

SİCİL

Aralık '10 • Yıl 5 • Sayı 20

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

Av. Mesut ULUSOY

Yayın KuruluAv. Ahmet BÖLÜKBAŞI
Av. Erten CILGA
Av. İlhan DOĞAN
Av. Ender KIZILRAY
Av. Şeyda AKTEKİN
Av. Nağme HOZAR
Av. Vahap ÜNLÜ
Av. Selçuk KOCABIYIK
Av. Uygur BOSTANCI
Av. Murat BATUR**Baskı**Hanlar Matbaacılık San.
ve Tic. Ltd. Şti.Yeşilce Mah. Aytekin Sok.
No. 16 Kağıthane İstanbul**Yayın Türü**Yerel süreli yayın. MESS'in
üç aylık yayın organıdır.

ISSN 1306-6153

Baskı Tarihi

28 Aralık 2010

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**

Özürlü Çalıştırma Yükümlüne Aykırılığa İlişkin Cezai Sorumluluk Esasları	5
Prof. Dr. Tankut CENTEL	
İstibdamda Cinsiyet Eşitliği	11
Prof. Dr. Nurhan SÜRAL	
Yıllık Ücretli İzin Hakkı ve Ücretli İzin Alacağı.....	28
Doç. Dr. Cevdet İlhan GÜNAY	
Bankacılık Kanunu Uyarınca Yönetim ve Denetimi Fon'a Geçen Şirketlerde Çalışanların Fon ve Şirkete Karşı Hukuki Durumları	51
Av. Mehmet Saim DİKİCİ	
İş Sağlığı ve Güvenliğinde Son Gelişmeler	59
Av. Erten CILGA	

KARAR İNCELEMELERİ

İşçilik Haklarının Talep Edilmesinde Dürüstlük Kuralı, Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı ve İrade Fesadının İleri Sürülmesine İlişkin Yargıtay Kararının İncelenmesi.....	73
Prof. Dr. Hakan KESER	
İş Sözleşmesinin Geçersiz Nedenle Feshinin İbbar ve Kıdem Tazminatına Etkisi	88
Yrd. Doç. Dr. Ali Cengiz KÖSEOĞLU	
Yeni İş Arama İzninin Süresi ve İspatı.....	102
Öğr. Gör. Dr. Ercüment ÖZKARACA	

TOPLU İŞ HUKUKU

Hukuki Grev Kavramı	111
Dr. Armağan Ebru BOZKURT YÜKSEL	
Tabkim ve Toplu İş Sözleşmelerinin Yorumu	123
Av. Murat BATUR LL.M.	

KARAR İNCELEMESİ

Toplu İş Hukuku Açısından İdare Merkezi ile Fabrika İşyeri Arasındaki İlişkinin Belirlenmesi.....	132
Dr. Gaye Burcu YILDIZ	

SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU

Sigorta Prim Alacaklarında Zamanaşımı	141
Doç. Dr. Serkan ODAMAN	
Sosyal Güvenlik Hukukunda Özel Bir Durum: Muristen Bağlanan Aylık, Mirasın Reddi Halinde Kesilir Mi? (Mirasın reddinin destekten yoksun kalma ve manevi tazminat hakkına olan etkisi).....	145
Yrd. Doç. Dr. Sabahattin YÜREKLİ	

<i>Hizmet Borçlanmalarında Talep Tarihindeki Statünün Borçlanılan Sürelere Etkisi</i>	153
Yrd. Doç. Dr. Saim OCAK	
<i>Yürürlükte Bulunan Yaşlılık Aylıklarının Gelir Güvencesi Açısından Sosyal Güvenlik Sistemindeki Yeri ve Gelişimi</i>	171
Dr. Gökhan POLAT	
<i>5510 Sayılı Kanun'a Göre Karşılaştırmalı Malûllük Sigortası</i>	187
Resul ASLANKÖYLÜ	

KARAR İNCELEMESİ

<i>İsteğe Bağlı Sigortalılık Sürelerinin Hizmet Birleştirilmesinde Dikkate Alınması -Yargıtay 21. HD.'nin 21.12.2009 Tarihli Kararının İncelenmesi-</i>	199
Yrd. Doç. Dr. Hediye ERGİN	

MALİ HUKUK

KARAR İNCELEMESİ

<i>İşe Başlatmama Tazminatından Gelir Vergisi Kesintisi Yapılması Durumunda Eksik Ödeme Sorunu</i>	207
Yrd. Doç. Dr. Ayşe Yiğit ŞAKAR	

ÇALIŞMA CEZA HUKUKU

<i>Alt İşverenlik İlişkisinde İdari Para Cezasından Sorumluluk</i>	215
Prof. Dr. Ercan AKYİĞİT	
<i>İş ve Çalışma Özgürlüğünün İhlali Suçu (TCK m.117)</i>	253
Prof. Dr. Mustafa Ruhan ERDEM - Yrd. Doç. Dr. R. Murat ÖNOK	

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU

<i>2010 İlerleme Raporu Işığında Türk Çalışma Hayatının Değerlendirilmesi</i>	265
Av. Tulû GÜMÜŞTEKİN	

KARAR İNCELEMESİ

<i>İş Sözleşmeleri ya da Toplu İş Sözleşmelerinin Belirli Bir Yaşa Gelindiğinde ve Emekliliğe Hak Kazanıldığında Otomatik Olarak Sona Ereceğine İlişkin Uygulamanın 2010/78/EC Sayılı Yönerge Açısından Değerlendirilmesi</i>	269
Av. Şeyda AKTEKİN	



İki Adım İleri Bir Adım Geri!

Bilindiği üzere Hükümetin şu anki gündeminde “Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı”, diğer bir deyişle Torba Kanun Tasarısı var. Tasarısı, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu başta olmak üzere, Mesleki Eğitim Kanunu, İşsizlik Sigortası Kanunu ile İş Kanunu’nda önemli değişiklikler öngörmektedir. Ne var ki Tasarısı olumlu düzenlemelerin yanı sıra bazı olumsuz düzenlemeleri de beraberinde getirmektedir.

Ekonomik kalkınmanın sürdürülebilir şekilde devamlılığını temin etmek, yatırım ortamını iyileştirmek, özel sektörün kamuya olan borç yükünü azaltmak, maliye ve para politikalarının daha etkin şekilde kullanılmasını sağlamak amacıyla hazırlanan Tasarısı, vergi cezaları, idari para cezaları, sosyal güvenlik primleri, su, elektrik ödemeleri vb. birçok konuda af uygulaması getirmektedir. Ne var ki Tasarıda, af uygulaması getirilen hususların kapsamının oldukça geniş tutulduğu görülmektedir. Kapsamın bu kadar geniş tutulması, tüm borçlarını zamanında ve eksiksiz olarak ödeyen işletmeler ve vatandaşlar açısından adaletsiz bir durum yaratmaktadır. Bu kadar kapsamlı bir af uygulamasının getirilmesi, bundan sonra doğacak kamu borçlarının zamanında ödenmesine ilişkin kamu bilincini olumsuz etkileyebilecektir.

Öte yandan, hızlı teknolojik gelişmelerin üretimin esnekleşmesi ve tüketim kalıplarının değişmesinin çalışma ilişkilerinde de değişik yönelimleri beraberinde getirdiğinden bahisle Tasarıda, yeni bazı esnek çalışma biçimleri düzenlenmektedir. Ancak, Tasarısı ile bir yandan yeni çalışma biçimleri düzenlenirken öte yandan İş Kanunu’nda hali hazırda var olan esnek düzenlemeler bunların uygulanamadığından bahisle kaldırılmaktadır. Halbuki bu noktada yapılması gereken; uygulanmayan düzenlemelerin kaldırılması

değil, alınacak tedbirlerle bu düzenlemelerin uygulanabilirliklerinin sağlanması olmalıdır. Yani Tasarısı ile çalışma hayatındaki mevzuatta adeta “iki adım ileri, bir adım geri” atılmaktadır!

Öte yandan, iş sağlığı ve güvenliği konusundaki mevzuatın 4857 sayılı İş Kanunu ile değişmesi ve ardından ilgili yönetmeliklerin yayımlanmasını takiben o tarihten bu yana geçen 7 yılı aşkın zamandır açılan davalarla iptal edilen, yürütmesi durdurulan ve sürekli değişen mevzuat nedeniyle iş sağlığı ve güvenliği alanında belirsizlik yaşanmaktadır. Bu belirsizliğin giderilmesi amacıyla, çalışma yaşamının en hassas konularından biri olan iş sağlığı ve güvenliği alanında, 27 Kasım 2010 tarihinde 3 tane yönetmelik yayımlanmıştır. Ne var ki yönetmelikler arasında birbiriyle çelişen hükümler vardır. Öncelikle yapılması gereken birbiriyle çelişen hükümlerin bir an önce düzeltilmesi olmalıdır.

Özürümlü çalıştırma yükümlüne aykırılığa ilişkin cezai sorumluluk esasları, alt işverenlik ilişkisinde idari para cezasından sorumluluk, yıllık ücretli izin hakkı ve ücretli izin alacağı, istihdamda cinsiyet eşitliği, 2010 İlerleme Raporu ışığında Türk çalışma hayatının değerlendirilmesi, 5510 sayılı Kanuna göre karşılaştırmalı malûllük sigortası, iş ve çalışma özgürlüğünün ihlali suçu dergimizde yer alan konu başlıklarından bazılarıdır. Gündemi takip eden makaleler ve karar incelemelerinin yer aldığı dergimizin 20. sayısını siz değerli okuyucularımızın bilgilerine sunarız.

Saygılarımla,
Av. İsmet Sipahi



EN ÖNEMLİ KARARINIZ İÇİN MORTGAGE LİDERİ GARANTİ'YE GELİN.*

Ev almak, hayatınızın en önemli kararı. Karar vermeden önce Türkiye'nin en çok mortgage veren bankasına sormalı.

Prof. Dr. Tankut CENTEL

Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Özürlü Çalıştırma Yükümüne Aykırılığa İlişkin Cezai Sorumluluk Esasları

I. Giriş

“Kimse, .. gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz. - .. bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar” (Ay. m. 50/I-II) ve “Devlet, sakatların korunmalarını ve toplum hayatına intibaklarını sağlayıcı tedbirleri alır” (Ay. m. 61/II) biçimindeki Anayasa hükümlerinin öngörmesi karşısında, 4857 sayılı İş Kanunu; daha önce olduğu gibi, belli (elli veya daha fazla) sayıda işçi çalıştıracak işverenler için, özürlü (işçi) çalıştırma (istihdam) yükümünü kabul etmiştir. Söz konusu yükümlülüğe aykırı davranacak işverenler hakkında da, İş K. m. 101 hükmündeki cezai yaptırımın (idari para cezasının) uygulanması öngörülmüştür.

Ancak, özürlü çalıştırma yükümünü düzenleyen İş K. m. 30, 15.5.2008 tarihli ve 5763 sayılı Yasa'nın ikinci maddesiyle, yeniden düzenlenmiş ve söz konusu yüküm, öncekinden değişik bazı esaslara bağlanmıştır. Nitekim, buna bağlı olarak, daha önce kabul edilmiş bulunan “Özürlü, Eski Hükümlü ve Terör Mağduru İş-

tihtamı Hakkında Yönetmelik”in¹ yerine, “Yur-
tiçinde İşe Yerleştirme Hizmetleri Hakkında
Yönetmelik”² geçmiştir³.

Aşağıda, 5763 sayılı Yasa'yla öngörülmüş yeni esaslar karşısında, özürlü çalıştırma yükümüne aykırılık nedeniyle ortaya çıkabilecek olası hukuki sorunlar üzerinde durulacaktır. Bu amaçla, ilkin, özürlü çalıştırma yükümüne aykırılığın, İş K. m. 101 hükmündeki düzenleniş biçimiyle ortaya çıkan hukuki niteliği ve daha sonra da, söz konusu ihlalin yasal unsurları açıklanmaya çalışılacaktır. Buna göre, anılan ihlal yüzünden ortaya çıkabilecek ve tazmine yönelik bulunan hukuki sonuçlar üzerinde durulmayacaktır.

II. Özürlü Çalıştırma Yükümüne Aykırılık

1. Cezai sorumluluğun yasal dayanağı

Özürlü çalıştırma yükümüne aykırılığa uy-

Kabahatler Kanunu, karşılığında idari para cezası ve idari önlemler uygulanacak ihlalleri “kabahat” olarak nitelendirmektedir. Böylece, kabahat; yasanın, karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlıklar olmaktadır.

gulanacak cezai hüküm, İş K. m. 101'deki hukuki düzenlemedir. Bu anlamda, İş K. m. 101, “Bu Kanununun 30 uncu maddesindeki hükümlere aykırı olarak özürlü .. çalıştırmayan işveren veya işveren vekiline çalıştırmadığı her özürlü .. ve çalıştırmadığı her ay için .. lira para cezası verilir ..” hükmünü taşımaktadır. Söz konusu idari para cezası, doğrudan Türkiye İş Kurumu İl Müdürü tarafından verilecek ve genel esaslara göre tahsil edilecektir (İş K. m. 108/cümle 2).

2. Yasal düzenlemeye aykırılığın hukuki niteliği

İş K. m. 101 hükmünde düzenlenen hukuka aykırılığın, hukuki bakımdan, idari para cezası uygulanmasını içeren bir “idari suç” (kabahat) olarak nitelenmesi gerekmektedir.

Gerçekten, idari para cezaları, idari suçlar karşılığında öngörülen yaptırımlardan birisidir. Nitekim, idari para cezalarının özelliği; idari organlar tarafından uygulanmaları, yargı önüne ancak itiraz üzerine gitmeleri ve adli sicile işlenmemeleridir.

Bu bağlamda, idari para cezaları ve dolayısıyla, idari suç kavramı; Türk hukukunda önceleri, ilkeleri esaslı biçimde sistemleştirilmemiş olan bir alana ait kavramlardı. Ancak, söz konusu kavramlar; 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'yla⁴ birlikte, 1 Haziran 2005 tarihinden (m. 44) beri, artık yasal bir çerçeveye kavuşmuştur.

Buna göre, idari suçlara, yani karşılığında idari para cezası öngörülen ihlallere, artık “kabahat” denilmektedir. Nitekim, Kabahatler Kanunu, karşılığında idari para cezası ve idari ön-

lemler uygulanacak ihlalleri “kabahat” olarak nitelendirmektedir (m. 16/D). Böylece, kabahat; yasanın, karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlıklar olmaktadır (Kabahatler K. m. 2).

Bu durumda, Kabahatler Kanunu'nun genel hükümleri, diğer yasalardaki kabahatler, yani karşılığında idari para cezası gösterilen ihlaller hakkında da uygulanacaktır (Kabahatler K. m. 3). Buna göre, İş Kanunu'nda, karşılığında idari para cezası gösterilen ihlaller, birer “kabahat” niteliğinde olup; Kabahatler Kanunu'nun genel hükümlerinin, İş Kanunu'ndaki kabahatler (idari para cezaları), dolayısıyla İş K. m. 101 hakkında da uygulanması gerekecektir.

III. Aykırılığa Uygulanacak Cezai Sorumluluk Esasları

1. “Kanunilik ilkesi”nin gözetilmesi

a.) “Kanunilik ilkesi”nin uygulama alanı

“Kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesi, Anayasa'da (Ay. m. 38) anlatımını bulan ve tüm kara Avrupası hukuk sistemlerinde geçerli olan bir ilkedir⁵. Bu bağlamda, söz konusu ilke, sadece mahkemeleri değil, idari organları da bağlayan bir esastır.

“Kanunilik ilkesi”, kabahatler (idari para cezaları) açısından da geçerlidir⁶. Nitekim, Kabahatler Kanunu'na göre, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun zaman bakımından uygulamaya ilişkin hükümleri, kabahatler bakımından da uygulanacaktır. Sadece, kabahatler karşılığında öngörülen idari yaptırımlara ilişkin kararların yerine getirilmesi bakımından, derhal uygulama kuralının geçerli olduğu öngörülmüştür (Kabahatler K. m. 5/D).

Bunun anlamı, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin, kabahatler (idari para cezaları) açısından da geçerli olacaktır. Buna göre, lehte yasa, kabahatler (idari para cezaları) açısından da geriye yürüme etkisini gösterecektir. Kabahat karşılığında öngörülen idari yaptırım kararlarının infazı bakımından ise, o anda yürürlükte olan hükümler uygulanacaktır.

b.) 5763 sayılı Yasa karşısında “kanunilik ilkesi”

Özürlü çalıştırma yükümünün düzenlendiği İş K. m. 30 hükmü, daha önce belirtildiği üzere, 2008 yılında 5763 sayılı Yasa'yla yapılan değişiklikten sonra, önemli bir içerik değişikliğine konu olmuştur. Bu itibarla, İş K. m. 30 metninin ilk şeklinin yürürlükte olduğu 2003 yılı ile 5763 sayılı Yasa'nın çıkarıldığı 2008 yılı arasında, İş K. m. 101 hükmünün uygulanacağı işyerleri için ortaya çıkmış olan değişikliklerin de, “kanunilik ilkesi” çerçevesinde dikkate alınması gerekecektir.

aa.) 5763 sayılı Yasa'dan önceki aykırılıklar

5763 sayılı Yasa'nın kabulünden önceki dönemde çalıştırılmayan özürsüzler için Türkiye İş Kurumu'nun, anılan yasanın kabulünden sonra işyerine geçmişe yönelik olarak idari para cezası tahakkuk ettirmeye kalkışması, “kanunilik ilkesi”nin bir unsuru olan “lehte yasanın geriye yürümesi” esasıyla bağdaşmayacaktır.

Gerçekten, işverenin işyerinde özürlü çalıştırma yükümlülüğünü düzenleyen İş Kanunu'nun 30. maddesi; 15.05.2008 tarihli ve 5763 sayılı Yasa'nın ikinci maddesiyle, önemli ölçüde değişikliğe uğramıştır. Nitekim, söz konusu hükmün; yasal değişiklik sonucunda yine işverenin sözleşme yapma yükümünü öngörmesine karşın, önemli bir içerik değişikliğiyle karşılaştığı görülmektedir. Özellikle, anılan yasal değişiklik sonunda, özürlü işçi çalıştırma oranları, özel sektör ile kamu kesimi işverenleri bakımından yeniden düzenlenmiştir.

Buna bağlı olarak, yukarıda belirtildiği üzere, “Yurtiçinde İşe Yerleştirme Hizmetleri Hakkında Yönetmelik”, daha önce çıkarılmış bulunan “Özürlü ve Eski Hükümlü ve Terör Mağduru İstihdamı Hakkında Yönetmelik”in yerine geçmiştir. Bu bağlamda, yeni bir yönetmeliğin çıkarılmasına ihtiyaç duyulması olgusu da, İş Kanunu'nun 30. madde metninin ilk şekli ile değişik şekli arasında, önemli farklılıklar olduğunu ve her iki metnin birbirinden değişik esasları öngördüğünü doğrular nitelikte görünmektedir.

Buna göre, idari para cezası tahakkukuna ilişkin Türkiye İş Kurumu İl Müdürlüğü'nün yazısı 5763 sayılı Yasa'dan sonra işverene (veya

Ceza hükümleri bakımından geçerli olan hukuki esas, aleyhe ceza yasası hükümlerinin geçmişe yürümemesi, yani önceye etkili olmaması; ancak lehe ceza hükümlerinin geçmişe yürümesidir.

işveren vekiline) tebliğ edilirken, “Yurtiçinde İşe Yerleştirme Hizmetleri Hakkında Yönetmelik” hükümleri uygulanmak istenmekte; idari para cezasının tahakkuk ettirildiği dönem ise, 5763 sayılı Yasa'nın öncesine uzanmakta ve bu dönemde, idari para cezasının tahakkuk ettirildiği tarihte yürürlükte olmayan bir yönetmelik, yani “Özürlü, Eski Hükümlü ve Terör Mağduru İstihdamı Hakkında Yönetmelik” yürürlükte bulunmaktadır.

Değişik bir söyleyişle, idari para cezasının tahakkuk ettirildiğini bildiren yazı tarihinde, idari para cezasının ait olduğu dönemin hukuki dayanağını oluşturan yönetmelik hükümleri yürürlükten kalkmış bulunmaktadır. Oysa, ceza hükümleri bakımından geçerli olan hukuki esas, aleyhe ceza yasası hükümlerinin geçmişe yürümemesi, yani önceye etkili olmaması; ancak lehe ceza hükümlerinin geçmişe yürümesidir (TCK. m. 7; Kabahatler K. m. 5/1).

İşte, aleyhe biçimde, Kurum yazısıyla geçmişe yönelik olarak geçmiş dönem için idari para cezası uygulanmak istenmesi, “kanunilik” ilkesiyle bağdaşmayacaktır. Buna göre, idari para cezasının verildiği sırada, İş Kanunu'nun 30. maddesinin yürürlükten kalkmış bulunan metin hükmünün uygulanmaya kalkışılması, “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesinin ihlalin-den söz etmeye yol açabilecektir.

bb.) 5763 sayılı Yasa öncesindeki şirket birleşmeleri

5763 sayılı Yasa'nın çıkarılmasından önceki dönemde, bir şirket, özürlü çalıştırma yükümüne aykırı hareket etmiş bir şirketle birleşmiş olabilir. Bu durumda, ortaya çıkan yeni tüzel kişilik hakkında idari para cezasının uygulanmaya kalkışılması, yine “kanunilik ilkesi”ne uygun düşmeyecektir.

Özürü işçi çalıştırmama idari suçu, niteliği itibariyle, ancak kasten işlenebilecek bir kabahattir.

Gerçekten, birleşme suretiyle ortaya çıkan bir şirketin, başka bir şirkete ait eylemlerden cezaen sorumlu tutulması, hukuken düşünülmaz. Bu bağlamda, İş K. m. 6 hükmünü hukuken dayanak yapma olanağı bulunmamaktadır. Çünkü, anılan hükmün, öngörülen cezai sorumlulukla bir ilgisi bulunmamaktadır. Nitekim, söz konusu hüküm, devir halinde iş sözleşmelerinin devralana geçmesini düzenlemekte olup; birleşme sonucunda ortaya çıkacak tüzel kişiliğin, cezaen sorumlu tutulmasını içeren bir esas öngörmemektedir.

Esasen, böyle bir esasın öngörülmesine, “cezaların şahsiliği” ilkesi, hukuken engel oluşturur. Nitekim, ceza sorumluluğu; TCK. m. 20/I uyarınca, şahsidir ve kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz. Söz konusu esas; yasada herhangi bir ayırım gözetilmediğinden, gerçek kişiler için olduğu kadar, tüzel kişiler açısından da geçerlidir. Nitekim, Anayasa Mahkemesi'nin bu konudaki görüşü; tüzel kişinin cezalandırılmasıyla suçun işlenmesinde kusuru bulunmayan diğer üyelerin dolaylı biçimde cezalandırılmış sayılmayacağı, yani tüzel kişilerin ceza sorumluluğu altında bulunmasının cezaların şahsiliği ilkesine aykırı olmadığı yolundadır⁷.

Buna göre, tüzel kişilere birleşmeden sonra da ceza verilmek istenmesi; kanuna karşı hile veya danışıklılık (muvazaa) gibi hakkın kötüye kullanılmasını içerecek durumlar söz konusu olmadığı sürece, hukuken mümkün olmamalıdır. Nitekim, tüzel kişilerin sürekli kanuna aykırı eylemlerde bulunup muvazaalı devirler yoluyla ceza görmemesi, engellenmek gerekir. Buna göre, her somut olayda idari para cezası uygulanmak istenen şirketin, sırf idari para cezasından kurtulmak amacıyla (ya da saikiyle) başvuru bir şirket birleşmesi sonucunda ortaya çıkıp çıkmadığı, bizzat mahkemece araştırılması gereken bir noktadır.

2. Maddi unsura uygunluk esası

Genel olarak idari suçun oluşması için, ya-

sadaki idari suç tanımına uyan bir hareketin yapılması, yani maddi unsurun bulunması gerekir⁸.

Buna göre, konumuz bakımından, özürü çalıştırmama suçunda maddi unsur, hiç veya gereken sayıda özürü işçi çalıştırılmamış olmasıdır. Bu durum, İş K. m. 101 hükmünde, “bu Kanununun 30 uncu maddesindeki hükümlere aykırı olarak özürü .. çalıştırmayan” biçiminde anlatılmak istenmiştir.

Ancak, söz konusu yükümlülüğe uyulmuş sayılma, usul itibariyle Yasa'da belirlenmiş ve bazı sınırlandırmalara tabi tutulmuştur. Nitekim, özürü işçi çalıştırma yükümlülüğü, iki ayrı mecburiyeti içermektedir. Bunlar:

- Özürü işçi kontenjanından çalıştırılacak kişilerin meslek, beden ve ruhi durumlarına uygun bir işte çalıştırılmaları,
- İstihdam edilecek özürü kişilerin, Kurum (Türkiye İş Kurumu) aracılığıyla sağlanması, esaslarıdır.

Buna göre, söz konusu idari suçun maddi unsuru; meslek, beden ve ruhi durumlarına uygun iş bulunduğu ve Türkiye İş Kurumu sağladığı halde, özürü işçi çalıştırmamadır.

Bu bağlamda, o işyerinde, yükümlülüğün muhatabı olan kişilerin mesleklerine, beden ve ruh durumlarına uygun iş bulunmaması yüzünden yükümlülüğün yerine getirilememesi halinde söz konusu idari suç oluşmayacaktır. Bunun gibi, Türkiye İş Kurumu bu konudaki işçileri sağlayamadığı için o işyerinde yükümlülüğe uyulmadığında da, yine anılan idari suç oluşmayacaktır.

3. Manevi unsurun gerçekleşmesi esası

Özürü çalıştırma yükümüne aykırılıkta, diğerlerinin yanısıra, idari suçun kusurluluk unsurunun varlığı da aranır. Buna göre, idari para cezasını gerektiren eylemler, ancak kusurlu olduğunda, yani kast veya taksir olduğunda cezalandırılabilen eylemlerdir.

Çağdaş ceza hukukunun bu en temel ilkesinin, idari suçlar alanında geçerli olduğu kuşkusuzdur. Bu bağlamda, yasakoyucu, kabahatlerin hem kasten ve hem de taksirle işlenebilecek eylemler olduğunu vurgulamaktadır (Kabahatler K. m. 9).

Buna göre, kabahatlerde (idari suçlarda) kusur aranacaktır. Bu anlamda, kabahat, icrai veya ihmali davranışla işlenebilir. İhmali davranışla işlenmiş kabahatin varlığı için, failin belli bir icrai davranışta bulunma hususunda hukuki yükümlülüğünün olması aranacaktır (Kabahatler K. m. 7). Kabahatler ise, kanunda açıkça hüküm bulunmayan hallerde, hem kasten ve hem de taksirle işlenebilir (Kabahatler K. m. 9). Bunun anlamı, bir kabahatin sadece kasten işlenebileceği yasa da gösterildiği takdirde, o zaman taksirli halin cezalandırılmayacağıdır. Ancak, böyle bir sınırlandırma yoksa, kabahati hem kasten işleyen ve hem de ona taksirle sebebiyet veren cezalandırılacaktır.

Bu bağlamda, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu da, objektif sorumluluk hallerini kaldırmıştır. Dolayısıyla, bu konuda sistem yenilenmiş, Avrupa Birliği normlarıyla uyumlu hale getirilmiştir. Bunun, idari para cezasını gerektiren

dir. Çünkü, işveren veya işveren vekili, böylece üzerine düşen yükümlülüğü yerine getirme iradesini ortaya koymuş olmaktadır.

Diğer yandan, Yasa'da (İş Kanunu m. 30/I hükmünde), özürhükümlerinin meslek, beden ve ruhi durumlarına uygun işlerde çalıştırılacakları gösterilmiştir. İlgili yönetmelik hükmünde (Yurtiçinde İşe Yerleştirme Hizmetleri Hakkında Yönetmelik m. 18/I) ise, “mesleklerinde veya mesleklerine yakın işlerde çalıştırmak” anlamına yer verilmiştir. Ancak, kurallar hiyerarşisi içinde, yönetmelik hükümlerinin yasa hükmüne ters düşmeleri ve yasa hükmünü değiştirmeleri, hukuken söz konusu olamaz.

Buna göre, yasa koyucu bu kişilerin herhalükarda değil, meslek, ancak beden ve ruhi durumlarına uygun şekilde istihdamını öngörmektedir. Türkiye İş Kurumu tarafından gösterilen adaylar, iş pozisyonlarına uygun olmadığı için istihdam edilemediğinde veya pozisyonlara

İşverenin Kurumca gönderilmiş özürhükümlü kişiyi mutlaka işe almasının gerekmesi gibi bir zorunluluk, hukuken söz konusu değildir.

Burada önemli olan nokta, işverenin somut durumda kasıtlı hareket edip etmediğidir.

eylemler açısından gözönünde tutulması kaçınılmazdır. Kaldı ki; sözkonusu ilke, Kabahatler Kanunu'nda anlatımını bulmadan önce de, öğretide ve uygulamada idari para cezasını gerektiren eylemler için kabul edilegelmiştir.

Burada “kast”, idari suçun yasal tanımındaki unsurların bilinerek ve istenerek gerçekleştirilmesi; “taksir” ise, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın idari suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesidir⁹.

Buna karşılık, özürhükümlü işçi çalıştırmama idari suçu, niteliği itibarıyla, ancak kasten işlenebilecek bir kabahattir. Bu nedenle, işveren veya işveren vekili somut bir olayda Türkiye İş Kurumu'ndan özürhükümlü listesini istemiş, çok sayıda yazışma yapmış ve uygun adayları işe almış olduğu takdirde, artık söz konusu idari suçu işleme kasdının varlığından söz edilememeli-

uygun adaylar önerilmediğinde ise, öngörülenleri çalıştırma iradesini ortaya koymuş olan bir işverenin suç işleme kastının bulunduğundan söz edilememelidir.

Bu bakımdan, işverenin Kurumca gönderilmiş özürhükümlü kişiyi mutlaka işe almasının gerekmesi gibi bir zorunluluk, hukuken söz konusu değildir. Burada önemli olan nokta, işverenin somut durumda kasıtlı hareket edip etmediğidir.

IV. Değerlendirme ve Sonuç

Özürhükümlü çalıştırma yükümü konusunda, 5763 sayılı Yasa'yla gerçekçi ve sevindirici bir adım atılmıştır¹⁰. Nitekim, özellikle özel sektör işyerleri bakımından, istihdam yükümleri konusunda, görmezlikten gelinemeyecek bir teşvik yaratılmış ve bu yolla önemli bir rahatlama sağlanmıştır¹¹.

Türkiye İş Kurumu İl Müdürlüklerinin, özürülülerin işe yerleştirilmesi sırasında, bunların gönderildiği işyerinde görülen işin özellikleri ile gereklerini dikkate almasında yarar görülmektedir.

Ancak, sunulmak istenen rahatlatmanın kalıcı olması, önemli ölçüde Türkiye İş Kurumu'nun uygulamalarına bağlı bulunmaktadır. Bu anlamda, Kurum İl Müdürlüklerinin, özürülülerin işe yerleştirilmesi sırasında, bunların gönderildiği işyerinde görülen işin özellikleri ile gereklerini dikkate almasında yarar görülmektedir.

Bunun gibi, gönderilmiş özürülü kişinin konumuna uygun açık bir kadronun işyerinde bulunmaması veya bu kişilerin işyerinde kısmi süreli bir işin olmamasına rağmen kısmi süreyle çalışmakta direktmeleri ya da özürülünün oturduğu yer ile işyeri arasındaki uzaklığın büyük olması yüzünden ulaşım güçlüğüne orta-ya çıkması gibi hizmetin görülmesi için önem taşıyan bazı etkenlerin göz önünde bulundurulmasında da, işletmelerin sürdürülebilirliği açısından yarar görülmektedir. Çünkü, bu gibi durumlarda önemli olan nokta, işverenin kasıtlı bir biçimde ve sürekli, gerçek olmayan gerekçelerle özürülü kişiyi işe almaktan kaçınıp kaçınmadığının belirlenmesidir.

Nihayet, Kurumun temel politikaları arasında, esas olarak idari para cezasının uygulanması olmamalıdır. Çünkü, özürülülerin rehabilitasyonu ve iş bulmalarını sağlayıcı projelerin yaratılması, salt idari para cezalarıyla sağlanabilecek bir konu değildir. Üstelik, bunu, sosyal devletin (Ay. m. 2) bir gereği olarak algılama olanağı da yoktur.

Buna karşılık, işyerlerinin, teşvik yoluyla özürülü istihdamını başarmaları ve işverenlerin, özürülü istihdamının sosyal sorumlulukları içinde yer aldığı bilincini kazanmaları, çok daha adil ve kalıcı çözümler yaratabilecektir.

DİPNOTLAR

- 1 RG. 24.3.2004, No. 25412.
- 2 RG. 25.4.2009, No. 27210.

- 3 Ayrıca bkz. aşağıda III 1 b.
- 4 30.3.2005 tarihli ve 5326 sayılı Yasa (RG. 31.3.2005, No. 25772 Mükerrer).
- 5 Ayrıntılı bilgi için bkz. Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt: I, İstanbul 1997, k. no. 30 vd.
- 6 Ayrıntılı bilgi için bkz. Fatih Selami Mahmutoglu, Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve İdari Ceza Hukukunda Yaptırım Rejimi, İstanbul 1995, sh. 103 vd.
- 7 Bkz. AyM., 16.6.1964-1963-101/49, Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, 2 (1965), sh. 151 vd.; AyM., 18.02.1973-3/37, Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, 11 (1974), sh. 339-340; AyM., 14.2.1989-1988-15/9 – RG. 4.2.1991, No. 20776.
- 8 Ayrıntılı bilgi için bkz. Kayıhan İçel/Fusun Sokullu/İzzet Özgenc/Adem Sözüer/Fatih Mahmutoglu/Yener Ünver, Suç Teorisi, İstanbul 2000, sh. 43 vd.
- 9 Bkz. Türk Ceza Kanunu m. 21 ve 22.
- 10 Bkz. Nüvit Gerek, "4857 Sayılı İş Kanunu'nda Yapılan Son Değişiklikler", Sicil III, 11 (Eylül 2008), sh. 14-15.
- 11 Ayrıca bkz. Nuri Şener Tıgılı, "26 Mayıs 2008 Tarihli Resmi Gazete'de Yayımlanan 5763 Sayılı İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Kapsamında İş Güvenliğinde Getirilenler", Sicil III, 10 (Haziran 2008), sh. 91.

Prof. Dr. Nurhan SÜRAL

Orta Doğu Teknik Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

İstihdamda Cinsiyet Eşitliği

Avrupa Birliği'nin (AB) istihdamda cinsiyet eşitliğine dair düzenlemeleri

Topluluk Antlaşmasının müzakereleri sırasında, o tarihte ücret eşitliğine mevzuatında yer vermiş tek kurucu ülke olan Fransa, diğer kurucu ülkelerde düşük ücretli kadın işgücünün kendisi açısından haksız rekabet yaratabileceği endişesiyle eşit işe eşit ücret öngören 119. maddeyi antlaşma metnine koydurmuştur. 1970'li yıllara kadar süren bir atalet döneminden sonra Topluluk Antlaşmasının eşit işe eşit ücret eşitliğine dair dar kapsamlı ve iktisadi amaçlı 119. maddesi uygulamada, özellikle de Komisyonun girişimleri ve Adalet Divanının kararlarıyla, Topluluk sosyal politikalarını ateşleyen, onlara ivme kazandıran temel hüküm niteliği kazanmıştır. 10 Şubat 1975 tarihli Kadın ve Erkek İçin Eşit Ücret İlkesinin Uygulanmasına Dair Üye Devletler Hukuklarının Uyumlaştırılması Hakkında Direktif, hem kadın – erkek eşitliği konusunda hem de sosyal alanda çıkarı-

lan ilk direktif olma özelliğini haizdir. Topluluk Antlaşmasında yer alan ve başlangıçta iktisadi amaçlı bir maddeden yaşamın her alanında kadın-erkek eşitliğine, cinsiyet, din veya inanç, özürlülük, yaş, ırk veya etnik köken ve cinsel yönelim temelinde ayrımcılık yapılamayacağına,¹ dezavantajlı gruplara, kısaca tüm Topluluk sosyal politikalarına uzanan bir düzenleme, eylem programı ve içtihatlar zinciri oluşmuştur. AB'de eşitlik ve ayrımcılığın yasaklanması konusunda yapılan düzenleme miktarı ve Adalet Divanının içtihat sayısı ve içtihatlarının önemi, sosyal politikanın diğer alanlarının çok üstündedir.

Lizbon Antlaşmasının (Lisbon Treaty) 1 Aralık 2009'da yürürlüğe girmesiyle birlikte AB, Avrupa Topluluğunun (AT) yerine geçmiştir. AB, iki antlaşmaya dayanmaktadır: AB Antlaşması (Treaty on European Union-TEU) ve AB'nin İşleyişine Dair Antlaşma (Treaty on the Functioning of the European Union-TFEU). AB Temel Haklar Şartı da (Charter of Fundamental Rights of the European Union) Lizbon Antlaşmasıyla birlikte bağlayıcılık kazanmıştır.² Topluluk Antlaşmasının 119. maddesi, 1997 tarihli

Amsterdam Antlaşması ile kapsamı genişletilerek 141. madde olmuştur; AB'nin İşleyişine Dair Antlaşmanın ise 157. maddesidir. Topluluk Antlaşmasının 1997 tarihli Amsterdam Antlaşması ile değişik 141. maddesi, 119. maddede öngörülen 'eşit işe eşit ücret ilkesi'nin çok daha ilerisine giderek 'eşit işe ve eşit değerde işe eşit ücret ilkesi, fırsat eşitliği, eşit muamele ilkesi ve pozitif ayrımcılığı' hükme bağlamıştır. AB'nin İşleyişine Dair Antlaşmanın 157. maddesi, Topluluk Antlaşmasının 1997 tarihli Amsterdam Antlaşması ile değişik 141. maddesini aynen tekrarlamaktadır. Tek fark, 157. maddenin 3. fıkrasında, 'Konsey' yerine 'Avrupa Parlamentosu ve Konsey' denilmesidir ki bu husus AB'deki yasama süreci ile ilgilidir.³ AB Antlaşmasının 2 ve 3. ve AB'nin İşleyişine Dair Antlaşmanın 8, 10, 19. maddeleri, eşitlik ilkesinden ve cinsiyet eşitliğinden bahseden diğer maddelerdir. AB Temel Haklar Şartı, Aralık 2000 tarihli Nice Avrupa Konseyinde kabul edildiğinde hukuki bağlayıcılığı yoktu, siyasi deklarasyon niteliğindedir. 2003-4 ve 2007 Hükümetlerarası Konferanslarda Şart'ın hukuken kabulüne yönelik uyarlamalar yapıldı. Lizbon Antlaşmasıyla birlikte bağlayıcılık kazanan AB Temel Haklar Şartı, cinsiyet eşitliğine ve cinsiyet ayrımcılığı yapılmamasına dair hükümler de içermektedir. AB Antlaşması, Şart'da yer alan hakların, özgürlüklerin ve ilkelerin AB tarafından tanındığını ve Şart'ın

Antlaşmalarla aynı hukuki değere sahip olduğunu belirtmektedir (m. 6/1). Fakat Şart, hukuki bağlayıcılığı haiz olmakla beraber yalnızca Avrupa mevzuatının yorumlanmasında ve üye devletlerin uygulamaya yönelik önlemler almasında yardımcı rol oynayacaktır zira AB Antlaşması, Şart'ın AB'nin Antlaşmalarla tanımlanan yetki alanında ve görevlerinde bir değişiklik yapamayacağını açıkça hükme bağlamaktadır (m. 6/1, 51/2). Bu nedenle Şart'ın cinsiyet eşitliği konusunda Antlaşmalardan farklı hükümler getirdiğini ve AB'ye yeni yetkiler tanıdığını söyleyemeyiz.⁴

AB cinsiyet eşitliği hukuku dinamik bir alandır. Yalnızca 2010 yılındaki gelişmelere bakıldığında, ebeveyn iznine ve bağımsız çalışan konumunda faaliyette bulunan kadın ve erkeğe eşit muamele ilkesinin uygulanmasına dair iki yeni direktifin çıkarıldığını, hamile, loğusa veya emzikli çalışanlara yönelik mevcut direktifi değiştiren direktif teklifinin Konsey onayını beklediğini, Avrupa Komisyonunun 5 Mart 2010'da Kadın Şartı'nı (Women's Charter) deklare ettiğini, 24 Şubat 2010'da Kadın-Erkek Eşitliği 2010 (Equality between Men and Women 2010) raporunu ve 21 Eylül 2010'da cinsiyet eşitliği hakkında önceki çalışma programlarını (Roadmap for equality between women and men 2006–2010 ve European Pact for Gender Equality)⁵ izleyen yeni bir çalışma programını (Strategy for equality between women and men

AB'nin istihdamda cinsiyet eşitliğine dair direktifleri

	Tarih	Direktif
1	19.12.1978	Sosyal güvenlik konularında kadın ve erkek için eşit muamele ilkesinin tedricen yürürlüğe konulmasına dair Konsey Direktifi (79/7/EEC) ⁷
2	11.12.1986	Tarım sektörü dahil serbest çalışan kadın ve erkeğe eşit muamele ilkesinin uygulanmasına ve serbest çalışan kadınların hamilelik ve doğum hallerinde korunmalarına dair Konsey Direktifi (86/613/EEC) ⁸
3	19.10.1992 20.06.2007 03.10.2008	Hamile, loğusa veya emzikli çalışanların iş sağlığı ve güvenliğini geliştirmeyi teşvik eden önlemlerin getirilmesi Konsey Direktifi (92/85/EEC) ⁹ Üye devletlerce sunulması gereken uygulama raporlarını basitleştiren ve rasyonalize eden Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi (2007/30/EC) ile yapılan değişiklik ¹⁰ Hamile, loğusa veya emzikli çalışanların iş sağlığı ve güvenliğini geliştirmeyi teşvik eden önlemlerin getirilmesi Konseyi Direktifini değiştiren Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktif Teklifi (COM(2008) 637 final). ¹¹
4	13.12.2004	Mal ve hizmetlerin sağlanmasında ve erişiminde kadın ve erkeğe eşit muamele ilkesinin uygulanmasına dair Konsey Direktifi (2004/113/EC) ¹²
5	05.07.2006	İstihdam ve işe dair hususlarda kadın ve erkeğe eşit fırsat ve eşit muamele ilkesinin uygulanmasına dair Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi (Çatı Direktif) (2006/54/EC) ¹³
6	08.03.2010	96/34/EC sayılı Direktifi ¹⁴ kaldıran ve BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP ve ETUC tarafından akdolan revize ebeveyn izni sözleşmesinin uygulanmasına dair Konsey Direktifi (2010/18/EU) ¹⁵
7	07.07.2010	86/613/EEC sayılı Direktifi ¹⁶ kaldıran ve bağımsız çalışan konumunda faaliyette bulunan kadın ve erkeğe eşit muamele ilkesinin uygulanmasına dair Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi (2010/41/EU) ¹⁷

for 2010–2015)⁶ yayınladığını görmekteyiz. Bu makalede, AB'nin istihdamda cinsiyet eşitliğine dair düzenlemeleri, özellikle de direktifleri çerçevesinde iş mevzuatımızın değerlendirilmesi yapılacaktır.

1982 Anayasası'nda kanun önünde eşitlik ilkesi

1982 Anayasası'nın¹⁸ kanun önünde eşitlik ilkesini düzenleyen 10. maddesinin ilk fıkrasına göre, 'Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.' 5170 sayılı Kanun¹⁹ ile 2004 yılında 10. maddeye bu ilk fıkradan sonra gelmek üzere yeni bir fıkra eklenmiştir: 'Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür.' Bu ek fıkraya, diğer Anayasa değişiklikleri ile birlikte halkoylamasına sunulmak üzere 5982 sayılı Kanun²⁰ ile ek cümle getirilmiştir. Yüksek Seçim Kurulu (YSK), 5982 sayılı Kanuna ilişkin halkoylamasının 12 Eylül 2010 tarihinde yapılmasına karar vermiş ve bu Kanun halkoylaması sonuçlarına dair YSK kararının 23 Eylül 2010 tarih ve 27708 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmasıyla yürürlüğe girmiştir. Anılan ek cümle pozitif ayrımcılığa cevaz vermektedir: 'Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.' Ek cümle, Topluluk Antlaşmasının 141. ve Lizbon Antlaşmasıyla Topluluk Antlaşmasının yerine geçen AB'nin İşleyişine Dair Antlaşmanın 157. maddesi ile uyumludur. Nitekim pozitif ayrımcılığın anayasa düzeyinde kabulü, AB'nin Ekim 2009-Ekim 2010 dönemini kapsayan 9 Kasım 2010 tarihli Türkiye İlerleme Raporunda da ifadesini bulmuştur.²¹ Rapor, Anayasa değişikliklerini olumlu yönde atılmış bir adım olarak değerlendirmektedir.²²

Halkoylamasına sunulan 5982 sayılı Kanun, pozitif ayrımcılığı diğer bazı dezavantajlı gruplar (çocuklar, yaşlılar, özürllüleri, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler) açısından da kabul etmektedir (m. 10/3). Anayasanın 10. maddesinin son iki fıkrası uyarınca, 'Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde

eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.' 'Bütün işlemlerinden' ibaresinden sonra gelmek üzere 2008 yılında eklenen 've her türlü kamu hizmetinden yararlanılmasında' ibaresi ile Anayasa'nın 42. maddesine eklenen 'Kanunda açıkça yazılı olmayan herhangi bir sebeple kimse yükseköğrenim hakkını kullanmaktan mahrum edilemez. Bu hakkın kullanımının sınırları kanunla belirlenir' fıkrası²³ Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir.²⁴ Anayasa Mahkemesi'nin, hukuken var olmayan fakat fiilen var olan üniversitelerde türban yasağının sürmesi amaçlı iptal kararı, AB'nin 'Mal ve Hizmetlerin Sağlanması ve Erişiminde Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele İlkesinin Uygulanmasına Dair Konsey Direktifine'²⁵ de aykırıdır.

İş Kanunumuzun konuya dair düzenlemelerinin değerlendirilmesi

1987 yılında tam üyelik için adaylık başvurusunda bulunan Türkiye'nin adaylık statüsü, 10-11 Aralık 1999'da yapılan Helsinki Zirvesi sonrasında tescil edildi. Aday ülke statüsü kazanan Türkiye, katılım öncesi stratejiye dahil edilmekle diğer aday ülkelerle eşit konuma geldi. Zirve sonuç bildirisinde, AB tarafından katılım ortaklığı belgesi hazırlanması da öngörülmekteydi. Türkiye de Ulusal Programı hazırlayacaktı. 29 Nisan 2000'de Türkiye-Avrupa Topluluğu Ortaklık Konseyi, Lüksemburg'da toplandı. Komisyon tarafından hazırlanan Katılım Ortaklığı Belgesi ile Türkiye'nin Katılım Yönünde İlerlemesi Üzerine 2000 Düzenli Raporu 8 Kasım 2000'de açıklandı. Katılım Ortaklığı Belgesi, 4 Aralık 2000'de Bakanlar Konseyi tarafından kabul edildi. AB Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı, 19 Mart 2001'de Bakanlar Kurulunca kabul edildi ve 24 Mart 2001 tarih ve 24352 mükerrer sayılı Resmi Gazetede yayımlandı. Bunu 2003 ve 2008 tarihli iki ulusal program daha izledi. AB Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı ile AB Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programının Uygulanması, Koordinasyonu ve İzlenmesine Dair Karar, 24 Temmuz 2003 tarih ve

25178 mükerrer sayılı Resmi Gazete'de yayımlandı. 16/17 Aralık 2004 tarihli Brüksel Avrupa Konseyi, Türkiye'nin Kopenhag siyasi kriterlerini müzakereleri açmak için yeterli ölçüde karşıladığına ve müzakerelerin 3 Ekim 2005'de başlatılmasına karar verdi. AB Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı ile AB Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programının Uygulanması, Koordinasyonu ve İzlenmesine Dair Kararın kabulü; Dışişleri Bakanlığının 10.11.2008 tarihli ve 2408 sayılı yazısı üzerine, Bakanlar Kurulunca 10.11.2008 tarihinde kararlaştırıldı.²⁶

AB müktesebatı, 22.5.2003 tarih ve 4857 sayılı İş Kanunumuzun hazırlanması aşamasında yalnızca konumuza dair düzenlemelerde değil, tüm düzenlemelerde dikkate alınmıştır.

Eşit davranma ilkesi (İK m. 5): İş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz (m. 5/1). İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona erdirilmesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapılamaz. Aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılmaz. İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz (m. 5/3-5).

Cinsiyet temelinde ayrımcılığın ispatında ispat yükü hangi tarafa ait olacaktır? İşçi, bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda (prima facie case of discrimination), işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur (m. 5/7). İşçi, cinsiyet temelinde ayrımcılık iddiasını güçlü emarelere dayandırdığında, (ak-sini) ispat yükü işverene geçecektir.

İş ilişkisinde veya sona ermesinde cinsiyet temelinde ayrımcılık yapıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir. 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesi hükümleri saklıdır (m. 5/6).

Türk Ceza Kanunu (TCK),²⁷ ayrımcılığı yaptırıma bağlamıştır: Kişiler arasında dil, ırk,

renk, cinsiyet, özürlülük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak bir kişinin işe alınmasını veya alınmamasını bu hallerden birine bağlayan kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir (m. 122).

İş Kanunu'nun eşit davranma ilkesi başlığı altında belirtilen bu hususlar, 5 Temmuz 2006 tarih ve 2006/54/EC sayılı İstihdam ve İşe Dair Hususlarda Kadın ve Erkeğe Eşit Fırsat ve Eşit Muamele İlkesinin Uygulanmasına Dair Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifinin (Çatı Direktif) ilgili hükümleri ile karşılaştırıldığında şu eksikliklerin giderilmesi gerekmektedir:

- Yaş, özürlülük,²⁸ ırk veya etnik köken, cinsel yönelim temelinde de ayrımcılığın yasaklanması;
- Eşit muamele ilkesine yalnızca iş ilişkisinde değil, işe ve mesleki eğitime başvuru, terfi, çalışma koşulları, mesleki rehberliğin her çeşidi ve düzeyi, staj dahil olmak üzere meslek eğitimi ve yeniden eğitim hususlarında yer verilmesi;
- Doğrudan ve dolaylı ayrımcılığın tanımlanması;
- Ayrımcılığa uğrayan kişinin yanısıra onu savunan veya onun lehine tanıklık eden kişi(ler)in de aynı korumadan yararlanması;
- Daha etkin bir koruma sağlamak amacıyla derneklerin, organizasyonların ve diğer tüzel kişilerin ilişkin idari ve yargısal usullerin uygulanması sürecine dahil edilmesi;
- Sosyal ortakların işyerinde cinsiyet temelinde ayrımcılık biçimlerini belirleyerek ayrımcılıkla mücadele konusunda sosyal diyalog geliştirmelerinin teşviki;
- Eşit muamele ilkesini destekleme, gözetleme, analiz etme, teşvik etmeyle görevli kurum veya kurumların oluşturulması.

2010 yılının Mart ayında Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kurulu Kanun Tasarısı Taslağı tartışmaya açılmıştır. Görüşleri alınmak üzere çeşitli kurumlara gönderilen 21 maddelik taslak, 'cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, etnik köken, cinsel kimlik, felsefi ve siyasi görüş, sosyal statü, medeni hal, sağlık durumu, engellilik, yaş ve benzeri temellere dayalı ayrımcılığın yasaklanmasını' öngörmektedir. Bu Kanun ve ayrımcılıkla ilgili diğer mevzuatla verilecek

görevleri yerine getirmek üzere kamu tüzel kişiliğine, idari ve mali özerkliğe sahip 'Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kurulu' kurulacaktır. Kurulun, ayrımcılığın önlenmesi ve ortadan kaldırılması bilincini oluşturmaya yönelik her türlü eğitim, toplantı ve benzeri faaliyetlerde bulunmak, bu tür faaliyetlere destek vermek, resen ya da başvuru üzerine ayrımcılık iddialarını incelemek veya sonuçlandırmak, ayrımcılığa uğradığını iddia edenlere yardımda bulunmak, ayrımcılık iddiaları üzerine gerektiğinde uzlaştırma süreci yürütmek, talep üzerine yargı organlarına, kamu kurum ve kuruluşlarıyla özel kişilere görüş bildirmek, kanunda öngörülen durumlarda idari para cezası vermek, ayrımcılıkla ilgili yargı kararlarının gereği gibi uygulanmasını denetlemek, yıllık ayrımcılık raporu hazırlamak, ulusal ya da uluslararası düzeydeki benzer kuruluşlarla işbirliği yapmak gibi görevleri bulunacaktır. Ayrımcılık iddiasıyla kurula, adli veya idari yargı organlarına yapılan başvurulara ilişkin idari ve yargısal usullerin uygulanmasında ispat yükü, iddianın açıkça dayanaktan yoksun bulunduğu veya başvuru hakkının kötüye kullanıldığı haller dışında, ayrımcılık yaptığı iddia edilen tarafa ait olacaktır. Ayrımcılık iddiasına dayanan uyuşmazlıklarda yargı yerlerinin Kurulun görüşüne başvurması zorunlu olacak ve Kurulun görüşü, bilirkişi raporu niteliğinde kabul görecektir. Kurulun bireysel ayrımcılık iddialarına ilişkin kararları ile kurumsallaşmış ayrımcılığa ilişkin saptama ve önerilerini içeren kararları gerekçeli olarak, Resmi Gazete'de yayımlanacaktır. Kurula üyelik için Türk vatandaşı olmak, kamu haklarından mahrum bulunmamak, herhangi bir siyasi partinin yönetim ve denetim organlarında halen görevde olmamak, en az lisans düzeyinde yükseköğretim yapmak, insan hakları, ayrımcılıkla mücadele ve eşitlik alanındaki çalışmalarıyla temayüz etmiş olmak gibi şartlar aranacaktır. Kurul, biri başkan, biri başkan vekili onbeş üyeden oluşacaktır. Üyelerin yedisini Bakanlar Kurulu, üçünü TBMM, ikisini Cumhurbaşkanı seçecek, kalan üç üye ise ayrımcılıkla mücadele ve eşitlik alanlarında çalışma yapan sivil toplum kuruluşları üyeleri arasından belirlenecektir. Kurul, haftada en az bir kez toplanacak ve toplantıya katılanla-

rın salt çoğunluğuyla karar alacak olan kurul üyeleri altı yıl görev yapacak ve görev süresi bitenler yeniden seçilemeyecektir.

25 Mayıs 2010 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 2010/14 sayılı Kadın İstihdamının Artırılması ve Fırsat Eşitliğinin Sağlanması Başbakanlık Genelgesi,²⁹ kadın-erkek fırsat eşitliğinin ve eşitliğin dahilî politikasının (gender mainstreaming) sağlanmasına yönelik bir dizi etkin önlem getirmektedir. Genelgede yer alan önlemler, İş Kanunumuzun 5. maddesinde hükme bağlanan eşit davranma ilkesini ve bu ilkenin uygulanmasını yakından ilgilendirmektedir:

- Kadının istihdamı alanındaki mevcut sorunların tespiti ile bu sorunların giderilmesine yönelik ilgili tüm tarafların gerçekleştirdiği çalışmaları izlemek, değerlendirmek, koordinasyon ve işbirliğini sağlamak üzere, 'Kadın İstihdamı Ulusal İzleme ve Koordinasyon Kurulu' oluşturulacaktır. Kurul, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Müsteşarı başkanlığında; Adalet, İçişleri, Milli Eğitim, Sağlık, Tarım ve Köyişleri, Sanayi ve Ticaret Bakanlıklarından ve Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığından müsteşar yardımcısı; Özürlüler İdaresi Başkanlığı, Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı, GAP Bölge Kalkınma İdaresi Başkanlığı, Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Genel Müdürlüğü, Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü, Türkiye İş Kurumu Genel Müdürlüğü ve Türkiye İstatistik Kurumundan Başkan veya Genel Müdür; TOBB, TESK, memur, işçi ve işveren konfederasyonları temsilcileri ile Kurul tarafından bir yıl süre için tespit edilecek kadın istihdamı konusunda faaliyet gösteren sivil toplum kuruluşları ve üniversite temsilcilerinden oluşacaktır. Kurulun çalışma usul ve esasları ilk toplantıda Kurul tarafından belirlenecektir.

- Öncelikle kamuda kadın istihdamına ilişkin fırsat eşitliğini ve bu konuda çıkarılan kanun, yönetmelik ve diğer düzenlemelerin uygulanmasını izlemek üzere tüm Bakanlıklarda müsteşar yardımcısı seviyesinde bir görevlendirme yapılacak, ayrıca bir birime 'kadın-erkek fırsat eşitliği'ne ilişkin görev verilecektir.

- Gerek kamu gerekse özel sektör iş yerlerine yönelik yapılan her türlü denetimde 4857

sayılı İş Kanununun 5. maddesinde ifade edilen cinsiyet eşitliğine ilişkin hükümlere uyulup uyulmadığı hususlarına denetim raporunda yer verilecektir.

- Kamu kurum ve kuruluşları ve yerel yönetimler hazırlayacakları stratejik plan, performans programları ve faaliyet raporlarına kadın-erkek eşitliği yaklaşımını dahil edecekler, bu metinlerde istatistiksel veriler ile bilimsel araştırmalar ve bunlar için kullanılacak ödeneklere yer verilecektir.

- Kamu kurumlarınca mevzuat taslakları hazırlanırken, fırsat eşitliği etki değerlendirmesi yapılarak taslakların ekinde sunulacaktır.

- Kamu kurum ve kuruluşlarında işe giriş sınavları ve hizmet içi eğitim programlarına katılım, görevde ve unvanda yükselme (terfi), üst yönetim kademelerinde görev alma hususlarında cinsiyete dayalı ayrımcılık yapılmayacak, kadın-erkek fırsat eşitliği ilkesi gözetilecektir.

- Tüm kamu kurum ve kuruluşları, hizmet içi eğitim programlarında 'kadın-erkek fırsat eşitliği' konusuna yer vereceklerdir.

- İl İstihdam ve Mesleki Eğitim Kurulları çalışmalarında kadın-erkek fırsat eşitliğini gözetecek ve bu kurullara 'kadın' konusunda faaliyet gösteren sivil toplum kuruluşlarından bir temsilcinin katılımı sağlanacaktır.

- İl İstihdam ve Mesleki Eğitim Kurulları tarafından iller bazında yapılacak iş piyasası analizlerinden hareketle kadın istihdamı için ön plana çıkan sektörlerle yönelik mesleki beceri eğitimlerine ağırlık verilecektir. Konuya ilişkin faaliyetler ve sonuçlarını içeren raporlar her yıl ocak ayında Ulusal İzleme ve Koordinasyon Kuruluna gönderilecektir.

- Halk Eğitim Merkezleri, Toplum Merkezleri, Türkiye İş Kurumu Genel Müdürlüğü ve yerel yönetimler tarafından yürütülen tüm yaygın eğitim faaliyetleri ve mesleki eğitim programları, sivil toplum kuruluşlarıyla işbirliği sağlanarak kadının insan hakları, eğitim ve istihdam olanakları, iş arama süreçlerinde danışmanlık ve rehberlik hizmetlerine ilişkin konuları da içerecek şekilde planlanacaktır.

- Kadın konukevlerindeki şiddet mağduru kadınlar ile tahliyesine bir yıldan az kalmış olan cezaevindeki kadınlar ve kocası ölmüş veya boşanmış kadınların sosyal yaşama katı-

lımlarının sağlanması amacıyla gerçekleştirilecek projelere öncelik tanınacaktır.

- Çalışma yaşamına ilişkin istatistikler cinsiyet temelinde toplanacaktır. Ayrıca ev eksenli çalışan kadınlara ilişkin düzenli ve sistemli istatistikler toplanacak, araştırmalar yapılacaktır.

- 4857 sayılı İş Kanunu'nun ilgili hükümleri gereği kamu ve özel iş yerlerinde kreş ve gündüz bakımevi yükümlülüğünün yerine getirilmesi sağlanacak ve denetlenecektir.

Yer ve su altında çalıştırma yasağı (İK m. 72): Madde uyarınca, maden ocakları ile kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında çalışılacak işlerde onsekiz yaşını doldurmamış erkek ve her yaştaki kadınların çalıştırılması yasaktır.

Sonradan Çatı Direktif kapsamına alınarak yürürlükten kaldırılan 23 Eylül 2002 tarih ve 2002/73/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi ile değişik İşe Başvuruda, Mesleki Eğitim ve İşte Yükselmeye ve Çalışma Koşullarında Kadın ve Erkek İçin Eşit Muamele İlkesinin Yürürlüğe Konulmasına Dair Direktif (76/207/EEC), herhangi bir sektörde işe başvuruda, işte yükselmeye ve işten çıkarmalar dahil çalışma koşullarında başlangıçta "koruma" amacıyla benimsenen fakat bu amacın değerini yitirmesiyle eşit muamele ilkesiyle çelişen nitelik kazanan yasaların, tüzüklerin, idari kurulların gözden geçirilmesini ve toplu iş sözleşmelerinde yer alan benzeri kurulların sosyal ortaklarca gözden geçirilmelerinin sağlanmasını amirdi (m. 3/2c, 5/2c). 26.5.1987 tarihli Avrupa Topluluğu üyesi devletlerde kadınlar için koruyucu mevzuat Konsey Sonuç Bildirisi de koruyucu mevzuatın kadınlar için fırsat eşitliğinin geliştirilmesine zarar verdiği hallerde mutlaka düzeltilmesini öngörmektedir. Ülkemizin de taraf olduğu Birleşmiş Milletlerin Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi de kadınlara karşı ayrımcılık teşkil eden mevcut yasa, yönetmelik, adet ve uygulamaları, tadil veya feshetmek için yasal düzenlemeler de dahil gerekli bütün uygun önlemlerin alınmasını öngörmektedir (m. 2f). Bu nedenle, ülkemizde kadınlara yasak olan işlerin devrevi olarak değerlendirilerek yasakların kaldırılıp kaldırılmamasının ele alınması gerekmektedir.

Ağır ve tehlikeli işlerde çalışma (İK m. 85): İş Kanunu'nun 85. maddesine dayanılarak hazırlanan Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği,³⁰ hangi işlerin ağır ve tehlikeli işlerden sayılacağını, kadınlarla 16 yaşını doldurmuş fakat 18 yaşını bitirmemiş genç işçilerin hangi çeşit ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılabileceklerini düzenlemektedir. Yönetmeliğin ekli çizelgesinde, karışısında (K) harfi bulunmayan işlerde kadınlar ve (Gİ) harfleri bulunmayan işlerde de 16 yaşını doldurmuş fakat 18 yaşını bitirmemiş genç işçiler çalıştırılmaz. Ancak, ihtisas ve meslek öğrenimi veren okulları bitirip bu işi meslek edinmiş kadınlar, ihtisas ve mesleklerine uygun ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılabilir.

Ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılacak işçiler ile 16 yaşını doldurmuş fakat 18 yaşını bitirmemiş işçilerin işe girişlerinde, işin niteliğine ve şartlarına göre bedence bu işlere elverişli ve dayanıklı olduklarının fizik muayene ve gerektiğinde laboratuvar bulgularına dayanılarak hazırlanan hekim raporu ile belirlenmesi zorunludur. İşin devamı süresince de bu işlerde çalıştırılmalarında bir sakınca olmadığının 16 yaşını doldurmuş fakat 18 yaşını bitirmemiş genç işçiler için en az altı ayda bir, diğerleri için de en az yılda bir defa hekim raporu ile tespiti zorunludur (m. 5). Kadınlar, ay hali günlerinde ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılmazlar. Bu günlerin sayısı beş gün olarak hesap edilir. Daha fazlası için hekim raporuna göre hareket edilir (m. 6).

7 Mart 2010 tarihli Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelikte,³¹ çağdaş gelişmeler dikkate alınarak, önemli değişiklikler yapılmıştır. Kırkiki iş, ağır ve tehlikeli iş olmaktan çıkarılmış, ağır ve tehlikeli işlere ait çizelgede yer alan bazı işlerin de kapsamı daraltılmıştır. Bu değişiklikler, hem işletmelerin rekabet gücünün artırılması hem de kadınlar ve gençler için kimi istihdam sınırlandırılmalarının kaldırılması anlamında olup olumludur.

Kadınlarmın gece çalışması (İK m. 73): 1475 sayılı İş Kanunumuz sanayie ait işlerde kadınlar için gece çalışması yasağı (m. 69) getirmekteydi. Bu yasağın kaldırılması, Sonradan Çatı Direktif kapsamına alınarak yürürlükten kaldırılan,

doğrudan ve dolaylı ayrımcılığı yasaklayan 23 Eylül 2002 tarih ve 2002/73/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi ile değişik İşe Başvuruda, Mesleki Eğitim ve İşte Yükselmede ve Çalışma Koşullarında Kadın ve Erkek İçin Eşit Muamele İlkesinin Yürürlüğe Konulmasına Dair Direktif (76/207/EEC) çerçevesinde verilmiş olan Adalet Divanı kararları uyarınca, gece çalışmasının kadınlara yasaklanması dolaylı ayrımcılığı oluşturur.

Kadın İşçilerin Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik,³² on sekiz yaşını doldurmuş kadın işçilerin gece postalarında çalıştırılmasına ilişkin usul ve esasları düzenlemektedir. Kadın işçiler, gece postasında 7,5 saatten fazla çalıştırılmazlar (m. 5).

Hamile, Loğusa veya Emzikli Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğini Geliştirmeyi Teşvik Eden Önlemlerin Getirilmesi Direktifini (92/85/EEC) temel alan Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik³³ uyarınca, kadın işçiler, hamile olduklarının hekim raporuyla tespitinden itibaren doğuma kadar geçen sürede gece çalışmaya zorlanamazlar. Emziren işçinin doğumu izleyen altı ay boyunca da gece çalıştırılması yasaktır.³⁴ Yeni doğum yapmış işçinin doğumu izleyen sekiz haftalık süre sonunda, emziren işçinin ise, altı aylık süreden sonra gece çalışması yapmasının güvenlik ve sağlık açısından sakıncalı olduğunun hekim raporu ile belirlendiği dönem boyunca, gece çalıştırılması yasaktır (m. 9). Kadın İşçilerin Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik, altı aylık gece çalışma yasağının doktor raporuyla bir yıla uzatılabileceğini amirdir. Kadın memurların ise hamileliklerinin 26. haftasından doğumu izleyen bir yılın hitamına kadar gece çalıştırılmaları yasaktır. Mutlak bir gece çalışma yasağı, AB müktesebatıyla bağdaşmamaktadır. AB Komisyonu, hamile, loğusa veya emzikli çalışanlar için peşinen mutlak bir gece çalışması yasağının getirilmesine karşıdır, önemli olan bu durumdaki bir çalışanın gece çalışması yapmaya zorlanamamasıdır.

Ailevi ve iş sorumluluklarının bağdaştırılması: Doğum izni, ebeveyn izni, çocuk bakım hizmetleri, ailevi ve iş sorumluluklarının bağdaştırılması kapsamındadır.

Doğum izni, ek izin ve süt izni (İK m. 74): Hamile, Loğusa veya Emzikli Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğini Geliştirmeyi Teşvik Eden Önlemlerin Getirilmesi Direktifi (92/85/EEC), Avrupa Konseyinin 1 Temmuz 1999 tarihinde yürürlüğe giren Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı³⁵ ve ILO'nun 7 Şubat 2002'de yürürlüğe giren 2000 tarih ve 183 sayılı Analığın Korunması Sözleşmesi, doğum iznini ondört hafta olarak belirlemektedir. Hamile, Loğusa veya Emzikli Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğini Geliştirmeyi Teşvik Eden Önlemlerin Getirilmesi Direktifi (92/85/EEC), ondört haftalık doğum izninin iki haftalık bölümünü zorunlu kılmaktadır. Yeni İş Kanunumuzun taslağında da bu uluslararası düzenlemelere paralel olarak doğum izni ondört hafta olarak belirtilmişken Meclisteki görüşmeler sırasında bu süre tamamının kullanılması zorunlu olmak üzere onaltı haftaya çıkarılmıştır. Çalışan kadını 'koruma' amaçlı bu hüküm, doğum izni, ek izin ve emzirme izni sürelerinin uzunluğu nedeniyle sonuçta kadının işgücü piyasasına girmesini zorlaştıracaktır. Evlenen kadın işçinin evlenme nedeniyle işten ayrılması durumunda hem kıdem tazminatını hem de o ana kadar ödemiş olduğu uzun dönemli sigorta (yaşlılık, ölüm ve maluliyet) primlerini toptan ödeme olarak alabilmesi de kadın işçiyi işgücü piyasasından ayrılmaya teşvik eder niteliktedir.

Kadın işçiye hamilelik süresince periyodik kontroller için ücretli izin verilir. Hamile kadın işçi, hekim raporu ile gerekli görülmesi halinde, ücretinde bir indirim yapılmaksızın, daha hafif işlerde çalıştırılır. Kadın işçilerin doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz olmak üzere toplam onaltı haftalık süre için çalıştırılmamaları esastır (m. 74). Çoğul gebelik halinde doğumdan önce çalıştırılmayacak sekiz haftalık süreye iki hafta daha eklenir. Ancak, sağlık durumu uygun olduğu takdirde, doktorun onayı ile kadın işçi isterse doğumdan önceki üç haftaya kadar işyerinde çalışabilir. Bu durumda, kadın işçinin çalıştığı süreler doğum sonrası sürelerle eklenir. Bu süreler, işçinin sağlık durumuna ve işin özelliğine göre doğumdan önce ve sonra gerekirse hekim raporu ile artırılabilir. Doğum izni süreleri mutlak emredici niteliktedir, tamamen veya kısmen kullanılma-

ması mümkün değildir (m. 104). Kadın işçilere bir yaşından küçük çocuklarını emzirmeleri için, çalışma süresinden sayılmak üzere, günde toplam birbuçuk saat süt izni verilir. Kadın işçilerin doğumdan önce ve sonra 74. madde gereğince çalıştırılmadıkları süreler, yıllık izin bakımından çalışılmış gibi sayılır (m. 55b). İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği,³⁶ hamile, loğusa veya emzikli çalışanları fazla çalışma yaptırılmayacak işçiler arasında saymaktadır (m. 8d).

29 Haziran 2000 tarihli kadın ve erkeğin aile ve çalışma yaşamına dengeli katılımı Konsey ve Konsey bünyesinde toplanan çalışma ve sosyal politika bakanları Sonuç Kararı,³⁷ babalık izni verilir verilmemesi hususunu üye devletlerin takdirine bırakmaktadır. İş Kanunumuzda doğum izni, yalnızca doğum yapan kadına tanınmıştır; eşi doğum yapan erkek işçiye tanınacak izin toplu iş sözleşmeleriyle belirlenecektir. Devlet Memurları Kanunu'nun 104/C-Ç maddesine göre, memura isteği üzerine, kendisinin veya çocuğunun evlenmesi, anne, baba, eş, çocuk veya kardeşinin ölümünde beş gün izin verilir. AB müktesebatı çerçevesinde evlat edinene de evlat edinme izni verilmesi gerekmektedir.

İş Kanunu'na göre, isteği halinde kadın işçiye, onaltı veya onsekiz haftanın tamamlanmasından sonra altı aya kadar (kadın memura bir yıl) ücretsiz izin verilir (m. 74). Doğum izni ve bu ek izin yalnızca kadına verilir, kocaya tanınmaz. Avrupa Adalet Divanı, üye devletin ulusal mevzuatında ek doğum izninin ve evlat edinme izninin yalnızca kadına tanınmış olmasını kadın-erkek eşitliği ilkesine aykırı bulmamıştır.³⁸

19 Ekim 1992 tarihli Hamile, Loğusa veya Emzikli Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğini Geliştirmeyi Teşvik Eden Önlemlerin Getirilmesi Konsey Direktifi yerine kaim olmak üzere bu konuda yeni bir direktif teklifi hazırlanmıştır. Yeni direktif kabul edildiğinde, doğum izni 14 haftadan 18 haftaya çıkacaktır. 18 haftalık doğum izninin doğumu izleyen 6 haftalık kısmının kullanılması zorunlu; 12 haftalık kısmının kullanılması ise ihtiyari olacaktır. Hamile çalışan, doğum izninin bir bölümünü öncesi kullanmaya zorlanamayacaktır. Geç doğum halinde doğum öncesi iznin uzaması, doğum son-

rası izin süresini etkilemeyecektir. Prematüre doğum, doğan bebeğin hastaneye yatırılması, çoğul doğum, çocuğun özürlü doğması durumlarında doğum izni üye devletlerin öngöreceği sürelerle uzatılacaktır. Kadın çalışan, doğum izni sırasında istisnai durumlar dışında işten çıkarılmayacak; doğum izninin hitamında aynı veya benzer koşullarda işe dönme güvencesini haiz olacaktır. Doğum izni süresince, kural olarak, ücretlerine eşit bir ödeme alacaklar fakat bir üst sınır getirmek isteyen üye devlet, hastalık izninde ödenen miktarı, tavan olarak belirleyebilecektir. İşverenler, doğum izninden dönen çalışanların çalışma saatlerinde veya çalışma biçiminde değişiklik taleplerini dikkate alacaklardır. Direktifin ihlali, ayrımcılık addolunarak ispat yükünde prima facie case of discrimination kuralı geçerli olacaktır.

Ebeveyn izni: 3 Haziran 1996 tarih ve 96/34/EC sayılı UNICE, CEEP ve ETUC tarafından akdolan Ebeveyn İzni Çerçeve Sözleşmesine Dair Direktif, Avrupa düzeyinde sosyal diyalog yoluyla varılan ilk sözleşmeyi içermiştir. Bu Direktif, 8 Mart 2010 tarihli yeni Ebeveyn İzni Direktifi tarafından kaldırılmıştır. Üye devletlerin 8 Mart 2002 tarihine kadar iç hukuklarına aktarmaları gereken yeni direktifte, kadın ve erkek çalışanlara, doğum veya evlat edinme nedeniyle çocuğa bakabilmeleri amacıyla üye devletler veya sosyal ortaklarca belirlenecek sekiz yaşa kadarki bir yaş döneminde en az dört (önceki üç) ay ebeveyn izni tanınmaktadır (Sözleşme, m. 2). Ebeveyn izninin devredilememesi esas olmakla beraber eşler, dört ayın üç aylık kısmını kendi aralarında devredebilirler, bir aylık kısmın devri ise yasaklanmıştır. Ebeveyn iznine başvuru koşulları ve ebeveyn izninin uygulanmasına dair kurallar, bu Sözleşmedeki asgari hükümler gözetilmek üzere, üye devlet mevzuatı veya toplu sözleşme ile belirlenir. Çalışanların ebeveyn izni hakkını kullanmalarını temin etmek üzere üye devletler veya sosyal taraflar, ulusal mevzuata, toplu sözleşmelere veya uygulamalara uygun olarak başvurulmuş veya kullanılan izin gerekçesiyle işten çıkarılmaya karşı çalışanları koruyacak gerekli önlemleri alırlar. Ebeveyn izninin sonunda çalışanın, aynı işe veya bu mümkün değilse, hizmet sözleşmesine veya hizmet ilişkisine uygun

eşit veya benzer işe dönme hakkı bulunmalıdır (Sözleşme, m. 5/1). Ebeveyn iznine çıkıldığı tarihte kazanılmış bulunulan haklar veya kazanılma süreci başlamış haklar saklı kalır (Sözleşme, m. 5-6). Ebeveyn izni sırasında hizmet sözleşmesinin veya hizmet ilişkisinin durumu üye devlet veya sosyal ortaklarca belirlenir. Üye devletler, bu Sözleşmeye ilişkin sosyal güvenlikle ilgili hususları, sosyal güvenlik haklarının sürekliliğinin önemini dikkate alarak gözetmek ve düzenlemek durumundadırlar. Üye devletler ve/veya sosyal ortaklar, çalışanın başında bulunmasını elzem kılan hastalık veya kaza hallerinde acil ailevi zorunluluk nedeniyle iş gelmekten muaf olmalarını sağlayacak gerekli önlemleri ulusal mevzuata, toplu sözleşmeye ve/veya uygulamaya uygun olarak alırlar (Sözleşme, m. 7). Başvuru ve uygulama koşulları, üye devlet veya sosyal ortaklarca belirlenir ve her bir yıl ve/veya durum için süre sınırlaması getirilebilir.

Doğum veya evlat edinme sonrası ebeveyn izni, İş Kanunumuzda düzenlenmemiştir; bu konuda bir kanun taslağı Meclis gündeminindedir.

Çocuk bakım hizmetleri: Evlilik, çocuk bakımı, bir aile ferdinin veya yakının bakıma muhtaç olması, kadının işgücüne katılımını ve çalışma yaşamındaki başarısını etkilemektedir. Kadın, özellikle doğum nedeniyle işgücü piyasasından çekilmekte, çocuk belli bir yaşa geldiğinde yeniden çalışma yaşamına girmek istediğinde zorluklarla karşılaştığı gibi isteyerek veya istemeyerek esnek çalışma modellerini tercih etmektedir.

1989 tarihli Çalışanların Temel Sosyal Hakları Avrupa Topluluğu Şartının³⁹ 16. maddesi, kadın ve erkeğin ailevi ve iş sorumluluklarını bağdaştırmalarını sağlamak amacıyla önlemlerin geliştirilmesini öngörmüştür. Geleneksel rol ayrımının kadın için çalışma yaşamında fırsat eşitliğinin önünde önemli bir engel olduğu, kadının işgücüne katılımını engellediği gibi çalışmakta olan kadının da etkin katılımını olumsuz etkilediği, kadınların beceri ve kabiliyetlerini sergileyemedikleri, halbuki ailevi sorumlulukların yalnızca kadına değil, hem kadına hem erkeğe ait olduğu çeşitli AB düzenlemelerinde dile getirilmiştir. 31.3.1992 tarihli Çocuk Ba-

kımına Dair Konsey Tavsiye Kararı, 29.6.2000 tarihli Kadın ve Erkeğin Aile ve Çalışma Yaşamına Dengeli Katılımı Konsey ve Konsey Bünyesinde Toplanan Çalışma ve Sosyal Politika Bakanları Sonuç Kararı ve 13.3.2000 tarihli Üye Devletlerin 2000 Yılı İstihdam Politikaları İçin Tavsiyeler Konsey Kararı, bu konudaki başlıca düzenlemelerdir. 5.10.1995 tarihli Kadın ve Erkeğin Reklam ve Medyadaki İmajı Konsey ve Konsey Bünyesinde Toplanan Üye Devletler Hükümetlerinin Temsilcileri Sonuç Kararı, sorumlulukların eşit paylaşımında medyanın ve reklamların önemine değinmektedir. 16 Aralık 1988 tarihli Kadınların Çalışma Yaşamına Yeniden Entegrasyonu ve Geç Entegrasyonu Konsey Sonuç Kararı da aile ve çalışma yaşamının bağdaştırılmasının zorluğu sebebiyle kadınların işgücü piyasasına geç girdiklerine veya girip evlenme veya çocuk sahibi olma nedenleriyle ayrılıp sonra yeniden girdiklerine işaret etmektedir. Kadının çalışma yaşamına entegrasyonu veya yeniden entegrasyonu amacıyla, Barcelona Avrupa Konseyinde (2002) belirlenen hedefler arasında üye devletlerin 2010 yılına kadar üç yaş ile zorunlu okul çağı arasındaki çocukların %90'ına, üç yaşın altındaki çocukların ise %33'üne bakım hizmetleri sağlanması bulunmaktaydı.⁴⁰

Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik, işyerlerindeki gebe, yeni doğum yapmış veya emziren işçilerin işteki güvenlik ve sağlığının sağlanması ve geliştirilmesini destekleyecek önlemler uygulamak ve bu işçilerin hangi dönemlerde ne gibi işlerde çalıştırılmalarının yasak olduğunu, çalıştırılabileceği işlerde hangi şart ve usullere uyulacağını, emzirme odalarının veya çocuk bakım yurtlarının (kreş) nasıl kurulacağını ve hangi şartları taşıyacağını belirlemektedir (m. 1). Yaşları ve medeni halleri ne olursa olsun, 100-150 kadın işçi çalıştırılan işyerlerinde, bir yaşından küçük çocukların bırakılması ve bakılması ve emziren işçilerin çocuklarını emzirmeleri için işveren tarafından, çalışma yerlerinden ayrı ve işyerine en çok 250 metre uzaklıkta bir emzirme odasının kurulması zorunludur. Yaşları ve medeni halleri ne olursa olsun, 150'den çok kadın işçi çalıştırılan işyerlerinde, 0-6 yaşında-

ki çocukların bırakılması ve bakılması, emziren işçilerin çocuklarını emzirmeleri için işveren tarafından, çalışma yerlerinden ayrı ve işyerine yakın bir yurdun kurulması zorunludur. Oda ve yurt açma yükümlülüğünün belirlenmesinde, işverenin belediye ve mücavir alan sınırları içinde bulunan tüm işyerlerindeki kadın işçilerin toplam sayısı dikkate alınır (m. 15). Oda ve yurtların bina, kuruluş, döşeme, araç, gereç, taşıt, beslenme ve benzeri giderlerinin tamamı işverenlerce karşılanır (m. 24). Oda ve yurtlar birden fazla işveren tarafından kurulduğu takdirde, bu işverenler veya işveren vekilleri, ayda en az bir defa toplanarak bu yerlerin yönetimine dair kararları alırlar ve uygulanmasını sağlarlar (m. 25). Yurt, işyerine 250 metreden daha uzaksa işveren taşıt sağlamakla yükümlüdür.

Yurt açma yükümlülüğünde olan işverenler yurt içinde ana sınıfı da açmak zorunda idiler. İşverenler için getirilen bu tür yükümlülükler istihdamı olumsuz etkilemektedir. İşyerleri hayır kuruluşları değildir, kazanç amaçlı organizasyonlardır. İşverenlerin hukuki yükümlülükleri tabii ki olacaktır fakat bunların kapsamının, işverenleri yatırım yapmaktan veya yatırımları büyütme, istihdam yaratmaktan kaçırarak, işletmelerin rekabet gücünü azaltacak boyutlara varmaması gerekir. Kamuoyunda 'İstihdam Paketi' olarak bilinen İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun,⁴¹ sosyal korumadan istihdamın teşvikine doğru atılan önemli bir adım olmuştur. İşverenlerin ana sınıfı kurma yükümlülükleri kaldırılmış, kreş hizmetinin ise hizmet alımı yoluyla da yapılabileceği hükme bağlanmıştır (m. 6, 37).

İş güvencesi (İK m. 17-21): Hamile, Loğusa veya Emzikli Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğini Geliştirmeyi Teşvik Eden Önlemlerin Getirilmesi Direktifi (92/85/EEC) uyarınca, üye devletler, hamile, loğusa veya emzikli çalışanların, durumlarıyla bağlantılı olmayan ve ulusal mevzuat ve/veya uygulamanın cevaz verdiği ve uygulanabilir olduğunda yetkili mercinin onayının da alınması koşuluyla istisnai haller hariç, hamileliğin başlangıcından doğum izninin sona ermesine kadarki dönemde işten çıkarılmalarını yasaklayan gerekli önlemleri alacaklardır

(m. 10/1). Çalışanın bu dönemde işten çıkarılması halinde çıkarma nedenleri işveren tarafından açık ve kesin olarak yazılı bildirilmelidir (m. 10/2). Üye devletler, çıkarmanın kanunsuz olduğu hallerde çalışanı koruyacak gerekli önlemleri alacaklardır (m. 10/3).

Ülkemizde iş güvencesinin derecesi, işyerinde istihdam olunan işçi sayısına göre değişmektedir. Belirsiz süreli iş sözleşmeleri ile 1-29 işçi istihdam olunan işyerlerinde çalışan işçiler normal iş güvencesinden, 30 (tarım ve orman işlerinde 51) ve daha fazla işçi istihdam olunan işyerlerinde çalışan işçiler artırılmış iş güvencesinden yararlanırlar.

Normal iş güvencesi kapsamında olan kadın işçi, hamilelik veya doğum nedeniyle fesih ihbarla fesih (bildirimli fesih) yoluyla işten çıkarılırsa, bu durum fesih hakkının kötüye kullanılmasını oluşturur ve kadın işçi kötüniyet tazminatına, bildirim sürelerine uyulmaması halinde ihbar tazminatına ve o işyerinde en az bir yıldan beri çalışıyor ise kıdem tazminatına hak kazanır (m. 17).

Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır (m. 18/1). Irk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenler (m. 18/3d) ile kadın işçilerin hamilelik ve doğum nedeniyle çalışmalarının yasak olduğu sürelerde işe gelmemeleri (m. 18/3e) fesih için geçerli bir sebep oluşturmaz. İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı iddiası ile fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dava açabilir. Taraflar anlaşılırsa uyuşmazlık aynı sürede özel hake-me götürülebilir (m. 20/1). İşverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık üç-

ret tutarında iş güvencesi tazminatı ödemekle yükümlü olur (m. 21/1).

Belirli veya belirsiz iş sözleşmesi ile çalışan kadın işçinin hamilelik ve doğum iznini kullandıktan sonra hamilelik ve doğumdan kaynaklanan sağlık nedenleriyle bildirim süresi artı altı hafta süreyle işine gidememesi durumunda işveren için iş sözleşmesini bildirimsiz fesih hakkı doğar (m. 25/I). Bu durum, Avrupa Adalet Divanının Hertz,⁴² Larsson,⁴³ ve Brown⁴⁴ davaları kararlarıyla uyumludur.

İşyerinde cinsel taciz (İK m. 24/II d, 25/II c): 13.12.1984 tarih ve 84/635/EEC sayılı Kadınlar İçin Olumlu Eylemin Geliştirilmesi Konsey Tavsiye Kararı, Avrupa Parlamentosunun 11.6.1986 tarihli Kadınlara Karşı Şiddet Hakkında Kararı, 29.5.1990 tarihli İşte Kadın ve Erkeğin Haysiyetinin Korunması Konsey Sonuç Kararı, 27.11.1991 tarihli İşte Kadın ve Erkeğin Haysiyetinin Korunması Komisyon Tavsiye Kararı ve Uygulama Kodu, 27.11.2000 tarihli İstihdamda ve İşte Eşit Muamele İçin Genel Çerçeve Direktifi, 5.7.2006 tarih ve 2006/54/EC sayılı Çatı Direktif, işyerinde taciz ve cinsel taciz konusundaki başlıca düzenlemelerdir. Konuyla ilgili açıklamalar, tarih itibarıyla en yeni olan Çatı Direktif çerçevesinde yapılacaktır. Çatı Direktife göre, taciz ve cinsel taciz kadın ve erkeğe eşit davranma temel ilkesine aykırıdır ve cinsiyet temelinde yapılan ayrımcılıktır (m. 2/1(2)). Cinsiyet değiştirme nedeniyle yapılan ayrımcılık da bu kapsamdadır. Taciz, kişinin cinsiyeti ile ilgili onur kırma amaçlı veya böyle bir etkiyi haiz, aşağılayıcı, küçültücü, hasmane ve tehditkar ortam yaratan istenmeyen tutumdur. Cinsel taciz ise, cinsel nitelikli, sözlü veya sözsüz veya fiziki, kişinin onurunu kırma amaçlı veya böyle bir etkiyi haiz, aşağılayıcı, küçültücü, hasmane ve tehditkar ortam yaratan istenmeyen tutumdur (m. 2/1(1)). 'Doğrudan ve dolaylı ayrımcılık,' 'cinsel taciz,' İş Kanunumuzda kullanılan fakat tanımlanmayan kavramlardır. Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Ulusal Eylem Planı 2008-2013, İş Kanununun revize edilerek toplumsal cinsiyet kavramlarının Kanuna dahil edilerek tanımlanmasını, işgücü piyasasında cinsiyet ayrımcılığının önlenmesi eylem stratejileri arasında saymaktadır.

İşyerinde cinsel taciz, 1475 sayılı eski İş Ka-

nunumuzda bu ad altında mevcut değildi. Fakat bu kavram dahilindeki davranışlar, bildirim-siz feshi (haklı nedenle fesih) düzenleyen 16 ve 17. maddelerde belirtilen 'ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri' başlıklı durumlar çerçevesinde değerlendirilmekteydi. Yeni İş Kanunumuz, bildirim-siz feshi dair düzenlemelerde işyerinde cinsel taciz kavramına yer vermektedir. İşveren, işçinin veya ailesi üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak şekilde sözler söyler, davranışlarda bulunursa veya işçiye cinsel tacizde bulunursa, işçinin haklı nedenle derhal fesih hakkı doğar (m. 24/IIb). İşçinin diğer bir işçi veya üçüncü kişiler tarafından işyerinde cinsel tacize uğraması ve bu durumu işverene bildirmesine rağmen gerekli önlemlerin alınmadığı durumlarda yine işçinin haklı nedenle derhal fesih hakkı doğar (m. 24/IIc). İşçinin işverenin bir başka işçisine cinsel tacizde bulunması (m. 25/IIc) ve işçinin işverene yahut onun ailesi üyelerinden birine sataşması (m. 25/IIc) durumlarında ise işverenin haklı nedenle fesih hakkı doğar.

Türk Ceza Kanunu, 'Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar' başlığı altında, dört ayrı suç hükme bağlanmaktadır: Cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı, reşit olmayanla cinsel ilişki ve cinsel taciz. TCK'da 'Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar' başlığı altında düzenlenen farklı suçların hepsi, Çatı Direktifdeki 'cinsel taciz' kapsamındadır. İşyerinde psikolojik taciz (mobbing), TCK'da yaptırıma bağlanmamıştır.

Cinsel taciz suçu TCK'nın 105. maddesinde hükme bağlanmaktadır. Bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi hakkında, mağdurun şikayeti üzerine, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına veya adli para cezasına hükmolunur (m 105/1). Hizmet ilişkisinden kaynaklanan nüfuz kötüye kullanılarak ya da aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan yararlanılarak bu suçun işlenmesi, ceza artırıcı nedendir: 'Bu fiiller; hiyerarşi, hizmet veya eğitim veya öğretim ilişkisinden ya da aile içi ilişkiden kaynaklanan nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle ya da aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan yararlanılarak işlendiği takdirde 1. fıkraya göre verilecek ceza, yarı oranında artırılır. Bu fiil nedeniyle mağdur; işi bırakmak, okuldan veya ailesinden ayrılmak

zorunda kalmış ise, verilecek ceza bir yıldan az olamaz' (m. 105/2). Mağdur faille farklı cinsten olabileceği gibi, aynı cinsten de olabilir. Fail ve mağdurun evli veya bekar olması arasında da herhangi bir fark bulunmamaktadır.⁴⁵

5237 sayılı TCK'nın 105. maddesi, cinsel tacizi tanımlamamaktadır. Madde gerekçesinde cinsel tacizin, kişinin vücut dokunulmazlığının ihlali niteliği taşımayan cinsel davranışlarla gerçekleştirilebileceği ve kişinin cinsel yönden ahlak temizliğine aykırı olarak mağdurun rahatsız edilmesi olduğu belirtilmiş, ancak hangi tür hareket veya sözlerin bu madde kapsamında olduğu açık ve net bir biçimde açıklanmamıştır. Kırklareli Sulh Ceza Mahkemesi, madde 105/1'in Anayasanın 2. ve 38. maddelerine aykırılığı savıyla iptali isteminde bulunmuştur. Mahkeme, başvuru gerekçesinde, cinsel taciz suçunun tanımlanmamış olması nedeniyle hangi eylemleri suç olarak öngördüğü, hangi eylemlerin bu madde kapsamında değerlendirilerek faillerine ceza verileceği hususunda, gerek öğretide ve gerekse de mahkemeler ile Yargıtay uygulamalarında farklılıklar bulunduğunu belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi ise, 'İtiraz konusu kuralda hangi tür davranışların 'cinsel taciz' sayılacağı açıklanmamış ise de, 5237 sayılı TCK'nın 'Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar' başlıklı Altıncı Bölümünde yer alan 102. maddesinde cinsel saldırı, 103. maddesinde de çocukların cinsel istismarı düzenlenmiştir. Anılan maddeler ile birlikte 105. maddenin değerlendirilmesinden cinsel taciz suçunun, cinsel saldırı ve cinsel istismar boyutuna ulaşmayan, cinsel amaçlı rahatsız etme fiilleri olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca maddenin gerekçesi ve her olayın kendine özgü şartlarının mahkemece değerlendirileceği açık olduğundan itiraz konusu kuralın belirsizliğinden söz edilemez' diyerek anayasaya aykırılık itirazını reddetmiştir. Anayasa Mahkemesinin kararına göre, cinsel taciz kapsamındaki davranışların cinsel saldırı boyutuna ulaşmamış olması gereklidir.⁴⁶ Sözel veya sözel olmayan laf atma, cinsel teklifler, görünüm üzerine cinsel yorumlar, e-posta, telefon yoluyla rahatsız etme, ıslık çalma, teşhir gibi davranışlar, cinsel taciz oluşturur. Cinsel taciz suçunda fiziki temas yoktur. Fiziki temas halinde (765 sayılı

önceki TCK anlamında fiili sarkıntılık veya ırza tasaddi) fail, cinsel tacizden değil, cinsel saldırı suçundan cezalandırılacaktır.

Çatı Direktif, işverenlerin işyerinde, işe başvuruda, mesleki eğitimde ve terfide tacizi ve cinsel tacizi önlemeye yönelik tedbirler alma-ya teşvik olunmaları gereğini belirtmektedir (m. 26). Direktif, işverenler açısından hukuki bir yükümlülüğün değil, teşvik olunmaktan bahsetmektedir: İşverenlerin onur kırıcı, aşağılayıcı, küçültücü, hasmane ve tehditkâr ortamın oluşmasını önlemeleri teşvik olunmalıdır. İş Kanunumuzda önleyici tedbirlere dair bir hüküm bulunmamaktadır. Borçlar Kanunu Taslağının 416. maddesinde, 'İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek, sağlığını gerektirdiği ölçüde gözetmek ve işyerinde ahlâka uygun bir düzenin gerçekleştirilmesini sağlamakla, özellikle kadın ve erkek işçilerin cinsel tacize uğramamaları ve cinsel tacize uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür' denilmektedir. Madde kapsamına işyerinin yanısıra işe başvuru, mesleki eğitim ve terfide de tacizin ve cinsel tacizin önlenmesine yönelik tedbirler alınması için işverenlerin teşvik olunmasının ve psikolojik tacizin eklenmesi gerekmektedir.

4857 sayılı İş Kanunumuz işyerinde psikolojik tacizden bahsetmemekteyse de teori ve uygulamada bu durum, işverenin 'çalışanı koruma

borcu' veya 'iş sağlığı ve güvenliği' kapsamında değerlendirilmektedir.⁴⁷ İş Kanunu'nun derhal fesih hakkı veren 'ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri' başlıklı 24/II ve 25/II maddelerinde sayılan haller sınırlı değildir; bu nedenle, işyerinde psikolojik taciz, 'cinsel taciz' veya 'sataşma' veya 'şeref ve namusuna dokunacak şekilde sözler, davranışlar'a benzer haller kapsamında da ele alınabilir.⁴⁸

Kadın istihdamını artırmaya yönelik düzenlemeler, plan, program ve projeler: Ülkemiz OECD üyesi ülkeler arasında istihdam ve kadın istihdamı açısından en düşük oranlara sahiptir.⁴⁹ Devlet Planlama Teşkilatı ve Dünya Bankası'nın 'Türkiye'de Kadının İşgücüne Katılımı: Yönelimler, Faktörler ve Politika Çerçevesi' ortak raporuna⁵⁰ göre, 2008 yılında çalışan ve iş arayan kadın oranı Türkiye'de %22 iken, OECD ortalaması %62 ve benzer ekonomik gelişim gösteren bir grup seçilmiş ülke ortalaması %33 idi. Rapora göre, hamilelik ve çocuk bakımı, kadın istihdamını sınırlayan başlıca nedenlerdendir. İstanbul'da kendileriyle görüşme yapılan kadınlar, çalışmalarını halinde çocuk bakımı için 500-600 TL civarında para ödeyeceklerini, ev hizmetlerinde yardımcı kullanılmasının bu miktarı daha da artıracağını ve bu miktarların kendi kazançlarının çoğunu alıp götüreceğini belirtmişlerdir. Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Ulusal Eylem Planı (2008-2013), 'kırsal kesimden kente göç, düşük eğitim düzeyi ve buna bağlı

Türkiye'de işgücü piyasası ana göstergeleri (1988-2009)⁵²

	1988	2000	2006	Ocak 2008	Ocak 2009	OECD (Stat extracts 2007)	AB-19 (EUROSTAT 2007)
İstihdam oranı							
Erkek	%75,1	%68,9	%64,5	%60,3	%58,3	%79,0	%74,4
Kadın	%30,6	%24,9	%22,3	%19,0	%19,9	%59,4	%59,2
Toplam	%52,6	%46,7	%43,2	%39,3	%38,7	%69,1	%66,8
İşsizlik oranı							
Erkek	%7,5	%6,6	%9,7	%11,5	%15,6	%7,5	%6,6
Kadın	%8,4	%6,3	%10,3	%11,8	%15,2	%7,1	%8,0
Toplam	%8,4	%6,5	%9,9	%11,6	%15,5	%7,3	%7,2
İşgücüne katılım oranı							
Erkek	%81,2	%73,7	%71,5	%68,1	%69,1	%80,5	%79,7
Kadın	%34,3	%26,6	%24,9	%21,6	%23,5	%61,2	%64,3
Toplam	%57,5	%49,9	%48,0	%44,4	%45,8	%70,7	%72,0

olarak ücretlerin düşüklüğü, yeterli vasfı haiz olmama, çocuk bakım hizmetlerinin yetersizliği, ailede bakım gerektiren yaşlılar ve özürllüer, kadının rolü ve sorumlulukları hakkında gele-neksel düşünce kalıpları'nı kadın istihdamının azlığı nedenleri arasında saymıştır.⁵¹

Dokuzuncu Kalkınma Planı'nda⁵³ kadınların işgücüne katılma oranının 2013 yılına kadar %29,6 olması hedeflenmektedir.⁵⁴ Personel alımlarında cinsiyet ayrımcılığı yapılmamasını öngören 'Personel Temininde Eşitlik İlkesine Uygun Hareket Edilmesi Başbakanlık Genelgesi,' 22 Ocak 2004 tarih ve 25347 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. İŞ-KUR, 25 Mayıs 2006 tarih ve 9644 sayılı talimat ile, işe alım ilanlarında özel sektör işverenlerinin biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça cinsiyete dayalı ayrımcılık yapamayacakları duyurmuştur. 2007 yılında Gelir Vergisi Kanununda yapılan değişiklikle⁵⁵ kadınların hane içi ürettikleri ürünleri kermes, festival, panayır ile kamu kurum ve kuruluşlarınca geçici olarak belirlenen yerlerde satmalarından elde edecekleri gelirler vergiden muaf tutulmuştur. Gelir vergisinden muaf tutulan bu kadınlar, isteğe bağlı sigortalı olmaları halinde indirimli prim öderler; örneğin, 2010 yılı için 17 gün prim ödenilecek (132,19 TL) ve 30 gün ödenmiş gibi değerlendirilecektir.⁵⁶ Sosyal güvenlik hukuku alanında da doğum borçlanması⁵⁷ ve özürllü çocuğu olan kadınlara avantaj getirilmiştir.⁵⁸ İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun (İstihdam Paketi) istihdam zorunluluğunun değil, istihdamın teşviki anlayışının egemen olduğu bir düzenlemedir. İstihdam Paketi ile 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununa⁵⁹ eklenen geçici 7. maddeye göre, 18 yaşından büyük ve 29 yaşından küçük olanlar ile yaş şartı aranmaksızın 18 yaşından büyük kadınlardan işe alınan ve fiilen çalıştırılanlar için prime esas kazanç alt sınırı üzerinden hesaplanan sigorta primine ait işveren hisselerinin ilk yıl için %100'ü, ikinci yılı için % 80'i, üçüncü yıl için % 60'ı, dördüncü yıl için % 40'ı ve beşinci yıl için %20'si, İşsizlik Sigortası Fonundan karşılanacaktır. KOSGEB tarafından yürütülen 'İş Merkezleri Yoluyla Kadın Girişimciliğinin Desteklenmesi Projesi,' 'İmalatçı Esnaf

ve Sanatkar İşletme Destek Programı (Cansuyu Kredisi),' 'Yeni Kredi Destek Paketi' ve 'İstihdam Endeksli İmalatçı Esnaf Sanatkar ve KOBİ Destek Kredisi,' bankaların kadın girişimcilere yönelik özel destek paketleri, kadın istihdamını ve girişimciliğini destekleyen uygulamalardır. Kadın İstihdamının Artırılması ve Fırsat Eşitliğinin Sağlanması Başbakanlık Genelgesi,⁶⁰ 'Kadınların sosyo-ekonomik konumlarının güçlendirilmesi, toplumsal yaşamda kadın erkek eşitliğinin sağlanması, sürdürülebilir ekonomik büyüme ve sosyal kalkınma amaçlarına ulaşılabilmesi için kadınların istihdamının artırılması ve eşit işe eşit ücret imkanının sağlanması şarttır' demekte ve 'Kadın İstihdamı Ulusal İzleme ve Koordinasyon Kurulu' kurulması dahil olmak üzere bir dizi önlem getirmektedir. Bu makalenin yayınlanmak üzere teslim edildiği tarihte de (Aralık 2010) kadın istihdamını ve kadın girişimciliğini destekleyen hükümler de içeren yeni bir istihdam paketi tasarısı mevcuttur.

Eylül 2004'de toplanan Dokuzuncu Çalışma Meclisine sunulan Türkiye'de İşsizliğin Önlenmesi ve İstihdamın Artırılması adlı çalışma raporunda, çağdaş ve esnek çalışma yöntemlerinden yeterince yararlanılamaması, istihdamın önündeki engellerden biri olarak değerlendirilmiştir.⁶¹ AB istihdam politikalarında esnekliğin önemle vurgulanmasının temel nedenlerinden biri de esneklik yoluyla kadınlar, ilk kez işe girecek olan genç işsizler, özürllüer, yaşlılar gibi işgücü piyasasına dahil olmada zorluklarla karşılaşabilecek kesimlerin istihdamının teşvik edilmesi bulunmaktadır. OECD, ülkemizde belirsiz süreli sürekli çalışanların işten çıkarılmalarına dair hukuk kurallarının ve yargı kararlarının rekabet edebilir ekonominin gereklerine ters düştüğünü, belirli süreli hizmet sözleşmesi ve dönemsel çalışma üzerindeki sınırlamaların, bu çalışma biçimlerine gerek olan alanlarda iş yaratılamamasına neden olduğunu belirtmektedir.⁶² OECD'nin reform yapılmasını önerdiği hususlar arasında, belirsiz süreli sürekli hizmet sözleşmelerinin katı iş güvencesi hükümleri azaltılarak esnekleştirilmesi ve belirli süreli ve dönemsel çalışmalarda daha fazla esnekliğe gidilmesi bulunmaktadır. Esnekliğin reddi, kayıt dışılığın

desteklenmesidir. Esneklik konusunun teknik bilgi temelinde rasyonel bir yaklaşımla ele alınmasına ihtiyaç bulunmaktadır.

Sonuç

AB müktesebatı statik değildir, Topluluk Antlaşmasının 1957'de akdedilmesinden günümüze sürekli bir devinim göstermiştir. 1 Aralık 2009'da Lizbon Antlaşması ve Temel Haklar Şartı yürürlüğe girmiş, AB Antlaşması ve AB'nin İşleyişine Dair Antlaşma, AB'nin dayandığı temel antlaşmalar olmuştur. Konumuzla ilgili olarak son gelişmelere baktığımızda, Çatı Direktif 2006 yılında kabul edilmiş; Avrupa Toplumsal Cinsiyet Enstitüsü (European Institute for Gender Equality – EIGE), 16 Aralık 2009'da resmen göreve başlamış; ebeveyn iznine ve bağımsız çalışan konumunda faaliyette bulunan kadın ve erkeğe eşit muamele ilkesinin uygulanmasına dair direktifler ile Avrupa Komisyonunun cinsiyet eşitliği hakkında yeni çalışma programı, 2010 yılında kabul edilmiştir. Hamile, loğusa veya emzikli çalışanlara yönelik mevcut direktifi değiştiren direktif teklifi, Konsey onayı beklemektedir. AB cinsiyet eşitliği hukukunun böylesine dinamik bir alan olması, AB üyesi devletler ile aday ülkelerde sürekli bir uyumlaştırma çabasını gerektirmektedir. Uyumlaştırma çabaları, AB'ye üyelik müzakereleri aşamasında bulunan ülkemiz için de söz konusudur. Ülkemizin AB müktesebatına uyum sağlama yönünde güçlü bir iradesi vardır. Yeni İş Kanunumuz hazırlanırken AB müktesebatı dikkate alınarak düzenlemeler yapılmıştır.

Ülkemizde de kadın-erkek eşitliği ve kadın istihdamı konularında değişiklikler ve gelişmeler yaşanmaktadır. Kadının statüsünde reform niteliğinde önemli değişiklikler, ilki 1920'li yıllar, ikincisi ise 2001 sonrası dönem olmak üzere iki dönemde gerçekleştirilmiştir.⁶³ 2001 sonrasında Anayasa, Medeni Kanun, Ceza Kanunu ve İş Kanunu'nda yapılan değişiklikler, aile mahkemelerinin kurulması, aile içi şiddetin önlenmesine ve kız çocukların daha iyi eğitim almalarına yönelik düzenlemeler ve önlemler ile ülkemiz modern toplum mevzuatını haiz bir konuma gelmiştir.⁶⁴ Konumuzla ilgili olarak günümüz itibarıyla saptadığımız hukuki eksik-

likler, kolayca giderilebilecek niteliktedir. Hukuki eksikliklerin temel nedeni, değişen ve gelişen uluslararası düzenlemeler, özellikle de AB mevzuatının dinamizmidir. Hukuki kuralların uygulama ile de pekiştirilmesi gerekmektedir. Kadının işgücüne katılma oranının ve istihdam oranının düşüklüğü endişe verici boyuttadır. Ekim 2009 rakamlarıyla memurların 1/3'ü kadındır (1.052.187 erkek memur, 512.921 kadın memur); sigortalı çalışan 6.603.000 erkeğe karşılık 1.901.000 kadın bulunmaktadır. Dokuzuncu Kalkınma Planında kadınların işgücüne katılma oranının 2013 yılına kadar %29,6 olması hedeflenmektedir. Kadın istihdamını artırma amaçlı bir dizi düzenleme yapılmakta, plan, program ve proje uygulanmaktadır. Ülkemiz, kadın istihdamını da olumlu etkileyebilecek esneklik konusunda sloganların, polemiklerin, retoriklerin ilerisine geçememektedir. Esneklik konusundaki kültürel zafiyetimizin aşılması gerekmektedir. Esneklikle ilgili hükümler yeniden değerlendirilmeli; ILO'nun 1997 tarih ve 181 sayılı Özel İstihdam Büroları Sözleşmesi⁶⁵ ve AB'nin 2009/104 sayılı Dönemsel Çalışma Direktifi⁶⁶ esas alarak dönemsel çalışma düzenlenmelidir. İşgücüne kadının katılımının artırılması, yalnızca Devletin sorumluluğu çerçevesinde ele alınmamalıdır. Devletin ve yerel yönetimlerin yanısıra, sendikalar, işletmeler, üniversiteler ve sivil toplum örgütleri de bu amaca yönelik adımlara yenilerinin eklenmesine önderlik etmelidirler.

DİPNOTLAR

- 1 AB'nin İşleyişine Dair Antlaşmanın 10. maddesi, AB'nin politikalarını ve faaliyetlerini belirlerken ve uygularken cinsiyet, din veya inanç, özürüllük, yaş, ırk veya etnik köken ve cinsel yönelim temelinde ayrımcılık ile mücadeleyi amaç edinmesini amirdir.
- 2 Antlaşmaların ve AB Temel Haklar Şartının metinleri için bkz.: OJ C 83, 30.03.2010.
- 3 Evelyn Ellis, 'The Impact of the Lisbon Treaty on Gender Equality,' European Gender Equality Law Review, No. 1/2010, s. 7-13, s. 9.
- 4 Aynı yer, s. 11. Ayrıca bkz.: Sophia Koukoulis-Spiliotopoulos, 'The Lisbon Treaty and the Charter of Fundamental Rights: maintaining and developing the *acquis* in gender equality,' European Gender Equality Law Review, No. 1/2008, s. 15-23, s. 9.
- 5 <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=422&langId=en>

- 6 Aynı yer.
- 7 Council Directive 79/7/EEC of 19 December 1978 on the progressive implementation of the principle of equal treatment for men and women in matters of social security (OJ L 6, 10.01.1979, s. 24–25).
- 8 Council Directive 86/613/EEC of 11 December 1986 on the application of the principle of equal treatment between men and women engaged in an activity, including agriculture, in a self-employed capacity, and on the protection of self-employed women during pregnancy and motherhood (OJ L 359, 19.12.1986, s. 56–58).
- 9 Council Directive 92/85/EEC of 19 October 1992 on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health at work of pregnant workers and workers who have recently given birth or are breastfeeding (tenth individual Directive within the meaning of Article 16 (1) of Directive 89/391/EEC) (OJ L 348, 28.11.1992, s. 1–8).
- 10 Directive as amended by Directive 2007/30/EC of the European Parliament and of the Council of 20 June 2007 amending Council Directive 89/391/EEC, its individual Directives and Council Directives 83/477/EEC, 91/383/EEC, 92/29/EEC and 94/33/EC with a view to simplifying and rationalising the reports on practical implementation (OJ L 165, 27.06.2007, s. 21 – 24).
- 11 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council of 3 October 2008 amending Council Directive 92/85/EEC on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health at work of pregnant workers and workers who have recently given birth or who are breastfeeding (COM(2008) 637 final).
- 12 Council Directive 2004/113/EC of 13 December 2004 implementing the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services (OJ L 373, 21.12.2004, s. 37–43).
- 13 Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (recast) (OJ L 204, 26.07.2006, s. 23–36). Direktif, eşit ücrete (Council Directive 75/117/EEC of 10 February 1975 on the approximation of the laws of the Member States relating to the application of the principle of equal pay for men and women, OJ L 45, 19.02.1975, s. 19–20), eşit muameleye (Directive 2002/73/EC of the European Parliament and of the Council of 23 September 2002 amending Council Directive 76/207/EEC on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions, OJ L 269, 05.10.2002, s. 15–20), işletme sosyal güvenlik planlarına (Council Directive 96/97/EC of 20 December 1996 amending Directive 86/378/EEC on the implementation of the principle of equal treatment for men and women in occupational social security schemes, OJ L 46, 17.02.1997, s. 20–24) ve ispat yüküne (Council Directive 97/80/EC of 15 December 1997 on the burden of proof in cases of discrimination based on sex, OJ L 14, 20.01.1998, s. 6–8. Directive as amended by Directive 98/52/EC on the extension of Directive 97/80/EC on the burden of proof in cases of discrimination based on sex to the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, OJ L 205, 22.07.1998, s. 66) dair önceki direktifleri yürürlükten kaldırmış ve tek direktif altında toplamıştır.
- 14 Council Directive 96/34/EC of 3 June 1996 on the framework agreement on parental leave concluded by UNICE, CEEP and the ETUC (OJ L 145, 19.06.1996, s. 4–9).
- 15 Council Directive 2010/18/EU of 8 March 2010 implementing the revised Framework Agreement on parental leave concluded by BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP and ETUC and repealing Directive 96/34/EC (OJ L 68, 18.03.2010, s. 13–19).
- 16 Council Directive 86/613/EEC of 11 December 1986 on the application of the principle of equal treatment between men and women engaged in an activity, including agriculture, in a self-employed capacity, and on the protection of self-employed women during pregnancy and motherhood (OJ L 359, 19.12.1986, s. 56–58).
- 17 Directive 2010/41/EU of the European Parliament and of the Council of 7 July 2010 on the application of the principle of equal treatment between men and women engaged in an activity in a self-employed capacity and repealing Council Directive 86/613/EEC (OJ L 180, 15.07.2010, s. 1–6).
- 18 Kanun no. 2709, Resmi Gazete 09.11.1982, S. 17863.
- 19 Resmi Gazete 22.05.2004, S. 25469.
- 20 Resmi Gazete 13.05.2010, S. 27580 mükerrer.
- 21 Turkey 2010 Progress Report accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament and the Council Enlargement Strategy and Main Challenges 2010–2011 (COM(2010) 660), s. 8, 25, 71, 79.
- 22 Aynı yer.
- 23 Kanun no. 5735, Resmi Gazete 23.02.2008, S. 26796.
- 24 Anayasa Mahkemesi 05.06.2008, E. 2008/16, K. 2008/116 (Resmi Gazete 13.06.2008, S. 26905).
- 25 Bkz.: dipnot12.
- 26 Resmi Gazete 31.12.2008, S. 27097 (5. mükerrer).
- 27 Kanun no. 5237, Resmi Gazete 12.10.2004, S. 25611.
- 28 Özürlüler Kanunu, Kanun no. 5378, Resmi Gazete 01.07.2005, S. 25868. Özürlüler Kanunu, özürlülük temelinde ayrımcılığı kesin olarak yasaklamaktadır (m. 4). Bu hususun, İş Kanununun çalışma yaşamında eşit davranma ilkesi genel maddesinde de belirtilmesi doğru olacaktır.
- 29 Resmi Gazete 25.05.2010, S. 27591.
- 30 Resmi Gazete 16.06.2004, S. 25494. Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik, Resmi Gazete, 23.10.2004, S. 25622.
- 31 Resmi Gazete 07.03.2010, S. 27514.
- 32 Resmi Gazete 09.08.2004, S. 25548.
- 33 Resmi Gazete 14.07.2004, S. 25522.
- 34 Başbakanlık Genelgesi 2005/14, Resmi Gazete 02.06. 2005, S. 25833.
- 35 27.09.2006 tarihli ve 5547 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartının onaylanması Bakanlar Kurulunca 22.03.2007 tarihinde kararlaştırılmıştır (Resmi Gazete 09.04.2007, S. 26488).

- 36 Resmi Gazete 06.04. 2004, S. 25425.
- 37 Community Resolution of 29 June 2000 on the balanced participation of women and men in family and working life (OJ C 218, 31 Temmuz 2000, s. 5).
- 38 Bkz.: Avrupa Adalet Divanının Hofman (Case 184/83 Hofmann v Barmer Ersatzkasse [1984] ECR 3047), (European Commission, Compilation of Case Law on the Equality of Treatment between Women and Men and on Non-Discrimination in the European Union, 3. baskı, Lüksemburg 2010, s. 62-63) ve İtalya (Case 163/82 Commission v Italy [1983] ECR 3273) (aynı yer, s. 53-54) kararları.
- 39 Community Charter of Fundamental Social Rights of Workers (8-9 Aralık 1989) hukuki açıdan bir siyasi deklarasyon niteliğindedir. Bu Şartın hükümleri, 7 Aralık 2000 tarihli AB Temel Haklar Şartı ile geliştirilmiştir. Başlangıçta hukuken bağlayıcı olmayan AB Temel Haklar Şartı, 12 Aralık 2007'de AB Komisyonu, Parlamentosu ve Konseyi başkanlarınca imzalanmış ve Lizbon Antlaşmasıyla birlikte bağlayıcılık kazanarak yürürlüğe girmiştir.
- 40 %33 hedefini beş (Belçika, Finlandiya, Fransa, İsveç ve Danimarka), %90 hedefini ise sekiz üye devlet (Belçika, Finlandiya, Fransa, İsveç ve Danimarka, İtalya, Almanya, İspanya) tarafından sağlanmıştır. Hedeflere en uzak üye devletler ise Yunanistan, İrlanda, Litvanya ve Polonya olmuştur (<http://www.cor.europa.eu/pesweb/barcelona.html>).
- 41 Kanun no. 5763, Resmi Gazete 26.05.2008, S. 26887.
- 42 Case C-179/88 Handels- og Kontorfunctionerernes Forbund i Danmark v Dansk Arbejds-giver-forening [1990] ECR I-3941, European Commission, Compilation of Case Law on the Equality of Treatment between Women and Men and on Non-Discrimination in the European Union, 3. baskı, Lüksemburg 2010, s. 135-136.
- 43 Case C-400/95 Handels- og Kontorfunctionerernes Forbund i Danmark, acting on behalf of Larsson v Dansk Handel & Services, acting on behalf of Fotex Supermarked A/S [1997] ECR I-2757, European Commission, Compilation of Case Law on the Equality of Treatment between Women and Men and on Non-Discrimination in the European Union, 3. baskı, Lüksemburg 2010, s. 298-299.
- 44 Case C-394/96 Brown v Rentokil Ltd. [1998] ECR I-4185, European Commission, Compilation of Case Law on the Equality of Treatment between Women and Men and on Non-Discrimination in the European Union, 3. baskı, Lüksemburg 2010, s. 324-325.
- 45 Mehmet Emin Artuk, Cinsel Taciz Suçu (TCK. m.105), Çalışma ve Toplum, 2006/4, s. 29-44.
- 46 Anayasa Mahkemesi 25.02.2010, E. 2008/55, K. 2010/41 (Resmi Gazete 22.06.2010, S. 27619).
- 47 A. Güzel ve E. Ertan, İşyerinde Psikolojik Tacize Hukuksal Bakış: Avrupa Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukuk, Legal ISGHD 2007/14, s. 509-549; H. Ergin, İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), Ali Güzel'e Armağan, İstanbul 2010, s. 245-265.
- 48 Yargıtay 9.HD 14.03.2008, Esas no. 2008/3122, Karar no. 2008/4922 (M. Kılıçoğlu ve K. Şenocak, İş Kanunu Şerhi, Cilt 2, İstanbul 2008, s.280-281).
- 49 OECD Economic Surveys Turkey, 2008/1, 04.07.2008, s. 70.
- 50 'Female Labor Force Participation in Turkey: Trends, Determinants, and Policy Framework', Report No. 48508-TR, 23 Kasım 2009, s. ix, <http://www.worldbank.org.tr>.
- 51 Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Ulusal Eylem Planı (2008-2013) metni için bkz.: <http://www.ksgm.gov.tr>
- 52 Aynı yer, s. 9.
- 53 Resmi Gazete 01.07.2006, S. 26215 mükerrer.
- 54 AB'nin eşitlik bakanlarının 26 Mart 2010 tarihli gayriresmi toplantısında AB'nin yeni büyüme ve işler stratejisinde kadın ve erkek istihdamı için aynı hedefin (%75) konulması görüşü belirtilmiştir ('EU Policy and Legislative Process Update,' European Gender Equality Law Review, 2010/1, s. 33).
- 55 28.03.2007 tarih ve 5615 sayılı Kanununun (Resmi Gazete 04.04.2007, S. 26483) 1. maddesi ile 31.12.1960 tarih ve 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun (Resmi Gazete 06.01.1961, S. 10700) 9. maddesinin 1. fıkrasının 6 numaralı bendinde yapılan değişiklik.
- 56 Geçici md. 3(4), Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği (Resmi Gazete 12.05.2010, S. 27579).
- 57 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun (Resmi Gazete 16.06.2006, S. 26200) 41. maddesi.
- 58 17.04.2008 tarih ve 5754 sayılı Kanununun (Resmi Gazete 08.05.2008, S. 26870) 16. maddesi ile 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun (Resmi Gazete 16.06.2006, S. 26200) 28. maddesine getirilen ek fıkra.
- 59 Resmi Gazete 08.09.1999, S. 23810.
- 60 Resmi Gazete 25.05.2010, S. 27591.
- 61 Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Türkiye'de İşsizliğin Önlenmesi ve İstihdamın Artırılması, genel yayın no: 117, Ankara 2004, s. 125.
- 62 OECD Economic Surveys Turkey 2008, OECD 2008, s. 151-152; OECD Economic Outlook 2010/1, OECD 2010, s. 189; OECD Economic Surveys Turkey, 2010/13, OECD 2010, s. 9, 17, 109-110, 112, 122, 131, 139.
- 63 European Stability Initiative (ESI), Sex and Power in Turkey – Feminism, Islam and the Maturing of Turkish Democracy, Berlin – İstanbul 2 Haziran 2007, s. 2, 32-33 (<http://www.esiweb.org>).
- 64 Aynı yer; ayrıca bkz.: G. Marshall, Authenticating Gender Policies through Sustained-Pressure: The Strategy Behind the Success of Turkish Feminists, Social Politics: International Studies in Gender, State & Society, C. 11, S. 1, Oxford University Press 2004, s. 57-85.
- 65 C181, Private Employment Agencies Convention, <http://ilo.org>.
- 66 Directive 2008/104/EC of the European Parliament and of the Council of 19 November 2008 on temporary agency work, OJ L 327, 05.12.2008, s. 9 – 14.

Doç. Dr. Cevdet İlhan GÜNAY

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Onursal Üyesi - Rekabet Kurulu Üyesi

Yıllık Ücretli İzin Hakkı ve Ücretli İzin Alacağı

GENEL OLARAK

1982 Anayasası'nın "Çalışma şartları ve dinlenme hakkı" başlıklı 50. maddesinde "Kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz. Küçükler ve kadınlar ile bedenî ve ruhî yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar. Dinlenmek, çalışanların hakkıdır. Ücretli hafta ve bayram tatili ile ücretli yıllık izin hakları ve şartları kanunla düzenlenir." denilmektedir. Anılan düzenleme Anayasa'nın üçüncü bölümünde "Sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler" başlığı altında düzenlenmiş olan "dinlenmek" çalışanların temel haklarından. Ancak çalışan işçiler veya memurların haftada bir gün veya Ulusal Bayram ve genel tatillerde dinlenmesi yeterli değildir.

Bir yıl çalışan kişinin belirli bir süre işyerinden uzak kalması, daha sonra verimli bir çalışma yapmasına olanak sağlayacaktır. Ayrıca uzun süreli tatillerde çalışanlar, çevre değiştirip yakınlarını ziyaret etme ve görüşme imkânına da sahip olabilecektir. İşyerinin ve toplumun sağlığının

korunması ve geliştirilmesine hizmet eden yıllık ücretli izin hakkı toplumun çıkarlarına da uygun bulunmaktadır¹.

İş Kanunu'na tabi işçilerin çoğunluğu için işverenin işçiyi gözetme borcu sebebiyle Anayasa'nın "sosyal devlet" ilkesi uyarınca, işçinin bir tam yıl çalışmasına karşılık yıllık ücretli izin Yasada öngörülmüştür². Anayasanın 50/son maddesi uyarınca düzenlenen 4857 sayılı İş Kanunu'nun 53-61. maddeleri arasında yıllık ücretli izin konusu düzenlenmiştir.

İşçilerin belirli zaman aralıkları ile dinlenmeleri ve bu süre içinde ücret kaybına uğramaları yıllık ücretli izin düzenlemesinin amacını, ortaya koymaktadır. Yıllık ücretli iznin yükünü işveren taşır³.

1- YILLIK ÜCRETLİ İZİN HAKKI

1- Yıllık Ücretli İzne Hak Kazanma

a) Genel Olarak

4857 sayılı İş Kanunu'nun "Yıllık ücretli izin

hakkı ve izin süreleri” başlıklı 53. maddesinde “İşyerinde işe başladığı günden itibaren, deneme süresi de içinde olmak üzere, en az bir yıl çalışmış olan işçilere yıllık ücretli izin verilir. Yıllık ücretli izin hakkından vazgeçilemez. Niteliklerinden ötürü bir yıldan az süren mevsimlik veya kampanya işlerinde çalışanlara bu Kanunun yıllık ücretli izinlere ilişkin hükümleri uygulanmaz...” denilmiştir. Anılan Kanunun 54. maddesinde ise “Yıllık ücretli izine hak kazanmak için gerekli sürenin hesabında işçilerin, aynı işverenin bir veya çeşitli işyerlerinde çalıştıkları süreler birleştirilerek göz önüne alınır. Şu kadar ki, bir işverenin bu Kanun kapsamına giren işyerinde çalışmakta olan işçilerin aynı işverenin işyerlerinde bu Kanun kapsamına girmeksizin geçirmiş buldukları süreler de hesaba katılır. Bir yıllık süre içinde sözü edilen Yasanın 55. maddesinde sayılan süreler, İş K. m.66’da sözü edilen çalışılmış sayılan kısa süreler, hafta tatili, Ulusal Bayram, genel tatil günleri, 3153 sayılı Kanuna dayanılarak çıkarılan Tüzüğe göre verilmesi gereken yarım günlük izinler de dikkate alınır. Öte yandan işçilerin bir kısım toplantılara katılmaları nedeniyle işlerine devam edemedikleri günler de yıllık izin hakkının hesabında göz önüne alınır.

Ayrıca işçilerin evlenme, ölüm gibi sebeplerle verilen izinler ile işveren tarafından tanınan diğer izinler, kısa çalışma süreleri, işçiye verilmiş bulunan yıllık ücretli izin süresi, gelecek yıllık ücretli izin hakkının hesabında çalışılmış gibi sayılır.

Bunların dışındaki sebeplerle, işçinin devamının kesilmesi halinde bu boşlukları karşılayacak kadar hizmet süresi eklenerek işçinin yıllık izin hakkını elde etmesi için gereken bir yıllık hizmet süresinin bitiş tarihi gelecek hizmet yılına aktarılır. İşçinin gelecek izin hakları için geçmesi gereken bir yıllık hizmet süresi, önceki izin hakkının doğduğu günden başlayarak gelecek hizmet yılına doğru hesaplanır.

Bu koşulları sırasıyla inceleyeceğiz.

b) Bir Yıllık Kıdem Koşulu

İş Kanunu’nun kapsamına giren işyerinde çalışan işçinin yıllık ücretli izne hak kazanabilmesi için, işyerinde bir tam yıl çalışmış ol-

ması gerekir. Ancak iş sözleşmesini yapıldığı ve imzalandığı tarihten değil işe fiilen başlamakla hizmet akdi yürürlüğe girdiğinden o tarihten itibaren bir yıllık sürenin geçmesi gerekir⁴. Şayet işçi o işyerinde veya işverenin başka işyerlerinde daha önce çalışmış ise, ihbar ve kıdem tazminatı ödenerek tasfiye edilen önceki dönem çalışma son iş sözleşmesi yönünden yıllık ücretli izine hak kazanma hesabında nazara alınmaz⁵. Bir tam yıldan fazla bir çalışma süresi dikkate alınarak yıllık ücretli izin hakkı doğmaktadır⁶. İşe giriş tarihine göre son yıl izin hakkının gerçekleşip gerçekleşmediği araştırılmalıdır⁷. Tam bir yıllık sürede fiilen çalışılması gerekmez. Kısa süreli izinler, istirahat raporlarının altı haftayı geçmeyen kısmı, bir yıllık sürenin hesabında göz önüne alınır. Gerek işverenin aynı işyerinde fasıllı, gerek farklı işyerlerinde aralıklı çalışmalar işçinin yıllık izin hakkının dolması için bekleme süresi içerisinde sayılmalıdır⁸.

İş Kanunu’nun 55. maddesinde işçinin uğradığı kaza veya tutulduğu hastalıktan ötürü işine gidemediği süreye bir sınırlama getirilmiştir. Bu sınır 4857 sayılı Kanunun 26. maddesinin (I) numaralı bendinin (b) alt bendinde öngörülen süreler olarak belirtilmiştir. Yıllık izin bakımından çalışılmış gibi sayılan hallerin başında işçinin uğradığı kaza veya tutulduğu hastalıktan ötürü işine gidemediği günler gelmektedir. Ancak ihbar önellerine altı hafta eklenmesi ile bulunacak süreden fazlası yıllık izin için kıdemden sayılmaz. Öte yandan kadın işçilerin doğumdan önce ve sonra çalıştırılmadıkları günler de bir sonraki yılın izin hakkının gerçekleşmesinde dikkate alınır. Ayrıca 90 günden fazla olmamak üzere işçinin muvazzaf askerlik hizmeti dışında manevra veya herhangi bir kandan dolayı ödevlendirilmesi sırasında işine gidemediği günler de izin kıdeminde dikkate alınmalıdır. Bir işçinin yeniden işe başlaması şartıyla çalışmakta olduğu işyerinde zorlayıcı sebepler yüzünden işin aralıksız bir haftadan çok tatil edilmesi sonucu olarak işçinin çalışmadan geçirdiği zamanın onbeş günü bir tam yılın içerisinde yer alır. İş Kanunu’nun 66. maddesinde sözü geçen zamanlar, hafta tatili, Ulusal Bayram, genel tatil günleri, 3153 sayılı Kanuna

dayanılarak çıkarılan tüzüğe göre röntgen muayenehanelerinde çalışanlara pazardan başka verilmesi gereken yarım günlük izinler de yıllık ücretli izin yönünden değerlendirilir. Ayrıca işçilerin arabuluculuk toplantılarına katılmaları, hakem kurullarında bulunmaları, bu kurullarda işçi temsilciliği görevlerini yapmaları, çalışma hayatı ile ilgili mevzuata göre kurulan meclis, kurul, komisyon ve toplantılara yahut işçilik konuları ile ilgili uluslararası kuruluşların konferans, kongre veya kurullarına işçi veya sendika temsilcisi olarak katılması sebebiyle işlerine devam edemedikleri günler de hesaba dahil edilir. Bunun yanında işçilerin evlenmelerinde üç güne kadar, ana veya babalarının, eşlerinin, kardeş veya çocuklarının ölümünde üç güne kadar verilecek izinler, işveren tarafından verilen diğer izinler ile İş K.m 65'deki kısa çalışma süreleri, İş Kanunu'nun uygulanması sonucu olarak işçiye verilmiş bulunan yıllık ücretli izin süresidir.

Bir yıllık kıdem süresi dolduktan sonra yıllık izin haklarının hesaplanması gerekir⁹. İşçi bir yıllık süreli çalışma şartını taşımadığı için izin adı altında bir alacağa da hak kazanamaz¹⁰. Yargıtay bir kararında, işçinin hizmet süresi üç yılı doldurmadığı halde üçüncü yılın da izin ücretine karar verilmesini hatalı bulmuştur¹¹. Öte yandan aralıklı çalışan işçinin çalışma süreleri birbirine eklenerek bir tam yılı geçen her dönem için yıllık ücretli izin alacağına hak kazanıldığı kabul edilmektedir¹². Yıllık ücretli izine hak kazanılması konusunda yapılan düzenleme kamu düzeni ile ilgili olduğundan toplu iş sözleşmesinde çalışılmayan ücreti peşin olarak ödenen ihbar önelinin hizmet süresine eklenerek izin hakkının doğumuna ilişkin hükmü Yargıtay'ca geçersiz olarak kabul edilmiştir¹³.

Deneme süreli iş sözleşmelerinde öngörülen süre bir yıllık kıdem içinde değerlendirilir. Ancak taraflarca iş sözleşmesine konulan deneme süresi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 15.maddesi uyarınca iki ayı geçemeyecektir. Öte yandan işyerinde uygulanan bir toplu iş sözleşmesi ile deneme süresi en fazla dört aya kadar uzatılabilmektedir (İş K.m.15). Şayet iş sözleşmesinde bu süre daha fazla bir süre olarak öngörülmüş ise, iki aya kadar olan kısmı

geçerlidir. Ancak yıllık izin ücretine hak kazanmada bu husus önemli değildir. Zira iki aylık süreyi aşan kısım için deneme süresine ilişkin hükümler uygulanamayacaktır.

İşçinin birden fazla dönem çalışmalarıyla bir yılın tamamlanması söz konusu olabilir. Bu hususun yıllık ücretli izin hakkında dikkate alınması gerekir¹⁴. Ancak işçinin hizmet akdinden doğan hak ve borçları grev süresince askıda kaldığından bu süre kıdem tazminatında olduğu gibi, yıllık ücretli izin hesabında da dikkate alınmaz¹⁵.

Bekleme süresi izin talep edildiği tarihe göre hesaplanır. Böylece bir yıllık bekleme süresini tamamlayarak izne hak kazanan işçinin sonraki izin hakkı yönünden geçmesi gereken bir yıllık hizmet süresi, bir önceki izin hakkının doğduğu tarihten başlayarak gelecek hizmet yılına doğru hesaplanır¹⁶.

Hizmet yılının hesabında işçinin fiilen çalıştığı günlerden ayrı olarak İş Kanunu'nun 55. maddesinde belirtilen ve çalışılmış gibi kabul edilen durumlar da dikkate alınacaktır. Yıllık izne hak kazanmak için işverenin İş Kanunu kapsamına girmeyen (İş K. m.4) hizmetleri de göz önünde bulundurulur (İş K.m.54/1). Hizmet bütünlüğü içindeki ayrı ayrı hizmetler birleştirilir. Ancak daha önce ihbar ve kıdem tazminatı ödendikten sonra geçen ve hizmet bütünlüğü içinde yer almayan hizmet süresi yıllık ücretli izin hakkının belirlenmesinde dikkate alınmaz. Aynı işverene ait çalışmaların tümü dikkate alınarak 30 günlük yıllık ücretli izin 15 günlük izin harçlığı hesap edilmiştir. Önceki dönemden bakiye süre olarak karşılanmayan bir izin ücreti bulunup bulunmadığı tespit edilmeli böylece son dönemle birlikte bir tam yıl çalışma koşulu gerçekleşme sonucuna varıldığı takdirde yıllık izin ücretine karar verilmelidir¹⁷.

Öte yandan işçinin fiilen çalışmasını kesintiye uğratan durumlarda, bu boşlukları tamamlayacak kadar hizmet süresi eklenmek suretiyle bir yıllık süre tamamlanacaktır¹⁸. İzne hak kazanıldığı tarihe göre işçinin son yılın izin ücretine hak kazanıp kazanmadığı araştırılmalıdır¹⁹. Yıllık izin için bekleme süresi bir tam yıl olup yıldan artan süreler için orantılı izin söz konu-

su olmaz²⁰. Ayrıca özel okul öğretmenlerinin, okulun tatil günlerinde yıllık ücretli izinlerini kullanmış sayıldıklarını burada belirtelim²¹.

c) Mevsimlik İşçi Olmama Koşulu

Mevsimlik işyerlerinde mevsimlik işçiler bir yıldan az süre çalışırlar. Mevsimlik işyerlerinde veya kampanya işlerinin yürütüldüğü işyerlerinde devamlı olarak çalışan işçiler ise, yıllık ücretli izin haklarından yararlanır (Y.Ü. İz. Yön. m.12).

Ancak her devamlı olmayan çalışma mevsimlik olarak nitelendirilemez. Örneğin belediyelerde Sayıştay uygulamaları nedeniyle vize alınması zorunluluğu, yılın tümünde çalışmayı engelleyebilir. Belediyede veya bazı kamu kuruluşlarında geçici çalışan işçileri mevsimlik işlerde çalışan işçi olarak kabul etmek mümkün değildir. Bu tür çalışan işçilerin her yıl çalıştıkları süreler toplanmak suretiyle her 365 gün için yıllık ücretli izin hakkı doğacaktır.

Oysa bir yıllık çalışma sonunda yorulan işçi, belirli bir dönem çalışmadan ücretini alabilecektir. Bunun için mevsimlik işçiler bir yıl çalışıp yorulmadıklarından yıllık ücretli izin hakkından yararlanamaz²². Şayet toplu iş sözleşmesi ile mevsimlik çalışan işçiler için yıllık ücretli izin hakkı öngörülmüş ise bu koşul geçerlidir. Ancak mevsimlik işçi olduğunda herhangi bir uyuşmazlık bulunmayan kişi yıllık ücretli izinden yararlanamaz²³. Mevsimlik işler yılda en fazla 180 gün çalışılan işler olarak kabul edilebilir. Bu nedenle bütün işletmesinde mevsimlik çalışma nedeniyle yıllık izin ücreti istenilemez²⁴.

İşçinin işyerinde aralıklarla çalışması onun mevsimlik işçi olarak çalıştığını göstermez. Gerçekten mevsimlik bir işyeri olmayan inşaat işyerinde "1.3.1996-20.4.1998, 15.5.1996-16.12.1996, 22.4.1994-2.11.1997, 25.11.1997-22.12.1997 ve 4.3.1998-14.4.1998 tarihleri arasında bir çalışma söz konusudur ki, görüldüğü üzere 1 yıl içinde bir kaç kez çalışma gerçekleştiği gibi işe başlama ve bitim tarihleri de her seferinde farklıdır. Esasen davacı inşaat işlerinde çalışan bir işçi durumundadır. Hava şartları müsaade ettiği sürece çalıştığı ve işi bıraktığı sonucuna varılmaktadır. Böyle olunca davacı işçinin çalışma

süreleri birbirine eklenerek bir tam yıl geçen her dönem için yıllık ücretli izin alacağına davacının hak kazandığı kabul edilmelidir." şeklinde Yargıtay isabetli bir karar vermiştir²⁵.

Öte yandan turistik tesis işyerinde mevsimlik işçi olarak çalışıldığı kabul edilmelidir²⁶. Bu arada mevsimlik işçinin yıllık izin ücreti alacağı talebinin ancak toplu iş sözleşmesindeki düzenlemelerden kaynaklanabileceğini belirtelim²⁷.

Her yıl tam çalışma yapılmayan mevsimlik işlerle kampanya işlerinde çalışan işçiler yıllık ücretli izin hakkından yararlanamazlar (İş K. m.53/III). Ancak okullar mevsimlik iş olmadığı halde, özel okul öğretmenleri yaz aylarında okulların tatili sebebiyle tatil yaptıklarından; yöneticilik görevleri bulunmuyorsa yıllık izin ücreti isteyemezler.

d) İşverenin Değişik İşyerlerinde Geçen Süreler

Yıllık izin süresinin ve izne hak kazanmak için gerekli sürenin hesabında işçinin aynı işverene ait değişik işyerlerinde çalıştığı süreler birleştirilir. Şu kadar ki, bir işverenin bu Kanun kapsamına giren işyerinde çalışmakta olan işçilerin aynı işverenin işyerlerinde bu Kanun kapsamına girmeksizin geçirmiş buldukları süreler de hesaba katılır.

Gerçekten yıllık ücretli izne hak kazanmak için bekleme süresinin hesabında sadece işverenin o işyerindeki çalışması değil, başka işyerlerindeki hizmetleri de nazara alınır. Ayrıca son dönem değil daha önceki hizmetler veya aynı işyerinde devir söz konusu olsa da tüm süre göz önünde bulundurulur. Devirden önce işe giren işçinin devralan işveren nezdinde hizmet süresi bir yılı doldurmasa da önceki işveren nezdinde olmak üzere aynı işyerinde geçen bekleme süresinin bir yılı doldurması halinde işçi ücretli yıllık izne hak kazanır²⁸. Öte yandan aynı bakanlığa bağlı kamu kuruluşlarında geçen süreler de yıllık izin yönünden birleştirilir (İş K.m.54/son).

Aynı bakanlığa bağlı işyerleri ile aynı bakanlığa bağlı tüzel kişilerin işyerlerinde geçen süreler ve kamu iktisadi teşebbüsleri yahut özel kanun veya özel kanunla verilmiş yetkiye dayanılarak kurulan banka ve kuruluşlar veya

bunlara bağılı işyerlerinde geçen süreler de, işçinin yıllık ücretli izin hakkının hesaplanmasında birleştirilerek göz önünde bulundurulur (Y. Ü. İz. Yön.m.4).

2- YILLIK ÜCRETİ İZİNDE İŞVERENİN YÖNETİM HAKKI

Yıllık ücretli izin hakkının kullanılması zamanını belirleme yetkisi işverene ait bulunmaktadır. İşçi istediği zaman izne ayrılamaz. Öğreti ile Yargıtay yıllık ücretli izin zamanını tespit etmesi işverenin yönetim hakkının sonucu olduğu konusunda görüş birliği içerisinde²⁹. Yargıtay'ın bir kararında "davacının davalıya ait işyerinde gazeteci olarak çalışmakta iken 14.12.1994 tarihli dilekçesiyle kullanmadığı iznin ihbar önelinden sayılmasını isteyerek işten ayrıldığı, bu tarihten sonra da işyerinde çalışmadığı dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. İhbar öneli ile yıllık iznin iç içe girmesi mümkün olmadığı gibi iznin bir plan dahilinde verilmesi işverenin yönetim hakkına girmektedir³⁰" denilmiştir. Çünkü yıllık izin işçinin başvurması, işverenin de uygun görmesi ile kullanılabilir³¹. Salt işçinin izni kullanmak isteği, o tarihte kullandırılmamış olması işçiye bir hak bahşetmez³².

Bu bakımdan işçi çalışırken kendi istediği zaman yıllık izine ayrılamayacağı gibi, izin ücreti de talep edemez. Ancak hak ettiği yıllık izin talebi işverenlikçe haklı bir neden olmadan reddedilen işçi işverenden iş sözleşmesini feshederek kıdem tazminatı isteyebilir³³. Her hakkın kullanımında olduğu gibi yıllık ücretli izin hakkının kullanımında da işçinin Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesi uyarınca dürüstlük kurallarına uygun davranılması gerekir. Gerçekten ancak uzun süre ücretli yıllık izin verilmemesi, kanımca iş sözleşmesinin haklı nedenle feshine neden olur

II- YILLIK İZİNİN UYGULANMASI

1- YILLIK İZİN SÜRESİ

a) Genel Olarak

Yıllık ücretli izinlerin kullanılmasına ilişkin

usuller yönetmelikte düzenlendiğinden orada gösterilen yönetime uygun olarak hizmet süreleri esas alınarak hak edilen izin kullanılacaktır. Hizmet süresi; bir yıldan beş yıla kadar (beş yıl dahil) olanlara 14 işgününden, beş yıldan fazla onbeş yıldan az olanlara 20 günden, onbeş yıl (dahil) ve daha fazla olanlara 26 günden, 18 ve daha küçük yaştaki işçilerle 50 ve daha yukarı yaştaki işçilere 20 günden az olmamak üzere yıllık ücretli izin verilecektir.

Yıllık izin süreleri nispi emredici kurallar ile öngörüldüğünden iş sözleşmeleri ve toplu iş sözleşmeleri ile artırılabilir. Yıllık izin kural olarak bir yıllık süre dolduktan sonra takibeden yıl içinde işveren tarafından kullanılmalıdır. İşçi ve işveren yıllık izinleri toplamamaz ise de, işverenin hak edilen izinleri bir plan dahilinde kullandırması gerekir. Ancak yıllık iznini kullanmak için talepte bulunmamış olsa da yıllık izin hakkı izin yılının bitmesiyle sona ermez³⁴.

Öte yandan, sadece hastalığı gibi sebeplerle işçi, yıllık iznin kullanılmasını erteletirebilir. İş sözleşmesi devam ederken işçiye gecikerek de olsa, yıllık dinlenme imkânı tanınmak ve işverenin o süre için ücretini izine çıkmadan, sağlama yükümlülüğü devam eder³⁵.

b) Yıllık İzin İsteğinin Yapılması ve Sonuçları

İşçiler 4857 sayılı İş Kanunu'nun 53. maddesine göre bir yıllık bekleme süresinin sonunda hak ettiği yıllık ücretli iznini, işverenden kullanmak istediği zamandan en az bir ay önce yazılı olarak başvurmalıdır. İşveren veya işveren vekilleri, bu istekleri Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliğinin (Y.Ü.İz. Yön.) 15. maddesinde anılan izin kuruluna veya izin kurulu yoksa sözü geçen Yönetmeliğinin 18. maddesinde belirtilen kişilere bildirir (Y. Ü. İz. Yön.m. 7).

Yıllık ücretli izin isteğinde bulunan işçi yıllık izin isteminde, adını soyadını, varsa sicil numarasını, iznini hangi tarihler arasında kullanmak istediğini ve ücretsiz yol izni isteyip istemediğini yazmak zorundadır (Y. Ü. İz.Yön.m.8).

İzin kurulu veya işveren, işçinin istediği izin kullanma tarihi ile bağılı değildir. Buna karşılık izin sıra ve nöbetleşmesini göstermek üzere

izin kurulunca düzenlenecek çizelgeler işçinin talebi ve iş durumu dikkate alınarak hazırlanır. Aynı tarihe rastlayan izin isteklerinde; işçilerin işyerindeki kıdem ve bir önceki yıl iznini kullandığı tarih dikkate alınarak öncelikler belirlenir (Y. Ü. İz.Yön. m.8).

İzin kurulları, işçiler tarafından verilir işveren veya işveren vekili tarafından kendilerine iletilen izin isteklerine göre hazırlayacağı izin çizelgelerini işverenin onayına sunmak durumundadır. Öte yandan izin kurulu, izin çizelgelerini; işçilerin kıdemlerini, izni belirli bir dönemde kullanmak bakımından içinde buldukları zorunluluk veya engellerini, işin aksamadan yürütülmesini ve işçi sayısını göz önünde bulundurarak hazırlamak, işçilerin yıllık izin hakları ile ilgili dilek ve şikayetlerini inceleyerek sonucunu işverene ve ilgili işçiye bildirmek, her yıl ücretli izinlerin daha yararlı geçirilebilmesi için kamplar ve geziler düzenlemek, bu konuda alınması mümkün olan tedbirleri araştırmak ve işverene tekliflerde bulunmak ile görevlidir. İzin kurulunun çalışmaları için gerekli yer, eleman, araç ve gereçler işveren tarafından sağlanır (Y.Ü.İz. Yön.m.16).

İşçi sayısı yüzden az olan işyerlerinde izin kurulu kurulamaz. Böyle işyerlerinde izin kurulunun görevleri, işveren veya işveren vekili veya bunların görevlendireceği bir kişi ile işçilerin kendi aralarında seçecekleri bir temsilci tarafından yerine getirilir (Y.Ü. İz.Yön.m.18). İzin kurulunca hazırlanıp ilan edilecek çizelgede işçinin; adı soyadı, sicil numarası, işe giriş tarihi, yıllık izne hak kazandığı tarih, işyerindeki çalışma süresi, izin günleri sayısı, yol izni günleri sayısı, iznin başlama tarihi ve iznin sona ereceği tarih gösterilir (Y.Ü. İz. Yön.m.19).

İşçiler işyerinin bulunduğu yer dışında kampanca, il sınırları dışında izin kullanmak istedikleri takdirde yol izni alabilirler. Ancak bu talebin yapılmasında işçiler iyice düşünülmelidir. Zira işveren, dört güne kadar alınan ücretsiz yol izin süresini kullanmadan işçi işe dönerse, anılan sürenin bitiminden önce işe başlatmama hakkına sahiptir (Y.Ü.İz. Yön. m.8).

İş sözleşmesi kapsamında kısmi süreli veya çağrı üzerine çalışanlar yıllık ücretli izin hakkı

yönünden farklı işleme tabi tutulamaz. Bu nedenle anılan şekilde iş sözleşmesi ile çalışan işçiler tam süreli çalışanlar gibi yıllık ücretli izin hakkından yararlanır. Kısmi süreli ya da çağrı üzerine iş sözleşmesi ile çalışanlar iş sözleşmeleri devam ettiği sürece her yıl için hak ettikleri izinleri, bir sonraki yıl izin süresi içine isabet eden kısmi süreli iş günlerinde çalışmayarak kullanabilirler (Y.Ü. İz. Yön.m.13). Geçici iş ilişkisi ile çalışan işçilerin yıllık ücretli izinleri hakkında, geçici iş sözleşmesinde aksi belirtilmediği takdirde, Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği hükümleri uygulanır (Y. Ü. İz. Yön.m.14).

c) İzin Sürelerinin Bölünmemesi

Yıllık ücretli izin işveren tarafından tek taraflı olarak bölünemez. Yıllık ücretli iznin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 53. maddesinde gösterilen süreler içinde işveren tarafından sürekli bir şekilde verilmesi zorunludur. Ancak, 53. maddede öngörülen izin süreleri, tarafların anlaşması ile bir bölümü on günden aşağı olmamak üzere en çok üçe bölünebilir. Yıllık ücretli izin günlerinin hesabında izin süresine rastlayan ulusal bayram, hafta tatili ve genel tatil günleri izin süresinden sayılmaz (Y.Ü.İz. Yön.m.6).

Yıllık izin süreleri bölünmeden verilmelidir. Ancak, işveren izinleri bir bölümü on günden az olmamak şartıyla³⁶, tarafların anlaşmasıyla üçe bölebilir. Bu durum işçilere dört günden fazla ücretsiz yol izni verilmesine sebep olmaz.

Yıllık iznin on günden aşağı bir sürede kullanılmasına yönelik işçi talebi uyarınca işverence verilmiş ve kullandırılmış izinlerin yıllık izin süresinden sayılması gerektiği konusunda Yargıtay içtihatları istikrar taşımaktadır³⁷. On günden az ya da çok da olsa kısmi izinlerinin izin süresine ilişkin alacaktan mahsup edilmesi gerekir³⁸. Zira her iki tarafın anlaşması halinde on günden az da olsa yıllık izne mahsuben kullanılan izinlerin yıllık izin ücretinden mahsubu gerekir.

Oysa, bildirim süresiyle, bu sürede işçiye verilmesi mecburi yeni iş arama izinleri yıllık ücretli izin süreleri ile iç içe giremeyeceği gibi işveren tarafından işçiye yıl içinde verilmiş olan başka ücretli ve ücretsiz izinler, dinlenme ve

hastalık izinleri de yıllık izne mahsup edilemez (İş K.56/IV, Y. Ü. İz. Yön.m.6)³⁹. İşveren tarafından iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde 18. maddede belirtilen bildirim süresiyle, 28. madde gereğince işçiye verilmesi zorunlu yeni iş arama izinleri yıllık ücretli izin süreleri ile iç içe giremez (İş K.m.59).

d) İzin Hakkından Vazgeçilememesi

İşçi hiç izin kullanmadan çalışsa ve fazladan yıllık izin ücretinin ödenmesini kabul etse de Anayasal temel hak olan yıllık ücretli izin hakkından vazgeçilmesi yasal değildir⁴⁰. Bu nedenle işveren, işçinin iş sözleşmesinin sona ermesinden itibaren beş yıl içerisinde tekrar son ücrete göre yıllık ücretli izin parasını talep halinde ödemek zorunda kalacaktır.

