı peşin sermaye değerli gelir, sigortalının sürekli işgöremezlik oranındaki artış veya eksilme, ya da birden fazla iş kazasından kaynaklanan işgöremezlik oranlarının birleşmesi sonucu gelir bağlanması; hak sahiplerine bağlanan gelirlerin birleşmesine bağlı olarak eksilmesi nedeniyle farklılaşabilmektedir. Kurumun bağladığı ilk peşin sermaye değerli gelirden fazlasını veya daha azını istemek durumunda olamayacağı gerçeği, henüz kesin hükümle sonuçlanmamış uyuşmazlıklarda, gelirdeki değişimin gözetilmesini zorunlu kılmakta olup; konu çok sayıda uyuşmazlık nedeniyle Yargıtay kararlarına da yansımıştır.

“Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulu tarafından düzenlenen, 09.11.2007 tarih, 92/5719 sayılı rapor uyarınca, sigortalının sürekli işgöremezlik oranı, “başlangıç tarihi Ankara Dışkayı Eğitim ve Araştırma Hastanesi’nin 14.12.2005 tarihli raporu olmak üzere, azalma kaydıyla

%0” olarak belirlenmiş ve mahkemece, sürekli işgöremezlik oranının %0'a inmesi nedeniyle davanın reddine karar verilmiştir.

Sigortalının 06.06.1995 tarihi itibariyle %59 oranında sürekli işgöremezlik durumuna girmesi nedeniyle bağlanan gelirler, Kurum yetkili organının sürekli işgöremezlik oranının düştüğünü belirlediği tarihe kadarki dönemde ödenmiş olup; konuya ilişkin kararda da 14.12.2005 tarihli rapor tarihi esas alınarak azalma durumu belirlenmiştir.

Sıralanan maddi ve hukuki gerekçeler ışığında, iş sağlığı ve güvenliği kurallarına aykırı eylemiyle iş kazasının oluşumuna etkide bulunan işverenin, sigortalıya sürekli işgöremez durumda bulunduğu dönemde yapılan fiili ödemeler ile sigortalının tedavisi için yapılan harcama ve ödemelerin kendi kusur oranı karşılığını oluşturan kısmının tazminiyle sorumlu tutulması gereğinin gözetilmemiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

Ayrıca, dava tarihi itibariyle %59 oranında sürekli işgöremezlik durumundaki sigortalının sürekli işgöremezlik oranını, dava tarihi sonrasında elde edilen hastane raporu başlangıç alınarak azaldığı için, dava tarihindeki mevzuat ve içtihatlarla uygun olarak açılan davanın, anılan gerekçeyle kısmen reddinde tarafların sorumluluğu bulunmadığından, davacı Kurumun, davada haksız çıkan taraf olarak nitelenip vekalet ücretiyle sorumluluğuna hükmedilmesi olanağının bulunmadığı yönü de gözetilmelidir.

O halde, davacı Kurum vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.” (Y. 10. H.D., 21.10.2008 t., 2008/12303 E., 2008/13113 K.)

“Dosya kapsamında bulunan gelir bağlama kararında; iş kazasına bağlı olarak sağ ayak baş parmağı ile sol ayak küçük parmağının kesilmesi ve sağ el ayasında ağır yanık oluşması nedeniyle gerçekleşen %49 meslekte kazanma güç kaybı oranı bakımından kontrol muayene kaydı bulunmasına, giderek bu durumun gerek rücu alacağı, gerekse tavanı oluşturan miktara doğrudan etkili bulunmasına karşın, sonucu araştırmalar, sigortalının kesinleşen meslekte kazanma güç kaybı oranının belirlenmesi, bir değişiklik bulunduğunun anlaşılması halinde ise, olu-

şacak farklılığın peşin değerli gelir ile gerçek zarar tavan değerine etkisi üzerinde durulmaksızın hüküm kurulmuş olması...”(Y. 10. H.D., 23.05.2006 t., 2006/4957 E., 2006/7462 K.)

“Davacı, sigortalının ikinci kez geçirdiği 15.06.1993 tarihli iş kazası ile sürekli işgöremezlik derecesinde %7,1 artış olması sonucu, daha önce geçirdiği iş kazası sonrasında bağlanan gelirinde de artış olduğundan, uğranılan Kurum zararının 506 sayılı Yasanın 26. maddesi uyarınca tazminine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece, ilâmında belirtildiği şekilde davanın kabulüne karar verilmiştir...

21.12.1988 tarihinde meydana gelen iş kazası sonucunda, iş göremezlik derecesi %22,2 olan sigortalıya Kurumca sürekli iş göremezlik geliri bağlanmıştır. Bilahare 15.06.1993 tarihinde sigortalı S. K. ikinci bir iş kazası geçirmiş ve Kurum tarafından önce ikinci kaza nedeniyle sigortalının sürekli iş göremezlik derecesinin %7,1 olduğu belirtildikten sonra, ilk kaza nedeniyle belirlenen %22,2 sürekli işgöremezlik derecesiyle ikinci kaza nedeniyle belirlenen %7,1 sürekli işgöremezlik derecesi özel bir formülle toplanmış ve sonuçta sürekli işgöremezlik derecesi %27,7 olarak saptanarak bağlanan gelirlerde buna göre artış yapılmıştır. İşte Sosyal Sigortalar Kurumu, bu kez yalnızca işverene karşı açtığı işbu ikinci rücu davasında, gelir artışlarından kaynaklanan zararın ödetilmesini istemektedir. Anayasa Mahkemesinin iptal kararına göre, peşin sermaye değerli gelirler yönünden davalının, Kurum'un rücu alacağından sorumluluğu, dış tavan olmaksızın, gelirin ilk peşin değerini aşamaz. Bu yönde, gelirin ilk peşin değerinin belirlenmesinde, sigortalının sürekli işgöremezlik oranında artma meydana gelmesi karşısında, 506 sayılı Yasa'nın 25. maddesi de gözetilmek suretiyle, rapor tarihini takip eden aybaşından sonraki dönem için değişen işgöremezlik oranı gözetilerek, gelirin ilk peşin değeri Kurum'dan sorulup, bu şekilde belirlenen gelirin ilk peşin değerinin, davalı kusuruna isabet eden kısmının tahsiline karar verilmesi gereği gözetilmeksizin, mahkemece yazılı şekilde hüküm kurulması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir...” (Y. 10. H.D., 19.02.2009 t., 2007/21742 E., 2009/1778 K.)

“İş kazası sonucu sürekli işgöremezlik durumuna giren sigortalıya bağlanan gelirin ilk peşin sermaye değeri, sigortalının yaşı, gelirin kesilme olasılığı ve iskonto oranı gözetilerek belirlenen tutarı ifade etmektedir. 506 sayılı Yasanın 92. maddesi ise, “Malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları ile iş kazalarıyla meslek hastalıkları sigortasından hak kazanılan aylık ve gelirler birleşirse, sigortalıya veya hak sahibine bu aylık ve gelirlerden yüksek olanın tümü, eksik olanın da yarısı bağlanır. Bu aylık ve gelirler eşitse, iş kazalarıyla meslek hastalıkları sigortasından bağlanan gelirin tümü, malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarından bağlanan aylığın da yarısı verilir.” düzenlemesini içermektedir.

Meslek hastalığı sonucu sürekli işgöremezlik durumuna giren sigortalıya 07.07.2005 tarihinden itibaren bağlanan gelir, sigortalının 15.07.2005 tarihinden itibaren yaşlılık aylığına hak kazanması nedeniyle, 506 sayılı Yasanın 92. maddesi uyarınca yarıya indirilmiştir.

Kurumun, sigortalıya bağladığı ilk peşin sermaye değerli gelirden fazlasını isteme hakkı bulunmadığı gibi; bağlanan gelirin kesildiği veya kesilmesi gereğinin, yargılama sürecinde ortaya çıktığı durumlarda, Kurumun ödemediği veya ödeyemeyecek olduğu gelir kesimini rücu istemeyeceği yönü de, tazmine yönelik davada gözetilmesi gereken genel ilkeler arasında bulunmaktadır.

Dava konusu edilen gelirlerin, 506 sayılı Yasanın 92. maddesi uyarınca yarıya indirildiği gerçeği karşısında, bu indirimin davalının tazminle sorumlu olduğu ilk peşin sermaye değerli gelir miktarına da yansıtılması gereği üzerinde durulmaksızın, peşin sermaye değeri hesap tablosunun ilk satırındaki miktar esas alınarak sonuca varılmış olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir...” (Y. 10. H.D., 21.10.2008 t., 2008/14464 E., 2008/13116 K.)

V. BİRDEN FAZLA RÜCU HALİNİN BİRLEŞMESİ

5510 sayılı Yasada, iş kazası nedeniyle rücu olanağını düzenleyen hükümler yanında; iş kazası koşullarına bağlı olmaksızın, uzun vadeli sigorta kollarından bağlanan aylıkların tazminine olanak sağlayan düzenleme de öngörülmüştür.

Olayın iş kazası sayılmayı gerektiren koşullarda gerçekleştiği ve anılan sigorta kolundan gelir bağlanması yanında; sigortalının ödenmiş prim gün sayısının yeterliliği nedeniyle ayrıca uzun vadeli sigorta kollarından aylık bağlandı; başka bir anlatımla, 5510 sayılı Yasanın 21 ve 23. maddeleri yanında, 39. maddesi koşullarının da aynı olay çerçevesinde gerçekleştiği durumlarda, tazmin yükümlülüğü kapsamının nasıl belirleneceği tartışma konusu olabilecektir.

Bu durum, Kurumun aynı olay nedeniyle birden fazla maddeye dayalı istem hakkının doğması, hakların yarışması olarak nitelenebilecek midir? Hakların yarışması (telahuku); “tek bir hak süjesinin birden ziyade mütalebe hakkı bulunması ihtimalini ifade eden bir tabirdir ki, alacaklının aynı eda mevzuunu yekdiğerinden müstakil olan ayrı iki hukuki sebebe istinad ettirebilmesi imkanına vücut verir... telahuk eden haklardan birinin ifası diğer mütalebe hakkını ortadan kaldırır.”¹¹ “İki hak aynı neticenin elde edilmesine yaramakta ise bu iki hak telahuk etmiş demektir. Hakların telahuku mevzu bahs olabilmek için o hakların aynı muhtevaları haiz olmaları, yani alacaklının iki muhtelif hukuki illete istinad ederek aynı eda mevzuunu isteyebilmesi lazım gelir.”¹² biçiminde tanımlanmakta; talep haklarının içeriklerinin aynı olmadığı, birinin ifasının diğerini ortadan kaldırmadığı durumlarda ise, yarışma değil, toplanmadan (içtima) söz etme olanağı bulunmaktadır.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu’nun, 04.06.1958 t.,1958/15 E., 1958/6 K. sayılı ilamında, hakların yarışması konusunda, “Bir hadisede kanunun iki hükmünün dahi tatbiki mümkün bulunan hallere hukuk dilinde hakların telahuku denilmektedir. Böyle bir halin kabulü için tatbiki mümkün görünen hükümlerden birisinin diğerine göre hususi hüküm mahiyetinde bulunmaması şarttır. Çünkü umumi hükümle hususi hüküm karşılaştığı zaman, hadiseye ancak hususi hükmün tatbik olunabilmesi, hukukun umumi kaidelerindedir... hakların telahukunun söz konusu olabilmesi için de aynı isteğin kanundaki iki ayrı hükme göre de haklı görülmesi şarttır.” değerlendirmesi yer almaktadır.

Hakların yarışmasının hükümlerine ilişkin

olarak, “Birbirine eklenmiş olan bu çeşitli istemler, kullanılmaları yönünden birbirinden tamamen bağımsızdırlar. Hak sahibi bunlar içinden dilediğini seçmekte serbesttir. Bunlardan hangisinin kullanıldığı, davacının öne sürdüğü olaylardan anlaşılır... Ancak hak sahibi, sahip olduğu istemlerden birini ifa veya cebri kovuşturma (icra) yolu ile elde etmişse, onun diğer istemleri artık ortadan kalkarlar. Fakat eğer istemlerden birinin çevresi diğerinden daha genişse, o zaman dar çevreli olan istemin ifası halinde, daha geniş çevreli olan istem, geriye kalan bölüm için, varlığını koruyacaktır.”¹³

İş kazası ve meslek hastalığı kolundan yapılan yardımlar ile uzun vadeli sigorta kolundan yapılan yardımlar, aynı olay nedeniyle gerçekleşse de, farklı amaca yönelik olarak tahsil edilen primlerin oluşturduğu sigorta kollarından gerçekleştirilmektedir. Ancak, burada bildirim-siz sigortalı çalıştırma olayında olduğu gibi, iş kazasına bağlı olarak ayrıca ödetmeyi öngören medeni ceza nitelikli bir düzenlemeden öte; kusurlu davranış sonucu, birden fazla sigorta kolunun öngördüğü riske bağlı yardımların yapılması nedeniyle, Kurum varlığında azalmaya yol açan bir durumun gerçekleşmesi söz konusu olmaktadır.

VI. ZAMANAŞIMI VE ZAMAN BAKIMINDAN UYGULAMA

5510 sayılı Yasanın 93. maddesinin üçüncü fıkrasında, “Bu Kanuna dayanılarak Kurumca açılacak tazminat ve rücu davaları, on yıllık zamanaşımına tâbidir. Zamanaşımı tarihi; rücu konusu gelir ve aylıklar bakımından Kurum onay tarihinden, masraf ve ödemeler için ise masraf veya ödeme tarihinden itibaren başlar.” düzenlemesine yer verilerek, tüm rücu davalarında uygulanabilecek genel bir zamanaşımı hükmü öngörülmüştür. Anılan düzenleme karşısında, tazmin sorumlusunun işveren veya üçüncü kişi olmasının da zamanaşımı süresi yönünden herhangi bir önemi kalmamış, zamanaşımının başlangıç tarihi de açıkça düzenlenmiştir.

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, 5510 sayılı Yasanın rücu davalarına ilişkin hükümlerinin uygulanma zamanı konusunda, “5510 sayılı Yasanın 01.10.2008 tarihinde yürürlüğe giren 21. mad-

desindeki, “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 ödettilir.” düzenlemesi üzerinde durma gereği de bulunmaktadır.

“Kanunların geriye yürütülmesi veya yürütülmemesi konusunda mevzuatımızda genel bir hüküm yoktur. Ancak, toplum barışının temel dayanağı olan hukuka ve özellikle kanunlara karşı güveni sağlamak ve hatta, kanun koyucunun keyfi hareketlerine engel olmak için, öğretide kanunların geriye yürütülmemesi esası 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 (geçmiş etkili olmaması) kuralının istisnalarından birini, beklenen (ileride kazanılacağı umulan) haklar oluşturmaktadır. Kamu düzeni ve genel ahlaka ilişkin kurallar yönünden de kanunların geriye yürütülmesi söz konusudur. Yargılama hukukunu düzenleyen kanunlar da, ilke olarak geçmiş etkilidir (Prof. Dr. Necip Bilge, Hukuk Başlangıcı, 14. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2000, sh: 193-194; Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük, Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, 18. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2003, sh: 73).” (HGK 13.10.2004 t., 2004/10-528 E., 2004/533 K.)

5510 sayılı Yasanın 21. maddesiyle yeniden getirilen “sigortalı veya hak sahiplerinin işverenden isteyebilecekleri tutarlarla sınırlı” tazmin hükmünün, 5510 sayılı Yasanın yürürlüğü öncesinde gerçekleşen iş kazalarından kaynaklanan rücu tazminat davalarında uygulanmasına olanak veren bir düzenleme bulunmadığı gibi; rücu tazmine ilişkin düzenlemenin,

yasanın yürürlüğü öncesinde olup bitmiş olay ve ilişkilere uygulanmasını gerektirir yukarıda sıralanan istisnai durumlar kapsamında değerlendirilemeyeceği...” (Y. 10. H.D., 28.10.2008 t., 2008/18049 E., 2008/13519 K.) görüşünü dile getirmiştir.

Karar içeriğinde de belirtildiği üzere, 5510 sayılı Yasanın rücu davalarına ilişkin düzenlemelerinin, Yasanın yürürlüğü öncesinde gerçekleşen olaylara uygulanmasını öngören bir geçiş hükmü bulunmadığı gibi; 506 sayılı Yasanın 26. maddesinde yer alan cümlenin iptali nedeniyle oluşan durum benzeri, istisnai bir hal de gerçekleşmemiştir.

5510 sayılı Yasa yönünden benimsenen yaklaşım, kaza tarihine göre, inceleme ve gelir bağlama işlemlerinin uzun bir sürece yayıldığı durumlarda dahi duraksamaya yer vermeyen bir uygulama geliştirilmesine olanak sağlayacaktır.

VII. GENEL DEĞERLENDİRME

Kurumun rücu hakkı, ağırlıklı olarak, 506 ve 1479 sayılı Yasaların içerdiği düzenlemeler çerçevesinde biçimlenmiş, konuya ilişkin yerleşik içtihatlar oluşmuştur. 5510 sayılı Yasa ile getirilen değişikliklere ana hatlarıyla yukarıda değinilmiş olup; farklılık içermeyen durumlarda, tazminat hukukunun genel ilkeleri ve yargısal uygulamalarla geliştirilen yöntemlerden yararlanmaya devam edilebilecektir.

Kusura dayalı sorumluluk halinde, kusur oranlarının işçi sağlığı ve iş güvenliği kuralları ışığında yöntemince belirlenmesi gereğiyle, basit rücu hakkı yaklaşımı uyarınca, sigortalı veya hak sahiplerine yapılan ödemelerin, Kurumun alacağından mahsubuna olanak bulunmadığı yönündeki uygulamadan uzaklaşma gereği bulunmadığı gibi; 5510 sayılı Yasa ile getirilen düzenlemenin de basit rücu hakkını benimsemesi nedeniyle, sigortalı veya hak sahibi tarafından açılan tazminat davalarında elde edilen kusur ve gerçek zarar tavan tespitine ilişkin raporlar, 5510 sayılı Yasanın tazmine ilişkin hükümleri çerçevesinde inceleme içerdiği oranda, Kurumun taraf olduğu davalar yönünden de değer taşıyabilecektir.

5510 sayılı Yasanın tazmin sorumlularına

ilişkin düzenlemeleri de belirgin hükümler içermekte olup, sayılanlar dışında tazmin sorumlusu oluşturmaya olanak bulunmamaktadır. Ancak, Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin 27.10.1978 t., 2019/7570 sayılı kararında, “Sigorta şirketi, araç sahibinin ya da şoförünün kusurları ile neden oldukları olaydan dolayı doğan mali sorumluluklarının belirli limit dahilinde kefilidir ve 506 sayılı Yasanın uygulanması için öngörülen kusur koşulunun sigorta şirketi için de ayrıca aranmasına gerek olmadığı gibi, anılan maddede, kusurlu işveren veya üçüncü kişilerden söz edilmesinin bunlardan başkasına, özellikle sigortacılarına rücu edilemez anlamında yorumlanamayacağı ortadadır.”¹⁴ görüşü dile getirilmiş olup, 5510 sayılı Yasanın rücu hükümleri de, sorumluluk sigorta poliçesi uyarınca işveren veya üçüncü kişiyi eyleminden doğan zarara karşı güvence altına alan sigorta şirketlerine Kurum tarafından tazmin talebi yönelttilmesini engellemeyecektir. Ancak, zorunlu mali sorumluluk sigorta poliçesini düzenleyen sigorta şirketi, yasadaki kaynaklanan yükümlülüğü uyarınca yaptığı ödeme oranında Kuruma karşı sorumluluktan kurtulabilecektir.

5510 sayılı Yasada Kurumun rücu hakkını düzenleyen hükümler, dağınık ve karmaşık bir görünüm sergilemekte olup; Yasanın düzenlenmesi aşamasında öğreti ve yargı kararlarından doğan hukuksal birikimin gözetilmemiş olması, kısa dönemde yasal düzenlemelerle düzeltilmeleri gerekli kılmaktadır. Ancak, zamanaşımı konusunda genel düzenleme oluşturulması; 1992/3 E., 1994/3 K., 01.07.1994 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı içeriğine karşın, Anayasa Mahkemesi'nin 23.11.2006 gün, 2003/10 E., 2006/106 K. sayılı kararı ile 506 sayılı Yasanın 26. maddesindeki “...sigortalı veya hak sahibi kimselerin işveren isteyecekleri miktarla sınırlı olmak üzere...” bölümünün Anayasaya aykırılık nedeniyle iptali sonrası oluşturulan uygulamadan kaynaklanan çelişkiye son veren düzenlemenin getirilmiş olması ve bu kapsamda teknik bir kavram olan ilk peşin sermaye değerli gelirin, tazminat hukuku ilkeleri çerçevesinde sınırlandırılması konuları Yasadan yansıyan olumlu düzenlemeler olarak öne çıkmaktadır.

Yasal düzenlemelerdeki aksaklıklara karşın, düzenlemelerin yaşama geçirilmesi aşamasında; sosyal güvenliğin toplumda yaygınlaştırılması ve tazmin özelliğinden daha önde olması gereken önleyici özelliğinin önemi üzerinde durularak; işçiyi gözetme borcuyla yükümlü işvereni, özenli davranmaya ve kayıtlı işçi çalıştırmaya yönelten; bu konulardaki duyarlılığı artıracak yaklaşımlar gösterilmesi belirleyici olacaktır. Aksi yöndeki uygulamalar ise, tüm değerlerin üzerinde olan insan yaşamı ve emeğinin korunması konusunda büyük çabalarla gelinen çağdaş noktadan geriye düşülmesine yol açacaktır. Bu alandaki gerileme ise, sosyal devlet ilkesini aşındıracağı gibi, toplumsal barışı da olumsuz yönde etkileyecektir.

DİPNOTLAR

- 1 Ali Güzel, Ali Rıza Okur, Nurşen Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik Hukuku, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., İstanbul 2009, 12. Bası, sh. 366-367.
- 2 Sarper Süzek, İş Güvenliği Hukuku, Savaş Yayınları, Ankara 1985, sh. 206-208.
- 3 Mustafa Çenberci, Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Olgaç Matbaası, Ankara 1985, s. 195-196.
- 4 28.09.2008 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan, "İş Kazası ve Meslek Hastalığı Sigortası Bakımından İşverenin, Üçüncü Kişilerin ve Sigortalıların Sorumluluğu ile Peşin Sermaye Değerlerinin Hesaplanmasıyla İlgili İşlemler Hakkında Tebliğ" in 5. maddesinde yer alan düzenleme uyarınca da, "İşverenin sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlık ilkesi dikkate alınır. 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 bir önlemi almamış ise olayın kaçınılmazlığından söz edilemez."
- 5 Mustafa Çenberci, Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Olgaç Matbaası, Ankara 1985, s. 107.
- 6 Resul Aslanköylü, Sosyal Sigortalar Kanunu Yorumu, Yetkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2004, s. 362.
- 7 Utkan Araslı, Sosyal Güvenlik ve Sosyal Sigortalar, Cilt 1, Turhan Kitabevi, Ankara 2002, s. 384.
- 8 age. s. 385-386.
- 9 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 15.03.1995 t., 1994/800 E., 1995/166 K. "Davada, iş kazası sonucu vefat eden sigortalının haksahiplerine bağlanan gelirin peşin değerinin tahsili için 506 sayılı Yasanın 9 ve 10. maddesine dayanılarak daha önce açılan rücu davasının kabulüne sonuçlanıp kesinleştiği, bilahare kat sayısının artması nedeniyle gelirlerde artış meydana geldiği öne sürülmüş, bu artışın peşin değerinin 9 ve 10. maddeye göre davalıdan tahsiline karar verilmesi istenmiştir.

Dava konusu olayda, 9 ve 10. maddelerin öngördüğü koşulların oluştuğu hususu tartışılmazdır. Uyuşmazlık, 506 sayılı Yasanın 26. maddesinin getirdiği tavan sınırlandırılmasının 9 ve 10. maddeye göre açılan rücu davalarında da uygulanıp uygulanmayacağı noktasında toplanmaktadır.

Davanın yasal dayanağı 506 sayılı Yasanın 9 ve 10. maddeleridir. 9. madde aynen; "işveren çalıştırdığı sigortalıları örneği Kurumca hazırlanacak bildirimlerle en geç bir ay içinde Kuruma bildirmeye mecburdur" hükmünü getirmiştir. İşverence bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde izlenecek yol ve işverenin sorumluluğunun kapsamı 10. maddede düzenlenmiştir. Anılan maddede de bildirimsiz sigortalı çalıştırılmış ve bir iş kazası meydana gelmiş ise, Kurum ilgililere gerekli sigorta yardımlarını yapar ve bu yardımlar için 10. maddenin son fıkrası gereğince işverene rücu eder. Zira bu fıkra "Ancak, yukarıdaki fıkralarda belirtilen sigorta olayları için Kurumca yapılan ve ileride yapılması gerekli bulunan her türlü masrafların tutarı ile gelir bağlanırsa, bu gelirin 22. maddede sözü geçen tarifeye göre hesabedilecek sermaye değerleri tutarı 26. maddede yazılı sorumluluk halleri aranmaksızın işverene ayrıca ödetirilir" hükmü yer almıştır. Buradaki "sorumluluk halleri" ibaresi sorumluluğa neden olan maddi olguları ve kusur durumun tespitini hedeflemektedir. Yoksa sorumlu tutulacak tazminat miktarını belirlemeyi amaçlamamaktadır. Çünkü işverenin 26. maddeye göre sorumluluğu kusur esasına, 10. maddeye göre sorumluluğu ise kusursuzluk ilkesine dayanır. İş kazasının oluşumunda işverenin hiçbir kusuru yoksa bile sigortayı Kuruma bildirmemiş ise yapılan sigorta yardımlarından ötürü 10. maddeye göre sorumlu tutulur.

İşte, "26. maddede yazılı sorumluluk halleri aranmaksızın" ibaresi, kusursuz sorumluluğu ifade etmek için metinde yer almıştır.

Bu açıklamaların ışığında öncelikle belirlenmesi gereken husus, 9 ve 10. maddeye göre açılan rücu davalarında, işverenin sorumluluğu sınırının tazminat miktarı bakımından nereye kadar gideceği, başka bir anlatımla ileriki yıllarda her katsayı artışında gelirlerde artış söz konusu olacağından işverenin hudutsuz bir biçimde bu artışlardan sorumlu tutulup tutulamayacağıdır. Özel Dairenin bozma kararında 26. maddede olduğu gibi 9 ve 10. maddeye dayanılarak açılacak rücu davalarında da işverenin sorumluluğuna sınırlama (tavan) getirilmesi gerektiği görüşünün benimsendiği görülmektedir. Gerçekten 26. maddenin 1. fıkrasında, "her türlü giderlerin tutarları ile bağlanmışsa bu gelirlerin 22. maddede belirlenen tarifeye göre hesaplanacak sermaye değerleri toplamı sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarda sınırlı olmak üzere Kurumca işverene ödetirilir" hükmü getirilmiştir. Böyle bir sınırlama 26. maddeye ilk defa 3395 sayılı Yasa ile ve bu konudaki boşluğu dolduran Yargıtay İçtihatlarından esinlenerek dahil edilmiştir. Yasa koyucunun aynı değişikliği 10. maddede yapmamış olması, bu maddeye göre açılan davalara sınır tanımadığı anlamına gelmez. Öte yandan 10. maddenin amaca yönelik yorumlanmasından

bu maddeye göre açılan davaların sınırsız şekilde süreceği sonucu çıkmamaktadır. O itibarla, kusursuz sorumluluğu öngören 9 ve 10. maddeye dayanılarak açılan rücu davalarında da 26. maddenin öngördüğü sınırlamanın (tavanın) kıyas yoluyla uygulanmasının hak ve nesafet kurallarına uygun düşeceği açıktır.

Esasen her sorumluluğun bir yerde bitmesi gerekir. Kişilerin ölünceye kadar kendilerinin, ölümleri halinde onların halefi durumunda bulunan mirasçılarının aynı olay nedeniyle sonsuza dek dava tehdidi altında tutulmalarına cevaz vermek, gerek Usul Hukukunun gerekse Maddi Hukukun evrensel kurallarına uygun düşmez.

10. madde ile 26. madde arasında benzerlik bulunmadığı, dolayısıyla kıyas hükümlerinin uygulanamayacağı görüşü ile sınırlamanın, zamanaşımı veya Borçlar Kanununun 43, 44. maddelerinin uygulanması suretiyle gerçekleştirilebileceği görüşlerine de itibar etmek mümkün değildir. Zira, 26. madde ile 10. madde Kurum'un rücu hakkını düzenlemiş olup ayrıldığı tek nokta sırasıyla kusurlu ve kusursuz sorumluluğa ilişkin olmalıdır. Tek bir noktada ayrılığın varlığı kıyas hükümlerinin uygulanmasını engellemez. Özellikle rücu alacaklarının miktarının hesaplama şekli, izlenecek yok bakımından aralarında ayniyet vardır. 1992/3 esas sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı ile her artış ayrı bir olgu kabul edilerek zamanaşımının olay tarihinde değil, artışın onayı tarihinden itibaren hesap edileceği kabul edildiğinden davanın zamanaşımı hükümleriyle sınırlandırılması yoluna da gidilememektedir. Borçlar Kanununun 43 ve 44. maddelerinin uygulanması da uyumsuzluğu bir yerde bitirmemektedir. Bu uygulama sadece hükmedilen tazminat miktarından bir kesiminin indirilmesi sonucunu doğurabilir.