İşçinin çalışmasına devam ettiği sürece işçinin izin ücretini istemeye hakkı yoktur. İş sözleşmesinin devamı sırasında geçmiş yıllara ait kullandırılmayan izin karşılığının istenmesi olanağı yoktur. Aksi halde, işçi sırf para alabilmek düşüncesi ile izin hakkını kullanmaktan vazgeçme olanağına sahip olur ki, bu durum Anayasada da güvence altına alınmış olan dinlenme hakkına aykırılığı oluşturur⁴¹. Gerçekten işçi her zaman usulüne uygun biçimde işverenden yıllık ücretli izinlerini kullanmayı isteme imkânına sahip olduğundan işyeri devri halinde yeni işverenden de kullandırılmayan yıllık ücretli izinlerini kullanmak isteme imkânına sahiptir⁴².

Yıllık izin hakkı kişilik haklarına ilişkindir⁴³. İşçinin izin hakkını satması BK m.65'e göre geçersizdir⁴⁴. İşçi izin hakkından yazılı olarak vazgeçtiğini belirtse veya iş sözleşmesinde böyle bir hükme yer verilse de, izin kullanmadan çalışmasının sona ermesinden itibaren örneğin 20 yıllık hizmeti boyunca kullanmadığı izinleri ücretini son ücrete göre beş yıllık zamanaşımı süresi içinde dava yoluyla alabilir⁴⁵.

2- İŞVERENİN İZİN KULLANMA DÖNEMLERİNİ BELİRLEMESİ

a) Genel Olarak

Bir işyerinde işveren veya işveren vekilleri, Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği'nin

15.maddesinde belirtilen izin kurulu veya izin kurulu bulunmayan işyerlerinde bunun yerine geçenlere danışmak suretiyle, işyerinde yürütülen işlerin nitelik ve özelliklerine göre, yıllık ücretli izinlerin, her yılın belli bir döneminde veya dönemlerinde verileceğini belirleyip bunu işyerinde ilan etmekle yükümlüdür (Y.Ü. İz. Yön.m.5).

İzin kurulu bir işyerinde işçi sayısı yüzden fazla ise, işveren veya işveren vekilini temsilen bir, işçileri temsilen iki kişi olmak üzere toplam üç kişiden oluşur. İzin kurulu, işveren temsilcisi başkanlığında toplanıp görev yapar. Kurulun işçi üyeleri ve yedekleri işyerinde varsa, işyeri sendika temsilcileri tarafından seçilir. Sendika temsilcileri seçilmemiş işyerinde izin kurulunun işçi üyeleri ve yedekleri, o işyerindeki işçilerin yarısından bir fazlasının katılacağı bir toplantıda açık oyla seçilir. İzin kurulu başkanı ile üye ve yedekleri işyerinde işveren tarafından ilan edilir. Asil üyelerin yokluğunda yedeklerin biri başkanın çağrısı üzerine toplantıya katılır. Herhangi bir nedenle eksilen üye ve yedekler aynı şekilde tamamlanır. İzin kurulu üyelerinin seçimi iki yılda bir yapılır. Yeni izin kurulu üyeleri seçilinceye kadar eski kurul üyeleri görevine devam eder (Y. Ü. İz. Yön.m.15).

Yıllık ücretli izinleri işyerinin kurulu bulunduğu yerden başka bir yerde geçirecek olanlara istemde bulunmaları ve bu hususu belgelemeleri koşulu ile gidiş ve dönüşlerinde yolda geçecek süreleri karşılamak üzere işveren toplam dört güne kadar ücretsiz yol izni vermek zorundadır. İşveren tarafından iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde İş Kanunu'nun 17. maddesinde belirtilen bildirim süresi ile 27. maddesi gereğince işçiye verilmesi zorunlu yeni iş arama izinleri, yıllık ücretli izin süreleri ile iç içe giremez (Y.Ü. İz. Yön.m.6).

İzin kurulu veya işveren, işçinin istediği izin kullanma tarihi ile bağlı değildir. Ancak, izin sıra ve nöbetleşmesini göstermek üzere söz konusu kurulca düzenlenecek çizelgeler işçinin talebi ve iş durumu dikkate alınarak hazırlanacaktır. Aynı tarihe rastlayan izin isteklerinde; işçinin işyerindeki kıdem ve bir önceki yıl iznini kullandığı tarih dikkate alınarak öncelikler belirlenir (Y. Ü. İz. Yön. m. 8).

b) Toplu İzin

Bazı işyerlerinde işveren veya işveren vekili Nisan ayı başı ile Ekim ayı sonu arasındaki süre içinde, işçilerin tümünü veya bir kısmını kapsayan toplu izin uygulamasına gidebilir.

Toplu izin uygulamasına gidilmesi halinde izin kurulu, izin çizelgelerini, toplu izne çıkacak işçiler aynı zamanda izne başlayacak ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 53. maddesindeki izin sürelerine ve yol izni isteklerine göre her işçinin izin süresinin bitimini gösterecek biçimde düzenleyip ilan eder. Toplu izin dönemlerinde henüz yıllık ücretli izin hakkını kazanmayan işçileri de kapsayacak şekilde toplu izin belirlenebilir. Ancak ertesi yıl veya yıllarda bu toplu izin yönteminin uygulanmaması halinde, bu durumda olanların gelecek yıllık ücretli izne hak kazanacakları tarih, genel esaslara göre belirlenir (Y.Ü. İz. Yön.m.10).

Öte yandan bir kısım işçiler toplu izin uygulaması dışında bırakılmak durumundadır. Bunları işveren veya işveren vekili, işyerinin korunması, işyerindeki araç, gereç, donatım veya makinelerin bakımı, hazırlanması, temizlenmesi veya güvenliğinin sağlanması gibi zorunlu durumlar için yeter sayı içerisinde belirler. Bu durumda olanların yıllık izinleri toplu izin döneminden önce veya sonra diledikleri tarihte verilir (Y.Ü. İz. Yön.m.11).

3- YILLIK İZİNDE ÇALIŞMA YASAĞI

Yıllık izin süresinde işçi ücretini alıp, işyerinde izin bitiminde daha verimli çalışabilmesi için dinlenmesi gerekir. Zira, yıllık ücretli iznin kabul edilmesi bu amaca yöneliktir. Yıllık ücretli izin kullanırken maddi ihtiyacı peşin veya avans olarak ödenen ücretle karşılanan işçiden izinde çalışma yasağına karşın ücret karşılığı bir işte çalıştığı işverence ispatlandığı takdirde ödenen izin ücreti geri alınabilir (İş K.m.58).

Ancak, işçinin ücret almaksızın çalışması halinde bu hüküm uygulanmayacaktır. Kazanç getirici bir uğraş olmaması gerekir. Yapılan işe karşılık para olmasa da şayet maddi bir değer ise çalışma yasağı içine girer⁴⁶. Örneğin akrabasına yardım eden işçi karşılıksız çalıştığını ispatlaması halinde izin ücretini işverene ödemek zorunda kalmayacaktır⁴⁷. İşçi işyerinin

yanındaki lojmanda oturduğu için işçinin izin süresince burada kalması doğaldır. Ancak bu sürede işçi işinden uzak durmalıdır. Şayet işçi yıllık izin döneminde işverenin bilgisi içerisinde işyerinde çalışmış ise, işveren verdiği izin ücretini işçiden istemesi dürüstlük kuralına aykırı olacaktır. Çalışma söz konusu değilse zaten işveren işçiden izin ücretini geri isteyemez⁴⁸. Zira işçilerin izinlerini ikamet yeri dışında geçirmek zorunda olduğu yolunda bir kural mevcut değildir⁴⁹.

III-YILLIK İZİN ÜCRETİ

1- İŞÇİNİN ÇALIŞIRKEN İZİN ÜCRETİ

a) Yıllık Ücretli İzne Ayrılma

İşçi yıllık izin süresince hem çalışmayıp dinlenecek, hem de o sürelerin ücretini alacaktır. İşçinin izin süresi, iznini hak ettiği tarihteki hizmet süresine ve 4857 sayılı Kanun'un 53. maddesine göre belirlenir. İşyerinde işçi, işe başladığı günden itibaren deneme süresi de içinde olmak üzere en az bir yıl çalışmış olan işçilere yıllık ücretli izin verilir.

İşçilere verilecek yıllık ücretli izin süresi, hizmet süresi; bir yıldan çok altı yıldan az olanlara kadar olanlara ondört günden, altı yıldan fazla onaltı yıldan az olanlara yirmi günden, onaltı yıl ve daha fazla olanlara yirmialtı günden az olamayacaktır. Ancak, onsekiz ve daha küçük yaştaki işçilerle elli ve daha yukarı yaştaki işçilere verilecek yıllık ücretli izin süresi yirmi günden az olamaz. Yukarıda Yasa hükmünde beş-onbeş yıllık süreler dahil olarak düzenlenen yıllık ücretli izinler hesaplanırken, işçiler her hizmet yılına karşılık, yıllık iznini gelecek hizmet yılı içinde kullanacaklarından "altı ve onaltı yıl" şeklinde anlaşılması gerekir⁵⁰.

Aynı bakanlığa bağlı işyerleri ile aynı bakanlığa bağlı tüzel kişilerin işyerlerinde geçen süreler ve kamu iktisadi teşebbüsleri yahut özel kanuna veya özel kanunla verilmiş yetkiye dayanılarak kurulan banka ve kuruluşlar veya bunlara bağlı işyerlerinde geçen süreler, işçinin yıllık ücretli izin süresinin hesaplanmasında göz önünde bulundurulurken işgünü olarak izin verilecektir. İzin süresine rastlayan ulusal

bayram, hafta tatili ve genel tatil günleri izin süresinden sayılmayacağından hak edilen iş günlerinde yıllık ücretli izin kullanılacaktır⁵¹.

Kısmi süreli ya da çağrı üzerine bir yıl çalışan veya çalışmış sayılan işçiler ile tam süreli çalışan işçiler arasında yıllık izin süreleri ve izin ücretleri konularında bir ayırım yapılamaz (Y.Ü. İz. Yön. m.13).

Yıllık ücretli izin hakkından vazgeçilemeyeceğinden işçi istemese de işveren onu ücretli izne ayıracaktır. İşveren, işçilerin yıllık ücretli izinlerini ertesi yıl kullandırmak zorunda olsa da 4857 sayılı Kanun'da kullandırılmayan izinler ile ilgili iş sözleşmesinin herhangi bir nedenle son bulması halinde ücretinin son ücreti üzerinden ödeneceği yolunda düzenleme bulunmaktadır. Bu nedenle işverenlerin işçilerin geçmiş yıllara birikmiş izinlerini, ibraname almak, iç yönetmelik çıkarmak veya genelge yayınlamak suretiyle ortadan kaldırması mümkün değildir.

b) Yıllık İzin Ücretinin Hesaplanması

1475 sayılı İş Kanunu'nun 54. maddesinde yer alan "İzin ücreti" başlıklı düzenleme, 4857 sayılı İş Kanunu'nun "Yıllık izin ücreti" başlıklı 57. maddesinde şöyle düzenlenmiştir: "İşveren, yıllık ücretli iznini kullanan her işçiye, yıllık izin dönemine ilişkin ücretini ilgili işçinin izine başlamasından önce peşin olarak ödemek veya avans olarak vermek zorundadır.

İşveren veya işveren vekili, yıllık ücretli iznini kullanan her işçiye izin dönemine ilişkin ücreti ile ödenmesi bu döneme rastlayan diğer ücret ve ücret niteliğindeki haklarını izne başlamadan önce peşin olarak vermek veya avans olarak ödemek zorundadır. İşveren yıllık ücretli izin süresine rastlayan hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil ücretlerini işçiye ayrıca ödeyecektir..

Bu ücret, çıplak ücrettir⁵². Çıplak ücretten kastımız; İş Kanunu'nun 50. maddesinde gösterildiği üzere, fazla mesai ücretleri, primler, işyerinin temelli işçisi olarak normal çalışma saatleri dışında hazırlama, tamamlama, temizleme işlerinde çalışan işçilerin bu işler için aldıkları ücretler ve sosyal yardımların hesaba katılmadığı ücrettir. Yargıtay bir kararında iş-

verenin yıllık ücretli izin içinde gelir ve damga vergisini maliyeye ödediğini belirterek ödeme belgelerini de ibraz etmiş olduğuna göre, bu husus dikkate alınarak her bir kalem için net miktarların hüküm altına alınması gerektiğini içtihat etmiştir⁵³.

Günlük, haftalık veya aylık olarak belirli bir ücrete dayanmayıp da akort, komisyon ücreti, kara katılma ve yüzde usulü ücret gibi belirli olmayan süre ve tutar üzerinden ücret alan işçinin izin süresi için verilecek ücret, son bir yıllık süre içinde kazandığı ücretin fiili olarak çalıştığı günlere bölünmesi suretiyle bulunacak ortalama üzerinden hesaplanır. Ancak, son bir yıl içinde işçi ücretine zam yapıldığı takdirde, izin ücreti işçinin izne çıktığı ayın başı ile zammın yapıldığı tarih arasında alınan ücretin aynı süre içinde çalışılan günlere bölünmesi suretiyle hesaplanır. Yüzde usulünün uygulandığı yerlerde bu ücret, yüzdelerden toplanan para dışında işveren tarafından ödenir. Yıllık ücretli izin süresine rastlayan hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil ücretleri ayrıca ödenir." denilmiştir. Görüldüğü gibi, yıllık izin ücretine ilişkin 1475 sayılı Kanun'un 54. maddesi hükmü aynen korunmuştur. Yıllık iznini 30 işgününe göre kullanan bir işçinin hafta tatili günlerinde çalışmaması ve eylemli olarak izninin 30 günden fazla sürmesi ayrı bir konudur. İşçi izin süresi içinde geçen hafta tatili ve bayram günleri için çalıştığı süre içinde yasanın öngörülen ücreti almış sayılmaktadır⁵⁴. Bir yıllık bir dönem için izin kullandırılmadığına göre bir yıl boyunca davacının çalıştığı ve bunun sonucu olarak da 18 günlük izin süresine rastlayan hafta tatili ücretini de aldığı kabulü gerekir. Aksi halde anılan hafta tatili günleri için mükerrer ödeme yol açılmış olur⁵⁵.

İzin hakkından vazgeçilerek ücreti istenilemez. Ancak, toplu iş sözleşmesinde yıl içerisinde kullandırılmayan izinlerin ücretinin ödeneceği yolundaki hükmün kamu düzenine ve yasanın emredici hükümlerine aykırı olması nedeniyle geçerli olarak kabul edilmemesi gerekir⁵⁶. Yıllık izin ücretine hak kazanıldığı dönemin kanunu uygulanmalıdır⁵⁷.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 46. ve 63. maddesine göre hafta tatili haftalık 45 saatlik çalış-

madan sonraki 24 saatlik bir gündür. Bu nedenle Cumartesi işgünüdür. Cumartesi günleri hafta tatili olarak yıllık izin süresine eklenmez. Cumartesi günleri akdi tatil günü olarak işçi çalışmadığı takdirde yıllık ücretli izin süresine ilişkin hesapta hafta tatili olarak değerlendirilemez. Ayrıca Cumartesi günü ücreti de ödenmez. Cumartesi günü çalışılmayıp iki gün hafta tatili uygulanan işyerlerinde Cumartesi günü yapılması gereken çalışma saatleri haftanın diğer beş gününe dağıtıldığından, işgünlerinde yıllık izin kullanıldığından, Cumartesi günleri tatil yapılır ise de hafta tatili olarak ayrıca ücret ödenmeyeceği kanısındayım⁵⁸.

Yıllık izin ücretinin belirlenmesinde; fazla çalışma karşılığı alınacak ücretler, primler, sosyal yardımlar ve işyerinin devamlı işçisi olup, normal saatler dışında hazırlama, tamamlama, temizleme işlerinde çalışan işçilerin bu işler için aldıkları ücretler hesaba katılmaz. Yüzde usulünün uygulandığı yerlerde izin ücreti yüzdelerden toplanan para dışında işveren tarafından ödenir (Y. Ü. İz. Yön. m.21).

Kısmi süreli iş sözleşmesiyle veya çağrı üzerine çalışan işçilere; izin dönemine rastlayan çalışması gereken sürelerle ilişkin ücretleri, yıllık izin ücreti olarak ödenir (Y.Ü. İz. Yön.m.21).

Öte yandan banka personel yönetmeliğinde bir aylık dönem içerisinde işçi hafta tatili ve bayram tatili günleri için izin ücreti aldığından yeniden izin alacağı hesabı hatalıdır⁵⁹.

Sabit olmayan ücretlerle yani, akort, komisyon ücreti, kâra katılma ve yüzde gibi ücretlerle çalışan işçinin son bir yıl içinde aldığı ücretin çalışılan günlere bölünmesi suretiyle bulunacak ortalama üzerinden izin ücreti hesaplanacaktır (İş K.m.57/III)⁶⁰. Son bir yıl içinde ücretine zam yapılan işçiye izne çıktığı ayın başı ile zammın yapıldığı tarih arasında ödenen ücretin bu süre içinde çalışılan günlere bölünmesi suretiyle bulunan gündelik üzerinden izin ücretinin ödenmesi gerekir (İş K. m.57/IV). Yüzde usulü uygulanan işyerlerinde izne hak kazanıp yıllık ücretli izne ayrılan işçiler yukarıda belirttiğimiz ortalama ücrete göre toplanan paralardan değil, işveren tarafından toplanan yüzde paraları dışında ödenmesi gerekir (İş K.m.57/V). Yıllık ücretli izin süresinin içine rastlayan hafta tatili,

ulusal bayram ve genel tatil ücretleri de çıplak ücret üzerinden işçiye ödenecektir (İş K. m.57/son).

İzin ücreti yıllık izine ayrılan işçiye ödenir. İzin hakkından vazgeçilemediğinden (İş K.m.53/II), işçinin izin kullanmaksızın geçen yıllar için çalışırken izin ücreti isteminde bulunma olanağı yoktur. Öte yandan, işçinin isteğine rağmen izin vermeyen işverene karşı işçi sadece ihbar önelsiz fesih hakkını (İş K.m.24/II) kullanabilir ise de; dava yoluyla izin ücretini hizmet akdini feshetmeden isteyemez.

İşyerinin işverenin ölümü, iflası gibi sebeplerle el değiştirmesi veya başkasına devri; işçilerin yıllık ücretli izin haklarının ortadan kalkmasına yol açamaz. Devir sözleşmesinde işçilerin yıllık izin ücretlerinden kısmen de olsa eski işverenin sorumlu olacağına dair devir sözleşmesi hükmü geçerli kabul edilemez. İşçilerin önceki işveren döneminde kullanılmayan yıllık izin ücretlerinden son işveren sorumlu tutulacaktır (İş K.m.6). Aksine bir sözleşme olsa bile yıllık ücretli izin süresine ilişkin ücretler yeni işveren tarafından ödenir⁶¹.

İznini işyerinin bulunduğu yerden başka bir yerde geçirecek olanlara gidiş ve dönüşlerinde yolda geçecek süreler karşılanmak üzere ücretsiz izin verilebilmesi öngörülmüştür. Bu bakımdan yolda geçen sürelerden bahisle 34 gün üzerinden izin alacağının hesap edilerek hüküm altına alınması hatalıdır⁶². Ancak iznini işyerinin bulunduğu yerin dışında kullananlara verilen yol izni için ücret ödenmez⁶³.

2- İŞ SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİNDE İZİN ÜCRETİ

İş sözleşmesinin, herhangi bir nedenle sona ermesi halinde işçinin hak kazanıp da kullanmadığı yıllık izin sürelerine ait ücreti, sözleşmenin sona erdiği tarihteki ücreti üzerinden kendisine veya hak sahiplerine ödenir. Ancak iş sözleşmesi feshedilmeden yıllık ücretli izin hakkı doğmaz. Örneğin, asıl işverenin işyerinde iş alan alt işverenin işçisi asıl işveren ile ilgili işyerinden ayrıldığı sırada hizmet akdi henüz sona ermediğine göre asıl işverenin yıllık izin alacağından sorumlu tutulması doğru değildir⁶⁴. İşe iade davalarında feshin geçersizliğine ka-

rar verilmesi halinde önceki fesih tarihinde kullandırılmayan izin parası ancak fesih tarihinde muaccel olacağından, ödenen yıllık izin ücreti yerine mahkemenin işe iade kararı üzerine 10 günlük süre içerisinde işverene başvurusuna rağmen işe başlatılmayan işçinin o tarihte iş sözleşmesi sona erdiğinden o tarihteki ücret ve dört aylık boşta geçen süre de eklenerek bulunacak kıdemine göre yıllık izin ücreti söz konusu olur⁶⁵. İşe iade davasının devamı sırasında da yıllık izin ücreti istenilemez⁶⁶.

Yıllık izin ücretinin çıplak aylık ücret esas alınarak hesaplanması gerekir⁶⁷. İzin alacağına ilişkin akdin sona erdiği tarihteki ücreti esas alınarak hesaplanması gerekir⁶⁸. Öte yandan her yıl için kullandırılması gereken izin süresini tespit etmek suretiyle sonuca gidilmelidir⁶⁹. Ölen işçinin yıllık izin ücreti alacağı mirasçılara intikal eder⁷⁰. Emekli olmak suretiyle iznini kesen işçi bakiye izin süresi ücretini isteyemez⁷¹. Ödünç iş ilişkisinde ödenmeyen yıllık izin ücretinden ise, işçinin kendi işvereni sorumludur⁷². Yıllık ücretli izin alacağı ile ilgili icra takibine itiraz üzerine, itirazın iptali davalarında davacının çalışma biçimine göre yıllık ücretli izin alacağına mevcut olup olmadığı ancak yargılama sonucunda anlaşılacağından %40 oranında icra inkar tazminatına hükmedilemez⁷³.

Öte yandan yıllık izin ücreti iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra tüm hizmet süresi için istenilebildiğinden son ücret üzerinden hesap edilerek oldukça yüksek rakamlar çıkabilir. Böyle yüksek miktarda yıllık izin ücretinin çıkmasına bir yönden işçi de sebep olabilir. Ancak işverenin işçilere yıllık ücretli izni çalışırken kullandırmaları anayasal dinlenme hakkı ve yasanın emredici hükümleriyle öngörüldüğünden fahiş sayılacak miktardan bir hakkaniyet indirimi yapılamaz⁷⁴.

a) Yıllık İzin Ücretinin Ödendiğinin İspatı ve Faizi

aa) Yıllık İzin Ücretinin Ödendiğinin İspatı

Yıllık ücretli izin verilmeden iş sözleşmesi sona eren işçi veya mirasçısı sadece izin ücretlerinin ait olduğu yılları belirtecek, ispatı için her hangi bir delil arama yoluna gitmeyecektir.

İşveren işçisine çalışırken yasal veya sözleşmedeki izin sürelerine göre muntazaman izin verdiğini ve ücretini ödediğini ispatlamak zorundadır. İspat külfeti kendisine düşen işveren İş Kanunu'nun "İzinlere ilişkin düzenlemeler" başlıklı 60. maddesinde "Yıllık ücretli izinlerin, yürütülen işlerin niteliğine göre yıl boyunca hangi dönemlerde kullanılacağı, izinlerin ne suretle ve kimler tarafından verileceği veya sıraya bağlı tutulacağı, yıllık iznin faydalı olması için işveren tarafından alınması gereken tedbirler ve izinlerin kullanılması konusuna ilişkin usuller ve işverence tutulması zorunlu kayıtların şekli Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından hazırlanacak bir yönetmelikle gösterilir." şeklinde düzenlenmiştir. İşveren, işyerinde çalışan işçilerin yıllık ücretli izinlerini gösterir izin kayıt belgesi tutmak zorundadır (Y.Ü. İz. Yön.m.6). Gerçekten işveren; çalıştırdığı işçilerin izin durumlarını gösteren, örneği Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği'ne ekli yıllık izin kayıt belgesini tutmak zorundadır. Öte yandan işveren, her işçinin yıllık izin durumunu aynı esaslara göre düzenleyeceği izin defteri veya kartoteks sistemiyle de takip edebilir (Y.Ü. İz. Yön. m.20).

Bu nedenle işçinin yıllık ücretli izinlerin kullandırıldığından izin defteri ve yazılı ödeme belgeleriyle ispatlanması gerekir⁷⁵. İş sözleşmesinin sona ermesinden sonra izin ücretinin ödenmesi izin alacağı hakkını ortadan kaldırır⁷⁶.

İşçinin imzasını taşıyan izin belgesine karşı itirazı bulunmaması halinde bu süre için izin alacağına hükmedilemez⁷⁷. Yargıtay kararında "Davacının işyerinin devrinden önce ve sonra dört yılı aşkın bir süre çalışması olduğu anlaşılmaktadır. Davalı izin hakkını kullandırılmadığını izin defteri veya eşdeğer bir belgeyle kanıtlamış olmadığına göre, dört yıllık izin alacağına hüküm altına alınması gerekir" denilmiştir⁷⁸. Bu nedenle işçinin imzalayıp işveren vekili tarafından onaylanan izin talep formlarındaki sürenin yıllık ücretli izinden düşülmesi gerekir⁷⁹.

Öte yandan Yargıtay kararlarında Yönetmeliğe uygun olmayan kayıtlara, işyerinde bulunan işçinin ücretli izne ayrılmasıyla ilgili iç yazışmalara da değer verilerek davacının bakiye izin ücreti alacağına bulunup bulunmadığı de-

ğerlendirilmesi gerektiğini⁸⁰, bakiye izin alacağı belirlenirken davacının talebi ve ödeme belgesinin dikkate alınmasını,⁸¹ davacının bakiye izin alacağı belirlenirken davalı işverence ibraz edilen mevcut kayıt ve belgelerin göz önünde bulundurulmasını⁸², işçi izin alacağı isteğinde de bulunduğundan ispat külfetinin işverende olduğunu⁸³ belirtmiştir.

İş sözleşmesinin sona ermesindeki yıllık izin ücreti alacağı davalarında iş mahkemesince izin belgeleri ile izin makbuzu üzerinde bir inceleme yapılarak yıllık izin ücretine hak kazanılıp kazanılmadığına karar verilmelidir⁸⁴. İzin dönemine ilişkin ücretin ödendiğine dair bir açıklık bulunmamaktadır. Bu durumda mahkemece yapılacak iş, ücretli izin defterindeki kullanılan izin sürelerine ait ücretlerin ödenip ödenmediği konusunda davalıdan diyeceklerinin sorulup delilleri toplanmasıdır⁸⁵. Yıllık ücretli izinlerin kullanıldığına dair imzalı belgeler hakkında davacının beyanı alınmalıdır⁸⁶.

Şayet izin bordrosunda davacı işçinin imzası bulunmuyorsa, yıllık izin ücretinin hüküm altına alınması gerekir⁸⁷. İzin defterindeki imzanın işçiye ait olup olmadığı araştırılmalıdır⁸⁸. Hizmet akdinin feshinden sonra bankaya işçi adına yatırılan izin ücretinin dikkate alınması gerekir⁸⁹.

Kamu bankası işyerindeki işçinin izne ayrılma ve izinden dönüş kayıtlarında imzası bulunmasa da bunun değerlendirmeye alınması gerektiğine Yargıtay karar vermiştir⁹⁰.

Sigortalılara yıllık ücretli izin süresi için ödenecek ücretler üzerinden iş kazaları ile meslek hastalıkları primleri hariç, diğer sigorta primlerinin, Sosyal Güvenlik Kanunu'ndaki esaslar çerçevesinde işçi ve işverenler yönünden ödenmesine devam olunur (İş K.m.61).

İzin defteri ve işyeri kayıtlarıyla işçisine ücretli izin verdiğini kanıtlayamayan işveren, bu durumda işçiye izin ücretlerini almadığı konusunda yemin teklifinden başka bir ispat imkânı bulunmaz⁹¹. Gerçekten davalı işveren yıllık ücretli izinlerin kullandırıldığı yolunda yemin deliline dayanmış ise, mahkemece bu hususun davalıya hatırlatılıp, davacıya karşı yemin teklifinde bulunup bulunmayacağı sorularak sonucuna göre karar verilmesi gerekir⁹². Yargı-

tay, davalı işveren iznin kullanılmış olduğunu savunmuş ve yemin teklifinde bulunmuş olduğundan mahkemece, HUMK'nın 337. maddesinde belirtilen esaslara göre davacı işçiye davetiye çıkartılarak yemin edilecek hususun açıklanması, tayin edilen günde gelmediği takdirde yeminden kaçınmış ve yemin edeceği vakaların sabit olmuş sayılacağına belirtilmesi gerekir⁹³.

Ücreti peşin ödemek suretiyle usulüne uygun olarak işçiye yıllık izin verilmiş olduğunu işverenin kanıtlanması gerekir. İmzasız bordro davalının savunmasını doğrulamış olduğu kabul edilemez⁹⁴. Bir Yargıtay kararında ise, yıllık izin kullandırılan işçiye bu sürenin ücretinin ödenip ödenmediği uyuşmazlık konusunu oluşturduğundan, sorunun çözümlenebilmesi için anılan izin süresine ilişkin bordroların davalı işverenden celbi ile izin günlerinde ücretinin de ödenip ödenmediğinin araştırılması gerektiği vurgulanmıştır⁹⁵.

İş müfettişi denetiminde yıllık izin defterinde işçinin imzası bulunduğu halde ücretlerinin ödenmemiş olmasının tespiti nedeniyle izin defterine dayanılmaz⁹⁶. İşçinin kullandığı kesinleşen yıllık ücretli izin süresinin, yıllık izin alacağından indirilmesi gerekir⁹⁷. İzin defterinde rakamlar üzerinde düzeltmeler yapılması halinde bu husus araştırılmalıdır⁹⁸.

bb) Yıllık İzin Ücreti Faizi

Yıllık ücretli izin hizmet akdi sırasında kullanılmamış ise, fesih ile birlikte alacağı dönüşen bir hak olduğundan çalışırken ödenecek bir işçilik alacağı olarak değerlendirilemez. Bu nedenle yıllık izin ücreti alacağına en yüksek mevduat faizi değil, yasal faiz uygulanmalıdır⁹⁹.

İşverenin yıllık izin ücreti için temerrüde düşürüldüğü tarihten itibaren faiz yürütülmemelidir¹⁰⁰. Yargıtay yıllık ücretli izin alacağı için fesih tarihinden faiz yürütülmesini hatalı bulmuştur¹⁰¹. Öte yandan davacı ödenmeyen yıllık izin ücreti için, davalı aleyhine icra takibinde bulunmakla davalıyı temerrüde düşürmüş sayılır¹⁰².

Yargıtay kararlarında yıllık izin ücreti miktarına daha önce temerrüt gerçekleşmemiş ise, dava tarihinden itibaren yasal faiz yürütülmesi-

ne karar verilmesi gerektiği¹⁰³, yıllık ücretli izin alacağına en yüksek mevduat faizin uygulanması hatalı olduğu, 3095 sayılı Kanun'da öngörülen faizin yürütülmesi gerektiği belirtilmiştir¹⁰⁴. Şayet davalı işveren izin alacağını davacı işçi adına bankaya yatırdığını kanıtlarsa izin alacağına faiz yürütülmemesi gerekir¹⁰⁵.

Yıllık izin alacağı 5953 sayılı "Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun"un yüzde beş ödemeyi öngören 14. ve Ek 1. maddesi kapsamında yüzde beş ödemeye tabi değildir. Bu itibarla bu alacak için bir ara yüzde otuz yüzde elli oranlarında olan yasal faiz yürütülmelidir¹⁰⁶.

b) Yıllık İzin Ücreti İle İlgili İbranameler

İşçinin izin ücretlerini aldığı işveren, işçinin imzasını taşıyan ibraname ile ispatlayabilir. Yıllık izin ücretinden ibraname ile feragat edilebilir¹⁰⁷. Bunun için ibranamenin iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra düzenlenmiş olması gerekir¹⁰⁸. Yargıtay iş sözleşmesinin feshinden sonra düzenlenen ibranamede davacı; yıllık ücretli izinlerini kullandığını açıkça belirtmiş olması nedeniyle, yıllık ücretli izin haklarının hüküm altına alınmasını hatalı bulmuştur¹⁰⁹.

Ancak, işverenin ibraname ile ödeme savunması ile izne hak kazanmadığı yolundaki savunma ibranameyi çelişkili hale sokacağından geçerli sayılmaz. Ayrıca miktar içeren ibraname sadece makbuz değerinde kabul edilmelidir. Gerçekten Yargıtay, davacının izin ücreti talebinin ibraname sebebiyle reddedilmişse de izin ücreti yönünden ibraname miktar içermekte olup makbuz niteliğinde olduğundan, davacının hak kazandığı ücretinin ödendiği izin süreleri belirlenip bakiye izin ücreti alacağı olup olmadığı saptanıp sonucuna göre karar verilmesini istemiştir¹¹⁰. Başka bir kararda ibranamede davacı yıllık iznini kullandığını açıkça belirttiğine göre bu isteğin reddine karar verilmesi gerektiği¹¹¹ belirtilmemiş ve işçi ibranameyi geçersiz kılmak için yemin teklifinde bulunduğundan, artık ispat külfetinin işverende olduğundan söz edilerek eda edilen yeminin dikkate alınması gerektiğine karar vermiştir¹¹².

c) Yıllık İzin Ücretinde Zamanaşımı

Yıllık izin ücretine ilişkin zamanaşımı iş sözleşmesinin sona erdiği tarihten itibaren başlar (İş K.m.59). Bu konuda Yargıtay içtihat değişikliğine giderek yasa koyucuya önderlik yapmıştır. Gerçekten işçiye çalışırken yıllık izin ücretleri süresinde ödenmediği için zamanaşımını her yıl için ayrı ayrı hesaplamak yolundaki Yargıtay uygulaması¹¹³ bu konuda verilen değişik ve çelişkili kararlardan sonra öğretideki baskın görüş ile buluşmuştur¹¹⁴. Böylece iş sözleşmesinin sona ermesi ile doğan yıllık izin ücreti alacağının zamanaşımı süresinin fesih tarihinden başlatılması gerekir¹¹⁵. Yıllık izin hakkından çalışırken vazgeçilemediğinden yıllık izin ücreti alacağında zamanaşımı, akdin sona ermesinden başlayarak, Anayasal bir dinlenme hakkı güvence altına alınmıştır¹¹⁶. Öte yandan zamanaşımı süresi dikkate alınarak son beş yıllık izin ücretinin istenilmesi önceki yıllara ait izin alacağından vazgeçilmesi anlamına gelmez¹¹⁷.

Beş yıllık zamanaşımı süresi¹¹⁸ işçinin çalışırken izin ücretleri muaccel olmadığı, işverenden sadece izin talebine hakkı olup izin hakkından vazgeçemeyeceğinden, akdin feshiyle muaccel hale gelen izin ücretlerinin isterse 25 yıl evvel işe girsin ve hiç izin kullanmasın beş yıl içinde talep edebileceği ve dava yoluyla son ücreti üzerinden alabilecektir. İş sözleşmesi, işçi veya işveren tarafından haklı veya haksız olarak feshedilmesi ya da işçinin ölmesiyle sona erer ve böyle bir durumda beş yıl içinde dava açılmış olması halinde yıllık ücretli izin alacağı yönünden somut olayda zamanaşımı süresinin geçmediğinin kabulü gerekir¹¹⁹.

3- YILLIK İZİN HAKKININ KULLANDIRILMAMASINA İLİŞKİN CEZA YAPTIRIMLARI

Yıllık ücretli izin işverence işçiye tümüyle verilmelidir. Ancak, işveren izinleri bir bölümü on günden az olmamak şartıyla, tarafların anlaşmasıyla üçe bölebilirken, İş Kanunu'nun 56. maddesine aykırı olarak on günden az bir süre olarak vermesi veya örneğin dörde bölmesi, cezai yaptırım ile karşılaşmasına neden olacaktır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 57. maddesinde, günlük, haftalık veya aylık olarak belirli bir ücrete dayanmayıp da akort, komisyon ücreti, kara katılma ve yüzde usulü ücret gibi belirli olmayan süre ve tutar üzerinden ücret alan işçinin izin süresi için verilecek ücret, son bir yıllık süre içinde kazandığı ücretin fiili olarak çalıştığı günlere bölünmesi suretiyle bulunacak ortalama üzerinden hesaplanacakken işverenin bu esaslara uymaması İş Kanunu'nun 103. maddesi uyarınca idari para cezasını gerektirir. Ayrıca işçinin son bir yıl içinde işçi ücretine zam yapıldığı takdirde, izin ücreti işçinin izine çıktığı ayın başı ile zammın yapıldığı tarih arasında alınan ücretin aynı süre içinde çalışılan günlere bölünmesi suretiyle hesaplanacakken bu usule aykırı olarak ödeyen veya eksik ödeyen işveren de idari para cezasına muhatap olacaktır.

Öte yandan hak edilmiş yıllık izni kullanmadan iş sözleşmesinin sona ermesi halinde işçi veya mirasçılara izin ücreti alacağını İş Kanunu m.59'a göre ödemeyen işveren veya işveren vekiline idari para cezası verilir.

Ayrıca 4857 sayılı İş Kanunu'nun 60. maddesi gereğince işveren veya işveren vekilinin işçilerin yıllık ücretli izinlerinin, yürütülen işlerin niteliğine göre yıl boyunca kullanılmaması veya eksik kullanılması halinde 4857 sayılı İş Kanunu'nun 103. maddesi uyarınca her işçi için ayrı ayrı olmak üzere idari para cezası uygulanmak suretiyle kanımca Yasa hükümlerinin uygulanması sağlanabilecektir.

1475 sayılı İş Kanunu döneminde işverenlerin örneği bu yönetmeliğe ekli yıllık izin defteri tutmak zorunda oldukları belirtilmiş bulunmasına göre işyerinde kanun ve yönetmeliğin öngördüğü izin defterini tutmayan işveren sanık hakkında 99/B-III madde uyarınca mahkumiyet kararı verilmesinde Yargıtay bir isabetsizlik görmemiştir¹²⁰.

SONUÇ

Bir yıl işyerinde çalışan işçinin belirli bir süre işyerinden uzak kalması, daha sonra verimli bir çalışma yapmasına yol açacaktır. Yıllık ücretli izin hakkı, uzun süreli tatil ile işçilerin çevre değiştirip moral bulmalarına imkân vermektedir.

İşyerinin ve toplumun sağlığının korunması ve geliştirilmesine hizmet eden yıllık ücretli izin hakkı toplumun çıkarlarına da uygun olup, kural olarak çalışırken kullanılabilmelidir. Yıllık ücretli izin hakkından vazgeçilemez. Bu nedenle işçi tarafından fazla çalışma gibi çalışmaya dayalı ek ödemeleri kaybetmemek için olsa da kullanılmayan ücretli izin hakkı, iş sözleşmesinin sona ermesi ile ücretli izin alacağına dönüşür.

İşyerinde işe başladığı günden itibaren, deneme süresi de içinde olmak üzere, en az bir yıl çalışmış olan işçilere yıllık ücretli izin verildiğinden niteliklerinden ötürü bir yıldan az süren mevsimlik veya kampanya işlerinde çalışanlar bu haktan yararlanamaz.

Yıllık izin süresinde işçi ücretini alıp, işyerinde izin bitiminde daha verimli çalışabilmesi için dinlenmesi gerekir. Zira, yıllık ücretli iznin kabul edilmesi bu amaca yöneliktir. Yıllık ücretli izin kullanırken maddi ihtiyacı peşin veya avans olarak ödenen ücretle karşılanan işçiden izinde çalışma yasağına karşın ücret karşılığı bir işte çalıştığı işverence ispatlandığı takdirde ödenen izin ücreti geri alınabilir. Ancak, işçinin ücret almaksızın çalışması halinde, yapılan iş karşılık para olmasa da şayet maddi bir değer ise bu çalışma yasağı içine girer.

İşveren yıllık ücretli izin sürelerinde işçiye tarafların anlaşmasıyla on günden az dönemlere ayrılmamak üzere en fazla üçe bölünebilir. Buna karşılık üçten fazla parçaya bölünen ve on günden az sürelerin de yıllık izin ücretinden düşülmesinin Yargıtay uygulamasında kabul edilmesi, yasa hükmünü işlevsiz bıraktığından isabetli değildir.

Yıllık ücretli izin hakkının kullanılması zamanını belirleme yetkisi işverene ait bulunmaktadır. İşçi istediği zaman izne ayrılamaz. Öğreti ile Yargıtay yıllık ücretli izin zamanını tespit etmesi işverenin yönetim hakkının sonucu olduğu konusunda görüş birliği içerisinde dir. İşyerinde işçi sayısı yüzden fazla ise, işveren veya işveren vekilleri, izin kurulundan, daha az sayıda işçi çalışan işyerlerinde bunun yerine geçenlere danışmak suretiyle, işyerinde yürütülen işlerin nitelik ve özelliklerine göre, yıllık ücretli izinlerin, her yılın belli bir döneminde veya dönemlerinde verileceğini belirle-

yip bunu işyerinde ilan etmekle yükümlü bulunmaktadır.

İşveren veya işveren vekili, yıllık ücretli iznini kullanan her işçiye izin dönemine ilişkin ücreti ile ödenmesi bu döneme rastlayan diğer ücret ve ücret niteliğindeki haklarını izine başlamadan önce peşin olarak vermek veya avans olarak ödemek zorundadır. İşveren yıllık ücretli izin süresine rastlayan hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil ücretlerini işçiye ayrıca ödeyecektir.

İş sözleşmesinin, herhangi bir nedenle sona ermesi halinde işçinin hak kazanıp da kullanmadığı yıllık izin sürelerine ait ücreti, sözleşmenin sona erdiği tarihteki ücreti üzerinden kendisine veya hak sahiplerine ödenir. Ancak iş sözleşmesi feshedilmeden yıllık ücretli izin hakkı doğmadığından işe iade davası sonuçlanmadan ücretli izin alacağı doğmaz.

İşveren işçisine çalışırken yasal veya sözleşmedeki izin sürelerine göre muntazaman izin verdiğini ve ücretini ödediğini ispatlamak zorundadır. Bu nedenle işçinin yıllık ücretli izinlerin kullandırıldığı izin defteri ve yazılı ödeme belgeleriyle ispatlanması gerekir. İş sözleşmesinin sona ermesinden sonra izin ücretinin ödenmesi izin alacağı hakkını ortadan kaldırdığı gibi ibranamenin fesihden sonra imzalanmış olması geçerlidir.

Yıllık ücretli izin hizmet akdi sırasında kullanılmamış ise, fesih ile birlikte alacağı dönüşen bir hak olduğundan çalışırken ödenecek bir işçilik alacağı olarak değerlendirilemez. Bu nedenle yıllık izin ücreti alacağına en yüksek mevduat faizi değil, yasal faiz uygulanmalıdır. Yıllık izin ücretine ilişkin zamanaşımı iş sözleşmesinin sona erdiği tarihten itibaren başlar.

İşveren veya işveren vekilinin işçilerin yıllık ücretli izinlerinin yasaya aykırı kullandırılması ya da hiç vermemeleri nedeniyle, her işçi için ayrı ayrı olmak üzere idari para cezası uygulanmak suretiyle kanımca işçilerin dinlenme hakkı güvence altına alınacaktır.

DİPNOTLAR

- 1 Çöğenli, T., Türk İş Hukukunda Yıllık Ücretli İzin, İstanbul 1983, s. 19.
- 2 Karş. Akyiğit, Ercan, Yıllık Ücretli İzin, Ankara-2000, s.59-60.

- 3 Tunçomağ, Kenan-Centel, Tankut, İş Hukukunun Esasları, B.5, İstanbul 2008, s.168 dn.1
- 4 Yrg. 9.HD. 3.4.2000, E. 2000/984 - K. 2000/4291;" Yıllık ücretli izin hakkı hizmet fasıllı da olsa ancak en az bir yıl çalışılma sonucu doğar. Bu hale göre davacının çalıştığı veya iş yasanın 50-51. maddelerinde öngörülen çalışılmış gibi sayılan günler toplanıp her bir yıllık çalışma karşılığı izin parası hesap edilmesi gerekirken, her takvim yılında kısmi çalışmalar için izin parasına hükmedilmesi yanlıştır." Yrg. 9.HD. 19.11.1980, E. 1980/11309 - K. 1980/11935.
- 5 "Ayrıca, işverence ihbar ve kıdem tazminatının ödenmiş bulunması önceki dönemin tasfiye olunduğunu göstermektedir. Böyle olunca ikinci dönemin ayrı ve öncekinden bağımsız bir sözleşmeye dayalı olduğu kabul edilerek fark kıdem tazminatı ve izin alacağı izin alacağı isteğinin reddine karar verilmelidir. Yazılı şekilde isteğin kabulü hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir." Yrg. 9.HD. 18.3.2004, E. 2003/15449- K. 2004/5354.
- 6 "Dosyadaki bilgi ve belgelere göre 01.10.1989-30.11.1993 tarihleri arasında çalışmış olup bir yıldan fazla bir çalışma süresi dikkate alınarak yıllık ücretli izin alacağına hükmedilmesi gerekirken bir yıl çalışılmış gibi bu konuda hüküm kurulmuş olması hatalıdır." Yrg. 9.HD. 23.10.1996, E. 1996/10935 - K. 1996/20039.
- 7 Yrg. 9.HD. 05.05.1997, E. 1997/2175 - K. 1997/8026.
- 8 Süzek, Sarper: İş Hukuku, B.2, İstanbul 2005, s.650.
- 9 "Davacının 2.12.1975 tarihinde davalı işyerinde daimi işçi olarak çalışmaya başladığı-2.12.1976 tarihinde hakettiği ilk 1976 yıllık iznini 3.1.1977 - 2.2.1977 tarihleri arasında kullandığı yine takip eden yılları da teselsül edecek şekilde hak ettiği tarihlerde kendisine verildiği en son 1999 yılı izni olarak 01.08.2000-06.09.2000 tarihleri arasında kullanması için onay verildiği davacının 02.12.1999 - 02.12.2000 dönemi çalışması için hak etmiş olduğu yıllık iznini kullanmadan 20.12.2000 tarihinde emekliye ayrıldığı bu nedenle son çalışma dönemine ait yıllık izin ücretine hükmedilmesi gerekirken 2.12.2001 tarihinde hak edeceğinden bahisle reddine karar vermesi isabetsizdir." Yrg. 9.HD., 25.9.2002, E. 2002/3358 - K. 2002/17642.
- 10 "2- İkramiye ve izin ücreti konusuna gelince: Davacı ikramiyenin dayanağını göstermiş değildir. Şayet böyle bir ikramiye ödenmekte ise bunun mutlaka bir dayanağı olmalıdır. Bu alacak da bir bakıma faraziyeye dayandırılmıştır. Öte yandan davacı işçi altı aylık süre çalışma şartını taşımadığı için izin adı altında bir alacağı da hak kazanamaz. Bu istekler de reddedilmek üzere kararın bozulması gerekmiştir." Yrg. 9.HD. 10.6.1998, E. 1998/7420 - K. 1998/10194.
- 11 "Davacının işveren yanında 15.9.1998 30.08.2000 tarihleri arasında çalıştığı ve bu sürelerle ilişkin olarak iki yıllık ücretli izin hakkını kullandığı anlaşılmaktadır. Görüldüğü gibi hizmet süresi üç yılı doldurmadığı halde mahkemece üçüncü yıl izin hakkını da kazanmış gibi ücretli izin alacağına hükmedilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." Yrg. 9.HD., 16.4.2002, E. 2001/20405 - K. 2002/6311.
- 12 "Davacı işçinin davalıya ait işyerinde mevsimlik işçi olarak değil, aralıklarla çalıştığı anlaşılmaktadır. Gerçekten 1.3.1996-20.4.1998, 15.5.1996-16.12.1996, 22.4.1994-

- 2.11.1997, 25.11.1997-22.12.1997 ve 4.3.1998-14.4.1998 tarihleri arasında bir çalışma söz konusudur ki, görüldüğü üzere 1 yıl içinde bir kaç kez çalışma gerçekleştiği gibi işe başlama ve bitim tarihleri de her seferinde farklıdır. Esasen davacı inşaat işlerinde çalışan bir işçi durumundadır. Hava şartları müsaade ettiği sürece çalıştığı ve işi bıraktığı sonucuna varılmaktadır. Böyle olunca davacı işçinin çalışma süreleri birbirine eklenerek bir tam yıl geçen her dönem için yıllık ücretli izin alacağına davacının hak kazandığı kabul edilmelidir.” Yrg. 9.HD. 14.9.1999, E. 1999/11375 - K. 1999/13226.
- 13 “Toplu İş Sözleşmesinin 26/A-b/4 maddesinde mevcut hizmet süresine ihbar öneli eklenerek bulunacak süre üzerinden yıllık izin süresinin hesabı kabul edilmiş ise de; çalışılmayan böyle bir sürenin çalışılmış gibi kabulü 1475 S.Kanununun 49 ve 51 nci maddelerindeki ayrıntılı ve sınırlı düzenlemelere aykırılık oluşturur. Buna göre yıllık izin istemi reddedilmelidir.” Yrg. 9.HD. 22.6.1999, E.1999/7744 - K.1999/11194.
- 14 “Davacının 2. dönem çalışmalarının yılın tamamını kapsamadığı, 8-9 ay kadar sürdürdüğü görülmektedir. Bu durumda son dönemindeki bu çalışmalarının yıllık ücretli izin hakkını doğuracak dönemdeki bu çalışmalarının yıllık ücretli izin hakkını doğuracak biçimde olup olmadığı mahkemece değerlendirilmemiş sanki sürekli çalışmış gibi izin alacağına karar verilmiştir. Oysa ikinci dönem çalışmalardan dolayı bu isteğin reddi gerekir.” Yrg. 9.HD. 05.02.1997, E. 1996/19415- K. 1997/1948.
- 15 “Dosyadaki bilgi ve belgelere göre davacı işçi, 18.6.1977 tarihinde işe başlamış ve 12.8.1994 tarihine kadar çalışmasını sürdürmüştür. Taraflar arasındaki uyuşmazlık, son yıla ait yıllık ücretli izin parasının ödenip ödenmeyeceği konusuna ilişkin bulunmaktadır. Salt işe giriş ve ayrılış tarihleri dikkate alınırca davacının bu alacağına hakkı olduğu sonucuna varmak gerekir. Ancak dosyadaki bilgi ve belgelere göre 1990 yılında işyerinde 2 ay süre ile uygulanan greve davacı işçide katılmış ve çalışmamıştır. 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 42. maddesine göre işçinin hizmet akdinden doğan hak ve borçları grev süresince askıda kalır ve süre kıdem tazminatı hesabında olduğu gibi yıllık ücretli izin konusunda da dikkate alınmaz. Aynı şekilde 1475 sayılı İş Kanunu'nun 51. maddesinde yıllık ücretli izin hakkının hesabında çalışılmış gibi sayılan haller arasında yasal grevde geçen süreler gösterilmemiştir. Böyle olunca son yıl izin alacağı ile ilgili davanın reddine karar verilmesi gerekirken kabulü hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.” Yrg. 9.HD. 30.09.1996, E. 1996/6578 - K. 1996/18035.
- 16 Ekonomi, Münir, İHU İşK. m. 49/1; Şahlanan, Fevzi, Ferdi İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Tebliği, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1995, (Seminer), s.15.
- 17 Davacının ilk çalışma süresi 6.7.1970-25.5.1993 tarihleri arası olup bu çalışması emekliliği hak ettiği gerekçeleriyle feshedilmiştir. Davacının ikinci çalışma süresi 13.11.1995-26.1.1996 tarihleri arası toplam 2 ay 13 gündür. Taraflar arasında 1.3.1995-28.2.1997 yürürlük süreli Toplu İş Sözleşmesinin 79/2-c fıkrasında “Hizmet süresi 10 yıldan fazla olanlara 30 işgünü izin verilir” ifadesi, aynı sözleşmenin 79/9. maddesinde de “Yıllık izne çıkan sendikalı bir işçiye 1.3.1995 tarihindeki şirket kapsam içi personeli ortalama yevmiyelerinin 15 günlük tutarında izin harçlığı ödenir hükmüne ver verilmiştir. Toplu İş Sözleşmesinin ilgili hükümleri yıllık olarak düzenlenmiştir. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda 1475 sayılı İş Kanunu'nun 50. maddesi gereğince aynı işverene ait çalışmaların tümü dikkate alınarak 30 günlük yıllık ücretli izin 15 günlük izin harçlığı hesap edilmiştir. Ancak önceki dönem çalışmalarından dolayı ödenmeyen izin alacağı kalıp kalmadığı anlaşılmamaktadır. Davalı işverende savunmasında önceki dönem sonunda davacının tüm haklarının ödendiği ileri sürülmektedir. Böyle olunca mahkemece önceki dönemden bakiye süre olarak karşılanmayan bir izin ücreti bulunup bulunmadığı tespit edilmeli böylece son dönemle birlikte bir tam yıl çalışma koşulu gerçekleşme sonucuna varıldığı takdirde şimdiki gibi, aksi halde izin parası ve harçlığı isteklerinin reddine karar verilmelidir. Yrg. 9.HD. 26.06.1997, E. 1997/9759 - K. 1997/12992.
- 18 Grev ve lokavt süreleri İş K. m. 51 de çalışılmış gibi sayılan süreler arasında sayılmadığından bu süreler bekleme süresinde nazara alınmayacaktır. Akyol, Şener: Türk Hukukunda Grevin Hizmet Akdine Tesiri, İstanbul-1967, s.89-90; Oğuzman, Kemal: Hukuki Yönden İşçi-İşveren İlişkileri, C.I, B.4, İstanbul-1987, s.221, 302; Eyrenci, Öner: Ferdi İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Tebliği, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1994, (Seminer), s.14.
- 19 “Davacının davalı işyerinde 17.7.1978 tarihinde daimi kadrolu işe başladığı 17.7.1979 dönemi için hakettiği ilk yıllık iznini 79 Yılı Yıllık izni olarak 7.4.1980 – 30.4.1980 tarihleri arasında kullanmasının izne bağlandığı; en son 17.7.1998 17.7.1999 dönemi içinde 15.11.2000-20.12.2000 tarihleri arasında 99 yılı izni olarak kullanmasının onaya bağlandığı davacının hakettiği 17.7.1999–17.7.2000 dönemi izninin kullanılmadığı gibi ücretinin de ödendiğinin davalı tarafça ispatlanamadığı bu nedenle 17.7.1999–17.7.2000 dönemini kapsayan 2000 yılı izin ücretinin kabulüne karar verilmesi gerekirken davanın reddi hatalıdır.” Yrg. 9.HD., 25.9.2002, E. 2002/3359 - K. 2002/17643.
- 20 Yasal düzenlemenin eleştirilmesi için bkz. Ekonomi, Münir: İHU İşK. m 49 No 1; Şahlanan (Seminer) 1996, s.16.
- 21 “Davacı, özel okulda öğretmen olarak belirli süreli hizmet akdiyle çalışmakta olup okulun tatilde olduğu aylarda ücretli olarak çalışmadığı düşünüldüğünde ayrıca ücretli yıllık izin hakkının bulunduğu düşünülemez. Bu itibarla davacı lehine yıllık ücretli izin alacağına hükmedilmesi hatalıdır.” Yrg. 9.HD., 9.10.2002, E. 2002/4290 - K. 2002/18610.
- 22 “Dosyadaki bilgi ve belgelere göre davacı davalıya ait işyerinde 1990 yılında çalışmaya başladığı ve 1994 Mayıs ayına kadar mevsimlik işçi olarak çalıştığı anlaşılmış bulunmaktadır. Ne var ki hükme dayanak yapılan bilirkişi raporunda mevsimlik çalışılan dönemi de kapsayacak şekilde yıllık izin ücreti hesabı yapılmıştır. Bu nedenle mevsimlik dönemi dışında kalan başka deyişle sürekli çalışılan dönem için yıllık izin ücretlerinin hesaplanması gerekir.” Yrg. 9.HD 20.6.2000, E. 2000/7301 - K. 2000/8776.
- 23 Yrg. 9.HD. 02.04.1997, E. 1997/649 - K. 1997/6557.
- 24 Yrg. 9.HD. 16.7.2007, E.2007/ 17427 - K.2007/ 24063.

- 25 Yrg. 9.HD. 14.9.1999, E. 1999/11375 - K. 1999/13226.
- 26 Yrg. 9.HD. 8.5.2000, E. 2000/2665 - K. 2000/6668.
- 27 Yrg. 9.HD. 22.5.2006, E.2006/11541, K.2006/14958.
- 28 Bkz. Yrg. 9.HD. 20.10.1994, 1994/10367-14461, Tekstil İşveren D., Mart 1995.
- 29 Tunçomağ-Centel, s. 171. s.142; Ekonomi, Münir, İş Hukuku, C.I, Ferdi İş Hukuku, B.3, İstanbul 1987, s. 349; Narmancıoğlu, Ünal, İş Hukuku, I, Ferdi İş İlişkileri, B.3, İzmir 1998,s. 422, Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri,B.15, İstanbul 2000,s.286, Şahlanan (Seminer) 1996, s.16; Yrg. 9.HD. 4.4.1991, E: 1990/14393-K,1991/7202 Caniklioğlu'nun incelemesiyle birlikte İHD, Nisan-Haziran 1993 s.257-262; Yrg. 9.HD. 27.2.1995, 1994/16833, 1995/5974, İşveren D. Ağustos 1995, s.17.
- 30 Yrg. 9.HD. 08.05.1997, E. 1997/3705 - K. 1997/8536.
- 31 Yrg. 9.HD. 27.05.1993, E. 1993/8915 - K. 1993/9235.
- 32 Yrg. 9.HD. 05.06.1996, E. 1996/227 - K. 1996/12679.
- 33 Bkz. Yrg. 9.HD. 13.2.2002, E.2001/17459, K.2002/2727; "Dinlenen bir davacı tanığı davacının yıllık iznini kullanmak istediğini kullandırılmayınca da sözleşmesini işe gelmemek suretiyle kendisinin haklı olarak feshettiğini söylemiştir. Gerçekten dosya içeriğinden davacının çalıştığı üç yıllık süre içinde iznini kullanmadığı anlaşılmaktadır. Bu nedenledir ki mahkemece de yıllık ücretli izin parası hüküm altına alınmıştır. Esasen bu husus savunma ile de belirlenebilmektedir. Savunmada belirli süreli hizmet akdi ile çalıştığından davacının yıllık ücretli iznine hak kazanmadığı ileri sürülmüştür. Bu delil durumu karşısında uzun bir süreden beri yıllık iznini kullanmayan davacı işçinin sözleşmesini haklı olarak feshettiğinin kabulü ile kıdem tazminatının hüküm altına alınması gerekir." Yrg. 9.HD. 18.09.1997, E. 1997/12031 - K. 1997/16038.
- 34 Çelik (15), s.284; Akyiğit, s.665, Tunçomağ-Centel, s. 173.
- 35 Akyiğit, s. 69.
- 36 Davacının isteği ile kullanılan yıllık izin ücreti 10 günden aşağı olsa da izin ücreti alacağından düşülmelidir. Yrg. 9.HD. 10.11.2004, E. 2004/18845 - K. 2004/25619.
- 37 Yrg. 9. HD. 28.9.2004, E. 2004/23099 - K. 2004/23100; Yrg. 9.HD. 2.5.2000, E. 2000/1051-K. 2000/6476.
- 38 Yrg. 9.HD. 28.4.1999, E. 1999/3875 - K. 1999/8117.
- 39 Yrg. 9.HD. 12.09.1995, E. 1995/6773 - K. 1995/25418.
- 40 Yrg. 9.HD. 13.2.2002, E.2001/17459, K.2002/2727.
- 41 Yrg. 9.HD. 12.02.1996, E. 1996/507 - K. 1996/1779.
- 42 "Dosyadaki bilgi ve belgelere göre mahkemenin de kabulünde olduğu üzere davacı işçi işyerinin 20.12.1997 devir tarihinden sonra da davacının çalışmasını sürdürdüğü anlaşılmaktadır. Esasen bundan dolayı ihbar ve kıdem tazminatı istekleri mahkemece reddedilmiştir. Dairemizin içtihatlarına göre işçinin çalışmasına devam ettiği sürece izin hakkını kullanmaksızın bundan mütevellit izin ücretini istemeye hakkı yoktur. Davacı her zaman usulüne uygun biçimde yeni işverenden yıllık ücretli izinlerini kullanmayı isteme imkanına sahiptir. İşveren böyle bir talebi kabul etmediği takdirde davacı her zaman yasal haklarını kullanabilir. Bu itibarla yıllık ücretli izinle ilgili isteği reddine karar verilmelidir." Yrg. 9.HD. 7.2.2000, E. 1999/18910 - K. 2000/1062.
- 43 Çöğenli, s.154; Çenberci, Mustafa, İş Kanunu Şerhi, Ankara 1986 s. 645; Akyiğit, s.84.
- 44 Tunçomağ-Centel, s.172.
- 45 Dava tarihine göre 5 yıl öncesinin zamanasına uğrayacağı yolunda karşı görüş için Bkz. Reisoğlu, Seza: Akdın Feshinde Yıllık İzin Ücretini İşçinin Son Ücret Üzerinden Ödenmesi, Tühis XIV, Kasım 1997.
- 46 Akyiğit, s. 609.
- 47 Çöğenli, s.155-156; Akyiğit, s.610; Tunçomağ-Centel, s. 174; Günay, Cevdet İlhan, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku, B.2, Ankara 2010, s.421.
- 48 Çenberci, s.651; Yrg. 9.HD. 4.4.1967, 1967/2392-2912; Tunçomağ-Centel, s.174.
- 49 Yrg. 9.HD. 19.3.1998, E. 1998/3136 - K. 1998/5525.
- 50 Karş. Günay, Cevdet İlhan: İş Kanunu Şerhi, B.3, Ankara 2009, s.2199-2120.
- 51 Yrg. 9.HD. 6.7.1999, E. 1999/10599 - K. 1999/12130.
- 52 Tunçomağ-Centel, s.173.
- 53 Yrg. 9.HD. 19.06.1996, E. 1995/1609 - K. 1996/14054.
- 54 Yrg. 9.HD. 20.11.1998, E. 1998/16792 - K. 1998/16527.
- 55 Yrg. 9.HD. 15.6.1998, E. 1998/8474 - K. 1998/10306.
- 56 Karş. Yrg. 9.HD.18.7.2007 E.2007/17745, K.2007/24823 "Uyuşmazlık Toplu İş Sözleşmesinden doğan yıllık izin ücreti alacağına ilişkindir. Davacı dava dilekçesinde davalı Bakanlığa ait hastanede iş sözleşmesi ile çalıştığını 16.2.2006 tarihinde emeklilik nedeniyle işten ayrıldığını, emekli olmadan önce Türkiye Sağlık İşçileri Sendikası üyesi olduğunu, tüm Toplu İş Sözleşmelerinde yıllık izin sürelerinin 30 gün olduğunu, imzalanan Toplu İş Sözleşmelerinin "izinler" kenar başlığı altındaki hükümlerinde yıllık izin haklarının ve ücretlerinin içeriğinin belirlendiğinden söz ederek ödenmeyen yıllık ücretli izin alacağı talebinde bulunmuştur. Mahkemece istekler hüküm altına alınmıştır. Karar davalı Bakanlıkça temyiz olunmuştur. Davacının her ne kadar sendika üyelik fişi dosya içeriğinde bulunmakta ise de sendika üyeliğinin işverene bildirilip, bildirilmediği araştırılmamıştır. Emeklilik süresine kadar devam eden Toplu İş Sözleşmelerinden 1997 yılından önceki süreye ilişkin imzalanmış olan Toplu İş Sözleşmelerinin "İzinler" kenar başlığı ile düzenlenen hükümlerin 6. fıkralarında yıl içerisinde kullandırılmayan izinlerin ücretinin ödeneceği ifade edilmiştir. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda ve mahkeme kararında anılan hüküm değerlendirilmemiştir. Mahkemece yukarıda sözü edilen Toplu İş Sözleşmesi hükümleri dikkate alınmalı işverence söz konusu sürelerle ilişkin ödemelerin yapıp yapılmadığı kuşkuyla yer vermeyecek şekilde belirlenmeli, diğer delillerle bir bütünlük sağlanarak sonucuna göre bir karar verilmelidir. Öte yandan davacı işçinin memuriyette geçen süresi var ise anılan sürenin izin ücreti hesabında dikkate alınmaması gerekir."
- 57 1475 sayılı Yasa döneminde hak kazanılan izinler anılan yasaya göre ve 4857 sayılı İş Kanunu döneminde doğan izinler ise belirtilen kanun hükümlerine göre hesaplanma-

- lıdır. İzin ücreti yönünden tüm süre için 4857 sayılı İş Kanunu hükümlerine göre hesaplama yapılması hatalı olmuştur. Yrg. 9.HD. 26.6.2007, E.2007/15768, K.2007/20909.
- 58 Karş. ÖZDEMİR, Cumhuriyet Sinan: http://www.alomaliye.com/2010/cumhur_sinan_yillik_izin_uyg.htm.
- 59 Yrg. 9.HD., 12.6.2006, E.2006/12432, K.2006/16563 "Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda davacı tarafından imzalı ve onaylı yıllık ücretli izin belgelerine göre kullandığı izin günleri hesaplanırken hafta tatillerinin izin gününden sayılmayacağı belirtilerek hafta tatiline rastlayan günler kullanılan izin süresine dahil edilmeyerek toplam 298 iş günü olarak bulunmuş kullanılması gereken 450 günden düşülerek bakiye izin gününe göre yıllık izin ücreti hesaplanmıştır. Davalı bankada davacının çalışma süresi boyunca yürürlükte bulunan Personel Yönetmeliklerine göre "deneme süresi dahil Bankada bir tam hizmet yılını dolduranlara, doldurdukları tarihten başlamak üzere o takvim yılı içinde otuz gün ücretli izin verilebilir" hükmü ve başka bir madde de "izin başladığı günden, göreve dönüldüğü güne kadar ki tüm günler (ulusal bayram, genel tatil ve hafta tatili dahil) yıllık izinden sayılır." şeklinde düzenleme mevcuttur. Buna göre bir yıllık bir dönem içinde 30 günlük izin süresinde hafta tatili ücretini de işçinin aldığı kabulü gerekir. Aksi halde anılan hafta tatili günleri için mükerrer ödemeye yol açılmış olur. Dolayısıyla yıllık ücretli izin belgelerine göre davacının kullanmış olduğu izinlerin kullanılması gereken izin günlerinden düşülerek bakiye izin ücreti alacağının hesaplanması gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması hatalıdır.
3. Kabule göre de mevcut kamp yazılarına göre davacının 29.6.1991-11.7.1991 ve 18.6.1990-30.6.1990 tarihleri arasında yıllık izinlerini kampta geçirdiği anlaşıldığına göre kullanmış olduğu izin günlerinin 1990 ve 1991 yılları için eksik hesaplanmış olması da hatalı olup bozmayı gerektirmiştir."
- 60 Çelik, s.287.
- 61 Yrg. 9.HD. 31.10.1996, E. 1996/17555 - K. 1996/20238.
- 62 Yrg. 9.HD. 26.5.1998, E. 1998/9248 - K. 1998/9231.
- 63 Yrg. 9.HD. 28.4.1998, E. 1998/2181 - K. 1998/7812.
- 64 Davacı işçi, davalı banka işyerinde alt işveren işçisi olarak bir süre çalıştıktan sonra 28.2.2002 tarihinden itibaren alt işverene ait işyerinde çalışmaya devam etmiş, daha sonra hizmet akdini 5.4.2002 tarihinde sona erdirmiştir. Asıl işveren olan bankaya ait işyerinden ayrıldığı sırada hizmet akdi henüz sona ermediğine göre davalı asıl işverenin yıllık izin alacağından sorumlu tutulması doğru değildir. Yrg. 9.HD. 6.5.2004, E. 2004/607 - K. 2004/10743.
- 65 Yrg. 9.HD. 28.01.2010, E. 2008/16260 - K. 2010/1410.
- 66 "Davacı işyeri sendika temsilcisi olup, fesihten sonra İstanbul 4. İş Mahkemesinde 2000/471 Esas sayılı dava dosyasında işe iade davası açmış olup, davanın derdest olduğu uyuşmazlık dışıdır. İşe iade davasının kabulü halinde iş ilişkisi kesintisiz devam edecektir. İş ilişkisi devam ettiği sürece yıllık ücretli izin alacağı muaccel olamayacaktır. Zira izin alacağı ancak fesih halinde muaccel olacaktır. Mahkemece işe iade davasının sonucunun bekletici mesele yapılması gerekir. Yazılı şekilde "davalı banka tasfiye halinde olup işe iadesi davası sonuçlansa dahi davacı lehine, fiilen işe başladığı gibi bir durum olamayacağı" gerekçesi ile alacağı karar verilmesi hatalıdır. Davalı banka 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 14. maddesi gereğince harçtan muaf olduğu halde, sorumluluğuna karar verilmesi de ayrı bir bozma nedeni yapılmıştır." Yrg. 9.HD. 20.12.2004, E. 2004/18126 - K. 2004/28372.
- 67 Yrg. 9.HD., 18.9.2002, E. 2002/3052 - K. 2002/15986.
- 68 Yrg. 9.HD. 3.7.2000, E. 2000/6962 - K. 2000/10213; Yrg. 9.HD. 13.05.1997, E. 1997/4912 - K. 1997/8961.
- 69 Yrg. 9.HD. 7.6.1999, E. 1999/8166 - K. 1999/9828 "Davacı her yıl 15 günlük ücretli izin hakkını kullandığını bildirmiş olup, tüm çalışma süresi iki yıldır. Oysa mütalaasına başvurulmuş bilirkişi düzenlediği raporda 56 günlük tüm izin süresinden 41 gününü kullandırılmadığını belirterek hesaplama yapmıştır. Bu hesaplama HUMK'nın 74. maddesinde öngörülen istekle bağlilik kuralına aykırılık oluşturduğundan bozmayı gerektirmiştir. Bu durumda mahkemece yapılacak iş öncelikle her yıl için kullandırılması gereken izin süresini tespit etmek ve dava dilekçesinde belirtilen açıklamalar dikkate alınarak hesaplama yapıp hüküm altına almaktan ibarettir."
- 70 Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:
- Dava, ihbar ve kıdem tazminatı ile izin ücreti alacağı istemine ilişkindir.
- Mahkemenin davanın kısmen kabulü, kısmen reddine dair kararı yukarıda belirtilen nedenle izin ücreti alacağı yönünden bozulmuştur.
- Mahkeme, yıllık ücretli izin alacağının şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olmadığı mirasçıya intikalini engelleyen bir hükmün bulunmadığı gerekçesiyle önceki kararında direnmiştir.
- Somut olayda ölüm ve fesihle hizmet akdinin sona ermesi söz konusudur. Bu durumda ücretli izin hakkı ücretli izin alacağına dönüşmüştür. O nedenle mirasçıların ücretli izin alacağı davası açmalarının mümkün olmasına göre bu konudaki yerel mahkemenin direnme kararı yerindedir.
- Ne var ki, işin esaslı Özek Dairece incelenmediğinden esasa ilişkin temyiz itirazlarının incelenmesi için dosya Özel Daire'ye gönderilmelidir." Yrg. HGK 19.4.2000, E. 2000/9-790 - K. 2000/803.
- 71 Davacı yıllık ücretli iznini kullanmakta iken emekli olmak istediğini işverene bildirmiş ve emekli de olmuştur. İznini kullanırken kendi arzusu ile artık geri kalan bölümünü kullanmayacağını beyan edip, bu hakkından feragat ettiğini bildirdiğine göre şartları oluşmuş, somut gerçekleşmiş ve bir kısmı da kullanılmış olan bir haktan feragat söz konusudur. Bu durumda bakiye süre için izin alacağına karar verilmesi doğru değildir." Yrg. 9.HD 11.4.1996, E. 1996/7413 - K. 1996/8106.
- 72 Davacı ile davalı arasında hizmet akdi kurulduğu, davacının davalı lojmanında oturduğu ücret ve primlerinin davalı tarafından ödendiği hususunda ihtilaf yoktur. Davalının işçisi olan davacının ödünç iş ilişkisiyle dava dışı Ulaştırma Bakanlığında çalıştırıldığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle dava konusu ücretli izin alacağından işveren davalı genel

müdürlük sorumludur. Mahkemenin yazılı şekilde davayı reddetmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” Yrg. 9.HD. 21.10.2004, E. 2004/7545 - K. 2004/23792.

- 73 Yrg. 9.HD 30.10.1995, E. 1995/13206 - K. 1995/33114.
- 74 “Davacının kullanmadığı yıllık ücretli izin alacaklarına ilişkin talebi haklı görülerek hüküm altına alınmış olup, kullanmadığı açıkça belli olan bu izinler için bir hakkaniyet indirimi yapılmasının yasal dayanağı bulunmamaktadır. Hesaplanan ücretli izin alacağının tamamına hükmedilmesi gerekirken yazılı şekilde indirim yapılması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” Yrg. 9.HD. 15.6.2004, E. 2004/2560 - K. 2004/14957.
- 75 “Taraflar arasında uyumsuzluk, davacı işçinin kullandırılmayan izin sürelerine ait ücretlere hak kazanıp kazanmadığı noktasında toplanmaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 59. maddesinde, iş sözleşmesinin, herhangi bir nedenle sona ermesi halinde, işçiye kullandırılmayan yıllık izin sürelerine ait ücretlerin son ücret üzerinden ödeneceği hükme bağlanmıştır. Yıllık izin hakkının ücrete dönüşmesi için iş sözleşmesinin feshi şarttır. Bu noktada ilişkinin sona erme şeklinin ve haklı olup olmadığının önemi bulunmamaktadır. İşçinin işe iade davası açması durumunda, izin ücretinin talep edilip edilemeyeceği davanın sonucuna göre belirlenmelidir. Gerçekten işçinin dava sonucu işe başlatılması durumunda, önceki fesih ortadan kalkmış olmakla ve iş ilişkisi devam ettiğinde 4857 sayılı İş Kanunu'nun 59. maddesi uyarınca izin ücreti istenemez, işçinin işe başvurusuna rağmen yasal bir aylık işe başlatma süresi içinde işe alınmaması halinde ise işe başlatmama anı fesih tarihi olarak kabul edildiğinden, izin alacağı bu tarihte muaccel olur. Yıllık izinlerin kullandırıldığı noktasında ispat yükü işverene aittir, işveren yıllık izinlerin kullandırıldığını imzalı izin defteri veya eşdeğer bir belge ile kanıtlamalıdır. Bu konuda ispat yükü üzerinde olan işveren, işçiye yemin teklif edebilir.

Akdin feshi halinde kullanılmayan yıllık izin sürelerine ait ücret işçinin kendisine veya hak sahiplerine ödenir. Böylece, iş sözleşmesinin feshinde kullanılmayan yıllık ücretli izin hakkı izin alacağına dönüşür. Bu nedenle zamanaşımı da, iş sözleşmesinin feshinden itibaren işlemeye başlar.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 54. maddesinde, yıllık ücretli izine hak kazanmak için gerekli sürenin hesabında işçilerin, aynı işverenin bir veya çeşitli işyerlerinde çalıştıkları sürelerin birleştirilerek göz önüne alınacağı hükme bağlanmıştır. Bu durumda işçinin daha önce aynı işverenin bir ya da değişik işyerlerinde geçen hizmetlerinin yıllık izne hak kazanma ve izin süreleri hesabı yönlerinden dikkate alınması gerekir. Kamu kurum ve kuruluşlarında geçen hizmetlerin de aynı gerekçeyle izin hesabı yönünden birleştirilmesi gerekir. Bununla birlikte, işçiye önceki feshe bağlı olarak kullanmadığı izin ücretleri tam olarak ödenmişse, bu dönemin sonraki çalışma sürelerine eklenerek izin hesabı mümkün olmaz. Ancak, önceki çalışma döneminde izin kullandırılmak veya fesihle karşılığı ödenmek suretiyle tasfiye edilmeyen çalışma süreleri de aynı işverenin bir ya da değişik işyerlerindeki çalışmalara eklenir, işçinin aralıklı olarak aynı işverene ait işyerinde çalışması halinde önceki dönemin kıdem tazminatı ödenerek feshedilmiş olması, izin yönünden sürelerin birleştirilmesine

engel oluşturmaz. Yine, önceki çalışılan sürede bir yılı doldurmadığı için izne hak kazanılmayan arta kalan süreler de, işçinin aynı işverene ait işyeri ya da işyerlerindeki somaki çalışmalarına eklenerek yıllık izin hakkı belirlenir. Yıllık izin, özde bir dinlenme hakkı olup, aralıklı çalışmalarda önceki dönem zamanaşımına uğramaz.

İş sözleşmesinin işverence feshedilmesi halinde 17. maddede belirtilen yasal ya da artırılmış bildirim öneleri ile 27. madde uyarınca işçiye verilmesi gereken iş arama izinleri, yıllık ücretli izin süreleri ile iç içe girmez. Kanundaki bu düzenleme karşısında işçi tarafından ihbar öneli fesih halinde bildirim öneli ile yıllık izin süresinin iç içe girebileceği kabul edilmelidir.

Kanunda, iş sözleşmesinin feshinde ödenmesi gereken izin ücreti için kesin bir ödeme günü belirlenmiş değildir. Sözleşmenin feshi anı, yıllık ücretli izin hakkının ücrete dönüşmesi, bir başka anlatımla izin ücretine hak kazanma zamanı olarak Kanunda belirtilmiştir. İş sözleşmesinin feshedildiği tarihte izin ücreti muaccel olur, ancak faiz başlangıcı bakımından işverenin ayrıca temerrüde düşürülmesi gerekir.

Dairemizce, iş sözleşmesinin feshinde ödenmesi gereken izin ücreti, geniş anlamda ücret içinde değerlendirilmemiş ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 34. maddesinde sözü edilen bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faize karar verilemeyeceği kabul edilmiştir (Yargıtay 9.HD. 24.10.2008 gün 2007/ 30158 E, 2008/ 28418 K). O halde, izin ücreti için uygulanması gereken faiz, yasal faiz olmalıdır. Sözleşmenin feshi üzerine ödenmesi gereken izin ücretinden taktiri indirim yapılması doğru değildir.

İşe iade davası sonunda işçinin işe başlatılmadığı tarihte iş sözleşmesi feshedilmiş sayıldığından izin ücreti hesabında işçinin işe başlatılmadığı tarihte olması gereken ücret dikkate alınmalıdır.

İşverenin işçiye işe başlatması durumunda, iş ilişkisi kesintisiz devam ettiğinden, kullandırılmayan izin ücretine de hak kazanılması söz konusu olmaz. Daha önce işçiye kullandırılmayan izinler karşılığı olarak ödenmiş olan izin ücretleri de işverence geri istenebilir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 53. maddesinde işçinin yıllık ücretli izin hakkından vazgeçemeyeceği kurala bağlandığına göre, işçinin daha önce ödenen izin ücretinin işe iade sonunda işçinin işe başlaması halinde işçinin kullandığı izin hakkına sayılması da doğru olmaz.

Yıllık izin hakkı anayasal temeli olan bir dinlenme hakkı olup, işçinin iş sözleşmesinin devamı sırasında ücrete dönüşmez ve bu haktan vazgeçilemez, işçinin iş sözleşmesinin devamı süresinde kullandığı yıllık izinlere ait ücreti istemesi mümkün değildir. Bu nedenle, işçinin iş sözleşmesinin devamı sırasında izin hakkının bulunduğu nun tespitini istemesinde hukuki menfaati vardır.

Somut olayda davalı işveren temyiz aşamasında davacının yıllık izinlerini kullandığına ilişkin imzalı izin belgeleri ibraz etmiştir. Bu izin belgeleri davacıya gösterilerek diyecekleri sorulmalıdır. İzin belgeleri yeniden bir değerlendirmeye tabi tutularak gerekirse bilirkişiden ek rapor alınmak suretiyle davacının izin alacağı konusunda yeniden bir karar verilmelidir.” Yrg. 9.HD. 25.02.2010, E.2008/19000, K.2010/4983; Yrg. 9.HD., 28.2.2002, E. 2001/17750

- K. 2002/3047; Yrg. 9.HD. 2.5.2000, E. 2000/1051 - K. 2000/6476.
- 76 Yrg. 9.HD., 19.2.2002, E. 2002/2942 - K. 2002/2914.
- 77 Yrg. 9.HD., 19.2.2002, E. 2001/16952 - K. 2002/2908.
- 78 Yrg. 9.HD. 12.06.1996, E. 1996/436 - K. 1996/13561.
- 79 Yrg. 9.HD. 4.6.2007, E.2007/ 3941, K.2007/ 17789.
- 80 “Davacının davalı işyerinde 1981 yılında çalışmaya başladığı müfettiş ve insan kaynakları müdürü olarak üst düzey görevlerde bulunduğu, 1993 yılından önce ücretli izin kullanması ile ilgili işyerinde davacının imzasını taşıyan bir belge düzenlenmediği ancak izin onaylarıyla ilgili işyeri yazışmaları mevcut olduğu görülmüştür. Mahkemece 1993 yılından sonra davacının imzası yıllık izin çizelgelerine değer verilmiş, bunun dışındaki işyeri kayıtları nazara alınmadan hüküm kurulmuştur. Davalı bir kamu bankasıdır. İzin ile ilgili resmi iç yazışmalara değer vermek gereklidir. Zira bir kimsenin 12 yıl gibi uzun bir süre hiç izin kullanmadığının kabulü hayatın olağan akışına aykırıdır. İşyerinde bulunan davacının ücretli izne ayrılmasıyla ilgili iç yazışmalara da değer verilerek davacının bakiye izin ücreti alacağına bulunup bulunmadığı değerlendirilmeli ve sonucuna göre hüküm kurulmalıdır.” Yrg.. 9.HD. 9.6.2004, E. 2004/2800 - K. 2004/14396.
- 81 “Her ne kadar bilirkişi raporuna göre davacının bakiye 363 günlük izin alacağı kabul edilmiş ise de, davacı dava dilekçesinde kullanmadığı izin süresinin 150 gün olduğunu açıkça belirtmiş bulunmaktadır. Öte yandan davalı işverence akdin sona ermesinden sonra davacıya 147 günlük izin alacağının ödendiği de dosyada mevcut banka dekontundan anlaşılmaktadır. Bakiye izin alacağı belirlenirken davacının talebi ve anılan ödeme belgesinin dikkate alınmamış olması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” Yrg. 9. HD., 5.6.2003, E. 2003/210 - K. 2003/10142.
- 82 Yrg. 9. HD., 5.6.2003, E. 2002/209 - K. 2003/10141.
- 83 Yrg. 9.HD., 15.5.2002, E. 2002/8898 - K. 2002/8512; Yrg. 9.HD. 24.4.2000, E. 2000/2148 - K. 2000/6045.
- 84 “Davalı vekilince dosyaya bazı izin belgeleri ile yıllık izin bedeli ödendiğine dair makbuz sunulmuştur. Mahkemece anılan belgeler üzerinde durularak davacının yıllık ücretli izin alacağına hak kazanıp kazanamayacağına dair bir karar verilmek üzere hükmün bozulması gerekmiştir.” Yrg. 9.HD., 11.6.2002, E. 2002/4137 - K. 2002/9662.
- 85 “Hükme esas alınan bilirkişi raporu yıllık ücretli izin talebi davalı şirkete ait 01.01.1989 tarihli yönetmeliğin 13. maddesine göre tespit edilmiştir. Davalı vekili ek davaya verdiği cevapta yıllık ücretli izinlerin kullanıldığını ifade etmiş ve dilekçe ekinde yıllık ücretli izin defterini ibraz etmiştir. Her ne kadar sözü edilen belgeden davacının yıllık ücretli izinlerini kullandığı belirtiliyorsa da izin dönemine ilişkin ücretin ödendiğine dair bir açıklık bulunmamaktadır. Bu durumda mahkemece yapılacak iş, ücretli izin defterindeki kullanılan izin sürelerine ait ücretlerin ödenip ödenmediği konusunda davalıdan diyecekleri sorulup delilleri toplanmalı ve sonrada varsa mukabil delilleri karşı taraftan istenerek yapılacak değerlendirme sonucuna göre bir karar vermektir.
- Yargılama sırasında ibraz edilmeyen belgelerin temyiz
- aşamasında dikkate alınması olanağı bulunmadığından az önce belirtilen inceleme ve araştırma yapılmalıdır.” Yrg. 9.HD. 18.06.1996, E. 1995/5834 - K. 1996/13939.
- 86 “Mahkemece iş müfettişinin yaptığı hesaplama yeterli görülerek davacının yıllık ücretli izin alacağı hüküm altına alınmış ise de, davalı işveren yargılama sırasında davacının yıllık ücretli izinlerini kullandığına dair imzalı belgeler sunmuş olup, söz konusu belgelere karşı davacı işçiden diyecekleri sorulmadan ve anılan belgeler değerlendirilmeden izin alacağı hakkında karar verilmiş olması hatalıdır.” Yrg. 9.HD. 9.12.2004, E. 2004/10648 - K. 2004/27184.
- 87 “Davacı, 1.3.2001 tarihinde hak ettiği son yıla ait yıllık ücretli izninin kullanılmadığını ve ücretinin de ödenmediğini ileri sürmektedir.
- Bilirkişi raporunda; davacının 1.3.2001 tarihinde hak ettiği son yıla ait yıllık iznini kullanmadığını; ancak fesihden sonra 17.7.2001 tarihli izin bordrosu ile ücretinin ödendiğinden bahisle yıllık ücretli izin alacağına bulunmadığını bildirmiştir.
- Davacı, bilirkişi raporuna yazılı itirazında; bu belgede imzasının bulunmadığını, izin bedelinin hesabına yatırıldığını gösteren bir dekontun bulunmadığını ileri sürmüştür.
- Mahkemece davacının bu itirazının üzerinde durulmamış ve incelenmemiştir. Gerçekten de davalı işverenin ibraz ettiği 27.7.2001 tarihli izin bordrosunda davacının imzası bulunmamaktadır. Davalı işveren hak edilen son yıl izin ücretinin ödendiğine dair imzalı başka bir belge ibraz etmemiştir.
- Mahkemece eksik inceleme ile davanın son yıla ait izin ücreti isteğinin reddedilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” Yrg. 9. HD., 22.5.2003, E. 2003/9168 - K. 2003/8923.
- 88 “Davalı işveren tarafından dosyaya ibraz edilen ücretli izin defterinde davacının imzası mevcuttur. Bu imza davacıya gösterilmeden ve davacıya ait olup olmadığı usulünce araştırılmadan ücretli izin defterine değer verilmeyecek eksik inceleme ile izin ücreti alacağına hüküm altına alınması bozmayı gerektirmiştir. Yrg. 9.HD., 8.10.2002, E. 2002/4176- K. 2002/18536.
- 89 “Hizmet akdinin feshinden sonra davacı adına Mart 2001 tarihinde X Bankası İzmir Şubesine 411.600.000 TL izin ücreti yatırıldığı savunulmuş ve bu konuda dosyaya belge fotokopisi sunulmuştur. Bu konu araştırılmadan izin ücreti alacağına hüküm altına alınması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” Yrg. 9.HD., 2.4.2002, E. 2001/19674 - K. 2002/5722.
- 90 “Bilirkişi tarafından 1990 yılından önce düzenlenen ücretli izin defterinde davacının imzasının bulunmadığı, anılan tarihten önceki ücretli izinlerin kullanılmadığı gerekçesi ile 1982-1990 arası ücretli izin alacaklarının tahsiline karar verilmiştir. İşyeri uygulamasında 1990 yılından önce ücretli izin belgelerinde çalışanın imzasının alınmadığı, izne çıkış ve izinden dönüş tarihlerinin yazılması ile yetinildiği anlaşılmaktadır. 8 yıl süre ile bir kimsenin hiç ücretli izin kullanmaması hayatın olağan akışına uygun düşmediği gibi, önceki yıllara ait izinler mevcutken, daha sonraki yıllara ait izinlerin kullanılması da çalışma yaşamının gerçekleri ile bağdaştırılmaz. Davalı bir kamu bankasıdır. İşyeri kayıtlarına itibar edilmesi gerekir. İşyerinde mevcut

davacının izne ayrılma ve izinden dönüş yazışmaları ve kayıtları incelenmeli, bunlara değer verilerek bakiye izin ücreti alacağına bulunup bulunmadığı araştırılmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir.” Yrg. 9.HD. 5.4.2004, E. 2003/18884 - K. 2004/7304.

- 91 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu izin defterinde işçinin yıllık izin kullandığı yolunda bir kayıt bulunmasa da imzasını bir olayda yeterli sayan Özel Daire kararını yerinde bulmuştur. Bkz. Yrg. HGK. 6.4.1994, E.1993/9-985, K.1994/199; Eyrenci (Seminer) 1995, s.15.
- 92 Yrg. 9.HD. 27.4.2006, E.2005/30924, K.2006/11808 “Davalı, ücretli izin alacağı hususunda yemin deliline dayanmıştır. Mahkemece bu hususun davalıya hatırlatılıp, davacıya karşı yemin teklifinde bulunup bulunmayacağı sorularak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile izin ücreti talebinin kabulü hatalıdır.”
- 93 Yrg. 9.HD. 19.6.2000, E. 2000/6484 - K. 2000/8687.
- 94 “Dosyadaki bilgi ve belgelere göre davalıya ait işyeri 7.7.1995 tarihinde tadilat sebebi ile kapatılmış bulunmaktadır. Bunun üzerine davalı işveren davacıya ücretli izin verdiğini ileri sürmüştür ise de bu iznin ücreti ödenmemiş olduğu anlaşılmaktadır. Daha sonra davacı davalı işverene başvurarak işe alınmasını istemiş ise de bu istek kabul edilmemiştir. Bu durumda iş sözleşmesi davalı işverence feshedilmiş sayılmalıdır. O halde davacı ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanmış bulunmaktadır. Ayrıca şunu da belirtmek gerekir ki 1475 sayılı İş Kanunu’nun 54/1. maddesine göre ücreti peşin ödemek suretiyle usulüne uygun olarak yıllık izin verilmiş değildir. Tüm bu maddi olgular karşısında kararın bu yönde bozulması gerekir.
- Davacı 1995 yılı Haziran ayına ait ücretinin ödenmediğini ileri sürmüştür. Davalı buna karşılık olmak üzere o ayın imzası ücret bordrolarını ibraz etmiş ve mahkemece de imzasız bu bordroya istinaden bu aya ilişkin ücret isteği reddedilmiştir. Ücretin ödendiğine ilişkin savunmanın davalı işverence kanıtlanması gerekir. İmzasız bordro davalının savunmasını doğrulamış olduğu kabul edilemez. Bu nedenle mahkemece davacının 1995 yılı Haziran ayı ücret alacağına da hükmetmesi gerekirken reddetmiş olması da hatalı olup hükmün bu nedenle de bozulması gerekmektedir.” Yrg. 9.HD. 12.05.1997, E. 1997/3739 - K. 1997/8783.
- 95 Yrg. 9.HD. 24.02.1997, E. 1996/20043 - K. 1997/28.
- 96 “Dosya içeriğinden; davacı ve diğer işçilerin fesihden birkaç ay önce davalı hakkında şikayetçi olması üzerine Bölge Çalışma Müdürlüğüne yapılan denetim sonucunda; yıllık izin defterinin işçiler tarafından imzalanmış olmasına rağmen gerçekte tüm işçilere çalışma süreleri boyunca bir kez on dört gün yıllık izin kullanıldığı ve ücretinin ödendiği diğer izinlerinin ise kullanılmadığı, işçilerin beyanlarına ve yıllık izin defterinde işçinin imzası olmasına rağmen gidiş ve dönüş tarihlerinin belirtilmemiş olması ücret ve SSK Prim bordrolarında gösterilmemesi gibi bu hususu doğrulayan belgelere dayanılarak saptanmıştır. Davalının yıllık izin defterinin ibraz edildiğini ileri sürdüğü başka dava dosyasındaki tanık beyanları ile de doğrulanmıştır. Bu nedenle artık yıllık izin defterine dayanılmazsa da, Bölge Çalışma Müdürlüğü’nün tespiti karşısında davacının 14 gün yıllık iznini kullandığı ve ücretini aldığı kabul edilmeli ve davacının yıllık izin alacağından indirilerek he-

saplama yapılmalıdır. Yazılı şekilde, bu husus nazara alınmadan karar verilmesi hatalıdır.” Yrg. 9.HD., 18.9.2002, E. 2002/3005 - K. 2002/15978.

- 97 “Mahkemece uyulan bozma karardan önce yapılan bilirkişi incelemesinde, davacının şahsi dosyasındaki izin istek belgesine itibar edilerek 14.9.1998-28.9.1998 tarihleri arasında 12 işgünü yıllık iznini kullandığı kabul edilmiş, davacı bu hesaplama itiraz etmediği gibi, kararı bu yönden temyiz de etmemiştir. Bozma karardan sonra yapılan hesaplama, davacının kullandığı kesinleşen bu yıllık izin süresinin, yıllık izin alacağından indirilmemesi hatalıdır.
- Davacı, bozma karardan sonra, yıllık izin yönünden davasını islah etmiştir. Yargıtayın kararlılık kazanmış uygulamasına göre, bozma karardan sonra davanın islahı mümkün bulunmamaktadır. Buna göre, islah nazara alınmaksızın hüküm kurulması gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması da doğru değildir.” Yrg. 9.HD. 27.5.2004, E. 2004/12041 - K. 2004/13041.
- 98 “Davacı işçinin imzasını taşıyan izin defterine göre 1996 yılında 15 gün izin kullandığı anlaşılmaktadır. Aynı belgede 1997 yılında 1.7.1997-11.8.1997 tarihleri arasında 40 gün izin kullandığı yazılı ise de; rakamlar üzerinde düzeltmeler yapıldığı ve aslında işçinin 1.7.1997-11.7.1997 tarihleri arasında 10 gün izin kullandığı izlenimi uyanmaktadır. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda tarihler üzerinde düzeltmeler yapıldığı gerekçesiyle söz konusu belge dikkate alınmaksızın yıllık ücretli izin alacağına hesaplandığı görülmektedir. Bu konuda belirtmek gerekir ki davacı işçi imzasını inkar etmiş değildir. Kaldı ki 1996 yılında 15 gün izin kullandığı da anlaşılmaktadır. 1997 yılı için ise tarafların belgedeki tarihlere karşı diyecekleri sorulmalı, alınacak cevap bir değerlendirmeye tabi tutularak sonuca gidilmelidir.” Yrg. 9.HD. 12.4.2000, E. 2000/1535 - K. 2000/5079.
- 99 Yrg. 9.HD. 11.5.2006, E.2005/28459, K.2006/13257 “4857 sayılı Kanunun “3. Bölüm” başlığı altında düzenlenen “Ücretin Gününde Ödenmemesi” başlıklı 34. maddesinde, gününde ödenmeyen ücretler için en yüksek mevduat faizi yürütüleceği öngörülmüştür. Ancak bu husus, hizmet akdinin devamı sırasında hak kazanılan ücret ve ücret benzeri alacaklarla ilgilidir.
- Yıllık izin ise; hizmet akdinin devamı sırasında kullanılması işverenin yönetim hakkına bağlı olan, hizmet akdi sırasında kullanılmamış ise, fesih ile birlikte alacağına dönüşen bir haktır. Bu nedenle davacının yıllık izin ücreti alacağına en yüksek mevduat faizi değil, yasal faiz uygulanmalıdır.”
- 100 “Davacı işçi, dava açmadan önce 16.5.2000 tarihli ihtarnâme ile davalı işverenden dava konusu işçilik alacaklarının ödenmesini istemiştir. Bu ihtarnâmenin davalı tarafa 22.5.2000 tarihinde tebliğ edildiği anlaşılmaktadır. O halde işverenin temerrüde düşürüldüğü 22.5.2000 tarihinden itibaren ihbar tazminatı ve yıllık izin ücreti alacağına faiz yürütülmesi gerekirken dava tarihinden itibaren faize karar verilmiş olması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” Yrg. 9.HD., 7.10.2002, E. 2002/4161 - K. 2002/18499.
- 101 Yrg. 9.HD. 24.2.1998, E. 1998/2068 - K. 1998/2393.
- 102 Yrg. 9.HD. 20.05.1996, E. 1995/37734 - K. 1996/10802.
- 103 Yrg. 9.HD. 12.10.2004, E. 2004/6433 - K. 2004/23010.
- 104 Yrg. 9.HD. 10.11.1999, E. 1999/13683 - K. 1999/16979.

- 105 Davanın açıldığı 24.12.1998 tarihinden önce davalı işveren kıdem tazminatının bir kısmı ile izin alacağını davacı işçi adına bankaya yatırdığı, ancak bunun davacı tarafından öğrenilmesine rağmen süresi içinde çekilmediği için davalı işverene bankaca iade edildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda izin alacağı için davalı işveren davaya sebebiyet vermiş olduğundan izin alacağına faiz yürütülmesi hatalıdır. Yrg. 9.HD. 14.2.2000, E. 1999/19609 - K. 2000/1496.
- 106 Yrg. 9.HD. 11.10.1999, E. 1999/12750 - K. 1999/15605.
- 107 Davacı işten ayrıldıktan sonra yıllık ücretli izin alacağı olduğunu belirterek istemde bulunmuştur. Mahkemece bu istek kısmen hüküm altına alınmıştır. Davacı tarafından imzası inkar edilmeyen 5.4.2002 tarihli belge ile davacının 112 gün yıllık ücretli izin alacağı olduğu ve bu izin alacaklarından 21.10.2002 tarihli ibraname feragat başlıklı belgede vazgeçtiğini belirtmiştir. Sözü edilen belge ile dava hakkında feragat ettiği açık ve kesin olarak anlaşıldığından davanın reddi gerekirken kabulü hatalıdır. Yrg. 9.HD. 26.5.2004, E. 2004/1055 - K. 2004/12569.
- 108 Geniş bilgi için bkz. Şahlanan (Seminer) 1995, s.17-18.
- 109 Yrg. 9.HD. 27.03.1995, E. 1994/18648 - K. 1995/9774.
- 110 Yrg. 9.HD. 8.5.2006, E.2005/33720, K.2006/12684.
- 111 Yrg. 9.HD. 22.3.2000, E. 2000/527 - K. 2000/3173.
- 112 Yrg. 9.HD. 6.7.1998, E. 1998/9953 - K. 1998/11357.
- 113 Yrg. 9.HD. 25.12.1996, 1996/16099-24126.
- 114 Ekonomi, Münir, İş Hukukunun Güncel Sorunları Semineri Tühis Yay, Ankara 1997, s.258, 259; Kutal, M., aynı yayın s.280-281; Akyiğit, Ercan, Yıllık İzin Ücretinde Zamanaşımı Tühis, Şubat-Mayıs 1999, s.31-32; Çelik (15), s.290; Narmanlıoğlu, I, s.557-559, Karşı görüş için Bkz. Reisoğlu; s.6-7; Tunçomağ, K-Centel, T., İş Hukukunun Esasları, B.2, İstanbul 1999, s.166; Soyer, Polat, 1997 yılı Kararları Semineri s.54-55; Çubukçu, Erdoğan Karar İncelemesi, Kasım 1999-Şubat 2000, s.61 vd. s.258-259.
- 115 "Taraflar arasındaki "alacak" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Adana 1. İş Mahkemesi'nce davanın kısmen kabulüne dair verilen 17.8.1999 gün ve 1999/259-679 sayılı kararın incelenmesi taraf vekilleri tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 9.Hukuk Dairesi'nin 30.11.1999 gün ve 1999/15166-18132 sayılı ilamıyla; (...1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, tarafların aşağıdaki bendlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.
- 2- Hizmet sözleşmesinin feshinden sonra beş yıl içinde dava açılmış olup dairemizin öğretide de benimsenen oluşan içtihatlarına göre yıllık ücretli izin alacağı yönünden somut olayda zamanaşımı süresinin geçmediğinin kabulü gerekir. Bu durumda davacı işçinin kullanmadığı ve karşılığının ödenmediği anlaşılan yıllık ücretli izin sürelerine göre gerçekleşen daha fazla bir hakkı varsa onunda hüküm altına alınması gerekir.
- 3- Davacı işçi dava tarihine kadar işlemiş olan kıdem tazminatı faizini de talep etmiş ve mahkemece kabul edilmiş olduğuna göre hüküm altına alınan bu tazminat için fesih tarihinden faiz yürütülmesi mükerrer ödeme ve yararlanmaya yol açar. Bu nedenle kıdem tazminatı için somut

olayın özelliği dikkate alınarak dava tarihinden itibaren faiz yürütülmelidir.

4- Ücret farkı alacağı yasadan değil yürürlükte bulunan toplu iş sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Bu niteliği dikkate alınarak 2822 sayılı Toplu İş sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 61. maddesi uyarınca bankalarca uygulanan en yüksek işletme kredisi faizi yürütülmelidir. Gerçi bu faizde yasal niteliktedir. Ancak uygulamada tereddüde yer vermemek için bunun açıklığa kavuşturulması doğru olur...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekte, yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara bozma kararında açıklanan nedenlere göre, mahkemenin kabulünün aksine, yıllık ücretli izin hakkından vazgeçilmesi 1475 sayılı İş Kanunu'nun 49/son maddesi uyarınca söz konusu olamayacağı gibi, muaccel olmayan bir alacak için zamanaşımının başlaması da mümkün değildir.

Gerçekten Borçlar Kanunu'nun 128. maddesi uyarınca yıllık ücretli izin alacağı hizmet akdinin işçi veya işveren tarafından haklı sebeple olsun veya olmasın feshedilmesi anında doğmaktadır. Öncelikle belirtelim ki yıllık ücretli izin hakkı ile yıllık ücretli izin alacağı birbirlerinden farklı kavramlardır. İşçinin yıllık izin süresi, işyerindeki kıdem ve yaşı esas alınmak suretiyle tespit edilmektedir. Hizmet süresinin deneme süresi de dahil olmak üzere en az bir yıl olması halinde hak kazanılan yıllık ücretli izin hakkı, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde çalışılan sürelere göre belirlenmektedir. İşçinin her hizmet yılına karşılık yıllık iznini gelecek hizmet yılı içinde kullanması gerekirse de işverenin yönetim hakkı sebebiyle işçilere yıllık izinlerini bir plan dahilinde vermesi gerektiğinden işveren, kimi zaman işçilerine yıllık ücretli izin kullanırmamaktadır. Yıllık ücretli izin hakkından vazgeçmesi mümkün olmayan işçiye izninin ücretli olarak kullanılması zorunludur. Bu zorunluluk Anayasa'nın "çalışma şartları ve dinlenme hakkı" başlıklı 50/III-IV. maddesi uyarınca çalışanların yıllık ücretli izin ile her yıl dinlendirilmeleri gereğinin sonucudur. Bu bakımdan işçi yıllık ücretli izin hakkından vazgeçmiş olsa da bu hukuken geçerli sayılamaz. İşçilerin izin hakkı kişilik haklarına ilişkin bulunmaktadır. (Bkz. Mustafa Çenberci İş Kanunu Şerhi Ankara-1984, s.645; T. Çögenli, Türk İş Hukukunda Yıllık Ücretli İzin, İstanbul 1983, s.154 Prof. Dr. Kenan Tunçomağ- Prof. Dr. Tankut Centel, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 1999, s.163) İşçinin paraya yıllık dinlenmeden daha çok önem vermiş olması, hatta yıllık iznini parayla satmış olması da Borçlar Kanunu'nun 65. maddesi karşısında geçerli değildir. Böyle bir durumda işçi aldığı parayı iade etmeksizin izin hakkını kullanma yetkisine sahiptir. (Tunçomağ-Centel, a.g.e. s.164)

Yıllık ücretli izin hakkının işçi tarafından istenmemesi veya işverence kullanılmaması bunun alacağı dönüşmesine neden olmayacağı gibi, dinlenme hakkından vazgeçilerek ücretinin istenmesi olanağı da bulunmamaktadır. Zira İş

Kanunun 54. maddesinde sadece yıllık ücretli iznini kullanan işçiye izin dönemine ilişkin ücreti izne başlamadan önce peşin olarak ödenmesi veya avans verilmesi öngörülmüştür. Öte yandan yıllık ücretli izin hakkı, hizmet akdinin işçi veya işveren tarafından feshi veya işçinin ölümü ile izin ücretine dönüşmektedir. İşçinin hizmet akdi devam ederken kullanmadığı yıllık izinlerinin ücretini dava yoluyla alamaması karşısında, muaccel olmayan bir alacak için zamanaşımı süresinin başlamasından da söz edilemez.

Yine İş Kanunu'nun 56. maddesinde akdin sona erdiği tarihteki ücret üzerinden yıllık izin süresi için ücretin hesaplanmasının öngörülmesi, önceki yıllarda kullanılmamış yıllık izinlerin işvereni bir tür cezalandırma ile son ücret esas alınarak ödenmesi hükmü, bu düzenlemenin son yılın değil önceki yılların da izin ücretini içerdiğini göstermektedir.

O halde hizmet akdinin feshi ile doğan yıllık izin ücreti alacağının zamanaşımı süresinin fesih tarihinden başlatılması gerekir. Somut olayda fesih tarihinden itibaren 5 yıllık zamanaşımı süresi içinde dava açıldığına göre davacının kullanmadığı yıllık izinlerin tümünün karşılığı alacağın hüküm altına alınmasını kabul eden Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır." Yrg. HGK 5.7.2000, E. 2000/9-1079 - K. 2000/1103.

- 116 "14.2.2001 tarihinde emekli olan davacı, kullanılmayan ve ücreti de ödenmeyen 1996 yılına ait yıllık izin ücret alacağını talep etmiştir.

Mahkemece savunmaya değer verilerek izinin 1996 yılına ait olduğu dava tarihine göre 5 yıllık zamanaşımı süresinin doğduğu gerekçesi ile istek reddedilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu'nun 5.7.2000 gün ve 2000/9-1079-1103 sayılı kararı ile de benimsenen ve öğreti tarafından da kabul edilen Dairemiz uygulamasına göre; yıllık ücretli izin hakkı, hizmet akdinin işçi veya işveren tarafından feshi veya işçinin ölümü ile izin ücretine dönüşmektedir. İşçi hizmet akdi devam ederken kullanmadığı yıllık izinlerinin ücretini dava yolu ile alamaz. Bu durumda alacağın muaccel olmasından söz edilemeyeceğinden, Borçlar Kanunu'nun 128. maddesi uyarınca zamanaşımı süresinin başlamasından da bahsedilemez. Keza yıllık ücretli izin hakkı ile yıllık ücretli izin alacağı birbirinden farklı kavramlardır. Bu hukuksal olguya göre, hizmet ektinin feshi ile doğan yıllık ücretli izin alacağının zamanaşımı süresinin de muaccel olduğu fesih tarihinden başlatılması gerekir. Somut olayda fesih 2001 yılında gerçekleştiğine göre dava süresinde açıldığından zamanaşımı nedeniyle, reddine karar verilmesi hatalıdır." Yrg. 9.HD., 23.12.2002, E. 2002/26577 - K. 2002/24631.

- 117 "Mahkemece verilen ilk kararın, kısmi davada fazlaya ait hakkın saklı tutulduğu bu nedenle ek davaya konu alacakların incelenerek hüküm altına alınması gerekir gerekçesiyle Dairemizce bozulması üzerine bozmaya uyularak, bakiye faiz alacağı kabul edilmiş, ancak son beş yıl dışında kullanılmayan izin günlerine karşılık ücretli izin alacağı ise, ilk davada son beş yıl dışındaki izinlerin zamanaşımına uğradığının davacılar tarafından kabul edildiği, bu

yönde fazlaya ait hakların saklı tutulmadığı gerekçesi ile reddedilmiştir.

Belirtmek gerekir ki bir kişinin dava dilekçesinde "zamanaşımı süresi dikkate alınarak son beş yıl kullanılmayan izin alacağını istemiş olması, önceki yıllara ait izin alacağından vazgeçtiği anlamına gelmeyeceği gibi" söz konusu alacağın da zamanaşımına uğradığını göstermez. Ayrıca bir işçinin iş akdinin feshinden sonra yıllar itibariyle ayrı ayrı fazlaya ait haklarını saklı tutmadan yıllık ücretli izin alacağını talep etmesinde yasal bir engel de bulunmamaktadır. Başka bir anlatımla son beş yıl dışındaki ücretli izin alacağının istenilmesinde ek bir davadan söz edilemez. Bu hukuksal olguya göre, istemin kabulü yerine reddi hatalıdır." Yrg. 9.HD., 4.3.2002, E. 2002/4196 - K. 2002/3226.

- 118 Yrg. HGK. 5.7.2000; E. 2000/9-1079, K:2000/1103; Aktay, N., Yıllık Ücretli İzin Hakkı ve Bazı Uygulama Sorunları, Tühis XV, Kasım 1998, Sa:2, s.16; Eyrenci (Seminer), s.15; Akyiğit, s.656.

- 119 Yrg. 9.HD. 30.11.1999, E. 1999/15166 - K. 1999/18132 .

- 120 "İşverenler, işyerinde işçilerin yıllık izinlerini gösteren defter tutmak zorundadır.

İşverenleri, işyerinde çalışan işçilerin yıllık izinlerini gösteren kayıt tutmaya zorunlu kılan 1475 sayılı İş Kanunu'nun 58. maddesi, "bu kayıtların şekli 57. maddede sözü edilen yönetmelikte belirtilir" hükmünü ihtiva etmesine ve 57. maddeye dayanılarak Çalışma Bakanlığı'nca hazırlanıp Resmi Gazetenin 25.7.1972 gün, 14256 sayılı nüshasında yayımlanmak suretiyle yürürlüğe konulan Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliğinin 15. maddesinde de "İşverenlerin örneği bu yönetmeliğe ekli yıllık izin defteri tutmak zorunda" oldukları belirtilmiş bulunmasına göre işyerinde kanun ve yönetmeliğin öngördüğü izin defterini tutmayan işveren sanık hakkında 99/B-III madde uyarınca mahkumiyet kararı verilmesinde bir isabetsizlik görülmemiş ve tebliğnamedeki aksi düşünceye iştirak edilmemiştir.

Yapılan duruşmaya, toplanan delillere, incelenen dosya münderecatına uygulamaya göre mahalli C. Savcısının yerinde olmayan temyiz itirazının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün isteme aykırı olarak (ONANMASINA), 6.11.1978 gününde oybirliği ile karar verildi." Yrg. 9.CD. 06.11.1978, E. 1978/4273 - K. 1978/4206.

Av. Mehmet Saim DİKİCİ

İstanbul Barosu

Bankacılık Kanunu Uyarınca Yönetim ve Denetimi Fon'a Geçen Şirketlerde Çalışanların Fon ve Şirkete Karşı Hukuki Durumları

1. GİRİŞ:

Özellikle 2001 ekonomik krizi sonrasında, batık bankalar ve bu bankaların iştiraki olan şirketlerin yönetim ve denetimini devraldığı için, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu, kamuoyunun dikkatini fazlasıyla çeken bir kurum olmuştur.

Fon, tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerinin korunması amacıyla, mevduatın ve katılım fonlarının sigorta edilmesi, Fon bankalarının yönetilmesi, mali bünyelerinin güçlendirilmesi, yeniden yapılandırılması, devri, birleştirilmesi, satışı, tasfiyesi, Fon alacaklarının takip ve tahsili işlemlerinin yürütülmesi ve sonuçlandırılması, Fon varlık ve kaynaklarının idare edilmesi için kurulmuş kamu tüzel kişiliğini haiz, mali ve idari özerkliğe sahip bir kurumdur. (Bank. K.111) Fon'un karar organı Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Kurulu'dur. Fon'un en üst yöneticisi ise Fon Başkanı olup, Fon'un genel yönetiminden, temsilinden ve Fon Kurulu'nun aldığı kararların yürütülmesinden Fon Başkanı sorumludur. (Bank. K.118/1)

Önceki yıllarda asıl görevi tasarruf mevduatını sigortalamak olan bu Kurum'un, banka ve bankanın iştiraki şirketlerin yönetimini üstlenip, ticaret ve iş hayatının içine girmesinin nedenlerini ve bu yetkinin yasal dayanağını anlatmadan, iştirak şirketlerde çalışan işçilerin hak ve alacakları bakımından Fon'un muhatap olup olamayacağını izah etmek güç olacaktır. Bu itibarla öncelikle Fon'un, hangi yasal nedenlerle iştirak şirketlerin yönetim ve denetimini üstlenildiğini kısaca açıklamak gerekli görülmüştür.

Bu açıklamaya girilmeden önce, bir hususa daha değinmek gerekir: 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 3. maddesinde, Kanun'da geçen ifadelerin tanımları ve kısaltmaları açıkça hükme bağlandığından, işbu makalemizde de Kanun'un tanım ve kısaltmalarına uymamızın doğru olacağını düşünmekteyim. Bu itibarla Bankacılık Kanunu'ndaki kısaltmaları hemen başlangıçta arz etmek suretiyle, okuma kolaylığı amaçlanmıştır.

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda ve bu makalemizde;

- Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu: “Kurum” olarak;
- Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu: “Kurul” olarak,
- Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu Başkanı: “Başkan” olarak,
- Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu: “Fon” olarak,
- Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Kurulu,: “Fon Kurulu” olarak,
- Tasarruf Sigorta Fonu Başkanı: “Fon Başkanı” olarak,
- yer almakta olup;
- Banka: Mevduat bankaları ve katılım bankaları ile kalkınma ve yatırım bankalarını,
- Mevduat Bankası: Bu Kanuna göre kendi nam ve hesabına mevduat kabul etmek ve kredi kullanırmak esas olmak üzere faaliyet gösteren kuruluşlar ile yurt dışında kurulu bu nitelikteki kuruluşların Türkiye’deki şubelerini,
- Katılım Bankası: Bu Kanuna göre özel cari ve katılma hesapları yoluyla fon toplamak ve kredi kullanırmak esas olmak üzere faaliyet gösteren kuruluşlar ile yurt dışında kurulu bu nitelikteki kuruluşların Türkiye’deki şubelerini,
- Fon Bankası: Kanun uyarınca temettü hariç ortaklık hakları ile yönetimi ve denetimi Fon’a intikal eden bankaları,
- Hakim Ortak: Bir ortaklığı doğrudan veya dolaylı olarak, tek başına veya birlikte kontrol eden gerçek veya tüzel kişiyi,
- Kontrol: Bir tüzel kişinin; sermayesinin, asgari yüzde elli birine sahip olma şartı aranmaksızın, çoğunluğuna doğrudan veya dolaylı olarak sahip olunması veya bu çoğunluğa sahip olunmama ile birlikte imtiyazlı hisselerin elde bulundurulması veya diğer hissedarlarla yapılan anlaşmalara istinaden oy hakkının çoğunluğu üzerinde tasarrufta bulunulması suretiyle veya herhangi bir suretle yönetim kurulu üyelerinin karara esas çoğunluğunu atayabilme ya da görevden alma gücünün elde bulundurulmasını,
- Tasarruf Mevduatı: Mevduat bankaları nezdinde açtırılan, gerçek kişilere ait ve münhasıran çek keşide edilmesi dışında ticari işlemlere konu olmayan mevduat hesaplarını,
- Katılma Hesabı: Katılım bankalarına yatırı-

lan fonların bu kurumlarca kullanılarak sağlanmasından doğacak kâr veya zarara katılma sonucu veren, karşılığında hesap sahibine önceden belirlenmiş herhangi bir getiri ödenmeyen ve anaparanın aynen geri ödenmesi garanti edilmeyen fonların oluşturduğu parayı,

- Katılım Fonu: Katılım bankaları nezdinde açtırılan gerçek veya tüzel kişilere ait özel cari hesap ve katılma hesaplarında yer alan paraları

ifade etmektedir.

II. GENEL OLARAK:

5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun 71. maddesine göre; Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu tarafından, kendisinden istenilen tedbirleri zamanında almayan ya da banka kaynaklarını “istismar eden” bankaların faaliyet iznini kaldırmaya Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu yetkili kılınmıştır.

Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip bir kamu kurumu olup, Kurumun karar organı olan Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu ve icra makamı olan Başkanlıktan oluşur. (Bank.K.82)

Kurum, tasarruf sahiplerinin haklarını ve bankaların düzenli ve emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye sokabilecek ve ekonomide önemli zararlar doğurabilecek her türlü işlem ve uygulamaları önlemek, kredi sisteminin etkin bir şekilde çalışmasını sağlamak üzere gerekli karar ve tedbirleri almak ve uygulamakla yükümlü ve yetkili kılınmıştır. (Bank.K.93/2)¹

Bankacılık Kanunu’nun 71. maddesi çerçevesinde Kurul tarafından faaliyet izni kaldırılan bankaların, yönetim ve denetiminin kendiliğinden, başka bir işleme gerek kalmaksızın Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu’na geçeceği hususu Bankacılık Kanunu’nun 106/1. maddesinde açıkça hükme bağlanmıştır.² Hal böyle olmasına rağmen uygulamada Kurul, bankanın faaliyet iznini kaldırdığı kararlarında, banka yönetim ve denetiminin Fon’a geçtiğini de ayrıca belirtmektedir.³ Zikredilen 106. maddenin 3. fıkrasına göre Fon, yönetim ve denetimi kendisine intikal eden bankadaki Sigortalı Tasarruf Mevduatı ve Sigortalı Katılım Fonunu doğrudan

veya ilan edeceği başka bir banka aracılığı ile ödemekle yükümlü kılınmış ve 5. fıkra hükmü ile de, Fon'un, ödediği tutarlar kadar bankadan alacaklı olacağı ve söz konusu alacağının, sıra cetvelinde İİK. 206. maddesinde yer alan üçüncü sıradaki tüm imtiyazlı alacaklılardan önce (ancak Devletin ve Sosyal Güvenlik Kuruluşlarının 6183 sayılı Kanun'dan doğan alacaklarından sonra) gelmek kaydıyla imtiyazlı alacak olarak niteleneceği açıkça hükme bağlanmıştır.

Bu şekilde Fon, bir taraftan batan bankalardaki sigortalı tasarruf mevduatını ve katılım fonunu ödeyerek vatandaşların mağdur olmasını sağlarken, diğer yandan ise Devletin ve kamunun zarar görmemesi için, ödediği tutarları sorumlularından tahsil etmekle görevlendirilmiştir. Tahsilât yetkilerini kullanırken ise, genel kanunlardan muaf tutulmuş ve bazı olağanüstü tabir edilebilecek nitelikte hak ve yetkilerle donatılmıştır. (Bank.K.111/1)

Bu itibarla, Fon'un yetkilerini ele alırken genel hukuk ilkelerini bir köşede tutup, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun Fon'a ilişkin olağanüstü hükümlerini (Özellikle Bank.K.111; 123; 127/3 ile 8; 132 ile 142) esas almak, doğru olacaktır.

A- BİR TİCARET ŞİRKETİNİN YÖNETİM VE DENETİMİ NEDEN VE NASIL FON'A İNTİKAL EDER?

Bir bankanın yönetim ve denetiminin neden ve nasıl Fon'a intikal ettiğini, hemen yukarıda kısaca özetlemiş bulunuyoruz. Şimdi bu başlık altında ise, bir ticaret şirketinin yönetim ve denetiminin neden ve nasıl Fon'a intikal ettiğine kısaca değinilmektedir.

Giriş kısmında belirttiğimiz çerçevede Bankacılık Kanunu'nun 71. ve 106/1. maddeleri kapsamında temettü (kâr payı) hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetimi Fon'a geçen bankalardaki sigortalı tasarruf mevduatı ve katılım fonunu 106/3. madde delaletiyle ödeyen Fon, 106/5. madde hükmü uyarınca ilgili Bankadan imtiyazlı alacaklı durumuna geçmektedir.

Bu bağlamda özellikle Bankacılık Kanu-

nu'nun 71/e hükmü çerçevesinde "Hakim ortaklarının veya yöneticilerinin, banka kaynaklarını, bankanın emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek biçimde doğrudan veya dolaylı veya dolanlı olarak kendi lehlerine kullanması veya dolanlı olarak kaynak kullandırması ve bankayı bu suretle zarara uğratması" nedeniyle faaliyet izni kaldırılan ve temettü hariç ortaklık haklarıyla yönetim ve denetimi bu nedenle Fon'a devredilen kredi kuruluşu niteliği taşıyan mevduat ve katılım bankalarının, yönetici ve hakim ortaklarına; Bankacılık Kanunu'ndaki şahsi sorumlulukları (Bank.K.110) hariç olmak kaydıyla, kullandıkları veyahut bankanın yönetim kurulu, kredi komiteleri, yöneticileri, şubeleri ve diğer görevlileri aracılığıyla veya sair suretle kullandırdıkları kaynakları ve bu suretle verdikleri zararları ödemesi için, Fon tarafından süre verilmektedir. Verilen süre içinde zarar tazmin edilmediği takdirde, oluşan tüm zararlar Bankacılık Kanunu'nun 108/4. maddesi hükmü uyarınca doğrudan, ayrı bir işleme gerek kalmaksızın Fon Alacağına dönüşmektedir.

Bu şekilde Fon, yönetim ve denetimi Fon'a devredilen banka nedeniyle sigortalı tasarruf mevduatı veya katılım fonu sahiplerine ödediği tüm tutarları ve faizlerini ve bundan dolayı doğan sair zararlarını, banka varlıklarının yanında ayrıca banka hakim ortak ve yöneticilerinden de müteselsilen talep etmek, onların tüm varlık, hak veya alacakları üzerinde alacaklı olmak imkanına sahip olmaktadır.

Dolayısıyla Fon, hem bankaya hem de bankanın hakim ortağına ve yönetim kurulu üyeleri ile sair kaynak kullanımına aracılık eden tüm yönetici ve çalışanlarına, ayrıca kendi adına, hakim ortak ve yöneticileri hesabına mal, alacak veya sair haklar edinen (Karşılaştırınız: Borçlar Kanunu 32/2) kişilere karşı Kanun uyarınca ve ayrı bir hükme gerek kalmaksızın alacaklı duruma geçmektedir.

Ayrıca Fon, söz konusu alacaklarının takip ve tahsili bakımından ise, Bankacılık Kanunu'nun 132/1. maddesi uyarınca 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun'un hükümlerini, Bankacılık Kanunu'nun 132/3. maddesi hükmü temelinde doğrudan uygulamak hak ve yetkisine sahip kılınmıştır.

Fon alacaklarının tahsiline ilişkin Fon'un diğer yetkileri Bankacılık Kanunu'nun 134. maddesinde etraflıca düzenlenmiş olup, 134. maddenin 1. fıkrası hükmü, Fon bankalarının;

- Yönetim ve denetimine sahip olduğu iştiraklerinin,

- Hakim ortağı olan tüzel kişilerin,

- Gerçek ve tüzel kişi hakim ortaklarının hakim ortak olduğu şirketlerin,

- Yukarıda sayılan (gerçek veya tüzel) kişiler adına hareket eden veya onlar hesabına, kendi adına para, mal veya hak edinen şirketlerin ortaklarının

şirketlerde sahip oldukları hisselerin tamamına ve/veya bir kısmına ilişkin temettü hariç ortaklık hakları ile bu şirketlerin yönetim ve denetimini devralmaya ve şirket ana sözleşmesinde belirlenen yönetim, müdürler ve denetim kurulu üyelerinin sayılarıyla bağlı kalmaksızın görevden almak veya üye sayısını artırmak ya da eksiltmek, yeni üye atamak haklarına sahip olmaktadır. (Karşılaştırınız Bank.K. 127/8⁴)

Söz konusu edilen bu şirketlerin, Fon'a borçlu olup olmaması da yönetim ve denetimi devralmak için önemli sayılmamaktadır. Şirketlerin, Fon'a veya Fon'a devredilen bankaya "kayıtlı" bir borcu bulunmamış olsa bile Fon, alacağını tahsil etmek için yararlı gördüğü takdirde Bankacılık Kanunu'nun 134. maddesine göre, bu şirketlerin yönetim ve denetimini üstlenebilecek, ortaklarının temettü hariç ortaklık haklarını tek başına kullanabilecek ve hatta bu şirketlerin varlıklarını veya hisselerini satabilecektir. (Bank.K 134/3) Bu maddeye göre Fon, kanuni karine olarak, söz konusu iştirak şirketlerden alacaklı sayılmaktadır. Karinenin aksinin ise, her türlü geçerli delille ispatlanması mümkündür.⁵ (Karşılaştırınız Bank. K. 137)

Dikkat edilirse Fon, bu şirketlerin hisselerini başlangıçta devralmamaktadır. Sadece ortaklara ait (kâr payı hariç) ortaklık hakları ile şirketin yönetim ve denetimini üstlenmektedir. Bu şekilde şirketin genel kurulu, yönetim kurulu ve denetim kurulu bir bütün olarak Fon'un kontrolüne geçmektedir.

Fon'un, şirketteki yönetim ve denetimi üstlenmesi doktrinde çoğunlukla, kayımlık vazifesi olarak nitelendirilmektedir.⁶ Bu görüşün

temel gerekçesi, kayımlık kurumunun Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenmiş olması ve kayımlığın özen borcuna aykırı işlem ve/veya eylemleri bakımından Devletin sorumluluğunun da hak sahiplerinin lehine olacağına dayalıdır. Bu görüş, esas itibarıyla Türk Medeni Kanunu'na göre, kayımlığın ancak mahkemeler tarafından atanabileceği ve tüzel kişiler bakımından kayımlığın ise, TMK'nın 427/4 hükmü altında sadece "Tüzel kişinin organsız kalması" hallerinde mümkün olabileceği, Fon'un yönetim ve denetimi devralmasının ise, bir mahkeme kararına dayanmadığı, Fon'un tek taraflı bir idari işlemi ile tesis edilebildiği, şirketlerin organsız kalmadığı, bu bakımdan TMK'nın kayımlık ile ilgili hükümlerinin kıyasen dahi uygulanabilmesinin mümkün olamayacağı şeklinde tarafımızca eleştirilmektedir. Bankacılık Kanunu'na göre Fon'un, hem ortakların hem de tüzel kişilik olarak ortaklığın yönetim ve denetim haklarını ayrı ayrı devralmakta olduğunu, özellikle şirket ortaklarına ait hakları kullanmak bakımından yönetim ve denetim görevinin, kayımlık olarak değil, vekaletsiz iş görme (B.K. 410) hükümleri dairesinde ele alınabileceği görüşündeyiz.⁷ Çünkü Fon, çoğu zaman ortaklık haklarını devraldığı şirket ortaklarından Fon alacağı temelli dahi olsa alacaklı değildir. Bu son halde Fon alacağının muhatabı genellikle iştirak şirkettir. Ortaklığın yönetim ve denetim haklarının devralınmasının ise, en fazla Fon'un, kanundan doğan Fon alacağı temelinde alacaklı sıfatıyla üstlendiği bir görevle sınırlı kalması gerektiği ve bu yetkinin kanuna dayalı imtiyazlı bir yetki olabileceği görüşündeyiz. Gerçekten uygulamada Fon, idari işlemle yönetim ve denetimini devraldığı şirketlere kendi çalışanlarını atamaktadır. (Bank.K.134; 127/6,7 ve 8) Fon'un atadığı bu görevliler Fon alacaklısının temsilcisi sıfatıyla Fon'u, dolayısıyla alacaklıyı temsil etmektedir.⁸ Bu işlemin yasal dayanağı ise Fon'un kanuni alacaklı olmasıdır. Yani tamamen Fon'un, Fon alacağı kapsamında alacaklı sıfatı gözetilerek, Bankacılık Kanunu 134. maddede düzenlenen haklara sahip olduğu görülmektedir. Alacaklıyı temsil eden dolayısıyla taraf olan kişilerin, bağımsız ve tarafsız kimliği olmazsa olmaz koşul olan kayımlık şeklinde nitelendirilmesi asla düşünülemez.

B- YÖNETİM VE DENETİMİ FON'A İNTİKAL EDEN ŞİRKETLERDE ÇALIŞAN İŞÇİLERİN FON'A VE ŞİRKETE KARŞI HUKUKİ DURUMU

Hemen yukarıda arz ettiğimiz üzere, Bankacılık Kanunu'nun 134/1. maddesi kapsamında banka ve/veya banka hakim ortakları/yöneticileri ile irtibatlı şirketlerin, ortaklık hakları ile yönetim ve denetiminin devralınması, şirketin tüzel kişiliğine kendiliğinden tesir etmemekte, yani tüzel kişiliği sona erdirmemektedir.⁹ (Bankacılık Kanunu 134/1 ve 2)

Böyle bir durumda çalışanlar, şirket tüzel kişiliği ile geçerli olan iş sözleşmeleri dairesinde hukuki haklara sahip olmaya devam edeceklerdir. Bu itibarla, bu dönemde işçilerin iş sözleşmelerinin feshedilmesi veyahut hak veya alacaklarının ödenmemesi durumunda, açılacak tüm davalar bakımından işçinin yasal muhatabı Fon olmayıp, şirket tüzel kişiliğidir.

Fakat Bankacılık Kanunu 134/3'e göre, Fon, veya Fon'un görevlendirdiği şirketi temsil ve ilzama yetkili genel müdür, genel müdür yardımcısı veya müdür gibi çalışanları, yönetim ve denetimi Fon'a intikal eden şirketlerin, hisselerinin ve/veya şirketin sahibi olduğu lisans, ruhsat, 13.4.1994 tarihli ve 3984 sayılı Kanun'un Geçici 6. maddesi hükmü kapsamında geçici frekans ve kanal kullanımı ve imtiyaz sözleşmelerinden doğan hakları da dahil olmak üzere, tüm hak ve varlıklarını ve/veya hisselerle orantılı aktiflerinin satışını gerçekleştirmeye, satışlardan elde edilen tutarları Fon alacaklarına mahsup etmeye ve şirketin kamu borçlarını ödemeye TTK.324. madde hükmü ile sınırlı olmaksızın yetkili kılınmıştır.

Bunun anlamı şudur: Fon ve/veya Fon'un tayin ettiği temsilcileri, yönetim ve denetimini devraldığı şirketlerdeki şirket ortaklarına ait tüm hisseleri satabileceği gibi, şirketin aktif varlıklarını da iktisadi ticari bütünlük oluşturup, Bankacılık Kanunu 134/3 ve 5. maddeler çerçevesinde satabilecek, şirketin tasfiyesini İcra Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu hükümleri ile sınırlı olmadan Bankacılık Kanunu 134/9. madde hükmü açıklığı ile kendisi gerçekleştirebilecektir.

Bu son durumda, şirketin tüm varlıklarının iktisadi ticari bütünlük kararı ile satılması ve akabinde varlıksız bir şirket haline gelen tüzel kişiliğin tasfiye edilmesi nedeniyle, çalışanların iş sözleşmelerinin sona ermesi mümkün olabileceği gibi, iktisadi ticari bütünlük kararı çerçevesinde varlıkları satın alan şirketin, ihale şartnamesindeki özel hüküm nedeniyle ya da 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesi uyarınca kanunen, varlıklarını devraldığı şirketin çalışanlarının özlük hakları nedeniyle sorumluluğu paylaşması mümkündür. Bu durumu aşağıda ayrı bir başlık altında ele almak daha uygun olacaktır.

- İKTİSADİ TİCARİ BÜTÜNLÜK KARARI KAPSAMINDA VARLIKLARI SATILAN VE İRADİ TASFİYEYE SOKULAN ŞİRKETLER BAKIMINDAN ÇALIŞANLARIN HUKUKİ DURUMU

Bankacılık Kanunu'nun 134/3 ve 5. maddeleri çerçevesinde tüm aktifleri Fon tarafından üçüncü kişilere satılan şirketin tüzel kişiliği kayden dahi olsa devam ettiği için, çalışanın bu durumda iş sözleşmesi nedeniyle, iş sözleşmesini imzalayan şirket tüzel kişiliğine ve/veya varlıkları devralan şirkete karşı husumet yöneltmesi gerekir. Başka bir deyişle, Fon, bu aşamada çalışanın yasal muhatabı değildir.^{10,11}

Fon'un, Bankacılık Kanunu uyarınca yönetim ve denetimini devraldığı iştirak şirketler için atadığı görevliler, bir taraftan Fon'un temsilcisi, diğer taraftan ise; şirketin yasal organları olan yönetim kurulu ve genel kurulunu oluşturan kişiler olmakla, şirketin yetkili temsilcileridir. Bu itibarla, şirket personeli bakımından şirketin yönetim kurulu üyesi veya duruma göre genel müdürü konumundadırlar. Sorumluluk noktasında ise, Bankacılık Kanunu'nun 134/6. maddesi hükmü nedeniyle, işçi hak ve alacakları bakımından şahsi sorumluluktan muaftırlar. Söz konusu Kanunun ilgili maddesi 127/6 ayne şu şekildedir:

“(6) Fon tarafından bu Kanunun 134 üncü maddesi hükümlerine ve/veya bu Kanunla yürürlükten kaldırılan 4389 sayılı Bankalar Kanununun 15 inci maddesinin (7) numaralı fıkrasının (a) bendine istinaden atanan yönetim ve dene-

tim kurulu üyeleri ile müdürler kurulu üyeleri ve tasfiye memurları ve/veya yönetim ve denetimi veya hisseleri Fona intikal eden bankaların iştiraklerinde bu bankaları temsilen görev yapan yönetim ve denetim kurulu üyeleri, müdürler kurulu üyeleri, ve/veya hisseleri Fona devredilen iştiraklerde Fonu temsilen görev yapan yönetim, denetim kurulu üyeleri, müdürler kurulu üyeleri, iflâs ve tasfiye memurları aleyhine görevlerinin ifası sebebiyle açılan ve açılacak her türlü tazminat ve alacak davaları ile şahsi sorumluluk davaları Fon aleyhine açılır. Fonun ödeyeceği tazminatı ilgililere rücu işlemlerinde bu maddenin dördüncü fıkrasındaki usul ve esaslar uygulanır. Bu şekilde atanan ve/veya görev yapan yöneticilere, atandıkları ve/veya görev yaptıkları şirketlerin doğmuş veya doğacak kamu borçları ile Sosyal Sigortalar Kurumu borçlarının ve her türlü işçi alacakları ile söz konusu şirketlerin tâbi olduğu ilgili diğer mevzuattan kaynaklanan borçlarının ödenmemiş olması nedeniyle şahsi sorumluluk yüklenemez.”

İşçi hak ve alacakları ve sair özlük hakları bakımından iştirak şirketlere Fon tarafından tayin edilen kişilerin, işveren vekili sıfatıyla işçilere ve yönetim kurulu üyesi sıfatıyla da iştirak şirket tüzel kişiliğine karşı şahsi sorumlulukları mümkün olmayıp, bu tür görevin icrası ile ilgili hak ve alacak iddiaları bakımından husumetin aynı madde ve 134/4.madde hükmü açıklığı karşısında doğrudan Fon'a yöneltilmesi zorunludur.

İştirak şirketlere yönetici sıfatıyla tayin edilen kişilerin, görevlerinin ifası nedeniyle Fon'a açılan davalar bakımından, davanın Fon aleyhine hükme bağlanması ve bu kararın kesinleşmesi halinde Fon, görevlilerin kusurunun olması durumunda onlara rücu edebilecektir. Başka bir deyişle, Fon tarafından tayin edilen yöneticilerin kusuru yoksa, rücu da mümkün olamayacaktır.

Fon tarafından tayin edilen kişilerin, görevleri ile ilgisiz konulardan kaynaklanan her türlü hak ve alacak iddiaları bakımından ise şahsi sorumlulukları mümkün olup, bu tür görevle ilgisiz hususlarda husumet doğrudan ilgili yöneticiye/görevliye yöneltebilecektir.

Uygulamada Fon, ticari ve iktisadi bütünlük

kararı alıp, varlıklarını sattığı şirketlerin çalışanlarının özlük haklarını da düşünmekte ve bu yönde tedbirler de almaktadır. Özellikle çok sayıda çalışanı bulunan iştirak şirket varlıklarının satışına dair ihale şartnamesine aynen:

“X Şirketi çalışanları, Kurul'un onay tarihinde tüm özlük hakları ve mevcut çalışma şartları korunarak “ihaleyi kazanana devrolmuş sayılır ve çalışanların bütün hak ve alacaklarından ihaleyi kazanan (Y firması) sorumludur.”

“Kurul'un ihaleyi onay tarihine kadar, devre konu sözleşmelerden doğmuş ve doğacak tüm alacak ve yükümlülükler 'Varlıkları Devredilen Şirket'e, bu tarihten sonra doğmuş ve doğacak tüm alacak ve yükümlülükler ise ihaleyi kazanan (X)'e ait olacaktır”

şeklinde hükümler koymak suretiyle Fon, çalışan personeli de tüm özlük hakları ile birlikte varlıkları satın alan şirkete devretmektedir. Bu şekilde, bir ihale koşulu olarak çalışanların özlük hakları ile devredilmesi durumunda, her ne kadar ihale şartnamelerine göre ihale onay tarihinden önce işçinin özlük hakları bakımından yasal muhatabının iş sözleşmesinin tarafı durumundaki varlıkları devredilen şirket olacağı, ihale onayından itibaren ise, ihale kapsamında varlıkları ve işçilere ait özlük haklarını devralan ihale alıcısı firmanın olacağı yazılmış olsa da bu sözleşme hükmünün, onay öncesinde doğmuş olan işçi alacakları bakımından İş Kanunu'nun emredici açık hükmü karşısında geçersiz olduğu, düşüncesindeyim. (4857 sayılı İş K. 6/3)

Çünkü böyle bir şartname hükmü olmasa bile 4857 sayılı Kanun'un 6/1. 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 devrolunana geçer” hükmü geçerli olacaktır. İşçi aleyhinde bir hükmün, kanundaki lehe olan hükme rağmen işçinin taraf dahi olmadığı bir sözleşmeyle düzenlenemeyeceği açıktır.

Diğer yandan varlıkları satılan iştirak şirketler bakımından, Bankacılık Kanunu 134/9. madde uyarınca Fon tarafından şirketin tasfiyeye sokulması durumunda, şirket çalışanlarının,

kıdem ve ihbar tazminatı hakları gibi sair alacak ve özlük haklarını tasfiyeye giren şirket tüzel kişiliğinden talep edilmesi hukuken mümkün olsa bile, tüm varlıkları satılan şirketin talep edilen işçi hak ve alacaklarını istese de kasasında para olmadığı için ödeyemeyeceği kanun koyucu tarafından da düşünülmüş olmalı ki bu yönde Bankacılık Kanunu'nun 134/5. maddesinde, şirketlerin teknik bilgi, yazılım, donanım, ekipman, mal ve hizmet alımından doğan geçmiş dönem borçlarını ihale bedelinden ödemeye Fon yetkili kılınmıştır. Ticari ve iktisadi bütünlük konusu varlıkların satışını gerçekleştirmek üzere Fon tarafından görevlendirilen en az üç kişiden oluşan satış komisyonu, ihale bedelinin dağıtımına esas olacak sıra cetvelini düzenlemekle yükümlü tutulmuştur. Bu itibarla, ticari ve iktisadi bütünlük kapsamındaki varlıkların satışından elde edilecek ihale bedelinden, iş sözleşmesinin tasfiye nedeniyle feshi sonucu oluşan tüm işçi hak ve alacaklarının "hizmet" alımı dairesinde ödenmesini talep etmeye, işçinin hakkı vardır. Söz konusu talep, Fon'un görevlendirdiği satış komisyonuna yöneltilmektedir.

Bankacılık Kanunu'nun 134/8. maddesinde, ticari ve iktisadi bütünlük çerçevesinde satış yapılan şirket varlıklarından elde edilecek ihale bedelinin dağıtımının, teknik bilgi, yazılım, donanım, ekipman, mal ve hizmet alımından doğan borçlar şeklinde sırasıyla ödeneceği açıkça yazılı olduğundan, hizmet alımı olarak nitelendirilebilecek işçi özlük hak ve alacaklarının bu sıralamada son sıraya konmuş olmasının, işçi alacaklarının rüçhanlı alacak olarak İİK.206. maddede birinci sırada değerlendirilmesi gözetildiğinde genel hüküm karşısında bu düzenlemenin tezat oluşturduğunu düşünmekteyiz. Kanaatimizce ihale bedelinden ödenmesi gereken işçi hak ve alacaklarının da İİK.206. maddedeği gibi birinci sırada ve öncelikli alacak olarak nitelendirilmesi gerekir. Fon'un, bankadan kaynaklanan Fon alacağıın bile İİK.206. maddesine göre oluşturulan sıra cetvelinde işçi alacaklarından sonra üçüncü sırada olması, ticari ve iktisadi bütünlük satışından elde edilen ihale bedelinin dağıtımının da aynı şekilde değerlendirilmesini zorunlu kılmaktadır.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, işçi alacakları bakımından Fon'un muhataplığı, ticari ve iktisadi bütünlük satışından dağıtımını gerçekleştirmek görevi ile sınırlı ve dolaylıdır. Başka deyişle Fon'un muhataplığı, kurum olarak doğrudan değil, şirketin tasfiyesini gerçekleştiren tasfiye memuru sıfatıyla, dolaylıdır.

Hal böyle iken, şirkette çalışan işçilerin alacak taleplerinin, Ticari ve İktisadi Bütünlük Satış Komisyonu tarafından sebepsiz reddedilmesi halinde, bu ret işlemi bir idari işlem niteliğindedir. Bu işleme karşı, açılacak davanın idare mahkemesinde mi yoksa iş mahkemesinde mi görülmesi gerektiği yönünde Bankacılık Kanunu'nda bir açıklık yoktur. Kanaatimizce, bu tür bir davada işçi alacakları bakımından özel düzenleme niteliği bulunan İş Kanunu çerçevesinde iş mahkemelerinin görevli olması doğru olur.

III. SONUÇ:

5411 sayılı Bankacılık Kanunu gereği;

- Kanununun 71. maddesi çerçevesinde bankacılık faaliyetinde bulunma yetkisi kaldırılan bankaların, aynı Kanununun 106/1. maddesi uyarınca ortaklarına ait temettü hariç ortaklık hakları ile bankanın yönetim ve denetiminin de kendiliğinden Fon'a geçeceğini,

- Fon'un, yönetim ve denetimi kendisine geçen bankaların, sigortaya tabi tasarruf mevduatı veya katılım fonu sahibi mudilerine ödemekle yükümü olduğu tasarruf mevduatı tutarlarını 106/3. madde açıklığı ile ödeyeceğini,

- Yaptığı ödemeler bakımından Fon'un, banka ve banka hakim ortakları, yöneticileri, kaynak kullanılmış ise, şube müdürleri dahil diğer görevliler ve bu şahısların ortak oldukları şirketlerden, 106/3 ve 108/4 hükümleri temelinde kanunen Fon alacağı temelinde doğrudan alacaklı sayıldığını,

- Söz konusu iştirak şirketlerin de 134. maddede delaletiyle ortaklara ait temettü hariç tüm ortaklık hakları ile şirketlerin yönetim ve denetimini devralmaya yetkili olduğunu,

- Fon'un, banka ve iştirak şirketlerin ticari ve iktisadi bütünlük kararı çerçevesinde tüm varlıklarını ve hisselerini satmak haklarını da ayrıca haiz bulunduğunu,

- İhale bedelinden geçmiş dönemde doğmuş teknik bilgi, yazılım, donanım, ekipman, mal ve hizmet alacakları için alacaklılara sıra cetveli hazırlamak suretiyle ödeme yapmak yetki ve sorumluluğu olduğunu incelemiş bulunuyoruz.

Keza bu bağlamda;

- Temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetimi Fon'a geçen banka ve iştirak şirketlerin, tüzel kişiliğinin devam ettiğini,

- İşçilerin muhatabının Fon değil, tüzel kişiliği devam eden, çalıştıkları şirketler olduğunu,

- Fon tarafından iştirak şirketlere tayin edilen görevlilerin, işçi hak ve alacaklarının ödenmesinden dolayı işveren vekili sıfatıyla işçilere ve/veya yönetim kurulu üyesi sıfatıyla şirket tüzel kişiliğine karşı şahsi sorumluluklarının bulunmadığı, bu tür hak ve alacak talepleri bakımından husumetin doğrudan Fon'a tevcih edilmesi gereğinin 134/4 ve 6. madde hükmü icabı olduğunu,

- Fon'un, ilgililerin kusurunun olması halinde rücu haklarının saklı olduğu, tayin edilen görevlilerin görevleri ile ilgisiz hususlardaki şahsi sorumluluklarının doğrudan kendilerine yöneltilebileceğini,

- İştirak şirket varlıklarını satın alan şirketlerin de ihale şartnamesinde özel hüküm olan hallerde bu hüküm nedeniyle, bu yönde özel hüküm bulunmayan hallerde ise, 4857 sayılı Kanun'un 6/1 ve 6/3. madde hükmü çerçevesinde devreden şirket ile birlikte müteselsilen sorumlu tutulacağını,

ayrıca incelemiş olmaktadır.

DİPNOTLAR

- 1 Ayrıca bkz. http://www.tmsf.org.tr/documents/ilanlar/tr/30052003_tmsf.htm
- 2 Bu hüküm, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu ile yürürlükten kaldırılan 4389 sayılı Bankalar Yasası'nın 16/1.maddesine tekabül etmektedir.
- 3 http://www.tmsf.org.tr/documents/ilanlar/tr/04072003_bddk.htm
- 4 Bu noktada önemli olduğu için belirtmek gerekir ki, Bank.K.127/8 hükmünün ancak, ortaklığın yönetim ve denetiminin devir alınıp, ortaklara ait kâr payı hariç ortaklık haklarının Fon tarafından devir alınmaması halinde bir anlam taşıyabileceği açıktır. Çünkü ortaklara ait kâr payı hariç ortaklık haklarının Fon tarafından devralındığı hallerde yetkili ortaklar veya genel kurulunun Fon ve/veya atayacağı

görevlilerden oluşacağı Bank.K.134/1 gereği olduğundan, bu son halde ortaklık hakları Fon'a geçen kayıtlı ortakların, şirket ortaklar veya genel kurulunu toplayıp karar alması da hukuken mümkün olamayacağından söz konusu hüküm, ortakların ortaklık haklarının devralınmadığı istisnai hallerle sınırlı anlaşılmalıdır.

- 5 Karinenin aksinin her türlü delille ispatlanabileceğine dair bakınız; Yargıtay 2 HD. E.1998/6904; K.1998/8155,T.26.6.1998 (Nüfus Kanunu 4. madde uyarınca nüfus kayıtları ikametgaha karinedir. Ancak bu karinenin aksi her türlü delille ispatlanabilir.); Yargıtay 21.HD. E.1997/375; K.1997/1056,T.3.7.1997 (Meslek Kuruluş kaydının mevcut olması, davacının kendi adına ve hesabına çalıştığının karinesi olup, karinenin aksi ise her türlü delille ispatlanabilir.)
- 6 TEKİNALP, Ünal, Fondaki Bankanın Hukuku, sh. 21-22.
- 7 DİKİCİ, Mehmet Saim, 4389 sayılı Bankalar Yasasının 14-27. Madde Hükümlerine Farklı Bir Bakış ve Türkiye'de Off Shore, sh. 64-65.
- 8 Bu husus, Bank.K. 127/6'da açıkça: "... Fon'a intikal eden iştiraklerde Fon'u temsilen görev yapan yönetim, denetim kurulu üyeleri, iflas ve tasfiye memurları aleyhlerinde görevlerinin ifası sebebiyle açılan ve açılacak her türlü tazminat ve alacak davaları ile şahsi sorumluluk davaları Fon aleyhine açılır." Hükmü düzenlenmiş olup, bu hükümde, Fon tarafından atanan kişilerin bağımsız kayyım yahut kayyım sıfatlı kişiler olmadığı, kanuna dayalı alacaklı olan Fon'un temsilcileri olduğu hususu açıkça yazılmıştır.
- 9 Bakınız dipnot 10
- 10 Yargıtay 9.HD.E.2004/7076, K.2004/23309, T.18.10.2004 tarihli kararında, yönetim ve denetimi Fon'a intikal eden bir banka çalışanın iş akdini bankanın feshetmiş olması nedeniyle işçi tarafından açılan davada, banka tüzel kişiliği devam ettiği için, Fon'a husumet yöneltilemeyeceğine karar vermiştir.
- 11 Hal böyle olsa da, Yargıtay 9.HD.E.2008/6322, K.2008/33544, T.5.12.2008 sayılı kararında, "Fon'a yönetim ve denetimi devredilen iştirak şirketlerde bordrolu çalışan bir avukatın, Fon'a yönetim ve denetimi devredilen şirketin hakim ortağı olan şahsın da ayrıca vekaletli avukatı olması nedeniyle, adı geçen hakim ortağın Fon ile mahkemelik olması gözetilerek ilgili şirket tarafından iş akdinin feshedilmesine dair görülmekte olan davada, söz konusu vekaletnameler nedeniyle yönetim ve denetimin Fon'a devrinden önce iş akdinin feshinin mümkün olamayacağını, yönetim ve denetimin Fon'a geçmesinden sonraki dönemde ise; Fon ile ihtilaflı olan hakim ortak ve şirketlerine ait vekaletnamelerden çekilmesi için çalışan avukata süre verilmesinin gerekli olduğunu..." Karara bağlanmış olması, yönetim ve denetimi devralan Fon'un, iş sözleşmesi bakımından "işveren" gibi görüldüğüne işaret etmektedir. Karardaki bu görüşe, "yönetim ve denetimin devralınmasının, Fon'a işveren sıfatı veremeyeceği, işveren sıfatının tüzel kişiliği devam eden şirkete ait bulunduğu" gerekçesiyle katılmadığımı belirtmeliyim.

Av. Erten CILGA

MESS Hukuk Müşaviri

İş Sağlığı ve Güvenliğinde Son Gelişmeler

İş sağlığı ve güvenliğine yönelik hizmetlerle ilgili olarak 4857 sayılı İş Kanunu'nda, kamuoyunda "İstihdam Paketi" olarak bilinen 5763 sayılı Kanun uyarınca 2008 yılında değişiklik yapılmış ve İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri başlıklı 81. madde ile bu husus yeniden düzenlenmiştir. Bu değişiklik ile devamlı olarak en az elli işçi çalıştırılan işyerlerinde işverenlere; alınması gereken iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin belirlenmesi ve uygulanmasının izlenmesi, iş kazası ve meslek hastalıklarının önlenmesi, işçilerin ilk yardım ve acil tedavi ile koruyucu sağlık ve güvenlik hizmetlerinin yürütülmesi amacıyla, işyerindeki işçi sayısı, işyerinin niteliği ve işin tehlike sınıf ve derecesine göre;

- İşyeri sağlık ve güvenlik birimi oluşturmak,
 - Bir veya birden fazla işyeri hekimi ile birlikte diğer sağlık personelinin görevlendirmek,
 - Sanayiden sayılan işlerde iş güvenliği uzmanı olan bir veya birden fazla mühendis veya teknik elemanı görevlendirmek
- yükümlülüğü getirilmiştir. Aynı maddeyle bu

yükümlülüklerin tamamının veya bir kısmının, işyeri bünyesinde çalıştırılan ve bu maddeye dayanılarak çıkarılacak yönetmelikte belirtilecek vasıflara sahip personel ile yerine getirebilmesine imkân tanınmıştır. Ayrıca söz konusu yükümlülüğün, işletme dışında kurulu ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden hizmet alarak da yerine getirebileceği ve bu şekilde hizmet alınmasının işverenin sorumluluklarını ortadan kaldırmayacağı hususu da düzenlenmiştir.