Hal böyle olunca mahkemece yapılacak iş, hak sahiplerinin işverenden isteyebileceği tazminat (tavan) miktarını önce kusur durumunu hiç gözetmeksizin belirlemek ve belirlenen tazminat miktarını geçmemek üzere davalının olaydaki kusursuzluğu dikkate alınarak Borçlar Kanununun 43 ve 44. maddeleri uygulanarak varılacak sonuç uyarınca rücu alacağına hükmetmek..."

- 10 28.09.2008 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan, İş Kazası ve Meslek Hastalığı Sigortası Bakımından İşverenin, Üçüncü Kişilerin ve Sigortalıların Sorumluluğu ile Peşin Sermaye Değerlerinin Hesaplanmasıyla İlgili İşlemler Hakkında Tebliğ'in 10. maddesindeki, "(3) Üçüncü bir kişinin kusuru nedeniyle meydana gelen iş kazası veya meslek hastalığı olaylarında zarara sebep olan üçüncü kişiler ve şayet kusuru varsa bunları çalıştıranlar, sigortalıya ve hak sahiplerine yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri toplamının yarısından kusur oranları kadar sorumludur." düzenlemesi de bu yöndeki bir yaklaşımı benimsemiştir.
- 11 Türk Hukuk Lügatı, Başbakanlık Basımevi, Ankara 1998, 4. Baskı, s. 114.
- 12 Esat Arsebük, Türk Kanunları Bakımından Borçlar Hukukunun Umumi Esasları, Ankara Hukuk Fakültesi Neşriyatı, Seri:2, Sayı:12, Ankara 1937, s. 538.

- 13 Kenan Tunçomağ, Türk Borçlar Hukuku, Cilt 1 Genel Hükümler, Sermet Matbaası, İstanbul 1976, s. 110.
- 14 Mustafa Çenberci, Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Olgaç Matbaası, Ankara 1985, s. 214-215.

KAYNAKÇA

- Ali Güzel, Ali Rıza Okur, Nurşen Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik Hukuku, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 2009, 12. Basi.
- Aydın Başbuğ, Sosyal Sigortalar Kurumunun İşverene ve Üçüncü Kişiye Rücuu, Kamu-İş, Ankara 1992.
- Esat Arsebük, Türk Kanunları Bakımından Borçlar Hukukunun Umumi Esasları, Ankara Hukuk Fakültesi Neşriyatı, Seri: 2, Sayı: 12, Ankara 1937.
- Kemal Oğuzman, Turgut Öz, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, İstanbul 2006.
- Kenan Tunçomağ, Türk Borçlar Hukuku, Cilt 1 Genel Hükümler, Sermet Matbaası, İstanbul 1976.
- Levent Akın, İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat, Yetkin Yayınları, Ankara 2001.
- Mehmet Akad, Teori ve Uygulamada Sosyal Güvenlik Hakkı, Kazancı Hukuk Yayınları No: 112, İstanbul 1992.
- Mustafa Çenberci, Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Olgaç Matbaası, Ankara 1985.
- Resul Aslanköylü, Sosyal Sigortalar Kanunu Yorumu, Yetkin Yayınları, Ankara 2004.
- Sarper Süzek, İş Güvenliği Hukuku, Savaş Yayınları, Ankara 1985.
- Utkan Araslı, Sosyal Güvenlik ve Sosyal Sigortalar, Cilt 1, Turhan Kitabevi, Ankara 2002.
- Ercan Turan, "Sosyal Güvenlik Hakkı" Kamu-İş, Yıl 2004, Cilt 7, Sayı 3.
- Ercan Turan, "Anayasa Mahkemesi'nin 2003/10 E., 2006/106 K., 23.11.2006 Tarihli Kararı Karşısında 506 Sayılı Yasanın 26. Maddesine Dayalı Rücu Tazminat Davaları" Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2007, Sayı 6.

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.)

Resul ASLANKÖYLÜ

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Onursal Başkanı

Sosyal Güvenlik Hukukunda Sosyal Güvenliğe İlişkin Kanunların Geriye Yönelik Uygulanıp Uygulanamayacağı ve Kazanılmış Hak Kavramı

I. KANUNLARIN GERİYE YÖNELİK UYGULANIP UYGULANAMAYACAĞI KONUSU VE KAZANILMIŞ HAK KAVRAMI

A. Genel Olarak

Kanunların geriye yönelik uygulanıp uygulanmayacağı deyiminin yerine, “Kanunların zaman itibarıyla uygulanması” veya eski dilde, “kanunların makabline şamil olup olmayacağı” deyimleri de kullanılmaktadır. Farklı deyimler kullanılmış olsa da anlam aynıdır. Gerek kanunların geriye yönelik uygulanıp uygulanmayacağı ilkesi gerekse kazanılmış hak kavramı evrensel nitelikte hukuk kurallarındandır.

Her iki kuralın doğru ve sağlıklı bir biçimde uygulanmaması hukuk kargaşasına ayrıca da kişilerin hak kaybına neden olabilir. Bizim saptamalarımıza göre, aşağıda yeri geldikçe açıklanacağı gibi, her iki konu bakımından Yargıtay çelişik kararlar vermiş ise de, özellikle son yıllarda Türk öğretisinde görüş birliğine varılmıştır.

İlk önce istisnalar hariç kanunların geriye yönelik uygulanamayacağı daha sonra da kazanılmış hak kavramı açıklanacaktır.¹

a. Kural Olarak Kanunların Geriye Yönelik Uygulanamayacağı

Genelde kanunlar geriye yönelik uygulanmaz. Başka bir anlatımla Kanunlar, yürürlüğe girdikleri tarihten itibaren yürürlükten kalktıkları tarih arasında gerçekleşen olaylara, işlemlere ve ilişkilere uygulanır. İstisnalar dışında yasalar, yürürlükten kaldırıldığı tarihten sonraki dönemde de uygulanamaz.

Yasaların geriye yönelik uygulanamayacağı ilkesinin amacı, her şeyden önce hukuka ve Devlete olan güveni sağlamak ayrıca adalet duygusunun sarsılmasını önlemektir.²

Gerçekten bize göre, sonradan yürürlüğe giren bir yasanın mutlak biçimde geriye yönelik uygulanabileceği görüşü benimsenir ise, kazanılmış olan tüm haklar ortadan kalkabileceği gibi, teessüs eden hukuk düzeni temelden sarsılır ve giderek çökebilir. Ayrıca Devlet bir eliyle vermiş olduğu hakları, yeni bir yasa çıkarır ve

diğer eliyle geri almış olur. Böyle bir uygulama devlet ciddiyeti ve onuruyla bağdaşmadığı gibi kişiler, devletine olan güveni yitirmiş olur.

Diğer taraftan kanunların hangi hallerde geriye yürütülebileceği, hangi hallerde yürütülemeyeceği, istisnai durumların neler olduğu konusunda Bilge³, Gözübüyük⁴, Zevkliler⁵ ve Özbilgen⁶ görüş birliği içindedirler. Ulaşabildiğimiz kadarıyla öğretide değişik görüşlerin savunulduğuna rastlayamadık.

Yukarıda belirtilen hukukçular; Kanunların geriye yönelik uygulanıp uygulanamayacağı konusunu daha çok “Yeni Türk Medeni Kanunu’nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun” hükümlerine dayanarak izah etmişlerse de, anılan ilkelerin özel hukukun diğer dallarına ve kamu hukukuna da uygulanabileceğini⁷ ifade etmişlerdir. Biz de aynı görüşteyiz. İlk Medeni Kanunun uygulama şeklini gösteren kanuna kısaca Tatbikat Kanunu denmektedir.

b. Tatbikat Kanunu’na Göre İlk Medeni Kanun’un Geriye Yönelik Uygulanıp Uygulanamayacağı Konusu

Diyelim ki kanunların geriye yürütülüp yürütülemeyeceği konusu ile kazanılmış hak kavramı ilk defa eski Medeni Kanunumuzun uygulanmasına ilişkin “Tatbikat Kanunu”nda yer almıştır. Anılan Kanunda Medeni Kanunun zaman itibarıyla ne şekilde uygulanacağı, bu Kanunun hangi hallerde geriye yönelik uygulanacağı hangi hallerde uygulanamayacağı belirtilmiştir⁸.

Anılan Tatbikat Kanunu’nun 2. maddesinde açıkça, kamu düzeni ve genel ahlâkın korunması söz konusu ise Medeni Kanunun ilgili hükümlerinin geriye yönelik uygulanacağı öngörülmektedir. Keza aynı Kanunun 4. maddesine göre, Medeni Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce bir hak henüz kazanılmış hak haline gelmemiş ise anılan Kanun geriye yönelik uygulanır; gelmiş ise uygulanamaz.

Yine bizim saptamalarımıza göre sözü edilen Kanunun 2. ve 4. maddelerinde yer alan kural-lar öğretide halen benimsenmiş bulunmaktadır. Cumhuriyetimizin ilk yıllarında böyle bir yasal düzenlemenin yapılmış olması ve her kesimde kabul görmesi, Atatürk’ün gerçekleştirdiği hukuk reformunun çağdaş nitelik taşımasının göstergesidir.

Anılan Tatbikat Kanununda, kazanılmış hak söz konusu ise Kanunun geriye yönelik uygulanamayacağı belirtildiğine göre, bu hükmün karşıt kavramından, kazanılmış hak oluşmamış ise Medeni Kanun hükümlerinin geçmişe de uygulanacağı sonucuna varılmalıdır.

Bazı hukukçular, kanunların geçmişe dokunup dokunmadığı (=makabline şamil olup olmadığı) veya geçmişe yönelik uygulanıp uygulanamayacağı şeklindeki bir deyimden hatalı olduğu, bu deyimden yerine “Kanunların derhal etkili olması” deyimine yer verilmesinin daha doğru olacağı görüşündedir. Bu görüşü savunanların başında Roubier⁹ gelmektedir.

Hemen belirtmek gerekir ise Fransız hukukçusu Roubier de, kazanılmış haklara dokunmamak kaydıyla sonradan yürürlüğe giren kanunların geçmişe yönelik olarak da uygulanabileceği görüşündedir. Ne ki bize göre, kanunların geriye yönelik uygulanabilip uygulanamayacağı deyiminin kullanılması daha isabetlidir. Ne var ki “Kanunların derhal etkili olması” ilkesi istisnalar dışında kanunların geriye yürütülebileceği görüşünü pekiştirmektedir.

Öbür yandan ilk Medeni Kanunun ne şekilde uygulanacağına ilişkin 23.05.1928 tarihli ve 1322 sayılı Tatbikat Kanunu’nun yürürlüğe girdiği tarihten önce, meşrutiyet mevzuatından olan 18.05.1327 tarihli Kanunun 5. maddesinde, “hiçbir kanun ve nizamnamenin makable şamil” olamayacağı konusunda bir hüküm var idiyse de, anılan Kanun sözü edilen 1322 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılmıştır.

Hemen belirtmek gerekir ise, yeni Medeni Kanunumuzun tatbik şeklini gösteren Tatbikat Kanununda da Kanunun geriye yürütülüp yürütülemeyeceği belirtilmiş ve ilk Tatbikat Kanununda yer alan hükümlere benzer nitelikte hükümler getirilmiştir.¹⁰

Her ne kadar kanunların geriye yürütülüp yürütülemeyeceğine ilişkin genel bir yasa bulunmamakta ise de, gerek eski Tatbikat Kanununda gerekse yeni Tatbikat Kanununda yer alan hükümler bizce genel hüküm niteliğinde olup diğer hukuk dalları bakımından da bağlayıcıdır. Zira özel ve genel yasalarda genel hüküm niteliğinde maddeler yer alabilir.

Nitekim öğretide, Tatbikat Kanununda yer

alan kuralların, kamu hukuku ve özel hukuk gibi diğer hukuk dallarına da uygulanacağı görüşündedir.¹¹

Yukarıda ifade edildiği gibi kazanılmış hak kavramına, kamu düzenine, genel ahlâkın korunmasına ilişkin hukuk kuralları evrensel niteliktedir. Hal böyle olunca da bu kurallara ilişkin yasa hükümleri ister özel, isterse genel yasada yer almış olsun sonuç itibarıyla “genel hüküm” sayılır ve hukukun her türlü bilim dalına uygulanır.

B. Kanunların Geriye Yönelik Uygulanamayacağı Kuralının İstisnaları

a. Kamu Düzeninin ve Genel Ahlâkın Korunması ile İlgili Hükümler

Bilindiği gibi bazı kuralların istisnaları mevcuttur. Kanunların geriye yönelik uygulanamayacağı kuralının istisnaları şunlardır: Kamu düzeninin ve genel ahlâkın korunması ile ilgili yasa hükümleri geriye yönelik yürütülür. Uygulamada bir yasa hükmünün kamu düzenini ve genel ahlâkı korumaya ilişkin olup olmadığının belirlenmesinde çoğu kez hataya düşüldüğü görülmekte ve izlenmektedir. Bilge, şu örnekleri vermektedir; aşırı fahiş cezai şartın indirilmesi, on yıldan fazla süreli hizmet sözleşmesinin geçersizliği. Bu örnekler olabildiğince çoğaltılabilir.

Keza uygulamada kamu düzenine ilişkin hükümlerin lehe olması halinde geriye yürütülebileceği, aleyhe hükümlerin yürütülemeyeceği görüşünü savunanlar bulunmaktadır. Kamu düzenine ilişkin hükümler özellikle özel hukukta taraflardan birinin lehine ise öbür tarafın aleyhinedir. O nedenle ceza hukuku dışında kamu düzenine ilişkin hükümler ayırimsız olarak geriye yürütülür. Bilindiği gibi ceza hukukunda, sonraki yasa hükmü sanığın lehine ise geriye yönelik uygulanır.

b. Kanunun Geriye Yönelik Uygulanacağına İlişkin Özel Hüküm Bulunması

Öbür yandan, yürürlüğe giren yasada, yasanın geriye yönelik uygulanacağına ilişkin özel

bir hüküm varsa elbette geçmişe yürütülebilir. Kazanılmış hak kuralının tek istisnası yasadır. Yasayla kazanılmış haklar yürürlükten kaldırılabilir.¹²

Biz de bu görüşteyiz. Esasında sonradan çıkarılan bir yasanın yürürlüğünü geçmişe götürmek suretiyle kazanılmış hakların ortadan kaldırılması hukukun temel ilkelerine aykırıdır. Ne var ki yargı erki, beğenirse bile yasa hükümlerini uygulamak zorundadır. Kazanılmış hakkı bertaraf eden bir yasa, diğer bir yasa ile ilga edilmedikçe veya Anayasa Mahkemesince iptal edilmedikçe bağlayıcıdır.¹³

c. Aynı Anda Yürürlükte Bulunan Birden Ziyade Yasanın Hangisinin Uygulanacağı ve Yasalar Arasında Çelişki Bulunması Sorunu

Kanunların zaman itibarıyla uygulanması kuralı iki şekilde ortaya çıkmaktadır. Birincisi, sonradan yürürlüğe giren bir Yasanın yürürlükten önceki ve sonraki olaylardan hangilerine uygulanacağı, ikincisi ise aynı konuyu düzenleyen iki ayrı yasanın aynı zaman kesiti içinde yürürlükte olması durumunda hangisinin uygulanacağı sorunudur.

Şayet her iki yasa hükmü aynı ise herhangi bir sorun yaşanmaz. Yürürlükte olan her iki yasa arasında çelişki varsa olaya hangi yasa uygulanacaktır? Burada her iki yasanın genel veya özel nitelik taşıyıp taşımadığı belirlenmeli ve özel yasa hükümleri uygulanmalıdır. Zira yasa koyucu, genel bir yasa yürürlükte iken aynı konuyu özel bir yasa ile düzenleme gereği duymuş, artık o olayı yeni bir görüş açısı ile ve özel olarak ele almak istemiştir.¹⁴

Özellikle eski tarihli yasa genel, yeni tarihli yasa özel ise özel yasa hükümlerinin uygulanacağı tartışmasızdır. İki özel yasa arasında çelişki varsa yeni tarihli özel yasa hükümleri uygulanır. Aynı şekilde iki genel yasa arasında çelişki mevcut ise elbette yeni genel nitelikteki yasa hükmüne itibar edilir.

Diğer bir olasılık da şudur: Bir konu eski tarihli genel yasada düzenlenmiş olmasına karşın yeni tarihli özel yasada düzenlenmemiş ise meydana gelen yasa boşluğu eski tarihli genel yasa hükmü ile doldurulur.¹⁵

Yani eski tarihli genel yasa dahi bu gibi durumlarda hukuksal ilişkilere uygulanabilir. Örneğin özel yasa niteliğini taşıyan 6570 sayılı Yasada, kiracının, kiralananı sözleşmeye aykırı olarak kullanması halinde kiralayanın sözleşmeyi tek yanlı feshedebileceği ile ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır. Ne ki genel yasa niteliğindeki Borçlar Kanunu'nun 256. maddesinde bu konu düzenlenmiştir. Hal böyle olunca kiralanan taşınmaz, 6570 sayılı Yasa kapsamına giren nitelikte bir taşınmaz olsa bile, kiracı, mecuru, sözleşmeye aykırı biçimde kullanır ise kiralayan anılan 256. maddeye göre, kira aktini feshedebilir.¹⁶

Diğer taraftan yeni tarihli özel yasa eski tarihli genel yasaya yollamada bulunmuş ise olaya elbette genel yasa hükümleri uygulanır. Örneğin, Türk Ticaret Kanunu'nun 138. maddesinde, Medeni Kanun'un 45, 47, 48 ve 49. maddelerinde yer alan tüzel kişilerle ilgili hükümlerin ticari ortaklıklar yönünden de uygulanacağı belirtilmiştir.

Eski tarihli yasa özel, yeni tarihli yasa genel nitelikte ise olaya hangi yasanın uygulanacağını belirlemek için yasa koyucunun yeni genel yasayı hangi amaçla çıkardığını yorumlamak gerekir. Şayet yasa koyucu, aynı konu eski tarihli yasada mevcut olmasına karşın o konuya aykırı biçimde yeni tarihli genel yasaya aykırı bir hüküm dahil etmiş ise olaya bizce yeni tarihli genel yasa hükmü uygulanmalıdır. Diyelim ki bir yasa genel nitelikte olmasına karşın özel nitelikte bir hükmü kapsamına almış olabilir. Esasen genel yasa özel yasa hükümlerinin hangisinin uygulanacağı belirlenirken hükmün genel hüküm niteliğinde mi yoksa özel hüküm niteliğinde mi olduğu dikkate alınır.

d. Kanunların Yürürlüğe Girmesi

Kanunların Cumhurbaşkanlığınca onaylandıktan sonra Resmi Gazete'de yayımlanması gerektiği Anayasal hükümlerendir. Yayımlanmayan ve yürürlüğe girmeyen kanunun uygulanamayacağı tartışmasızdır.

Ne ki yasa koyucu, Kanunun tümünün veya bir kısım maddelerinin yayımı tarihinden sonraki bir tarihte yürürlüğe gireceğini taktir etme yetkisine sahiptir.

Şayet yayımlanan Kanunda, yürürlük tarihi belirlenmemiş ise Resmi Gazete'de yayımını takip eden günden itibaren 45 gün sonra yürürlüğe girer (1322 sayılı Kanun, m. 3).¹⁷

e. Kanunların Yürürlükten Kalkması

Bir kanunun hangi tarihte yürürlükten kalktığı ilgili yasada belirtilmiş olabilir. Böyle bir belirleme varsa yasa o tarihte yürürlükten kalkar. Ne ki yürürlükten kalkma konusunda açık bir hüküm mevcut değil ise konunun taktiri oldukça güçtür. Zira, aynı hükmü içeren iki kanun hükmünden birisinin diğerine aykırı olduğunu belirleme işi her zaman basit değildir. Bilge, "...Bu işin çözümü doktrine ve özellikle yargısal içtihatlarla düşer. Günümüzde zımni ilgaya daha sık rastlanmaktadır" demektedir.¹⁸

Bir kanunla eski kanun değiştirilmiş ise, önceki kanun yürürlükten kalkar. İki kanun arasında açık çelişki varsa önceki kanun üstü örtülü biçimde yürürlükten kalkmış sayılır.

Öbür yönden bir yasa, Anayasa Mahkemesince iptal edilmiş ise karar Resmi Gazete'de yayımlandığı tarihte, şayet Yüksek Mahkeme, yasa koyucuya yeni bir düzenleme yapması için belirli bir süre tanımış ise bu sürenin geçmesi üzerine yasa yürürlükten kalkmış olur.

II. KAZANILMIŞ HAK KAVRAMI

Yürürlükten kalkan bir yasa hükmü, herhangi bir işleme ve ilişkiye uygulanmış, bazı haklar ve sonuçlar elde edilmiş ise sonradan yürürlüğe giren yasa geriye yönelik yürütülemez. Bunun sonucu olarak, yeni yasanın, eski yasa zamanında tüm sonuçlarıyla birlikte doğmuş bulunan haklara dokunmaması kazanılmış hak kavramını gündeme getirmiştir. Buna göre kazanılmış hak, "eski yasa zamanında tüm sonuçlarıyla birlikte doğmuş olan hak" diye tanımlanabilir.¹⁹ Bu kural istisnai nitelikte bir kuraldır.²⁰

Diğer taraftan genel hukukta iki türlü hak mevcuttur. Birincisi beklenen hak (=muntazar hak, objektif hak) diğeri (=kazanılmış hak, müktesep hak, sübjektif hak)tır. Beklenen yani objektif haklar sübjektif hakka dönüşmemiş ise kazanılmış haktan söz edilemez. Başka bir de-

yişle beklenen hak, eski yasa zamanında henüz sonuçlarıyla birlikte doğmamış olan haktır.²¹

Örneğin 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 4. maddesinde kimlerin sigortalı sayılacağı hükme bağlanmıştır. Bireyler, bu maddede öngörülen koşullar oluşmuş ise sigortalı sayılırlar. Bunlar çalışmaya başlamadan ve anılan maddede belirtilen koşullar gerçekleşmeden sigortalı olamazlar. Diyelim ki, sözü edilen 4. madde ile tanınan haklar beklenen (=objektif) hak; yasal koşullar oluştuğundan sonra doğan sigortalı sayılma hakkı ise kazanılmış (=sübjektif) haktır.

Öyle ki, bir hakkı doğuran olay eski yasa zamanında ortaya çıkabilir. Hatta hakkı doğuran öğelerden bir kısmı da oluşabilir. Hak tüm sonuçlarıyla birlikte tamamlanmamış ise, olay eski yasa zamanında başlamış olsa bile sonradan yürürlüğe giren yasa geriye yürütülebilir. Tekrarlamak gerekir ise, eski yasa zamanında kazanılmış hak tam olarak gerçekleşmiş ise yeni yasa geçmişe yürütülemez.²²

Örneğin 5510 sayılı Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin (2) numaralı alt bendine göre, kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlardan, gelir vergisinden muaf olanların sigortalı sayılabilmesi için esnaf ve sanatkâr siciline tescil edilmeleri gerekmektedir. Bu durumda, esnaf ve sanatkâr niteliğini taşıyan birey, eski yasa zamanında bağımsız çalışmaya başlamış olsa bile esnaf ve sanatkâr siciline kayıt ve tescil edilmeden, eski yasa yürürlükten kalkmış ve yeni yasa yürürlüğe girmiş ise kazanılmış hak oluşmadığından yeni yasa geçmişe yönelik uygulanabilir. Bu gibi örnekler çoğaltılabilir.

Onar, kazanılmış hak kavramının müellifler arasında çok tartışmalı, niteliğinin ve kapsamının müphem olduğunu, hatta kazanılmış hak ilkesinin daha çok medeni hukuk dalında yer tutmasına karşın medeni hukukçular arasında bile görüş birliğine varılamadığını ifade etmektedir.²³

Gerçekten Onar'a göre, Planiol, kazanılmış hakkın, hiç kimse tarafından tanımlanmadığı görüşündedir. Aubry Et Rau ise, kişisel halleri teşkil eden tâbiyet ve aile ilişkileriyle patrimuana, mameleke ilişkin yetki ve yararlanmaların birbirinden ayrılması gerektiği, patrimuana ilişkin hakların kanun kapsamından derhal çıkarılmaları ve bireyin fiilinden doğanlar diye ikiye ayrılacağı, bundan sonra şahsi halleri teşkil eden vasıfların kazanılmış hak teşkil ettiği, sadece Kanun tarafından sağlanan hakların ise "ihtimal"den ibaret bulunduğu, Anayasa ile adli teşkilat ve yetki kanunlarının, hatta ehliyeti düzenleyen kanunların, yasaların kazanılmış hak bahsetmediği görüşündedir. Böylece Planiol, kazanılmış hakkı tanımlamıyor, müktesep hak diye gösterdiği şeyleri söylemekle yetiniyor.

Baudri-Lacantinerie ise, kazanılmış hak veya sadece "hak" denilmekle, haiz olunan ve kişilerin mamelekinde tasavvur edilen yararlanmaların, yani patrimuananın aktif kısmının anlaşıldığı, şahsi halin de mülkiyet haklarını himaye için açılmış davalarda benzer davalarla savunulduğu için bunun da kazanılmış hak teşkil ettiği görüşünü savunmakla beraber kazanılmış hakkı, "Yöntemince kullanılmış bir salahiyet" diye nitelendiriyor.²⁴

Lasal ise, kazanılmış hakkı, "Bireyin belirli bir iradi fiili ile sahip olup artık kendisinin hak alanına girmiş olan haklar" diye tanımlamaktadır. Onar, Lasal'ın görüşünü benimsemekle beraber, doğumu şarta bağlı haklarda da, şartın gerçekleşmesi ile birlikte kazanılmış hakkın gerçekleşeceğini belirtmektedir. Örneğin miras hakkı murisin ölümünden sonra kazanılmaktadır. Medeni Kanunda yer alan mülkiyet, miras hakları sübjektif hakka dönüşmeden kazanılmış hak teşkil etmez. Onar, objektif hak, sübjektif hakka dönüşmeden kazanılmış hakkın oluşmayacağı ilkesinin hem Türk hem de İsviçre hukukçuları tarafından ağırlıklı olarak kabul edildiğini ifade etmektedir.²⁵

Diyelim ki, Onar, kazanılmış hak kavramını idare hukuku açısından da irdelemektedir. Onar'a göre idare hukuku, statülere dayanan, objektif düzenlemelerle dokunan bir hukuk dalı olduğu için kazanılmış hak ilkesi, genelde bu hukuk dalına uygulanamaz. Ne ki kazanılmış hak, ancak statünün şartları çerçevesinde ferdi bir durum doğduktan sonra, yani genel durum ferdi duruma dönüştükten sonra söz konusu olabilir. Örneğin, memurun maaşı işlendikten ve bu şekilde kişisel alacak haline dönüştükten

sonra kazanılmış hak durumu ortaya çıkabilir. Keza öğrenci, diploma aldıktan sonra kazanılmış hakka ulaşmış olur.

Tekrarlamak gerekir ise, Onar'ın idari hukukunda da objektif hakkın, sübjektif hakka dönüşmesiyle birlikte kazanılmış hak durumunun gerçekleşeceğine ilişkin görüşü, özel hukukçular tarafından da benimsenmektedir.²⁶

Yeni Yasanın Görülmekte Olan Davalara Uygulanıp Uygulanmayacağı Konusu

Yeni yasanın, görülmekte olan davalara uygulanıp uygulanmayacağı uygulamada tartışmalıdır. Bir görüşe göre dava açmayı gerektiren olayın meydana geldiği tarihte, yürürlükten kalkmış olsa bile hangi yasa yürürlükte ise davaya o yasa hükümlerinin uygulanması gerekir. Diğer bir görüşe göre eski yasa zamanında kazanılmış hak gerçekleşmemiş ise yeni Kanun geçmişe de uygulanır.

Bize göre görülmekte olan davada, kazanılmış hak durumu gerçekleşmemiş ise yeni yasa eldeki (=derdest) davalara da uygulanır. Nitekim bizim saptamalarımıza göre öğreti de aynı görüştedir.²⁷

Hatta Gözübüyük bu konuda açıkça şöyle demektedir: “Örneğin, yeni yasa yürürlüğe girmeden önce açılmış olan davalara kural olarak yeni yasa kuralları uygulanır”.²⁸

Gözübüyük bu görüşünü, “kanunlar yürürlüğe girmekle derhal etkisini gösterir” ilkesine dayandırmaktadır. Genel kural niteliğindeki bu görüşünün istisnası kazanılmış hakkın oluşmasıdır. Eski yasa zamanında kazanılmış hak durumu gerçekleşmiş ise yeni yasanın görülmekte olan davalara uygulanamayacağı yukarıda tekrar tekrar vurgulanmıştır. Biz de Gözübüyük'ün ve Bilge'nin görüşüne aynen katılmaktayız.

Yeni yasanın görülmekte olan davalara uygulanması gerektiğine ilişkin görüşün yasal ve hukuksal dayanağı, bir uyumsuzluk hakkında dava açılmış ise kazanılmış hakkın oluşmayacağı gerçeğidir. Kazanılmış hak mahkemece verilen kararın kesinleşmesinden sonra gerçekleşir.

Ne ki bir hakkın kazanılmış hak haline geldiği muhakemeyi gerektirmeyecek biçimde açık olmasına karşın taraflardan birisi dava aç-

mış ise yeni yasa görülmekte olan davaya uygulanmamalıdır.

III. SOSYAL GÜVENLİK HUKUKUNDA SOSYAL GÜVENLİĞE İLİŞKİN KANUNLARIN GERİYE YÖNELİK UYGULANIP UYGULANMAYACAĞI VE KAZANILMIŞ HAK KAVRAMI

Yukarıda gerek özel hukukta gerekse kamu hukukunda kazanılmış hak söz konusu ise hukukun her dalında, yeni kanunun geriye yürütülemeyeceği, değil ise yürütülebileceği açıklanmıştır. Keza kamu düzeninin, kamu yararının ve genel ahlâkın korunmasına ilişkin yeni yasada yer alan hükümlerin de geriye yönelik uygulanacağı vurgulanmıştır.