Söz konusu maddeye göre işyeri sağlık ve güvenlik biriminde görevlendirilecek işyeri hekimleri, iş güvenliği uzmanları ve işverence görevlendirilecek diğer personelin nitelikleri, sayısı, işe alınmaları, görev, yetki ve sorumlulukları, çalışma şartları, eğitimleri ve belgelenmeleri, görevlerini nasıl yürütecekleri, işyerinde kurulacak sağlık ve güvenlik birimleri ile ortak sağlık ve güvenlik birimlerinin nitelikleri, ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden hizmet alınmasına ilişkin hususlar ile bu birimlerde bulunması gereken personel, araç, gereç ve teçhizat, görevlendirilecek personelin eğitim

ve niteliklerinin ise Sağlık Bakanlığı, Türk Tabipleri Birliği ve Türk Mimar Mühendis Odaları Birliğinin görüşleri alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği belirlenmiştir.

Bu doğrultuda hazırlanan “İşyeri Sağlık ve Güvenlik Birimleri ile Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimleri Hakkında Yönetmelik” 15 Ağustos 2009 tarih ve 27320 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Bu Yönetmelik ile İş Kanunu’nun 81. maddesinde belirtilen konulara ilişkin usul ve esaslar düzenlenirken aynı zamanda işyeri hekimleri ve iş güvenliği uzmanlarının eğitimlerinin, kuruluş kanunlarında işyeri hekimliği ve iş güvenliği uzmanlığı eğitimlerini verme yetkisi bulunan kurum ve kuruluşlar, üniversiteler ve Genel Müdürlükçe yetkilendirilen kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları veya özel hukuk tüzel kişileri tarafından düzenleneceği de hüküm altına alınmıştır.

lerin düzenlenmesi” başlıklı 40. maddesindeki “... veya özel hukuk kişileri” ibaresinin ve bu maddeye göre izin verilen eğitim kurumlarının belge işlemlerinin iptali için açtığı davada Danıştay, bu talebe uygun olarak yürütmeyi durdurma kararı vermiştir. Danıştay’ın bu kararı üzerine MEV de, iş güvenliği uzmanlığı eğitimlerini durdurmuştur.

Bu durum, işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanlığı eğitimlerini veren eğitim kurumu olarak yetkilendirilmek için istenilen bina donanım ve şartlarını ve tüm belgeleri hazırlayarak önemli harcamalar yapan tüm özel hukuk tüzel kişileri ve MEV açısından olduğu kadar, bu kurumlarda yapılan eğitimleri bitiren çok sayıda katılımcı açısından da sıkıntılı bir süreci beraberinde getirmiştir. Bu süreci takiben İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü’nün internet sitesinde, işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanlarının eğitim, sınav, belgelendirme ve görevlendirmeleri ile ortak sağlık ve güvenlik birimleri ve eğitim

Yalnızca Kamu kurum ve kuruluşları, üniversiteler ve Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre faaliyet gösteren şirketlerce kurulan ve işletilen müesseseler Bakanlıkça yetkilendirilmiş eğitim kurumları olacaktır.

Bu hüküm doğrultusunda işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanı eğitimlerini yürütmek üzere çeşitli kurum ve kuruluşlar bu eğitimleri vermek için Bakanlık İSG Müdürlüğü’nden yetki almıştır. Sendikamız MESS’in kurucusu olduğu MESS Eğitim Vakfı (MEV) da bahsi geçen Yönetmelik hükümleri ile istenilen bina donanım ve şartları ile diğer bilgi ve belgeleri tamamlayarak, başvurusunu yapmış ve 4 şubesi ile eğitim kurumu olarak yetkilendirilmiştir. Böylece MEV, 4 şubesi ile iş güvenliği uzmanlığı eğitimlerini 1 Mart 2010 tarihi itibarıyla vermeye başlamıştır. MEV’in iş sağlığı ve güvenliği alanındaki yetkinliği ve tecrübesini değerlendirerek yaptığı iş güvenliği uzmanlığı eğitimlerine çok sayıda kişi eğitim almak amacıyla başvurmuş, bu kişilerin eğitimleri başarı ile tamamlanmış ve katılımcılar Bakanlıkça yapılacak sınava hazır hale getirilmişlerdir. Ancak çok geçmeden Türk Tabipleri Birliği’nin Yönetmeliğin “Eğitim-

kurumlarının yetkilendirilmesine yönelik iş ve işlemlerin durdurulduğu açıklanmıştır. Bu durum hem yetkilendirilen eğitim kurumlarının, hem bu kurumlardan eğitim alan kişilerin hem de bu kişilerin birçoğunun çalıştığı işyerlerinin -çalışanlarını eğitime göndermeleri nedeniyle iş, zaman ve para açısından- mağduriyetine yol açmıştır.

Ortaya çıkan bu belirsizlik devam ederken, 1 Ağustos 2010 tarih ve 27659 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 6009 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile 4857 sayılı İş Kanunu’nun 2. maddesine üçüncü fıkrasından sonra gelmek üzere yeni bir fıkra eklenmiştir. Bu fıkra ile işyeri hekimi, iş güvenliği uzmanı, ortak sağlık ve güvenlik birimi ile eğitim kurumlarının tanımı -Danıştay’ın kararlarına uyum açısından- İş Kanunu’nun içinde yer almıştır.

Buna göre İş Kanunu'nun uygulanması bakımından;

- İşyerinde iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinde görev yapmak üzere Bakanlıkça belgelendirilmiş hekimler işyeri hekimi;

- İşyerinde iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinde görev yapmak üzere Bakanlıkça belgelendirilmiş mühendis, mimar ve teknik elemanlar iş güvenliği uzmanı,

- İş sağlığı ve güvenliği hizmetlerini vermek üzere, gerekli donanım ve personele sahip olan ve Bakanlıkça yetkilendirilen kamu kurum ve kuruluşları ile Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre faaliyet gösteren şirketlerce kurulan ve işletilen müesseseler ortak sağlık ve güvenlik birimi,

- İş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinde görev yapacak işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanlarının eğitimlerini vermek üzere Bakanlıkça yetkilendirilen kamu kurum ve kuruluşları, üniversiteler ve Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre faaliyet gösteren şirketlerce kurulan ve işletilen müesseseler ise eğitim kurumu, olarak belirlenmiştir.

Aynı Kanun ile İş Kanunu'nun 81. maddesinin üçüncü fıkrası yürürlükten kaldırılarak ikinci fıkradan sonra gelmek üzere iki yeni fıkra eklenmiştir.

Bu fıkraların ilkinde; işyeri sağlık ve güvenlik birimleri ile ortak sağlık ve güvenlik birimlerinin nitelikleri, ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden hizmet alınmasına ilişkin hususlar, bu birimlerde bulunması gereken araç, gereç ve teçhizat ile görevlendirilecek işyeri hekimi, iş güvenliği uzmanı ve diğer sağlık personelinin nitelikleri, sayısı, işe alınmaları, görev, yetki ve sorumlulukları, çalışma şartları, görevlerini nasıl yürütecekleri, eğitimleri ve belgelendirilmeleri ile eğitim kurumlarının yetkilendirilmeleri, işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanı eğitim programlarının ve bu programlarda görev alacak eğiticilerin niteliklerinin belirlenmesi ve belgelendirilmeleri ile eğitimlerin sonunda yapılacak sınavlar ilgili tarafların görüşü alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği açıklanmaktadır.

Diğer fıkroda ise; işyeri hekimlerinin, işye-

ri sağlık ve güvenlik birimleri ile ortak sağlık ve güvenlik birimlerinde görevlendirilmeleri ve hizmet verilen işyerlerinde çalışan işçilerle sınırlı olmak üzere görevlerini yerine getirmeleri hususunda diğer kanunların kısıtlayıcı hükümleri uygulanmayacağı düzenlenmektedir.

Böylece İş Kanunu'nun 2. maddesinin 2. fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen fıkrayla; iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinde görev yapacak işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanlarının eğitimlerini vermek üzere Bakanlıkça yetkilendirilmiş eğitim kurumlarının yalnızca kamu kurum ve kuruluşları, üniversiteler ve Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre faaliyet gösteren şirketlerce kurulan ve işletilen müesseselerce kurulabileceği hükme bağlanmıştır.

Aynı şekilde ortak sağlık ve güvenlik birimlerinin de yalnızca kamu kurum ve kuruluşları ile Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre faaliyet gösteren şirketlerce kurulan ve işletilen müesseselerce kurulabileceğine yönelik düzenleme de getirilmiştir.

Bu Kanun değişikliği ile ortak sağlık ve güvenlik birimleri ile eğitim kurumlarının sendikalar ile sendikaların kurduğu eğitim vakıfları tarafından kurulması imkânı ortadan kalkmış bulunmaktadır. Sendikaların ve vakıfların eğitim kurumu oluşturmasının bu şekilde yasal engelle maruz bırakılması daha önce Bakanlık İSG Müdürlüğü'nce verilen yetkiye dayanarak oluşturulan eğitim kurumlarının yaptığı yatırımların, zaman ve emeklerin boşa gitmesine neden olmuştur. Sendikamız tarafından kurulduğu 1986 yılından bu yana çalışma yaşamı ile endüstri ilişkileri alanında verdiği eğitimlerle yetkinliği herkes tarafından kabul edilen MESS Eğitim Vakfı'nın bu alandaki çalışmaları söz konusu değişiklik nedeniyle akim kalmıştır. Oysa olması gereken konuyla ilgili bilgi, tecrübe ve yetkinlikleri nedeniyle sendikaların ve eğitim vakıflarının, ortak sağlık ve güvenlik birimleri ile işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanlarının eğitimleri için Bakanlıkça yetkilendirilmesine olanak sağlanmasıdır.

İş Kanunu'nda 1 Ağustos 2010 tarihinde yapılan bu değişikliği takiben 27 Kasım 2010 tarih ve 27768 sayılı Resmi Gazete'de konuyla ilgili üç yönetmelik yayımlanarak yürürlüğe girmiş-

İşyeri tehlike sınıfları kısa vadeli sigorta kolları prim tarifesi esas alınarak Bakanlıkça çıkarılacak bir tebliğ ile belirlenecektir.

tir. Bunlar sırasıyla İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliği, İş Güvenliği Uzmanlarının Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik ve İşyeri Hekimlerinin Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik'tir. Daha önce tek bir Yönetmelikte (15 Ağustos 2009 tarihinde yayımlanan "İşyeri Sağlık ve Güvenlik Birimleri ile Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimleri Hakkında Yönetmelik") düzenlenen hususlar artık bu üç ayrı Yönetmelik ile düzenlenmektedir ve önceki "İşyeri Sağlık ve Güvenlik Birimleri ile Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimleri Hakkında Yönetmelik" İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliği ile yürürlükten kaldırılmıştır. Bu üç Yönetmelik ile getirilen yeni düzenlemeler aşağıdaki gibidir:

1. İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliği

İş sağlığı ve güvenliği hizmetlerini yürütmek üzere kurulacak işyeri sağlık ve güvenlik birimlerinin kuruluşu ile ortak sağlık ve güvenlik birimlerinin belgelendirilmeleri, yetki belgelerinin iptali, görev, yetki ve sorumluluklarına dair usul ve esasları düzenleyen Yönetmelik 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında yer alan ve devamlı olarak en az elli işçi çalıştırılan işyerlerini kapsamaktadır.

Yönetmelik ile diğer sağlık personeli, iş güvenliği uzmanı, işyeri hekimi, işyeri sağlık ve güvenlik birimi (İSGB), ortak sağlık ve güvenlik birimi (OSGB), tehlike sınıfı yeniden tanımlanmış ve sorumlu müdür kavramı getirilmiştir. Yeni düzenlemede tehlike sınıfı iş sağlığı ve güvenliği açısından, yapılan işin özelliği, işin her safhasında kullanılan veya ortaya çıkan maddeler, iş ekipmanı, üretim yöntem ve şekilleri ile çalışma ortam ve şartlarıyla ilgili diğer hususlar dikkate alınarak az tehlikeli, tehlikeli ve çok tehlikeli olarak belirlenen ve işyerinin

yer aldığı tehlike sınıfını ifade etmektedir. Sorumlu müdür ise işyeri hekimliği veya iş güvenliği uzmanlığı belgesine sahip, OSGB'lerde tam süreli istihdam edilen ve bu birimlerin iş ve işlemlerinden Bakanlığa karşı sorumlu olan kişi olarak tanımlanmaktadır.

1.1. İşverenin yükümlülükleri: İşverenlerin, işyerlerinde alınması gereken iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerinin belirlenmesi ve uygulanmasının izlenmesi, iş kazası ve meslek hastalıklarının önlenmesi, işçilerin ilk yardım ve acil tedavi ile koruyucu sağlık ve güvenlik hizmetlerinin yürütülmesi amacıyla; İSGB oluşturmakla, bu birimde bir veya birden fazla işyeri hekimi ile gereğinde diğer sağlık personelini görevlendirmekle ve sanayiden sayılan işyerinin yapıldığı işyerlerinde tehlike sınıfına uygun bir veya birden fazla iş güvenliği uzmanı görevlendirmekle yükümlü oldukları düzenlenmiştir.

İşverenin, bu yükümlülüklerinin tamamını veya bir kısmını, işyerinde Bakanlıkça belirlenen niteliklere sahip personel bulunmaması halinde, işletme dışında kurulu Bakanlıkça yetkilendirilen birimlerden hizmet alarak da yerine getirebilmesine imkan tanınmıştır.

Sağlık ve güvenlik hizmetlerini yürütmek üzere işyerinden personel görevlendirmek veya işletme dışında kurulu Bakanlıkça yetkilendirilen birimlerden hizmet almak suretiyle bu konudaki yetkilerini devreden işverenin ise iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerine ilişkin yükümlülüklerinin devam edeceği belirtilmiştir.

İşyeri hekimi veya iş güvenliği uzmanının; onaylı deftere iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin yazacağı tedbir ve önerilerin yerine getirilmesinden ve defterin imzalanması ile düzenli tutulmasından işveren veya işveren vekilinin sorumlu olduğu düzenlenmiştir. Onaylı defterin; seri numaralı ve kendinden kopyalı olması ayrıca İSG Genel Müdürlüğünce, işyerinin bağlı olduğu Bakanlığın ilgili bölge müdürlüğünce veya noterce her sayfasının onaylanması gerekmektedir. Defterin aslının işverence, suretlerinin ise işyeri hekimi ve/veya iş güvenliği uzmanı tarafından muhafaza edilmesi ve bu defterin, istenmesi halinde, iş müfettişlerine gösterilmesi de zorunlu kılınmaktadır.

İşveren, işyerlerinde görevlendirilen işyeri

hekim ve iş güvenliği uzmanı ile hizmet alınan kurumların İş Kanunu'na göre geçerli yetki belgesine sahip olmalarından da sorumlu tutulmaktadır.

1.2. Hizmetin işçilere ücretsiz verilmesi: İş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin ve eğitimlerinin işçilere mali yük getirmeyecek şekilde ve dinlenme süreleri dışında yapılması ve eğitimlerde geçen sürenin de çalışma süresinden sayılmayacağı hususu açıklanmıştır.

1.3. İşyeri sağlık ve güvenlik birimi (İSGB): En az bir işyeri hekimi ile gereğinde diğer sağlık personeli ve sanayiden sayılan işlerin yapıldığı işyerlerinde bunlara ilave olarak tehlike sınıfına uygun en az bir iş güvenliği uzmanından oluşan birim olarak tanımlanmaktadır.

İSGB'nin iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin yürütülmesine ve çalışacak personel sayısına yetecek büyüklükte, kolay ulaşılabilir, tercihen giriş katta kurulması, bu birimlerde 12 metrekareden az olmamak üzere en az bir muayene ve ilkyardım odası ile sanayiden sayılan işyerlerinde sekiz metrekareden az olmamak üzere bir iş güvenliği uzmanı odasının bulunması esası getirilmektedir.

1.4. Ortak sağlık ve güvenlik birimi (OSGB): OSGB'lerin kurulabilmesi ve hizmet sunabilmesi için tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan; en az bir işyeri hekimi, en az bir iş güvenliği uzmanı ve en az bir diğer sağlık personelinin istihdamı zorunlu kılınmaktadır.

OSGB'lerin iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerini işyerinin tehlike sınıfı, sektörü ve işçi sayısına göre belirlenen sürelerden az olmamak kaydı ile yürüteceği, iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin etkin yürütülmesi amacıyla, hizmet sunulan işyerine, aynı işyeri hekiminin, iş güvenliği uzmanının ve diğer sağlık personelinin hizmet vermesinin asıl olduğu ve OSGB'lerin yetki aldıkları adresin bulunduğu il sınırları dışında hizmet verebilmesi için o ilde şube açmalarının zorunlu olduğu düzenlenmektedir.

1.5. Görevlendirme belgesi ve sözleşme: İSGB'lerde işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanı görevlendirilmesi durumunda bu kişilerle işveren arasında; OSGB'lerden hizmet alınması durumunda OSGB ile işveren arasında; OSGB'lerde çalışan işyeri hekimi, iş güvenliği

uzmanı ve diğer sağlık personeli ile OSGB arasında sözleşme imzalanması zorunlu hale getirilmiştir.

Sözleşme ve görevlendirme belgeleri üç nüsha olarak düzenlenecektir. Nüshalardan biri işverende, biri OSGB'de kalacak, diğer nüsha ise bildirimle ilgili diğer kanunlardan doğan yükümlülükler saklı kalmak kaydıyla beş işgünü içinde işveren veya OSGB'lerce Bakanlığa gönderilecektir. Sözleşmeler, Yönetmelik ekindeki örneklere uygun olarak düzenlenecektir. Gerekliliği şartları taşıması halinde elektronik ortamda gönderilen sözleşme veya görevlendirmeler üç işgünü içinde, diğerleri ise en geç on beş işgünü içinde Bakanlıkça onaylanacak ve sözleşme veya görevlendirilmeleri onaylanmayan işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanları Yönetmelikte belirtilen görevlerini yapamayacaklardır.

Sözleşmelerin feshi halinde de, durum hizmet alan tarafından beş işgünü içinde Bakanlığa bildirilecektir. Görevlendirme zorunluluğu bulunanların yerine otuz gün içerisinde aranan niteliklere sahip personel görevlendirilmesi ve Genel Müdürlüğe bildirilmesi de zorunlu kılınmıştır.

Ayrıca işyerinin çalışanı olan iş güvenliği uzmanı varsa bu kişiye, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili çalışmaları yaptığı süre içinde başka bir görev verilmemesi gerekmektedir.

1.6. İşbirliği ve koordinasyon: İSGB ve OSGB personeli, görevlerinin yürütümünde ve iş sağlığı ve güvenliği mevzuatında öngörülen tedbirlerin uygulanmasında, kendi aralarında işbirliği ve koordinasyon içinde çalışmaları gerekmektedir.

İşletme içinden veya dışından iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinde görevlendirilenler arasında koordinasyon ise işveren tarafından sağlanmalıdır.

1.7. Yıllık çalışma planı: İş sağlığı ve güvenliği hizmetleri ile ilgili yıllık çalışma planının İSGB veya hizmet alınan işletme dışında kurulu Bakanlıkça yetkilendirilen birimler tarafından hazırlanıp işverene sunulması ve onaylanan planın işyerinde ilan edilerek bir nüshasının işverence muhafaza edilmesi esası getirilmiştir.

1.8. Yıllık değerlendirme raporu: İSGB ve

OSGB'lerin, çalışma ortamının gözetimi ve sağlık gözetimi ile ilgili çalışmaları kaydetmesi, Yönetmelik ekindeki örneğe uygun yıllık değerlendirme raporu hazırlayarak işverene, bulunması halinde iş sağlığı ve güvenliği kuruluna hem yazılı hem de elektronik ortamda Bakanlığa göndermesi zorunlu kılınmıştır.

1.9. Tehlike sınıfları: İşyeri tehlike sınıfları 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 83. maddesine göre belirlenen kısa vadeli sigorta kolları prim tarifesi esas alınarak Bakanlıkça çıkarılacak bir tebliğ ile belirlenecektir. Bilindiği üzere bu tarife 29 Eylül 2008 tarih ve 27012 (2. Mükerrer) sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Bakanlar Kurulu Kararı'nın eki olarak yayımlanmış ve 1 Ekim 2008 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir. Kısa vadeli prim kolları tarifesinin ekinde yer alan listede işkolları oniki tehlike sınıfına ayrılmıştır. Bu kapsamda bu tarifenin esas alınarak düzenlenecek tebliğle ilgili sosyal tarafların görüşlerinin dikkate alınmasının yarar ve gereği bulunmaktadır.

1.10. Mevcut belgeler: 16 Aralık 2003 tarihinden önce verilen işyeri hekimliği belgeleri ile Bakanlıkça verilen işyeri hekimliği belgeleri ve 15 Ağustos 2009 tarihinden sonra Bakanlıkça verilen iş güvenliği uzmanlığı belgeleri ile işyeri hekimliği ve iş güvenliği uzmanlığı eğitici belgeleri geçerli sayılmaktadır.

Yönetmelikte 15 Ağustos 2009 tarihinden önce iş güvenliği ile görevli mühendis veya teknik elemanlardan Çalışma ve Sosyal Güvenlik Eğitim ve Araştırma Merkezi Başkanlığı'nca verilen eğitim sonrasında iş güvenliği uzmanlığı sertifikası alanlardan, Bakanlıkça belirlenecek ilave yüz saatlik iş güvenliği uzmanlığı eğitimini tamamlayarak yapılacak sınavda başarılı olanlara ise mevcut düzenlemeler esas alınarak iş güvenliği uzmanlığı belgesi verileceğine ilişkin düzenleme bulunmaktadır.

Bu düzenleme ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğe girmesini takiben 20 Ocak 2004 tarihinde yayımlanan İş Güvenliği ile Görevli Mühendis veya Teknik Elemanların Görev, Yetki ve Sorumlulukları ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik" hükümleri doğrultusunda ÇASGEM tarafından düzenlenen eğitime katılıp sınavında başarılı olan ve işyerlerinde şu

anda bu belgeleriyle çalışan B ve C sınıfı sertifika sahibi iş güvenliği uzmanlarına ilave 100 saatlik eğitime katılma ve yapılacak sınavda başarılı olma şartıyla iş güvenliği uzmanlığı belgesi verileceği belirtilmektedir. Ancak bu düzenleme, yukarıda belirtilen üç yönetmelikten ikincisi olan "İş Güvenliği Uzmanlarının Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik" in Geçici 3. maddesinde yer alan ve "Belge alma tarihine göre vize süresi dolmuş olan iş güvenliği uzmanlarının belgeleri bu Yönetmeliğin yayımı tarihinden itibaren altı ay süreyle geçerlidir. Bu sürenin sonunda yenileme eğitimini tamamlamayanların yetki belgelerinin geçerliliği söz konusu eğitimi alana kadar askıya alınır." düzenlemesi ile çelişmektedir. Bahsi geçen B ve C sınıfı sertifika sahibi iş güvenliği uzmanları 100 saatlik ilave eğitim alıp sınava mı katılacaklar yoksa 30 saatlik yenileme eğitimi mi alacaklardır? Bu nitelikteki iş güvenliği uzmanları ve işyerinde bu kişileri istihdam eden işverenler açısından bu çelişkinin bir an önce giderilmesi gerekmektedir.

Bunun yanı sıra yeni Yönetmelikte, yukarıda bahsi geçen 20 Ocak 2004 tarihinde yayımlanan "İş Güvenliği ile Görevli Mühendis veya teknik Elemanların Görev, Yetki ve Sorumlulukları ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik" in "Sertifika sınıfları" başlıklı 8. maddesine göre A sınıfı iş güvenliği uzmanlığı sertifikasını maddede belirtilen koşulları taşıdığı için eğitim ve sınava katılmadan alanlarla, ÇASGEM tarafından düzenlenen eğitime katılmadan yapılan sınavda başarılı olarak alan iş güvenliği uzmanları ile ilgili herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu kişilerin açısından oluşan belirsizliğin ortadan kaldırılmasına yönelik düzenlemenin yapılması ihtiyacı bulunmaktadır.

1.11. Eğitimi tamamlayanlar: Yeni Yönetmeliklerin yayımlanmasıyla yürürlükten kaldırılan 15 Ağustos 2009 tarihli "İşyeri Sağlık ve Güvenlik Birimleri ile Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimleri Hakkında Yönetmelik" kapsamında yetkilendirilmiş eğitim kurumlarınca düzenlenen eğitimleri tamamlayanlar ise bu Yönetmelik kapsamında yer alan eğitimleri tamamlamış sayılmaktadırlar. Bu kişiler böylece düzenlene-

cek sınavlara katılmaya hak kazanmışlardır. Bu düzenleme ile Danıştay tarafından verilen yürütmeyi durdurma kararı sonrasında eğitim veremeyen MEV dahil yetkili eğitim kurumu olan özel hukuk tüzel kişilerinin eğitimlerini tamamlayanlar ilki 25 Aralık 2010 tarihinde yapılacak olan sınava katılabileceklerdir.

2. İş Güvenliği Uzmanlarının Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik

İş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinde görevli iş güvenliği uzmanlarının nitelikleri, eğitimleri ve belgelendirilmeleri ile görev, yetki ve sorumluluklarına dair usul ve esasları düzenleyen “İş Güvenliği Uzmanlarının Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik”, İş Kanunu kapsamında yer alan ve sanayiden sayılan işlerin yapıldığı ve devamlı olarak en az elli işçi çalıştırılan işyerleri ile eğitim kurumlarını içermektedir.

Yönetmelik ile eğitimcilerin eğitimi belgesi, eğitim kurumu, iş güvenliği uzmanı, sorumlu müdür, teknik elemanın tanımları yapılmıştır. Buna göre iş güvenliği uzmanı, iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinde görevlendirilmek üzere Bakanlıkça belgelendirilmiş mühendis, mimar veya teknik elemanı; teknik eleman ise teknik öğretmenler ile üniversitelerin fen veya fen-edebiyat fakültelerinin fizik veya kimya bölümleri veya iş sağlığı ve güvenliği programı mezunlarını ifade etmektedir. Eğitim kurumu ise, iş güvenliği uzmanlarının eğitimlerini vermek üzere, gerekli donanım ve personele sahip olan ve Bakanlıkça yetkilendirilen kamu kurum ve kuruluşları, üniversiteler ve Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre faaliyet gösteren şirketlerce kurulan ve işletilen müesseseler olarak tanımlanmaktadır.

2.1. İş güvenliği uzmanlarının nitelikleri ve görevlendirilmeleri: İşverence iş güvenliği uzmanı olarak görevlendirilecekler, söz konusu Yönetmeliğe göre geçerli iş güvenliği uzmanı belgesine sahip olmak zorundadırlar. Belgeler daha önceki Yönetmelikte olduğu gibi A, B ve C sınıfı olarak üç sınıfta toplanmaktadır.

İş güvenliği uzmanlarından; C sınıfı belge-

ye sahip olanların az tehlikeli sınıfta, B sınıfı belgeye sahip olanların az tehlikeli ve tehlikeli sınıflarda, A sınıfı belgeye sahip olanlar ise bütün tehlike sınıflarında yer alan işyerlerinde çalışabilecekleri düzenlenmektedir.

Birden fazla iş güvenliği uzmanının görevlendirilmesinin gerektiği işyerlerinde, en az bir iş güvenliği uzmanının işyerinin tehlike sınıfına uygun belgeye sahip olması yeterli kabul edilmektedir.

• A sınıfı iş güvenliği uzmanlığı belgesi:

1. B sınıfı iş güvenliği uzmanlığı belgesiyle en az dört yıl fiilen görev yaptığını iş güvenliği uzmanlığı sözleşmesi ile belgeleyen ve A sınıfı iş güvenliği uzmanlığı eğitimine katılarak yapılacak A sınıfı iş güvenliği uzmanlığı sınavında başarılı olan mühendis, mimar veya teknik elemanlara,

2. İş sağlığı ve güvenliği alanında en az beş yıl teftiş yapmış mühendis, mimar veya teknik eleman olan iş müfettişleri, en az beş yıl uzman olarak çalışmış Bakanlık iş sağlığı ve güvenliği uzmanları, iş sağlığı ve güvenliği veya iş güvenliği doktorası yapmış olan mühendis, mimar veya teknik elemanlar ile Genel Müdürlük ve bağlı birimlerinde mühendis, mimar veya teknik eleman olarak en az on yıl görev yapmış olanlardan A sınıfı iş güvenliği uzmanlığı için yapılacak sınavda başarılı olanlara

Bakanlıkça verilecektir.

• B sınıfı iş güvenliği uzmanlığı belgesi:

1. C sınıfı iş güvenliği uzmanlığı belgesiyle en az üç yıl fiilen görev yaptığını iş güvenliği uzmanlığı sözleşmesi ile belgeleyen ve B sınıfı iş güvenliği uzmanlığı eğitimine katılarak yapılacak B sınıfı iş güvenliği uzmanlığı sınavında başarılı olan mühendis, mimar veya teknik elemanlara,

2. İş sağlığı ve güvenliği veya iş güvenliği yüksek lisansı yapmış olan mühendis, mimar veya teknik elemanlardan B sınıfı iş güvenliği uzmanlığı sınavında başarılı olanlara

Bakanlıkça verilecektir.

• C sınıfı iş güvenliği uzmanlığı belgesi:

C sınıfı iş güvenliği uzmanlığı eğitimine katılarak yapılacak C sınıfı iş güvenliği uzmanlığı sınavında başarılı olan mühendis, mimar veya teknik elemanlara Bakanlıkça verilecektir.

Ayrıca yurtdışından alınan iş güvenliği uzmanlığı veya eşdeğer belgeye sahip olan mühendis, mimar veya teknik elemanlar açısından da Yönetmelik ile yeni bir düzenleme getirilmektedir. Buna göre;

➔ Sahip olduğu belge ile en az yedi yıl çalıştığını belgeleyenlerden A sınıfı iş güvenliği uzmanlığı eğitimine katılarak yapılacak A sınıfı iş güvenliği uzmanlığı sınavında başarılı olanlara A sınıfı,

➔ Sahip olduğu belge ile en az üç yıl çalıştığını belgeleyenlerden B sınıfı iş güvenliği uzmanlığı eğitimine katılarak yapılacak B sınıfı iş güvenliği uzmanlığı sınavında başarılı olanlara B sınıfı ve

➔ Sahip olduğu belge ile müracaat ederek yapılacak C sınıfı iş güvenliği uzmanlığı sınavında başarılı olanlara C sınıfı (Bu durumdaki kişilere sadece bir kez doğrudan sınava girme hakkı tanınmaktadır.) iş güvenliği uzmanlığı belgesi Bakanlıkça verilecektir.

2.2. İş güvenliği uzmanının görevleri: İşyerinde yapılan çalışmalar ve yapılacak değişikliklerle ilgili olarak tasarım, makine ve diğer teçhizatın durumu, bakımı, seçimi ve kullanılan maddeler de dâhil olmak üzere işin planlanması, organizasyonu ve uygulanması, kişisel koruyucu donanımların seçimi, temini, kullanımını, bakımı, muhafazası ve test edilmesi konularının, iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına ve genel iş güvenliği kurallarına uygun olarak sürdürülmesini sağlamak için işverene tavsiyelerde bulunmak şeklinde belirlenen rehberlik ve danışmanlık görevleri bulunmaktadır.

Risk değerlendirmesinin yapılmasını sağlamak; gerekli çalışmaları planlayarak alınacak sağlık ve güvenlik önlemleri konusunda işverene önerilerde bulunmak ve takibini yapmakla da görevli kılınmaktadır. Ayrıca, çalışma ortamının gözetimini yapmak, işyerinde iş sağlığı ve güvenliği yönünden yapılması gereken

periyodik bakım, kontrol ve ölçümleri planlamak ve uygulanmasını kontrol etmekle görevlidirler.

Bunların yanı sıra işyerinde kaza, yangın veya patlamaların önlenmesi için mevzuata uygun çalışmalar yapmak ve uygulamaları takip etmek; doğal afet, kaza, yangın veya patlama gibi durumlar için acil durum planlarının hazırlanmasını sağlamak, periyodik olarak eğitimleri ve tatbikatları yaptırmak, acil durum planı doğrultusunda hareket edilmesini sağlamakla yükümlüdürler. Eğitim, bilgilendirme ve ilgili birimlerle işbirliği de görevleri arasında bulunmaktadır.

2.3. İş güvenliği uzmanlarının yetkileri: İşyeri bina ve eklentilerinde, çalışma metot ve şekillerinde veya iş ekipmanında çalışanlar açısından yakın ve hayati tehlike oluşturan bir husus tespit ettiğinde işverene bildirmek, gerekli tedbirler işveren tarafından alınmadığı takdirde durumu Bakanlığa rapor etmek, işyerinde belirlendiği yakın ve hayati tehlike oluşturan bir hususun acil müdahale gerektirmesi halinde işveren veya işveren vekilinin onayını almak kaydıyla geçici olarak işi durdurmak, görevi gereği işyerinin bütün bölümlerinde iş sağlığı ve güvenliği konusunda inceleme ve araştırma yapmak, gerekli bilgi ve belgelere ulaşmak ve çalışanlarla görüşmek, görevinin gerektirdiği konularda işverenin bilgisi dahilinde ilgili kurum ve kuruluşlarla iletişime geçmek ve işyerinin iç düzenlemelerine uygun olarak işbirliği yapmak iş güvenliği uzmanının yetkileri arasında sayılmaktadır.

Ayrıca, tam süreli iş sözleşmesi ile görevlendirilen iş güvenliği uzmanlarının, çalıştıkları işyeri ile ilgili mesleki gelişmelerini sağlamaya yönelik eğitim, seminer ve panel gibi organizasyonlara katılma hakkına sahip oldukları ve bu gibi organizasyonlarda geçen sürelerden bir yıl içerisinde toplam beş işgünü kadarının çalışma süresinden sayılacağı ile bu süreler sebebiyle iş güvenliği uzmanının ücretinden herhangi bir kesinti yapılamayacağı da düzenlenmektedir.

2.4. İş güvenliği uzmanlarının yükümlülükleri: İş güvenliği uzmanı, görevlendirildiği işyerinde yapılan çalışmalara ilişkin tespit ve tavsiyelerini onaylı deftere yazmak ve işyeri hekimi

ile beraber suretlerini saklamak zorundadır. İş yerinde yapılan denetimlerde, bu zorunluluğu yerine getirmediğinin tespiti halinde; iş güvenliği uzmanı Bakanlıkça yazılı olarak uyarılacağı; uyarı gerektiren durumun tekrarı halinde ise iş güvenliği uzmanlığı belgesinin geçerliliğinin bir yıl süreyle askıya alınacağı düzenlenmektedir. Belgesinin geçerliliği askıya alınanların, Genel Müdürlük internet sayfasında ilan edileceği ve bir yıl sonunda iş güvenliği uzmanının tekrar görev alabilmesi için Bakanlığın onayının alınmasının zorunlu olduğu hüküm altına alınmaktadır. Ayrıca söz konusu onaylı defterin, iş güvenliği uzmanı ile işveren veya işveren vekilince, gerektiğinde işyeri hekimi ile eş zamanlı olarak imzalanacağı ve defterin imzalanmaması veya düzenli tutulmamasından işveren veya işveren vekilinin sorumlu olacağı yönünde de düzenleme yer almaktadır.

bulundurulacak bahsi geçen kriterlere uygun yeteri kadar iş güvenliği uzmanının ek olarak görevlendirilmesi gerekmektedir.

Tehlikeli sınıfta yer alan 750 ve daha fazla işçisi olan işyerlerinde her 750 işçi için tam gün çalışacak en az bir iş güvenliği uzmanı, işçi sayısının 750 sayısının tam katlarından fazla olması durumunda geriye kalan işçi sayısı göz önünde bulundurulacak bahsi geçen kriterlere uygun yeteri kadar iş güvenliği uzmanının ek olarak görevlendirilmesi gerekmektedir.

Çok tehlikeli sınıfta yer alan 500 ve daha fazla işçisi olan işyerlerinde her 500 işçi için tam gün çalışacak en az bir iş güvenliği uzmanı, işçi sayısının 500 sayısının tam katlarından fazla olması durumunda geriye kalan işçi sayısı göz önünde bulundurulacak bahsi geçen kriterlere uygun yeteri kadar iş güvenliği uzmanının ek olarak görevlendirilmesi gerekmektedir.

Çok tehlikeli sınıfta 500'ün, tehlikeli sınıfta 750'nin ve az tehlikeli sınıfta 1000'in üzerinde çalışanı olan işletmeler açısından çalışan sayısına göre hesaplanan iş güvenliği uzmanı sayısı bir önceki Yönetmeliğe göre artmıştır.

2.5. İş güvenliği uzmanlarının çalışma süreleri: İş güvenliği uzmanlarının söz konusu Yönetmelikte belirtilen görevlerini yerine getirmeleri için belirlenen süreler şöyledir:

- Az tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde; ayda en az 12 saat, buna ilave olarak işçi başına ayda en az 5 dakika,
- Tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde; ayda en az 24 saat, buna ilave olarak işçi başına ayda en az 5 dakika,
- Çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde; ayda en az 36 saat, buna ilave olarak işçi başına ayda en az 10 dakika.

Az tehlikeli sınıfta yer alan 1000 ve daha fazla işçisi olan işyerlerinde ise her 1000 işçi için tam gün çalışacak en az bir iş güvenliği uzmanının görevlendirilmesi, işçi sayısının 1000 sayısının tam katlarından fazla olması durumunda ise geriye kalan işçi sayısı göz önünde

Getirilen bu düzenleme ile çok tehlikeli sınıfta 500'ün, tehlikeli sınıfta 750'nin ve az tehlikeli sınıfta 1000'in üzerinde çalışanı olan işletmeler açısından çalışan sayısına göre hesaplanan iş güvenliği uzmanı sayısı bir önceki Yönetmeliğe göre artırılmıştır.

Ayrıca, iş güvenliği uzmanlarının sözleşme belirtilen süre kadar işyerinde hizmet sunacağı, birden fazla işyeri ile kısmi süreli iş sözleşmesi yapıldığı takdirde bu işyerleri arasında yolda geçen sürelerin haftalık kanuni çalışma süresinden düşüleceği de hüküm altına alınmaktadır.

Yönetmeliğin iş güvenliği uzmanlığı eğitim kurumları başlıklı 3. bölümünde ise eğitim kurumu olarak faaliyet göstermek isteyen kurum ve kuruluşlarla ilgili başvuru işlemleri, aranacak şartlar, eğitim kurumlarının yetkilendirilmesi, eğitici kadroları, eğitim programlarına

katılacaklarla ilgili ayrıntılı düzenlemeler yer almaktadır. Bu kısımda dikkat çeken en önemli husus eğitim kurumlarının yeri ve yerleşim planları ile idari bölüm ve dersliklerde aranan şartların ayrıntısıdır!

2.6. İş güvenliği uzmanlarının eğitimleri: Bakanlıkça belirlenecek eğitim programlarının teorik ve uygulamalı olmak üzere iki bölümden oluştuğu, eğitim sürelerinin, teorik kısmının 180 saatten, uygulama kısmının ise 40 saatten ve toplamda 220 saatten az olamayacağı, teorik eğitimin en fazla yarısının uzaktan eğitim ile verilebileceği ile uygulamalı eğitimlerin, iş güvenliği uzmanı bulunan bir işyerinde yapılacağını düzenleyen söz konusu düzenlemede ayrıca, iş güvenliği uzmanlarının, belgelerini aldıkları tarihten itibaren beş yıllık aralıklarla eğitim kurumları tarafından düzenlenecek yenileme eğitimine katılmak zorunda oldukları ve bu eğitimin süresinin otuz saatten az olamayacağı belirtilmektedir.

2.7. Bir üst sınıfta çalışma: Yönetmeliğin yayım tarihi olan 27 Kasım 2010'dan itibaren, C sınıfı iş güvenliği uzmanlığı belgesine sahip olanların üç yıl süreyle tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde, B sınıfı iş güvenliği uzmanlığı belgesine sahip olanların dört yıl süreyle çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerinde iş güvenliği uzmanı olarak görevlendirilebilecekleri düzenlenmektedir.

2.8. Mevcut eğitim kurumlarının durumları: Yönetmeliğin yayımından önce işyeri hekimliği ve iş güvenliği uzmanlığı eğitim kurumu yetki belgesi almış olan kurumların, bu Yönetmelikte belirlenen yer ve donanımla ilgili şartları bu Yönetmeliğin yayımı tarihinden itibaren en geç altı ay, diğer şartları ise otuz gün içinde yerine getirmesi gerektiği, belirlenen süreler içinde şartları yerine getirmeyen eğitim kurumlarının yetki belgelerinin iptal edileceği düzenlenmektedir. Bu düzenleme önceki Yönetmelik ile Bakanlık İSG Genel Müdürlüğü'nden eğitim kurumu olarak yetki belgesi alan ancak Danıştay'ın kararı nedeniyle eğitimleri durdurulan (Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre faaliyet gösteren şirketlerce kurulan ve işletilen müessese değilse) diğer özel hukuk tüzel kişilerini kapsamamaktadır. Bu kuruluşların (kamu kurum ve kuruluşları, üniversiteler ve Türk Tica-

ret Kanunu hükümlerine göre faaliyet gösteren şirketlerce kurulan ve işletilen müesseseler hariç) önceki yetki belgeleri için yaptıkları tüm çalışmaları yeniden yapmaları gerekecektir.

2.9. Vizesi dolmuş iş güvenliği uzmanlığı belgeleri: Belge alma tarihine göre vize süresi dolmuş olan iş güvenliği uzmanlarının belgelerinin söz konusu Yönetmeliğin yayımı tarihi olan 27 Kasım 2010'dan itibaren altı ay süreyle geçerli olduğu, bu sürenin sonunda yenileme eğitimini tamamlamayanların yetki belgelerinin geçerliliğinin ise söz konusu eğitimi alana kadar askıya alınacağı düzenlenmektedir. Bu durum yukarıda da açıklandığı gibi İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliği'nde yer alan hükümle çelişmektedir.

2.10. Eğitimi tamamlayanlar: 15.8.2009 tarihli ve 27320 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan İşyeri Sağlık ve Güvenlik Birimleri ile Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimleri Hakkında Yönetmelik kapsamında yetkilendirilmiş eğitim kurumlarınca düzenlenen iş güvenliği uzmanlığı eğitim programlarını tamamlayanların yeni Yönetmelik kapsamında yer alan iş güvenliği uzmanlığı eğitimlerini tamamlamış sayılacakları ve düzenlenecek sınavlara katılmaya hak kazanacakları hüküm altına alınmaktadır. Bu düzenleme ile önceki Yönetmelik kapsamında eğitimlerini MEV ve diğer kuruluşlarda tamamlayanların bu eğitimleri geçerli sayılarak sınava katılabilmelerine imkan sağlanmaktadır.

3. İşyeri Hekimlerinin Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik

4857 sayılı İş Kanunu kapsamında yer alan ve devamlı olarak en az elli işçi çalıştırılan işyerleri ile toplum sağlığı merkezlerini ve eğitim kurumlarını kapsayan söz konusu Yönetmelik ile iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinde görevli işyeri hekimlerinin nitelikleri, eğitimleri, belgelendirilmeleri, görev, yetki ve sorumlulukları ile işyeri hekimliği hizmeti verecek toplum sağlığı merkezlerinin yetkilendirilmesi ve çalışma usul ve esasları düzenlenmektedir.

Yönetmelik ile diğer sağlık personeli, eğitimcilerin eğitimi belgesi, eğitim kurumu, işyeri sağlık ve güvenlik birimi, ortak sağlık ve güvenlik

birimi, işyeri hekimi, sorumlu müdür ve toplum sağlığı merkezi tanımları getirilmektedir. Diğer iki Yönetmelik'te bulunan tanımlardan farklı olarak getirilen tanım olan toplum sağlığı merkezi (TSM) ibaresinin, işyeri hekimliği hizmeti vermek üzere yetkilendirilen Sağlık Bakanlığına bağlı merkezler olduğu açıklanmaktadır.

3.1. Toplum sağlığı merkezinin nitelikleri: TSM'lerde işyeri hekimliği hizmeti sunulabilmesi için; en az bir işyeri hekimi ve en az bir diğer sağlık personeli görevlendirilmesi zorunlu kılınmaktadır. Ayrıca TSM'ler, işyeri hekimliği hizmetini, işyerinin tehlike sınıfı, sektörü ve işçi sayısına göre belirlenen sürelerden az olmamak kaydı ile yürüteceklerdir. Bunun yanı sıra işyeri hekimliği hizmetinin etkin yürütülmesi amacıyla, hizmet sunulan işyerine, aynı işyeri hekiminin ve diğer sağlık personelinin hizmet vermesi esası getirilmektedir.

Hemşire, sağlık memuru, acil tıp teknisyeni veya çevre sağlık teknisyeni olarak tanımlanan diğer sağlık personelinin görevleri ise,

- İş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin planlanması, değerlendirilmesi, izlenmesi ve yönlendirilmesinde işyeri hekiminin talimatları doğrultusunda çalışmak, veri toplamak ve gerekli kayıtları tutmak,

- İşçilerin sağlık ve çalışma öykülerini işe giriş/periodyk muayene formuna yazmak ve işyeri hekimi tarafından yapılan fizik muayene sırasında hekime yardımcı olmak,

- İlk yardım hizmetlerinin organizasyonu ve yürütümünde işyeri hekimi ile birlikte çalışmak ve

- işçilerin sağlık eğitiminde görev almak olarak düzenlenmektedir.

3.2. Toplum sağlığı merkezlerinin görev, yetki ve sorumlulukları: TSM'ler, işyerlerinde sağlıklı ve güvenli bir çalışma ortamı oluşturmak amacıyla; işçilerin sağlığını korumak ve geliştirmek için işçilere verilecek sağlık gözetiminden; işyerinde sağlık ve güvenlik risklerine karşı yürütülecek koruyucu, önleyici ve düzeltici faaliyetleri kapsayan çalışma ortamı gözetimine katkı verilmesinden; işçilerin iş sağlığı ve güvenliği eğitimleri ve bilgilendirilmelerinden; işyerinde kaza, yangın, doğal afet ve bunun gibi acil müdahale gerektiren durumların belir-

lenmesi, acil durum planının hazırlanması, ilk yardım ve acil müdahale bakımından yapılması gereken uygulamaların organizasyonu ve ilgili diğer birim, kurum ve kuruluşlarla işbirliği yapılmasından; çalışma ortamının gözetimine ve işçilerin sağlık gözetimine ait bütün bilgilerin kayıt altına alınmasından; işçilerin yaptıkları işler, işyerinde yapılan risk değerlendirme sonuçları ve maruziyet bilgileri ile işe giriş muayeneleri, periyodik sağlık muayeneleri sonuçları ve iş kazaları ile meslek hastalıkları kayıtlarının, işyerindeki kişisel sağlık dosyalarında gizlilik ilkesine uyularak saklanması ile ilgili hususlarda işyeri hekimliği hizmetleriyle sınırlı olmak üzere sorumlu tutulmaktadır.

3.3. Görevlendirme belgesi ve sözleşme: TSM'lerden işyeri hekimliği hizmeti alınması durumunda il sağlık müdürlüğü ile işveren arasında sözleşme imzalanması ve TSM'lerde çalışan işyeri hekimi için üç nüsha olarak görevlendirme belgesinin düzenlenmesi gerekmektedir. Nüshalardan birinin işverende, birinin TSM'de kalması ve diğer nüshanın da bildirimle ilgili diğer kanunlardan doğan yükümlülükler saklı kalmak kaydıyla beş işgünü içinde TSM'lerce Bakanlığa gönderilmesi gerekmektedir. Sözleşmeler, Yönetmeliğin ekinde yer alan örneklere uygun olarak düzenlenecektir. Elektronik ortamda gönderilen sözleşme veya görevlendirme belgelerin üç işgünü içinde, diğerlerinin de en geç on beş işgünü içinde Bakanlıkça onaylanması esası getirilmektedir. Sözleşme veya görevlendirilmeleri onaylanmayan işyeri hekimlerinin bu Yönetmelikte belirtilen görevlerini yapamayacakları ve söz konusu sözleşmelerin feshi halinde, durumun hizmet alan tarafından beş işgünü içinde Bakanlığa bildirilmesi düzenlenmektedir.

3.4. İşbirliği ve koordinasyon: TSM'ler işverenle, işyeri bünyesindeki bütün bölüm çalışanlarıyla, bulunması halinde iş sağlığı ve güvenliği işçi temsilcisiyle, iş sağlığı ve güvenliği kuruluyla işbirliği içinde çalışacaklardır. İşyeri hekimliği hizmetinin TSM'lerden alınması durumunda ise, iş güvenliği uzmanlığı hizmeti için İSGB veya OSGB ile TSM arasında koordinasyonun işveren tarafından sağlanması gerekmektedir.

İşyeri hekimliği belgesi:

- İşyeri hekimliği eğitim programını tamamlayan ve eğitim sonunda Bakanlıkça yapılacak veya yaptırılacak sınavda başarılı olan hekimlere,

- İş sağlığı ve güvenliği alanında en az beş yıl teftiş yapmış olan hekim iş müfettişleri, iş sağlığı bilim uzmanı hekimler, iş sağlığı bilim doktoru ile Bakanlık ve bağlı birimlerinde iş sağlığı ve güvenliği alanında en az beş yıl fiilen çalışmış hekimlerden Bakanlıkça yapılacak veya yaptırılacak sınavda başarılı olanlara,

- İş ve meslek hastalıkları ya da işyeri hekimliği yan dal uzmanları ile uzmanlık eğitimi süresince iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili en az 150 saat teorik ve uygulamalı eğitim alan halk sağlığı uzmanlarına istekleri halinde,

Bakanlıkça verileceği hüküm altına alınmaktadır.

Ayrıca, yurtdışından alınan ve yeterlilikleri Bakanlıkça onaylanmış işyeri hekimliği belgesi veya eşdeğer belgeye sahip olan hekimlerden sınava katılarak (Sadece bir kez doğrudan sınava girme hakkı tanınmaktadır.) başarılı olanlara da işyeri hekimliği belgesi Bakanlıkça düzenlenecektir.

3.5. İşyeri hekimlerinin yetkileri: İşyeri hekimlerine işyeri bina ve eklentilerinde, çalışma metot ve şekillerinde veya iş ekipmanında işçiler açısından yakın ve hayati tehlike oluşturan bir husus tespit ettiğinde işverene bildirmek, gerekli tedbirler işveren tarafından alınmadığı takdirde durumu Bakanlığa rapor etmek yetkisi verilmektedir. Bunun yanı sıra, tam süreli iş sözleşmesi ile görevlendirilen işyeri hekimlerine çalıştıkları işyeri ile ilgili mesleki gelişmelerini sağlamaya yönelik eğitim, seminer ve panel gibi organizasyonlara katılma hakkı verilmiş ve bu gibi organizasyonlarda geçen sürelerden bir yıl içerisinde toplam beş işgünü kadarının çalışma süresinden sayılacağı ve bu süreler sebebiyle işyeri hekiminin ücretinden herhangi bir kesinti yapılamayacağına dair düzenleme getirilmiştir.

3.6. İşyeri hekimlerinin yükümlülükleri: İşyeri hekimlerine, görevlendirildiği işyerinde yapılan çalışmalara ilişkin tespit ve tavsiyelerini onaylı deftere yazmak ve bulunması halinde ve gerektiği durumlarda iş güvenliği uzmanı

ile birlikte eş zamanlı imzalamak ve suretlerini saklamak zorunluluğu getirilmektedir. İşyerinde yapılan denetimlerde, işyeri hekiminin bu zorunluluğu yerine getirmediğinin tespiti halinde; işyeri hekiminin Bakanlıkça yazılı olarak uyarılacağı, uyarı gerektiren durumun tekrarı halinde ise işyeri hekimi belgesinin geçerliliğinin bir yıl süreyle askıya alınacağı, belgesinin geçerliliği askıya alınanların Genel Müdürlük internet sayfasında ilân edileceği ve bir yılın sonunda işyeri hekiminin tekrar görev alabilmesi için Bakanlık onayının alınmasının zorunlu olduğu hükme bağlanmaktadır.

3.7. İşyeri hekimlerinin çalışma süreleri: İşyeri hekimlerinin çalışma süreleri;

- Az tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerine; sağlık gözetimi için ayda en az 10 saat, buna ilave olarak işe giriş ve periyodik muayeneleri ile eğitim için işçi başına yılda en az 20 dakika,

- Tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerine; sağlık gözetimi için ayda en az 15 saat, buna ilave olarak işe giriş ve periyodik muayeneleri ile eğitim için işçi başına yılda en az 25 dakika ve

- Çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerine; sağlık gözetimi için ayda en az 20 saat, buna ilave olarak işe giriş ve periyodik muayeneleri ile eğitim için işçi başına yılda en az 30 dakika olarak belirlenmektedir.

Az tehlikeli sınıfta yer alan 1000 ve daha fazla işçisi olan işyerlerinde her 1000 işçi için tam gün çalışacak en az bir işyeri hekimi görevlendirilmesi gerekmektedir. İşçi sayısının 1000 sayısının tam katlarından fazla olması durumunda geriye kalan işçi sayısı göz önünde bulundurularak bahsi geçen kriterlere uygun yeteri kadar işyeri hekiminin eklenmesi hususu getirilmiştir.

Tehlikeli sınıfta yer alan 750 ve daha fazla işçisi olan işyerlerinde her 750 işçi için tam gün çalışacak en az bir işyeri hekimi görevlendirilmesinin gerektiği, işçi sayısının 750 sayısının tam katlarından fazla olması durumunda ise geriye kalan işçi sayısının göz önünde bulundurularak ilgili kriterlere uygun yeteri kadar işyeri hekimi eklenmesi gerekecektir.

Çok tehlikeli sınıfta yer alan 500 ve daha fazla işçisi olan işyerlerinde her 500 işçi için tam gün çalışacak en az bir işyeri hekimi görevlendirilmesinin gerektiği, işçi sayısının 500 sayısının

tam katlarından fazla olması durumunda geriye kalan işçi sayısının göz önünde bulundurularak ilgili kriterlere uygun yeteri kadar işyeri hekiminin eklenmesi hususu düzenlenmektedir.

Getirilen bu düzenleme ile çok tehlikeli sınıfta 500'ün, tehlikeli sınıfta 750'nin ve az tehlikeli sınıfta 1000'in üzerinde çalışanı olan işletmeler açısından çalışan sayısına göre hesaplanan işyeri hekimi sayısı bir önceki Yönetmeliğe göre artırılmıştır.

3.8. İşyeri hekimlerinin eğitimleri: Bakanlıkça belirlenecek eğitim programlarının daha önce olduğu gibi teorik ve uygulamalı olmak üzere iki bölümden oluşması ve teorik kısmın 180 saatten, uygulama kısmının ise 40 saatten ve toplamda 220 saatten az olamayacağı düzenlenmektedir. Ayrıca teorik eğitimin en fazla yarısının uzaktan eğitim ile verilebileceği ve uygulamalı eğitimlerin de işyeri hekimi bulunan bir işyerinde yapılması esası getirilmektedir.

İşyeri hekimlerine belgelerini aldıkları tarihten itibaren beş yıllık aralıklarla eğitim kurumları tarafından düzenlenecek ve 30 saatten az olmayacak bilgi yenileme eğitimine katılma zorunluluğu getirilmektedir. İşyeri hekimlerinin yenileme eğitimine katılmamaları veya bu eğitimi tamamlamamaları halinde ise söz konusu eğitimi tamamlamalarına kadar yetki belgelerinin geçerliliğinin askıya alınacağı düzenlenmektedir.

3.9. Mevcut işyeri hekimliği yapanların durumu: 18 Mayıs 2006 ile 15 Ağustos 2009 tarihleri arasında, işyeri hekimliği hizmeti sunmak üzere geçerli işyeri hekimliği belgesine sahip olmayan hekimlerin arasından işyerlerinde hekim görevlendiren işverenlerin bu hekimlerin hâlen kendi işyerinde çalışıyor olması ve Bakanlık internet sayfasında ilan edilmiş olan bildirim formunun kullanılarak 27 Ocak 2010 tarihine kadar Bakanlığa yazılı bildirimde bulunmaları şartıyla, bir yıl süreyle daha işyeri hekimliği hizmetlerini bu personel marifetiyle yürütebilecekleri düzenlenmektedir. İki ayın dolmasından sonra yapılacak bildirimlerin ise geçerli sayılmayacağı ve yapılan bildirimlerin geçerliliğinde Sosyal Güvenlik Kurumu kayıtlarının esas alınacağı hususu belirlenmiştir.

3.10. Vizesi dolmuş işyeri hekimlerinin durumları: Belge alma tarihine göre vize süresi

dolmuş olan işyeri hekimlerinin belgeleri bu Yönetmeliğin yayımı tarihinden itibaren altı ay süreyle geçerli kılınmaktadır. Bu sürenin sonunda yenileme eğitimini tamamlamayanların yetki belgelerinin geçerliliğinin ise söz konusu eğitimi alana kadar askıya alınacağı belirtilmektedir.

3.11. Eğitimi tamamlayanlar: İşyeri Sağlık ve Güvenlik Birimleri ile Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimleri Hakkında Yönetmelik kapsamında yetkilendirilmiş eğitim kurumlarınca düzenlenen işyeri hekimliği eğitim programlarını tamamlayanların bu Yönetmelik kapsamında yer alan işyeri hekimliği eğitimlerini tamamlamış sayıldıkları ve düzenlenecek sınavlara katılmaya hak kazandıkları da Yönetmelik ile belirlenmektedir.

4. Sonuç

Bilindiği üzere iş sağlığı ve güvenliği konusundaki mevzuat uzun bir dönemden sonra ilk olarak 4857 sayılı İş Kanunu'nun kabulü ile değişmiş ve konuyla ilgili yönetmelikler Aralık 2003 tarihinde yayımlanmıştır. O tarihten bu yana geçen 7 yılı aşkın zaman süresince açılan davalarla iptal edilen, yürütmesi durdurulan ve sürekli değişen mevzuat nedeniyle iş sağlığı ve güvenliği alanında çok sık aralıklarla belirsizlik hüküm sürmüştür. İş sağlığı ve güvenliği alanı dışında bu kadar sık değişiklik yapılan başkaca bir alan bulunmadığını söylemek sanırım yanlış olmayacaktır.

Bu doğrultuda çalışma yaşamının en hassas konularından biri olan iş sağlığı ve güvenliği alanında, 27 Kasım 2010 tarihinde yayımlanan ve bu yazıda ayrıntılarıyla açıklanmaya çalışılan üç yönetmelikle ilgili olarak öncelikle yapılması gereken birbiriyle çelişen hükümlerinin bir an önce giderilmesidir. Bu çelişkilerin oluşmasında ve son dönemde yaşanan sıkıntıların ortaya çıkmasında sosyal tarafların görüşlerinin dikkate alınmaması önem arz etmektedir. Bu nedenle Hükümetten ve yasa koyucudan beklenen, çalışma yaşamının tüm alanları ile ilgili yapılan ve yapılacak olan mevzuat çalışmalarında bu noktanın göz önünde tutulmasıdır.

YENİ YAYINLAR

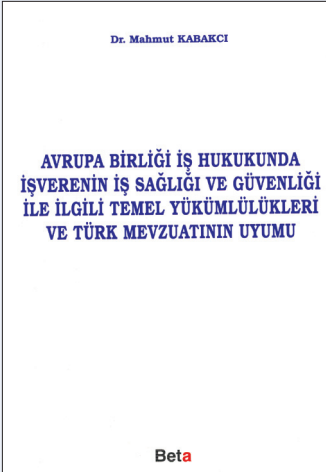


Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Tetkik Hakimi Şahin Çil tarafından hazırlanan “**İş Hukukunda İşçinin Ücreti**” adlı eser, Kasım 2010 tarihinde yayımlanmıştır.

İşçinin ücreti konusu, öğretideki görüşlerden ve Yargıtay kararlarından sistematik biçimde ve bir arada faydalanılmak suretiyle, güncel tartışmalara da değinilerek, üç bölüm içerisinde incelenmiştir. İlk bölümde İş Kanunu’na göre ücret, ikinci bölümde Basın İş Kanunu’na göre ücret ve üçüncü bölümde Deniz İş Kanunu’na göre ücret ele alınmıştır.

Çalışmada, gerçek ücretin tespiti geniş bir şekilde incelenmekle birlikte; ücretin eki niteliğinde yapılan pek çok farklı ödemenin ve ücret eklerinin iş hukukunun diğer alanları ile ilişkilerinin ele alınması da amaçlanmıştır. Eserde Yargıtay’ın konularla ilgili kararlarına her bir konu başlığı altında yer verilmiş, konuları ilkesel bazda ele alan kararların seçimine özen gösterilmiş ve kısa özet bilgilere yer verilerek, kararlara kolay ulaşma imkânı sağlanmıştır.

Uygulamacı ve araştırmacılara faydalı bir eser oluşturmak gayesiyle yapılan çalışmanın, iş hukukcularının yanı sıra mali müşavir ve muhasebeciler için de başvuru kaynağı olması amaçlanmıştır.



Dr. Mahmut Kabakçı tarafından hazırlanan “**Avrupa Birliği İş Hukukunda İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği ile İlgili Temel Yükümlülükleri ve Türk Mevzuatının Uyumu**” adlı eser, Kasım 2009 tarihinde yayımlanmıştır.

2003 yılında yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu’nda işverenler için esneklik içeren hükümler öngörülmüş, işçilere ise iş, ücret ve sağlık alanlarında belirli güvenceler sağlanmıştır. Söz konusu güvenceler içinde en önemli olanı işçinin sağlığı ve güvenliği ile ilgili olandır. İşte bu anlayışla, yeni İş Kanunu’nda “İş Sağlığı ve Güvenliği” başlığı altında bu husustaki işveren yükümlülüklerine, alınması gereken önlemlere ve işçilerin haklarına -eski İş Kanunu’na oranla- çok daha geniş bir yer verilmiştir. Bu yapılırken de Avrupa Birliği’nin 89/391/AET sayılı Çerçeve Yönergesi göz önünde tutulmuştur. Bununla birlikte, Avrupa Birliği’nin Yönergesine tam uyumu da sağlayacak bir İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu için hazırlık çalışmalarının yapıldığı, taslaklar hazırlandığı bilinmektedir. Geline bu noktada Çerçeve Yönergenin iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin hükümleri ve özellikle bu Yönergeyi iç hukuklarına uyarlamış olan ülkelerin yaklaşımları önem kazanmaktadır.

Yazar, doktora tezi olarak yaptığı bu çalışma ile Çerçeve Yönergeyi ve bu Yönergeyi iç hukukuna aktarmış olan Almanya’nın uygulama ve öğretisini değerlendirmiş ve AB’ye uyum çerçevesinde hazırlanacak olan yasa için geniş bir veri tabanı sağlamıştır.

Prof. Dr. Hakan KESER

Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

İşçilik Haklarının Talep Edilmesinde Dürüstlük Kuralı, Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı ve İrade Fesadının İleri Sürülmesine İlişkin Yargıtay Kararının İncelenmesi

T.C. YARGITAY

9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2009/ 38766

Karar No : 2009/36799

Tarihi : 22.12.2009

DAVA

Taraflar arasındaki, ücret farkı, fazla çalışma farkı, ikramiye farkı, gece çalışma alacaklarının ödenmesi davasının yapılan yargılaması sonunda; ilamda yazılı nedenlerle gerçekleşen miktarın faiziyle birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine ilişkin hükmün süresi içinde duruşmalı olarak temyizden incelenmesi davalı avukatınca istenilmesi üzerine dosya incelenerek işin duruşmaya tabi olduğu anlaşılmış ve duruşma için 22.12.2009 Salı günü tayin edilerek taraflara çağrı kağıdı gönderilmiştir. Duruşma günü davalı adına Avukat E. M. ile karşı taraf adı-

na Avukat O. A. ve T. T. U. geldiler. Duruşmaya başlanarak hazır bulunan avukatların sözlü açıklamaları dinlendikten sonra duruşmaya son verilerek Tetkik Hakimi Ş.Çil tarafından düzenlenen rapor sunuldu, dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR

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

2- Davacı işçi açmış olduğu bu davada, işyerinde sendika üyesi olarak çalıştığı sırada, 2002 sonu ya da 2003 başlarında işverence iş sözleşmesinin feshedilmiş gibi gösterilerek bir ay kadar alt işveren işçisi gibi sigorta primlerinin ödendiğini, daha sonra yeniden davalı işveren kadrosuna alınarak ücretinin düşürüldüğünü ve toplu iş sözleşmesi ücret

artışlarının düşük ücrete göre yapıldığını ileri sürerek, toplu iş sözleşmesinden doğan ücret ve diğer fark işçilik alacaklarının ödenmesi isteğinde bulunmuştur.

Davalı işveren, işçilerin talebi üzerine sendikanın da bilgisi dâhilinde iş sözleşmesinin feshedildiğini ve kıdem tazminatının ödendiğini, alt işveren işçisi olarak çalışmaya bağladığını, bir süre sonra yeniden yapılanma girişiminden bir sonuç alınamayınca yeniden davalı işveren nezdinde işe alındığını, 2002 ya da 2003 yılında gerçekleşen bu işlemin ardından işçilerin ihtirazi kayıt ileri sürmeksizin işyerinde çalışmaya devam ettiklerini ve gerçekte davacı işçi tarafından hakkın kötüye kullanıldığını savunmuştur.

Mahkemece, davacının da aralarında bulunduğu 300 kadar işçinin iş sözleşmelerinin kıdem tazminatına hak kazanacak şekilde feshedilmiş gibi gösterilerek alt işverende düşük ücretle işe başlatıldıkları, bir ay sonra yeniden işverende girişi yapılarak düşük ücret üzerine toplu iş sözleşmesinin zamlarının uygulandığı, amacın toplu iş sözleşme hükümlerini bertaraf etmek olduğu ve muvazaaya dayandığı gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiş, daha önce ödenen kıdem tazminatının işçinin ileride kıdem tazminatına hak kazanması durumunda faizleriyle beraber mahsup edileceği belirtilerek bir mahsup işleminin uygulanmadığı açıklanmıştır.

Dosya içindeki bilgi ve belgelere göre, işyeri ... Anonim Şirketine ait iken 26.11.2001 tarihinde davalı şirket tarafından devralınmıştır. Aynı dönemde ülkemizde 21 Şubat 2001 tarihinde başlayan ve etkileri uzun süre devam eden bir ekonomik kriz ortaya çıkmış ve davalı işveren toplu iş sözleşmesi hükümleri uyarınca işçi ücretlerini ödemeye devam etmiştir. 2002 yılı sonlarına gelindiğinde, davalı işveren üretim faaliyetinin sürdürülebilmesi için işçilere kıdem tazminatının ödendikten sonra ücretler düşürülerek alt işveren işçisi olarak çalışmalarını önermiş, kabul etmeyenlerin ise ihbar ve kıdem

tazminatlarının ödeneceğini bildirmiştir. Davacı işçiye görev değişikliği bildirilmiş ve davacının 1475 sayılı İş Kanununun 16/II e bendi uyarınca iş sözleşmesini feshettiği yönünde dilekçesi alınmıştır. Daha sonra davacı işçiye aynı gün kıdem tazminatı ödenmiştir. Dosya içeriğine göre işçilerin büyük bir kısmı kıdem tazminatını tam olarak almışlar ve bir ay kadar alt işveren işçisi olarak gösterilmişler ardından yeniden davalı işveren kadrosuna alınmışlardır. Bu arada işçi ücretleri düşürülmüş ve toplu iş sözleşmesinin daha sonraki periyodik ücret artışları işçilerin almakta oldukları bu ücretlere uygulanmıştır. Davalı işverenin teklifini kabul etmeyen 50 kadar işçinin ihbar ve kıdem tazminatları ödenerek iş sözleşmeleri feshedilmiştir.

Somut olayda, davacı işçi 2002 sonu ve 2003 başlarında gerçekleşen bu uygulamada iradesinin fesada uğratıldığını baskı sonucu belgelerin imzalatıldığını ileri sürmüş ise de, olayın üzerinden yaklaşık 5 yıl geçmesine rağmen bu irade fesadını ileri süren bir talepte bulunmamıştır. Borçlar Kanunu'nun 31. maddesinde, "Hata veya hile ile haleldar olan yahut ikrah ile yapılan akıt ile müzlem olmayan taraf bu akdi ifa etmemek hakkındaki kararını diğer tarafa beyan yahut verdiği şeyi istirdat etmeksizin bir seneyi geçirir ise, akde icazet verilmiş nazariyle bakılır. Bu mehil, hata veya hilenin anlaşıldığı veya korkunun zail olduğu tarihten itibaren cereyan eder" şeklinde kurala yer verilmiştir. Buna göre davacı işçinin 5 yıla yakın bir sürenin geçmesinin ardından baskı ve tehdit iddialarına dayanarak talepte bulunması Borçlar Kanunu'nun 31. Maddesine aykırılık oluşturur

Davacının dava dilekçesindeki iddialarından biri de, muvazaalı şekilde alt işveren işçisi olarak bir süre çalıştırıldığı ve ardından yeniden işveren kadrosuna alındığı şeklindedir. Muvazaa Borçlar Kanununda düzenlenmiş olup, tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla ve kendi gerçek ira-

delerine uymayan ve aralarında hüküm ye sonuç meydana getirmesi arzu etmedikleri görünüşte bir anlaşma olarak tanımlanabilir. İşyerinde devreden işveren ... Anonim Şirketi döneminden itibaren alt işverenin uygulamalarının geçerli olduğu anlaşılmakla, sözü edilen uygulamaların o tarihte yürürlükte olan 1475 sayılı İş Kanunu ve Borçlar Kanunu hükümleri çerçevesinde ele alınması gerektiği açıktır. Bu itibarla 4857 sayılı İş Kanunu'nun alt işverenle ilgili hükümlerinin somut olay yönünden uygulanmasına imkân bulunmamaktadır. Kaldı ki, davacı işçi kıdem tazminatının ödenmesi karşılığında alt işveren işçisi olarak çalışmayı kabul etmiş ve buna dair belgeleri imzalayarak bir anlamda muvazaanın tarafı olmuştur. Kişinin kendi muvazaasına dayanamayacağı da temel hukuk ilkelerindedir. Bu nedenle asıl işveren alt işveren arasındaki ilişkinin muvazaaya dayandığı şeklinde bir iddia ile hak talebi somut olay yönünden yasaya uygun olarak değerlendirilemez.

Taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümünde, bir tarafta oluşturulan güvenin korunması ilkesi de önem taşır. Kanunun getirdiği güvenin korunmasına ilişkin hükümler yanında, tarafların sözlü veya yazılı davranışları bu güven ortamını sağlayabilir. Sağlanan güvenin, güven sorumluluğu kapsamında, hukuken korunması gerekir. Güven sorumluluğunda taraflar birbirlerinden bekledikleri güveni boşa çıkarmamalıdır. Bu bağlamda sözlü ifadeler, çeşitli vesika ve belgeler örtülü irade davranışları da sayılabilir.

Açık irade beyanın korunması pek sorun yaratmasa da örtülü irade beyanın aynı kolaylığı taşıdığından söz edilemez. Ancak bu halde de ortada korunması gereken bir güven söz konusu ise hukuken de bir sonuç doğurması kaçınılmazdır. Güven sorumluluğuna yaklaşımında bir diğer yön dürüstlük kuralından doğan yükümlülüklerle aykırı davranmanın söz konusu olmasıdır. Davacı işçi kıdem tazminatını tam olarak almış ve süregelen ekonomik kriz döneminde de-

ğerlendirmiştir. Aynı zamanda işyerinde çalışmaya devam etmiş ve ücretlerinin eksik ödendiği konusunda bir itirazını ileri sürmemiştir. Bu yönüyle işverende 2002 ve 2003 yıllarında gerçekleşen işlemlerin geçerliliği yönünden bir güven duygusu oluşmuştur. Hatta devam eden süreçte işçi ve işveren sendikaları birbiri ardına üç ayrı toplu iş sözleşmesi imzalamışlar ve işçilerin almakta oldukları ücretlerine göre ücret artışlarını belirlemişlerdir. Bu durumda işçi sendikasının da içinde bulunduğu doğal bir süreç işlemiştir, işçinin bu davranışları, daha önceye dayanan iddialarından vazgeçtiği ve toplu iş sözleşmesinde düzen ilkesi gereği kurulan yeni şartları kabul ettiği şeklinde değerlendirilmelidir. Davacı işçinin davranışları ve işleyen sürecin davalı işveren yönünden oluşturduğu güvenin korunması gerekir.

Medenî Kanunda yer alan dürüstlük ilkesi (TMK m. 2) genel bir hukuk ilkesi olup usul hukukunda da geçerlidir. Devletin bir kurumu olan mahkemenin haksız, hileli ve kanuna aykırı şekilde bir yargılama ile uyuşmazlığı çözümlenmesi düşünülemez. Ayrıca dürüstlük kuralı, kamu yararı açısından da dikkate alınmayı gerektirir. Çünkü, davanın usul ekonomisine uygun şekilde sonuçlanması, ancak dürüstlük kuralının medenî usul hukukunda da geçerli olması ve hâkim tarafından kendiliğinden nazara alınmasıyla mümkün olur. Dürüstlük kuralı, işlemlerin yorumlanması, tamamlanması, yeniden gözden geçirilmesi ve değiştirilmesinde göz önünde tutulur. Dürüstlük kuralına uymak, taraflar açısından bir yükümlülüktür.

Davacı işçinin geçersiz olduğunu ileri sürdüğü işlemi bizzat imzasıyla gerçekleştirdiği, kriz ortamında aldığı kıdem tazminatını değerlendirdiği, uzun yıllar çalışmaya devam ettiği düşünüldüğünde, yaklaşık 5 yıl bir süre geçtikten sonra bu davayı açarak irade fesadı ve muvazaa iddialarıyla hak talebi, dürüstlük kuralına aykırılık oluşturur. Ödenen kıdem tazminatı önceki hizmet dönemini ekonomik değer açısından karşılamış

olup, bu şekilde önceki çalışma dönemi tasfiye edilmiş durumdadır. Dairemizin emsal nitelikteki 12.6.2008 gün ve 3216/15280 sayılı kararı da aynı yöndedir. Tarafların sonraki bir süreçte ücreti belirleyerek yeni bir iş ilişkisi içine girmeleri mümkün olup, sonraki dönemde işçi ve işveren sendikaları tarafından imzalanan toplu iş sözleşmeleri ile mevcut durum benimsenmiştir. Somut olaya özgü tarihsel süreç, işçi ve işveren işlem ve eylemleri dikkate alındığında güven teorisi çerçevesinde mevcut davanın reddine ka-

rar verilmelidir. Mahkemece, yazılı şekilde isteğin kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, Davalı yararına takdir edilen 625, 00 TL duruşma avukatlık parasının karşı tarafa yükletilmesine, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 22.12.2009 gününde oybirliği ile karar verildi¹.

KARARIN İNCELENMESİ

İnceleme konusu olan Yargıtay kararı; bir işçinin işçilik alacaklarının kazanımına ilişkin olarak gerçekleştirilmiş bir işleme karşı, uzun yıllar çalışmaya devam ettikten ve yaklaşık 5 yıl gibi bir süre geçtikten sonra bir dava açarak irade fesadı ve muvazaa iddialarıyla hak talebinde bulunmasının dürüstlük kuralına aykırılık ya da hakkın kötüye kullanımı olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine ilişkindir.

Olayda işyeri ... Anonim Şirketi'ne ait iken 26.11.2001 tarihinde davalı şirket tarafından devralınmış, 2002 yılı sonlarına gelindiğinde ise, davalı işveren üretim faaliyetinin sürdürülebilmesi için işçilere kıdem tazminatını ödedikten sonra, ücretlerin düşürülerek alt işveren işçisi olarak çalışmalarını önermiş, kabul etmeyenlerin ise ihbar tazminatlarının da ödeneceğini bildirmiştir. Davacı işçiye görev değişikliği bildirilmiş ve davacının 1475 sayılı İş Kanunu'nun 16/II-e bendi uyarınca iş sözleşmesini feshettiği yönünde dilekçesi alınmıştır. Daha sonra davacı işçiye aynı gün kıdem tazminatı ödenmiş ve işçi bir ay kadar alt işveren işçisi olarak gösterilmiş ardından yeniden davalı işveren kadrosuna alınmıştır. Bu arada işçi ücretleri düşürülmüş ve toplu iş sözleşmesinin daha sonraki

periyodik ücret artışları işçinin almakta olduğu bu ücrete uygulanmıştır.

Davacı işçi 2002 sonu ve 2003 başlarında gerçekleşen bu uygulamada iradesinin fesada uğratıldığını baskı sonucu belgelerin imzalandığını ileri sürmüştür ise de, olayın üzerinden yaklaşık 5 yıl geçmesine rağmen bu irade fesadını ileri süren bir talepte bulunmamıştır.

Yerel mahkemece, davacının da aralarında bulunduğu 300 kadar işçinin iş sözleşmelerinin kıdem tazminatına hak kazanacak şekilde feshedilmiş gibi gösterilerek alt işverende düşük ücretle işe başlatılmaları ve bir ay sonra yeniden işverence girişi yapılarak düşük ücret üzerine toplu iş sözleşmesinin zamlarının uygulanması, toplu iş sözleşme hükümlerini bertaraf etmek amacını taşıyan muvazaalı bir işlem olarak değerlendirmiştir.

Yargıtay ise, davacı işçinin 5 yıla yakın bir sürenin geçmesinin ardından baskı ve tehdit iddialarına dayanarak talepte bulunmasının Borçlar Kanunu'nun 31. maddesine aykırılık oluşturacağı ve işçinin bu süre zarfındaki davranışlarının, daha önceye dayanan iddialardan vazgeçtiği ve toplu iş sözleşmesinde düzen ilkesi gereği kurulan yeni şartları kabul ettiği şeklinde değerlendirilmesi gerektiği, davacı işçinin davranışları ve işleyen sürecin davalı işveren yönünden oluşturduğu güvenin korunması gerektiği yönünde karar vermiştir.

Görüldüğü üzere, mevcut Yargıtay kararının değerlendirilmesi bu kararın verilmesine temel

Dürüstlük kuralı, kanunla gönderme yapılmış bir genel ilke, bir genel kuraldır.

teşkil eden bazı hukuk prensiplerinin ve hukuki düzenlemelerin ele alınarak incelenmesini gerektirmektedir. Söz konusu bu prensipler ve düzenlemeler dürüstlük kuralı, hakkın kötüye kullanılması yasağı, muvazaa ve irade fesadı hallerinin ileri sürülmesine ilişkin prensip ve düzenlemelerdir.

a-) Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması

Bilindiği üzere, dürüstlük kuralı geçmişten günümüze birçok hukuk sisteminde yer alan bazen tanımlayıcı ve düzeltici, bazen de borçlunun yükümünün belirlenmesi amacıyla kullanılan bir kriter olarak karşımıza çıkmaktadır. Hukuk sistemlerinin genel amacı, sadece “doğru” ve kurallara uygun olanı korumak olmayıp, bu kurallar uygulandığı zaman başkalarının haksızlığa uğramayacağı ve başkalarının zarar görmeyeceği sonuçları da sağlamak olduğundan, dürüstlük kuralı, hakkın kullanılmasına ve borcun yerine getirilmesine bağlı bir düzeltici-düzenleyici norm ödevi görmektedir².

Uygulamada kullanılan hak ve yerine getirilen borç türleri arttıkça, dürüstlük kuralı çerçevesinde gösterilmesi gereken sadakat, inanç, özen, bilgi verme ve açıklama yükümlülükleri de artmaktadır. Diğer yandan, dürüstlük kuralı, sadece hukuki işlemlerden doğan hakların kullanılmasında ve borçların yerine getirilmesinde değil, uygulama alanı genişletilerek kandan doğan hakların kullanılmasında ve bunların ifasında da dikkate alınmaktadır³.

Dürüstlük kuralı, güven ilkesinin de dayandığı temel bir belirleyici olarak ortaya çıkmaktadır. Bu anlamda, alacaklının borçlusundan neleri talep edebileceği, borçlunun alacaklısına neleri ifa edeceği konularında dürüstlük kuralı belirleyici bir rol oynayacaktır. Yani hukuki işlemlerin tamamlanmaları ve yorumlanmalarının dürüstlük kuralına göre yapılması gerekecektir⁴.

Türk Hukukunda da, konunun ele alınmış olduğu Medeni Kanun’un “Dürüst davranma” başlıklı 2. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorunda olacaktır. Aynı maddenin ikinci fıkrası

Bir hakkın kullanılması açık bir haksızlık doğuruyorsa, kanun bu hakkı kullanmayı ve bu hakkı korumamaktadır.

uyarınca da, bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumayacaktır. (4721 Sy.MK)⁵.

Görüldüğü üzere, dürüst davranma yükümü, haklarını kullanan ve borçlarını ifa eden herkese yüklenmiştir. Bir başka ifade ile, dürüstlük kuralı, kanunla gönderme yapılmış bir genel ilke, bir genel kuraldır⁶. Bu anlamda, hâkimin Kanun’un yorumunda ve boşluklarının doldurulmasında, Medenî Kanun’un 2. maddesindeki dürüstlük kuralının önemli rolü olacak, özellikle bir hakkın kullanılmasına ilişkin kanun hükümlerine verilecek anlamı belirlemede, dürüstlük kuralı, ciddi bir ölçüt ödevi ifa edecektir.

Diğer yandan, dürüstlük kuralı, Medeni Kanun’un 3. maddesinde düzenlenen iyi niyetten farklı bir anlam ifade etmektedir. İyi niyet, MK m.3’ün ifade ettiği üzere hakların kazanılmasında kazanmaya engel bir durumu bilmemeyi veya bilmesi gerekmeyi ifade etmektedir. İyi niyette objektif olarak haksız bir davranış vardır, fakat haksızlık yaptığı bilinci bulunmadığı için hukuk düzeni, bu iyi niyeti korumaktadır⁷. Burada iyi niyetin korunması, temelindeki dürüstlük kuralı gereği olan güvenin korunmasına dayalıdır. Ancak bu yakınlık iki kurum arasında yani dürüstlük kuralı ile iyi niyet arasında mevcut farklılığı ortadan kaldırmamaktadır. Zira, dürüstlük kuralı ahlâkî temele dayalı, orta vasıfta, makul ve dürüst bir insanın davranışını göstermektedir, iyi niyet ise sadece bir hakkın veya hukukî durumun kazanılmasına engel olabilecek bir durumu bilmek ve bilmesi gerekmektir⁸.

Dürüstlük kuralı emredici olmamakla beraber, hâkim tarafından resen dikkate alınması gerekmektedir. Ancak burada gözden kaçırılmaması gereken husus, dürüstlük kuralının ilgili kanunlardaki özel nitelikteki hükümleri bertaraf etmeyeceği yani ortadan kaldırmayacağıdır. Zira, her uyuşmazlığı, her olayı dürüstlük kuralı

ile çözüme eğilimi dürüstlük kuralının getirilmesini amacından saptıracaktır. Bu yüzden, söz konusu bir uyuşmazlığa ilişkin olarak öncelikle uygulanması gereken özel kanun hükmünün araştırılması, bu hükmün uygulanması eğer menfaatler dengesi ve adalet bakımından uygun, tatminkâr ve adaletli sonuç vermezse, bu sonucu düzeltmek üzere, bu istisnâ durumda dürüstlük kuralına başvurulması gerekmektedir⁹. Görüldüğü üzere, dürüstlük kuralı kanun hükümlerinin somut olaya uygulanmasında ve sözleşmelerin hükümlerinin uygulanmasında bir anlamda düzeltici bir fonksiyon içermekte ve bir anlamda da kanun ve sözleşme hükümlerinin kesin uygulamasına engel olarak hükümlerin yumuşatılması riskini de içermektedir. Oysa Dürüstlük ilkesinin uygulanmasında asıl amaç kanun ve sözleşme hükümlerinin yumuşatılması değildir aksine Kanun ve sözleşme hükümleri kesin ve sert bir şekilde uygulanmalıdır¹⁰. Dürüstlük kuralı ancak ve ancak zorunluluk halinde uyuşmazlığa müdahale etmeli, somut bir haksızlığı, açık bir hakkaniyet ihlâlini belli olayda önlemek için kullanılmalı, genel ve soyut uygulamadan kaçınılmalıdır. Yani bir başka deyişle, dürüstlük kuralı yorumu elverişli olacak derecede ve ölçüde dikkate alınmalı, kanundaki özel düzenlemeyi ortadan kaldırmamalıdır¹¹.

Hakkın kötüye kullanılması ise, bir kanun hükmünden veya bir sözleşmeden doğan bir hakkın amacı dışında kullanılmasını ifade etmektedir. Bu anlamda, bir hakkın kullanılması açık bir haksızlık doğuruyorsa, kanun bu hakkı kullanmayı ve bu hakkı korumamaktadır. Hakkın kötüye kullanılması yasağı, sadece hakkın kullanılmasını sınırlamaz, ilgili olduğu hakkın doğrudan içeriğini yani muhtevasını da belirler. Buna göre, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralları, sözleşmenin kuruluşunda onun muhtevasını denetlemek gibi bir fonksiyon ifa etmemekte, geçerli bir sözleşmenin taraflarından her birinin haklarını kullanırken veya borçlarını ifa ederken nasıl davranmaları gerektiğini belirlemektedirler¹².

Hakkın kötüye kullanılması yasağı, hakkın tümünün kullanılmasını engellememekte, buna karşılık hakkı kötüye kullanan şahsın kötüye

kullandığı hak kısmının veya hakkın olağan ve yasal sınırlar içinde kullanılması sınırlarını aşan kısmının kullanılmasını engellemeyi amaçlamaktadır. Ancak, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının üstün hukuk ilkeleri olarak kabul edilmeleri sebebi ile, şu veya bu metnin şu veya bu kadar dar veya geniş ifade edilmiş olmalarından bağımsız olarak, bu ilkeleri egemen kılacak genişlikte uygulamaları gerekliliği ifade edilmektedir¹³.

Dürüstlük kuralı, hakkın kötüye kullanılması yasağının hukukî temelini oluşturmaktadır. Bu sebeptendir ki, hakkın kötüye kullanılması yasağı da, dürüstlük kuralı gibi, dürüstlük kuralının yörüngesinde üstün hukuk kuralı niteliği ve kuvveti kazanmıştır. Dürüstlük kuralından hareket edilmesi, bu iki ilkenin sadece basit bir hak kullanmada veya borç ilişkisinde değil, bütün insan temaslarında geçerli bir ilke olarak kabul edilmesine yol açmıştır¹⁴. Bir hakkın kötüye kullanılmış olduğundan söz edebilmek için hakkın amacına aykırı olarak kullanılması veya hakkı kullananın bu kullanmada çıkarının olmaması gerektiği kabul edilebilecektir. Nitekim, “Hak’ın ‘hukukun’ tanıdığı ve koruduğu menfaat” olduğu tanımından hareketle, kişinin bir hakkın kullanılması sırasında bu hakkı, amacına aykırı olarak ve korunacak bir “menfaat” olmaksızın kullanması durumunda biçimsel mantığa göre, bu durumun hukukun himayesinde olmaması gerektiği sonucuna varılabilecektir. Yani bir başka ifade ile, bir hak, o hakkın tanınmasındaki amaca aykırı olarak kullanılırsa ve bu kullanmada kullanan bakımından hukukun öngördüğü menfaat yoksa veya çok aşıldı ise ya da çok küçük bir menfaat varsa, bu takdirde o hakkın kullanılmasından değil, hakkın kötüye kullanılmasından bahsedilebilecektir¹⁵.

Hangi tür davranışların hakkın kötüye kullanımını olarak değerlendirileceği uygulamada gerçekten büyük önem taşımaktadır. İncelemekte olduğumuz Yargıtay kararı kapsamında düşünüldüğünde, kişinin önceki davranışı ile çelişkili bir biçimde hareket etmesinin hakkın kötüye kullanımı olarak değerlendirip değerlendirilemeyeceği, bunun dürüstlük kuralına uygun olup olmadığı hususları önem taşımaktadır.

Bir kimsenin önceki davranışlarının, daha sonra kanunun kendisine vermiş olduğu hakları kullanmasında etkisinin olup olmadığı konusu gerçekten önemli bir konudur. Zira kanunlarla kişilere tanınmış olan haklar genelde davranış şartlarına bağlı olmayan objektif nitelikte haklardır. Gerçekten de, bir kişinin önceki davranışlarının daha sonraki hak kullanması ve borç yerine getirmesi bakımından kural olarak etkili olmaması gerektiği kabul edilebilecektir. Zira böyle bir etkinin varlığı, kişinin her an davranışlarını ileri yönelik olarak kullanacağı hakları açısından kontrol etmesi, her davranışında ilerisini düşünerek tereddütlerle hareket etmesi yükümlülüğünü getirecek ve bu durum da kişilik haklarının sınırlandırılması anlamına gelecektir. Oysa bir kimsenin, düşüncesini ve davranışlarını değiştirmek hakkı da kişilik haklarının, kişisel özgürlüğünün bir parçasıdır¹⁶.

Ancak, burada önem taşıyan husus, uyumsuzluğun karşı tarafında bir güven uyandırdıktan sonra, kişinin davranışını değiştirmek veya yeni ve fakat öncekinden tamamen farklı bir davranışta bulunmak suretiyle karşı tarafı hukuken elverişsiz duruma sokmasının, hukuk düzeni tarafından kabul edilip edilemeyeceği hususudur.

Önceki davranış ile sonraki davranış arasında çelişki, iki davranış arasında zıtlık yani terslik anlamını taşıyacaktır. Çelişkili davranışta, önceki ve sonraki davranışlar arasında maddî bir uyumsuzluk, tutmazlık, zıddiyet olmalıdır. Davranışlarla çelişki yaratılmış olması için, çelişkili davranışın kasıtlı veya ihmal ile hareket etmiş olması da aranmayacaktır. Bununla beraber, çelişkili davranıştan söz edebilmek için çelişkili hareket eden kişinin, önceki davranış sırasında daha sonra bu davranışının bazı hukukî sonuçları olabileceğini objektif olarak bilebilmesi ve öngörmesi de gerekmektedir¹⁷.

Çelişkili davranıştan söz edilebilmesi için, olayda karşı tarafın korunmağa değer bir hakkının varlığı, psikolojik ve maddi bakımdan "korunmağa değer bir güveni" oluşması ve çelişkili davranışın bu güvenin oluşmasına sebep olması, buna meydan vermesi gerekmektedir. Yani, karşı tarafın önceki davranışa güvenmesi gerekmektedir. Ancak, bu güven, karşı tarafın

daha sonraki davranışın farklı olacağını veya olabileceğini bilmesi durumunda ise korunmayacaktır. Çünkü farklı davranılacağını bilen tarafın önceki davranışa güvenmesi için bir sebep olmayacaktır. Bunun gibi, önceki davranış sırasında ileride aksine davranış uyarısı yapılmışsa örneğin ihtirazı kayıt konulmuşsa artık, ondan sonraki davranışın ilki ile farklı, çelişkili olduğundan söz edilemeyecektir¹⁸.

Diğer yandan bir hakkın uzun süre kullanılmamasının, bu haktan feragat edildiği şeklinde yorumlandığı durumlarda da, aksine hareket edildiğinde çelişkili davranıştan söz edilebilecektir. Gerçekten de bir hakkını uzun süre kullanmayarak hareketsiz kalan tarafın bu hareketsizliği yorum yolu ile, o haktan feragat ettiği vazgeçtiği yolunda zimni bir irade açıklaması olarak yorumlanabilecektir. Nitekim, uzun süre hareketsiz kalan tarafın, bu susmasına o hakkı kullanmaktan feragat ettiği anlamı, dürüstlük kuralına göre verilmektedir. Bu anlamda, karşı çıkarların bulunduğu bir ilişki içinde taraflar birbirlerine karşı münferit alacaklarını, uzun süre talep etmemişlerse, artık dürüstlük kuralına göre ileride de talep etmeyecekleri, bu haktan vazgeçtikleri kabul edilebilecektir¹⁹.

Bunun gibi, hak sahibi daha önceki davranışı ile bir hakkını kullanmayacağını açıklamışsa veya davranışından bu sonuç çıkıyorsa, daha sonra, bu davranışı ile çelişir biçimde o hakkı kullanırsa, hakkını kötüye kullanmış olacaktır. Yine, önceden mevcut bir haksızlığı kendi çıkarına dokunmadığı sürece onaylayan ve hatta bu haksız düzenlemeye katılan bir şahsın, bu haksız düzenleme kendisine uygulandığında, buna karşı dava açmasında da çelişkili davranış söz konusu olacaktır²⁰.

Kanımızca da böyle bir durumda, kişinin karşı tarafta güven uyandırdıktan sonra, davranışını değiştirerek veya yeni ve fakat öncekinden tamamen farklı bir davranışta bulunarak, karşı tarafı hukuken elverişsiz duruma sokmasını hukuk düzenin korumayacağı ifade edilebilecektir. Zira, karşı tarafın güvenini boşa çıkarmak, sonraki davranışı ile önceki davranışını ve sonuçlarını tamamen ortadan kaldırmak bir anlamda hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilecektir²¹. Yani, bir başka ifade

ile herkes kanunlardan veya sözleşmelerden doğan haklarını kullanmakta özgür olacak ancak, karşı tarafta, önceki bir takım davranışları ile güven uyandırdıktan sonra, bu güveni sarsacak, boşa çıkaracak şekilde davranamayacaktır. Örneğin herkes dava açmakta, davasını şu veya bu temele dayandırmakta; davalı ise savunmasında şu veya bu aracı kullanmakta serbest olacak ancak, karşı tarafta, önceki bir takım davranışları ile güven uyandırdıktan sonra, bu güveni sarsacak, boşa çıkaracak şekilde davranılmasına hukuk müsaade etmeyecektir. Amaç bu şekilde hakkın kötüye kullanma yasağını çiğneyen tarafın haksız amacına, yarattığı güveni ihlâl ederek erişmek istediği sonuca ulaşmasını engellemek olacaktır²².

MK m.2 herkesin, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorunda olacağını belirttikten sonra, bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeninin korumayacağını ifade etmiştir. Madde kişileri uymakla yükümlü tuttuğu halde ve yasakladığı durumda, bu genel ifadenin anlattığından daha somut bir yaptırım öngörmemiştir. Bu durumda, dürüstlük kuralının hakların ve borçların içeriklerini belirlemesi, hakkın kötüye kullanılması halinde ise, hakkını kötüye kullananın dava hakkından veya definden yoksun bırakılması söz konusu olabilecektir. Bu kapsamda, hakkını kullanırken veya borcunu yerine getirirken dürüstlük kuralına uymayan şahsa karşı, muhatabı lehine o hakkın veya borcun gereğini dürüstlük kuralına göre belirlemek için bir talep hakkı doğacak ve bu talebin kaynağı da Medeni Kanun'un 2. maddesi olacaktır. Hakkını kullanan veya borcunu yerine getiren kişi, karşı tarafın bu talebine uygun olarak davranarak, hakkın veya borcun içeriğini onun talebine uygun olarak düzeltmeyi kabul ederse Kanun hükmü yerine getirilmiş, buna karşılık taraflar çıkan uyuşmazlığı, muhatabın talebine uygun değil de, her iki tarafın iddialarını dikkate alan bir sulh sözleşmesi ile çözerlerse, ihtilaf bu kez bu sözleşmeye uygun olarak çözülmüş olacaktır. Taraflar arasındaki uyuşmazlık kabul veya sulh sözleşmesi yoluyla çözülmez ise, bu kez karşı tarafın dürüstlük kuralına uygun davranmadığını iddia eden taraf,

onun dürüstlük kuralına aykırı bulduğu edimini düzeltilmesi, âdil ve hakkaniyete uygun hale getirmesi için dava açabilecektir. Bu durumda da MK m. 2'deki dürüstlük kuralı hâkime kanunun uygulanmasında, yorumunda, kanun boşluklarının doldurulmasında ve takdir hakkının kullanılmasında düzeltici, yol gösterici ve yaratıcı bir rol oynayacaktır²³.

Diğer yandan, MK. m.2'de yer alan düzenlemelere uyulmamış olması iddiası def-iden farklıdır. Zira, def-iler borçlunun ifa edeceği edimi ya hiç ifa etmemek veya geciktirmek hususunda haiz olduğu savunmalardır. Borçlu dayandığı defiyi ileri sürmek, belli usul kesitinde değerlendirmek zorundadır. Aksi halde bu def'iyeye dayanamaz ve onun sonuçlarından yararlanamaz. MK. m.2'ye aykırılık iddiası ise hâkim tarafından re'sen dikkate alınır²⁴. Nitekim Yargıtay da vermiş olduğu kararlarda, Medeni Kanun'da yer alan dürüstlük ilkesinin genel bir hukuk ilkesi olduğunu usul hukukunda da geçerli olduğunu belirtmekte ve Devletin bir kurumu olan mahkemelerin haksız, hileli ve kanuna aykırı şekilde bir yargılama ile uyuşmazlığı çözümlemesinin düşünülemediğini ifade etmektedir. Yargıtay'ca dürüstlük kuralı, kamu yararı açısından da dikkate alınmayı gerektirmekte, zira davanın usul ekonomisine uygun şekilde sonuçlanması, ancak dürüstlük kuralının medeni usul hukukunda da geçerli olması ve hakim tarafından kendiliğinden nazara alınmasıyla mümkün olmaktadır²⁵.

Yani bir başka ifade ile, hakim MK.m.4 uyarınca, kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda, hukuka ve hakkaniyete göre karar verecektir. Bu kapsamda, hâkim dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağına uyulup uyulmadığını re'sen dikkate alacaktır. Zira, hem dürüstlük kuralı hem de hakkın kötüye kullanılması yasağı davada ve usulde hukukî mesele teşkil ederler. Maddî meselenin zıddı olan hukukî meselede hâkimin karşısında bir hukuk kuralı vardır. Hukuk kuralının aranması, bulunması, içeriğinin aydınlatılması ve uygulanması hâkimin görevi ve yükümlülüğüdür. Bu sebeple hâkim dürüstlük kuralı ile hakkın kötüye kullanılması yasağı ku-

rallarını görevinden dolayı uyuşmazlığın hangi safhasında olursa olsun dikkate almak zorundadır²⁶. Hâkimin bu iki kuralı uygulayabilmesi için, taraflardan birinin ona bu konuda başvurusu, bu kuralları ileri sürmesi, talep etmesi, savunmaları arasında bunlara yer vermesi gerekli değildir²⁷. Hakim resen kötüye kullanılan hakkın kötüye kullanılan bölümünü dikkate almayacak, kötüye kullanılmış olan bölümüne hukukî himaye tanımayacak, buna karşılık kanunun amacına uygun hakkı sonuna kadar, hukukun bütün imkânları ile koruyacaktır.

Buna karşılık, tarafların irade özgürlüğü sınırları içinde MK.m.2'de yer alan her iki kuralı bertaraf edebilecekleri de kabul edilmektedir. Buna göre, taraflar MK'nın 2. maddesinin arasındaki ilişkide uygulanmayacağını kararlaştırabileceklerdir. Bu düşünceye göre taraflar sözleşmelerinin dürüstlük kuralına göre tamamlanmasını ve yorumlanmasını istemeyebilecekler ve bunu yapacakları sözleşmeye bir hüküm,

Daha sonra aradan 5 yıl geçtikten sonra, davacı işçi 2002 sonu ve 2003 başlarında gerçekleşen bu uygulamada iradesinin fesada uğratıldığını ve belgelerin baskı sonucu imzalandığını ileri sürmüştür. Oysa, işçi gerçekleşen bu işlemlerden sonra kıdem tazminatını tam olarak almış, süregelen ekonomik kriz döneminde değerlendirmiş herhangi bir ihtirazı kayıt ileri sürmeksizin işyerinde çalışmaya devam etmiştir. Nitekim söz konusu süreç işçi sendikasının da içinde bulunduğu bir ortamda işlemiştir.

Bu yönüyle işverende 2002 ve 2003 yıllarında gerçekleşen işlemlerin geçerliliği yönünden bir güven duygusu oluşmuştur. Hatta devam eden süreçte işçi ve işveren sendikaları birbirini ardına üç ayrı toplu iş sözleşmesi imzalamışlar ve işçilerin almakta oldukları ücretlerine göre ücret artışlarını belirlemişlerdir. Bu durumda işçi sendikasının da içinde bulunduğu doğal bir süreç işlemiştir. Yukarıda da ifade edildiği üzere, bir hakkın uzun süre kullanılmama-

Muvazaada iki tarafın gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları tabirlere bakılmayacak; tarafların gerçek ve ortak amaçları araştırılacaktır.

bir şart olarak koyabileceklerdir. Bu anlamda taraflar, yapacakları sözleşmeye hakkın kötüye kullanılması yönünde bir savunmada bulunmayacakları şeklinde bir hüküm koyabileceklerdir. Ancak böyle bir düzenleme söz konusu olmadığı takdirde hâkim dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağına uyulup uyulmadığını re'sen dikkate alacaktır²⁸.

Yargıtay kararına konu olayda, işverence 2002-2003 yıllarında işçilerin talebi üzerine ve sendikanın da bilgisi dahilinde bazı işçilerin iş sözleşmesinin feshedildiği ve kıdem tazminatlarının ödendiği, daha sonra bu işçilerin alt işveren işçisi olarak çalıştırılmaya başlandığı, bir süre sonra ise, işçilerin yeniden davalı işveren nezdinde işe alındığı görülmektedir. Ancak bu arada işçi ücretleri düşürülmüş ve toplu iş sözleşmesinin daha sonraki periyodik ücret artışları işçilerin almakta oldukları bu ücretlere uygulanmıştır.

sı, bu haktan feragat edildiği şeklinde yorumlanabilecek ve uzun bir süre geçtikten sonra aksine hareket edildiğinde çelişkili davranıştan söz edilebilecektir. Zira, bir hakkını uzun süre kullanmayarak hareketsiz kalan kişinin bu hareketsizliği yorum yoluyla dürüstlük kuralına göre, o haktan feragat ettiği vazgeçtiği yolunda zımni bir irade açıklaması olarak yorumlanabilecektir.

Bunun gibi, hak sahibi daha önceki davranışı ile bir hakkını kullanmayacağını açıklamışsa veya davranışından bu sonuç çıkıyorsa, daha sonra, bu davranışı ile çelişir biçimde o hakkı kullanırsa, hakkını kötüye kullanmış olacaktır. Yine, önceden mevcut bir haksızlığı kendi çıkarına dokunmadığı sürece onaylayan ve hatta bu haksız düzenlemeye katılan bir şahıs, bu haksız düzenleme kendisine uygulandığında, buna karşı dava açmasında da çelişkili davranış söz konusu olacaktır. İşçinin

bu şekilde ihtirazi kayıt ileri sürmeksizin çalışmayı sürdürmesinin ve aradan geçen yılların, işverende bir güven uyandıracığına şüphe bulunmamaktadır. Bu durumda da işverende uyanan bu güveni sarsacak, boşa çıkaracak şekilde davranılmasına hukuk düzeninin müsaade etmesi kabul edilemeyecektir. Bu yüzden, Yargıtay Kararında da belirtildiği üzere, davacı işçinin geçersiz olduğunu ileri sürdüğü işlemi bizzat imzasıyla gerçekleştirdiği, kriz ortamında aldığı kıdem tazminatını değerlendirdiği ve uzun yıllar çalışmaya devam ettiği göz önüne alındığında, bu işlemin örtülü bir irade beyanı olarak değerlendirilerek işverende bir güven oluşmasına sebebiyet verdiği kabul edilebilecek ve işveren yönünden oluşan bu güvenin korunması gerekecektir. Bu anlamda 5 yıl bir süre geçtikten sonra işçinin bu işlemlere karşı dava açması hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilerek dürüstlük kuralına aykırılık oluşturacaktır.

b-) Muvazaa

Kararda sözü edilen ve sözcük anlamı ile ciddi olmayan beyan olarak ifade edilebilecek olan muvazaa hukuki açıdan farklı şekillerde tanımlanabilecektir. Buna göre muvazaa ;

- tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla ve fakat kendi gerçek iradelerine uymayan, aralarında hüküm ve sonuç doğurmayan bir görünüş yaratmak hususunda anlaşmaları²⁹;
- asıl maksadın saklanarak veya gizlenerek gerçeğe uygun olmayan muamelede bulunulması³⁰;
- bir beyanın diğer tarafın da istek ve muvafakatiyle yalnız görünüşte yapılması, yani beyan edilen şeyin, hukuki işlem veya sözleşmenin istenilen işlem veya sözleşme olmadığı hususunda tarafların uyuşmuş olmaları³¹;
- tarafların aralarında yaptıkları sözleşmenin hiç hüküm doğurmaması veya görünüşteki sözleşmeden başka bir sözleşmenin hükümleri doğurması hususundaki anlaşmaları³² ya da
- tarafların üçüncü kişilerden durumu gizleyerek, onları aldatmak amacıyla, aralarında gerçek iradelerine uymayan bir sözleşme yapmaları, fakat görünürdeki bu işlem veya sözleşmenin kendi aralarında geçerli olmaya-

cağı, bu işlemin arkasında gizledikleri işlemin geçerli olacağı hususunda anlaşmaları³³ şeklinde tanımlanabilmektedir.

“Muvazaa” Borçlar Kanunu’nun 18. maddesinde “Bir aktin şekil ve şartlarının tayininde, iki tarafın gerek sehven ve gerek kasten akittikleri hakiki maksatlarını gizlemek için kullandıkları tabirlere ve isimlere bakılmayarak onların hakiki ve müşterek maksatlarını aramak lazımdır.” düzenlemesinde karşımıza çıkmaktadır. Görüldüğü üzere, muvazaalı işlemde taraflar ya gerçekte herhangi bir sözleşme yapmak istemedikleri halde sırf üçüncü kişileri kandırmak amacıyla bu sözleşmeyi yapıyor görünmekte ya da gerçekten yapmak istedikleri bir sözleşmeyi aynı amaçla yapmak istemedikleri ama yapıyor göründükleri başka bir sözleşmenin arkasına gizlemektedirler³⁴.

Muvazaa ne şekilde yapılırsa yapılsın, muvazaadan söz edebilmek için, somut işlem veya sözleşmede şu üç unsurun bulunması gerekmektedir. Bunlar, tarafların iç iradeleri ile açıkladıkları irade arasında bilerek ve isteyerek kasden meydana getirilmiş bir uygunsuzluk, üçüncü kişilerden durumu gizleme ve onları aldatma niyeti ve tarafların üçüncü kişilere karşı gerçek dışı bir görünüş yaratmak hususunda anlaşmış olmalarıdır³⁵.

Muvazaanın iki türü bulunmaktadır. Bunlardan biri mutlak ve diğeri nispi muvazaadır. Görünürdeki işlem, muvazaa anlaşması ve aldatma kastı şeklinde üç unsuru bulunan mutlak muvazaada, taraflar gerçekte hiç yapmak istemedikleri bir sözleşmeyi sırf üçüncü kişileri yanıltmak amacıyla yapmış gibi görünmeleri söz konusudur³⁶.

Nispi muvazaada ise, görünürdeki işlem, gizli işlem, muvazaa anlaşması ve aldatma kastı şeklinde dört unsur bulunmaktadır. Burada tarafların gerçekten yapmak istedikleri bir sözleşmeyi, üçüncü kişiler tarafından öğrenilmesini engellemek amacıyla yapmak istemedikleri başka bir sözleşmenin arkasına gizlemeleri söz konusudur. Görüldüğü üzere, nispi muvazaa genellikle sözleşmenin niteliğine ilişkin olup biri tarafların gerçekte yapmak istedikleri fakat üçüncü kişilerden gizledikleri muamele, diğeri, üçüncü kişileri aldatmak amacıyla yapıyor-

muş gibi göründükleri muamele olmak üzere iki hukuki muameleye sahiptir³⁷.

Mutlak muvazaada, görünürdeki işlem tarafların irade beyanları uyuşmadığı ve ayrıca bu işlemin aralarında hiçbir hukuki sonuç doğurmayacağına ilişkin muvazaanın anlaşılması nedeniyle geçersizdir. Nispi muvazaada ise; görünürdeki muvazaalı işlem, tarafların irade beyanları uyuşmadığından, dolayısıyla aralarında sözleşme kurulmadığından ve ayrıca muvazaanın konusunda anlaşmış oldukları için geçersizdir. Gizli işlem ise kanunun aradığı diğer şartlara (şekil şartı vs. gibi) uygun olmak şartıyla, irade beyanlarında uyuşma olduğu için geçerlidir³⁸.

Muvazaalı (görünürdeki) sözleşmenin hükümsüzlüğü "mutlak butlan" şeklindedir. Yani görünürdeki sözleşme, taraflar hakkında hiçbir hüküm ifade etmez, alacak ve borç doğurmaz. Hakim bir işlemin muvazaalı olduğunu öğrenir veya dosyadan tespit ederse, bunu re'sen nazara alacaktır³⁹. Yani bir başka ifade ile muvazaada iki tarafın gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları tabirlere bakılmayacak; tarafların gerçek ve ortak amaçları araştırılacaktır. Muvazaanın, hukuki işlemin geçersizliğine neden olan ve butlan sonucunu doğuran bir hal olduğundan mahkeme tarafından tarafların talebi üzerine veya kendiliğinden göz önünde bulundurulacaktır⁴⁰. Mahkeme her türlü delili inceleyerek karar vermekte, verdiği kararlar sadece davanın taraflarını değil üçüncü kişileri de ilgilendiren sonuçlar ortaya çıkmaktadır⁴¹.

Muvazaanın kavramı Türk İş Hukuku açısından özellikle 4857 sayılı İş Kanunu'nun⁴² 2003 yılında yürürlüğe girmesi ile önem kazanmıştır. Zira, İK.m.2/7 ve 2/8 asıl işveren alt işveren ilişkisini düzenlerken muvazaanın kavramına da yer vermiş ve işverenin bazı işlemlerini muvazaalı davranış olarak nitelemiştir. Nitekim söz konusu düzenlemeler uyarınca, bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denilecek ve bu iliş-

kide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumlu olacaktır.

Ancak, asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamayacak veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamayacaktır. Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilecek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görecektir.

Daha sonra, yayımlanan Alt İşverenlik Yönetmeliği⁴³ ise, muvazaalı sözleşmenin, işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl işin bir bölümünde uzmanlık gerektirmeyen işlerin alt işverene verilmesini, daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile kurulan alt işverenlik ilişkisini, asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak hakları kısıtlanmak suretiyle çalıştırılmaya devam ettirilmesini, kamusal 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 ihtiva eden sözleşmeyi ifade ettiğini belirtmiştir (m.3,(1), g.).

Yönetmelik daha sonra da muvazaanın incelenmesi başlıklı 12. maddesinin birinci ve ikinci fıkrasında da tescilli yapılan işyeri için Yönetmelikte belirtilen belgelerde Kanuna aykırılık veya muvazaanın kanaatini oluşturan delillerin bulunması hâlinde, söz konusu belgelerin gerekçesi ile birlikte incelenmek üzere bölge müdürlüğüne iş teftiş grup başkanlığına intikal ettirileceği ve muvazaanın incelenmesinde özellikle; alt işverene verilen işin, işyerinde asıl işveren tarafından yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl işin yardımcı işlerinden olup olmadığı, alt işverene verilen işin işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olup olmadığı, alt işverenin daha önce o işyerinde çalıştırılan bir kişi olup olmadığı, alt işverenin işe uygun yeterli ekipman ile tecrübeye sahip olup olmadı-

ğı, istihdam edeceği işçilerin niteliklerinin yapılacak işe uygun olup olmadığı, 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, hususlarının göz önünde bulundurulması gerektiği hususları ifade edilmiştir.

Yukarıda sözünü ettiğimiz İş Hukuku alanında muvazaaya ilişkin düzenlemelerin 4857 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğe girdiği dönemden sonraki ilişkileri etkileyeceğine şüphe bulunmamaktadır. Oysa Yargıtay kararına konu olan işyeri işçilerinin sözleşmelerinin feshedilerek alt işveren işçisi olarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi olayı 2002 yılı sonu ve 2003 yılı başında gerçekleşmiş bir olaydır. Bu yüzden Yargıtay kararında da belirtildiği üzere, o dönemde davalı işveren tarafından gerçekleştirilen alt işveren uygulamalarının geçerli olduğu kabul edilebilecektir. Zira sözü edilen uygulamaların o tarihte yürürlükte olan 1475 sayılı İş Kanunu ve Borçlar Kanunu hükümleri çerçevesinde ele alınması gerekmektedir. Bu anlamda 4857 sayılı İş Kanunu ve ilgili Yönetmeliğin yürürlük tarihlerinden önce gerçekleştirilen bu tür bir olaya uygulanması mümkün olmayacaktır. Yani, madde 2'de sözü edilen "asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle haklarının kısıtlanamayacağı, aksi halde bunun muvazaaya sayılacağı" hükmü mevcut olayda uygulanamayacaktır. Diğer yandan Yargıtay'ın da belirttiği gibi, burada bir muvazaanın olduğu iddia edilse bile bu muvazaanın tarafı olan işçinin kendi muvazaasına dayanması söz konusu olamayacaktır.

c-) İrade Fesadı (İrade Beyanındaki Sakatlık) ve İleri Sürülmesi

Bilindiği üzere bir sözleşmenin kurulması için iki veya daha çok kişinin bir hukukî sonuç

meydana getirmek üzere karşılıklı irade beyanında bulunmaları ve bu irade beyanlarının birbirlerine uygun olması gerekmektedir. İki tarafın karşılıklı birbirine uygun irade beyanları ile sözleşmenin kurulması, bir tarafın teklifinin diğer tarafın kabul etmesi ile olur. Yani, yapılan icabın kabul edilmesi ile sözleşme kurulur. Bu şekilde kurulan bir sözleşmenin geçerli olması ve hüküm doğurabilmesi için en önemli koşullardan biri ise, irade beyanlarının sıhhatli olmasıdır. İrade beyanının sıhhatli olmaması; diğer bir ifade ile irade beyanındaki sakatlık (irade fesadı), beyanın iradeye uymamasından ya da iradenin oluşumundaki bir etkenden ileri gelebilmektedir.

Kişi arzusuna uymayan bir irade beyanını bilerek ve isteyerek yapıyorsa, ya bir zihni kayıt veya bir lâife beyanı söz konusudur. Buna karşın, kişinin irade beyanındaki sakatlık iradenin oluşmasındaki bir etkenden ileri geliyorsa ya hata, ya hile ya da ikrah sonucu oluşmuş bir arzuyu açıklayan beyan söz konusu olacaktır. Hata, hile ve ikrahın hangi şartlarla irade beyanını sakatlayacağı ve sözleşmenin geçerliliğine nasıl etki yapacağı Borçlar Kanunu'nun 23-31. maddelerinde düzenlenmiştir.

Hata, ya irade beyanının istenmeyerek iradeye uygun olmaması veya iradenin oluşmasına etken olan bir hususta düşüncenin gerçek duruma uygun olmamasıdır. Birinci halde beyan hatası, ikinci halde arzunun oluşmasına yol açan saikte hata söz konusu olacaktır⁴⁴. Hile, bir kimsenin, davranışı ile diğer şahsı irade beyanında bulunmaya sevk etmek için o şahısta hatalı bir fikrin doğumuna veya teyidine ya da devamına kasten sebebiyet vermesidir. Bu bakımından hile kasten bir kişinin saik hatasına düşürülmesi olarak nitelendirilebilecektir⁴⁵. İkrah ise, hukuka aykırı şekilde yapılan tehditle, istenilen irade beyanında bulunmadığı takdirde, bir kimsede bir kötülüğe maruz kalacağı kanaati uyandırılması, o kimsenin korkutulmasıdır⁴⁶.

Bir sözleşme yapılırken, esaslı hataya düşen, hile veya ikraha maruz kalan tarafın o sözleşme ile bağlı olmadığı BK. m. 23, 28 ve 29'da belirtilmiştir. Diğer yandan BK. m. 31 ise "Hata veya hile ile sakat olan yahut ikrah ile yapılan

sözleşme ile müzlem olmayan taraf sözleşmeyi ifa etmemek hakkındaki kararını diğer tarafa beyan yahut verdiği şeyi istirdat etmeksizin bir seneyi geçirirse, sözleşmeye icazet verilmiş sayılır” demektedir. Madde uyarınca bu süre, hata veya hilenin anlaşıldığı veya korkunun ortadan kalktığı tarihten itibaren başlayacaktır. Yani bir başka ifade ile, hataya düşen, hile veya ikraha maruz kalan, sözleşme ile bağlı olmayacaktır. Fakat sözleşme BK. m. 31’de belirtilen süre sonunda geçerli hale dönüşebilecek bir sözleşmedir. Hataya düşen, hile veya ikraha maruz kalan taraf, sözleşmenin geçerli hale gelmesini önlemek istiyorsa bu arzusunu beyan etmek, iptal hakkını süresinde kullanmak zorundadır. Bu beyan yapılmadıkça hâkim sakatlığı re’sen nazara alamayacaktır. Bu anlamda iptal hakkı, sözleşmenin geçerli hale dönüşmesini önlemeye ve sözleşmeyi kesin olarak hükümsüz hale getirmeye imkân veren bir yenilik doğuran haktır⁴⁷.

Sözleşmenin iptali için dava açmaya gerek olmayıp iptal hakkı mahkeme dışı bir beyanla kullanılabilir. Ancak karşı taraf iptal hakkının varlığına itiraz ederse, iptal hakkının varlığının, yani hata, hile veya ikrah sebebiyle sözleşmenin iptali konusunda aranan koşulların varlığının tespiti için dava açılabilir. İptal hakkının kullanılacağı BK. m. 31’de belirtilen 1 yıllık süre hak düşürücü süredir. Bir yıllık hak düşürücü sürenin başlangıcı, hata ve hilede bunların anlaşıldığı tarih, ikrahta ise korkunun ortadan kalktığı tarihtir. Bu tarihi ispat yükü iptal hakkının düştüğünü iddia edene düşer. Buna karşılık, hatasını veya hileyi öğrenmiş olan veya korkusu sona eren tarafın bundan sonra sözleşmenin hükümlerini ifa etmesi veya karşı tarafın edimini kabul etmiş olması, sözleşmeye icazet teşkil ederek iptal hakkını düşürebilecektir. Bunun gibi, tarafların yükümlülüklerini yerine getirmeleri ve aradan geçen uzun zaman bakımından iptal hakkının kullanılması dürüstlüğe aykırı düşüyorsa, MK. m. 2 uyarınca hakkın kötüye kullanılması sayılarak iptal hakkı engellenebilir.

İncelenmekte olan Yargıtay kararında davacı işçi 2002 sonu ve 2003 başlarında gerçekleşen, mevcut iş sözleşmelerinin feshi, daha

sonra alt işveren işçisi olarak istihdam ve daha sonra tekrar eski işyerine daha düşük ücretle işe alınma uygulamalarında iradesinin fesada uğratıldığını ve belgelerin kendisine baskı sonucu imzalatıldığını ileri sürmüştür. Ancak işçi aradan geçen yaklaşık 5 yıl boyunca bu irade fesadını ileri süren bir talepte bulunmamıştır. Oysa yukarıda da ifade edildiği üzere, BK.m.31 “Hata veya hile ile haleldar olan yahut ikrah ile yapılan akıt ile müzlem olmayan taraf bu akdi ifa etmemek hakkındaki kararını diğer tarafa beyan yahut verdiği şeyi istirdat etmeksizin bir seneyi geçirir ise, akde icazet verilmiş nazariyle bakılır. Bu mehil, hata veya hilenin anlaşıldığı veya korkunun zail olduğu tarihten itibaren cereyan eder” demektedir. Bu sebeple, davacı işçinin 5 yıla yakın bir sürenin geçmesinin ardından baskı ve tehdit iddialarına dayanarak talepte bulunmasının Borçlar Kanunu’nun 31. maddesine aykırılık oluşturacağı ve işçinin bu süre zarfındaki davranışlarının, daha önceye dayanan iddialarından vazgeçtiği ve toplu iş sözleşmesinde düzen ilkesi gereği kurulan yeni şartları kabul ettiği şeklinde değerlendirilmesi gerektiği ve davacı işçinin davranışları sonucu, işleyen sürecin davalı işveren yönünden oluşturduğu güvenin korunması gerektiği yönündeki Yargıtay kararına katılmaktayız.

Sonuç

Yukarıda ele aldığımız ve inceleme konusu yaptığımız işçilik haklarının talep edilmesinde dürüstlük kuralı, hakkın kötüye kullanılması yasağı ve irade fesadının ileri sürülmesine ilişkin Yargıtay kararı, kanımızca varmış olduğu sonuç itibarıyla yerinde ve doğru bir karardır.

DİPNOTLAR

- 1 Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, <http://www.legalbank.net/belge.aspx?id=700853&ara=>
- 2 AKYOL, Şener; Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul 1995, s.3; KESER, Leyla; Dürüstlük Kuralı ve Konkordato Mühletli Bakımından Önemi, Prof. Dr. Mahmut Tevfik BİRSEL’e Armağan İzmir 2001, s.253-267
- 3 Ayrıntı için bkz. EDİS, Seyfullah : Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Basıdan Tıpkı Basım, Ankara 1993 s.299-300.; ÖZSUNAY, Ergun : Medeni Hukuka Giriş, Gözden Geçirilmiş 5. Bası, İstanbul 1986, s.345 vd.; TEKİNAY, Selahattin Sulhi : Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, Gözden Geçirilmiş İlaveli 6. Bası, İstanbul

- 1992, s.164, 166 vd.; ZEVKLİLER, Aydın : Medeni Hukuk-Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku 4. Bası, Ankara 1995
- 4 Yarg. 13.HD. 23.09.2002 t. E.2002/6964 K.2002/9369, <http://www.legalbank.net/belgeasp?id=118671&ara=>
- 5 RG.08.12.2001 No: 24607
- 6 AKYOL, s. 5
- 7 J GGI, Art. 3, N. 35; MERZ, Haris: Berner Kommentar zum Schveizerischen Privatrecht, Bd. I : Einleitung und Personenrecht, Art. 1-10 ZGB, Bern 1966, Art. 2, N. 82, Aktaran AKYOL, s. 10
- 8 AKYOL; s.11; Ayrıntılı bilgi için bkz. DEMİR, Fevzi ; Hukukun Temel Kavramları, İzmir 2007, s. 294 vd.
- 9 BGE 87 n 147, JdT 1962 I 86; BGE 105 H 39, JdT 1979 I 608; Grundsatz der Subsidiarität; MERZ, Berner Kommentar, Art. 2, N. 49; DESCHENAUX, im Schweiz. Privatrecht II, s. 155/156; Aktaran AKYOL, s. 15
- 10 STAUDINGER/WEBER, § 242, N. A.2, aktaran AKYOL, s.16
- 11 DESCHENAUX, in Schw. Privatrecht ü, s. 154; Aktaran AKYOL, s.17
- 12 AKYOL, s.19 vd.
- 13 STAUDINGER/WEBER, § 242, N. D 35-36, Aktaran AKYOL, s.19
- 14 STAUDINGER/WEBER, § 242, N. A.2, aktaran AKYOL, s.21
- 15 AKYOL, s.21
- 16 DESGHENAUX, in Schweiz, Privatrecht II, s. 182, Aktaran AKYOL, s. 52
- 17 AKYOL, s.53
- 18 AKYOL, s.53
- 19 DESCHENAUX, in Schweiz. Privatrecht II, s. 184, dn.27, BGE 81 II, s. 634; MünchKomm-ROTH, § 242, N. 327; Aktaran AKYOL, s. 57
- 20 AKYOL, s.57-60
- 21 DESCHENAUX in Schweiz Privatrecht II, s. 183/184, Aktaran AKYOL, s.52
- 22 PALANDT/HEINRICHS : Bürgerliches Gesetzbuch, 53. Aufl., München 1994, § 157, Rdnr. 1, § 242, N. 55, Aktaran AKYOL, s. 56
- 23 AKYOL, s.105
- 24 STAUDINGERAVEBER, § 242, N. D 12, Aktaran AKYOL, s.9
- 25 Yarg. 10.HD. 29.01.2008 t. E. 2007/5188, K. 2008/645, <http://www.legalbank.net/belgeasp?id= 06072 &ara=>; PEKCANITEZ, Hakan /ATALAY, Oğuz /ÖZEKES, Muhammet, Medeni Usul Hukuku. 6. Bası. Ankara 2007. s. 275-277
- 26 DESCHENAUX, İm. Schveiz. Privatrecht ü, s. 154-235; GERMAN- Grundlage der Rechtswissenschaft, s. 223 , Aktaran AKYOL, s.9
- 27 MERZ, Art.2, N.106; DESCHENAUX, im Schweiz. Privatrecht II, s.154; STAUDINGERA VEBER, § 242, N. A 167, ENNECERUS/LEHMANN-Schuld. § 4 II 1; OERTMANN, § 242 4b; ENDEMANN, § 100 2a ; VON TUHR, Allg. Teü II, § 64 ü. s. 547; AKYOL, s. ; FEYZİOĞLU, Hakların Kötüye Kullanılması, Medeni Kanun 50. Yıl Sempozyumu, İstanbul 1978, s. 1871.
- 28 AKYOL, s.7
- 29 ESENER, T., Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler, İstanbul 1956, s. 7; EREN, F., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, Aralık 2006, s. 315; "...B.K. 18/1. maddesinde açıklandığı gibi taraflar üçüncü kişileri aldatmak kastıyla sözleşmedeki gerçek niyetlerini gizlemektedirler. Aldatma kastındaki amaç, tarafların harice karşı aldatıcı durum yaratmak hususundaki niyetleridir..." HGK. 6.6.2001 T., 9-711 E., 820 K. ÇANKAYA, O.G./ÇİL, Ş., İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara 2006, s.41 vd.; URCAN, Gülümden; Muvazaalı Alt İşverenlik İlişkinin Tespiti ve Usul Hukuku Açısından Gösterdiği Bazı Özellikler, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 19/2008, s.964 AYDINLI, İ., Türk İş Hukukunda Alt İşveren İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, Ankara Haziran 2008, s. 239. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. B., İstanbul 1988, s. 550; AKINCI, Şahin, Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler, Konya 2000, s. 78, AYAN, s. 173;
- 30 ŞEN, Murat/ NANEÇİ, Aslı; Alt İşveren-Alt işveren ilişkisi ve Alt İşverenlik Sözleşmesi SİCİL, İş Hukuku Dergisi, Eylül 2009, Y:4, S:15,
- 31 KAPLAN, E. Tuncay ; Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkinde Muvazaalı İşlem Sorunu, A.Can TUNCAY'a Armağan, s.219
- 32 Kemal OĞUZMAN,/Turgut ÖZ; Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 2. Bası, İstanbul, 1998, s. 106 ; KAPLAN, s.224
- 33 KAPLAN, İbrahim, Borçlar Hukuku Dersleri, Genel Hükümler 3.Bası, Ankara 2003, s.96; Sefa REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, Genel Hükümleri, 15. Bası, İstanbul 2002, s. 80 - 81.
- 34 AYDINLI İbrahim, Görünürdeki İşlemler Açısından Türk İş Hukukunda Alt İşveren İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, Ankara 2008, s. 25; AYAN Mehmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Konya 1996, s. 172.
- 35 KAPLAN, s. 225
- 36 REİSOĞLU,Safa, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 1988, s. 82-83
- 37 TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 552-553; AKINCI, s. 79;AYAN, s. 174-175.
- 38 KAPLAN, s.227
- 39 Üçüncü şahısların korunması açısından BK.md.18/son hükümündeki istisnai durum saklıdır. Ayrıca, taşdııkları önem ve özellikler, kamu hukuku kurallarıyla düzenlenmiş ve yapılmasına müsaade edilmiş akitler ile ilgili hususlar ve usul hukukuna giren konularda da muvazaa iddiası dinlenmez. KAPLAN, s. 228; FEYZİOĞLU, s. 191; EGE 85 II 97; VON TUHR/Peter, Schweizerisches obligationenrecht, cilt I, Zürich 1979, s. 295, Yarg 2. HD. 11.04.1974 t. E.1974/1315, K.1974/1285, ABD. 1974/3, sh.591
- 40 AYDIN, s. 113.
- 41 ŞEN/NANEÇİ; Alt İşveren-Alt işveren ilişkisi ve Alt İşverenlik Sözleşmesi SİCİL, İş Hukuku Dergisi, Eylül 2009, Y:4, S:15
- 42 RG. 10.06.2003 No: 25134
- 43 RG. 27.09.2008 No: 27010

- 44 TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP. s. 437: KOCA-YUSUFPAŞAOĞLU, S.; Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, İstanbul 1968 s. 134. EDİS, S., Türk/İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Akdin Lüzumlu Vasıflarında Hata, Ankara 1973, s. 37 vd.; TUNÇOMAĞ, Kenan ; Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, s. 343, İNAN,A.N.; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 195
- 45 OĞUZMAN/ÖZ, s.
- 46 TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s 449; Eren, Borçlar Hukuku. C.I, s 485. OĞUZMAN/ÖZ, s.97
- 47 OĞUZMAN/ÖZ, s.101

KAYNAKÇA

- AKINCI, Şahin; Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler, Konya 2000
- AKYOL, Şener; Dürüstlük Kuralı Ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul 1995
- AYAN Mehmet; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Konya 1996,
- AYDINLI İbrahim; Görünürdeki İşlemler Açısından Türk İş Hukukunda Alt İşveren İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, Ankara 2008
- ÇANKAYA, Osman Güven/ÇİL, Şahin; İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara 2006
- DEMİR, Fevzi; Hukukun Temel Kavramları, İzmir 2007
- DESCHENAUX; im Schweiz. Privatrecht II
- EDİS, Seyfullah; Türk/İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Akdin Lüzumlu Vasıflarında Hata, Ankara 1973
- EDİS, Seyfullah; Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Basıdan Tıpkı Basım, Ankara 1993
- EREN, F.; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, Aralık 2006
- ESENER, T.; Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler, İstanbul 1956
- FEYZİOĞLU, F. N.; Hakların Kötüye Kullanılması, Medenî Kanun 50. Yıl Sempozyumu, İstanbul 1978
- İNAN, A. N.; Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 3. Bası, Ankara 1984
- KAPLAN, E. Tuncay; Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Muvazaalı İşlem Sorunu, A.Can TUNCAY'a Armağan, s.219-233
- KAPLAN, İbrahim; Borçlar Hukuku Dersleri, Genel Hükümler 3.Bası, Ankara 2003
- OĞUZMAN, Kemal/ÖZ Turgut; Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 2. Bası, İstanbul, 1998
- KESER, Leyla; Dürüstlük Kuralı Ve Konkordato Mühleti Bakımından Önemi , Prof. Dr. Mahmut Tefvik BİRSEL'e Armağan İzmir 2001, s.253-267
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, S.; Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, İstanbul 1968
- Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, <http://www.legalbank.net/>
- MERZ, Haris; Berner Kommentar zum Schvveizerischen Pri-
vatrecht, Bd. I: Einleitung und Personenrecht, Art. 1-10 ZGB, Bern 1966
- ÖZSUNAY, Ergun; Medeni Hukuka Giriş, Gözden Geçirilmiş 5. Bası, İstanbul 1986
- PALANDT/HEINRICH; Bürgerliches Gesetzbuch, 53. Aufl., München 1994,
- PEKCANITEZ, Hakan /ATALAY, Oğuz /ÖZEKES, Muhammet; Medeni Usul Hukuku. 6. Bası. Ankara 2007
- REİSOĞLU, Sefa; Borçlar Hukuku, Genel Hükümleri, 15. Bası, İstanbul 2002
- STAUDINGER/WEBER; § 242, N. A.2,
- ŞEN, Murat/ NANEÇİ, Aslı; Alt İşveren-Alt İşveren İlişkisi ve Alt İşverenlik Sözleşmesi SİCİL, İş Hukuku Dergisi, Eylül 2009, Y:4, S:15
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi; Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, Gözden Geçirilmiş İlaveli 6. Bası, İstanbul 1992
- TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. B., İstanbul 1988
- TUNÇOMAĞ, Kenan; Borçlar Hukuku I, Genel Hükümler, 6.Bası, İstanbul 1976
- URCAN, Gülümnden; Muvazaalı Alt İşverenlik İlişkisinin Tespiti ve Usul Hukuku Açısından Gösterdiği Bazı Özellikler, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 19/2008
- VON TUHR/Peter; Scweizerisches Obligationenrecht, cilt I, Zürich 1979
- ZEVKLİLER, Aydın; Medeni Hukuk-Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku 4. Bası, Ankara 1995

Yrd. Doç. Dr. Ali Cengiz KÖSEOĞLU

Karadeniz Teknik Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İş Sözleşmesinin Geçersiz Nedenle Feshinin İhbar ve Kıdem Tazminatına Etkisi

YARGITAY

9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2008/22949

Karar No : 2010/7943

Tarihi : 22.03.2010

ÖZET

Davacının iş sözleşmesi 30.9.2005 tarihinde fesh edilmiş açmış olduğu işe iade davasının kesinleşmesinden sonra süresi içerisinde işe alınmak üzere müracaat ettiğinde işverence 11.8.2006 tarihinde işe başlatılmayacağı bildirilmiştir. Dolayısıyla 11.8.2006 itibariyle feshin kesinleştiği kabul edilerek bu tarihteki ücreti esas alınarak istekler hesaplanmalıdır. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda kıdem tazminatı hesabına esas alınan ücret doğru olarak 11.8.2006 tarihinde geçerli olan tavadan hesaplanmış ancak ihbar tazminatı hesabında 30.9.2005 tarihine 4 aylık sürenin

ilavesi ile 30.1.2006 tarihindeki ücreti esas alınmıştır. Halbuki davalı işyerinde 1.3.2006 tarihinde yeni bir toplu iş sözleşmesi yürürlüğe girmiş olup fesih de 11.8.2006 tarihinde kesinleştiğine göre bu tarihteki alabileceği ücret toplu iş sözleşmesi hükümleri dikkate alınarak belirlenmeli dava konusu istekler bu ücrete göre hesaplanarak hüküm altına alınmalıdır. Yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

Davacı, fark kıdem, fark ihbar, işlemiş faiz alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır. Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi Ş.Kırmaz tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

1- Davacı işe iade davasını kazanması-

nın ardından işverene müracaat ettiğinde işe başlatılmadığını kıdem ve ihbar tazminatlarının eksik ödendiğini ileri sürerek fark isteklerinde bulunmuştur.

Mahkemece fark istekler hüküm altına alınmıştır. Karar davacı tarafından temyiz edilmiştir.

İşe iade davası sonunda işçinin başvurusu, işverenin işe başlatmaması ve buna bağlı olarak kıdem ve ihbar tazminatlarının hesaplanmasına esas alınacak ücretin belirlenmesinde uyuşmazlık bulunmaktadır.

4857 sayılı İş Kanununun 21. maddesinin 5. fıkrasına göre, işçi kesinleşen mahkeme kararının kendisine tebliğinden itibaren 10 iş günü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. Aksi halde işverence yapılan fesih geçerli bir feshin sonuçlarını doğurur. Aynı maddenin 1 fıkrasına göre de işveren işe iade için başvuran işçiyi 1 ay içinde işe başlatmak zorundadır. Aksi halde en az 4, en çok 8 aylık ücret tutarında belirlenen iş güvencesi tazminatı ile boşa geçen süreye ait en çok 4 aya kadar ücret ve diğer hakları ödenmelidir.

İşçinin işe iade yönündeki başvurusu samimi olmalıdır. İşçinin gerçekte işe başlamak niyeti olmadığı halde, işe iade davasının sonuçlarından yararlanmak için yapmış olduğu başvuru geçerli bir işe iade başvurusu olarak değerlendirilemez. Başka bir anlatımla, işçinin süresi içinde işe iade yönünde başvurusunun ardından, işverenin daveti üzerine işe başlamamış olması halinde, işçinin gerçek amacının işe başlamak olmadığı kabul edilmelidir. Bu durumda işverence yapılan fesih, 4857 sayılı İş Kanununun 21/5. maddesine göre geçerli bir feshin sonuçlarını doğurur. Bunun sonucu olarak da, işe iade davasında karara bağlanan işe başlatmama tazminatı ile boşa geçen süreye ait ücret ve diğer hakların talebi mümkün olmaz. Ancak, geçerli sayılan feshe bağlı olarak işçiye ihbar ve koşullan oluşmuşsa kıdem tazminatı ödenmelidir.

İşe iade yönündeki başvurunun 10 iş günü içinde işverene bildirmesi gerekmele

birlikte tebligatın postada gecikmesinden işçinin sorumlu olması düşünülemez.

İşverenin de işçinin işe başlama isteğinin kabul edildiğini 1 ay içinde işçiye bildirmesi gerekmele birlikte, tebligat sorunları sebebiyle bildirim süresi içinde yapılamaması halinde bundan işveren sorumlu tutulamaz, işverence yasal süre içinde gönderilmiş olsa da, işçinin bir aylık işe başlatma süresi aşıldıktan sonra eline geçen bildirim üzerine makul bir süre içinde işe başlaması gerekir. Burada makul süre işçinin işe daveti içeren bildirim anında işyerinin bulunduğu yerde ikamet etmesi durumunda en fazla 2 günlük süre olarak değerlendirilebilir, işçinin işe iadeyi içeren tebligatı işyerinden farklı bir yerde alması halinde ise, 4857 sayılı İş Kanununun 56. maddesinin son fıkrasında izinler için öngörülen en çok 4 güne kadar yol süresi makul süre olarak değerlendirilebilir. Bu durumda işçinin en fazla 4 gün içinde işe başlaması beklenmelidir.

İşverenin işe davete dair beyanının da ciddi olması gerekir. İşverenin işe başlatma niyeti olmadığı halde işe başlatmama tazminatı ödememek için yapmış olduğu çağrı, gerçek bir işe başlatma daveti olarak değerlendirilemez.

İşçinin işe iade sonrasında başvurusuna rağmen işe başlatılmaması halinde, işe başlatılmayacağına sözlü ya da eylemli olarak açıklandığı tarihte veya bir aylık başlatma süresinin sonunda iş sözleşmesi işverence feshedilmiş sayılır. Bu fesih tarihine göre işverence ihbar ve kıdem tazminatı ödenmelidir. Hesaplama dikkate alınacak ücret, işe başlatılmadığı tarihteki son ücret olup, kıdem tazminatı tavanı da aynı tarihe göre belirlenmelidir. İşe iade davasında kararın kesinleşmesine kadar geçecek olan en çok 4 aya kadar süre hizmet süresine eklenmeli, ihbar ve kıdem tazminatı ile izin hakkı bakımından çalışılmış gibi değerlendirilmelidir.

İşe başlatmama tazminatının da fesih tarihindeki ücrete göre hesaplanması gerekir, işçinin işe başlatılmadığı tarih, işe başlat-

mama tazminatının muaccel olduğu andır. Bahsi geçen tazminat yönünden faize hak kazanmak için kural olarak işverenin temerrüde düşürülmesi gerekir. Ancak işçinin işe iade başvurusunda işe alınmadığı takdirde işe başlatmama tazminatının ödenmesini talep etmiş olması durumunda işverenin ayrıca temerrüde düşürülmesi gerekmez ve bahsi geçen tazminat muaccel olduğu anda işverence ödenmelidir.

Boşta geçen süreye ait en çok 4 aya kadar ücret ve diğer haklar için ise feshi izleyen dönem ücretlerine göre hesaplama yapılmalıdır. Geçersiz sayılan fesih tarihinden soma boşta geçen en çok dört aylık sürede işçinin çalışması devam ediyormuş gibi ücret ve diğer haklar belirlenmelidir. Boşta geçen en çok 4 aya kadar süre içinde ücret zammı ya da yeni bir toplu iş sözleşmesi yürürlüğe girdiğinde, her iki dönem için ayrı ayrı hesaplamaya gidilmelidir (Yargıtay 9.HD. 28.12.2009 gün 2009/ 34595 E, 2009/ 37899 K).

Kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aya kadar ücret ve diğer alacaklar, işçinin işe iade için başvurduğu anda muaccel olur (Yargıtay 9.HD. 20.11.2008 gün 2007/ 30092 E, 2008/31546 K).

Boşta geçen sürenin en çok 4 aylık kısmı içinde gerçekleşen diğer haklar kavramına, ikramiye, gıda yardımı, yol yardımı, yakacak yardımı ve servis hizmeti gibi para ile ölçülebilen haklar dahil edilmelidir. Söz konusu hesaplamaların işçinin belirtilen dönemde işyerinde çalışıyormuş gibi yapılması ve para ile ölçülebilen tüm değerlerin dikkate alınması gerekir. Bununla birlikte işçinin ancak fiili çalışması ile ortaya çıkabilecek olan fazla çalışma ücreti, hafta tatili ile bayram ve genel tatil günlerinde çalışma karşılığı ücret ile satışa bağlı pirim gibi ödemelerinin, en çok 4 ay kadar boşta geçen süre içinde ödenmesi gereken diğer haklar kavramında değerlendirilmesi mümkün olmaz (Yargıtay 9.HD. 18.11.2008 gün 2008/ 32727 E, 2008/31214 K).

Boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklar ile işe başlatmama tazminatı brüt olarak hüküm altına alınmalı ve kesintiler infaz sırasında gözetilmelidir.

16.6.2009 tarihinde yürürlüğe giren 5904 sayılı yasa ile 193 sayılı gelir vergisi kanununda değişiklik yapılmış ve işe başlatmama tazminatı gelir vergisi istisnaları arasında gösterilmiştir. Buna göre işe başlatmama tazminatından gelir vergisi kesilmemeli, sadece damga vergisi kesilmesiyle yetinilmelidir.

Aynı yasa ile 193 sayılı gelir vergisi kanununa eklenen geçici 77 maddede ise, "Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önceki dönemlerle ilgili olarak 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununun 21 inci maddesi uyarınca işverenlerce işçiye ödenen işe başlatmama tazminattan, damga vergisi hariç herhangi bir vergiye tabi tutulmaz. Anılan dönemlere ilişkin işe başlatmama tazminatı gelir vergisi tevkifatına tabi tutulan mükelleflerin; tarha yetkili vergi dairelerine başvurmaları ve dava açmamları, açılmış davalardan vazgeçmeleri şartıyla 213 sayılı Vergi Usul Kanununun düzeltmeye ilişkin hükümleri uyarınca tahsil edilen gelir vergisinin red ve iade işlemleri yapılır" şeklinde kurala yer verilerek daha önce kesilen gelir vergisi ile ilgili iade esasları belirlenmiştir. Anılan düzenlemeye göre daha önce kesilen gelir vergisi tutarları vergi yükümlüsüne iade edilmelidir. Vergi yükümlüsü işçi olup, işçinin fazla ödenen vergiyi ilgili vergi dairesinden talep etme hakkı vardır. Yasada, vergi sorumlusu olan işverene iadeye dair bir düzenlemeye yer verilmemiştir. İşçi haksız yere kesilen gelir vergisini ilgili vergi dairesinden talep edebileceğine göre, işverenin aynı tutardan sorumluluğuna dair karar verilmesi mükerrer sorumluluğuna yol açacaktır. Bu nedenle işverence işe başlatmama tazminatından kesilerek vergi dairesine yatırılan gelir vergisi yönünden işverenin sorumlu tutulması doğru olmaz (Yargıtay 9.HD. 16.2.2010 gün 2009/29055 E, 2010/ 3626 K).

İşe iade davası ile tespit edilen en çok 4

aya kadar boшта geçen süreye ait ücret ve diğer haklar için de 4857 sayılı İş Kanununun 34. maddesinde sözü edilen özel faiz türü uygulanmalıdır. Ancak işe başlatmama tazminatı niteliği itibarıyla tazminat olmakla uygulanması gereken faiz yasal faiz olmalıdır.

Somut olayda davacının iş sözleşmesi 30.9.2005 tarihinde fesh edilmiş açmış olduğu işe iade davasının kesinleşmesinden sonra süresi içerisinde işe alınmak üzere müracaat ettiğinde işverence 11.8.2006 tarihinde işe başlatılmayacağı bildirilmiştir. Dolayısıyla 11.8.2006 itibarıyla feshin kesinleştiği kabul edilerek bu tarihteki ücreti esas alınarak istekler hesaplanmalıdır. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda kıdem tazminatı hesabına esas alınan ücret doğru olarak 11.8.2006 tarihinde geçerli olan tavadan hesaplanmış

ancak ihbar tazminatı hesabında 30.9.2005 tarihine 4 aylık sürenin ilavesi ile 30.1.2006 tarihindeki ücreti esas alınmıştır. Halbuki davalı işyerinde 1.3.2006 tarihinde yeni bir toplu iş sözleşmesi yürürlüğe girmiş olup fesih de 11.8.2006 tarihinde kesinleştiğine göre bu tarihte ki alabileceği ücret toplu iş sözleşmesi hükümleri dikkate alınarak belirlenmeli dava konusu istekler bu ücrete göre hesaplanarak hüküm altına alınmalıdır. Yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 25.03.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KARARIN İNCELENMESİ

1. GİRİŞ

İnceleme konusu kararda, karar metninden anlaşıldığı kadarıyla, davacı işçinin iş sözleşmesi 30.9.2005 tarihinde feshedilmiştir. Açmış olduğu işe iade davasında işçi lehine karar verilmiştir. İşe iade davasının kesinleşmesinden sonra süresi içerisinde işe alınmak üzere müracaat etmiş, işveren tarafından 11.8.2006 tarihinde işe başlatılmayacağı davacı işçiye bildirilmiştir. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda kıdem tazminatı hesabında esas alınan ücret, 11.8.2006 tarihinde geçerli olan tavadan hesaplanmış ancak ihbar tazminatı hesabında 30.9.2005 tarihine 4 aylık sürenin ilavesi ile 30.1.2006 tarihindeki ücreti esas alınmıştır. Ancak, davalıya ait işyerinde 1.3.2006 tarihinde yeni bir toplu iş sözleşmesi yürürlüğe girmiştir. Hükme esas bilirkişi raporunda ise toplu iş sözleşmesinde öngörülen ücret artışları dikkate alınmamıştır. Yargıtay, yerel mahkemenin kararını bozmuştur. Bozma kararında Yüksek Mahkeme, davacının iş sözleşmesi 30.9.2005

tarihinde feshedildiğini, açmış olduğu işe iade davasının kesinleşmesinden sonra süresi içerisinde işe alınmak üzere müracaat ettiğinde işverence 11.8.2006 tarihinde işe başlatılmayacağı bildirildiğini, dolayısıyla 11.8.2006 itibarıyla feshin kesinleştiği kabul edilerek, talep edilen alacakların bu tarihteki ücreti esas alınarak hesaplanması gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Bu nedenle Yüksek Mahkeme, yerel mahkemenin hükme esas bilirkişi raporunda kıdem tazminatı hesabına esas alınan ücretin doğru olarak 11.8.2006 tarihinde geçerli olan tavadan hesaplandığını kabul etmiştir. İhbar tazminatı hesabında ise, 30.9.2005 tarihine 4 aylık sürenin ilavesi ile 30.1.2006 tarihindeki ücretin esas alınmasını hatalı bulmuştur. Yüksek Mahkemeye göre, davalı işyerinde 1.3.2006 tarihinde yeni bir toplu iş sözleşmesi yürürlüğe girmiş olup fesih de 11.8.2006 tarihinde kesinleştiğinden, bu tarihte alınabilecek ücretin toplu iş sözleşmesi hükümleri dikkate alınarak belirlenmesi, dava konusu isteklerin bu ücrete göre hesaplanarak hüküm altına alınması gerektiği sonucuna ulaşılmış ve yerel mahkemenin kararı bozulmuştur.

Olayda öncelikle, geçersiz feshin sonuçlarının ve özellikle geçersiz feshin işçinin ihbar ve kıdem tazminatı alacaklarına etkisinin tespiti gerekmektedir. Bu nedenle, öncelikle bu husus değerlendirilecektir. Burada sözleşmenin ne zaman feshedilmiş sayıldığı konusu önem arz etmektedir. Özellikle, ihbar ve kıdem tazminatı alacağı iş sözleşmesinin sona ermesinin sonuçlarından olduğundan, bahsi geçen alacaklar açısından sözleşmenin sona erme anının tespiti önemlidir. Bu kapsamda konu öncelikle sözleşmenin sona erme anı açısından değerlendirilecek, sonra da ihbar ve kıdem tazminatı alacaklarının durumu ele alınacaktır.

II. KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

1. Geçerli Nedene Dayanmayan Fesih ve Sonuçları

İş Kanunu m.21 uyarınca, “İşverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur. Mahkeme veya özel hakem feshin geçersizliğine karar verdiğinde, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını da belirler. Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir. İşçi işe başlatılırsa, peşin olarak ödenen bildirim süresine ait ücret ile kıdem tazminatı, yukarıdaki fıkra hükümlerine göre yapılacak ödemedan mahsup edilir. İşe başlatılmayan işçiye bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu süreler için ücret tutarı ayrıca ödenir. İşçi kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. İşçi bu süre içinde başvuruda bulunmaz ise, işverence yapılmış olan fesih geçerli bir fesih sayılır ve

işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur”.