Gerek yürürlükten kaldırılan Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu gerek Bağ-Kur Kanunu gerekse 5502 sayılı Kanunun birinci maddelerinde kurumların, bu kanunda yer almayan konularda özel hukuk hükümlerine tabi olduğu ve kurumun kamu kurumu niteliğinde olduğu hükme bağlanmıştır. Bu açık hükümler karşısında 5502 sayılı Kanunla kurulan Sosyal Güvenlik Kurumu da bir kamu kurumu olup asıl işlevi bireylere sosyal güvenlik hakları sağlamaktır.

Hal böyle olunca halen yürürlükte olan 5510 sayılı Kanun hükümleri, kazanılmış hakları ihlal etmemek kaydıyla önceden açılmış olan davalar da dahil olmak üzere geçmişe yönelik uygulanmalıdır. Nitekim tıpkı 5510 sayılı Kanun gibi kamu düzenini ve kamu yararını gerektiren usûl kanunlarında yapılan değişiklikler kazanılmış hak durumu dışında önceden açılan davalara da uygulanır (Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu; m. 578).

Eski sosyal güvenlik kurumları ve kanunları 5502 ve 5510 sayılı Kanunlarla yürürlükten kaldırılmış ve tek çatı altında toplanmıştır.

Anılan yasaların yürürlüğe girdiği tarihten sonra, özellikle 5510 sayılı Kanunun hangi hükümlerinin geriye yürütüleceği hangilerinin yürütülemeyeceği, eldeki davalara uygulanıp uygulanmayacağı konularında yoğun bir biçimde tartışma yaşanacağı görülmektedir.

Önemle belirtmek gerekirse 5510 sayılı Kanununun 104, 105, 106, ve 107. maddeleri ile geçici maddelerinde eski sigortalılar ve iştirakçiler hakkında intibak ve geçiş hükümleri getirilmiştir. Hatta 106. maddede, yürürlükten kaldırılan sosyal güvenlik kanunlarının bazı hükümleri geçici bir süre yürürlükte bırakılmıştır. Geçici maddeler, daha ziyade kazanılmış hakların korunması düşüncesiyle yürürlüğe konmuş bulunmaktadır.

5510 sayılı Kanununun geçici maddelerinin ve yürürlükte bırakılan yasa hükümlerinin aynen uygulanması gerektiği tartışmasızdır.

Ne var ki 5510 sayılı Kanununun geçici maddelerinde yer almayan diğer hükümleri kazanılmış haklara dokunmamak kaydı ile eldeki davalar da dahil olmak üzere geçmişe yönelik uygulanmalıdır.

Bizim en son saptamalarımıza göre, Yargıtay 10. Hukuk Dairesi ve 21. Hukuk Dairesi, 5510 sayılı Kanunu geriye yönelik uygulamamakta, anılan Kanunun yürürlüğe girdiği 01.10.2008 tarihinden sonraki olaylara uygulamaktadır. Başka bir anlatımla bu Daireler, davaya konu edilen olay hangi tarihte oluşmuş ise o olaya, yürürlükte bulunan yasaların uygulanabileceği görüşünü geliştirmişlerdir. Bu görüşte olmadığımız yukarıda, nedenleri ile birlikte açıklanmıştır. Yüksek Dairelerin görüşlerine itibar edilir ise yerine göre eldeki davaya 506, 1479, 2926, 2925 ve 5434 veya Sosyal Sigortalar Kanununun geçici 20. maddesi hükümleri uygulanacaktır.

Yukarıda, Yargıtay'ca çelişik kararlar verildiğine değinilmişti. Örneğin 10. Hukuk Dairesi²⁹ ve Hukuk Genel Kurulu³⁰ her olaya vuku bulunduğu tarihte yürürlükte olan yasanın uygulanacağına karar vermiş ise de 10. HD.'nin tersine verilmiş kararları mevcuttur.³¹ Keza Hukuk Genel Kurulunun da aykırı kararlar verdiği anımsanmaktadır.

Genel kural, görülmekte olan davalara yeni kanunun uygulanacağı yönünde ise de bazı hallerde uygulanmayabilir. Örneğin sigortalı, eski yasa zamanında sigortalı sayılma veya aylık alma hakkını kazanmasına karşın kurum, gerçekleşen bu hakları tanımamış ve sigortalıyı dava açma zorunda bırakmış ve yeni kanun hü-

kümlerine göre birey sigortalı sayılmıyor veya aylığa hak kazanamıyor ise yeni kanun eldeki davaya ve geçmişe yönelik uygulanamaz. Aksi takdirde kazanılmış hak ihlal edilmiş olur.

Öbür yandan sigortalı, eski yasa zamanında sosyal sigorta yardımı talep etmiş ise kazanılmış hak durumu talep tarihi itibarıyla belirlenir. Diyelim ki eski yasa ile yeni yasa hükmü aynı ise herhangi bir sorun yaşanmaz.

Bundan başka kanunların geriye yönelik uygulanıp uygulanamayacağı ve kazanılmış hak ilkesi hukuk düzeninde en çok uygulanan ilkelere birisidir.

O nedenle bize göre, bu konuda kararlar arasında ve hukuk düzeninde istikrar sağlanmalıdır. Aksi takdirde aynı nitelikteki davalarda bireylerin lehine veya aleyhine değişik kararlar verilebilir. Böyle bir sonuç ise hukuka ve devlete olan güveni sarsar.

Yargıtay Kanunu'nun 45. maddesine göre kararlar arasında çelişki doğarsa içtihatları birleştirme yönüne gidilir. Hatta bir daire, içtihadı birleştirme talebinde bulunmaksızın eski içtihadından dönemez.

Kişisel kanımıza ve görüşümüze göre, Yargıtay'ımızca kanunların geriye yürütülüp yürütülemeyeceği ve kazanılmış hak konusunda çelişkilerin giderilmesi amacıyla yöntemince içtihatları birleştirme yönüne gidilmelidir.

Son olarak belirtmek gerekir ise Anayasa'nın 65. maddesinin başlığı, "Devletin iktisadi ve sosyal ödevlerinin sınırları" biçiminde düzenlenmiş ve madde metninde, "Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen bu görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun özellikleri gözeterek mâli kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir" hükmü yer almıştır. Bu hükme göre, sosyal ve iktisadi haklar malî kaynakların yeterliliği ölçüsünde Devletçe yerine getirilir. 10. HD. anılan 65. maddeden esinlenerek "sosyal güvenlik hakkı cevaz esasına dayanır" kuralını getirmiştir. Bu kural Yargıtay'ımızın karar edebiyatına da girmiş bulunmaktadır.

Hatta 65. maddenin değişiklikten önceki metninde, ekonomik-istikrarı korumak amacıyla Devletin, iktisadi ve sosyal hakları sınırlayabileceği hükmü de yer almakta idi. Ne ki de-

ğişiklik sonucu bu hüküm madde metninden çıkarılmıştır.

Ancak Devlet, anılan maddede yer alan, “mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde” mazeretinin arkasına sığınarak, Anayasa'nın amacına ters düşerek ekonomik ve sosyal hakları daha fazla kısıtlamamalıdır. Aksi taktirde Anayasa Mahkemesine iptal davası açılabilir. Bazı hukukçular, anılan 65. maddenin Anayasa'dan çıkarılması gerektiği görüşündedir.

Ne var ki 65. madde hükmü, ister beğenilsin isterse beğenilmesin, erkler ayrılığı ilkesine göre başta Anayasa Mahkemesi olmak üzere yargının ve tüm yüksek mahkemelerin bu hükme uymaları gerekir.

Açıklanan bu nedenlerle, yasal ve hukuksal dayanağı bulunmayan sosyal güvenlik hakkı kullanılamaz. Sosyal güvenlik mevzuatında yer almayan bir sosyal güvenlik hakkı ilk defa sonradan çıkarılan yasa kapsamına alınmış ise bu hak yeni yasanın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren kullanılabilir. Ne ki yasa koyucu, yeni yasa hükümlerinin uygulanmasını geçmişe veya ileri bir tarihe yürütebilir.

Diğer taraftan ileride elde edilecek gelir veya aylık, kazanılmış hak durumunu oluşturmaz. Zira gelecekte ödenecek aylık veya gelirler beklenen (=muntazar) haklardandır. Yasa koyucu, gelir ve aylıklarının ödenmesine devam edilirken, bunların eksiltilmesi ya da artırılması yönünde yasal düzenleme yapabilir. Genelde bu düzenleme, yasanın yürürlüğe girdiği tarihten sonraki süre bakımından geçerlidir.

Öbür yönden, geçmişte ödenen gelir ve aylıklarla, yapılan sosyal sigorta yardımları geri alınamaz. Zira kazanılmış hak durumu oluşmuştur.³²

DİPNOTLAR

- 1 Aslanköylü Resul, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Şerhi, 2009, Ankara, s. 107 vd.
- 2 Anal Erhan, Hukukun Temel İlkeleri-El Kitabı, 9. Bası, İstanbul 2005, s. 73.
- 3 Bilge Necip, Hukuk Başlangıcı 19. Bası, Eylül 2005, Ankara, s. 196.
- 4 Gözübüyük Şeref, Hukuka Giriş, 18. Bası, 2003, Ankara, s. 69.
- 5 Zevkliler Aydın/Acarbey M. Beşir/Gökyayla K. Emre, Medeni Hukuk, 1999, Ankara, s. 86.

- 6 Özbilgen Tarık, Hukuk Başlangıcı Dersleri, İstanbul, 1976, s. 377.
- 7 Zevkliler/Acarbey/Gökyayla, 1999, Ankara, s. 86.
- 8 Zevkliler/Acarbey/Gökyayla, 1999, Ankara, s. 85.
- 9 Roubier, Le Droit Transitoire, 2. bası, 1960, s. 101-106, naklen Bilge, 2005, Ankara, s. 196.
- 10 Bilge, 19. bası, 2005, Ankara, s. 196.
- 11 Bkz. Dipnot no: (7), keza Bilge, 2005, Ankara, s. 198, ayrıca Gözübüyük, 18. Bası, 2003, Ankara s. 72.
- 12 Bilge, 2005, Ankara, s. 190 vd.
- 13 Aslanköylü, 2009, Ankara, s. 111.
- 14 Zevkliler/Acarbey/Gökyayla, 1999, Ankara, s. 91.
- 15 Zevkliler/Acarbey/Gökyayla, 1999, Ankara, s. 91.
- 16 Zevkliler/Acarbey/Gökyayla, 1999, Ankara, s. 91.
- 17 Bilge, 2005, Ankara, s. 193.
- 18 Bilge, 2005, Ankara, s. 194.
- 19 Zevkliler/Acarbey/Gökyayla, 1999, Ankara, s. 91-92.
- 20 Akipek Jale, Türk Medeni Hukuku, Ankara, 1973, s. 94-95.
- 21 İmre Zahit, Medeni Hukuka Giriş, İstanbul, 1980, s. 130.
- 22 İmre Zahit, İstanbul, 1980, s. 130.
- 23 Onar Sıdık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, Birinci Cilt, II. Bası, İstanbul, 1960, s. 370.
- 24 Onar, İstanbul, 1960, s. 370.
- 25 Onar, İstanbul, 1960, s. 371.
- 26 Onar, İstanbul, 1960, s. 371.
- 27 Gözübüyük, 2003, Ankara, s. 73; keza Bilge, 2005, Ankara, s. 190 vd.
- 28 Bkz. Gözübüyük dipnot 18.
- 29 10. HD., 30.12.2004 T. 9162 E. 2701 K.
- 30 HGK., 13.10.2004 T. 528 E. 533 K.
- 31 10. HD., 06.03.2006 T. 2005/12137 E. 2006/2257 K.
- 32 Aslanköylü, 2009, Ankara, s. 107-118.

KAYNAKÇA

- Aslanköylü Resul, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Şerhi.
- Anal Erhan, Hukukun Temel İlkeleri El Kitabı.
- Bilge Necip, Hukuk Başlangıcı.
- Gözübüyük Şeref, Hukuka Giriş.
- Zevkliler Aydın/Acarbey M. Beşir/Gökyayla Emre, Medeni Hukuk.
- Özbilgen Tarık, Hukuk Başlangıcı Dersleri.
- Roubier, Le Droit Transitoire.
- Akipek Jale, Türk Medeni Hukuku.
- İmre Zahit, Medeni Hukuka Giriş.
- Onar Sıdık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları.

Av. Ender KIZILRAY

MESS İzmir Bölge Temsilcisi

5510 Sayılı Yasa Kapsamında Prime Esas Kazançlar

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 80. maddesinde aynı Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında yani hizmet akdi ile çalışan sigortalıların prime esas kazançları ile prime kısmen veya tamamen tabi olmayan kazançları sayılmıştır.

1. SİGORTA PRİMİNE ESAS OLAN KAZANÇLAR

1. Ücretler

4857 sayılı İş Kanunu'nun 32. maddesindeki tarife göre genel anlamda ücret, bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutardır. Bunun yanı sıra, İş Kanunu'nun 41, 42 ve 43. maddeleri uyarınca sigortalıların yaptığı fazla çalışmalar, aynı Kanunun 70. maddesi uyarınca yapılan hazırlama, tamamlama ve temizleme işleri için hak kazanılan artırımlı ücretler, 46. madde uyarınca çalışanlara bir çalışma karşılığı olmaksızın ödenen hafta tatili ücretleri ile 47. madde gereğince tatil yapılmayarak çalışılması halinde ödenecek olan Ulusal Bayram ve genel tatil günü ücretleri de 5510 sayılı Kanunun 80. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsa-

mında değerlendirilmekte ve primlerin hesabında dikkate alınmaktadır.

Ücretler hak edildikleri aya mal edilmek suretiyle prime tabi tutulur. Diğer ödemeler ise öncelikle ödendiği ayın kazancına dahil edilir ve ücret dışındaki bu ödemelerin yapıldığı ayda üst sınırın aşılması nedeniyle prime tabi tutulmayan kısmı, ödemenin yapıldığı ayı takip eden aydan başlanarak iki ayı geçmemek üzere üst sınırın altında kalan sonraki ayların prime esas kazançlarına ilave edilir.

Toplu iş sözleşmelerine tabi işyerleri işverenlerince geçmiş ayları da kapsar şekilde yapılacak ücret ödemelerine ilişkin primler toplu iş sözleşmelerinin imzalandığı tarihi takip eden ayın sonuna kadar Sosyal Güvenlik Kurumu'na ödenebilir.

Yine iş güvencesi kapsamında bulunan bir işçinin iş sözleşmesinin feshi üzerine açtığı işe iade davasını kazanması sonucunda hak kazanacağı en çok dört aya kadar ödenecek ücret ve diğer hakları da prime tabidir.

2. Diğer Ödemeler (Ücretin Eklentileri)

Sigortalılara asıl ücretlerinden başka prim,

ikramiye gibi çeşitli isimlerle yapılan ödemelerin brüt toplamı, ödendiği ay itibariyle prime esas tutulacaktır. Devreden diğer ödemeler, iki ay süreyle takip edileceğinden, hangi ödemelerin ücret, hangilerinin ücret dışı olduğu önemlidir.

Bilindiği gibi, ücret dışında sigortalılara ödenmekte olan prim, ikramiye gibi her türlü ödemeler, ödemenin yapıldığı ayın kazancına dahil edilerek prime tabi tutulmaktadır. Ancak, sözü geçen ödemelerin ücret ile birleştirilerek prime tabi tutulması durumunda, bu nitelikteki kazançlar, prime esas kazanç aylık üst sınırı aşılmamak kaydıyla prime tabi tutulacak, buna karşın her iki kazanç toplamının üst sınırı aşması halinde, ücret dışındaki ödemenin üst sınırı aşan kısmı, 5510 sayılı Kanununun 82. maddesi hükmü de dikkate alınarak en fazla takip eden iki ayın prime esas kazanç tutarına dahil edilecektir.

a. Primler

Üretimi artırmak ve çalışanları teşvik etmek amacıyla çalışma, satış, devamlılık, istihsal primi, idareci primi gibi çeşitli isim ve şekillerde primler ödenmektedir. Bunlar ferdi veya toplu iş sözleşmesinden doğduğu gibi işveren tarafından sözleşme dışı bir şekilde de ödenebilmektedir. Bu primlerden sigorta primi kesintisi yapılması gerekmektedir.

b. İkramiyeler

İşçilere muhtelif sebeplerle ödenen ikramiyeler ücret niteliği taşıdığından prime esas tutulacaktır. Bu tür ödemeler, hak edildikleri ayın değil ödendikleri ayın prime esas kazancı kabul edilmeli ve sigorta primi kesintisi brüt toplamı üzerinden yapılmalıdır.

c. Jübile İkramiyesi

Belli bir hizmet yılını doldurup, işyerinden ayrılmış sigortalılara jübile ikramiyesi adı altında yapılan ödemelerin sigorta primine tabi tutulması gerekmektedir.

d. Huzur Hakkı

5510 sayılı Kanununun 4-1/a maddesi kapsamında sigortalılığının devam ettiği anonim şir-

kette yönetim kurulu üyesi olan sigortalıların aldıkları huzur hakkının ücret özelliği taşıdığı dikkate alınarak prime tabi tutulması gerekmektedir. Ancak anılan kişiler hizmet akdi ile çalışmamakta yani 4-1/b kapsamında sigortalı iseler huzur hakkı adı altında yapılan ödemelerden sigorta primi kesilmeyecektir.

e. İdare veya Kaza Mercilerince Verilen Karar Gereğince Yapılan Ödemeler

İdare veya kaza mercilerince verilen kararlar gereğince ödenen ücret ve benzeri nitelikteki (fazla mesai, prim, ikramiyeler) ödemelerin de geçmiş süredeki aylar dikkate alınmaksızın ödemenin yapıldığı ay itibariyle prime esas tutulması gerekmektedir.

f. Sigortalılara İstirahatli İken Ödenen Ücretler

SGK'dan geçici iş göremezlik ödeneği alan sigortalılara istirahatlı buldukları devrede işverenlerce ödenen geçici iş göremezlik ödeneği ile o devredeki kazancı arasındaki fark ücretler veya bu devrede SGK'ca ödenen geçici iş göremezlik ödeneği dikkate alınmadan ödenen tam ücretler de prime tabidir.

g. Yıllık İzin Ücretleri

4857 sayılı İş Kanunu gereğince hak edilen yıllık izin ücretleri 5510 sayılı Kanununun 80. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamına giren ücretler kapsamında bulunduğundan,

- Sigortalıların hak kazanıp da kullanmamış oldukları yıllık izin süresine ait ücretlerin, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 59. maddesine göre, iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde ödenmesinin zorunlu olması nedeniyle, iş sözleşmesinin feshedildiği ayın kazancına dahil edilmek suretiyle sigorta primine tabi tutulması gerekmektedir.

- İzin ücretinin iş sözleşmesinin feshinden sonra ödenmesi halinde ise izin ücretine iş sözleşmesinin feshinde hak kazanılmış olduğundan, iş sözleşmesinin feshedildiği ayın kazancına dahil edilerek ve ek aylık prim ve hizmet belgesi düzenlenmek suretiyle sigorta primi kesilecektir.

h. İzin Harçlığı

Sigortalılara, özellikle toplu iş sözleşmeleri gereğince yıllık ücretli izne çıkmadan önce ödenen izin harçlıkları da sigorta primine esas kazançlar kapsamında değerlendirilecektir.

**i. Eğitim Ödeneği
(Eğitim-Öğretim Tazminatı)**

5510 sayılı Kanununun 80. maddesinde belirtilen istisnalar dışında her ne adla yapılırsa yapılsın, tüm ödemelerin prime tabi tutulacağı ve diğer kanunlardaki prime tabi tutulmaması gerektiğine dair muafiyet ve istisnaların Kanunun uygulanmasında dikkate alınmayacağı, öngörülmüştür. Bu nedenle eğitim ödeneğinden sigorta primi kesilmesi gerekmektedir.

j. İş Riski Zamları

İşyerlerinde iş riski zammı adı altında yapılan ödemelerin sigorta primine tabi tutulması gerekmektedir.

k. Sosyal Yardımlar

5510 sayılı Kanununun 80. maddesinin birinci fıkrasının c bendinde, (b) bendinde belirtilen istisnalar dışında her ne adla yapılırsa yapılsın, tüm ödemelerin prime tabi tutulacağı öngörülmüştür. Bu bakımdan, sigortalılara sosyal yardım adı altında yapılan ödemelerin sigorta primine esas kazancın hesabında dikkate alınması ve prim kesilmesi gerekmektedir.

l. Mali Yükümlülük Tazminatı

Sigortalılara, mali yükümlülük tazminatı, mali sorumluluk tazminatı veya mali sorumluluk ödeneği adı altında yapılan ödemelerin sigorta primine esas kazancın hesabında dikkate alınması ve prim kesilmesi gerekmektedir.

m. Nakit Ödenen Yol Parası

Sigortalıların evden işe gelmeleri için ücret bordrolarına dahil edilerek nakit olarak ödenen yol parasının sigorta primine tabi tutulması gerekmektedir.

Ancak, işçilerin toplu olarak işe getirilip götürülmelerinin sağlanması (servis) veya servis uygulamasının olmadığı işyerlerinde, işverenler tarafından ücret bordrosuna dahil edilmeden sigortalılara dağıtılan otobüs biletlerinin veya

kartlarının servis yardımı (aynı yardım) olarak düşünülmesi ve sigorta primine tabi tutulmaması uygun olacaktır.

n. Nakden Ödenen Yakacak Yardımı

5510 sayılı Kanununun 80. maddesinde belirtilen istisnalar dışında her ne adla yapılırsa yapılsın, tüm ödemelerin prime tabi tutulacağı ve diğer kanunlardaki prime tabi tutulmaması gerektiğine dair muafiyet ve istisnaların Kanunun uygulanmasında dikkate alınmayacağı, öngörülmüştür.

Bu bakımdan, sigortalıların yakacak, temizlik, aydınlatma ve benzeri nitelikteki giderleri için yahut tahsil veya mesken yardımı gibi kanunda ismen sayılmayan nedenlerle yapılan ödemeler, ödemenin yapıldığı aydaki prime esas kazançta dahil edilecektir.

o. Sigortalılara Öğrenim Gören Çocukları Nedeniyle Ödenen Eğitim ve Öğretim Yardımı

5510 sayılı Kanununun 80. maddesinde belirtilen istisnalar arasında yer verilmediğinden, sigortalılara öğrenim gören çocukları nedeniyle ödenen eğitim ve öğretim yardımından da sigorta primi kesintisi yapılması gerekmektedir.

p. Sigortalılara Nakden Ödenen Ayakkabı Bedelleri ile Elbise Dikiş Parası

5510 sayılı Kanununun 80. maddesinde belirtilen istisnalar dışında her ne adla yapılırsa yapılsın, tüm ödemelerin prime tabi tutulacağı ve diğer kanunlardaki prime tabi tutulmaması gerektiğine dair muafiyet ve istisnaların Kanunun uygulanmasında dikkate alınmayacağı, öngörülmüştür.

Bu bakımdan, sigortalılara nakden ödenen ayakkabı bedelleri ile elbise dikiş parası olarak yapılan ödemeler, ödemenin yapıldığı aydaki prime esas kazançta dahil edilecektir.

II. SİGORTA PRİMİNE KISMEN TABİ TUTULACAK KAZANÇLAR**1. Aile Zamları (Aile Yardımı)**

Toplu iş sözleşmelerinde veya bireysel iş

sözleşmelerinde, evli olan işçilere aile zammı adı altında ödemeler yapılması kararlaştırılabilmektedir.

Sigortalılara aile zammı adı altında yapılacak ödemelerin, sigortalının hizmet akdinin devam etmesi şartıyla fiilen çalışmasının olup olmadığı üzerinde durulmaksızın, sigortalının eşinin 5510 sayılı Kanuna tabi zorunlu sigortalı olmayı gerektirecek şekilde çalışmaması ve Kurumdan gelir veyahut aylık almaması durumunda, 16 yaşından büyükler için belirlenen aylık asgari ücretin %10'u oranındaki tutar aylık prime esas kazançların hesaplanmasında dikkate alınmayacaktır.

2. Çocuk Zamları (Çocuk Yardımı)

Sigortalıya çocuk zammı adı altında yapılan ödemelerden, sigortalı veya isteğe bağlı sigortalı sayılmayan, kendi sigortalılığı nedeniyle gelir veya aylık bağlanmamış olan çocuklarından 18 yaşını, lise ve dengi öğrenim veya Mesleki Eğitimi Kanunu'nda belirtilen aday çırak, çırak ya da işletmelerde mesleki eğitim görmesi halinde 20 yaşını, yüksek öğrenim görmesi halinde 25 yaşını doldurmamış ve evli olmayan çocukları ile yaşına bakılmaksızın 5510 sayılı Kanuna göre malul olduğu tespit edilen evli olmayanlarından en fazla iki çocuğa kadar (iki çocuk dahil) olanları için, sigortalının hizmet akdinin devam etmesi şartıyla fiilen çalışmasının olup olmadığı üzerinde durulmaksızın iki çocuğu geçmemek kaydıyla, çocuk başına her yıl belirlenen aylık asgari ücretin %2'si oranındaki tutarı, aylık prime esas kazançların hesaplanmasında dikkate alınmayacaktır.

3. Nakit Olarak Ödenen Yemek Bedeli

Sigortalılara yemek parası adı altında yapılan ödemelerin, işyerinde veya müstemilatında yemek verilmemesi şartıyla, fiilen çalışılan gün sayısı dikkate alınarak 16 yaşından büyükler için belirlenen günlük asgari ücretin %6'sının, yemek verilecek gün sayısı ile çarpılması sonucunda bulunacak miktarı aylık prime esas kazançların tespitinde dikkate alınmayacak dolayısıyla prim kesilmeyecektir.

4. İşverenler Tarafından Sigortalılar İçin Özel Sağlık Sigortalılarına ve Bireysel Emeklilik Sistemine Ödenen Özel Sağlık Sigortası Primi ve Bireysel Emeklilik Katkı Payı Tutarları

5510 sayılı Kanununun 80. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde, "... işverenler tarafından sigortalılar için özel sağlık sigortalılarına ve bireysel emeklilik sistemine ödenen ve aylık toplamı asgari ücretin %30'unu geçmeyen özel sağlık sigortası primi ve bireysel emeklilik katkı payları tutarları, prime esas kazançta tabi tutulmaz." denilmektedir.

Buna göre sigortalı adına ay içinde özel sağlık sigortası primi ve bireysel emeklilik katkı payı adı altında işverence yapılan ödemeler toplamının aylık asgari ücretin %30'una isabet eden kısmı prime esas kazançta dahil edilmeyecek, kalan tutar ise ödendiği ayın prime esas kazancına dahil edilecektir.

III. SİGORTA PRİMİNE ESAS TUTULMAYACAK KAZANÇLAR

Tam istisnalardan hiçbir şekilde sigorta primi kesintisi yapılmayacak olup, bunlar aşağıda açıklanmıştır.

1. Aynı Yardımlar

Bilindiği gibi, bazı işverenlerce sigortalılara zaman zaman mal olarak (örneğin, yağ, un, ayakkabı, elbise gibi) aynı yardımlar yapılmaktadır.

Sözü geçen ve mal olarak yapılan yardımlar, tutarları üzerinde durulmaksızın, prime esas kazançlara dahil edilmeyecektir. Ancak, aynı yardımların sigortalılara nakden ödenmesi halinde (örneğin yağ parası, un parası, ayakkabı parası gibi) prime tabi tutulması gerekmektedir.

2. Ölüm, Doğum ve Evlenme Yardımları

Ölüm, doğum ve evlenme hallerinde yapılan yardımlar, miktarı ne olursa olsun, prime esas kazançların hesabında dikkate alınmayacaktır.

Sigortalının anne ve babası, eşi veya çocuğunun ölümü halinde sigortalıya verilen ölüm yardımı ile sigortalının evlenmesi veyahut çocuğunun olması halinde işveren tarafından yapılan doğum ve evlenme yardımları prime esas kazançların hesabına dahil edilmeyecektir.

3. Görev Yollukları

Yolluk genel olarak, sigortalının işyerinin bulunduğu yerden başka bir yere gönderilmesi halinde, bu yolculuk nedeniyle yapması gerekli giderleri karşılayan ödemelerdir.

Görev yolluklarından ne anlaşılması gerektiği, işverenlerin sigortalılar için ödediği yollukların neleri kapsadığı, 6245 sayılı Harcırah Kanunu'nun 3. maddesinde açıklanmıştır. Buna göre, anılan maddede belirtilen yol masrafı, gündelik, aile masrafı ve yer değiştirme masrafı niteliğinde yapılan ödemeler yolluk kapsamındadır.

4. Seyyar Görev Tazminatı, Kıdem Tazminatı, İş Sonu Tazminatı veya Kıdem Tazminatı Mahiyetindeki Toplu Ödemeler ve Keşif Ücreti

Görevleri gereği sigortalılara ödenen seyyar görev tazminatı, iş akdinin feshi veya çeşitli sebeplerle işten ayrılan işçilere işveren tarafından bir defaya mahsus olmak üzere ödenen kıdem tazminatı, iş sonu tazminatı veya kıdem tazminatı mahiyetindeki toplu ödemeler ve keşif ücreti prime tabi tutulması gereken ödemeler kapsamında olmadığından, prime esas kazancın hesaplanması sırasında dikkate alınmayacaktır.