Madde hükmüne göre fesih geçerli nedene dayanmıyorsa geçersiz sayılacaktır. Doktrinde, maddede geçen “feshin geçersizliğine karar verilmesinin” ne anlama geldiği konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, maddede geçen feshin geçersizliği, gerçek anlamda bir geçersizlik değildir. Söz konusu geçersizlik, feshin iş sözleşmesine etki etmemesi, sözleşmenin aynen devam ettiği anlamına gelmemektedir. Sadece, İş K.m.25. maddede düzenlenen haklı nedenle feshin hukuki sonuçlarının ile, maddede düzenlenen sonuçları birbirinden ayırt etmek için böyle bir anlatıma yer verilmiştir¹. Diğer bir anlatımla, maddede gerçek anlamda ve mutlak bir geçersizlik söz konusu değildir. Verilen geçersizlik kararı, tam bir geçersizlik kararı değildir. Kararla birlikte, işverene seçimlik bir hak olarak işçiyi işe başlatıp başlatmama imkanı vermektedir². Maddede, feshin geçersiz sayılması üzerine, iş sözleşmesinin hiç feshedilmemiş sayılması ve sözleşmenin devam etmesi öngörülmemiştir³. Bir diğer görüşe göre ise, feshin geçersizliğine karar verilmesi halinde iş sözleşmesi mahkeme süresince askıda kalmakta, bu süre zarfında işverenin iş vermekte temerrüde düştüğü (BK m.324, 325) kabul edilmektedir⁴. Başka bir görüşe göre, kanundaki düzenlemenin Borçlar Hukukunda yer alan iptal kabiliyeti yaptırımına benzer bir düzenleme olduğu, hakimin vereceği karara kadar feshin bozucu şarta bağlı olarak askı durumunda bulunduğu, işçinin bir aylık süre içerisinde dava yoluyla iptal hakkını kullanmadığında askıda geçerlilik halinin sona ereceği ve feshin baştan itibaren geçerli hale geleceği ileri sürülmüştür⁵.

Diğer bir görüşe göre ise, Kanun, “feshin geçersizliği” ile feshin mutlak manada hükümsüzlüğünü öngörmemiştir. Burada geçersizlik, işçinin işe başlatılıp başlatılmamasına göre değil, işçinin feshin geçersizliğine karar verilmesi halinde kanunda öngörülen süre içinde işverene başvuruda bulunup bulunmamasına göre tespit edilmelidir. Şayet, mahkeme veya özel hakem tarafından feshin geçersizliğine karar verilmiş olmasına karşın, işçi kanunda öngörülen süre-

de işverene başvurmayacak olursa, fesih geçerli sayılacak ve işveren sadece bunun sonuçlarından sorumlu olacaktır⁶. Bu durumda, işçinin başvuru anına kadar geçersizliğin hükmü askıda kalacaktır. Başvuru ile birlikte geçersizliğine karar verilen fesih hükümsüz hale gelecek ve iş sözleşmesi hiç feshedilmemiş kabul edilecektir. İşçi süresinde başvurmayacak olursa, geçersizliğine karar verilmiş olan fesih, geçerli bir fesih olarak hüküm doğurur ve sözleşme fesih tarihi itibarıyla sona ermiş olur. İşçinin süresi içerisinde başvurmuş olmasına karşın işveren işçiyi işe başlatmayacak olursa, ilk yapılan fesih geçersiz olacak, işverenin işe başlatmaması ise devam eden iş sözleşmesinin feshi olarak kabul edilecektir⁷. Bahsi geçen görüşe göre, Kanunla işverene bir seçimlik hak vermemiştir. Sadece işe başlatma yükümlülüğünün aykırılığın yaptırımının tazminat olarak öngörülmesidir. Tıpkı Borçlar Hukukunda bir yükümlülüğe aykırılı-

renin bu yükümlülüğünün ortadan kalmasının yanında işverenin yapmış olduğu fesih de geçerli hale gelecektir. İşçinin başvuru tarihinden itibaren işveren işçiyi işe başlatmak zorundadır. Ancak ifade ettiğimiz gibi, bahsi geçen süre içerisinde işçinin işveren tarafından işe başlatılmasının bütün sonuçları incelememiz kapsamı dışında kalmaktadır.

İşçinin süresi içerisinde başvurmasına karşın işverenin bir aylık süre içerisinde işe başlatmaması veya işçiyi işe başlatmayacağına yönelik irade açıklaması, yeni bir fesih olarak kabul edilmelidir⁹. Mahkemenin verdiği feshin geçersizliği ve işe iade kararı, işçinin süresinde işverene başvurması şartıyla, ilk fesih işlemi hiç yapılmamış gibi sonuç doğurur¹⁰. Diğer bir anlatımla, iş sözleşmesi, işverenin yapmış olduğu ilk fesih tarihinde değil, işçinin işe başlatılmama tarihinde sona ermiş sayılır¹¹. Ancak, işe başlatmama yeni bir fesih olarak kabul edilse

Feshin geçersizliğine karar verilmesi halinde, mahkeme veya özel hakemin kesinleşen kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işçinin işe başlamak için işverene başvuruda bulunması gerekir.

ğın tazminat ödeme yükümlülüğüne dönüşmesi gibi işe başlatma yükümlülüğü tazminat ödeme yükümlülüğüne dönüşmektedir⁸.

İş sözleşmesinin feshinin mahkeme ya da özel hakem kararıyla geçersiz sayılmasının sonuçların bir bütün olarak incelenmesi çalışmamızın sınırlarını aşacağından sadece, feshin geçersizliğine ilişkin karardan sonra işçinin işverene işe başlamak amacıyla başvurusu üzerine, işverenin işçiyi işe başlatmamasının ihbar ve kıdem tazminatı alacağı üzerindeki etkisi üzerinde durulacaktır. Ancak süreçten kısaca bahsetmek gerekirse, feshin geçersizliğine karar verilmesi halinde, mahkeme veya özel hakemin kesinleşen kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işçinin işe başlamak için işverene başvuruda bulunması gerekir (İş K.m.21/IV). Maddede belirtilen süre hak düşürücü süredir. Bu sürede başvurulmaması halinde işve-

de, bu feshin iş güvencesi hükümleri uyarınca geçersizliği talep edilemez¹². Fakat bu, hukuka aykırı bir işlem olduğundan¹³, ihbar tazminatı ve koşulları varsa kıdem tazminatı talep edilebilir. Maddede ayrıca işe başlatma zorunluluğuna aykırı davranmanın yaptırımı olarak, işçiye en az dört aylık en çok sekiz aylık ücreti tutarında bir tazminatla birlikte boşta geçen süreye ilişkin olarak en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakların da ödenmesi öngörülmüştür. "İşe başlatmama tazminatı veya "iş güvencesi tazminatı" adı verilen bu tazminat, feshin geçersizliğine ilişkin mahkeme veya özel hakem kararında kesin miktarı süre olarak belirlenmesi gereken bir tazminattır (İş K.m.21/I,II). Feshin sendikal nedenlerle yapılması halinde söz konusu tazminat işçinin en az bir yıllık ücreti tutarında bir tazminattır (Sen K.m.31/IV).

İşverenin işçiyi işe başlatmayarak veya süresi içerisinde işçiyi işe başlatmayacağına yönelik irade açıklamasıyla yaptığı fesih, nitelik itibarıyla ihbar ve kıdem tazminatına hak kazandıracak bir fesihtir¹⁴. Zira burada İş K.m.25 anlamında bir fesih söz konusu değildir. İşverenin işçiyi süresinde işe başlatmayarak yaptığı fesih bildirimli fesihtir. İşçiye bildirim süresi verilmediğinden veya bildirim süresine ilişkin ücret peşin olarak verilmediği için usulsüz fesihtir. Sonuç olarak işveren, söz konusu feshin hukuki sonucu olarak doğacak tazminatları (İhbar ve kıdem tazminatı) ödemek zorundadır. İş K.m.21/IV'de de açıkça "işe başlatılmayan işçiye bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu sürelerle ait ücret tutarı ayrıca ödenir" anlatımıyla duruma açıkça belirtilmiştir.

Feshin geçersizliğine karar verilmesinden sonra işverenin bir aylık süre içerisinde işe başlatmaması veya bu süre içerisinde işverenin işçiyi işe başlatmayacağına yönelik irade açıklaması yeni bir fesih teşkil edeceğinden, bu halin işçinin ihbar ve kıdem tazminatı alacağına etkisini konuyu ikiye ayırarak ele almak gerekir. Birinci halde, işveren iş sözleşmesini feshettiğinde işçinin ihbar ve kıdem tazminatı alacağını ödemiş olabilir. Bu durumda, işveren ilk fesih tarihi ile işçiyi işe başlatmayarak yapmış olduğu fesih tarihi arasındaki 4 aylık süreyi de işçinin kıdemine ilave ederek¹⁵, toplam kıdem üzerinden işçiye ihbar ve kıdem tazminatı alacağını ödemelidir. Maddede geçen "ayrıca ödenir" anlatımından kasıt, 3. fıkrada belirtilen (kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları) ödemediği ayrı olarak bu ödemenin yapılması gerekliliğidir¹⁶. Ancak, geçersiz fesihte bildirim süresi tanınmışsa, işçi bildirim öneli süresince iş görme borcunu yerine getirdiğinden, bildirim süresine ilişkin ücretin iadesi veya mahsubu söz konusu olmayacaktır. Yargıtay da aynı görüştedir¹⁷.

İkinci halde işveren iş sözleşmesini feshettiğinde ihbar ve kıdem tazminatını ödemiş olabilir. İşçiye bildirim sürelerine ilişkin ücret peşin ödenmiş ve kıdem tazminatı verilmişse, verilen tutar işe başlatılmayan işçide kalacaktır. Yu-

karıda belirtildiği gibi, İşverenin işçiyi işe başlatmaması yeni bir fesihtir. Söz konusu fesih, nitelik itibarıyla ihbar ve kıdem tazminatına hak kazandıracak bir fesihtir. Dolayısıyla, işçinin toplam kıdemi üzerinden ihbar ve kıdem tazminatı hesaplanmalıdır. İşveren tarafından yapılan ilk fesihten sonra yapılan ödemeler bulunacak tutardan mahsup edilmelidir. Yargıtay da işçiye daha önce ödenen ihbar tazminatının, işe başlatmama suretiyle gerçekleşen feshe göre hak kazanılan işçilik alacaklarından mahsup edilmesi gerektiği görüşündedir¹⁸. Doktrinde bir görüşe göre ise, İş Kanunu m.21/IV de yer alan hükmün başka bir anlam taşıdığı, işçiye geçersiz sayılan feshe dayanarak bildirim süresi verilmesi veya bildirim süresine ilişkin ücretin peşin ödenmesi halinde işverenin ihbar tazminatı yükümlülüğünün bulunmayacağına hüküm altına alınmak istendiği ileri sürülmüştür¹⁹. Bahsi geçen görüşe göre, maddenin gerekçesinde belirtilen "Ancak bildirim süresine ait ücret ve kıdem tazminatı işçiye peşin ödenmişse, bu tutar yapılacak ödemedi düşülecek; buna karşılık, peşin ödeme yapılmamış ve de bildirim süresi verilmemiş ise, bu sürelerle ait ücret tutarı işçiye ayrıca ödenecektir" anlatımı, mahkeme tarafından geçersiz kabul edilen fesih sonucunda işçiye bildirim süresinin verilmesi veya peşin ödeme yapılması ile bu borcun sona erdiğine işaret etmektedir. Mahkeme tarafından geçersizliğine hükmedilen fesih tarihi itibarıyla bildirim süresi verilmişse veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmişse, işçinin ihbar tazminatı alacağı kalmadığı sonucuna ulaşılabilecektir. İş Kanunu m.21/IV hükmü, işçinin işe başlatılmamasının bir sonucu olarak düzenlenmiştir. İşe başlatılmayan işçiye bildirim süresinin verilmesi "muhal" olduğuna göre, maddede kastedilen önceden (geçersiz fesihte) verilen bildirim süresidir. Burada işverenin geçersiz fesih kararı sonrasında kendisine başvuran işçiye işe başlatmayacağını örneğin 8 hafta önceden veya toplu iş sözleşmesi ile arttırılan süreden önce bildirmesi, yasadaki işe başlatma süresinin 1 ay olması nedeniyle mümkün değildir. Şu halde yasada, geçersizliğe ilişkin genel hükümlerin aksine özel bir geçersizlik hali öngörülmüştür. Sonuç olarak da, işçiye önceden

bildirim süresi verilmiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmişse, ihbar tazminatının ödenmesine gerek olmadığı, şayet ödenmemişse ayrıca ödenmesi gerektiği hüküm altına alınmaktadır²⁰.

Konuya ilişkin olarak yukarıda belirttiğimiz Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararına ilişkin olarak yazılan karşı oy yazısında da²¹, İşçiye önceden verilmiş olan ihbar süresinin de bir değeri olduğu, İş K.m.21/IV de ihbar tazminatının hangi hallerde ödenmesi gerektiğinin belirtildiği, bu hallerin 1) İşçiye bildirim önelleri verilmemişse 2) Bildirim süresine ilişkin ücret peşin ödenmemesi hali olduğu, Genel Kurul Kararında ise, maddeye 3) İşçiye bildirim süresi verilse de ibaresinin eklendiği ileri sürülmüştür. Karşı oy yazısına göre, İş K.m.21 de işverene işçinin işe başlatması için 1 aylık süre verilirken, İş K.m.17 de öngörülen asgari 2-4-6-8 haftalık sürelerin veya toplu iş sözleşmesi ile artırılan sürelerin tanınması ve işçinin baş-

bir “usulsüz fesih yapılmışsa”, yaptırım olarak ihbar tazminatının ayrıca ödeneceğine işaret etmiş ve 17. maddeyi tekrarlamıştır. Şu halde, 4. fıkranın son cümlesinde öngörülen iki hal mevcut değilse, işe başlatılmayan işçinin tekrar ihbar tazminatı alacağına hak kazanmayacağı, aksi sonucun Yasa’nın 21. maddesine de açıkça aykırı olacağı kanaatiyle yerel mahkeme hükmünün ihbar tazminatı taleplerinin reddi yolundaki direnme kararının onanması gerektiği görüşündeyiz” anlatımına yer verilmiştir.

İşçi fark kıdem ve ihbar tazminatı ve feshe bağlı olarak doğacak diğer haklarını işe başlatılmama tarihi esas alınarak talep ve dava edebilecektir²². Diğer bir anlatımla, işçiye, mahkeme ve özel hakem kararıyla geçersiz sayılan fesih nedeniyle önceden bildirim sürelerine ilişkin ücret ve kıdem tazminatı ödenmiş olsa bile, geçersiz fesih ile işe başlatılmama tarihi arasında geçen süre dikkate alınarak, ortaya çıkacak farkın ödenmesi gerekir²³. Geçersiz sayı-

İhbar tazminatına esas ücret belirlenirken iş sözleşmesinin feshi anında işçinin almış olduğu brüt ücretin belirlenmesi gerekir.

vurusu üzerine örneğin 8 hafta sonra işe başlatılmayacağını bildirmesinden söz edilemeyeceği belirtilmiştir. Ayrıca, geçersiz fesih ile usulsüz fesih kavramlarının aynı kavramlar olmadığı, geçersiz feshin kendiliğinden ve doğrudan doğruya aynı zamanda usulsüz fesih olduğu sonucuna ulaşılamayacağı, bildirim önellerine aykırı feshin yaptırımı olan ihbar tazminatının da hiçbir unsura bakılmaksızın otomatikman hüküm altına alınmasının doğru olmadığı ileri sürülmüştür. Geçersiz sayılan fesihlerde her durumda ihbar tazminatı ödenecek olmasının, işverenin geçerli nedene dayanmayan feshin yanında usulsüz feshe de teşvik edeceği belirtilmiştir. Sonuç olarak karşı oy yazısında “21. maddenin 4. fıkrası, işe başlatılmayan işçinin durumunu düzenlerken onun 18. ve 19. maddelere aykırı fesih esnasında aynı zamanda usulsüz, 17. maddeye aykırı bir feshe de maruz kalmış olabileceği ihtimalini gözeterek, böyle

lan fesihten önce ihbar süresinin kullanılmış olması ihbar tazminatı talep hakkını ortadan kaldırmaz²⁴.

Öngörülen fark kıdem ve ihbar tazminatına, işverenin işçiyi işe başlatmaması ile kıdem ve ihbar tazminatı muaccel hale geldiği için, sözleşmenin sona ermiş kabul edildiği işe başlatılmama tarihinden itibaren faiz uygulanması gerekmektedir²⁵.

Bilindiği gibi, ihbar tazminatı, İş K.m.17/IV uyarınca, “bildirim sürelerine ilişkin ücret tutarında” hesaplanan götürü bir tazminattır. Söz konusu tazminat usulsüz feshin sonucu olarak öngörülmüştür. Feshe maruz kalan işçinin zararı bildirim süresine ilişkin ücretin altında olsa veya hiç zararı olmasa dahi yine de ihbar tazminatı talep edilebilir. İhbar tazminatı işçinin işyerindeki kıdemine göre uyulması gereken ihbar önelleri (2-4-6-8 hafta) dikkate alınarak hesaplanır (İş K.m.17/II, IV). Tazminat işçinin iş söz-

leşmesinin feshi anındaki brüt ücreti üzerinden hesaplanır. Diğer bir anlatımla, ihbar tazminatına esas ücret belirlenirken iş sözleşmesinin feshi anında işçinin almış olduğu brüt ücretin belirlenmesi gerekir. Bu ücret belirlenirken İş K.m.17/son uyarınca, temel ücrete ilave olarak “işçiye sağlanmış para ve para ile ölçülmesi mümkün sözleşme ve kanundan doğan menfaatlerin” de göz önünde tutulması gerekir.

1475 sayılı eski İş Kanununun halen yürürlükte olan 14. maddesinin 9. fıkrası uyarınca kıdem tazminatı da işçinin son ücreti üzerinden hesaplanacaktır. Hesaplama işçinin son brüt ücreti üzerinden yapılacaktır. Kıdem tazminatı hesaplanırken, İş K.m.14/XIII uyarınca getirilen tavan miktarı da sözleşmenin sona erdiği tarihe göre hesaplanacaktır.

İş sözleşmesi işverenin işçiyi yasada öngörülen sürede işe başlatmaması veya bu süre içerisinde işverenin işçiyi işe başlatmayacağına yönelik irade açıklamasında bulunduğu tarihte sona ermiş kabul edileceğinden, işçinin ihbar ve kıdem tazminatı da bu tarihteki brüt giydirilmiş ücreti üzerinden hesaplanmalıdır. Bu durumda, işçinin çalıştırılmadığı süre içinde ücretinde meydana gelen zam ve tavan artışlarının da hesaplamada dikkate alınması gerekir²⁶. Şayet, işçinin işe iade kararına rağmen bir ay içerisinde işe başlatılmaması halinde, işe başlatılmadığı tarihte emsal işçinin ücreti hangi düzeye gelmişse, bu ücret belirlenerek ihbar ve kıdem tazminatı hesaplanmalıdır. Diğer bir anlatımla, işçi hiç ara vermeden çalışmış olsaydı hangi ücrete hak kazanacak idiyse, o ücret ve hakları esas alınarak bulunacak giydirilmiş ücret üzerinden ihbar ve kıdem tazminatı hesaplanmalıdır. İşçinin yeni kıdeme göre ihbar diliminde de bir değişiklik olabilecektir.

2. Konuya İlişkin Yargıtay Kararları

Yargıtay'ın inceleme konusu olan karara benzer başka kararları da bulunmaktadır. Kararlardan birinde²⁷ Yüksek mahkeme “Davacının işverence işe başlatılmadığı 17.11.2003 tarihinde iş ilişkisi sonlandığından, kıdem tazminatı hesabında bu tarihteki tavanın gözetilmesi gerekir. Ancak kıdem tazminatına esas alınacak sürenin tespitinde feshi izleyen ilk dört aylık

sürenin dikkate alınması gerekir. Somut olayda davacı işçinin iş sözleşmesi 24.4.2003 tarihinde feshedilmiş ve dört aylık süre 24.8.2003 tarihinde dolmuştur. Kıdem tazminatı bu süreye kadar hesaplanmalı, daha önce ödenen tutar indirilmek suretiyle bakiyesi hüküm altına alınmalıdır. Öte yandan, işyerinde uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesinin 37/B maddesinde 2.yıl ücret artışı düzenlenmiş, ve 1.7.2003 tarihinde işyerinde çalışan ve hizmet akdi devam eden işçilere, zam yapılacağı belirlenmiştir. Davacı işçiye daha önce ihbar tazminatı ödenmişse de, işe iade davasının sonucundan önceki fesih geçersiz sayıldığından zammın yürürlüğe girdiği tarihte taraflar arasında iş ilişkisinin varlığının kabulü gerekir. Bu durumda davacının toplu iş sözleşmesinin anılan ücret artışından yararlandırılması suretiyle belirlenecek olan ihbar ve kıdem tazminatları ile izin ücreti fark istekleri hüküm altına alınmalıdır” sonucuna ulaşmıştır.

Kararda, davacı işçinin işveren tarafından işe başlatılmadığı tarih fesih tarihi olarak kabul edilmiş, kıdem tazminatı tavanının da bu tarihe göre belirlenmesi gerektiği belirtilmiştir. Kararda inceleme konusu karardan farklı olarak kıdem tazminatına esas alınacak sürenin hesabında işveren tarafından yapılan ve geçersiz sayılan feshi izleyen ilk dört aylık sürenin dikkate alınması gerektiği ve daha önce ödenen tutarın hesaplanacak kıdem tazminatından indirilmesi gerektiği üzerinde durulmuştur. Yargıtay'ın bu yöndeki görüşü istikrar kazanmıştır²⁸. Kararda, işçiye ihbar tazminatının önceden ödendiği belirtilmiş, ancak iş sözleşmesinin işverenin işçiyi işe başlatmadığı tarihe kadar devam ettiği kabul edilerek, iki tarih arasında toplu iş sözleşmesi ile getirilen ücret zamlarının dikkate alınması suretiyle işçi alacaklarının hesaplanması gerektiğine hükmedilmiştir.

Yüksek Mahkeme konuya ilişkin olarak vermiş olduğu bir diğer kararında²⁹, “Feshin geçersiz olduğunun tespiti, aynı zamanda temerrüde düşen işverenin sözleşme gereği işçiyi çalıştırma yükümlülüğü bulunduğunun tespitidir. Ancak yasa, işverene seçimlik hak tanıyarak, işçiyi çalıştırma veya maktu bir tazminat ödeyerek sözleşmeyi sona erdirmeye olanağı tanımaktadır. Hakimin, feshin baştan itibaren geçersiz

olduğunu, diğer deyimle feshin hüküm ve sonuç doğurmadığının tespiti ile aynı zamanda, taraflar arasındaki iş sözleşmesinin en çok 4 ay devam ettiği anlaşılmaktadır. Nitekim 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesi, geçersiz nedenle yapılan feshin sonuçları arasında, kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarının ödeneceğini hükme bağlamaktadır. Kanunda tazminat değil, işçinin çalıştırılmadığı süre içinde doğmuş bulunan ücret alacağının ödeneceğine ilişkin kuralda, taraflar arasındaki sözleşmenin devam ettiğine işaret etmektedir. Feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar vermekle iş sözleşmesinin kesintisiz devam ettiği ve işe başlatmama halinde feshin bu tarihte gerçekleştiği kabul edilmelidir. Ancak yasanın düzenlemesi gereği bu sürenin 4 aya kadar ücret ve diğer yasal hakların ödenmesine karar verilen süre; ihbar, kıdem tazminatı ve yıllık ücretli izin alacağının

sal düzenleme karşısında feshin geçersizliği ile birlikte otomatik bir temerrüden söz etmenin mümkün olmayacağı kanısındayız. Kararda, yasanın, işverene seçimlik hak tanıyarak, işçiyi çalıştırma veya maktu bir tazminat ödeyerek sözleşmeyi sona erdirme olanağı tanıdığı belirtilmektedir. Ayrıca, "hakimin, feshin baştan itibaren geçersiz olduğunu, diğer deyimle feshin hüküm ve sonuç doğurmadığının tespiti ile aynı zamanda, taraflar arasındaki iş sözleşmesinin en çok 4 ay devam ettiği anlaşılmaktadır" hükmüne varılmaktadır. Ancak, yasanın sözleşmenin dört ay devam ettiği değil, işçinin geçersiz sayılan fesihden itibaren dört aylık sürenin ücretini talep edebileceği belirtilmiştir. Üstelik kararın devamında feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar vermekle iş sözleşmesinin kesintisiz devam ettiği ve işe başlatmama halinde feshin bu tarihte gerçekleştiği vurgulanmıştır. Yine, yasal düzenleme uyarınca ücret ve diğer yasal hakların ödenmesine karar verilen dört

İşçinin çalıştırılmadığı sürede sadece kararın kesinleşmesine kadar geçen en çok dört aylık dönemi ücrete tabidir.

hesabında nazara alınması gerekmektedir. Söz konusu hukuki düzenleme karşısında boşta geçen süresinin kıdem tazminatına esas süreden sayılması yerine mahkemece yazılı şekilde sonuca gidilmesi isabetsizdir. Somut olayda fesih ile kararın kesinleşmesine kadar geçen süre için davacı lehine 112 gün ücret ve diğer hakların ödenmesine karar verildiğinden, işe başlatılmayacağı bildirilen tarihteki giydirilmiş ücret üzerinden 112 gün için fark kıdem tazminatı hesaplanmalı ve hüküm altına alınmalıdır" sonucuna ulaşmıştır.

Yukarıda anılan kararda Yüksek Mahkeme, mahkeme tarafından feshin geçersizliğinin tespitinden itibaren işverenin temerrüde düştüğü, sözleşme gereği işçiyi çalıştırma yükümlülüğü bulunduğu üzerinde durmuştur. Ancak, işverenin temerrüdünden söz edebilmek için işçinin süresi içerisinde işverene başvurması ve işverenin de işçiyi çalıştırmaması gerekir. Ya-

aylık sürenin, ihbar, kıdem tazminatı ve yıllık ücretli izin alacağının hesabında dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir.

Konuya ilişkin başka bir kararında Yargıtay³⁰, "İşçinin işe iade sonrasında başvurusuna rağmen işe başlatılmaması halinde, işe başlatılmayacağına sözlü ya da eylemli olarak açıklandığı tarihte veya bir aylık başlatma süresinin sonunda iş sözleşmesi işverence feshedilmiş sayılır. Sonuç olarak da fesih tarihine göre işverence ihbar ve kıdem tazminatı ödenmelidir. Hesaplama dikkate alınacak ücret, işe başlatılmadığı tarihteki son ücret olup, kıdem tazminatı tavanı da aynı tarihe göre belirlenmelidir, işe iade davasında kararın kesinleşmesine kadar geçecek olan en çok 4 aya kadar süre hizmet süresine eklenmeli, ihbar ve kıdem tazminatı ile izin hakkı bakımından çalışılmış gibi değerlendirilmelidir. İşe başlatmama tazminatının da fesih tarihindeki ücrete göre hesaplan-

ması gerekir. İşçinin işe başlatılmadığı tarih, işe başlatılmama tazminatının muaccel olduğu andır. Bahsi geçen tazminat yönünden faize hak kazanmak için kural olarak işverenin temerrüde düşürülmesi gerekir. Ancak işçinin işe iade başvurusunda işe alınmadığı takdirde işe başlatılmama tazminatının ödenmesini talep etmiş olması durumunda işverenin ayrıca temerrüde düşürülmesi gerekmez ve bahsi geçen tazminat muaccel olduğu anda işverence ödenmelidir” biçiminde karar vermiştir.

3. Değerlendirme

İşçi işe iade kararının kesinleşmesinden sonra süresi içerisinde işverene başvurduğunda, işe başlatılmaması halinde iş sözleşmesi işe başlatılmadığı tarihte sona ermiş kabul edilecektir. Bu durumda, geçersiz sayılan fesih tarihinden işçinin işe başlatılmadığı tarihe kadar geçen sürede iş sözleşmesi devam etmiş sayılır. Burada, işçinin çalıştırılmadığı bu sürede sadece kararın kesinleşmesine kadar geçen en çok dört aylık dönemi ücrete tabidir. Bu süre işçinin ihbar ve kıdem tazminatı yıllık ücretli izin alacağına hesaplanmasında dikkate alınması gerekmektedir³¹. Yine, ihbar ve kıdem tazminatına esas ücretin de işçinin işe başlatılmama tarihindeki emsal ücrete göre belirlenmesi gerekir. İşçi hiç ara vermeden çalışmış olsaydı işe başlatılmama tarihinde hangi ücreti alacak idiyse, o ücretin ve diğer haklar esas alınarak giydirilmiş ücreti belirlenmeli ve ihbar ve kıdem tazminatı buna göre hesaplanmalıdır.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, işçinin İş Kanunu 21. maddesinde belirtilen süre içerisinde başvurmasına karşın işverenin bir aylık süre içerisinde işe başlatmaması veya işçiyi işe başlatmayacağına yönelik irade açıklaması yeni bir fesih olarak kabul edilecektir. Burada, mahkemenin verdiği feshin geçersizliği ve işe iade kararı, işçinin süresinde işverene başvurması şartıyla, ilk fesih işlemi hiç yapılmamış gibi sonuç doğuracaktır. İş sözleşmesi de, işverenin yapmış olduğu ilk fesih tarihinde değil, işçinin işe başlatılmama tarihinde sona ermiş sayılacaktır. Ancak bu fesih, hukuka aykırı bir işlem olduğundan, ihbar tazminatı ve koşulları varsa kıdem tazminatı talep edilebilir.

İnceleme konumuz olan kararda işverenin yapmış olduğu ve geçersiz sayılan fesihten önce işçiye ihbar ve kıdem tazminatının ödenip ödenmediği konusunda bir açıklık yoktur. Bu nedenle, karar çerçevesinde, daha önce ihbar tazminatının ödenmesi veya bildirim sürelerine ilişkin ücretin peşin olarak ödenmiş olmasının inceleme konusu karar açısından tartışma olanağı bulunmamaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki, İş Kanunu 21 de yer alan “İşverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur. Mahkeme veya özel hakem feshin geçersizliğine karar verdiğinde, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını da belirler. Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir. İşçi işe başlatılırsa, peşin olarak ödenen bildirim süresine ait ücret ile kıdem tazminatı, yukarıdaki fıkra hükümlerine göre yapılacak ödemedan mahsup edilir. İşe başlatılmayan işçiye bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu süreler için ücret tutarı ayrıca ödenir” hükmü karşısında, İş Kanunu m.21/IV de yer alan hükmün başka bir anlam taşıdığı, işçiye geçersiz sayılan feshe dayanarak bildirim süresi verilmesi veya bildirim süresine ilişkin ücretin peşin ödenmesi halinde işverenin ihbar tazminatı yükümlülüğünün bulunmayacağına hüküm altına alınmak istendiği görüşüne katılma olanağı yoktur kanısındayım. Bahsi geçen görüşe göre, yukarıda belirtildiği gibi madde gerekçesinden hareketle, mahkeme tarafından geçersiz kabul edilen fesih sonucunda işçiye bildirim süresinin verilmesi veya peşin ödeme yapılması ile ihbar tazminatı borcu sona ermektedir. Yine, maddede Borçlar Hukukunun genel geçersizlik teorisinden farklı olarak özel bir geçersizlik hali öngörüldüğü ileri sürülmektedir. Ancak bu görüşe katılma olanağı da yoktur. Zira, maddede Borçlar Hukukunun ge-

nel geçersizlik teorisinden farklı bir geçersizlik öngörüldüğünü söyleme imkanı yoktur. Ayrıca gerek de olmadığı kanısındayız. İşverenin işçiye işe başlatmaması yeni bir fesih ve nitelik itibarıyla ihbar ve kıdem tazminatına hak kazandıracak bir fesih. Bu durumda işçinin toplam kıdemi üzerinden ihbar ve kıdem tazminatı hesaplanmalıdır. İşveren tarafından yapılan ilk fesih sonrası yapılan ödemeler, bulunacak tutardan mahsup edilmelidir. Yargıtay'ın yerleşik içtihatları da bu yöndedir ve işçiye daha önce ödenen ihbar tazminatının, işe başlatmama suretiyle gerçekleşen feshe göre hak kazanılan işçilik alacaklarından mahsup edilmesi gerektiği şeklindedir. Sonuç olarak, işçiye işe başlatmayan işveren, işe başlatmaması halinde, işçiye ihbar ve kıdem tazminatı ödeyeceğini öngörmeli ve işe başlatmama kararını ona göre vermelidir. Üstelik daha önce ihbar ve kıdem tazminatı ödenmesi halinde ortada mükerrer bir ödeme ve dolayısıyla sebepsiz zenginleşme de bulunmamaktadır. Zira daha önce yapılan ödemeler, işçinin bulunacak toplam alacağından mahsup edilecektir. Yine, aksi görüşün uygulanması halinde, işverenin kötüniyetli olup olmadığının da araştırılmasını gerektirecektir. Gerçekten, ilerde işçilik haklarında bir artış olacağını öngören bir işveren usulüne uygun bir fesih yoluna gidecek, bu yolla ileride meydana gelebilecek artışlardan işçinin yararlanmasını engelleyebilecektir.

İnceleme konusu olayda işçinin iş sözleşmesi 30.9.2005 tarihinde fesh edilmiş, açmış olduğu işe iade davasının kesinleşmesinden sonra süresi içerisinde işe alınmak üzere müracaat ettiğinde işverence 11.8.2006 tarihinde işe başlatılmayacağı bildirilmiştir. Dolayısıyla, bu tarih işçinin iş sözleşmesinin feshi tarihi olarak kabul edilmeli ve ihbar ve kıdem tazminatı alacakları bu tarih üzerinden hesaplanmalıdır. Şu halde hesaplamalar bu tarihte emsal işçinin ücreti hangi düzeye gelmişse, bu tutar dikkate alınmalıdır. Mahkeme veya özel hakem kararıyla geçersiz sayılan fesih ile işverenin işçiye işe başlatmadığı, dolayısıyla sözleşmenin sona erdiği kabul edilen tarih arasında işçi ücretinde meydana gelebilecek değişiklikler dikkate alınmalıdır.

Somut olayda, yerel mahkemenin hükmüne

esas teşkil eden bilirkişi raporunda kıdem tazminatı hesabına esas alınan ücret doğru olarak 11.8.2006 tarihinde geçerli olan tavadan hesaplanmış ancak ihbar tazminatı hesabında 30.9.2005 tarihine 4 aylık sürenin ilavesi ile 30.1.2006 tarihindeki ücreti esas alınmıştır. Yukarıda belirttiğimiz açıklamalar doğrultusunda, ihbar tazminatı alacağının da sözleşmenin sona erdiği tarihte emsal işçinin ücret düzeyi üzerinden hesaplanması gerekirdi. Üstelik, işyerinde 1.3.2006 tarihinde yeni bir toplu iş sözleşmesi yürürlüğe girmiştir. Şu halde yapılması gereken, feshin kesinleşme tarihi olan 11.08.2006 tarihi itibarıyla, tazminata esas ücretin toplu iş sözleşmesi hükümleri de dikkate alınarak zamlı ücret üzerinden hesaplanmasıdır.

III. SONUÇ

Sonuç itibarıyla Yargıtay, incelemiş olduğumuz kararında yerleşik içtihatlarına ve doktrinde hakim görüşe uygun bir karar vermiştir. Kararda, Yüksek Mahkeme, feshin geçersiz sayılması üzerinde işçinin süresi içerisinde işverene başvurması üzerine işverenin işçiye işe başlatmayacağını bildirdiği tarihi fesih tarihi olarak kabul etmiştir. Bu nedenle de, işçinin ihbar ve kıdem tazminatına esas ücretin bu tarihe göre hesaplanması gerektiği sonucuna varmıştır. Kararda, kıdem tazminatının sözleşmenin feshedilmiş kabul edildiği tarihte geçerli olan tavan üzerinden hesaplanmasını isabetli bulmuştur. İhbar tazminatının ise, geçersiz sayılan fesih tarihine dört aylık sürenin eklenerek bulunacak tarihe göre hesaplanmasını ise yanlış bulunarak kararı bozmuştur. Karara göre, ihbar tazminatı da, işverenin işçiye işe başlatmayacağını bildirdiği tarih esas alınarak hesaplanmalı ve bu tarihe kadar işçi ücretinde meydana gelen artışların dikkate alınarak hesaplanması gerekmektedir. Yukarıdaki açıklamalarımız doğrultusunda Yargıtay'ın incelemiş olduğumuz karara katılıyoruz.

DİPNOTLAR

- 1 Nuri Çelik, İş Hukuku, 23. Bası, İstanbul 2010, 247; İş Güvencesi, İstanbul 2003, 44; Hamdi Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, 3. Bası, Ankara 2008, 760.
- 2 M. Fatih Uşan, "Yargıtay Kararları İşe İade Davalarının So-

- nuçları”, Kamu-İş D., C.10, S.1, 2008, 35; Işığında Osman Güven Çankaya, Cevdet İlhan Günay, Seracettin Göktaş, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, 2. Baskı, Ankara 2006, 292; Mustafa Kılıçoğlu, Kemal Şenocak, İş Güvencesi Hukuku, İstanbul 2007, 483; Ercan Akyiğit, Türk İş Hukukunda İş Güvencesi, Ankara 2007, 324; Sarper Süzek, İş Hukuku, İstanbul 2008, 571,579; Yazara göre, İş K.m.21 de işveren-ce yapılan feshin geçersizliğinden söz edilse de, mahkeme tarafından bu konuda verilen karar mutlak anlamda, genel hükümlere uygun, yargının karar vermesiyle hemen devreye giren bir geçersizlik değildir. Burada tarafların kararına göre etkili olabilecek, kendine özgü bir geçersizlik söz konusudur. Bkz. Süzek, 580.; Çelik, 247; Doktrinde, maddede sadece işverene işçinin işe başlatılıp başlatılmaması konusunda seçim hakkı verilmiş olması eleştirilmiş ve işçiye de işe iade yerine tazminat talep etme konusunda seçim hakkı verilmemiş olması eleştirilmiştir. Bkz. Çelik, 247; Süzek, 571.
- 3 Münir Ekonomi, “Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi”, Çimento İşveren Dergisi Özel Eki, C.17, S.2, Mart 2993, 16, Süzek, 571.
 - 4 Fevzi Demir, İş Hukuku ve Uygulaması, 4. Baskı, İzmir 2005, 245.
 - 5 Murat Engin, İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri İle Feshi, İstanbul 2003, 29-30.
 - 6 A.Nizamettin Aktay, Kadir Arıcı, E.Tuncay Kaplan/Seymen, İş Hukuku, 3. Bası, Ankara 2009, 201; Murat Demircioğlu, Tankut Centel, İş Hukuku, 14. Bası, İstanbul 2010, 178; Mollamahmutoğlu, 761.
 - 7 Mollamahmutoğlu, 761.
 - 8 Mollamahmutoğlu, 761. Yazara göre, Kanun işverene burada, işçiyi işe başlatıp başlatmama konusunda bir seçim hakkı vermiş olsaydı, işçiye de işe başlama veya tazminat talep etme şeklinde bir seçim hakkı vermesi gerekirdi. Bkz. Mollamahmutoğlu, 762.
 - 9 Uşan, 36; “...Feshin geçersizliğine karar verilmesi ve davacının davalı işverence iş ilişkisi kesintisiz devam etmiş sayılacak, davacının işe başlatılmaması halinde ise, iş sözleşmesi başlatılmama tarihinde sona erecektir” (Y9HD., 13.03.2006, E.2006/4103, K.2006/6248, Çankaya, Günay, Göktaş, 1008).
 - 10 Mahmut Kabakçı, “İşe İade Kararında İşçinin İşe Başlatılmaması Halinde Ödenecek tazminatın Belirlenmesinin Anlamı”, (Karar İncelemesi), İstanbul Barosu Dergisi, C.77, S.2, Y.2004, 672.
 - 11 Savaş Taşkent, “İş Sözleşmesinin Kurulması ve Sona Ermesi”, Yeni İş Yasası, Seminer Notları ve İş Kanunu, İstanbul 2003, 127; Süzek, 585; Çelik, 246; Ekonomi, 16, Çankaya, Günay, Göktaş, 302; Uşan, 36; “...Her dava açıldığı tarihteki koşullara göre değerlendirilmelidir. İhbar tazminatı, kıdem tazminatı ve izin ücretleri taleplerini kapsayan dava akdın 7.7.2003 günü feshedildiği gerekçesi ile 25.7.2003 tarihinde açılmıştır. İşe iade kararı ile 7.7.2003 tarihinde feshin gerçekleşmediği kabul edildiğine göre; davanın açıldığı 25.7.2003 tarihinde gerçekleşmiş bir fesih bulunmamaktadır. Aktin feshinin gerçekleşmesine bağlı kıdem, ihbar tazminatı ile yıllık izin ücreti isteklerinin açıklanan nedenlerle reddi gerekirken yazılı şekilde kabulü hatalıdır. (Y9HD., 24.11.2005, E.2005/8851, K.2005/37122, Güven, Çankaya, Göktaş, 1011).
 - 12 Ethem Kara, İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Geçerli Nedenle Feshi ve Sonuçları, Ankara 2008, 124; Ulucan, İş Güvencesi, 85; Mollamahmutoğlu, 765.
 - 13 Mollamahmutoğlu, 765.
 - 14 Gizem Sarıbay, Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz ve Sonuçları, İstanbul 2007, 263.
 - 15 Uşan, 40; Kanımızca burada işçinin kıdemi hesaplanırken ilk fesih tarihi ile işçiyi işe başlatmayarak yapmış olduğu fesih tarihi arasındaki sürenin tamamının işçinin kıdemine ilave edilmesi gerekir. Zira yasada yer alan sınırlama işçinin kıdemine ilişkin değil, boşta geçen süreye ilişkin ücret ve diğer haklara ilişkindir. Ancak, Yasadaki anlatım karşısına, bunun ancak olması gereken açısından ileri sürülebilecek bir durum olduğu da bir gerçektir.
 - 16 Mollamahmutoğlu, 767; Süzek, 585.
 - 17 “İşçinin açmış olduğu işe iade davası sonunda, daha önce ihbar öneli tanınmış olan feshin geçersizliğinin tespit edilmesi, kararın kesinleşmesi ve işçinin işe başlamak için başvurması halinde, işçiye tanınmış olan önceki ihbar önelinin bir değeri olmaz, işçinin işe başlatılmaması halinde işe başlatmama tarihi fesih tarihi olduğundan, belirtilen fesih tarihine göre ihbar tazminatının ödenmesi gerekir. Geçersiz sayılan fesihte kullanılan ihbar önelinin işe başlatmama suretiyle gerçekleşen feshe bir etkisi düşünülemez. Ancak, geçersiz sayılan fesih sebebiyle işçiye ihbar önellerine ait ücretin peşin olarak ödenmiş olması halinde yapılan bu ödeme, 4857 sayılı İş Kanununun 21. maddesi hükmüne uygun olarak işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süreye ait ücret alacaklarından mahsup edilir. Böyle bir indirim yapılmamışsa, geçersiz sayılan fesihte ödenen ihbar tazminatı, en son işe başlatmama sebebiyle gerçekleşen feshe göre hak kazanılan ihbar tazminatından faizsiz olarak mahsup edilmelidir”. Y9HD., 12.03.2009, E.2007/41150, K.2009/6661, Çalışma ve Toplum, S.22, 2009/3, 256-257.
 - 18 “İşçinin kesinleşen işe iade kararı ve süresi içinde başvuruya rağmen işe başlatılmaması halinde de önceki fesih ortadan kalkmakta ve işçinin işe başlatılmadığı tarih fesih tarihi olarak değerlendirilmektedir. Dairemizin bu yöndeki kararı istikrar kazanmıştır. (Yargıtay 9.HD. 14.10.2008 gün 2008/29383 E, 2008/27243 K). Bu durumda yine işçiye geçersiz sayılan fesih sebebiyle önce ödenen ihbar tazminatı tutarı, işe başlatılmama suretiyle gerçekleşen feshe göre hak kazanılan işçilik alacaklarından mahsup edilmelidir.” YHGK, 23.12.2009, E. 2009/9-526, K.2009/583, www.hukukturk.com
 - 19 Murat Şen, “Geçersiz Fesihte İşçinin İşe Başlatılmaması Halinde Bildirim Süresi Kullanılması”, Karar İncelemesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y.5, S.17, Mart 2010, 169.
 - 20 Şen, 169.
 - 21 Dipnot 18 de belirtilen karar.
 - 22 Ulucan, İş Güvencesi, 85, Ekonomi, 16-17.
 - 23 Mollamahmutoğlu, 767; Süzek, 585; Çelik, 246; Aktay, Arıcı, Kaplan/Seymen, 204; Demir, 244; Akyiğit, 325; Uşan, 40.
 - 24 Çelik, 246.
 - 25 Kıdem tazminatının faizinin başlangıç tarihi ilk feshin yapıldığı tarih itibariyle hüküm altına alınmış ise de, işe iade kararı

ile yapılan feshin geçersiz olduğuna karar verilmiş olması nedeni ile faiz başlangıcı işçinin işe başvurusunun işverence red olduğu tarihin gerek fesih tarihi olması nedeniyle kıdem tazminatı faizine de bu tarihten itibaren karar verilmesi gerekir (Y9HD., 8.2.2006, E.2005/37738, K/2006/2765, Kılıçoğlu, Şenocak, 1304); "İşe iade davası sonrasında işçinin süresi içerisinde başvurmasına rağmen işverence işe başlatılmadığı tarih fesih tarihi olmakla, kıdem tazminatı bakımından faiz başlangıcı da, işçinin işe alınmayacağına açıklandığı tarih ya da bir aylık işe başlatmama süresinin sonudur. (Y9HD., 15.02.2010, E.2008/16474, K/2010/3474, Çalışma ve Toplum, S.27, 2010/4, 327-332).

Davacı işçi iş sözleşmesi davalı işverence 27.12.2004 tarihinde feshedilmiş ve davacı işçi feshin geçersizliğinin tespiti ile işe iadesi davası açmış, isteğin kabulüne karar verilmiştir. Kesinleşen bu karar üzerine davacı işe iade talebinde bulunmuş ve işverence işe başlatılmadığı için bir aylık işe başlatma süresinin sonu olan 21.12.2005 tarihinde iş sözleşmesi feshedilmiştir. Anılan fesih sonrasında açılan bu davada kıdem tazminatı isteğinde bulunulmuş ve faizin, 27.4.2005 tarihinden itibaren işletilmesi talep edilmiştir. Mahkemece taleple bağlı kalındığından bahisle geçersiz sayılan 27.12.2004 tarihli feshin ardından 4 aylık boşta geçen sürenin ilavesiyle belirlenen 27.4.2005 tarihinden itibaren kıdem tazminatı için faize karar verilmiştir. Davacının talebi davalı işverenin aleyhine sonuçlara yol açmaktadır. Öte yandan fesih tarihinden önceki bir tarihten kıdem tazminatı için faize karar verilmesi mümkün değildir. Kıdem tazminatı için faiz başlangıcı olarak 21.12.2005 tarihi yerine daha önceki bir tarihten itibaren faize karar verilmesi de hatalı olmuştur (Y9HD.,13.3.2007, E. 2007/95, K. 2007/6515, http:// www.lebiblyalkin.com.tr.).

26 Çankaya, Günay, Gökteş 302; Uşan, 40.

27 Y9HD., 12.04.2005, E. 2004/18066, K.2005/12952- Çankaya, Günay, Gökteş, 1018, 1019.

28 "İşe iade davasının yargılaması sırasında en çok 4 aya kadar olan sürenin hizmet süresine ekleneceği konusunda Dairemiz kararları istikrar kazanmıştır (Yargıtay 9.HD. 3.10.2005 gün 2005/ 16932 E, 2005/ 31926 K.). Yine Dairemizce, işçinin işe alınmayacağına açıklandığı veya bir aylık işe başlatma süresinin sonu, fesih tarihi olarak kabul edilmelidir. Bu nedenle fesih tarihindeki kıdem tazminatı tavanı gözletilmelidir. Aynı şekilde tazminata esas alınacak ücretin de, 1475 sayılı yasanın 14. maddesi hükmü gereği fesih tarihindeki ücret olması gerekir". Y9HD., 30.04.2009, E.2008/352, K.12165, Çalışma ve Toplum, S.23, 2009/4, 291.

"...4857 sayılı iş Kanununun 21. maddesi, geçersiz nedenle yapılan feshin sonuçları arasında, kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarının ödeneceğini hükme bağlamaktadır. Kanunda tazminat değil, işçinin çalıştırılmadığı süre içinde doğmuş bulunan ücret alacağının ödeneceğine ilişkin kural da taraflar arasındaki sözleşmenin bir süre devam ettiğine işaret etmektedir. Feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmekle iş sözleşmesinin kesintisiz devam ettiği ve işe başlatmama halinde feshin bu tarihte gerçekleştiği kabul edilmelidir. Ancak yasanın düzenlenmesi gereği bu sürenin 4 aya kadar ücret ve diğer yasal haklarının ödenmesine karar verilen süre; ihbar, kıdem

tazminatı ve yıllık ücretli izin alacağının hesabında nazara alınması gerekmektedir". Y9HD., 6.12.2004E. 2004/28355, K. 2004/26161, http://www.lebiblyalkin.com.tr.

29 Y9HD., 28.4.2005, E.2005/886, K.2005/14880, http://www.lebiblyalkin.com.tr.

30 Y9HD., 22.12.2008, E.2007/30406, K.2008/34836, Çalışma ve Toplum, S.22, 2009/3, 434.

31 "Feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar vermekle, iş sözleşmesinin kesintisiz devam ettiği ve işe başlatmama halinde feshin bu tarihte gerçekleştiği kabul edilmelidir. Ancak yasanın düzenlenmesi gereği bu sürenin 4 aya kadar ücret ve diğer yasal hakların ödenmesine karar verilen süre; ihbar, kıdem tazminatı ve yıllık ücretli izin alacağının hesabında nazara alınması gerekmektedir. Bu hukuki düzenleme karşısında boşta geçen 4 aylık sürenin kıdem tazminatına esas süre ile yıllık ücretli izin süresinden sayılması gerekmektedir. Mahkemece yazılı şekilde sonuca gidilmesi fark kıdem tazminatı ve işe giriş tarihine göre boşta geçen süre içinde hak edilen yıllık ücretli izin alacağının reddedilmesi hatalıdır" (Y9HD., 03.10.2005, E.16932, K. 31926- Çankaya, Günay, Gökteş, 313, dn.34). davacı işçinin avukatı aracılığıyla süresi içinde yapmış olduğu başvurunun geçerli olduğu ve işçinin işe başlatılmaması sebebiyle bir aylık işe başlatma süresinin sonu olan 5.5.2007 tarihinde iş sözleşmesinin işverence feshedilmiş sayılması gerektiği kabul edilmelidir. Buna göre davacı işçi, işe başlatmama tazminatı ile dört aya kadar boşta geçen süre ücret ve diğer haklara hak kazandığından isteklerin kabulü cihetine gidilmelidir. İhbar ve kıdem tazminatı ise fesih tarihi olan 5.5.2007 tarihine göre belirlenerek hüküm altına alınmalıdır (Y9HD., 2.12.2008, E. 2008/42499, K. 2008/32929, http:// www.lebiblyalkin.com.tr.). Benzer nitelikte bkz. Y9HD., 14.07.2005, E.2004/30139, K.2005/26288, Çankaya, Günay, Gökteş, 911-912.

Öğr. Gör. Dr. Ercüment ÖZKARACA

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yeni İş Arama İzninin Süresi ve İspatı

T.C. YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

Esas No : 2009/9-593

Karar No : 2010/20

Tarihi : 27.01.2010

ÖZET

Davacı işçi ihbar öneli kullandırılmasına rağmen iş arama izni verilmediğini ileri sürerek iş arama izin ücretlerinin ödetilmesini talep etmiştir. Yeni iş arama izni, işçinin ihbar öneli içinde çalıştırıldığı günler için geçerli olur. İşçinin hafta tatili, bayram ve genel tatil izinlerini kullandığı günler için iş arama izni verme zorunluluğu bulunmamaktadır. Çalışılmayan günler için iş arama izni verilmesi gerekmediğine göre, iş arama izin ücretine de hak kazanılamaz. Davalı işveren, ihbar öneli içinde yeni iş arama izinlerini kullandığını kanıtlayabilmiş değildir. İşçinin ihbar öneli içinde çalıştığı günler bakımından

her gün için iki saat iş arama izin ücretinin %100 olarak hesaplanarak hüküm altına alınması gerekir.

Taraflar arasındaki “Alacak” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İzmir 5. İş Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 24.10.2008 gün ve 2008/178 E., 2008/585 K. sayılı kararın incelenmesi davalılardan SGK Başkanlığı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 10.02.2009 gün ve 804-2102 sayılı ilamı ile; (...1-Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Davacı işçi ihbar öneli kullandırılmasına rağmen iş arama izni verilmediğini ileri sürerek iş arama izin ücretlerinin ödetilmesini talep etmiştir. Mahkemece isteğin kabulüne karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanununun 27. maddesine

göre, yeni iş arama izni vermeyen veya eksik kullandıran işveren, o süreye ait ücreti işçiye ödemekle yükümlüdür. Aynı maddenin 3. fıkrasında, işveren yeni iş arama izni esnasında işçiyi çalıştırırsa, işçinin çalışma karşılığı olmaksızın alacağı ücrete ilaveten çalıştırdığı sürenin ücretini yüzde yüz zamlı ödemesi gerektiği kuralı getirilmiştir.

Yeni iş arama izni, işçinin ihbar öneli içinde çalıştırıldığı günler için geçerli olur. İşçinin hafta tatili, bayram ve genel tatil izinlerini kullandığı günler için iş arama izni verme zorunluluğu bulunmamaktadır. Çalışılmayan günler için iş arama izni verilmesi gerekmediğine göre, iş arama izin ücretine de hak kazanılamaz.

Somut olayda davalı işveren, ihbar öneli içinde yeni iş arama izinlerini kullandığını kanıtlayabilmiş değildir. İşçinin ihbar öneli içinde çalıştığı günler bakımından her gün için iki saat iş arama izin ücretinin 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 27.maddesi hükmüne uygun olarak %100 olarak hesaplanarak hüküm altına alınması gerekir. Çalışılmayan hafta tatilleri için de iş arama izin ücreti hesaplanarak sonuca gidilmesi hatalı olup kararın bu yönden de bozulması gerekmiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkeme önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN

Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı vekili.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'nun 429. maddesi gereğince BOZULMASINA, 27.01.2010 günü ikinci görüşmede oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Yeni iş arama iznini düzenleyen 27. maddeye göre, işverenin bildirim süreleri içinde, işçiye yeni bir iş bulması için gerekli olan iznini iş saatleri içinde ve ücret kesintisi yapmadan vermesi mecburidir ve iş arama izninin süresi 2 saatten az olamaz. İşçi isterse iş arama izin saatlerini birleştirerek toplu kullanabilir. İşveren yeni iş arama izni vermez veya eksik kullanırsa o süreye ilişkin ücret işçiye ödenir. Yeni iş arama izni esnasında işçinin çalıştırılmasının yaptırımı ise ayrıca yüzde yüz zamlı ücret ödenmesidir.

Somut uyuşmazlık bakımından, işçinin ne kadar süreyle yeni iş arama iznine hak kazandığı önem taşımaktadır. Hak kazanılan yeni iş arama izni süresinin ne kadar olduğu ile bu iznin iş saatleri içinde kullanılacak olması tamamen birbirinden farklı kavramlardır. Yasanın iş saatleri ile irtibatlandığı konunun, iznin kullanılmasyla ilgili olduğu açıktır. İşçiye yeni iş arama izni elbette iş saatleri içinde verilecek ve işçi, bir iş karşılığı olmaksızın bu süreye ilişkin ücrete hak kazanacaktır. Zaten aksi takdirde bir "izin"den de işçiye usulünce yeni iş arama izni kullanıldığından da söz edilemez. Hak kazanılan izin süresi ise, ihbar önellerine göre belirlenecektir. Örneğin üç yıldan fazla kıdemi olan işçiye tanınacak olan ihbar öneli 56 gün (iş günü değil) olduğuna göre, bu işçi günde 2 saatten az olmamak üzere toplam 112 saat yeni iş arama iznine hak kazanmıştır. Ve işveren, işçiye iş günlerinde olmak üzere, yeni bir iş arayabilmesi için 112 saat serbest zaman tanımak zorundadır. Bu süreyi ona tanımayıp işçiyi çalıştırmış ise ayrıca % 100 zamlı ücret ödenmesi zarureti hasıl olacaktır.

Çoğunluk görüşü, aynı kıdeme sahip işçiler arasında ve tanınması gereken ihbar öneli de değişmediği halde, yeni iş arama izni müessesesini ana unsurundan uzaklaştırarak rastlantılara bırakmaya elverişlidir. İşyerinde 5 yıl süreyle çalışmış iki işçinin iş sözleşmeleri birkaç hafta arayla feshedildiğinde ve sözleşmesi daha önce feshedilen işçinin ihbar öneline ulusal bayram-genel tatil günleri denk geldiğinde, aynı kıdeme sahip ve kanuna göre eşit sürede ihbar öneline tabi bu işçilerden, sözleşmesi önce feshedilen çok daha kısa süre yeni iş arama iznine hak kazanmış olacaktır. Bir işçiye tanınacak yeni iş arama izni süresi 27. maddede açıkça düzenlenmiş olup, akdin hangi tarihte feshedildiğinden hareketle belirlenmeyeceği gibi konu tamamen rastlantıya yahut işverenin ihtiyarına da terk edilmemiştir. Yeni iş arama izni nasıl yıllık ücretli izinle iç içe giremeyecek ise, ihbar önellerine rastlayan diğer tatil günleriyle de iç içe giremez. Çoğunluk görüşünün aksine, hafta ve genel tatil günlerinde çalışmadığı halde işçiye zamlı yeni iş arama izin ücreti verilmesi söz konusu olmayıp, iş günlerinde ihbar önellerine göre hak kazanılan sürede çalıştırıldığı için %100 zamlı ücret ödenmektedir.

Bunun yanı sıra işçi, yasanın kendisine tanıdığı hakla yeni iş arama izinlerini topluca kullanmayı talep ettiğinde, asgari ihbar öneli x 2 saat süreyle işyerine gelmemesi sağlanacak (Çil, Şahin, İş Kanunu Şerhi, 2007, sh:2063) ve bu süre devamsızlık niteliği taşımayacaktır. İşverenin her bir işçi için ayrı ayrı, fesih tarihlerine göre ihbar öneline denk gelen hafta, ulusal bayram, genel tatil vs. günleri hesaplayıp hariç tutarak geri ka-

lan günlerde eşit sürede ihbar öneline sahip bir işçiye sözgelimi 43 iş günü x 2 saat = 86 saat, diğerine 42 iş günü x 2 saat = 84 saat, bir başkasına 40 iş günü x 2 saat = 80 saat yeni iş arama izin hakkı tanınması hükmün amaçladığı bir sistem olmadığı gibi, bu işçiler arasında sadece fesih tarihlerine veya rastlantısal tatil günlerine göre ayırım yaparak birine diğerinden daha kısa süre yeni iş arama izni tanınması eşit işlem yapma borcuna da aykırıdır. Hak kazanılan yeni iş arama izin süresi standart olarak içinde iki saatten az olmamak üzere kullanılmalıdır. İşveren, ihbar önelleri boyunca iş günlerinde işçiyi bu yöntemle belirlenen süreyle çalıştırmamalı, aksi takdirde bu sürenin ücretini % 100 zamlı olarak ayrıca ödemelidir.

Kanunun, yeni iş arama izninin “kullanılma usulüyle ilgili” olarak vurgulayıp tercih ettiği “iş saatleri içinde” ibaresinin aksine, “hak kazanılan süre” bakımından böyle bir sınırlama getirmemesi ve “iş günleri”nden söz etmemesi de ulaşılan bu sonucu doğrulamaktadır (Akyiğit, Ercan, İş Kanunu Şerhi, 2006, sh: 1195-1196). Kanaatimizce hüküm açık olmakla birlikte, yasada boşluk olduğu dahi söylenecek olsa, işçi lehine yorum ilkesi gereğince de yeni iş arama izni süresini işçi aleyhine azaltmamak gerekmektedir. Açıklanan nedenlerle, yerel mahkeme kararı yasaya uygun olduğundan, Sayın Çoğunluk yeni iş arama izninin ihbar öneli içindeki çalışılmayan hafta tatilleri dışlanarak hesaplanması gerektiği yönündeki bozma görüşüne katılmıyorum.

Üye
Ö. Hicri Tuna

KARARIN İNCELENMESİ

1. Uyuşmazlık ve Çözümü Gereken Hukuki Sorun

İnceleme konusu Yargıtay Hukuk Genel

Kurulu kararından¹ anlaşıldığı kadarıyla, karara konu olayda, davacı işçi fesih bildirim süreleri içinde kullandırılmayan iş arama izinlerinin ücretini talep etmiş, yerel mahkeme, talebin kabulüne karar vermiş ve kullandırılmayan iş arama izinlerinin ücretine ilişkin hesaplamada

çalışılmayan hafta tatillerini de dikkate almıştır.

Kararın temyizi üzerine Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, yeni iş arama izninin, işçinin ihbar öneli içinde çalıştırıldığı günler için geçerli olduğu, işverenin hafta tatili, bayram ve genel tatil izinlerinin kullanıldığı günler için işçiye iş arama izni verme yükümlülüğünün bulunmadığı, dolayısıyla söz konusu günler için iş arama izin ücretine de hak kazanılamayacağı gerekçesiyle, yerel mahkemenin, iş arama izin ücretlerini hesaplarken çalışılmayan hafta tatillerini de dikkate almasını hatalı bularak kararın bu yönden bozulmasına hükmetmiştir.

Bozma kararı üzerine yeniden yapılan yargılama sonunda yerel mahkeme, önceki kararda direnmiştir.

Yerel mahkemenin direnme kararının temyizi üzerine Hukuk Genel Kurulu, oyçokluğu ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı bozulmasına karar vermiştir.

Hukuk Genel Kurulu kararına karşı Yüksek 9. Hukuk Dairesi Üyesi Ö.Hicri Tuna tarafından yazılan karşı oy yazısında ise, hak kazanılan yeni iş arama izninin süresi ile bu iznin iş saatleri içinde kullanılacak olmasının birbirinden farklı olduğu, yeni iş arama izninin iş saatleri içinde verileceği, hak kazanılan izin süresinin ise, fesih bildirim sürelerine göre belirleneceği, çoğunluk görüşünün yeni iş arama izni müessesesini ana unsurundan uzaklaştırarak rastlantılara bırakmaya elverişli olduğu, işçiler arasında sadece fesih tarihlerine veya rastlantısal tatil günlerine göre ayırım yaparak birine diğerinden daha kısa süre yeni iş arama izni tanınmasının eşit işlem yapma borcuna da aykırı olduğu, yasada boşluk olduğu dahi söylenecek olsa, işçi lehine yorum ilkesi gereğince de yeni iş arama izni süresini işçi aleyhine azaltmamak gerektiği, sonuç olarak, iş arama izin süresinin, fesih bildirim süreleri içinde söz konusu olan hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil günleri dışlanmaksızın, bildirim süresine ilişkin gün sayısının asgari 2 saatlik süre ile çarpımı sonucu bulunacak süre kadar olduğu savunulmuştur.

Görüldüğü gibi, inceleme konusu olayda yerel mahkeme kararı (ve HGK kararına yazı-

lan karşı oy yazısı) ile Yargıtay 9. Hukuk Dairesi (ve Hukuk Genel Kurulu) kararı arasındaki farklılık, 4857 sayılı İş Kanunu m.27'de öngörülen yeni iş arama izninin süresinin nasıl hesaplanacağı konusunda toplanmaktadır.

Ayrıca HGK kararına esas olan Yargıtay 9. Hukuk Dairesi kararında, yeni iş arama izninin, işçinin ihbar öneli içinde çalıştırıldığı günler için geçerli olduğundan, işçinin hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil izinlerini kullandığı günler için iş arama izni verme zorunluluğu bulunmadığından söz edilmiştir. Buradan hareketle, dava konusu olayda uygulanma yeri olmamakla birlikte, bildirim süreleri içinde işçinin hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil günleri dışında çalışmadığı süreler için iş arama izninin söz konusu olup olmayacağını da, inceleme konusu kararda yer verilen tespitler ışığında inceleyeceğiz. Ayrıca, kararda iş arama izninin kullanılıp kullanılmadığının ispatı konusunda kullanılan ifadeler de kısaca değerlendirilecektir.

II. Genel Olarak Yeni İş Arama İzni

Bilindiği gibi, İş Kanununa göre, belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshinden önce durumun diğer tarafa bildirilmesi gerekir ve sözleşme bildirim süresi geçtikten sonra sona erer (m.17/f.I). Bu düzenlemenin amacı, iş sözleşmesi taraflarının sürpriz fesihlerle karşılaşmasını önleyerek, bu süre içinde işçiye yeni bir iş, işverene de yeni bir işçi bulma olanağının sağlanmasıdır². İşveren, bu süre zarfında bizzat kendisi veya işyerinde bu amaçla oluşturduğu organizasyon aracılığıyla yeni bir işçi arayabilecektir. İşçi açısından bakıldığında ise, sadece iş sözleşmesinin belirli bir süre sonra sona ereceğinin öğrenilmiş olması genellikle yeni bir iş bulması için yeterli olmayacaktır. Zira, bildirim süresi içinde tarafların iş sözleşmesinden doğan hak ve borçları aynen devam ettiğinden, işçi iş görme edimini eskiden olduğu gibi yerine getirmekle yükümlüdür³. Bildirim süresi içinde işyerinde çalışmakla yükümlü olan işçinin, bu süre zarfında yeni bir iş arayıp bulması güç olduğundan, Kanunda işçiye bu dönemde iş saatleri içinde yeni iş arama izni verilmesi zorunluluğu öngörülmüştür⁴.

İş Kanunu'na göre, bildirim süreleri içinde işveren, işçiye yeni bir iş bulması için gerekli olan iş arama iznini iş saatleri içinde ve ücret kesintisi yapmadan vermeye mecburdur (m.27/f.I,c.1). Kanunda kullanılan "bildirim süreleri içinde" ifadesinden de anlaşılacağı üzere, yeni iş arama izni, iş sözleşmesinin süreli fesih yoluyla sona erdirilmesi halinde söz konusu olup, sözleşmenin bildirim süresi tanımaksızın (usul-süz) veya haklı nedenle (İşK.m.24-25) feshi halinde yeni iş arama izni söz konusu değildir. Bunun gibi, sözleşmenin işveren tarafından peşin ödeme yoluyla sona erdirilmesi durumunda da iş arama izni verilmesi söz konusu olmaz⁵. Süreli fesih bildirimimin kimin tarafından yapıldığının ise bir önemi bulunmamaktadır. Başka bir deyişle işçi tarafından yapılan fesihlerde de iş arama izni verilmesi gerekir⁶.

Öğretide savunulan bir görüşe göre, iş arama izni hakkının doğumu için işçinin talepte bulunması gerekli olup, işçinin talebinin olmaması halinde işverenin izin verme yükümlülüğü bulunmamaktadır⁷. Alman Hukukunda da iş arama izni verilmesinin işçinin talebine bağlı olduğu kabul edilmektedir. Ancak Alman Hukukunda, bu husus Kanunda açıkça öngörülmemiştir. Alman Medeni Kanunu'na göre, fesih bildiriminden sonra işveren, talebi halinde işçiye yeni bir iş bulabilmesi için uygun bir zaman vermek zorundadır (§ 629 BGB)⁸. İş Kanunu'nun 27. maddesinde ise talep koşulu aranmamış, aksine işverenin, işçiye iş arama iznini vermeye mecbur olduğundan söz edilmiştir. Bu nedenle, söz konusu hakkın doğumu için işçinin talepte bulunmasının gerekli olmadığı kanısındayız⁹.

Kanunda, işçiye "yeni bir iş bulması için gerekli olan" iş arama izninin verilmesi gerektiğinden söz edilmektedir. Bu durumda, iş sözleşmesini yeni bir iş bulduğu için fesheden bir işçi yeni iş arama iznine hak kazanamayacaktır. Bunun gibi, bildirim süresi içinde yeni bir iş bulan işçi, bu tarihten sonra iş arama izni kullanamayacaktır. İş bulduğu halde bunu işverenden gizleyerek iş arama izinlerini kullanmaya devam eden bir işçinin iş sözleşmesi, sadakat borcuna aykırılık nedeniyle haklı nedenle feshedilebilir¹⁰. Yargıtay'ın bir kararında

ise, işçinin iş bulmasına rağmen iş arama iznini kullanmaya devam edebileceği kabul edilmiştir. Söz konusu karara göre, "İşçinin ihbar öneli tanımak suretiyle feshinden sonra da işçinin iş arama ihtiyacı devam edebilecektir. Hatta işçi bu arada yeni bir iş bulmuş olsa dahi, iş arama ihtiyacı devam eder. Çünkü, işçi iş arama iznini değerlendirerek daha iyi bir iş bulma imkanına kavuşabilecektir..."¹¹.

İşverenin vermesi gereken iş arama iznini kullandırmaması durumunda işçi iş sözleşmesini çalışma şartlarının uygulanmaması nedeniyle haklı nedenle derhal feshedebilir (İşK.m.24/f.II,f).

III. Yeni İş Arama İzninin Süresi

İş Kanunu, Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak yeni iş arama izninin süresi konusunda genel bir ifade kullanmamıştır. Gerçekten, Borçlar Kanunu'na göre, işveren, başka bir iş araması için işçiye "münasip bir zaman" vermek mecburiyetindedir (m.334/f.II). Alman Hukukunda da işçiye yeni bir iş bulması için "uygun bir zaman" verilmesinden söz edilmektedir (§ 629 BGB)¹².

İş Kanunu'na göre ise, "Bildirim süreleri içinde işveren, işçiye yeni bir iş bulması için gerekli olan iş arama iznini iş saatleri içinde ve ücret kesintisi yapmadan¹³ vermeye mecburdur. İş arama izninin süresi günde iki saatten az olmaz ve işçi isterse iş arama izin saatlerini birleştirerek toplu kullanabilir. Ancak iş arama iznini toplu kullanmak isteyen işçi, bunu işten ayrılacağı günden evvelki günlere rastlatmak ve bu durumu işverene bildirmek zorundadır" (m.27/f.I). Belirtelim ki, Borçlar Kanunu Tasarısı'nda da, İş Kanunu'na paralel bir düzenleme getirilmektedir. Tasarıda yer verilen hükme göre, "İşveren, belirsiz süreli hizmet sözleşmesinin feshi halinde, bildirim süresi içinde işçiye ücretinde bir kesinti olmaksızın iki saat iş arama izni vermekle yükümlüdür" (m.420/f.II).

Öncelikle, İşK.m.27 hükmü nispi emredici nitelikte olduğundan, günlük iki saat olarak belirlenen iş arama izni asgari niteliktedir¹⁴. İş arama izin süresinin artırılması değişik şekillerde olabilir. Taraflar bildirim sürelerini artırarak dolaylı olarak iş arama izni sürelerini de

artırmış olabilecekleri gibi, bildirim sürelerini artırmaksızın doğrudan izin sürelerini de artırabilirler ya da hem bildirim sürelerini hem de iş arama izin sürelerini birlikte artırabilirler. Buna karşılık iş arama izin süresi sözleşmelerle kısaltılamaz, ortadan kaldırılamaz ve işçinin bu hakkından önceden vazgeçmesi geçerli sayılmaz¹⁵.

İnceleme konusu karardaki temel uyuşmazlık, iş arama izin sürelerinin nasıl hesaplanacağı noktasında toplanmaktadır. Yukarıda belirtildiği gibi, yerel mahkeme kararında, iş arama izninin kullanılmadığı olayda, izin ücreti belirlenirken bildirim süresi içindeki hafta tatili günleri için de izin ücreti ödenmesine karar verilmiş, 9. Hukuk Dairesi ise, yeni iş arama izninin, işçinin bildirim süresi içinde çalıştırıldığı günler için söz konusu olabileceği gerekçesiyle yerel mahkeme kararını bozmuştur.

Esasen Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, inceleme konusu karara esas teşkil eden olaya ilişkin 10.02.2009 tarihli bu kararından önce de aynı yönde çok sayıda karar vermiştir. Örneğin, Yüksek Mahkeme, 23.09.2008 tarihli kararında da, iş arama izninin fesih bildirim süresi içinde sadece çalışılan günler bakımından verilmesi gerektiği; çalışılmayan hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil günleri için işverenin işçiye iş arama izni verme yükümlülüğünün bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır¹⁶. Yüksek Mahkeme, daha sonra verdiği kararlarda da, inceleme konusu Hukuk Genel Kurulu kararına atıfta bulunarak aynı doğrultuda hüküm kurmaktadır¹⁷.

Belirtmek gerekir ki, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 2008 yılında verdiği bir kararında, inceleme konusu karara yazılan karşı oy yazısındaki aksi yöndeki görüş doğrultusunda açıklamalara yer vermiştir. Gerçekten, Yüksek Mahkeme'nin 03.06.2008 tarihli kararında, uyuşmazlığın esası ile ilgili olmamakla birlikte, "...Yeni iş arama süresi en az 4857 sayılı İş Kanununun 17. maddesinde sözü edilen bildirim gün sayısı ile iki saatin çarpımı kadar saattir..." şeklinde bir ifadeye yer verilmiştir¹⁸. Tespit edebildiğimiz kadarıyla, söz konusu karar bu yönde verilmiş tek karardır. Yukarıda belirtildiği gibi, Yüksek Mahkeme daha sonra verdiği tüm kararlarda diğer görüşü benimsemiştir. Buradan hareket-

le, Yüksek Mahkeme'nin görüş değiştirdiği ve bu görüşünün yerleşik hale geldiği söylenebilecektir.

İnceleme konusu kararda Yerel Mahkeme ile 9.Hukuk Dairesi arasında söz konusu olan görüş farklılığı, aynı şekilde öğretilde de söz konusudur. Gerçekten, bu konuda savunulan bir görüşe göre, Kanunda yer verilen "iş saatleri" ifadesi, iznin kullanım zamanına yönelik olup, hak edilmesine yönelik değildir. Bu nedenle bu konuda bir boşluk bulunduğu söylenebilir. İzne hak kazanma bakımından iş günü olup olmadığına bakılmaksızın bildirim süresini oluşturan haftanın her bir günü hesaba katılarak iş arama izin süresi tespit edilmelidir¹⁹.

Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise, iş arama izni bildirim süreleri içinde işçinin çalıştığı günler için söz konusu olur. Gerçekten, İşK.m.27'de yer alan bildirim süresi içinde ifadesi, ilk bakışta iş arama izninin bildirim süresindeki her bir gün için verileceği izlenimini uyandırır da, gerek düzenlemenin amacı gerek hükümde kullanılan iş saatleri içinde ifadesi, iznin bildirim süresi içindeki iş günleri için verilmesi gerektiğini göstermektedir²⁰.

Karşı oy yazısında, hükümdeki iş saatleri içinde ifadesinin, izne hak kazanma ile ilgili olarak değil iznin kullanımı ile ilgili olarak kullanıldığı, hak kazanılan izin süresi açısından iş saatleri ile bir irtibatın bulunmadığı, izin süresinin bildirim sürelerine göre belirleneceği savunulmuştur. Karşı oy yazısında belirtildiği gibi, iş arama izinleri elbette iş saatleri içinde kullanılacaktır. Ancak, karşı oy yazısında savunulunun aksine, salt Kanunda iş arama izinlerinin iş saatleri içinde kullanılacağına açıkça öngörülmesi olmasından, izin süresinin bildirim süresine ilişkin gün sayısına göre belirlenmesi gerektiği sonucunun çıkarılamayacağı kanısındayız. Gerçekten, Kanunda izin süresinin bildirim süresine ilişki gün sayısına göre hesaplanacağına ilişkin herhangi bir düzenleme yer almadığı gibi, hüküm bunun aksinin kabulüne daha elverişli bir ifade tarzına sahiptir. Nitekim, söz konusu hükme göre, "Bildirim süreleri içinde işveren, işçiye yeni bir iş bulması için gerekli olan iş arama iznini iş saatleri içinde ve ücret kesintisi yapmadan vermeye mecburdur. İş arama

izninin süresi günde iki saatten az olamaz...". Görüldüğü gibi, hükümde kullanılan "bildirim süreleri içinde" ifadesi iş arama izninin kullanılacağı genel zaman dilimini göstermektedir. Bu genel zaman diliminde işveren, iş saatleri içinde iş arama izni verecektir ve bunun süresi de günde iki saatten az olmayacaktır. İş saatleri de ancak çalışılan günlerde söz konusu olabileceğinden, çalışılmayan günlerde iş arama izni verilmesine gerek bulunmamaktadır.

Öte yandan, işçiye iş arama izninin verilmesindeki amaç, bildirim süreleri içinde iş görme borcunu yerine getirme yükümlülüğünün devam etmesi nedeniyle iş bulmasındaki güçlük karşısında, işçiye boş zaman sağlamaktır. Mevcut düzenlemenin amacı (ratio legis) dikkate alındığında, iş görme ediminin yerine getirilmediği, tamamı iş aramaya ayrılacak günler için bu iznin verilmesine gerek bulunmamaktadır²¹. Dolayısıyla, hükmün gerek lafzi gerek amaçsal yorumunun bu sonucu gerektirdiği düşüncesindeyiz.

Karşı oy yazısında dayanılan bir diğer gerekçe, aksi sonucun kabulü halinde, işçiler arasında sadece fesih tarihlerine veya rastlantısal tatil günlerine göre ayırım yaparak birine diğerinden daha kısa süre yeni iş arama izni tanınmasının eşit işlem yapma borcuna aykırı olacağıdır. Kanımızca, karşı oy yazısında da açıklandığı gibi, böyle bir durumda işçilerin farklı izin sürelerine hak kazanacak olmaları salt takvim rastlantısından kaynaklandığından eşit davranma borcuna aykırılık söz konusu olmayacaktır.

İş arama izninin toplu olarak kullanılmak istenmesi durumunda, hak kazanılan toplam izin süresi, işçinin bildirim süresi içinde çalışmakla yükümlü olduğu gün sayısının (kural olarak) iki saatlik süre ile çarpımı sonucunda bulunacak sürenin işgünü olarak toplamı kadar olacaktır²².

Dava konusu olayda uygulanma yeri olmakla birlikte, bildirim süreleri içinde işçinin hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil günleri dışında çalışmadığı süreler (örneğin çalışılmayan Cumartesi günleri) için de iş arama izninin söz konusu olmayacağı kanısındayız. Nitekim, incelenen kararda da, yeni iş arama izninin, işçinin bildirim süresi içinde çalıştırıldı-

ğı günler için geçerli olduğundan söz edilmekle Yargıtay'ın da aynı görüşte olduğu söylenebilecektir.

IV. İspat Yükü

Yargıtay'ın önceki kararlarında, işverenin fesih bildiriminde işçiye yeni iş arama iznini kullanabileceğini belirtmiş olması halinde, izin kullandırılmadığını işçinin ispat etmesi gerektiğine hükmedilmiştir²³. Yüksek Mahkeme'nin bu içtihadı öğretide haklı olarak eleştirilmiş ve iş arama izninin hangi saatlerde ve ne zaman kullanıldığının somut biçimde işverence ispat edilmesi gerektiği ifade edilmiştir²⁴.

İnceleme konusu olayda ise, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, HGK tarafından hukuka uygun bulunan kararında, "...Somut olayda davalı işveren, ihbar öneli içinde yeni iş arama izinlerini kullandığını kanıtlayabilmiş değildir..." ifadelerine yer vermiş ve buna dayanarak kullandırılmayan iş arama izin ücretlerinin ödenmesi gerektiğine hükmetmiştir. Kanımızca, Yüksek Mahkeme'nin vardığı sonuç isabetlidir²⁵. Gerçi bu olayda işverenin fesih bildiriminde işçiye yeni iş arama izinlerini kullanabileceğini belirtip belirtmediği belli değildir. Hatta karar metninden sözleşmenin kimin tarafından feshedildiği de kesin olarak anlaşılamamaktadır. Bununla birlikte, Yüksek Mahkeme ispat yükünün işverende olduğunu kabul ettiğinden, fesih bildiriminde iş arama izninin kullanılabileceğine ilişkin açıklamalar da yer alsa, bu açıklamalar ayrıntılı bir şekilde işçinin hangi saatlerde izin kullanabileceği bilgisini de içerse, varılan sonucun değişmemesi gerekir. İspat yükünün işverende olduğu kabul edildikten sonra, salt fesih bildiriminde işçiye iş arama izinlerini kullanabileceğinin belirtilmesi, izin saatlerinin gösterilmesi ispat yükünün yer değiştirmesi sonucunu doğurmamalıdır²⁶. Zira işçiden izni kullandırılmadığının ispatının istenmesi, ondan menfi bir vakıanın ispatın beklenmesi anlamına gelir. İş sözleşmesinin bağımlılık ilişkisi kuran niteliği de dikkate alındığında, müspet bir vakıa olarak, işverenin izin kullandırıldığını ispatı, daha beklenebilir bir durumdur. Nitekim, benzer bir durum olan yıllık izinler açısından bu çözüm tarzı pozitif düzenlemelerle benimsen-

miştir (İşK.m.60, Yıllık Ücretli İzin Yön.m.20). Aynı çözüm tarzının burada da kabulüne engel bir neden bulunmadığı kanısındayız. Bu sonuç, ispat yükünün paylaşılmasına ilişkin kriterlerden menfi vakıanın ispatındaki güçlük ve delile yakın olma kriterlerine de uygundur²⁷.

Öğretide, Yüksek Mahkeme'nin önceki içtihadında, 1475 sayılı İş Kanunu döneminde iş arama izni verilmemesinin hukuki yaptırımının ihbar tazminatı ödenmesi olarak kabul edilmesinin de önemli bir etkisi olduğu belirtilmektedir. Buna göre, "Yargıtay, ispat külfetinin yer değiştirilmesi sonucuna kadar götürecektir yukarıdaki açıklamalar, iş arama izni verilmemesinin hukuki yaptırımını hatalı bir yorumla, bildirim şartına uyulmaması anlamında kabul etmesi ve işvereni ihbar tazminatı ödemekle yükümlüdür sonucuna varmasıdır. Bir gün dahi izin kullanılmamasının yaptırımı işçiye kanuna uygun olmayan şekilde ihbar tazminatı ödenmesi yönünde bir menfaat sağlanınca, uygulamada genellikle ihmal edilen yeni iş arama izni işveren yönünden çok pahalıya malolmuştur. Yüksek mahkeme açılan dava sıklığı karşısında başka yönlerden işi zorlaştırıcı çareler aramak yoluna gitmiştir..."²⁸. Bilindiği gibi, 4857 sayılı İş Kanunu'nda yeni iş arama izni verilmemesinin hukuki yaptırımının açıkça öngörülmesi üzerine, Yüksek Mahkeme, iş arama izni verilmemesinin yaptırımının ihbar tazminatı ödenmesi olduğu yönündeki içtihadından²⁹ vazgeçmiştir³⁰.

V. Sonuç

İş Kanunu m.27/f.I hükmünün lafzı ve amacı dikkate alındığında, yeni iş arama izninin bildirim süreleri içindeki işgünleri için verilmesi gerektiği, bildirim süreleri içinde çalışılmayan hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil günleri için iş arama izni verilmesine gerek bulunmadığı yönündeki 9. Hukuk Dairesi ve Hukuk Genel Kurulu kararlarının isabetli olduğu kanısındayız. Dava konusu olay çalışılmayan hafta tatili günü için iş arama izni verilmesi gerekip gerekmediğine ilişkindir. Ancak Yüksek Mahkeme'nin kararındaki, çalışılmayan günler için iş arama izni verilmesine gerek bulunmadığı yönündeki açıklamalardan, yasal tatil günleri dışında çalışılmayan Cumartesi günü için de iş arama izni ve-

rilmesine gerek bulunmadığı görüşünde olduğu anlaşılmaktadır ki, bu görüş de isabetlidir. Son olarak, kararda iş arama izninin kullanıldığını ispat yükünün işverende olduğunun kabulü de, kanımızca uygun olan çözüm tarzıdır.

DİPNOTLAR

- 1 Söz konusu karar için bkz Yargı Dünyası, Eylül 2010, 64-67. Karara ilişkin bir inceleme için bkz. Şahlanan, Fevzi: İhbar Öneli İçerisinde Kullanılmayan ve Çalışılmayan Günlere Rastlayan İş Arama İzin Süresinin Ücreti, Karar İncelemesi, Tekstil İşveren, S. 363, Haziran 2010 eki, 2-4.
- 2 Süzek, Sarper: İş Hukuku, 4.Baskı, İstanbul 2008, 460-461; Taşkent (Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim): Bireysel İş Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2010, 156, 159; Mollamahmutoğlu, Hamdi: İş Hukuku, 3.Bası, Ankara 2008, 671; Aktay, A. Nizamettin/Arıcı, Kadir/Kaplan Senyen, E. Tuncay: İş Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2009, 181; Narmanlıoğlu, Ünal: İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, İzmir 1998, 277.
- 3 Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri, 23. Bası, İstanbul 2010, 199; Ekonomi, Münir: İş Hukuku, C.I, 3. Bası, İstanbul 1984, 170; Süzek, 463; Taşkent (Eyrenci/Taşkent/Ulucan), 157; Tunçomağ, Kenan/Centel, Tankut: İş Hukukunun Esasları, 5.Bası, İstanbul 2008, 192; Demir, Fevzi: İş Hukuku ve Uygulaması, 5.Baskı, İzmir 2009, 287; Mollamahmutoğlu, 670; Narmanlıoğlu, 275; Aktay/Arıcı/Kaplan Senyen, 180.
- 4 Ekonomi, Münir: Yeni İş Arama İzni ve Uygulanması, Osman Güven Çankaya'ya Armağan, Ankara 2010, 130; Taşkent (Eyrenci/Taşkent/Ulucan), 159; Süzek, 464; Şen, Murat: Yargıtay Kararları Işığında Süreli Fesihle Yeni İş Arama İzni, AÜEHFD, C.X, S.1-2, 2006, 279; İren, Ertan: İşverence Yeni İş Arama İzni Verilmesine İlişkin Yargıtay Kararı İncelemesi, Sicil, Mart 2009, S. 13, 129.
- 5 Şahlanan, Karar İncelemesi, 2-3; Ekonomi, Yeni İş Arama İzni, 131; Taşkent (Eyrenci/Taşkent/Ulucan), 159; Mollamahmutoğlu, 671; Şen, Yeni İş Arama İzni, 287; Çil, Şahin: İş Kanunu Şerhi, C.II, 2.Baskı, Eylül 2007, 2059. Yarg.9.HD., 23.12.2008, E. 2008/42707 K. 2008/34977, Çalışma Toplum, 2009/3, S.22, 384-387.
- 6 Şahlanan, Karar İncelemesi, 3; Çelik, 199; Süzek, 464; Taşkent (Eyrenci/Taşkent/Ulucan), 159; Tunçomağ/Centel, 192; Şakar, Müjdat: İş Kanunu Yorumu, 5. Baskı, Ankara 2010, 503; Aktay/Arıcı/Kaplan Senyen, 182; Mollamahmutoğlu, 671; Akyiğit, Ercan: 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, C.I, 2. Baskı, Ankara 2006, 1190; Sümer, Haluk Hadi: İş Arama İzninin Verilmemesi, Çimento İşveren, Kasım 1996, 23; Çil, 2060; Şen, Yeni İş Arama İzni, 281-282; Yarg.9.HD., 05.02.2010, E. 2008/14746 K. 2010/2360, www.legalbank.net.
- 7 Saymen, Ferit H.: Türk İş Hukuku, İstanbul 1954, 561-562; Oğuzman, M. Kemal: Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet "İş" Akdinin Feshi, İstanbul 1955, 195; Ekmekçi, Ömer: 26 Haziran 2002 Tarihli İş Kanunu Tasarısının Bazı Hükümleri Üzerine, 25-29 Eylül 2002 tarihlerinde düzenlenen "Çalışma Hayatımızda Yeni Dönem" seminerine sunulan tebliğ, 75-76; Ayrıca bkz. Mollamahmutoğlu, 673-674.
- 8 Brox, Hans/Rüthers, Bernd/Henssler, Martin: Arbeitsrecht,

17. Auflage, Stuttgart 2007, Rn.617, 216; Zöllner, Wolfgang/Loritz, Karl-Georg/Hergengröder, Curt Wolfgang: Arbeitsrecht, 6. Auflage, München 2008, 185; Köhler, Hajo A.: Neue Pflichten des Arbeitgebers beim Ausspruch von Kündigungen, DStR 2003, 1305.
- 9 Aynı yönde, Çelik, dn. 71, 199; Ekonomi, İş Hukuku, 173-174; Aynı yazar, Yeni İş Arama İzni, 139-140; Süzek, 464; Aktay/Arıcı/Kaplan Senyen, 182; Akyiğit, 1193; Caniklioğlu, Nurşen: Hizmet Akdinin Devri-Emeklilik Halinde İhbar Tazminatı-İş Arama İzni Verilmemesi, Karar İncelemesi, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2002/1, 46; Şen, Yeni İş Arama İzni, 290-291.
- 10 Tunçomağ, Kenan: 931 Sayılı İş Kanunu Açısından Hizmet (İş) Sözleşmesinin Feshi İhbarı ve Feshi, İmran Öktem'e Armağan, Ankara 1970, 209; Ekonomi, Yeni İş Arama İzni, 132; Şahlanan, Karar İncelemesi, 3; Narmanlıoğlu, 278; Süzek, 465; Taşkent (Eyrenci/Taşkent/Ulucan), 160; Mollamahmutoglu, 671; Aktay/Arıcı/Kaplan Senyen, 182; Caniklioğlu, Karar İncelemesi, 45; Şen, Yeni İş Arama İzni, 288.
- 11 Yarg.9.HD., 03.06.2008, E. 2007/21628 K. 2008/13864, www.kazanci.com. Aynı görüşte, Günay, C. İlhan: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Uygulaması, Ankara 2007, 299; Çil, 2060-2061.
- 12 Uygun zamandan ne anlaşılması gerektiği konusunda bkz. Köhler, Neue Pflichten des Arbeitgebers, 1305.
- 13 Alman Hukukunda, iş arama izni süresince işçinin ücretini talep edemeyeceği iş arama iznine ilişkin § 629 BGB'da düzenlenmemiş olup, işçinin iş görme edimini kısa bir süre için kusuru olmaksızın şahsına ilişkin nedenlerle yerine getirememesi halinde ücret talep hakkının ortadan kalkmayacağı öngören § 616/f.1 BGB hükmüne dayandırılmaktadır (Brox/Rüthers/Henssler, Rn.617, 216; Zöllner/Loritz/Hergengröder, 185; Köhler, Neue Pflichten des Arbeitgebers, 1306; BAG, 11.6.1957, 2 AZR 15/57, NJW 1957, H.35, 1292-1293).
- 14 Şahlanan, Karar İncelemesi, 3; Ekonomi, Yeni İş Arama İzni, 142; Akyiğit, 1195; Caniklioğlu, Karar İncelemesi, 45; Şen, Yeni İş Arama İzni, 294; Çil, 2063.
- 15 Süzek, 464; Tunçomağ, Hizmet Sözleşmesinin Feshi İhbarı, 208; Sümer, İş Arama İzni, 23; Şen, Yeni İş Arama İzni, 291. Yargıtay'a göre de, "...Bildirim önelleri içinde işçiye verilmesi gereken yeni iş arama izni kamu düzenini ilgilendirmektedir. İşverenin bu yükümünü azaltan ya da tamamen ortadan kaldıran sözleşme hükümleri geçersizdir...", (Yarg.9.HD., 23.12.2008, E. 2008/42707 K. 2008/34977, Çalışma Toplum, 2009/3, S.22, 384-387). Karş. Günay, 299.
- 16 Yarg.9.HD., 23.09.2008, E. 2008/30955 K. 2008/24251. Bu karara konu olayda, Özel Daire'nin bozma kararı üzerine, yerel mahkeme önceki kararında direnmiş, miktar itibarıyla kesin olması nedeniyle direnme kararına karşı temyiz yoluna gidilemeyeceğini belirten Hukuk Genel Kurulu, işin esasına girmeksizin temyiz dilekçesinin reddine karar vermiştir, (Yarg.HGK., 06.05.2009, E. 2009/9-88 K. 2009/166, www.legalbank.net). Aynı yönde, Yarg.9.HD., 23.09.2008, E. 2008/30954 K. 2008/24250, www.legalbank.net; Yarg.9.HD., 28.10.2008, E. 2008/27533 K. 2008/29198, Çalışma ve Toplum, 2009/2, S.21, 252-253; Yarg.9.HD., 23.12.2008, E. 2008/42707 K. 2008/34977, Çalışma Toplum, 2009/3, S.22, 384-387; Yarg.9.HD., 23.12.2008, E. 2008/42706 K. 2008/34976 ve E.İren'in incelemesi, Sicil, Mart 2009, 126 vd.; Yarg.9.HD., 23.12.2008, E. 2008/42741 K. 2008/35011, www.kazanci.com. Son iki karara ilişkin olarak, inceleme konusu HGK kararında olduğu gibi, aynı açıklamaları içeren karşı oy yazılmıştır.
- 17 Örnek olarak bkz. Yarg.9.HD., 11.03.2010, E. 2008/42568 K. 2010/6437, Çalışma ve Toplum, 2010/4, S. 27, 205-206.
- 18 Karara konu olayda iş sözleşmesinin davacı işçi tarafından haklı nedenle feshedildiği sonucuna varıldığından, isabetli olarak, böyle bir durumda yeni iş arama izin ücreti talep edilemeyeceğine hükmedilmiştir. Kararın özelliği, yukarıda belirtildiği gibi, yeni iş arama süresinin en az İş Kanunu'nun 17. maddesinde belirtilen bildirim süresine ilişkin gün sayısı ile iki saat çarpımı kadar saat olduğunun belirtilmiş olmasıdır (Yarg.9.HD., 03.06.2008, E. 2007/21628 K. 2008/13864, www.kazanci.com).
- 19 Akyiğit, 1195-1196. Aynı yönde, Çil, 2063.
- 20 Centel, Tankut: İş Hukuku, C.I, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 1994, 188; Şakar, 504; Tunçomağ, Hizmet Sözleşmesinin Feshi İhbarı, 208; Saymen, 562-563; Ekonomi, Yeni İş Arama İzni, 143; Şahlanan, Fevzi: İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 2008 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara 2010, 136; Aynı yazar, Karar İncelemesi, 4; Şen, Yeni İş Arama İzni, 294-295, 300; İren, Karar İncelemesi, 131-132.
- 21 Şakar, 504; Şen, Yeni İş Arama İzni, 300.
- 22 Saymen, 562-563; Ekonomi, Yeni İş Arama İzni, 145; Aynı yazar, İş Hukuku, 176; Tunçomağ, Hizmet Sözleşmesinin Feshi İhbarı, 208; Şen, Yeni İş Arama İzni, 305; Yarg.9.HD., 23.12.2008, E. 2008/42707 K. 2008/34977, Çalışma Toplum, 2009/3, S.22, 384-387.
- 23 Yüksek Mahkeme, konuya ilişkin bir kararında, böyle bir durumda ispat yükünün işçide olduğunu belirtmekle yetinmemiş, eş değer bir belge ile ispatı aramıştır. Bkz. Yarg.9.HD., 07.05.1996, E. 1995/35613 K. 1996/9803, Çil, 2067.
- 24 Bu konuda bkz. Akyiğit, 1204; Özdemir, M. Erdem: İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları, İstanbul 2006, 287; Şen, Yeni İş Arama İzni, 292.
- 25 Aynı yönde, Yarg.9.HD., 11.03.2010, E. 2008/42568 K. 2010/6437, Çalışma ve Toplum, 2010/4, S. 27, 205-206.
- 26 Karş. Şen, Yeni İş Arama İzni, 293.
- 27 İspat yükünün dağılımına ilişkin kriterler hakkında bkz. Alangoya, Yavuz H./Yıldırım, M.Kamil/Deren- Yıldırım, Nevhis: Medeni Usul Hukuku Esasları, 7.Bası, İstanbul 2009, 310 vd.
- 28 Ekonomi, Yeni İş Arama İzni, 140-141.
- 29 Örnek olarak, Yarg.9.HD., 27.11.1995, E. 1995/17832 K. 1995/34766 ve H.H. Sümer'in incelemesi, Çimento İşveren, Kasım 1996, 22vd.; Yarg.9.HD., 15.01.2002, E. 2001/14555 K. 2002/203 ve N.Caniklioğlu'nun incelemesi, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2002/1, 33vd.
- 30 "...4857 sayılı İş Kanunu sistemine göre iş arama izni verilmemesi ihbar tazminatı ödenmesini gerektirmez.", (Yarg.9.HD., 20.01.2009, E. 2007/30128 K. 2009/243; aynı yönde Yarg.9.HD., 07.10.2008, E. 2007/27704 K. 2008/25951, www.legalbank.net).

Dr. Armağan Ebru BOZKURT YÜKSEL

Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Hukuki Grev Kavramı

ÖZET

Hangi davranışların grev teşkil ettiğinin tespiti hususu, grevin iş ilişkisinde ve sosyal hayatta yarattığı etki ve sonuçları bakımından gerek greve katılan işçiler gerekse bu harekete muhatap olanlar yönünden önem taşımaktadır. Bu itibarla hukuki grev kavramının tanımlanması önem taşımaktadır. Hangi davranışların grev teşkil ettiğinin belirlenmesinde maddi ve psikolojik unsurlar dikkate alınmalıdır. Grev ile ekonomik yönden daha güçsüz olan işçiler, işveren karşısında taleplerini kabul ettirmek için baskı oluşturabilmektedirler. Ancak kanunun tanıdığı grev hakkı yine kanunun, toplum menfaatinin ve kamu düzeninin çizdiği sınırlar içerisinde kullanılabilir.

GİRİŞ

Uzun süre hukuka aykırı sayılmış, yasaklanmış olan grev bugün modern iş hukukunun önemli bir kurumudur.

Hukuki bakımdan bağımlı çalışanların top-

luca işlerini bırakmaları anlamına gelen grevin sosyal ve ekonomik hayattaki etkisi ve önemi büyüktür. Zira bağımlı çalışanlar grev yapmak suretiyle işverenleri üzerinde taleplerini kabul ettirebilmek için baskı kurabilmektedirler. Ancak her hak gibi grev hakkının kullanılmasında da kanunun çizdiği çerçevede kalınacaktır.

Hukukumuzda grev Anayasamızda ve bu doğrultudaki 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nda yerini almıştır. Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nun 25. maddesinde hangi davranışların grev sayılacağı açıklanmıştır. Bu tanıma girmeyen davranışların grev teşkil etmeyeceği, dolayısıyla kanuna uygunluğunun veya kanun dışı olmalarının tartışılmayacağı ortadadır. Zira Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nda yapılan grev tanımı ile grevin unsurları belirtilmekte, sayılan unsurları taşıyan davranışların grev olacağı açıklık kazanmaktadır.

2822 sayılı Kanun uyarınca, grev tanımına uyan davranışlar, eğer kanun hükümlerine

uygun ise bu kanuni grevi, kanuni grev için aranan şartlar gerçekleşmeden yapılan grev de kanun dışı grevi oluşturacaktır. Böyle bir ayırım kanuni ve kanun dışı grevin şartlarının ve sonuçlarının tespiti bakımından önem taşımaktadır.

Bu çalışmada, grev kelimesinin ve grevin tarihine kısaca değinildikten sonra, sosyolojik ve hukuki grev ayırımı üzerinde durulacaktır.

Hukuki grev kavramının tespitinden sonra hukukumuzda grevin tanımı ve unsurları üzerinde durulacaktır. Bu anlamda 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu bakımından hangi davranışlarının grev teşkil ettiği incelenecektir. Grev teşkil eden davranışların tespitinde kullanılacak olan, kanunda belirtilen maddi ve psikolojik unsurlar incelenmeye çalışılacaktır.

1. GENEL OLARAK GREV KAVRAMI

A. Grev Kelimesinin Menşei

“Grev” kelimesi Fransızca’dan gelme bir sözcüktür. İlk olarak Fransız Hukuku’nda kullanılan grev kelimesinin menşei Orta Çağ’a kadar uzanmaktadır¹. Grev kelimesinin bugünkü anlamını kazanması aşamalı olarak gerçekleşmiştir. Bu kelimenin ilk anlamı, deniz veya nehir kenarındaki kumsal arazidir. Grevin ikinci anlamı ise, Paris’teki Seine Nehri kenarındaki Belediye Sarayı’nın yanındaki ve eskiden idam cezalarının infaz edildiği “Grev Meydanı”ndan gelmektedir. Daha sonra, halk arasında Grev Meydanı’nda iş arayanların toplu olarak beklemeleri “grev yapmak” olarak ifade edilmiştir. Böylelikle Fransızca’da “grève” kelimesi grevde olmak yani işsiz olmak anlamını kazanmıştır. 19. yüzyılın başlarında ise bugünkü anlamında işçilerin çeşitli menfaatleri elde etmek amacıyla toplu ve iradi olarak işlerine ara vermeleri anlamını kazanmıştır².

Ülkemizde 20. yüzyılın başına kadar hukuki metinlerde tatil-i mesalih, tatil-i eşgal veya terk-i hizmet deyimleri kullanılmakta idi. Grev kelimesi ülkemizde Cumhuriyet Dönemi ile resmi metinlere girmiştir³. 1936 yılında çıkarı-

lan 3008 sayılı ilk İş Kanunu’nda grev kelimesi kullanılmıştır.

B. Grevin Kısa Tarihçesi

Grev bir hak olarak tanınmadan önce toplumsal ve iktisadi bir olay olarak ortaya çıkmıştır. İlk ve Orta Çağ’da çalışanların topluca işlerini bırakmaları isyan olarak görülmüş ve cezalandırılmıştır. Ancak daha sonra Sanayi Devrimi ile işçi sınıfı ortaya çıkmış, işçilerin ağır çalışma şartları ve yetersiz ücretlere maruz kaldıkları görülmüştür. İşçilerin durumunun düzeltilmesi yönünde ilerleme kaydedilmemesi sebebiyle, işçiler topluca çalışmama yoluna başvurmuşlardır⁴.

1824 yılından itibaren yasaklanan grev, serbest bırakılmaya başlanmış, 1871 tarihli Trade Union Act (Trade Union Act-1871 United Kingdom) ile grev yasağından grev özgürlüğüne geçilmiştir⁵. Günümüzde grev özgürlüğü pek çok ülkede tanınmakla birlikte, sayıları az da olsa grevin yasaklandığı ülkeler de vardır⁶.

Tarihi süreç içerisinde izlendiğinde, siyasi, toplumsal ve iktisadi sorunların yoğun olduğu dönemlerde grevlerin de arttığı tespit edilmiştir⁷.

Ülkemizde ilk grevlere, I. Meşrutiyet Dönemi’nde rastlanmıştır. Bilinen ilk grev, 1872 yılında Kasımpaşa Tersanesi işçilerince yapılmıştır⁸. Grevle ilgili ilk düzenleme de 1909 tarihli Tatil-i Eşgal Kanunu ile getirilmiştir. Bu kanunda grev yasaklanmamış olmakla birlikte greve zorlamak suç sayılmıştır. Cumhuriyetin ilanından sonra 1936 yılına kadar grev konusuna herhangi bir mevzuatta yer verilmemişti. Ancak 3008 Sayılı İş Kanunu’nda grev tanımlanmış, yasaklanmış ve suç sayılmıştır. 1947 tarihli İşçi ve İşveren Sendikaları ve Sendika Birlikleri Hakkında Kanun’da da sendikaların grev yapmaları, üyelerini greve teşvik etmeleri yasaklanmıştı. 1961 Anayasası ile grev yasağı sona ermiş ve anayasal bir hak niteliği kazanmıştır⁹. Anayasa doğrultusunda çıkarılan 275 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu’nda işçilerin grev hakkı düzenlenmiştir. Daha sonra çıkarılan 1982 Anayasası’nda da grev temel bir hak olarak kabul edilmiş, usul ve şartlarının kanunla düzenleneceği belirtilmiş-

tir. Halen yürürlükteki, 1983 tarihli 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu ile 275 sayılı Kanun'un hükümleri yürürlükten kaldırılmıştır¹⁰.

C. Grev Hakkı Kavramı

Grev hakkı, grev yapma hakkıdır. Grev yapma hakkı ise, işçinin diğer işçilerle birlikte işini bırakabilmesi, grev devam ettiği sürece çalışmadan kaçınabilmesi ve grev sona erdiğinde işinin başına dönebilmesi anlamına gelir. Çalışmak zorunda olan işçilerin, topluca işlerini bırakmaları davranışı hukukun çizdiği sınırlar çerçevesinde korunacaktır¹¹.

Grevin bir hak olarak kabul edilmesi ile işçinin işgörmeye borcunu yerine getirmemesi iş sözleşmesine aykırılık teşkil etmeyecektir. İşçinin işvereninden izin almadan işini bırakabilmesi yetkisi olacaktır. İşçi grev hakkı sayesinde, iş sözleşmesinden doğan çalışma borcunu yerine getirmeyebilecek, grev sona erdiğinde iş sözleşmesi devam edecektir. Grev, işçinin işine devam etmemesini meşru kılacaktır¹². İşçilerin grev haklarını kullanmaları süresinde iş sözleşmesinden doğan borçlarının askıda kalması söz konusudur.

Kullanılması toplu nitelik taşıyan grev hakkı, hukukumuz bakımından kaynağını Anayasa'dan alan temel bir sosyal haktır. Grev hakkı Anayasa'nın teminatı altındadır¹³. Grev hakkının kullanılması, iktisadi hayata dinamizm getirmekte, iktisadi kalkınma üzerinde etkili olmaktadır¹⁴. Ancak her hak gibi grev hakkı da, iyiniyet kurallarına aykırı olarak, toplum zararına ve milli servet tahrip edilecek şekilde kullanılmayacaktır¹⁵.

D. Sosyolojik Grev - Hukuki Grev Ayrımı

Grevin sosyolojik tanımı "Mesleki bir grubun, karşı koymak istediği bir durum veya karar karşısında, işi bırakmak suretiyle direnmesi" şeklinde verilmektedir¹⁶. Grevin sosyolojik tanımı ile hukuki tanımları arasındaki fark, grev yapan kişilerin bağımlı çalışanlar olmalarında düğümlenmektedir. Sadece belli işveren veya işverenlere bağlı olarak çalışanların işi bırak-

maları durumunda hukuki anlamda grev akla gelmelidir. Bağımsız çalışanların yaptıkları grev hukuki değil, sosyolojik grev kavramını oluşturmaktadır. Bir işverene bağlı olmadan çalışan serbest meslek sahiplerinin, doktorların, avukatların, eczacıların, çiftçilerin protesto amacıyla işlerini bırakmaları hukuki açıdan grev değildir. Bu tip davranışlar sosyolojik anlamda grevi meydana getirir¹⁷. Bu eylemlerin ortak özelliği kamuoyunun etkilenmesi sağlanarak, karar organlarına baskı yapmaktır¹⁸.

Günlük hayatta grev olarak adlandırılrsa da bazı eylemler vardır ki sosyolojik grev tanımına da girmezler¹⁹. Örnek olarak, öğrencilerin topluca derse girmemeleri, çalışma ile ilgisi olmadığı halde açlık grevi yapılması gibi eylemler gösterilebilir. Bunlar bir meslek grubu meydana getirmediklerinden ne hukuki ne de sosyolojik anlamda grev sayılacaktır²⁰.

Yine, sosyolojik grev kavramına dâhil olmayıp da, işçi-işveren ilişkilerinde kullanılan diğer baskı araçlarına örnek olarak, işe gelmeme, sabotaj, isyan, verimi düşürme gibi açık veya örtülü değişik mücadele ve protesto araçları sayılabilir²¹.

Hukuki grevi sosyolojik grevden ayırmanın çeşitli açılardan yararları vardır. Zira, hukuki anlamda grevin tespiti ile, bu noktadan hareket edilerek yasaya uygun grev, yasa dışı grev gibi kavramların tespiti de netleşecektir. Bu durum grev yapanların haklarının korunması bakımından da önem arz etmektedir. Ayrıca yasa dışı grev veya grev kavramına girmeyen eylemlerin cezai yaptırımlarının tespiti bakımından da hukuki grev kavramının ayrılması gerekmektedir²².

II. GREVİN TANIMI

A. Genel Olarak

Grev kavramı, doktrinde çeşitli yazarlarca tanımlanmıştır. Bu tanımlar incelendiğinde birbirine benzediği gözlenecektir. "Grev, işçilerin işverene karşı ileri sürdükleri bir talebe dayanarak ve aralarında anlaşarak işi bırakmalarıdır." tanımı²³, "Grev, işçilerin işveren üzerinde baskı meydana getirmek suretiyle iş uyuşmazlıklarının çözümünün sağlanması amacıyla başvur-

dukları mücadele aracıdır²⁴.” tanımını “İşçilerin, isteklerini elde etmek için, hizmet sözleşmesini geçici bir süre için ifa etmeme niyetlerini açıklayan, işi topluca ve bir karara uyararak bırakmalarıdır.”²⁵ tanımını, “Bağımlı çalışanların iradi olarak topluca işlerini bırakmaları, çalışmamaları, basit anlatımı ile grevdir.” tanımını²⁶, “tarafardan birinin işi umumiyetle gayri muayyen bir müddet için terk etmesidir.”²⁷ şeklindeki tanımı örnek olarak sayabiliriz. Tanımları çoğaltmak mümkün olmakla birlikte, iki noktanın öne çıktığı tüm tanımlarda görülmektedir. Bunlar, işin topluca bırakılması, diğeri ise topluca anlaşmadır²⁸.

Öyle ise, belli bir işverene bağımlı olarak çalışan ve mevcut çalışma şartlarından memnun olmayan, durumlarını düzeltmeyi amaçlayan işçilerin işverene baskı yapmak için toplu olarak işlerini bırakması hukuki anlamda grevdir. Bağımlı çalışanlar yapmakla yükümlü oldukları işlerini yapmayarak, anlaşmak suretiyle topluca çalışmaktan kaçınmaktadırlar²⁹. Böylelikle, işverenin grev yapan işçilerle anlaşması, yeni çalışma şartlarını kabul etmesinin sağlanması amaçlanmaktadır³⁰.

Grevin sosyolojik ve hukuki bakımdan ayırımından sonra hukukumuz bakımından kanuni ve kanun-dışı grevin yanında, grev kavramı 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu’nda açıklanmış olduğundan, grev kavramının açıklanmasında ve unsurlarının belirlenmesinde kanuna bakmak gerekmektedir.

B. 2822 Sayılı Kanun’da Grevin Tanımı

Belirli bir amaca ulaşmak üzere karşı taraf üzerinde baskı kurmak amacıyla isteklerin kabul ettirilmesi için iş barışının işçiler veya işverenler tarafından bozulması anlamına gelen iş mücadelesinin mevzuatımızda düzenlenen tipik araçları grev ve lokavttır³¹. Anayasamız iş mücadelesi araçlarını güvence altına almış ve bunların yasa ile düzenlenmesini öngörmüştür. Nitekim Anayasa’nın 54. maddesinde “Toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde işçiler grev hakkına sahiptirler.” denmektedir³².

Anayasamızdaki bu hüküm doğrultusunda,

yürürlükteki 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu’nun 25. maddesinde grev kavramı, kanuni ve kanuni olmayan grevin tanımı ve ayrımı yapılmıştır. Grevci işçilerin korunabilmesi için neyin hukuki anlamda grev olduğunun ve grevin kanuni olup olmadığının tespiti açısından kanundaki bu düzenleme isabetli olmuştur. Zira Kanun’un grev saydığı bir davranış söz konusu değilse artık, bunun kanuni veya kanun dışı olduğunun tartışılması mümkün olmayacaktır. Bu itibarla da 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu’nda öncelikle grev kavramı açıklanmıştır³³.

Kanundaki ifade uyarınca grev, “İşçilerin, topluca çalışmamak suretiyle işyerinde faaliyeti durdurmak veya işin niteliğine göre önemli ölçüde aksatmak amacıyla aralarında anlaşarak veyahut bir kuruluşun aynı amaçla topluca çalışmamaları için verdiği karara uyarak işi bırakmalarına” denir (TSGLK m.25/I). Buna göre, genel olarak grev, bağımlı çalışanların iradi olarak topluca işlerini bırakmalarını, çalışmamalarını ifade etmektedir. Bağımlı olarak çalışan kişiler, grev yolu ile birtakım isteklerini gerçekleştirmeye çalışmaktadırlar³⁴.

Kanun bu tanımlama ile işçilerin işlerini bıraktıkları her durumu grev olarak kabul etmemekte, kanundaki tanıma uyan davranışları grev kavramı içine dâhil etmektedir³⁵. Buna göre, hangi davranışların Kanun’un tanımına dâhil olduğunun tespiti için birtakım unsurlardan bahsetmek gereği doğmaktadır. Madde-deki tanıma göre grevin unsurları, işçilerin işi bırakmaları, grevde anlaşma veya işçi kuruluşu kararına uymadır³⁶.

III. GREVİN UNSURLARI

Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu anlamında, işçilerin aralarında anlaşarak veya bir kuruluşun verdiği karara uyarak, topluca çalışmamak suretiyle işyerinde faaliyeti durdurmaları veya işin niteliğine göre önemli ölçüde aksatma amacıyla işlerini bırakmaları halinde grevden söz edilebilecektir. Öyle ise, grev için harekete geçenlerin işçi olması ve topluca çalışmamak suretiyle işyerinde faaliyetin durdurulması veya işin niteliğine göre önemli ölçüde

aksatmak amacının olması gerekmektedir. İşçilerin bu hareketi, belirtilen amaçlara ulaşmak için aralarında anlaşmış olmaları veya bu amaçla bir kuruluşun verdiği karara uymaları sonucu ve işi bırakma şeklinde ortaya çıkmalıdır³⁷.

Kanun anlamında grevin varlığı, işin bırakılmasına ilişkin maddi ve bu konuda anlaşma veya kuruluş kararına uymaya ilişkin psikolojik olmak üzere iki unsura bağlıdır. Normal şartlarda psikolojik unsur, maddi unsurdan önce gelir. İşçilerin işi bırakmalarından önce anlaşmaları veya bu konuda toplu bir karara uymaları söz konusu olmak durumunda ise de, işi bırakmanın anlaşma veya karara uyma ile aynı anda olması da mümkündür³⁸.

İşçilerin aralarında bir anlaşma veya grev konusunda alınmış bir karar olmasına rağmen anlaşmaya veya karara uyulmaması söz konusu olabilir. İşin fiilen bırakılmadığı bu durumların grev olarak kabulü mümkün değildir. Bu sebeple işçilerin topluca grev yapacaklarını açıklamaları veya bu konuda bir işçi kuruluşu tarafından alınan karara uyacaklarını bildirmeleri - işi bırakma niyetinin açıklanması - grev olmayacağı gibi, işçilerin aralarında bir anlaşma olmadan veya grev konusunda alınmış bir karara uyulmadan işin bırakılması durumunda da grev söz konusu olmayacaktır³⁹.

A. Maddi Unsur (İşin Bırakılması)

1. İş Bırakanların İşçi Sifatını Taşımaları Gerekir

İş bırakma unsurunun bir hakkın kullanılması olarak kabul edilebilmesi için, bu vakanın kendilerine bir hak olarak tanınmış kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olması gerekir. İş bırakmanın grev sayılabilmesi için işi bırakanlar işçi olmalıdır⁴⁰. İşçi sayılmayan kişilerin, örneğin çırak, serbest meslek sahiplerinin veya memurların topluca işi bırakmaları grev sayılmayacaktır. Zira Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu uyarınca grevin aktif süjesi işçilerdir⁴¹.

Hukuki anlamda grev bağımlı çalışanların başvurabileceği bir iş mücadelesi yöntemi olduğundan, başkasına bağımlı olmayan kişilerin grev yapmaları söz konusu değildir. Bu kişiler bağımsız olduklarından çalışıp çalışmamakta

özgürdürler. Bununla birlikte bağımlı çalıştıkları halde memurların grev yapmaları mümkün değildir⁴². Hukukumuzda memurların grev hakkı bulunmamaktadır. Buna göre, tüm bağımlı çalışanlar değil, hukukumuzda bir işverene tabi olarak, hizmet sözleşmesi ile çalışanların işlerini bırakmaları halinde grev gündeme gelecektir. Hangi kanun kapsamında olursa olsun iş (hizmet) sözleşmesi ile çalışanlar grev konusunda işçi sayılacaklar ve sadece iş (hizmet) sözleşmesi ile çalışıp çalışmadıkları bu noktada dikkate alınacaktır⁴³.

İşlerini bırakan işçilerin işi bırakma anında işçi sıfatını taşımaları gerekmektedir. Çalışma yükümlülüğü bulunduğu halde çalışmaktan kaçınmış olmak grev için gereklidir. İşçilik sıfatı taşımayan veya bu sıfatı sona ermiş kişilerin çalışmaktan kaçınmaları halinde grev söz konusu olamaz⁴⁴.

İş sözleşmesi ile çalışmakla birlikte İş Kanunu bakımından işveren vekili olan işçilerin grev konusunda diğer işçilerden farkı yoktur. Ancak işveren vekili sıfatını taşıyan bu işçilerin, temsilci sıfatıyla da olsa, toplu iş sözleşmesinde veya toplu görüşmede taraf olarak hareket etmiş olmaları halinde 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu bakımından işveren sayılacaklarını (62/II), 2821 sayılı Sendikalar Kanunu anlamında işveren vekillerinin ise işveren kabul edileceklerini belirtmek gerekir⁴⁵ (m.2/VIII).

2. İşin Topluca Bırakılmış Olması Gerekir

Grevin diğer bir unsuru da işin bırakılmasıdır. Her ne kadar kanunda sayı belirtilmese de, işi bırakma hareketinin grev sayılabilmesi için bunun topluca yapılması gerekir. Zira grev, toplu iş uyuşmazlıklarının çözümü için bir araç ve toplu bir iradenin sonucu olarak gerçekleştirilmesi gereken bir harekettir. Toplu irade sonucu gidilen grev ile baskı yapılmak ve böylelikle taleplerin gerçekleştirilmesi sağlanmak istenmektedir. Grevin etkili olmasını sağlayan ve ruhunu oluşturan unsur toplu olarak hareket etmek olduğundan toplu nitelikte olmayan bir işin bırakılması davranışı grev sayılmayacaktır. Bununla birlikte bir işyerindeki tüm işçilerin iş-

lerini bırakmaları zorunlu değildir. Yani tek bir işçinin işi bırakması yeterli olmamakla birlikte, greve gidilecek işyerinde çalışan tüm işçilerin de işi bırakmaları aranmamaktadır⁴⁶.

Birden çok işçinin işini bırakması durumunda grevden söz edilebileceğinden bahsettikten sonra bu noktada grev için herhangi bir asgari sayının tespiti sorunu gündeme gelebilir. 2822 sayılı Kanunda, herhangi bir sayı belirtilmemiştir. Burada kesin bir sayı aramaktan ziyade, toplu harekette işverene karşı istenen baskıyı oluşturabilecek yeterli sayıya bakılmalıdır⁴⁷.

Grevin kollektif (toplu) bir hareket olduğunun ifadesinden sonra, bir tek işçinin işini bırakmasının grev olmamakla birlikte, duruma göre bunun ifa etmeme veya disiplinsizlik olarak değerlendirilebileceği belirtilmektedir⁴⁸. Zira grevin toplu bir davranış olması hususu ayrıca işyerinde faaliyetin durdurulması veya önemli ölçüde aksatılması amacıyla topluca anlaşma veya kuruluş kararına uyma hususları burada gerçekleşmemektedir⁴⁹.

3. İşin Fiilen Bırakılması Gerekir

Grevci işçiler topluca işi bırakarak hizmet akdi gereği yükümlü oldukları işi yapmamak suretiyle, işverenin işini durdurmayı veya işin niteliğine göre önemli ölçüde aksatmayı amaçlarlar. Buna göre işçilerin işi bırakmalarının grev sayılabilmesi için, işçilerin işin yapılması hususunda işverene karşı bir yükümlülüklerinin olması gerekmektedir. İşçilerin yapmakla yükümlü olduğu işler kanun, sözleşme, iç yönetmelik veya mesleki örf ve adet kuralları ve dürüstlük kuralları ile belirlenecektir. İşçinin yapmakla yükümlü olmadığı işi yapmaması grev teşkil etmeyecektir. Öyle ise, işçi yapmakla yükümlü olduğu işgörüme borcunu iradi olarak yerine getirmekten kaçındığında grev söz konusudur⁵⁰.

İşçilerin işi tamamen bırakmaları gerekmektedir. İşçilerin işyerine gelmeyerek çalışmamaları veya çalışmayı bırakarak işyerini terk etmeleri durumunda işin bırakılması unsuru gerçekleşmiştir⁵¹. İşin terkinin mücbir sebebe dayanması veya işverenin muvafakati ile işin bırakılması durumunda grevden bahsedilemeyecektir⁵².

İşlerini bırakan işçiler, işyerini terk edebi-

lecekleri gibi, işçilerin işyerini terk etmemeleri gibi bir durum da söz konusu olabilir. Bu durumda işçiler işyerinden ayrılmamakta fakat işlerini bırakmaktadırlar. Bu halde dahi işçilerin davranışları grev teşkil edecektir. Ancak Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu uyarınca işyerinin terk edilmemesi işçilerin davranışının grev olarak kabul edilmesine engel olmamakla birlikte, işçilerin işyerinden ayrılmaları zorunluluğu düzenlenmiştir⁵³. Grev süresince işyerinin terk edilmemesi Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu uyarınca suç sayılan bir eylemdir⁵⁴.

İşin işyerinin bazı bölümlerinde bırakılması halinde de işi bırakma grev sayılacaktır. Bu noktada, işyerinin faaliyetinin önemli ölçüde aksaması hususu dikkate alınacak, işyerinin tamamında işi bırakmanın gerçekleşmesinin zorunlu olmadığı söylenebilecektir⁵⁵.

Bazen işçiler, işi bırakmadan çalışmalarını yavaşlatarak verimi düşürebilirler veya işlerini kötü ifa ederler veya gereğinden fazla ihtimam göstererek işin veriminin ve üretimin düşmesine sebep olabilirler. Bu durumlar hukukumuzda grev kavramı dışında kalmaktadır. 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu 25/III. maddesinde bu tip davranışlar için “iş yavaşlatma, verimi düşürme ve diğer direnişler”e kanun dışı greve dair yaptırımların uygulanacağını belirtmektedir. İşçilerin işlerini bırakmadan yapacakları hareketlerin grev teşkil etmeyeceği kabul edilmiştir⁵⁶.

Kanun’da işi bırakmanın süresi hakkında herhangi bir açıklık yoktur. İş bırakmanın süresi, işçilerin davranışının grev olup olmadığının tespiti bakımından önem arz etmemektedir. Önemli olan işçilerin toplu olarak, işyerinde faaliyeti durdurmak veya önemli ölçüde aksatmak amacıyla aralarında anlaşarak veya bir kuruluşun bu yoldaki kararına uyararak işlerini bırakmış olmalarıdır⁵⁷.

İş bırakmanın süresinin Kanun’da belirtilmemiş olduğunun ifadesinden sonra, işçilerin işlerini tamamen yani kesin olarak bırakmaları, bir daha dönmek üzere işyerlerini terk etmeleri halinde bu davranışlarının grev olup olmayacağı konusu gündeme gelebilir. Doktrinde bazı yazarlar işi bırakmanın kesin ola-

rak işyerine bir daha dönmek üzere olması halinde, bu davranışın grev sayılmayacağı görüşündedirler⁵⁸. Buna karşılık işçilerin işlerini kesin olarak bırakmaları durumunun da grev eylemi oluşturacağı görüşü de mevcuttur⁵⁹.

Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nda hangi davranışın grev sayılacağı belirtilmiştir. Buna göre, işçilerin topluca çalışmayarak işyerinde faaliyeti durdurmak veya işi önemli ölçüde aksatmak amacıyla aralarında anlaşarak veya bir kuruluşun kararına uyarak işi bırakmaları grevdir (TSGLK m.25). Kanunda, bu Kanun'a uygun olarak yapılan grevin kanuni, kanuni grev için aranan şartlar gerçekleşmeden yapılan grevin de kanun dışı olduğunu belirtmektedir. İktisadi ve sosyal durum ile çalışma şartlarını koruma veya düzeltme amacını taşıyan ve Kanun'da belirtilen izlenmesi gereken prosedüre uyan grev, kanuni grevdir. Görüldüğü üzere Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nda grev tanımlanırken, işçilerin topluca aldıkları karar veya bu yönde alınmış kuruluş kararına uymak suretiyle işyerinde faaliyeti durdurmak veya aksatmak amacıyla işi bırakmalarından bahsedilmekte, işi bırakmanın süresinden veya amacından bahsedilememektedir. Ancak kanuni grevin amacı, işverenle olan ilişkilerde işçilerin durumlarının korunarak, düzeltilmesidir. İşçilerin işyerlerini geçici olarak değil de sürekli olarak terk etmeleri halinde iş şartlarında değişiklik yapılması amacı güdülmemektedir. Bununla birlikte, işçilerin işlerini daha elverişli şartlarla çalışmak üzere bırakmaları, işyerinde faaliyetin durdurulması veya önemli ölçüde aksatılması amacını ortadan kaldırmaz. Bu sebeple işi bırakmanın sürekli olması halinde bu davranış grev sayılmakla birlikte kanun dışı grev olacaktır⁶⁰.

B. Psikolojik Unsur (İşin Bırakılması Hususunda Anlaşma veya Bir Kuruluşun Kararına Uyma)

1. İşyerinde Faaliyeti Durdurmak veya İşin Niteliğine Göre Önemli Ölçüde Aksatma Amacıyla İşin Topluca Bırakılması Gerekir

Grev için işçilerin işlerini bırakmaları tek

başına yeterli değildir. Grevin varlığı, işçilerin aralarında anlaşmış olmaları ya da bir kuruluş kararına uyulmuş olmasını gerektirmektedir. Zira Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nun 25. maddesinde açıkça faaliyeti durdurmak ve işin niteliğine göre önemli ölçüde aksatmak amacıyla işçilerin aralarında anlaşarak veya bir kuruluşun aynı amaçla topluca çalışmaması için verdiği karara uyarak işin bırakılmasına grev denileceği belirtilmiştir. Öyle ise işçiler, grev yapmak arzusu ile işlerini bırakmak konusunda topluca anlaşmış olmalıdırlar⁶¹.

Grevin söz konusu olabilmesi için işçilerin işyerinde faaliyeti durdurmak veya işin niteliğine göre önemli ölçüde aksatmak amacı olmalıdır. Böyle bir amaç olmadan işi bırakan işçiler grev yapmış olmazlar⁶². İşçilerin aralarında hiçbir anlaşma olmaksızın veya aralarında anlaşarak maça veya mitinge gitmeleri grev değildir. Zira işçilerin bu hareketlerinin sonucu işyerinde iş dursa veya önemli ölçüde aksamış olsa bile, işçilerin amacı bu değildir⁶³. Ancak bu davranışlar sebebiyle işyerinde faaliyet tamamen durmuş veya önemli ölçüde aksamış olabilir. Bu durum işçilerin davranışının amacı değil ancak sonucu olacaktır⁶⁴.

İşçilerin işyerinde faaliyeti önemli ölçüde aksatmak veya durdurmak amacıyla aralarında anlaşarak veya bir kuruluş tarafından verilen karara uyarak işlerini bırakmalarının bazen işyerindeki faaliyete hiçbir etki yapmamasının söz konusu olduğu durumlar olabilir. İşyerinin çalışmasını hiçbir şekilde etkilemeyecek sayıda işçinin işlerini bırakmalarının grev sayılmayacağı belirtilmektedir. Ancak bu durum dışında, işyerinde faaliyetin durdurulması veya önemli ölçüde aksatılması amacıyla birden çok işçinin işlerini bırakmaları grevdir⁶⁵. Zira Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nda, grev yapacak işçilerin sayısından bahsedilmemekte, işçilerin topluca, işyerinde faaliyeti durdurma veya önemli ölçüde aksatma amacı taşıması öngörülmektedir.

2. Toplu Olarak İş Bırakma Kararının Alınması veya Bir Kuruluşun Kararına Uyulması Gerekir

İşçilerin grev yapma konusunda anlaşmış

olmaları veya bu konuda alınmış bir kuruluş kararına uymaları, işlerini bu doğrultuda fiilen bırakmaları halinde grev söz konusu olacaktır. İşin fiilen bırakılmasından önce grev söz konusu değildir. İşçilerin işi bırakmak konusunda anlaşmalarının herhangi bir şekli yoktur. Anlaşmanın işin bırakılmasından önce veya eylemle birlikte aynı anda olması mümkündür⁶⁶.

İşçilerin sendikalı veya sendikasız olması, cinsiyetleri, yaşları grev konusunda anlaşma bakımından hiçbir farklılık yaratmaz. Ancak, anlaşmanın konusu, Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu uyarınca “toplucu çalışmamak suretiyle bir işyerinde faaliyeti durdurmak veya işin niteliğine göre önemi ölçüde aksatmak” şeklinde belirtildiğinden işçilerin aynı işyerinde çalışan işçiler olmaları gerekmektedir. Bu sebeple işçilerin çalışmadıkları, herhangi bir ilgilerinin olmadığı işyerinde işi durdurmak veya önemli ölçüde aksatmak üzere anlaşmaları bir anlam taşımayacaktır⁶⁷.

Kanun'da belirtildiği üzere, işçiler grev yapılması konusunda aralarında anlaşmış olabilecekleri gibi, bu konuda verilmiş bir kuruluş kararına da uyabileceklerdir. İşçinin, işçi kuruluşunun üyesi olması veya olmaması, işçi kuruluşu tarafından verilecek karara uyarak işi bırakmasında önemli değildir. Yani işi bırakanlar arasında hukuki bir bağın olması gerekmemektedir⁶⁸. Ayrıca greve karar veren organ bu konuda kanunen yetkili olmasa da, herhangi bir işçi kuruluşunun verdiği karara uyularak işin bırakılması grev sayılacaktır⁶⁹.

SONUÇ

Kanuni anlamda grevden bahsedebilmek için, harekete girişenlerin işçi olması, hareketin topluca çalışmama suretiyle işyerinde faaliyeti durdurma veya işin niteliğine göre önemli ölçüde aksatma amacını taşıması ve bu hareketin işçilerin aralarında anlaşmaları veya bu amaçla bir kuruluşun kararına uymaları sonucu ortaya çıkması gerekmektedir. Grev yapanların işçi niteliğinin tespitinde, hizmet sözleşmesi ile çalışılması esas alınacaktır. Grev, özünde toplu bir hareket olması sebebiyle, toplu iradenin sonucu olarak işi bırakmanın topluca olması

gerekir. İş bırakma hareketinin grev sayılabilmesi için işçiler, işyerine gelmeyerek çalışmayacaklardır. İşyerini terk etmemek suretiyle işi bırakma hareketi grev teşkil etmekle birlikte bu durum suç oluşturacaktır. İşçiler işyerinde faaliyeti durdurma veya işin niteliğine göre önemli ölçüde aksatma amacını taşımalıdır. İşçilerin bu amacı taşımamaları halinde işi bırakmaları grev teşkil etmeyecektir. İşçiler bu konuda aralarında anlaşabilecekleri gibi, herhangi bir işçi kuruluşu tarafından verilecek karara da uyabilirler. İşçilerin bu kuruluşun üyesi olup olmaması, kuruluşun yetkili olup olmaması, toplu hareketin grev teşkil edip etmemesi bakımından fark oluşturmamakla birlikte, grevin kanuni veya kanun dışı olması bakımından sonuç doğurabilecektir.

Sonuç olarak, grevin sosyal ve ekonomik hayattaki etkilerini ve sonuçları dikkate alındığında, hangi hareketlerin grev olduğunun tespiti konusunda hassas olunmalıdır. İşçilerin, kendilerine kanunen tanınan bu hakkı kullanmaları sırasında toplumun zarar görmemesi, ekonomik bakımdan daha zayıf olan işçiler korunurken, mülkiyet ve idare hakkı kısıtlanan işveren bakımından da dengenin sağlanması, esas olarak bir mücadele aracı olan grevin nihayetinde, istenilen çalışma ortamının oluşmasından sonra, çalışma barışının sağlanmasına hizmet ettiğinin unutulmaması gerekir.

DİPNOTLAR

- 1 NARMANLIOĞLU, Ü., Grev, Ankara 1990, s.5, dn.1.
- 2 SUR, M., Grev Kavramı, İzmir 1987, s.6-7; ŞAKAR, M., İş Hukuku Uygulaması, İstanbul 1998, s.232.
- 3 SUR, s.7.
- 4 LASLO, H., “Genel Grev”, İş Hukuku Dergisi, C.I, S.3, Mart 1969, s.316; NARMANLIOĞLU, Grev, s.20.
- 5 NARMANLIOĞLU, Grev, s.20; TUNCAY, A.C., Toplu İş Hukuku, İstanbul 1999, s.236-237.
- 6 Grevi yasaklayan ve grev özgürlüğünü tanıyan ülkeler hakkında açıklama için bkz. NARMANLIOĞLU, Grev, s.22-36; NARMANLIOĞLU, Ü., “Kanun Dışı Grevin Uygulanması Dolayısıyla Ortaya Çıkan Zararlardan Sorumluluk”, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, C.II, İstanbul 2001, s.1605.
- 7 LASLO, s.316; NARMANLIOĞLU, Grev, s.7; Bununla birlikte, savaş zamanlarında iş bırakmaların azaldığı bilinmektedir. Bkz. ESEN, B.N., Türk İş Hukuku, Ankara 1944, s.134.
- 8 AKYOL, Ş., Türk Hukukunda Grevin Hizmet Akdine Tesiri, İstanbul 1967, s.1.

- 9 Bkz. FRANKO, N.İ., "Grevin Hukuki Tanzimi", Adalet Dergisi, Yıl 54, S.1-2, Ocak-Şubat 1963, s.619.
- 10 NARMANLIOĞLU, Grev, s.40-41.
- 11 NARMANLIOĞLU, Grev, s.9.
- 12 OĞUZMAN, M. K., Hukuki Yönden Grev ve Lokavt, İstanbul 1967, s.98-99; NARMANLIOĞLU, Grev, s.10.
- 13 NARMANLIOĞLU, Grev, s.13.
- 14 TUNA, O., Grevlerin İktisadi Hayat ve İstihdam Şartları Üzerindeki Tesirleri, BATİDER, Ankara 1964, s.17.
- 15 DEMİRCİOĞLU, M., "Yasal Greve Yargısal Müdahale", Münir Ekonomi, 60.Yaş Günü Armağanı, Ankara 1993, s.339; BERKSUN, A. / EŞMELİOĞLU, İ., Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu, Ankara 1989, s.425.
- 16 SUR, s.7 (Yazar, SINAY, H. / JAVILLER, J.C.; RIVERO, J. / SAVATIER, J.; LATOURNERIE, R.'in eserlerine atıfta bulunmuştur.); REİSOĞLU, S., 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi, Ankara 1986, s.249-250; TUNÇOMAĞ, K., İş Hukuku C.II, Kırklareli 1985, s.399.
- 17 Serbest çalışan taksi şoförlerinin, minibuslerin belediyeyi protesto için çalışmama şeklinde ortaya çıkan davranışlarının sosyolojik anlamda grev sayılmakla birlikte çok defa boykotu ifade ettiğini belirtmiştir. Sosyolojik anlamdaki grev ile boykotun sık olarak karıştırıldığı görülmektedir. Boykot, bir insan topluluğunun birleşerek bir plana uyarak belirli bir veya birçok kimselerle sosyal veya iktisadi ilişkilerini kesmesidir. REİSOĞLU, s.250; Ayrıca bkz. ALPDÜNDAR, R., Yeni Hukuk Sözlüğü, İstanbul 1977; Boykot ile sosyolojik grev arasındaki fark ile ilgili daha geniş açıklama için bkz. SUR, s.11-13.
- 18 SUR, s.8; Sosyolojik grev hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. SEÇER, H. Ş., "Endüstriyel Uyuşmazlık Biçimi Olarak Grevin Sosyolojik Açından Değerlendirilmesi", Çalışma ve Toplum, 2007/1.
- 19 REİSOĞLU, s.250; SUR, s.8-9.
- 20 OĞUZMAN, Grev ve Lokavt, s.21. "Talebe grevi, açlık grevi gibi konuşmada ve gazete haberlerinde kullanılan tabirlerin hukuki anlamda bir grev olmadığına işaret etmeye dahi lüzum olmasa gerektir."; REİSOĞLU, s.250; NARMANLIOĞLU, Ü., İş Hukuku II, Toplu İş İlişkileri, İzmir 2001, s.539.
- 21 SUR, s.14.
- 22 SUR, s.11; YARSUVAT, D., "Grev ve Lokavt Uygulamasında Ceza Hukukunun Sınırları", İÜHFİM, Atatürk'e Armağan, C.XLV-XLVII, S.1-4, İstanbul 1982, s.291.
- 23 REYNAUD, J. D., İş Uyuşmazlıkları Sosyolojisi (Çevirenler, Ali Güzel / Ali Rıza Okur), İstanbul 1986, s.15.
- 24 SÜMER, H.H., "Kapsamında Grevin Yasak Olduğu İşyeri Bulunan İşletmelerde Uyuşmazlıkların Çözümü", Kamu-İş, C.3, S.2, Ankara Nisan 1992, s.28.
- 25 TUNÇOMAĞ, s.296.
- 26 NARMANLIOĞLU, Grev, s.5.
- 27 TUNA, O., Grev Hakkı, İş Mücadelelerinde Yeri ve Ehemmiyeti, İstanbul 1951, İstanbul 1951, s.11.
- 28 NARMANLIOĞLU, Grev, s.50.
- 29 NARMANLIOĞLU, Ü., "Belli Başlı Kanun Dışı Grev Tipleri", Prof. Dr. Şükrü Postacıoğlu'na Armağan, İzmir 1997, s.3.
- 30 NARMANLIOĞLU, Grev, s.7.
- 31 ERTÜRK, Ş., İş Mücadelesinde Denge İlkesi, İzmir 1999, s.6; TUNÇOMAĞ, s.253; KUTAL, M., Türkiye'de İşyeri Seviyesinde İşçi-İşveren İlişkileri (Sorunlar-Tedbirler), Ankara 1973, s.115.
- 32 ŞAKAR, M., 1982 Anayasası ve Önceki Anayasalar, İstanbul 1994; ERTÜRK, s.22; OĞUZMAN, M. K., Hukuki Yönden İşçi ve İşveren İlişkileri, C.I, İstanbul 1975, s.54; GÜMÜŞ, M. F., Türk İş Hukukunda İş Uyuşmazlıkları ve Uzlaştırma, Ankara 1972, s.164-165; OĞUZMAN, M. K., Türkiye'de Toplu İş Sözleşmesi, Grev, Lokavt, Tahkim ve Arabuluculuk Düzeni Nasıl Olmalıdır, BATİDER, İstanbul 1973, s.25; ALPAR, E., "Türk Hukukunda Grev Hakkına Getirilen Sınırlamalar ve Çözüm Yolları", Yargıtay Dergisi, C.15, S.1-4, Ocak-Ekim 1989, s.773; ÇİFTER, A., Türk Hukukunda Grevin Hizmet Akdine Tesiri, Kocaeli 2001, s.4.
- 33 NARMANLIOĞLU, Grev, s.46.
- 34 TUNA, s.11; REİSOĞLU, s.251; OĞUZMAN, Grev ve Lokavt, s.20; OĞUZMAN, M. K., "Toplu İş Uyuşmazlığının Grev ve Lokavtla Çözülmesi", Uygulamada Toplu İş Sözleşmeleri Grev ve Lokavt Semineri, 16-19 Mayıs 1991 Bolu/Abant, s.2; TUNÇOMAĞ, s.296; NARMANLIOĞLU, Toplu İş, s.519.
- 35 NARMANLIOĞLU, Toplu İş, s.535; NARMANLIOĞLU, Ü., "Kanun Dışı Grevin, Grevle İlgili İşçilerin İş İlişkilerine Etkileri", Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, Ankara 1997, s.300.
- 36 İPLİKÇİOĞLU, İ. H., İş, İş Mahkemeleri, Sendikalar, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt, Sosyal Sigortalar, Bağ-Kur Kanunları, İstanbul 1976, s.417.
- 37 REİSOĞLU, s.251-252; NARMANLIOĞLU, Toplu İş, s.535-536.
- 38 NARMANLIOĞLU, Grev, s.51-52; NARMANLIOĞLU, Toplu İş, s.536.
- 39 NARMANLIOĞLU, Grev, s.51; NARMANLIOĞLU, Toplu İş, s.536.
- 40 ELBİR, H.K., İş Hukuku, 9.Bası, İstanbul 1987, s.236.
- 41 OĞUZMAN, Grev ve Lokavt, s.21; TUNÇOMAĞ, s.435; NARMANLIOĞLU, Toplu İş, s.538; ÇOLAKOĞLU, H.S., Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Hukuku, Ankara 1971, s.258; GÜNAY, C.İ., Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Hukuku, Ankara 1999, s.720-721.
- 42 Memurların grev hakkı konusunda bilgi için bkz. AKSOY, M., "1961 Anayasasına Göre Memurların Grev Hakkı", AÜSBFD, Aralık 1971, No: 4, Ankara; ÇELİK, N., İş Hukuku II, Kollektif İş Hukuku 1 Sendikalar, 2.Bası, İstanbul 1979, s.221.
- 43 Grev bakımından işçi, hizmet akdine göre çalışan kimsedir. Hangi kanun kapsamına dâhil olursa olsun, önemli olan hizmet akdine göre çalışmasıdır. "Grev bakımından işçi, hizmet akdine müsteniden çalışan kimsedir. İş Kanunu kapsamına giren bir yerde çalışıp çalışmaması, bedeni veya fikri mesailerinin üstün olup olmaması, işvereni temsil yetkisine sahip olup olmaması fark yaratmaz." Bkz. OĞUZMAN, Grev ve Lokavt, s.24; NARMANLIOĞLU, Grev, s.57-58; OĞUZMAN, İlişkiler, s.110; ALPAR, E., "Grev Kavramı

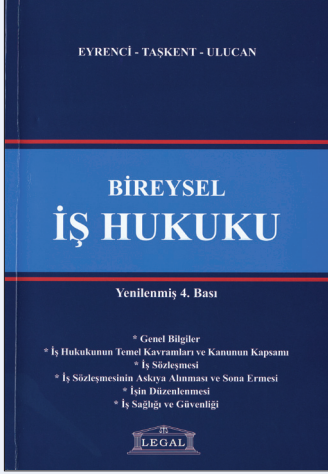
- ve Unsurları”, Türk Kamu-Sen İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.1, S.5, Eylül 1988, s.14.
- 44 TUNÇOMAĞ, s.435; REİSOĞLU, s.252; NARMANLIOĞLU, Toplu İş, s.539; NARMANLIOĞLU, Grev, s.56.
- 45 NARMANLIOĞLU, Grev, s.58; 275 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu zamanındaki ve konu ile ilgili diğer açıklamalar için bkz. SUR, s.34-36.
- 46 NARMANLIOĞLU, Grev, s.59; NARMANLIOĞLU, Toplu İş, s.541; TUNÇOMAĞ, s.436; TUNCAY, s.238; Aksi görüşte, OĞUZMAN, Grev ve Lokavt, s.38; REİSOĞLU, s.254; SUR, s.96; ERTÜRK, 34.
- 47 TOLGA, M.V., İş Hukuku, İstanbul 1952, s.187; “Önemli ve yeterli olan, toplu işi bırakmanın işyerinde işi ve böylece çalışma barışını ciddi ölçüde aksatmış olmasıdır. ...Nispeten az sayıda işçinin işi bırakmaları da, işyerinin düzenli çalışması onların çalışmalarına bağlıysa, topluca işi bırakma sayılabilir.” Bkz. TUNÇOMAĞ, s.436.
- 48 “...bir tek işçinin işi bırakması grev olamaz, zira grev toplu bir harekettir. Bu yüzden bir tek işçinin işini bırakması grev olamaz.” Bkz. TUNÇOMAĞ, s.436; NARMANLIOĞLU, Grev, s.64; ESENER, T., İş Hukuku, Ankara 1975, s.551; YILMAZ, M., “Grev Kavramı ve Unsurları”, Türk Kamu-Sen İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.I, S.5, Eylül 1988, s.13.
- 49 İşletmeye dâhil işyerlerinden birinde tek bir işçinin, işçi sendikasının verdiği grev kararı gereği işini bırakması, grev teşkil edecektir. Yargıtay’ın 1976 yılında verdiği ve tek işçi çalışan işyerlerinde grev kararı alınamayacağına ilişkin kararı eleştirilerek, işletmeye ilişkin toplu iş sözleşmesi ile ilgili bir uyuşmazlık sonucu alınacak grev kararının tüm işletmeyi ilgilendirmesi sebebiyle, işletmeye dâhil bir işyerinde tek başına çalışan işçinin, işçi sendikasının verdiği grev kararı gereği işi bırakmasının, grev sayılacağı belirtilmiştir (Bkz. TSGLK m.3). 9.HD.nin 31.05.1976 T. ve 10702/14402 sayılı kararı hakkında bkz. NARMANLIOĞLU, Grev, s.64, dn.48, s.65; REİSOĞLU, s.254; “İşletme toplu iş sözleşmesi için yapılan toplu görüşmenin ve arabuluculuk faaliyetinin uyuşmazlıkla sonuçlanması halinde ise, işçi sendikası grev kararını tüm işyerleri için almak zorundadır.” TUNÇOMAĞ, s.455.
- 50 Tatil günleri ve paydostan sonra işin terki, zorunlu olmayan fazla çalışma talebinin reddi durumlarında işçilerin hukuken işgörmeye borçları olmadığı için bu davranışları grev teşkil etmeyecektir. İşverenin işçilerin ücretleri ödememesi halinde birden çok işçinin işlerini topluca bırakmış olması halinde kanundan doğan bir hakkın kullanılması söz konusu olduğu için işçilerin bu davranışları grev teşkil etmeyecektir. NARMANLIOĞLU, Grev, s.66, 87-88; NARMANLIOĞLU, Toplu İş, s.547.
- 51 NARMANLIOĞLU, Grev, s.67; NARMANLIOĞLU, Toplu İş, s.548.
- 52 REİSOĞLU, s.255.
- 53 NARMANLIOĞLU, Grev, s.76, Hukukumuzda işyerinin terki grevin şartı değil, sonucudur.
- 54 ÖZGEN, G., Türk Hukukunda Yasa Dışı Grev, Trabzon 1980, s.38-39.
- 55 NARMANLIOĞLU, Grev, s.77;
- 56 NARMANLIOĞLU, Grev, s.70; REİSOĞLU, s.256; YILMAZ, s.13.
- 57 NARMANLIOĞLU, Grev, s.73; Çok kısa süreli bir işi bırakma, faaliyeti önemli ölçüde aksatmak amacını taşımayacağından bir grev sayılamayacaktır. Meğer ki, işin bırakılmasından sonra işyeri terk edilsin. İşyerini terk etmeden zaman zaman kısa sürelerle işi bırakma verimi düşürme niteliğinde de olabilir. Bkz. REİSOĞLU, s.256; İşyeri terk edilmeden kısa süreli iş bırakmalar verim düşürme teşkil eder. OĞUZMAN, Grev ve Lokavt s.37.
- 58 TUNA, O. / KUTAL, M., Grev Hakkı, İstanbul 1962, s.28; ERTÜRK, kural olarak topluca işin kesin olarak bırakılmasının grev sayılmayacağını belirtmiştir. ERTÜRK, s.34.
- 59 İşçilerin topluca devamlı olarak işyerinden ayrılmak kastıyla işyerini terk etmeleri halinde kanuni grevden bahsedilemez. REİSOĞLU, s.258; İstisnai hallerde işin topluca ve devamlı olarak bırakılması kanun dışı grev sayılır. REİSOĞLU, S., Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi, Ankara 1975, s.307; İşçiler çalıştıkları işi durdurmak veya aksatmak için topluca başka bir işyerinde çalışmak üzere işyerini terk ederlerse, bu davranışları grev teşkil eder ancak bu durum kanun dışı grev teşkil edecektir. OĞUZMAN, Grev ve Lokavt, s.36; GÜNAY, s.721.
- 60 NARMANLIOĞLU, Grev, s.75; REİSOĞLU, s.258.
- 61 NARMANLIOĞLU, Grev, s.78; ÇELİK, N., İş Hukuku Dersleri, 15.Bası, İstanbul 2000, s.527.
- 62 ESENER, s.552; TUNÇOMAĞ, s.438; REİSOĞLU, s.301; “Kanunun belirlediği bu amaca grev niyeti de denilebilir.” Bkz. NARMANLIOĞLU, Grev, s.83.
- 63 TUNÇOMAĞ, amacın ne olduğunun tespiti konusunda duraksama halinde işi durdurma veya önemli ölçüde aksatma durumunda, bu amacı varsaymak ve koşulları da varsa olayı grev olarak nitelendirmek gerektiğini belirtmiştir. TUNÇOMAĞ, s.438; REİSOĞLU, s.301; OĞUZMAN, Grev ve Lokavt, s.41; NARMANLIOĞLU, Grev, s.83.
- 64 REİSOĞLU, s.253; NARMANLIOĞLU, Grev, s.83; Ayrıca bkz. OĞUZMAN, M. K., Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet “İş” akdinin Feshi, İstanbul 1955, s.62.
- 65 REİSOĞLU, işçilerin çok küçük bir kısmının greve katılması nedeniyle sonuç alınamamasının önemi olmadığını belirtmekle birlikte, işyerinde faaliyeti hiçbir şekilde durdurmayacağı veya önemli ölçüde aksatmayacağı aşikar olan hareketlerin grev teşkil etmeyeceğini kaydetmektedir. REİSOĞLU, s.253-254; NARMANLIOĞLU, Grev, s.89.
- 66 TUNÇOMAĞ, s.438-439; NARMANLIOĞLU, Grev, s.79
- 67 NARMANLIOĞLU, Grev, s.80.
- 68 TOLGA, s.187; NARMANLIOĞLU, Grev, s.81; “Bir sendika grev kararı alınca, üyeleri üyelik yükümleri nedeniyle ve üye olmayan işçiler ise dayanışma duygusu ile bu karara uyarlar.” Bkz. TUNÇOMAĞ, s.439.
- 69 Grev konusunda karar verecek yetkili organ sendikalar olmakla birlikte, konfederasyonların grev karar vermesi halinde de, işi bırakma grev sayılacak ancak bu durum grevin kanuni veya kanun dışı olması bakımından etki edecektir. Ayrıca bu kuruluşun bir işçi kuruluşundan başka bir dernek veya siyasi parti olması dahi mümkündür. Bkz. NARMANLIOĞLU,

OĞLU, Grev, s.81, dn.121; “Burada mühim olan teşekkülün kararının yeterli olmasıdır. Herhangi bir teşekkülün telkin veya tahriki ile yapılan bir grev de kanun dışı grevdir.” Bkz. REİSOĞLU, s.255.

KAYNAKÇA

- AKSOY, M., “1961 Anayasasına Göre Memurların Grev Hakkı”, AÜSBFD., C.XXVI, S.4, Aralık 1971.
- AKYOL, Ş., Türk Hukukunda Grevin Hizmet Akdine Tesiri, İstanbul 1967.
- ALPAR, E., “Türk Hukukunda Grev Hakkına Getirilen Sınırlamalar ve Çözüm Yolları”, Yargıtay Dergisi, C.15, S.1-4, Ocak-Ekim 1989.
- ALPAR, E., “Grev Kavramı ve Unsurları”, Türk Kamu-Sen İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.1, S.5, Eylül 1988.
- ALPDÜNDAR, R., Yeni Hukuk Sözlüğü, İstanbul 1977.
- BERKSUN, A. / EŞMELİOĞLU, İ., Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu, Ankara 1989.
- ÇELİK, N., İş Hukuku Dersleri, 15.Bası, İstanbul 2000.
- ÇELİK, N., İş Hukuku II, Kollektif İş Hukuku 1 Sendikalar, 2.Bası, İstanbul 1979.
- ÇİFTER, A., Türk Hukukunda Grevin Hizmet Akdine Etkisi, Kocaeli 2001.
- ÇOLAKOĞLU, H. S., Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Hukuku, Ankara 1971.
- DEMİRCİOĞLU, M., “Yasal Greve Yargısal Müdahale”, Münir Ekonomi 60. Yaş Günü Armağanı, Ankara 1993.
- ELBİR, H. K., İş Hukuku Dersleri, 9.Bası, İstanbul 1987.
- ERTÜRK, Ş., İş Mücadelesinde Denge İlkesi, İzmir 1999.
- ESEN, B. N., Türk İş Hukuku, Ankara, 1944.
- ESENER, T., İş Hukuku, 2.Bası, Ankara 1975.
- FRANKO, N. I., Grevin Hukuki Tanzimi, Adalet Dergisi, S.5-8, Mayıs-Ağustos 1963.
- GÜMÜŞ, M. F., Türk İş Hukukunda İş Uyuşmazlıkları ve Uzlaştırma, Ankara 1972.
- GÜNAY, C. İ., Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Hukuku, Ankara 1999.
- İPLİKÇİOĞLU, İ. H., İş, İş Mahkemeleri, Sendikalar, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt, Sosyal Sigortalar, Bağ-Kur Kanunları, İstanbul 1976.
- KUTAL, M., Türkiye’de İşyeri Seviyesinde İşçi-İşveren İlişkileri (Sorunlar-Tedbirler), Ankara 1973.
- LASLO, H., “Genel Grev”, İş Hukuku Dergisi, C.I, S.3, Mart 1969.
- NARMANLIOĞLU, Ü., Grev, Ankara 1990 (Grev).
- NARMALIOĞLU, Ü., İş Hukuku II, Toplu İş İlişkileri, İzmir 2001 (Toplu İş).
- NARMANLIOĞLU, Ü., “Kanun Dışı Grevin Uygulanması Dolayısıyla Ortaya Çıkan Zararlardan Sorumluluk”, Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan, C.II, İstanbul 2001.
- NARMANLIOĞLU, Ü., “Belli Başlı Kanun Dışı Grev Tipleri”, Prof. Dr. Şükrü Postacıoğlu’na Armağan, İzmir 1997.
- NARMANLIOĞLU, Ü., “Kanun Dışı Grevin, Grevle İlgili İşçilerin İş İlişkilerine Etkileri” Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, Ankara 1997.
- OĞUZMAN, M. K., Hukuki Yönden Grev ve Lokavt, İstanbul 1967, (Grev ve Lokavt).
- OĞUZMAN, M. K., Hukuki Yönden İşçi – İşveren İlişkileri, C.I, İstanbul 1975 (İlişkiler).
- OĞUZMAN, M. K., “Toplu İş Uyuşmazlıklarının Grev ve Lokavtla Çözülmesi”, Uygulamada Toplu İş Sözleşmeleri Grev ve Lokavt Semineri, Bolu/ Abant 16-19 Mayıs 1991.
- OĞUZMAN, M. K., Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet “İş” Akdinin Feshi, İstanbul 1955.
- OĞUZMAN, M. K., Türkiye’de Toplu İş Sözleşmesi Grev, Lokavt, Tahkim ve Arabuluculuk Düzeni Nasıl Olmalıdır, BATİDER, İstanbul 1973.
- ÖZGEN, G., Türk Hukukunda Yasa Dışı Grev, Trabzon 1980.
- REİSOĞLU, S., Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi, Ankara 1986.
- REİSOĞLU, S., Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi, Ankara 1975.
- REYNAUD, J. D., İş Uyuşmazlıkları Sosyolojisi (Çevirenler Ali Güzel / Ali Rıza Okur), İstanbul 1986.
- SUR, M., Grev Kavramı, İzmir 1987.
- SEÇER, H. Ş., “Endüstriyel Uyuşmazlık Biçimi Olarak Grevin Sosyolojik Açısından Değerlendirilmesi”, Çalışma ve Toplum, 2007/1.
- SÜMER, H. H., “Kapsamında Grevin Yasak Olduğu İşyeri Bulunan İşletmelerde Uyuşmazlıkların Çözümü”, Kamu-İş, C.3, S.2, Ankara, Nisan 1992.
- ŞAKAR, M., 1982 Anayasası ve Önceki Anayasalar, İstanbul 1994.
- ŞAKAR, M., İş Hukuku Uygulaması, İstanbul 1998.
- TOLGA, M. V., İş Hukuku, İstanbul 1952.
- TUNA, O., Grev Hakkı, İş Mücadelelerinde Yeri ve Ehemmiyeti, İstanbul 1951.
- TUNA, O. / KUTAL, M., Grev Hakkı, İstanbul 1962.
- TUNA, O., Grevlerin İktisadi Hayat ve İstihdam Şartları Üzerindeki Tesirleri, BATİDER, Ankara 1964.
- TUNCAY, A.C., Toplu İş Hukuku, İstanbul 1999.
- TUNÇOMAÇ, K., İş Hukuku, 2.Bası, İstanbul 1985.
- YARSUVAT, D., “Grev ve Lokavt Uygulamasında Ceza Hukukunun Sınırları”, İÜHFİM, Atatürk’e Armağan, C.XLV-XLVII, S.1-4, İstanbul 1982.
- YILMAZ, M., “Grev Kavramı ve Unsurları”, Türk Kamu-Sen İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.I, S.5, Eylül 1988.

YENİ YAYINLAR



Prof. Dr. Öner Eyrenci, Prof. Dr. Savaş Taşkent ve Prof. Dr. Devrim Ulucan hazırlanan “**Bireysel İş Hukuku**” adlı eserin, yenilenmiş 4. basısı Kasım 2010 tarihinde yayımlanmıştır.

İlk basısı Kasım 2004 tarihinde yapılan söz konusu eserin 4. ve son basısında, Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO)’nun ilkeleri, Avrupa Birliği’nin sosyal normları ve ülke gerçekleri doğrultusunda hazırlanan 4857 sayılı İş Kanunu, öğretide öne sürülen görüşler ve Yargıtay kararlarında meydana gelen değişimler çerçevesinde, eserin “ders kitabı” olma özelliği de göz önüne alınarak, daha geniş bir biçimde değerlendirilmektedir.

Genel Bilgiler, İş Hukukunun Temel Kavramları ve Kanununun Kapsamı, İş Sözleşmesi, İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Sona Ermesi, İşin Düzenlenmesi, İş Sağlığı ve Güvenliği bölümlerinden oluşan eserin;

- İş Hukukunun Konusu ve Gelişimi, İş Hukukunun Amacı ve Bölümleri, İş Hukukunun Kaynakları, İş Hukukunun Temel Kavramları, İş Kanununun Kapsamı, İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve İş Sözleşmesinin Sona Ermesi isimli alt başlıkları Prof. Dr. Savaş Taşkent;

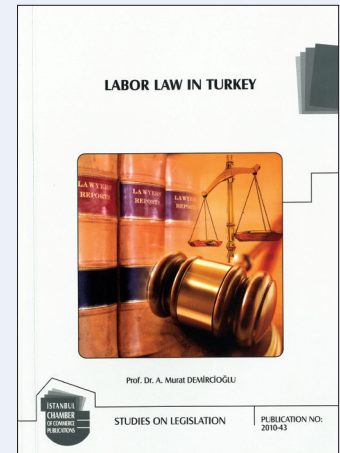
- İş Sözleşmesi Kavramı ve Türleri, İş Sözleşmesinin Yapılması ve İş Sözleşmesinden Doğan Borçlar isimli alt başlıkları Prof. Dr. Devrim Ulucan;

- Çalışma Süreleri, Fazla Saatlerle Çalışmalar, Özellik Arzeden Çalışmalar, Dinlenme ve Tatil Hakları, Genel Olarak İş Sağlığı ve Güvenliği, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukukundan Doğan Yükümlülükler ve İş Sağlığı ve Güvenliğine Aykırılığın Sonuçları isimli alt başlıkları ise Prof. Dr. Öner Eyrenci tarafından kaleme alınmıştır.

Prof. Dr. A. Murat Demircioğlu tarafından hazırlanan, Prof. Dr. Toker Dereli tarafından İngilizceye çevrilen ve İstanbul Ticaret Odası tarafından yayımlanan “**Labor Law in Turkey**” adlı eser Türkiye’de istihdam yaratan yabancı şirketleri ve yatırımcıları Türk İş Hukuku sistemi ve bu sistemin omurgasını oluşturan 4857 sayılı İş Kanunu ile ilgili bilgilerle donatmak amacıyla hazırlanmıştır.

Beş bölümden oluşan eserin ilk bölümünde İş Hukuku’nun kaynakları yer almakta, ikinci bölümde Bireysel İş Hukuku konusu işlenmekte, üçüncü bölümde Toplu İş Hukuku konusu, dördüncü bölümde Sosyal Güvenlik, beşinci bölümde ise Yabancıların Çalışma İzni konuları yer almaktadır.

Türk iş hukuku hakkında hem yabancı yatırımcı ve çalışanların, hem de yabancılarla bu konuda iş ilişkisi içerisindeki kişi ve kuruluşların faydalanabileceği bu eser, iş hayatında sıklıkla karşılaşılan uygulama ve yükümlülükleri yalın bir biçimde ele almaktadır.



Murat BATUR, LL.M.*

MESS Müşavir Avukatı

Tahkim ve Toplu İş Sözleşmelerinin Yorumu

1. GİRİŞ

Hukuki ihtilaflar çoğu zaman mahkemeler aracılığı ile çözümlenir. Anayasa'nın 9. maddesi uyarınca da, yargı yetkisi Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır. Ancak bu genel kabule alternatif olarak kullanılmakta olan bazı uyuşmazlık çözümü yolları, çabukluk, kolay uygulanabilirlik, esneklik gibi pek çok sebepten ötürü, devletin yargılama erkine istisna teşkil edebilmekte veya klasik yargılama sürecine ihtiyaç duyulmamasını sağlayıp yaşanan ihtilaf sürecinde tarafların anlaşmasını sağlayabilmektedir. ADR denilen ve tahkimi de kapsamakta olan alternatif çözüm yolları (alternative dispute resolution), devlet mahkemelerindeki yargılamaya alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleridir¹. Alternative dispute resolution kelime manasıyla alternatif uyuşmazlık çözümü anlamına gelmektedir. Bu çözüm yollarından genellikle arabuluculuk (mediation), müzakere (negotiation), uzlaştırma (conciliation) ve tahkim (arbitration) ihtilaflarda sıklıkla kullanılmaktadır. Müzakere (negotiation) dışındaki

tüm ADR yollarındaki ortak nokta, bir kişinin yönetici veya karar veren olarak bulunmasıdır. Bu tarafsız kişi, nesnel bir karar verir veya tarafların anlaşması ya da uyuşmazlıkların giderilmesi için çaba sarf eder.

Hukumumuzda HUMK'nın 516-536. maddeleri arasında düzenlenen tahkim kurumu, dinamik iş ve ticaret hayatına pratik ve hızlı bir şekilde cevap verebilme kabiliyeti bakımından önem arz etmektedir.

Esas olarak, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri arasında yer alan tahkim, devlet yargısının oluşmadığı ihkak-ı hakkın (kendiliğinden hak alma) yaygın olarak görüldüğü zamanlarda bile bir kurum olarak var olmuştur.

Tahkim kurumunun, hukuk tarihi kadar eski olduğu bilinmektedir.² Hatta Kitab-ı Mukaddes'le ilgili kaynaklar, Hz. Süleyman'ın hakem olarak ihtilafların çözümüne nezaret ettiğini kaydederler.³ Büyük İskender'in babası II. Philip'in, MÖ. 337 yılında Güney Yunanistan Devletleri ile imzaladığı bir barış anlaşmasıyla ilgili toprak uyuşmazlıklarını çözmek

için tahkimi kullandığı bilinmektedir⁴. Roma Hukukunda tahkim anlaşmaları, sözleşme özgürlüğü prensibinin bir yansıması olarak kabul edilmekteydi.⁵

Tahkimin bugünkü anlamıyla bir kurum haline gelmesinin ilk örneği 1697 tarihli İngiliz Tahkim Kanunu'dur (Arbitration Act)⁶. Avrupa tarihinde tahkimin kökeni eski Yunan ve Roma uygarlıklarına kadar uzanır.

Tahkim kurumu, modern devletlerin kuruluşundan sonra yargı erkinin devlet eliyle yürütüldüğü zamanlarda da; esnek olması, daha az formel olması, çabukluğu, taraf iradelerinin temsili, ucuz olabilmesi ve uzmanlık gerektiren alanlarda konunun uzmanlarının doğrudan karar veren olarak bu faaliyete katılması gibi avantajları sebebiyle varlığını hâlâ sürdürebilmektedir.

II. TAHKİM VE TÜRLERİ

1. Tahkim

Kanunun menetmediği konularda, taraflar arasında doğmuş ve doğacak anlaşmazlıkların, bir akit veya kanun hükmü uyarınca devlet yargısına başvurulmadan, taraflarca veya kanunla doğrudan doğruya seçilmiş olan veya tarafların veya kanunun yetki tanıdığı şahıs ve mercilerce tayin edilmiş bulunan kişiler aracılığı ile çözümlenmesidir.⁷ Uyuşmazlığın çözümlenmesi kendilerine bırakılan kişilere hakem denir. Hakemlerin kendilerine havale edilen davayı görmek hususunda hiçbir resmi sıfatı yoktur. Fakat, taraflar uyuşmazlığı onlara havale etmekle hakemlerin verecekleri karara razı olmuşlar ve hakemler o uyuşmazlık bakımından adeta bir mahkeme olmuştur.⁸

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin tanımına göre tahkim:

"Hukuken; bir hak üzerinde uyuşmazlığa düşmüş olan iki yanın anlaşarak bu uyuşmazlığın giderilmesini özel kişilere bırakmalarına ve uyuşmazlığın bu özel kişilerce incelenip karara bağlanmasına (tahkim) denir"⁹

2. İç (milli) tahkim – dış (milletlerarası) tahkim ayrımı

Tahkim, ulusal veya uluslararası nitelik ta-

şması durumuna göre iç tahkim (milli) ve dış tahkim (milletlerarası) olarak ikiye ayrılır; iç tahkimse tahkim iradesi bakımından zorunlu tahkim ve ihtiyari tahkim olarak tasnif edilebilir. Ülkemizde iç tahkim yolu HUMK.'nın 516 ve 536. maddelerinde düzenlenmiştir. Milletlerarası tahkime ilişkin kurallar ise 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un¹⁰ 60. maddesi ve devamında, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda¹¹ ve 4501 sayılı "Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun"¹² ile düzenlenmiştir. Milletlerarası ticari tahkime ilişkin bu mevzuat, iç tahkimi düzenleyen HUMK hükümlerine göre; tahkimin dili, süresi ve tahkim şartının veya sözleşmesinin şekli gibi konularda daha esnek bir düzenlemeye sahiptir. Bu esneklikte, kanun koyucunun çok uluslu ticari muamelelerde ve ülkeye yapılacak yatırımlarda yabancı yatırımcılara güven verme isteği hiç şüphesiz rol oynamıştır. Nitekim Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun genel gerekçesinde de, küreselleşen dünyada ülkelerin birbirlerine yatırım yapmasının olağan hale gelmesi sebebiyle çok taraflı uluslararası sözleşmelerde seçimlik bir yargı yolu olarak tahkimin tarafların birbirlerinin milli hukukuna gitmeyi riskli bulmasından ötürü gittikçe artan öneminden bahsedilmiştir.¹³

3. Zorunlu (mecburi) tahkim – gönüllü (ihtiyari) tahkim ayrımı

Bir hukuki uyuşmazlığın tahkim usulü ile karara bağlanarak çözülmesi esasen tarafların anlaşmalarına bağlı olsa da, özel kanunlarla düzenlenmiş bulunan bazı durumlarda tahkime gidilmesi mecburi bir nitelik arz edebilmektedir. HUMK hükümleri ile sadece ihtiyari tahkim düzenlenmiş, mecburi tahkim uygulaması gerektiren durumlar kendi özel kanunlarında düzenlenmiştir. Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu (5894 sayılı Kanun'un 6. maddesi), Baro Yönetim Kurulu'nca ücret tayini (1136 sayılı Avukatlık Kanunu 42. maddesi), Tüketici Sorunları Hakem Heyeti (4077 sayılı Kanun'un 22. maddesi) ve toplu iş uyuşmazlık-

larında mecburi tahkim (TİSGLK m.27, 32-34; m. 52-57) bu uygulamalara örnek olarak gösterilebilir.

III. İŞ UYUŞMAZLIKLARINDA TAHKİM

1. İş uyuşmazlığı türleri

a. Bireysel ve toplu iş uyuşmazlıkları

Bilindiği üzere, iş hukuku nasıl hak ve yükümlülüklerin sükeleri ve düzenleme alanı bakımından toplu ve bireysel olarak tasnif edilebiliyorsa; iş uyuşmazlıkları da uyuşmazlığın tarafları bakımından bireysel veya toplu nitelikte ortaya çıkabilir. Söz konusu uyuşmazlık işçi ve işveren arasındaki hizmet ilişkisine ilişkin bir uyuşmazlıksa bireysel iş uyuşmazlığından, işçi sendikası ve işveren veya işveren sendikası arasında birden fazla işçinin hak veya çıkarları ile ilgili olarak ortaya çıkmışsa toplu iş uyuşmazlığından bahsedilebilir. Uyuşmazlığa konu olup, var olduğu iddia edilen hak veya çıkarların sahiplerinin sayısı bakımından bireysel veya toplu iş uyuşmazlığından bahsetmek mümkündür.

Toplu iş uyuşmazlığı, bir işçi topluluğunun ortak hak veya çıkarlarını ilgilendiren bir konudan çıkabileceği gibi, işçi ile işveren arasındaki uyuşmazlığın, diğer işçilerin de hak ve çıkarlarını ilgilendirmesi halinde sendikaca benimsenmesi durumunda da çıkabilir.¹⁴

b. Hak uyuşmazlığı ve çıkar (menfaat) uyuşmazlığı

İş uyuşmazlıkları kendi içinde çıkar uyuşmazlığı ve hak uyuşmazlığı olarak ikiye ayrılır.

Toplu iş hukukunda, ticari tahkimden farklı olarak, akdin kuruluşundan daha önce, toplu görüşme esnasında dahi uyuşmazlığın özel hakemce kararlaştırılması mümkündür.¹⁵ Toplu sözleşme görüşmeleri esnasında ortaya çıkan uyuşmazlık türü “çıkarcı uyuşmazlığı” olarak adlandırılır. Bu uyuşmazlık işçi sendikaları ve işveren sendikaları veya işverenler arasında çalışma süresi ve ücret gibi çalışma koşullarının düzenlenmesi nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlıklardır.¹⁶ Çıkarcı uyuşmazlıkları

bir hakkın değiştirilmesi ya da yeni bir hakkın meydana getirilmesi amacıyla çıkarılan uyuşmazlıklardır.¹⁷ Çıkarcı uyuşmazlıklarında yeni haklar talep edilmekte ve mevcut dengeler değiştirilmeye çalışılmaktadır. Çıkarcı uyuşmazlıklarına, ücretlere zam yapılması, yıllık ücretli izin sürelerinin arttırılması, çalışma sürelerinin azaltılması talepleri üzerine çıkan uyuşmazlıklar örnek gösterilebilir.¹⁸

Hak uyuşmazlıkları ise toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesi ve mevzuat gibi iş ilişkisini düzenleyen metinlerle, yürürlükte olan bir düzenleme ışığında sağlanmış hakların uygulanış şekline ilişkin anlaşmazlıklardan doğmaktadır. Çıkarcı uyuşmazlıkları sebebiyle mücadeleciler çözüm yollarını tercih etme yolu belirli prosedürler dâhilinde hukuken olanaklıyken, hak uyuşmazlıklarında bu mümkün değildir. Hak uyuşmazlıklarında uyuşmazlıkların çözüm yolu hakem heyetleri veya mahkemelerdir. Belirtilim ki, toplu çıkarcı uyuşmazlıklarında grev ve lokavta başvuru yolu; tahkim anlaşması yapılması halinde, TİSGLK. m.58/II hükmü gereğince kapalıdır. Söz konusu madde hükmüne göre: “Menfaat uyuşmazlıklarında taraflar özel hakeme başvurma hususunda yazılı olarak anlaşma yaparlarsa, bundan sonra arabuluculuk, grev ve lokavt, kanuni hakemlik hükümleri uygulanmaz.” Aynı maddenin üçüncü paragrafı “Menfaat uyuşmazlıklarında özel hakeme başvurulduğu hallerde hakem kararları toplu iş sözleşmesi hükmündedir. Hak uyuşmazlıklarında özel hakem kararları genel hükümlere tabidir.” demek suretiyle de; toplu sözleşme görüşmeleri esnasında ortaya çıkan bir toplu menfaat/çıkarcı uyuşmazlığında özel hakeme gidilmesi durumunda özel hakemin kararının toplu iş sözleşmesi hükmünde olacağını belirtmiştir. Dirlik borcunun bir gereği olarak, mevcut bir toplu iş sözleşmesinin varlığında grev ve lokavta gidilemeyeceğinin kabulü, özel hakem kararlarını menfaat uyuşmazlıklarında toplu iş sözleşmesi yerine geçiren kanun düzenlemesiyle birlikte düşünüldüğünde, maddenin üçüncü fıkrasından da, menfaat uyuşmazlıklarında özel hakeme gidilmesi durumunda mücadeleciler yöntemlerin artık söz konusu olamayacağı anlaşılmaktadır.

Hakem Heyeti'nin kararı, toplu hak uyuşmazlıklarında mahkeme kararı hükmü, toplu çıkar uyuşmazlıklarında ise toplu iş sözleşmesi hükmü niteliğini kazanmaktadır.¹⁹

2. Toplu iş uyuşmazlıklarında mecburi tahkim

Tahkimin türleri konusuna değinilirken zorunlu tahkim uygulamasının toplu iş uyuşmazlıklarında da söz konusu olabildiğine değinmiştik. İş hukuku uygulamasında zorunlu tahkim sadece Türkiye'ye mahsus olmayıp, pek çok diğer ülkede de tarihsel süreç içerisinde bazılarında sadece kamu sektörünü, bazılarında ise hem özel sektörü hem de kamu sektörünü kapsayacak şekilde düzenlenmiştir. Bunun amacı, grev ve lokavta gidilmesini engelleyerek ülke ekonomisinin ya da bazı kamu hizmetlerinin negatif anlamda etkilenmesini en aza indirmektir. Bu uygulama kalıcı olarak bazı işleri kapsayabileceği gibi; seferberlik, ulusal boyutta kriz, doğal afet ve savaş gibi durumlara ilişkin olarak da geçici bir nitelikte olabilir. ABD'de ve Kanada gibi bazı ülkelerde savaş zamanı gibi olağanüstü sebeplerle uygulanan zorunlu tahkim kurumunun popülerite kazanarak gönüllü tahkim kurumuna model olduğu ve yaygınlaşmasına olanak sağladığı görülmektedir.²⁰

ABD'de Başkan Franklin Roosevelt tarafından II. Dünya Savaşı sebebiyle çıkarılan kararname²¹ ile grevlerin yasaklanması ve uyuşmazlık çözümünde tahkimin kullanılması, sendika yetkilileri ve işverenlerce tahkimin uyuşmazlık çözümünde grevden daha başarılı bir uygulama olabildiğinin anlaşılmasına sebep olmuştur.²²

Ancak zorunlu tahkimin en nihayetinde serbest pazarlığa bir müdahale olduğu da bir gerçektir. Dolayısıyla, kamu menfaatiyle diğer özgürlükler arasındaki dengenin iyi sağlanması bu noktada önem arz etmektedir.

Türkiye'de HUMK hükümleri sadece gönüllü (ihtiyari) tahkimi kapsamakta, mecburi tahkime tabi olan yerler ve bunun esasları özel kanunlarla düzenlenmektedir. Toplu iş uyuşmazlıklarını kapsayan zorunlu tahkim halleri ve bunun esasları da TİSGLK'da düzenlenmiştir. Kanun'un 29 ve 30. maddelerinde grev ve lokavt yapmanın yasak olduğu işlerle işyerleri

sayılmıştır. Bu işyerleri yasak kapsamında olduğundan TİSGLK'nın 52. maddesi uyarınca tarafların her biri Yüksek Hakem Kurulu'na (YHK) başvurabilecektir. Bunun dışında ülkemizde zorunlu tahkim uygulamalarına örnek olarak; grev ve lokavtın bakanlar kurulu tarafından geçici bir süre ile yasaklanması durumunda TİSGLK 32. madde hükmüne göre YHK'ya başvurulmasını, grev ve lokavtın TİSGLK 33. maddede hükmü uyarınca ertelenmesi durumunda 34. madde uyarınca Bakan'ın uyuşmazlığı YHK'ya götürmesini, grev oylaması ile grevin reddedilmesi halini ve bu kararın kesinleşmesinden itibaren 15 gün içinde işçi sendikasının işverenle anlaşamaması durumunda uyuşmazlığı YHK'ya götürmesini verebiliriz.

IV. TOPLU İŞ UYUŞMAZLIKLARINDA TAHKİM

1. Genel olarak

Tarihi süreç içinde iş uyuşmazlıklarında tahkim 19. yüzyılın ikinci yarısında İngiltere'de görülmüş, 1860 ve 1870 yıllarında ABD'de Pittsburg ve Massachusetts'de demir, ayakbağı ve kömür madenciliği işkollarında uygulanmıştır. ABD'de 1901 yılında 18 eyalet iş uyuşmazlıklarında tahkimi yasal düzenleme haline getirmiştir.²³

Amerika Birleşik Devletleri ve Kanada'da iş uyuşmazlıklarında tahkim sıklıkla kullanılsa da, Kara Avrupası hukuk sisteminde aynı yoğunlukla rağbet gördüğü söylenemez.²⁴ Amerikan iş hukuku sisteminde tahkimin sıklıkla kullanılmasının sebeplerinden biri de, kanaatimizce, tarihsel süreç içerisinde Amerika Birleşik Devletleri İş Hukuku sisteminin temel prensiplerinden olan 'employment at will' (feshi her an kabil iş ilişkisi) doktrinini dengeleyen bir müessese olmasıdır.

Kara Avrupası modelinde toplu sözleşmelerin normatif madde hükümlerinin yorumlanması ve uygulanması genellikle işverenlerce veya sendikalarca iş mahkemelerine götürülür. Ancak bu tarafların uyuşmazlığı kendi aralarında doğrudan çözmeye çalışmalarına engel değildir.

Örneğin İtalya'da toplu sözleşmelerin yorumu ve uygulanmasına ilişkin olan neredeyse tüm uyuşmazlıklar genellikle bir hak uyuşmazlığı usulünü izleyerek ya da üçlü danışma kurulları aracılığı ile uzlaştırma ile çözülür.²⁵ Türkiye'de de iş uyuşmazlıklarında tahkim müessesesi, toplu iş sözleşmelerine konulan, uyuşmazlıkların hakem kurulları marifetiyle çözüme ulaştırılacağına ilişkin tahkim şartları ile sıklıkla kullanılmaktadır.

2. Toplu iş sözleşmesi kaynaklı uyuşmazlıklarda tahkim ve hakemin sınırları

Bilindiği üzere toplu iş sözleşmeleri kanunların kendilerine attığı değer ve çalışma hayatının göstermiş olduğu tarihsel gelişim içerisinde; bir ülkenin toplu iş ilişkilerini düzenleyen normatif etkiye sahip metinler olarak çok büyük kitleleri ve menfaatleri etkileyebilecek, çalışma barışı ile doğrudan ilişkili metinlerdir. Bu sözleşmeler ekonomik olarak daha güçlü olan tarafın bir diğerine dayatması ile değil; ülkemizde güçlü sendikacılığın uzantısı olan ve toplu iş sözleşmesi süreçlerinde, işçi sendikaları ve işveren sendikaları veya sendika üyesi olmayan işverenler arasında tarafların toplu görüşme sürecinde yaptıkları pazarlıklar sonucu imzalanır.

Hukuken ayrı bir rejime tabi tutulmuş bu terazinin toplu sözleşme süreci ile dengelenmiş ayarının, endüstri hayatından, ülke gerçeklerinden ve endüstriyel teamüllerden uzak bir biçimde değiştirilmesi, sözleşmenin tarafları olan işveren ve işçi açısından da istenmeyen sonuçlar doğurabilir. Muhtemel iş uyuşmazlıklarının, toplu iş sözleşmesinin şartlarına göre çözümlenmesi gerekmektedir. Aksi halde, sağlandığı sanılan adalet ve barış kısa süreli ve geçici olmaya mahkûm kalır.

Demokratik düzenin doğal bir sonucu olan toplu görüşmeler ve bunlar sonucunda yapılan toplu iş sözleşmeleri dolayısıyla ortaya çıkan uyuşmazlıkların en çabuk ve taraflar bakımından amaca uygun bir şekilde çözümlenmesine olan ihtiyaç, özel hakem müessesesinin önemini ortaya çıkarır.²⁶

İşte bu sebeptir ki; bundan yarım asır önce, 1960 yılında Amerikan Yüksek Mahkemesi, Enterprise Wheel²⁷ davasında toplu iş sözleşmelerinin yorumunda hakemlerin rolünü ve sınırlarını belirleyen Enterprise Wheel doktrinini kurmuştur. Enterprise Wheel doktrininde tanımlanan temel sorun mahkeme kararından alınmış aşağıdaki paragrafta özetlenmiştir:

“Bir Hakem, bir toplu iş sözleşmesinin yorumu ve uygulaması konularıyla sınırlandırılmıştır. Kendi yorumuna tabi olan endüstriyel adaletin dağıtımını yapmak adına bir oturuma katılamaz. Elbette, rehberlik için pek çok kaynağa bakabilir fakat kararı ancak ruhunu toplu iş sözleşmesinden aldığı oranda hukukidir. Bir hakemin kararı bu borca sadakatsizlik gösterirse, mahkemelerin kararın uygulanmasını reddetmekten başka çaresi yoktur.”

Bu sebeple, Amerika Birleşik Devletleri'nde hakemler ve mahkemeler Enterprise Wheel doktrinin parametreleri içerisinde kararlar alabilmek adına zaman içerisinde bazı rehber ilke ve prensipler benimsemişlerdir. Bunlardan en önemlisi ise sözleşmenin dilinin açık ve kesin olduğu durumlarda, öncelikle açık olan bu hükümlerin uygulanması gerekliliğidir. Buna Amerikan İş Hukuku tahkiminde açık anlam kuralı denir (plain meaning rule). Böyle bir durumda hakemler taraf iradeleri, önceki uygulamalar, anlaşma tutanakları gibi dış kaynaklara bakmazlar. Bunun temelleri, açık ve kesin olan hukuki metinlerin yorumlanamayacağı *Ratione legis stricta* kuramında yatmaktadır.

İlk Medeni Kanunumuz Mecelle: “Mevrid-i nasda içtihada mesağ yokdur²⁸” (Zahir olan sözlerin tefsire ihtiyacı yoktur, Mecelle m.14) demek suretiyle de benzer bir kabulü benimsemiştir. Başka bir anlatımla, açıklık yorumu dışlar (*interpretatio cessat in claris*).

“Hakemlerin tarafların resmi sözleşme okuyucusu olduğunun -daha fazlası ya da azı olmamak üzere- kabulü, konuyla ilgili ... ortaya atılan pek çok muammadan kurtulmamızı sağlar. ... Hakemden istenilen tek şey, söz konusu uyuşmazlıkla ilgili olarak tarafların kendi sözleşmesinin ya da daha gerçekçi bir şekilde, bu uyuşmazlığın ortaya çıkacağını tahmin etmiş olsalardı aralarında varacakları kabul edilen

sözleşmenin nihai ve kesin bir şekilde söz dizesel analizinin yapılmasıdır. Yasaya nazaran sözleşmeye ağırlık veren bu tercih, bir hakem kararının, hakemin görüşüne göre şekillendiği yürürlükteki mevzuatın gerekliliklerine dayandırılırsa tahkim şartının kapsamının aşılacağı yönündeki Enterprise Wheel deklarasyonu tarafından da desteklenir görünmektedir. Hakemin görevi açıktır. Hakem taraflara (ve mahkemelere) sözleşmenin ne anlama geldiğini söyleyecek ve hukuki sonuçlarından dolayı endişe duyma kısmını mahkemelere ve taraflara bırakacaktır.”²⁹

Columbia Bölge Mahkemesi’ne göre “hakem ‘sözleşme okuyucusu’ olduğu için onun hukuk yorumu sözleşmenin bir parçası ve dolayısıyla sözleşme taraflarının ilişkilerini düzenleyen özel hukukun bir parçası haline gelir. Bundan dolayı, taraflar hakemin hukuki yanılığısı iddiasıyla mahkemelerden telafi isteminde bulunamazlar”³⁰ Ülkemizde de HUMK hükümleri doğrultusunda³¹, hakem kararlarının sadece usule ilişkin sebeplerle bozulabilmesi buna benzerlik arz eder. Esasen toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, hakemlerin toplu iş sözleşmesi hükmü ışığında karar vermesi gerekliliği de tartışma konusu değildir. Burada kanaatimizce önem arz eden ve sorulması gereken soru ise; toplu iş sözleşmesindeki tahkim şartı sebebiyle bir hak uyuşmazlığında verilen hakem kararının toplu sözleşme metniyle ilgisiz ancak kanuna ve ahlaka da aykırı olmayıp, usulen de hatasız olduğu durumlarda ortaya çıkan hak kaybında işletilecek kanuni bir sürecin olup olmadığıdır. İşin ehli kişilerce hakkaniyete ve endüstri hayatının prensip ve gerekliliklerine uygun şekilde işletilen tahkimin çalışma barışına büyük ölçüde katkı sağlayacağı düşünüldüğünde bu konunun önemi de ortaya çıkmaktadır.

“Taraflar yargılama usulü alanında da olduğu gibi, maddi hukukun kamu düzenini veya genel ahlak ve adabı ilgilendiren emredici kaidelerini özel anlaşma ile bertaraf edemeyeceklerine göre, bu tür hükümler hakemler tarafından da uygulanacak demektir. Pozitif hukuk kurallarına aykırı karar verilmesi bir bozma sebebi sayılmalıdır. Aksi takdirde, pozitif hukukun bir bağlayıcılığı da kalmayacaktır.”³²

3. Yargıtay’ın görüşü

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu tarafından da, konuyla ilgili olmak üzere verilen kararda mehaz kanundan yapılan çeviride bir farklılık olduğu ve 533. madde hükmünün geniş bir çerçevede içinde yeniden yorumlanmasına gerek duyulduğu, maddi hukuk kurallarına uyulmadan verilen kararın temyiz edilemeyeceği şeklinde bir kabulün “yasa veya sözleşme tanımazlık” anlamına geleceği sonucuna varılmıştır:

“Görüldüğü üzere bu maddede, temyiz nedenleri arasında yasaya, yani maddi hukuk kurallarına aykırılık hali, bir temyiz nedeni olarak gösterilmemiştir. Gerçekten, Usul Yasamızın 428. maddesinde öngörülen “Yasanın ve iki taraf arasındaki sözleşmenin yanlış uygulanması” hali, Usulün 533. maddesinde bir temyiz nedeni olarak düzenlenmemiştir. Öte yandan, Usul Yasamızın 533. maddesi, Mehaz Neuchatel Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 488. maddesinden farklı biçimde tercüme edilerek oluşturulmuştur. Mehaz Yasanın 488. maddesinin 1. fıkrasındaki; “Aksine sözleşme yoksa” sözcükleri her nasılsa 533. maddeye alınmamıştır. Ayrıca, hakem sözleşmesi veya şartında, hakemlerin maddi hukuk kurallarını gözönüne alarak karar vermeleri kararlaştırılmış ve fakat, bu kurala uyulmamış ise, bu halin bir temyiz nedeni olup olmadığı da Usulün 533. maddesinde öngörülmemiştir. Bu durumda, Usulün 533. maddesindeki düzenlemenin değinilen hususlara açıkça bir cevap vermediği gözlenmiş ve bunun yeni bir yasal düzenlemeyi gerektirmediği, ancak Usulün 533. maddesinin geniş bir çerçevede içinde yeniden yorumuna gerek duyulduğu sonucuna varılmış bulunmaktadır... Özellikle hakemlerce, İçtihadı Birleştirmenin konusunu oluşturan veya uyuşmazlıkta uygulanması öngörülen maddi hukuk kuralları bir yana bırakılarak karar verilmesi veya bu kurallara aykırı karar oluşturulması da, bir tür yetki dışına çıkılması sayılmalıdır. Hal böyle olunca, hakem sözleşmesi veya şartının taraflarına, bu sözleşme veya şartla öngörülen maddi hukuk kurallarına uyulmaması halini, hakem kararları bakımından bir temyiz nedeni olarak kabul etmek gerekir. Aksi halin düşünülmesi

ise, hakem sözleşmesi veya şartının hakemlerce uygulanmaması veya eksik ve hatta yanlış uygulanmasına olanak verilmesi anlamını taşır. Yasa ve sözleşme tanımazlık anlamına gelen bu düşünce ve uygulamaya Hukuk Devletinde yer verilemeyeceği açık ve seçiktir. Hakem sözleşmesi veya şartının taraflarınca öngörülen kurallar yönünden hakemlerin denetime tabi tutulması, hak ve adalete de uygundur.”³³

Kanaatimizce, toplu iş sözleşmesi normatif düzenlemesi ile bir maddi hukuk kaynağı olup, genel ve objektif hukuk kuralları etkisine sahip olduğundan ve tahkim şartı bu sözleşmelerde yer aldığından; hakem, kendi yorumuna tabi endüstriyel adaletin dağıtıcılığını değil, toplu sözleşme maddesinin düzenlemesindeki amaç ve lafzı dikkate alarak sözleşmenin ‘okuyuculuğunu’ yapmalıdır.

4. Toplu sözleşmelerin yorumu

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da toplu sözleşmelerin normatif hükümlerinin yorumunun yasa hükümlerinin yorumu gibi yapılması gerektiği görüşündedir ve bu görüşünü kararında³⁴ “Toplu iş sözleşmesinin normatif hükümleri objektif hukuk kurallarını meydana getirirler. Maddi anlamda yasa hükümleri niteliğinde olup ve vecibevi hükümlerde olduğu gibi sözleşmelerin yorumu ile ilgili prensiplere özellikle Borçlar Kanunu’nun 18. maddesindekilere göre değil, yasa hükümleri gibi yorumlanırlar” demek suretiyle hükme bağlamıştır. Bu halde kabul edilmesi gereken bir başka prensip de; eğer kanun hükmü istisnai nitelikte ise geniş yoruma değil dar yoruma tabi tutulması zorunluluğudur.

Dolayısıyla, toplu iş sözleşmelerinin normatif maddelerinin yorumuna ilişkin bir hak uyuşmazlığı doğduğu zaman bu madde hükmünün dar yorumlanması gerekmektedir. Örnek olarak belirtmek gerekirse, bir toplu sözleşmede bazı işçilere uygulanacak sendikal zam sonucunda, bu zamlarla emsal eski işçi ücretinin geçilemeyeceğine ilişkin bir düzenlemenin varlığında; emsal eski işçi ücretinin ne olduğuna ilişkin bir yorum sorunu, emsal teşkil edebilecek işçilerin farklı ücret almalarından kaynaklanıyorsa ve bu yapılacak zam bahsedilen işçi açısından bir hak

uyuşmazlığı doğurursa, bu konu özel hakem heyeti önüne gelince hakemlerin değerlendirilmesi gereken tarafların bu maddeyi koyma amacı, maddenin lafzının neyi hedeflediğidir.

Aynı örnek üzerinden gidecek olursak, “... yeni işe girmiş işçinin sendikaya üye olması durumunda üyeliğin işverene bildirildiği tarihi takip eden aybaşından itibaren saat ücretine 1. yıl .. Kr/saat 2. yıl .. Kr/saat ücret zammı yapılır. Ancak emsal eski işçinin ücretini geçemez.” şeklindeki bir toplu iş sözleşmesi düzenlemesinin arkasındaki amacın sendikaya yeni üye olmuş işçiyi sendikal zamdan mahrum bırakmak değil; emsal teşkil eden diğer işçilerin ücretlerinin geçilmemesini sağlamak olduğu açıktır. O halde örneğimizde, ekonomik dalgalanmalar ve piyasa koşullarından dolayı farklı ücretler alan ve emsal teşkil eden 5 işçi olduğunu varsayarsak, elbette ki geçilmemesi gereken ücret en düşük ücretli emsal işçinin ücreti olacak ve böylece hiçbir işçinin ücreti maddenin amaçladığı ve lafzından da anlaşıldığı gibi geçilmemiş olacaktır. En yüksek ücret alan emsal işçinin ya da bu emsal işçilerin ortalama ücretinin geçilmemesi şeklinde bir yorum tarzıyla yaklaşılınca, her zaman için, en azından bir emsal eski işçinin ücreti geçilmiş olacak ve maddenin amacına ulaşamamış, bir başka işçinin hakkı ihlal edilmiş olacaktır.

“Yorumda, yorumcunun ön kabulleri ve nihayet niyeti çok önemlidir. Bu bakımdan yorum bir dönüşümdür ve yorumcu bu dönüşümün yönünden sorumludur. Yorumcunun sorumluluğu konusunda F. Bacon’ın şu tespiti kayda değerdir: “Non est interpretatio, sed divinatio, quae recedit a litera. Cum reciditur a litera, iudex transit in legislatorum” (Metnin harfinden uzaklaşan yorum; yorum değil, kehanettir. Yargıç harften uzaklaşırsa, kanun koyucu haline gelir) (Francis Bacon, The Advancement of Learning, II. 20. viii)”³⁵

Toplu iş sözleşmelerinin normatif hükümlerinin yorumunun kanun yorumu gibi yapılması evrensel kabulünden sonra unutulmaması gereken bir diğer husus da işçi yararına yorum ilkesinin toplu iş sözleşmelerinin yorumlanmasında uygulanmayacağıdır³⁶ zira toplu iş sözleşmesini akdeden işçi değil onun yetkili sendikasıdır ve

bu yukarıdaki Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararında da “toplu iş sözleşmesinin normatif hükümleri vecibevi hükümlerde olduğu gibi sözleşmelerin yorumu ile ilgili prensiplere göre değil yasa hükümleri gibi yorumlanırlar” demek suretiyle açıklığa kavuşturulmuştur.

V. SONUÇ

Görüldüğü gibi, hukukun temelinde, hatta özel hukuk sözleşmelerinin yorumunda bile taraf iradeleri ön plana çıkarken, kanunlara yakın değer atfedilen toplu iş sözleşmelerinin madde yorumlarının hangi esaslarla yapıldığı belirtilmeyen, hukuk metodolojisine uygun olmaktan çok pratik olmak adına toplu sözleşmenin normatif düzenlemesini dikkate almadan çözümler getiren hakem kararlarının usulen de ne derece isabetli oldukları tartışmaya açıktır. Esasen YİBGK’da “Hakemlerin salâhiyetleri dâhilinde olmayan meseleye karar vermeleri” konusunu düzenleyen, HUMK 533/3 hükmünün geniş yorumlanarak, “uyuşmazlıkta uygulanması öngörülen maddi hukuk kuralları bir yana bırakılarak karar verilmesi veya bu kurallara aykırı karar oluşturulması” durumunda da bunun bir temyiz sebebi sayılacağı görüşündedir.

Kanaatimizce, toplu iş sözleşmesi metni başlı başına bir maddi hukuk kaynağı olduğuna göre ve tahkim şartının bu sözleşmelerde yer alması sebebiyle; hakem, kendi yorumuna tabi endüstriyel adaletin dağıtıcılığını değil, toplu sözleşmenin düzenlemesindeki amaç ve lafzı dikkate alarak sözleşmenin ‘okuyuculuğunu’ yapmalıdır. Böylece, hakem kararları da, elbette iki tarafı birden tatmin etmeyecek nitelikte olsa bile, en azından özünü tarafların kendi otonomileriyle akdettikleri sözleşmeden, yani tarafların kendi irade ve sözlerinin yorumundan alarak, 3. bir kişi olan hakemin doğrudan iradesinden almayacaktır.

Toplu sözleşmelerin tatbik ve tefsiri konusunda çıkan görüş ayrılıkları, hakemler tarafından yine toplu sözleşmenin bütününe ve özüne sadık kalarak incelenmelidir. Toplu sözleşmenin tarafları arasında geçerli olan hak ve nefaset kurallarının dairesi taraflarca zaten çizilmiştir. Kanun koyucunun toplu sözleşme düzenine, çalışma barışı ve dolayısıyla ülke menfaati için, atfettiği değer ve ayrıcalık korun-

malı, toplu iş sözleşmelerinin normatif yapısı unutulmamalıdır.

DİPNOTLAR

- * Hukuk yüksek lisans derecesi, Erasmus, Rotterdam.
- 1 İbrahim Özbay, “Avukatlık Hukukunda Uzlaştırma ve Uzlaştırma Tutanağının İlam Niteliği”, AÜEHFD, C:VIII, Sayı:2004/3-4, S. 387.
- 2 Douglas A. Stephenson, Arbitration Practice in Construction Contracts, London, 1993, Chapman & Hall, s.2.
- 3 Cemal Şanlı, Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara, 1986, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s.13; Grace Xavier, “Evolution of Arbitration as A Legal Institutional And The Inherent Powers of the Court:Putrajaya Holdings Sdn. Bhd. v. Digital Green Sdn. Bhd.” (<http://law.nus.edu.sg/asli/pdf/WPS009.pdf> 14/12/2010) s.1.
- 4 Robert V. Massey Jr., “History of Arbitration and Grievance Arbitration in the United States” (http://www.laborstudiesandresearch.ext.wvu.edu/r/download/32003_13/12/2010) s.2.
- 5 Hague Academy of International Law, “The Peaceful Settlement of International Disputes in Europe: Future Prospects Workshop”,Netherlands, 1990, Samsom Sijthoff, s.271.
- 6 Alim Taşkın, Hakem Sözleşmesi, Ankara, 2005, Turhan Kitabevi, s.VII.
- 7 Rashi Yeğengil, Tahkim, İstanbul, 1974, Cezaevi Matbaası, s.94.
- 8 Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı, İstanbul, 1995, Alfa Basım Yayım Dağıtım, s.1068.
- 9 Yarg. 15. HD. T. 21/1/1981 E. 1980/2676, K. 1981/57 aktaran: Kemal Dayınlarlı, İç Tahkim, Ankara, 1997, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, s. 3.
- 10 26728 sayılı ve 12 Aralık 2007 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren, 27 Kasım 2007 tarihli ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun.
- 11 24453 sayılı ve 5 Temmuz 2001 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 21 Haziran 2001 tarihli ve 4686 Sayılı “Milletlerarası Tahkim Kanunu”.
- 12 23941 sayılı ve 22 Ocak 2000 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 21 Ocak 2000 tarihli ve 4501 sayılı “Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İkelere Dair Kanun”.
- 13 TBMM internet sayfası, <http://www2.tbmm.gov.tr/d21/1/1-0874.pdf> 15/12/2010.
- 14 A. Can Tuncay, Toplu İş Hukuku, İstanbul, 2010, Beta, s.252.
- 15 Turhan Esener, İş Hukuku, Ankara, 1978, Sevinç Matbaası, s.576.
- 16 Kenan Tunçomağ-Tankut Centel, İş Hukukunun Esasları, İstanbul, 2008, Beta, s.419.
- 17 Nuri Çelik, İş Hukuku Dersleri, İstanbul, 2009, Beta, s.593.

- 18 Ibid., s.594.
- 19 Banu Uçkan-Deniz Kağncıoğlu, Endüstri İlişkileri, Eskişehir, 2004, Anadolu Üniversitesi, s.206.
- 20 Savaş yıllarında Amerika'daki hak uyumsuzluğu tahkimini kuvvetlendiren Wagner Kanunu'nu esas alan düzenlemeyle, Kanada'da çıkarılan P.C 1903 kararname, bölgesel olarak iş kanunlarının da gelişimine etkili olmuştur. bkz., Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia, [2007] 2 S.C.R. 391,2007 SCC 27; C. A. Barecca, A. H. Miller, M. Zimny, Labor Arbitrator Development, Chicago, 1983, American Bar Association, s.15.
- 21 Başkanlık Kararnamesi 9017.
- 22 William H. Holley-Kenneth M. Jennings-Roger S. Wolters, The Labor Relations Process, Canada, 2009, Cengage Learning, s.459.
- 23 A. Can Tuncay, op. cit., s.268.
- 24 G. J. Bamper - P. Sheldon, Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies, The Netherlands, 2007, Kluwer Law International BV, s. 622.
- 25 Ibid.
- 26 Turhan Esener, op. cit., s.573.
- 27 363 U.S 593 United Steelworkers of America, Petitioner, v. Enterprise Wheel and Car Corp.
- 28 Kemal Gözler, "Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu" Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt 61, Sayı 3, Temmuz-Eylül 2006 http://www.politics.ankara.edu.tr/dergi/pdf/61/3/Gozler_Kemal.pdf 13/12/2010 s.137.
- 29 Theodore J. St. Antoine, "Judicial Review of Labour Arbitration Awards: A Second Look at Enterprise Wheel and Its Progeny" <http://www.naarb.org/proceedings/pdfs/1977-29.pdf> 11/12/2010 s.34.
- 30 American Postal Workers v. U.S Postal Service, 789 F.2d 1, 2 (D.C. Cir. 1986) aktaran: Theodore J. St. Antoine, Labor Arbitration Under Fire, New York, 1997, Cornell University Press, s.38.
- 31 HUMK 533. madde hükmü 4 bent halinde temyiz sebeplerini saymıştır. Sebepler maddi hukuka ilişkin olmayıp usuli niteliktedir. Ancak YİBGK'nın 1994 yılında verdiği karar 533. madde hükmünün hakem kararlarının maddi hukuka uygunluğu konusunda daha geniş yorumlanması açısından önem arz eder. bkz.: supra., 32.
- 32 Yavuz. Alagonya, Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul, 1973 s.183 aktaran, M. S. Sarısözen, Hakem Yargılaması, İstanbul, 2005, Kazancı, s. 48.
- 33 YİBGK, T. 28/01/1994, E. 1993/4, K. 1994/1.
- 34 YHGK., T. 21.2.1975, E. 9-1040, K. 227.
- 35 Francis Bacon, The Advancement of Learning, II. 20. viii'den aktaran: Kemal Gözler, Hukukun Genel Teorisine Giriş, Ankara, 1998, US-A Yayıncılık, s.189.
- 36 A. Can Tuncay, op. cit., s. 150.
- Alim Taşkın, Hakem Sözleşmesi, Ankara, 2005, Turhan Kitabevi.
- Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı, İstanbul, 1995, Alfa Basım Yayım Dağıtım.
- Banu Uçkan-Deniz Kağncıoğlu, Endüstri İlişkileri, Eskişehir, 2004, Anadolu Üniversitesi.
- Cemal Şanlı, Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara, 1986, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.
- Douglas A. Stephenson, Arbitration Practice in Construction Contracts, London, 1993, Chapman & Hall.
- G. J. Bamper - P. Sheldon, Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies, The Netherlands, 2007, Kluwer Law International BV.
- Grace Xavier, "Evolution of Arbitration as A Legal Institutional And The Inherent Powers of the Court:Putrajaya Holdings Sdn. Bhd. v. Digital Green Sdn. Bhd." <http://law.nus.edu.sg/asli/pdf/WPS009.pdf> 14/12/2010.
- Hague Academy of International Law, "The Peaceful Settlement of International Disputes in Europe: Future Prospects Workshop",Netherlands, 1990, Samsom Sijthoff.
- İbrahim Özbay, "Avukatlık Hukukunda Uzlaştırma ve Uzlaştırma Tutanağının İlam Niteliği", AÜEHFD, C:VIII, Sayı:2004/3-4.
- Kemal Dayınlarlı, İç Tahkim, Ankara, 1997, Dayınlarlı Hukuk Yayınları.
- Kemal Gözler, "Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu" Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt 61, Sayı 3, Temmuz-Eylül 2006 http://www.politics.ankara.edu.tr/dergi/pdf/61/3/Gozler_Kemal.pdf 13/12/2010.
- Kemal Gözler, Hukukun Genel Teorisine Giriş, Ankara, 1998, US-A Yayıncılık.
- Kenan Tunçomağ-Tankut Centel, İş Hukukunun Esasları, İstanbul, 2008, Beta.
- M. S. Sansözen, Hakem Yargılaması, İstanbul, 2005, Kazancı.
- Nuri Çelik, İş Hukuku Dersleri, İstanbul, 2009, Beta.
- Rashi Yeğengil, Tahkim, İstanbul, 1974, Cezaevi Matbaası.
- Robert V. Massey Jr., "History of Arbitration and Grievance Arbitration in the United States" <http://www.laborstudiesandresearch.ext.wvu.edu/r/download/32003>.
- Theodore J. St. Antoine "Labor Arbitration Under Fire" New York, 1997, Cornell University Press.
- Theodore J. St. Antoine, "Judicial Review of Labour Arbitration Awards: A Second Look at Enterprise Wheel and Its Progeny" <http://www.naarb.org/proceedings/pdfs/1977-29.pdf> 11/12/2010.
- Turhan Esener, İş Hukuku, Ankara, 1978, Sevinç Matbaası.
- William H. Holley-Kenneth M. Jennings-Roger S. Wolters, The Labor Relations Process, Canada, 2009, Cengage Learning.

KAYNAKÇA

- A. Can Tuncay, Toplu İş Hukuku, İstanbul, 2010, Beta.

Dr. Gaye Burcu YILDIZ

Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi

Toplu İş Hukuku Açısından İdare Merkezi ile Fabrika İşyeri Arasındaki İlişkinin Belirlenmesi

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2010/7567

Karar No : 2010/5638

Tarihi : 2.3.2010

ÖZET

1- İşyerleri işletme kabul edilecek olursa yani 2822 Sayılı Yasa m. 3/2 anlamında aynı işkolunda kurulu farklı işyerlerinin varlığı kabul edilir ise; yetki tespiti davası 2822 Sayılı Yasa m. 15/1 uyarınca işletme merkezinin bulunduğu yerdeki iş mahkemesinde görülecektir.

2-İşyerleri 2822 Sayılı Yasa m.3/2 uyarınca işletme kabul edilemez ise; yani ayrı ayrı işkolunda farklı işyerleri olduğu kabul edilir ise; aynı işkolunda kurulu birden fazla işyerine sahip bir işletme söz konusu olmayacaktır. Bu halde yetki tespiti davası için

yetkili mahkeme, başvuru konusu yapılan asıl işin görüldüğü fabrika işyerine göre belirlenecektir. 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununun 15/1. maddesi gereğince bu tür itirazlar işyerinin bağlı olduğu Bölge Çalışma Müdürlüğü'nün bulunduğu yerdeki iş davalarına bakmakla görevli mahkemede yapılması gerekecektir.

3-Yine işyeri 2822 Sayılı Yasa m.3/2 uyarınca işletme kabul edilemez ise ve fabrika da görülen işler asıl iş, merkez işyerinde görülen iş ise yardımcı iş kabul edilir ise, merkez işyerinin asıl işi tamamlayan bir yapısının bulunması nedeniyle fabrika işyeri ile birlikte tek işyeri oluşturacaktır. Yetki tespiti davası için yetkili mahkeme asıl işin görüldüğü fabrika işyerine göre belirlenecektir.

Ancak bütün bu tespitlerin yapılabilmesi için bekletici mesele kabul edilecek olan, işkolu tespit kararına ihtiyaç vardır. İşkolu tespit başvurusu için süre verilip sonucu

beklenmeden, yukarıda açıklandığı şekilde bir değerlendirmeye tabi tutulmadan yazılı şekilde mahkemenin yetersizliğine dair karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

DAVA

Davacı 2822 Sayılı Yasa'nın 15. maddesi vd. hükümleri gereği Çalışma Bakanlığı'nın 09 Ekim 2009 gün ve B.13.0.ÇGM -140-01 3355 (048001) sayılı yetki tespitine ve belgesine itiraz ve anılan yetkinin iptaline karar verilmesi istemiştir.

Yerel mahkeme, yetkisizlik kararı vermiştir.

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

KARAR

Davacı vekili, işyerinde çelik, metal işleme, üretme vb. buna bağlı işkolu faaliyeti bulunmadığını, işyerinde madencilik dayalı ve bunun işlenmesine ilişkin üretim olduğunu, bu nedenle işkolu açısından ilgili ve yetkili olması gereken sendikanın Ç. Sendikası olmayıp; madencilik işkolunda faaliyet gösteren sendika olması gerektiğini, Yetki belgesinde belirtilen işçi ve üye sayısının da fiili duruma uygun olmadığını, gerçek oranın yasanın aradığı oranın altında olduğunu belirterek Çalışma Bakanlığı'nın 09 Ekim 2009 gün ve B.13.0.ÇGM-140-01 33555 (048001) sayılı yetki tespitinin iptaline karar verilmesini ve işyerinin 2 no'lu "Madencilik İşkolu"na girdiğinin tespitine, karar verilmesi gerektiğini iddia etmiştir.

Davalı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı cevap dilekçesinde; davanın yetkili mahkemede açılmadığını, davacının işkoluna ve yetki tespitine itiraz ettiğini, işkolu tespitine itiraz davalarının şirket merkezinin bulunduğu yer mahkemesinde açılması gerektiğini, şirket merkezinin Ankara olduğunu, ayrıca

davacının işkolu tespiti konusunda başvurusu olmadığını, 2821 Sayılı Kanununun 4. maddesi gereği işyerinin hangi işkoluna girdiğinin tespiti için tarafların Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na başvurusu gerektiğini, ayrıca Bakanlığa yapılan bildirimler esas alınarak yetki tespiti yapıldığına, belirterek davanın reddi gerektiğinin savunmuştur.

Davalı Ç. Sendikası cevap dilekçesinde; davacı firmanın işkolunun, işkolları Tüzüğü'nün 13. maddesine giren metal işkolu olduğunu, yetki tespiti sırasında işyerinde çalışan 112 işçiden, 94 tanesinin sendika üyesi olması nedeni ile, çoğunluğun sağlandığını, davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece; işkolu tespitine itiraz davasında davacı şirket merkezinin Ankara'da olması, şirkete bağlı mağazaların ayrı tüzel kişiliği olduğu yönünde herhangi bir iddia bulunmaması ve bu tür davaların iş yerinin bulunduğu yer mahkemesinde görülmesi gerektiği gerekçesi ile yetki itirazının kabulü ile mahkemenin yetkisizliğine, dosyanın yetkili ve görevli Ankara Nöbetçi İş Mahkemesi'ne gönderilmesine karar verilmiştir.

Hüküm süresi içerisinde davacı vekili tarafından; Ç. İş Sendikası'nın yetki talebinin sadece şirketin İskenderun Şubesi olarak faaliyet gösteren İskenderun Organize Sanayi Bölgesindeki işyeri için olduğunu, davalı Bakanlık tarafından da, sadece bu iş yerinin işçi sayısı/ sendikalı işçi sayısı oranına göre, dava konusu yetki tespitinin yapıldığını, anılan yetkilendirme yazısında ilgili Bölge Müdürlüğü olarak belirtilen Adana Bölge Müdürlüğü'nden başka bir Bölge Müdürlüğü'nün yetki alanına giren toplu iş sözleşmesi talebi de olmadığına göre, Ankara mahkemelerinin yetkili olduğunun belirtmesinin hukuken yerinde olmadığını, şirketin merkezi Ankara olmasına karşın, İskenderun'da bulunan fabrika işyeri dışında toplu sözleşmeye konu yapabilecek bir işyeri bulunmadığını asıl işin İskenderun'da görüldüğünü belirterek kararı temyiz etmiştir.

Taraflar arasında davaya konu işyerinin

hangi iş koluna girdiği, davalı sendikanın iş yerinde toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkili olup olmadığı ve davaya bakmaya yetkili mahkeme konularında uyuşmazlık vardır.

Dava dilekçesinden anlaşılacağı şekilde, davacının istekleri arasında yetki tespitinin iptali ile birlikte, iş yerlerinin İş Kolları Tüzüğü'nün hangi sıra numarasına girdiğinin de belirlenmesi yer almaktadır. Bu halde uyuşmazlıkta 2821 sayılı Sendikalar Yasası'nın 4. maddesi de söz konusu olmaktadır. Bu maddeye göre bir iş yerinin girdiği iş kolunun tespiti Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca yapılır. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının Resmi Gazete'de yayımlanan tespit kararına karşı ilgililer 15 gün içerisinde iş davalarına bakmakla görevli mahalli mahkemede dava açabilirler. Olayda davacı işveren bu madde de ön görülen prosedüre uymayan dava açmıştır. Bu halde öncelikle bu iş yerlerinin girdiği işkolunun tespiti için Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na başvurmak üzere davacıya mehil vermek ve bu tespit sonucu ön mesele yapılmak ve bunun sonucuna göre işin esasını çözüme kavuşturmak gerekir.

Bundan başka asıl dava çoğunluk tespitine ilişkin olması sebebi ile, yetkili mahkeme çoğunluk tespiti davasına göre belirlenecektir ve 2821 sayılı Sendikalar Yasası'nın 4. maddesi prosedürüne uygun işkolu tespiti olmaması sebebi ile; iş kolu tespiti bekletici mesele yapılacaktır. Ancak iş kolu tespiti sonucuna göre çoğunluk tespiti davasındaki yetkili mahkeme değişebilecektir. İş kolu tespiti prosedürü tamamlandıktan sonra sonucuna göre; 2822 Sayılı Yasanın 3/2 maddesinde belirtilen "Bir gerçek ve tüzel kişiye veya bir kamu kurum ve kuruluşuna ait aynı iş kolunda birden çok işyerine sahip bir işletmede ancak bir toplu iş sözleşmesi yapılabilir" Tanıma uygun aynı iş kolunda kurulu birden çok işyerinden oluşan bir işletme olup olmadığı tespit edilmelidir. Kural olarak toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi tespiti istenen iş yeri veya iş yerlerinin bağ-

lı bulunduğu Bölge Çalışma Müdürlüğüne göre, Bakanlık kararına itiraz edilecek mahkeme belirlenir. Ancak bir işverene ait aynı iş kolunda birden çok işyerinin oluşturduğu işletme kapsamında yer alan iş yerlerinde çoğunlukla ilgili itirazın yapılacağı yere ilişkin 2822 Sayılı Yasa'daki boşluk işletme merkezinin bulunduğu yer mahkemesi yetkili sayılarak doldurulmuştur. (3451 Sayılı Yasa ile değişik TİSGLK m. 15/1)

Öte yandan; 2821 Sayılı Yasa'nın 60. maddesinin ikinci fıkrasında; "Bir iş yerinde yürütülen asıl işe yardımcı işlerde asıl işin dahil olduğu iş kolundan sayılır..." denilmektedir. Asıl işin görülmesi bakımından doğrudan doğruya yardımcı olan ve o işi tamamlayan nitelikte işler asıl işe yardımcı işler olarak nitelendirilmektedir. O halde; işyerlerinden fabrika işyerinde üretim yapılmakta, merkez iş yerinde de ise fabrikada çalışan işçiler ve üretilen ürünler ile ilgili muhasebe ve büro işleri görülmekte ise, bu durumda şirket merkezi ile fabrika işyerinde yapılan işlerin aynı işkolunda kurulu ayrı işyerleri olmayıp nitelik itibarıyla birbirini tamamlayan işler olacağından, dolayısıyla merkez iş yerinde yapılan işler yardımcı iş niteliğinde olup asıl iş olan fabrika işyerinin girdiği işkolunda sayılması gerekeceğinden, 2822 Sayılı Yasanın 3/2. maddesinde belirtilen aynı iş kolunda birden çok işyerine sahip olma koşulu gerçekleşmemiş olacaktır. Dolayısıyla her iki işyerinin işletme kapsamı içinde düşünülmesi mümkün olmayacaktır. Bu durumda yetkili mahkeme işyerlerine göre belirlenmesi gerekecektir. Asıl iş görüldüğü yer olan fabrika işyerinin bağlı olduğu, Bölge Çalışma Müdürlüğü'nün bulunduğu yer mahkemesi yetkili mahkeme kabul edilecektir.

Özetlenecek olursa; Davacı işveren 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 4. maddesinde ön görülen prosedüre uymadan dava açmış olduğundan öncelikle işyerinin girdiği işkolunun tespiti ön mesele kabul edilerek anılan yasa hükmünce Çalışma ve Sosyal Güvenlik

Bakanlığı'na iş kolu tespit başvurusunda bulunmak üzere davacıya süre verilmelidir.

İş kolu tespiti sonucuna göre:

1-İş yerleri işletme kabul edilecek olursa; yani 2822 Sayılı Yasa'nın m.3/2 anlamında aynı iş kolunda kurulu farklı işyerlerinin varlığı kabul edilir ise; yetki tespiti davası 2822 Sayılı Yasa m. 15/1 uyarınca "... İşletme toplu iş sözleşmesi için itiraz, işletme merkezinin bulunduğu yerdeki iş mahkemesine yapılır..." düzenlemesi ile işletme merkezinin bulunduğu yerdeki iş mahkemesinde görülecektir.

2-İş yerleri 2822 Sayılı Yasa'nın m.3/2 uyarınca işletme kabul edilemez ise; yani ayrı ayrı iş kolunda farklı iş yerleri olduğu kabul edilir ise; aynı iş kolunda kurulu birden fazla iş yerine sahip bir işletme söz konusu olmayacaktır. Bu halde yetki tespiti davası için yetkili mahkeme, başvuru konusu yapılan asıl işin görüldüğü fabrika iş yerine göre belirlenecektir, 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 15/1. maddesi gereğince bu tür itirazlar iş yerinin bağlı olduğu Bölge Çalışma Müdürlüğü'nün bulunduğu yerdeki iş davalarına bakmakla görevli mahkemede yapılması gerekecektir.

3-Yine iş yeri 2822 Sayılı Yasa'nın 3/2. maddesi uyarınca işletme kabul edilemez

ise ve fabrika da görülen işler asıl iş, merkez iş yerinde görülen iş ise yardımcı iş ise, merkez iş yerinin asıl işi tamamlayan bir yapısının bulunması nedeniyle fabrika iş yeri ile birlikte tek iş yeri oluşturacaktır. Yetki tespiti davası için yetkili mahkeme asıl işin görüldüğü fabrika işyerine göre belirlenecek, 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 15/1. maddesi gereğince itirazın iş yerinin bağlı olduğu Bölge Çalışma Müdürlüğü'nün bulunduğu yerdeki iş davalarına bakmakla görevli mahkemede yapılması gerekecektir.

Ancak bütün bu tespitlerin yapılabilmesi için bekletici mesele kabul edilecek olan, iş kolu tespit kararına ihtiyaç vardır. İş kolu tespit başvurusu için süre verilip sonucu beklenmeden, yukarıda açıklandığı şekilde bir değerlendirmeye tabi tutulmadan yazılı şekilde mahkemenin yetkisizliğine dair karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten dolayı BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 02.03.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KARAR İNCELEMESİ

1. Uyuşmazlığın esas ve çözümü gereken hukuki sorun

İnceleme konusu kararda, davacı işveren, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından Ç. Sendikasına verilen yetki belgesinin iptalini talep etmiştir. Bu talebine gerekçe olarak ise öncelikle işyerinde çelik, metal işleme, üretim faaliyetinin bulunmadığını, işyerinde madencilğe dayalı ve bunun işlenmesine ilişkin üretim olduğunu, bu nedenden dolayı da işyerinin metal işkoluna değil, 2 numaralı madencilik işkoluna girdiğini ileri sürmekte-

dir. Buna ek olarak da Ç. Sendikasına verilen yetki belgesinde yer alan üye sayılarına ilişkin bilginin fiili duruma uygun olmadığını, gerçek oranın yasanın aradığı oranın altında olduğunu belirtmektedir.

Davalılardan Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, işkolu itirazının şirketin merkezi olan Ankara'da açılması gereken bir dava olduğunu, bu nedenle de yerel mahkemenin yetkisiz olduğunu, işverenin Bakanlık nezdinde işkolu tespiti yapılması için başvurusunun da bulunmadığını ifade ederek davanın reddini talep etmiştir. Diğer davalı Ç. Sendikası ise işyerinde kendilerinin yetkili olduğunu, işyerinin metal işkoluna girdiğini ifade ederek

İş mahkemelerinin işyerlerinin girdikleri işkollarını belirleme yetkisi bulunmamaktadır.

davanın reddini talep etmiştir. Davaya bakan mahkeme ise uyuşmazlığın Ankara mahkemelerinin yetkisine girdiğini ifade ederek yetkisizlik kararı vermiştir. Bu kararın davacı işveren tarafından temyiz edilmesi üzerine Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, davacı işverene işkolu tespiti konusunda Bakanlığa başvurması için süre verilmesini, mahkemenin bunu bekletici mesele yapması gerektiğini, işkolu tespiti sonucunda toplu iş sözleşmesi yapılacak ünitenin de tespit edileceğini, yetkili mahkemenin de buna göre belirleneceğini bu gerekçelerden dolayı alt derece mahkemesinin yetkisizlik kararı vermesinin yerinde olmadığını ifade ederek kararı bozmuştur.

Görüldüğü üzere, yetki belgesinin iptali talebiyle açılan davada uyuşmazlığın esası iki noktada toplanmıştır. Bunlardan ilki işyerinin girdiği işkolunun, diğeri ise toplu iş sözleşmesi yapılacak ünitenin belirlenmesidir. Bu tespitlerden sonra hem yetkili mahkeme belirlenecek hem de yetki belgesinin akıbeti belli olacaktır.

II. İşkolunun belirlenmesi

Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanununun 3. maddesi sendikaların işkolu esasına göre kurulacağını belirtmiş, aynı Kanunun 4. maddesi ise bir işyerinin girdiği işkolunun tespitinin Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nca yapılacağını hükme bağlamıştır.

Hukukumuzda işkolu tespiti ilgililer tarafından her zaman istenebilir.¹ İşkolu tespiti, işyerinde toplu iş sözleşmesi yapmak için henüz bir sendika yetki başvurusu yapmadan önce, taraflar arasında sendikanın yetkisi konusunda çıkacak bir uyuşmazlık sırasında ya da toplu iş sözleşmesi uygulanırken dahi talep edilebilir.

İnceleme konusu olayda, tarafların işkolu tespitine ilişkin Bakanlık nezdinde bir talepleri bulunmamaktadır. İşkolu tespiti ihtiyacı, Ç. sendikasının yetki belgesi alması üzerine işverenin, işyerinin madencilik işkoluna girdiğini ileri sürerek bu yetki tespitinin iptaline karar

verilmesini ve işyerinin madencilik işkoluna girdiğinin tespit edilmesini istemesiyle ortaya çıkmıştır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki hukuk sistemimizde bir işyerinin girdiği işkolunu tespit yetkisi Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na aittir. İş mahkemelerinin işyerlerinin girdikleri işkollarını belirleme yetkisi bulunmamaktadır. Bakanlığın tespitte bulunabilmesi için ise ilgililerin bu yönde bir talepte bulunmaları gerekmektedir.

Sendikalar Kanunu'nun 4. maddesi "Bir işyerinin girdiği işkolunun tespiti Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca yapılır.", İşkolları Tüzüğü'nün 4. maddesi de "işkolu, o işyerinde yürütülen işin niteliğine göre Çalışma Bakanlığınca saptanır." ifadeleri ile işyerini esas alan bir sistem öngörmüşlerdir. İşyerinin girdiği işkolu tespit edilirken, o işyerinde yürütülen asıl iş yani o işyerinde üretilen mal ve hizmet (işyerinin teknik amacı) esas alınır.²

İnceleme konusu olayda, davaya bakan mahkemenin, şirket merkezinin Ankara'da olması gerekçesine dayanarak yetkisizlik kararı vermesi isabetli değildir. Öğretide baskın görüş ve Yargıtay içtihadı, işkolu tespiti için süre verilerek Çalışma Bakanlığı'nın bu konudaki kararının bekletici mesele yapılması gerektiği yönündedir.³ Nitekim Yargıtay 9.Hukuk Dairesi de, somut olayda işverene işkolu tespiti için süre verip bu başvurunun sonucunu bekletici mesele yapmadan yetkisizlik kararı verilmesini isabetli bulmamıştır. Karar, Dairenin bundan önceki yerleşik ve isabetli içtihadı ile aynı yöndedir.

Taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözmeye yetkili mahkeme de işkolu tespiti sonucunda belli olacaktır. Çalışma Bakanlığı, yapacağı işkolu tespitinde Ankara'da bulunan merkez ile İskenderun'da bulunan fabrika arasındaki ilişkiyi de ortaya koyacaktır. Şöyle ki verilecek işkolu tespiti kararında Ankara'daki merkez ile İskenderun'daki fabrikanın ayrı işyerleri olarak değerlendirmesi ile bu iki ünitenin birinin diğeri "bağlı yer" olduğunun kabul edilmesi ya da burada işletme niteliğinin bulunduğu tespitini durumunda yetkili mahkeme farklı olacaktır.

A. İşletme-işyeri ayrımı

Toplu iş sözleşmesi ünitesi olarak kabul edilen işyerinin sınırlarının saptanması, yetkili sendikanın tespiti, ardından da yapılacak toplu iş sözleşmesinin yer açısından kapsamının belirlenmesi açısından gereklidir.

Sendikalar Kanunu'nun 2. maddesinde “işyeri”, işin yapıldığı yere denilir ifadesine yer verilmiş, ardından da işin niteliği ve yürütümü bakımından işyerine bağlı bulunan yerlerle, dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden veya mesleki eğitim yerleri ve avlu gibi sair eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır denmiştir. Bu maddede işyeri ile ilgili olarak yapılan tanımın eksikliği açıktır. İş hukuku öğretisinde işyeri, “teknik bir amaç doğrultusunda maddi, maddi olmayan unsurlarla işgücünün sürekli biçimde örgütlendiği birim” olarak tanımlanmıştır.⁴

İşyeri tanımı bu şekilde yapıldıktan sonra işyeri ile işletme arasındaki farkın ortaya konması da gerekmektedir. İşyeri, mal veya hizmet üretimine yani teknik amaca yönelik bir birim iken işletme kâr elde etme amacına yönelik bir birimdir.⁵

İşletme ile işyeri kavramları, işverenin tek bir işyerine sahip olması, mal ve hizmet üretimi ile bu faaliyetten kâr elde etme amacını bu tek işyeri üzerinden yürütmesi durumlarında bir arada bulunurlar. Bu durumda işyeri ve işletme kavramları aynı mekan için örtüşmüş olmaktadır. Aynı işverene ait birden çok işyerinin tek bir işletme oluşturması mümkün olduğu gibi bu işyerlerinin birden fazla işletme oluşturması ya da her birinin tek tek bağımsız işyeri sayılabilmesi de mümkündür. İşyerlerinin işletme kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği bu işyerleri arasında teknik ve hukuki açıdan bir bağlılık olmasına dayalıdır. Şayet bir işverene ait birden çok işyeri aynı yönetim altında örgütlenmişlerse, bunlar arasında teknik ve hukuki bağlılık bulunuyorsa, aynı merkezden yönetiliyorlarsa ve işletmenin kâr elde etme amacını gerçekleştirmesine katkı sağlıyorlarsa bunlar işletme kavramı altında değerlendirilebilirler. Bunun tersi bir durumda ise, yani işyerleri birbirlerinden bağımsız olarak örgütlenmiş, her biri farklı bir

Yargıtay kararlarında, bir işletmenin idare merkezinin fabrikaya yardımcı iş sayılarak fabrikada görülen işin girdiği işkoluna dahil edildiği görülmektedir.

teknik amaç doğrultusunda faaliyette bulunuyor ise bu işyerleri işletme kavramı altında değerlendirilemez.⁶

Toplu iş hukuku açısından işletme kavramının önemi “işletme toplu iş sözleşmesi” yapılıp yapılmayacağına belirlenmesindedir. 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanununun 3. maddesi uyarınca bir gerçek veya tüzel kişiye yahut kamu kurum ve kuruluşuna ait aynı işkolunda birden çok işyeri varsa, bu işyerleri için tek bir işletme toplu iş sözleşmesi yapılabilir. Eğer birden çok işyeri farklı işkollarında ise bunlar için tek bir işletme toplu iş sözleşmesi yapılamayacaktır. Örneğin bir gerçek kişiye ait olan bir inşaat şirketi ile enerji şirketi, farklı işkollarında olduklarından bunların ikisini kapsayacak bir işletme toplu iş sözleşmesi yapılamaz.

B. İşyeri ve işyerine bağlı yer kavramı

Yargıtay kararlarında, bir işletmenin idare merkezinin fabrikaya yardımcı iş sayılarak fabrikada görülen işin girdiği işkoluna dahil edildiği görülmektedir. Her şeyden önce bir işletmenin yönetim birimlerinin yer aldığı idare merkezi bağımsız bir işyeri olarak değerlendirilirse, “ticaret, büro, eğitim ve güzel sanatlar” işkolunda kurulu olduğu kabul edilecektir. Bunun aksine idare merkezi fabrika işyerine “bağlı yer” ya da “yardımcı iş” olarak değerlendirilirse bu takdirde fabrikada yürütülen mal veya hizmetin dahil olduğu işkoluna girdiği kabul edilecektir.

Burada işyeri kapsamına dahil edilen “bağlı yer” kavramının açıklanması gerekmektedir. Bağlı yer, asıl işyeri sayılan bölümle amaçta ve yönetimde birlik⁷ içinde bulunan yerlerdir. Öğretide ileri sürülen bir görüş uyarınca bağlı yer, Sendikalar Kanunu açısından, işçinin çalıştığı birimdeki asıl iş dışında, işyerinde yürütülen asıl işin girdiği işkolunda örgütlenmesi-

Asıl iş-yardımcı iş kavramları sadece aynı işyerinde yürütülen işler arasında geçerli olabilir.

ni meşru gösterecek ölçüde yönetimde birlik ve amaçta bağlılığın bulunması gereken birim olarak tanımlanmıştır.⁸ Bu görüş uyarınca yönetimde birlik ölçütüne, iki yer arasında, işçilerin bordrolarının ortak hazırlanması, çalışma sürelerinin takibi gibi, şekli birtakım ilişkilerin bulunması gerekliliği olarak yaklaşılmalıdır. İki yer arasında işyeri-işyerine bağlı yer ilişkisinden söz edebilmek için bağlı yer sayılan bir işyerinde işçilerin bu işyerinin girdiği işkolu yerine asıl işin girdiği işkolunda örgütlenmesini meşru kılacak şekilde bu iki işyerinde çalışan işçiler arasında menfaat birliğinin ve dayanışmanın aranması gerekmektedir.⁹

Bir işletmenin bir fabrikası bulunuyor, burada üretilen malların satışı, saklanması, bu üretiminin finansal yönetimi bir idare merkezinden yapılıyorsa ve bu iki yer işveren tarafından aynı yönetim ve organizasyon altında yönetilmeye engel olmayacak coğrafi uzaklıkta iseler bunlardan fabrikayı asıl işyeri, idare merkezini de bağlı yer olarak değerlendirmek mümkün olabilir.¹⁰ Ancak incelemeye esas karara konu teşkil eden olayda olduğu gibi fabrika ile idare merkezi farklı şehirlerde bulunuyorlarsa, buralarda çalışan işçilerin arasında yukarıda ifade edilen şekilde bir dayanışma ve menfaat birliğinin olduğundan bahsetmek zor olacaktır. Mesafe olarak uzak olmak aynı yönetim altında örgütlenmeye engel olmasa da, somut olay açısından biri Ankara'da diğeri İskenderun'da bulunan iki yerin işveren tarafından aynı yönetim altında örgütlenmesinden söz edebilmek de kanaatimizce pek mümkün görünmemektedir.

C. Asıl iş-yardımcı iş kavramı

Yargıtay kararlarında idare merkezlerinin, sadece fabrikada yapılan üretime ilişkin olarak faaliyet gösterdikleri ifade edilerek iki farklı işyeri için asıl iş-yardımcı iş nitelendirmesi yapıldığı görülmektedir. Oysa asıl iş-yardımcı iş kavramları sadece aynı işyerinde yürütülen

işler arasında geçerli olabilir, bir işletmenin birden çok işyeri arasında, bu bağımsız işyerlerinin birbirlerine yardımcı olmaları veya bunlardan birinin asıl iş, diğerlerinin buna yardımcı iş olduğu söylenemez.¹¹

Çalışma Bakanlığı'nın ya da Yargıtay'ın işkolu tespit kararlarında bir işletmenin ya da kamu kuruluşunun bağımsız işyerlerinden birinde yürütülen işin, diğer işyerinde yapılan asıl iş yardımcı olup olmadığı üzerinde durmasının işkolu esasına göre sendikalaşma ilkesi ile bağdaşmadığı da haklı olarak ifade edilmiştir.¹²

III. Sonuç

İnceleme konusu karara konu olan olayda işverene ait bir fabrika ile üretimin planlandığı, fabrikada çalışan işçiler ve üretilen ürünler ile ilgili muhasebe ve büro işlerinin görüldüğü bir merkez işyeri söz konusudur. Bu işyerlerinden fabrika İskenderun'da, merkez işyeri ise Ankara'dadır.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, bu iki işyeri arasındaki hukuki ilişki konusunda üç olasılık bulunduğunu, taraflar arasında çoğunluk tespitine ilişkin uyuşmazlığı çözecek yetkili mahkemenin de bu olasılıklara göre belirleneceğini ifade etmektedir. Bu olasılıklardan ilki işletme toplu iş sözleşmesi ünitesi olarak kabul edilmeye ilişkindir. İskenderun'daki fabrika ile Ankara'da bulunan merkez işyerinin, işletme toplu iş sözleşmesi yapılacak bir birim olduğu tespit edilirse, çoğunluk tespitine ilişkin olarak açılan davada yetkili mahkemenin 2822 sayılı Yasa'nın 15/2.maddesi uyarınca işletme merkezinin bulunduğu yer mahkemesi olduğunu ifade etmektedir.

Yukarıda da açıkladığımız üzere işletme toplu iş sözleşmesinden söz edebilmek için, aynı işverene ait birden çok işyerinin aynı işkolunda kurulu bulunması gerekmektedir. Oysa somut olayda bu iki işyeri farklı işkollarına girmektedir. Her ne kadar İskenderun'daki fabrikanın girdiği işkoluyla ilgili çekişme bulursa da merkez işyerinin metal ya da madencilik işkoluna girmediği açıktır. Dolayısıyla burada aynı işkolunda kurulu iki işyerinden söz edilemez. Durum böyle olunca da bu iki işyerini kapsayacak bir işletme toplu iş sözleşmesi yapıl-

masının mümkün olmadığı kabul edilmelidir. Burada ayrıca davalı Ç. Sendikasının sadece İskenderun'da bulunan fabrika işyeri için çoğunluk tespiti talebiyle Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na başvurduğu, Bakanlığın da sadece bu işyeri ile ilgili olarak inceleme yaparak sendikaya yetki belgesi verdiği gözden uzak tutulmamalıdır. İnceleme konusu olayda davalılardan Ç. Sendikasının da fabrika ile idare merkezinin bir işletme toplu iş sözleşmesine konu olamayacağı görüşünde olduğu anlaşılmaktadır.

Karara konu olayda, iki işyeri arasındaki ilişki konusunda Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tarafından ileri sürülen ikinci olasılık bu iki işyerinin farklı işkollarında kurulu bağımsız işyerleri olmasıdır. Yüksek mahkeme bu olasılıkla ilgili olarak, farklı işkollarında kurulu işyerlerinde işletme toplu iş sözleşmesi yapılamayacağını belirterek, bu durumda çoğunluk tespitine ilişkin davanın işyerinin bağlı olduğu Bölge Müdürlüğünün bulunduğu yerdeki iş mahkemesinde görülmesi gerektiğini ifade etmektedir.

Son olasılıkta ise Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, merkez işyerinde yapılan işin fabrikada yapılan işe yardımcı iş sayılması durumunda, bu iki işyerinin tek bir işyeri olarak değerlendirileceği ve yetkili mahkemenin asıl işin görüldüğü yer olan fabrikanın bağlı olduğu Bölge Çalışma Müdürlüğü'nün bulunduğu yerdeki iş davalarına bakmakla görevli mahkeme olduğunu söylemektedir. Burada bir kez daha belirtmek gerekmektedir ki Sendikalar Kanunu'nun 60. maddesi asıl iş-yardımcı iş kavramlarını aynı işyerinde görülen işlerle ilgili olarak kullanmıştır. İki farklı işyerinde görülen bir işin diğerine yardımcı olduğu yönünde bir kabul, mevcut yasal düzenlemeler karşısında mümkün değildir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, kararda Ankara'daki merkez ile İskenderun'daki fabrika arasında işyeri ve işyerine bağlı yer ilişkisi olup olmadığı üzerinde durmamıştır. İşyerine bağlı yer konusunda öğretide ileri sürülen ve işçilerin kendi işyerlerinin kurulu olduğu işkoluna değil de başka bir işkolunda kurulu sendikaya üye olmalarını meşru gösterecek ölçüde yönetimde birlik ve amaçta bağlılığın olması

gerektiği görüşüne katıldığımızı belirtmeliyiz. Ankara'da ve İskenderun'da kurulu, iki farklı işkoluna giren iki işyerinde çalışan işçiler arasında aynı işkolunda kurulu bir sendikaya üye olmayı meşrulaştıracak ölçüde bir menfaat birliği ve dayanışmanın olduğu, kanaatimizce ileri sürülemez. Bunun yanı sıra bu iki işyeri arasındaki mesafe, kanaatimizce, işverenin bu iki işyerini aynı yönetim altında örgütlemesini de zorlaştıracak uzaklıktadır.

Taraflar arasında bir diğer uyuşmazlık konusu ise Ç. Sendikasının yetki belgesinde gösterilen işçi ve üye sayısının da fiili duruma uygun olmadığı, gerçek oranın yasanın aradığı oranın altında olduğu, bu nedenlerden dolayı yetki belgesinin iptali istemidir. Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nun 12/III.fıkrası uyarınca bir sendikanın ülke genelinde uygulanan %10 baraj koşulunu sağlayıp sağlamadığı her yıl Ocak ve Temmuz aylarında yayımlanan istatistiklere göre belirlenir. Aynı Kanununun 13. maddesi de yetki belgesi almak için Bakanlığa başvuran bir sendikanın üye kayıt fişlerini de ibraz etmesi gerektiğini, Bakanlığın ilgili sendikanın %10 koşulu ile toplu iş sözleşmesi yapılacak işyeri veya işyerlerinde çoğunluğu sağlayıp sağlamadığını "başvuru tarihindeki kayıtlara göre" bildireceğini hükme bağlamaktadır. İşkolu istatistiği yayımlandıktan sonra yenisi yürürlüğe girene kadar geçerlidir. Dolayısıyla, yayımlanmış bir istatistikte ülke genelinde uygulanan %10'luk barajı sağlamış bulunan bir işçi sendikasının üye sayısında artış ya da azalma şeklinde gerçekleşen değişiklikler, diğer istatistik yayımlanana kadar herhangi bir hüküm ve sonuç doğurmaz.

Çalışma Bakanlığı, yayımlanmış bulunan son istatistiğe ve sendikanın başvurduğu tarihteki üyelerini gösteren üye kayıt fişlerine göre çoğunluk tespiti yapmaktadır. Bu tarih itibarıyla sendika %10 ülke barajını ve toplu iş sözleşmesi yapılacak işyerindeki çoğunluğu sağlamışsa yetki belgesi almaktadır. Bu aşamadan sonra sendikanın üye sayısında meydana gelecek değişiklikler yetki belgesinin geçerliliğini etkilemeyecektir.

İnceleme konusu olayda da işyerinin metal işkoluna girdiği kabul edilirse, Ç. Sendikasının

çoğunluk tespiti talebiyle Çalışma Bakanlığı'na başvurduğu tarihteki üye sayısı esas alınacaktır. Bu tarih itibarıyla ülke genelinde %10 barajını, işyerinde de çoğunluğu sağlamışsa, bundan sonra üye sayısında meydana gelen değişiklikler herhangi bir olumsuz etki yaratmayacaktır.

Sonuç olarak, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin yukarıda yer alan kararında katılamadığımız tek nokta farklı işyerlerinde yürütülen iki iş arasında asıl iş-yardımcı iş ilişkisinin olup olmadığı araştırılması hususunda toplanmaktadır. Burada bir kez daha vurgulamak gerekmektedir ki asıl iş-yardımcı iş kavramı aynı işyerinde yürütülen işler arasında söz konusu olabilir. Görüşümüze göre, incelemeye konu olan somut olayda ve buna benzer diğer olaylarda, yargı organlarınca işyeri-işyerine bağlı yer ilişkisi olup olmadığının üzerinde durulması "iş-kolu esasına göre sendikalaşma" ilkesine daha uygun bir yaklaşım olacaktır.

DİPNOTLAR

- 1 Çelik, 437; Tuncay, 39; Sur,77.
- 2 Ekonomi, 37; Narmanlıoğlu, 85; Sur, 74.
- 3 Ekonomi, Karar Değerlendirmesi 1997, 185-188; Çelik, 437; Tuncay, 39, aynı yazar, Karar Değerlendirmesi 2004, 130; Sur, 265; Narmanlıoğlu, 85, 377.
- 4 Taşkent, 602 vd; Yenisey, 334.
- 5 Güzel, 66-67; Süzek, 174.
- 6 Güzel, 65-66.
- 7 Ayrıntılı bilgi için bkz. Süzek, 175-177; Çelik, 58-60; Taşkent, 603-605, yazar aynı yönetim altında örgütlenme koşulunun üzerinde durmaktadır.
- 8 Yenisey, 368
- 9 Yenisey, 369-371.
- 10 Yenisey,343.
- 11 Ekonomi, 37,41,43; Çelik, 438; Şahlanan, 51-53; Taşkent, 608; Eyrenci, 235-236; Narmanlıoğlu, 81;Tuncay, 40; Sur, 74 Yenisey, 316; Sümer, 211.
- 12 Ekonomi, 41.

KAYNAKÇA

- Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri, 22.B, İstanbul 2009.
- Ekonomi, Münir: İşkoluna Göre Sendikalaşma ve İşyerinin Girdiği İşkolunun Belirlenmesi, İş Hukuku Dergisi, C.1, S.1., 31-49.
- Ekonomi, Münir: Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1997, 185-227, İstanbul 1999.

- Eyrenci, Öner: Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2008, Ankara 2010, 229-253.
- Güzel; Ali: İşverenin Değişmesi-İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi, İstanbul 1987.
- Narmanlıoğlu, Ünal: İş Hukuku II, Toplu İş İlişkileri, İzmir 2001.
- Sur, Melda:İş Hukuku-Toplu İlişkiler- 3.B, Ankara 2009.
- Sümer, Haluk Hadi: Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri, 2007, İstanbul 2009, 205-265.
- Süzek, Sarper: İş hukuku, 4.B, İstanbul 2008.
- Şahlanan, Fevzi: Sendikalar Hukuku, İstanbul 1986.
- Taşkent, Savaş: Yetki Tespiti Açısından Belirli Kavramlar ve Bazı Uygulama Sorunları, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, 30.yıl Armağanı, 601-610, Ankara 2006.
- Tuncay, A.Can: Toplu İş Hukuku, 2.B, İstanbul 2010.
- Yenisey, Kübra Doğan İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, İstanbul 2007.

Doç. Dr. Serkan ODAMAN

Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Sigorta Prim Alacaklarında Zamanaşımı

Yürürlükten kaldırılan 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun "Primlerin Ödenmesi" başlıklı 80. maddesinin birinci fıkrasına göre "işveren, bir ay içinde çalıştırdığı sigortalıların primlerine esas tutulacak kazançlar toplamı üzerinden bu Kanun gereğince hesaplanacak prim tutarlarını ücretlerinden kesmeye ve kendisine ait prim tutarlarını da bu miktara ekleyerek en geç ertesi ayın sonuna kadar Kurum'a ödemeye mecburdur." şeklinde hüküm ihdas edilmişti.

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin 23/12/1997 tarih ve E.8336/K.9155 sayılı kararına göre; "Kurum alacaklarının tahsilinde 6183 sayılı kanun hükümlerinin tümünün uygulanacağını düzenleyen SSK m. 80 değişikliği, 3917 sayılı Kanunun 8. maddesine göre 8/12/1993 tarihinde yürürlüğe girdiğinden, bu tarihten önceki alacaklara Borçlar Kanunu 125. maddedeki on yıllık zamanaşımının, 8/12/1993 tarihinden sonrakilere ise 6183 sayılı Kanunun 102. maddesindeki beş yıllık zamanaşımının uygulanacaktır..." şeklindedir.

Söz konusu 80. maddenin 4958 ve 5198 sayılı Kanunlar ile değişiklik yapılmadan önceki beşinci fıkrasına göre "Kurumun, süresi içinde ödenmeyen prim ve diğer alacaklarının tahsilinde, 21.07.1953 tarih ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri uygulanır..." denilerek 6183 sayılı Kanunda yer alan 5 yıllık tahsil zamanaşımı süresinin geçerli olduğu hususuna gönderme yapılmıştı. 06.08.2003 tarih 4958 sayılı Yasa ile 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 80. maddesinin beşinci fıkrası şu şekilde değiştirilmişti: "Kurumun süresi içinde ödenmeyen prim ve diğer alacaklarının tahsilinde, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanununun 51. maddesi hariç, diğer maddeleri uygulanır...". Yapılan düzenleme sonucunda, Kurumun süresi içinde ödenmeyen prim ve diğer alacaklarının tahsilinde 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 51. maddesi hariç, diğer maddelerinin uygulanacağı öngörülmüştü. 6183 sayılı Yasa'nın 102. maddesinde amme alacağı için öngörülen

tahsil zamanaşımı süresi 5 yıl olarak düzenlendiğinden eskiden olduğu gibi bu süreye bağlı kalınarak Kurum alacağı tahsil edilebilecekti.

Gerçekten de bu kanuna göre kamu alacağı, vadesinin rastladığı takvim yılını takip eden yılın başından itibaren 5 yıl içinde tahsil edilmezse zamanaşımına uğrar. O halde Kurumun prim borcu aslı ve faizinden doğan alacakları, vadelerinin ilişkin olduğu yılı takip eden takvim yılı başından itibaren 5 yıl içerisinde cebren takip yoluyla tahsil edilmek zorundadır. Unutmamak gerekir ki Kurum uygulamasında, zamanaşımına uğramamış prim borçları için işverene başvurulur, zamanaşımına uğramış primler ise işveren payı da dahil, sosyal sigorta yardımlarından yararlanmak isteyen sigortalıdan alınır.

Söz konusu Kanun maddesinin 5. fıkrası son olarak 06.07.2004 tarihli Resmi Gazete ilanı ile yürürlüğe giren 5198 sayılı “Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu, Sosyal Sigortalar Kanunu ve Sosyal Sigortalar Kurumu Kanununda Deği-

itibaren tahakkuk edecek Kurum alacakları için zamanaşımı süresi 10 yıl olarak dikkate alınmaya başlanmıştır. Bir başka deyişle, 5198 sayılı Yasa, 06.07.2004 tarih ve 25514 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiş olup, 506 sayılı Kanun’un değişik 80. maddesinin değişik beşinci fıkrasında yer alan “51. maddesi” ibaresi, 5198 sayılı Kanun’un 11. maddesiyle “51 ve 102. maddeleri” olarak değiştirildiğinden, 11. maddenin yürürlüğe girdiği 06.07.2004 tarihinden sonra muaccel olan Sosyal Sigortalar Kurumu’nun prim ve diğer alacaklarının tahsilinde, 6183 sayılı Kanun’un 102. maddesinde öngörülen 5 yıllık tahsil zamanaşımı uygulanmamış, söz konusu alacaklar genel hükümlere, yani Borçlar Kanunu’ndaki 10 yıllık zamanaşımına tabi olduğundan, muacceliyet kespettiği tarihten başlanarak 10 yıl içerisinde tahsil edilmeye başlanmıştır.

Sosyal Güvenlik Kurumlarının tüzel kişilikleri 5502 sayılı Yasa ile ortadan kaldırılmış ve

İşverenin primleri ödeme borcunun zamanaşımına uğrayıp uğramadığının belirlenmesinde, her ay ayrı ayrı dikkate alınarak sonuca ulaşılmalıdır.

şiklik Yapılması Hakkında Kanun”un 11. maddesi ile “506 sayılı Kanunun değişik 80. maddesinin değişik beşinci fıkrasında yer alan “51. maddesi” ibaresi “51 ve 102. maddeleri” olarak değiştirilmiştir.” denilerek fıkraya şu son hali verilmişti: “Kurumun süresi içinde ödenmeyen prim ve diğer alacaklarının tahsilinde, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun “51 ve 102. maddeleri” hariç, diğer maddeleri uygulanır...”. Görüldüğü üzere, 24.6.2004 tarih ve 5198 sayılı Kanunun 11. maddesi ile 506 sayılı Kanunun 80. maddesine eklenen hükümle anılan Sosyal Sigortalar Kurumu alacakları hakkında 6183 sayılı Kanunun 51, 102 ve 106 madde hükümleri hariç olmak üzere kurum alacakları hakkında hüküm ifade edeceği öngörülmekle zaman aşımı süresini 5 yıldan genel hükümler olan BK 125 ve 128. madde hükümleri uygulamasına geri dönmüştü. Bu düzenleme ile 24.6.2004 tarihinden

bu kurumlar Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı (SGK) çatısı altında birleşmiş bulunmaktadır. SGK’nın uygulama kanunu olan 5510 sayılı Kanun 01.10.2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Böylece zamanaşımı hükümleri yönünden 506, 1479 ve 5434 sayılı Kanun hükümleri yürürlükten kalkmıştır. 5510 sayılı Kanun hazırlanırken 506 sayılı Kanunun özü referans olarak alındığından, Kurum, zamanaşımı uygulaması yönünden Borçlar Kanunu’nun genel zamanaşımı hükümlerini esas alarak Kurum alacakları ve idari para cezaları açısından 10 yıllık zamanaşımını benimsemiştir.

Sosyal Güvenlik Kurumu alacakları; sigorta primlerinden ve keseneklerden, idari para cezalarından, sosyal yardım zammından ve kira sözleşmelerinden elde edilen gelirlerden, 6183 sayılı Kanunun uygulanması bakımından ilan ve haciz masrafları, posta masrafları, zor kullanma masrafları, nakil masrafları, eksper-

tiz, muhafaza masrafları, mahcuz malın tefrik masrafları, teferruğ masrafları, ferağ masrafları gibi giderler nedeniyle tahsil edilmesi gereken karşılıklardan, oluşmaktadır. 5510 sayılı Kanunun, 17/4/2008 tarihli ve 5754 sayılı Kanunun 56. maddesiyle değişik 93. maddesine göre; “Kurumun prim ve diğer alacakları ödeme süresinin dolduğu tarihi takip eden takvim yılı başından başlayarak on yıllık zamanaşımına tâbidir. Kurumun prim ve diğer alacakları; mahkeme kararı sonucunda doğmuş ise mahkeme kararının kesinleşme tarihinden, Kurumun denetim ve kontrolle görevli memurlarınca yapılan tespitlerden doğmuş ise rapor tarihinden, kamu idarelerinin denetim elemanlarınca kendi mevzuatı gereğince yapacakları soruşturma, denetim ve incelemelerden doğmuş ise bu soruşturma, denetim ve inceleme sonuçlarının Kuruma intikal ettiği tarihten veya bankalar, döner sermayeli kuruluşlar, kamu idareleri ile kanunla kurulmuş kurum ve kuruluşlardan alınan bilgi ve belgelerden doğmuş ise bilgi ve belgenin Kuruma intikal ettiği tarihten itibaren, zamanaşımı on yıl olarak uygulanır...Bu Kanuna dayanılarak Kurumca açılacak tazminat ve rücu davaları, on yıllık zamanaşımına tâbidir”.

Bu anlamda, kronolojik olarak sürekli değişen zamanaşımı sürelerini şu şekilde sıralamak mümkündür:

Tarih	Süre	Zamanaşımının başlangıç tarihi
08.12.1993 tarihine kadar	10 yıl	Muacceliyet tarihinden itibaren başlar.
08.12.1993 – 05.07.2004 arasında	5 yıl	3917 sayılı Kanun gereğince 6183 sayılı Kanun'un 102. maddesi hükmüne göre; alacağın vadesinin rastladığı takvim yılını takip eden yılın başından itibaren başlar.
06.07.2004 – 30.09.2008 arasında	10 yıl	5198 sayılı Kanun gereğince genel hükümler göre uygulanır. Zamanaşımı alacağın muaccel olduğu tarihten itibaren başlar.
01.10.2008 ve sonrası	10 yıl	5510 sayılı Kanun'un 93. maddesi gereğince ödeme süresinin dolduğu tarihi takip eden takvim yılı başından itibaren başlar.

Yargıtay'a göre de; “506 Sayılı Kanunun 80'nci maddesinde 3917 sayılı Kanunla yapılan değişiklik uyarınca, Kurumun süresi içerisinde ödenmeyen prim ve diğer alacaklarının tahsilinde 6183 Sayılı Kanun hükümlerinin uygulanması gerekir.3917 Sayılı Kanunla yapılan bu değişiklik aynı Kanunun 8. maddesi hükmüne göre 08.12.1993 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu durumda zamanaşımı süresi bakımından; 3917 Sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 08.12.1993 tarihinden önceye ilişkin prim ve gecikme zamları yönünden, Sosyal Sigortalar Kurumunun alacak hakkı, Borçlar Kanunu madde 125'de öngörülen 10 yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Giderek zamanaşımının başlangıç tarihi ise yine Borçlar Kanununun 128. maddesi gereğince alacağın muaccel olduğu tarihtir ve zamanaşımının kesilmesi ve durdurulmasına ilişkin Borçlar Kanununun 132 ve ardından gelen maddeleri de burada aynen geçerlidir. 3917 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 08.12.1993 tarihi ve bundan sonraya ilişkin prim ve gecikme zamları yönünden ise 6183 Sayılı Kanunun zamanaşımına ilişkin 102. madde ve ardından gelen maddeleri geçerlidir. Bu yönde 102. madde hükmüne göre zamanaşımı süresi 5 yıl olup zamanaşımı süresinin başlangıcı ise alacağın vadesinin rastladığı takvim yılını takip eden yıl başıdır. 5198 sayılı Kanunun 11. maddesi ile değişik 506 sayılı Kanunun 80. maddesinin 5. fıkrasına göre, 6183 sayılı Kanunun zamanaşımını düzenleyen 102. maddesinin prim alacaklarının tahsilinde uygulanmayacağı belirtilmiş ise de, bu değişiklik, yürürlük tarihi olan 06.07.2004 tarihinden sonra tahakkuk edecek prim borçlarına uygulanabilecektir. Dava konusu olayda; yukarıda öngörülen esaslar çerçevesinde ödeme emrine konu primler 3917 Sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 08.12.1993 tarihinden sonraki döneme ilişkin olup, 6183 Sayılı Kanunun 102. maddesi ve devamındaki hükümler uygulanacaktır. Bu yönde; 102. madde hükmüne göre, zamanaşımı süresi, 5 yıl olup zamanaşımı süresinin başlangıcı ise alacağın vadesinin rastladığı takvim yılını takip eden yılbaşdır”¹.

Görüldüğü üzere, işveren tarafından bildirilmemiş sürelerle ilişkin olarak açılan hizmet tespit davası neticesinde, hizmetlerin tespitine

Prim alacağının doğduğu her dönemdeki yasal düzenlemeyi ayrı ayrı ele almak ve bu dönemdeki düzenlemeye göre zamanaşımı süresini belirleyerek sonuca gitmek gerekecektir.

karar verildiğinde, tespiti yapılan hizmet süresinin primlerini ödeme yükümlülüğü noktasında, yukarıda özetlemeye çalıştığımız kronolojik dönemlere bağlı olarak işverenden bu primleri talep hakkının zamanaşımına uğrayıp uğramadığı tespit edilebilecektir. Bu durumda da, işverenin primleri ödeme borcunun zamanaşımına uğrayıp uğramadığının belirlenmesinde, her ay ayrı ayrı dikkate alınarak sonuca ulaşılmalı, bir başka deyişle, ilgili ödeme dönemi yukarıda belirttiğimiz zaman aralıklarından hangisine denk geliyorsa ona göre zamanaşımı süresi ve bu sürenin ne zaman başladığı belirlenmelidir. Örnek vermek gerekirse, hizmet tespit davası neticesinde sigortalının 20.11.1998 ila 22.08.2004 yılları devresine ait bildirilmemiş çalışmaları olduğu neticesine varılıyorsa, bu günlere ilişkin primlerin ödenmesinde zamanaşımı belirlenirken, konuyu iki ayrı dönemde değerlendirme gereği doğacaktır. Buna göre, 20.11.1998-05.07.2004 dönemi için “alacağın vadesinin rastladığı takvim yılını takip eden yılın başından itibaren 5 yıllık zamanaşımı süresi başlayacak”, 05.07.2004-22.08.2004 devresi için ise “alacağın muaccel olduğu tarihten itibaren genel hükümler uyarınca 10 yıllık zamanaşımı süresi başlayacaktır”.

Bu anlamda prim alacağının doğduğu her dönemdeki yasal düzenlemeyi ayrı ayrı ele almak ve bu dönemdeki düzenlemeye göre zamanaşımı süresini belirleyerek sonuca gitmek gerekecektir. Örneğin 5510 sayılı Kanun'da Kurumun prim ve diğer alacakları mahkeme kararı sonucunda doğmuş ise mahkeme kararının kesinleşme tarihinden itibaren, zamanaşımının on yıl olarak uygulanacağı belirtilmektedir. Bu düzenleme ancak 5510 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra doğacak prim alacakları için geçerli olacaktır, fakat önceki dönemlerde

doğmuş olan prim alacaklarında ilgili dönemdeki zamanaşımı süresi uygulanacaktır. Prim alacağı 06.07.2004-30.09.2008 arasında doğmuş ise süre yine 10 yıl olacak, ancak prim alacağı 08.12.1993-05.07.2004 arasında doğmuş ise alacağın vadesinin rastladığı takvim yılını takip eden yılın başından itibaren 5 yıllık zamanaşımı süresi söz konusu olacak, eğer prim alacağı 08.12.1993 tarihinden önce doğmuş ise, bu durumda da yine muacceliyet tarihinden itibaren 10 yıllık zamanaşımı süresi uygulanacaktır.

DİPNOT

1 Yargıtay 10.HD., 21.02.2006, E.2005/11874, K.2006/1679.

Yrd. Doç. Dr. Sabahattin YÜREKLİ

Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Sosyal Güvenlik Hukukunda Özel Bir Durum: Muristen Bağlanan Aylık, Mirasın Reddi Halinde Kesilir Mi?

(Mirasın reddinin destekten yoksun kalma ve manevi tazminat hakkına olan etkisi)

1- Genel Olarak

Toplumsal yaşamın doğurduğu riskler, etkilerini muhtaç ve yoksul kesimler üzerinde daha fazla gösterir. Bu yüzden sosyal güvenlik hakkı, ortaya çıkışı itibarıyla, temelde, ekonomik yönden güçsüzleri, insan onuruna uygun bir biçimde yaşamak için yeterli geliri olmayanları korumayı amaçlamaktadır¹. Dolayısıyla, sosyal güvenlik hakkı, “çağdaş devlet anlayışının bir sonucu olan sosyal hukuk devletinde geçerli sosyal güvenlik ve sosyal adalet ilkeleri gereğince, toplumdaki yoksul ve muhtaç insanlara, insan onuruna yaraşır asgari yaşam düzeyi sağlamak ve onları korumakla görevli devletten, bu yönde gerekli tedbirleri almasını ve teşkilatları kurmasını talep hakkıdır”². Sosyal güvenlik hakkının amacı da; toplumdaki yoksul ve muhtaç insanlara insan onuruna uygun asgari bir yaşam düzeyi sağlanması ve böylece sosyal adaletin gerçekleştirilmesidir³.

Dolayısıyla, sosyal güvenlik kavramı, bireyin karşılaşacağı ve yaşamı için tehlike oluşturan

olaylara karşı bir güvence arayışının ürünüdür. Tehlikeyle karşılaşan bireye, asgari bir güvence sağlamak, sosyal güvenliğin varoluş nedenidir. Günümüzdeki ekonomik kriz ve küreselleşme olguları, sosyal güvenliğin önemini daha da artırmıştır⁴. Çünkü, bireylerin içinde buldukları yaşam koşulları, onların yarından emin olma isteklerini daha da artırmıştır. Bu bağlamda, sosyal riskler arasında yer alan ölüm halinde, ölenin yakınları, kendilerini geçindiren kişinin ölmesi nedeniyle sosyal tehlikeyle karşı karşıya kalmaktadırlar. Bu nedenle, aileyi korumak amacıyla, sosyal güvenlikte ölüm sigortasına yer verilmiştir.

Bireyin ölümü ile, normal geçim imkanlarını kaybeden geride kalan eşe, çocuklarına, ana, babaya kesilen gelirlerinin yerini alacak şekilde yardım yapılması gerekmektedir. Ölüm sigortası, sigortalının ölümü halinde, geride kalan bireylerin geleceklerini güvence altına almayı amaçlamaktadır⁵. Bu amaçla, ölüm sigortası yoluyla, ölenin eşine, çocuklarına, ana ve babasına 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık

Sigortası Kanunu m.32'deki koşulların gerçekleşmesi halinde ölüm aylığı bağlanmaktadır.

Günümüzdeki ekonomik koşulların iyiden iyiye zorlaşması nedeniyle, mirasçılar ekonomik sıkıntı ve kaygılar nedeniyle, murisin geride bıraktığı borçları nedeniyle, onun mirasını reddederek borçlarından kurtulma yolunu tercih etmektedirler. Miras hukuku bakımından, mirasçının mirası reddetmesi halinde, mirasçılıktan doğan hakları kullanamaması açıktır. Ancak, sosyal güvenlik hakları bakımından özellikle muristen bağlanan maaş-emekli ikramiyesi üzerinde ne gibi bir etki oluşturacağı konusunda yasal bir düzenlemenin olmadığı görülmektedir. Yasal düzenlemenin olmayışı:

- Muristen maaş alıp da, mirasını reddetmeyi düşünen kişileri, maaşlarının kesilip kesilmeyeceği,

- Mirası reddedip de, muristen maaş bağlanmasını isteyen kişileri, maaş bağlanıp bağlanmayacağı, sorunlarıyla karşı karşıya bırakmaktadır.

Çalışmamızda önce, mirasın reddi konusuna açıklık getirilecek, daha sonra da mirası reddeden birinin muristen aylık alması halinde bu aylığın kesilip kesilmeyeceği konusu üzerinde durulacaktır. Ayrıca çalışmada, mirasın reddinin, destekten yoksun kalma tazminatı ve mamevi tazminat hakkına olan etkisi üzerinde de durulacaktır.

II- Mirası Reddi

Mirasçılık ve mirasın geçişi, miras bırakanın ölümü tarihinde yürürlükte olan hükümlere göre belirlenmektedir⁶. Medeni hukuk sistemimizde, mirasın kabulü ile ilgili bir hüküm bulunmamaktadır. Miras reddedilmedikçe kabul edilmiş sayıldığından⁷, mirasın yasal ve atanmış mirasçılara geçişinde külli halefiyet ilkesi benimsenmiştir. Bu ilke uyarınca, miras yasal veya atanmış mirasçılara kendiliğinden geçecek ve mirasçılar miras bırakanın borçlarından kişisel olarak sorumlu olacaklardır⁸. Bu sistemde, yasal ya da atanmış mirasçılar, miras bırakanın ölümünden haberdar olmasalar, mirasçı olmayı istemeseler dahi mirasçılık sıfatını kazanmakta ve miras bırakanın borçlarından kişisel olarak sorumlu olmaktadır. Böyle bir sistemin mi-

rasçılar bakımından sakıncalı sonuçlar doğurabileceğini dikkate alan yasa koyucu, mirasçılardan tereke borçlarına karşı korumak istemiş ve onların, miras bırakanın borçlarından sorumluluklarını sınırlayan ya da tamamen ortadan kaldıran çeşitli müesseseler oluşturmuştur. Bunlar ise, mirasın reddi, resmi defter tutma, resmi tasfiye halidir⁹.

Yasa gereği aktif ve pasifiyle mirasçılara geçen mirası, mirasçılar kabule zorlanamazlar. Mirasçılar, miras bırakanın borçları yönünden sorumluluk almak istemedikleri takdirde, mirası reddedebilmelerine imkân tanınmıştır. Böylece, kanuni ve mansup mirasçılar hiçbir sebep göstermeksizin kayıtsız ve şartsız olarak mirası reddedebilirler¹⁰. O halde mirasın reddi, mirasçının tek taraflı irade açıklamasında bulunmak suretiyle külli halefiyet esasını etkisiz bırakmasıdır¹¹.

Mirasçı, mirası süresi içinde ret hakkını kullanmaz ise, mirası kesin olarak kazanır¹². Mirası reddeden mirasçı ise, mirasın açıldığı andan itibaren mirasçılık sıfatını kaybeder. Medeni Kanun m. 611/1 uyarınca, yasal mirasçılardan biri mirası reddederse onun payı, miras açıldığı zaman kendisi sağ değilmiş gibi, hak sahiplerine geçer. Dolayısıyla, mirasçılıktan doğan hakları kullanamayacağı gibi, herhangi bir sorumluluğu da söz konusu olmaz¹³.

Mirası reddetme amaç, terekenin yasal ya da atanmış mirasçılarının kanunda öngörülen şartlara uyararak mirası kabul etmemek hususundaki arzularını sözlü yada yazılı olarak bildirmeleridir¹⁴. Medeni Kanunumuza göre, mirasın reddinin geçerli olması için şu şartların yerine getirilmesi gerekmektedir.

1- Red hakkı

Yasal ve atanmış mirasçılar mirası reddedebilirler (MK. m. 605). Ret hakkı, ancak miras bırakanın ölümünden sonra kullanılabilir. Miras bırakan henüz hayattayken ret beyanında bulunulamaz. Çünkü, henüz tümüyle kazanılmamış bir hakkın reddedilmesi düşünülemez. Miras bırakan hayattayken mirasçı sıfatı ortadan kaldırılmak isteniyorsa, mirastan feragat edilebilir. Belirli şartlar altında miras bırakanın temlik de mümkündür¹⁵. Miras açıldığında külli halef olan mirasçılar mirası reddedebilirler.

Sosyal güvenlik mevzuatından kaynaklanan haklar hukuki niteliği itibarıyla miras hakkı değildir.

Mirasçı, mirası red hakkını kullanmadan, ancak red süresi dolmadan ölürse red hakkı onun mirasçılara geçer¹⁶. Red beyanı niteliği itibarıyla yenilik doğurucu bir irade beyanıdır¹⁷.

Ölümü tarihinde miras bırakanın ödemedi aczi açıkça belli veya resmen tespit edilmiş ise, miras reddedilmiş sayılır (MK.m.605/2)¹⁸. Zımni-hükmi ret denilen bu durumda, ölenin pasifi aktifinden fazla ise, yaşam deneyimleri bu mirasın reddedileceğini gösterir. Yasa koyucu zımni rette, mirasçıları bir külfetten kurtarmıştır. Buna rağmen, mirasçı, mirası kabul etmek istiyorsa edebilir. Terekede tasarruf işlemi yaparak kabul yönündeki iradesini ortaya koyabilir¹⁹.

2- Red süresi

MK.m.606'ya göre, miras üç ay içinde red-dolunabilir²⁰. Bu üç aylık süre, hak düşürücü süredir ve kişinin mirasçı olduğunu öğrenme tarihinden itibaren işlemeye başlar²¹. Zamanaşımı veya hak düşümü sürelerinin dolmasına engel olmak için dava açılması ve cebri icra takibi yapılması, ret hakkını ortadan kaldırmaz (MK.m.610/3).

Üç aylık süre, yasal mirasçılar için, mirasçı olduklarını daha sonra öğrendikleri ispat edilmedikçe miras bırakanın ölümünü öğrendikleri; vasiyetname ile atanmış mirasçılar için miras bırakanın tasarrufunun kendilerine resmen bildirildiği tarihten işlemeye başlar (MK.m.606/2). Ancak, MK.m.615'e göre, önemli sebeplerin varlığı hâlinde sulh hâkimi, yasal ve atanmış mirasçılara tanınmış olan ret süresini uzatabilir veya yeni bir süre tanıyabilir. Hukuk literatüründe, mirasçının devamlı hastalığı, yabancı memlekette olması, tereke mallarının çeşitli memleketlere dağılmış olması, sonradan miras bırakanın haksız fiilinden dolayı bir sorumluluğunun öğrenilmiş olması gibi durumlar, birer önemli sebep kabul edilmektedir²².

Koruma önlemi olarak terekenin yazımı hâlinde mirası ret süresi, yasal ve atanmış mi-

rasçılar için yazım işleminin sona erdiğinin sulh hâkimi tarafından kendilerine bildirilmesiyle başlar (MK.m.607/1). Mirası reddetmeden ölen mirasçının ret hakkı kendi mirasçılara geçer (MK.m.608/1).

Mirasçılar için ret süresi, kendilerinin miras bırakanına mirasın geçtiğini öğrendikleri tarihten başlar. Ancak bu süre, kendilerinin miras bırakanından geçen mirasın reddi için mirasçıya tanınan süre dolmadıkça sona ermez (MK.m.608/2). Ret sonucunda miras daha önce mirasçı olmayanlara geçerse; bunlar için ret süresi, önceki mirasçılar tarafından mirasın reddedildiğini öğrendikleri tarihten işlemeye başlar (MK.m.608/3).

3- Reddin şekli

Mirasın reddi, mirasçılar tarafından sulh mahkemesine sözlü veya yazılı beyanla yapılır (MK.m.609). Sulh hâkiminin görevi, reddin süresinde olup olmadığını, reddedenin mirasçılık sıfatı bulunup bulunmadığını tespitten ibarettir. Süre şartı ve mirasçılık sıfatının gerçekleşmesi halinde hâkimin yapacağı iş, ret beyanını tescil etmekten ibarettir²³. Mirasın reddi, bozucu yenilik doğurucu bir hakkın kullanılmasıdır. Bütün yenilik doğurucu haklarda olduğu gibi, bir kez kullanmakla tükenir²⁴ ve MK.m.609/2 uyarınca, reddin kayıtsız ve şartsız olması gerekir²⁵. Mirası reddeden kişi, bu beyanda bulunduktan sonra tek taraflı olarak bundan dönemez²⁶.Sulh hâkimi, sözlü veya yazılı ret beyanını bir tutanakla tespit eder (MK.m.609/3).

Süresi içinde yapılmış olan ret beyanı, mirasın açıldığı yerin sulh mahkemesince özel kütüğüne yazılır ve reddeden mirasçı isterse kendisine reddi gösteren bir belge verilir (MK.m.609/4). Mirası reddin bir tutanakla tespit edilmesi, mirasın reddi nedeniyle bir başka kişinin mirasçılığı canlanacak ise, o kişiler ile ilgili sürenin işlemeye başlaması açısından önemlidir. Örneğin, miras bırakanın oğlu mirası reddettiğinde, onun çocuğu mirasçı olabilir²⁷. Tutanağın ve kütüğün nasıl tutulacağı tüzükle düzenlenir (MK.m.609/5).

4- Red hakkının düşmesi

MK.m.610 uyarınca, yasal süre içinde mira-

Bir kimsenin mirası reddetmesi, onun sosyal güvenlik hakkından yoksun kalması sonucuna yol açmamalıdır.

sı reddetmeyen mirasçı, mirası kayıtsız şartsız kazanmış olur. Ret süresi sona ermeden mirasçı olarak tereke işlemlerine karışan, terekenin olağan yönetimi niteliğinde olmayan veya miras bırakanın işlerinin yürütülmesi için gerekli olanın dışında işler yapan ya da tereke mallarını gizleyen veya kendisine mal eden mirasçı, mirası reddedemez (MK.m.610/2). Bu hallerden biri varsa, süre dolmasa bile ret hakkı düşmüş sayılır²⁸.

III- Mirasın Reddinin Ölüm Sebebiyle Doğrudan Doğruya Mirasçılarının Şahsından Doğan Haklara Olan Etkisi

Miras hukuku, intikal yeteneğine sahip olan özel hukuk ilişkilerinin düzenlenmesi ile uğraşır. Öyle bazı haklar vardır ki, bunlar, ancak miras bırakanın ölümü ile ortaya çıktığı halde, miras hukukunun konusunu teşkil etmezler. Bunlar, miras bırakandan intikal eden haklar olmayıp, ölüm sebebiyle doğrudan doğruya mirasçıların, hatta bazen mirasçı olmayan kişilerin şahsında doğan haklardır²⁹. Başka bir deyişle, ölüm, bu hakların mirasçıların şahsında doğmasının sebebidir. Bu sebeple de bu haklar terekede³⁰ yer almazlar³¹. Bu yüzden, mirasçı olan kişi, bu sıfatı kazanmasa dahi, söz konusu haklara sahip olur³². Bu haklar, miras bırakandan halefiyet yoluyla intikal etmeyip, ölüm olayı nedeniyle mirasçının eline adeta gökten düşerler. Evvelce miras bırakanın malvarlığında yer almadıkları gibi, onun ölümünden sonra terekesinde de yer almazlar; ölümle mirasçının şahsında sıfırdan doğarlar³³. Bu bağlamda Yargıtay; sigortalıya sağlığında ödenen yaşlılık aylıkları terekeye dahil bulunmadığından, sigortalının kendisine ödenen yaşlılık aylıklarının miras hukuku çerçevesinde davalılardan istirdadının hukuken mümkün olmadığına karar vermiştir³⁴.

Terekede yer almayıp, doğrudan mirasçıların şahsında doğan, bu tür haklar kamu hukukundan ve özel hukuktan doğan haklar olarak ikiye ayrılabilir³⁵.

1- Mirasın reddinin kamu hukukundan doğan dul, yetim aylığına ve emekli ikramiyesine etkisi

Kamu hukukundan doğan haklar bakımından, ölüme rağmen mirasçılara intikal etmeyip doğrudan onların şahsında doğan haklar; dul ve yetim aylığı ile emekli ikramiyesidir³⁶. Bu haklar terekeye dâhil değildirler³⁷ ve miras yoluyla intikal etmezler. Buradaki ilişki kamu hukuku ilişkisidir³⁸. Dolayısıyla, mirasçılar mirası reddetseler bile sosyal güvenlik mevzuatı çerçevesinde dul ve yetim aylığını veya emekli ikramiyesini talep edebilirler. Zira, sosyal güvenlik mevzuatından kaynaklanan haklar hukuki niteliği itibarıyla miras hakkı değildir. Bunlar doğrudan doğruya ilgili mevzuatın öngördüğü imkânlardır ve mirası reddetmek talep edilmelerine engel olmaz³⁹. Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından, ölenin dul ve yetimlerine yapılan ödemeler, ölenin geride kalanlarının sosyal güvencesini temin nedeniyle yapılmaktadır. Sosyal güvence anayasal bir haktır. Bir kimsenin mirası reddetmesi, onun sosyal güvenlik hakkından yoksun kalması sonucuna yol açmamalıdır.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirlendiği üzere, Türkiye Cumhuriyeti, sosyal bir hukuk devletidir. Anayasa'nın 12. maddesinde "Herkesin kişiliğine bağlı, dokunulmaz devir edilemez, vazgeçilemez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu"; 60. maddesinde ise "Herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olduğu" düzenlenmiştir. Hal böyle olunca da, sosyal güvenlik hakkının kişiye sıkı sıkıya bağlı dokunulmaz ve feragat edilemez bir hak olduğu açıktır⁴⁰. Sosyal hukuk devleti, sosyal güvenliği, sağlam, etkin ve iyi bir şekilde sağlamakla yükümlüdür. Mirasın reddi nedeniyle, anayasal bir hak olan sosyal güvenlik hakkından yoksun bırakılmak, sosyal güvenlik hukukunun temel yaklaşımına aykırı düşer.

Yargıtay; destekten yoksun kalma tazminatı niteliği itibariyle bağımsız bir hak olduğundan, mirasın reddedilmiş olmasının bu tazminatın talep edilmesine engel olmadığını belirtmiştir.

Nitekim konuyla ilgili olarak Yargıtay; dul ve yetim maaşları veya toptan ödemenin, hayatta kalanın şahsına bağlı olduğunu, ölenin terekesine dâhil olmadığını ve mirasın reddedilmiş olmasının maaşların alınmasına engel olmadığına karar vermiştir⁴¹.

Yine Yargıtay; borçluların murislerinden kendilerine bağlanan maaşı sahiplenmelerinin, Medeni Kanun'un 605. maddesi uyarınca murisin mirasını reddetmelerine engel teşkil etmeyeceğine; zira, murisin herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşundan almakta olduğu maaşın terekesine dâhil olmadığına karar vermiştir⁴².

Yargıtay'a göre; emekli aylığının terekeden intikal eden bir hak olarak kabul edilmediğini, Bağ-Kur'dan mirasçıya bağlanan maaşın terekenin sahiplenilmesi olmadığını ve redde engel teşkil etmeyeceğine karar vermiştir⁴³. Böylece sosyal güvenlik kurumundan bağlanan maaş terekeye dâhil edilmediğinden, mirasın reddedilmiş olması bu hak üzerinde bir etkisi olmayacaktır. Mirasçılar mirası reddetmiş olmalarına rağmen, kendilerine bağlanan maaşı almaya devam edeceklerdir. Ayrıca, mirasçıya maaş bağlanması terekenin sahiplenilmesi olmadığından, mirasın reddine de bir engel değildir.

Yargıtay'a konu olan başka bir olayda; "mirasçılar murise ait Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından gönderilen maaşı aldıkları gibi icra tetkik merciinde mirasçı sıfatıyla dava açmışlardır. Bu surette alelade idarenin dışına çıktıklarından, mirası reddetmek hakkından mahrum kalmışlardır⁴⁴.

Emekli ikramiyesi bakımından Yargıtay'a konu olan bir durumda; bir kimse emekliye ayrılmasını istemiş, isteği kabul olunarak işlemlere başlanmış ve henüz ikramiye almadan o kişi ölmüş ise, emekli ikramiyesi mirasçılara ait olacaktır. Bu durumda, emekli ikramiyesi terekeye

eklenecektir⁴⁵. Bu nedenle, miras reddedilmiş ise, reddeden emekli ikramiyesini alamaz.

Konuya özel sigortalar⁴⁶ açısından bakıldığında; kamu hukuku kurallarından kaynaklanan sosyal güvenceler, özel sigortalar için geçerli değildir⁴⁷. Çünkü, bu tür sigortalar, Medeni Kanun'un kapsamı dışında kaldığı için, sigorta tutarı diğer deyimle ödenecek tazminat terekeye eklenir⁴⁸. Dolayısıyla, mirası reddeden kişi murisin özel sigortasından doğacak olan sigorta bedelini talep hakkından mahrum kalacaktır. Ancak, miras bırakan sigortayı üçüncü bir kişi lehine yapmış, ona sigorta bedeli üzerinde kendi hakkından bağımsız, doğrudan doğruya sigortacıya karşı öne sürülebilecek bir hak tanımış olabilir. Miras bırakan, üçüncü kişiyi sigorta poliçesinde göstermiş olabileceği gibi, sonradan hiçbir şekilde bağlı olmadan tayin edebilir. Hatta, onu düzenlediği ölüme bağlı tasarrufunda dahi belirtebilir. Bu ihtimallerde, lehtara ait sigorta bedelini talep hakkı, miras açıldığı zaman hiçbir zaman terekeye girmez⁴⁹. Bu durumda lehtara ait sigorta bedeli terekeye girmediği için, üçüncü kişi mirası reddetmiş olsa dahi, sigorta bedelini talep edebilecektir.

2- Mirasın reddinin özel hukuktan kaynaklanan haklara olan etkisi

Özel hukuktan kaynaklanan haklara en güzel örnek, Borçlar Kanunu m. 45'de yer alan destekten yoksun kalma tazminatı ve BK.m.47'de ölenin yakınlarına tanınmış olan manevi tazminat hakkıdır⁵⁰.

a- Destekten yoksun kalma tazminatına etkisi

BK. m. 45'de yer verilen destekten yoksun kalma ile ilgili olarak getirilen hükmün amacı, ölüm sebebiyle, ölenin yardımından yoksun kalanların mal varlığını ölüm anındaki duruma getirmektir. Bununla mal varlığındaki azalmanın önlenmesi sağlanmak istenmiştir⁵¹. Destekten yoksun kalma tazminatının konusu, desteğin yitirilmesi nedeniyle yoksun kalınan yardımdır. Bu tazminatın amacı, ölüm olayı olmasaydı, ölenin yardımda bulunduğu kimselere yardımda bulunmaya devam edeceğinin düşünülmesi ve ölüm olayının bu süreci kesmesi sonucu des-

tekten yararlanan kimselerin uğradıkları zararın peşin ve toptan şekilde tazmin edilmesi, bu kimselerin ölüm olayından önceki durumlarına kavuşturulmasıdır. Dolayısıyla amaç, destekten yoksun kalanların desteklenerek, kendilerinin geçimini sağlayan kişinin ölümünden önce yaşamlarındaki mevcut olan sosyal ve ekonomik durumlarının korunmasıdır⁵².

Yargıtay; destekten yoksun kalma tazminatı niteliği itibarıyla bağımsız bir hak olduğundan, mirasın reddedilmiş olmasının bu tazminatın talep edilmesine engel olmadığını belirtmiştir. Kararda; “destekten yoksun kalma tazminatı ölüm ile ortaya çıkmasına rağmen, miras bırakanın şahsından doğan ve mirasçılara geçen bir hak değil, doğrudan bu kimselerin kendisinden doğan bağımsız bir haktır. Diğer bir ifadeyle, destekten yoksun kalma tazminatı niteliği itibarıyla, üçüncü kişilere, desteğin gelir ve yardımından yoksun kalmaları nedeniyle tanınmış bağımsız bir hak olup, mirasçılık sıfatı ve miras hukuku ile ilgisi yoktur. Çünkü bu hak mirasçılık sıfatından değil, eylemli olarak destek olanın ölümü nedeniyle, onun gelir ve yardımından yoksun kalma yada farazi destek olma olgusundan kaynaklanmaktadır⁵³. Destekten yoksun kalma tazminatı nitelik itibarıyla bağımsız bir hak olup; ölen kimse ile davacı arasında kanuni veya akdi bir bakım yükümlülüğü, mirasçılık ya da akrabalık ilişkisi bulunması gerekmediğinden; mirasın reddedilmiş olması, destekten yoksun kalma davasının açılmasına engel yasal bir neden değildir”, şeklinde söz konusu durum ortaya konulmuştur⁵⁴.

Yine, Yargıtay bir kararında; destekten yoksun kalma tazminatını talep hakkının, ölenin intikal eden bir hak olmadığı, bu hakkın, yardımdan yoksun kalanların kendi şahıslarına bağlı bir hak olduğunu ve buradaki amacın da yoksun kalınan yardıma muhtaç olanları korumak olduğunu ifade etmiştir⁵⁵.

b- Manevi tazminat hakkına etkisi

BK.m.47'deki ölenin yakınlarına tanınmış olan manevi tazminat hakkı da terekeye girmez. Bu hak, doğrudan doğruya mirasçıya verilmiştir⁵⁶. Dolayısıyla, bu hak mirasçılara miras

bırakandan miras yolu ile kalmış bir hak değildir⁵⁷. Amaç, onun manevi dengesinde meydana gelen düzensizliği gidermektir⁵⁸.

Yargıtay, davacıların terekenin borca batık olması nedeniyle ölenin mirasını reddetmiş olmalarının, ölüm nedeniyle manevi tazminat istemine ilişkin dava açılmasına ve davanın incelenip hâsıl olacak sonuç uyarınca karar verilmesine engel yasal bir neden olmadığına karar vermiştir⁵⁹.

IV. Sonuç

Mirası reddeden kanuni mirasçı, miras bırakanın daha önce ölmüş sayılır. Onun payı, miras açıldığı zaman kendisi sağ değilmiş gibi, diğer hak sahiplerine geçer. Dolayısıyla, miras hukuku bakımından mirasçılıktan doğan hakları kullanmayacağı gibi borçlar bakımından da herhangi bir sorumluluğu olmaz⁶⁰.

Ancak, öyle bazı haklar vardır ki, bunlar miras bırakanın ölümü anında doğrudan doğruya mirasçılarının şahsında doğarlar. Başka bir ifadeyle, burada önce miras bırakana ait olup, onun ölümü ile mirasçılara geçen haklar bahis konusu değildir. Bu sebeple de bu haklar terekede yer almazlar⁶¹. Dolayısıyla, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu uyarınca, ölen sigortalının yakınlarına bağlanan dul ve yetim aylığı ile ödenen emeklilik ikramiyesi, doğrudan doğruya dul ve yetim aylığı ile ödenen emeklilik ikramiyesini alan şahısların şahsında doğan bir haktır. Bu nedenle, bu şahıslar mirası reddetseler bile dul, yetim aylığını ya da emeklilik ikramiyesini talep edebilirler.

Ayrıca, murisin eş ve çocuklarının Sosyal Sigortalar Kurumu'ndan aylık almaları MK. m.550 gereğince mirası benimseme şeklinde bir eylem sayılamaz. Çünkü, ölenin eş ve çocuklarına Sosyal Sigortalardan bağlanan maaş terekeye dâhil değildir. Onun için ölenin eş ve çocuklarına maaş sağlanması red hakkını kullanmaya engel değildir.

Destekten yoksun kalma tazminatı ve manevi tazminat hakkı bakımından da, mirasın reddedilmiş olması bu hakların talep edilmesine engel değildir. Çünkü, destekten yoksun kalma ve tazminat hakkı, miras bırakanın şah-

sından doğan ve mirasçılara geçen bir hak olmayıp, doğrudan mirasçılarının şahsında doğan bağımsız haklardır.

DİPNOTLAR

- 1 Mehmet Akad, Teori ve Uygulamada Sosyal Güvenlik Hakkı, İstanbul 1992, 5.
- 2 Tankut Centel, Sosyal Güvenlik Hakkı, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, Cilt II, İstanbul 2001, 821; Akad,10; Nihat Bulut, Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar, İstanbul 2009, 145.
- 3 Bulut, 146.
- 4 Ali Güzel-Ali Rıza Okur-Nurşen Canıklıoğlu, Sosyal Güvenlik Hukuku, İstanbul 2009, 2.
- 5 A. Can Tuncay-Ömer Ekmekçi, Yeni Mevzuat Açısından Sosyal Güvenlik Hukukunun Esasları, İstanbul 2009, 356.
- 6 4722 Sayılı Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, m.17, Kabul Tarihi: 03.12.2001; Yarg. 2. HD., 25.10.2007, E: 2006/19495, K: 2007/14409, www.legalbank.net.
- 7 Ahmet M. Kılıçoğlu, Miras Hukuku, Ankara 2009, 248; "Mirası kabul etmek demek, kural olarak, onu reddetmekten feragat etmek demektir.", Rona Serozan-Baki İlkay Engin, Ankara 2008, 385.
- 8 İlhan Helvacı, Mirasın Reddi, İstanbul 2002, 1; "Mirasın kabulü için, açık bir irade beyanı aranmaz. Zimmi kabul olanaklıdır.", Kılıçoğlu, 248; "Kural olarak, bir kimsenin ölümü ile malvarlığının bir bütün olarak mirasçılara geçmesini ifade eden külli halefiyet gereğince, miras bırakanın kişisel özelliklerinin ağır bastığı, düşünsel ve bedeni özellik ve yetenekleri göz önünde bulundurularak yapılmış, borcun bizzat miras bırakan tarafından yerine getirilmesi gereken şahsi edim borçları dışında, malvarlığından ifa durumunda bulunan maddi edim borçları mirasçılara intikal eder.", Yarg. HGK., 12.03.2008, E: 2008/21-235, K: 2008/248, Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt: 34, Sayı: 8, Ağustos 2008, 1498; Hakan Keser, 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Işığında Mirasın Reddinin, Mirastan İskatın ve Sigortalının Öldürülmesinin Sosyal Güvenlik Kurumunca Bağlanacak Olan Ölüm Aylığına Etkisi, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2008, Sayı: 19, 1026.
- 9 Helvacı, 1.
- 10 Yarg. HGK., 14.03.1984, 1982/2-66, 1984/239, www.legalbank.net.
- 11 Mehmet Ayan, Miras Hukuku, Konya 2009, 224; "Medeni Kanun, kanundan ötürü külli geçiş ilkesini, red bozucu şartına bağlamıştır.", Ali Naim İnan/Şeref Ertaş/Hakan Albaş, İnan Türk Medeni Hukuku, Miras Hukuku, Ankara 2008, 501.
- 12 İnan/Ertaş/Albaş, 501.
- 13 Ayan, 229.
- 14 İnan/Ertaş/Albaş, 502.
- 15 Ayan, 224.
- 16 Kılıçoğlu, 250.
- 17 Yarg. HGK., 14.03.1984, E: 1982/2-66, K: 1984/239, www.legalbank.net.
- 18 "Tereke borca batık olduğu takdirde, miras hükmen red edilmiş sayılır (MK. 545). Mirasçılar MK.'nun 550. maddesinde yazılı eylemlerde bulunmadıkça yani, red hakkından yoksun kalmadıkça, her zaman borca batık olduğunun tesbiti istenebilir.", Yarg. 2. HD., 22.11.1983, E: 1983/8965, K: 1983/8919, www.legalbank.net.
- 19 Kılıçoğlu, 261.
- 20 Yarg. 2. HD., 22.02.2005, E: 2004/15954, K: 2005/2593, www.legalbank.net.
- 21 Kılıçoğlu, 251; "Mirası ret, hukuken niteliği itibarıyla bozucu yenilik doğuran bir hakkın kullanılmasıdır.", Ayan, 225; İnan/Ertaş/Albaş, 505; Helvacı, 73.
- 22 İnan/Ertaş/Albaş, 506.
- 23 Yarg. 2. HD., 05.03.2009, E: 2008/17244, K: 2009/3899, www.legalbank.net.
- 24 Kılıçoğlu, 249; İnan/Ertaş/Albaş, 503.
- 25 "Mirasın kayıtsız koşulsuz reddi beyanının bildirileceği ve bu beyanı tutanakla tespit edecek olan makam Sulh Hukuk Mahkemesidir. Görev kamu düzeniyle ilgilidir. Yargılamanın her aşamasında resen dikkate alınır.", Yarg. 2. HD., 02.06.2004, E: 2004/6246, K:2004/7140, Nazif Kaçak, Yeni İctihatlarla Yeni Miras Hukuku, Ankara 2006, 319.
- 26 Kılıçoğlu, 249.
- 27 Kılıçoğlu, 250.
- 28 Kılıçoğlu, 260.
- 29 Mustafa Dural-Turgut Öz, Miras Hukuku, İstanbul 2006, 11; İnan/Ertaş/Albaş, 54; Necip Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, İstanbul 1987, 37
- 30 "Eski Medeni Kanunumuz, bazen "mal" veya "mallar=mamelek" ifadesini miras "tereki" ifadesi ile aynı anlamda kullanmıştır.", İnan/Ertaş/Albaş, 55; "Tereke ile, ölen kimsenin malvarlığı yani mallarının, hak, alacak ve borçların bütünü anlaşılır.", Zahit İmre-Hasan Erman, Miras Hukuku, İstanbul 2004, 9; Esat Şener, Tereke ve Saklı Payın Hesaplanması, Yargıtay Dergisi, Cilt: 1, sayı: 4, Ekim 1975, 5.
- 31 Kocayusufpaşaoğlu, 37; Dural-Öz, 11; Serozan-Engin, 100, Keser, 1035.
- 32 Dural-Öz, 11; Serozan-Engin, 100; Keser, 103.
- 33 Serozan-Engin, 100; Yarg. İctihadi Birleştirme Genel Kurulu, 06.03.1978, E: 1978/1, K: 1978/3, http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/ibgk-1978-1.htm&query=Mirasın reddedilmiş olması maaşların alınmasına engel olmaz#fm; Yarg. 4. HD., 15.01.2008, E: 2007/10817, K: 2008/85, http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/4hd-2007-10817.htm&query=emekli aylığı ve mirasın reddi#fm.
- 34 Yarg.10. HD., 26.01.2005, E: 2004/11384, K: 2005/127, www.legalbank.net.
- 35 Dural-Öz, 11, 12.
- 36 Dural-Öz, 11, 12; Serozan-Engin, 100.
- 37 Şener, (Yargıtay Dergisi), 11; Kılıçoğlu, 2, 3; Esat Şener, Mi-

- ras Hak ve Payları, Ankara 1996, 32; Kocayusufpaşaoğlu, 38.
- 38 Kılıçoğlu, 2, 3; Şener, 32; Kocayusufpaşaoğlu, 38.
- 39 Ayan, 229, dn. 29; Kocayusufpaşaoğlu, 37; Güzel-Okur-Caniklioğlu, 550; Tuncay-Ekmekçi, 359; Keser, 1035; Kılıçoğlu, 262.
- 40 Yarg. 21. HD., 08.02.2005, E: 2004/12344, K: 2005/816, www.legalbank.net.
- 41 Yarg. İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, 06.03.1978, E: 1978/1, K: 1978/3, <http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/ibgk-1978-1.htm&query=Mirasın reddedilmiş olması maaşların alınmasına engel olmaz#fm>; Yarg. 4. HD., 15.01.2008, E: 2007/10817, K: 2008/85, <http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/4hd-2007-10817.htm&query=emekli aylığı ve mirasın reddi#fm>.
- 42 Yarg. 12. HD., 26.12.2005, E: 2005/23073, K: 2005/26042, <http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/12hd-2005-3073.htm&query=murisin almakta olduğu maaş#fm>; "Sigortalıya sağlığında fuzuli olarak ödenen yaşlılık aylıkları terekeye dahil bulunmadığından, sigortalının kendisine ödenen bu aylıkların miras hukuku çerçevesinde hak sahiplerinden istirdadı mümkün değildir", Yarg. 10. HD., 03.11.2003, E: 2003/7214, K: 2003/7768, www.legalbank.net.
- 43 Yarg. 2. HD., 07.06.1999, E: 1999/4379, K: 1999/6408, <http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/2hd-1999-4379.htm&query=mirasın reddi ve mirasın reddi maaş#fm>; "... ölenin eş ve çocuklarının Sosyal Sigortalar Kurumu'ndan aylık almalarının MK.'nun 550. maddesi gereğince benimsemiş (tesahüp) şeklinde bir eylem sayılması da doğru değildir. Çünkü, ölenin eş ve çocuklarına Sosyal Sigortalardan bağlanan maaş terekeye dahil değildir. Onun için maaş sağlanması red hakkını kullanmaya engel değildir.", Yarg. 2. HD., 22.11.1983, E: 1983/8965, K:1983/8919, www.legalbank.net.
- 44 Yarg. 2. HD., 18.4.2002, E: 2002/4454, K: 2002/5478, <http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/2hd-2002-4454.htm&query=mirasın reddi ve mirasın reddi maaş#fm>
- 45 Yarg. 2. HD., 27.02.1967, 953/1097, Şener, (Yargıtay Dergisi), 11, bak: dip not. 21a.
- 46 Sosyal sigorta - özel sigorta ilişkisi için bak. Tuncay-Ekmekçi, 82, 83.
- 47 Şener, (Yargıtay Dergisi), 11, 12; Kılıçoğlu, 262.
- 48 Şener, (Yargıtay Dergisi), 12.
- 49 Kocayusufpaşaoğlu, 404.
- 50 Dural-Öz, 12; Kocayusufpaşaoğlu, 37.
- 51 Şener, 32.
- 52 Yarg. HGK., 18.04.2007, E: 2007/4-222, K: 2007/222, Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt: 33, sayı. 9, Eylül 2007, 1646.
- 53 Yarg. YHGK., 25.05.1984, E:1982/9-301, K:1984/619, Bak: Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt: 33, sayı. 9, Eylül 2007, 1647;
- 54 Yarg. YHGK., 18.04.2007, E: 2007/4-222, K: 2007/222, Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt: 33, sayı. 9, Eylül 2007, 1642-1648;

Yarg. İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, 06.03.1978, E: 1978/1, K: 1978/3, <http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/ibgk-1978-1.htm&query=Mirasın reddedilmiş olması maaşların alınmasına engel olmaz#fm>; Yarg. 4. HD., 15.01.2008, E: 2007/10817, K: 2008/85, <http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/4hd-2007-10817.htm&query=emekli aylığı ve mirasın reddi#fm>.

55 Yarg. 11. HD., 01.12.1975, E: 1975/5424, K: 1975/6910, www.legalbank.net.

56 Şener, 32.

57 Kocayusufpaşaoğlu, 37.

58 Şener, 32.

59 Yarg. 2. HD., 21.05.1992, E: 1991/3944, K: 1992/6778, Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt: 18, Sayı: 10, Ekim 1992; İsmail Özmen, Tereke Hukuku Davaları, Ankara 1997, 523.

60 Ayan, 229.

61 Kocayusufpaşaoğlu, 36, 37.

KAYNAKÇA

- A. Can Tuncay-Ömer Ekmekçi: Yeni Mevzuat Açısından Sosyal Güvenlik Hukukunun Esasları, İstanbul 2009.
- Ahmet M. Kılıçoğlu: Miras Hukuku, Ankara 2009.
- Ali Naim İnan/Şeref Ertaş/Hakan Albaş: İnan Türk Medeni Hukuku, Miras Hukuku, Ankara 2008.
- Ali Güzel-Ali Rıza Okur-Nurşen Caniklioğlu: Sosyal Güvenlik Hukuku, İstanbul 2009.
- Esat Şener: Miras Hak ve Payları, Ankara 1996.
- Esat Şener: Tereke ve Saklı Payın Hesaplanması, Yargıtay Dergisi, Cilt: 1, sayı: 4, Ekim 1975.
- Hakan Keser, 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Işığında Mirasın Reddinin, Mirastan İskatın ve Sigortalının Öldürülmesinin Sosyal Güvenlik Kurumunca Bağlanacak Olan Ölüm Aylığına Etkisi, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2008, Sayı: 19.
- İlhan Helvacı: Mirasın Reddi, İstanbul 2002.
- İsmail Özmen: Tereke Hukuku Davaları, Ankara 1997.
- Mehmet Akad: Teori ve Uygulamada Sosyal Güvenlik Hakkı, İstanbul 1992.
- Mehmet Ayan: Miras Hukuku, Konya 2009.
- Mustafa Dural-Turgut Öz: Miras Hukuku, İstanbul 2006.
- Nazif Kaçak: Yeni İçtihatlarla Yeni Miras Hukuku, Ankara 2006.
- Necip Kocayusufpaşaoğlu: Miras Hukuku, İstanbul 1987.
- Nihat Bulut: Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar, İstanbul 2009.
- Rona Serozan-Baki İlkay Engin, Ankara 2008.
- Tankut Centel: Sosyal Güvenlik Hakkı, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, Cilt II, İstanbul 2001.
- Zahit İmre-Hasan Erman: Miras Hukuku, İstanbul 2004.

Yrd. Doç. Dr. Saim OCAK

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Hizmet Borçlanmalarında Talep Tarihindeki Statünün Borçlanılan Sürelere Etkisi

1. GİRİŞ

Hizmet borçlanmaları bilindiği gibi, sigortasız olarak geçirilen ve kanunda sınırlı sayı esasına göre düzenlenmiş olan bazı sürelerin, mevzuatta öngörülen koşulların gerçekleşmesi halinde, sigortalılık başlangıcı ve dolayısıyla sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısı olarak değerlendirilmesini sağlamaktadır. Hizmet borçlanması hakkı, sigortalılara tanındığı gibi, sigortalıların ölümü halinde hak sahiplerine de tanınmaktadır. Bilindiği gibi, hizmet borçlanmaları, bazı sosyal sigorta hak ve yükümlülüklerini, bu bağlamda, bazı konularda hak kazanma koşullarını doğrudan etkilemektedir. İşte bu nedenle, borçlanılan sürelerin hangi statüde değerlendirileceği önemli hale gelmektedir.