5. İhbar Tazminatı

İşveren tarafından bildirim sürelerine uyulmaksızın işçinin işine son verilmesi halinde, bildirim sürelerine ait ücret tutarlarının tazminat olarak işçiye ödenmesi İş Kanunu gereğidir. Bu durumda işçinin işyeri ile olan hukuki münasebeti iş sözleşmesinin feshi ile sona erdiğinden ödenen paralar işçiyi himaye gayesine yönelik bir tazminat olup, ücret niteliğinde bulunmadığından, bu nitelikte olan ihbar tazminatı ile kötü niyet tazminatı sigorta primine esas olmayacaktır.

6. Kasa Tazminatı

İşyerlerinde para veya kıymetli evrak ya da eşya muhafazası ile görevli bulunan sigortalılara muhtemel açıkları kapatmak amacıyla işverenler tarafından ödenen kasa tazminatları, ücret niteliğinde sayılamayacağından, prime esas kazançtan istisna tutulması gerekmektedir.

7. Avans Olarak Ödenen Ücretler

Avans olarak yapılan ödemeler sigorta prim kesintisine tabi tutulmayacaktır.

KAYNAKÇA

- Sosyal Güvenlik Reformu Rehberi, Resul KURT, sh: 156 vd., İstanbul 2008.

Prof. Dr. Müjdat ŞAKAR

Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Sosyal Sigortalarca Karşılananlar Dışında Kalan Zararların İşverene Ödetilmesi İlkesi

T.C. YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2008/13524
Karar No : 2009/4622
Tarihi : 30.3.2009

ÖZET

Davacı, iş kazası sonucu maluliyetinden doğan maddi ve manevi tazminatın ödetilmesine karar verilmesini istemiştir. Somut olayda iş kazası olduğu iddia olunan olayın Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirilmediği anlaşılmaktadır. Kurumca gelir bağlanabilmesi için öncelikle zararlandırıcı olayın iş kazası niteliğinde olup olmadığının tespiti ön sorundur. İş kazasının tespiti ile ilgili ihtilaf Sosyal Güvenlik Kurumunun hak alanının doğrudan ilgilendirmekte olup tazminat davasında kurum taraf değildir.

KARAR

Davacı, iş kazası sonucu maluliyetinden doğan maddi ve manevi tazminatın

ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin kısmen kabulüne karar vermiştir.

Hükmün davalı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hâkimi Mehmet Beleç tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

Dava, iş kazası sonucu sürekli iş göremezliğe uğrayan davacının maddi zararının giderilmesi istemine ilişkindir.

Mahkemece istek, ilamda belirtildiği şekilde kısmen kabul edilmiştir.

Dosyadaki kayıt ve belgelerden davalı şirkete ait mermer fabrikasında işçi olan sigortalının elmas tel ile mermer bloğunun kesimi yapılırken telin kopması sonucu yaralandığı hükmüne dayanak alınan 30.11.1998 tarihli kusur raporunda 6/8 oranında davalı şirketin 2/8 oranında davacının kusurlu olduğunun tespit edildiği, Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından olay ile ilgili bir inceleme (yapılmadığı) anlaşılmaktadır.

Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından kar-şılanmayan zararın ödetilmesine ilişkin da-valarda (tazminat davaları) öncelikle zarar-landırıcı sigorta olayının iş kazası niteliğinde olup olmadığı, haksız zenginleşmeyi ve mü-kerrer ödemeyi önlemek için Kurum tarafın-dan hak sahiplerine bağlanan gelirin hükme en yakın tarihteki peşin sermaye değerinin hüküm tarihine en yakın tarihteki verilere göre belirlenen tazminattan düşülmesi ge-rektiği Yargıtay'ın oturmuş ve yerleşmiş gö-rüşlerindedir.

5510 sayılı Yasa'nın 13. maddesinde İş kazasının 4 ncü maddesinin birinci fıkrası-nın (a) bendi ile 5 nci madde kapsamında bulunan sigortalılar bakımından bunları ça-lıştıran işveren tarafından, o yer yetkili kol-luk kuvvetlerine derhal ve Kuruma en geç kazadan sonraki üç işgünü içinde iş kazası ve meslek hastalığı bildirgesi ile doğrudan ya da taahhütlü posta ile bildirilmesinin zo-runlu olduğu, iş kazasının işverenin kontrolü dışındaki yerlerde meydana gelmesi halinde bu sürenin iş kazasının öğrenildiği tarihten başlayacağı, Kuruma bildirilen olayın iş ka-zası sayılıp sayılmayacağı hakkında bir kara-ra varılabilmesi için gerektiğinde, Kurumun denetim ve kontrol ile yetkilendirilen me-murları tarafından veya Bakanlık İş Müfet-tişleri vasıtasıyla soruşturma yapılabileceği, 5510 sayılı Yasa'nın 19 ncu maddesinde ise iş kazasına bağlı nedenlerden dolayı mes-lekte kazanma gücü en az % 10 oranında azalmış bulunduğu tespit edilen sigortalının sürekli iş göremezlik gelirin hak kazanaca-ğı bildirilmiştir.

Somut olayda iş kazası olduğu iddia olu-nan olayın Sosyal Güvenlik Kurumuna bil-dirilmediği anlaşılmaktadır. Kurumca gelir bağlanabilmesi için öncelikle zararlandırıcı olayın iş kazası niteliğinde olup olmadığının tespiti ön sorundur. İş kazasının tespiti ile ilgili ihtilaf Sosyal Güvenlik Kurumunun hak alanını doğrudan ilgilendirmekte olup taz-minat davasında kurum taraf değildir.

Yapılacak iş; davacıya, iş kazasını Sos-yal Güvenlik Kurumuna ihbarda bulunmak, olayın Kurumca iş kazası olarak kabul edil-memesi halinde Sosyal Güvenlik Kurumu-na ve hak alanını etkileyeceğinden işveren aleyhine "iş kazasının tespiti" davası açması için önel vermek, tespit davasını bu dava için bekletici sorun yaparak çıkacak sonuca göre, olayın Kurumca iş kazası olduğunun kabul edilmesi halinde ise davacıya Kuruma müracaat ederek iş kazası sigorta kolundan geliri bağlanması için önel vermek ve çıkacak sonuca göre bir karar vermektedir.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgu-lar gözetilmeksizin yazılı şekilde tazminata hükmolunması bozma nedenidir.

O halde, davalının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, bozma nedenine göre da-valı vekilinin diğer temyiz itirazlarının ince-lenmesine yer olmadığına, temyiz harcının istek halinde davalıya iadesine, 30.03.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KARAR HAKKINDA NOT

1. İşverenin İşçiyi Koruma Borcu ve Hukukî Sorumluluğu

İş sözleşmesi işçinin kişiliğini yakından il-gilendiren bir sözleşme olduğundan, işverenin ücret ödeme borcunun yanı sıra; işçinin menfa-atlerine zarar verecek davranışlardan kaçınma,

işçiyi sağlığına uygun işte çalıştırma, yapacağı iş konusunda işçiyi eğitime ve en önemlisi, iş kazaları ve meslek hastalıklarına engel olmak için işyerinde sağlık ve güvenlik tedbirlerini alma borçları da bulunmaktadır. Bu borçların tümünü "işçiyi koruma borcu" adı altında top-lamak mümkündür.

İş sağlığı ve güvenliği konusunda, kanun-larda yer alan düzenlemelerden başka, ayrıntılı

SGK istatistiklerine yansımayan ve sayılarının beş milyon civarında olduğu tahmin edilen sigortasız çalıştırılan işçilerin başlarına neler geldiği meçhûldür.

kurallara yer veren çok sayıda yönetmelik de bulunmaktadır. Ancak, ne yazık ki, denetim ve bilinç eksikliği yüzünden, iş kazaları ve meslek hastalıklarındaki kayıplar bakımından ülkemizdeki durum ürkütücü boyutlardadır. Üstelik SGK istatistiklerine yansımayan ve sayılarının beş milyon civarında olduğu tahmin edilen sigortasız çalıştırılan işçilerin başlarına neler geldiği meçhûldür.

İşverenin işçiyi koruma borcuna aykırı davranması; işçinin maddî ve manevî zararlarının tazmini sonucunu doğurur. İşçinin ölümü halinde, yakınları destekten yoksun kalma tazminatı ve manevî tazminat isteyebilirler (BK. md. 332/II).

İşçi veya onun ölümünde hak sahipleri, SGK tarafından karşılanmayan zararları için, genel sorumluluk hukuku çerçevesinde işverenden tazminat talep edebilirler. Ayrıca, SGK, yaptığı ve yapacağı masraflar için, işçiyi koruma borcunu yerine getirmeyen işverene 5510 sayılı Kanun uyarınca “rücû” edebilir.

Hukukumuzda tartışmalı olan; işverenin sorumluluğunun kusur sorumluluğu esasına mı dayandığı, yoksa Yargıtay’ın kökleşmiş içtihadıyla benimsediği gibi, kusursuz sorumluluk hallerinden birini mi oluşturduğudur. Hukuk öğretisi bu konuda ikiye bölünmüş durumdadır¹. Ancak, konumuz bu olmadığı için bu duruma sadece işaret etmekle yetiniyoruz.

2. İşverenin Hukuki Sorumluluğunun Çerçevesi

Sigortalının aynı olay sebebiyle hem SGK’dan hem de işverenden talepte bulunma olanağı bulunup bulunmamasına göre dünyada üç sistemden söz edilir²:

- Birincisi “seçimlik hak sistemi”dir. Sigortalı veya hak sahipleri ister işverene ister SGK’ya

başvurabilirler. Ancak her ikisine de başvuramazlar.

- İkincisi, “kümülyasyon sistemi”dir. Sigortalı hiçbir sınırlama olmaksızın hem işverene hem de Kurum’a başvurabilir. İşveren sigortanın sağladıklarının tazminattan indirilmesini istemez. Çünkü zarara işveren sebep olmuştur. Sigorta bedelinin ilgiliye ödenmesi ise ödenmiş primlerin karşılığıdır. Bu sistem 1978’e kadar İsviçre’de uygulanmıştır.

- Üçüncüsü, “halefiyet ve rücu sistemi”dir. Bu sistemde sigortalının zararı sigorta tarafından karşılanmakta, sigortalı veya hak sahipleri (manevî tazminat dışında) işverenden hiçbir talepte bulunamamaktadırlar. Kurum tüm zararları karşılamakta, halefiyet yoluyla işverene rücu etmektedir.

Ülkemizde uygulanan sistem, bu üç sisteme de uymaz. İşveren iş kazası ve meslek hastalıkları için tüm primi kendisi ödemesine rağmen, hem sigortalıya hem de Kurum’a karşı sorumlu olmaktan kurtulamamakta, öte yandan Kurum’un bağladığı gelirin peşin değeri işverenin sigortalıya ödeyeceği tazminattan indirilmektedir.

Süzek’e göre, olması gereken üçüncü sistemdir. Sigortalının tüm zararının Kurum tarafından karşılanması halinde, sigortalının maddi zararları için işvereni dava etme ihtiyacı ortadan kalkacak, zaten iş kazası veya meslek hastalığı sebebiyle mağdur olan sigortalı veya onun ölümünde hak sahipleri, hem Kurum’a hem de işverene karşı uğraş vermek zorunda kalmayacaklardır³. Bu öneri teorik olarak

İşveren iş kazası ve meslek hastalıkları için tüm primi kendisi ödemesine rağmen, hem sigortalıya hem de Kurum’a karşı sorumlu olmaktan kurtulamamakta, öte yandan Kurum’un bağladığı gelirin peşin değeri işverenin sigortalıya ödeyeceği tazminattan indirilmektedir.

“Sosyal sigortalarca karşılananlar dışında kalan zararların işverene ödetilmesi ilkesi” mevzuatta açıkça yer alan bir ilke değil, içtihatla tespit edilmiş bir ilkedir.

olumlu olmakla birlikte, uygulanması zordur. Zira SGK mevzuatın belirlediği yöntemle zararı götürü olarak karşılar ve çoğu zaman gerçek zararı karşılama konusunda yeterli olamaz. Bu bakımdan Yargıtay içtihatlarıyla biçimlenmiş mevcut uygulamanın devamı, yarattığı sıkıntıya rağmen bize daha uygun gelmektedir.

3. Kararın Değerlendirilmesi

Uygulamada Yargıtay⁴ ve öğreti⁵, işverenin iş sağlığı ve güvenliği kurallarına aykırı davranışı sebebiyle zarar gören işçi veya onun ölümünde hak sahiplerinin açtıkları maddi tazminat davalarını, “sosyal sigortalarca karşılananlar dışında kalan zararların işverene ödetilmesi ilkesi”ne dayandırmaktadırlar. Bu ilkenin sonucu olarak da, haksız zenginleşmeyi ve mükerrer ödemeyi önlemek için, öncelikle davacının SGK’dan kendisine gelir bağlanmasını istemesi, sonuç alamazsa Kurum’a dava açması ve işverene karşı açılmış maddi tazminat davasında mahkemenin Kurum’a karşı açılmış davanın sonucunu beklemesi gerektiği kabul edilmektedir⁶. Kurum tarafından gelir bağlanması halinde de, gelirin hükme en yakın tarihteki peşin sermaye değerinin hüküm tarihine en yakın tarihteki verilere göre belirlenen tazminattan düşülmesi gerektiği Yargıtay’ın oturmuş ve yerleşmiş görüşlerindedir. Nitekim incelediğimiz kararda da aynı sonuca varılmıştır.

“Sosyal sigortalarca karşılananlar dışında kalan zararların işverene ödetilmesi ilkesi” mevzuatta açıkça yer alan bir ilke değil, içtihatla tespit edilmiş bir ilkedir. Geçmişte, 27.06.1945 tarihli ve 4772 sayılı İş Kazalarıyla Meslek Hastalıkları ve Analık Sigortası Kanunu’nun 37/II. maddesi, “Bu türlü kazalarda sigortalı veya hak sahibi olan kimseler, bu Kanunla sağlanan hakların dışında genel hükümlere göre haklı olabi-

lecekleri her türlü zararlarını işveren veya vekilinden arayabilirler” hükmünü taşımaktaydı. Bu hüküm sonraki yasal düzenlemelerde yer almamıştır. Ancak açık bir yasa hükmü bulunmaması, genel hükümlere göre talepte bulunmaya engel değildir⁷.

Sonuç olarak, incelediğimiz karar, önceki kararlarla uyumlu olduğu gibi, kanımızca olması gereken de budur.

DİPNOTLAR

- 1 Bu konudaki tartışmalar için bkz. Nuri ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, 20 Baskı, İstanbul 2007, 169 vd..
- 2 Bkz. Aydın BAŞBUĞ, Sosyal Sigortalar Kurumu’nun İşverene ve Üçüncü Kişiyeye Rücuu, Ankara 1992, 6 vd; Resul ASLANKÖYLÜ, Sosyal Sigortalar Kanunu Yorumu, Ankara 2003, 291 vd.
- 3 Sarper SÜZEK, İş Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2008, 359.
- 4 Yarg. HGK., 25.11.1970, E. 864-9, K.650, Mustafa ÇENBERCİ, İş Kanunu Şerhi, 4. baskı Ankara 1978, 711; Yarg. HGK., 28.04.1982, E. 981-9, K. 1038, Tekstil İşveren Dergisi, Eylül 1983,18; Yarg. 21. HD. 14.10.1997, E. 5076, K. 2505, İşveren Dergisi, Aralık 1998, 17; Yarg. 21. HD, 27.06.2007, E. 8888, K. 10428, Yargıtay Kararları Dergisi, Şubat 2008, 293 vd.
- 5 ÇELİK, 168; SÜZEK, 350; Levent AKIN, İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat, Ankara 2001,101.
- 6 Yarg. 9. HD., 22.12.1994, E. 13957, K. 18339, Çimento İşveren Dergisi, Mart 1995, 26; Yarg. HGK, 22.12.2004, E. 225-21, K. 751, İstanbul Barosu Dergisi, 2005/3, 913.
- 7 Kemal OĞUZMAN, “İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Zararlardan İşverenin Sorumluluğu”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 34, S. 1-4, 1969, 334-335.

Prof. Dr. Veysi SEViğ

ICC Vergi Komisyonu Üyesi

Gelir Vergisi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkındaki Kanunla Yapılan Değişiklikler

1. GİRİŞ

5904 sayılı “Gelir Vergisi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” 41 ana ve 2 geçici maddeden oluşmaktadır. Sözü edilen yasa ile 12 vergi yasası ile Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkındaki Yasa’da, Radyo-Televizyon Kurumu Gelirleri Yasası’nda, Bazı Dernek ve Kurumların Bazı Vergilerden, Bütün Harç ve Resimlerden Muaf Tutulması Hakkındaki Yasa’da, Serbest Muhasebeci, Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Yasası’nda, Türk Ticaret Yasası’nda ve Avukatlık Yasası’nda olmak üzere 19 ayrı yasada bazı değişiklikler ve eklentiler yapılmış, bu bağlamda da üç ayrı vergi yasasına 6 geçici madde eklenmiş bulunmaktadır.

Bu tür yasalara “Torba Kanun” denilmektedir.

Yapılan bu düzenleme ile Gelir Vergisi Yasası’na 2, Kurumlar Vergisi Yasası’na 3, Özel Tüketim Vergisi Yasası’na 1 geçici madde eklenmiştir.

“Gelir Vergisi Kanunu ve Bazı Kanunlarda

Değişiklik Yapılması Hakkındaki Kanun” ile değişikliğe uğrayan yasalar ve sözü edilen değişiklikle ilgili madde sayıları aşağıdaki tabloda gösterilmiş bulunmaktadır.

Söz konusu tablodan da anlaşılacağı üzere 5904 sayılı “Gelir Vergisi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” ile bir kısmı vergi yasası niteliğinde olmayan 17 ayrı yasada değişiklik yapılmış bulunmaktadır.

5904 sayılı Yasa’nın 40. maddesi gereği olarak;

- Gelir Vergisi Yasası’nın 89. maddesinde 5904 sayılı Yasa’nın 2. maddesi ile yapılan değişiklik gereği “Ücretlerin vergilendirilmesinde asgari geçim indirimi uygulandıktan sonra, varsa teşvik amaçlı diğer indirim ve istisnaların dikkate alınması” ile ilgili düzenleme 01.01.2009 tarihinden itibaren,

- Vergi Usul Yasası’nın mükerrer 355. maddesinde yapılan değişiklik ile Araştırma ve Geliştirme Faaliyetlerinin Desteklenmesi Hakkındaki Yasa’da yapılan değişikliklerin 01.08.2009 tarihinden itibaren,

Tablo: 5904 sayılı Yasa ile Değiştirilen Yasalar ve Madde Sayıları

Yasa Adı	Değişikliğe uğrayan yasa maddesi sayısı
• Gelir Vergisi Yasası,	4
• Kurumlar Vergisi Yasası,	3
• Katma Değer Vergisi Yasası,	9
• Özel Tüketim Vergisi Yasası,	3
• Damga Vergisi Yasası,	1
• Vergi Usul Yasası,	3
• Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkındaki Yasa,	2
• Şans Oyunları Hâsılatından Alınan Vergi, Fon ve Payların Düzenlenmesi Hakkındaki Yasa,	1
• Araştırma ve Geliştirme Faaliyetlerinin Desteklenmesi Hakkındaki Yasa,	2
• Bazı Dernek ve Kurumların Bazı Vergilerden Bütün Harç ve Resimlerden Muaf Tutulmasına İlişkin Yasa,	1
• Veraset ve İntikal Vergisi Yasası,	1
• Emlak Vergisi Yasası,	2
• Gider Vergileri Yasası,	1
• Türkiye Radyo, Televizyon Kurumu Gelirleri Yasası,	2
• Türk Ticaret Yasası,	1
• Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Yasası,	1
• Avukatlık Yasası,	1
• Yürürlük ve Yürütme Yetkisi,	2

• Bazı Dernek ve Kurumların Bazı Vergilerden, Bütün Harç ve Resimlerden Muaf Tutulmasına İlişkin Yasa'nın birinci maddesinin birinci fıkrasına yapılan eklentinin 01.01.2010 tarihinden itibaren,

• Gider Vergileri Yasası'nın 39. maddesinde yapılan değişiklik 10.05.2009 tarihinden itibaren,

• Diğer hükümlerin ise 03.07.2009 tarihinden itibaren yürürlüğe gireceği hususu hükme bağlanmıştır.

Yukarıda da ifade edildiği üzere "Gelir Vergisi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun" geniş kapsamlı ve mevcut yasa maddelerinde yer alan hükümleri önemli ölçüde değiştiren dolayısıyla vergi sistemini bütünüyle etkileyebilecek niteliktedir.

Söz konusu değişiklikler mevcut yasalardaki konumlarına göre ayrıntılı bir biçimde açıklanacaktır.

II. GELİR VE KURUMLAR VERGİSİ YASALARINDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

1. Gelir Vergisi Yasası'nda Yapılan Değişiklikler

a) *İşe başlatmama tazminatları vergi dışı bırakıldı.*

5904 sayılı "Gelir Vergisi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun" ile Gelir Vergisi Yasası'nın 21. maddesinin birinci fıkrasının (1) numaralı bendinde yapılan değişiklik uyarınca "İşe Başlatmama Tazminatı" 3 Temmuz 2009 tarihinden itibaren gelir vergisinden müstesna tutulmuştur.

Sözü edilen değişikliğin temel nedeni başlangıçta Maliye Bakanlığı'nca verilen görüşler doğrultusunda "İşe Başlatmama Tazminatı"nın ücret olarak gelir vergisine tabi tutulması, buna

karşılık yargı organlarının bu tür ödemelerin ücret niteliğinde olmadığı yönünde vermiş olduğu kararlardır.

İdare ile yargı organları arasında konuya ilişkin olarak ortaya çıkan görüş farklılığı nedeniyle yapılan yasal değişiklik sonucunda, bundan böyle 3 Temmuz 2009 tarihinden itibaren “İşe Başlatmama Tazminatları” gelir vergisine tabi tutulmamaktadır.

Diğer yandan 5904 sayılı Yasa ile Gelir Vergisi Yasası'na eklenen geçici 77. madde uyarınca da 3 Temmuz 2009 tarihinden önceki dönemlerle ilgili olarak İş Kanunu'nun 21. maddesi uyarınca işverenler tarafından işçiye ödenen “İşe Başlatmama Tazminatları”, damga vergisi hariç hiçbir vergiye tabi tutulmayacaktır.

Buna bağlı olarak aynı düzenleme çerçevesinde anılan dönemlere ilişkin olup, daha önce gelir vergisi kesintisine tabi tutularak ödenen “İşe Başlatmama Tazminatları” ile ilgili olarak kendisine ödeme yapılanların (mükelleflerin); tarha yetkili vergi dairesine başvuruları ve dava açmamaları, açılmış davalardan vazgeçmeleri koşuluyla Vergi Usul Yasası'nın düzeltmeye ilişkin hükümleri uyarınca tahsil edilen gelir vergisinin red ve iade işlemleri yapılacaktır.

Ancak sözü edilen ret ve iade işlemlerinin yapılabilmesine ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisi Maliye Bakanlığı'na ait bulunmaktadır. Maliye Bakanlığı bu yetkisini kullanarak konuya ilişkin olarak Gelir Vergisi 272 sayılı Genel Tebliği'ni yayımlamıştır (12 Ağustos 2009 gün ve 27317 sayılı Resmi Gazete).

Öncelikle gelir vergisinden bağımsız tutulan tutar, iş sözleşmesi feshinin geçersizliğine karar veren mahkeme ve özel hakemin kararında belirlediği işçinin işe başlatılmaması nedeniyle ödenecek tazminat miktarı ile sınırlı olacaktır.

Daha önce karara bağlanmış olup kendisine gelir vergisi kesintili “İşe Başlatmama Tazminatı” ödenmiş olanların söz konusu tazminat üzerinden kesilen gelir vergisini geri alabilmeleri için yapacakları işlemler ise sözü edilen tebliğin 2.3 bölümünde açıklanmıştır. Buna göre, yasa değişikliğinin yürürlüğe girdiği tarihten önceki dönemlerle ilgili olarak;

- Kesilen gelir vergisini dava konusunu yapmayan hak sahipleri (mükellefler),

- Kesilen gelir vergisiyle ilgili 5904 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un Resmi Gazete'de yayım tarihi olan 3 Temmuz 2009 tarihi itibarıyla mahkemelerde ihtilafı devam eden mükelleflerin, davalarından feragat etmeleri ve buna ilişkin ilgili mahkemeden feragat ettiklerini gösterir şerhli dilekçe örneğini veya bu belge temin edilemediği takdirde mahkemenin feragat nedeniyle davanın reddine dair vereceği karar örneğini tarha yetkili vergi dairesine ibraz etmeleri kaydıyla,

- Kesilen gelir vergisi nedeniyle dava açan ve aleyhine kesinleşmiş yargı kararı bulunan mükelleflerin,

tarha yetkili vergi dairesine dilekçe ile başvuruları halinde, tahsil edilen gelir vergisinin Vergi Usul Yasası'nın düzeltmeye ilişkin hükümleri de dikkate alınarak ret ve iade işlemleri yapılabilecektir.

Yapılacak iade işlemleri sırasında, Gelir Vergisi Yasası'nın mükerrer 121. maddesine göre “İşe Başlatmama Tazminatı” tutarlarıyla ilgili vergi indirim uygulanmasından faydalananların indirim tutarlarının mahsup edilmesi ve mükelleflerin dilekçe ile birlikte çalıştıkları işyerinden alacakları söz konusu dönemlere ait vergi tevkifatı tutarlarına ilişkin bilgileri içeren belgeyi vermeleri gerekmektedir.

Ancak; ülkemizde yaşanan ekonomik koşullar nedeniyle bazı kurum ve kuruluşlar ise yerlerini kapatmışlar ve/veya faaliyetlerini durdurmuşlardır. Bu yerlerde daha önce çalışıp da “İşe Başlatmama Tazminatı”nı vergi kesintili alanların durumu ne olacaktır? Bu durum açıklığa kavuşturulmalıdır.

Bilindiği üzere 3 Temmuz 2009 tarihine kadar Maliye Bakanlığı ısrarlı bir biçimde “İşe Başlatmama Tazminatı”nın gelir vergisine tabi tutulmasını öngörmüş ve ödemeler bu görüş doğrultusunda vergili yapılmıştır.

Diğer yandan kendilerine yapılan “İşe Başlatmama Tazminatı” ödemeleri vergi kesintisine tabi tutulanlar, söz konusu yasal haklarını kesilen vergi kadar eksik tahsil etmiş bulunmaktadır. (Bazıları henüz bu alacaklarını tahsil edememişlerdir.) Bu nedenle red ve iade işlemlerinin öncelikle sonuçlandırılması gerekmektedir.

Tüm bu açıklamalar çerçevesinde uzun bir süredir uygulamada duraksama yaratan bir konu yargı kararları doğrultusunda yasa maddesi haline gelmiş olup bir uyumsuzluk alanı da sona ermiş bulunmaktadır.

b) Ücretlerin vergilendirilmesinde indirim uygulamasında asgari geçim indirimine öncelik verilecektir.

Gelir Vergisi Yasası'nın 32. maddesi "asgari geçim indirimi" ile ilgili düzenlemeleri içermektedir. Sözü edilen maddeye eklenen fıkra uyarınca "ücretlerin vergilendirilmesinde asgari geçim indirimi uygulandıktan sonra, varsa teşvik amaçlı diğer indirim ve istisnalar" dikkate alınacaktır. Bu hüküm 1.1.2009 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere yayımı tarihinde yürürlüğe girmiş bulunmaktadır.

Yapılan bu düzenleme gereği, gelir vergisi stopajı teşviki öngörülen yerlerde ücretli olarak çalışan işçilerin ücret gelirleri üzerinden hesaplanan gelir vergisinden öncelikle asgari geçim indirimi mahsubu yapılacak olup bu mahsup uygulandıktan sonraki tutar, ilgili yasalarda yer alan teşvik amaçlı indirim ve istisna uygulamasında dikkate alınacaktır.

c) İktisadi işletmeleri hariç, Türkiye Kızılay Derneği'ne makbuz karşılığı yapılan nakdi bağış ve yardımların tamamı yıllık beyanname üzerinde indirim konusu yapılabilecektir.

Gelir Vergisi Yasası'nın 89. maddesinin birinci fıkrasına eklenen 11. bent hükmü uyarınca 3.7.2009 tarihine kadar verilen yıllık gelir vergisi beyannamesi üzerinden Türkiye Kızılay Derneği'ne yapılan bağış ve yardımların beyan edilen gelirin %5'ine isabet eden kısmı indirim konusu yapılabilirken, bundan böyle tamamı beyan edilen gelirle sınırlı olmak koşuluyla yıllık beyanname üzerinde indirilebilecektir.

d) Tarım ürünlerinin lisanslı depoculuk işlemlerinde ürün senetlerinin elden çıkartılmasından sağlanan kazançlar 31.12.2014 tarihine kadar gelir ve kurumlar vergisinden istisna tutulacaktır.

Gelir Vergisi Yasası'na eklenen geçici 77. madde hükmü gereği olarak "Tarım Ürünleri Lisanslı Depoculuk" Yasası hükümleri uyarınca düzenlenen ürün senetlerinin elden çıkarılmasından doğan kazançlar, 31.12.2014 tarihi-

ne kadar gelir ve kurumlar vergisinden istisna edilmiş bulunmaktadır.