Uygulamada, borçlanılan süreler, borçlanma talep tarihindeki statüye göre değerlendirilmektedir. Bu durum ise, sosyal sigorta hak ve yükümlülüklerine etki etmekte, bazı hakların kazanılmasında farklılıklara neden olabilmektedir. Bu nedenle, makalemizde de esas

olarak, borçlanma talep tarihindeki statünün borçlanılan sürelere etkisi incelenmeye çalışılacaktır. Ancak, yeri geldikçe bağlantılı olan konulara da yer verilecektir. Hizmet borçlanmasının kapsamı ve borçlanmaya hak kazanma koşulları gibi hususlar ise kural olarak çalışmamızın kapsamı dışında tutulmuştur. Ancak, doğum borçlanmasına ilişkin olarak, konunun önemi ve diğer hususların daha iyi anlaşılması bakımından, borçlanma talep tarihindeki statünün etkisine ilişkin hususların yanı sıra, doğum anındaki statünün doğum borçlanmasına olan etkisine de değinilecektir.

Bilindiği gibi, hizmet borçlanmalarına ilişkin temel esaslar 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortasının Kanunu'nun 41. maddesinde düzenlenmiştir¹. Belirtilen düzenlemeyle, önceki kanunlarda öngörülen hizmet borçlanmalarına yenileri de eklenmiş ve ayrıca farklı statüdeki kişiler bakımından belirli ölçüde de olsa norm ve standart birliği sağlanmaya çalışılmıştır². 5510 sayılı Kanun'da düzenlenen hizmet borçlanmalarına ilişkin düzenlemele-

Tescilden önceki doğumlar için doğum borçlanması yapılamayacağı yönünde Kanunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

rin yanı sıra, 08.05.1985 tarih ve 3201 sayılı Kanun'daki³ düzenlemelerle Türk vatandaşlarının yurtdışında geçirdikleri süreleri borçlanma olanağı tanınmıştır⁴. Çalışmamızda da, önce 5510 sayılı Kanun'un 41. maddesine göre yapılan borçlanmalara daha sonra 3201 sayılı Kanun'a göre yapılan borçlanmalara ilişkin olarak inceleme yapılacaktır.

Hizmet borçlanması ile ilgili olarak, Kanun hükümlerinin yanı sıra, Yönetmelik, Tebliğ ve Genelgelerde düzenleme yapılmış olup, bunlara yer geldikçe yer verilecektir. Yakın zaman önce hizmet borçlanması bakımından 2010/106 sayılı Genelge⁵ ile yeni düzenlemeler getirilmiş olup, bu hususlara çalışmamızda mümkün olduğunca değinilecektir.

2. BORÇLANMA OLANAĞI SAĞLAYAN HALLER VE SÜRELER

5510 sayılı Kanun'da aşağıdaki hallerde geçirilen sürelerinin borçlanılmasına olanak tanınmıştır:

a) Kanunları gereği verilen ücretsiz doğum ya da analık izni süreleri ile 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı kadının, iki defaya mahsus olmak üzere doğum tarihinden sonra iki yıllık süreyi geçmemek kaydıyla hizmet akdine istinaden işyerinde çalışmaması ve çocuğunun yaşaması şartıyla talepte bulunulan süreleri,

b) Er veya erbaş olarak silâh altında veya yedek subay okulunda geçen süreleri,

c) 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında olanların, personel mevzuatına göre aylıksız izin süreleri,

d) Sigortalı olmaksızın doktora öğrenimi veya tıpta uzmanlık için yurt içinde veya yurt dışında geçirdikleri normal doktora veya uzmanlık öğrenim süreleri,

e) Sigortalı olmaksızın avukatlık stajını yapanların normal staj süreleri,

f) Sigortalı iken herhangi bir suçtan tutuklanan veya gözaltına alınanlardan bu suçtan dolayı beraat edenlerin tutuklulukta veya gözaltında geçen süreleri,

g) Grev ve lokavtta geçen süreleri⁶,

h) Hekimlerin fahrî asistanlıkta geçen süreleri,

i) Seçim kanunları gereğince görevlerinden istifa edenlerin, istifa ettikleri tarih ile seçimin yapıldığı tarihi takip eden ay başına kadar açıkta geçirdikleri süreleri (m. 41/D).

Bunların yanı sıra, 3201 sayılı Kanun'da öngörülen başka bir borçlanma olanağı daha bulunmaktadır. Kanunun 1. maddesine göre, "Türk vatandaşlarının yurt dışında 18 yaşını doldurduktan sonra, Türk vatandaşı iken geçen ve belgelendirilen sigortalılık süreleri⁷ ve bu süreleri arasında veya sonunda her birinde bir yıla kadar olan işsizlik süreleri ile yurt dışında ev kadını olarak geçen süreleri, bu Kanunda belirtilen sosyal güvenlik kuruluşlarına prim ödenmemiş olması ve istekleri halinde, bu Kanun hükümlerine göre sosyal güvenlikleri bakımından değerlendirilir." Öte yandan Kanunun 3. maddesi uyarınca, "Bu Kanunun 1 inci maddesinde belirtilenler ile yurt dışında çalışmakta iken veya yurda kesin dönüş yaptıktan sonra ölenlerin Türk vatandaşı olan hak sahipleri sigortalının Türkiye'de hiçbir sosyal güvenlik kuruluşuna tabi çalışması yoksa Sosyal Güvenlik Kurumuna, Türkiye'de çalışması varsa en son tabi olduğu sosyal güvenlik kuruluşuna müracaat etmek suretiyle bu Kanunla getirilen haklardan yararlanırlar."

Burada ayrıca belirtmek gerekir ki, TBMM'ye sevk edilmiş olan Kanun Tasarısında⁸, 5510 sayılı Kanun'un 41. maddesine eklenen hükümle yeni bir borçlanma olanağı daha tanınmıştır. Buna göre, sigortalıların kendileri veya hak sahipleri, "i) Bu bendin yürürlüğe girdiği tarihten sonraki sürelerle ilişkin olmak üzere, 4857 sayılı Kanuna göre kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan sigortalıların, kısmi süreli çalıştıkları aylara ait eksik süreleri," borçlanabilecektir⁹.

Bilindiği üzere, 5510 sayılı Kanun'un 51. maddesine göre, "Ay içerisinde 30 günden az

çalışan veya 80 inci madde uyarınca prim ödeme gün sayısı, ay içindeki toplam çalışma saatinin 4857 sayılı Kanuna göre belirlenen günlük normal çalışma saatine bölünmesi suretiyle hesaplanan sigortalıların aynı ay içerisinde isteğe bağlı sigortaya prim ödemeleri halinde, primi ödenen süreler zorunlu sigortalılığa ilişkin prim ödeme gün sayısına otuz günü geçmemek üzere eklenir ve eklenen bu süreler, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında sigortalılık süresi olarak kabul edilir.”

Tasarı hükmünün kanunlaşması halinde, kısmi süreli çalışan kişiler çalıştıkları aylara ait eksik sürelerinin primlerini isteğe bağlı sigorta kapsamında ödeyebilecekleri gibi, daha sonra hizmet borçlanması suretiyle de sigortasız geçen (eksik) sürelerini sigortalık sürelerine, prim ödeme gün sayılarına dahil edebileceklerdir. Ayrıca, sigortalının hayatta iken bunlardan birisini kullanmadan ölmesi halinde, geride kalan hak sahipleri eksik sürelerin karşılığı olan primleri hizmet borçlanması suretiyle ödeyerek değerlendirebileceklerdir¹⁰.

3. DOĞUM BORÇLANMASINDA DOĞUM TARİHİNDEKİ STATÜNÜN ETKİSİ

a) Kanunun m. 4/1, a Kapsamında veya Sonrasında Gerçekleşen Doğumlar

5510 sayılı Kanun'un 41. maddesinde, m. 4/1, a bendi kapsamındaki sigortalı kadının, iki defaya mahsus olmak üzere doğum tarihinden sonra iki yıllık süreyi geçmemek kaydıyla hizmet akdine istinaden işyerinde çalışmaması ve çocuğunun yaşaması şartıyla talepte bulunulan sürelerin borçlanabileceği öngörülmektedir¹¹. 2010/106 sayılı Genelge'ye göre, 5510 sayılı Kanun'un 41 inci maddesinin (a) bendine göre kadın sigortalıların doğum nedeniyle çalışmadıkları en fazla iki defa olmak üzere ikişer yıllık sürelerinin borçlandırılmasında sigortalının doğumdan önce 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında tescil edilmiş olması ve adına kısa ya da uzun vadeli sigorta kolları yönünden prim ödenmiş olması yeterli sayılacaktır. Doğumun çalıştığı işinden

ayrıldıktan sonra 300 gün içinde gerçekleşmesi şartı aranmayacaktır. Doğum borçlanması talebinde bulunan kadın sigortalıların doğum yaptığı tarihten sonra adına primi ödenmiş süreler borçlanma hesabında dikkate alınmayacak, doğum borçlanması yapılacak sürede çocuğun vefat etmesi halinde vefat tarihine kadar olan süreler borçlandırılacaktır. İlk doğumunu yaptıktan sonra iki yıl dolmadan ikinci doğumunu yapan kadın sigortalı, ilk doğumdan ikinci doğuma kadar geçen süre ile ikinci doğum için borçlanabileceği iki yıllık sürenin toplamı kadar geçen süreyi borçlanabilecektir.

Genelgede yer verilen örneğe göre, “Örnek 6- 5/5/1991 tarihinde 506 sayılı Kanuna tabi olarak çalışmaya başlayan, 6/6/1996-13/11/1997, 20/11/2001 ve 4/9/2006 tarihlerinde 4 doğum yapan sigortalı (F), doğumlardan sonraki çalışmadığı süreleri borçlanmak için müracaat etmiştir. Sigortalıya 2 doğum için borçlanma hakkı olduğu konusunda bilgi verildikten sonra tercih ettiği doğumlardan ikisi için borçlanma işlemi gerçekleştirilecektir.”

Kurum uygulamasında, m. 4/1, a kapsamında tescil edilmeden önceki doğumlar için borçlanma olanağı tanınmamaktadır. Genelgede verilen örneğe göre, “Örnek 1- 1/5/1993 tarihinde 506 sayılı Kanun kapsamında çalışmaya başlayan sigortalı (A)'nın 25/12/1995 tarihinde zorunlu sigortalılığı sona ermiştir. Sigortalı (A), 12/7/1990 ve 18/6/1997 tarihlerinde doğum yapmış olup sigortalı çalışmaya başladığı tarihten sonra 18/6/1997 tarihinde yapmış olduğu doğumu müracaatı halinde borçlanabilecek, tescil tarihinden önce 12/7/1990 tarihinde yapmış olduğu doğum borçlanma kapsamında değerlendirilmeyecektir.” Tescilden önceki doğumlar için doğum borçlanması yapılamayacağı yönünde Kanunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle sözü edilen uygulamanın tartışılabilir olduğu söylenebilecektir. Yargıtay'ın henüz doğrudan sigortalılığın tescilinden önce yapılan doğumlar nedeniyle çalışılmadan sigortasız olarak geçirilen süreler için doğum borçlanması yapıлып yapılmayacağı hususunda verilmiş bir kararı bulunmamaktadır. Ancak, başka bir konuya ilişkin olarak Yargıtay 10. HD'nin 25.02.2010 tarih ve E.

2009/8312, K. 2010/2516 sayılı Kararında, Yüksek Mahkeme'nin görüşünün, tescilden önceki doğumlar için borçlanma yapılamayacağı yönünde olduğu anlaşılmaktadır¹². Çalışmamızın kapsamını gerektiğinden fazla genişleteceği için bu hususa daha fazla yer verilememiştir.

Öte yandan, Genelgedeki diğer bir örneğe göre de, m. 4/I,a kapsamında tescil edilmekle birlikte, malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödenmemiş ise doğum borçlanması yapılamayacaktır. "Örnek 3- 3/4/1996 tarihinde 506 sayılı Kanun kapsamında tescilli bulunan sigortalı (C), 12/12/1997 tarihinde doğum yapmıştır. Yapılan incelemede sigortalı adına malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödenmediği anlaşıldığından sigortalı (C)'nin doğum borçlanması talebi kabul edilmeyecektir." Burada belirtilen hususa kısaca değinmek yerinde olacaktır. Bilindiği gibi, sigortalılık niteliğinin kazanılması için fiili/gerçek çalışma gerekir. Bu bakımdan, işe giriş bildirgesinin verilmesi ve tescil edilmiş olmak yeterli olmayıp, fiili/gerçek çalışmanın varlığı gereklidir. Böyle bir durumda ise, en az bir gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortası primi ödenmiş olacaktır. Genelgede de, borçlanma bakımından, tescil işleminin yanı sıra, en az bir gün dahi olsa fiili/gerçek çalışmasının bulunmasının gerektiği anlatılmak istenmiştir. Aksi halde, bir gün dahi olsa fiili/gerçek çalışmanın bulunmadığı ve dolayısıyla uzun vadeli sigorta kollarına prim ödenmediğinin tespit edildiği durumlarda, tescil işlemi borçlanma için yeterli olmayacaktır. Belirtilen örnekte olduğu gibi, tescil edilmiş ancak prim ödenmemiş bulunduğu durumlarda, borçlanma talebi reddedilen kişinin veya hak sahiplerinin, tescil işleminin yerinde olduğunu, en az bir gün gerçek/fiili çalışmasının bulunduğunu tespit davası açarak ispat etmesi gerekecektir. Bu bağlamda, ispat edilen ve mahkeme kararı ile hüküm altına alınan fiili çalışma süresi karşılığı olan primler Kurum tarafından ilgililerden talep edilecektir. Bunun sonucunda ise, örnek olayın aksine, borçlanma yapılabilecektir.

b) Kanunun m. 4/I, b Kapsamında veya Sonrasında Gerçekleşen Doğumlar

2010/106 sayılı Genelge'ye göre, m. 4/I,b

kapsamında sigortalı iken yapılan doğumlar nedeniyle borçlanma yapılamayacaktır. Geneldeki örneğe göre, "Örnek 2- 31/12/1988 tarihinde 506 sayılı Kanun kapsamında çalışmaya başlayan sigortalı (B)'nin 1/7/1989 tarihinde sigortalılığı sona ermiş, 6/7/1989 tarihi itibarıyla 1479 sayılı Kanun kapsamında çalışmaya başlamış olup bu kapsamdaki sigortalılığı halen devam etmektedir. Sigortalı 21/11/1986 ve 14/12/2000 tarihlerinde 2 doğum yapmıştır. Doğum borçlanması için müracaatta bulunan sigortalı, birinci doğumunun işe girdiği tarihten önce, ikinci doğumunun ise 1479 sayılı Kanuna tabi sigortalı iken gerçekleşmesi nedeniyle borçlandırılmayacaktır. Bilindiği gibi, doğum borçlanması, sigortasız olarak geçirilen süreler bakımından getirilmiş olup, karşılığında prim ödenmiş süreler için borçlanma olanağı bulunmamaktadır."

Öte yandan Genelgeye göre, önce m. 4/I,a kapsamında sonra, m. 4/I,b kapsamında sigortalı olan kadın, m. 4/I,b kapsamındaki sigortalılığı sona erdikten sonra yaptığı doğum nedeniyle sigortasız olarak geçirilen süreler için de borçlanma yapamayacaktır. Bu konuda Genelgede yer alan örneğe göre, "Örnek 7- 2/2/2002-10/4/2004 tarihleri arasında 506 sayılı Kanuna, 1/7/2007- 10/4/2008 tarihleri arasında 1479 sayılı Kanuna, 6/5/2009-8/7/2009 tarihleri arasında 5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine tabi sigortalı olan (G), 5/5/2006 ve 3/8/2008 tarihlerinde 2 doğum yapmıştır. Bu durumda sigortalının 5/5/2006 tarihindeki doğum süresi borçlandırılacak, 3/8/2008 tarihindeki doğumu ise son defa 1479 sayılı Kanuna tabi sigortalı olduğundan borçlandırılmayacaktır." Belirtilen uygulamanın tartışılabilir olduğu söylenebilir. Zira, Genelgedeki diğer açıklamalarda, doğum borçlanması bakımından, sigortalının doğumdan önce m. 4/I,a kapsamında tescil edilmiş olmasının ve adına kısa ya da uzun vadeli sigorta kolları yönünden prim ödenmiş olmasının yeterli sayılacağı, doğumun çalıştığı işinden ayrıldıktan sonra 300 gün içinde gerçekleşme şartının aranmayacağı ifade edilmektedir. Bu bağlamda, m. 4/I,a kapsamında tescil edildikten sonra, sigortasız olarak geçirilen dönem

içerisinde doğum yapan kişinin borçlanma olanağı bulunmaktadır. Oysa, Genelgede belirtilen örneğe göre, önce m. 4/I,a kapsamında sonra, m. 4/I,b kapsamında sigortalı olan kadının, m. 4/I,b kapsamındaki sigortalılığı sona erdikten sonra sigortasız olarak geçirilen dönemde yaptığı doğum nedeniyle sigortasız olarak geçirdiği süreler doğum borçlanması yöntemiyle borçlanılamayacaktır. Kanun m. 4/I,a kapsamında sigortalı olduktan sonra sigortasız olarak geçirilen dönemde doğum yapan kadın ile, önce m. 4/I,a kapsamında, daha sonra m. 4/I,b kapsamında sigortalı olan ve m. 4/I,b kapsamındaki sigortalılığı sona erdikten sonra sigortasız geçen dönemde doğum yapan kadın arasında ayırım yapılmaması gerekir. Dolayısıyla, m. 4/I,a kapsamında sigortalı olan kadının, daha sonra m. 4/I,b kapsamına girmesi ve bu sigortalılığı sona erdikten sonra doğum yapması halinde, m. 4/I,a kapsamındaki önceki tescili nedeniyle doğum borçlanmasına olanak tanınmalıdır. Doğum borçlanması hakkı, sadece Kanunun m. 4/I,a kapsamında sigortalı iken doğum yapan kişilerin sigortasız olarak geçirdikleri süreler için değil, bunların yanı sıra, sonraki dönemde sigortasız iken doğum yapan kişilerin sigortasız olarak geçirdikleri sürelerin değerlendirilmesi için de getirilmiştir. Dolayısıyla, ara dönemde m. 4/I,b kapsamında tescil edilmiş olma bu hakkın ortadan kaldırılmasını gerektirmeyecektir. Zira, Kanunda, bu konuda sınırlama getiren herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

c) İsteğe Bağlı Sigorta ve Sonrasında Gerçekleşen Doğumlar

2010/106 sayılı Genelge'de yer verilen bir örneğe göre, "Örnek 4- 20/11/1994-22/1/1995 tarihleri arasında 506 sayılı Kanuna tabi zorunlu, 1/3/1998-30/9/2007 tarihleri arasında 506 sayılı Kanunun mülga 85 inci maddesine göre isteğe bağlı sigortalı olan sigortalı (D), 18/5/1996 ve 25/10/2008 tarihlerinde 2 doğum yapmıştır. Sigortalının doğum borçlanması için müracaat etmesi halinde her iki doğumu da borçlandırılabilir." Bununla birlikte, "Örnek 5- 18/12/1995-25/11/1997 tarihleri arasında 506 sayılı Kanuna tabi olarak çalışan, 1/3/2007

tarihinde 506 sayılı Kanunun mülga 85 inci maddesine göre isteğe bağlı sigortalılığı başlatan ve 30/10/2009 tarihinde sona eren sigortalı (E), 12/12/1998 ve 1/9/2010 tarihlerinde 2 doğum yapmıştır. Sigortalının doğum borçlanması için müracaat etmesi halinde 12/12/1998 tarihinde yapmış olduğu doğumu borçlandırılacak, 1/10/2008 tarihinden sonraki süreleri isteğe bağlı sigortalı olarak 5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında sigortalı olduğundan 1/9/2010 tarihindeki doğumu borçlandırılmayacaktır."

Belirtilen örneklerdeki farklı uygulamanın nedeni, 506 sayılı Kanun kapsamındaki isteğe bağlı sigortalılığın m. 4/I,a kapsamında değerlendirilmesidir. Oysa 5510 sayılı Kanun'dan sonraki dönemde isteğe bağlı sigortalılar m. 4/I,b kapsamında sayılmaktadır. Kanunun m. 4/I,a kapsamında olan bir kişinin, daha sonra m. 4/I,b kapsamında sayılması ve bu sigortalılığı sona erdikten sonra doğum yapması halinde, bu kişilerin de daha önce yapılmış olan m. 4/I,a kapsamındaki tescilleri nedeniyle doğum borçlanmasına olanak tanınmalıdır.

d) 2925 sayılı Kanun'un Kapsamında ve Sonrasında Gerçekleşen Doğumlar

Genelgedeki düzenlemeye göre, "2925 sayılı Kanuna tabi sigortalılığı devam edenler ile hak sahipleri 5510 sayılı Kanunun 41 inci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi hükmü gereğince borçlanma yapabilecektir. Ancak, 2925 sayılı Kanuna tabi sigortalılığı devam edenlerin, 5510 sayılı Kanunun geçici 1 inci maddesi uyarınca Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında 506 sayılı Kanuna göre tescil edilmiş ve kısa ya da uzun vadeli sigorta kolları yönünden adına prim ödenmiş olması halinde kendileri veya hak sahipleri Kanunun 41 inci maddesinin ilgili bentleri kapsamında borçlanma yapabileceklerdir." (Genelge 2/D). Öte yandan Genelgeye göre, "2925 sayılı Kanuna tabi sigortalılığı devam edenlerden daha önce 5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddesi kapsamında sigortalılığı bulunanların borçlanılacak süreleri 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a)

bendi kapsamında” değerlendirilecektir (Genelge 3/I,d). Bu düzenlemeye konuyla ilgili Tebliğde¹³ de yer verilmiştir (Teb. m. 10/II).

Genelgede yer verilen örneğe göre: “Örnek 9- 1/1/1998-1/1/2008 tarihleri arasında 2925 sayılı Kanuna göre tarım sigortalılığı bulunan sigortalı (I), 12/7/2000 tarihinde doğum yapmış 13/8/2010 tarihinde doğum borçlanması yapmak için müracaat etmiş olup sigortalının 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalılığı bulunmadığından doğum borçlanması talebi kabul edilmeyecektir. Örnek 10- 1/1/1986-1/1/1990 tarihleri arasında 2925 sayılı Kanuna, 25/12/1991-15/12/1992 tarihleri arasında 506 sayılı Kanuna tabi olan sigortalı (İ), 3/2/1990 ve 8/9/1993 tarihlerinde 2 doğum yapmıştır. Sigortalının müracaatı halinde 8/9/1993 tarihinde yaptığı doğumundan dolayı borçlanma yapabilecek, ancak, 3/2/1990 tarihinde son defa 2925 sayılı Kanuna tabi iken yaptığı doğumdan dolayı borçlandırılmayacaktır.”¹⁴

Yukarıda, önce m. 4/I,a ve daha sonra m. 4/I,b kapsamında tescil edildikten sonra sigortalılığı sona eren kişinin sigortasız olduğu dönemde yaptığı doğumlara ilişkin açıklamalarımız uygun olduğu ölçüde burada da geçerli olacaktır.

4. BORÇLANMA TALEP TARİHİNDEKİ STATÜNÜN ETKİSİ

a) Genel Olarak

Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'nin¹⁵ m. 66 hükmüne göre, “...Kanunun yürürlük tarihinden önce veya sonra geçen ve Kanunun 41 inci maddesinde belirtilen sürelerin borçlanması için Kanun veya mülga sosyal güvenlik kanunlarına göre tescil edilmiş olmak yeterli olup, borçlanma talep tarihi veya ölüm tarihi itibarıyla sigortalı olma şartı aranmaz.” (Yön. m. 66/D). Tebliğe göre de, “Hizmet borçlanmalarında, 5510 sayılı Kanun veya mülga sosyal güvenlik kanunlarına göre tescil edilmiş olmak yeterli olup, sigortalının kendisi tarafından yapılan başvurularda borçlanma talep tarihinde, hak sahiplerince yapılan başvurularda ise si-

gortalının ölüm tarihinde fiilen sigortalı olma şartı aranmaz.” denilmektedir (Teb. m. 6/I).

5510 sayılı Kanun'un 41. maddesine göre, “Borçlanılan süreler, uzun vadeli sigorta ve genel sağlık sigortası bakımından; a) Birinci fıkranın (a), (b), (d), (e), (f), (g) ve (h) bentleri gereği borçlananlar, borçlandığı tarihteki 4 üncü maddenin birinci fıkrasının ilgili bendine göre, b) Birinci fıkranın (c) ve (i) bentleri gereği borçlananlar, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (c) bendine göre, sigortalılık süresi olarak değerlendirilir.” (m.41/IV).

Aynı husus Yönetmelikte, “Kanunun 41 inci maddesinin birinci fıkrasının; a) (a), (b), (d), (e), (f), (g) ve (h) bentleri gereği borçlanılan süreler, talep tarihinde tabi olunan Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının ilgili bendine göre, b) (c) ve (i) bentleri gereği borçlanılan süreler, Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendine göre, uzun vadeli sigorta kolları ve genel sağlık sigortası bakımından prim ödeme gün sayısı olarak değerlendirilir.” şeklinde düzenlenmiştir (m. 66/IV).

Tebliğde ise, Kanun ve Yönetmeliktekilere benzer hükümlere yer verildikten sonra, “5510 sayılı Kanunun geçici 4 üncü maddesi uyarınca haklarında 5434 sayılı Kanunun mülga hükümleri uygulanacak olan sigortalıların 41 inci maddenin (a), (f) ve (g) bentlerine göre borçlandırılan süreleri 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında, c) 2925 sayılı Kanuna tabi sigortalılığı devam edenlerden daha önce 5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddesi kapsamında sigortalılığı bulunanların borçlanılacak süreleri 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında, sigortalılık süresi olarak değerlendirilir.” denilmektedir (Teb. m. 10/II).

Kanun ve Yönetmelik hükümleri birlikte incelendiğinde, borçlanılan sürelerin hangi statüde değerlendirileceğinin tespiti yapılırken, borçlanma talep tarihinin esas alınması gerektiği anlaşılmaktadır. Bu kapsamda, borçlanma talebinde bulunduğu sırada, 5510 sayılı Kanun'un m. 4/I,a,b,c bentlerinin birinin kapsamında olunabileceği gibi, sigortalılık sona ermiş de olabilecektir. Öte yandan, geride kalan hak sahiplerinin borçlanması bakımından, borçlanma talep tarihinde sigortalı hayatta olmayacaktır.

b) 5510 sayılı Kanun'un 41. Maddesi Gereğince Yapılan Borçlanmalar

aa) Sigortalı iken yapılan borçlanmalar

Kurumun 2010/106 sayılı Genelgesi'nde, 5510 sayılı Kanun'un 41. maddesi gereğince yapılan borçlanma statülerinin belirlenmesine ilişkin esaslara yer verilmiştir. Genelgeye göre, 5510 sayılı Kanun'un m. 41/I, (c) ve (i) bendine göre borçlanılan süreler m. 4/I,c kapsamında değerlendirilecektir.

Kanunun m. 41/I, (a), (b), (d), (e), (f), (g) ve (h) bentlerine göre borçlandırılan süreler ise borçlanılan tarihteki 4. maddenin birinci fıkrasının ilgili bendine göre değerlendirilecektir (Genelge 3/I,a). Belirtilen hükme göre, m. 41/I, (a), (b), (d), (e), (f), (g) ve (h) bentlerine ilişkin borçlanmalar, borçlanma talep tarihinde, sigortalının m. 4/I,a,b,c bentlerinin hangisinin kapsamına giriyorsa, bu kapsamda değerlendirilecektir.

Sözü edilen düzenlemenin yerinde olduğu söylenemeyecektir. Genelge'de konuyla ilgili olarak şu örnek verilmiştir. "Örnek 1- 10/11/1998-15/12/2000 tarihleri arasında 506 sayılı Kanuna, 5/1/2005 tarihinden itibaren ise 1479 sayılı Kanuna tabi sigortalı olan ve 10/3/2001-10/3/2003 tarihleri arasındaki doğum süresini borçlanan sigortalı (M)'nin bu süresi 5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendine tabi sigortalılık süresi olarak dikkate alınacaktır. Örnek 2- 1/11/2006-1/2/2008 tarihleri arasında 506 sayılı Kanuna, 5/8/2008-8/7/2009 tarihleri arasında 1479 sayılı Kanuna tabi sigortalılığı bulunan ve 16/6/2010 tarihinde müracaat ederek 6/3/1975-7/11/1976 tarihleri arasında yaptığı askerlik hizmetini borçlanan sigortalı (N)'nin borçlandığı süre 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendine tabi sigortalılık süresi olarak dikkate alınacaktır."

Belirtilen örneklerden de anlaşılacağı üzere, Genelgeye göre, m. 4/I,a kapsamında sigortalı olan kadının doğum yaptıktan sonra bir süre çalışmaması ve daha sonra m. 4/I,b kapsamında sigortalı iken doğum borçlanması hakkını kullanmak istemesi halinde, Genelgeye göre sözü

edilen borçlanma süreleri m. 4/I,b kapsamında değerlendirilecektir. Oysa, doğum borçlanması hakkı m. 4/I,a kapsamındaki kadınlara tanınmış bir hak olup, borçlanmanın da ne zaman yapılırsa yapılsın, yine m. 4/I,a kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Bu hakkın m. 4/I,b kapsamında iken kullanılması halinde, m. 4/I,a kapsamında kazanılan bir hakka ilişkin borçlanmanın sırf talep tarihinde m. 4/I,b kapsamında olunması nedeniyle, m. 4/I,b kapsamında değerlendirilmesi yerinde görülmez. Aynı husus, uygun olduğu ölçüde diğer örnekte yer verilen askerlik borçlanması ve diğer borçlanmalar bakımından da geçerli olacaktır. Genelgedeki örnek olaya göre, önce askerlik yapan daha sonra m. 4/I,a kapsamında sigortalı olan, daha sonra ise m.4/I,b kapsamında iken borçlanma talebinde bulunan sigortalının borçlanması, m. 4/I,b kapsamında değerlendirilecektir. Bilindiği gibi, askerlik borçlanması halinde, askerliğin sigortalılıktan önce yapılması halinde, sigortalılık başlangıcı borçlanılan süre kadar geriye götürülmektedir. Örnek olayda, borçlanmanın m. 4/I,a kapsamında sigortalı olmadan önce yapılmış olması nedeniyle, borçlanmanın da m. 4/I,a kapsamında değerlendirilmesi gerekirdi. Esas itibarıyla, borçlanmalarda sigortalının veya hak sahiplerinin lehine olan durumlara öncelik tanınmalı, borçlanılan süreler lehe olan statüye göre değerlendirilmesi sağlanmalıdır.

Genelge'de sigortalı iken yapılan borçlanmalarla ilgili olarak farklı düzenlemelere yer verildiği de görülmektedir. Genelgeye göre, "5510 sayılı Kanunun geçici 4 üncü maddesi uyarınca haklarında 5434 sayılı Kanunun mülga hükümleri uygulanacak olan sigortalıların 41 inci maddenin (a), (f) ve (g) bentlerine göre borçlandırılan süreleri 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında değerlendirilecektir." Yukarıda belirttiğimiz üzere, aynı düzenleme Tebliğde de yer almaktadır. Genelgede yer alan konuyla ilgili örneğe göre, "Örnek.3. 27/10/1995-1/5/1996 tarihleri arasında 506 sayılı Kanuna tabi çalışması bulunan, 4/7/2000 tarihinde 5434 sayılı Kanuna tabi göreve başlayarak halen bu görevine devam eden ve 22/4/1999-3/7/2000 tarihleri arasındaki doğum sonrası süresini borçlanan sigortalı (O)'nun bu

Doğum borçlanması hakkı m. 4/I, a kapsamındaki kadınlara tanınmış bir hak olup, borçlanmanın da ne zaman yapılırsa yapılsın, yine m. 4/I, a kapsamında değerlendirilmesi gerekir.

süresi 5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine tabi sigortalılık süresi olarak dikkate alınacaktır.” Belirtilen örnekten de anlaşılacağı üzere, aynı konuda farklı uygulamalar söz konusu olmaktadır. Bu farklılığın nedeni, sadece Genelgedeki düzenlemelerden değil, yukarıda belirttiğimiz, Yönetmelik ve Tebliğde yer alan düzenlemelerden kaynaklanmaktadır.

Öte yandan Genelgeye göre, “2925 sayılı Kanuna tabi sigortalılığı devam edenlerden daha önce 5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddesi kapsamında sigortalılığı bulunanların borçlanılacak süreleri 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında” değerlendirilecektir (Genelge 3/I,d).

2010/106 sayılı Genelge uyarınca, “2925 sayılı Kanuna tabi sigortalılığı devam edenler ile hak sahipleri 5510 sayılı Kanunun 41 inci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi hükmü gereğince borçlanma yapabilecektir. Ancak, 2925 sayılı Kanuna tabi sigortalılığı devam edenlerin, 5510 sayılı Kanunun geçici 1 inci maddesi uyarınca Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında 506 sayılı Kanuna göre tescil edilmiş ve kısa ya da uzun vadeli sigorta kolları yönünden adına prim ödenmiş olması halinde kendileri veya hak sahipleri Kanunun 41 inci maddesinin ilgili bentleri kapsamında borçlanma yapabileceklerdir.” (Genelge 2/I). 2008/111 sayılı Genelge’de konuyla ilgili olarak şu hüküm yer almaktadır: “2925 sayılı Kanuna tabi kadın sigortalılar da doğumdan sonra adlarına prim ödenmemiş olması kaydıyla iki yıllık sürelerini borçlanabileceklerdir. Ancak, bunların sigortalılıkları doğum nedeniyle sona ermeyeceğinden, doğum tarihinden itibaren primi ödenmemiş süresi olsa dahi doğum yapılan yılın sonuna kadar olan süre için tarım

sigortası primleri tahsil edilecek, bu süre iki yıllık süreden düşüldükten sonra kalan süresi borçlandırılacaktır.”

2010/106 sayılı Genelge uyarınca, “5510 sayılı Kanunun 5 inci maddesinin (g) bendine tabi sigortalıların borçlanma statüsü 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında,” değerlendirilecektir (Genelge 3/I,e). Bilindiği üzere, sözü edilen kişiler, ülkemiz ile sosyal güvenlik sözleşmesi olmayan ülkelerde iş üstlenen işverenlerce yurt dışındaki işyerlerinde çalıştırılmak üzere götürülen Türk Vatan-daşı olan işçiler olup, bunlar Kanunun m.5/I,g hükmünde, Kanunun m. 4/I,a hükmünün kapsamında sigortalı sayılmışlardır.

bb) Sigortalılığın sona ermesinden yapılan borçlanmalar

Genelgeye göre, “Sigortalılığı sona erdikten sonra 5510 sayılı Kanunun 41 inci maddesinin (a), (b), (d), (e), (f), (g) ve (h) bentlerine göre borçlandırılan süreler, en son sigortalılık statüsüne göre, değerlendirilecektir.” (Genelge 3/I,b). Burada belirtmek gerekir ki, Genelgede sigortalılığın sona ermesi ile ifade edilmek istenilen, aktif sigortalılığı gerektiren durumdur. Buna örnek olarak ise, sigortalı olarak çalışan işçinin işten ayrıldıktan sonra sigortasız olduğu dönemde yaptığı borçlanmalar gösterilebilir. Belirtilen düzenlemeye göre, bu tür borçlanmalara ilişkin süreler, sigortalının en son sigortalılık statüsüne göre değerlendirilecektir. Örneğin, m. 4/I,a kapsamında olan ve doğum yaptıktan bir süre çalışmayan kadın sigortalının, sırasıyla m. 4/I,b kapsamında ve m. 4/I,a kapsamında sigortalı olması, sigortalılığının sona ermesinden sonra doğum borçlanması hakkını kullanmak istemesi halinde, sözü edilen borçlanma süreleri Genelgedeki düzenlemeye göre m. 4/I,a kapsamında değerlendirilecektir. Genelgeye göre, son sigortalılığın m. 4/I,b kapsamında olması halinde, borçlanma m. 4/I,b kapsamında değerlendirilecektir. Oysa, doğum borçlanması hakkı m. 4/I,a kapsamındaki kadınlara tanınmış bir hak olup, borçlanmanın da ne zaman yapılırsa yapılsın, yine m. 4/I,a kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Aynı husus, uygun olduğu ölçüde askerlik borçlanması ve

diğer borçlanmalar bakımından da geçerli olacaktır. Bu bağlamda, esas olarak, sigortalının veya hak sahiplerinin lehine olan durumlara öncelik tanınmalı, borçlanılan sürelerin lehe olan statüye göre değerlendirilmesi sağlanmalıdır.

Sigortalılığın sona ermesine ilişkin uygulamalar bakımından benzer bir durum ise Genelgede şu şekilde düzenlenmiştir. Genelgeye göre, “5510 sayılı Kanununun 4 üncü maddesi kapsamında zorunlu sigortalılığı sona erdikten sonra isteğe bağlı sigortaya prim ödeyenlerden sigortalılığı sona erdikten sonra 5510 sayılı Kanunun 41 inci maddesinin (a), (b), (d), (e), (f), (g) ve (h) bentlerine göre borçlandırılan süreler 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında...” değerlendirilecektir (Genelge 3/I,e). Bu yöndeki uygulamaların da yerinde olduğu söylenemeyecektir.

Burada vurgulamak gerekir ki, hizmet borçlanmaları bakımından borçlanılan sürelerin hangi statüde değerlendirileceği, sigortalıların ve geride kalan hak sahiplerinin sosyal sigorta hak ve yükümlülüklerini doğrudan etkilemektedir. Bu nedenle sözü edilen hususların, Kanunda düzenlenmesi daha isabetli olurdu. Bu bağlamda, konuyla ilgili olarak, daha adil uygulamalar için yeni düzenlemelere ihtiyaç bulunduğu ve bu konuda mevzuatta değişiklik yapılması gerektiği söylenebilecektir.

cc) Farklı statüde yapılan borçlanmalar

Konuyla ilgili olarak Genelgede farklı durumlara göre düzenleme yapıldığı görülmektedir. Bu hususlara, çalışmamızın kapsamını aşmayacak şekilde gerekli görüldüğü ölçüde aşağıda yer vermeye çalışılmıştır.

aaa) 1479 veya 2926 sayılı Kanunlara tabi olunan sürede 506 sayılı Kanuna göre yapılan borçlanmalar

Genelgeye göre, 1/10/2008 tarihinden önce 1479 veya 2926 sayılı Kanunlara tabi sigortalı iken 506 sayılı Kanun’un mülga 60 inci maddesinin (F) bendine göre yapılan borçlanmalar, 5510 sayılı Kanun’un 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine tabi hizmet olarak değerlendirilecektir. Borçlanılan süreler Kanunun 4

üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendine göre ayrıca basamak intibakında dikkate alınmayacaktır. Bu düzenlemenin kendi içerisinde tutarlı olduğu söylenebilecektir. Esas itibarıyla, diğer borçlanmalarda da benzer yol izlenerek, sigortalının lehine olan statüye göre borçlanma olanağı tanınmalıdır.

Konuyla ilgili olarak Genelgede iki örnek verilmiştir: “Örnek 1- 506 sayılı Kanuna tabi olarak 1/4/1985-30/8/1986 ve 24/11/1995-13/11/2008 tarihleri arasında zorunlu sigortalı hizmetleri olan sigortalı (R), 17/10/1990 tarihinde 21/5/1976-21/1/1978 tarihleri arasındaki askerlik süresini borçlanmak için Sosyal Sigortalar Kurumuna müracaat etmiş, tebliğ edilen borcu iki yıllık süre içinde ödemiş, 20/10/2010 tarihinde de aylık bağlanması için tahsis talebinde bulunmuştur. Tahsis aşamasında yapılan incelemede sigortalının 13/8/1986-24/4/1995 tarihleri arasında 1479 sayılı Kanuna tabi hizmeti olduğu anlaşılmış olup 506 sayılı Kanun kapsamında yapmış olduğu askerlik borçlanması geçerli sayılacaktır. Örnek 2-1/3/1984-11/9/2008 tarihleri arasında 506 sayılı Kanuna göre çeşitli işyerlerinde çalışması bulunan sigortalı (S), 5/3/1975-5/11/1976 tarihleri arasındaki askerlik süresini 9/12/1998 tarihinde ödemiştir. 2008 yılında 1/9/1995-15/5/2000 tarihleri arasında 2926 sayılı Kanuna göre sigortalı olduğu tespit edilmiştir. Bu durumda sigortalının borçlanması iptal edilmeyecek 506 sayılı Kanun kapsamında borçlanma hizmeti olarak dikkate alınacaktır.”

Ayrıca Genelgede konuyla ilgili olarak şu hükümlere yer verilmiştir: “5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendine tabi sigortalıların 41 inci maddeye göre yapacakları borçlanma taleplerinde de tescil edilmiş olma şartı dışında herhangi bir şart aranmayacaktır. Bu nedenle, 1/10/2008 tarihinden önce 1479 ve 2926 sayılı Kanunlar gereğince aktif sigortalı olmamaları nedeniyle askerlik borçlanma talepleri reddedilen sigortalı ve hak sahiplerinin 1/10/2008 tarihinden sonra yeniden müracaatları halinde borçlanma işlemleri aktif sigortalı olma şartı aranmaksızın sonuçlandırılacaktır¹⁶. 5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi

kapsamında sigortalı sayılanlar askere alınmaları halinde sigortalılıkları sona ermediğinden bu sigortalılıkları devam ettiği sürece 41 inci maddenin birinci fıkrasının (b) bendine göre er veya erbaş olarak silah altında veya yedek subay okulunda geçen sürelerin borçlandırılmasında zorunlu sigortalılıkları devam edenler dışındakiler borçlanma yapabilecektir.”

bbb) 1/10/2008 tarihindan sonra yanlış statüde yapılan borçlanmalar

Genelge'de yanlış statüde yapılan ile ilgili olarak şu hükümlere yer verilmiştir: “1/10/2008 tarihinden sonra Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bendine tabi sigortalı sayılanlar ile 2008 yılı Ekim ayı başından sonra ilk defa (c) bendine tabi sigortalı olanlar ve hak sahiplerinin borçlandırılması gereken sigortalılık statüsü dışında diğer statülerden birisine göre borçlandırılması halinde mevzuat farklılığının bulunmaması nedeniyle borçlanma tutarı iade edilmeyecek, borçlanma talep dilekçesinin Kurum kayıtlarına intikal tarihi ve borcun ödendiği tarihler dikkate alınarak hizmetler sigortalının ait olduğu statüdeki programa aktarılacak ve sigortalılardan yeni bir borçlanma talebi istenmeyecektir.” Sözü edilen düzenlemenin yeterince açık olmadığı anlaşılmaktadır. Borçlanmaya ilişkin düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, borçlanma talep tarihinin esas alınacağı anlaşılmaktadır. Ancak burada, talep tarihi ile borcun ödendiği tarihlerin dikkate alınacağı belirtilmekte olup, bu hususun yeterince açık bir şekilde düzenlenmediği görülmektedir.

ccc) 5434 sayılı Kanun hükümlerine tabi sigortalılardan 2008 yılı Ekim ayı başından önce 506 sayılı Kanuna tabi çalışmaları bulunanların borçlanma işlemleri

Genelge'deki düzenlemeye göre, 5510 sayılı Kanun'un geçici 4 üncü maddesi uyarınca haklarında 5434 sayılı Kanun hükümleri uygulanan 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (c) bendine tabi sigortalılardan 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında geçen çalışmaları sırasında 5510 sayılı Kanun'un 41 inci maddesinin birinci fıkrasının (a), (f) ve (g)

bentlerinde belirtilen süreleri bulunanlar bu madde hükümlerine göre söz konusu sürelerini borçlanabileceklerdir. Ancak, bu durumda 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalılık süresi olarak değerlendirilen, borçlanılan söz konusu süreler, 5434 sayılı Kanun'un 89 uncu maddesine göre ödenen emekli ikramiyesine esas hizmet sürelerine ilave edilmeyecektir.

ddd) 5510 sayılı Kanun'un geçici 4 üncü maddesinin onbeşinci fıkrasına göre yapılan borçlanmalar

Genelge'ye göre, “5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce 5434 sayılı Kanuna göre iştirakçi olup 2008 yılı Ekim ayından sonra Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrası kapsamında sigortalılığı bulunmayanların, borçlanılacak hizmetler ile birlikte kendileri veya ölenlerin hak sahiplerinin 5510 sayılı Kanuna göre aylığa hak kazanmaları ve müraaat etmeleri halinde kapsamdaki süreleri 5434 sayılı Kanunun borçlanma hükümleri gereğince borçlandırılacaktır.” Konuyla ilgili olarak Genelgede örnekler verilmiştir: “Örnek 115/4/2000-14/10/2003 tarihleri arasında 5434 sayılı Kanuna tabi hizmeti olan ve 5/7/2004 tarihinde vefat eden sigortalının eşi 2008 yılı Ekim ayından sonra vefat eden eşinin borçlanma kapsamında olan askerlik süresinden 5510 sayılı Kanuna göre kendisine aylık bağlamaya yetecek kadar olan 1 yıl 6 aylık kısmı 5434 sayılı Kanuna göre borçlandırılacaktır.”¹⁷

c) Yurtdışı Hizmet Borçlanmaları

aa) Yurtdışındaki sürelerin borçlanması

Bilindiği gibi, hizmet borçlanmasına ilişkin hükümler genel olarak 5510 sayılı Kanun'da düzenlenmiştir. Ancak, yurtdışı hizmet borçlanmasına ilişkin hükümler ise 3201 sayılı Kanun'la düzenlenmiştir¹⁸. Bu konuyla ilgili olarak, borçlanma anındaki statü belirtilen Kanundaki hükümler nedeniyle önem taşımaktadır.

Tebliğe göre, 3201 sayılı Kanun uyarınca yurtdışında geçen hizmet sürelerini borçlanan sigortalıların 5510 sayılı Kanun'un 41 inci mad-

desi gereğince yapacakları borçlanma talepleri, 3201 sayılı Kanun'a göre belirlenen sigortalılık statüsüne göre sonuçlandırılacaktır (Teb. 10/ XI).

3201 sayılı Kanun'un 5. maddesine göre, "Yurtdışı hizmet borçlanmasına ait süreler 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununa göre hangi sigortalılık haline göre geçmiş sayılacağı belirlenmesinde; Türkiye'de sigortalılıkları varsa borçlanma talep tarihindeki en son sigortalılık haline göre, sigortalılıkları yoksa aynı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında geçmiş sigortalılık süresi olarak kabul edilir." (m. 5/IV).

Belirtilen düzenlemeye göre, yurtdışı hizmet borçlanmalarında, borçlanmanın hangi statüde değerlendirileceği, öncelikle hakkında borçlanma yapılacak kişinin borçlanma talep tarihinde veya öncesinde Türkiye'de sigortalı olup olmadığına göre belirlenecektir. Burada vurgulamak gerekirse borçlanma sırasında sigortalı olunması zorunlu olunması değildir¹⁹. Önemli olan borçlanma talep tarihinde veya öncesinde Türkiye'de herhangi bir sigortalılığın, tescilin bulunup bulunmadığıdır. Burada sigortalılığın niteliği bakımından önem arz eden husus, hakkında borçlanma yapılacak kişinin, 5510 sayılı Kanun'un 4. veya 5. madde kapsamında sigortalı olup olmadığıdır. Kanunun 4. maddesi kapsamında sigortalı olanlar, anılan maddenin m. 4/I,a,b,c bentlerinde sayılanlar ve aynı maddede sayılan ve haklarında sözü edilen bentlerin uygulanacağı sigortalılar olup, bunlar tüm sigorta kollarına tabidir. Diğerleri ise, Kanun'un 5. maddesine giren sigortalılar olup, bunlar bazı sigorta kollarına tabi olan sigortalılardır. Ancak, bunlar da, tabi oldukları sigorta kolları sınırlı olmakla birlikte, 5. maddede ilgili düzenlemelerde açıkça düzenlendiği üzere durumlarına göre m. 4/I, a,b ve c bentlerinin birinin kapsamında sigortalı sayılmaktadır.

İşte 3201 sayılı Kanun kapsamında hizmet borçlanması yapılması halinde, borçlanmaya konu olan kişinin Türkiye'de borçlanma talep tarihinde veya öncesinde m. 4/I,a,b,c bentlerinden birisinin kapsamında tescil edilmiş olması halinde, borçlanılan süreler talep tarihindeki

en son sigortalılık statüsüne göre yapılacaktır²⁰. Ancak, talep tarihinde veya öncesinde herhangi bir sigortalılığın bulunmaması halinde, borçlanma m. 4/I,b statüsünde yapılmış sayılacak ve dolayısıyla borçlanılan süreler m. 4/I,b kapsamında değerlendirilecektir.

3201 sayılı Kanun'un 5. maddesine göre, "Yurt dışındaki sigortalılık sürelerinin tespitinde, bunu belirten ve istek sahibinin ibraz edeceği ispatlayıcı belgelerde kayıtlı bulunan tarihler arasındaki son tarihten geriye doğru olmak üzere gün sayıları esas alınır, bu tespit 1 yıl 360 gün, 1 ay 30 gün hesaplanır. Sosyal güvenlik kanunlarına tabi hizmetleri olanların, borçlandıkları gün sayısı, prim ödeme gün sayıları ile ilgili hizmetlerine katılır. Sigortalılığın başlangıç tarihinden önceki süreler borçlanılmış ise, sigortalılığın başlangıç tarihi, borçlanılan gün sayısı kadar geriye götürülür. Sosyal güvenlik kuruluşlarına tabi hizmeti bulunmayan istek sahiplerinin sigortalılıklarının başlangıç tarihi, borçlarını tamamen ödedikleri tarihten borçlanılan gün sayısı kadar geriye götürülen tarihtir (m. 5/I-III). Öte yandan Kanunun anılan hükmünün son fıkrasında, "Sosyal güvenlik sözleşmesi yapılmış ülkelerdeki hizmetlerini, bu Kanuna göre borçlananların, sözleşme yapılan ülkede ilk defa çalışmaya başladıkları tarih, ilk işe giriş tarihi olarak dikkate alınmaz." hükmüne yer verilmiştir. Bu düzenlemelere aşağıda ayrıca değinilecektir.

bb) Yurtdışında çalışması bulunanların Kanunun 41. maddesine göre yapacakları borçlanmalar

aaa) 3201 sayılı Kanun'a göre borçlanma yapanların durumu

Genelgeye göre, 3201 sayılı Kanun'a göre yurtdışında geçen hizmet sürelerini borçlanılan sigortalıların 5510 sayılı Kanun'un 41 inci maddesine göre yapacakları borçlanmalar, 3201 sayılı Kanun'a göre belirlenen sigortalılık statüsüne göre değerlendirilecektir. Genelgede verilen örneğe göre, "Örnek- Türkiye'de herhangi bir çalışması olmayan sigortalı (Ö) 15/12/1988-22/6/1996 tarihleri arasında yurtdışında geçen hizmet sürelerini borçlanmıştır.

Borçlanma anında veya önceki dönemde, SSK, Bağ-Kur veya TC. Emekli Sandığı'na tabi çalışması olan kişilerle ilgili borçlanma talepleri Sosyal Güvenlik Kurumu'na yapılacaktır.

Sigortalının söz konusu süreleri 5510 sayılı Kanununun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında değerlendirildiğinden, 6/6/1986-8/12/1987 tarihlerinde yapmış olduğu askerlik hizmetini borçlanması halinde, askerlik borçlanma süresi 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında değerlendirilecektir.”

Belirtilen düzenleme, Türkiye'de herhangi bir çalışması bulunmayan kişiler hakkında uygulanacaktır. Zira, yurtdışı hizmet borçlanması yapan ve aynı zamanda Türkiye'de çalışması bulunan kişilerle ilgili olarak m. 41 hükmüne göre yapılacak borçlanmalarda, yukarıda 41. maddeye göre (yurtiçinde) yapılan hizmet borçlanmasına ilişkin diğer düzenlemeler uygulanacaktır.

bbb) 3201 sayılı Kanun'a göre borçlanma yapmamış olanlar

Genelgede ayrıca konuyla ilgili benzer başka bir düzenlemeye daha yer verilmiştir. 5510 sayılı Kanun'a göre yurtiçinde çalışması bulunmayanlardan, sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmış ülkelerde çalışmış olanlar ile halen çalışmaya devam edenler Kanununun 41 inci maddesinin (b), (d), (e) ve (h) bentlerine göre borçlanma yapabileceklerdir. Bunların borçlandıkları süreler Kanununun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendine tabi sigortalılık süresi olarak değerlendirilecektir. Örnek-Türkiye'de herhangi bir çalışması bulunmayan ve halen Almanya'da çalışmaya devam eden sigortalı (P)'nin 30/12/1988-30/6/1989 ile 1/7/1989-30/12/1989 tarihleri arasındaki avukatlık staj süresini borçlanması halinde bu süre 5510 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında değerlendirilecektir.

cc) 08.05.2008 tarihinden önce borçlanma talebinde bulunmuş olan kişiler

3201 sayılı Kanun'a 2008 yılında eklenen Geçici 7. maddeyle, 08.05.2008 tarihten önce hizmet borçlanması talebinde bulunanlarla ilgili düzenleme getirilmiştir. Belirtilen düzenleme uyarınca, “Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce hizmet borçlanması talebinde bulunanlardan; borç tahakkuku yapılmış olanların, borç tahakkuku ile ilgili işlemleri devam edenlerin, tahakkuk ettirilen borçlarını ödeyenlerin ve borçlandıkları yurtdışı hizmetleri dikkate alınarak aylık bağlanmış olanların kazanılmış hakları saklıdır. 5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra ilk defa aynı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında sigortalı olarak çalışmaya başlayanların 5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önceki yurtdışı borçlanma süreleri de, aynı Kanununun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında değerlendirilir. Bunların aylıklarının hesabında 5510 sayılı Kanununun geçici 2 nci maddesi hükümleri uygulanır.” (Geç. m. 7/I-II). (Sözü edilen düzenleme, 3201 sayılı Kanun'a 5754 sayılı Kanun'la eklenmiş olup, 08.05.2008 tarih ve 26870 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak aynı tarihte yürürlüğe girmiştir.)

dd)Yurtdışı hizmet borçlanmalarında başvuru yapılacak kurum veya kuruluş

3201 sayılı Kanun'un 1. ve 3. maddesindeki hükümler birlikte değerlendirildiğinde, Türk vatandaşı olanlardan, 18 yaşını doldurduktan sonra, yurtdışında sigortalı olanlar (sigortalılık süreleri ve bu süreleri arasında veya sonunda her birinde bir yıla kadar işsiz olanlar) ve ev kadını olanlar ile yurt dışında çalışmakta iken veya yurda kesin dönüş yaptıktan sonra ölenlerin Türk vatandaşı olan hak sahipleri sigortalının Türkiye'de hiçbir sosyal güvenlik kuruluşuna tabi çalışması yoksa Sosyal Güvenlik Kurumu'na, Türkiye'de çalışması varsa en son tabi olduğu sosyal güvenlik kuruluşuna müracaat etmek suretiyle bu Kanunla getirilen haklardan yararlanabileceklerdir (m. 1, m. 3/I)²¹.

Kanunun 2. maddesinde, “Sosyal güvenlik kuruluşları, Sosyal Güvenlik Kurumu ile 17/7/196 tarihli ve 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun geçici 20 nci maddesine tabi sandıkları,” şeklinde ifade edilmiştir²². Bilindiği gibi, 5510 sayılı Kanun ile SSK, Bağ-Kur veya TC. Emekli Sandığı, Sosyal Güvenlik Kurumu adı altında tek çatı altında birleştirilmiştir. Borçlanma anında veya önceki dönemde, SSK, Bağ-Kur veya TC. Emekli Sandığı’na tabi çalışması olan kişilerle ilgili borçlanma talepleri Sosyal Güvenlik Kurumuna yapılacaktır. 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun geçici 20 nci maddesine tabi sandıkların ise, 5510 sayılı Kanun’un konuyu düzenleyen Geç. 20. maddesinin yürürlüğe girdiği (01.10.2008) tarihten itibaren 3 yıl içerisinde Sosyal Güvenlik Kurumu’na devri öngörülmüş (5510 s.K. Geç.m. 20), ancak devir henüz gerçekleştirilememiş olup, sözü edilen sandıklar halen varlıklarını sürdürmektedirler.

d) Sigortalının Ölümünden Sonra Hak Sahiplerinin Yapacağı Borçlanmalar

Bilindiği gibi, sigortalının ölümü halinde, geride kalan hak sahipleri de borçlanma yapabilmektedir. Bu bağlamda, borçlanılan sürelerin değerlendirilmesi bakımından, geride kalanların borçlanmalarının hangi statüde sayılması gerektiğine açıklık kazandırmak gerekecektir. Konuyla ilgili olarak, 5510 sayılı Kanun’da ve diğer mevzuatta açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu konuda, 3201 sayılı Kanun’da bir düzenleme yer almakta olup, bu düzenlemede, borçlanma talebinden önce sigortalı olup olmaya göre bir ayırım yapılmaktadır. Konumuz bakımından önemli olan ise, borçlanma talebinden önce, m. 4/I,a,b,c bentlerinden birisine tabi iken ya da bunlara ilişkin sigortalılıkları sona erdikten sonra ölen kişilerin hak sahiplerinin yaptıkları borçlanmaların hangi statüde değerlendirileceğidir. Konuyla ilgili tüm hususlar birlikte değerlendirildiğinde, sigortalının sağlığında, borçlandığı süre hangi statüde değerlendirilecek ise, sigortalının ölümü halinde geride kalan hak sahiplerinin de aynı statüde borçlanabileceği anlaşılmaktadır. Bu nedenle

hizmet borçlanmaları bakımından yapılan açıklamalar, hem sigortalı, hem de hak sahipleri bakımından geçerli olacaktır.

5. PRİMLERE İLİŞKİN ESASLAR

5510 sayılı Kanun’a göre, sigortalıların, “...kendilerinin veya hak sahiplerinin yazılı talepte bulunmaları ve talep tarihinde 82 nci maddeye göre belirlenen prime esas günlük kazanç alt ve üst sınırları arasında olmak üzere, kendilerince belirlenecek günlük kazancın % 32’si üzerinden hesaplanacak primlerini borcun tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde ödemeleri şartı ile borçlandırılarak, borçlandırılan süreleri sigortalılıklarına sayılır.” (m. 41/I-II). Ayrıca, 5510 sayılı Kanun’un “...yürürlük tarihinden sonraki sürelerle ait borçlanmalarda; borçlanılan prime esas gün sayısı borçlanılan ilgili aylara mal edilir. Seçilen prime esas kazanç, borcun ödendiği tarihteki prime esas asgarî kazanca oranlanarak, söz konusu oran ilgili ayın prime esas asgarî kazancı ile çarpılır. Bulunan tutar, ilgili ayın prime esas kazancı kabul edilir. Ancak hesaplanan prime esas kazanç hiçbir suretle o ayın prime esas azamî kazancını geçemez (m. 41/V).

Öte yandan belirtmek gerekir ki, 5510 sayılı Kanun’un yürürlük tarihine kadar “...17/7/1964 tarihli ve 506 sayılı, 2/9/1971 tarihli ve 1479 sayılı, 17/10/1983 tarihli ve 2925 sayılı, bu Kanunla mülga 17/10/1983 tarihli ve 2926 sayılı, 8/6/1949 tarihli ve 5434 sayılı Kanunlar ile 17/7/1964 tarihli ve 506 sayılı Kanunun geçici 20 nci maddesine göre sandıklara tabi sigortalılık başlangıçları ile hizmet süreleri, fiilî hizmet süresi zammı, itibarî hizmet süreleri, borçlandırılan ve ihya edilen süreler ve sigortalılık süreleri tabi oldukları kanun hükümlerine göre değerlendirilir (Geç.m. 7/D). Aylıkların hesabında 41 inci maddeye ve 8/5/1985 tarihli ve 3201 sayılı Kanuna göre yapılan borçlanmaların bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önceki sürelere ait kazançları, bu Kanunla yürürlükten kaldırılan ilgili kanun hükümlerine göre değerlendirilir. Ancak, bu Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında bulunan sigortalılar için bu Kanunun yürürlük tarihinden önceki dönemlere ait sürelerin bu

Kanunun yürürlük tarihinden sonra borçlanılması halinde de 41 inci madde ve 8/5/1985 tarihli ve 3201 sayılı Kanun hükümleri uygulanır. (Geç.m. 7/IV).

3201 sayılı Kanun'un 4. maddesine göre, "Borçlanılacak her bir gün için tahakkuk ettirilecek borç tutarı, başvuru tarihindeki 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 82 nci maddesinde belirtilen prime esas asgari ve azamî günlük kazanç arasında seçilecek günlük kazancın % 32'sidir. Ancak, prime esas asgari günlük kazancın altında olmamak üzere borçlanma tutarına esas alt sınırı farklı bir miktarda belirlemeye Bakanlar Kurulu yetkilidir. Borçlanılan süreler, yurda kesin dönüş yapılmış olması şartıyla aylık tahsisi için yazılı talepleri halinde 5510 sayılı Kanunun 41 inci maddesinin son fıkrası hükümlerine göre değerlendirilir. Tahakkuk ettirilen borç tutarı, tebliğ edildiği tarihten itibaren üç ay içerisinde ödenir. Ödeme yapılan gün sayısı prim ödeme gün sayısına ve prime esas kazançta dahil edilir. Tahakkuk ettirilen prim borcunu tebligat tarihinden itibaren üç ay içerisinde ödemeyenler için yeniden başvuru şartı aranır. Borçlanmadan sonradan vazgeçenler ile yapılan borçlanma sonrasında aylık bağlanması için gerekli şartları yerine getiremeyenlere ve bunların hak sahiplerine talepleri üzerine yaptıkları ödemeler, faizsiz olarak iade edilir." (m. 4/I-II).

6. BORÇLANILAN SÜRELERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

a) 5510 sayılı Kanun'un 41. Maddesi Gereğince Yapılan Borçlanmalar

Bilindiği gibi, hizmet borçlanmaları sağlığında sigortalı veya ölümü halinde geride hak sahipleri tarafından yapılabilmektedir. Hizmet borçlanmalarında borçlanılan süreler, sigortalılık başlangıcını ve dolayısıyla sigortalılık süresini ve prim ödeme gün sayısını etkileyebilmektedir. Kanunda, borçlanılan sürelerin sigortalılığa saydırılacağı (m. 41/I), Yönetmelikte, uzun vadeli sigorta kolları ve genel sağlık sigortası bakımından prim ödeme gün sayısı olarak değerlendirileceği öngörülmektedir. Bu

başlamda, borçlanmaya konu süreler, sigorta başlangıcından sonraya ilişkin ise, borçlanılan süreler sadece prim ödeme gün sayısına dahil edilmektedir. Zira, sigortalılık başlangıcı zaten daha önce başlamıştır. Ancak, borçlanılan süreler, sigorta başlangıcından önceki döneme ait ise, borçlanılan süreler, sigortalılık başlangıcından geriye doğru götürülerek yapılan hesaplama sonucunda, yeni sigortalılık başlangıcı tespit edilir. Bu anlamda, sigortalılık başlangıcı borçlanılan süre kadar geriye götürülür. Bu husus Kanunda şu şekilde ifade edilmiştir. "Bu Kanuna göre tespit edilen sigortalılığın başlangıç tarihinden önceki süreler için borçlandırılma halinde, sigortalılığın başlangıç tarihi, borçlandırılan gün sayısı kadar geriye götürülür (m. 41/III).

Kanunun 32. maddesinde, sigortalının geride kalan hak sahiplerine ölüm aylığı bağlanması için, "...En az 1800 gün malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirilmiş veya 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılanlar için, her türlü borçlanma süreleri hariç en az 5 yıldan beri sigortalı bulunup, toplam 900 gün malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirilmiş olması gerektiği düzenlenmektedir (m. 32/II,a). Yönetmeliğin Geçici 5. maddesinde de konuyla ilgili olarak, "Kanunun yürürlük tarihinden sonra ölen sigortalıların hak sahiplerine Kanunun 32 nci maddesinin ikinci fıkrasına göre ölüm aylığı bağlanmasında aranan en az 5 yıldan beri sigortalı bulunup toplam 900 gün prim ödeme gün sayısı şartlarının tespitinde, Kanunun yürürlük tarihinden önce yapılan her türlü borçlanma süreleri de dikkate alınmaz." denilmektedir. Belirtilen hükümlere göre, m. 4/I,a kapsamındakiler için yapılan borçlanma süreleri, ölüm sigortaları bakımından 5 yıl sigortalılık ve 900 günlük prim ödeme gün sayısı bakımından kullanılamayacaktır. Oysa, m. 4/I,b ve c bentleri kapsamındakiler için yapılan borçlanma süreleri değerlendirilebilecektir. Bu farklılığın nedeni, m. 4/I,a kapsamındakilerin ölüm aylığına hak kazanma koşullarının, m. 4/I,b ve c bentleri kapsamındakilere göre daha hafif olmasından kaynaklanmaktadır.

Burada ayrıca, 5510 sayılı Kanun'un Geçici

7. maddesinde yer alan düzenlemeye değinmek yerinde olacaktır. Belirtilen hükme göre, “Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (c) bendine göre ilk defa sigortalı olanların sigortalılık başlangıç tarihinden önceki süreleri, bu Kanunun 41 ve 46 ncı maddeleri, 5434 sayılı Kanunun ek 31 inci maddesi ile 3201 sayılı Kanuna göre borçlandırılmaları halinde, sigortalılığın başlangıç tarihinin geriye götürülmesini ve haklarında bu Kanunun geçici maddelerinin uygulanmasını gerektirmez.”

Burada vurgulamak gerekir ki, hizmet borçlanmaları, bazı sosyal sigorta hak ve yükümlülüklerini, bu bağlamda, bazı konularda hak kazanma koşullarını doğrudan etkilemektedir. Yukarıda açıklamaya çalıştığımız üzere, mevzuatta yer alan düzenlemelerde, borçlanılan süreler borçlanma talep tarihindeki statüye göre değerlendirilmektedir. Bu durum ise, bazı hakların kazanılmasında farklılıklara neden olabilmektedir. Örneğin, 31.05.2006 ve 5510 sayılı Kanun’un m. 4/I,a ve b bentlerinin kapsamına giren kişilerin ve bunların ölümü halinde hak sahiplerinin bazı hakları bakımından, hak kazanma koşullarında farklılıklar bulunmaktadır. İşte bu nedenle, borçlanılan sürelerin hangi statüde değerlendirileceği önemli hale gelmektedir. Bu bağlamda, borçlanma suretiyle değerlendirilen süreler, borçlanma talep tarihindeki statü nedeniyle bazı hakların kazanılması bakımından farklı sonuçlara neden olabilmektedir. Mevzuatta yer alan düzenlemelerin tekrar gözden geçirilmesi ve sigortalı ile hak sahiplerinin lehine olacak statüde borçlanma yapılmasına olanak sağlanmalıdır.

b) Yurtdışı Hizmet Borçlanmaları

3201 sayılı Kanun’a göre, borçlanma talep tarihinde veya öncesinde Türkiye’de m. 4/I,a,b,c bentleri kapsamında sigortalılığı bulunan, tescil edilmiş olan kişilerin (sigortalılıktan önceki süreleri borçlanmak istemeleri halinde) borçlandıkları süreler, Türkiye’deki sigorta başlangıç tarihleri, borçlanılan gün sayısı kadar bu tarihten itibaren geriye götürülmektedir. Türkiye’de herhangi bir sigortalılığının bulunmaması halinde ise, borçlanılan süreler talep tarihinden

geriye doğru götürülerek yapılan hesaplama ile bulunan tarih sigorta başlangıç tarihi olarak kabul edilmektedir. Sonuç itibariye borçlanılan süreler, hem sigortalılık başlangıcını ve dolayısıyla sigortalılık süresini hem de prim ödeme gün sayısını etkilemektedir.

3201 sayılı Kanun’un 5. maddesinin son fıkrasına göre, sosyal güvenlik sözleşmesi yapılmış ülkelerdeki hizmetlerini, bu Kanuna göre borçlananların, sözleşme yapılan ülkede ilk defa çalışmaya başladıkları tarih, ilk işe giriş tarihi olarak dikkate alınmayacaktır. Bilindiği gibi, uzun vadeli sigorta kollarındaki hakların kazanılması bakımından, sigorta başlangıç tarihi büyük önem arz etmektedir. Bu yönüyle, belirtilen Kanun hükmünün yerindeliği tartışılabilir. Zira, 1982 Anayasası’nın 90. maddesine göre, “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır”. Almanya gibi bazı yabancı ülkelerle yapılan ikili sözleşmelerde, sözü edilen ülkedeki sigorta başlangıç tarihinin Türkiye’de geçerli olduğu öngörülmektedir. İşte böyle bir durumda, yabancı ülkedeki sigortalılık başlangıcının Türkiye’de sigorta başlangıcı olarak kabul edilmesi gerekecektir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun benzer bir konuyla ilgili olarak 2001 yılında verilmiş bir kararı bulunmaktadır. Yüksek Mahkeme’nin 21.03.2001 tarih, Esas 2001/1/-232, 2001/272 sayılı Kararında²³ özetle, “İlk defa Almanya’da sigortalı bir işte çalışmaya başlayan ve 3201 sayılı borçlanma Yasa’dan faydalanan bir T.C. vatandaşının 3201 sayılı Kanun kapsamında 506 sayılı Yasaya göre yaşlılık sigortasından yararlanma istemesi halinde, sigortalılık başlangıcında Almanya’da işe giriş tarihinin esas alınacağı, bu durumda sigortalılık başlangıcının tespitinde 3201 sayılı Kanun ile 3241 sayılı Kanunla onaylanıp 01.04.1987 tarihinde yürürlüğe girecek “Kanun” hükmü kazanan 30 Nisan 1964 ta-

rihli Türk Alman Sosyal Güvenlik Sözleşmesine ek sözleşmenin 29. maddesinin 4. bendinin çatışmakta ise de, sonraki norm olan, özel kanun niteliği taşıyan ve açık anlamlı norma olan sözleşme hükümlerine öncelik ve üstünlük tanınması gerektiği” hüküm altına alınmıştır.

7. SONUÇ

Hizmet borçlanmaları, sigortasız olarak geçirilen ve kanunda sınırlı sayı esasına göre düzenlenmiş olan bazı sürelerin, mevzuatta öngörülen koşulların gerçekleşmesi halinde, sigortalılık başlangıcı ve dolayısıyla sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısı olarak değerlendirilmesini sağlamaktadır. Hizmet borçlanması hakkı, sigortalılara tanındığı gibi, sigortalıların ölümü halinde hak sahiplerine de tanınmaktadır. Bilindiği gibi, hizmet borçlanmaları, bazı sosyal sigorta hak ve yükümlülüklerini, bu bağlamda, bazı konularda hak kazanma koşullarını doğrudan etkilemektedir. İşte bu nedenle, borçlanılan sürelerin hangi statüde değerlendirileceği önemli hale gelmektedir. Uygulamada, borçlanılan süreler, borçlanma talep tarihindeki statüye göre değerlendirilmektedir. Bu hem 5510 sayılı Kanun ve hem de 3201 sayılı Kanun kapsamında yapılan borçlanmalar bakımından geçerlidir.

Talep tarihinde m. 4/I,a,b,c bentleri kapsamında olunabileceği gibi, sigortasız da olunabilecektir. Hatta, sigortalı hayatta olmaz ise, hak sahipleri borçlanma yapabilecektir. Konuyla ilgili düzenlemeler, sosyal sigorta hak ve yükümlülüklerine doğrudan etki etmekte ve bazı hakların kazanılmasında sigortalılar (ve bunların hak sahipleri) bakımından farklılıklara neden olmaktadır. Bu yöndeki uygulamalarla, sigortalılar ve bunların hak sahipleri arasında sosyal sigorta hakları bakımından ayırım yapılması yerinde görülmez. Bu nedenle, konuyla ilgili olarak mevzuatta yer alan ve farklı uygulamalara neden olan düzenlemelerde değişiklik yapılması gerektiği söylenebilir.

Sosyal sigorta sisteminde, sosyal devlet ilkesinin de bir gereği olarak, sigortalıların ve hak sahiplerinin lehine olacak şekilde uygulama yapılmasına özen gösterilmesi gerekir. Eğer, mevzuatta herhangi bir değişiklik yapılmaz ise,

bu durumda sigortalılar, borçlanma talebinde bulunmadan önce borçlanılan sürelerin değerlendirilmesi bakımından lehlerine olacak statüye geçmek ve borçlanma talebini bu statüde yapmak zorunda kalacaktır. Bu ise, birçok yönden farklı sorunlara neden olacaktır. Elbette, sigortalının ölümü halinde geride kalan hak sahipleri, sigortalı hayatta olmadığı için, farklı statüde borçlanma olanağına sahip olamayacaktır. Konuyla ilgili sorunların giderilmesi için, mevzuatta yapılacak değişikliklerle, hizmet borçlanmalarında, borçlanma talep tarihindeki statünün yerine, sigortalı ve hak sahiplerinin lehine olacak statüde borçlanma yapılmasına olanak sağlanmalıdır.

DİPNOTLAR

- 1 Kanunun hizmet borçlanmasına ilişkin 41. maddesi 01.10.2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir.
- 2 Hizmet borçlanmalarında ayrıntılı bilgi için bkz, Yurtdışı hizmet borçlanması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz, GÜZEL, Ali/OKUR, Ali Rıza/CANIKLIOĞLU, Nurşen Sosyal Güvenlik Hukuku, 13. Bası. İstanbul 2010, 490 vd; ŞAKAR, Müjdat: Sosyal Sigortalar Uygulaması, 9. Bası, İstanbul 2009, 329 vd; TUNCA, A. Can/EKMEKÇİ, Ömer: Sosyal Güvenlik Hukukunun Esasları, 2. Bası. İstanbul 2009, 466 vd; UŞAN, Fatih; Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun, Temel Esasları, Ankara 2009, 248 vd; KILIÇOĞLU, Mustafa: Sosyal Güvenlik Hukukunda Borçlanma, Ankara 2002, 1 vd; KARAKAŞ, İsa; Hizmet Borçlanması ve Birleştirilmesi Rehberi, Ankara 2010, 1 vd; OKUR, Ali Rıza, Askerlik Borçlanmasının Sigortalılık Süresine Etkisi (Askerlik Borçlanmasında Ne Değişti?) Çimento İşveren, Eylül 2001, 3-4; ŞAKAR, Müjdat; Sosyal Sigortalarda Hizmet Borçlanması, Marmara Üniversitesi İİBF Dergisi, 1987, C. 5, S. 1-2, 685 vd.
- 3 RG. 22.05/1985, 18761.
- 4 Burada ayrıca belirtmek gerekir ki, 3201 sayılı Kanun'a 2008 yılında eklenen geçici 6. madde uyarınca, "Sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmamış ülkelerden 1/1/1989 tarihinden bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihe kadar zorunlu göçe tabi tutulan, Türk vatandaşı olup Türkiye'de ikamet eden ve 1/7/1976 tarihli ve 2022 sayılı Kanun dahil olmak üzere sosyal güvenlik kuruluşlarından gelir veya aylık almamak koşulu ile yurt dışında geçen ve belgelendirilen çalışma süreleri bu Kanuna göre borçlandırılmak suretiyle yaşlılık aylığı bağlanmasında sosyal güvenlikleri bakımından değerlendirilir." (Geç. m. 6/I). (Sözü edilen düzenleme, 3201 sayılı Kanuna 5754 sayılı Kanun'la eklenmiş olup, 08.05.2008 tarih ve 26870 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak aynı tarihte yürürlüğe girmiştir.)
- 5 Sözü edilen Genelge, 16.09.2010 tarih ve 2010/106 sayılı, "Hizmet Borçlanma İşlemleri" konulu Genelgedir. http://www.sgk.gov.tr/wps/wcm/connect/d9cc310043fd031a871e9f2c6b2945a4/2010_106.pdf?MOD=AJPERES. Bundan önce çıkarılan aynı konuya ilişkin diğer iki Genelge ise, 2008/44

- sayılı Genelge ve 2008/111 sayılı Genelgedir. <http://www.sgk.gov.tr/wps/wcm/connect/d463f8804c90b1c4a723ef6a-e41139c9/borclanma.pdf?MOD=AJPERES>; http://www.sgk.gov.tr/wps/wcm/connect/c6e87b0049d1dc509f1fdf4bf7c07ad5/2008_44.pdf?MOD=AJPERES
- 6 Bu bentte yer alan “ve Kurumca kabul edilecek sektörel veya genel ekonomik kriz dönemlerinde işvereni tarafından ücretsiz izinli sayılanların, her yıl için 3 ayı geçmemek üzere bu süreleri” ibaresi 17/4/2008 tarihli ve 5754 sayılı Kanun’un 67 nci maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır.
- 7 Konuyla ilgili olarak, 22/05/2008 tarih ve 2008/44 sayılı Genelgede şu hükme yer verilmiştir; “5754 sayılı Kanunla yapılan düzenleme ile 3201 sayılı Kanunun 1 inci maddesinde yer alan “çalışma süreleri” ibaresi yerine “sigortalılık süreleri” ibaresi kullanılmıştır. Bu nedenle, 3201 sayılı Kanunun uygulamasında, borçlanma kapsamındaki sürenin bulunduğu ülke mevzuatına göre ikamet süreleri hariç, çalışılmış yada çalışılmış süre olarak kabul edilen süreler sigortalılık süresi olarak anlaşılacaktır. Buradaki sigortalılık süresi 506 sayılı Kanunun 108 inci maddesi ve 5510 sayılı Kanunun 38 inci maddesinde belirtilen sigortalının ilk defa malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tabi olduğu tarihten tahsis talep veya ölüm tarihine kadar geçen sigortalılık süresi olarak değerlendirilmeyecektir.”
- 8 Anılan Tasarı, “Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı”dır. Tasarı metni için bkz; <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0971.pdf>; <http://www.basbakanlik.gov.tr/Forms/pDetayDrafOfALaw.aspx>.
- 9 Ayrıca Tasarı yer alan ve Kanunun 41. maddesine eklenmesi öngörülen diğer bir hüküm uyarınca, “(i) bendi kapsamında borçlanılacak sürelerle ilişkin genel sağlık sigortası primlerinin ödenmiş olması halinde, genel sağlık sigortası primi ödenmiş bu sürelerle ilişkin borçlanma tutarı % 20 oranı üzerinden hesaplanır.”
- 10 5510 sayılı Kanun’un m. 5/I,g hükmü uyarınca, ülkemiz ile sosyal güvenlik sözleşmesi olmayan ülkelerde iş üstlenen işverenlerce yurt dışındaki işyerlerinde çalıştırılmak üzere götürülen Türk işçileri 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılarak haklarında kısa vadeli sigorta kolları ile genel sağlık sigortası hükümleri uygulanmakta olup, bunların uzun vadeli sigorta kollarına tabi olmak istemeleri halinde, 50. maddenin ikinci fıkrasındaki Türkiye’de yasal olarak ikamet etme şartı ile aynı fıkranın (a) bendinde belirtilen şartlar aranmaksızın haklarında isteğe bağlı sigorta hükümleri uygulanabilmektedir. İşte bu kişilere isteğe bağlı sigorta alternatifinin yanı sıra, Kanun Tasarısında kısmi çalışanlara tanındığı gibi, uzun vadeli sigorta kollarına ilişkin olarak borçlanma olanağı tanınması yerinde olacaktır. Elbette, bu olanağı kullanmadan ölmeleri halinde, geride kalan hak sahiplerine de borçlanma olanağı tanınması gerekecektir.
- 11 Doğum borçlanması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz, GÜZEL/OKUR/CANIKLIOĞLU, Nurşen, 490 vd; ŞAKAR, 330; TUNCAY /EKMEKÇİ, 466-467; KARATAŞ, 126 vd; TUNCAY, A.Can; Doğum İzni Borçlanması (Karar İncelemesi), LEGAL İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Y. 2010, C. 7, S. 27, 1017-1023; ÖZKARACA, Ercüment; (Doğum Borçlanması Karar İncelemesi), LEGAL İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Y. 2010, C. 7, S. 26, 502-524; ÖZER, Hatice Duygu; Prof. Dr. Ali GÜZEL’e Armağan, C. II, İstanbul 2010, 1137-1157.
- 12 Sözü edilen kararın değerlendirilmesi ve konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz, GÜZEL/OKUR/CANIKLIOĞLU, 593-594, 593, TUNCAY, 1017-1023; ÖZKARACA, 502-524 (520-524).
- 13 Sözü edilen Tebliğ, “Hizmet Borçlanması İşlemlerinin Usul ve Esasları Hakkında Tebliğ”dir (RG. 01.07.2010, 27628). Bundan önceki Tebliğ için ise bkz, RG. 28.09.2008, 27011.
- 14 2008/111 sayılı bir önceki Genelgedeki düzenleme ise şu şekildedir: “2925 sayılı Kanuna tabi kadın sigortalılar da doğumdan sonra adlarına prim ödenmemiş olması kaydıyla iki yıllık sürelerini borçlanabileceklerdir. Ancak, bunların sigortalılıkları doğum nedeniyle sona ermeyeceğinden, doğum tarihinden itibaren primi ödenmemiş süresi olsa dahi doğum yapılan yılın sonuna kadar olan süre için tarım sigortası primleri tahsil edilecek, bu süre iki yıllık süreden düşüldükten sonra kalan süresi borçlandırılacaktır.” (B/a). Ayrıca aynı Genelgede konuyla ilgili olarak örnekler verilmiştir: “Örnek 3- 01/01/1994 tarihinden itibaren 2925 sayılı Kanun kapsamında tarım sigortalısı olan sigortalı (C), 1994, 1995 ve 1996 yılı tarım sigortası primlerini ödemiş, 1997 yılı primini ödemediği 22/06/1997 tarihinde doğum yapmış bu tarihten sonra da herhangi bir prim ödemesinde bulunmamıştır. Bu sigortalının 1997 yılı sonuna kadar olan tarım sigortası primleri tahsil edilmesi gerektiğinden, tarım sigortalısı olduğu süreler 2 yıllık süreden düşüldükten sonra kalan 01/01/1998-22/06/1999 süresi borçlandırılacaktır. Örnek 4- 01/01/1997 tarihinden itibaren 2925 sayılı Kanun kapsamında tarım sigortalısı olan sigortalı (D), 1997 yılından 2002 yılına kadar tarım sigortası primlerini düzenli ödemiştir. Sigortalı (D), 01/07/1999 tarihinde doğum yapmıştır. Bu sigortalının doğum yaptığı tarihten itibaren 2 yıllık süre içerisinde tarım sigortası primleri ödendiğinden sigortalının borçlandırılacak süreleri bulunmamaktadır.”
- 15 (RG. 12.05.2010, 27579). Önceki Yönetmelik için bkz, RG.28.09.2008, 27011.
- 16 Genelgede bu konuda şu örnekler yer verilmiştir: “Örnek 1- 2926 sayılı Kanuna tabi sigortalılığı 15/5/2008 tarihinde sona eren sigortalı (K), 2/6/2008 tarihinde askerlik borçlanması için müracaat etmiş, ancak anılan tarihte aktif sigortalı olmadığından talebi reddedilmiştir. 14/4/2010 tarihinde yeniden askerlik borçlanması talebinde bulunan Sigortalı (K)’nin askerlik süresi 5510 sayılı Kanunun 41 inci maddesi hükmüne göre borçlandırılacaktır. Örnek 2 - 1479 sayılı Kanuna tabi sigortalılığı vergi mükellefiyetinin 28/3/2008 tarihinde sona ermesi nedeniyle biten sigortalı (L) 6/7/2008 tarihinde vefat etmiş, hak sahiplerinin 1/8/2008 tarihindeki borçlanma talebi askerlik hizmeti ile ölüm aylığı bağlanması için beş yıl sigorta primi ödenmiş olma şartı yerine getirilmiş olmakla birlikte sigortalının ölüm tarihinde fiili çalışması olmadığı için reddedilmiştir. Ancak, 11/5/2010 tarihinde yeniden borçlanma talebinde bulunan sigortalı (L)’nin hak sahiplerine 5510 sayılı Kanunun 41 inci maddesine göre borçlanma yaptırılacaktır.”
- 17 Genelgede yer alan diğer örnekler ise şunlardır: “Örnek 2- 1/8/1970-3/9/1984 tarihleri arasında 5434 sayılı Kanuna tabi

14 yıl 2 ay hizmeti olan ve görevinden ayrıldığı tarihten sonra hiçbir sosyal güvenlik kuruluşuna tabi hizmeti olmayan 1/7/1947 doğum tarihli sigortalı askerlik süresinin 10 aylık kısmının borçlandırılması için başvurduğunda, 1/7/2008 tarihi itibarıyla 61 yaşını tamamlamış olması nedeniyle borçlanacağı askerlik süresi ile birlikte 5434 sayılı Kanunun 39 uncu maddesi uyarınca kendisine aylık bağlanabilmesi için gerekli olan 15 yılı tamamlayacağından, talebi kabul edilerek borçlanması 5434 sayılı Kanuna göre yapılacaktır. Örnek 3- 1/9/1975-31/8/1979 tarihleri arasında 5434 sayılı Kanuna tabi 4 yıl, 29/3/1982-13/12/1985 tarihleri arasında 506 sayılı Kanuna tabi 3 yıl 2 ay 24 gün ve 1/1/1986-14/8/2003 tarihleri arasında 5434 sayılı Kanuna tabi 17 yıl 7 ay 14 gün olmak üzere toplam 24 yıl 10 ay 8 gün hizmeti olan sigortalı, 15/7/2010 tarihli dilekçesi ile tarafına aylık bağlanabilmesi için gerekli olan 25 yıllık süresini tamamlayacak kadar askerlik süresinin borçlandırılması talebinde bulunmuştur. Sigortalının 5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra Kanunun 4 üncü maddesi kapsamında sigortalılığının bulunmaması ve son kez 5434 sayılı Kanuna tabi hizmetinin bulunması nedeniyle 25 yılı tamamlayacak kadar olan 1 ay 22 gün askerlik süresi borçlandırılacaktır.”

- 18 Yurtdışı hizmet borçlanması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz, GÜZEL/OKUR/CANİKLİOĞLU, Nurşen, 502 vd; ŞAKAR, 335 vd; TUNCAY/EKMEKÇİ, 471 vd; KILIÇOĞLU, 81 vd; KARAKAŞ, 57 vd; ERTAN, Emre; Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Borçlanma, İstanbul 2005, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi); OKUR, Ali Rıza; Yurt Dışı Hizmet Borçlanması ve Türk Vatandaşlığı Koşulu, Çalışma ve Toplum, Sayı: 10. 2006/3, 1-20; GÜZEL, Ali/OCAK, Saim; Yurtdışı Hizmet Borçlanmasına İlişkin Yeni Düzenlemeler ve Yargı Kararları Hakkında Genel Bir Değerlendirme, Legal İSGHD, 2006, Sayı: 12, 1309- 1354; AKIN, Levent; 4958 Sayılı Yasa ve Anayasa Mahkemesi Kararının Yurt Dışı Hizmet Borçlanmasına Etkileri, A. Can Tuncay'a Armağan. İstanbul 2005, 952- 998; CANBOLAT, Talat/CANİKLİOĞLU, Nurşen; Yurt Dışı Hizmet Borçlanması, Prof. Dr. Fahiman Tekil'in Anısına Armağan. İstanbul 2003, 867-875; LAÇİNER, Hediye; Yurt Dışı Hizmet Borçlanması ve Uygulama Sorunları, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2000, 609-638; ERGİN, Hediye; Son Değişiklikler Işığında Yurtdışı Hizmet Borçlanması, LEGAL İSGHD, Sayı: 18, 2008, 551-598, aynı yazar, Yurtdışı Hizmet Borçlanmasında Son Gelişmeler, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2009, S. 16, 163-181.
- 19 SSİY m. 66 hükmüne uyarınca, “...Kanunun yürürlük tarihinden önce veya sonra geçen ve Kanunun 41 inci maddesinde belirtilen sürelerin borçlanılması için Kanun veya mülga sosyal güvenlik kanunlarına göre tescil edilmiş olmak yeterli olup, borçlanma talep tarihi veya ölüm tarihi itibarıyla sigortalı olma şartı aranmaz.” Ayrıca Yönetmeliğe göre, 3201 Kanun uyarınca hizmet borçlanması talebinde bulunanlardan, Türkiye’de Kanuna veya Kanunla yürürlükten kaldırılan sosyal güvenlik kanunlarına tabi hizmetleri bulunmayanların, tescil işlemleri Kurumca re’sen yapılır (SSİY m. 19/II).
- 20 Genelgede, örnek olarak, “15 yaşında 3308 sayılı Kanun kapsamında çıkarıldığı nedeniyle 3/4/1996 tarihinde 506 sayılı Kanun kapsamında tescili yapılan ve bugüne kadar başka çalışması bulunmayan sigortalı (H), 25/4/2006 tarihinde doğum yapmış olup, müracaat etmesi halinde söz konusu

süreyi borçlanabilecektir.” denilmektedir. Bu kişi, Kanunun 5. maddesinde bazı sigorta kollarına tabi tutulan kişilerden olup, 4/I,a kapsamında sigortalı sayılmaktadırlar. Bu nedenle de, m. 4/I,a kapsamında doğum borçlanmasından yararlanabilmektedirler.

- 21 Öte yandan Kanunun 3. maddesine göre, “Sosyal güvenlik sözleşmeleri uygulanmak suretiyle kendilerine veya hak sahiplerine kısmi aylık bağlanmış olanların borçlanma işlemleri aylık aldıkları sosyal güvenlik kuruluşunca yapılır (m. 3/II).
- 22 3201 sayılı Kanunun uygulama Yönetmeliğinde ise, “Kurum: Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığını, Sosyal güvenlik kuruluşları: Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı ile 17/7/1964 tarihli ve 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun geçici 20 nci maddesine tabi sandıkları” şeklinde ifade edilmiştir. Sözü edilen Yönetmelik, Yurtdışında Geçen Sürelerin Borçlandırılması ve Değerlendirilmesine İlişkin Yönetmelik (RG. 06.11.2008, 27046). Burada esas itibarıyla bir farklılık bulunmamaktadır.
- 23 <http://www.isvesosyalguvenlik.com/yargi/ygk09.htm>.

Dr. Gökhan POLAT

Sosyal Güvenlik Kurumu Başmüfettişi

Yürürlükte Bulunan Yaşlılık Aylıklarının Gelir Güvencesi Açısından Sosyal Güvenlik Sistemindeki Yeri ve Gelişimi

1. GİRİŞ

Emeklilik sisteminin kapsamının yetersizliği, zorunlu hizmet sürelerinin emeklilikte koşul olarak aranması, muhtaç kimseleri yaşlılıklarında sosyal yardımsız bırakmasındaki dezavantajlı konumu ve kişilerde ortalama “yaşam beklentisi”nin (life expectancy) tam olarak hesaplanamaması gibi unsurları sisteme dair sorunların içine katabiliriz. Zira, sistemin çağdaş eğilimleri yansıtan bir model olduğunu söylemek zorlaşmaktadır. Çalışmamızda 65 yaş aylığı alan muhtaç, güçsüz ve kimsesiz Türk vatandaşlarına yaşlılıklarında yeterli gelirin bağlanması özelinde bir incelemenin yapılmasına özen gösterilecektir. Ekleyelim ki getirilecek planlama hem ekonomik yoksulluk hem de sosyal yoksunluktan kaynaklanan sorunları onarıcı bir düzenlemeyi öngörmelidir. Emeklilik sistemi zorunlu sosyal sigortalar rejiminin kendi içindeki eksiklikleri ile varlığını sürdürme yönünde bir eğilime sahiptir. Diyebiliriz ki emeklilik planlamalarındaki temel amaçlardan birincisi yaşlılıkta yoksulluğun önlenmesi ve

insani yaşam standartlarının bu dönemde korunmasıdır. Öyle ki dünyada ve Türk toplumsal yaşamında ortaya çıkan yapısal değişimler sonucunda yeni yoksulluk türlerinin oluştuğunu görmekteyiz. Türk sosyal güvenlik hukuku içinde bu gelişmelerin yeniden düşünülmesi ve yorumlanması gerekmektedir.

Diğer taraftan, yoksulluğun ortadan kaldırılması anlamında mevcut sosyal güvenlik sisteminin nasıl bir dönüşüm sergilediği araştırılmalıdır. Yaşlılar için zorunlu kabul edilen gelir ihtiyacının karşılanması açısından bir politika belirlenmelidir. Refah devleti bağlamında Türkiye’de yaşayan vatandaşlar için yaşlılıkta gelir güvencesinin sağlanması ve çalışan çalışmayan arasındaki dayanışma düşüncesinin geliştirilmesi gerekmektedir. Emeklilik sisteminde bu yönüyle önemli boşluklar bulunduğunu söyleyebiliriz. Şartlı ve sınırlı emeklilik yerine yaşama hakkının kişiler için bir hak olarak tanınması ön plana çıkarılmalıdır. Sonuç olarak, yaşlı aynı zamanda muhtaç vatandaşlarımızın gerek sosyal gerekse ekonomik yoksulluktan

İhtiyaçları yeterli düzeylerde karşılanmış yaşlı vatandaşların bulunduğu toplumsal bir bütünlüğe sahip ülke olma amacı, arzulanan bir gelişmedir.

kurtarılması için 5510 sayılı Yasa'nın yaşlılık sigortası ile 2022 sayılı Yasa'nın "65 yaş aylığı"na ilişkin hükümlerinin gerçekçi düzenlemeler altında gelir güvencesi hakkı açısından uyumlaştırılması sağlanmalıdır.

II. GENEL OLARAK

Yaşlı bireylerin sosyal yaşamda Türk toplumu- na özgü ve belli ölçülerde işleyen bir yeri bulunmaktadır. Dışarıdan bakıldığında bu, olumlu gibi görünen bir tabloyu çağrıştırmaktadır. Yaşlıların çevresinde bulunan aile bireyleri bu kimselere ilişkin karşılaştıkları sorunları bir şekilde iç dünyalarında yaşamaktadırlar. Modern toplum yapısıyla birlikte, yaşlıların ihmal günümüzde önemli bir problemdir. Ancak bu konu gerçek tartışmalardan uzak tutulmaktadır. Hâlbuki sosyal problemlerin anlaşılır olması için tanımlanması ve gerekçeleriyle ortaya konulması gerekmektedir¹. Türk toplumunda günümüz itibarıyla yaşlı olarak vasıflandırabileceğimiz yaşı 65'in üzerinde bulunan 5 milyona yakın insan yaşamaktadır². Toplumsal yaşamda bunların birtakım sorunları bulunmaktadır. Söz konusu sorunların başında bilindiği gibi ekonomik yoksulluk, hasta ve özürlü kategorisinde sayacaklarımızın karşılaştıkları problemler gelmektedir. Türkiye'de 10 yaşlıdan 9'u fakir, 100 yaşlıdan 30'u engelli ve 10'u ise kronik hastadır³. Bu nedenle, ihtiyaçları yeterli düzeylerde karşılanmış yaşlı vatandaşların bulunduğu toplumsal bir bütünlüğe sahip ülke olma amacı arzulanan bir gelişmedir.

Bahsettiğimiz toplumsal grubu oluşturan insanlar istismara uğramaya her an açıktırlar. İşte tam burada toplumsal bir ihmalkârlıktan söz edebiliriz. Devletin bu yaşlı insanların ihtiyaçlarını giderecek ve toplumsal yaşama tutunmalarını sağlayacak yardımları sunması gerekmektedir. Denebilir ki ülkemizde yaşlı bi-

reylerin kendi kendilerine yeterliliğini sağlayacak modellerin istenilen boyutta olup olmadığı tartışılabilir. Yaşlıların ihmalini önleyen, onları toplumda onurlu birey yapacak olan sosyal planlamaların düşünülmesi ve sorunlarını giderici bir politika modelinin bulunması gereği açıkça bilinmektedir. Problemin tespiti, sosyal yardımın ve uygulanacak modelin tasarlanması önemlidir⁴. Ülkemizde toplumun birikimli kesiminin, yani yaşlıların yaşamında modern sosyal yaşam tarzına uygun dönüştürücü etkiye sahip değişimlere geçerlilik kazandırılmalıdır. Toplumsal gelişimin önemli temel adımlarından birisinin, çok yönlü katkılar sağlayacak olanının, bu amacın olduğunun farkına varılmalıdır⁵.

Devlet Planlama Teşkilatı'nın isteği üzerine 2001 senesinde önerilerde bulunan sosyal taraflarca, pek çok çalışanın sistem içinde yeterince kalamadığı ve iş garantisi olmadığından uzun sürelerle işsiz kaldıklarının görüldüğü bildirilmiştir. Raporla giren önerilere göre; istihdam koşullarındaki yetersizlik nedeniyle işsiz kalan ya da ücretlerin düşük olması sonucunda kayıtlı istihdamın dışında bulunan kişilerin emeklilik hakkına erişmede gerekli olan prim ödeme gün sayısını tamamlayamadıklarından emekli olamadıkları, dolayısıyla bu haktan mahrum kaldıkları ifade edilmektedir⁶.

III. SOSYAL SİGORTALAR MODELİNİN HÂKİMİYETİ

Ülkemizde sosyal sigortalar sisteminin tanımlanmasında temel alınan kıstas, öngörülen rejimin çalışma ilişkisine dayandırılması şeklindedir. Denebilir ki bu yaklaşım genel ve evrensel olma kıstasları bakımından bir niteliğe sahip sosyal güvenlik anlayışının yansıtılmasının özünü kısıtlamaktadır. Gelir güvencesi uygulaması anılan genellik ilkesine katkı oluşturmak anlamında sosyal koruma alanındaki bir yardımcı içermektedir. Yaşamsal alanda bireylerin yoksullaşmasıyla ilgili çözümler üretmekten uzaklaşmış sosyal sigortalar rejimi ve arkasından takibeden oluşum mantığı bağlamında aynı sistemin böyle bir probleme el atmada geri durması sorunların büyümesini de beraberinde getirmiştir⁷. İşte tam burada sosyal güvencilerde çalışma hayatı içinde bulunan vatan-

daşları koruma altına alan, onlarla olan ilişkiyi kuran parametreleri öne çıkaran bir yaklaşımdan bahsetmekteyiz. Bir başka deyişle istihdamın mümkün olduğu, işsizliğin bulunmadığı ve koruma altına aldığı vatandaşları kayıtlı sistemden ibaret sayan bu sistem nüfusun geneline hitap etmekten uzaktır⁸. Sosyal yapı içinde belirtilen anlayışı yansıtmayan ve çalışma çağında istihdam edilememiş ya da yeterince istihdam edilmesi mümkün olamamış yaşlı vatandaşların bulunduğu bir gerçektir.

Velhasıl, herkese ulaşamayan ve genel kapsayıcılığı olmayan bir sosyal sigortalar modelinden söz etmekteyiz. Hâlbuki, günümüz dünyasında her bireyi kapsamına almayan bir sosyal güvenlik kavramı düşünülebilir mi? Genellik ilkesi belirleyici, aynı zamanda sosyal güvenlikte kurucu unsur sayılmaktadır⁹. Önemle belirtmek gerekir ki güvenceli asgari gelir (guaranteed minimum income) sosyal güvenlikte çığır açan ve bu anlayışa yeni anlamlar katan bir dönüşümü ifade etmektedir. Artık bununla birlikte sosyal sigortalar anlayışının yanında, sosyal korumada daha geniş bir bakışı ortaya koyan ve yaşam güvencesi olarak gelir hakkı tanıyan bir model oluşturulmuştur. Aktif çalışma çağındaki nüfus ve bunun dışındaki vatandaşları hep birlikte değerlendiren, faal çalışma yaşamının dışına çıkan, geleneksel sosyal sigortaların bağlayıcı ilkelerinin ötesinde değişik değerleri sosyal güvenlik sistemine katarak yeni isteklere yardım edebilecek hale gelen yapılanma anılan sistemle getirilmiştir. Toplumsallaşmanın getirdiği yeni talepler, sosyal sigortalardaki gibi çalışma karşılığında sağlanan korumanın dışında, sosyal hakları geliştirmiştir. Bu sosyal yardımların artmasına sebep olmuş ve ekonomik bakımdan ihtiyaçlı vatandaşların toplumda yer edinmesine fırsat tanımıştır. Hiçbir koşulda vatandaşın durumunu kategorize etmeden, toplumsal yaşamda anılan yerin sağlamlığı önündeki koşulların eksikliği yeterli görülmiştir¹⁰.

Sosyal yardımlar/hizmetler, sosyal politikanın belirlenmesinde dikkate alınan bir unsur ve kurucu ayaklardandır. Bu yardımlar/hizmetler için alanlar belirlenir, hak kazanma şartları değerlendirilir ve hukuksal düzenlemelere işlerlik kazandırılır. Kişi için sağlanacak hakların sını-

rı saptanmaktadır. Hizmetlerin sağlanmasında takdir hakkı yok gibidir, bir bakıma merkeziyetçi kamusal hizmetlerde bu böyledir. Yerel belediye örgütlenmelerinde bunun yanında ilgili örgütün re'sen işlem yürüttüğü de görülmektedir. Yoksullukla mücadelede çok sınırlı olanaklara sosyal yardımlara/hizmetlere sahip olup, kişiler açısından kapsam özel şartlara tabi ve genel olmak bakımından ayırt edici özellikler içermektedir. Aslında, tamamlayıcı sosyal güvenlikten uzaklaşarak daha özerk bir hale gelmektedir. Âdemi merkeziyetçi yapıda ise hizmetler kişiler için sağlanmakta ve öncesinde merkezi devletin güdümünde bulunan yapı dağılmaktadır. Sonuçta amaç, bütünsel anlayıştaki sosyal korumayla yoksulluğa düşmenin bertaraf edilmesi ve toplumsal yaşamla iç içe olan vatandaşlık kimliğine sahip bireylere fırsatları ölçüsünde temel yaşam eşliğinin sağlanmasıdır¹¹.

Sosyal sigortalar modelinde alt gelir grupları ile üst gelir grupları arasında ters yönlü işleyen bir gelir geçişi etkisi bulunmaktadır. Kısacası dayanışma ve hakkaniyet ilkelerine atıfta bulunulmamaktadır. Risk ve sigorta kavramı bir arada mütalâa edilmektedir. Böylelikle prim ödeme sorumluları gelecekteki riskleri satın almış olurlar. Bu da, kişisel sigortaya karşı gerçekleşen isteğin bir yansımasıdır. Anılan modelin ortaya çıkışında kişi bakımından ağır basan düşünce kişisel menfaatlerin korunmasının gözetilmesidir. Dayanışma çok da düşünülmez ve öncelikli değildir. Çalışma hayatında yer almayan bireylere yönelik bir gelir aktarımı öncelikli amaçlardan sayılmaz. Hâlbuki, Beveridge tipi sosyal güvenlik sistemlerinde öne çıkan temel düşünce toplumsal zeminde dayanışma kavramının güç kazanması ve tüm vatandaşları kapsayıcı bir sosyal güvenlik sistemine yönelik yaklaşımın yasa düzenleyici mantık alanına yerleşmesidir. Sistem için belirleyici olan yapısal tanımlamada toplumsal düzende herkesin korunması gerektiği düşüncesi öngörülmüştür¹².

Sosyal hakların ülke sınırları içindeki vatandaşlarla arasındaki ilişki sosyal vatandaşlıkla ifade edilmektedir. Sosyal vatandaşlık kavramının ortaya çıkışında dışlanmanın bilinen anlamındaki farkındalığın etkisi vardır¹³. Ekonomide piya-

sa şartlarına bağlı toplumlarda istihdam edilme sosyal vatandaşlıkla eş tutulmuştur. Ücret elde etmek suretiyle istihdam edilmiş olmak, sosyal vatandaşlığın gerçekleşmesinin ana hatlarını çizmektedir. Kapitalist ekonomiyi benimsemiş toplumlarda sosyal vatandaşlık piyasa koşullarında çalışma yaşamına katılmaksa, bunun dışında kalanları anılan piyasaya katılımı zorunlu hale getiren mekanizmalara ulaşmaktan yoksunlukla açıklayabiliriz. Sosyal vatandaşlıkta kamusal sınırlar bu anlayış üzerinden çizilmektedir¹⁴. Önemle belirtelim ki, geleneksel sosyal sigortalarda sosyal güvenlik yardımları çalışma kavramına dayalı olarak tasnif edilmiştir. Diğer bir ifade ile çalışmak şartıyla kişi zorunlu sigortaya tabi tutulmuştur. Aksi halde, sosyal koruma sisteminin kendisi için bir yardım sağlaması ve sosyal vatandaş olarak kişinin kabulü mümkün değildir. Sosyal sigortalardaki kapsam daralması tam da burada açığa çıkmaktadır.

Tam istihdamın işlediği toplumlarda anılan sigortacılık tekniği bir bakıma sosyal vatandaşlığın gerçekleşmesini getiren bir fırsat olarak nitelendirilebilir. Ancak bu görüldüğü gibi değildir. 1970'lerdeki ekonomik kriz ve sonrasında tam istihdamın gerçekleştirilmesi yolundaki politikalar, işgücü piyasasında söz konusu hedefe ulaşmayı yeterince sağlayamamıştır¹⁵. Belirtmek isteriz ki anılan anlamdaki bir sosyal vatandaşlık tam istihdam koşullarını hayata geçirmiş ekonomiler için mevzu bahistir. Çalışmayla elde edilen gelir üzerinden sosyal güvenlik kurumuna yatırılacak primlerle sosyal vatandaşlığın oluşumu gerçekleşmektedir. Ekonomide yeterli istihdam düzeyini yakalayamama ve ücret geliri elde edememe sosyal sigortaların kapsama aldığı alanın dışındaki vatandaşlığı tarif etmektedir. Bu defa anılan problemin arkasından gelen ve işgücü içinde bulunmamanın yoksulluğu getirecek olması nedeniyle gelir üzerinden sosyal sigorta primleri kesilemeyeceğinden, sonuçta sistemin koruma altına aldığı vatandaşların dışında kalma durumu ortaya çıkacaktır¹⁶. Hâlbuki sosyal korumanın kendileri için en çok talep edilecek olanları da bu toplum gruplarıdır¹⁷.

Son yıllarda, tam istihdam koşullarını sağlayamayan devletin kişileri sosyal vatandaşlık öl-

çütünde kabul etmek yönünde ortaya koyacağı iradenin çalışma etiği üzerinden şekillenmesi sorgulanmaktadır. Kamusal yaklaşım çalışma olgusu üzerine odaklanmış olmalı mıdır? Bu açmazların ve bunun gibi sorulacak soruların sosyal vatandaşlık tanımında değişime ihtiyacın olduğu varsayımını güçlendirdiği anlaşılmış ve bu maksatla beklentiler yönünde adımlar atılmıştır. Refah devletinin, tarihsel süreç içinde toplumsal krizler üzerine getirilen çözümleri bünyesinde taşıyacak anlayışla geliştirildiği görülmektedir¹⁸. Bu, çoğunlukla savaş ya da devrim yoluyla sağlanmıştır. Toplumsal kavramlar bu süreçlerin ürünüdür. Sosyal vatandaşlıkta bunlardan birisi olarak değişime cevap veremeyecek düzeyde kapsayıcı içerikten yoksun değildir¹⁹.

Sosyal güvenlik sistemlerinden Bismark ve Beveridge tipi modellerin taşıdığı özellikleri aynı sosyal güvenlik yapısında bulunduran "karma sistemin", birinci ayağının Beveridge tipi modelin özelliklerini gösterdiği, yani tüm toplum gruplarını kapsamına aldığı görülmektedir. Öte yandan, ikinci ayağı ise sosyal sigortalar modeli özelliklerini taşıdığı için yalnızca aktif nüfusa yöneliktir. Böylelikle bu model birinci ayağı aracılığı ile güçlü bir yeniden gelir dağılımına neden olurken, ikinci ayağı ile gelir seviyesi daha yüksek olan gruplara aylıklar bağlamakta ve kişileri sistemde kalmaya ikna etmektedir. Denebilir ki gerek Bismarck gerek ise Beveridge tipi modelin niteliklerini bir arada taşıyan bu planlama, anılan modellerin ayrı bir şekilde tanzim edildiği emeklilik planlamalarının dezavantajlarını hafifletmektedir. Zira, bu yönüyle yoksullukla mücadele etmede ve onu önlemede en etkin model olarak düşünülmektedir. İskandinav ülkeleri anılan sistemin uygulaması bakımından örnek teşkil etmektedir²⁰. Türkiye ise sosyal sigortalar modeli çerçevesinde bir sosyal güvenlik sistemi uygulamaktadır.

Dolayısı ile açıklanan düşüncelerin oluşumundaki gerekçelerle ilgili olarak ülkemiz sisteminin işleyişine yön veren paradigmlar; aynı yasa içinde aktif nüfusa yönelik birden fazla sosyal sigorta türü bulunması, belirli bir süre prim ödeme ve sigortalı olma şartı karşısında sosyal sigorta yardımlarına hak kazanma, kazançla ilişkili olarak aylık bağlanması ve sosyal sigortala-

rın yönetiminde sosyal tarafların temsil edilmesi şeklinde sayılabilir²¹. Türkiye’de son reform çalışmalarından önce sosyal sigortalar modeli özelliklerine ilişkin göstergeler daha belirgin bir nitelik taşımaktaydı. Bununla birlikte, ödenen aylıkların seviyesinin aynı oranlar temel alınarak hesaplanması yöntemi ve sosyal sigortalar sistemine yönelik yasayı uygulamak amacıyla kurulan SGK ile tek bir kurumsal yapı özelliği göstermesi bakımından sistem Beveridge tipi modelinin bazı niteliklerini de içine almıştır.

Türk sosyal güvenlik hukukunda yeni yasal düzenlemelerle işçiler, memurlar ve bağımsız çalışanlar arasındaki değişik hak ve yükümlülüklerin sonlandırılması ve norm ve standart birliğinin sağlanması hedeflenmiştir. Öncesinde farklı çalışma grupları ayrı kurumlar ve kanunlara tabi olmaktan kaynaklanan değişik sigortalılık hallerine sahipti. Böylelikle bunlar arasında da prim oranları, prime esas kazançlar, aylığa hak kazanma yaşı ve ödenmesi gereken prim gün sayısı, aylık bağlama oranları, aylık ve gelirlerin yükseltilmesi, kazançların güncellenmesi, sosyal sigorta yardımlarının türü ve kapsamı gibi konularda önemli farklı durumlar vardı²². Sosyal güvenlik sistemini tek hizmet yasası altında toplayan 5510 sayılı Kanun’la bu farklılıklar giderilerek, toplumdaki tüm aktif nüfusun sosyal güvenceye kavuşturulması açısından aynı hak ve yükümlülükler öne çıkarılmıştır. Bu böyle olmakla birlikte, Anayasa Mahkemesi anılan mevzuat Yasasının bazı maddelerini memurlar açısından iptal etmiştir. Bunlarla ilgili olarak değişik bir yasa hazırlanması gerektiği kararına varılmıştır²³. Diyebiliriz ki bu karar bir bakıma sosyal güvenlik kurumlarının “tek çatı altında toplanması” fikrini sekteye uğratmıştır. Bu amaçla yeni yasal düzenlemelerin yürürlük tarihi 1.7.2007 tarihine ertelenmiş ve kamu çalışanları ile ilgili hükümler konusundaki Anayasa Mahkemesi kararı doğrultusunda tekrar bazı düzenlemeler yapılmıştır. 5510 s.K.’un ilgili maddelerine son hali verildikten sonra bunların uygulanması bakımından çeşitli tarihler Kanun’da öngörülmekle birlikte, maddelerin büyük çoğunlukla bir anlam ifade etmesi Yasanın yürürlüğe giriş tarihi olan 1.10.2008’de ancak mümkün olabilmiştir.

IV. SOSYAL GÜVENLİK YASALARININ UYGULAMA SONUÇLARI

A. Genel Olarak

Yoksulluğun sosyal dışlanma, insan onurunun zedelenmesi gibi bir yaşamın kabul edilemez hale gelmesi karşısındaki mücadelede insani ve olumlu sonuçlar doğuracak planlamalara ihtiyacı bulunmaktadır. 65 yaş aylığı alanlar açısından gelir güvencesi desteğinin öngörülmesiyle anılan olumsuzlukların aşılacağı yönündeki bir düşünceyi ülkemiz sistemi için çare olarak ifade edebiliriz²⁴. Bu sosyal politikanın gelişmiş batı toplumlarında evrensel olarak kişiler özelinde uygulandığı bir gerçektir. Türk sosyal koruma sisteminde böyle bir emeklilik planlamasının insana var oluşu bakımından neler katacağının düşünülmesinde pek çok olumlu fayda söyleyebiliriz. Tabii ki bu politika uygulamasına karşı çıkanların değişik kanıtları olabilir. Bilindiği gibi eleştirilerin başta geleni, bu tür bir planlamayla ülke kaynaklarının ortaya çıkacak mali külfeti taşıyamayacağı yönündedir. Söz konusu mali yükün GSMH ve konsolide bütçe giderlerine oranı, istatistiksel çalışmaların kullandıkları yoksulluk eşiği tespitleriyle birlikte, etnografik araştırmaların sonuçlarını yansıtan bazı gözlemlerle ve 2022 sayılı Yasa gereğince tahsis edilen aylıkların hesaba katılması sonucunda gerçekleştirilecek kapsamlı analizlere dayanan çalışmalarla bulunabilecektir.

Yaşlı vatandaşların sadakaya bağımlı ve sosyal dışlanmanın failleri veya mağdurları olmalarının önüne geçilmelidir. Modern bir toplumun sosyal haklarla donatılmış insanlar olmalarını sağlayacak bir sosyal politika uygulaması yaşlı vatandaşlar için getirilmelidir. GSMH’den belli edilmiş planlamalar dâhilinde belirlenmiş bir kaynak ayrılmak suretiyle bu konuda gerçekçi bir yöntem bulunacaktır. Ekleyelim ki aynı emeklilik planlaması için bütçe giderlerine bağlı bir miktarın belirlenmesi de kolayca yapılabilir. Belirtmek isteriz ki özellikle bu harcamaların SYDTF dışında, 2022 sayılı Yasa gereğince sağlanan sosyal yardımlardan bir kısmının yerini

alacağı işin içine katılmalıdır²⁵. Böylece yaşlılar için gelir güvencesine bağlı emeklilik planlaması açısından kaynakların yetersizliği gerekçe gösterilerek bu planlamaya tepki gösterilmesi birtakım düşüncelerin yersiz olduğu gerçeğini öne çıkarmaktadır.

B. 5510 sayılı Kanun Açısından

Türk sosyal güvenlik sistemi büyük çoğunlukla “Güney Avrupa” tipi sosyal sigortalar modeline benzerlik göstermektedir. Bilindiği üzere, bu sistemin en belirgin niteliği geniş kapsamlı, toplumsallaşmanın getirdiği yapısal yenilenmeleri yansıtan gelişmiş ve kayıtlı sisteme dayanan bir sosyal koruma ilişkisine sahip olmamasıdır. Toplumsal özellikleri nedeniyle yardımlar daha çok korumacılık ilişkilerine dayalı olarak gerçekleşmektedir. Sosyal koruma yükümlülüğü -modern toplumlarda görülmeyen büyük oranlarda- aile ve cemaat kültürü anlayışıyla ve kalıplaşmış ilişkiler eli ile yürütülmektedir²⁶. Hatırlatmak isteriz ki Türk sosyal güvenlik sisteminde daha önceki sosyal sigortalar yasalarından farklı olarak yeni reformsal düzenlemelerle, emeklilik planlamaları, kısa vadeli sigorta dallarının kapsama aldığı riskler ve nüfusun bütününe dikkate alan genel sağlık sigortasıyla ilişkili sosyal sigorta rejimleri tek bir yasa çatısı altında yürürlüğe konulmuştur.

Türk emeklilik sistemi değişik çalışma statüsündeki sigortalıları bünyesine alan, kazançla ilişkili ve prim katkısı yapılan birinci ayak sosyal sigortalar modeline dayanmaktadır. Yani, getirisi belli edilmiş dağıtım esaslı sistemlerden sayılmaktadır. Öte yandan, AB ülkelerinde görülen mesleki ve özel fonlara dayalı rejimlerin ülkemizde daha marjinal kaldığı anlaşılmaktadır²⁷. Böylelikle yaşlı yoksulluğuyla mücadele etmede ve onu ortadan kaldırmada başarısız kalındığı, sisteme ilişkin sıkıntıların günümüzde ve gelecekte yaşanmasının ise bir gerçek olduğu görülmektedir²⁸. Bu dar alandan kurtulmak için yapılacakların göz ardı edilmesi ise haliyle ayrı bir olumsuz gerçeği yansıtmaktadır.

Türk emeklilik sisteminde reform gerekçelerinde sistemin içine düştüğü bütçe açıkları yer almaktadır²⁹. Her geçen gün bunun artışı kaygıyla karşılanmıştır. Sosyal güvenlik kurumları-

nın bu illetten kurtulması gerektiği öngörülmüştür. Sosyal güvenlik harcamalarının finansman yükünün kamu kaynaklarından karşılanması eleştirilmiştir. İşte bu temel esaslar doğrultusunda sistemin revizyonunun gerçekleştirilmesi hedeflenmiştir. Hem kurumsal yapılanmada hem de bireylere sosyal sigorta haklarının sağlanmasında tek yasa fikri benimsenmiştir. Bütün düzenlemeler bu surette yapılmış ve reform iddiası ile yürürlüğe konulmuştur. Sistemin genişletildiği ve günümüz eğilimlerine ve gelişmelerine uyarlanarak hazırlandığı kamuoyuna deklare edilmiştir³⁰. Ne var ki sosyal güvenlikte getirilen ve bilhassa incelememize özgü konuyu oluşturan emeklilik planlamaları beklenileni gerçekleştirilememiştir. Bu sayede anılan reform gerekçe ve öngörülerini modern toplumlarda kurulu emeklilik sistemlerinin genel kabul görmüş ilke ve değerleri bağlamında sağlıklı bilimsel dayanaklardan ve ciddi katkılardan kanımızca yoksun kalmıştır.

Planlaması yapılan emeklilik sistemi, reform sürecinde belirtilen gerekçelerde açıklandığı üzere sorun olarak görülmüştür. Diğer sigortalılarda olduğu gibi, çalışma kabiliyetinden yoksun fertlerin kazanımlarını artırmak bir yana bunu daha da geriye götürmüştür. Hâlbuki, amaç olarak gösterilen temel esaslardan birisi “adil, kolay erişilebilir, yoksulluğa karşı daha etkin bir koruma sağlayan sosyal koruma sistemine ulaşabilmek” olarak ifade edilmiştir. Anılan öngörüler yasa hazırlanması aşamasında ilk başlangıçtaki çalışma belgelerinde bu şekliyle kayda alınmıştır. O kadar ki sosyal güvenliğin temel amacı ortaya konulmuştur. Buna göre, sosyal bir riskle karşılaşan bireyin ekonomik güvenceye kavuşturulması hedeflenmiştir³¹. Bu güvence kişinin yoksulluğa düşmesinin yolunu kapatacaktır. Asgari şartlarda görülse de toplumda insan onuruna yaraşır bir yere kişiyi taşıyabilecektir. Ancak reform sonrasında benimsenen yeni emeklilik sisteminde bu temel sosyal güvenlik niteliğinin bariz bir şekilde varlığı hissedilememektedir.

Ayrıca primsiz ödemelerin bir kısmı ile ilgili olarak 5502 sayılı Kanun’la kurumsal düzenlemeler getirilmiştir³². Bu defa, 5510 sayılı Yasa’da emeklilik planlamaları ile ilgili hükümlerin yer

aldığı yaşlılık sigortası kapsamında primli (contributory) rejime dayalı yaşlılık aylığı ödemesi hükmü düzenlenmiştir. Primsiz ödemelerden 65 yaş üzerindeki muhtaç yaşlı vatandaşlarımıza bağlanacak “65 yaş aylığı” ile ilgili hükümler ise 2022 sayılı Yasa’da yer almaktadır. Sosyal sigortalar sisteminin birinci ayağı kapsamında yaşlı vatandaşlara -65 yaş aylığı alan ihtiyaçlı vatandaşlara- ekonomik güvence sağlanması düşünülen bir emeklilik planlaması getirilememiştir. Çağdaş eğilimleri benimsemesi gereken emeklilik sistemimiz için bu bir eksiklik ve geldiği nokta açısından yetersizliktir. Öngörülen bu parçalı ve 65 yaş aylığı alanlar açısından yetersiz emeklilik sistemiyle yoksulluğun nasıl önleneceği bir türlü anlaşılammamaktadır.

Ülkemizde yaşayan ve 65 yaş aylığı alan güçsüz ve kimsesiz yaşlı vatandaşların toplumsal risklere karşı korunması daha başlangıçta yanlış amaçlara dayalı bir reformla getirilen emeklilik modeliyle mümkün olmamıştır³³. Eşitlik ve adalet ilkelerinin zedelenmeden toplumsal dayanışmanın güçlendirilmesi gerekmektedir. Sistemin yenibaştan yapılandırılmasında öngörülen hedeflerin şu an katedilen mesafe açısından gerisinde kalınmıştır. Toplumun muhtaç yaşlı kesimlerinin tümüyle sosyal korumaya kavuşturulamamış olması buna örnektir. Sosyal güvende bütçe açıklarının varlığı gerekçe olarak kabul edilebilir. Sağlanacak sosyal koruma yardımlarında istekli davranıldığı inandırıcı değildir. Bilindiği üzere, sistemin kayıt dışı istihdamdan kaynaklanan sorunları çözemediğinden finansman sıkıntısı çekilmektedir. Emek piyasasında artık stabil hale gelmiş işsizlik sorununu da buna eklemek gerekmektedir. Ulusal bütçeden yapılan kaynak transferlerinin yadırğanması, sosyal koruma hedeflerinde çağdaş sosyal politikaları benimsemiş toplumlar için kabul edilebilecek bir yaklaşım değildir. Dolayısıyla bu gerekçe ve amaçlar modern sosyal güvenlik literatüründe meşru ilke ve değerler olarak görülmemiştir. Ayrıca, bilimsel birtakım dayanakları da bulunmamaktadır³⁴.

Son reform çalışmalarında sosyal güvenliğin kişiler açısından kapsamının genişletilmesi hedeflenmiştir. Bu amaç karşısında gerçekleşen sonuçların birbiri ile çeliştiği görülmüştür. Uy-

gulamada ortaya çıkan verilere bakıldığında emeklilik sisteminde sağlanacak yardımların getireceği finansman yükü önemsendiğinden ve gerçekte ekonomik güvence sağlanmasına ihtiyacı bulunanlar bir bakıma korunamamış olduğundan yoksulluk önlenememiş, dolayısıyla eşitsizliklerin giderilmesi mümkün olmamıştır. Tabii ki söz konusu amaca ulaşılması için gelir kaynaklarının bu yöne kanalize edilmesi ve ciddi bir politika planlaması yapılmasına ihtiyaç duyulmaktadır. Milli gelirden sosyal korumaya ayrılan payların düzeyine ulusal ölçekte bakıldığında, batı toplumlarında kapsamlı ve etkin bir korumanın sağlandığı model tiplerinde GSMH’den ayrılan payın hiç de öyle azımsanmayacak oranlara ulaştığı ve bunun % 19 ile % 30’lar arasında seyrettiği görülmektedir³⁵. Artık, dünya genelinde gelişmiş toplumlar da yürürlükteki sosyal güvenlik sistemlerinde sadece prim ödemelerinin gelir unsuru kabul edilmediği, finansman bakımından kamu harcamalarının ayrı bir önemi bulunduğu açıktır. Ülkemizde de bundan böyle genel bütçeden sosyal güvenliğe yapılan düzenli katkılar çok önemli bulunmaktadır. O bakımdan ülkemiz sosyal güvenlik sisteminde yanlış bir algılama olarak süregelen ve temel esaslardan sayılan bütçeden sosyal güvenliğe kaynak transferinin azaltılması terk edilerek, aksine düzenli olarak artırılması ilkesi benimsenmelidir³⁶. Bunun içindir ki son reform çalışmalarıyla birlikte hazırlanan gerekçelerde belirtilen finansman sorunu ve öngörülerde yer verilen sosyal güvenlik açıklarının azaltılması hedefi köklü bir biçimde değişikliğe gerek duymaktadır.

Görülüyor ki Türkiye’de emeklilik sistemi olarak uygulanmak istenen Dünya Bankası (DB) ve Uluslararası Para Fonu’nun (IMF) hazırladığı programlar doğrultusundaki bir modeldir³⁷. Sözgelimi, bu sistem planlaması örneklerinden sayabileceğimiz uygulamaların eski Doğu Bloku ülkelerinde benimsenmek suretiyle yürürlüğe geçirildiği bilinmektedir. Burada, DB uzmanlarınca hazırlanmış bir sistem tipinden bahsetmekteyiz. Anlaşıldığı kadarıyla bu modelin temel esasları bakımından neleri ifade ettiği önemlidir. Ayrıca yürürlüğe konulduğu ülkelerdeki başarı durumu bizzat

somut verilere ulaşmamızı ve gerçek yargılara varmamızı kolaylaştıracaktır. Belirtelim ki bulunacak sonuçlar, ülkemizde hayata geçirilmesi tamamlanmış aynı tip modelin sonuçları hakkında geliştirilecek varsayımlarda da aydınlatıcı olacaktır³⁸. Üstelik benimsenen yeni emeklilik planlamasının uygulanması halinde dahi mevcut problemlerin nasıl çözüme kavuşturulacağı anlaşılır bir şekilde ilgili taraflarca paylaşılmamıştır. Ancak yeniden yapılandırılmalar sırasında emeklilik planının değiştirilmesi mi, yoksa aynı halde uygulanması mı gelecek kuşaklara, bütçeye ve ülke ekonomisine daha fazla külfet getireceği hususlarının karşılaştırılması yapılmıştır³⁹. Sonuçta sistemin değişmesi gerektiği doğrultusundaki eğilimler, başvuru baskı yöntemleri ile bir şekilde güçlü tutulmuştur.

Söz konusu sistemde belirginlik gösteren temel nitelik, tek ayaklı emeklilik modelinin -ülkemizde daha önce yürürlüğe konulan bireysel emeklilik ve tasarruf sistemini saymazsak- öngörülmesi olmasıdır. Böyle olmakla birlikte söz konusu birinci ayak gerekli ölçülerde genişletilememiştir. Şunu belirtmek isteriz ki, sisteme emeklilik planlaması bakımından 65 yaş aylığı alan muhtaç yaşlı vatandaşlara maktu olarak ve asgari düzeyde sosyal korumanın sağlanması şeklinde bir yapılanmanın taşınması ve daha önce benimsenen modelin genişletilmesi sosyal sigortalar rejiminin güçlendirilmesi açısından kanımızca daha isabetli olacaktır. Ne var ki 5510 sayılı Yasa'da yaşlılık sigortası bölümünde benimsenen hükümler, maalesef modelin bu ayağını anılan anlayış temelinde gerçekleştirmekten yana bir düşünce ile hazırlanmamıştır. Emeklilik rejiminde benimsenen böyle bir planlama, emeklilik yaşına gelmiş ve çalışma hayatından çekilmiş bulunan veyahut çekilmek zorunda kalan vatandaşların yaşam koşullarının kötüleşmesine sebebiyet verebilecektir. Ayrıca benimsenen kazanç ilişkili rejime katkı sunmuş olup aylığa hak kazanan vatandaşların dışında, aynı sosyal güvenlik kurumu çatısı altında korumaya göreceli olsa da alındığı görülen ve "65 yaş aylığı" alan vatandaşların asgari düzeyde gelir güvencesi olanağına ulaştırılmamış olmaları köklü bir biçimde sistemin esaslarını değişim yönünde etkileyecektir. Bunun uzun

bir süreci alması halinde ise emeklilik programında muhtemel kargaşalar yaşanabilir. Sistemin geleceği konusunda ciddi belirsizlikler başlayabilir⁴⁰.

Ülkemizde sosyal güvenlik hukuku bakımından uygulanmakta olan 5510 sayılı Yasa önceden yürürlükte bulunan ve değişik çalışma gruplarını ilgilendiren sosyal sigorta yasalarının kapsamını tek hizmet yasası içinde toplamıştır⁴¹. 5510 sayılı Yasa her ne kadar çalışma gruplarını kapsamına almışsa da, evrensel (universal) olarak 65 yaş aylığı alan vatandaşlara emeklilik bakımından sosyal koruma olanağı tanımamıştır. Adeta sigortalı saymadığı bu kişilerin muhtaçlıklarının değişmeden kalmasının yolunu açmıştır. Böylece sosyal güvenlik ilkeleri açısından amaçlanan toplumun her ferdi için kapsama alınarak adaletin sağlanması ve eşitsizliklerin giderilmesine aykırı bir sistemin yasallaşması gerçekleştirilmiştir. Düşük, hatta yok denecek olanaklarla geçinmeye çalışan ve yaşlılıklarından dolayı ihtiyaçlı bulunanlar, toplumun bir tarafına itilmiş ve büyük ölçüde yok sayılmışlardır. Emeklilik yaşına ulaşmalarına rağmen sisteme belirli nedenlerden dolayı zamanında katkı sunamamışlar, sosyal korumaya hak kazanmada evrensel olmayan ve sadece prim ödemekle yükümlü tutulanlar için öngörülen emeklilik programına katkı sunmuş olunması zorunluluğunu önceleyen sosyal sigortalar modeli nedeniyle zor duruma düşürülmüşlerdir.

Belirtmek gerekir ki bu bakıştaki bir sosyal koruma anlayışıyla yaşlı, aynı zamanda yoksul bir kesim göz ardı edilmiştir. Sosyal güvenlik bilinci çok yüksek olmayan ülkemizde, kayıt dışı istihdamın var ettiği koşullarda ya da düşük ücretle veyahut işsizlik oranlarının yüksek olduğu bir ortamda yaşamaktan kaynaklanan temel sebeplerden ötürü sosyal güvenceden yoksunluk istenmeksizin de gerçekleşmiş olabilir. Sosyal sigortalar sisteminden bir kaçış ya da kaçırılma her zaman mümkündür. Yasal düzenlemelerde bu toplumsal gerçeklerin bilinerek ona göre hareket edilmesi gerekirdi. Öte yandan çalışma etiğinin vazgeçilmezliğinin sorgulanmasıyla, toplumsal yaşamın somut verileri ile örülme gelişmelerin pozitif hukuka yan-

sımasının fırsatı kanımızca her bilimsel alanda olduğu gibi emeklilik rejimi açısından da yakalanmış olacaktır.

Çalışma hayatında yer alanlardan biri olan devlet memurları da esas itibarıyla 5510 sayılı Yasa'nın kapsamına kendi nam ve hesabına bağımsız çalışanlar ve iş (hizmet) sözleşmesi ile bağımlı çalışan işçiler gibi alınmışlardır. Yeniden yapılanma gereğince, anılan Yasanın "sigortalı sayılanlar" başlığını taşıyan 4. maddesi daha önce değişik sigortalılık hallerine sahip olanları yani 506, 1479, 5434, 2925 ve 2926 sayılı Yasalarda sigortalı sayılanlar için gerçekleştirilen düzenlemeleri tek yasa amacına uygun olarak bir araya toplamıştır⁴². Nitekim bu yaklaşım, belli sorunları aşmanın temel yolu olarak getirilmiştir⁴³. Öte yandan sistemin sürdürülebilirliğine ilişkin sıkıntılar ve Türk toplumunun adaletsizliğin giderilmesi, yoksulluğun önlenmesi ve sosyal risklerin onarılması gibi kırılganlıkları ciddi görülmektedir. Bu bakımdan önümüzdeki dönemlerde sayılan hedeflere yönelik ülkemizde gerçekleştirilecek reform çalışmalarının çağdaş toplumlardaki sosyal güvenlik alanlarında genel geçerlilik kazanmış eğilimler karşındaki hassasiyeti bütünüyle belirleyici olabilir⁴⁴. Diğer bir ifadeyle, Türkiye'nin AB'ne uyum sürecinde birçok alanda olduğu gibi sosyal politika alanında da müzakerelere başladığı batı toplumlarındaki yoksullukla mücadele konusu çok ciddi öneme sahiptir. Bu amaçla belli edilmiş bir yaşa gelmiş muhtaç vatandaşlara söz konusu toplumlarda ulusal yönetim tarafından asgari bir gelir öngörülmüştür. Bunun da ötesinde, aralarında Fransa'yı da sayabileceğimiz toplumlarda bu amaçla servet araştırması yapılmaksızın toplumda tutunmalarını teminen her ferde asgari bir gelir bağlanmakta ve bunların yaşlı olup olmadıklarına bakılmamaktadır. Öyle ki bu sosyal yardımlar evrensellik ilkesi uyarınca yapılmaktadır⁴⁵.

İşte bu noktada ortaya çıkan tabloya bakıldığında; böyle bir temel düşünce doğrultusunda yoksullukla mücadele etme adına emeklilik yaşına gelmiş geçim kaynakları yetersiz, yaşlı ve güçsüz 65 yaş aylığı alan vatandaşlarımızın da güvenceli gelir bağlanmasına yönelik sosyal koruma yardımlarından yararlandırılmaları ve

sosyal güvenceye kavuşturulmaları sağlanabilirdi. Bundan başka, bunun bir hak olarak söz konusu bireylere sunulması yeni yasal yapılmalarda öngörülen amaçlara göre gerçekleştirilmiş düzenlemeler arasına alınması mümkündür. Denebilir ki muhtaçlık hali, içinde bulunulan ekonomik koşullarla birlikte kişinin fiziki veya ruhsal özelliklerinden kaynaklanmaktadır. Bu etkenlerin bireyin sosyal yardımlara -özellikle gelir güvencesine- hak kazanmasının yolunu açtığı, dolayısıyla sosyal koruma sistemi içine alınmasının elzem olduğu bir gerçektir. Bu nedenle, anılan konunun sosyal koruma sistemi kapsamında kanımızca tekrar ele alınması gerekmektedir. İsbetli olarak yasal bir düzenleme yapılması zorunlu görülmektedir. Bu bağlamda bir gelir hakkının tanınmaması, emeklilik rejimiyle ilişkili gerekçeler doğrultusundaki hedefler ve öngörüler açısından bir eksikliği yansıtmaktadır⁴⁶.

Sosyal devlet ilkesinin çiğnendiği ve ekonomik koşulları ön plana çıkaran düşüncelerin ağırlık kazandığı bir yaklaşımla 5510 sayılı Yasa'nın hazırlandığı yönündeki eleştiriler ilk bakıştaki değerlendirmeler arasına girmektedir. Emeklilik planlamalarına ilişkin yapılan düzenlemelerde sisteme getirilen bu eleştirel yaklaşımların gerekçelerine dayanak oluşturacak sosyal güvenlik paradigmaları böylece daha bir belirginlik kazanacaktır. Öyle ki Yasa, prim ödeme gün sayısının yükseltilmesi ve aylık bağlama oranlarının düşürülmesi ile bağlanacak aylıkların daha da azaltılacak olması yanında, önceki programlarda öngörülen yaşın kademeleli olarak yükseltilmesi konularını da ele almayı amaçlamıştır⁴⁷. Yeni Yasanın yaşlılık sigortası ve bunun dışındaki sosyal sigorta ve genel sağlık sigortasına ilişkin öteki bölümleri hazırlanırken gerekçeler kısmında yoksulluğun önlenmesi, eşitsizliğin ortadan kaldırılması ve herkesi kapsama alacağı belirtilen bir yapılanmanın öngörülmesi dillendirilmişti. Ancak Yasanın gerçek amacı, sosyal güvenlik açıklarının kapatılması, sağlanacak sosyal hakların olduğunca sınırlandırılması ve hizmetlere ulaşılmasının zorlaştırılması olmuştur⁴⁸. Sonuç olarak daha önce de belirttiğimiz gibi kanımızca mevcut emeklilik rejimine yöneltmesi gereken en temel eleştiri,

inceleme konumuzla alakalı olduğu kadarıyla sosyal güvenlik rejimi içinde benimsenen ve değişim getiren yasal düzenlemelerde, temel yaşlılık aylığı kapsamının genişletilmek suretiyle prim ödeyenlerin haricinde gelir olanaklarından mahrum bulunan güçsüz 65 yaş aylığı alan vatandaşların gelir güvencesi hakkında yararlandırılmamış olması gelmektedir.

C. 2022 sayılı Kanun Açısından

Ülkemizde sosyal güvenlik reformuyla birlikte primsiz rejime ilişkin bir yasa henüz çıkarılmamıştır. Bu konuda getirilen belirgin düzenleme 5502 sayılı Yasa'nın 15. maddesinde yer alan ve SGK'nın ana hizmet birimleri arasında sayılan "Primsiz Ödemeler Genel Müdürlüğü"nü ihdas edilmesidir. Sosyal güvenlik mevzuatında primsiz ödemeler konusunda yerine getirilmek üzere söz konusu birime görev olarak birtakım uygulamalar verilmiştir⁴⁹. Birden çok primsiz ödemeler yasası bulunmaktadır⁵⁰. Bunlardan 2022 sayılı Yasa gereğince yapılan 65 yaş aylığı yardımı inceleme konumuzla ilgili olduğundan ayrı bir önem arz etmektedir. Buna göre, sosyal yardım ödemeleri kapsamında "65 yaş aylığı" 2022 sayılı Yasa gereğince muhtaç, güçsüz ve kimsesiz yaşlı vatandaşlara verilmektedir. Ancak, yeni reform yasasıyla primsiz ödemelere ilişkin bütün yasaların daha açık ve ayrıntılı bir biçimde düzenlenmediğini, bunun dışında düzenleme kapsamına alınanların da yeni çıkarılacak olan sosyal hizmet ve yardım yasasına tümüyle bırakılmadığını görmekteyiz⁵¹.

2022 sayılı Yasa'nın içeriği genel itibarıyla gelir elde etmesi olanaklı bulunmayan, geçim kaynakları yetersiz ve yaşlanmış olan vatandaşlara aylık bağlanmasıyla ilgilidir⁵². Tabii ki bu niteliklere haiz bireylerin 65 yaşın üzerinde olması zorunludur. Böyle olmakla birlikte, primsiz ödemeler rejimi içinde yer alan bu ödemenin sosyal sigortalar rejiminde genel hükümleri düzenlenmiş yaşlılık aylığı bölümündeki esaslara bakılarak bir değerlendirmesinin yeniden yapılması kanımızca uygun görülmektedir⁵³. Böylece temel nitelikleri itibarıyla bu ödemenin biçim ve içerik bakımından birinci basamak sosyal güvenlik hukuku kapsamında yer alması, aynı zamanda 2022 sayılı Yasa'nın

yaşlı vatandaşlara "65 yaş aylığı" verilmesi kapsamında düzenlenen hükümlerinin 5510 sayılı Yasa'da öngörülen düzenlemelerle uyumlaştırılması gerekmektedir. Gerekli düzenlemelerin sağlanması yoluyla sonuçta belirlenecek öngörülerle anılan sosyal güvenlik yasasının birinci ayağının genişletilmesi daha uygun düşecektir.

Türkiye İstatistik Kurumu (TÜİK) tarafından yayımlanan verilere göre; 2008 yılında 4 milyon 893 bin olan 65 yaş ve üstü nüfusun 867.035'i herhangi bir sosyal güvenceye ve gelire sahip değildir⁵⁴. Şu halde, 2022 sayılı Kanun gereğince SGK tarafından 65 yaşını doldurmuş muhtaç, güçsüz ve kimsesiz Türk vatandaşlarına 1.1.2010 - 30.6.2010 tarihleri arasında 92,67 TL tutarında bir aylık bağlanmaktadır⁵⁵. Sosyal yardım hakkının özgünlüğü açısından bunu aylık olarak nitelendirmek kanımızca gerçekçi bir değerlendirme olmayacaktır. Çünkü, söz konusu aylık mahiyeti itibarıyla sembolik bir ödeme olmanın öteye bir anlam ifade etmemektedir. Sosyal güvenlik sistemi içinde yer alanlara yapılan ve aylık olarak nitelendirilen ödeme miktarlarına bu anlamda bakmak ve uygun sonucu buna göre çıkarmak daha anlamlı olacaktır. Hatırlatmak gerekir ki Türkiye'deki yaşlı vatandaşların hemen hemen dörtte birine yakınının yaşlılıkta gelir güvencesi bulunmamaktadır⁵⁶. Yaşlı nüfus içerisinde kentlerde yalnız yaşayanların oranı % 70'tir⁵⁷. En fazla korumanın kendini iyiden iyiye hissettirdiği yaşlılıkta görülen hastalıklar ve bu sürecin kendine mahsus kayıpları durumu rahatlıkla açıklamaktadır. Sonuçta, çalışma yaşamından uzaklaşma yaşlılık haliyle birlikte gelmektedir. Aynı zamanda bu anlar toplumsal hayattan kopuş dönemidir. Herkes için bu durum geçerli ve hayatın doğal seyrinde gelişme gösteren bir kesiti yansıtmaktadır.

V. 65 YAŞ AYLIĞI ALANLARA VERİLECEK GELİRİN SOSYAL GÜVENLİK HUKUKUNA ETKİSİ

Sosyal sigortalarda yaşlılık aylığından yararlananlara baktığımızda bütünüyle bunların emeklilik sistemine katkı sunanlardan, yani sigortalı kapsamında olan vatandaşlardan ibaret olduğu görülmektedir. Yaşlı vatandaşlar için

sosyal koruma hukuku içinde değerlendireceğimiz gelir güvencesinin yaşlılıkta gerçekleşen sosyal risk kavramı karşısında onarıcı bir faydaya sahip olmasıyla belli etkilerin ortaya çıkacağı düşünülmektedir⁵⁸. 65 yaş aylığı alan her vatandaşın güvenceli gelir ihtiyacını karşılamayı öngören bu öneri, sosyal sigortaların kapsama almadığı çalışma yaşamı dışındakilere sosyal koruma sağlamak suretiyle alışıla gelmiş sosyal risk kavramının değişik boyutlarıyla gelişimini temine mi çalışmakta, yoksa bilinen sosyal risk kavramını desteklemekte midir? Badel'e göre, geleneksel sosyal risk kavramı korunması gereken kişinin yoksulluğunu ve ihtiyaçlı olma durumunu ölçüt olarak kabul etmez⁵⁹. Yaşlanmayla birlikte başkaca geçim kaynakları bulunmayan kişi gelire hak kazanmaktadır. Başka bir anlatım ile yaşlıların ihtiyaçlı olması yeterli ve geçerli bir sebeptir. Bu, asgari yaşama ölçütüne dayanan bir yaklaşımı göstermektedir. Belirtmek isteriz ki 65 aylığı alanlara getirilecek gelir güvencesi öncelikle Türkiye'de yaşayan bu muhtaç yaşlı vatandaşlara asgari yaşam olanaklarının kapısını açacak ve geleneksel sosyal güvenlik sistemine yeni bir risk anlayışını getirecek özellikte olacaktır.

Sosyal güvenlik sistemi kendi içinde risk algılamasına bağlı bulunan sosyal koruma mantığına dayanmaktadır. Güvenceli yaşlılık geliri sosyal yardım alanı içinde bulunmaktadır. Sosyal sigortaların temel argümanlarına alternatif olamaz. İşte bu yüzden sosyal güvenlikte genişleme getiren bir kavramı yansıtmaktadır⁶⁰. Sosyal sigortalarda koruma altına alınan kişi için risk gerçekleşmesi halinde yardımların yapılması nasıl ki yeterli bir sebepse, yaşlı vatandaşlar için gelir güvencesi dışındaki yardımlara dayalı sigorta olaylarının ortaya çıkmasından ötürü koruma altına alınmaları da aynı anlayışa dayanmaktadır. Türkiye koşullarında uygulanan sosyal sigorta yasası gereğince çalışma konumuz bağlamındaki yeterli geliri bulunmayan yaşlı vatandaşlar genel sağlık sigortası kapsamındadırlar. Bunun dışında, güvenceli gelir hakkı elde edecek 65 yaş aylığı alanların sosyal sigortalara prim ödemedikleri sürece isteğe bağlı sigorta yoluyla emekli olmaları ya da iş kazası meslek hastalığı dolayısı ile gelire

hak kazanmaları yasal olarak mümkün değildir. Yaşlılık, sakatlık ya da malûllük aylığından yararlanamazlar. 65 aylığı alanların gelir güvencesi kapsamına dahil olmalarının temel ölçütü, belli edilmiş miktar ve koşullardaki gelir olanaklarından mahrum olmalarıyla açıklanabilir.

Önemle belirtmek isteriz ki, burada en can alıcı kıstas, gelirin çalışma etiği ile ilgili olmayışındır. Sonuçta gelir güvencesinin sağlanmasından ötürü evrensellik ilkesinin tam anlamıyla hem kapsama alınan kişiler bakımından hem de koruma altına alınan riskler bakımından gerçekleştiğini söyleyebiliriz. Öte yandan Türkiye koşullarındaki sosyal sigortalar ve sosyal yardım yasalarının özelliklerinin analizi ve sonrasında yapılan sentezin bir karşılaştırması olarak sosyal güvenlik sistemimizde bu öneri yer alabilir. Nihai aşamada, 65 yaş aylığına ilişkin düzenlemeler kapsamında yürürlükte bulunan sosyal güvenlik mevzuatında yoksulluk sosyal bir risk olarak tüm yönleriyle kabul görmemiştir. Bu defa, yalnızca muhtaç ve düşkün yaşlı olmaları nedeniyle tahsis edilecek gelir sayesinde bu kimselere yeterli bir yardım yapılacaktır.

Sosyal güvenlik hukukumuzda sosyal yardımlardaki içerik farklılaşmasının gelir güvencesiyle getirileceği görülmektedir. Söz konusu yardımın esas koşulu olarak kişinin ihtiyaçlı olmasının aranması özelliği bu açıdan büyük paya sahiptir. Böylelikle yardım için gereken kıstaslar arasında değişik bir unsurla karşılaşmaktayız. Geleneksel anlayışla bakıldığında, devamlı suretle sayılan ve bilinen sigorta olayları sosyal sigortalarda koruma kapsamına alınmıştır. Aktif çalışma yaşamından uzak kalma ve çalışma gücünü bulamama sosyal yardımlara müstahaklığı getirmelidir. Gelir güvencesi kapsamında yardıma hak kazanma esasında ise bu kavram yaşa, beden ya da ruhsal koşullara, ekonomik şartlara ve istihdamın aldığı boyutla çalışma fırsatını bulamamaya ve bundan mahrum olmaya bağlı halleri öncelikleri arasına koymaktadır. Kişi tek başına kabul edilerek anılan yardımın öznesi belirlenecektir. Hak sahibi kavramı sosyal sigortalardaki hak sahipliğinden değişik bir şekilde düşünülmelidir⁶¹. Gelirin tahsisi ile birlikte ilk ve son olarak gelire hak kazanan kişi,

yaşlılığı nedeniyle ekonomik yoksulluk içinde bulunan 65 yaş aylığı alan vatandaş olacaktır⁶². Gelir sahibinin bakmakla yükümlü olduğu aile fertleriyle değil, gelirin sahibi kişiyle sosyal yardım sınırlandırılacaktır. Kanımızca, özelinde yaşlılar için düşünülen gelir güvencesi hakkı muhtaç, kimsesiz ve güçsüz yani 65 yaş aylığı alan yaşlılara yönelik sosyal yardımı içeren bir kavramdır.

Gelir güvencesine hak kazanacak olan vatandaş, aynı zamanda ulusal düzeyde mevcut genel sağlık sigortasına zorunlu olarak tabi tutulmuştur. Bu kişiler için öngörülen ve sistemde kişisel hesaplarında gösterilen prim katkı payları devlet tarafından karşılanmaktadır. Kendisine gelir bağlanacak yaşlı vatandaşlar sosyal sigortalar kapsamında kısa vadeli risklerden -genel sağlık sigortası dışındaki- iş kazası ve meslek hastalıkları sigortasından yararlanamadıkları gibi istihdam edilemeyeceklerinden dolayı da işsizlik ödeneği alamayacaklardır. Belirtilen sosyal sigorta hizmetleri, çalışma hayatı içinde istihdam faaliyetlerine katılanlara yapılmaktadır. Yani, çalışmalarını sonucunda geçen sigortalılık süresine dahil olanlar için bu bağlamda sosyal güvence sağlanmaktadır. Türkiye’de bahsi geçen yasal düzenlemeler bakımından sağlanan haklar -gelir güvencesi tahsisi yapılması dışında- muhtaç yaşlı vatandaşlar için pozitif hukukta kabul edilmiş olup, sosyal koruma ilkesi gereğince uygulanmaktadır⁶³. Bununla birlikte, istihdam edildikleri için sosyal sigortalar kapsamına alınan vatandaşlar bütün sosyal sigorta kollarına tabi olduğundan, bu sigorta dallarının kapsama aldığı tüm riskler sigortalı sayılmaktan ötürü yaşlılıklarında bunlar için zorunlu bir sosyal koruma sayılmaktadır.

VI. SONUÇ

Çalışma kabiliyetini yitiren kimseler -korumuz bağlamında 65 yaş aylığı alan muhtaç yaşlılar- özellikle kentleşen halk yığınları ile birlikte aile dayanışmasının zayıflaması, yaştan kaynaklanan bedensel yetersizlikler, yalnız yaşayan kişilerin sayısındaki artış ve küreselleşme ile birlikte üretim biçimlerindeki dönüşüm günümüz toplumlarına özgü bazı gerçekler olarak

sayılmaktadır. Buna göre, çalışma koşullarına sahip olmayan ve çalışma kabiliyeti bulunmayan kişilerin varlığını geleneksel çalışma etiğiyle açıklayamayız. Velhasıl muhtaç, ihtiyaçlı, yoksul ve aynı zamanda yaşlı kimseleri sosyal güvenlik şemsiyesi altına alacak bir genişlemenin düzenleyicisi durumundaki refah devletinin ve bununla birlikte bu kimseler için öngörülecek sosyal hakkın tanımlanması gerekmektedir. İşte burada, Türk hukuk sistemi içinde 65 yaş aylığı alanlar için gelir güvencesi kavramının ortaya atılması buna bir yanıt olabilir. Bu sayede Türk sosyal koruma hukukunda köklü değişikliklerden birisi gerçekleştirilebilir.