Diğer yandan istisna kapsamında olan bu kazançlar üzerinden aynı yasanın 94. maddesi kapsamında tevkifat (vergi kesintisi) yapılma-yacak, bu tür kazanç elde edenler elde ettikleri kazançları için yıllık beyanname vermeyecekler, diğer gelirleri için yıllık beyanname verenler de bu kazançlarını vermekte oldukları yıllık beyannameye dâhil etmeyeceklerdir.

2. Kurumlar Vergisi Yasası'nda Yapılan Değişiklikler

a) KOBİ birleşmelerine vergisel kolaylık sağlanmıştır.

Kurumlar Vergisi Yasası'na 5904 sayılı Yasanın 7. maddesi ile eklenen geçici 5. maddesi uyarınca "Küçük ve Orta Büyüklükteki" işletmelerin kısacası KOBİ'lerin 31.12.2009 tarihine kadar yapacakları birleşmeler vergisel açıdan özendirilmektedir.

Sözü edilen maddenin üçüncü fıkrası, söz konusu vergisel özendirme ilkesinden yararlanması öngörülen KOBİ'lerin tanımını yapmıştır. Buna göre KOBİ;

- Türk Ticaret Yasası hükümlerine göre kurulan,
- 2008 yılının Aralık ayına ilişkin olarak verilen sigorta bildirgesine göre 10 ila 250 kişi çalıştıran,
- 2008 yılı hesap döneminin sonu itibariyle yıllık net satışları toplamı 25 milyon TL'yi geçmeyen veya aktif toplamı 25 milyon TL'den az olan ticari işletmeleri ifade etmektedir.

Bu bağlamda 2008 yılının Aralık ayına ilişkin olarak verilen sigorta bildirgesine göre 10'dan az veya 250'den fazla işçi çalıştıran işletmeler KOBİ'lerin birleşmesinde uygulanması öngörülen vergisel özendirmeden yararlanamayacaktır.

Ayrıca bir işletme 250'den az işçi çalıştırmakla birlikte, 2008 hesap döneminin sonu itibariyle yıllık net satışları veya net aktif toplamı 25 milyon TL'den fazla ise KOBİ olarak değerlendirilmeyecektir.

01.01.2009 tarihinden sonra kurulan işletmeler uygulama açısından Kurumlar Vergisi Yasası'nın geçici 5. maddesi kapsamı dışında bırakılmıştır.

ri arasındaki kısa dönemde elde ettiği faaliyet kazancı indirimli kurumlar vergisine tabi tutulacaktır.

- Devir eden şirketi devralan (Z) Anonim Şirketi ise 1.1.2009 ila 31.12.2009 dönemi kurum kazancı da aynı şekilde indirimli kurumlar vergisi uygulamasından, buna ek olarak da 1.1.2010-31.12.2010 dönemi kurum kazancı ile 1.1.2011-31.12.2011 dönemi kurum kazancı da indirimli kurumlar vergisi uygulamasından yararlanacaktır.

Bu uygulamada birleşen kurumun, münfesihi kurumun tahakkuk etmiş ve edecek vergi borçlarını ödeyeceğini ve diğer ödevlerini yerine getireceğini, münfesihi kurumun, birleşmenin Ticaret Sicili Gazetesi'nde ilan edildiği tarihten itibaren otuz gün içinde birleşme nedeniyle vereceği kurumlar vergisi beyannamesine ekli bir taahhütnameyle taahhüt etmesi gerekmektedir.

Geçici 5. madde kapsamında KOBİ birleşmelerinde, birleşen kurumların birleşme tarihi itibarıyla öz sermaye tutarını geçmeyen zararları, Kurumlar Vergisi Yasası'nın 9. maddesinde belirlenmiş koşullar çerçevesinde kurumlar vergisi matrahının tespitinde indirim konusu yapılabilecektir.

Bilindiği üzere Kurumlar Vergisi Yasası'nın 9. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde sadece faaliyetten doğan zararların mahsubuna izin verilmektedir. Bu nedenle KOBİ birleşmelerinde münfesihi kurumda, birleşme işlemi nedeniyle zarar ortaya çıkması halinde, bu zararın birleşilen kurum tarafından mahsup edilmesi mümkün bulunmaktadır.

Bir başka anlatımla KOBİ birleşmelerinde;

- Birleşen ve birleşilen kurumların son beş yıla ilişkin kurumlar vergisi beyannamelerini yasal süresinde vermiş olmaları,

- Birleşen kurumun faaliyetine birleşmenin meydana geldiği hesap döneminden itibaren en az beş yıl süreyle devam edilmesi

koşuluyla birleşme nedeniyle infisah eden kurumların birleşme tarihi itibarıyla öz sermaye tutarını geçmeyen faaliyet zararları, birleşilen kurum tarafından kurumlar vergisi matrahının tespitinde indirim konusu yapılabilecektir.

Örneğin KOBİ niteliğindeki (A) Anonim Şirketinin yine KOBİ niteliğindeki (B) Anonim

Şirketine Kurumlar Vergisi Yasası'nın geçici 5. maddesi kapsamında devrolunması halinde, münfesihi konumuna gelen (A) Anonim Şirketinin (B) Anonim Şirketine devreden faaliyet zararları, bu şirketin birleşme tarihi itibarıyla tespit edilmiş öz sermayesini geçmemek koşulu ile (B) Anonim Şirketi tarafından Kurumlar Vergisi Yasası'nın 9. maddesinde yer alan "Zarar Mahsubu" ile ilgili koşullar çerçevesinde mahsup edilebilecektir.

KOBİ birleşmelerinde, birleşme nedeniyle infisah eden kurumdan devralınan amortisman tabi iktisadi kıymetler için Vergi Usul Yasası hükümleri uyarınca faydalı ömürleri dikkate alınarak münfesihi kurumdaki kayıtlı değerleri üzerinden kalan süre için amortisman ayrılacaktır.

Bu nedenle, amortisman tabi iktisadi kıymetler için birleşilen kurumda yapılacak amortisman uygulamalarında, bu kıymetlerin devir tarihindeki devir değerleri değil, münfesihi kurumdaki birikmiş amortismanlar dahil kayıtlı değerleri esas alınmış olmaktadır. Aynı şekilde bu kıymetlerin faydalı ömürlerinden, infisah eden kurumda amortisman tabi tutulan süreler düşülecek ve birleşilen kurumda kalan süre itibarıyla amortisman uygulaması yapılabilecektir.

b) Tasfiye sonucu tüzel kişiliği sona eren kurumların tasfiye öncesi ve tasfiye dönemine ilişkin olarak yapılacak tarhiyat ve kesilecek cezalarda tasfiye memurları ile kanuni temsilcilerin sorumluluğu artırılmıştır.

Kurumlar Vergisi Yasası'nın 17. maddesi "Tasfiye" başlığını taşımakta olup, söz konusu maddenin 7. fıkrasında "Tasfiye Memurlarının Sorumluluğu" belirlenmiştir. 5904 sayılı Yasa'nın 6. maddesi ile Kurumlar Vergisi Yasası'na eklenen 9. fıkra hükmü uyarınca "Tasfiye edilerek tüzel kişiliği ticaret sicilinden silinmiş olan mükelleflerin (kurumların) tasfiye öncesi ve tasfiye dönemlerine ilişkin olarak salınacak her türlü vergi tarhiyatı ve kesilecek cezalar, müteselsilen sorumlu olmak üzere; tasfiye öncesi dönemler için kanuni temsilcilerden, tasfiye dönemi için ise tasfiye memurlarından herhangi biri adına" yapılabilecektir.

Diğer yandan "Limited şirket ortakları, tasfiye öncesi dönemlerle ilgili olarak" bu kap-

samda doğacak amme alacaklarından şirkete koydukları sermaye hisseleri oranında sorumlu tutulacaktır.

Tasfiye memurlarının sorumluluğu, tasfiye sonucu dağıtılan tutarı aşamayacaktır.

c) İktisadi işletmeleri hariç, Türkiye Kızılay Derneğine makbuz karşılığı yapılan nakdi bağış ve yardımların tamamı yıllık beyanname üzerinde indirim konusu yapılabilecektir.

Kurumlar Vergisi Yasası'nın 10. maddesi uyarınca Kurumlar Vergisi mükellefleri, kurumlar vergisi matrahının tespitinde; kurumlar vergisi beyanname üzerinde ayrıca gösterilmek suretiyle kurum kazancından yasa maddesinde sayılmak suretiyle belirlenmiş bulunan indirimleri yapabilmektedir.

Sözü edilen maddenin (c) bendi uyarınca Kurumlar Vergisi mükellefleri "Genel ve özel bütçeli kamu idarelerine, il özel idarelerine, belediyelere ve köylere, Bakanlar Kurulu'nca vergi muafiyeti tanınan vakıflara ve kamu yararına çalışan dernekler ile bilimsel araştırma ve geliştirme faaliyetinde bulunan kurum ve kuruluşlara makbuz karşılığında yapılan bağış ve yardımların toplamının o yıla ait kurum kazancının %5'ine kadar kısmını kurumlar vergisi matrahından indirim konusu yapabilmektedir.

5904 sayılı Yasa'nın 3. maddesi ile Gelir Vergisi Yasası'nın 89. maddesinin birinci fıkrasına eklenen 11. bent ile gelir vergisi mükelleflerinin yıllık beyanname üzerinde beyan ettikleri gelirlerinden iktisadi işletmeleri hariç, Türkiye Kızılay Derneğine makbuz karşılığı yapılan bağış ve yardımların tamamının indirim konusu yapılabileceği kabul edilmiştir. Bu hükme paralel olarak 5904 sayılı Yasa'nın 5. maddesi ile Kurumlar Vergisi Yasası'nın 10. maddesinin birinci fıkrasına (f) bendi olarak "İktisadi işletmeleri hariç, Türkiye Kızılay Derneğine makbuz karşılığı yapılan nakdi bağış ve yardımların tamamının" indirim konusu yapılması ile ilgili hüküm eklenmiş bulunmaktadır.

Daha önce de belirttiğimiz üzere kurumların beyanname üzerinde yapacakları indirimlerin Kurumlar Vergisi Yasası'nın 10. maddesinde yer alan sıra çerçevesinde dikkate alınması gerekmektedir.

Ayrıca mevcut yasal düzenleme gereği Tür-

kiye Kızılay Derneği'nin iktisadi işletmelerine yapılan bağış ve yardımlar indirim konusu yapılamayacaktır.

Bu hüküm 03.07.2009 tarihinden itibaren geçerlidir.

III. DOLAYLI VERGİLERDE YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

1. Katma Değer Vergisi Yasası'nda Yapılan Değişiklikler

5904 sayılı Yasa'nın 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15 ve 16. maddeleri ile Katma Değer Vergisi Yasası'nın 1, 9, 10, 11, 12, 13, 14 ve 15. maddelerinde bazı değişiklik ve eklentiler yapılmış 16. maddesi ile Katma Değer Vergisi Yasası'na geçici 28. madde eklenmiştir.

Katma Değer Vergisi Yasası'nda yapılan bu değişikliklerin ayrıntıları aşağıda açıklanmıştır.

- Katma Değer Vergisi Yasası'nın birinci maddesinin birinci fıkrasının (3) numaralı bendinin (d) alt bendinde yapılan değişiklikle "Müzayede mahallerinde ve gümrük depolarında yapılan satışlar ile Tarım Ürünleri Lisanslı Depoculuk Kanunu'na göre düzenlenen ürün senetlerinin, senedin temsil ettiği ürünü depodan çekecek olanlara teslimi Katma Değer Vergisi'nin konusunu teşkil eden işlem olarak kabul edilmiş, bu hükümle 3 Temmuz 2009 tarihinden itibaren Tarım Ürünleri Lisanslı Depoculuk Kanunu'na göre düzenlenen ürün senetlerinin, senedin temsil ettiği ürünlerin depodan çekilişinde söz konusu malların depodan çekilene teslimi katma değer vergisi kapsamına alınmıştır.

- Katma Değer Vergisi Yasası'nın 9. maddesinin sonuna eklenen bir fıkra ile "Tarım Ürünleri Lisanslı Depoculuk Kanunu'na göre düzenlenen ürün senetlerinin, senedin temsil ettiği ürünü depodan çekecek olanlara teslimine ait katma değer vergisinin ödenmesinden lisanslı depo işleticilerinin" sorumlu olacağı hususu hüküm altına alınmıştır.

- Katma Değer Vergisi Yasası'nın 10. maddesinin birinci fıkrasına eklenen bent ile "Tarım Ürünleri Lisanslı Depoculuk Kanunu'na göre düzenlenen ürün senetlerinin depodan

çekilmesi hali Katma Değer Vergisi” uygulaması açısından vergiyi doğuran olay olarak tanımlanmıştır.

- Katma Değer Vergisi Yasası’nın 11. maddesi “İhracat İstisnası” ile ilgili düzenlemeleri içermektedir. Bu maddenin 11. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendine ikinci paragraftan sonra eklenen paragraf uyarınca bundan böyle “Sinema Filmlerinin Değerlendirilmesi ve Sınıflandırılması ile Desteklenmesi Hakkında Kanun” kapsamında Kültür ve Turizm Bakanlığı tarafından onaylanan sinematografik eserlere ilişkin yabancı yapımcılar tarafından satın alınacak, Vergi Usul Yasası’nın 232. maddesinde yer alan ve ilgili yılda uygulanmakta olan haddin üzerindeki mal ve hizmetler nedeniyle ödenen katma değer vergisi yapımcılara iade edilecektir. Bu bağlamda Vergi Usul Yasası’nın 232. maddesinde 2009 yılı için belirlenen miktar 670 TL. olup bu miktar her yıl yeniden değerlendirilme oranında artırılmaktadır.

- Katma Değer Vergisi Yasası’nın “Araçlar, Petrol Aramaları ve Teşvik Belgeli Yatırımlarda İstisna” uygulaması ile ilgili 13. maddesine eklenen iki bent ile;

- Özel Tüketim Vergisi Yasası’na ekli (II) sayılı listede yer alan motorlu taşıtların Başbakanlık Merkez Teşkilatına teslimi,

- Tarım Ürünleri Lisanslı Depoculuk Yasası’na göre düzenlenen ürün senetlerinin, ürün ihtisas borsaları ile Sanayi ve Ticaret Bakanlığı’ndan ürün senedi alım-satımı konusunda izin alan ticaret borsaları aracılığıyla ilk teslimi,

istisna kapsamına alınmıştır.

- Katma Değer Vergisi Yasası’nın 17. maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendinde yapılan değişiklikle özel okullarca bedelsiz verilen eğitim, öğretim hizmetlerini de ilgili dönemdeki kapasitelerinin yüzde 10’unu, Yüksek Öğrenim Öğrenci Yurtları ve Aşevleri Hakkındaki Kanuna Ek Kanun ile Milli Eğitim Bakanlığı’nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun hükümlerine göre kurulan öğrenci yurtları tarafından bedelsiz verilen yurt hizmetlerinde ilgili dönemlerdeki kapasitelerinin yüzde 10’unu geçmemek koşuluyla yapılan hizmetlerin katma değer vergisinden bağımsız olması öngörülmüştür.

Diğer yandan sözü edilen maddenin dör-

düncü fıkrasının (k) bendinde yer alan “ile konut kooperatiflerinin üyelerine konut teslimleri” ibaresi madde metninden çıkartılmıştır. Bu hükmün yasa maddesinden çıkartılması ile birlikte konut yapı kooperatiflerinin ortaklarına yapacakları konut teslimleri 3 Temmuz 2009 tarihinden geçerli olarak katma değer vergisine tabi olacaktır. Ancak 3 Temmuz 2009 tarihinden önce bina inşaat ruhsatı almış olan konut yapı kooperatiflerinin ortaklarına yapacakları teslimler vergiye tabi olmayacaktır (Katma Değer Vergisi Yasası Geçici madde 28).

- Katma Değer Vergisi Yasası’nın 15. maddesi ile Katma Değer Vergisi’nin “Özel matrah şekilleri” başlıklı 23. maddesinin (d) bendinde yapılan değişiklikle “Gümrük depolarında ve müzayede mahallerinde yapılan satışlarda kesin satış bedeli ile Tarım Ürünleri Lisanslı Depoculuk Kanunu kapsamında düzenlenen ürün senetlerinin, senedin temsil ettiği ürünü depodan çekecek olanlara tesliminde, en son işlem gördüğü borsada oluşan değeri” özel matrah olarak kabul edilecektir.

2. Özel Tüketim Vergisi Yasası’nda Yapılan Değişiklikler

Özel Tüketim Vergisi Yasası’nın 7. maddesinin (3) numaralı fıkrasında 5904 sayılı Yasa’nın 18. maddesi ile yapılan değişiklik uyarınca (II) sayılı listede yer alan kayıt ve tescile tabi olan ve olmayan motorlu taşıtlar ve diğer taşıtların Başbakanlık Merkez Teşkilatı tarafından ilk edinimleri 3 Temmuz 2009 tarihinden itibaren Özel Tüketim Vergisi’ne tabi tutulmayacaktır.

Ayrıca 5904 sayılı Yasa’nın 19. maddesiyle Özel Tüketim Vergisi Yasası’na eklenen geçici 6. madde hükmü gereği olarak Yasaya ekli (IV) sayılı listede yer alan 8517.12.00.00.11 G.T.İ.P numaralı “Alıcısı bulunan verici portatif (cellular) telsiz telefon cihazlarının ithalinde veya yurt içinde üreticileri tarafından tesliminde (IV) sayılı listede karşısında gösterilen orana göre hesaplanan verginin, bu malların her bir adedi için 40 Türk Lirasından az olması halinde, orana göre hesaplanan vergi yerine her bir adet için 40 Türk Lirası vergi alınacaktır. Yasal düzenleme gereği Bakanlar Kurulu bu tutarı sifıra kadar indirmeye, üç katına kadar artırmaya yetkilidir.

Bu uygulama 31.12.2013 tarihine kadar geçerli olacaktır.

3. Damga Vergisi Yasası'nda Yapılan Değişiklik

Damga Vergisi Yasası'nın 1. maddesinde yer alan tanımlamaya göre "yazılıp imzalanmak veya imza yerine geçer bir işaret konmak suretiyle düzenlenen ve herhangi bir hususu ispat veya belli etmek için ibraz edilecek olan belgeler ile elektronik imza kullanılmak suretiyle manyetik ortamda ve elektronik veri şeklinde oluşturulan belgeler" damga vergisine tabidir.

Damga Vergisi Yasası'nın (1) sayılı tablosunda vergiye tabi kağıtlar, (2) sayılı tablosunda ise Damga Verisi'nden istisna edilen kağıtlar yer almaktadır.

5904 sayılı Yasa'nın 20. maddesi ile Damga Vergisi Yasası'nın (2) sayılı tablosunun "İT-ticari ve medeni işlerle ilgili kağıtlar" başlıklı bölümüne eklenen fıkra ile "Tarım Ürünleri Lisanslı Depoculuk Kanunu çerçevesinde, mudi ile lisanslı depo işletmesi arasında düzenlenen mukavelenameler ve ürün senedi"nin damga vergisine tabi tutulmaması öngörülmüştür.

Ürün senedinin tanımı Tarım Ürünleri Lisanslı Depoculuk Yasası'nın 3. maddesinde yapılmıştır. Söz konusu tanımlamaya göre "Ürün senedi; ürünlerin mülkiyetini temsil ve rehni temin eden, lisanslı depo işleticisine nama veya emre düzenlenmiş, teminat olarak verilebilen, ciro edilebilen veya edilemeyen ve Yasada öngörülemeyen durumlarda Türk Ticaret Yasası'nda düzenlenen makbuz senedi hükümlerine tabi olan kıymetli evrak"tır.

Depolama hizmetleri ise lisanslı olarak yapılabilmektedir.

4. Gider Vergileri Yasası'nda Yapılan Değişiklikler

Gider Vergileri Yasası'nın 39. maddesi "Özel İletişim Vergisi ile ilgili düzenlemeleri içermektedir. Söz konusu maddede yapılan değişiklikler" Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumuyla görev veya imtiyaz sözleşmesi imzalamak suretiyle veya 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu uyarınca ve bu Kuruma bildirim yapıl-

ması veya bu Kurumca kullanım hakkı verilmesi yoluyla yetkilendirilen veya yetkilendirilmiş sayılan işletmelerin vermiş oldukları hizmetler daha önce olduğu gibi özel iletişim vergisine tabidir. Yasa metninde yer alan "telekomünikasyon" ibaresi "elektronik haberleşme", "Telekomünikasyon işletmecilerinin; imtiyaz veya görev sözleşmeleri, ruhsatlar veya genel izin uyarınca" ibaresi "ilgili mevzuatına göre yetkilendirilen elektronik haberleşme işletmelerinin" şeklinde değiştirilmiştir.

5. Veraset ve İntikal Vergisi Yasası'nda Yapılan Değişiklik

5904 sayılı Yasa'nın 31. maddesi ile Veraset ve İntikal Vergisi Yasası'nın 4, 7, 9, 16 ve 19. maddelerinde yapılan değişikliklerle 5602 sayılı Yasada tanımı yapılan şans oyunlarından kazanılan ikramiyelerin, ikramiyeyi kazananlara ödenmesi sırasında Veraset ve İntikal Vergisi tevkifatına tabi tutulması gerekmektedir.

IV. AMME ALACAKLARININ TAHSİLİ USULÜ HAKKINDAKİ YASADA YAPILAN DEĞİŞİKLİK

Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun'un 77. maddesi menkul malların haczi ile ilgilidir. Bu maddeye eklenen fıkra uyarınca "Resmi sicile kayıtlı olan menkul malların haczi, sicillerine işlenmek üzere sicil tutulduğu daireye tebliğ edilmek suretiyle yapılabilmektedir. Tahsil daireleri tarafından düzenlenen haciz bildirimleri, alacaklı tahsil dairesince veya alacaklı amme idaresi vasıtasıyla posta yerine elektronik ortamda tebliğ edilebilecektir. Bu tebligata elektronik ortamda yanıt verilmesi mümkündür. Yasal düzenleme gereği "Elektronik ortamda yapılacak tebliğ ve bu tebliğlere verilecek yanıtların elektronik ortamda verilebilmesine ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisi" Maliye Bakanlığı'na aittir.

Bu hükme paralel olarak aynı Yasa'nın 88. maddesinin birinci fıkrası uyarınca da "Tahsil dairelerince düzenlenen haciz bildirimleri, alacaklı tahsil dairelerince ya da alacaklı amme idaresi vasıtasıyla, posta yerine elektronik ortamda tebliğ edilebilecek ve bu tebligatla-

ra elektronik ortamda cevap verilebilecektir. Konuya ilişkin elektronik ortamda yapılacak tebliğe ve yanıtların elektronik ortamda verilebilmesine yönelik usul ve esasları belirleme yetkisi de Maliye Bakanına ait bulunmaktadır.

V. VERGİ USUL YASASI'NDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

Vergi Usul Yasası'nın mükerrer 355. maddesi;

- Bilgi vermekten çekinenler,
- Defter ve belgelerle diğer kayıtların ibraz zorunluluğuna uygun davranmayanlar,
- Mükelleflerin aynı Yasa'nın 257. maddesi ile kendilerine verilen vergi inceleme ve kontrolleri ile gayrimenkullerin rayiç bedelinin tespiti sırasında görevlilere bilgi verme, işyerinde çalışma olanağı sağlama, işyerini veyahutta diğer tespiti yapılacak yeri gezdirme ve bilgilendirme görevlerini yerine getirmeyenler,
- Defter tutma, belge kullanımı zorunluluğu ile ödemelerin kanıtlanması, defter ve belgelerin elektronik ortamda kayıt altına alınması, elektronik ortamda beyan ve bildirimde bulunma konularında ve vergi levhası kullandırılması konusunda Maliye Bakanlığı'nın yetkisi dahilinde yapılan düzenlemelere uygun davranılmaması halinde uygulanacak özel usulsüzlük cezalarını belirlemektedir.

Bu hükmün uygulanması için bilgi ve ibraz ödevlerinin yerine getirilmesiyle ilgili olarak yapılacak tebliğlerde bilginin verilmesi için tayin olunan sürede cevap verilmemesi, eksik veya yanıltıcı bilgi verilmesi veya defter ve belge ibrazı için tayin olunan süre ile defter ve belgelerin ibraz edilmemesi durumunda haklarında ceza hükümlerinin uygulanması cihetine gidileceğinin ilgililere yazılı olarak bildirilmesi gerekmektedir.

Ancak yapılan düzenleme gereği olarak bu ödevlerin yerine getirilmesine ilişkin usul ve esasların Maliye Bakanlığı'nca yapılan düzenleyici idari işlemlerle duyurulması halinde, ilgililere ayrıca, bundan böyle yazılı olarak bildirilme şartı aranmayacaktır.

Diğer yandan ayrıca yapılan yeni düzenleme ile 1.8.2009 tarihinden geçerli olmak üzere "Elektronik ortamda verilme zorunluluğu getirilen bildirim veya formlara ilişkin olarak süre-

sinden sonra düzeltme amacıyla verilen bildirim ve formların, belirlenen sürelerin sonundan itibaren 10 gün içinde verilmesi halinde özel usulsüzlük cezası "kesilmeyecek" "takip eden 15 gün içinde verilmesi halinde ise kesilmesi gereken özel usulsüzlük cezası 1/2 oranında uygulanacaktır."

Ayrıca elektronik ortamda beyanname ile bildirim ve form verme mecburiyetine uymayanlara bu maddeye göre ceza kesilmesi halinde kendilerine ayrıca I ve II. derecede usulsüzlük cezası kesilmeyecektir.

VI. VERGİ CEZA HUKUKUNDA YAPILAN DEĞİŞİKLİK

5904 sayılı Yasa'nın 23. maddesi ile Vergi Usul Yasası'nın 359. maddesinin (a) fıkrasında yer alan "bir yıldan" ibaresi "onsekiz aydan" şeklinde değiştirilmiştir.

Yapılan bu değişiklik uyarınca vergi yasalarına göre tutulan veya düzenlenen ve saklanma ve ibraz mecburiyeti bulunan;

- Defter ve kayıtlarda hesap ve muhasebe hileleri yapanlar, gerçek olmayan veya kayda konu işlemlerle ilgisi bulunmayan kişiler adına hesap açanlar veya defterlere kaydı gereken hesap ve işlemleri vergi matrahının azalması sonucunu doğuracak şekilde tamamen veya kısmen başka defter, belge veya diğer kayıt ortamlarına kaydederler,

- Defter, kayıt ve belgeleri tahrif edenler veya gizleyenler veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleyenler veya bu belgeleri kullananlar,

3.7.2009 tarihinden sonra işleyecekleri bu fiiller için onsekiz aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılabilirlerdir. Bu bağlamda varlığı noter tasdik kayıtları veya sair suretlerle sabit olduğu halde, inceleme sırasında vergi incelemesine yetkili kimselere defter ve belgelerin ibraz edilememesi, bu hükmün uygulanmasında gizleme olarak kabul edilmektedir. Ayrıca yasal düzenleme gereği gerçek bir muamele veya duruma dayanmakla birlikte bu muamele veya durumu mahiyet veya miktar itibariyle gerçeğe aykırı şekilde yansıtan belge ise, muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge olarak kabul edilmektedir.

İşe Başlatmama Tazminatının Gelir Vergisi Karşısındaki Durumu

5904 sayılı “Gelir Vergisi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” 3 Temmuz 2009 tarih ve 27277 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. Söz konusu Kanun’la getirilen düzenlemelerden bir tanesi de Gelir Vergisi Kanunu’nun 25. maddesinde 4857 sayılı İş Kanunu’nun ilgili maddesi uyarınca işverenlerce işçilere ödenen işe başlatmama tazminatı ile ilgili olarak yapılan ve 3 Temmuz 2009 tarihinde yürürlüğe giren düzenlemedir. Yapılan değişiklikle Gelir Vergisi Kanunu’nun 25/1. maddesinde yer alan “ve işsizlik sebepleriyle verilen tazminat” ibaresi “ve işsizlik sebepleriyle (işe başlatmama tazminatı dahil) verilen tazminat” şeklinde değiştirilmiştir. Getirilen bu parantez içi hüküm sonucunda “işe başlatmama tazminatı” 3 Temmuz 2009 tarihinden itibaren Gelir Vergisi’nden müstesna tutulmuştur. Maliye Bakanlığı’nca verilen görüşler doğrultusunda işe başlatmama tazminatının ücret olarak gelir vergisine tabi tutulmasına rağmen, yargı organlarının bu tür ödemelerin ücret niteliğinde olmadığı yönünde vermiş olduğu kararlar söz konusu değişikliğin yapılmasındaki temel sebep olmuştur. İstisna kapsamına giren meblağ, iş sözleşmesinin feshinin geçersizliğine karar veren mahkeme veya özel

hakemin kararında belirlediği işçinin işe başlatılmaması nedeniyle ödenecek tazminat miktarı ile sınırlı olacaktır.

İş Kanunu düzenlemeleri kapsamında, işveren tarafından geçerli bir sebep gösterilmemesi veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verilmesi durumunda, işveren işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. Aksi halde işçiyi en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur. Mahkeme veya özel hakem feshin geçersizliğine karar verdiğinde ödenecek tazminat miktarını da belirler. İşçi işe başlatılırsa, peşin olarak ödenen bildirim süresine ait ücret ile kıdem tazminatı yapılacak ödemeden mahsup edilir. İşe başlatılmayan işçiyi bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu süreler için ücret tutarı ayrıca ödenir. İşçi kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorunda olup, bulunmadığında işverence yapılmış olan fesih geçerli sayılacaktır.

Konuyla ilgili olarak daha önce Maliye Bakanlığı tarafından 2005 senesinde verilen muk-

tezalarda, iş akdi fesh edilenlerin bu işleme karşı açtıkları işe iade davalarını kazandıkları halde işe başlatılmamaları nedeniyle yargı kararları doğrultusunda yapılan ödemelerin Gelir Vergisi Kanunu'nun 25/1. maddesi kapsamında değerlendirilemeyeceği belirtilerek, söz konusu ödemelerin ücret kabul edilmesi ve aynı Kanun'un 61, 94, 103 ve 104. maddelerine göre vergilendirilmesi, ayrıca yapılan ödemelerden damga vergisi kesintisi yapılması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

Bununla birlikte Danıştay 3. Dairesi'nin 2007 senesine ait üç adet kanun yararına bozma kararında¹ "Gelir Vergisi Kanunu'nun 61. maddesinde ücret ve ücret sayılan ödemelerin ortak özelliğinin, bu ödemelerin çalışanın işverene bağlılığı ve hizmet karşılığı sağlanan ve para ile temsil edilen yahut edilebilen ödemeler olduğu, çalışana işe iade etmeyerek çalışma ilişkisini sona erdiren işveren tarafından yargı kararında öngörüldüğü için ödenen tazminatın, ücret sayılan ödemelerin ortak özelliklerini taşımadığından, bu ödemelerden Gelir Vergisi Kanunu'nun 61 ve 94. maddesinin birinci fıkrasına bağlı (1) işaretli bent uyarınca vergi kesintisi yapılmasına olanak bulunmadığı" sonucuna varılmıştır. Bu durumda idare ve yargı arasında farklı bir yaklaşım ortaya çıkmıştır. Bu durumu sona erdirmek 5904 sayılı Kanun ile mümkün olabilmektedir.

Bunun yanında 5904 sayılı Kanun ile Gelir Vergisi Kanunu'na eklenen geçici 77. madde ile de 3 Temmuz 2009 tarihinden önceki dönemlerle ilgili olarak işçiye ödenen "işe başlatmama tazminatları" damga vergisi hariç hiçbir vergiye tabi tutulmayacaktır. Bu çerçevede daha önce gelir vergisi kesintisine tabi tutularak ödenen "işe başlatmama tazminatları" ile ilgili olarak mükelleflerin, tarha yetkili vergi dairelerine başvurmaları ve dava açmamaları, açılmış davalardan vazgeçmeleri şartıyla Vergi Usul Kanunu'nun düzeltme hükümleri uyarınca tahsil edilen Gelir Vergisi'nin red ve iade işlemleri yapılacaktır. Maliye Bakanlığı Kanun tarafından kendisine verilen yetki çerçevesinde yayınladığı 272 sayılı Gelir Vergisi Genel Tebliği'ni yayımlamıştır².

272 sayılı Genel Tebliğ ile işe iade tazminatı

üzerinden kesilen gelir vergisinin geri alınabilmesi için:

1. Kesilen gelir vergisini dava konusu yapmayan mükelleflerin,

2. Kesilen gelir vergisiyle ilgili olarak 3 Temmuz 2009 tarihi itibarıyla mahkemelerde ihtilafı devam eden mükelleflerin davalarından feragat etmeleri ve buna ilişkin ilgili mahkemeden feragat ettiklerini gösterir şerhli dilekçe örneğini veya bu belge temin edilemediği takdirde mahkemenin feragat nedeniyle davanın reddine dair vereceği karar örneğini tarha yetkili vergi dairesine ibraz etmeleri kaydıyla,

3. Kesilen gelir vergisi nedeniyle dava açan ve aleyhine kesinleşmiş yargı kararı bulunan mükelleflerin,

tarha yetkili vergi dairesine dilekçe ile başvurmaları halinde, tahsil edilen gelir vergisinin Vergi Usul Kanunu'nun düzeltmeye ilişkin hükümleri de dikkate alınarak red ve iade işlemleri yapılabilecektir. Bu çerçevede iade işlemleri sırasında, Gelir Vergisi Kanunu'nun mükerrer 121. maddesine göre işe başlatmama tazminatı tutarlarıyla ilgili vergi indirim uygulamasından faydalananlardan bu indirim tutarlarının mahsup edilmesi gerekmektedir. Mükellefler dilekçe ile birlikte çalıştıkları işyerinden alacakları ilgili dönemlere ait vergi tevkifatı tutarlarına ilişkin bilgileri gösteren belgeyi ibraz etmelidirler.

İdare ve yargının farklı sonuçlara vardığı bu tür uyuşmazlıklarda mükelleflerin problemlerini çözebilecek yaklaşımlar getirilmesi gerekmektedir. Burada yayımlanan 5904 sayılı Kanun'la durum çözüme kavuşmasına rağmen, vergi konusunda halen birçok konu farklı yorumlanmakta, mükellefler sürekli dava yoluna gitmek zorunda kalmaktadırlar. Söz konusu problemlerin idare tarafından dikkate alınarak bir an önce çözümlenmesi gerekmektedir.

DİPNOTLAR

1 RG: 15 Haziran 2007 tarih ve 26553.

2 RG: 12 Ağustos 2009 tarih ve 27317.

Hakan ARSLAN

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Müfettişi

Doğrudan Yabancı Yatırımlarda İstihdam Edilen Yabancıların Çalışma İzinleri Rejimi

Yabancıların çalışma izinleri rejimi, yabancıların çalışma hak ve özgürlüklerinin nasıl ve hangi usuller çerçevesinde kullanılabileceğini gösterir ve bu yönüyle, 1982 Anayasası ile güvence altına alınan çalışma hak ve özgürlüğünün yaşama geçirilmesinde önemli bir araçtır. Yabancıların Türkiye'deki çalışma izinleri rejiminin temelini, 2003 yılı içinde yürürlüğe konulan 4817 sayılı "Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun" ve bu Kanuna dayanılarak hazırlanan "Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanunun Uygulama Yönetmeliği"¹ ile "Doğrudan Yabancı Yatırımlarda Yabancı Uyruklu Personel İstihdamı Hakkında Yönetmelik" oluşturmaktadır. Bu çalışmamız kapsamında, gerek 4817 sayılı Kanun gerekse söz konusu Yönetmelikler çerçevesinde doğrudan yabancı yatırımlarda istihdam edilen yabancıların Türkiye'deki çalışma izinleri rejimi ele alınacaktır.

1982 Anayasası'nın çalışma ve sözleşme hürriyetine ilişkin 48. maddesine göre, Türkiye'de çalışabilme yönünden Türk vatandaşları ile yabancılar arasında herhangi bir ayırım yapılmamıştır. 1982 Anayasası'na göre çalışma özgürlüğü, kural olarak, vatandaş-yabancı ayrımı yapılmaksızın "herkese" tanınmış olmakla

birlikte, Anayasa'nın 16. maddesi uyarınca, bu hak ve özgürlüğün, uluslararası hukuka uygun olarak yabancılar açısından kanunla sınırlandırılabilmesi de mümkündür. Yabancıların çalışma hürriyetine ilişkin olarak kanunla getirilen sınırlamaların başında, 1932 tarihli 2007 sayılı "Türkiye'de Türk Vatandaşlarına Tahsis Edilen Sanat ve Hizmetler Hakkında Kanun" olagelmıştır. Her ne kadar, söz konusu kanuni düzenleme 4817 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmışsa da Türk vatandaşlarına özgülenen iş ve meslekleri yabancılara yasaklayan yirmiye yakın kanun halen yürürlükte bulunmaktadır².

4817 sayılı Kanun, kendisinden önceki dönemde 71 Kanun ve 10 KHK'de düzenlenmiş olan yabancıların çalışma izinleri rejimini tek bir çatı altında toplayarak, bu konudaki başlıca yetkili kurumun Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı (ÇSGB) olmasını hedeflemişse de mevcut yetkileri çerçevesinde bazı kurumlar, ÇSGB'ye bilgi vermek koşuluyla yabancılara çalışma izni vermeye devam etmektedir. Örneğin, 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanunu'nun 34. maddesi uyarınca, yükseköğretim kurumlarında sözleşme ile görevlendirilecek yabancı uyruklu öğretim elemanları, İçişleri Bakanlığının olumlu görüş bildirmesi halinde Yüksek Öğ-

retim Kurumu (YÖK) tarafından verilecek izin üzerine ülkemizde çalışabilmektedirler.

4817 sayılı Kanuna göre, Türkiye'nin taraf olduğu ikili ya da çok taraflı sözleşmelerde aksi öngörülmedikçe, Türkiye'de bağımlı veya bağımsız olarak çalışmaya başlamadan önce yabancıların, kural olarak, çalışma izni almaları gerekmektedir. Türkiye'de çalışacak yabancılara çalışma izni verilmesi, izinlerin sınırlandırılması ve iptali, çalışma izninden muaf tutulacak yabancılar ile ilgililerin bildirim yükümlülüklerinin nasıl yerine getirileceğine ilişkin düzenlemeler asıl olarak Uygulama Yönetmeliği ile belirlenmiştir. Bununla birlikte, 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu hükümleri kapsamında yer alan özellik arz eden doğrudan yabancı yatırımlar ile irtibat bürolarında istihdam edilecek kilit personel konumundaki yabancılar için yapılacak çalışma izni başvuruları, "Doğrudan Yabancı Yatırımlarda Yabancı Uyruklu Personel İstihdamı Hakkında Yönetmelik" hükümleri çerçevesinde değerlendirilmektedir. Ancak, özellik arz eden doğrudan yabancı yatırımlarda istihdam edilecek kilit personel dışında kalan yabancı uyruklu personel ile özellik arz eden doğrudan yabancı yatırımların dışında kalan doğrudan yabancı yatırımlarda istihdam edilecek yabancı uyruklu her türlü personele verilecek çalışma izinlerinin Uygulama Yönetmeliği kapsamında değerlendirilmekte olduğunu da belirtelim.

Görüleceği üzere, "Doğrudan Yabancı Yatırımlarda Yabancı Uyruklu Personel İstihdamı Hakkında Yönetmelik" hükümlerine başvurulabilmesi açısından özellik arz eden doğrudan yabancı yatırım ve kilit personel kavramları ön plana çıkmaktadır. Bu çerçevede, söz konusu kavramlara açıklık getirilecek olursa; "özellik arz eden doğrudan yabancı yatırımlar", 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu kapsamına giren ve aşağıdaki şartların en az birini sağlayan şirket veya şubeyi ifade etmektedir:

- Yabancı ortakların toplam sermaye payının 2009 yılı için en az 812.277 TL olması kaydıyla, şirket veya şubenin son yıl cirosunun 2009 yılı için en az 61.040.000 TL olması,
- Yabancı ortakların toplam sermaye payı-

nın 2009 yılı için en az 812.277 TL olması kaydıyla, şirket veya şubenin son yıl ihracatının en az 1 milyon ABD Doları olması,

- Yabancı ortakların toplam sermaye payının 2009 yılı için en az 812.277 TL olması kaydıyla, şirket veya şubede son yıl içinde Sosyal Güvenlik Kurumu'na kayıtlı en az 250 personelin istihdam edilmesi,
- Şirket veya şubenin yatırımda bulunacak olması halinde, öngörülen asgari sabit yatırım tutarının 2009 yılı için en az 20.400.000 TL olması,
- Ana şirketin merkezinin bulunduğu ülke dışında en az bir ülkede daha doğrudan yabancı yatırımı bulunması.

"Doğrudan Yabancı Yatırımlarda Yabancı Uyruklu Personel İstihdamı Hakkında Yönetmelik" in 17'nci maddesi uyarınca, yukarıda yer verilen tutarların her yıl Maliye Bakanlığı'nca belirlenen yeniden değerlendirilmesinde arttırılmakta olduğunu da belirtelim.

Diğer yandan, 4875 sayılı Kanun kapsamında faaliyet gösteren irtibat bürolarında istihdam edilecek kilit personelin Yönetmelik hükümlerinden yararlanabilmesi için de irtibat bürosunun, büro faaliyetleri için son yıl içinde yurt dışından en az 200.000 ABD Doları veya karşılığı döviz getirmiş olması şartı aranmaktadır.

Bu noktada, özellik arz eden doğrudan yabancı yatırımlar kapsamında istihdam edilecek yabancı personelden kimlerin "kilit personel" olarak kabul edileceği sorusunun yanıtlanması önem kazanmaktadır. "Doğrudan Yabancı Yatırımlarda Yabancı Uyruklu Personel İstihdamı Hakkında Yönetmelik" e göre kilit personel, Türkiye'de kurulu bulunan ve tüzel kişiliğe sahip bir şirketin,

- üst yönetiminde ya da yürütme pozisyonunda çalışma,
- tamamını veya bir bölümünü yönetme,
- denetçilerinin, idari veya teknik personelinin işlerini denetleme veya kontrol etme,
- yeni personel alımı ya da mevcut personelin işine son verme veya bu konularda teklif yapma,

alanlarından en az birinde görev alan veya bu konularda yetki sahibi; şirket ortağı, yönetim kurulu başkanı, yönetim kurulu üyesi,

genel müdür, genel müdür yardımcısı, şirket müdürü, şirket müdür yardımcısı ve benzeri mevkilerde görev yapan kişiler ile şirketin hizmetleri, araştırma cihazları, teknikleri ya da yönetimi için temel sayılan bilgiye sahip kişileri ve irtibat bürolarında istihdam edilecek personel için de yurt dışındaki ana şirket tarafından adına yetki belgesi düzenlenen en fazla bir kişiyi ifade etmektedir.

Özellik arz eden doğrudan yabancı yatırımlarda mesleki eğitim alanı dışında bir görevde istihdam edilecek yabancı uyruklu kilit personel için, ilgili mercilerden mesleki yeterlilik konusunda görüş alınmadığı gibi kilit personel, Uygulama Yönetmeliğinde öngörülen mesleki yeterlilik istem ve yeterlilik prosedürleri ile lisans istem ve prosedürlerine de tabi olmamaktadır. Ayrıca, kilit personel statüsündeki yabancılar için, 4817 sayılı Kanununun 14'üncü maddesinin (b) bendinde öngörülen ve yabancıların başvuru bulduğu iş için ülke içinde, dört haftalık süre içerisinde o işi yapacak aynı niteliğe sahip kişinin bulunmaması gerektiğine ilişkin sınırlama hükmü de dikkate alınmamaktadır.

Genel anlamda yabancıların Türkiye'de çalışmalarına ilişkin izinlerinin dört grupta toplandığı görülmektedir. Bunlar: süreli çalışma izni, süresiz çalışma izni, bağımsız çalışma izni ve istisnai hallerde verilecek çalışma iznidir.

Süreli çalışma izni, Türkiye'nin taraf olduğu ikili ya da çok tarafı sözleşmelerde aksi öngörülmedikçe, iş piyasasındaki durum, çalışma hayatındaki gelişmeler ve istihdama ilişkin sektörel ve ekonomik konjonktür değişiklikleri dikkate alınarak, yabancıların ikamet izninin süresi ile hizmet akdinin veya işin süresine göre, belirli bir işyeri veya işletmede ve belirli bir meslekte çalışmak üzere en çok 1 yıl geçerli olmak üzere verilen çalışma iznidir. Bir yıllık kanuni çalışma süresinden sonra, aynı işyeri veya işletme ve aynı meslekte çalışmak üzere çalışma izninin süresi 3 yıla kadar uzatılabilmektedir. Üç yıllık kanuni çalışma süresinin sonunda da aynı meslekte ve dilediği işverenin yanında çalışmak üzere, çalışma izninin süresi 6 yıla kadar uzatılabilmektedir.

Süresiz çalışma izni, Türkiye'nin taraf olduğu ikili ya da çok tarafı sözleşmelerde aksi öngö-

Yabancıların Türkiye'de çalışmalarına ilişkin izinler dört grupta toplanmaktadır. Bunlar: süreli çalışma izni, süresiz çalışma izni, bağımsız çalışma izni ve istisnai hallerde verilecek çalışma iznidir.

rülmedikçe, Türkiye'de en az 8 yıl kanuni ve kesintisiz ikamet eden veya toplam 6 yıllık kanuni çalışması olan yabancılarla, iş piyasasındaki durum ve çalışma hayatındaki gelişmeler dikkate alınmaksızın ve belirli bir işletme, meslek, mülk veya coğrafi alanla sınırlandırılmaksızın verilebilen çalışma iznidir. Ancak, unutulmamalıdır ki, çeşitli yasal düzenlemelerle Türk vatandaşlarına özgülenen mesleklerin icra edilebilmesine veya mesleki yeterliliğe ilişkin sınırlandırmalar, 2527 sayılı Kanun çerçevesinde kendilerine çalışma izni verilen Türk soylu yabancılar hariç, süreli çalışma iznine sahip yabancılar gibi süresiz çalışma iznine sahip yabancılar açısından da geçerliliğini koruyacaktır.

Bağımsız çalışma izni, Türkiye'de en az 5 yıl kanuni ve kesintisiz olarak ikamet etmiş olan ve Türkiye'de çalışmaları, ekonomik kalkınma açısından katma değer yaratacak ve istihdam üzerinde olumlu etki yapacak olan bağımsız çalışacak yabancılarla ÇSGB tarafından verilebilen çalışma iznidir. Bağımsız çalışma izni verilmesi uygun bulunan yabancıya, işyerini kurması ve faaliyete sokabilmesi için gerekli işlemleri tamamlayabilmesi için geçecek olan zaman diliminde, geçici nitelikte "Bağımsız Çalışma İzni Müracaat Belgesi" verilmektedir. Bağımsız çalışma izni müracaat belgesi, verildiği tarihten itibaren 3 ay süreyle geçerli olup, işyerinin kurulması ve ticaret sicil kaydının yapılması üzerine yabancıya bağımsız çalışma izni verilebilmektedir.

İstisnai hallerde verilecek çalışma izni ise, Türkiye'nin taraf olduğu ikili veya çok tarafı sözleşmelerde aksi öngörülmedikçe; ulusal mevzuata aykırı davranmamak ve mesleki hizmetlere ilişkin mevzuata uymak kaydıyla, statüleri Uygulama Yönetmeliği'nde belirtilen

yabancılara, çalışma izinleri istisnai olarak verilebilmektedir.

Bununla birlikte, ilgili düzenlemeler uyarınca, yabancıların ülkemizde yasal olarak çalışabilmesi için ÇSGB'ce düzenlenen çalışma izni belgesi tek başına yeterli olmamakta ve çalışma iznine ilave olarak yabancıların Türkiye'nin yurtdışı temsilciliklerinden alacağı "çalışma vizesi" ve emniyet makamlarından alacağı "çalışma amaçlı ikamet tezkeresi" de aranmaktadır. Diğer taraftan, çalışma amaçlı ikamet tezkeresinin verilebilmesi için de, kural olarak, yabancıların çalışma vizesi alarak ülkeye giriş yapmış olması ve geçerli bir çalışma iznine sahip olması gerekmektedir. Bununla birlikte, daha önce de belirtildiği üzere, Türkiye'de öğrenim amacıyla verilen ikamet izinleri hariç olmak üzere, herhangi bir sebebe istinaden en az altı ay süreli ikamet izni almış olup da bu izin süresi içerisinde yurtiçinden yaptıkları başvurulara istinaden çalışma izni verilmiş yabancılar açısından, Türkiye'nin dış temsilcilikleri kanalı ile çalışma vizesi alınması koşulu, kural olarak, aranmaktadır. Ancak, insan ticaretine konu olan veya olabilecek alanlarda çalışacak yabancılar için her defasında dış temsilciliklerimizden çalışma vizesi alınması koşulu arandığı gibi çalışma izninin verilme tarihi itibarıyla ikamet tezkerelerinin süresinin sona ermesi durumunda da Türkiye'nin dış temsilcilikleri kanalı ile çalışma vizesi alınması gerekmektedir.

4817 sayılı Kanun ve ilgili Yönetmelikler uyarınca yabancıların yapacakları çalışma izni başvurularının, kural olarak, yurt dışından yapılması esası benimsenmiştir. İlgili düzenlemeler uyarınca Türkiye dışında ikamet eden yabancılar, çalışma izni başvurularını uyuğunda buldukları veya daimi ikamet ettikleri ülkelerdeki Türkiye Cumhuriyeti dış temsilcilikleri aracılığıyla yapabilmektedirler. Ancak yabancıların, yurtdışından yapacağı başvuruyu uyuğunda bulunduğu ülkedeki dış temsilciliğimiz aracılığıyla değil de daimi ikamet etmekte olduğu üçüncü bir ülkedeki temsilciliğimiz aracılığıyla yapması durumunda, söz konusu ülkede daimi ikamet ettiğini gösterir belgenin de Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı (ÇSGB)'na sunulacak başvuru evrakına eklenmesi gerekmektedir.

Diğer yandan, yurt dışından yapılan çalışma izni başvurularına ilişkin olarak, başvuru sırasında istenilen belgelerin, yabancıların Türkiye Cumhuriyeti dış temsilciliğine başvurduğu tarihten itibaren en geç 3 işgünü içerisinde, yabancıların işverenince ÇSGB'ye teslim edilmesi gerekmekte olup bu süre aşıldığı takdirde, yapılan çalışma izni başvuruları değerlendirmeye alınmamakta ve yabancıların yeniden bir başvuruda bulunması gerekmektedir.

Yurt dışından yapılacak çalışma izni başvuruları ile ilgili işlemler, Türkiye Cumhuriyeti dış temsilcilikleri ile ÇSGB arasında elektronik posta yolu ile yürütülmekte ve yapılan çalışma izni başvurularına ilişkin olarak İçişleri Bakanlığının da görüşüne başvurulmaktadır. En geç 20 gün içerisinde ÇSGB'ye iletilmesi gereken İçişleri Bakanlığı görüşü için geçecek söz konusu bu süre, yurtdışından yapılan çalışma izni başvuruları yönünden de minimum sonuçlanma süresini ifade etmektedir. Bununla birlikte, "Doğrudan Yabancı Yatırımlarda Yabancı Uyraklı Personel İstihdamı Hakkında Yönetmelik" kapsamındaki çalışma izni ve çalışma vizesi başvurularında bu süre 10 gün olarak uygulanmaktadır. Ancak, 4817 sayılı Kanuna göre, yurtdışından yapılan başvuru sonucunda çalışma izni belgesi alması uygun bulunan yabancıların, bu belgeyi aldıkları tarihten itibaren en geç 90 gün içinde ülkeye giriş vizesi talebinde bulunmaları; ayrıca, çalışma amaçlı ikamet izni almak için de ülkeye giriş yaptıkları tarihten itibaren en geç 30 gün içinde emniyet makamlarına başvurmaları zorunludur.

Yabancıların çalışma izni başvurularına ilişkin olarak kural, başvuruların yurt dışından yapılması ise de en az altı ay süreli ikamet izni almış ve izin süresi sona ermemiş olan yabancılar veya bunların işverenleri, başvurularını yurt içinden ve doğrudan ÇSGB'ye yapabilmektedirler. Bununla birlikte, turistik vize ya da çalışma amacı dışındaki vizelerle veya iki ülke arasındaki vize muafiyeti programı ve diğer vize kolaylıklarından yararlanarak Türkiye'ye gelmiş olan ve ikamet izni olmayan yabancıların yurt içinden yapacakları çalışma izni başvuruları kabul edilmemektedir. Türkiye'de öğrenim amacıyla verilen ikamet izinleri hariç

olmak üzere, herhangi bir sebebe istinaden en az altı ay süreli ikamet izni almış olup da bu izin süresi içerisinde çalışma izni verilmiş yabancılardan (insan ticaretine konu olan veya olabilecek alanlarda çalışacak yabancılar hariç), Türkiye'nin dış temsilcilikleri kanalı ile çalışma vizesi almaları koşulu da aranmamaktadır. Ancak, çalışma izninin verilme tarihi itibarıyla ikamet tezkerelerinin süresinin sona ermesi durumunda, Türkiye'nin dış temsilcilikleri kanalı ile çalışma vizesi alınması gerektiğini tekrarlamak yerinde olacaktır.

Özellik arz eden doğrudan yabancı yatırımlarda istihdam edilecek kilit personel dışında kalan yabancı uyruklu personel ile özellik arz eden doğrudan yabancı yatırımların dışında kalan doğrudan yabancı yatırımlarda istihdam edilecek yabancı uyruklu her türlü personele ilişkin olarak yapılacak çalışma izni başvuruları, başvuru formu ile Uygulama Yönetmeliği ekinde belirtilen belgelerle yapılmaktadır. Özellik arz eden doğrudan yabancı yatırımlarda istihdam edilecek kilit personel statüsündeki yabancıların çalışma izinleri için yapılacak başvurularda aranan belgeleri ise iki grupta toplamak mümkündür: şirketin veya şubenin "özellik arz eden doğrudan yabancı yatırım" olduğuna ilişkin belgeler, yabancı personelin kilit personel olduğuna ilişkin belgeler.

a) Şirket veya şubenin "özellik arz eden doğrudan yabancı yatırım" olduğuna ilişkin bilgi ve belgeler:

- Yabancı ortakların toplam sermaye payının 2009 yılı için en az 812.277 TL olduğuna ilişkin belgeler (Defter kaydının şirket onaylı sureti, şirket onaylı bilançosu, Türkiye Ticaret Sicil Gazetesi fotokopisi gibi belgeler),
- Şirket veya şubenin yaptığı son yıl ihracat tutarının en az 1 milyon ABD Doları olduğuna ilişkin belgeler (İhracat bedeline ilişkin banka dekontu, banka yazısı, döviz alım belgesi fotokopisi, şirket onaylı gelir tablosu gibi belgeler),
- Şirket veya şubenin son yıl cirosunun 2009 yılı için en az 61.040.000 TL olduğuna ilişkin belgeler (Şirket onaylı gelir tablosu gibi belgeler),
- Şirket veya şubede son yıl içinde Sosyal

Güvenlik Kurumu'na kayıtlı en az 250 personelin istihdam edilmesi durumunda, bu durumu belgeleyen Sosyal Güvenlik Kurumu bordrosu gibi belgeler,

- Şirket veya şubenin yatırımında bulunacak olması halinde, öngörülen asgari sabit yatırım tutarının 2009 yılı için en az 20.400.000 TL olduğunu belgeleyen Yatırım Teşvik Belgesi, Turizm Teşvik Belgesi gibi belgeler,

- Ana şirketin, merkezinin bulunduğu ülke dışında en az bir ülkede daha doğrudan yabancı yatırımı bulunduğunu gösteren Faaliyet Belgesi veya Faaliyet Raporu veya ilgili ülke resmi makamlarından alınacak yazı ile istihdam edilecek kilit personelin yurt dışındaki ana şirket tarafından görevlendirildiğine ilişkin görevlendirme yazısı.

b) Yabancı personelin kilit personel olduğuna ilişkin bilgi ve belgeler:

- "Doğrudan Yabancı Yatırımlarda Yabancı Uyruklu Personel İstihdamı Hakkında Yönetmelik" in kilit personelin tanımının yapıldığı 4'üncü maddenin (a) bendinde yer alanlar için imza sirküleri fotokopisi, Türkiye Ticaret Sicil Gazetesi fotokopisi, yönetim kurulu veya ortaklar kurulu kararı fotokopisi gibi belgeler,

- "Doğrudan Yabancı Yatırımlarda Yabancı Uyruklu Personel İstihdamı Hakkında Yönetmelik" in kilit personelin tanımının yapıldığı 4. maddenin (b) bendinde yer alanlar için bonservis ve tercümesi, diploma sureti ve tercümesi ile bu kapsamdaki personelin istihdam edileceği alana yönelik diğer belge ve bilgiler ve tercümesi (Örneğin ihracat elemanları için ülkeler bazında ihracatı gösteren ilgili bankaca onaylı banka dekontu, banka yazısı, döviz alım belgesi fotokopisi, şirket onaylı gelir tablosu gibi belgeler),

- İrtibat bürosu faaliyetleri için, son yıl içinde yurt dışından en az 200.000 ABD Doları veya karşılığı döviz getirilmiş olduğuna ilişkin belgeler (Büro yetkilisi için yetki belgesi ve döviz transferi ile ilgili banka dekontu, banka yazısı, döviz alım belgesi fotokopisi gibi belgeler),

- Her biri eksiksiz ve okunaklı biçimde doldurulmuş, işveren kaşesi ve yabancı personelin orijinal imzasını ve yabancı personelin vesika-

lık fotoğrafını içeren dört adet, Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanununun Uygulama Yönetmeliği ekinde yer alan Yabancı Personel Bildirim Formu,

- Yabancı Personel Bildirim Formunda işveren ve yabancı personelin her ikisinin de orijinal imzasının olmadığı durumlarda taraflar arasında yapılmış bireysel akit sözleşmesi veya işverence yapılan iş teklifinin işçi tarafından kabul edildiğine dair işe kabul belgesi veya onaylı sureti,

- Yabancı personelin ilgili Türk Konsoloslüğundan veya noterden onaylı ve geçerlilik süresi dolmamış pasaport sureti ve tercümesi,

- Yabancı personelin Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanununun Uygulama Yönetmeliği ekinde yer alan “özgeçmiş formatı”na uygun olarak doldurulacak özgeçmiş formu,

- İşveren tarafından hazırlanacak çalışma izni talep dilekçesi.

Gerek yurt içinden gerekse yurt dışından yapılacak çalışma izni başvurularının ÇSGB tarafından cevaplandırılması bakımından mevzuatta, kural olarak, 90 günlük süre öngörülmüştür. Ancak, çalışma izin başvurularının ÇSGB’ce cevaplandırılmasına ilişkin olarak 4817 sayılı Kanunun 12’nci maddesinde öngörülen 90 günlük süre, gerekli evrakın tam ve eksiksiz olarak Bakanlığa ulaştırıldığı tarih itibariyle başlatılmaktadır. Bu nedenle, mevzuatta öngörülen belgelerin tam ve eksiksiz olarak sunulması, izin başvurusunun en kısa sürede sonuçlandırılabilmesi açısından önem taşımaktadır.