Sonuç olarak, Türkiye’de refah devletinin dönüşümü elbette modern dünyadan bağımsız bir halde ve tek başına düşünülemez. Yoksullukla ve sosyal dışlanmayla mücadelenin yapıldığı her toplum gibi Türk sosyal güvenlik hukuku da kendine bir yönelim belirlemenin çaba ve gayreti içinde olacaktır. Yaşlılar için yapılacak sosyal yardımlar istihdam koşullarıyla birlikte ele alınmalı, işsizlik nedeniyle sosyal sigortalara yeterli ve gerekli primi ödeyememiş ve aylık bağlama şartlarını yerine getirememiş vatandaşların koşulları birlikte değerlendirilmeli, sonuçta sosyal hukukta sistem ve kurum düzenlemelerine gidilmelidir. Zira, sağlanacak bu tür sosyal güvenlik yardımlarının bireyler için bir hak olduğu kabul edilmelidir. Avrupa Birliği’ne katılım anlayışıyla politika belirlemesi gereken Türkiye hem yoksullukla mücadele bağlamında hem de sosyal güvenlik sistemi kapsamının etkinliği konularında çareler bulunmalı ve yaşlı yoksulluğunu giderecek öncelikleri düşünebilmelidir.

DİPNOTLAR

- 1 Nüket HOTAR GÖKSEL, “Türkiye’de Demografik Dönüşümün Sosyal Politikalara Etkisi”, İşveren, Cilt: 44, Sayı: 2, Kasım 2005, s.28-30; bkz. Müjdat ŞAKAR, Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Yaşlıların Korunması, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 1987, s.53.
- 2 <http://www.tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri> (Erişim: 12.11.2009).
- 3 <http://www.sosyalhizmetuzmani.org/yaslisorunu.htm> (Erişim: 18.12.2009).
- 4 Bkz. Recep KAPAR, Sosyal Korumanın İşgücü Piyasasına Etkisi, Birleşik Metal-İş, İstanbul Aralık 2005, s.256; Nilgün

- GÖRER/Kübra ÇAMUR, "Avrupa Birliği'nde Yaşlılık: Hollanda Örneği", Yaşlı Sorunları Araştırma Dergisi, Cilt: 1 Sayı: 2, Temmuz 2001, s.117-118.
- 5 Bireyin yaşamsal aktivitelere zaman ayırması, yeni uğraşlar bulması ve hayati kazanımlara kavuşma fırsatını yakalaması için bir zemin oluşması gerekmektedir. Bütün sayılan bu insani platformlarda çığır açan gelişmeler yaşam doyumunu yükselterek bireyin güçlü olmasını sağlamaktadır. Bir bakıma kişi kendini sağlıklı bir şekilde ifade etme olanağına kavuşmaktadır. Kısacası, yaşlı birey kişilik duygusu ve topluma ait olma gibi sosyal isteklere düşünce dünyasında karşılık bulmuş olmaktadır. Bu olgusal devrim sosyal yardımların sağlanmasıyla vücut bulmaktadır. Bireylerin en hassas dönemleri olarak bilinen yaşlılıkta bağımlı olmaları engellenerek, insan onuruna yaraşır potansiyelleri korunmalı ve yaşamlarını sağlıklı ve toplumsal dayanışma içinde geçirmeleri sağlanmalıdır.
- 6 DPT, Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı, Sosyal Güvenlik Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Yayın No: DPT: 2592 – ÖİK: 604, Ankara 2001, s.142-155.
- 7 Hakların kullanımı toplumsal düzlemde gerçekleşmektedir. Bu alandan mahrum kalma, toplum içinde gerçekleşen sosyal hakların kazanımlarından da mahrum kalma anlamına gelmektedir. Anılan toplumsal ortamın paylaşılmasına kadar bu hak kaybı sürer gider. Sosyal adaleti bireysel kazanımlarda aramak gerekmektedir. Sosyal sigortalarda "çalışma" etik değer taşıyan anlamı ile sistemin temel noktasıdır. Sosyal dışlanmayla örülü çizgide hayatı paylaşanlar ise bu noktanın kapsama alanı dışındadırlar (Bkz. Yüksel AKKAYA, "Küreselleşme" Versus Sendikasılaştırma ve Yoksullaştırma", Çalışma ve Toplum, 2004/3, 3, s.93-121). Böylelikle sosyal müdahalenin doğrudan öznesi olmaktan uzak kalmaktadırlar. Velhasıl, sistem çalışma hayatında istihdam edilmiş olmayı zorunlu unsur saymaktadır. Sağlayacağı yardımlar sisteme katkısı olanlar üzerinde yoğunlaşır ve bunun dışındakileri yok saymaktadır. Öte yandan toplumda diğer yardıma muhtaç güçsüzler de vardır. Bunlar yaşama hakkına bağlı sosyal koruma ihtiyacını güçlü bir biçimde hissederler. Günümüzde sosyal politikanın kapsam alanı genişlemiş olup, diğer muhtaç bireylerin ve yaşlı kimselerin içinde buldukları hayat standartları bu sayede farkedilmiştir. Bu 1980'lerle birlikte ortaya çıkan ve geçmişten gelen refah devleti ile sosyal güvenlik rejiminin sosyal adaleti sağlayacak şekilde masaya yatırılması ve rehabilite edilmesi genel geçerliliğine dayanan bir anlayışı göstermektedir (Şebnem GÖKÇEOĞLU - BALCI, Tutunamayanlar ve Hukuk, Dost Kitabevi Yayınları, Birinci Baskı, Ankara Mart 2007, s.54 vd).
- 8 Tülay ARIN, "Sosyal Sigorta Değil, Sosyal Güvenlik Sistemi: Sosyal Riskler, Sosyal Haklar ve Sosyal Güvenceler", 2000'li Yıllarda Sosyal Güvenlik Sistemi, (Haz.: Meryem Koray), BASİSEN Yayınları No: 30, 1. Baskı, İstanbul Mayıs 2002, s.76. DPT, Gelir Dağılımı ve Yoksullukla Mücadele, 2007-2013 Dokuzuncu Kalkınma Planı Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Yayın No: DPT: 2742 – ÖİK: 691, 2007, s.34.
- 9 A. Can TUNCAY/Ömer EKMEKÇİ, Sosyal Güvenlik Hukuku'nun Esasları, 1. Baskı, LEGAL, İstanbul Ocak 2008, s.22-24.
- 10 DPT, 2007-2013 Dokuzuncu Kalkınma Planı, Sosyal Güvenlik Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Ankara 2007, s.96 vd.
- 11 GÖKÇEOĞLU - BALCI, Tutunamayanlar, s.99-100.
- 12 GÖKÇEOĞLU - BALCI, Tutunamayanlar, s.45 vd.
- 13 Doğa Başar SARIİPEK, "Sosyal Vatandaşlık ve Günümüzde Yaşadığı Dönüşüm: Aktif Vatandaşlık (Sosyal Politika Açısından Bir Değerlendirme)", Çalışma ve Toplum, 2006/2, 9, s.73-74.
- 14 Toplumda sosyal gelir ve yardım hakkının bireysel emek ve mülk karşılığında kazanılması halinde doğal denge durumunun ancak sağlanmış olacağı anlayışını ön plana çıkararak düşüncelere bir cevap olarak getirilen ve ileri sürülen görüşler hakkında ayrıntı için bkz. Ahmet İNSEL, "İktisat Aklına Sokulan Siyasal Çomak: Vatandaşlık Geliri", Bir Temel Hak Olarak Vatandaşlık Gelirine Doğru, (Der.: Ayşe Buğra - Çağlar Keyder), 1. Baskı, İletişim, İstanbul 2007, s.37-50; AKKAYA, s.94.
- 15 Bkz. KAPAR, Sosyal Koruma, s.37.
- 16 Guy STANDING, "Temel Gelir: Küreselleşen Dünyada Yoksullukla Bir Mücadele Yöntemi", Bir Temel Hak Olarak Vatandaşlık Gelirine Doğru, (Der.: Ayşe Buğra - Çağlar Keyder), 1. Baskı, İletişim, İstanbul 2007, s.27.
- 17 Recep KAPAR, "Sosyal Korumanın Yaygınlaştırılması", Dokuz Eylül Üniversitesi SBE Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 4, 2003, s.56.
- 18 Bkz. Ayşe BUĞRA, Kapitalizm, Yoksulluk ve Türkiye'de Sosyal Politika, 1. Baskı, İletişim, İstanbul 2008, s.79-80.
- 19 Alain SUPIOT, Homo Juridicus, Hukukun Antropolojik İşlevi Üzerine Bir Deneme, (Çev.: Bilge Açımız Ünal), 1. Baskı, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara Mart 2008, s.164.
- 20 Pierre ROSANVALLON, Refah Devletinin Krizi, (Çev.: Burcu Şahinli), 1. Baskı, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara Şubat 2004, s.125-126.
- 21 ARIN, s.72-73.
- 22 T.C. Başbakanlık, Sosyal Güvenlik Reformu: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Kamu Yönetiminde Yeniden Yapılanma 9, Ankara Nisan 2005, s.80 vd.
- 23 Sayın YORGUN, "5510 sayılı Kanun, Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararı ve Çatırdayan Norm ve Standart Birliği", TİSK Akademi, Cilt: 2, Sayı: 4, 2007/II, s.127-145.
- 24 İnsan yaşamına denge getiren onur ve özbenlik gibi temel kavramları içselleştirerek kişinin kendisi olması ve bireyin sosyal adaleti isteme arzusuna yönelik parasal yardımlarla dışlanma arasında bağ kuran güvenceli gelir düzenlemesi Fransız hukukunda kendine has tarafıyla kurallara bağlanmıştır. Buna göre, toplumda yer edinme, birey olmaktan kaynaklanan hakları hissetme ve parasal yardımlara uygun kişi olmanın ötesinde bu gelir vatandaşa verilen bir fırsat bağlamında görülmektedir. Kişi toplumda yer edinmek ve her vatandaşa sağlanan özgürlüklere, yani eşitliğe kavuşabilmek için bir çaba göstermektedir. Bu gelirin elde edilmesi için zorunlu bir şart olmayıp, asıl olarak amaçlanan bir sonuçtur (GÖKÇEOĞLU - BALCI, Tutunamayanlar, s.111).
- 25 SYDTF'nun diğer birtakım harcamalarıysa, nakit gelir desteği politikası anlayışının dışında kalmaktadır. Öte yandan, bu yardımları değişik boyutlarıyla ele alabiliriz. Birincisi, ilkökul çocuklarına eğitim malzemesi sağlanması ve okullarda öğle yemeği verilmesi ülkemiz koşullarında anlamlı bir sosyal

yardım politikasıdır. 2002 senesinde İstanbul'da yapılan bir araştırma, okul kitapları ve eğitim malzemeleri için yapılan harcamaların yoksul aile çocuklarının okula gitmemelerinde neden olarak etkili olduğunu ortaya koymuştur (Bkz. Ayşe BUĞRA/Çağlar KEYDER, Yeni Yoksulluk ve Türkiye'nin Değişen Refah Rejimi, Birleşmiş Milletler Kalkınma Programı İçin Hazırlanan Proje Raporu, Ankara 2003, s.10). Bundan başka, Türkiye'de çocukların kötü beslenmelerinin ve aç kalmalarının önemli bir sorun olduğunu gösteren diğer araştırmalarda, okullardaki öğle yemeğinin bir kısım çocuk açısından o günün tek sıcak yemeği olduğu saptanmıştır (Bkz. Sencer AYATA/Ayşe Güneş AYATA, "The Benefit Dependent and the Regular Income Earning Poor: The Analysis of the Interview Data", Turkey: Poverty and Coping After Crises (Report No: 24185-TR), Washington: World Bank Human Development Unit Europe and Central Asia Region, July 28, 2003, s.104-150; Aksu BORA, "Olmayanın Nesini İdare Edeceksin?": Yoksulluk, Kadınlar ve Hane", Yoksulluk Hâlleri Türkiye'de Kent Yoksulluğunun Toplumsal Görünümleri, (Ed.: Necmi Erdoğan), De:ki Demokrasi Kitaplığı Yayınevi, 1. Basım, Ağustos 2002, s.74; DPT, Gelir Dağılımı, s.38-39). İkinci olarak, kırsal alanda uygulanmakta olan faizsiz sermaye desteği planlamalarının faydalı gibi görünse de Grameen Bankası örneğindeki türden faizli mikrokredi politikalarının kamu imkânları kullanılmaksızın, ticari kuruluşlar ve sivil toplum örgütlerinin yürütmesiyle yapılması gereken uygulamalar olduklarını söyleyebiliriz. Bununla birlikte, faizli mikro kredi politikasının bir sosyal yardım politikasına karşılık olamayacağını, bu yönde kullanılan kısıtlı SYDTF kaynaklarının heba edilmiş olacağı bir gerçektir. Özetle, aynı yardım niteliği taşıyan harcamalar idari masraflar gerektirdiği gibi üretimde ve tüketimde de bir etkinliğe sahip değildir. Yardım şekli bakımından ise yardımı alanlar açısından kişi onurunu zedeleyici bir özelliği vardır.

- 26 Ian GOUGH, "Social Assistance in Southern Europe", South European Society and Politics, 12 (3), 1996, s.1-23.
- 27 Gelişmiş toplumlarda çalışma yaşamından ayrılmış, yaş bakımından emeklilik statüsüne kavuşmuş, diğer bir ifadeyle yaşlanmış bulunan kişilere yaşam standartlarını sürdürmek adına yeterli miktarlarda emeklilik geliri verilmektedir. Başka bir anlatımla, sosyal güvenlik tekniği bağlamında temel kural böyle işlemektedir. Ne yazık ki, gelişmiş ve modern sosyal güvenlik sistemi eğilimleri gösteren Batı Avrupa ve Kuzey Amerika ülkeleri dışında bu sistemi benimsemiş başka ülke dünyada yok denecek kadar azdır (Gail WILSON, Understanding Old Age: Critical and Global Perspectives, London, Sage Publications, 2000, s.87; Ali ÇİMAT/Adnan ERDAL, Bölüşüm Teorisi Çerçevesinde Asgari Gelir Hakkı ve Türkiye'de Uygulanabilirliği, 1. Baskı, Asil, Ankara 2007, s.33). Türkiye'de emekli olmak suretiyle yaşlılık aylığı alan devlet memuru, işçi ve esnafa verilen aylığın düzeyi miktar olarak düşüktür. Önemle belirtmek isteriz ki, 2022 sayılı Yasa gereğince 65 yaş ve üstü muhtaç yaşlılara ödenen aylıkların anılan aylık ödemelerden miktarı çok daha düşüktür. Yaşlılarımızın yaşamlarını sıkıntılardan arındırmak, bu sayede daha geniş koşulları kendilerine sunmak gerekmektedir.
- 28 Bkz. TSEV, En Büyük Karadelik: Sosyal Güvenlik Açıkları ve Reform Tartışmalarının Sosyo-Ekonomik Yansımaları, (Haz.:

Tekin AKGEYİK, Binhan Elif YILMAZ ve Murat ŞEKER), Si-gorta Araştırma ve İnceleme Yayınları - 11, İstanbul Temmuz 2007, s.217-218.

- 29 DİSK, Bağımsız Sosyal Bilimciler 2006 Yılı Raporu IMF Gözetiminde On Uzun Yıl, 1998-2008: Farklı Hükümetler, Tek Siyaset, DİSK Yayınları No: 53, Ankara Eylül 2006, s.56.
- 30 Karş. Özcan KESKEÇ, "Siyasal İktidarların Kısılcısından Kurtulamayan Sosyal Güvenlik", 2000'li Yıllarda Sosyal Güvenlik Sistemi, (Haz.: Meryem Koray), BASİSEN Yayınları No: 30, 1. Baskı, İstanbul Mayıs 2002, s.89; Alpaslan IŞIKLI, "Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Yasa Tasarısı İle Nereye Kadar?", 25.3.2008 tarihli Panel, İstanbul Barosu Yayınları Genel Yayın Sıra No: 120 2008/12, s.27-28; OECD, 1988: 35-36'dan Aktaran: İlyas ÇELİKOĞLU, Sosyal Güvenlik Sistemlerinin Finansman Yöntemleri ve Türkiye Uygulaması, DPT Yayın No: 2355- YUSPKGM: 424, Eylül 1994, s.42.
- 31 Bkz. BUĞRA, s.219-221.
- 32 Yusuf ALPER, "Sosyal Güvenlik Sisteminde Reform: Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve Kurumsal Değerlendirme Analizi", Mercek, Temmuz 2006, s.40 vd.; ayrıca primsiz sistemde 5502 sayılı Yasa ile getirilen yeni yapı, Sosyal Hizmetler ve Yardımlar Hakkında Kanun Tasarısı ile öngörülen değişiklikler ve sosyal hizmet ve yardımların tek elden yürütülmesini temel alan bu tasarı hakkında bkz. Levent AKIN, "Sosyal Yardım ve Hizmetler ile Bunların Organizasyonu", 7-8 Aralık 2006'da İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi tarafından düzenlenen "Sosyal Güvenliğin Yeniden Yapılandırılması Semineri"ne sunulan tebliğ, TİSK Yayın No: 284, Ankara 30 Temmuz 2007, s.272-276.
- 33 Bu anlamda reform yasının bütünü itibarıyla kapsam alanı daraltılmıştır. Sistemin kendine has önemi bakımından yaşlı yoksulluğu ile ilişkisi yok seviyesine indirilmiştir. Buna rağmen yaşlı vatandaşların gelir hakkını tesis edici düzenlemeler başka yasal alanlarda oluşturulmamıştır. Bununla birlikte, sistemin finans unsurunun doğuracağı sorunlara çözüm getirilememektedir. Hatırlatmakta yarar var ki Türkiye bu yeni reformla gelecekte karşılaşılabilecek sorunlar için yeniden bazı yapılandırma çalışmalarına ihtiyaç duyacaktır. AB yolunda gerçekleştirilecek açılımlar, anılan reformların niteliğini belirleyecektir (Bkz. Ali GÜZEL, "Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Öngörülen Reform Mevcut Sorunlara Çözüm Mü?", Çalışma ve Toplum, 2005/3, 7, s.62-63). Velez ki, Avrupa Birliği projesi beklenildiği gibi gerçekleşme de, yenedünyanın değişen gerçekleri anılan eğilimi zorunlu kılmaktadır. Yoksulluk mücadele edilmesi gereken bir kavramdır (Yoksulluk kavramı ve kavramsal boyutuyla yoksulluk analizi hakkında bkz. ÇİMAT/ERDAL, s.70-78).
- 34 Ayrıca sosyal güvenlik sistemi açısından belirtilen reform önerisi ve taslak metne ilişkin getirilen eleştiriler ve değerlendirmeler için bkz. Recep KAPAR, "Taslak Metine İlişkin Eleştiriler: Sosyal Güvenlik Sisteminde Reform Önerisi", Petrol-İş Sendikası Notları, Sayı: 23, Ağustos 2004, s.28 ve 41 vd.
- 35 Ali GÜZEL/Alı Rıza OKUR/Nurşen CANIKLIOĞLU, Sosyal Güvenlik Hukuku, 11. Bası, İstanbul Ocak 2008, s.82; ayrıca GSMH'daki düzeyi bakımından İLO'nun 2050 yılına kadar OECD ülkeleri ve geçiş sürecindeki ülkelerle ilgili sosyal

- güvenlik harcamalarına ilişkin öngörüsü ve karşılaştırmalar için bkz. KAPAR, Sosyal Koruma, s.250-251.
- 36 Bu konuya ilişkin olarak bkz. KAPAR, Eleştiriler, s.32 vd.
- 37 Müjdat ŞAKAR, "Sosyal Güvenlikte Ne Yapılmalı", Yaklaşım, Sayı: 171, Mart 2007, s.13-15; aynı yazar, "Kazanılmış Haklar Bakımından Yeni Mevzuat", Yeni Düzenlemeler Çerçevesinde Sosyal Güvenlik Mevzuatı Semineri, Kamu-İş, Ankara 2007, s.198; DİSK, s.55; Kadir ARICI, "Sosyal Güvenlikte Yeni Dönem", 14 Aralık 2006'da Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu tarafından düzenlenen "Sosyal Güvenlikte Yeni Dönem ve İşveren Yükümlülükleri Semineri"nde yapılan konuşma, TİSK Yayın No: 280, İstanbul 25 Şubat 2007, s.30-31; Sevinç AKBULAK/Yavuz AKBULAK, "Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Yaşanan Sorunlar ve Alınması Gereken Önlemler", Ekonomik ve Mali Araştırma Yarışması, Sosyal Güvenlik Kurumlarının Kaynak Sorunları ve Çözüm Önerileri, Maliye Hesap Uzmanları Vakfı Yayınları, Yayın No: 17, Ankara 2004, s.22; IŞIKLI, s.24 ve 78; Ali GÜZEL, "Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Yasa Tasarısı İle Nereye Kadar?", 25.3.2008 tarihli Panel, İstanbul Barosu Yayınları Genel Yayın Sıra No: 120 2008/12, s.38 ve 81; karşı. BAŞESGİOĞLU, s.17-18.
- 38 Bkz. GÜZEL, Reform, s.67-68 ve 75; aynı yazar, "Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Yeniden Yapılandırma: Nedenler ve Amaçlar", 7-8 Aralık 2006'da İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi tarafından düzenlenen "Sosyal Güvenliğin Yeniden Yapılandırılması Semineri"ne sunulan tebliğ, TİSK Yayın No: 284, Ankara 30 Temmuz 2007, s.38-39; aynı yazar, "Sosyal Güvenliğin Evrensel Değerleri ve Yeni Liberal Reformlar", Tes-İş Dergisi, Sayı: 2006/3, Kasım 2006, s.40-47.
- 39 İhsan DEMİRCİ, "Sosyal Güvenlikte Yeni Dönem", 14 Aralık 2006'da Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu tarafından düzenlenen "Sosyal Güvenlikte Yeni Dönem ve İşveren Yükümlülükleri Semineri"nde yapılan konuşma, TİSK Yayın No: 280, İstanbul: 25 Şubat 2007, s.53.
- 40 1.7.1976 tarihinde TBMM'nde kabul edilen 2022 sayılı Kanunla ilgili yasalama sürecinde siyasiler tarafından konunun müspet tarafları, sosyal politika alanında anılan gelirin verilmesi bağlamında ilk olma bakımından getirdiği heyecan ve verilecek aydın yetersizliği gündeme getirilmiştir. Getirilen eleştirilerin başta geleni, önerilen parasal meblağın geçinmeye yetmeyeceği hususu üzerinde toplanmaktaydı. Yasanın bir bakıma vatandaşlık temelli bir sosyal yardımı öngörmüş olması ciddi ve duyarlı bir öneme sahip bulunmaktaydı. Belki de bu yasanın en önemli tarafı sosyal güvenlik sistemlerinin öngördüğü modern eğilimlerin hesaba katılarak vatandaşlar için bir sosyal korumanın gerçekleştirilmesinde yatmaktaydı. Nitekim aileye sorumluluk atfetmeksizin, devletin muhtaç vatandaşlara karşı sorumluluğunu ön plana çıkarması kanımızca isabetli bulunmuştur. Bkz. BUĞRA, s.192-195 ve 209-210. Ayrıca bkz. Berna BALCI - İZGİ, Sosyal Güvenlik Sistemlerinin Dünyadaki Gelişimi, Tasarruflar Üzerindeki Etkileri ve Türkiye'de Durum, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Adana 2004, s.84.
- 41 Yasanın sigortalılar açısından kapsamı ve bu kavram hakkında açıklamalarla ilgili bkz. Levent AKIN, "Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanun Tasarısının Kişiler Açısından Kapsamında Yeni Gelişmeler", Türkiye'de Sosyal Güvenlik Sisteminde Reform Sempozyumu, Çalışma ve Toplum Özel Sayısı, 2006/1, s.26 vd.
- 42 GÜZEL, Yeniden Yapılandırma, s.26.
- 43 İbrahim ULAŞ, "Kısa ve Uzun Vadeli Sigorta Kolları ile Genel Sağlık Sigortasına İlişkin Düzenlemeler", İstihdam Paketi ve Sosyal Güvenlikteki Yeni Düzenlemeler İşletmelere Ne Getiriyor? Semineri, TİSK - PERYÖN, Yayın No: 296, İstanbul 16 Temmuz 2008, s.128; karşı. Yusuf ALPER, "5510 sayılı Kanun'da 4/1-a Kapsamındaki Sigortalılar Bakımından Prime Esas Kazançlar", Sicil, Aralık 2008, s.162.
- 44 Bkz. KAPAR, Korumanın Yaygınlaştırılması, s.57.
- 45 Bkz. Şebnem GÖKÇEOĞLU - BALCI, "Sosyal Yardım ve Sosyal Hizmetler Ekseninde Kamu Yönetimi Reformu", Hukuk ve Adalet, Yıl: 1, Sayı: 2, Nisan - Haziran 2004, s.115 vd.
- 46 Toplumların yapılarında sosyoloji bilimi yeni ekonomik ve sosyal boyutu olan bir kavrama ulaşmış ve bu kavram değişen toplumsal dönüşümlerinde zorlamasıyla görünür hale gelmiştir. Nitekim yeterli olduğu varsayılan ve sosyal adaleti gerçekleştirdiği düşünülen gelişmiş batı toplumlarındaki algılamaları boşa çıkaran bir olguya evrilmiştir. Sosyal güvenlik anılan dönüşümü karşılayamamakla birlikte, yeni oluşumlara cevap olacak düzenlemelerde bir ihtiyaca düşmüştür. Sosyal dışlanma muhtemeldir ki maddi değerlerin eksikliğinden kaynaklanan ve ilk sırada bu unsura bağlı bir dışlanma durumudur. Böylelikle güvenceli gelir düzenlemeleri sosyal yoksunluğu iyileştirerek mücadele alanına çekmektedir. Sosyal dışlanma, toplumda egemen olan birliklik özelliğinin arkasında ayrı bir yaşama sahip olma halidir. Bunun tam tersi ise katılımcı ve toplumu oluşturan ilkelerin taşıyıcısı olma halidir.
- 47 Nurşen CANIKLIOĞLU, "Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanun Tasarısına Göre Kısa Vadeli Sigorta Hükümleri", Türkiye'de Sosyal Güvenlik Sisteminde Reform Sempozyumu, Çalışma ve Toplum Özel Sayısı, 2006/1, 8, s.51.
- 48 GÜZEL/OKUR /CANIKLIOĞLU, s.94.
- 49 Ali Rıza OKUR, "Türk Sosyal Güvenlik Reformu ve Genel Sağlık Sigortası", 7-8 Aralık 2006'da İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi tarafından düzenlenen "Sosyal Güvenliğin Yeniden Yapılandırılması Semineri"ne sunulan tebliğ metni (Ders Notları, Marmara Üniversitesi 2006/2007 Ders Yılı), s.5; Ali Nazım SÖZER, "Sosyal Sigortaların Organizasyonu: Türkiye Açısından", 7-8 Aralık 2006'da İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi tarafından düzenlenen "Sosyal Güvenliğin Yeniden Yapılandırılması Semineri"ne sunulan tebliğ, TİSK Yayın No: 284, Ankara 30 Temmuz 2007, s.86.
- 50 Sosyal yardım yasalarının işlevselliğine yönelik bir öneri için bkz. TİSK, "Krizle Karşı Alınması Gereken Tedbirler", İşveren Özel Eki, Cilt: 47, Sayı: 5, Şubat 2009, s.11.
- 51 GÜZEL/OKUR/CANIKLIOĞLU, s.97.
- 52 2022 sayılı Yasa ve diğer sosyal yardım yasalarının değerlendirilmesi ve Güney Avrupa ülkeleri ile Türkiye'nin karşılaştırılması bakımından bkz. Ian GOUGH, "Güney Avrupa'da Sosyal Yardım", Sosyal Politika Yazıları, (Der.: Ayşe Buğra - Çağlar Keyder), 3. Baskı, İletişim, İstanbul 2008, s.235-239.
- 53 Ayrıca bkz. BUĞRA, s.235.

- 54 <http://www.tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri> (Erişim: 12.11.2009).
- 55 Bkz. Sosyal Güvenlik Kurumu, 19.2.2010 tarih ve 2010/30 sayılı Genelgesi.
- 56 Bkz. 2009 yılı Haziran ayı verileri, (SGK, İstatistik Bülteni, s.3).
- 57 Türkiye’de yaşlıların % 63’ü kendi evlerinde, % 36’sı çocuklarıyla, % 1’i ise kurumlarda yaşamaktadırlar. Bu oranlar, Devlet Planlama Teşkilatı’nın 1992 yılındaki “Türk Aile Yapısı Araştırması” sonuçlarıdır. Daha ayrıntılı bilgi için bkz. Beşir ATALAY/Mehmet KONTAŞ/Sema BEYAZIT/Kemal MADENOĞLU, Türk Aile Yapısı Araştırması, Devlet Planlama Teşkilatı Sosyal Planlama Dairesi, Yayın No: DPT/2313-SPGM: 421, Ankara Nisan 1992, s.36; ayrıca bkz. ERDİL, s.79.
- 58 Bireyin belli bir yaşa ulaşması ile aktif çalışma yaşamından çekilmesi ve hayatını idame ettirme çabasında bulunması arasında varolan bir evre gerçekleşmektedir. Bu süreç, kişinin ekonomik ihtiyaçlarını karşılamak üzere gelire sahip olmasını zorunlu kılmaktadır, Yusuf ALPER, “Sosyal Güvenlik ve Emeklilik Yaşının Tespiti”, Çimento İşveren, Ocak 1997, s.4; ŞAKAR, Yaşlıların Korunması, s.256 vd. Sosyal sigortalar hukukunda bu durum uzun vadeli sosyal risk olarak tanımlanmaktadır. Bu nedenle, yaşlanma halinde kişinin ekonomik güvenceye kavuşturulması amaçlanmaktadır. Yaşlılığın getirdiği zararlı etkilerin onarılması için aylık bağlanması gerektiği öngörülmüştür. Böylelikle kişi artık çalışamaz durumdadır ve buna dönük yeteneklerini çoğunlukla kaybetmiştir. Önemle vurgulamak gerekir ki sosyal güvenlik hukukunda yaşlanma olgusuna tıbbi bir kavram olarak bakılmamaktadır. Yaşlılık hali bireyin gelir sahibi olmasını engelleyici bir durum olarak ele alınmaktadır, bkz. ŞAKAR, Yaşlıların Korunması, s.44 vd.; Nurşen CANIKLIOĞLU, “Yaşlılık Sigortasının Yeniden Yapılandırılmasının Esasları”, 7-8 Aralık 2006’da İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi tarafından düzenlenen “Sosyal Güvenliğin Yeniden Yapılandırılması Semineri”ne sunulan tebliğ, TİSK Yayını, No: 284, Ankara 30 Temmuz 2007, s.196.
- 59 Aktaran: GÖKÇEOĞLU - BALCI, Tutunamayanlar, s.117.
- 60 Toplumların gelişmesi ve bireylerin ekonomik güvencesinde faydacı anlayışın benimsenmesinin oluşturduğu yapılanma klasik koruma anlayışını kenara itmiştir. Bu nedenle daha belirgin sosyal güvenlik sistemlerine geçilmeye başlanmıştır. Zira bu dönüşüm sosyal güvenlik sistemlerine uygun hukuksal düzenlemeleri gerekli kılmıştır. Bir bakıma modern toplumlara geçiş aşamasında alışıla gelmiş ya da ilkel kalmış yöntemlerin terki başlamıştır. Bilindiği üzere, sosyal güvenlikte öncelenen amaç büyük öneme sahiptir. Nihayetinde toplumsal düzende sosyal güvenlik sistemleri sayesinde yeniden dağıtım yöntemiyle ekonomik değerlerin bireyler arasındaki paylaşımı gerçekleşmektedir (Bkz. KAPAR, Sosyal Koruma, s.245-246). Bu meseleye klasik yaklaşımda olduğu gibi bireylere ekonomik güvence temini yönünde baktığımızda, günümüz sosyal güvenlik hukukuna işlerlik kazandıran bu ortak noktanın olduğu görülmektedir (GÜZEL, Yeniden Yapılandırma, s.36). Özetle, bireylere ekonomik güvence sağlanarak sosyal riskleri onarmak ya da bertaraf etmek ve anılan amaçların gerçekleştirilmesinde kendine has yapısı ile kurum ve kuruluşların teşekkülünün sağlanması ayrı bir önem arz etmektedir. Hem hizmet sağlayan bir tekniğin belirlenmesi hem de bu tekniğe işlerlik kazandıran kurumların bütünü “sosyal güvenlik sistemi” diye bilinen yapılanmayı oluşturmaktadır. Bütün bu tarihsel evrimleşme ile sistemler pozitif hukuksal mekanizmalarını da beraberinde getirmiştir (TALAS, Sosyal Ekonomi, Sevinç Matbaası, Ankara 1979, s.325).
- 61 Bkz. GÖKÇEOĞLU - BALCI, Tutunamayanlar, s.117-118.
- 62 Sosyal yardımlarla toplumun sahip olduğu yaşam koşullarından dışlanmış olanların yeniden topluma irtibatı sağlanabilir. Gelir güvencesi kısacası böyle bir yaklaşımla tanımlanabilir. Sosyal koruma hukukuna ilişkin yeni bir kavramdır. Korunmaya muhtaç yaşlılarda aynı kategoride değerlendirilerek kendileri için sağlanacak bu sosyal yardım sayesinde insana dair kültürel tatmine yönelik ihtiyaçları karşılanabilir. Çalışma karşılığı olmaksızın elde edilen bir gelirden bahsetmekteyiz. Anılan gelir yoksullar için ayrılmaktadır. Toplumda yer alan fakat normal şartlarda toplumsal işlevlere sahip olmayanlar ve çalışma imkânına sahip bulunmayanlar buna hak kazanacaklardır. Bu, sosyal güvenlik norm ve standartları açısından üst düzeyde bir sosyal politika kavramını özetlemektedir. Metin KUTAL, Teorik Esasları ve Tatbikatı Bakımından Asgari Ücret, İstanbul 1969, s.4-6; TUNÇOMAÇ, s.6.
- 63 Türkiye’de genel sağlık sigortasının tüm vatandaşları kapsayacak şekilde uygulanmasından önce, piyasa ekonomisinin koşulları ile düzenlenen ulusal sağlık politikasında yoksulluğun belgelendirilmesi karşılığında sağlık yardımlarından yararlanma hakkı öngörülmüştür. 5510 sayılı Yasayla benimsenen hükümler gereği söz konusu durum korunarak sağlık uygulaması genelleştirilmiştir. Buna göre, 18.6.1992 tarihinde TBMM’de kabul edilen “Ödeme Gücü Olmayan Vatandaşların Tedavi Giderlerinin Yeşil Kart Verilerek Devlet Tarafından Karşlanması Hakkında Kanun”la (RG., 3.7.1992 t. ve 21273 s.) ilgili olarak yasalaşma sürecinde siyasetler tarafından konunun tartışılması, ileri sürülen görüşler ve sosyal politika alanındaki vatandaşlık hakları kavramının güçlendirilmesi açısından yasanın yeri önemlidir. Yasayla getirilen hükümler vatandaşlık temelli bir sosyal yardımı ifade etmiş olması yönüyle isabetli bir düzenlemeyi içermektedir. Bkz. BUĞRA, s.213-218. 5510 s.K. m. 60’a göre, 1.7.1976 tarihli ve 2022 sayılı 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Gücsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun hükümlerine göre aylık alan kişiler, genel sağlık sigortalısı sayılmışlardır (m. 60/I, c, 3). 5510 s.K. m. 60’ın (c) bendinde sayılanlardan (3) numaralı alt bendinde belirtilenler aylığa hak kazandıkları tarihten itibaren genel sağlık sigortalısı sayılırlar (m. 61/I, b). 60. maddenin birinci fıkrasının (c) bendinin (3) numaralı alt bendi gereği genel sağlık sigortalısı sayılanlar ile bunların bakmakla yükümlü olduğu kişilerin ödemiş oldukları katılım payları talepleri halinde, 29.5.1986 tarihli ve 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu hükümlerine göre kendilerine geri ödenecektir (m. 68/V).

Resul ASLANKÖYLÜ

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Onursal Başkanı

5510 Sayılı Kanun'a Göre Karşılaştırmalı Malûllük Sigortası

1. MALÛLLÜK SİGORTASININ AMACI

Malûllük hali, sigortalının çalışma ya da meslekte kazanma gücünü tamamen veya kısmen yitirmesine, bu nedenle ekonomik durumunun temelden sarsılmasına neden olur. Bu etki nedeniyle malûl kalma, sosyal riskler arasındadır. Sigortalı malûl duruma düşmekle çalışma yeteneğini kaybeder ve malûl sayılmadan önceki gelirinden mahrum kalır. Malûllük sigortası, sakatlanması nedeniyle çalışamayan ve gelirden yoksun kalan sigortalıya mahrum kaldığı bu gelirin sağlanmasını amaçlar¹.

Malûllük sigortası, yaşlılık ve ölüm sigortalarında olduğu gibi uzun vadeli sigorta kollarından birisidir. Malûllük aylığı, sigortalının malûllük hali ortadan kalkıncaya kadar sürekli olarak devam eder. Süreklilik nedeniyle bu aylık sermayeye çevrilerek sigortalıya ödenemez.

Malûllük aylığının sürekli ödenmesi nedeniyle Kurumun aktüeryal dengesinin bozulması açısından, sigortalıya ait belirli miktarda

prim bildirilmesine veya sigortalılık süresine ihtiyaç vardır.

Ne var ki malûllük halinin ne zaman, nerede ve hangi koşullar altında ortaya çıkacağı önceden belli olmadığından anılan sigorta kolundan yaşlılık sigortasına nazaran daha kısa sigortalılık süresi ve daha az prim ödeme gün sayısı yeterli görülmüştür².

Hemen belirtmek gerekir ise malûllük sigortası 5510 sayılı Kanun'un 25-27.maddelerinde yer almaktadır. 5510 sayılı Kanun, malûllük sigortasından sağlanan yardımları SSK'nın genel sistematiği içinde ele almıştır. Başka bir deyişle bazı farklar dışında 5510 sayılı Kanun'da malûllük sigortası SSK'dan esinlenerek düzenlenmiştir. Her iki kanun arasındaki farklar aşağıda açıklanacaktır.

Ülkemizde malûllük sigortası, 1.4.1950 tarihinde 5417 sayılı "İhtiyarlık Sigortası Kanunu" kapsamına alınmış daha sonra da bu Kanun yürürlükten kaldırılmış ve 17.7.1964 tarihli SSK'ya dahil edilmiştir.

Diğer taraftan malûllük, yaşlılık ve ölüm

sigortası kolları birbirinden farklı ise de primler bakımından müştereklerdir. Her üç sigorta kolunun primleri tektir. Prim oranı sigortalının kazancının %20'sidir. Maden işyerlerinin yer altı işlerinde çalışan sigortalıların prim oranı ise %22'dir.

5510 sayılı Kanununun 26. maddesine göre malûllük sigortasından sağlanan hak malûllük aylığı bağlanmasıdır. Bunun dışında başka bir yardım sağlanmaz. Tıpkı burada olduğu gibi 506, 1479, 2925 ve 2926 sayılı Kanunlarda da aynı yardım sağlanır.

II. 5510 SAYILI KANUN'A GÖRE MALÛLLÜK AYLIĞI BAĞLAMA KOŞULLARI

A- MALÛL SAYILMA KOŞULU

Malûllük aylığı bağlamanın birinci koşulu malûl sayılmaktır. Kimlerin malûl sayılacağı 5510 sayılı Kanun'un 25. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre, sigortalının veya işverenin talebi üzerine Kurumca yetkilendirilen sağlık hizmeti sunucularının sağlık kurullarınca usulüne uygun düzenlenecek raporlar ve dayanağı tıbbi belgelerin incelenmesi sonucu (4-a) ve (4-b) sigortalıları için çalışma gücünün veya iş kazası ya da meslek hastalığı sonucu meslekte kazanma gücünün en az % 60'ını kaybettiği sağlık kurulunca tespit edilen sigortalı malûl sayılır.

Bu tanımın belirgin özelliklerinden birisi, sigortalının iş kazası veya meslek hastalığı sonucu malûl sayılması için "meslekte kazanma gücünü" en az % 60 oranında kaybetmesidir. Bilindiği gibi sigortalı, iş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle de malûl kalabilir. Diğer hallerde ise malûliyet "çalışma gücünü" yitirme esas alınır. Örneğin sigortalı evinin merdivenlerinden düşmek suretiyle malûliyet uğrayabilir. Keza sigortalı, intihara teşebbüs sonucunda da malûl sayılabilir.

"Meslekte kazanma gücü kaybı" ile "çalışma gücü kaybı" farklı kavramlardır. Bunlar Sosyal Sigorta Sağlık İşleri Tüzüğü'ne göre belirlenir.

Her iki kavram ne 5510 ne 506 ne de Bağ-Kur Kanunu'nda tanımlanmıştır. Az önce ifade

edildiği gibi bunlar Sosyal Sigorta Sağlık İşlemleri Tüzüğü hükümleri gereğince tespit edilir.

Çalışma gücünün kaybı, çalışma piyasasındaki herhangi bir işi yapma yeteneğinin kaybı, meslekte kazanma gücünün kaybı ise sigortalının mesleğini yerine getirmesi için gerekli yeteneğini kısmen veya tamamen kaybetmesi olarak tanımlanabilir. Burada önemli olan "meslek"tir. Meslekte kazanma gücü kaybının tespit edilmesinde sigortalının mesleği esas alınır.

Bize göre yeni tüzüğün yürürlüğe girdiği tarihe kadar eski Sosyal Sigorta Sağlık İşlemleri Tüzüğü'nün uygulanmasına devam olunur.

Diyelim ki (4-c) sigortalıları için malûl sayılma bakımından ayrı bir tanım yapılmıştır. Buna göre, bu Kanununun 4. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamındaki sigortalılar, çalışma gücünün en az % 60'ını veya vazifelerini yapamayacak biçimde meslekte kazanma gücünü kaybetmişler ve bu durum Kurum Sağlık Kurulunca tespit edilmiş ise malûl sayılırlar.

Görüldüğü gibi burada (4-c) sigortalılarının malûl sayılması için hem çalışma gücü kaybı hem de meslekte güç kaybı esas alınır. (4-c) sigortalısı, vazifesini yapamayacak biçimde meslekte kazanma gücünü yitirmiş ise %60 oranında kaybedip etmediği dikkate alınmaksızın malûl sayılır. Burada yasa koyucu (4-c) sigortalılarına ayrı bir önem vermiştir.

Bilindiği gibi sigortalı, iş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle sürekli iş göremez duruma düşmüş ise iş göremezlik derecesine bakılmaksızın kendisine sürekli iş göremezlik geliri bağlanır. Sürekli iş göremezlik derecesi en az %60'a ulaşmış ise sigortalıya ayrıca malûllük aylığı da bağlanır.

B- 506, 1479, 2925 ve 2926 SAYILI KANUNLARA GÖRE MALÛL SAYILMA VE ARADAKİ FARKLAR

SSK'nın 53. maddesinde kimlerin malûl sayılacağı üç alt bent halinde tanımlanmıştır. Buna göre genelde çalışma gücünü 2/3 oranında yitirenler malûl sayılır. Keza aynı Kanununun 34. maddesi uyarınca yapılan tedavi sonunda çalışma gücünü en az 2/3 oranında yitirenler de malûl sayılır (SSK m.53-A)b). Belirtmek gere-

İsviçre ve Alman hukukunda, malûliyet hali “gelir elde edemezlik” esasına göre saptanmaktadır.

kirse bu ikinci şık 5510 sayılı Kanun kapsamına alınmamıştır. Bizce anılan (b) alt bendin bu Kanunun kapsamına alınmaması isabetli bir düzenlemedir. Zira sözü edilen bent 53. maddeye fazladan ilave edilmiştir. Esasen bu bendin işlevini aynı maddenin (a) alt bendi görmekte idi.

Diğer taraftan SSK'ya göre iş kazası veya meslek hastalığı sonucu meslekte kazanma gücünü en az %60 oranında kaybedenler de malûl sayılmıştır. Bu halde, diğer yasal koşullar oluşmuş ise meslekte kazanma gücünü %60 yitirenlere malûllük aylığı bağlanabilir. Bu oran, 5510 sayılı Kanun ile aynıdır.

Bağ-Kur Kanunu'na göre malûllük hali aynı Kanunun 28. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre 1479 sayılı Kanun'un uygulanmasında çalışma gücünün en az üçte ikisini kaybettiği tespit edilen sigortalı malûl sayılır.

5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu'nda diğer Sosyal Güvenlik Kanunlarında yer almayan değişik bir malûllük tanımı yapılmıştır. Anılan Kanunun 41. maddesinin birinci fıkrasında malûl sayılma “Her ne sebep ve surette olursa olsun vücutlarında hasıl olan arızalar veya düşer oldukları tedavisi imkânsız hastalıklar yüzünden vazifelerini yapamayacak duruma giren iştirakçilere (malûl) denir ve haklarında bu Kanunun malûllüğe ait hükümleri uygulanır.” diye tanımlanmıştır. Görüldüğü gibi burada malûl sayılmaya egemen olan nokta malûliyet oranı değil “iştirakçinin vazifesini yapamayacak duruma girmesi”dir.

Diyelim ki malûllük halleri Emekli Sandığı Kanunu'nun 44-57. maddelerinde de yer almaktadır. Bunlar “adi malûllük”, “vazife malûllüğü” ve “harp malûllüğü” halleridir. Her malûllük durumu anılan yasanın ilgili maddelerinde tanımlanmıştır. Burada daha fazla ayrıntıya girilmemiştir.

Hemen belirtmek gerekir ise “vazife malûllüğü” ve “harp malûllüğü”, Emekli Sandığı Kanunu'na özgü kavramlardır. Bunlar diğer

sosyal güvenlik yasaları kapsamına alınmamıştır.

Bilindiği gibi 5510 sayılı Kanun'un 106. maddesi ile Emekli Sandığı Kanunu'nun bazı maddeleri yürürlükten kaldırılmış bazıları yürürlükte bırakılmıştır. Bizim saptamamıza göre, Emekli Sandığı Kanunu'nda yer alan malûllük halleri ile ilgili tüm maddeler yürürlükten kaldırılmış sadece 65. madde yürürlükte bırakılmıştır. Bu madde harp malûllüğüne yapılacak yardımlara ilişkindir.

5510 sayılı Kanun yürürlüğe girdikten sonra da harp malûllüğüne anılan 65. madde çerçevesinde yardım yapılmasına devam edilecektir.

Öbür yandan 5510 sayılı Kanun'un geçici 4. maddesi Emekli Sandığı Kanunu'nun geçiş hükümlerine ilişkindir. Bu maddede eski Emekli Sandığı iştirakçilerine bazı özel haklar tanınmıştır. Buna göre, 5510 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarih itibariyle, 5434 sayılı Kanun çerçevesinde aylık, teminat, harp malûllüğü zammı, diğer ödemeler ve yardımlar 8.2.2006 tarihli ve 5454 sayılı Kanun'un 1. maddesi uyarınca ek ödeme verilmekte olanlara, 5510 sayılı Kanun'la yürürlükten kaldırılan hükümleri de dahil 5434 sayılı Kanun'da kendileri için belirtilmiş olan şartları haiz oldukları müddetçe bunların ödenmesine devam olunur.

Geçici 4. madde 7 sayfa olup hepsinin burada açıklanması yer darlığı nedeniyle imkânsızdır. Hepsinin açıklanması ayrı bir makale yazmayı gerektirir. Ne var ki anılan madde ile ilgili bir uyumsuzluk ortaya çıktığında maddenin tümü dikkatle incelenmelidir.

C- 5510 SAYILI KANUN'A GÖRE VAZİFE MALÛLLÜĞÜ VE HARP MALÛLLÜĞÜ HALLERİ

5510 sayılı Kanun'un 47. maddesinde vazife malûllüğü ile harp malûllüğü tanımlanmıştır. Vazife malûllüğünün tanımı 5434 sayılı Kanun'un 47. maddesinde olduğu gibidir. Bu konu yukarıda açıklandığından burada tekrardan kaçınılmıştır. Harp malûllüğü ise 5434 sayılı Kanun'un 64. maddesi tanımlanmıştır. 5510 sayılı Kanun'da yer alan harp malûllüğü tanımı da 5434 sayılı Kanun'un 64. maddesinde oldu-

ğu gibidir. Bu konularda da fazla detaya girilmemiştir.

Adi malûllük hali 5510 sayılı Kanun'un 25. ve ardından gelen maddelerinde düzenlendiğinden bu malûllük hali aynı Kanunun 47. maddesine dahil edilmemiştir.

a- Malûllük Hallerinin Kurumca Tespit Edilmesi

Yukarıda malûllük halleri ayrı ayrı açıklanmıştır. Sigortalının malûl sayılması için malûliyetin Kurumca saptanmış olması şarttır. Kurum, malûliyetin saptanmasında çalışma veya meslekte kazanma güç kaybı oranını esas almaktadır. Oysa İsviçre ve Alman hukukunda, malûliyet hali “gelir elde edemezlik” esasına göre saptanmaktadır. Sigortalı, serbest piyasada çalışıp edimini yerine getirecek bedeni ve ruhi yeteneklere sahip ise gelir elde edebilir sayılmakta, bu yeteneklerden yoksunsa “gelir elde edemez” kabul edilmektedir³.

Keza Alman hukukunda, sigortalı, sakatlık, hastalık veya ruhsal güçteki azalma sonucunda sürekli ve düzenli olarak gelir getirici faaliyette bulunmayan ya da çalışmasına karşın ancak önemsiz derecede gelir elde edebilen sigortalıyı “gelir elde edemez” sayılmaktadır⁴.

Yine Alman hukukuna göre kişi, sağlıklı bir sigortalının gelirinin ancak 1/5'i oranında veya daha altında bir gelir elde ediyorsa yine “gelir elde edemez” kabul edilmektedir.

Alman hukukunda “gelir elde edemezlik” veya “mesleği yürütemezlik” nedenlerine dayalı malûllük aylığı bağlanması konusunda, 2000 yılında değişiklik yapılmış ve bu konulardaki bazı esaslar ve tanımlar değişmiştir. Yeni tanımlamaya göre gelir elde edemezlik “tam gelir elde edemezlik” ve “kısmi gelir elde edemezlik” diye ikiye ayrılmıştır.

Diyelim ki kısmi gelir elde edemezlik sigortalının bir hastalık veya sakatlık nedeniyle öngörülemeyen bir süre için iş piyasasının olağan koşulları altında günlük en az 6 saatlik gelir elde edemez duruma düşmesidir.

Tam iş göremezlik ise sigortalının hastalık ya da sakatlık nedeniyle öngörülemeyen bir süre için iş piyasasının olağan koşulları altında günlük en az üç saatlik gelir elde edemez duruma girmiş olmasıdır⁵.

b- Malûliyet Halinin Kurum Sağlık Kurullarınca Belirlenmesi

5510 sayılı Kanun'un 25. maddesine göre sigortalının malûl sayılmasına sigortalının veya kurumun talebi üzerine Kurumca yetkilendirilen sağlık hizmet sunucularının sağlık kurları tarafından yöntemine uygun düzenlenecek raporlar ve dayanağı tıbbî belgelerin incelenmesi sonucunda Kurum Sağlık Kurulunca karar verilmesi gerekir. Görüldüğü gibi sigortalının malûl sayılmasına, raporları ve dayanağı olan tıbbî belgeleri inceleyerek Kurum karar verir. Kurum raporun dayanağı olan tıbbî belgeleri incelemeyen malûliyete karar veremez. Kurum kararı yargı denetimine tabidir. Bu konuda çıkan bir uyuşmazlık mahkeme önüne geldiğinde mahkeme, raporlarının dayanağı tıbbî belgeleri araştırıp incelemek zorundadır.

Bilindiği gibi SSK hastaneleri Sağlık Bakanlığı'na devredilmiştir. Ayrıca Sosyal Güvenlik Kurumu, gerek özel gerekse resmi sağlık kuruluşları ile sözleşme yapabilmekte ve sağlık hizmetlerini bu kuruluşlar aracılığı ile yerine getirmektedir. 5510 sayılı Kanun'da anılan kuruluşlara “sağlık hizmeti sunucuları” denmektedir. Malûliyet raporunu ister resmi isterse özel olsun bu sağlık hizmeti sunucuları verir. Ne var ki hangi hizmet sunucularının malûliyet raporu verebileceğine Kurum yetkilidir.

SSK'nın 53. maddesine göre, malûliyet raporunun SSK hastanelerince verilmesi gerekmektedir. O nedenle rapor vermeye yetkili sağlık kurulu açısından 5510 sayılı Kanun ile SSK'nın ilgili hükümleri birbirinden farklıdır. SSK'ya göre de raporun usulüne uygun olarak ve Kurum Sağlık Kurullarınca dayanağı tıbbî belgelerin incelenmesi sonucu düzenlenmesi gerekir.

Diyelim ki “Kurum Sağlık Kurulu” 5510 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (20) numaralı bendinde tanımlanmıştır. Sağlık Kurulunun belirlenmesi konusunda uyuşmazlık çıkarsa böyle bir uyuşmazlık anılan (20) numaralı bende göre çözümlenmelidir.

Diğer taraftan 5510 sayılı Kanun'un 95. maddesinde “sağlık raporlarının usul ve esasları” hükme bağlanmıştır. Anılan maddeye göre Kurum, iş kazası veya meslek hastalığı sonucu sigortalının meslekte kazanma gücü veya çalış-

5510 sayılı Kanun'da, malûllük aylığından yararlanma şartları eski yasalara nazaran ağırlaştırılmıştır.

ma gücü kaybına esas alınacak sağlık kurulu raporlarının usul ve esaslarını, anılan raporları düzenlemeye yetkili sağlık hizmeti sunucularının sahip olmaları gereken kriterleri tespit etmeye yetkilidir. Ne var ki bu kriterler yasaya aykırı olamaz. Hakim yasada yer alan kriterlerle bağlıdır.

Kurum, sağlık hizmeti sunucularınca verilen raporları denetleme yetkisine sahiptir. Örneğin yetkili sağlık hizmeti sunucularının verdikleri raporlar ve tıbbi belgeler usulüne uygun değilse bunlar Kurumca iade edilir ve raporun yeniden düzenlenmesi istenebilir.

Malûliyeteye ilişkin Kurum kararına karşı ilgililer Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulu'na itiraz edebilirler. Yüksek Sağlık Kurulu kararına sadece sigortalı değil işveren de itiraz edebilir⁶.

Keza SSK'dan farklı olarak 5510 sayılı Kanun'un 39. maddesine göre Kurum uzun vadeli sigorta kollarından sağladığı yardımların peşin değerini üçüncü kişilere de rücu edebileceğinden bu kişiler de Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulu kararlarına karşı itiraz edebilirler.

Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulu kararının kesin olup olmadığı meselesine gelince, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'na⁷ göre bu kararlar kesin değildir. İlgililer kararı beğenmezlerse iş mahkemesine dava açabilirler.

Yargıtayımızın oturmuş ve yerleşmiş görüşüne göre, Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulu kararı ile Adil Tıp Kurumu kararı çelişir ise bu çelişkinin giderilmesi amacıyla tıp fakültelerinin uzman kürsü konseylerinden görüş alınmalıdır. 5510 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önceki dönemde oluşan bu görüşlerin anılan Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra da sürdürülmesi gerekir.

Belirtmeliyiz ki, Bağ-Kur Kanunu'nun 28. maddesine göre de, aynı Kanunun uygulanmasında çalışma gücünün en az üçte ikisini yitir-

diği tespit edilen sigortalı malûl sayılır. Anılan maddede, "Meslekte Kazanma Güç Kaybı" kavramına değil "Çalışma Gücü Kaybı" deyimine yer verilmiştir. Anılan maddede, SSK ve 5510 sayılı Kanun gibi detaya girilmemiş, "sigortalının hangi hallerde çalışma gücünün en az üçte ikisini yitirmiş sayılacağı, Sosyal Sigorta Sağlık İşlemleri Tüzüğü'ndeki esaslara göre tespit olunur." denmiştir.

D- MALÛLLÜK AYLIGINA HAK KAZANMAK İÇİN BELİRLİ MİKTARDA SİGORTALILIK SÜRESİNE SAHİP OLMA VE PRİM BİLDİRME KOŞULU

Malûllük aylığına hak kazanmanın ikinci koşulu (4-a) ve (4-c) sigortalıları bakımından en az on yıldan beri sigortalı olmak, toplam 1800 gün malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirilmiş olmasıdır. Primler ödenmemiş olsa bile diğer yasal koşulların da gerçekleşmesi ise sigortalıya malûllük aylığı bağlanır. Bunun nedeni prim borçlusunun işveren olmasıdır. (4-b) sigortalılarına malûllük aylığı bağlanabilmesi için bunların kendi sigortalılığı nedeniyle genel sağlık sigortası primi dahil, prim ve prime ilişkin her türlü borçlarının ödenmesi gerekir. Zira prim borçlusu bunların kendileridir.

Öbür yandan sigortalı, bir başka birisinin sürekli bakımına muhtaç derecede malûl ise sigortalılık süresine bakılmaksızın 1800 gün malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirilmiş olmak kaydıyla kendisine malûllük aylığı bağlanır. Yasa koyucu bu durumda bulunanlara karşı malûllük aylığı bağlama koşullarını hafifletmiştir.

Sigortalılık süresi sigortalının ilk defa sigortalı olduğu tarihte başlar, aylık ağlama talebinde bulunduğu tarihte sona erer. Uzun vadeli sigorta kolları bakımından sigortalılık süresinin nasıl hesaplanacağı 5510 sayılı Kanun'un 38. maddesinde düzenlenmiştir.

5510 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce, mülga 5417, 6900, 506, 1479, 225, 2926, 5434 sayılı Kanunlara tabi çalışan sigortalıların sigortalılık süresinin başlangıcı da anılan Kanunlar kapsamında sigortalıların ilk defa

çalışmaya başladıkları tarihlerdir. Keza SSK'nın geçici 20. maddesine tabi olanların sigortalılık başlangıcı da anılan madde kapsamında ilk defa çalışmaya başlanılan tarihtir. Aylık bağlama talebinde bulunmadan önce ölen sigortalının sigortalılık süresinin sonu ölüm tarihidir.

Bu sürenin sürekli prim ödemekle geçmesi gerekmez. Prim ödenmeyen ve sigortalılık niteliğinin yitirildiği tarihlerde geçen süreler de sigortalılık süresine dahildir.

5510 sayılı Kanun'un 38/2. maddesine göre bu Kanunun uygulanmasında sigortalının, 18 yaşından önce malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tabi sigortalılık süresi 18 yaşını bitirdikleri tarihte başlar. Böyle olunca da anılan yaşın doldurulduğu tarihten önce primler ödenmiş olsa bile primi ödenen süreler sigortalılık süresine dahil edilemez. Ne ki primi ödenen çalışmalar prim gün süresinden sayılır. Aynı hüküm, SSK'nın (60/G) maddesinde de yer almakta idi. Ne var ki, anılan hüküm yaşlılık sigortası ile sınırlı iken 5510 sayılı Kanun'un 38. maddesindeki hüküm uzun vadeli sigorta kollarının tümüne münhasırdır. Bize göre, malûllük ve ölüm aylığının yaşla bir ilgisi bulunmadığından sigortalının, 18 yaşını doldurmadan önce geçen çalışmalarının sigortalılık süresine dahil edilmemiş olması hatalıdır. Ayrıca her iki sigorta kolunun amaçlarına da ters düşmektedir.

Örneğin İş Kanunu'nda belirtilen 15 yaşında çalışmaya başlayan sigortalı 26 yaşında bir kaza sonucu çalışma gücünü % 60 oranında kaybetse kendisine malûllük aylığı bağlanamayacaktır⁸. Zira 11 yıllık sigortalılık süresi ve 3960 prim gün sayısı dolmasına karşın 18 yaşından önceki süreler sigortalılık süresine dahil edilmeyecek, sigortalının 8 yıldan beri sigortalı olduğu kabul edilecektir. Yine bizce bu hüküm, adaletsiz uygulamaları daha fazla çoğaltmadan yasa koyucu tarafından en kısa zamanda değiştirilmeli, yaş sınırı sadece yaşlılık aylığına hasredilmelidir.

Keza 5510 sayılı Kanun'da, malûllük aylığından yararlanma şartları eski yasalara nazaran ağırlaştırılmıştır. Örneğin SSK'ya göre, malûllük aylığı bağlanması için sigortalının en az 5 yıldan beri sigortalı bulunup sigortalılık süresinin

her yılı için ortalama 180 gün uzun vadeli sigorta kollarından prim ödemesi gerekmekte idi. Keza Bağ-Kur Kanunu'na göre ise en az beş tam yıl prim ödenmesi gerektiği yeterli görülmüştür.

Bundan başka sosyal riskin ortaya çıkması bakımından malûllük sigortasına benzeyen ölüm sigortasında da 5510 sayılı Kanun'a göre en az 1800 gün uzun vadeli sigorta kollarından prim bildirilmiş veya ödenmiş olması gerekmektedir. Ayrıca Bağ-Kur Kanunu uyarınca ölüm aylığı bağlanması için en az beş tam yıl prim ödenmesi gerekmektedir. Yasa koyucu burada ölüm riski ile malûllük riskini aynı görmüş ve 5 tam yıl prim ödemeyi yeterli görmüştür. Durum bu iken yasa koyucunun 5510 sayılı Kanun ile sigortalılık süresini en az on yıla yükseltmesi bizce isabetsiz olup sosyal güvenlik hukukundan geriye gidişi gösterir.

Nitekim Avrupa ülkelerinde sigortalılık süresi kısa tutulmuştur⁹.

a- Toplam 1800 Gün Prim Bildirme Koşulu

5510 sayılı Kanun'a göre sigortalıya malûllük aylığı bağlanması için az önce ifade edildiği gibi en az on yıldan beri sigortalılık süresine sahip olması koşulunun yanında bu süre içinde 1800 gün uzun vadeli sigorta kollarından prim bildirilmiş olması gerekmektedir. (4-a) ve (4-c) sigortalıları açısından primler ödenmese bile bildirilmiş olması yeterli görülmüştür. Yukarıda değinildiği gibi bunun nedeni prim borçlusunun işveren olmasıdır. (4-b) sigortalıları, primleri kendilerinin ödemeleri gerektiğinden ödeme şartı getirilmiştir.

Diğer taraftan 5510 sayılı Kanun'un 88. maddesine göre (4-b) sigortalıları prim borçlarını peşin öderlerse 6183 sayılı Kanun uyarınca peşin ödeme indiriminden yararlanırlar. O nedenle anılan sigortalılar peşin ödeme indiriminden yararlanmışlarsa ve prim ödeme gün sayısı bu nedenle 1800 günün altına düşmüş ise kendilerine malûllük aylığı bağlanabilir.

18 yaşın altında geçen çalışma süresinin on yıllık sigortalılık süresine dahil edilmeyeceği yukarıda açıklanmıştı. Ne var ki anılan yaştan önce bildirilen veya ödenen primler 1800 gü-

İlk rapor yönteminde alınmamış, ikinci rapor usulüne uygun olarak alınmış ise aylık, ikinci rapor tarihini takip eden aybaşından itibaren bağlanır.

nün hesabında dikkate alınır. Yasada “toplam olarak 1800 gün” dendiği için primlerin düzenli ödenmiş olması gerekmez. Örneğin sigortalı en az on yıllık sigortalılık süresine sahip ise ve bu süre içinde kalmak kaydıyla 1800 güne isabet eden primi toptan ödemiş olsa bile kendisine malûllük aylığı bağlanabilir. Keza çeşitli günlerde parçalı olarak da ödenmiş olabilir. Yeter ki ödemeler 1800 güne ulaşmış olsun.

Ayrıca (4-a), (4-b) ve (4-c) sigortalılıklarına tabi olarak ödenmiş olması da sonucu değiştirmez. Zira tüm sigortalılık türleri 5510 sayılı Kanun kapsamına alınmıştır. İsteğe bağlı sigortadan ödenen primlerle, askerlik ve yurt dışı borçlanmaları da 1800 gün prim ödeme şartına dahildir.

b- Sigortalının Bir Başkasının Sürekli Bakımına Muhtaç Derecede Malûl Olması Halinde Kendisine Malûllük Aylığı Bağlanma Koşulları

Sigortalı, başka birinin sürekli bakımına muhtaç derecede malûl ise malûllük aylığı bağlama koşulları hafifletilmiştir. Bu durumda olanlar için belirli sayıda sigortalılık süresi aranmamakta, uzun vadeli sigorta kollarından 1800 gün prim bildirilmiş olması yeterli görülmektedir. Hemen belirtmek gerekirse sigortalının başka birinin sürekli bakımına muhtaç duruma düştüğünün Kurumca yetkilendirilmiş sağlık hizmeti sunucuları tarafından verilecek sağlık kurulu raporuyla tespit edilmesi ve Kurumca kabul edilmesi gerekir.

E- SİGORTALI OLMADAN ÖNCE MALÛL DURUMDA OLMAMA KOŞULU

5510 sayılı Kanun'un 25. maddesinin ikinci fıkrası hükmüne göre, sigortalının malûllük

aylığına hak kazanmasının diğer bir koşulu da sigortalı olarak ilk defa çalışmaya başladığı tarihten önce çalışma gücünün %60'ını veya görevini yapamayacak derecede meslekte kazanma gücünü kaybetmemiş olduğunun önceden veya sonradan tespit edilmiş olması koşulu-
dur.

Diyelim ki kişi, sigortalı niteliğini kazandığı tarihten önce özürli olmasına karşın çalışma veya meslekte kazanma gücünü %60 oranında kaybetmemiş, daha sonraki tarihte kaybetmiş ise kendisine malûllük aylığı bağlanabilir. Örneğin sigortalı, ilk defa sigortalı olarak çalıştığı tarihten önce çalışma gücünün % 40'ını, daha sonra % 20 sini yitirmiş ise kendisine malûllük aylığı bağlanabilir. Elbette daha önce çalışma gücünün en az % 60'ını kaybettiği tespit edilir ise aylık bağlanamaz¹⁰.

Hemen belirtmek gerekir ise sigortalılığın başladığı tarihten önce, “malûl sayılacak derecede hastalık veya arızanın bulunmaması” koşulu hem SSK'da hem de Bağ-Kur Kanunu'nda yer almakta idi¹¹. O nedenle 5510 sayılı Kanun bu konuda herhangi bir yenilik getirmemiştir.

Ne var ki ispat hukuku bakımından, 5510 sayılı Kanun ile SSK birbirinden farklıdır. SSK'nın 53. maddesinin ikinci fıkrasının (B) bendine göre sigortalının, ilk defa SSK kapsamında çalışmaya başladığı tarihten önce malûl sayılıp sayılmayacağı Kurum veya Kurum dışındaki hastanelerden işe girmeden önce alınmış usulüne uygun sağlık raporları ile kanıtlanması gerekmektedir. Anılan fıkranın genel anlatım biçimi itibarıyla, bu raporların sigortalı tarafından temin edilip Kuruma ibraz edilmesi gerekir. Böyle olunca da bu konuda ispat yükü sigortalıya ait olacaktır. Ne var ki kurumun ibraz edilen raporlara her zaman itiraz hakkı mevcuttur. Kurum, sigortalıyı yeniden muayene sevk edebileceği gibi mahkemeler dahi gerçeğin ortaya çıkarılması için her türlü tıbbi araştırma ve inceleme yapabilir.

Kuşkusuz Kurum, ibraz edilen raporların aksini aynı güç ve nitelikte tıbbi belgelerle kanıtlamadıkça sigortalının talebini reddedemez. Bağ-Kur Kanunu'nda bu konuda ispata ilişkin bir hüküm yer almamaktadır. O halde anılan

Kanuna göre malûliyetin kanıtlanması genel hükümlere tabidir.

5510 sayılı Kanun'da ise daha önce var olan malûliyet halinin Kurum veya Kurum dışındaki hastanelerden alınmış tıbbi belgelerle kanıtlanması gerektiğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bizce böyle bir düzenleme daha isabetlidir. Bu durumda, anılan kanunda, "sigortalı olarak ilk defa çalışmaya başladığı tarihten önce sigortalının çalışma gücünün %60'ını kaybettiği önceden veya sonradan tespit edilirse" dendiğine göre her halde bu tespit Kurumca yapılacaktır. Hatta bize göre, sigortalı bu yönde bir iddiada bulunursa Kurumun gerekli tespiti yapması gerektiği Anayasal görevleri arasındadır. Böyle olunca da ispat yükünün Kuruma ait olduğu söylenebilir. Ne var ki sigortalı da iddiasını ispat etme hakkına sahiptir.

Sonuç itibarıyla bize göre ispat yükünün kime ait olduğu sorununun bu hukuk dalının genel hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi daha isabetlidir.

Diğer yönden, SSK'nın 53. maddesinde, "Bu Kanun kapsamında ilk defa çalışmaya başladıkları tarihte mevcut", Bağ-Kur Kanunu'nun 28. maddesinde ise, "şu kadar ki, bu Kanuna tabi sigortalılığın başladığı tarihte" denmektedir. Bu durumda acaba anılan maddelerde ilk defa SSK'ya veya Bağ-Kur Kanunu'na tabi çalışmalar mı amaçlanmıştır? Başka bir anlatımla diğer sosyal güvenlik yasalarına tabi çalışmalar dikkate alınmayacak mıdır?

Örneğin, sigortalı, ilk defa Bağ-Kur Kanunu'na tabi çalıştıktan sonra oradan ayrılarak SSK'ya tabi bir işte çalışmaya başlamış ve burada çalışırken malûllük iddiasında bulunmuş ise Bağ-Kur'lu çalışmaları nazara alınmayacak mıdır? Bize göre, bilindiği gibi 2829 sayılı Kanun'a göre, muhtelif sosyal güvenlik kanunlarına tabi çalışmalar birleştirilmektedir. O nedenle örneğimizdeki Bağ-Kur'lu çalışmaların SSK'lı çalışmalarla birleştirilmesi yasal zorunluluktur. Hal böyle olunca da sigortalı, ilk defa Bağ-Kur sigortalılığının başladığı tarihten önce malûl sayılmayı gerektirecek derecede sakat ise kendisine SSK'dan malûllük aylığı bağlanamaz¹².

Çenberci¹³ ve 10. HD.'de¹⁴ aynı görüştedir.

F- TALEP KOŞULU, MALÛLLÜK AYLIĞININ HESAPLANMASI, BAŞLANGICI, KESİLMESİ VE YENİDEN BAĞLANMASI

Sigortalıya malûllük aylığı bağlanabilmesi için yazılı talep şarttır. Aylığın başlangıcı talep tarihinden önceye götürülemez. Sigortalının malûl sayılmasına esas tutulan raporun tarihi yazılı istek tarihinden önce ise aylık, talep tarihini, rapor tarihi talep tarihinden sonra ise rapor tarihini takip eden aybaşından itibaren başlar. (4-c) sigortalılarının malûllük aylıkları ise, malûliyetleri nedeniyle görevlerinden ayrıldıkları tarihi takip eden aybaşından başlar.

Aylığın rapor tarihini takip eden aybaşından itibaren başlayacağı kuralının uygulanmasında bazı olasılıklar ortaya çıkabilir. Örneğin rapora itiraz edilmiş ve yeniden rapor alınmış ise malûllük aylığı ilk rapor tarihini takip eden aybaşından itibaren mi yoksa ikinci rapor tarihini takip eden aybaşından itibaren mi bağlanacaktır?

İlk rapor yönteminde alınmamış, ikinci rapor usulüne uygun olarak alınmış ise aylık ikinci rapor tarihini takip eden aybaşından itibaren bağlanır¹⁵. Acaba, ilk rapor usulüne uygun olarak alınmamasına karşın yöntemince alınan ikinci rapor ilk raporu aynen doğrulamış ise aylık yine ikinci rapor tarihini takip eden aybaşından itibaren mi bağlanır?

Bize göre ikinci raporda, hiçbir değişiklik yapılmaksızın ilk rapor aynen doğrulanmış ise aylık ilk rapor tarihini takip eden aybaşından itibaren bağlanmalıdır. Zira amaç gerçeğe ulaşmaktır. İlk raporun gerçeği yansıttığı ikinci raporla teyit edilmiştir. Anımsadığımız kadarıyla Yargıtay 10. HD. de aynı görüştedir.

Diyelim ki sigortalı, aylığın başlangıç tarihinde geçici iş göremezlik ödeneği alıyorsa malûllük aylığı geçici iş göremezlik ödeneği süresinin sona erdiği tarihi takip eden aybaşında bağlanır. Ne var ki bağlanacak aylık iş göremezlik ödeneğinin aylık tutarından fazla ise aradaki fark Kurumca sigortalıya ödenir. Diğer taraftan malûllük aylığı almakta olan sigortalı her ne şekilde olursa olsun çalışmaya başlamakla aylığı kesilir. Sigortalı ister Türkiye'de

isterse yurtdışında çalışmış olsun yine de aylığı kesilir.

Sigortalı, yabancı bir ülke mevzuatına göre çalışmaya veya ikamete dayalı sosyal yardım almaya başlamış ise malûllük aylığı, çalışmaya başladığı ya da ikamete dayalı sosyal yardım almaya başladığı tarihi takip eden ödeme dönemi başından itibaren kesilir (m. 27/5).

10.HD. 5510 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce, sigortalının yabancı bir ülkede çalışması nedeniyle aylığının kesilmeyeceği görüşünde idi. Zira SSK'nın 58. maddesinde "sigortalı olarak çalışmaya başlayanlar..." denmekte idi. "sigortalı olarak başlama" deyiminin Türkiye'de çalışmayı amaçladığı kabul edilmiştir. Keza aynı Kanununun 63. maddesinde açıkça "Bu kanuna göre yaşlılık aylığı almakta iken, sigortalı olarak çalışmaya başlayanların yaşlılık aylıkları çalışmaya başladıkları tarihte kesilir." hükmü yer almakta idi. Bu maddenin de, SSK'lı bir işte çalışmayı amaçladığı sonucuna varılmıştır.

Yabancı ülkede çalışma ve sosyal yardım alma koşulu ilk defa 5510 sayılı Kanun kapsamına alınmıştır. Hal böyle olunca artık yeni dönemde yabancı bir ülke mevzuatı kapsamında çalışmaya başlayanların malûllük aylıkları kesilecektir. Sigortalının sosyal güvenlik sözleşmesi yapılan veya yapılmayan ülkelerde çalışmış olması sonucu değiştirmez.

Bundan başka yurtdışında işsizlik sigortasından aylık alanların ve Türkiye'de sosyal güvenlik destek primi ödemek suretiyle çalışanların da malûllük aylıkları kesilir.

Malûllük aylığı almakta olan sigortalılar, malûllük derecesinin arttığını veya başka birinin sürekli bakımına muhtaç duruma düştükleri iddiasıyla aylıklarında değişiklik yapılmasını isteyebilirler. Keza Kurum da sigortalının, malûllük durumunda değişiklik olup olmadığının araştırılması amacıyla kontrol muayenesine tabi tutulmasını isteyebilir. Ne var ki harp malûlleri ile vazife malûlleri bu işlemlerden muafırlar. Başka bir anlatımla Kurum harp malûlleri ile vazife malûlleri kontrol muayenesine tabi tutularak aylığı kesemez.

Önemli belirtmek gerekir ise, sigortalının kontrol muayenesi sonucunda yeniden saptanacak malûllük haline göre, malûllük aylığı, ya da sürekli iş görmezlik geliri, tespit edilecek malûllük durumuna esas alınan rapor tarihini takip eden ödeme dönemi başından itibaren artırılır, azaltılır veya tamamen kesilir¹⁶.

Kurumca yapılan yazılı bildirimde belirtilen tarihten sonraki ödeme dönemi başına kadar haklı bir özrü olmadığı halde kontrol muayenesini yaptırmayan sigortalının malûllük aylığı, kontrol muayenesi için belirlenen tarihten sonraki ödeme dönemi başından itibaren kesilir¹⁷.

Öte yandan, malûllük aylığı kesilenlerden, çalışmasına son verip aylık bağlanması için yazılı talepte bulunanlara, kontrol muayenesine tabi tutulmak ve malûllüğünün devam ettiği tespit edilmek koşuluyla eski malûllük aylığı yazılı istek tarihini takip eden aybaşından itibaren ödenmeye başlanır. Bu durumda olan sigortalılar için yazılı istek tarihi esas alınarak tekrar malûllük aylığı hesaplanır ve aylık miktarı önceki aylıktan fazla ise sigortalıya yeni aylık üzerinden ödeme yapılır.

Sigortalı, kontrol muayenesi için Kurumca belirlenen sürenin sona erdiği tarihten itibaren üç ay içinde kontrole icabet etmiş ve malûliyet halinin devam ettiği anlaşılmış ise sigortalının kesilen aylığı kesildiği tarihten itibaren yeniden bağlanır.

Sigortalı, şayet üç aylık süre geçtikten sonra kontrol muayenesini yaptırmış ve malûliyet halinin devam ettiği anlaşılmış ise malûllük aylığı rapor tarihini takip eden aybaşından itibaren yeniden bağlanır. Burada, sigortalının yasal süre içinde kontrol muayenesini yaptırmaması gerektiği amaçlanmıştır. Başka bir anlatımla sigortalı, kontrol muayenesine özendirilmek istenmiştir.

III. SOSYAL SİGORTALAR KANUNU'NA GÖRE MALÛLLÜK AYLIĞINDAN YARARLANMA KOŞULLARI

5510 sayılı Kanun'da olduğu gibi SSK'ya göre de malûllük aylığından yararlanma koşullarından ilki, sigortalının malûl sayılmasıdır. Her iki yasaya göre malûl sayılma yukarıda açıklandığından burada tekrardan kaçınılmıştır.

SSK uyarınca malûllük aylığından yararlan-

manın ikinci koşulu belirli süre sigortalı sayılmak ve yasadaki öngörülen miktarda malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödemiş olmasıdır. SSK'ya göre sigortalıya malûllük aylığı bağlanabilmesi için toplam olarak 1800 gün veya en az 5 yıldan beri sigortalı bulunup sigortalılık süresinin her yıl için ortalama 1800 gün malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödenmesi gerekmektedir. Görüldüğü gibi burada sigortalılık süresi ve prim ödeme koşulunun iki şıkka ayrılarak açıklanması gerekmektedir. Birincisi sigortalı toplam 1800 gün prim ödemiş ise kendisine aylık bağlanabilir. SSK açısından 1800 gün 5 yılın karşılığıdır. İkincisi ise en az 5 yıldan beri sigortalı bulunup sigortalılık süresinin her yılı için ortalama olarak 180 gün uzun vadeli sigorta kollarından prim ödemiş olmasıdır. Burada sigortalı, ortalamayı tutturmuş ve 900 gün prim ödemiş ise kendisine malûllük aylığı bağlanabilecektir. Aynı özelliği taşıyan iki sigortalıdan birine böyle bir avantaj tanınmasının nedeni anlaşılabilir.

Örneğin, çalışma veya meslekte kazanma gücünü en az %75 kaybedenlere bu kuralın uygulanması mümkün görülebilirdi. Nitekim 5510 sayılı Kanun'un 26. maddesine isabetli olarak anılan kural dahil edilmemiştir. Sözü edilen maddede başka birinin sürekli bakımına muhtaç derecede malûl sayılan sigortalılar için sigortalılık süresi aranmaksızın 1800 gün malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirilmiş ise aylık bağlanabilecektir.

5510 sayılı Kanun'la SSK arasındaki diğer bir fark ise, 5510 sayılı Kanun'da primlerin bildirilmiş olması yeterli görülmesi iken SSK'da primlerin ödenmiş olması şart kılınmıştır.

Hemen belirtmek gerekir ise SSK'da, hem ölüm aylığı hem de malûllük aylığı bakımından belirli süre sigortalılık süresine sahip olmak ve belirli miktarda prim ödemek koşulu mevcut idi. Ne var ki, ölüm aylığı koşullarını düzenleyen SSK'nın 66. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde yer alan "sigortalılık süresinin her yılı için ortalama olarak 180 gün" ibaresini Anayasa Mahkemesi iptal etmiştir¹⁸.

İptalden sonra anılan 66. maddenin (c) bendi 12.12.2006 T. ve 5561 sayılı Kanun'un birinci maddesiyle yeniden düzenlenmiş ve "5 yıldan

beri sigortalı bulunup sigortalılık süresinde en az 900 gün malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödemiş durumda ölen sigortalıların hak sahibi kimselerine aylık bağlanır." hükmü getirilmiştir. Burada Yüksek Mahkemenin iptal kararı doğrultusunda "her yıl için ortalama 180 gün prim ödeme" koşulu değişik 66. madde kapsamına dahil edilmemiştir.

Önemle belirtmek gerekir ise, malûllük aylığı bakımından da aynı şekilde değişiklik yapılması, ölüm sigortasına ilişkin olsa da Anayasaya aykırılığı saptanan bir hükmün yeniden düzenlenmesi gerekir idiyse de böyle bir düzenleme yapılmamıştır¹⁹. SSK yürürlükten kaldırıldığına göre yeniden düzenleme yapılmasına gerek kalmamıştır.

Malûllük aylığı bakımından 5510 sayılı Kanun ile SSK arasındaki diğer bir fark da şudur: 5510 sayılı Kanun'da yer alan "başkasının sürekli bakımına muhtaç derecede malûl olma" ibaresi SSK'da yer almamaktadır.

Diğer taraftan, sigortalının ilk defa sigortalı niteliğini kazanmasından önce malûl sayılmasını gerektirecek derecede sakatlığı bulunanlara malûllük aylığı bağlanamayacağına ilişkin koşul hem 5510 sayılı Kanun'da hem de SSK'da aynıdır. Bu konu yukarıda açıklandığından tekrardan kaçınılmıştır.

Talep koşuluna gelince, SSK'nın 54. maddesinde yazılı talep şartına yer verilmediği halde 5510 sayılı Kanun'da yazılı talep şartı aranmaktadır. Bu koşul yukarıda açıklandığından tekrar edilmesine gerek görülmemiştir. SSK'ya göre sigortalı ne zaman talepte bulunursa bulunsun tüm koşulların oluştuğu tarihi takip eden aybaşından itibaren kendisine malûllük aylığı bağlanmalıdır.

Yasal koşullar oluşmuş ise malûllük aylığını bağlama tarihi geriye götürülebilir. Oysa 5510 sayılı Kanun'a göre aylığın başlangıcı yazılı talep tarihinden geriye götürülemez.

Öbür yandan, malûllük aylığının hesaplanması, başlangıcı, kesilmesi ve yeniden bağlanması 5510 sayılı Kanun'un 27., SSK'nın ise 55., 57. ve 58. maddelerinde yer almaktadır. Aylığın hesaplanması her iki yasa bakımından birbirinden çok farklıdır. Ne var ki aylığın kesilmesi, yeniden bağlanması ve kontrol muayenesi yö-

nünden her iki yasada yer alan hükümler birbirine benzemektedir.

IV. BAĞ-KUR KANUNU'NA GÖRE MALÛLLÜK AYLIĞINDAN YARARLANMA KOŞULLARI

Bağ-Kur Kanunu'na göre malûllük aylığından yararlanmanın birinci koşulu, 5510 ve 506 sayılı Kanun'da olduğu gibi sigortalının malûl sayılmasıdır. Malûl sayılma da yukarıda ayrıntılı olarak açıklanmıştır. Sigortalının malûl sayılması için çalışma gücünün en az üçte ikisini yitirmiş olması gerekir. 5510 sayılı Kanun'da bu oran yukarıda açıklandığı gibi % 60'tır.

Yine 5510 ve 506 sayılı Kanunlarda olduğu gibi sigortalıların ilk sigortalılığa başladıkları tarihte malûl sayılacak derecede hastalık veya arızası bulunduğu önceden veya sonradan tespit edilirse bu hastalık veya arızaları nedeniyle kendileri malûllük sigortasından yararlanamazlar (m. 28).

Bu hüküm, 5510 ve 506 sayılı Kanunlarda yer alan hükümlerle aynıdır.

Başka bir koşul ise sigortalının en az beş tam yıl prim ödemiş olmasıdır. Gerek 5510, gerekse 506 sayılı Kanunlarda başka seçenekler mevcut ise de Bağ-kur Kanunu'nda başka seçeneklere yer verilmemiş, tek seçenek kabul edilmiştir. Ancak, Bağ-Kur Kanunu'na tabi sigortalılığı devam ederken bir iş kazası veya meslek hastalığı sonucu çalışma gücünün en az üçte ikisini yitirenler hakkında beş tam yıl prim ödeme şartı aranmaz. Yasa koyucu burada, iş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle malûl kalanlar bakımından aylık bağlama koşullarını hafifletmiştir. Bu kural SSK'da yer almamakta idi. Zira Bağ-Kur sigortalıları iş kazası ve meslek hastalığı sigortasına tabi olmadıkları halde SSK sigortalıları tabi idiler. Az önce izah edilen kural bu nedenle SSK kapsamına alınmamıştır.

Önemle belirtmek gerekirse az önce ifa edilen kural 5510 sayılı Yasa kapsamına alınmamıştır. Nedeni (4-b) sigortalılarının da (4-a) sigortalılarında olduğu gibi iş kazası ve meslek hastalığına tabi kılınmış olmalarıdır.

Bağ-Kur Kanunu'na göre malûllük aylığından yararlanma koşullarından birisi de yazılı

talepte bulunmak ve talep tarihi itibarıyla prim ve her türlü borçların ödenmiş olması koşulu-
dur (m. 29). Burada her türlü borç kavramına yer verildiğinden prim dışında kalan diğer borçların da ödenmiş olması gerekir.

V. MALÛLLÜK SİGORTASINA İLİŞKİN SONRADAN YÜRÜRLÜĞE GİREN YASAL DEĞİŞİKLİKLERİN GERİYE YÜRÜTÜLÜP YÜRÜTÜLEMeyeceği VE KAZANILMIŞ HAK KAVRAMI

Kural olarak yasalar ileriye yönelik olarak uygulanır. Bunun nedeni ise bireylere hukuksal güvence sağlamaktır. Ne var ki kanunların yürürlüğe girmesiyle birlikte derhal etkisini göstereceği kuralı da evrensel hukuk kurallarındandır. Öğretide ve uygulamada baskın görüş sonradan yürürlüğe giren yasalar kazanılmış hakları ihlal etmemek şartıyla geçmişe yönelik, hatta eldeki davalara da uygulanır²⁰.

Sonradan yürürlüğe giren yasada yasanın geriye yürütüleceğine ilişkin bir hüküm mevcut ise kazanılmış hakkın oluşup oluşmadığına bakılmaksızın yasa evleviyetle geriye yürütülür. Zira kazanılmış hakkın istisnası yasa hükümdür. Böyle bir hüküm mevcut ise iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulabileceği tartışmasızdır.

Hal böyle olunca sigortalı, eski yasaya göre malûllük aylığına hak kazanmış yeni kanuna göre kazanamamış ise aksine bir hüküm bulunmadıkça yeni kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra malûllük aylığı kesilebilir. Tersine sigortalı önceki kanun uyarınca aylığa hak kazanamıyor da yeni kanun hükümleri gereğince hak kazanıyorsa geriye yürütülmeksizin yeni kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren sigortalıya malûllük aylığı bağlanır.

Hemen belirtmek gerekir ise ileride elde edilecek aylıklar kazanılmış hak değil, beklenen haklardır.

5510 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce, malûllük, yaşlılık ve ölüm aylığı alanların kazanılmış hakları aynı Kanunun geçici 1. mad-

desi ile korunmuştur. Buna göre eskiden aylık ek ödeme alanların aylıklarının ve ek ödemelerinin ödenmesine devam olunur.

5510 sayılı Kanun'un uygulanmasında yeri geldikçe ek ve geçici maddelerinin göz önünde bulundurulması bizce şarttır.

DİPNOTLAR

- 1 Caniklioğlu Nurşen, 5510 sayılı Kanuna göre malûllük aylığı, MESS Sicil Eylül 2006, sayı 3, s. 145, Makale.
- 2 Güzel/Okur, Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik Hukuku, II. Bası, s. 404.
- 3 Güzel/Okur, Caniklioğlu, II. Bası, s. 406.
- 4 Güzel/Okur, II. Bası, s. 406. Keza Sözer, Ali Nazım, İş göremezlik, meslikte kazanma gücünün kaybı kavramları ve sakatlık kavramı ile ilişkileri, Adalet Dergisi, Ocak-Şubat, 1984.
- 5 Caniklioğlu, s. 148. Keza, Gitter/Schmit, 215, Rdnm. s. 26 vd., Eicheen, Eberhard: Sozialrecht, 5, Auflage, Tübingen, 2004, 174 Rdnm. (Caniklioğlu'ndan naklen, s. 160).
- 6 Aslanköylü, Resul, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Şerhi, (SSK ile Karşılaştırmalı,) 2009 Ankara s.789.
- 7 YİBBGK. 28.6.1976 T. 1976/6 E. 1976/4 K.
- 8 Caniklioğlu, s. 152.
- 9 Caniklioğlu, s. 152.
- 10 Aslanköylü, Resul Sosyal Sigortalar Kanunu Yorumu, 2004, I. Cilt, s.1103.
- 11 Aslanköylü Resul, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Şerhi. (Bağ-Kur Kanunu ile karşılaştırmalı).
- 12 Aslanköylü Resul, Sosyal Sigortalar Kanunu Yorumu, 2003, Ankara, s. 554.
- 13 Çenberci Mustafa, Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, 1977, s. 449.
- 14 10.HD. 15.5.2000 T. 3396 E. 3441 K.
- 15 Caniklioğlu, MESS Sicil Eylül, 2006 s. 156.
- 16 Aslanköylü, 2004 II Cilt. s. 1112.
- 17 Aslanköylü 2004, s. 1112.
- 18 Any. Mah. 6.1.2005 T. 2001/479 E. 2005/1 Kr.
- 19 Güzel/Okur, Caniklioğlu, II. bası, s. 413.
- 20 Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. Aslanköylü Resul, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Şerhi, (Bağ-Kur Kanunu ile Karşılaştırmalı). 2010, s. 117. Keza Aslanköylü, Mess/Sicil, Eylül 2009, s. 213 (Makale).

- Resul Aslanköylü, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Şerhi (SSK. ile karşılaştırmalı) 2009.
- Resul Aslanköylü, Sosyal sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu (Bağ-Kur Kanunu ile Karşılaştırmalı) 2010.
- Resul Aslanköylü, Kanunların Geriye Yürütülüp Yürütülemeyeceği ve Kazanılmış Hak Kavramı MESS Sicil, Eylül 2009 (Makale).
- Ali Güzel/Ali Rıza Okur, Sosyal Güvenlik Hukuku, II. Bası.
- Mustafa Çenberci, Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, 1977.
- Nurşen Caniklioğlu, 5510 sayılı Kanuna Göre Malûllük Aylığı, MESS Sicil Eylül, 2006, Makale.

KAYNAKÇA

- Aslanköylü, Sosyal Sigortalar Kanunu Yorumu, 2003.
- Resul Aslanköylü, Sosyal sigortalar Kanunu Yorumu, II. Cilt. 2004.

Yrd. Doç. Dr. Hediye ERGİN

Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

İsteğe Bağlı Sigortalılık Sürelerinin Hizmet Birleştirilmesinde Dikkate Alınması

- Yargıtay 21. HD.'nin 21.12.2009 Tarihli Kararının İncelenmesi-

T.C. YARGITAY

21. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2009/15477

Karar No : 2009/16702

Tarihi : 21.12.2009

DAVA

Davacı, 31.12.1996-29.7.2002 tarihleri arası 1479 sayılı Yasa'ya tabi 1.9.2002 tarihinden itibaren SSK isteğe bağlı sigortalı olduğunun tesbitiyle, SSK'na yaptığı tahsis talebinin kabulü ile birikmiş aylıkların ödenmesine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin kabulüne karar vermiştir.

Hükmün davalı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi Hüseyin Can tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

KARAR

1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillere, hükmün dayandığı gerektirici nedenlere göre davalıların aşağı bentlerin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2- Dava davacının 31.12.1996-29.7.2002 tarihleri arasında 1479 sayılı Yasa'ya tabi, 1.9.2002 tarihinden itibaren de SSK isteğe bağlı sigortalı olduğunun tespitiyle SSK'na yaptığı tahsis talebinin kabulü ile birikmiş aylıkların ödenmesi istemine ilişkindir.

Mahkemece, davanın kabulü ile; davacının 31.12.1996 tarihinden beri 1479 sayılı Yasa'ya tabi isteğe bağlı, 1.9.2002 tarihinden itibaren mevcut SSK isteğe bağlı sigortalılığının geçerli olduğunun ve 31.8.2006 itibariyle yaşlılık aylığını hak kazandığının tespitine karar verilmiştir.

Dosyadaki kayıt ve belgelerden davacının 13.12.1996-31.12.1998, 15.6.1999-29.7.2002 tarihleri arasında ve 31.3.2003 tarihinden

beri devam eden vergi kayıtlarının bulunduğu, 12.1.1999 da beri oda, 16.12.1996 tarihinden beri de sicil kaydının devam ettiği, 8.1.1997 tarihli giriş bildirgesiyle 12.12.1996 tarihinde Bağ Kur sigortalısı olarak kayıt ve tescilin yapıldığı, davacının Ağustos 2002 tarihinde Kuruma verdiği dilekçe de vergi kaydının sona erdiği 29.7.2002 tarihinde işi terk ettiğini beyan ettiği, davalı Kurumca 29.7.2002 tarihinde terkin edilerek 1.5.2003 tarihinde sigortalılığın yeniden başlatıldığı ve halen sigortalılığının devam ettiği, davacı vekilinin mahkemeye sunduğu 11.9.2007 tarihli dilekçesinde 1479 sayılı Yasa'nın Ek 19. maddesine göre 30.7.2002 tarihindeki son prim ödemesinden sonraki sürenin sigortalılık süresinden sayılmamasını istediği, Dairemiz geri çevirme kararı uyarınca gönderilen 2.11.2009 tarihli hesap ekstresinde davacının 31.12.1996-31.7.2002 tarihleri arasında Bağ Kur sigortalısı kabul edilmesi durumunda 27.1.1997-30.7.2002 arasındaki prim ödemelerine göre 15,74 TL fazla ödemesinin bulunduğu, davacının 15.7.1975-6.1.1994 tarihleri arasında başka işyerlerinde aralıklı geçen toplam 2181 gün zorunlu, ve 1.9.2002-30.4.2003, 1.11.2003-1.8.2006 tarihleri arasında ise 1260 gün isteğe bağlı SSK sigortalısı olduğu, 1.1.1995-1.1.1997 tarihleri arasında da 2925 sayılı Yasa'ya tabi 360 gün sigortalılığının bulunduğu, 31.8.2006 tarihli SSK'na verilen tahsis talebi üzerine Kurumca yapılan bir işleme henüz rastlanmadığı anlaşılmaktadır.

Sosyal güvenlik sistemimizde çifte sigortalılığa yer verilmemiş olması nedeniyle "çakışan sigortalılık" olarak adlandırılan, bir sigortalının aynı anda birden fazla sosyal güvenlik kurumuna tabi olması hali, zorunlu sigortalılıkların çakışması halinde yasalarda yer alan düzenlemelerle önceden başlayan sigortalılığa geçerlilik tanınarak isteğe bağlı sigortalılık ile zorunlu sigortalılığın çakışması halinde ise zorunlu sigortalılığa değer verilerek "çakışan sigortalılık" sorunu çözüme kavuşturulmalıdır.

Somut olayda SSK tabi 1.11.2003-1.8.2006 tarihleri arasındaki isteğe bağlı sigortalılık

süreleri açısından önceden başlayan Bağ-Kur sigortalılığı olduğuna göre davalı Bağ-Kur'un bu dönemde davacıyı 1479 sayılı Yasa'ya tabi sigortalı kabul etmesi doğru ise 1479 sayılı Yasa'nın 22.2.2006 gün ve 5458 sayılı Yasa'nın B. maddesi ile değişik 1.3.2006 tarihinde yürürlüğe giren Ek 19. maddesine göre davacının primi ödenmiş 31.12.1996-31.7.2002 tarihleri arasındaki sigortalılık sürelerine göre 15,74 TL cüzi fazla ödemesinin bulunduğu, 31.7.2002 tarihinden davacının anılan yasanın Ek-19 maddesinden yararlanmak istemesine ilişkin verdiği dilekçesinin 11.9.2007 tarihine kadar 5 yıldan fazla prim borcu olan sigortalılık süresi bulunduğundan mahkemece davacının Bağ-Kur sigortalılığının 31.7.2002'de son bulunduğunu kabul eden bilirkişi raporuna dayanılması yerinde ise de kararda Bağ-Kur sigortalılığının bitiş tarihinin açıkça gösterilmemesi ve 1479 sayılı Yasa tabi sigortalılığın "zorunlu" olduğu halde hüküm fıkrasında "isteğe bağlı" sigortalı olarak yazılması hatalı olmuştur.

Uyuşmazlık 15.7.1975-6.1.1994 tarihleri arasında 2181 gün SSK zorunlu sigortalısı, 1.1.1995-1.1.1997 tarihleri arasında 360 gün 2925 sayılı Yasa'ya tabi, 13.12.1996-31.7.2002 tarihleri arasında 1840 gün 1479 sayılı Yasa'ya tabi, 1.9.2002-30.4.2003 ve 1.11.2003-31.8.2006 tarihleri arasında toplam 1260 gün isteğe bağlı SSK sigortalısı olan, 31.8.2006 tarihinde Sosyal Sigortalar Kurumundan yaşlılık aylığı, talebinde bulunan davacıya 506 sayılı Yasa hükümlerine göre aylık bağlanıp bağlanmayacağı noktasındadır. Bu yönüyle davanın yasal dayanağı belirgin olarak 2829 Sayılı Yasanın 8. maddesidir. Anılan maddeye göre birleştirilmiş hizmet süreleri toplamı üzerinden ilgililere; son yedi yıllık fiili hizmet süresi içinde fiili hizmet süresi fazla olan kurumca, hizmet sürelerinin eşit olmaması halinde ise eşit hizmet sürelerinden sonuncusunun tabi olduğu kurumca, kendi mevzuatına göre aylık bağlanacağı bildirilmiştir. İsteğe bağlı sigortalılık süresi fiili hizmet süresinden sayılmayacağından son yedi yıllık fiili hizmet süresi

içinde fiili hizmet sürelerinden fazla olan kurumca aylık bağlanması hükmü de nazara alınarak sonuca gidilmesi gerekir.

Davacının son yedi yıllık fiili hizmet süresinin toplamı olan günün içinde fiili hizmet süresi fazla olan Kurumun Bağ-Kur sigortalılığı olduğu, başka bir anlatımla davacının aylık bağlanmasını istediği 31.8.2008 tarihinden geriye doğru yedi yıllık fiili hizmet süresi toplamı olan 2520 günün içinde fiili hizmet süresi 1260 günden fazla olan fiili hizmet süresinin Bağ-Kur'a tabi olduğu halde mahkemece SSK'ndan aylık bağlanması yönündeki istemin kabulü ile yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde davalıların bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, 21.12.2009 gününde oy çokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

Karşı olduğum çoğunluk görüşü; 2829 sayılı Yasa'nın 8. maddesinde "Birleştirilmiş hizmet süreleri toplamı üzerinden ilgililere son yedi yıllık fiili hizmet süresi içinde fiili hizmet süresi fazla olan kurumca kendi mevzuatına göre aylık bağlanacağı" hükmünden giderek isteğe bağlı sigortalılığın fiili hizmetten sayılmayacağı ve dolayısıyla son yedi yılın hesabında isteğe bağlı sigortalılığın hesaba dahil edilmeyeceği yönündeki bozma gerekçesidir.

Her şeyden önce üzerinde durulması gereken konu, bir Yasanın uygulanmasında sadece bir madde hükmünün göz önüne alınması ile yetinilmeyip Yasanın tüm maddeleri ile birlikte değerlendirilmesi gerektiği noktasıdır. Üstelik bu yasa kuralı sosyal güvenlik ile ilgili ise, sosyal güvenlik hukukunun yerleşmiş ilke ve kurallarının da göz önünde tutulması gerekir ki, çoğunluk görüşü oluşturulurken 2829 sayılı Yasanın sade-

ce 8. maddesi gerekçe yapıldığından doğru bir yoruma ulaşılamamıştır.

2829 sayılı yasanın Tanımlar başlıklı 3. maddesinin (b) bendinde hizmet süresinin, "Kurumlara emeklilik keseneği veya malul-lük, yaşlılık ve ölüm sigortası primi ödenmiş süreleri" ifade edeceği çok açık bir biçimde açıklanmıştır. Yasanın 8. maddesinde sözü edilen fiili hizmet süresi de bu süredir. Yasada fiili süreden bahsedilmesi, son yedi yılın tespitinde takvim yılının değil geriye doğru son yedi yıllık fiili prim ödeme gün sayısının dikkate alınması gerektiğini vurgulama amacını taşımaktadır.

Öte yandan, aynı Yasanın 7. maddesine göre; "4. maddede belirtilen hizmet süreleri toplamına; itibari hizmet süreleri ile primi ödenmemiş süreler katılmaz" hükmü getirilmiş, başka bir anlatımla, hangi hizmet sürelerinin hizmet süreleri toplamına katılmayacağı kesin olarak sayılmıştır. Anılan bu maddede istisna olarak belirtilmediğinden isteğe bağlı hizmet sürelerinin hizmet süreleri toplamına katılacağı ve dolayısıyla son yedi yılın hesabında da dikkate alınması gerektiği açıktır. Bir hizmetin hizmet birleştirilmesinde dikkate alınmasına karşın son yedi yılın hesabında dikkate alınmaması mümkün değildir. İsteğe bağlı sigortalılık tescil ile başlar ve her ay primleri ödenerek fiili olarak gerçekleşen bir süreci ifade ettiğinden fiili bir hizmet süresidir.

Sosyal güvenlik sistemimize göre, hizmet süreleri ayırımında fiili hizmet süresinin karşılığı fiili olmayan süre olarak, ancak "itibari" hizmet süresi olarak anlaşılır. Fiili hizmet süresinin alternatifi asla isteğe bağlı sigortalılık süresi değildir. İsteğe bağlı sigortalılık süresi zorunlu sigortalılığın alternatifidir. Fiili hizmeti eylemlilerle bedensel güç kullanılarak yapılan bir çalışma olarak algılamak sosyal güvenlik hukuku ilkelerini dışlayarak "fiili" kelimesinin sadece sözlük karşılığını yoruma esas almak olur ki bu değerlendirme hukuki bir değerlendirme değildir.

HGK'nun 15.6.1988 gün ve 1988/10-270

E., 472 K. sayılı kararında; T.C. Emekli Sandığı Kanununa tabi olarak geçen fiili hizmet zammının (gerçekte fiili bir hizmet süresi olmadığı halde) 2829 sayılı Yasaya göre hizmet birleştirilmesinde dikkate alınacağı kabul edilmiştir.

Örneğin; 2925 sayılı Yasaya göre tarımda başkası hesabına çalışanların tabi olduğu sigortalılıkta esas itibarıyla isteğe bağlı bir sigortalılık türüdür. Sözü edilen çoğunluk gerekçesine göre 2925 sayılı yasaya tabi hizmetler asla hizmet birleştirilmesinde dikkate alınamayacaktır.

Bir diğer örnek ise; 3201 sayılı yasaya tabi sürelerdir. Yurtdışında bulunan ev kadınları da fiilen çalışmadıkları halde bu yasaya göre borçlanabilmekte ve diğer hiz-

metleri ile birlikte yaşlılık aylığına hak kazanmaktadırlar.

Davalı Kurum, uygulamasında isteğe bağlı sigortalılık süresini son yedi yılın hesabında dikkate almaktadır. Kurum bu güne kadar aynı durumda olan yüzbinlerce kişiye aylık bağlamıştır. Dairemiz çoğunluk görüşü, sosyal güvenlik ve adalet ilkelerine aykırı olduğu gibi Kurumun bu içtihadı göre hareket etmesi halinde bu insanların mağduriyetine yol açacaktır.

Yargıtay'ın günümüze kadar süregelen içtihatlarında da çoğunluk görüşü doğrultusunda bir uygulamaya rastlamak mümkün olmadığından doğru olan hükmün onanması düşüncesinde olduğumdan çoğunluk görüşüne katılamıyorum.

I. UYUŞMAZLIĞA KONU OLAY

Davacı, 31.12.1996-29.7.2002 tarihleri arası 1479 sayılı Yasa'ya tabi 1.9.2002 tarihinden itibaren SSK isteğe bağlı sigortalı olduğunun tespitiyle, SSK'na yaptığı tahsis talebinin kabulü ile birikmiş aylıkların ödenmesine karar verilmesini istemiş, ilk derece mahkemesi de isteğin kabulüne karar vermiştir.

Yargıtay, davacının son yedi yıllık fiili hizmet süresinin toplamı olan günün içinde fiili hizmet süresi fazla olan Kurumun Bağ-Kur sigortalılığı olduğu, davacının aylık bağlanmasını istediği 31.8.2008 tarihinden geriye doğru yedi yıllık fiili hizmet süresi toplamı olan 2520 günün içinde fiili hizmet süresi 1260 günden fazla olan fiili hizmet süresinin Bağ-Kur'a tabi olduğu halde mahkemece SSK'ndan aylık bağlanması yönündeki istemin kabulü ile yazılı şekilde karar verilmesinin usul ve yasaya aykırı olduğunu belirterek, ilk derece mahkemesinin verdiği hükmün bozulmasına karar verilmiştir.

II. HUKUKİ SORUN

2829 sayılı Kanun'un 8. maddesindeki "Birleştirilmiş hizmet süreleri toplamı üzerinden ilgililere son yedi yıllık fiili hizmet süresi içinde fiili

hizmet süresi fazla olan Kurumca kendi mevzuatına göre aylık bağlanacağı" hükmüne göre isteğe bağlı sigortalılığın fiili hizmetten sayılıp sayılmayacağı, dolayısıyla son yedi yılın hesabında isteğe bağlı sigortalılığın hesaba dahil edilip edilmeyeceği noktasında toplanmaktadır.

III. DEĞERLENDİRME

16.5.2006 tarihinde kabul edilen 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu¹ ile mevcut sosyal güvenlik kuruluşları olan Sosyal Sigortalar Kurumu, Bağ-Kur ile T.C. Emekli Sandığı tüm malvarlıkları ve kadroları ile başkaca hiçbir işleme gerek kalmaksızın Sosyal Güvenlik Kurumu'na devredilmiştir (5502 s.K. geç. m. 1, fıkra 1). Bu yasanın Resmi Gazete'de yayımlandığı 20 Mayıs 2006 tarihi itibarıyla sosyal güvenlik "tek çatı" uygulaması başlamıştır. Sosyal Güvenlik Kurumları tek çatı altında toplanmış olsa da, bu kurumlara bağlı olarak geçen eski hizmet sürelerinin birleştirilmesi yine sorun olmaya devam etmektedir.²

5510 sayılı "Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu"nun yürürlüğe girdiği 1.10.2008 tarihi itibarıyla; 506, 1479, 5434 ve 2925 sayılı Kanunların bazı hükümleri hariç çoğu maddeleri ile 2926 sayılı Tarımda Kendi Adına ve Hesabına Çalışanlar Sosyal Sigor-

talar Kanunu ve 2829 sayılı “Sosyal Güvenlik Kurumlarına Tabi Olarak Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi Hakkında Kanun”³ yürürlükten kaldırılmıştır (5510 s. Kanun m.106/5).

2829 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmış ise de 5510 sayılı Kanun’un geçici 2. maddesinin son fıkrasına göre, “Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce sigortalı veya iştirakçi olup, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra aylık talebinde bulunanlardan, farklı sosyal güvenlik kurumlarına ya da bu Kanunda belirtilen sigortalılık hallerinden birden fazlasına tabi olanlara aylık bağlanmasına esas alınacak kanun, bu Kanunla mülga 2829 sayılı Kanun hükümlerine göre tespit olunur ve bunlar hakkında, bu Kanunun geçici maddelerindeki hükümler uygulanır. Ancak, bunlardan bu Kanunun geçici 4 üncü maddesi kapsamına girmeyenlere 5434 sayılı Kanun hükümleri uygulanmaz. Bu Kanunla mülga 2829 sayılı Kanuna göre 5434 sayılı Kanun hükümleri uygulanması gerekenlerden, bu Kanunun geçici 4 üncü maddesi kapsamına girmeyenler için, bu maddenin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri esas alınır. (a) bendi hükümlerinin uygulamasına esas alınacak kanun, bu Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında geçen süreler hariç, bu Kanunla mülga 2829 sayılı Kanun hükümlerine göre belirlenir. Bu Kanuna tabi hizmetlerle 506 sayılı Kanunun geçici 20 nci maddesine tabi sandıklarda geçen hizmetlerin birleştirilmesinde de bu fıkra hükümleri esas alınmak suretiyle bu Kanunla mülga 2829 sayılı Kanun hükümleri uygulanır”.

Görüldüğü gibi yaşlılık aylığının bağlanmasında, 01/10/2008 öncesinde sigortalı olanlara, 2829 sayılı Kanuna göre; son yedi yıllık fiili hizmet süresi içinde en çok hangi sosyal güvenlik kuruluşuna prim ödenmiş ise o kuruluş hükümlerince aylık bağlanacaktır. 01/10/2008 sonrasında sigortalı olanlara ise toplam sigortalılık süresi içinde; 4/I-a, 4/I-b ve 4/I-c kapsamında en çok sigortalılığın geçtiği sigortalılık hali esas alınarak aylık bağlanacaktır (geç. m.2/7). Bağlanacak aylık miktarının tespitinde 5510 sayılı Kanun’un geçici 2. maddesi hükmü uygulanacaktır.⁴ Bir anlamda 5510 sayılı Kanundan önce sigortalı veya iştirakçi olanlar için 2829 sayılı Kanun halen yürürlükte dir.

1) 5510 sayılı Kanundan Önce Emeklilikte Hizmetlerin Birleştirilmesi

01.06.1983 tarihinden 5510 sayılı Kanun’un yürürlüğe girdiği 01.10.2008 tarihine kadar olan dönemde, çeşitli sosyal güvenlik kurumlarına tabi olarak geçen hizmet sürelerinin birleştirilmesi suretiyle ilgililerin sosyal güvenliklerinin sağlanmasında 2829 sayılı Kanun hükümleri uygulanmıştır. 2829 sayılı Kanun’un 8. maddesinde “Birleştirilmiş hizmet süreleri toplamı üzerinden ilgililere son yedi yıllık fiili hizmet süresi içinde fiili hizmet süresi fazla olan kurumca kendi mevzuatına göre aylık bağlanacağı” hükmü yer almaktadır. Bu madde hükmünde öngörülen yedi yıllık fiili hizmet süresinin tespitinde “takvim yılı” değil, çalışılan ve primi ödenmiş fiili hizmet yılının esas alınması gerekir. Son yedi yıldan amaçlanan, prim ödenerek geçmiş fiili son yedi yıldır. Bu yedi yıllık süre içerisinde sigortalı en fazla hangi sosyal güvenlik kurumuna prim veya kesenek ödemişse o kurum tarafından yaşlılık aylığı bağlanır. Son yedi yılda ödenen prim gün sayısı eşit ise, hizmetin geçtiği son kurum tarafından aylık bağlanır.⁵

2829 sayılı Kanuna göre ancak primi ödenmiş fiili hizmet süreleri birleştirmede dikkate alınır.⁶ Bu bağlamda, borçlanılan askerlik süresi, borçlanılan yurt dışı hizmet süresi de primi ödenmiş hizmet süresi sayıldığından birleştirmede göz önünde tutulur.⁷ Sigortalılığın başladığı tarihten önceki askerlik borçlanması ise son yedi yıllık hizmet süresinin tesbitinde dikkate alınmaz.⁸ 2829 sayılı Kanununun 7/1. maddesinde birleştirilecek hizmet süreleri toplamına “İtibari hizmet süreleri ile prim ödenmemiş süreler katılmaz” hükmü getirilmiştir. İtibari hizmet, ağır ve tehlikeli işlerde çalışmayı teşvik ve ödüllendirme amacına yönelik, çalışılmadığı halde gerçekleştiği varsayılan farazi bir hizmettir.⁹ İtibari hizmet süreleri dışında sosyal güvenlik destek primi ödenmiş süreler de birleştirmeye katılmaz.¹⁰ Buna karşın isteğe bağlı sigortalılık süreleri, primi ödenmiş olmak kaydıyla hizmet birleştirilmesinde dikkate alınır.¹¹ 5510 sayılı Kanun’un 50. maddesinin 1. fıkrasına göre, “İsteğe bağlı sigorta; kişilerin isteğe bağlı olarak prim ödemek suretiyle uzun vadeli sigorta kollarına ve genel sağlık sigortasına tâbi olmalarını sağlayan sigortadır”.

2829 sayılı Kanun'a göre hizmet birleştirilmesine esas olacak sürelerin aynı tarihlere rastlamaması gerekir. Nitekim 2829 sayılı Kanun'un 4. maddesinde "aynı tarihlere rastlamamak kaydıyla" denilerek bu koşul belirtilmiştir. Sosyal güvenlik sistemine sigortalılığın tekliği ilkesi hakim olup, çifte sigortalılık mümkün değildir. Bir başka deyişle bir sigortalının aynı anda birden fazla sosyal güvenlik kurumuna bağlı olması yasaklanmıştır. Böyle bir durumda sigortalının önceden başlayıp devam eden sigortalılığına geçerlilik tanınmaktadır.¹² Bazı durumlarda ise zorunlu sigortalılık ile isteğe bağlı sigortalılık çakışmaktadır. Bu halde zorunlu sigortalılığa öncelik tanınır.¹³ Bu durumda zorunlu Bağ-Kur sigortalılığı ile isteğe bağlı sigortalılığın çakışması halinde zorunlu Bağ-Kur sigortalılığı esas alınmaktadır.¹⁴ Zira mülga 506 sayılı Kanun'un 85. maddesinde, isteğe bağlı sigortalılığın yazılı talep ile başlayacağı, sigortalılık devam ederken başka bir Sosyal Güvenlik Kuruluşuna tabi olarak çalışmamak gerektiği, çalışmaya başlanması halinde isteğe bağlı sigortalılığın sona ereceği belirtilmiştir.

Hizmet birleştirmesi kapsamına;

a) T.C. Emekli Sandığına,

b) Sosyal Sigortalar Kurumuna,

c) Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumuna,

d) 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun geçici 20. maddesine göre kurulan emekli sandıklarına tabi çalışmalar girmektedir.

Çeşitli sosyal güvenlik kurumlarına tabi olarak geçen hizmetlerin birleştirilebilmesi için sigortalının veya onun ölümü halinde hak sahiplerinin aylığı bağlayacak kurumdan birleştirme yapılmasını istemeleri gereklidir (mülga 2829 s.K. m.3/d).

2) 5510 sayılı Kanun'dan Sonra Emekli Olunacak Statünün Belirlenmesi

5510 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesinin 1. fıkrasında, 5510 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 1.10.2008 tarihinden önce, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu ile 2925 sayılı Tarım İşçileri Sosyal Sigortalar Kanunu'na tâbi olanların her türlü hak ve yükümlülüklerinin 5510 s. Kanun m. 4/1- (a) kapsamında, 1479 sayılı Esnaf ve

Sanatkârlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanunu ve bu Kanun ile mülga 2926 sayılı Tarımda Kendi Adına ve Hesabına Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanununa tâbi olanların her türlü hak ve yükümlülüklerinin 5510 s. Kanun m.4/1- (b) kapsamında, 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu'na tâbi olanların her türlü hak ve yükümlülüklerinin 5510 s. Kanun m. 4/1- (c) kapsamında kabul edileceği düzenlenmiştir.

5510 sayılı Kanunla 01.10.2008 tarihinde 2829 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmıştır (m.106/5). Sosyal güvenlik sistemimizde 01.10.2008 tarihinden itibaren 5510 sayılı Kanun ile tek yasa esasına geçilmişse de yeni yasada üç farklı sigortalılık hali (4/I-a, 4/I-b, 4/I-c) mevcuttur. Aylığa hak kazanma koşulları da bu farklı sigortalılık hallerine göre belirlenmektedir. Aylık bağlanması için başvuran kişinin hangi sigortalılık haline göre emekli olacağı 5510 sayılı Kanunun 53. maddesinin VI. fıkrasında düzenlenmiştir.¹⁵ 5510 sayılı Kanun'un "Sigortalılık hallerinin birleşmesi" başlıklı 53. maddesinin VI. fıkrasına göre, 5510 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 01.10.2008 tarihinden itibaren ilk defa sigortalı sayılanlardan "4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinden birden fazlasına tabi olarak çalışmış olanların yaşlılık aylığı bağlanma taleplerinde, en fazla sigortalılığın geçtiği sigortalılık hali, hizmet sürelerinin eşit olması ile malûllük ve ölüm halleri ile yaş haddinden re'sen emekli olma, süresi kanunla belirlenen vazifelere atanma veya seçilme ve bağlı oldukları sigortalılık halinin kanunla değiştirilmesi durumunda ise son sigortalılık hali" esas alınacaktır. Böylelikle 5510 sayılı Kanun'la son yedi yıl esas alınarak aylık bağlanması ilkesinden vazgeçilmiş, tüm sigortalılık süresi esas alınarak aylık bağlanması uygulamasına geçilmiştir.¹⁶

5510 sayılı Kanun'un "5434 sayılı Kanuna ilişkin geçiş hükümleri" başlıklı geçici 4. maddesinin 16. fıkrasına göre, "Kesenek veya toptan ödemeleri zamanaşımına uğramış olması nedeniyle hizmetleri tasfiye edilmiş olanların, tasfiye edilmiş süreleri bu Kanuna göre birleştirilecek hizmetlerden kabul edilir". Bu hükümden 5434 sayılı Kanun kapsamında geçen ve zamanaşımına uğrayan hizmetlerin ihyaya gerek olmadan birleştirilebileceği sonucuna

varılmaktadır.¹⁷ Bu geçici madde hükmünün 2829 sayılı Kanuna göre yapılacak hizmet birleştirmesinde de geçerli sayılması gerektiği kabul edilmelidir.¹⁸

Aylığı bağlayacak kurumun tespit edilmesi sorunu da yeni dönemde söz konusu olmayacaktır. Çünkü 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu ile Sosyal Sigortalar Kurumu, Bağ-Kur ve Emekli Sandığını birleştirerek tek çatı altında topladığından aylık artık Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından bağlanacaktır.

IV. SONUÇ

2829 sayılı Kanun aylık bağlayacak kurumun tespitinde sigortalının “son yedi yıllık fiili hizmet süresi içinde fiili hizmet süresi fazla olan kurum” esasını getirmiştir. Çeşitli sosyal güvenlik kurumlarına tabi olarak geçen hizmet sürelerinin birleştirilmesine ilişkin Yargıtay 21. Hukuk Dairesi’nin 21.12.2009 tarihli Kararındaki karşı oy gerekçesinde, “bir Yasanın uygulanmasında sadece bir madde hükmünün göz önüne alınması ile yetinilmeyip Yasanın tüm maddeleri ile birlikte değerlendirilmesi gerektiği” belirtilerek, çoğunluk görüşü oluşturulurken 2829 sayılı Yasa’nın sadece 8. maddesi gerekçe yapıldığından doğru bir yoruma ulaşılamadığı vurgulanmıştır. “Yasanın 8. maddesinde fiili süreden bahsedilmesi, son yedi yılın tespitinde takvim yılının değil geriye doğru son yedi yıllık fiili prim ödeme gün sayısının dikkate alınması gerektiğini vurgulama amacını taşımaktadır.” 2829 sayılı Kanun’un 7. maddesinde “4. maddede belirtilen hizmet süreleri toplamına; itibari hizmet süreleri ile primi ödenmemiş süreler katılmaz” hükmü getirilmiş, böylelikle hangi sürelerinin hizmet süreleri toplamına katılmayaacağı kesin olarak sayılmıştır. Karardaki karşı oy yazısında belirtildiği gibi, isteğe bağlı sigortalılık süresi söz konusu maddede birleştirilmeye katılmayan istisnalar arasında sayılmadığından, bu sürelerin hizmet süreleri toplamına katılması ve son yedi yılın hesabında dikkate alınması gerekmektedir. Zira “Bir hizmetin hizmet birleştirilmesinde dikkate alınmasına karşın son yedi yılın hesabında dikkate alınmaması mümkün değildir.” İsteğe bağlı sigortalılık da her ay primleri ödenerek fiili olarak gerçekleşen bir süreci ifade ettiğinden fiili bir hizmet süresidir. Fiili hizmet süresinin alternatifi asla isteğe bağlı sigortalılık süresi değildir. İsteğe bağlı sigortalılık süresi zo-

runlu sigortalılığın alternatifidir. Karşı oy yazısında belirtildiği gibi, “fiili hizmeti eylemli olarak bedensel güç kullanılarak yapılan bir çalışma olarak algılamak sosyal güvenlik hukuku ilkelerini dışlayarak “fiili” kelimesinin sadece sözlük karşılığını yoruma esas almak olur ki bu değerlendirme hukuki bir değerlendirme değildir”.

Kanaatimizce, isteğe bağlı sigortalılık süresinin fiili hizmet süresinden sayılmayacağı gerekçesiyle son yedi yıllık fiili hizmet süresinin hesabına katılmayacağına ilişkin Yargıtay 21. Hukuk Dairesi’nin 21.12.2009 tarihli kararı isabetli değildir. Karşı oy yazısında belirtildiği üzere, hizmet birleştirilmesinde dikkate alınan isteğe bağlı sigortalılık sürelerinin son yedi yılın hesabında da esas alınması sosyal güvenlik hukukunun genel ilkelerine ve adalete daha uygun olacaktır.

DİPNOTLAR

- 1 RG. 20.5.2006, 26173.
- 2 Ayan, Değişik Sosyal Güvenlik Kurumlarında Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi, s.162.
- 3 RG. 27.05.1983, 18059.
- 4 Geçici 2. maddede 5510 sayılı Kanundan önce yürürlükte bulunan sosyal güvenlik kanunlarına tâbi geçen çalışmalar için bağlanacak aylığın hesaplanması düzenlenmiştir. Bu maddeye göre 5510 sayılı Kanun’un yürürlüğünden önce (1.10.2008 tarihinden önce) 506, 1479, 2925 ve 2926 sayılı Kanunlara tabi olanlara bağlanacak yaşlılık aylıkları aşağıda belirtildiği gibi hesaplanır:

a) Sigortalının bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihe kadar geçen sürelerdeki prim ödeme gün sayılarına veya fiili hizmet süresine ait aylık; bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önceki kanun hükümlerine göre, aylık talep tarihindeki toplam prim ödeme gün sayısı veya fiili hizmet süresi üzerinden, bu Kanunun yürürlük tarihi itibarıyla hesaplanacak aylığının bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihe kadarki prim ödeme gün sayısı veya fiili hizmet süresi ile orantılı bölümü, aylık talep tarihine kadar geçen yıllar için, her yıl gerçekleşen güncelleme katsayısı ile çarpılarak hesaplanır.

b) Sigortalının bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra geçen sürelerdeki prim ödeme gün sayılarına ait aylık, aylık talep tarihindeki toplam prim ödeme gün sayısı üzerinden 29 uncu madde hükümlerine göre hesaplanacak aylığının, bu Kanunun yürürlük tarihinden sonraki prim ödeme gün sayısına orantılı bölümü kadardır. Ancak, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce 3600 prim gün sayısını doldurmamış olan sigortalıların yaşlılık aylığı bağlama oranının hesabında, sigortalının Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra geçen ve Kanunun yürürlük tarihinden önceki prim gün sayısını 3600 güne tamamlayan hizmet sürelerinin her 360 günü için % 3 oranı esas alınır.

c) Aylık, (a) ve (b) bentlerine göre hesaplanan kısmî aylıkların toplamından oluşur. Aylıklardan ayrıca 29 uncu maddenin son fıkrasına göre artırılarak belirlenir.”

Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla 17/7/1964 ta-

rihli ve 506 sayılı Kanunun geçici 82 nci maddesinin (a) bendine göre gösterge sistemi içinde hesaplanacak kısmı aylıklara esas gösterge, sigortalıların ortalama yıllık kazanç hesabına giren takvim yılı sayısı esas alınmak suretiyle hazırlanacak olan gösterge ve üst gösterge tespit tabloları esas alınarak belirlenir.

Bu Kanunun yürürlük tarihine kadar geçen sürelerle ilişkin aylığın hesabında esas alınan asgari aylık tutarı ile 17/7/1964 tarihli ve 506 sayılı Kanunun geçici 82 nci maddesinin ikinci fıkrasına göre belirlenen eski tam aylık tutarı, toplam prim ödeme gün sayısı içinde bu Kanunun yürürlük tarihine kadar geçen prim ödeme gün sayısının oranına tekabül eden tutar üzerinden esas alınır.

Yurt dışı hizmet borçlanması yapanların aylıkları da yukarıda belirtilen fıkralara göre hesaplanır.

Bu Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri kapsamında sigortalı sayılanlardan, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce ilgili kanun hükümleri ile bu madde hükümlerine göre yaşlılık aylığı bağlandıktan sonra çalışmaya başlaması nedeniyle aylıkları kesilenlerden, işten ayrılarak yeniden yaşlılık aylığı bağlanması için yazılı istekte bulunanların yeni aylıkları, bu Kanunun 30 uncu maddesinin üçüncü fıkrasına göre hesaplanır.

Malûllük ve ölüm aylıkları, bu Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki sigortalılar için yukarıdaki fıkralarda belirtilen hükümler, (b) bendi kapsamındaki sigortalılar için ise bu Kanunun yürürlük tarihinden önceki hükümlere göre esas alınan süreler dikkate alınarak 27 nci veya 33 üncü madde hükümlerine göre hesaplanır.

Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce sigortalı veya iştirakçi olup, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra aylık talebinde bulunanlardan, farklı sosyal güvenlik kurumlarına ya da bu Kanunda belirtilen sigortalılık hallerinden birden fazlasına tabi olanlara aylık bağlanmasına esas alınacak kanun, bu Kanunla mülga 2829 sayılı Kanun hükümlerine göre tespit olunur ve bunlar hakkında, bu Kanunun geçici maddelerindeki hükümler uygulanır. Ancak, bunlardan bu Kanunun geçici 4 üncü maddesi kapsamına girmeyenlere 5434 sayılı Kanun hükümleri uygulanmaz. Bu Kanunla mülga 2829 sayılı Kanuna göre 5434 sayılı Kanun hükümleri uygulanması gerekenlerden, bu Kanunun geçici 4 üncü maddesi kapsamına girmeyenler için, bu maddenin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri esas alınır. (a) bendi hükümlerinin uygulamasına esas alınacak kanun, bu Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında geçen süreler hariç, bu Kanunla mülga 2829 sayılı Kanun hükümlerine göre belirlenir. Bu Kanuna tabi hizmetlerle 506 sayılı Kanunun geçici 20 nci maddesine tabi sandıklarda geçen hizmetlerin birleştirilmesinde de bu fıkra hükümleri esas alınmak suretiyle bu Kanunla mülga 2829 sayılı Kanun hükümleri uygulanır. „

- 5 Ayan, Değişik Sosyal Güvenlik Kurumlarında Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi, s.171.
- 6 Yarg. 10. HD., 01.07.2002, E.5383, K.5899, www.legalbank.net (01.12.2010).
- 7 Araslı, Sosyal Güvenlik ve Sosyal Sigortalar, s.1686.
- 8 YHGK 23.09.1992, E.1992/10-369, K.1992/481, www.legalbank.net (01.12.2010).
- 9 Sözer, İtibari Hizmet Müessesesi, s.4 vd.
- 10 Laçiner, Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Hizmetlerin Birleştirilmesi, s. 45-46.
- 11 Tuncay/Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukukunun Esasları, s.461.

- 12 5510 sayılı Kanun'un 53. maddesinin I.fıkrasına göre, "Sigortalının, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde yer alan sigortalılık hallerinden birden fazlasına aynı anda tabi olmasını gerektirecek şekilde çalışması halinde; öncelikle aynı maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında, (c) bendi kapsamında çalışması yoksa ilk önce başlayan sigortalılık ilişkisi esas alınarak sigortalı sayılır".
- 13 Yargıtay 21. HD'nin 24.10.2005 tarihli kararına göre, "...zorunlu sigortalılıkla isteğe bağlı sigortalılığın çakışması durumunda aslanan zorunlu sigortalılıktır. Çakışan isteğe bağlı sigortalılık yok sayılır. Çakışmayan isteğe bağlı sigortalılık geçerlidir. Bu gibi durumlarda çakışan isteğe bağlı sigortalılıkta sadece çakışan bölüm iptal edilerek geriye kalan isteğe bağlı sigortalılığa geçerlik tanınmak gerekir" ,www.legalbank.net (01.12.2010).
- 14 Yarg. HGK, 28.06.2006, E.2006/21-485, K.2006/483; Yarg. 21. HD, 05.03.2009, E.2008/17609, K.2009/3100, www.legalbank.net (01.12.2010).
- 15 Güzel/Okur/Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik Hukuku, s.172.
- 16 Tuncay/Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukukunun Esasları, s.460.
- 17 Balcı, Hizmetlerin Birleştirilmesi, s.341.
- 18 Balcı, Hizmetlerin Birleştirilmesi, s.341.

KAYNAKÇA

- Araslı, Utkan, Sosyal Güvenlik ve Sosyal Sigortalar, Cilt:2 Ankara 2002.
- Ayan, Zehra, Değişik Sosyal Güvenlik Kurumlarında Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi, SİCİL İş Hukuku Dergisi, Eylül 2006 Sayı:3, s.162-176.
- Balcı, Mesut, İsteğe Bağlı Sigortalılık, Borçlanma, Hizmetlerin Birleştirilmesi, Ankara 2010, (Hizmetlerin Birleştirilmesi).
- Ergin, Hediye, 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Yasası'nın Geçici Hükümlerine İlişkin Bir İnceleme, Legal İSGHD, 2007, Sayı: 13, s. 222-280.
- Güzel, Ali/Okur, Ali Rıza/Caniklioğlu, Nurşen, Sosyal Güvenlik Hukuku, 13. Bası, İstanbul 2010.
- Laçiner, Hediye, Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Hizmetlerin Birleştirilmesi, İstanbul 1998, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.
- Sözer, Ali Nazım, İtibari Hizmet Müessesesi ve İtibari Hizmetle İlgili Bazı Uygulama Sorunları, Çimento İşveren, Mayıs 1998 (İtibari Hizmet Müessesesi).
- Tuncay, Can/Ekmekçi, Ömer, Yeni Mevzuat Açısından Sosyal Güvenlik Hukukunun Esasları, 2. Bası, İstanbul 2009.
- Tuncay, Süleyman, Sosyal Güvenlik Reformu Kanunu İle Emeklilikte Son Yedi Yıl Şartı Kaldırıldı, Yaklaşım Dergisi, Mart 2009, Sayı:195.
- Tunçomağ, Kenan, Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar, 5. Bası, İstanbul 1990.
- Uşan, Fatih, Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, 2. Baskı, Ankara 2009.

Yrd. Doç. Dr. Ayşe Yiğit ŞAKAR

İstanbul Arel Üniversitesi Uygulamalı Bilimler Yüksekokulu

İşe Başlatmama Tazminatından Gelir Vergisi Kesintisi Yapılması Durumunda Eksik Ödeme Sorunu

T.C. YARGITAY

9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2008/32019

Karar No : 2010/20696

Tarihi : 28.06.2010

ÖZET

Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda işe başlatmama tazminatı brüt olarak hesaplanmış ve işçiye ödenen net tutar düşülerek bakiyesi yönünde hesaplama yapılmıştır. İşçi adına işe başlatmama tazminatıyla ilgili olarak gelir vergisi adı altında vergi dairesine ödeme yapıp yapılmadığı belirlenmeli, sonucuna göre karar verilmelidir. Şayet gelir vergisi kesilerek vergi dairesine yatırılmışsa, işe başlatmama tazminatı hesabından vergi dairesine yatırılan tutar indirilerek işverenin sorumluluğuna karar verilmelidir.

DAVA

Davacı, boşta geçen süre ücreti, sosyal haklar, ihbar ve kıdem tazminatı, fazla çalışma ücreti, performans primi 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 R. Taşdelen tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR

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

2- Davacı işçi işe başlatmama tazminatının eksik ödendiğini ileri sürerek eksik

olan kısmın ödetilmesi yönünde talepte bulunmuş, davalı işveren hakların tam olarak ödendiğini ileri sürerek isteğin reddini savunmuştur. Mahkemece işçinin işverence işe başlatılmaması üzerine ödenmesi gereken işe başlatmama tazminatının eksik hesaplandığı gerekçesiyle bu yönde alınan bilirkişi raporu doğrultusunda isteğin kabulüne karar verilmiştir.

Hükmü süresi içinde davalı vekili temyiz etmiştir.

Davalı işveren tarafından işe başlatmama tazminatının geçersiz sayılan feshi izleyen 4 aylık boşta geçen sürenin sona erdiği tarihteki ücrete göre hesaplanmış olup, mahkemece işe başlatmama anındaki ücret üzerinden hesaplama yapılarak isteğin kabulü yerindedir. Ancak, somut olayda diğer bir uyumsuzluk, işe başlatmama tazminatından gelir vergisi kesilip kesilmeyeceği noktasında ortaya çıkmıştır. Davalı işveren işe alınmaması üzerine işçiye Maliye Bakanlığının genelgesi uyarınca gelir vergisi keserek ödeme yapıldığını açıklamış, gerçekten bu yöndeki tahakkuk evrakında gelir vergisi kesintisi yer almıştır. Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda işe başlatmama tazminatı brüt olarak hesaplanmış ve işçiye ödenen net tutar düşülerek bakiyesi yönünde hesaplama yapılmıştır. Bu noktada işverence davacı adına ilgili vergi dairesine işe başlatmama tazminatıyla ilgili olarak gelir vergisi yatırılıp yatırılmadığının belirlenmesi önem kazanmaktadır.

Davalı işveren vergi sorumlusu, davacı işçi ise vergi yükümlüsüdür. Davalı işverenin işçi adına vergi yatırmış olması halinde sözü edilen uygulaması, Maliye Bakanlığının 28.06.2005 gün ve GİB 042/4207-44/27873 sayılı ve 03.08.2007 gün ve B.7.1.GİB.0.03.43/4305-182/069750 sayılı Özelgelerine uygundur. Ne var ki, Danıştay 3. Dairesinin 15.2.2007 gün ve 2006/3799 E, 2007/414 sayılı kararı ve Dairemizin 25.04.2008 gün ve 2007/16610 E., 2008/10304 K. sayılı kararları işe başlatmama tazmina-

tından gelir vergisi kesilmeyeceği yönünde olsa da, soruna işveren açısından bakıldığında davalı işveren Maliye Bakanlığı Özelgelerine uymak durumundadır. Bu nedenle davalı işvereni kötüniyetli olduğundan söz edilemez.

Öte yandan 16.06.2009 tarihinde yürürlüğe giren 5904 sayılı yasa ile 193 sayılı gelir vergisi kanununda değişiklik yapılmış ve işe başlatmama tazminatı gelir vergisi istisnaları arasında gösterilmiştir. Aynı yasa ile 193 sayılı gelir vergisi kanununa eklenen geçici 77. maddede ise, "Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önceki dönemlerle ilgili olarak 22.05.2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununun 21 inci maddesi uyarınca işverenlerce işçiye ödenen işe başlatmama tazminatları, damga vergisi hariç herhangi bir vergiye tabi tutulmaz. Anılan dönemlere ilişkin işe başlatmama tazminatı gelir vergisi tevkifatına tabi tutulan mükelleflerin; tarha yetkili vergi dairelerine başvuruları ve dava açmama, açılmış davalardan kaçınmaları şartıyla 213 sayılı Vergi Usul Kanununun düzeltmeye ilişkin hükümleri uyarınca tahsil edilen gelir vergisinin red ve iade işlemleri yapılır" şeklinde kurula yer verilerek daha önce kesilen gelir vergisi ile ilgili iade esasları belirlenmiştir. Anılan düzenlemeye göre daha önce kesilen gelir vergisi tutarları vergi yükümlüsüne iade edilecektir. Vergi yükümlüsü işçi olmakla, anılan yasa uyarınca işçi adına yatırılan gelir vergisini davacı işçi alabilecektir. Yasada, vergi sorumlusu olan davalı işverence iadeye dair bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu durumda davalı işveren tarafından vergi tutarı kadar miktar biri vergi dairesine diğer işçiye olmak üzere iki kez ödenmiş olacaktır. Yine mahkemece verilen karar kesinleştiği takdirde davacı işçi işe başlatmama tazminatı gelir vergisi tutarı kadar bir miktarı biri işverenden diğeri ilgili vergi dairesinden olmak üzere iki kez talep edebilecektir. Davacı işçi vergi iadesi tutarını ilgili vergi dairesinden talep edebileceğine göre, mahkemece bu şekilde

mükerrer yararlanmaya yol açmayacak şekilde hüküm kurulmalıdır. Mahkemece, işçi adına işe başlatmama tazminatıyla ilgili olarak gelir vergisi adı altında vergi dairesine ödeme yapıp yapılmadığı belirlenmeli sonucuna göre karar verilmelidir. Şayet gelir vergisi kesilerek vergi dairesine yatırılmışsa, işe başlatmama tazminatı hesabından vergi dairesine yatırılan tutar indirilerek işverenin sorumluluğuna karar verilmelidir. İşverence

işe başlatmama tazminatından gelir vergisi kesilmesine rağmen ilgili vergi dairesine yatırılmamış olması halinde ise, şimdiki gibi karar verilmelidir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 28.06.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KARARIN İNCELENMESİ

Yukarıdaki kararın incelenmesinde öncelikle verginin konusu, vergi istisnası, vergi mükellefi ve vergi sorumlusu gibi temel kavramların açıklığa kavuşturulması gerekir.

1. TEMEL KAVRAMLAR

a) Verginin Konusu:

Verginin üzerinden alındığı ekonomik değerdir. Yani verginin konusu, üzerine vergi konulan ve doğrudan doğruya veya dolayısıyla verginin kaynağı olan iktisadi unsurdur¹. Gelir Vergisi Kanunu (GVK) m. 2'ye göre, hizmet erbabına ödenen ücretler gelir vergisinin konusunu oluşturur.

b) Vergi Konusunun Daraltılması (Sınırlandırılması): İstisna

Vergi konusunun daraltılması (sınırlandırılması) olan istisna, vergi kanunlarına göre esas olarak vergilendirilen bazı vergi konularının vergi kapsamı dışında bırakılmasıdır.

GVK'nın 25. maddesinin birinci fıkrasının (1) numaralı bendinde yapılan ibare değişikliği ile 22.05.2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununun 21. maddesi uyarınca işverenlerce işçilere ödenen işe başlatmama tazminatları, yapılan düzenlemenin yürürlüğe girdiği (03.07.2009) tarihten itibaren damga vergisi hariç gelir vergisinden istisna edilmiştir.

İstisna kapsamındaki tutar, iş sözleşmesi feshinin geçersizliğine karar veren mahkeme veya özel hakemin kararında belirlediği işçinin işe

başlatılmaması nedeniyle ödenecek tazminat miktarı ile sınırlıdır.

c) Vergi Mükellefi (Yükümlüsü):

Vergi mükellefi, kanunun verginin doğumunu bağladığı olay ile ilişkisi dolayısıyla vergi borcunu kendi servetinden ödemek zorunda olan kişi veya kurumdur².

Vergi Usul Kanunu (VUK) m. 8/1' e göre; "Mükellef, vergi kanunlarına göre kendisine vergi borcu terettübeden gerçek veya tüzelkişidir". Vergilerin kanuniliği (yasallığı) ilkesi gereğince her bir verginin mükellefinin yine o verginin kendi kanunu tarafından belirleneceği VUK m. 8'deki ifadede de anlaşılmaktadır³. VUK m. 8'deki mükellef tanımından ancak gerçek veya tüzel kişilerin mükellef olabileceği sonucu çıksa da bazı durumlarda tüzel kişiliği olmayan bazı ortaklıkların veya kuruluşların vergi mükellefi ya da vergi sorumlusu olabilecekleri VUK'da ve diğer vergi kanunlarında işaret edilmektedir⁴. VUK m. 10'da yer alan "... vakıflar ve cemaatler gibi tüzel kişiliği olmayan teşekküllerin mükellef veya vergi sorumlusu olmaları halinde..." ifadede bunu anlayabiliyoruz. Yine Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 2. maddesine göre iş ortaklıkları tüzel kişiliği olmamasına rağmen iş ortaklığını oluşturanların talep etmesi üzerine kurumlar vergisi mükellefi sayılırlar.

GVK açısından ücretliler gelir vergisi mükellefidir.

d) Vergi Sorumlusu:

Vergi hukukunda sorumlulukta, vergiyi doğuran olayla ilişkisi olmayan üçüncü kişiler,

vergi yasalarıyla vergiye ilişkin maddi ya da şekli ödevlerin yerine getirilmesi bakımından vergi dairesine muhatap tutulmakta ve bazı hallerde asıl vergi borçlusu ile birlikte ya da onun yerine geçerek vergiyi kendi mal varlıklarından ödemektedirler⁵.

Vergi sorumluluğunun yaratılmasındaki temel amaç, idarenin vergi alacağını kolaylıkla ve az masraf toplamasını sağlamak ve vergi kayıplarını azaltmaktır⁶.

“Başkasının vergi borcu için vergilendirmenin maddi-şekli ödevlerini yerine getirmekle görevli tutulan üçüncü kişilere vergi sorumlusu denir”⁷. Yani “vergi sorumlusu”nu mükellefin vergi borcunun ödenmesinden ve diğer vergi ödevlerinin yerine getirilmesinden sorumlu tutulan üçüncü kişi şeklinde tanımlayabiliriz⁸.

VUK m. 8/2’ ye göre; “Vergi sorumlusu, verginin ödenmesi bakımından, alacaklı vergi dairesine karşı muhatap olan kişidir”. VUK m. 8’de vergi sorumlusunun yalnızca vergi ödeme ödevi üzerinde durulmuş, diğer ödevleri üzerinde durulmamıştır. Oysa vergi sorumlusu bazı durumlarda tüm ödevleri ve vergi borcuyla mükellefin yerini almaktadır. Nitekim VUK’nda m. 8/4’te mükellef deyiminin vergi sorumlusunu da kapsayacak biçimde kullanıldığı belirtilmiştir⁹: “Bu kanunun müteakip maddelerinde geçen “mükellef” tabiri vergi sorumlularına da şamildir”.

GVK m. 94/1’e göre hizmet erbabına ödenen ücretler ile 61. maddede yazılı olup ücret sayılan ödemelerden (istisnadan faydalananlar hariç), 103 ve 104. maddelere göre, vergi kesmek zorunda olanlar belirtilmiştir;

“Kamu idare ve müesseseleri, iktisadî kamu müesseseleri, sair kurumlar, ticaret şirketleri, iş ortaklıkları, dernekler, vakıflar, dernek ve vakıfların iktisadî işletmeleri, kooperatifler, yatırım fonu yönetenler, gerçek gelirlerini beyan etmeye mecbur olan ticaret ve serbest meslek erbabı, zirai kazançlarını bilanço veya zirai işletme hesabı esasına göre tespit eden çiftçiler aşağıdaki bentlerde sayılan ödemeleri (avans olarak ödenenler dahil) nakden veya hesaben yaptıkları sırada, istihkak sahiplerinin gelir vergilerine mahsuben tevkifat yapmaya mecburdurlar.”

GVK m. 94’ te sayılanların¹⁰ yapacakları vergi kesintisinden sorumluluğu verginin tam olarak kesilmemesi ve zamanında ödenmemesinden doğar¹¹.

VUK m. 11’e göre, yaptıkları veya yapacakları ödemelerden vergi kesmeye mecbur olanlar, verginin tam olarak kesilip ödenmesinden ve bununla ilgili diğer ödevleri yerine getirmekten sorumludurlar. Bu sorumluluk, bunların ödedikleri vergilerden dolayı asıl mükelleflere rücu etmek hakkını ortadan kaldırmaz. Bu durumda, işverenler, VUK m. 11’e göre ücretlinin ücretinden gelir vergisi ve damga vergisi kesintisini tam olarak yapmak ve vergi idaresine ödemekten sorumludurlar. Bunun yanı sıra vergilerin dayanağını oluşturan matrahların beyanı ve ilgili belgelerin düzenlenmesi konusunda da sorumlulukları vardır.

İşverenin buradaki sorumluluğu müşterek sorumluluktur. Müşterek sorumluluk, mükellefin vergi borcunu ödemek ve diğer ödevlerini yerine getirmek zorunda olan kişilerin, mükellefle birlikte sorumluluğunu ifade eder¹². Bu sorumluluk türünde sorumlular ancak paylarına düşen miktarda ve ikinci derece sorumludurlar¹³. Vergi sorumluları, vergiyi kesip ilgili vergi dairesine ödemek yükümlülüğünü yerine getirmedikleri takdirde, ödenmeyen vergi, ikmalen , re’sen tarhiyat yapılarak kendilerinden alınır. Verginin asıl borçlusu mükellef olduğu için VUK m.11’e göre vergi sorumlusu ödemiş olduğu vergi aslını vergi mükellefinden geri isteyebilir. Vergi sorumlusunun vergi aslından dolayı vergi mükellefine rücu etme hakkı varken, ödenecek vergiye ilişkin ceza, gecikme faizi, gecikme zamları açısından böyle bir hakkı yoktur¹⁴.

2. VERGİ SORUMLUSU İLE VERGİ MÜKELLEFİ ARASINDAKİ FARKLAR

Vergi sorumlusu ile vergi mükellefi arasındaki en önemli fark, vergi mükellefinin verginin hukuki (asıl) borçlusu, vergi sorumlusunun ise aracı ödeyici olmasıdır. Bunun dışında mükellef için geçerli olan tüm hak ve ödevler vergi sorumlusu için de geçerlidir¹⁵. Yani vergi

sorumlusunun maddi bir borcu yoktur¹⁶. “Vergi sorumlusu verginin asıl borçlusu değildir. Sorumlu ancak vergi borçlusu adına ve onun mamelekenden vergi keserek ödemek zorundadır. Bu nedenle bazı özel durumlar dışında, vergi sorumlusunun mamelekinde, vergi ödeme nedeniyle bir azalma olmaz. Bu temel farklılık nedeniyle de vergi sorumlusunun her zaman ve her durumda vergi mükellefinin haklarına sahip olmadığı görülmektedir. Örneğin, Danıştay vergi konusunda dava açabilmek için vergi sorumlusunun kişisel menfaatinin bulunması gerektiğini, kişisel menfaatin ise sorumlunun mal varlığında azalma biçiminde anlaşılması gerektiğini belirtmektedir. Böyle bir anlayış sonucunda, örneğin, vergi sorumlusunca kesilerek vergi dairesine yatırılan paraların iadesi için mükellefe dava açma hakkı tanınmakta iken vergi sorumlusuna tanınmamaktadır. Benzer farklılıklar düzeltme ya da mahsup talebinde bulunma hususlarında da görülmektedir¹⁷.” Vergi sorumlusunun fazla keserek yatırdığı vergileri ancak mükellef talep edebilir¹⁸. Fakat vergi sorumlusunun vergi kesintisi yaptığı halde vergi idaresine ödeme yapmaması durumunda, mükellef (ücretli) fazla kesilen vergiyi sorumludan (işverenden) talep edebilir.

Diğer bir fark da, vergiyi doğuran olayın, vergi sorumlusunun şahsında değil, mükellefin şahsında gerçekleşmesidir¹⁹.

3. VERGİ SORUMLULUĞUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ

Sorumluluk vergi yükümlülüğü gibi, kamu hukuku ilişkisinden doğmaktadır²⁰ ve yasalarla kabul edilen durumların dışında sorumluluğa ilişkin özel sözleşmeler vergi dairelerini bağlamayacaktır. Nitekim bu durum VUK m. 8/3'te hüküm altına alınmıştır. VUK m. 8/3'göre; “Vergi kanunlarıyla kabul edilen haller müstesna olmak üzere, mükellefiyete veya vergi sorumluluğuna müteallik özel mukaveleler vergi dairelerini bağlamaz”.

Sorumluluk, sorumluluğun bağımlılığı ilkesi gereği sorumluluğun ilgili olduğu vergiyi doğuran olayın gerçekleşmesi ile doğar ve vergi borcunun ödenmesi ile son bulur. Örneğin, iş-

veren ücret ödemesi yapmadığı sürece vergi kesintisi yapmak, bu kesintiyi muhtasar beyanname ile beyan etmek ve söz konusu vergiyi vergi dairesine yatırmak gibi görevleri doğmayacaktır²¹.

Sorumluluğun fer'iliği ilkesi gereğince, vergi sorumlularına ancak görevlerini yerine getirmedikleri ve vergi mükelleften alınmadığı takdirde başvurulması gerekir²².

Vergi kesenlerin sorumluluğu, sorumluluğun fer'iliği ilkesinin bir istisnasını oluşturmaktadır. Çünkü fer'ilik ilkesi uyarınca vergi borcunun önce yükümlüden istenmesi gerekirken, vergi kesenlerin sorumluluğunda ödenmeyen vergi borcunun öncelikle vergi kesmekle sorumlu kişiden istenmesi gerekir. Vergi sorumlusunun asıl borçluya rücu hakkı vardır. Sorumlunun, kanunların açık hükmü gereği, şekli ödevlerinin yanı sıra maddi borçların ifasında da asıl yükümlünün yerine geçmesine “vergide ikame” etkisi denir²³.

4. VERGİ SORUMLUSUNUN HAKLARI

Sorumluların hak ve yükümlülükleri hakkında genel bir yasa hükmü bulunmamakla birlikte VUK' nun 8/4. maddesinde yer alan “Bu kanunun müteakip maddelerinde geçen “mükellef” tabiri vergi sorumlularına da şamildir” hükmü gereğince mükelleflere tanınan hak ve ödevlerin vergi sorumluları için de geçerli olduğu söylenebilir. Fakat yerleşik içtihatlar sorumlulara tanınan hak ve ödevlerin mükelleflerinkine kadar geniş tutulmadığını göstermektedir²⁴. Sorumluların hukuki statüleri dava açabilme, düzeltme talebinde bulunabilme, takas talebinde bulunabilme ve uzlaşmaya başvurabilme yönlerinden incelenebilir.