Bununla birlikte, özellik arz eden doğrudan yabancı yatırımlar ile irtibat bürolarında istihdam edilecek kilit personel için yapılan çalışma izni ve süre uzatımı başvuruları, belgelerin tam ve eksiksiz olması kaydıyla, Bakanlığa müracaat tarihinden itibaren en geç 15 gün içinde sonuçlandırılır. Ancak, “Doğrudan Yabancı Yatırımlarda Yabancı Uyruklu Personel İstihdamı Hakkında Yönetmelik” hükümleri kapsamında olmakla birlikte, mesleki eğitim alanında istihdam edilecek yabancı uyruklu kilit personel için yapılan başvurularda, ilgili mercilerden görüş alınması zorunluluğu nedeniyle, söz konusu 15 günlük değerlendirme süresine ilişkin hüküm uygulanmamaktadır. Başvurunun eksik evrak ile yapıldığının tespiti halinde, eksik ev-

rakların tamamlanması istemiyle Bakanlık tarafından başvuru sahibine bilgi verilmekte olup bu durumda, 15 günlük değerlendirme süresi eksik evrakların Bakanlığa intikal ettiği tarih itibariyle başlatılmaktadır. Ayrıca, yurt dışından yapılan müracaatlarda, söz konusu 15 günlük süre, tüm belgelerin Bakanlığa ulaştığı tarihten itibaren başlamaktadır.

Diğer yandan, çalışma izinlerinin uzatılmasına ilişkin başvurular, kural olarak, ilk defa yapılan çalışma izni başvuruları ile aynı esaslara tabidir. Uygulama Yönetmeliği kapsamında yapılacak uzatma başvuruları Yönetmeliğin 5. maddesinde açıklanan esaslara göre; başvuru formu ve Uygulama Yönetmeliği ekinde belirtilen belgelere, önceki çalışma izin belgesinin aslının da eklenmesi suretiyle yapılırken; özellik arz eden doğrudan yabancı yatırımlar ile irtibat bürolarında istihdam edilecek kilit personel konumundaki yabancılar için yapılacak uzatma başvuruları, “Doğrudan Yabancı Yatırımlarda Yabancı Uyruklu Personel İstihdamı Hakkında Yönetmelik”in 11. maddesinde öngörülen belgelere önceki çalışma izin belgesinin aslının eklenmesi suretiyle, yabancı veya işvereni tarafından doğrudan ÇSGB’ye yapılır.

Süresi sona ermiş bir çalışma izninin uzatılması için, kural olarak, sürenin bitiminden itibaren en geç 15 gün içinde uzatma başvurusunda bulunulması gerekir. Bununla birlikte, çalışma izninin son bulacağı tarihten geriye doğru en fazla 2 aylık süre içinde, izin süresi sona ermeden de uzatma başvurusunda bulunulabilmektedir. Süresi sona ermiş bir çalışma izninin uzatılması için sürenin bitiminden itibaren öngörülen 15 günlük süre geçirildikten sonra yapılan uzatma başvuruları, ilk defa yapılan başvurulara uygulanan esaslara tabidir. Öyle ki, mesleki hizmetler kapsamında yapılan çalışma izni başvuruları açısından ilgili mercilerden görüş istenmekteyken, yabancıların alacağı görev içeriğinin değişmemesi koşuluyla, çalışma izninin uzatılmasına ilişkin başvurular için ilgili mercilerin görüşü aranmamaktadır.

Çalışma izninin uzatılmasına ilişkin başvurularda dikkate alınan hususlardan biri de kanuni çalışma süresinin tespiti amacıyla, yabancıların

yaptıkları sosyal güvenlik prim ödemeleridir. Uzatma başvurularının değerlendirilmesi aşamasında, önceki çalışma iznine istinaden ülkemizde çalışmaya başlayan yabancıların, çalışma izni aldığı döneme ait sosyal güvenlik primlerinin, başvuru formunda belirtilen ücret tutarından az olmamak üzere eksiksiz ödenmiş olması gerekmektedir.

Çalışma izni uzatma başvurusunda bulunan yabancılar, başvurusunun sonuçlanmasına kadar geçen zaman diliminde, alacağı görevin içeriği değişmemek kaydıyla aynı işyeri ve meslekteki çalışmalarını sürdürebilirler. Ancak, bu yabancıların işyerinde fiilen çalıştıkları sürede geçerli olmak üzere, uzatma başvurusunda bulduklarına ilişkin olarak ÇSGB tarafından verilecek bir belge taşıyacakları ve bu belgenin, veriliş tarihinden itibaren 90 gün sonra geçerliğini yitireceği 4817 sayılı Kanunla hüküm altına alınmıştır. Yabancıların bu belgeyi taşıdığı süre içerisindeki çalışması, doğuracağı sonuçlar bakımından kanuni çalışma olarak kabul edilir ve bu süre içerisinde yabancıların, ilgili mercilerin ve işverenin kanuni yükümlülükleri devam eder.

Yabancıların çalışma izni almak üzere veya daha önce almış oldukları çalışma izinlerini uzatmak üzere yaptıkları başvurular;

- İş piyasasındaki durum, çalışma hayatındaki gelişmeler ve istihdama ilişkin sektörel ve ekonomik konjonktür değişikliklerinin çalışma izni verilmesine elverişli olmaması,

- Başvurulan iş için ülke içinde, dört haftalık süre içerisinde o işi yapacak aynı niteliğe sahip kişinin bulunması,

- Yabancıların geçerli bir ikamet izninin bulunmaması,

- Bir işyeri, işletme veya meslek için izin talebi reddedilen yabancıların aynı işyeri, işletme veya aynı meslek için izin talebinin reddedildiği tarihten itibaren 1 yıl geçmeden yeniden izin talebinde bulunması,

- Yabancıların çalışmasının millî güvenlik, kamu düzeni, genel asayiş, kamu yararı, genel ahlâk ve genel sağlık için tehdit oluşturması,

hallerinde reddedilmektedir. Bununla birlikte, özellik arz eden doğrudan yabancı yatırımlar ile irtibat bürolarında istihdam edilecek kilit personel statüsündeki yabancılar için, 4817

sayılı Kanununun 14. maddesinin (b) bendinde öngörülen ve yabancıların başvuruda bulunduğu iş için ülke içinde, dört haftalık süre içerisinde o işi yapacak aynı niteliğe sahip kişinin bulunmaması gerektiğine ilişkin sınırlama hükümünün uygulanmadığını tekrarlamakta yarar bulunmaktadır.

Bu hükümlere ek olarak, diğer kanunlarda yer alan ve yabancıların çalışmayacağı iş ve mesleklere ilişkin düzenlemeler ile ulusal ve uluslararası mevzuata aykırı davranıldığına tespiti halinde çalışma izni veya çalışma izninin uzatılması istemi reddedilmektedir. Ayrıca, yabancıların;

- Çalışma izinlerinin iş piyasasındaki durum, çalışma hayatındaki gelişmeler ve istihdama ilişkin sektörel ve ekonomik konjonktür koşullarının gerekli kıldığı hallerde, belirli bir süre için tarım, sanayi veya hizmet sektörleri, belirli bir meslek, işkolu veya mülkî ve coğrafi alan itibarıyla sınırlandırılabilmesine ilişkin kanuni düzenlemeye,

- Türkiye'deki ulusal mevzuata,

- İlgili mercilerin mevzuat ve düzenlemelerine aykırı olarak çalışması ya da 4817 sayılı Kanununun 14. maddesinde öngörülen hallerden birinin varlığı halinde de uzatma başvuruları reddedilmektedir.

Diğer yandan çalışma izni, geçerlilik süresinin sona ermesi dışında; yabancıların ikamet tezkeresinin herhangi bir nedenle geçersiz hale gelmesi ya da geçerlilik süresinin uzatılmaması, pasaportunun veya pasaport yerine geçen belgesinin geçerlilik süresinin uzatılmaması (İçişleri veya Dışişleri Bakanlıkları'nın uygun görüşlerinin bulunması hali hariç) ve son olarak, mücbir sebepler dışında aralıksız olarak 6 aydan fazla süreyle yurtdışında kalması hallerinde de geçerliliğini kaybetmektedir.

DİPNOTLAR

1 Bundan böyle Uygulama Yönetmeliği olarak ifade edilecektir.

2 Örneğin; 6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun ilgili maddeleri uyarınca Türkiye'de eczacılık veya avukatlık mesleğini icra edebilmek için Türk vatandaşı olma koşulu aranmaktadır.

Nağme N. HOZAR, LL.M.

MESS Müşavir Avukatı

İşverenin Çalışma Belgesi Düzenleme Yükümlülüğü

DÜSSELDORF EYALET İŞ MAHKEMESİ¹

Karar Tarihi : 03.05.2005
Sayısı : Sa 359/05

ÖZÜ

İşveren'in, vermiş olduğu çalışma belgesinde işçi hakkında bir hazırlık soruşturmasının yürütüldüğünü belirtebilmesi mümkün değildir. İşveren çalışma belgesinde sadece gerçeği yansıtan bilgilere yer vermek ile yükümlüdür. Çalışma belgesinde salt gerçeği kanıtlanmış olan olaylara yer verilebileceğinden, işçi aleyhine yürütülmekte olan bir hazırlık soruşturmasına yer verilemez.

OLAY

Davalı, davacının yanında Avukat asistanı olarak istihdam edilmiştir. Davalı, davacının hizmet akdini Hukuk Bürosundan bazı eşyaları çaldığı gerekçesi ile derhal

feshetmiştir. Davalı, davacı hakkında ayrıca hırsızlık gerekçesi ile ceza davası açmış ve kendisine vermiş olduğu çalışma belgesinde, davacı hakkında bir hazırlık soruşturmasının yürütüldüğü ibaresine yer vermiştir. Davacı, davalıdan çalışma belgesinde yer verilen bu ibarenin mesleki ilerlemesini engelleyeceği gerekçesi ile silmesini talep etmiştir. Davalı ise bunun üzerine çalışma belgesinde sadece gerçeklere yer vermesinin mümkün olduğu gerekçesi ile davacının talebini kabul etmemiştir. Davacının davasının kabulüne karar verilmiştir.

GEREKÇE

Davalı hazırlık soruşturması ile ilgili ibarelerini çalışma belgesinden silmek zorundadır. İşverenler çalışma belgesinde sadece gerçeği yansıtan ifadelerle yer vermek ile yükümlüdürler, ancak bu gerçeklerin kesin olması zorunluluğu vardır ki, yürütülen hazırlık soruşturmaları bu kapsama girmemektedir. İşçi bu olayda da

suçu işlediği şüphesi altında bulunmaktadır ve bu suçu işlediği henüz kanıtlanmamıştır. Davacının suçu işlediği gerekçesi ile hüküm giymesi halinde ise, işveren çalışma belgesinde bu yönde bir ibareye yer vermek ya da vermemek konusunda serbesttir.

NÜRNBERG EYALET İŞ MAHKEMESİ²

Karar Tarihi : 29.07.2005
Sayısı : 4 Ta 153/05

ÖZÜ

Eğer çalışma belgesinde yer alan metnin içeriği işveren tarafından aslında kabul görmediği intibasını uyandıran bir biçimde alışagelmışin dışında imzalanmış ise, imza geçerli değildir. Bu durum örneğin işverenin çalışma belgesini belirli bir içeriğe göre düzenlemesi gerektiğine ilişkin olarak hüküm giymiş olması halinde geçerlilik kazanmaktadır.

OLAY

Davacı, davalının yanında çalışmıştır. İş ilişkisinin sona ermesinden sonra davalı bir çalışma belgesi düzenlemiş, ancak bu belge, davacının iddiasına göre usulüne uygun olarak düzenlenmemiştir. Bu nedenle davacı, çalışma belgesinin içeriğinin değiştirilmesi yönünde dava açmış ve bu dava mahkemece kabul görmüştür.

Bunun üzerine davalı yeni bir çalışma belgesi düzenleyerek davacıya vermiştir. Ancak çalışma belgesinin içeriği mahkemenin vermiş olduğu karara göre düzenlenmiş olmak ile birlikte bu belge işveren tarafından bir çocuğun imzasını andıran bir imza ile imzalanmıştır. Davacı bu imzayı kabul etmeyerek davalıdan normalde kullanmakta olduğu imzasını içeren yeni bir belgenin düzenlenmesini yönündeki

talebi ile işvereni dava etmiştir. Davacının bu talebi de mahkemece kabul görmüştür.

Davalı bu talebin üzerine yeni bir çalışma belgesi düzenleyerek –normalde kullanmakta olduğu imzasının dışında– 14,5 cm genişliğinde ve 10 cm uzunluğunda zikzaklar içeren bir şekil ile imzalamıştır. Davacının üçüncü defa açmış olduğu dava da mahkemece kabul edilmiştir.

GEREKÇE

Davalı, davacıya normalde kullandığı imzasını içeren bir çalışma belgesini düzenleyip vermek ile yükümlüdür. Son olarak düzenlenmiş olan belge usulüne uygun olarak düzenlenip imzalanmamıştır.

İmzanın ne şekilde düzenlenmesi gerektiğine ilişkin hususlar doğrudan kullanılacağı yer ile yakından ilişkindir. Yazılı olarak verilen çalışma kartı işçilere yeni bir iş ararken yardımcı olmak amacıyla verilmektedir. Ancak bu amacın yerine gelebilmesi için çalışma belgesini okuyan kişide belgenin içeriği ile imzalayan kişinin görüşleri arasında bir çelişkinin bulunduğu görüşünü yaratmaması gerekmektedir. Ancak çalışma belgesinin okunaksız ve tamamen alışa gelmişin dışında bir boyutta imzalanması halinde belgede yer verilenler ile belgeyi düzenleyen arasında bir uyumsuzluğun olduğunu göstermektedir.

Davalının çalışma belgesinde kullanmış olduğu belge çok açık bir şekilde normalde kullanmakta olduğu imzası ile farklılaşmakta ve bu nedenle bu belgeyi okuyan kişide de içeriği esasen kabul etmediği intibasını uyandırabilmektedir. Salt bu yönde dahi gizli bir uyarının işveren tarafından çalışma belgesi yoluyla başka işverenlere verilmek istenmesini kabul edebilmek mümkün değildir.

1. KARARA KONU OLAN OLAYLAR

Düsseldorf Eyalet İş Mahkemesi'nin 03.05.2005 tarih ve Sa 359/05 sayılı Kararı'na konu olan olayda; davalı işverenin yanında avukat asistanı olarak çalışan davacının, iş sözleşmesi, çalıştığı hukuk bürosundan bazı eşyaları çaldığı gerekçesi ile davalı işveren tarafından derhal feshedilmiş ve davalı, davacı hakkında hırsızlık gerekçesi ile ceza davası açmıştır. İşveren tarafından davacıya verilen çalışma belgesinde de konuyla ilgili olarak bir hazırlık soruşturmasının yürütüldüğü belirtilmiştir. Davacının bu ibarenin çalışma belgesinden silinmesi talebini, davalı işveren çalışma belgesinde sadece gerçeklere yer vermesinin mümkün olduğunu belirterek reddetmiştir. Yapılan yargılama sonunda mahkeme, işverenlerin, çalışma belgesinde gerçeği yansıtan ifadelerle yer vermekle yükümlü olduğu, ne var ki bu olayda işçinin, suçu işlediği şüphesi bulunduğu, hakkında hazırlık soruşturmasının yürütüldüğü ve henüz söz konusu suçu işlediğinin kanıtlanmadığına işaret etmiştir. Mahkeme, ayrıca şayet davacı, bu suçtan hüküm giyse dahi, işverenin çalışma belgesinde bu yönde bir ibareye yer vermek ya da vermemek konusunda serbest olduğunu, bu nedenle davalı işverenin çalışma belgesinde yer alan hazırlık soruşturması ile ilgili ibareleri silmek zorunda olduğuna hükmetmiştir.

Nürnberg Eyalet İş Mahkemesi'nin 29.07.2005 tarih ve 4 Ta 153/05 sayılı Kararı'nda ise; iş ilişkisinin sona ermesinden sonra davalı işverence davacıya verilen çalışma belgesi usulüne uygun olarak düzenlenmemiş, çalışma belgesinin usulüne uygun düzenlenmesi yönünde dava açan çalışanın iddiası, mahkemece kabul görmüş ve davalı işverence, mahkeme kararına uygun belge hazırlanmakla birlikte bu sefer de işveren, belgeyi, bir çocuğun imzasını andıran bir imza ile imzalanmıştır. Davacı bu imzayı kabul etmeyerek davalıdan normalde kullanmakta olduğu imzasını içeren yeni bir belgenin düzenlenmesi için tekrar dava açmış ve mahkemece kabul edilen dava sonucunda, davalı yeni bir çalışma belgesi düzenlemiş ancak, bu sefer de belgeyi, normalde kullanmakta olduğu imzasının dışında imzalamıştır. Davacının üçüncü defa açmış olduğu dava da mahkemece kabul edilmiştir.

Mahkeme, çalışma belgesinin işçilere yeni bir iş ararken yardımcı olmak amacıyla verildiği, çalışma belgesini okuyan kişide belgenin içeriği ile imzalayan kişinin görüşleri arasında bir çelişkinin bulunduğu görüşünü yaratmaması gerektiği, ne var ki davalının çalışma belgesinde kullanmış olduğu imzanın çok açık bir şekilde normalde kullanmakta olduğu imzası ile farklılaştığından bu belgeyi okuyan kişide düzenleyenin, içeriği esasen kabul etmediği intibasını uyandırdığı, salt bu yönde dahi gizli bir uyarının işveren tarafından çalışma belgesi yoluyla başka işverenlere verilmek istenmesinin kabul edilemeyeceğine hükmetmiştir.

İncelememizde, Türk hukukunda çalışma belgesi kavramı, çalışma belgesinin türleri, çalışma belgesi verme yükümlüğünün ne zaman doğacağı, çalışma belgesi verilmesinin işçinin talebine bağlı olup olmadığı, çalışma belgesi talebinin tabi olduğu zamanaşımı süresi, çalışma belgesinde yer alması gerekli unsurlar, çalışma belgesi verme yükümlülüğüne aykırılık halinde tazminat ve yükümlüğe aykırı davranan işveren veya işveren vekili hakkında uygulanacak idari para cezası konuları incelendikten sonra Federal Alman Mahkeme Kararlarının değerlendirilmesi yapılacaktır.

2. TÜRK HUKUKUNDA ÇALIŞMA BELGESİ VERME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

2.1. Çalışma Belgesi Kavramı

Çalışma belgesi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 28. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre;

“Çalışma belgesi

MADDE 28.- İşten ayrılan işçiye, işveren tarafından işinin çeşidinin ne olduğunu ve süresini gösteren bir belge verilir.

Belgenin vaktinde verilmemesinden veya belgede doğru olmayan bilgiler bulunmasından zarar gören işçi veyahut işçiyi işine alan yeni işveren eski işverenden tazminat isteyebilir.

Bu belgeler her türlü resim ve harçtan muaftır.”

İş sözleşmesinin sona ermesiyle tarafların iş sözleşmesine dayanan bütün hak ve borçları sona ermektedir. Sözleşmenin sona ermesi iş

sözleşmesinden doğan hak ve borçları sona erdirirken, işveren açısından sona erme, bazı hukuki sonuçları da beraberinde getirir. Bu hukuki sonuçlardan biri de, işveren tarafından işinin çeşidinin ne olduğu ve süresini gösteren bir çalışma belgesinin hazırlanarak işçiye verilmesidir.

Bilindiği üzere çalışma belgesi, 1475 sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesinde hüküm altına alınmıştı. 4857 sayılı Kanun'daki düzenlemenin, mülga Kanun'un 20. maddesinin sadeleştirilmiş şekli olduğu söylenebilir. Zira, söz konusu hüküm, 1475 sayılı İş Kanunu'nda çok ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiş ve buna göre belgedeki imzanın işçi eğer isterse muhtar ya da mülki amirce onaylanması ve işveren, işçinin istediği belgeyi vermemekte direnirse veyahut belgeye işçi için doğru olmayan yazılar yazarsa, işçinin yahut yeni işine girdiği işverenin isteği üzerine, o yerdeki muhtar veya mülki amir tarafından yapılacak inceleme sonucunu gösteren bir

verilebilmesi imkanının sağlanması gerektiğini düşünmektedir.⁴ Mollamahmutoglu da, Türkiye koşulları dikkate alındığında Çalışma ve Sosyal Güvenlik Müdürlüklerine bu konuda yetki verilmesinin uygun olacağı görüşündedir.⁵

2.2. Çalışma Belgesinin Türleri

Çalışma belgesi, iki farklı şekilde düzenlenebilmektedir. Bunlardan birincisi, sadece işin türünü ve süresini gösterebilir ve buna "alelede çalışma belgesi" denir. İş Kanunu'nda sadece alelede çalışma belgesi olarak nitelendirilen belge düzenlenmiştir. İkincisi ise "tam çalışma belgesi (bonservis)"dir. Öğretide "nitelikli belge" olarak da adlandırılmaktadır. Buna göre; tam çalışma belgesinde, işin türü ve süresi dışında işçinin işi ve davranışları hakkında işverenin görüşleri de belirtilir. Bu nitelikteki belge, İş Kanunu'nda değil, Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiştir.⁶ Borçlar Kanunu'nun konuya ilişkin düzenleme içeren 335. maddesi; "İşçi

Borçlar Kanunu ile İş Kanunu arasında çalışma belgesinin düzenlenişi bakımından farklılıklar göze çarpmaktadır.

belgenin, işçiye veya yeni işverene verileceği hüküm altına alınmıştı. 4857 sayılı Kanun'un gerekçesinde, çalışma belgesine ilişkin eski metnin, belgedeki imzanın muhtar veya mülki amir tarafından onaylanması, belirli durumlarda belgenin muhtar veya mülki amir tarafından doğrudan düzenlenmesi gibi bürokratik ve ayrıca da uygulama olanağı fazla olmayan düzenlemeler içerdiği, bu nedenle gereksiz bu hükümlerin madde metninden çıkarıldığı ifade edilmektedir.³

Çil'e göre; işverenin vereceği çalışma belgesinin muhtar veya mülki amir tarafından onaylanması son derece gereksiz olup, yeni düzenlemede yer almaması isabetli olmakla birlikte işçinin bir anlamda emeğinin belgesi olan çalışma belgesine bir şekilde kavuşabilmesi imkanı sağlanmalıydı. Çil, özellikle işçinin bu konuda bölge çalışma müdürlüklerine başvuru yolunun açılması ve konunun uzmanı iş müfettişlerince incelemeler sonucu işçiye çalışma belgesi

yalnız hizmetinin nevini ve müddetini havi bir şahadatname vermesini, iş sahibinden isteyebilir. İşçi sarahaten talep ettiği takdirde şahadetname, hal ve hareketini sa'yinin keyfiyetini de ihtiva etmek lâzımdır." hükmünü içermektedir. Buna göre; Borçlar Kanunu'na tabi çalışan bir kişi, işverenden, görmüş olduğu işin türü ve süresini içeren bir belge isteyebilmekle birlikte, ayrıca açıkça talep ettiği takdirde bu belge, işverenin işçinin davranışları hakkında görüşlerini de içerebilecektir.

Görüldüğü üzere, Borçlar Kanunu ile İş Kanunu arasında konunun düzenlenişi bakımından farklılıklar göze çarpmaktadır. Söz konusu farklılıklara, incelememizin ilerleyen bölümlerinde işaret edilecektir.

Çenberci'ye göre; iki Kanun arasında böyle farklı düzenlemeye gitmeyi haklı gösterecek doyurucu ve inandırıcı bir sebep bulunmamaktadır.⁷

Akyiğit'e göre; İş Kanunu'nda sadece alelede

çalışma belgesine yer verilmiş olmasından, bu Kanun kapsamında nitelikli çalışma belgesine yer olmadığı sonucu çıkarılamaz. Nitekim, işveren işçiyi gözetme borcu temeline dayanan ve sözleşme sonrasına etkili koruma/destek sağlama yükümünün bir görünüm biçimi niteliği taşıyan çalışma belgesi verme yükümlülüğünün, İş Kanunu çerçevesinde nitelikli çalışma belgesine de imkan verdiği kabul edilmelidir.⁸

Ancak kanaatimizce, Borçlar Kanunu çerçevesinde işçinin isteği halinde nitelikli çalışma belgesi verilmesi işveren yönünden bir zorunluluk olsa da İş Kanunu çerçevesinde işverenin böyle bir mecburiyeti olduğu ileri sürülemezdir. Ne var ki, işçinin isteği halinde İş Kanunu kapsamında bir işçiye işverence bu nitelikte bir belge verilmesine engel bir durum da söz konusu değildir.

2.3. Çalışma Belgesi Verme Yükümlülüğü Ne Zaman Ortaya Çıkar?

Kanun maddesinde “işten ayrılan işçiye..” ifadesinden ilk başta, çalışma belgesinin, sanki işçi, iş sözleşmesini feshettiğinde ya da taraflar aralarında anlaşarak iş sözleşmesini sona erdirdiğinde verileceği gibi bir anlam çıkarılabilir. Ne var ki Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 4.3.1957 tarih, 77 Esas ve 1322 sayılı Kararı'na göre⁹; “İşçiye bonservis verilmesi, sadece onun belli bir işte çalışmış olduğunu tespit gayesiyle ve BK.'nun 355'nci maddesi hükmüne uygun olarak yapılan bir muamele olup iş akdinin şu veya bu şekilde sona erdiğinin tespiti hedef tutmadığından ve iş akdi ne şekilde sona ererse ersin böyle bir vesikayı işçi işverenden isteyebileceğinden bonservisin, akdin tarafların rızalarıyla bozulduğuna delil sayılması kanuna aykırıdır.” Buna göre; iş sözleşmesi ister işçi isterse işverence -haklı nedenle feshedilse bile- feshedilsin veya sürenin sona ermesiyle kendiliğinden son bulmuş olsun, çalışma belgesi verme yükümlülüğü doğacaktır çünkü maddede herhangi bir ayırım gözetilmeksizin “işten ayrılan işçi” terimi kullanılmıştır.¹⁰ İşçinin ölümüyle iş sözleşmesinin sona ermesinde ise ortada bir işçi kalmayacağından (mirasçılara) çalışma bel-

gesi verme yükümlülüğü de doğmayacaktır.¹¹

Çalışma belgesinin iş ilişkisi devam ederken verilir verilmeyeceğine ilişkin olarak da öğretide çeşitli görüşler ileri sürülmektedir. Mollamahmutoğlu, işçinin çalışma belgesi verilmesini her zaman, yani çalıştığı sürece veya işten ayrılırken ya da ayrıldıktan sonra talep edebileceğini düşünmektedir¹². Akyiğit ise, çalışma belgesinin türü konusunda belgenin veriliş zamanına bakılarak bir ayırım yapılacaksa, “arada verilen çalışma belgesi” ve “nihai çalışma belgesi” olarak ikiye ayrılabilirliğini, eğer iş sözleşmesi devam ederken bu belge veriliyorsa “arada verilen çalışma belgesi”, iş sözleşmesi sona erdikten sonra veriliyorsa “nihai çalışma belgesi” isminin verileceğini, 4857 sayılı İş Kanunu'nda “ara çalışma belgesi”ne yer verilmemekle birlikte Borçlar Kanunu'nda belgenin verilme zamanı bakımından bir ayırım yapılmadığından cihetle bu Kanun bakımından “ara çalışma belgesi”nin mümkün olduğunu savunmanın daha kolay olacağı, ancak Borçlar Kanunu'nun söz konusu hükmünün İş Kanunu çerçevesinde de işçinin bir menfaatinin varlığı halinde kıyasen uygulama alanı bulmasının mümkün olması gerektiğini ifade etmektedir.¹³

Akyiğit'e göre; her ne kadar maddede, “işçi işten ayrılırken” yani iş sözleşmesi sona erdikten sonra çalışma belgesinin verileceği anlaşılıyorsa da iş sözleşmesinin bildirim süreleri kullanarak/kullandırılarak sona ermesi durumunda, taraflar arasında ilişki devam ettiğinden ve işçiye kanunen yeni iş arama izni verileceğinden, bu izni kullanırken işçinin bu belgeyi istemekte haklı bir menfaati bulunması koşuluyla çalışma belgesinin bu dönemde de verilmesinin mümkün olduğu ileri sürülebilir.¹⁴ Çenberci de, fesih bildiriyle iş sözleşmesine son verilmesi yoluna başvurulduğu durumlarda, yeni iş arama izni verilmesine ilişkin yükümlülükle birlikte bu yükümlülüğün de doğmuş bulunmasının, müessesenin amacına uygun düşeceğini savunmaktadır.¹⁵ Kılıçoğlu ise, 1475 sayılı Kanun'un yürürlüğü döneminde normatif açıdan bu sonuca ulaşmanın zor olduğu, çünkü iş arama izninin sözleşme devam ederken verilen bir izin olduğu, halbuki maddede “işten ayrılma” sözcüklerinin kullanıldığı, bu Kanun

Uygulamada “bonservis” olarak da adlandırılan “nitelikli çalışma belgesi”nin verilmesi işverence, İş Kanunu kapsamındaki işçiler bakımından bir yükümlülük değildir.

döneminde Çenberci'nin işaret ettiği yönde bir düzenlemenin isabetli olacağı, bu yükümlülüğün önceki Kanun'dan farklı olarak isteğe bağlı olmadığı, verilmeye kadar yükümlülüğün devam edeceği görüşündedir.¹⁶ Günay'a göre; taraflarca ihbar öneli tanınmışsa, önel süresinin sona erdiği tarih esas alınmalı, işçi iş arama iznini ihbar önellerinin son günlerinde toptan kullanmışsa bu takdirde işyerinden fiilen ayrılma gününden itibaren bu yükümlülüğün başladığı kabul edilmelidir.¹⁷

Kanaatimizce, İş Kanunu'nun ilgili hükmünde “işçi işten ayrılırken” ibaresi yer aldığından, söz konusu belgenin, iş ilişkisi devam ederken işverenden talep edilemeyeceği, iş ilişkisi devam ederken bu belgenin işverenden istenebilmesinin ancak Borçlar Kanunu hükümlerine tabi olarak çalışanlar bakımından söz konusu olabileceğini söylemek yerinde olacaktır. Ayrıca, İş Kanunu'na göre “bildirim süreleri içinde işveren” işçiye yeni bir iş bulması için gerekli iş arama izni vereceğinden ve bildirim süreleri içerisinde işçi ve işveren ilişkisi aynen devam edip henüz iş ilişkisi son bulmadığından, böyle bir durumda söz konusu belge verme yükümlülüğü, yeni iş arama izni verme yükümlülüğü ile birlikte değil, ancak taraflar arasındaki ilişki sona erdiğinde mümkün olabilecektir. Yeni iş arama iznine ilişkin düzenlemenin amacı göz önünde tutulduğunda, her ne kadar yeni iş arama izni içerisinde işçinin, işveren tarafından verilecek çalışma belgesine ihtiyacı olabileceği düşünülürse de, Kanun'daki mevcut düzenleme çerçevesinde bu yükümlülüğün ancak iş ilişkisi sona erdiğinde doğacağı, iş ilişkisi son bulmadan bu yükümlülüğün doğabilmesinin ancak mevcut hükümlerde gerekli değişikliklere gidilmesi halinde mümkün olacağı söylenebi-

lecektir. Pek tabiidir ki, işverence, işçiye, yeni iş arama izni verildiği dönemde işçiden çalışma belgesi verilmesi yönünde bir talep gelmesi durumunda işverence bu belgenin verilmesinde hukuken bir engel olmayacaktır.

2.4. Çalışma Belgesi Verilmesinin İşçinin Talebine Bağlı Olup Olmadığı

Çalışma belgesinin, işçinin isteği halinde mi yoksa işverence işçinin isteği olmadan mı verilmesi gerekip gerekmediği hususunu konuyu ikiye ayırarak incelemekte fayda vardır. İş Kanunu'nda yer alan ve işçinin yaptığı işin ne olduğu ve süresini gösteren “alelade çalışma belgesi”nin verilmesi, işçinin isteğine tabi değil iken, Borçlar Kanunu'nda yer bulan gerek “alelade çalışma belgesi” gerekse “nitelikli çalışma belgesi (bonservis)” verilmesi ise işçinin isteğine bağlıdır.

Çenberci, 1475 sayılı İş Kanunu'ndaki düzenlemede yer alan “işveren işçinin istediği belgeyi vermemekte direnirse” ibaresinden, bu belgenin verilmesinin işçinin isteği koşuluna bağlı olduğunu ifade edip, işçi işinden ayrıldıktan sonra çalışmayacaksa bu durumda çalışma belgesi vermenin bir anlamı kalmayacağını savunmaktadır.¹⁸ Çil ise, çalışma belgesi verme yükümlülüğünün işverende olduğu ve işçinin bu konuda bir talepte bulunmasının gerekmediği yönünde görüş bildirmiştir.¹⁹

“Nitelikli çalışma belgesi” verme açısından ise; Çelik, işverenin sadece kanunda belirtilenleri yazmak zorunda olduğundan, İş Kanunu'nun uygulanmasında, bonservis niteliğinde bir çalışma belgesi vermeye zorlanamayacağı, işverenin isterse bunları da yazabileceği görüşündedir.²⁰ Akyiğit ise, İş Kanunu'ndaki düzenlemenin çalışma belgesinin verilmesi için işçinin istekte bulunmasından söz etmediği, Borçlar Kanunu'nda bu belgenin işçinin isteği üzerine verileceğinden bahseder bir ifade olduğu, ancak işçinin istekte bulunması durumunda İş Kanunu çerçevesinde de işverenin işçiye nitelikli çalışma belgesi vermesinin zorunlu olduğunu düşünmektedir. Ancak, iş sözleşmesi devam ederken bu belgenin veri-

lebileceği kabul edilen hallerde işçinin isteğini aramak gerekecektir.²¹

Kanaatimizce İş Kanunu'nda düzenlenen "alelade çalışma belgesi"nin verilmesi işçinin talebine bağlı olmayıp, iş ilişkisi sona erdiğinde işverence yerine getirilmesi gereken bir yükümlülüktür. Mülga Kanun'da yer alan "işveren işçinin istediği belgeyi vermemekte direnirse" ibaresinin, 4857 sayılı İş Kanunu-muza alınmamış olması da bu belgeyi verme yükümlülüğünün işçinin talebine bağlı olmadığı görüşünü kuvvetlendirecek niteliktedir. Ne var ki uygulamada "bonservis" olarak da adlandırılan "nitelikli çalışma belgesi"nin verilmesi işverence, İş Kanunu kapsamındaki işçiler bakımından bir yükümlülük değildir. İşçinin bu yönde bir talebi olsa bile işverenin nitelikli çalışma belgesi düzenleyip işçiye vermesi zorunluluğu bulunmayıp, bunun neticesinde işverene bununla ilgili olarak idari para cezası kesilmesi ve eğer şartlar gerçekleşmişse işçinin ya da işçiyi işe alan yeni işverenin eski işverenden tazminat istemesi mümkün görülmemektedir.

2.5. Çalışma Belgesi Talebinin Tabi Olduğu Zamanaşımı Süresi

Çalışma belgesi verme yükümlülüğünün zamanaşımına tabi olup olmadığı hususu öğretilerde tartışmalıdır. Bu sorun, Alman ve İsviçre hukukunda da ele alınarak, çalışma belgesi talep hakkının zamanaşımı süresine bağlı olduğu sonucuna varılmaktadır.²² Günay, Türk iş hukukunda bu hakkın 5 yıl ile sınırlı olduğunu ileri sürmekte²³, Tunçomağ-Centel ise işçinin bu hakkının, aradan nihayet 10 yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrayacağını düşünmektedir.²⁴ Çil ise, çalışma belgesi verme yükümlülüğünün tamamen işverene ait olduğu, işçinin bu konuda talepte bulunmasına gerek olmadığı, bu yüzden her zaman işverenin yükümlülüğünde olan bir husus sebebiyle işçinin talep zamanaşımından söz edilmesine olanak bulunmadığı, işverenin bu konuda belge verme yükümlülüğünün Kanun'un 99/c maddesi uyarınca hakkında idari para cezası uygulanıncaya kadar söz konusu olduğu, zira böyle bir müeyyide uygulandıktan son-

ra halen işverenin böyle bir belge vermekle yükümlü olduğunun söylenemeyeceği, aksi halde işverenin bu yükümlülüğünü yerine getirmediği için birçok kez idari para cezasına çarptırılmasının gündeme geleceğini ifade etmektedir.²⁵ Çenberci ve Akyiğit, bu hakkın Borçlar Kanunu m. 125'deki 10 yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğu görüşündedir.²⁶ Ancak, Akyiğit, burada bir ayrıma gitmektedir. Zamanaşımı süresi dolmadan fakat sözleşmenin sona erdiği tarihten uzunca bir süre sonra bu belgenin istenmesi bazı noktalarda sorunlar yaratabilir. Yazar, burada, işçinin çalıştığı departman yöneticisinin işten ayrılmasıyla güvenilir bir değerlendirme yapacak kimsenin kalmaması durumunda hâlâ belge verme yükümlülüğünün sürüp sürmediğini şöyle çözümlenmektedir: "Bu noktada istenen belgenin türü de önemlidir. Eğer basit çalışma belgesi isteniyorsa, işçi hakkında kişisel değerlendirme gerekmediğinden işveren fazla bir zorlukla karşılaşmadan bunu düzenleyip verebilir. Ancak işçi ve işyerindeki geçmişi hakkında kişisel değerlendirmelere de yer verilecek olan nitelikli çalışma belgesi için anılan bilgileri sağlamak pek kolay gözükmemektedir. İşte böyle hallerde bellek kaybı yahut başka nedenlerle bunu düzenlemek mümkün değilse ve işverene yüklenecek bir kusur da yoksa ifa imkansızlığı nedeniyle çalışma belgesi verme yükümlülüğünün sona ereceği düşünülmelidir."²⁷

Borçlar Kanunu'nun 125. maddesinde "Bu kanunda başka suretle hüküm mevcut olmadığı takdirde, her dâva on senelik müruru zamana tâbidir." hükmü yer aldıktan sonra 126. maddesinde 5 yıllık zamanaşımı süresine tabi olacak veya davalar belirtilmektedir. Madde-nin (3) nolu bendinde işçilerin ücretleri hakkında davaların 5 yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğu belirtilmektedir. İşverence çalışma belgesi verme yükümlülüğü bu kapsamda düşünülemez olduğundan, kanaatimizce bu yükümlülüğün sözleşmeye aykırılık çerçevesinde değerlendirilip Kanun'un 125. maddesi gereğince 10 yıllık zamanaşımına tabi olacağını söylemek uygun olacaktır.

2.6. Çalışma Belgesinde Yer Alması Gerekli Unsurlar

İş Kanunu uyarınca verilmesi gerekli olan çalışma belgesi, işçinin, işinin çeşidinin ne olduğunu ve süresini göstermelidir. Belirtilen hususlar dışında, iş sözleşmesinin başlangıç ve sona erme tarihleri, belgenin düzenleme tarihi ile belgeyi düzenleyen işveren veya işveren vekilinin imzasının bulunması şarttır. İmzanın bulunması, belgenin gerçekten işveren veya işveren vekili tarafından verildiğini göstermesi bakımından gereklidir.²⁸ Her ne kadar, İş Kanunu uyarınca verilmesi gerekli basit çalışma belgesinde işverenin değerlendirmeleri yer almayacaksa da uygulamada bilinen adıyla “nitelikli çalışma belgesi” yani bonserviste işçinin aldığı eğitimler, sorumlulukları ve görevleri belirtilebilir. Gerek alelade çalışma belgesinde gerekse de nitelikli çalışma belgesinde iş sözleşmesinin ne şekilde sona erdiğine dair bir ifadenin kullanılmaması gerekmektedir.

2.7. Çalışma Belgesi Verme Yükümlülüğüne Aykırılık

Çalışma belgesinin vaktinde verilmemesi veya belgede doğru olmayan bilgilerin bulunması durumunda iki sonuç ile karşı karşıya kalınacaktır. Bunlardan ilki, işçi veya işçiyi iş alan yeni işverenin eski işverenden tazminat istemesi, diğeri ise işverenin idari para cezasına çarptırılmasıdır.

2.7.1. Tazminat

Çalışma belgesinin zamanında verilmemesi ya da verilen belgenin gerçeğe aykırı bilgiler içermesi halinde zarar gören işçi ya da işçiyi iş alan yeni işveren eski işverenden tazminat isteyebilir. Maddede, “belgenin vaktinde verilmemesinden” söz edilmekte, ne var ki “vaktinde” ibaresi ile ne kastedildiği belirtilmemektedir. Hükümde “işten ayrılan işçiye” düzenlemesine yer verildiğinden, söz konusu belgeyi işçinin iş sözleşmesinin son bulduğu tarihte veya bu tarihten başlayarak her bir somut olayda dürüstlük kuralı çerçevesinde saptanacak makul bir süre içerisinde vermek, belgenin vaktinde verildiği şeklinde düşünülebilir.²⁹ Daha önce de

belirtildiği üzere, söz konusu belgeyi vermek konusunda işçiden herhangi bir talep gelmesine gerek bulunmamaktadır.

İşveren tarafından çalışma belgesi adı altında bir belge düzenlenmekle birlikte, yer alması gerekli unsurlar bu belgede bulunmuyorsa veya belge, usulüne uygun olarak imzalanmamışsa (örneğin Nürnberg Eyalet İş Mahkemesi'nin 29.07.2005 tarih ve 4 Ta 153/05 sayılı kararında olduğu gibi işveren, belgeyi alışılagelmiş imzasının dışında imzalamışsa) yine bu belgenin vaktinde verilmemesinden söz etmek mümkündür.

Maddede, “çalışma belgesinin zamanında verilmemesi” denilmekte, belgenin hiç verilmemesinden bahsedilmemektedir. Kanaatimizce, hükmü, bu duruma da münhasır olarak düşünmek uygun olacaktır. Maddede, çalışma belgesinin verilmemesiyle gerçeğe aykırılık aynı koşutta (paralelde) tutulmuştur.³⁰

Bilindiği üzere, 1475 sayılı İş Kanunu'nda işverenin işçinin istediği çalışma belgesini vermemekte direnmesi veyahut belgeye işçi için doğru olmayan yazılar yazması durumunda, işçinin yahut yeni işine girdiği işverenin isteği üzerine, o yerdeki muhtar veya mülki amir tarafından yapılacak inceleme sonucunu gösteren bir belgenin, işçiye veya yeni işverene verileceği düzenlenmekteydi. Ne var ki, bu hüküm, 4857 sayılı İş Kanunu'na alınmamıştır. Bu nedendir ki, işveren veya işveren vekili tarafından belgenin verilmemesi durumunda, böyle bir belgeyi başka bir makamın düzenlemesini istemek yürürlükteki mevzuat çerçevesinde mümkün değildir.

Peki, işçiye gerçeğe aykırı beyanlar içeren çalışma belgesi verilmesi durumunda işçi, bu belgenin düzeltilmesini işverenden isteyebilir mi? Gerçeğe aykırı bilgiler taşıyan belgeyi düzenleyen işverenin, gerçeğe uygun şekilde yeniden bir çalışma belgesi düzenleyerek işçiye veya onun yeni işverene vermesi mümkündür.³¹

İşçiye verilen çalışma belgesindeki gerçeğe aykırı bilgilerin düzeltilmesinin mahkemedен istenip istenemeyeceğine ilişkin olarak; Akyiğit, işverenden söz konusu belgenin düzeltilmesinin istenip de bu istek yerine getirilmediği vakit dava yoluyla bunun tespitin mümkün

olduğu görüşündedir.³² Çenberci de, mülga Kanun dönemine ilişkin yapmış olduğu yorumda, idari yoldan sağlanması olanağı olan bir husus için yargı yoluna başvurulamayacağı, esasen tespit davasının konusu olacak böyle bir istekte tespit davası bakımından varlığı gerekli olan koşulların, özellikle de hukuksal yarar koşulunun gerçekleştiğinin söylenemeyeceğini belirtmektedir.³³

Kanaatimizce, çalışma belgesinde yer alan gerçeğe uygun olmayan bilgilerin dava yoluyla düzeltilebilmesine ilişkin bir düzenleme 4857 sayılı Kanunu'nda mevcut değildir. Keza, 1475 sayılı Kanun döneminde de buna imkan tanıyan bir hüküm olduğu söylenemez.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tarafından 3.6.1969 tarih, 3233 Esas ve 6454 sayılı Karar'da; söz konusu tazminatın istenebilmesine ilişkin şartlar belirtilmiştir. Karar'a göre; " .. Bu bakımdan, davacı işçinin tazminat istemesi, bir zararın doğmuş olması ve bu zararın çalışma belgesinin vaktinde verilmemesi sonucu bulunması şartlarının gerçekleşmesine bağlıdır. Şüphesiz, işçi kendi eylemi sonucu zararın artmasına sebebiyet vermişse, buna bizzat katlanmak zorundadır. Zira, hiç kimse kendi kusurundan yararlanamaz. Zararın miktarını ve şayet birlikte kusur durumu varsa bundan dolayı yapılması gerekli indirim miktarını tayin işinin tamamen genel hükümlere tabi bulunduğu açıktır. Mahkemece yapılacak iş, -anılan yönlerle birlikte-, davacıya zararını ispat ettirmek, isbatın kabil olmaması halinde Borçlar Kanunu'nun 43'ncü maddesinin 2'inci fıkrası göz önünde tutulmak, ancak bundan sonra tazminat miktarını tayin ve takdir etmekten ibarettir..."³⁴

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 5.7.1988 tarih, 5681/7384 sayılı Kararı'nda; "...Davacı kendine çalışma belgesinin vaktinde verilmemesi veyahut belgede doğru olmayan yazılar bulunduğunu iddia ve ispat etmemiştir. Bunun dışında genel olarak iş bulamadığından söz etmiş, fakat iş arayıp bulamadığını ve iş bulamamada kendisine yapılan isnadların rol oynadığını ve feshin kötüniyete dayandığını usulen ispat etmiş de değildir..."³⁵

3.6.1969 tarihli Karar'dan da anlaşılacağı üzere; belgenin vaktinde verilmemesinden veya

belgede doğru olmayan bilgiler bulunmasından zarar gören işçi veyahut işçiyi işe alan yeni işverenin, eski işverenden tazminat isteyebilmesi için öncelikle ortada bir zararın olması şarttır. Söz konusu bu zarar ile çalışma belgesinin vaktinde verilmemesi ya da belgenin gerçeğe aykırı bilgiler taşıması arasında illiyet bağının olması gerektiği de açıktır. Buradaki zarardan öncelikle maddi zararlar akla gelir. Ancak bazı durumlarda ispat edilebildiği zaman manevi zararlar da bu kapsamda düşünülebilir.³⁶ Zarar, işçiye veya yeni işverene verilebilir. İşçi eski işverene, yeni işveren eski işverene yahut işçi ve yeni işveren eski işverene birlikte dava açabilirler. Eğer belgenin verilmemesi, geç verilmesi ya da gerçeğe aykırı bilgiler içermesi işçi ile yeni işverenin de kusurlarına dayanıyorsa, tazminattan indirim yapılması gerekecektir. Çil'e göre; işçinin tazminat isteyebilmesi için işveren tarafından işçiye verilen çalışma belgesindeki bilgilerin işçinin aleyhine olması gerekir. İşçinin unvanının daha yüksek ya da çalışma süresinin daha fazla gösterilmesi gibi hususlar işçiye tazminat hakkı vermez.³⁷

Kanaatimizce, belgede yer alan hususların işçi aleyhine olmayıp lehine olması durumunda da, işçiyi işe alan işverenin bundan zarar görebilmesi mümkündür. Örneğin belgeye, işçinin çalıştığı görevden daha fazla nitelik gerektiği başkaca bir görevin yazılması durumunda, yeni işverenin işçiye vereceği işte işçinin, yetersiz kalması ve bu durumda yeni işverenin zarar görmesi (örneğin eğitim verilmesi) gibi bir sonuç ortaya çıkabilir. Bu nedendir ki, işçi, işveren tarafından verilen belgedeki bilgilerin -aleyhe olup olmadığı gözetilmeksizin- doğruyu yansıtmadığını fark ettiği zaman ileride doğabilecek zararların önüne geçilebilmesi için belgedeki bilgilerin düzeltilmesini işverenden makul bir süre içerisinde istemelidir. Şayet, işçi tarafından çalışma belgesinde yer alan gerçeğe aykırı hususlar konusunda düzeltme yoluna başvurulmamış ve yeni işveren söz konusu belgedeki bilgiler ışığında işçiyi işe almış ve bundan zarar görmüşse yeni işverenin eski işverenden tazminat isteme hakkı doğacaksa da işinden olan işçinin bu durumda eski işverenden tazminat isteme hakkı olmayacak ve

zarara bizzat katlanmak zorunda kalacaktır. Örneğin, yukarıda verilen örnekten gidersek, işçinin görev unvanının, eski işverence daha yüksek gösterilmiş olması ve bunu fark eden işçinin, yanlış olan bu hususun düzeltilmesini eski işvereninden istememesi halinde, söz konusu belgede yer alan bilgiler ışığında işe alan yeni işverenin, eski işverene zararının tazmini için dava açması mümkün olacaksa da, işçinin, eski işverene karşı dava açması mümkün olmalıdır. 1969 tarihli Yargıtay Kararı'nda da belirtildiği üzere; işçi kendi eylemi sonucu zararın artmasına sebebiyet verdiği için buna bizzat katlanmak zorunda kalacaktır, zira, hiç kimse kendi kusurundan yararlanamayacaktır.

Bu tazminat, işçi bakımından sözleşme sorumluluğu, yeni işveren bakımından haksız fiil sorumluluğu esasında genel hükümlere tabidir.³⁸

2.7.2. İdari Para Cezası

Kanun'un 99/c bendi uyarınca 28. maddeye aykırı olarak çalışma belgesi düzenleme yükümlülüğüne aykırı davranan veya bu belgeye gerçeğe aykırı bilgi yazan işveren veya işveren vekiline bu durumdaki her işçi için 99 TL para cezası verilecektir.

İşveren için söz konusu idari para cezasına hükmedilebilmesi için işçinin ya da onu işe alan yeni işverenin zarar görmesi şartı aranmayacaktır.³⁹

3. FEDERAL ALMAN EYALET MAHKEMELERİ KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ VE SONUÇ

Alman ve İsviçre hukukunda çalışma belgesinin verilmesinde işçinin isteği aranmaktadır.⁴⁰ Yine Alman ve İsviçre hukukunda yasa koyucu, çalışma belgesinin zamanında verilmemesi veya hiç verilmemesi yahut gerçek dışı bilgiler içermesi halinde herhangi bir yaptırım öngörmemiştir. Yasal düzenleme, sadece belge verme yükümlülüğünü düzenlemektedir. Ancak öğretide ve uygulamada söz konusu yükümlülüğe aykırılığın tazminat vs. gibi yaptırımlarla karşılaştığı görülmektedir.⁴¹

Nürnberg Eyalet İş Mahkemesi tarafından

verilen kararda, işçi, önce usulüne göre düzenlenmemiş daha sonra ise davalıdan normalde kullanmakta olduğu imzadan farklı bir şekilde düzenlenmiş olan çalışma belgesinin düzeltilmesini mahkemeden istemiştir. İşçinin, bu yön-deki isteği, mahkemece kabul edilmiştir. Daha önce de belirtildiği üzere Alman hukukunda da gerçeğe aykırılık taşıyan çalışma belgesinin dava yoluyla düzeltilmesi kabul edilmektedir.⁴² Her ne kadar doktrinde aksini düşünenler varsa da Türk Hukukunda çalışma belgesindeki bilgilerin düzeltilmesi imkanına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. İşçinin veyahut işçiyi işe alan yeni işverenin, böyle bir durum ile karşılaşması halinde eğer şartlar gerçekleşmişse uğradığı zararların tazmini yoluna gitmesi gerekecektir. İşveren tarafından düzenlenecek çalışma belgesinde hangi hususların yer alacağı (işçinin işinin çeşidi ve süresi) Kanun'da belirtilmiştir. Basit çalışma belgesi olarak nitelendirilecek bu belgeye Kanun'da belirtilen hususlar dışında ibarelerin konulması belgenin usulüne uygun olarak hazırlanmadığını gösterecektir. Zira, bu belgenin gerçekten yetkili kişiler tarafından hazırlanıp hazırlanmadığının bilinmesi açısından imzanın da işverenin veya işveren vekilinin her zamanki yani alışlagelmiş şekilde imzalanması belgenin ispat külfeti açısından gerekecektir.

Düsseldorf Eyalet İş Mahkemesi verdiği kararında ise; işçinin iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedildiği ancak fesih sebebine bağlı olarak hakkında henüz hazırlık soruşturması yapıldığından bu hususun belgeden silinmesine hükmetmiştir. Türk mevzuatında, ceza muhakemesi, iddia, savunma ve yargılamadan oluşan ortak bir faaliyettir. Ceza muhakemesi iddia ile başlar ve iddia ile savcı kişinin belli bir suçu işlediğini görüşünü ileri sürer. Savcı, ihbar veya başka bir yolla bir suçun işlendiği izlenimini edinirse, kamu davası açıp açmama konusunda karar verebilmek amacıyla konuyu araştırmak durumundadır. Yine savcı, soruşturma evresi sonucunda toplanan deliller suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşuyorsa, iddianame düzenlemekle yükümlüdür. Savcı, suçun işlendiğine ilişkin yeterli delile ulaşmadığında veya kovuşturma olanağı bulunma-

diğında kovuşturmayaya yer olmadığı kararıyla soruşturma evresini sona erdirecektir. Soruşturma evresinin amacı, maddi gerçeği tespit etmek değil, bu evrede savcının sadece dava açmak için yeterli şüphe nedeni bulunup bulunmadığının araştırılmasıdır. Soruşturma evresinde yapılacak olan değerlendirme, kamu davasının açılmasının gerekip gerekmediğinin tespitine ilişkindir.⁴³ Düsseldorf Eyalet İş Mahkemesi tarafından verilen “İşverenler çalışma belgesinde sadece gerçeği yansıtan ifadelerle yer vermek ile yükümlüdürler, ancak bu gerçeklerin kesin olması zorunluluğu vardır ki, yürütülen hazırlık soruşturmaları bu kapsama girmemektedir. İşçi bu olayda da suçu işlediği şüphesi altında bulunmaktadır ve bu suçu işlediği henüz kanıtlanmamıştır. Davacının suçu işlediği gerekçesi ile hüküm giymesi halinde ise, işveren çalışma belgesinde bu yönde bir ibareye yer vermek ya da vermemek konusunda serbesttir.” hükmüne katılmamak mümkün değildir çünkü soruşturma evresinin amacı, maddi gerçeği tespit etmek değil, dava açmak için yeterli şüphe nedeni bulunup bulunmadığının araştırılmasıdır. Bu nedenledir ki, hazırlık soruşturmasının yürütüldüğüne dair ibareye çalışma belgesinde yer verilmemesi gerekmektedir.

DİPNOTLAR

- 1 Karar için bakınız Çalışma ve Toplum, Sayı: 11, 2006/4, s. 313
- 2 Karar için bakınız Çalışma ve Toplum, Sayı: 10, 2006/3, s. 313-314
- 3 4857 sayılı İş Kanunu ve Gerekçesi, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, Yayın No: 234, Temmuz 2003.
- 4 Şahin Çil, İş Kanunu Şerhi, 2. Cilt, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara Eylül 2007, s. 2069.
- 5 Hamdi Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş Yenilenmiş 2. Bası, Ankara Şubat 2005, s. 429.
- 6 Kenan Tunçomağ-Tankut Centel, İş Hukukunun Esasları, 5. Bası, İstanbul Ocak 2008, s. 143.
- 7 Mustafa Çenberci, İş Kanunu Şerhi, 6. Bası, Ankara 1986, s. 617.
- 8 Ercan Akyiğit, İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi, 1. Cilt, 3. Baskı, Ankara 2008, s. 1375.
- 9 Karar için bakınız Mustafa Çenberci, age., dipnot 4, s. 616
- 10 Mustafa Çenberci, age., s. 616, Ercan Akyiğit, age., s. 1376, Şahin Çil, age., s. 2069.
- 11 Ercan Akyiğit, age., s. 1377, benzer görüş için C. İlhan Günay, İş Kanunu Şerhi, 1. Cilt, Ankara 2005, s. 1094.
- 12 Hamdi Mollamahmutoğlu, age., s. 428.
- 13 Ercan Akyiğit, age., s. 1375.
- 14 Ercan Akyiğit, age., s. 1377.
- 15 Mustafa Çenberci, age., s. 617-618, benzer görüş için Ercan Akyiğit, age., s. 1377.
- 16 Mustafa Kılıçoğlu, 4857 sayılı İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması, İstanbul, 2005, s. 313.
- 17 C. İlhan Günay, age., s. 1095.
- 18 Mustafa Çenberci, age., s. 616.
- 19 Şahin Çil, age., s. 2070.
- 20 Nuri Çelik, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 21. Bası, İstanbul Ağustos 2008, s. 252.
- 21 Ercan Akyiğit, age., s. 1378.
- 22 Ercan Akyiğit, age., s. 1379.
- 23 C. İlhan Günay, age., s. 1095.
- 24 Kenan Tunçomağ-Tankut Centel, age., s. 143.
- 25 Şahin Çil, age., s. 2070.
- 26 Mustafa Çenberci, age., s. 618, Ercan Akyiğit, age., s. 1379.
- 27 Ercan Akyiğit, age., s. 1379.
- 28 Ercan Akyiğit, age., s. 1381.
- 29 Ercan Akyiğit, age., s. 1382.
- 30 Mustafa Çenberci, age., s. 618.
- 31 Ercan Akyiğit, age., s. 1384, Çenberci, age., s. 619.
- 32 Ercan Akyiğit, age., s. 1384.
- 33 Mustafa Çenberci, age., s. 619.
- 34 Karar için Mustafa Çenberci, age., s. 619-620.
- 35 Karar için Ercan Akyiğit, age., 1386-1387.
- 36 Kenan Tunçomağ-Tankut Centel, age., 144, Mustafa Kılıçoğlu, age., s. 312, C. İlhan Günay, age., s. 1095.
- 37 Şahin Çil, age., s. 2072.
- 38 Hamdi Mollamahmutoğlu, age., s. 428, Ercan Akyiğit, age., dipnot 48, 49, s. 1385.
- 39 Aynı yönde görüş için Ercan Akyiğit, age., 1386.
- 40 Ercan Akyiğit, age., s. 1382.
- 41 Ercan Akyiğit, age., dipnot 40, s. 1382.
- 42 Bakınız dipnot 26.
- 43 Prof. Dr. Nur Centel-Doç. Dr. Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5271 sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu ile İlgili Mevzuata Göre Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 6. Bası, İstanbul Kasım 2008, s. 75 ve devamı.



“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.)