Konumuz açısından sadece düzeltme talebinde bulunabilme hakkına değineceğiz. Düzeltme talebi, belli şartlar altında başvurulabilen bir idari çözüm yoludur. Düzeltme talebinde bulunma hakkı bakımından yine ikame mekanizmasının işleyip işlemediği esas alınmaktadır. Nitekim ikame mekanizması söz konusu ise sorumlu, düzeltme talebinde bulunabilmektedir. Bu mekanizma söz konusu değilse, sorumlu düzeltme yoluna başvuramamaktadır²⁵.

Bu konuda Maliye Bakanlığı; düzeltmeye

konu olan hatalı vergilendirmelerde sorumluların kendisinden fazla vergi istenen veya alınan kişiler olmadıkları, bu nedenle de düzeltme başvurusu yapma yetkilerinin olmadığı görülmüştür. Dolayısıyla bir işveren bir işçinin ücretinden hatalı olarak fazla vergi kestiği takdirde, düzeltmeyi işverenin değil, işçinin istemesi gerekir. Yine de Danıştay'ın kararlarında vergi sorumlusunun düzeltme talep etme hakkının olduğu kabul edilmektedir²⁶.

5. İŞE BAŞLATMAMA TAZMİNATLARININ VERGİLENDİRİLMESİNDE İSTİSNA UYGULAMASI

a) Yasal Düzenleme

16.06.2009 tarihli ve 5904 sayılı Kanununun 1. maddesi ile GVK'nın 25. maddesinin birinci fıkrasının (1) numaralı bendinde yer alan ve "işsizlik sebepleriyle verilen tazminat" ibaresi ve "işsizlik sebepleriyle (işe başlatmama tazminatı dahil) verilen tazminat" şeklinde değiştirilmiş ve Kanununun 4. maddesi ile de Gelir Vergisi Kanunu'na aşağıdaki geçici 77. madde eklenmiştir.

"GEÇİCİ MADDE 77- Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önceki dönemlerle ilgili olarak 22.05.2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununun 21. maddesi uyarınca işverenlerce işçiye ödenen işe başlatmama tazminatları, damga vergisi hariç herhangi bir vergiye tabi tutulmaz. Anılan dönemlere ilişkin işe başlatmama tazminatı gelir vergisi tevkifatına tabi tutulan mükelleflerin; tarha yetkili vergi dairelerine başvurmaları ve dava açmamaları, açılmış davalardan vazgeçmeleri şartıyla 213 sayılı Vergi Usul Kanununun düzeltmeye ilişkin hükümleri uyarınca tahsil edilen gelir vergisinin red ve iade işlemleri yapılır.

Bu maddenin uygulamasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye Maliye Bakanlığı yetkilidir."

Bu hükümler, Kanunun yayımı tarihi olan 03.07.2009'da yürürlüğe girmiştir.

Buna karşılık, "boşta geçen zaman için yapılan ödemeler", ücret olarak değerlendirilip gelir vergisine tabi tutulacaktır.

b) İstisna Öncesinde İşe Başlatmama Tazminatından Kesilen Gelir Vergisinin İadesi

272 Seri No.lu Gelir Vergisi Genel Tebliği'ne²⁷ göre; 5904 sayılı Kanunla Gelir Vergisi Kanunu'na eklenen geçici 77. madde hükmüyle, 03.07.2009 tarihinden önceki dönemlere ilişkin olarak işverenlerce işçilere ödenen işe başlatmama tazminatlarının, damga vergisi hariç herhangi bir vergiye tabi tutulmaması; anılan dönemlere ilişkin söz konusu tazminatı gelir vergisi tevkifatına tabi tutulan mükelleflerin ise tarha yetkili vergi dairelerine başvurmaları, dava açmamaları veya açılmış davalardan vazgeçmeleri şartıyla Vergi Usul Kanunu'nun düzeltmeye ilişkin hükümleri uyarınca tahsil edilen gelir vergisinin red ve iade işlemlerinin yapılması gerekmektedir.

Buna göre, yasa değişikliğinin yürürlüğe girdiği tarihten önceki dönemlerle ilgili olarak;

a) Kesilen gelir vergisini dava konusu yapmayan mükelleflerin,

b) Kesilen gelir vergisiyle ilgili 5904 sayılı Kanunun yayım tarihi itibarıyla mahkemelerde ihtilafı devam eden mükelleflerin, davalarından feragat etmeleri ve buna ilişkin ilgili mahkemenin 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,

c) Kesilen gelir vergisi nedeniyle dava açan ve aleyhine kesinleşmiş yargı kararı bulunan mükelleflerin,

tarha yetkili vergi dairesine dilekçeyle başvurmaları halinde, tahsil edilen gelir vergisinin Vergi Usul Kanunu'nun düzeltmeye ilişkin hükümleri de dikkate alınarak red ve iade işlemlerinin yapılması uygun görülmüştür.

Yapılacak iade işlemi sırasında, Gelir Vergisi Kanunu'nun mükerrer 121. maddesine göre işe başlatmama tazminatı tutarlarıyla ilgili vergi indirimi uygulamasından faydalananların indirim tutarlarının mahsup edilmesi ve mükelleflerin dilekçe ile birlikte çalıştıkları işverenlerinden alacakları söz konusu dönemlere ait vergi tevkifatı tutarlarına ilişkin bilgileri içeren bir belgeyi de vermeleri zorunludur.

6. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

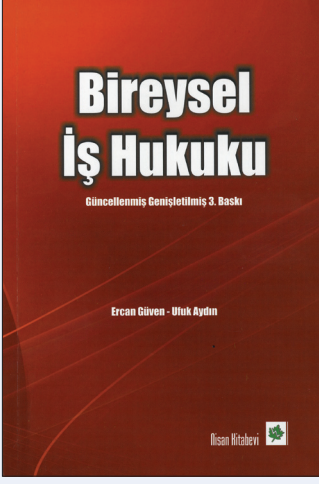
Davacı işçi işe başlatmama tazminatının ek- sik ödendiğini ileri sürerek eksik olan kısmın ödetilmesi yönünde talepte bulunmuş, dava- lı işveren hakların tam olarak ödendiğini ile- ri sürerek isteğin reddini savunmuştur. Yerel Mahkeme davacı işçinin talebini kabul etmiştir. Ancak, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'ne göre, iş- verence davacı adına ilgili vergi dairesine işe başlatmama tazminatıyla ilgili olarak gelir ver- gisi yatırılıp yatırılmadığının belirlenmesi önem kazanmaktadır. 16.06.2006 tarihinde yürürlüğe giren 5904 sayılı Yasa ile daha önce kesilen gelir vergisi tutarları vergi yükümlüsüne iade edilecektir. Olayımızda “vergi mükellefi” işçi, “vergi sorumlusu” ise işverendir. Söz konusu yasa uyarınca mükellef işçi adına vergi sorum- lusu işveren tarafından yatırılan gelir vergisi- ni ancak davacı işçi geri alabilecektir. Yasada, vergi sorumlusu olan davalı işverene, kaynakta kesinti yoluyla ödenen verginin iade edilme- sine dair bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Eğer gelir vergisi kaynakta kesilerek vergi da- iresine yatırılmışsa, işverenin mükerrer ödeme yapmaması açısından, işe başlatmama tazmina- tından vergi dairesine yatırılan tutar indirile- rek işverenin sorumluluğuna karar verilmelidir. İşverence işe başlatmama tazminatından gelir vergisi kesilmesine rağmen ilgili vergi dairesi- ne yatırılmamış olması halinde ise, yerel mah- kemenin vermiş olduğu karar doğrultusunda işlem yapılmalıdır. Yargıtayın, verginin ödenip ödenmemesine göre konuyu irdeleyip ulaştığı sonuç kanımızca doğrudur.

DİPNOTLAR

- 1 Akif ERGİNAY, Kamu Maliyesi, 17. Baskı, Savaş Yay., Anka- ra 2003, s. 39.
- 2 S. Ateş OKTAR, Vergi Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Gün- cellenmiş 4. Baskı, Türkmen Kitabevi, İstanbul 2009, s. 57.
- 3 OKTAR, s. 60.
- 4 Özhan ULUATAM, Örnekler, Belgeler ve Mahkeme Karar- larıyla Vergi Hukuku, Cilt 1, Genel Esaslar, 2. Baskı, Adım Yay., Ankara 1994, s. 93.
- 5 Mualla ÖNCEL/Ahmet KUMRULU/Nami ÇAĞAN, Vergi Hu- kuku, Gözden Geçirilmiş Değişiklikler İşlenmiş 15. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s. 75.
- 6 Kenan BULUTOĞLU, Türk Vergi Sistemi, 5. Baskı, İstan- bul 1976, s.17; M. Kamil MUTLUER, Vergi Genel Hukuku,

- İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., İstanbul 2005, s. 74; Sadık KIRBAŞ, Vergi Hukuku Temel Kavramlar, İlkeler ve Kurum- lar, Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, TESMER Yay: 28, Siyasal Kitabevi, Ankara 1999, s. 81; OKTAR, s. 62; ULUATAM, s. 96.
- 7 ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN, s.75.
- 8 OKTAR, s.57.
- 9 ULUATAM, s.96.
- 10 SABAN'ın, GVK m. 94'te vergi kesintisi yapmak zorunda olanların düzenlenmesi ile ilgili öncelikle gelirin niteliğinin belirlenmesi ve kurumsal bir tasnif yapılması gerektiği hak- kında eleştirisi için bkz. Nihal SABAN, Vergi Hukuku, 5. Baskı, Beta Yay., İstanbul 2009, s.114.
- 11 SABAN, s.114.
- 12 OKTAR, s. 61.
- 13 KIRBAŞ, s. 87; Mehmet ARSLAN, Vergi Hukuku, Güncelleş- tirilmiş 5.Baskı, Yaklaşım Yay., Ankara 2006, s. 66.
- 14 KIRBAŞ, s. 82; MUTLUER, s. 76-77.
- 15 OKTAR, s. 62.
- 16 MUTLUER, s. 75.
- 17 ULUATAM, s .96.
- 18 ARSLAN, s. 56.
- 19 KIRBAŞ, s.81.
- 20 ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN, s.80.
- 21 ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN, s.80.
- 22 ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN, s.80.
- 23 Yusuf KARAKOÇ, Genel Vergi Hukuku, Yetkin Yay., Anka- ra 2002, s.103.
- 24 ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN, s.81.
- 25 KARAKOÇ, s.104.
- 26 ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN, s.81: Danıştay 4. Daire E.1985/3253, K. 1986/343, 23.1.1986 (Danıştay Dergisi, S. 64-65, s.135); Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu 22.4.1994, E.1993/118, K.1994/195, 22.4.1994.
- 27 272 Seri Nolu Gelir Vergisi Genel Tebliği, RG. 12.08.2009, 27317.

YENİ YAYINLAR



Prof. Dr. Ercan Güven ve Prof. Dr. Ufuk Aydın tarafından hazırlanan “**Bireysel İş Hukuku**” adlı eserin genişletilmiş güncellenmiş 3. Baskısı Ekim 2010 tarihinde yayımlanmıştır.

Eserin ilk baskısı 2004 yılında 4857 sayılı İş Kanunu’nun henüz kabul edildiği dönemde, ikincisi ise 2007 yılında yapılmıştır. 2007 yılından bugüne kadar İş Kanunu’nun getirdiği kurum ve kurallar yerleşmeye, yargısal içtihatlar oluşmaya ve Kanun iş hukuku taraflarınca uygulanmaya başlamıştır. Uygulamada ortaya çıkan sorunların çözümünde yargı organları ciddi bir yükü başarıyla taşıyıp, iş hukuku içtihadının yerleşmesine katkıda bulunmuştur.

“Bireysel İş Hukuku” adlı eserde önceki baskılardaki çerçeve korunmuş olmakla birlikte bireysel iş hukuku teori ve uygulamasındaki gelişmelere yer verilmiş, ayrıca olabildiğince çok yargı kararına da değinilmiştir. Bunlarında dışında internet kaynakları da eserde yer almıştır.

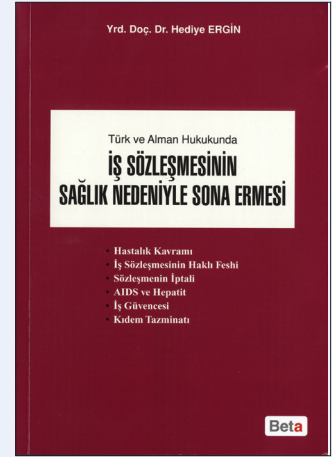
Altı bölümden oluşan eserin birinci bölümünde iş hukuku hakkında genel bilgiler, ikinci bölümünde İş Kanunu’nun uygulama alanı, üçüncü bölümünde iş sözleşmesi, dördüncü bölümünde iş sözleşmesinden doğan borçlar, beşinci bölümünde iş sözleşmesinin sona ermesi ve altıncı bölümünde ise iş sözleşmesinin sona ermesinin sonuçları ele alınmaktadır.

Yrd. Doç. Dr. Hediye Ergin tarafından hazırlanan “**Türk ve Alman Hukukunda İş Sözleşmesinin Sağlık Nedeniyle Sona Ermesi**” adlı, kaynak araştırmalarının bir bölümü Almanya Passau Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde hazırlanan eser, Ekim 2009 tarihinde yayımlanmıştır.

Eserde, eskiden beri çalışma hayatının önemli konularından biri olan işçinin sağlık sorunları ve buna bağlı olarak iş sözleşmelerinin sağlık sebebiyle sona ermesi işlenmiştir.

Sağlık sorunları işçinin hem davranışlarından hem de verimsizliğinden kaynaklanan geçerli fesih nedeni olabilmektedir. İş Kanunu’nun 18. maddesi kapsamında gerek kısa süren sık hastalanma, gerek uzun süren hastalık fesih için geçerli neden oluşturduğu gibi, işçinin hastalığı sırasındaki tutumu da davranışlardan kaynaklanan fesih nedeni olabilmektedir. İşçinin sağlık sorunları çerçevesinde haklı ve geçerli fesih nedenlerinin örtüştüğü durumlar ortaya çıkabilmekte; bu da ne zaman haklı feshin ne zaman geçerli feshin sözü konusu olacağına saptanmasında sorunlara yol açmaktadır. Kitapta sağlık nedenlerine ilişkin haklı-geçerli neden ayırımında kullanılan ölçütlere yer verilmiş, Türk ve Alman hukukunda yayımlanmış konuyla ilgili öğretici görüşlerinden ve yargı kararlarından yararlanılmıştır.

Sağlık sorunları kavramı geniş olarak incelenmiş, sağlık sorunu ve iş ilişkisine etkisi bakımından alkolizm ve uyuşturucu madde bağımlılığı, nikotin bağımlılığı, şans oyunu oynama bağımlılığı ve internet bağımlılığı gibi modern dünyanın güncel problemleri de iş ilişkisine etkileri bakımından ele alınmıştır.



Prof. Dr. Ercan AKYİĞİT

Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Alt İşverenlik İlişkisinde İdari Para Cezasından Sorumluluk

1. GİRİŞ

Bilindiği üzere alt işverenlik; aracı, taşeron, alt işveren gibi isimlerle anılarak 3008 sayılı ilk İş Yasamızdan bu yana hukuk sistemimizde mevcut olan ve zaman zaman lehinde ve aleyhinde çeşitli görüşler ileri sürülmüş bulunan bir kurumdur. Personel istihdamında dışsallık sağlayan yöntemlerden birisi olarak algılanan bu ilişkide bir işveren işlerinden bazılarını ve/veya kimi bölümleri kendi işçileri ve personeliyle yapmak yerine başka işverene vererek onun sorumluluğunda ve onun personeline yapılmasını sağlamaktadır. Ancak işi alıp da kendi işçileriyle yürüten kişi bundan bağımsız bir işveren sayılmakta ve işi alıp yaptığı yer de ayrı bir işyeri olarak benimsenmektedir. İşin asıl sahibi (asıl işveren) kendi işini başkasının işçileriyle yaptırma imkanına kavuşmakta ama bu işte çalışan işçilerin bu çalışma esnasında kazandıkları işçilik haklarından dolayı da işçiye karşı onun gerçek işvereni (alt işveren) ile birlikte sorumluluk taşımaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu sisteminde durum böyledir (İşK. 2/6-7).

Aslında aynı kurum biraz farklı olarak 5510 sayılı SSGSSK'da da düzenlenmiş ve orada da asıl işverenin yasanın işverene yüklediği yükümlerden dolayı ilgili sigortalı ve/veya hak sahipleri ile Kuruma (SGK) karşı birlikte sorumluluğundan söz edilmiştir (SSGSSK 12/son fıkra). Bunun hukuki sorumluluk bağlamında bir sıkıntısı yoktur ancak gerek İşK. (İşK. 98 vd.) ve gerekse 5510 sayılı SSGSSK (md. 102) işverene düşen kimi yükümlerin ihlali halinde idari para cezası biçiminde de olsa cezai sorumluluk hükümleri de içermektedir.

Her iki yasa bağlamında birlikte sorumluluğun alt işverenlik nedeniyle kesilecek idari para cezalarında da bulunup bulunmadığı dikkat çekmekte ve tartışmalara neden olmaktadır. İşte bu çalışmada, alt işverenlik ilişkisi bağlamında kesilen idari para cezalarından asıl ve alt işverenin sorumlu tutulup tutulamayacağı ve tutulduğundaysa bunun birlikte mi yoksa başka (bireysel) bir sorumluluk mu olduğu incelenmeye çalışılacaktır.

Yalnız, bunun için önce kısaca alt işverenlik

ilişkisi ve gerçekleşme koşulları ile geçersizliği hakkında bilgi sunmanın, konumuz itibariyle yararlı olacağı söylenebilir.

II. İŞ HUKUKUNDA ALT İŞVERENLİK KAVRAMI VE GERÇEKLEŞME KOŞULLARI

1. Kavram ve Tarihsel Gelişim

Özellikle 1970'lerden bu yana yaşanan sürekli ekonomik kriz ve değişen personel yönetimi ile gelişen teknoloji, yeni uzmanlık alanları yaratmak ve uzmanlaşmaya yönelmek bir yana personelde esneklik gereğini de ortaya çıkarmıştır. İşte ekonomik nedenler ve işverenlerin özel uzmanlık gerektiren alanlarda kendisine ait personel istihdamı yerine bunu başka ve uzman bir kuruluş eliyle yaptırma düşünceleri gibi işgücü maliyetlerini azaltma yahut sorunsuz ve genellikle ucuz, sürekli istihdam anlayışı onları böyle bir yola itmiş olabilir¹. İş başkasına vermenin temelinde genellikle eser sözleşmesi (BK 355 vd.) bulunursa da başka bir sözleşmeye (kira, taşıma gibi) dayanmasına da engel yoktur. Böyle bir ilişkinin değişik şekillerde karşımıza çıkması mümkündür. Öyle ki bir kimse kendisi işveren sıfatı taşımaksızın veya taşısa da o işle ilgili olmaksızın belli bir işin yapımını bir müteahhide götürü olarak vermiş olabilir. Örneğin kendi arsasına bina yapımı işinin bir müteahhide verilmesi böyledir. Buna alelaide eser sözleşmesi² veya müteahhitlik ilişkisi denilebilir. Fakat bazen, kendisi de o işle ilgili olarak orada işçi çalıştırırken asıl işin bir bölümünde veya işyerinin yardımcı işlerinde (çoğu kez eklentisinde) başka işverene iş alanın kendi işçileriyle yapılmak üzere götürü biçimde iş verebilir. Buna ise alt işveren ilişkisi denir³ ve özelliklerini aşağıda sunacağız. Bir diğer görünüm biçimindeyse bir müteahhit işin asıl sahibinden belli bir işi almakta ve fakat bunun tümünü kendisi işçileriyle yapmak yerine işi bölümlere ayırarak her bir bölümü bu kez kendisi başka müteahhitlere vermektedir. İşte bu sonuncu hal Alman Hukuku'nda "tali müteşebbis ilişkisi" (Subunternehmerverhältnis) diye anılmaktadır ve fakat yasada dü-

zenlenmiş değildir ve başta işçi ödünç verme olmak üzere çeşitli noktalarda sorunlarla karşılaşmaktadır⁴. Bu çerçevede tali müteşebbisten söz edebilmek için işin sahibi (ısmarlayan) ve ona karşı belli bir projeyi gerçekleştirmeyi taahhüt eden kişi olarak "asıl müteşebbis" (Hauptunternehmer/Generallunternehmer) ve bu asıl müteşebbisin yapmakla yükümlü olduğu projenin bir kısmını onunla yaptığı bir (genellikle eser sözleşmesi) sözleşme çerçevesinde kendi personeliyle yerine getirmeyi üstlenen bir başka müteşebbisin yani "tali müteşebbis (Subunternehmer)"in varlığı şarttır⁵. Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesine bakıldığında böyle bir müteşebbisin "taşeron" adıyla (BİGŞ 18/5; 33/3, 7, 9, 13, 39), kamu ihale mevzuatındaysa "alt yüklenici" diye anılarak (KİK 15, KİSK 7/d) bizde de mevcut olduğu görülür. Böyle bir hal bazen (üzerinde ayrıntılı duracağımız) bir alt işverenlik ilişkisi de oluşturabilir fakat alt işverenlik ilişkisinin oluşabilmesi için araya bir başka müteahhidin girmesi şart değildir. İş sahibinden eser sözleşmesi çerçevesinde aldığı işte kendi işçilerini çalıştıran müteahhidin durumu çeşitli uluslararası antlaşmalara da konu olmakta ve müteahhidin çalıştırdığı işçilere "istisna akdi işçisi" (Werkvertragsarbeitnehmer) denilmektedir. Bunun (yani istisna akdi ile iş almanın) da alt işverenlik teşkil etmesi kadar etmemesi de mümkündür. Bu konuya, değinen bir ikili anlaşmanın Türkiye ile F. Almanya arasında da bulunduğunu belirtelim⁶. Müteahhit eliyle iş yaptırma olgusuna değinen mevzuatımız olarak İşK. 2/6-9, 36 ve BİGŞ hükümleri yanında UÇÖ'nün 1949'da kabul edip ülkemizde de onaylanan "Bir Amme Makamı Tarafından Yapılan Mukavelelere Konulacak Çalışma Şartlarına Müteahhitlik 94 sy. Sözleşmesinin⁷ ve "Kamu Kuruluşlarınca Yaptırılacak İşlerde İşçilerin Çalışma Şartları ile İlgili Esaslar"⁸ bulunduğu söylenebilir. İşte tüm bu mevzuat dikkate alındığında, mevzuatta deyim birliğinin bulunmadığı, örneğin anılan kavramın mülga 506 sy. SGK'da "aracı" (SGK 87) ve 94 sayılı Sözleşmede taşeron (Söz. 1/3) diye anıldığı ve fakat (ondan ve 1475 sayılı İşK.'dan farklı olarak) 4857 sayılı İşK.'da (İşK. 2/6, 7 vd.) ve (5510 sy. GSSSK'da SSGSSK 11/8, 12/son fıkra) açıkça alt

işveren biçiminde adlandırıldığı görülür. Ancak bu iki yasadaki düzenlemenin birbirinden bazı farklılıkları olduğu da belirtilmelidir.

Aslında 3008 sayılı İşK.'dan beri⁹ hukuk sistemimizde yer bulan alt işveren olgusu 3008 sayılı İşK.'da "üçüncü şahıs" ve "aracı" biçiminde anılmış (3008 sy. İşK. 1/4), 1475 sayılı İşK.'da "diğer işveren" diye dile getirilmişti (1475 sayılı İşK. 1/son fıkra) ve fakat bu yasal düzenlemede hem birçok eleştiri noktalarının bulunduğu hem de çeşitli yönleriyle uygulamada işçilik haklarının dolanımı sonucu doğuran bir takım kötüye kullanmalara imkan verdiği görülmekteydi. Gerçi Yargıtay konuya ilişkin olarak verdiği kararlarında muvazaa (BK. 18) ve kanuna karşı hile vs. kurumlarından hareketle kötüye kullanım olgularının önüne set çekmeye çalışıyordu ve burada belli ölçüde başarılı ve istikrarlı bir tutum izlediği söylenebilirdi¹⁰. Ancak, anılan yargısal engellemenin de sürekli olacağı söylenemezdi. Oysa alt işverenlikle ilgili sorunlara kanunen çözüm getirmenin daha isabetli olacağı açıktı. İşte yeni İş Kanunu hazırlanırken Bilim Komisyonu (Bil. Kom. tas. md. 1/ç) ve Hükümet Taslağı'nda alt işverenlikle ilgili konular da ele alınarak açık düzenleme yoluna gidilmişti. Yasa Tasarısı TBMM'de ele alınırken çeşitli önergelerle kimi noktalarda değişiklikler yaşamış ve nihayetinde alt işveren ilişkisini eskisine nazaran biraz daha sıkı kayıtlara bağlayan ama (başarılı gözükmeyen anlatım tarzı yüzünden) eskisinden daha tartışmalı biçimde düzenleyen bir hüküm getirilmiştir (İşK. 2/6, 7)¹¹. Kimi aksaklıklar içerip çeşitli tartışmalara yol açan bu hükme 01.07.2006 tarih ve 5538 sy. Kanun ile 12.07.2006'dan itibaren iki yeni fıkra daha eklenerek kamu sektöründeki alt işverenlikte yaşanan bazı hukuka aykırı olgulara sanki prim verilmek istenmiş gibi gözüktüğü söylenmektedir. (İşK. 2/8, 9)¹². Gerçi bu yasal değişikliğin kamu kesiminde yaşanan alt işverenliklerde muvazaa konusunda özel kesime nazaran her hangi bir farklılığa yol açmadığı, bizce de isabetli olarak bizzat Yargıtay'ca da dile getirilmektedir¹³ ama bunun çeşitli noktalardan tartışıldığı görülmektedir ve biz de ileriki sayfalarda buna değineceğiz. Fakat alt işverenlikte yaşanan gelişmeler bununla sınırlı kal-

mamış, 26.05.2008'de 15.05.2008 tarih ve 5763 sy. Kanun'la işyerini bildirme yükümü getiren İşK.3'de değişikliğe gidilerek alt işverenlikle ilgili önemli hükümler getirilmiş ve ardından Alt İşverenlik Yönetmeliği adıyla bir de yönetmelik çıkarılarak yürürlüğe konmuştur¹⁴. Bu son değişiklikler incelendiğinde, getirilen değişikliklerin sadece işyerinin bildiriyle değil alt işverenliğin esasıyla da ilgili önemli açılımlara yol açabilecek nitelikte oldukları görülür. Fakat alt işverenlik kavramı İşK.2'de düzenlenirken, işin esasına da etkili bir hükme bu madde yerine, işyerinin bildiriyle ilgili 3'üncü maddede yer verilmesi manidardır. Üstelik İşK. 3 hükmünün sadece sürekli işlerde uygulanacağı (İşK.10/2) dikkate alınırca, süresiz işlerdeki alt işverenliğe de uygulanan İşK. 2/6 vd. hükmünden daha dar bir alanı kapsadığı söylenebilecektir¹⁵. Son bir gelişme olarak da Ağustos 2010'da ÇSGB tarafından sosyal taraflara sunulan İş Sağlığı ve İş Güvenliği Yasa Tasarısı Taslağı'nda yapılan ve İşK.'da değişiklik öneren hükümlerle alt işverenliğin tanımında ciddi değişikliğe yol açacak bir açılıma yer verildiği ve fakat kimi çevrelerden eleştiriler aldığı görülmektedir¹⁶.

2. Alt İşveren(lik) İlişkisi

Yukarıda değinilen yasanın ve yönetmeliğin ilgili hükümlerini dikkate aldığımızda alt işveren ilişkisi ve tarafları hakkında şunlar söylenebilir:

Kanunun bazen asıl işveren-alt işveren ilişkisi diye andığı (İşK. 2/6, 3; AİY 3 vd.) ve fakat bazen de bizim gibi alt işveren ilişkisi diye dile getirdiği alt işveren ilişkisi, kısaca asıl işverenle alt işveren arasında alt işverenlik sözleşmesiyle kurulan hukuki ilişki olarak anılabilir. Yasa bunu, "bir işverenden işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirildiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişki" biçiminde uzun bir tanıma bağlamıştır (İşK. 2/6).

AİY'deki hükümlerin birlikte değerlendirilmesinden de aynı sonuca varılabilir (AİY 3, 4).

Kısaca açılmak istenirse, alt işverenlik ilişkisinde yukarıda verdiğimiz tanımda, kendi yürüttüğü işin (asıl işin) bir bölümünü veya yardımcı işlerinde başka bir işverene işveren birisinin (asıl işveren) ve ondan bu alanda belli gerekçelerle iş alıp kendi işçileriyle bağımsız biçimde yapmayı üstlenen diğer bir işverenin (alt işveren) ve bunun sırf bu işe özgüleyerek çalıştırdığı işçiler'in (alt işveren işçileri) bulunduğu görülür. Dolayısıyla işin personel istihdamında esneklik içinde yaptırılmasını öngören üçlü bir ilişki yahut iş hukukuna ait bir üçlü ilişkinin (arbeitsrechtliche Drittbeziehung)¹⁷ varlığı göze çarpar.

Bu üçlü ilişki iş hukukuna ait diğer benzer üçlü ilişkilerden kimi yönleriyle farklılık taşımaktadır¹⁸.

3. Gerçekleşme Koşulları

Yasada net biçimde ifade edilmese de Alt İşverenlik Yönetmeliği alt işveren ilişkisinin doğumu için bazı koşulların varlığından söz etmektedir (AİY 4) ve öğretilerde de buna dair açıklamaların yapıldığı görülmektedir. İşte tüm bunlar dikkate alındığında, alt işverenlik ilişkisinin gerçekleşebilmesi için kısaca; kendisi de işçi (kamuda işçi dışı personel de olabilir) çalıştıran bir işveren bulunmalı, bir başkası bundan belli biçimde iş almalı, iş alan kişi daha önce bu işyerinde çalıştırılmamış olmalı, iş alan kişi bu işte çalıştırdığı işçilerini bu işe özgülemeli ve ilişkiyi geçersiz kılacak bir olgu bulunmamalı biçiminde sayabiliriz.

A. Kendisi de İşçi Çalıştıran Bir İşveren Bulunmalıdır

Alt işverenlik, asıl işverene nazaran anlaşılabilen bir kavram olduğundan, alt işverene işyerinde iş veren bir işverenin bulunması gerekir¹⁹. İşte buna asıl işveren adı verilir. Bir kimsenin asıl işveren sıfatını edinebilmesi için, alt işverene verdiği iş vesilesiyle işveren niteliği taşıması, kendi adına bu işyerinde geri kalan işlerde işçi çalıştırması gerekir. Hiç işveren sıfatı bulunmadan (örneğin bir memurun arsasına inşaat işini bir müteahhide vermesi) yahut alt işverene verdiği iş değil de başka bir iş vesilesiyle işveren sıfatı taşıyan (örneğin bir

fabrikatörün dokuma fabrikasına ek bina inşaat işini bir müteahhide vermesi gibi) kimsenin asıl işveren niteliği yoktur. Kısacası, asıl işverenin işveren sıfatının, bir kısmını alt işverene verdiği asıl işin geri kalan kısmında yahut alt işverenlik yardımcı işlerde yaşanıyorsa bunun dışındaki alanda kendi adına işçi çalıştırmadan kaynaklanması zorunludur²⁰. Nitekim yönetmeliğin "asıl işverenin işyerinde mal veya hizmet üretimi işlerinde çalışan kendi işçileri de bulunmalıdır" biçiminde dile getirdiği husus (AİY 4/a) budur. Yargıtay'ın 1475 sayılı İşK. dönemindeki uygulamasının da bu yönde olduğu ve yeni İşK. çerçevesinde de geçerlilik taşıdığı belirtilmelidir²¹. Gerçekten de işi anahtar teslimi verenin veya işi bölümlere ayırarak her bölümü bir başka müteahhide veren ve kendisi bu işte işçi çalıştırmayan kimsenin (iş sahibinin) asıl işveren olarak kabulü günümüzde de mümkün değildir²².

Ancak, bir kimsenin asıl işveren sayılabilmesi için, onun kamu veya özel kesim işvereni olması fark etmediği (AİY 3/ç) gibi²³, alt işveren(ler)e verdiği işlerin kalan kısmında çalıştırdığı işçilerin sayısı da ilke olarak önemli değildir. Fakat bazen, o işyerinin İşK.'na tabi olup olmaması bakımından (İşK. 4) sorun oluşturabilir²⁴. Yalnız, kamu kuruluşları bakımından, bir kimsenin asıl işveren sayılabilmesi için, alt işverene verdiği kısım dışında mutlaka kendi işçilerinin mi bulunması gerekeceği, yoksa işçisi olmasa da memur vs. sıfatla kendisine bağlı personel çalıştırmasının da mı yeteceği üzerinde durulabilir. Biz SSGSSK 12/1 ve 4/1-a, c hükümlerinden de destek olarak böyle bir ihtimalin bile asıl işverenlik için yetebileceğini düşünüyoruz²⁵. Çünkü, sırf kendisine bağlı işçi çalıştırmıyor diye kamudan iş alan müteahhidin işçilerini kamu kuruluşunun asıl işveren niteliğiyle birlikte sorumluluğundan dışlamak tatminkar gözükmez. Kaldı ki, zaten 5510 sayılı SSGSSK 12/1'de sosyal güvenlik bakımından işveren tanımlanırken işçi (md.4/1-a) veya işçilik dışı bir sıfatla (md. 4/1-c) gerçekleşen sigortalı çalıştırması gereğinden söz edilmiştir. Şimdi memur vs. gibi işçilik dışı bir nitelikte personel çalıştıran bir kamu kuruluşu 5510 sy.

Yasa bakımından işveren ve şartları varsa sosyal güvenlik hukuku bakımından asıl işveren sayılırken (SSGSSK 12/son), iş hukuku açısından asıl işveren niteliğinden yoksun olacağını söylemek isabetli görülemez kanısındayız²⁶.

Şüphesiz, asıl işveren-alt işveren ilişkisi İşK.'da yer aldığından, asıl işveren niteliğinin de İşK.'na tabi bir iş vesilesiyle edinilmesi gerekir. Yoksa örneğin BK'na yahut Basın İşK.'na tabi bir işte işçi çalıştıran bir işverenin bu işin bir kısmını alt işverene vermesi halinde 4857 sayılı İşK.'na tabi bir ilişkiden söz edilemez²⁷. Asıl (ve alt) işverenin alt işverene verdiği iş nedeniyle sahip olduğu işveren niteliğinin alt işveren ilişkisi kurulurken zorunlu olup, sonrasında hiç işçisi (veya kamu işvereniye hiç personeli) ve işverenlik sıfatı kalmasa da asıl işverenliğin devam edeceği ileri sürülmektedir²⁸ ama kamu kuruluşları dışında bunun tereddütlerle karşılanması gerekir. Böyle bir hal, muvazaalı alt işverenliklerin varlığına işaret edebileceği gibi, aslında ortada alt işverenliğin bulunmadığı sonucuna da götürülebilir inancındayız.

Yine değinilecek bir husus; bir kimsenin asıl işveren sayılabilmesi için işin asıl sahibi olmasının gerekmediğidir. Asıl işveren işin gerçek sahibi olabileceği (buzdolabı fabrikası sahibi (B)'nin işin bir bölümünü başkasına vermesi örneği) gibi işin asıl sahibinden işin tümünü veya bir kısmını alan ve bunun bir bölümünü bir alt müteahhide veren kimse de (geri kalan kısımda kendi işçilerini çalıştırıyorsa) asıl işveren kabul edilir. Borçlar Hukuku alanında alt istisna sözleşmesi veya taşeronluk sözleşmesi diye anılan²⁹ bu son olguda işin asıl sahibinin asıl işveren pozisyonu yoktur³⁰.

Yine önemli bir nokta; bir kimsenin asıl işveren sayılabilmesi için işyerini ve işçilerini (Bölge Md., SGK gibi) ilgili mercilere gereğince bildirmiş olması zorunlu değildir. Zira, o gerekli bildirimleri yapsa da yapmasa da, İşK.'na tabi bir faaliyette buldukları takdirde bildirim gününe bakılmaksızın ilgili yasaya tabi olurlar (İşK. 1/son). Kısacası anılan bildirim yükümü (İşK. 3) kurucu değil açıklayıcı bir niteliğe sahip olduğundan, ilgilinin asıl işveren (ve/veya alt işveren) sıfatı da öyle bir faaliyete fiilen geçmekle de kazanılmış olur³¹.

B. Bir Başkası Bu İşverenden Belli Nedenlerle İş Almalıdır

Alt işveren ilişkisinin bir diğer koşulu, yukarıda sunulan (asıl) işverenden başka bir kimsenin kendi adına ve kendi işçileriyle yapmak üzere, belli nedenlerle iş almasıdır. Yasanın “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 ...” diye değindiği (İşK. 2/6) bu kişi “alt işveren” diye anılır. Aynı yönde bir tanıma AİY'de de yer verilmiştir (AİY 3/a). O halde, İşK. açısından alt işveren ilişkisinin gerçekleşebilmesi için, alt işveren diye anılan bir kimsenin asıl işverenden yukarıda kısaca belirtilen özelliklere sahip iş alması gerekmektedir. Ancak önceki iş yasalarımızda (3008 sy. İşK. 1/4 ve 1475 sy. İşK. 1/son) ve halen yürürlükteki 5510 sayılı Yasa'daki alt işveren tanımında (SSGSSK 12/son fıkra), İşK.'daki aşağıda değinilecek özelliklerin aranmadığını belirtmeliyiz (ileride sosyal güvenlik hukukuyla ilgili kısımda konu hakkında ayrıntılı bilgi sunulmuştur).

1475 sy. İşK. döneminde asıl işverenden işinin herhangi bir kısmında veya işyerinin eklenmelerinde serbestçe iş alınabilirken, 4857 sayılı İşK.'nun bu keyfilik ve serbestlik sisteminden ayrıldığı görülmektedir³². Öyle ki, yeni yasa ve yönetmelik incelendiğinde, asıl işverenden alınacak işin ya “asıl işin bir bölümünde” veya “mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde”³³ olması gerektiği görülür. Asıl işin tamamının başkasına verilip kendisinin sadece yardımcı işlerde işverenliğini muhafaza ederek işçi çalıştırma halinde alt işverenliğin bulunmadığını düşünüyoruz. Böylesi hallerde işyerinin devri³⁴ veya muvazaadan söz etmek düşünülebilir. Zira yasa, asıl işte alt işverene iş vermenin sadece asıl işin bir bölümünde olabileceğini işaret etmektedir. Ancak yardımcı işlerden biri veya bir kısmı yahut tümünün alt işverene verilmesi mümkündür. Şüphesiz asıl iş, o işyerine/işletmeye gerçek karakterini veren teknik amaca (üretim) yönelik faaliyetir³⁵. Nitekim yönetmelikten evvel yaptığımız bu tanımın yö-

netmeliğe de yansdığı söylenebilir. Öyle ki, yönetmeliğe göre de asıl iş; mal veya hizmet üretiminin esasını oluşturan iş'tir (AİY 3/c). Örneğin bir buzdolabı fabrikasındaki asıl iş, buzdolabı üretimi; bir oteldeki asıl iş konuklarına konaklama vs. hizmetler sunumudur. PTT'nin posta dağıtım hizmeti de böyledir³⁶. İşte işyerine gerçek karakterini veren bu işin içinde yer alan ve tek başına bile yapılabilir nitelik taşıyan prosedür alanına ise "asıl işin bölümü" (bölümleri) denilebilir³⁷. Eğer asıl iş zaten tek bir süreçten ibaret olup da bu yüzden üretim bütünlüğünü bozmadan bölünemiyorsa, bunun parçalanarak alt işverene verilmesinden söz edilemez. Zira yasanın amacı; işyerinin asıl/genel üretim prosedürünü bozmadan, bağımsız yürütülebilecek birimlerinde alt işverenlere iş verilip geri kalanında asıl işverenin üretimi sürdürebilmesidir. Yoksa, asıl işin az çok bağımsız yürütülebilir süreçlere ayıramadığı hallerde bunun keyfi bölümü yoluyla alt işverenlik oluşturulamaz³⁸. Buradaki bağımsızlık, asıl işin (geri kalan kısımlar anlamını kaybetmeden) bölünebilirliğine ve ayrı bir işverence yürütülebilirliğine yöneliktir. Yoksa, alt işverene verilen iş de asıl işin bir bölümü olduğuna göre, asıl iş ile zorunlu bağlantısı kendiliğinden anlaşılır. Asıl işle ilgisiz bir faaliyeti onun bir bölümü saymak düşünülemez³⁹.

Asıl işin bir bölümünde alt işverene iş verilebilmesi için yasa önemli ve fakat ne anlama geldiği pek de anlaşılamayan tartışmalı bir özellik aramaktadır. Öyle ki, yasa asıl işin bir bölümünde iş alınabilmesi "işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde" mümkün görmekte (İşK. 2/6) ve bunu bir başka fıkrada "işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez." diyerek tekrarlayıp vurgulamaktadır (İşK. 2/7). Aynı yönde hükümlere Alt İşverenlik Yönetmeliği'nde de rastlanmaktadır (AİY 3-5, 10 vd.). Belirtilsin ki böyle bir hüküm Bilim Komisyonunca hazırlanan Tasarıda mevcut değildir. Hükümet Taslağında ise (asıl işin bir bölümünde veya yardımcı işlerde) "işin gereği ve teknolojik nedenlerle" iş almaktan söz edilmiş (Tas. 2/6) ve "işin gereği ve

teknolojik nedenler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez." denmişti (Tas. 2/7). Görüldüğü gibi Hükümet Tasarısı asıl işin "işin gereği ve teknolojik nedenlerle" bölünüp alt işverene verilebileceğini belirtmekte ve fakat "işletmenin gereği"nden ve "uzmanlık"tan bahsetmiyordu. Bunlar, yasa tasarısının ilgili maddesinin TBMM'de ikinci kez görüşülmesi sırasında maddeye eklenerek yasalaşmıştır. Anılan hüküm maddeye eklenirken "işletmenin gereği, teknolojik nedenlerin yanında, bunların uzmanlıkla bağlantısı kurulmuştur ve bu kısıtlama taşeronla ilgili olarak bugüne kadar yapılmış düzenlemelerin ötesindeki bir düzenlemedir." biçiminde gerekçelendirilmiştir⁴⁰.

Gerçekten de anılan hüküm, 1475 sayılı İşK. dönemindeki keyfi alt işverenliğe sınır çizmek amacıyla getirilmiştir⁴¹. Ancak, bunda ne ölçüde başarılı olunduğu tartışmaya açıktır. Zira hükmün Türkçe açısından pek de başarılı olduğu söylenemeyecek kaleme alınış tarzı, ona verilecek anlamın/içeriğin ne olacağı konusunda tartışmalara yol açmıştır.

Öyle ki; bu konuda savunulan bir anlayışa göre, asıl işin bir bölümünde geçerli bir alt işverenliğin oluşabilmesi ancak "işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde" mümkündür. Buradaki cümle bir bütün olarak algılanmalı ve sadece işletme gereği yahut sadece işin gereği veya yalnızca teknolojik uzmanlık nedeniyle asıl işin bir bölümü alt işverene verilememelidir⁴². Pek başarılı olmasa da, yasada kullanılan "ve" ile "ile" bağlacı bunun bütünlük içinde anlaşılmasını gerektirir⁴³. Çünkü, yasada açıkça "işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez." denilmektedir. Maddenin amacı da dikkate alınırca bu ifadede yer alan "ile" sözcüğünü "olarak" biçiminde değerlendirmeli ve böylece asıl işin bölünerek alt işverene verilebilmesi için, bunun "işletmenin ve işin gereği olarak teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş" olması gerekir⁴⁴. Nitekim Yargıtay'a göre de "anılan düzenlemede baskın öge, teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerdir. Başka bir anlatımla, işletmenin ve işin gereği, ancak teknolojik nedenler var

ise göz önünde tutulur. Dolayısıyla, söz konusu hükümdeki şartlar gerçekleşmeden asıl işin bölünerek alt işverene verilmesi halinde, asıl işveren-alt işveren ilişkisi geçersiz olacak(tır) ...”⁴⁵.

Oysa aynı düşünceye dahil diğer yazarlar da madde metninde yer alan “ile” sözcüğünün “olarak” anlaşılması yönünde bir eğilimin bulunmadığı söylenebilir.

Konuyla ilgili ve bir kararında Yargıtay’ın da katıldığı görülen⁴⁶ bir başka anlayışa göre ise; asıl işin bir bölümünde alt işverenliğin gerçekleşebilmesi için, ona “işletmenin ve işin gereği” veya “teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde” iş verilmesi gerekir. Yani madde-deki ifadenin bir bütün olarak değil yukarıda dile getirilen 2 ayrı hal olarak algılanması gerekir. Bu anlayış yasal metindeki “ile” bağlacını “veya” olarak anlama taraftarıdır⁴⁷. Buna göre, asıl işin bir bölümünün işletme ve işin gereği olarak alt işverene verilebilmesinin aslında maliyet ve kalite kavramlarını öne çıkardığı ve böylece maliyetlerin (işgücü maliyetinin de) düşürülmesinin işletme ve işin gereği olduğu söylenebilecektir. İşletme ve işin gereği vermede uzmanlık aranmaz. Uzmanlık sadece teknolojik nedenlerle iş verildiğinde aranır. Örneğin işyerindeki bilgisayar sisteminin yürütülmesi işin uzman bir kuruluşa verilmesi, teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir işin alt işverene verilebilmesinin tipik bir örneğidir⁴⁸. Fakat genel olarak herhangi bir işyerindeki bilgisayar sisteminin işletiminin o işletmenin asıl işi mi olduğu sorusu zihinleri bulandırabilir.

Diğer bir düşünce ise, yasal düzenlemenin asıl işin bir bölümünde alt işverene iş verilebilmesini “uzmanlık” koşuluna bağladığı ve fakat bu uzmanlığın “işletmenin ve işin gereği uzmanlık” ile “teknolojik nedene bağlı uzmanlık” biçiminde anlaşılacağı yönündedir. O halde asıl işin bir bölümü “işletmenin ve işin gereği uzmanlık gerektiren işler” söz konusu olduğunda alt işverene verilebileceği gibi “teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler” de alt işverene verilebilecektir⁴⁹. Bu anlayış, asıl işin bir bölümünde sadece uzmanlık gereği alt işverenliğin oluşabileceğini kabullenirken, uzmanlık olmadan da işletmenin ve işin gereği

alt işverenliği dışlamaktadır. Ancak, uzmanlığı 2 ayrı uzmanlık şeklinde ele alan açılımıyla da ilk anlayıştan (bütünlük düşüncesinden) ayrılmakta ve böylece ortalama bir çözüm niteliği taşımaktadır, denilebilir. Fakat bu görüş açısından da teknolojik nedene bağlı uzmanlık pek problem oluşturmayacaksa da “işletmenin ve işin gereği uzmanlık”ın ne anlama geldiğini saptamak sanıldığı kadar kolay olmayacak gibi gözükmektedir.

Son bir anlayış ise asıl işin bir bölümündeki alt işverenliğin “işletmenin gereği” yahut “işin gereği” veya “teknolojik nedenlerle uzmanlık” gereklerinden herhangi biriyle olacağı yönündedir⁵⁰. Fakat bir başka eğilimde ise, teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerin alt işverene verilemeyeceği dile getirilmektedir⁵¹. Bunun doğal uzantısı, herhalde, asıl işin teknolojik uzmanlık gerekçesiyle alt işverene verilemeyeceğidir. ÇSGB’da İŞİG Kanun Tasarısı Taslağı’nda Ağustos 2010’da değişiklik önererek, bu hükümden dönüş sinyalleri vermiştir (İŞİG Tas. Taslağı md.28). Gerçekten de bakanlık getirdiği bir hükümlerle (md. 28) alt işverenlikle ilgili İşK. 2/6 hükmünün yürürlükten kaldırmak istemekte ve bunun yerine “veya asıl işin bir bölümünde işin gereği veya teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan”dan söz ederek, asıl işin bir bölümünde alt işverenlik için artık yukarıda dile getirilen üç olgunun birlikte aranmasından vazgeçmektedir. Fakat bu tutum, asıl işlerde alt işverenliği istisnadan kurula çevireceği, sistemde köklü ama işçiler aleyhine bir değişiklik olarak algılanıp eleştiriyi karşılanmıştır⁵². Gerçekten de anılan değişiklik, asıl işlerdeki alt işverenliğin “işin gereği” veya “teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme” biçiminde iki ayrı şekilde gerçekleşmesine ve doğal olarak da uygulamada yaygınlaşmasına neden olabilecek gözükmektedir. Ama bu değişiklik önerisinin bile bu haliyle istenileni veremeyeceğini söyleyebiliriz. Zira İŞİG Tas. Taslağı sadece İşK. 2/6 hükmünü yürürlükten kaldırmakta ve fakat aynı anlamda olarak İşK. 2/7’de yer alan düzenlemeyi kaldırmayı unutmuştur⁵³. Hal böyle olunca, anılan değişiklik önerisinin, mevcut tartışmalara son vermek bir yana, ya-

nına yenilerini ekleyeceğini söylemek münecimlik olmasa gerektir.

Bu alanda yaşananları böylece sunduktan sonra mevcut duruma geldiğimizde; yukarıda da belirtildiği üzere, mevcut yasal düzenleme çerçevesinde bize de isabetli geleni; asıl işin bir bölümünün ancak işyeri ve işletme gereği olarak teknolojik uzmanlık gerekçesiyle (olgularının tümü birden gerçekleşince) alt işverene verilebileceği, aksi halde alt işverenliğin geçersiz olacağıdır. Yargıtay'ın da bu yönde kararları olduğu tekraren belirtilmelidir⁵⁴. Bu tartışmalardan sonra çıkarılan AİY'de yukarıda belirtildiği üzere bu anlayışı yansıtır bir ifadeye sahiptir (AİY 11/3). Gerçekten de anılan hükme göre, "asıl iş, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektirmesi şartlarının birlikte gerçekleşmesi halinde bölünerek alt işverene verilir." (AİY 11/3). Hatta yönetmelik daha da ileri giderek işletmenin ve işin gereği ile

Fakat maalesef, bilhassa belediyeler dahil kamu kurum ve kuruluşlarında yaşanan çoğu olaylarda, yukarıda değinilen işyerine ve işletmeye ait gerekler ile teknolojik uzmanlık koşulu gerçekleşmeden anılan işlerin alt işverenlere verildiği sonucu ortaya çıkmaktadır. Ayrıca kimi isabetsiz yargı kararlarında, genel olarak kamu kurumlarının hizmet alımı sözleşmeleri çerçevesinde bir yasa hükmünün adeta bir idarî birimce yapılan düzenlemeyle dahi kaldırılacağı sonucuna meyledilmiştir⁵⁵. Gerçi bir kararında Yargıtay, belediyelerin asli işi olan temizlik işini alt işverene veremeyeceğine işaret etmişti⁵⁶. Bunda belki de, 5272 sy. BeldK.'nun belediyelerin temizlik dahil yasada sayılan işlerini bir başkasına ancak geçici bir süre için vererek yaptırabileceğini öngören hükmünün (md. 67)'de etken olduğu söylenebilirdi. Fakat daha sonra verilen bazı Yargıtay kararlarında da belediyeler için, onların asıl işlerinin bir bö-

Gerek asıl işin ve bölümünün ve gerekse de yardımcı işin, her bir asıl işverenin faaliyet alanına göre değişebileceği gözden ırak tutulmamalıdır.

teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren işin ne olduğunu da tanımlamaktadır. Buna göre, işletmenin 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 iş"tir (AİY 11/1). Kanımca bu tanım, anılan nedenlerle uzmanlığı dar bir alana özgüleyip, ilgili işletmenin/işyerinin uzmanlığı dışında bir alana yönelmiştir. Oysa bir işletmedeki asıl iş ve bölümleri genelde o işletmenin derecesi tartışılrsa da uzmanlık taşıdığı bir alan olarak karşımıza çıkar. Belirtilecek önemli bir husus, yasadaki şartların (anlatımı isabetli olmasa da) özel/kamusal ve bildirim yükümü olan olmayan bütün alt işverenliklerde uygulanacağıdır. Zira, asıl işin bir bölümünde alt işverene iş vermenin gerçekleşme koşulları konusunda, yasadaki asıl işverenin kamu ya da özel kesim işvereni olduğuna bakılmamıştır.

lümünü (örneğin temizlik işini) işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme koşulu aranmadan yasa gereği alt işverene geçerli biçimde verebileceği, zira 5393 sy. BeldK. md.67'de İşK.2'ye yasal bir istisna getirildiği kabul edilmiştir⁵⁷. Bunun isabetsizliği açıktır. Gerçekten de bu tutumu haklı görmek mümkün gözükmemektedir. Çünkü; alt işverenliği düzenleyen İşK. hükümlerinde böyle bir ayırım yapılmadığı gibi, 5393 sayılı Belediyeler Kanunu md.67'deki hükümden de belediyeler alt işverene iş vererek iş yaptırma yoluna giderlerse, asıl işin bir bölümünün alt işverene verilebilmesi için İşK.'nun aradığı "işletme ve işyerine ait gerekler ile teknolojik uzmanlık gerektirme" koşulundan belediyelerin muaf tutulduğu sonucuna götürecektir bir emare çıkarmak mümkün gözükmemektedir. Bizce, 5393 sy. Kanun'un getirdiği şey, Yargıtay'ın "belediyeler asıl işini alt işverene veremeyip mutlaka

kendisi yerine getirmelidir.” biçimindeki yanlış anlayışını ortadan kaldırmaya matuftur. Yani bizce, 5393 sy. Kanun md. 67’de sadece, “belediyeler anılan hizmetleri isterlerse bizzat kendi elemanlarıyla kendileri sunabilir ve isterlerse de başkalarına (alt işverenlere) vererek onlar tarafından sağlanması yoluna gidebilirler.” anlamında bir düzenleme getirilmiştir. Buna amacını aşan bir anlam vermek, isabetli değildir. Nitekim daha önceki bir kararında, açıkça, taşıma işinin belediyelerin asıl işi olduğu ve bunu ancak İŞK. 2/6’da aranan koşulların gerçekleşmesi halinde alt işverene verebileceği belirtilmişti⁵⁸. Keza bir başka kararda belediyelerin asıl işlerini alt işverenlere vermesinde “genel muvazaa hükümleri”nin sınır oluşturduğu ve bunun dışında bir sınırlama olmadığı dile getirilmişti⁵⁹. Fakat bununla anılan işlerin alt işverene İŞK. 2/6 vd.’deki koşullar aranmadan verileceği değil, sanki “hiç alt işverene verilemez” biçimindeki yerel mahkeme (ve Yargıtay’ın 5272 sayılı BeldK. dönemindeki) anlayışından farklı olarak, “bu işler de alt işverene verilebilir” denmiş gibi görünüyordu. Oysa 09.06.2008-40942/14420 ve 21.01.2010-41520/669 sayılı Kararlarında bu tereddüt giderilerek açıkça İŞK. 2’ye istisna getirildiğinden söz edilmiştir. Bu anlayışı haklı kılacak bir ifadenin Yasada yer almadığını ve bu tutuma katılmadığımızı bir kez daha vurgulayalım.

Alt işverenlik ilişkisi bakımından “asıl işin bir bölümü” ile “yardımcı iş”in ne olduğunun bilinmesi de önemlidir. Ancak yasa bunları tanımlamamıştır. Bununla birlikte gerek asıl işin ve bölümünün ve gerekse de yardımcı işin, her bir asıl işverenin faaliyet alanına göre değişebileceği gözden ırak tutulmamalıdır⁶⁰. Bununla birlikte asıl iş, o işyerine/işletmeye gerçek karakterini veren üretim biçimidir, denilebilir. Nitekim Yasadan sonra çıkarılan Alt İşverenlik Yönetmeliği de asıl işi “mal veya hizmet üretiminin esasını oluşturan iş” biçiminde tanımlamaktadır (AİY 3/c). Bunun bir bölümü ise; üretim sürecinde yer alan ve ayrıldığında bağımsız bir şekilde işlevini sürdürebilen birim olarak algılanabilir⁶¹.

Yardımcı işlere gelince; “yardımcı iş”in ne olduğu da yasada düzenlenmiş değildir ama

Kanun Tasarısı TBMM’de görüşülürken alt işverenle ilgili maddeye ilişkin verilen değişiklik önergesinin gerekçesinde örneklerle bu kavrama açıklık getirilmiştir. Bu gerekçeye göre yardımcı işler; “... doğrudan üretim organizasyonu içerisinde yer almayan yükleme, boşaltma, temizlik, yemek hizmetleri, odacılık ve çay hizmetleri, personel taşıma, güvenlik, teknik bakım gibi işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin (yardımcı işler...)”dir. Öğretide de kavramı böyle anlayanlar bulunduğu gibi bunun yetersizliğini dile getirenler de vardır. Öyle ki, bir anlayışa göre, asıl iş-yardımcı iş kavramı belirlenirken o işin doğrudan üretim organizasyonu içinde yer alıp almadığı ölçüt olarak alınabilecektir⁶². Keza bir işin yardımcı iş sayılıp sayılmamasında “işin devamlılık arz edip etmediği, çok kısa süreli bir iş olup olmadığı” da ölçüt olarak düşünülebilecektir. Bu bağlamda üretim yapan bir fabrikanın yemek veya temizlik işi (hijyen ve verim gibi nedenlerle) asıl işi ne derece tamamlayıp asıl işin yapım sürecine ne ölçüde katkıda bulunuyor ve bunun sonucu olarak yardımcı iş sayılıyorsa, bir çatı onarım işi de (çatısı akan bir binada üretim yapılamayacağına göre) yardımcı iş sayılmalıdır⁶³. Kişisel düşüncemiz, bu eğilimin yardımcı iş kavramını oldukça geniş tuttuğu yönündedir⁶⁴. Nitekim İŞK. 2’nin gerekçesinde de ek bina işinin veya bina onarımı işinin verilmesi halinde alt işverenliğin oluşmayacağı dile getirilmektedir. Alt İşverenlik Yönetmeliğine göre ise; “yardımcı iş; 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”i anlatır (AİY 3/g). Kanımca yardımcı iş, ilgili asıl işverenin gerçek üretim sürecinde yer almayan ama onu ve onda çalışan personelin kimi ihtiyaçlarının tatminini hedefleyen, asıl işle bağlantılı, yan-destekleyici nitelikteki faaliyetlerdir. Bunun alt işverene verilebilmesi için, işletme ve işin gereği yahut teknolojik uzmanlık gerektirmesi gibi koşulların aranmayacağını belirtmeliyiz⁶⁵.

Alt işverene verilen işin 30 işgününden az veya çok sürmesi de bu ilişkinin oluşumu veya

İşK.'na tabiliği açısından herhangi bir role salıp değildir. Bu durum 1475 sayılı İşK. döneminde de böyleydi⁶⁶. Yeni İşK. çerçevesinde de böyledir. Zira ilgili maddeden (İşK. 10) iş süreksiz olsa bile bunda İşK.'na tabi alt işverenliğin (İşK. 2) gerçekleşeceği anlaşılmaktadır. Yani 30 işgününü aşmayan işlerdeki alt işverenlik yasanın uygulanma alanından dışlanmamıştır. İşin 30 işgününü aşmamasının (belki de yasanın gözden kaçırması sonucu ortaya çıkan) bir önemli yanı, alt işverene işyerini bildirim yükümü getiren hükmün (İşK. 3/2) süreksiz işlerde uygulanmayacağına belirtilmesidir (İşK. 10/2). AİY de yasayla paralel kural getirmiş olup, yazılı alt işverenlik sözleşmesi ve bu sözleşme ve ekleriyle birlikte bildirim yükümü süreksiz işlerdeki alt işverenlikte uygulanamayacaktır. Hatta aynı şey Yönetmelikte sayılan diğer kimi şartlar ve muvazaa diye gösterilen hallerde de geçerlidir. Böylece anılan Yönetmeliğin bir isabetsiz yanı daha ortaya çıkmaktadır⁶⁷. Aslında gerek İşK. 3'de ve gerekse buna bağlı olarak getirilen düzenlemelerin bu maddede değil, İşK. 2'de ve uygun bir içerikte yapılması gerekirdi. Bu yola gidilmeyince böylesi aksaklıkların yaşanması doğaldır.

Alt işverene verilen işte alt işveren işçileri yanında asıl işveren işçilerinin de çalışmasının mümkün olup olmadığı da önemli bir konudur fakat öğretilerde tartışmalıdır.

Bu konudaki bir anlayışa göre, (asıl işin bir bölümü-yardımcı iş ayırımı yapılmadan) alt işverene verilen işte artık asıl işverenin işçilerinin çalıştırılmaması alt işverenlik için zorunlu bir unsurdur. Aksi halde alt işverenlik oluşmaz⁶⁸. Diğer bir düşüncede ise, alt işverene asıl işin bir bölümünde iş verildiği hallerde bu işte alt işveren işçileri yanında asıl işverenin işçilerinin de çalıştırılması mümkün değildir⁶⁹. 4857 sayılı İş Kanunu olmak üzere hazırlanan Hükümet Taslağının ilgili madde gerekçesinde de bu anlayışla paralel olarak şöyle denilmektedir; "... bir işyerinde asıl işveren-alt işveren ilişkisinin doğumu için, asıl işin bir bölümünde iş alınmasının anlamının, aynı bölümde asıl işverenin artık işçi çalıştırmayacağı, işçilerin bölünme suretiyle bir kısmının asıl işverence diğer kısmınınsa alt işverence yürütülmesine madde

düzenlemelerinin imkan vermediği konusunun da göz önünde tutulmasıdır." (Hük. Ts. md.2 gerekçesi)⁷⁰

Ancak öğretilerde, anılan gerekçenin böyle bir sonucu sağlamaya yetmeyeceği, zira yasada bu anlama gelecek bir ifadenin kullanılmadığı da belirtilmektedir. Bu anlayışa göre, maddede sadece asıl işin bir bölümünde iş almaktan söz edilmiş, o bölümde artık hiç asıl işveren işçisi çalıştırılmayacağından söz edilmediği gibi, yorum yoluyla da böyle bir sonuca varılması mümkün değildir⁷¹.

Aslında yasa metnini incelediğimizde, gerçekten böylesi bir olgunun açıkça yasaklandığı söylenemez. Fakat asıl işin bir bölümünün ancak işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle "uzmanlık gerektiren işlerde" alt işverene verilebileceğinden söz eden metnin (İşK. 2/6, 7) madde gerekçesiyle birlikte değerlendirilmesi bizi belli bir noktaya götürebilir. Zira, madem ki bu iş uzmanlık nedeniyle yani asıl işverenin bu konuda uzmanlığı bulunmadığı gerekçesiyle verilmektedir, o halde işi alan uzman kuruluşun bunu kendi uzman elemanlarıyla yapmasını beklemek doğaldır. Eğer asıl işverenin elinde bu işi yapabilecek yeterliğe sahip uzman elemanlar varsa, bu işin alt işverene gerçekten uzmanlık nedeniyle verildiği söylenebilir mi? Bu yüzden, biz, asıl işin bir bölümünün alt işverene bırakıldığı hallerde artık bu işte asıl işverenin işçilerinin çalıştırılmamasının uygun düşeceği kanısındayız. Aksi halde anılan işçiler de sözde alt işverenin değil asıl işverenin işçisi sayılırlar⁷². Ama bunun, asıl işverenin elemanlarınca işin gidişatının kontrolünü engellemeyecek bir içerikte uygulanması beklenir. Nitekim Yönetmelikte alt işverene verilen işte asıl işveren adına koordinasyon ve denetimle görevli asıl işveren işçilerinin çalışabileceği ve bunun yasak görülmediği anlamında bir hükme yer verilmiştir (AİY 12/e).

Buna karşın alt işverene yardımcı işlerde iş verildiği hallerde, bunun için uzmanlık koşulu öngörülmediğinden, alt işveren işçileri yanında asıl işverenin işçilerinin de çalıştırılması mümkündür. Örneğin işyerinin yemek işini alt işverene veren asıl işveren burada alt işveren elemanlarıyla birlikte (aşçı, garson gibi) kendi

işçilerini de çalıştırabilir. Yasada bunu engelleyebilecek en ufak bir emare dahi gözükmemektedir⁷³.

Alt işverenlik bakımından önemli bir husus; alt işverenin asıl işverenden aldığı işin tümünü veya bir kısmını başka bir işverene verip veremeyeceğidir. 1475 sayılı İş Kanunu döneminde, bir alt işverenin aldığı işi bölerek başka alt işverenlere verebileceği (yani zincirleme alt işverenlik) kabul ediliyordu⁷⁴. Ancak, yeni İş Kanunu bakımından durumun değişik ihtimaller içinde ele alınmasında yarar vardır.

1. Asıl işverenden işi alan (ilk) alt işveren henüz alt işverenlik devam ederken, kendisi ilişkiden çıkacak biçimde asıl işverenin de rızasıyla işin tümünü bir başkasına devrediyorsa, ortada zincirleme değil yine tek bir alt işverenlik bulunur. Deyim yerindeyse, böyle bir durumda alt işverenlik konumunun devri söz konusudur ve sözleşmenin devri kurumu açıkça düzenlenmediğinden, işyerinin devriyle ilgili kurallara (İşK. 6) tabidir. İşK' da ve AİY'de Yönetmelikte bunu engelleyen bir kuralın bulunmadığını düşünüyoruz. Ancak böyle bir devrin geçerlilik taşıyabilmesi için, asıl ve mevcut alt işveren ile devralacak kişinin devre yönelik rızasının varlığı ve devralan kişinin yine Yasaca alt işverenlik bakımından aranan özellikleri (İşK. 2/6-7) taşıması şarttır. Yani hem alt işverenlik hangi işte yaşanırsa yaşansın asıl işverenin buna rızası şarttır, hem de asıl işin bir bölümündeki bir alt işverenliğin devri varsa, kanunen aranan uzmanlık vs. şartlarının bulunması gerekir. Yoksa, gerçekten uzmanlık koşulunu sağlayan bir alt işverene verilen işin daha sonra böyle devir yoluyla hiç de uzman vs. olmayan birisine devrine imkan tanınmış olur ki, böyle bir şey kanuna karşı hile ihtimallerini artırır. Buna karşın yardımcı işlerde alınan bir alt işverenliğin devrinde taraflar (devreden-devralan ve asıl işveren) razı olduğu takdirde, uzmanlık vs. aranmadan alt işveren konumunun devrinin (yasal koşullara uymak kaydıyla) pekala mümkün olduğunu düşünüyoruz⁷⁵. Kamu işyerlerindeki bilhassa hizmet alımı sözleşmelerinin işi alan alt işveren (yüklenici) tarafından bir başkasına (başka yükleniciye) devri ise yasal sistemde mümkün görülmektedir (KİSK 16, 94 sy. Söz.

1/3). Fakat bunun için, hem devri gerektiren zorunlu bir hal olmalı ve ihale yetkilisinin yazılı izninin bulunması ve hem de devir alacaklarda ilk ihaledeki şartların bulunması gerekir (KİSK 16, DİK. 66). Ayrıca, devreden kişi devirden itibaren 3 yıl içinde bir daha sözleşme devredermez ve devralamaz (KİSK 16 ile krş. DİK 66). Hizmet alımı sözleşmesinin alt işverenlik oluşturduğu hallerde de bunun geçerli olacağı düşünülür. Devralanda ihaleyi alan ilk alt işverende koşulların aranması isabetlidir ve bilhassa asıl işin bir bölümünün hizmet alımına konu edildiği hallerde alt işverenliğin geçersizliğini önler. Fakat ihale makamından yazılı izin alınmadan devir olgusunun ihale makamını bağlamaması gerekir. Bu yüzden olsa gerek, yasa izinsiz devredilen sözleşmelerin feshinden söz etmektedir (KİSK 16/son cümle). Burada (olay alt işverenlikse) tümüyle alt işverenliğin devri dile getirilmiş gözükmemektedir, denilebilir.

2. Alt işverenler arası işyeri (belki doğrusu alt işverenlik konumunun) devrinin tarafların açıkça anlaşmaları halinde sorunsuz biçimde yaşanabileceği açıktır ama genel olarak örtülü devrin oluşup oluşmayacağı ve alt işverenler sürekli değiştiği halde işçilerin belirli süreli gösterilen sözleşmelerle hatta bazen hiç böyle bir sözleşme de düzenlenmeden aynı yerde ve aynı şekilde çalışmasını sürdürdüğü hallerin alt işverenler arası örtülü biçimde işyeri devri mi sayılacağı problemleriyle karşılaşmaktadır. Bu noktada denebilir ki; olay değerlendirilirken, işyerinin ve/veya iş ilişkisinin devri ve fesih gibi iş hukuku kurumları yanında, alt işverenliği de kapsayan iş hukukuna ait üçlü ilişkilerde işçinin tek işverene bağlı çalıştığı normal-ikili iş ilişkisindekinden daha kötü konuma konulamayacağı yönündeki espriyi de dikkate almak gerekir. Dolayısıyla, bulunacak çözümün bir yandan işletmelerdeki personel esnekliğine engel olmaması ve diğer yandansa ilgili işçileri anlamsız hak kayıplarıyla karşı karşıya bırakmaması gerekir.

İşte bu anlamda;

a. Yasal biçimdeki alt işverenliği bir şekilde sona eren mevcut alt işveren, yeni ihaleyi almayınca işçilerini de alarak oradan ayrılıyorsa, orasını yeni alan kişiyle ikisi arasında bir işyeri

devrinden ve işçilerinin iş ilişkilerinin yeni alt işverene devrinden söz etmek uygun düşmez. Fakat istenirse, henüz kendi alt işverenliği sona ermeden, açıkça böyle bir devir yoluna gitmeleri de mümkündür. Bu durumda hem işyeri ve hem de isimleri sözleşmede belirtilen işçilerin iş ilişkilerinin yeni alt işverene devredildiği; isimleri listede yer almayan ve işverenlerince başka yerde çalıştırılmak için bildirimde bulunmayan işçilerin sözleşmelerinin ise mevcut alt işverence feshedildiği kabul edilmektedir⁷⁶. Bunlar daha sonra yeni alt işveren yanında işe girseler de durumları ilke olarak değişmez. Böyle hallerde duruma göre, yeni alt işverenle sıfırdan başlayan bir iş ilişkisi düşünülebileceği gibi şartları varsa işçilerin iş ilişkilerinin bireysel olarak devri de gündeme gelebilir.

b. Buna karşın, taraflar arasında böylesi açık bir işyeri devri sözleşmesi olmadığı ve hatta olayların çoğunda önceki-sonraki alt işverenler birbirini tanımadığı halde, alt işverenler sürekli

mehtir. Bu gibi durumlarda çözüm; ya anılan alt işverenlikleri muvazaa (işçi temini bulundugu) nedeniyle geçersiz saymak ve işçiyi asıl işverene bağlamak ya da işçilerin iş sözleşmelerinin ve/veya işyerinin örtülü biçimde önceki alt işverenden sonraki alt işverene devredildiğini kabullenmek yönünde olabilir. Aksi halde yani işçilerin ilişkisinde sürekliliği sağlamayan bağımsız sözleşmelere meyledildiğinde, bu işçilerin yıllık izin ve kıdem tazminatı gibi önemli işçilik haklarından anlamsızca yoksun bırakıldığı görülür. Çünkü, uygulamada ihaleler ve alt işverenlikler genelde 11'er aylık yapılmakta ve henüz bir yıl dolmadan ihale ve alt işverenlik ve buna bağlı olarak da işçilerin iş sözleşmeleri sona ermektedir. Hal böyle olunca, anılan haklar alt işveren için de oluşmamakta ve gerek alt işverenin işveren sıfatıyla ve gerekse de asıl işverenin birlikte sorumluluğunun koşulları oluşmamaktadır. Halbuki, bir asıl işverendeki alt işverenliğin onun bilgisi ve isteği olmadan

Alt işverene verilen iş 4857 sayılı İşK.'ya tabi bir iş olduktan sonra ekonominin her alanında yaşanabilir.

değişmesine rağmen işçilerin hiçbir şey olmamışçasına aynı yerde ve aynı şekilde çalışmalarını sürdürdüğü hallerde durumun ne olacağı tartışmalıdır. Yargıtay'ın da katıldığı bir anlayış, böylesi hallerde alt işverenler arasında örtülü biçimde bir işyeri devrinin yaşandığı yönündedir⁷⁷. Fakat bir diğer eğilimde ise örtülü şekilde işyerinin devrinin buna uymadığı dile getirilmektedir⁷⁸. Ancak Yargıtay nispeten daha eski bir kararında, bu tür durumlarda işçinin asıl işverenin işçisi sayılacağı sonucuna varmıştır⁷⁹. Böylesi hallerde ilgili işçilerin çoğu kez bilgisi dahi olmadan alt işverenler sürekli değişmekte ve işçilerle önceki alt işverenliğin bitimini müteakip matbu form şeklindeki sözleşmeler imzalatılarak işçiler yeni alt işveren yanında aynı şekilde çalışmasını sürdürmektedir ve yine olayların çoğunda, alt işverenlerin somut olarak işçileri görmediği, sadece işçilerin başına ihaleyi alan kişi olarak hukuken geçtiği görül-

gerçekleşemeyeceği ve başka birisine devrinin oluşamayacağı; alt işverenler sürekli değiştiği halde işçilerin hep aynı yerde aynı şekilde çalışmalarını sürdürmelerinin, alt işverenler arasında örtülü biçimde işyeri devri sayılacağı anlayışının işçileri anlamsız hak kayıplarından koruduğu ve ilişkilerinde sürekliliği sağladığını düşünüyoruz. Dolayısıyla böylesi durumlarda asıl işverenin de örtülü irade açıklamalarıyla oluşan bir "alt işverenler arasında işyerinin devri" olgusunun bulunduğu düşüncesi, işin doğasına uygun çözüm sunabilen bir yoldur. Kaldı ki, işyerinin devrinin herhangi bir şekle bağlı olmadan ve ilgili işçinin/işçilerin bilgi ve rızası da aranmadan yaşanabileceği gerçeği de bunu desteklemektedir. Ancak bunun gerçekleşebilmesi; fiziki mekan olmadan sadece işçilerin bir işverenden başkasına geçmesiyle de işyerinin bölüm devrinin gerçekleşebileceğinin kabulüne bağlıdır⁸⁰. O halde sonuçta denebilir

ki; alt işverenlik konumunun devrinin caiz olduğu hallerde, böyle bir olgu çoğu kez işyerinin devri sonucunu doğurur ve ilk alt işveren (devreden)'in işçilerinin de devralana geçmesini sonuçlayabilir (İşK. 6). Alt işverenliğin ister açık isterse örtülü biçimde başkasına devri halinde, ilişkinin üçlü ilişki niteliği dikkate alınca; devreden ve devralan gibi asıl işverenin uygun rızasının da varlığı aranır, aksi halde öyle bir devir asıl işverene karşı anlamsızdır⁸¹. Fakat bu işveren (alt işveren) değişikliğine bir şekilde işçilerin de dahil varsa, bu durumda işyeri devri yerine ilgili işçilerin iş sözleşmelerinin devrinden söz etmek de düşünülebilir. Ancak iş sözleşmesinin devri yasada açıkça düzenlenmediğinden, sonuçta işyerinin devri hükmünden kıyasen yararlanmak gerekir. Aslında bu şıklardan hangisi benimsenirse benimsensin, ilgili işçiler için yeter koruma sağlanmakta ve olay işçi temini değil, geçerli bir alt işverenlik olarak görülmek gerekmektedir. Ayrıca mevcut alt işverenliğin bitiminden ve hatta sonraki ihale arasında bir süreç yaşanıp işçinin bu arada asıl işverende çalışması hallerinde uygun çözüm, ilgili işçilerin iş ilişkilerinin devri kurumu olmalıdır.

3. Tümüyle alt işverenlik konumunun değil de, asıl işverenden alınan işin bir kısmının başka işverenlere (alt işverenlere) verilip verilemeyeceği konusuna gelince, bunun daha nazik bir nitelik taşıdığı görülür. Keyfi alt işverenliklerin yaşandığı 1475 sayılı İşK. döneminde caiz görülen bu olgunun yeni İş Kanunu kapsamında da mümkün olup olmadığı tartışmayı davet eder niteliktedir. Her şeyden önce böyle bir devrin de, yine mutlaka asıl işverenin rızasına bağlı bulunduğunu söyleyebiliriz. Kanımca bu soruna bir ayırımla cevap aranabilir. Öyle ki, eğer alt işverenlik asıl işin bir bölümünde alınmışsa, bu bölümün tekrardan parçalanabilip parçalanamayacağı bir yana, işi alan sahip olduğu uzmanlıktan ötürü bunu aldığına göre, uzmanı olduğu bu işi kendi işçileriyle yapmak yerine başkalarına da vermesi yasanın amacıyla bağdaşır gibi gözükmemektedir. Zira, eğer yeterli değilse bu işi almamalıdır, denilebilir. Aksine tutum, işi alan ilk alt işverenin gerçekten uzmanlık ve yeterlik şartlarını taşıyıp taşımadı-

ğında şüpheye götürür⁸². Nitekim yönetmelikte bu düşüncemize uygun olarak asıl işin bir bölümünde iş alan alt işverenin, üstlendiği bu işi bölerek başka işverene veremeyeceğini açıkça belirtmiştir (AİY 11/4). Bunun alt işverenlik teşkil eden kamu hizmet alımı sözleşmelerindeki işin kısmen alt yükleniciye verilmesinde (KİK 15, KİSK 7/d) de dikkatten kaçırılmaması gerekir.

Fakat asıl işverenden yardımcı işlerde iş alınması halinde, bunun için özel bir uzmanlık vs. aranmadığından, asıl işverenin de rızasıyla ve bölünebilirlik niteliği varsa, bu durumda işin bir bölümünün başkasına verilmesi mümkündür⁸³. Böylesi hallerde alt işverenden iş alanın işin asıl sahibi asıl işveren karşısındaki konumu, alt müteahhitlik yahut taşeronluktan ibarettir. Bu ilişki iş hukukunu ilgilendirmez ve işin asıl sahibi bu ikinci alt işverenin işçilerine karşı herhangi bir sorumluluk taşımaz. İlk alt işveren ise kendisinin iş verdiği bu ikinci işverene karşı "asıl işveren" konumu taşır. Bunun sonucunda da onun işçilerine karşı müteselsil sorumlulukla karşılaşır. Burada tartışılan ihtimalde, işin sahibi asıl işverenden işi alan ve bölerek bir kısmını başkasına veren kişinin (ilk alt işverenin) işin geri kalan kısmında işçi çalıştırıyor olması⁸⁴ söz konusudur. Yani kendi alt işverenlik sıfatı da devam etmektedir. Buna karşın bu kimse asıl işverenden aldığı işte hiç kendi işçisini çalıştırmayıp işi bölümlere ayırarak başkalarına vermişse; kendisini alt işveren de sayamayız, kendisinden iş alanlara karşı asıl işveren de göremeyiz. Önceki dönemde olduğu gibi⁸⁵ bunun muvazaalı ilişki sayılması uygun düşer.

Alt işverene verilen iş 4857 sayılı İşK.'na tabi bir iş olduktan sonra ekonominin her alanında yaşanabilir. Bu konuda tek sınır ve şart, işin İşK.'na tabi olmasıdır. Zira İşK. ve bunda düzenlenen alt işverenlik yalnızca 4857 sayılı İş Kanunu kapsamındaki faaliyetlerde uygulama alanı bulur. Yalnız bu koşulun gerçekleşebilmesi için hem asıl işverenin geri kalan işinin ve hem de alt işverene verdiği işin (yani yardımcı işin veya asıl işin bir bölümünün) İşK.'na tabi olması gerekir.

Alt işveren ile asıl işveren arasındaki ilişki-

nin hukuki kökeninin genellikle eser sözleşmesi olduğu görülmekle birlikte, bu zorunlu değildir. Kira, taşıma sözleşmesi⁸⁶ gibi başka bir sözleşme olması da mümkündür. Aslında alt işverenliğin işyerinin kısmen devri yoluyla gerçekleşmesi de tartışmalıdır⁸⁷. Yeni İşK.'nda bunu engelleyen bir kural bulunmamaktadır.

a. Asıl İşverenden Alman İşin Yapılacağı Yer

Alt işverenden kavramının oluşabilmesi için, asıl işverenden alınan işin asıl işverenin işyerinde yapılması gerekip gerekmediği eski dönemde tartışmalıydı⁸⁸. Yeni Yasa da eskisi gibi bu konuda bir açıklık içermemektedir ve bu yüzden konu yine tartışmayı davet eder gözükse de kişisel düşüncemiz, işin asıl işverene ait işyerinin coğrafi sınırları, daha doğrusu asıl işverenin iş organizasyonu içinde yapılması gerektiği yönündedir⁸⁹. Bu tezimiz asıl işin bir bölümünün üstlenimi halinde olduğu gibi yardımcı işlerde iş alınması halinde de geçerlidir. O halde örneğin bir dokuma fabrikasının desen oluşturma işinin bir başka kimseye ihale edilmesi halinde, o bunu götürüp kendisine ait olan ve başkalarına da hizmet sunan bir atölyede yapıyorsa, alt işverenlik oluşmaz. Onun işçilerine karşı işi verenin de bir sorumluluğu gündeme gelmez. Keza aynı fabrikanın işçilerine yemek verme işini üstlenen bir kimse bunu işyerinden ayrı ve belki yakın bir yerde bulunan kendi lokantasında belli saatlerde yemek yedirmek şeklinde sunuyorsa, yine alt işverenliğin oluşacağını düşünmüyoruz. Böyle hallerde BK'na tabi bir eser sözleşmesinin bulunduğu fakat alt işveren ilişkisinin gerçekleşmediği kabul edilmelidir⁹⁰. Öğretide asıl işverenin “işyerinde yürüttüğü” ve “bu işyerinde aldığı” iş biçimindeki deyimlerden hareket edilerek, örneğin işverenin işçilerinin evden işe işten eve götürülüp getirilmesi işinin verilmesi halinde alt işverenliğin gerçekleşmeyeceği söylenir⁹¹. Ancak öğretide eskiden olduğu⁹² gibi, yeni dönemde de bu konuda işin niteliğine bakılacağı ve asıl işverenin işyeri dışında kalan yerlerde de alt işverenliğin ifa edilebileceği dile getirilmektedir. Örneğin bir termik santrale kömür taşınması işinin alt işverene verilmesi hali böyle değerlendirilmektedir⁹³. Termik santralin ana

maddesinin kömür olduğu ve kömür çıkarılan yerin (yahut hiç olmazsa kömürün) de termik santrale ait bulunduğu dikkate alınır, bu işin uzandığı yerin termik santral işverenin iş organizasyonu içinde yer aldığı ve aslında onun işyerine dahil olduğu, bu yüzden de işin başka yerde yapımının bulunmadığı söylenebilir.

b. Alt İşveren Sifatının Edinimi İçin Asıl İşverenden Alman İş Dışında İşveren Sifatının Bulunması Gerekip Gerekmediği

Bir kimsenin alt işveren sayılabilmesi için, asıl işverenden aldığı iş dışında bendine ait bağımsız bir işyerinin/işinin bulunması gerekip gerekmediği önceki dönemde tartışmalıydı⁹⁴. Bunun yeni yasada da açıkça yer almadığı görülür. O, sırf (ilk defa) asıl işverenden aldığı iş nedeniyle işçiye/işyerine ve dolayısıyla da işveren sıfatına sahip birisi olsa da, zaten evelden beri işvereni olduğu bir işyeri bulursa da kanımca eskiden olduğu gibi yeni 4857 sayılı İşK.'nda da alt işveren sayılacaktır⁹⁵. Ancak, İşK. 3/2'deki alt işverenden işyeri için bildirim hükmünden de hareketle artık 4857 sayılı İşK. kapsamında alt işveren olabilmek için onun, asıl işverenden aldığı iş dışında bağımsız bir işveren sıfatının yani “kendi nam ve hesabına işlettiği bağımsız bir işyerinin) bulunması gerektiğini ileri sürenler vardır⁹⁶.

Oysa bu gerekçe pek tatminkar değildir. Zira, alt işverenin bildirim yükümü hem (İşK.'da olmasa da) eskiden de SGK'da vardı (SGK 87). Buradaki bildirim yükümünün İşK. açısından da geçerli olacağı kabul ediliyordu. Bizce 4857 sayılı İşK.'daki bildirim yükümünden, onun asıl işverenden iş alıp işçilerini çalıştırdığı yer (işyeri) dışında bir işyerine sahip olması gereğini çıkartmak zordur. Kanımca, İşK. 3/2'deki bildirim yükümü, asıl işverenden alınan işin yapıldığı yerin alt işveren işyeri olarak bildirim yapılması anlamında⁹⁷ olup (1475 sayılı İşK'nun eksik bıraktığı fakat uygulamada zaten kabul gören bir olgunun) 4857 sayılı İşK.'da buna açıkça yer verildiği anlamındadır. Nitekim AİY'de “bir işyerinde her ne suretle olursa olsun asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulması, yeni bir işyeri kurulması olarak değerlendirilir.” demektedir (AİY 5/3). Alt işvere-

nin asıl işverenden iş alıp artık kendi işçilerini çalıştırdığı bu yerin bağımsız bir işyeri olarak bildirimünün nasıl yapılacağı hususu 15.05.2008 tarih ve 5763 sy. Kanunla yapılan değişiklikle bizzat Yasada (İşK. 3/2) ve yasal hükme dayanılarak çıkarılan Alt İşverenlik Yönetmeliği'nde düzenlenmiştir (AİY 5, 6, 7). Keza sosyal sigortalar bakımından da bildirim yükümü mevcut olup bunun nasıl olacağı yasada gösterilmiştir (SSGSSK 11/8). Fakat bu yasal bildirimlerin yapılmamış olması, alt işverenlik için diğer koşulları taşıyan ve işletilmeye başlanan yerin alt işveren işyeri olmadığı anlamına gelmez⁹⁸. Sadece idari kimi yaptırımların uygulanması gündeme gelebilir. Çünkü, anılan bildirim yükümü alt işverenlik bakımından kurucu değil açıklayıcı bir işleve sahiptir.

Bir kimse böylece işveren/alt işveren sıfatını aldıktan sonra, onun özel kesim işvereni mi yoksa kamu işvereni mi olduğunun farklılığa yol açmayacağı söylenebilir. Yani alt işveren genelde özel kesim işvereni şeklinde karşımıza çıkarsa da onun bir kamu işvereni olması da mümkündür ve ikisi arasında gerçekleşme koşulları ve tabi olacağı sonuçlar bakımından herhangi bir farklılık bulunmaması gerekir. Ancak 12.07.2006'da yürürlüğe konulan fıkralar (İşK. 2/8-9) bakımından bu noktada kimi tartışmalar mevcuttur ve buna da anlamsızca yapılan anılan eklemelerin neden olduğu bir gerçektir. Fakat bu konuda kamu-özel kesim arasında ayırım hukuk devleti mantığına terstir⁹⁹.

4. İş Alan Kişi Daha Önce O İşyerinde Çalıştırılmamış Olmalıdır

Gerek 3008 sayılı İş Kanunu ve gerekse 1475 sayılı İş Kanunu döneminde alt işveren olacak kişinin daha önce asıl işverenin bu işyerinde (iş aldığı işyerinde) çalıştırılmış olup olmaması bir farklılığa yol açmazdı. Ancak zamanla, halen veya kısa bir süre önce asıl işverenin işyerinde genellikle yönetici, konumunda çalışan kişiler bu işyerindeki kimi işlerde alt işveren olarak iş alıp işçi çalıştırmaya kalkışmış ve bu noktada kimi kötüye kullanma olgularıyla karşılaşmıştı. Böyle bir durumda gerçek bir alt işverenliğin

mi yoksa bir işveren vekilliği¹⁰⁰ yahut muvazaa yüzünden geçersizliğin mi bulunduğu tartışılıyordu. Uygulamadaysa Yargıtay çeşitli ek unsurlarla da desteklenen kimi olaylarda bu tür durumlarda alt işverenliği geçersiz saymakta ve sözde alt işveren işçilerinin aslında asıl işverence işe alınmış sayılacağını kabul etmekteydi¹⁰¹. Ancak, kanuna karşı hile ve muvazaa dışında bunu önleyen özel bir kurala Yasada yer verilmemişti.

İşte 4857 sayılı İş Kanunu geçmişte yaşanan bu kötüye kullanma olgularına adeta bir tepki niteliğinde özel bir düzenleme getirerek “daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz.” demiştir (İşK. 2/son). Aynı maddenin ve fıkranın izleyen cümlesindeyse, biraz karışık ve tartışmaları davet eden bir başka ifadeye de yer vermiş bulunmaktadır (İşK. 2/son, fıkra c.2). Keza 27.09.2009 tarihli Alt İşverenlik Yönetmeliği de alt işverenin daha önce o işyerinde çalıştırılan bir kimse olmamasını aramıştır (AİY 4/d, c.1).

İşte işi alan kişinin daha önce o işyerinde çalıştırılmamış olması olgusunu bu her iki düzenlemeyi de dikkate alarak şöyle inceleyebiliriz:

Alt işveren olacak kişinin daha önce o işyerinde çalıştırılmamış olması; bizce, sadece gerçek kişiler için uygulanabilir¹⁰² ve alt işveren olarak iş aldığı işyerinde o işyerinin (işverenin) personeli olarak çalışmamış olmayı anlatır. Bunu sadece işçilikle sınırlamayı (AİY 4/d, c.2)¹⁰³ haklı gösteren bir olguya Yasada yer verilmemiştir. Bu yüzden biz oranın işçisi olarak çalışmak gibi kamu işyerlerinde memur veya sözleşmeli personel gibi idare hukukuna ait bir sıfatla oranın personeli olarak çalışmış olmanın da alt işverenliğe engel oluşturacağı kanısındayız¹⁰⁴. Buna karşın çırak ve stajyer gibi bir konumda faaliyet göstermenin, sonradan o işyerinde alt işverenliğe engel oluşturmayacağını söyleyebiliriz. Öğretide ortak yahut memur veya sözleşmeli personel olarak çalışanlar dışındaki tüm çalışanların yasadaki çalışan kavramına katıldığı görülmektedir¹⁰⁵. Bu anlayışa katılmıyoruz. Kaldı ki, çırakların işyerindeki işçi sayısına katılmayacağı bizzat Yasada açıklanmıştır (MEK 11/c.2). Keza, daha

önce o işyerinde alt işveren yahut ortak gibi bir sıfatla faaliyet göstermenin de şimdi orada alt işverenliğe engel oluşturan bir çalışma olduğunu sanmıyoruz. Bizce alt işverenliğe engel olan şey, o işyerine ve işverenin otoritesine tabi (bağımlı) çalışmadır. Keza bu durum tüzel kişilerde oluşmayacağı için gerçek kişiyle tüzel kişi arasında yapılmış anlamsız bir ayırım olarak da göze çarpar¹⁰⁶.

O işyerinde çalıştırmaktan kastın, hukuken oranın personeli olarak faaliyet göstermeyi anlattığı, bunun içense mutlaka tüm çalışmanın fiilen o işyerinde geçmesi gerekmediği kanısını taşıyoruz. Bu bağlamda o işyerinin örneğin işçisi olarak çalışırken bir süre başka işverenlere ödünç verilmesi halinde ilgili işçinin fiilen olmasa da hukuken ödünç verenin işyerinde çalıştığı kabul edilmeli; ödünç alanın işyerinde fiilen çalışmasına rağmen buradaki çalışma orada alt işverenliğe engel görülmemelidir. Zira, işçi ödünç esnasında da hukuken ödünç verenin işçisi sayılıp, ödünç alanın işçisi olarak işlem görmez. O halde işçinin ödünç verenin işçisi sıfatını taşıdığı işyerinde alt işverenliğine engel durum olacağı belirtilmelidir¹⁰⁷.

Yine alt işverenden olunacak işyerinde daha önce çalıştırılmanın, işçinin aynı işverenin değişik işyerlerine geçici nakiller halinde, asıl-sürekli bağlı olduğu işyeri bakımından gerçekleştiği kabul edilmeli, nakil sonucu geçici bir süre çalışılan işyerlerinde alt işverenliği engellenmemelidir. Acaba nakil geçici amaçla yapılmamakla birlikte karşılıklı anlaşma sonucu işçinin süreklilik amacıyla aynı işverenin değişik işyerlerinde istihdamı durumunda çalıştığı tüm işyerlerinde mi alt işverenliği engellenmelidir? Konunun çeşitli görüşlerin ileri sürülmesine elverişli olduğu söylenebilir. Belki de en son veya en çok çalışmanın geçtiği işyerinde alt işverenlik alamayacağı düşünülebilir¹⁰⁸.

Fakat belirtilecek önemli bir husus, ilgili kişinin şu an iş alacağı işyerindeki önceki (tek veya baskın) çalışmasının ne kadar sürdüğünün önem taşımadığıdır. Örneğin bay (A)'nın o işyerinde 10 yıl çalışması halinde de 10 ay çalışması durumunda da alt işverenlik bakımından yasakla karşılaşacağını söyleyebiliriz¹⁰⁹.

Yine, yasağın “o işyerinde çalıştırılma”ya

yöneltmesi, o işyerinde yaşanan işveren değişikliklerinin de bu çalıştırılma olgusunu silemeyeceği anlamını verir. Yani kendisi orada çalışırken oranın işvereni sonradan değişse ve şimdi başka bir işveren oranın sahibi olsa da durum değişmeyecek, yasak devam edecektir¹¹⁰. Çünkü, yasak işverene değil işyerine özgülenmiştir. Bu yüzdendir ki, kendisinin çalıştığı dönemdeki işveren o işyerini başkasına devredip başka bir işyeri işletmeye geçtiğinde, işçinin bu yeni işyerinde alt işverenlik alması yasak olarak görülemez.

Ayrıca şimdi alt işveren olacak kişinin daha önce o işyerinde çalışırken yaptığı iş ile şimdi alt işveren olarak almak istediği işin aynı veya farklı bulunması yasak bakımından farksızdır.

Bu hüküm bağlamında, işçinin şu an alt işverenlik almak istediği işyerindeki geçmiş çalışmasının, tam süreli yahut kısmi süreli, belirli ya da belirsiz süreli, tipik-atipik iş sözleşmesine dayanması farksızdır¹¹¹. Ayrıca “daha önce o işyerinde çalıştırılma”nın, ilgili kişinin orasının yetkilileriyle ilişkisinin henüz sıcak olduğu sonucuna götürebilecek belli bir zaman dilimiyle sınırlanması uygun olurdu. Örneğin, bu konuda kamu ihale mevzuatındaki 5 yıllık süre (HA-İUY 51/e) baz alınabilirdi. Bu yapılmadığından, belki 30-40 yıl önce çalışılan bir işyerinden alt işverenlik alınamayacaktır¹¹². Kanımca, muvazaadan (danışıklılık) bağımsız olarak getirilen (Krş. AİY 12/2-c) böylesine uzun süreli veya ebedi yasak Anayasa'daki eşitlik ilkesi (AY 10) ile herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme özgürlüğüne (AY 48) aykırılık oluşturur. Kaldı ki daha önce o işyerinde çalıştırılmanın daha önce orada alt işveren olarak faaliyette bulunmayı içerdiği de söylenemeyeceğinden, bu gerçek kişiler ile tüzel kişiler arasında yapılmış haksız bir ayırım olarak da gözüktür¹¹³. Nitekim bu hüküm Anayasa'ya aykırılık iddiasıyla AYM'ne götürülmüş ve fakat AYM konu hakkında henüz karar vermemiştir¹¹⁴.

Bu arada belirtilsin ki, daha önceki çalışma işçilikte geçmiş olsa da şimdi alt işveren olarak orada iş alma yasağı, sadece o kişinin tek başına bağımsız bir işveren olarak iş almasını engellemeye yöneltilmiştir. Daha sonra oradan iş alan bir adi ortaklık veya tüzel kişi ortaklı-

ğin ortaklarından olmanın yasak kapsamında olmadığı Yönetmelikte açıkça belirtilmektedir (AİY 4/d, c.2). Ancak, Yönetmelik bu kişinin anılan ortaklıktaki pay derecesine bakmadan hüküm sevk etmiştir ve bu tutum somut olayın özellikleri farklı sonuca varmayı gerektirebilir. Örneğin bu kişi alt işveren olarak iş alan firmanın tüm veya baskın hissesinin sahibiyse durum böyledir.

Yasanın “daha önce o işyerinde çalıştırılan biriyle alt işveren ilişkisi kurulamayacağı”nı öngören hükmünün, bir muvazaa halini mi öngördüğü yoksa muvazaa ile ilgilenmeksizin alt işverenliği geçersiz mi saydığı tartışmaya açıktır ve nitekim bu konuda farklı fikirler ileri sürülmektedir.

Anılan hükmün önceki kötüye kullanım olgularına bir tepki fakat aşırı bir tepki olarak getirildiğini benimseyen bir öğreti eğilimi ile Yönetmelik (AİY 3/1-g-2; 12/c) ve uygulamada Yargıtay¹⁵ bunun muvazaaya işaret ettiği kanısındadır. Ama öğretide bunun çok katı biçimde yorumlanmamasının uygun olacağı, hükmün bu haliyle AY 48'e uygunluğunun tartışılacağı de ileri sürülmektedir¹⁶. Bu eğilim, söz konusu yasağı mutlak bir yasak olarak algılamakta ve hiç bir istisna tanınmadığından söz etmektedir¹⁷.

Yine olayı bir muvazaa hali olarak kabullenen bir diğer düşünce de, burada bir muvazaa karinesinin (kanuni bir karinenin) düzenlendiği yönündedir. Buna göre; böyle bir durumla karşılaşıldığında, bu kural olarak muvazaa sayılacak ve fakat ilgililerin bunun muvazaa oluşturmadığını kanıtlamasına imkan tanınacaktır. Eğer ilişkinin muvazaaya dayanmadığı kanıtlanırsa, bu durumda ilişki geçerli bir alt işveren ilişkisi olarak kabul edilecektir. Maddenin Anayasa'ya aykırılığı yerine böylece uygun bir yorumu mümkündür¹⁸.

Sunduğumuz bu iki eğilimin, aslında yasal düzenlemeyi “aksi halde ... asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler.” biçiminde düşündüğü söylenebilir.

Buna karşın, anılan hükmü “aksi halde alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işve-

renin işçisi sayılarak işlem görürler.” şeklinde kabullenen farklı bir anlayış, burada muvazaa ile ilgilenilmeksizin bir yasaklama getirildiği yönündedir¹⁹. Bizce de, yasakoyucu burada muvazaa ile ilgilenmeksizin mutlak bir yasak getirerek yasağa aykırılık halinde ilgili işçilerin sözde alt işveren değil asıl işveren tarafından işe alınmış (onun işçisi) sayılacağını öngörmüştür. Bu durumda sözde alt işverenin bu işe özgüleyip çalıştırdığı tüm işçilerin sözde alt işverenliğin başladığı tarihten itibaren asıl işverenin işçisi sayılmaları gerekir. Bunun sonucundaysa, onlara asıl işverenin işyerindeki çalışma koşulları ve TİS uygulanacak, sendikalaşma, TİS yetkisi ve iş mücadelesinde de asıl işverenin işçisi olarak hesaba katılmaları gerekecektir²⁰. Bu yüzden yönetmeliğin bu olguyu da muvazaa hallerinden birisi sayan düzenlemesi (AİY 3/1-g-2; 12/2-c) isabetsizliği bir yana, yasaya da aykırıdır²¹.

5. İş Alan Kişi (Firma) İşçilerini Buraya Özgülenmiş Biçimde Çalıştırmalıdır

Yasa alt işveren ilişkisini tanımlarken, “... bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran” diğer işverenden (alt işverenden) söz etmektedir (İŞK. 2/6 vd.). İlk iş yasamız olan 3008 sy. İŞK'da hiç değinilmeyen ama mülga 1475 sayılı İŞK.'nda işçilerini münhasıran orada çalıştırma biçiminde ifade edilen bu koşul yeni yasada yukarıdaki biçimde yer almıştır. Yasanın bu hükmünden çıkarılacak ilk önemli sonuç; alt işverenin, asıl işverenden aldığı işte sadece işçileri mi çalıştıracaktır? Acaba işçileri yanında ve/veya yerine işçi sıfatı taşımayan bir personeli de çalıştırabilir mi? Örneğin bir stajyeri veya çırağı yahut da (alt işveren kamu kuruluşuysa) memuru/sözleşmeli personeli burada çalıştırabilir mi? Kanımızca, bu işte sadece bu tür personel çalıştırımı halinde zaten bunlar iş hukukunun, özellikle de İŞK.'nun kapsamına girmeyeceğinden (MEK 11), konunun alt işverenlikle de ilgisi olmaz. Asıl sorun, işçiler yanında bu tür işçi niteliği bulunmayan personelin de orda çalıştırılıp çalıştırılmayacağı, çalıştırıldığında da bunun

ilişkiyi alt işveren ilişkisi olmaktan çıkarıp çikaramayacağıdır. Önemli olanı, “işçi olarak bu işte görevlendirdiği personelin bu işe özgülenmesidir.” denebilirse, bu işçiler yanında zaman zaman veya devamlı biçimde orada başka nitelikte eleman bulundurmamak mümkün görülebilir ve bunun, işi alanın alt işveren sayılmasına engel bir yanı da yoktur, denilebilir. Bunun belki de soru uyandırabilecek tek yanı, özel uzmanlık gereği alınan böyle bir işte henüz uzman niteliği taşımayan bir stajyerin çalıştırılmasının anlamsız düşebileceği ihtimalidir. Yani asıl işin bir bölümünde iş alma halinde sırf stajyer ve çirak için bu soruyu haklı görmek gerekir. Zira, asıl işin bir bölümünün ancak özel uzmanlık gerekçesiyle verilebileceği baskın öğretisi ve yasal düzenlemeler tarafından benimsenmektedir. Nitekim AİY’de alt işverenin istihdam edeceği işçilerin niteliklerinin yapılan işe uygun olmasını arayıp, aksi hali muvazaaya emaresi saymaktadır (AİY 12/2-ç).

Buna karşın yardımcı işlerde iş alınması halinde, bu işte işçi yanında çirak ve stajyer istihdamı da mümkün olup ilişkiye zarar vermez kanısındayız. Örneğin bir fabrikanın yahut otelin yemekhane kısmını üstlenen alt işverenin bu işte aşçı, komi vs. gibi sifata sahip işçileri yanında turizm ve otelcilik veya aşçılık okulundan stajyer de çalıştırması yahut çirak bulundurması mümkündür ve işin asıl sahibiyle işi alan arasındaki ilişkinin alt işveren ilişkisi sayılmasına engel bir yanı yoktur.

Memur ve sözleşmeli personel çalıştırma ise ancak alt işverenin bir kamu kuruluşu olması halinde gündeme gelebilir ve ister asıl işin bir bölümünde isterse de yardımcı işlerde işçiler yanında çalıştırılmaları mümkündür. Zira, öyle memurlar vardır ki, işte uzmanlık açısından bir çok işçiden daha uzman ve niteliklidir¹²².

Bu konuyu böylece hallettikten sonra şimdi, işçilerin sadece bu işte çalıştırımı olgusunu açmaya çalışalım.

İçerik ve detayını aşağıda sunmaya çalışacağımız bu olgunun aslında iki yanı vardır, öyle ki acaba;

a. İşçileri sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştırma ne demektir?

b. İçerik ve anlamı ne olursa olsun bu olgu,

alt işverenliğin mi yoksa alt işveren işçilerine karşı asıl işverenin de sorumluluğunun mu bir şartıdır?

Şimdi sırayla bu sorulara cevap aramaya çalışalım.

a. İşçileri Sadece Asıl İşverenden Alınan İşte Çalıştırma

Yasanın “... bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştırma”dan kastı; alt işverenin her bir asıl işverenden aldığı işte istihdam ettiği işçileri sırf bu işe özgülemiş biçimde çalıştırmasıdır¹²³. Nitekim AİY de bu anlama gelecek bir ifadeye sahiptir (AİY 4/c). Yoksa, alt işverenin bu asıl işverenden iş alıp işçilerini çalıştırdığı yerden başka işyerlerinin de bulunmasına engel olunmuş değildir. Yani bir alt işverenin işveren sıfatıyla sahip olduğu tüm işçilerinin belli bir veya birkaç asıl işverenden alınan işte çalıştırılıyor bulunması mümkün olmakla birlikte zorunlu değildir. Örneğin o, bir yerde bağımsız bir işveren olarak lokanta veya otel işletirken bir firmanın yemek işini de alt işveren olarak almış olabilir. Bu konuda geçmişte olduğu gibi günümüzde de bir sıkıntı yoktur. Alt işverenin bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece asıl işverenden aldığı işe özgüleyerek çalıştırmasından arzulanan, bir alt işverenin herhangi bir asıl işverenden iş alması halinde, bu işte görevlendirdiği işçilerini zaman zaman bizzat kendi ayrı işinde (örneğin kendi inşaat firmasının bir biriminde) veya diğer asıl işverenlerden aldığı işlerde (farklı asıl işverenlerin işinde) çalıştırmasını önlemektir¹²⁴. Yalnız bu hüküm değerlendirilirken anlaşılması gereken, ilgili alt işveren işçisinin yasal tüm çalışma süresini (örneğin haftada 45 saatin tümünü) bu asıl işverenden alınan işe özgüleyerek geçirmesinin hukuken mümkün ama zorunlu olmadığıdır. Bizce, ilgili işçiyle alt işveren arasında yapılan iş sözleşmesi ister tam, isterse kısmi süreli olsun, önemli olanı, iş sözleşmesinde işçinin Yasaya uygun biçimde üstlendiği çalışma süresini buraya özgülemesidir. Yani eğer işçi tam süreli bir iş ilişkisiyle alt işverene bağlıysa, onun bu tam sürenin gereği olan çalışma süresini asıl işveren alınan bu işe özgülemesi beklenir. Fakat iş sözleşmesi kısmi süreliyse, bu kez

sadece o kısmi süreyi bu işe özgüleyerek geçirmesi düşünülür. Kısacası, işçinin asıl işveren- den alınan işe özgüleyeceği süre, alt işverenlik olmasaydı bile kendi işvereni olan alt işverene karşı çalışmayı üstlendiği süreden fazla olamaz. Bu durum, asıl işverenden alınan işin her gün yapılması gereken bir iş olması halinde olduğu gibi, bu işin haftada bir-birkaç gün yapılacak bir iş niteliği taşıdığı durumlarda da böyledir. Gerek bu son durumda ve gerekse kısmi süreli çalışmada işçinin geri kalan süreyi bağımsız bir faaliyetle veya başka bir işte işçi olarak geçirmesinin, bu alt işverene özgülenmiş şekilde çalıştığı gerçeğini değiştirmeyeceğini düşünüyoruz. Görüldüğü gibi, işçinin asıl işverenden alınan işe özgülenmiş biçimde çalıştırılmasının nasıl gerçekleşeceği çeşitli sıkıntıları beraberinde getirmektedir. Ancak, bunun gerçekten gerekli olup olmadığı ve hangi amaca hizmet ettiği tartışmaya açık olduğu gibi içeriğinin belirlenmesinde de kimi hususlara dikkat etmek gerekir. Bu bağlamda değinilecek hususlardan birisi, “alt işveren” niteliğinin edinimi bakımından, onun asıl işverenden alınan bu işe özgülenmiş biçimde çalıştıracığı işçinin mutlaka kendi işçisi mi olması gerektiğidir. Acaba bir başkasından ödünç aldığı işçileri sırf buraya özgüleyerek çalıştırma mümkün müdür? 1475 sayılı İşK. döneminde tartışıp olumlu yaklaştığımız¹²⁵ bu durumun yeni yasa çerçevesinde tartışmaya açık olduğu söylenebilir. Öyle ki, Yasadaki ve Yönetmelikteki “... işçilerini ...” deyimine, verilecek anlam problemin çözümünde önem taşımaktadır. Eğer buna, bu işte çalışırken kendi otoritesine tabi olan ve işçi statüsü taşıyıp da hukuken kendi işçisi olması zorunlu bulunmayan kişi anlamını verebilirsek, alt işverenin bu işte başkasından ödünç aldığı işçileri de çalıştırabileceği sonucuna varırız. Fakat “işçileri” deyimini, “kendisine iş sözleşmesiyle bağlı kişi” diye algıyorsak; bu durumda sadece kendisine bağlı işçileri çalıştırabileceği ortaya çıkar. Kanımızca, ilişkiyi atomize etmemek ve kimi karışıklıklara yol açmamak için, tüm işçilerin ödünç alınan işçilerden oluşması tereddütle karşılanmalıdır ve bu bağlamda ödünç alınan işçilerin asıl işverenden alınan işte çalıştırılmayacağı düşünülebilir¹²⁶. Ama işte gerçekten

kendi işçileri olduktan sonra bunların yanında birkaç ödünç aldığı işçiyi istihdam etmesinde sıkıntı bulunmadığını düşünüyoruz.

Kendisine iş sözleşmesiyle bağlı işçilerden bu işte (asıl işverenden alınan işte) görevlendirildiği işçileri sadece bu işte çalıştırmaya gelinece; bu işçilerin sadece bu işte çalıştırılmaları, onlara başka işverenlerden alınan işlerde veya alt işverenin başka bir işinde iş vermeme anlamına geleceğini yukarıda söylemiştik. Ancak, bu olgunun, alt işverenin bu işte çalıştırdığı işçilerin tümünü mü bu işe özgüleyeceği anlamına gelip gelmeyeceği yani bunun alt işverenliğin mi yoksa asıl işverenin de birlikte sorumluluğunun mu koşulu olduğu, evvelden beri tartışmalıdır. Bir anlayış, bu işte görevlendirilen tüm alt işveren işçilerinin bütün çalışmalarını bu işe özgülemesi gerektiği yönündedir. Aksi halde alt işverenlik oluşmaz¹²⁷. Fakat bir başka düşünceye göre ise; işçilerden bazılarının buraya özgülenmiş biçimde çalıştırılmaları gerekli ve yeterlidir. Diğer bazılarını başka işlerde de görevlendirmesi mümkündür. Zira, bu anlayışta, işçilerin sırf orada çalıştırılmaları alt işverenliğin değil asıl işverenin onlara karşı sorumluluğunun bir ön koşuludur¹²⁸. 1475 sayılı İş Kanunu’ndaki düzenlemenin sorumluluk açısından ele alınması makul ise de 4857 sayılı İş Kanunu’ndaki hükmün sorumluluktan bahseder cümlede değil de ayrı bir cümlede bu noktayı ele alması; işçileri sırf o işe özgülenmiş biçimde çalıştırmaya alt işveren ilişkisinin tanımında yer vermesi, yeni dönemdeki hükmün daha katı olduğu kanısı uyandırmaktadır. Yargıtay ise bir kararında konuyu sessiz geçiştirmiştir¹²⁹. Ancak, daha sonraki tarihli bir kararında, işçinin asıl işverenden alınan işe özgülenerek çalıştırılmaması halinde de alt işverenlik oluştuğunu ama bu işçiye karşı asıl işverenin birlikte sorumluluğunun oluşmayacağını kabul etmiştir¹³⁰. Fakat Yargıtay daha yeni bir kararında bunu alt işverenliğin oluşmasının bir koşulu sayarak, işçinin sırf asıl işverenden alınan işe özgülenmiş biçimde değil de farklı işverenlerden alınan işlerde çalıştırılması durumunda asıl işverenin birlikte sorumluluğu bir yana, alt işverenliğin dahi oluşmayacağını dile getirmiştir. Gerçekten de Yargıtay’a göre; “alt

işveren, üstlendiği iş için görevlendirdiği işçilerini sadece o işyerinde aldığı işte çalıştırmalıdır. İşçiler sadece asıl işverene ait işyerinde değil de, farklı işverenlere ait çeşitli işyerlerinde çalışıyorlarsa, asıl işveren-alt işveren ilişkisinden söz edilemez¹³¹. Aslında, işçileri sırf orada alınan işe özgüleyerek çalıştırmanın, alt işverenliğin varlık veya yokluğuna götürüp götürmemesi ve nasıl gerçekleşeceği tartışmaları bir yana, ayrıca bunun yalnızca ilişkinin kuruluşu esnasında mı yoksa alt işverenliğin tüm süresi boyunca mı varlığını sürdürmesinin aranacağı da önemlidir. Çünkü; alt işverenlik sözleşmesinde ve yapılan bildirimlerde ilgili işçi veya işçiler bu işte çalıştırılacak dendiği ve gerçekten öyle de çalıştırıldığı halde, bir süre sonra alt işverenin onu başka işyerlerinde aynı tür veya başka işlerde görevlendirdiği görülmektedir. Durum böyle olunca; anılan olguyu alt işverenliğin geçerlilik şartı sayanlar bakımından, böyle hallerde, alt işverenliğin tümüyle mi yoksa sadece bu işçiler için mi geçersiz olacağı¹³², ayrıca alt işverenlik ilişkisi de bir hukuki işlem olduğuna ve geçersizliğin ancak işlem yapılırkenki koşullara göre oluşabileceği dikkate alınır, sonradan yaşanan böyle bir olgunun ilişkiyi nasıl geçersiz kılacağı da problem olarak karşımıza çıkar. Şüphesiz en sağlıklı olanı, işçinin alt işverenle olan iş ilişkisi elverdiği takdirde asıl-alt işveren ilişkisinin tüm devamı süresince orada çalıştırılmasıdır¹³³.

Fakat İşK. 22 çerçevesinde ilgili işçinin kendi rızasıyla yahut bir TİS hükmü gereği geçici bir süre için alt işverenin başka bir işine nakli halinde, durumun naziklik arzedeceği kanısındayız. Örneğin 3 yıldan beri asıl işveren (A)'dan alınan işte çalıştırılan (S) adlı işçinin, alt işveren (B) tarafından 3-5 gün süreyle başka bir işte çalıştırılması halinde, artık (A) - (B) arasındaki ilişkinin alt işverenlikten çıktığı veya alt işverenlikten çıkmasa bile asıl işverenin bu işçiye karşı hiç birlikte sorumluluk taşımadığı söylenebilecek midir? Kanımca buna olumlu (yani alt işverenlik oluşmaz veya asıl işverenin sorumluluğu gündeme gelmez biçiminde) cevap vermek dürüstlük kuralına aykırı düşer.

Bizce bu konuda şunlar söylenebilir: Alt işveren ilişkisinin doğumu ve asıl işverenin de

bu alt işveren işçilerinden müteselsil sorumluluğunun oluşabilmesi için, işi üstlenen kişinin bu işte çalıştıracığı işçilerini sırf buraya özgülemesi gerekir. Ancak, alt işverenin buradaki tüm işçilerini mi buraya özgüleyeceği konusu, eskiden olduğu gibi yeni yasa döneminde de tartışmalıdır ve buna yukarıda işaret edilmiştir. Fakat değerlendirme yapılırken, iş arkadaşlarının kimlerden olacağını ve somut olarak işyerini kendisi seçemeyen ve genelde bu konuda işverene inisiyatif tanıyan sözleşmeleri imzalamak zorunda kalan bir işçinin¹³⁴, sırf iş arkadaşlarından kimileri veya kendisi işverenin yasal olarak kullandığı yetkiyle başka yerlerde görevlendirildi diye asıl işverenin birlikte sorumluluğundan tümüyle uzaklaşması¹³⁵ ve ilişkinin İşK. 2-3 süzgecinden kurtulması sıkıntıya yol açar niteliktedir. Bu yüzden, asıl işverenin böyle hallerde tümüyle sorumluluktan kurtulması değil, sadece işçinin başka işyerinde (işte görevlendirildiği dönemle sınırlı olarak sorumluluğunun oluşmaması uygun düşer¹³⁶. Fakat Yargıtay yukarıda dile getirilen daha yeni bir kararında da, işçinin sırf asıl işverenden alınan işe özgülenmiş biçimde değil de farklı işverenlerden alınan işlerde çalıştırımı durumunda asıl işverenin birlikte sorumluluğu bir yana alt işverenliğin dahi oluşmayacağını belirtmiştir¹³⁷.

Alt işveren işçilerinin asıl işverenden alınan işte çalıştırılması bağlamında ele alınacak bir uygulama örneği ise; alt işveren işçilerinin asıl işverenin işyerine özgülenmiş ve fakat alt işverene verilen işte değil de asıl işverenin başka bir işinde çalıştırılması durumudur. Örneğin hastanenin temizlik işinin verildiği alt işverenin orada çalıştırdığı işçilerin temizlik yerine veya yanında hemşirelik/hastabakıcılık, hatta doktorluk yapıp hastalara bakması böyledir. Böylesi hallerde alt işverenliğin paravan yani geçersiz olup, ilgili işçilerin aslında baştan beri asıl işverenin işçisi olduğu benimsenmelidir. Nitekim temizlik işinin (yardımcı işin) verildiği alt işveren işçisinin en baştan itibaren asıl işverence firmanın asıl işlerinde eğitime tabi tutulup bu çerçevede çalıştırıldığı bir olayda Yargıtay'da haklı olarak alt işverenliği muvazaa nedeniyle geçersiz görüp ilgili işçiye baştan beri asıl işverenin işçisi saymıştır¹³⁸. Yargıtay böy-

lesi hallerde, alt işverenlik değil, asıl işverene işçi temini olgusunun bulunduğu ve işçilerin baştan beri asıl işverenin işçisi olarak işlem göreceğini dile getirmektedir¹³⁹ ve biz de buna katılıyoruz. Çünkü; alt işveren işçilerinin asıl işverenden alınan işe özgülenerek çalıştırılması kuralı, işçilerin hem alt işverenin başka işinde ve işyerinde çalıştırmayı ve hem de asıl işverenin başka işinde çalıştırmayı yasak görmeyi gerektirir¹⁴⁰.

Değinilecek konulardan birisi de, “alt işverenin asıl işverenden aldığı bu işte belirli süreli sözleşme” ile işçi çalıştırabilip çalıştıramayacağıdır. Konu öğretilerde tartışmalıdır. Şüphesiz sorunun yanıtı, bir yandan alt işveren ilişkisinin diğer yandansa yasanın belirli süreli sözleşmelere ilişkin rejiminin/sisteminin bilinmesine bağlıdır. Ancak sorun öğretilerde tartışmalıdır. Öyle ki;

a. Bir anlayışa göre, alt işveren işi belirli bir süreyle alıp işçilerle sözleşmeyi de o süre için yaptığında, niteliği gereği işin bitimiyle bulunan bir belirli sürelilik vardır ve bu durumda belirli süreli sözleşme için yasanın aradığı objektif koşul (sözleşmeyi süreye bağlamayı haklı kılan neden) gerçekleşmiş demektir¹⁴¹. Üstelik alt işveren işçisinin sırf bu işe özgülenmiş biçimde çalıştırılıp başka işte çalıştırılmaması da katı biçimde uygulanırsa, sırf bu işe özgü süreli sözleşmeye saygı duymak gerekir.

b. Fakat buna karşı çıkan diğer bir eğilime göre ise; yukarıdaki düşünce, alt işveren işçilerinin çalıştırıldığı işin değil sadece o kimsenin alt işverenliğinin belirli bir süre sürdüğünü¹⁴² gözden kaçırmaktadır. Somut bir alt işveren değişse (onun alt işverenliği sona erse) de, bir süre ona verilen iş asıl işverenin işi olarak devam ettiğine göre işin bitiminden ve buna bağlı olarak yapılan sözleşmelerin belirli süreliliğinden söz edilemez. Alt işveren işi belli bir süreye alsa da bu işte çalıştıracağı işçilerle belirsiz süreli sözleşme yapmalıdır. Onun alt işverenliğinin bitimiyle de bu işçilerin sözleşmelerinin (işyeriyle birlikte) asıl işverene (veya yeni alt işverene) geçmiş sayılmalıdır¹⁴³.

Kanımızca, bu noktada genel olarak belirli süreli sözleşmeye ilişkin sistemden ayrılmayı gerektirecek bir özellik yoktur. Buna göre de,

belirli süreli sözleşme bir defa yapıldığında¹⁴⁴ onu belirli süreye bağlamayı haklı kılan objektif bir neden varsa belirli süresi geçerli sayılır. Bu objektif nedenden birisini “işin bitimi” olgusu oluşturduğundan (İşK. 11/1), alt işveren ilişkisinin belirli süreli olarak (genelde birer yıllık) kurulduğu hallerde, bu süre bitince alt işverenin buradaki işi de son bulmuş olur. Hal böyle olunca, alt işverenin bu işin (alt işverenlik süresinin) bitimine dek bu işe belirli süreli sözleşmeyle işçi alması mümkün ve geçerli görülmelidir. Böylesi hallerde, alt işverenlikle birlikte ilgili işçilerin sözleşmeleri de kendiliğinden son bulacak demektir. Nitekim Yargıtay’da bir kararında, hastanenin özel güvenlik işini alt işveren olarak alan firmanın bu işte çalıştıracağı güvenlik görevlisiyle yaptığı iş sözleşmesinin sırf bu işe özgülenmesi halinde belirli süreli sayılacağını benimsemiştir¹⁴⁵.

Ancak, aynı alt işverenin bu işte (mevcut ilişki bitmeden, biterken ya da çok kısa süre sonra) yeniden belli bir süreyle alt işverenlik kazanması halinde, aynı işçilerle zincirleme biçimde yeniden belirli süreli sözleşme yapması nasıl değerlendirilecektir? Yeniden belirli süreyle ihale alınması, o işçilerle zincirleme biçimde belirli süreli sözleşme yapmayı haklı kılan bir olgu olarak değerlendirilebilir mi? Kanımızca asıl sorun burada kendisini göstermektedir. Ancak, öğretilerde, işi başka bir alt işverenin alması yahut asıl işverenin kendisinin yapması halinde bile işçilerle (bir defalık dahi) belirli süreli sözleşme yapılamayacağı ileri sürülmektedir. Sorun bir ölçüde, alt işverenler değişmekle birlikte işçinin hep aynı yerde ve şekilde çalışmasını sürdürmesiyle de bağlantılıdır¹⁴⁶. Bu hallerde Yargıtay ve ona katılan bir kısım öğreti, ortada alt işverenler arası bir işyeri devri bulunduğunu, hatta bunun örtülü biçimde dahi gerçekleşebileceğini kabul etmektedir¹⁴⁷. Tabii olayın değerlendirilmesinde kıdem tazminatı bakımından işyerinin her türlü el değiştirmesi halinde kıdem bütünlük içinde hesaplanacağından söz eden 1475 sy. İşK. 14/II hükmünün de gözden irak tutulmaması gerekir. Bu hükmün alt işverenler değiştiği halde işçinin sözleşmesi önceki alt işverence feshedilmeden aynı işyerinde çalışmaya devam ettiği halleri

kapsayabileceği düşünülmalıdır¹⁴⁸. Fakat öğretilerde örtülü devri reddeden ama sözleşmenin devri yahut işyeri devri gibi açıkça yapılan devir işlemlerinin varlığında kıdem bütünlüğünü kabul ederek yukarıda dile getirilen düşünceye karşı çıkan bir eğilimin¹⁴⁹ varlığından da söz etmek gerekir.

Önemli bir problem; asıl işverenin işçilerinin alt işverence işe alınarak çalıştırmaya devam ettirilmesinin mümkün olup olmadığı ve mümkünse de daha düşük koşullarda çalıştırılıp çalıştırılmayacağıdır. Önceki dönemde serbest olup kimi sorunlara yol açan bu konuda¹⁵⁰ yeni yasa açık bir hüküm getirerek şöyle demektedir; “asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz ... aksi halde ... alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler.” (İŞK. 2/7). Sonradan yürürlüğe giren AİY’de de bu sonuca götürecek hükümler mevcuttur (AİY 3/1-g-3).

Kanımca bu hükmün açılımı olarak, asıl işveren işçilerinin alt işverence işe alınmasının yasaklanmadığı¹⁵¹, yasaklananın onların asıl işveren yanındakinden daha düşük koşullarla çalıştırılmaya devam ettirilmesi olduğu söylenebilir. Bunun içine ise, gerek bireysel iş hukukuna ve gerekse de toplu iş hukukuna ait işçilik hakları/iş koşulları girebilir. Örneğin ücret, yıllık izin, sendikalaşma ve TİS’den yararlanma gibi. Bunda bile değişik ihtimaller dikkate alınarak bir sonuca varılmalıdır. Kanımca hükmün açılımı bakımından tartışmasız olanı, alt işverenliğin kurulduğu, asıl işverenden işin alındığı anda bu işçilerin asıl işverenin işçisi sıfatını taşımalarıdır.

ba. Eğer böyleyse, bu işçilerin asıl işverence işten çıkarılıp daha sonra da düşük koşullarla alt işverence işe alınması halinde işlemin muvazalı olduğu bile akla gelebilme ihtimali taşır (AİY 3/1-g-3) ve bunun neticesinde ilgili işçilerin halen asıl işverenin işçisi sayılarak asıl işverendeki iş koşullarının uygulanmasına devam edileceği sonucuna varılır. Asıl işverence işten çıkarmanın ve alt işverence işe alınmanın, sıcağı sıcağına birbiri peşi sıra yapıldığı hallerde ilke budur¹⁵². Ancak, alt işverence işe alınıp çalıştırma asıl iş-

verendekinden daha düşük koşullarda değilse, böyle bir şey yasak değildir ve geçersizlik oluşturmaz. Yargıtay ise bir kararında; asıl işveren işçilerinden bazılarının alt işverence işe alınıp düşük koşullarda çalıştırılması halinde bile (alt işverenin tüm işçileri asıl işverenden alınmadığı gerekçesiyle) o işçilerin asıl işveren işçisi sayılmayacağını, olayda muvazaa (geçersizlik) bulunmadığını benimsemiştir¹⁵³. Rastladığımız bir başka kararında ise, işçilerin daha düşük koşullarda çalıştırılıp çalıştırılmadığına bakmaksızın, yine az sayıda işçinin asıl işverenden alındığı gerekçesiyle olayda muvazaa görmemiş¹⁵⁴; ama başka bir kararında ise, alt işverenin işçileri asıl işverenden aldığı gerekçesiyle (çalışma koşullarını dahi değerlendirmeden) olayda muvazaa bulunduğunu kabul ederek işçileri asıl işverenin işçisi saymıştır¹⁵⁵. Bir başka karardaysa, işçinin asıl işverenden ayrıldığına ertesi günü alt işverende çalışmaya başlaması ek olgularla değerlendirmeye alınmış gözükmektedir¹⁵⁶. Yani asıl işverenden ayrıldıktan kısa bir süre sonra alt işverence düşük koşullarla işe alınırsa, bunun bu hüküm bağlamında bir işe alma olduğu ve yasanın öngördüğü yaptırımla karşılaşacağı söylenebilir¹⁵⁷.

bb. Fakat asıl işveren yanında bir süre çalışıp ayrıldıktan azımsanmayacak bir süre sonra belki de tesadüfen alt işveren yanında daha düşük koşullarla işe başlama durumunda yine yasak ve geçersizlik ihtimali gündeme gelmez¹⁵⁸. Bu bağlamda “azımsanmayacak süre” ve “kısa bir süre”nin somut bir ölçütü yoktur ama yargıcın her bir somut olayın koşullarının dürüstlük kuralı (MK 2) süzgeciyle birlikte değerlendirmesi sonucu bir miktara ulaşmak mümkündür.

bc. Bir işyerinin tümünden devrinde alt işverenlik olmaz ama kısmen devri yoluyla da alt işverenliğin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği tartışmalıdır. Bunu kabullenenler¹⁵⁹ bakımından, denebilir ki, devir halinde orada çalışan tüm işçilerin sözleşmesi devirle birlikte devralana (alt işverene) geçeceğinden, böyle bir durumda, sözleşme tüm koşullarıyla alt işverene geçer ve işçinin asıl işverene tabiken ki çalışma koşullarında herhangi bir olumsuzluk (kısıtlama) yaşanmaz. Bu yüzden, alt işverenliğin işyerinin kısmen devri yoluyla sağlandığı hallerde, İŞK.

2/7. fıkra kapsamında bir olgunun bulunmadığı söylenebilir¹⁶⁰. İşyerinin kısmen devrinin “iflas dolayısıyla mal varlığının tasfiyesi sonucu” yaşanması durumunda devrin sonuçlarıyla ilgili (sözleşmelerin devralana geçişi-sorumluluk gibi) genel kurallar (İŞK. 6/1-5) uygulanmayacağından, yine İŞK. 2/7. fıkra anlamında bir yasa olgusuyla karşılaşmaz¹⁶¹.

bd. Mevcut alt işverenlik sona erince, yeni ihale yapıp da onu birisi alana kadar işçilerin asıl işverende çalıştırıldıkları ve sonra yine ihaleyi alan aynı veya başka alt işverene bağlı biçimde çalıştırılmaya devam edildiği bir gerçek olup, bunun nasıl değerlendirileceği de ayrı bir problemdir. Kanımca, bu durum ek bazı olgularla desteklendiğinde muvazaa sayılabilir ve işçinin baştan beri asıl işveren işçisi sayılması ve bundan dolayı da daha düşük koşullarla alt işverene verilemeyeceği savunulabilir¹⁶². Ancak herhangi bir muvazaa bulunmadan işçinin iş ilişkisinin asıl işverene devredildiği ve bundan sonra alt işverenlere daha düşük koşullarla verilmesinin geçersiz olacağını söylemek de mümkün olabilir. Hatta bu çözümün işçinin kidedinde kesintiyi engellediği de söylenebilir.

Asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından (asıl işverenden alınan işte) çalıştırılmasına ilişkin sınırlama; bu işçilerin alt işverene geçip onunla iş sözleşmesi yaparak onun işçisi sıfatıyla çalıştırılmasıyla ilgilidir. Yoksa zaman zaman uygulamada da rastlanıldığı¹⁶³ üzere, asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından ödünç alınarak çalıştırılması (İŞK. 7) yasaklanmış veya sınırlanmış değildir. Bunun bilhassa (uzmanlık aranmayan) yardımcı işlerdeki alt işverenlikte mümkün olduğu kanısındayız. Aslında asıl işin bir bölümündeki alt işverenlikte de caizdir, zira bu olasılıkta işçinin sözleşmesi ödünç alana geçmediği gibi haklarında da bir kısıtlama yaşanmamaktadır¹⁶⁴. Sıkıntı oluşturan nokta, asıl işin bir bölümü uzmanlık gereği alt işverene verileceğinden, onun kendi uzman elemanı yok mu ki asıl işverenden uzman eleman ödünç alıyor sorusudur. Ya da “asıl işveren o konuda uzman elemana sahip olduğuna göre, bu işi kendi elemanlarıyla yapmak yerine neden alt işverene veriyor sorusudur. Yani alt işverenliğin gerçekçi olup olmadığı noktasında tereddüt

uyanmasına neden olabilir. Tereddütün aşıldığı hallerde tümüyle caizdir.

Tekraren vurgulayalım ki, sistemimizde; asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılması değil, asıl işverendeki haklarını kısıtlayacak şekilde çalıştırılması yasaktır. Eğer haklarda bir kısıtlama yoksa, asıl işverenin işçilerinin alt işverence işe alınarak çalıştırılması serbesttir ve alt işverenliğe, işçinin alt işverenin işçisi sayılmasına engel bir yanı yoktur. Bu hükümde geçen “haklar” kavramına, ilgili işçinin hem bireysel hem de toplu iş hukukuna ait haklarının gireceği kabul edilmelidir¹⁶⁵. Örneğin ücret veya eklerinin yahut yıllık izin sürelerinin düşürülmesi veya işçinin sendika üyeliği, TİS’den yararlanma gibi kollektif nitelikli haklarının kullanımı imkanının kısıtlanması böyledir. Bu hüküm bağlamında önemli bir husus da sendikal haklarının kullanımının engellenmesinin 01.06.2005’ten itibaren TCK anlamında bir suç sayılıp hapis cezası ile de karşılaşacağıdır (TCK 118). Kısıtlanarak çalıştırma halinde bu tür çalıştırılan işçiler açısından alt işverenlik geçersiz olup işçiler baştan beri asıl işverenin işçisi sayılırlar (İŞK. 2/7) ve bunun muvazaa ile ilgisi yoktur¹⁶⁶. Bizce burada emredici bir yasa hükmüne aykırılık mevcut olup, yaptırım da anılan işçinin haklarının asıl işverendeki seviyeye çekilmesi vs. değil, yasanın açık hükmü gereği, işçinin asıl işverenin işçisi sayılacağıdır. Böyle bir durumda, genel olarak alt işverenlik geçerli iken, sadece düşük koşullarla çalıştırılan işçiler bakımından alt işverenlik ve alt işverenle kendi aralarındaki iş sözleşmesi geçersiz olup, onlar asıl işverenin işçisi sayılırlar. Yoksa, hala alt işverenin işçisi kalıp onunla iş sözleşmesinin devam ettiği, fakat sadece asıl işverendeki koşullara göre işçilik haklarının hesaplanacağı ve bundan her iki işverenin birlikte sorumluluğunun devam ettiğini söylemek zordur¹⁶⁷.

III. İŞK.’YA TABİ ALT İŞVERENLİKTE İDARİ PARA CEZALARI VE BUNDAN SORUMLULUK

Asıl işverenin alt işverenlik dolayısıyla alt işverenle birlikte sorumluluğunun gerek bireysel

ve gerekse toplu iş sözleşmesinden doğan işçilik hakları bağlamında işçiye ve hak sahiplerine karşı olacağını yukarıda gördük. Ancak alt işverenin yasaya aykırı tutumu nedeniyle kesilecek idari para cezasından kimin ya da kimleri, bu arada bilhassa asıl işverenin de birlikte sorumluluğu bulunup bulunmadığı ya da başka deyişle, asıl işverenin birlikte sorumluluğunun idari para cezaları bakımından da gündeme gelip gelemeyeceğine de değinilmelidir. Bunun için konunun bir ayırım içinde sunulması uygun olur. Şöyle ki;

1. Alt İşverenin İşveren Sıfatıyla Yükümleri ve Cezai Sorumluluğu

Bilindiği üzere alt işveren asıl işverene nazaran ondan ayrı, bağımsız bir işveren olup, gerek işçilerine ve gerekse de idari makamlar ve Kuruma (SGK) karşı bu işçilerin/sigortalıların işvereni niteliği taşımaktadır. Gerçekten de o, sırf (ilk defa) asıl işverenden aldığı iş nedeniyle işçiye/işyerine ve dolayısıyla da işveren sıfatına sahip birisi olsa da, zaten evvelden beri işvereni olduğu bir işyeri bulursa da kanımca eskiden olduğu gibi yeni 4857 sayılı İşK.'da da alt işveren sayılacaktır¹⁶⁸. Ancak, İşK. 3/2'deki alt işverenden işyeri için bildirim hükmünden de hareketle artık 4857 sayılı İşK. kapsamında alt işveren olabilmek için onun, asıl işverenden aldığı iş dışında bağımsız bir işveren sıfatının (yani "kendi nam ve hesabına" işlettiği bağımsız bir işyerinin) bulunması gerektiğini ileri sürerler vardır¹⁶⁹.

Oysa bu gerekçe pek tatminkar değildir. Zira, alt işverenin bildirim yükümü hem (İşK.'da olmasa da) eskiden de SGK da vardı (SGK 87). Buradaki bildirim yükümünün İşK. açısından da geçerli olacağı kabul ediliyordu. Bizce 4857 sayılı İşK.'daki bildirim yükümünden, onun asıl işverenden iş alıp işçilerini çalıştırdığı yer (iş yeri) dışında bir işyerine sahip olması gereğini çıkartmak zordur. Kanımca, İşK. 3/2'deki bildirim yükümü, asıl işverenden alınan işin yapıldığı yerin alt işveren işyeri olarak bildirim yapılması anlamında¹⁷⁰ olup (1475 sayılı İşK.'nun eksik bıraktığı fakat uygulamada zaten kabul gören bir olgunun) 4857 sayılı İşK. da buna açıkça yer verildiği anlamındadır.

Nitekim AİY'de "bir işyerinde her ne suretle olursa olsun asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulması, yeni bir işyeri kurulması olarak değerlendirilir." demektedir (AİY 5/3). Alt işverenin asıl işverenden iş alıp artık kendi işçilerini çalıştırdığı bu yerin bağımsız bir işyeri olarak bildirim nasıl yapılacağı hususu 15.05.2008 tarih ve 5763 sy. Kanunla yapılan değişiklikle bizzat yasada (İşK. 3/2) ve yasal hükme dayanılarak çıkarılan Alt İşverenlik Yönetmeliği'nde düzenlenmiştir (AİY 5, 6, 7). Keza sosyal sigortalar bakımından da bildirim yükümü mevcut olup bunun nasıl olacağı yasada gösterilmiştir (SSGSSK 11/8). Fakat bu yasal bildirimlerin yapılmamış olması, alt işverenlik için diğer koşulları taşıyan ve işletilmeye başlanan yerin alt işveren işyeri olmadığı anlamına gelmez¹⁷¹. Sadece (birisini de aşağıda ele alacağımız) idari kimi yaptırımların uygulanması gündeme gelebilir. Çünkü, anılan bildirim yükümü alt işverenlik bakımından kurucu değil açıklayıcı bir işleve sahiptir.

Alt işverenin, asıl işverene nazaran ondan bağımsız işyeri ve işçilerinin ve işverenlik sıfatının varlığı, onun bu sıfatı nedeniyle yasaca işverene yüklenen yükümlerin muhatabı olacağı ve yüküme aykırılık halindeyse işveren sıfatıyla sorumlu tutulacağını anlatır. Örneğin alt işveren işyerinin ve işçilerinin bildirim (İşK. 3, 98), eşitlik ilkesine ve ödünç kurallarına, belge verme yükümüne, çağrı üzerine çalışma kurallarına, çalışma belgesi verme yükümüne (İşK. 99), toplu işçi çıkarma hükümlerine (İşK. 29, 100), özürlü ve eski hükümlü çalıştırma yükümüne (İşK. 30, 101), ücret ve yıllık ücretli izinle ilgili kurallara (İşK. 32 vd, 56 vd, 102, 103), işin düzenlenmesi ve İSİG hükümlerine (İşK. 63 vd, 77 vd, 104, 105) ve iş aracılığı (İşK. 90, 106) ile iş hayatının denetim ve teftişine ilişkin hükümlere (İşK. 92 vd, 107) ve bu hükümlerde öngörülen yükümlere işveren sıfatıyla uymak zorundadır. Anılan yükümlere aykırı davranılması halinde, yasal yükümü ihlal eden işveren veya ilgili işveren vekiline idari para cezası uygulanır¹⁷². İşte yukarıda saydığımız bu gibi durumlarda yasal yükümün muhatabı ve onu ihlal eden alt işverenin kendisi (veya onun adına yetkili vekili) olduğundan, bu ihlal neticesinde Bölge Müdürlüğü ve/veya SGK ta-

rafından kararlaştırılan idari para cezasının da alt işverene kesilmesi ve bundan alt işverenin sorumlu tutulması gerekir. Çünkü bize göre de, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi; yasaya aykırı tutumu kim sergilediyse sorumluluğun da ilke olarak yalnızca ona ait olmasını gerektirir. Nitekim genel olarak bakıldığında gerek iş hukuku öğretisinde¹⁷³ ve gerekse uygulamada eskiden bu yana bu anlayış egemendir¹⁷⁴. Bu kapsamda, alt işverenin yasaya aykırı tutumu yüzünden yetkili idari makamlarca kesilecek idari para cezası sadece ilgili alt işveren adına kesilmeli ve bunun ödenmesi konusunda da tek sorumlu alt işveren olmalıdır. Yani bu idari para cezası süresinde alt işverence ödenmezse, idare sadece alt işverene karşı cebri icraya başvurabilmeli, asıl işverenin birlikte sorumluluğu ve onun mal varlığına zorla el atma gündeme gelememelidir. Gerçekten de neticede bu bir idari yaptırım (idari ceza) ve buna yol açan eylem idari bir suç/kabahat olmakla birlikte, bu alanda da ceza sorumluluğunun kişiselliği ilkesinden ayrılmayı gerektirir bir durum mevcut değildir. Alt işveren işyerinin muvazaalı bildiri (İşK. 3/2) dışında, hukukumuzda durum böyledir. Nitekim, aslında bizzat yasa bile asıl işverenin birlikte sorumluluğunun işçilere karşı olduğundan söz etmektedir (İşK. 2/6). Oysa idari para cezası ve diğer idari yaptırımlar işçiye karşı bir sorumluluk değil, devlete karşı bir sorumluluktur. Bu yüzden, alt işverenin yasal yükümlerine aykırı tutumu yüzünden kesilen idari para cezasından asıl işverenin de birlikte sorumluluğu için bu konuda özel bir yasal düzenlemeye ihtiyaç duyulur. Çünkü; her ne kadar adı idari para cezası da olsa neticede bir cezalandırma mevcuttur ve bir yasa hükmüyle alt işveren için kesilen idari para cezasından asıl işverenin de birlikte sorumluluğu açıkça öngörülmemişse, yorum veya kıyas yoluyla böyle bir sorumluluk türetmek “kanunsuz suç ve kanunsuz ceza olmaz.” biçimindeki evrensel bir ceza hukuku ilkesi (TCK 2/1) ile kıyas ve kıyasa yol açacak şekilde yorum yasağına (TCK 2/2, 3) aykırıdır ve geçerli görülemez. Bireysel ve/veya toplu iş sözleşmeleriyle de böyle bir sorumluluk türetilemez, yani bu yöndeki anlaşma Bölge Müdürlüğü’ne (ve SGK’na) idari

para cezası konusunda hak ve yetki vermez. Fakat, bir yasa hükmü, alt işverenin yasaya aykırı tutumundan dolayı kesilecek idari para cezasından asıl işverenin de birlikte sorumluluk taşıdığını belirtirse, ancak bu durumda anılan cezadan birlikte sorumluluk gündeme gelir. Nitekim 15.05.2008 tarih ve 5763 sayılı Kanunla İşK. 3/2 ve 98/1’de yapılan değişiklik sonucu; alt işverene ait işyerini muvazaalı olarak bildiren asıl işveren ile alt işverene veya vekillerine ayrı ayrı idari para cezası verileceği öngörülmüştür (İşK. 98/1).

2. Asıl İşverenin Cezai Sorumluluğu

Yukarıda da değinildiği üzere alt işverene düşen işveren yükümlerinin ihlali nedeniyle uygulanan idari para cezalarından asıl işverenin de alt işverenle birlikte veya onun dışında ayrıca münferiden sorumlu tutulabilmesi için, bu konuda açık bir teknik-hukuki mana da kanun hükmüne ihtiyaç vardır ve böyle bir hüküm sistemimize 15.05.2008 tarih ve 5763 sayılı Kanun ile İşK. 98’de yapılan değişiklik neticesinde girmiştir. Gerçekten de anılan değişik metne göre; “bu Kanunun 3’üncü maddesinin ikinci fıkrasındaki işyerini muvazaalı olarak bildiren asıl işveren ile alt işveren veya vekillerine ayrı ayrı... idari para cezası verilir.” (İşK. 98/1). Madde hükmü sanki asıl ve alt işverenin muvazaalı bildiri birlikte yapacağı gibi bir anlam vermeye de müsait gibi gözükse de, bunu İşK. 3/2 ile birlikte yorumlamak gerekir. Buna göre ise; alt işverenin asıl işverenden iş alıp kendi işçileriyle yürüttüğü yer onun için ayrı bir işyeri sayılacağından, bu işyerinin de ÇSGB Bölge Müdürlüğüne kayıt ve tescil için bildiri gerekir. Alt işveren bu bildiri, asıl işverenden aldığı yazılı alt işverenlik sözleşmesini de dosyaya ekleyerek yerine getirir (İşK. 3/2). Bu bildirim yükümünün muhatabı sadece alt işverenin kendisidir ve yüküme aykırı davranırsa yalnızca alt işverene idari para cezası kesilir (İşK. 98/1). Buna karşın, alt işverence yapılan işyeri bildiri sonucu alt işverenliğin muvazaalı olduğu ortaya çıkarsa; (belki de muvazaanın asıl ve alt işverenin gerçek ama ortak düşüncesi ve tutumuyla yaşandığından olsa gerek) Yasa, sadece bu muvazaalı bildirimden dolayı

hem alt işvereni (veya yetkili işveren vekilini) ve hem de asıl işvereni birlikte değil, ayrı ayrı cezalandırmaktadır. Gerçekten de yasaya göre idari para cezasını gerektiren olgu “alt işveren işyerini muvazaalı olarak bildirmek”tir (İşK. 98). Bu ise, başlı başına sorun doğurucu niteliktedir. Şöyle ki; her şeyden evvel alt işverenin asıl işverenden iş alıp işçileriyle yürüttüğü işin yapıldığı yerin (işyerinin) bildirilmesi gerekmektedir (İşK. 3/II). Burası her ne kadar alt işveren için ayrı bir işyeri sayılacaksa da İşK. anlamında her zaman bildirim tabi bulunduğu söylenemez. Zira Yasa bu bildirim yükümünün sadece sürekli işlerdeki alt işverenliklerde geçerli ve zorunlu olduğunu belirtmektedir (İşK. 10/2). Hal böyle olunca, süreksiz işlerde yaşanan alt işverenliklerdeki alt işveren işyerinin bildirimine gerek olmadığı gibi, alt işverenin böyle bir yükümlülüğü de yoktur¹⁷⁵. Bunun sonucu olarak denebilir ki; süreksiz işlerdeki alt işveren işyerinin bildirimini yapılmaması veya isteğe bağlı olarak kendiliğinden yapılması ve bunun muvazaalı olması halinde gerek asıl ve gerekse de alt işveren için İPC gündeme gelmez. Durum, SSGSSK Ek md.1 bağlamında SGK’na bu süreksiz işteki muvazaalı alt işverenliğin bildiriminde de böyledir. Çünkü; alt işverenlik iş hukuku açısından hangi yasaya tabi olursa olsun ve ister sürekli isterse süreksiz işlerde yaşansın, bu alt işverenliğin SGK’na asıl işverenin işyeri sicil nosundan ve dosyasından bildirim gerekir. Ancak SGK’na yapılan bu bildirim, İşK.’na tabi süreksiz işlerdeki alt işverenlikte İşK.3 bağlamındaki bildirim yerine geçmez. Çünkü; İşK. 3 kapsamında alt işveren işyeri bildirimini sadece sürekli işlerde zorunludur ve SGK’na bildirim ancak bu halde İşK. 3 anlamında bildirim yerine geçer. Süreksiz işlerde alt işveren işyerinin bildirimini yükümü bulunmadığından, SGK’na yapılan bildirim, İşK.’daki olmayan bir bildirim yerine geçmesi ve idari para cezasına yol açması düşünülemez.

O halde alt işveren işyerinin bildirimini yükümü ve bunun muvazaalılığı nedeniyle İPC sadece İşK’na tabi sürekli işlerde yaşanan alt işverenliklerde karşımıza çıkabilir ve alt işverenin bunu, normalde asıl işverenden alacağı

yazılı bir alt işverenlik sözleşmesini de ekleyerek Bölge Müdürlüğü’ne yasal biçimde bildirim gerekir (İşK. 3/II).

4857 sayılı İşK. 98 kapsamında İPC’ni gerektiren olgu, sürekli işlerdeki muvazaalı alt işveren işyerinin ÇSGB ilgili Bölge Müdürlüğü’ne bildirim olduğundan, ilgili Bölge Müdürlüğü yerine her nasılsa bizzat ÇSGB’na veya başka bir Bölge Müdürlüğü’ne bildirim muvazaalı olsa bile bu hüküm bağlamında İPC düzenlenmesine yol açmayacağı kanısındayız. Ancak bu noktada 18.02.2009 tarih ve 5838 sayılı Kanun’la SSGSSK’da yapılan ve 01.08.2009’dan itibaren yürürlüğe giren (ve yukarıda değinilen) Ek md.1 hükmünün de tartışılması gerekir. Öyle ki, SSGSSK’na eklenen bu hükümde aynen, “İşverenler tarafından 8 inci, 9 uncu ve 11 inci maddelere göre Kuruma yapılan sigortalı ve işyerlerine ilişkin bildirimler; ...4857 sayılı İş Kanununun 3 üncü maddesi hükümleri uyarınca Bakanlık ile ilgili bölge müdürlüklerine ve Türkiye İş Kurumuna yapılması gereken bildirimlerin yerine geçer.

Ticaret sicili memurluklarınca işyeri tesciline ilişkin Kuruma yapılan bildirimlerin dışında, ayrıca Bakanlık ilgili bölge müdürlüğüne bildirimde bulunulmaz.” (SSGSSK Ek mad.1) denilmektedir.

İşte bu düzenlemeden hareket edildiğinde; İşK.’na tabi sürekli işlerdeki muvazaalı alt işveren işyerinin bildirimini sadece doğrudan doğruya ilgili Bölge Müdürlüğü’ne yapılması halinde değil, doğrudan ona bildirim yapılmasa da SSGSSK 8, 9, 11 uyarınca Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK)’na yapılması halinde de İşK. 3/II anlamında bir muvazaalı bildirim olduğu ve idari para cezasıyla karşılaşacağı söylenebilir. Çünkü, Yasa açıkça, bu bildirim İşK. 3 uyarınca yapılması gereken bildirimlerin yerine geçeceğini belirtmektedir.

* İPC’ni gerektiren husus, muvazaalı alt işveren işyeri bildirim olduğundan, alt işverenin bu bildirim yükümüne aykırı olarak anılan işyerini hiç bildirmemesi bu hüküm (İşK. 98/1) bağlamında idari para cezasına tabi değildir. Çünkü, böyle bir durumda hiç bildirim yok ki onun muvazaalılığından söz edilsin. Herhangi bir bildirim yokken AİY 8/2 gereği olarak iş

müfettişinin kendiliğinden yaptığı muvazaalı alt işverenlik tespiti veya bir sorun vesilesiyle alt işverenliğin muvazaalı olduğunun mahkemece tespiti durumunda da “muvazaalı alt işverenlik bildirim” bulunmadığından, İşK. 98/1 uyarınca idari para cezası gündeme gelmez. Bu yüzden, bildirim yapılmadığı hallerde, sadece alt işveren için ve o da yalnızca bildirim yükümlüne aykırılıktan İşK. 85 ile de bağlantılı olarak İPC uygulanır. Çünkü İşK. 98/1’in ilk cümlesi Yasanın 3’üncü maddesinin ikinci fıkrasındaki işyeri bildirme yükümlülüğüne aykırı davranan işvereni veya vekiline idari para cezası öngörmektedir.

* Sonra, alt işveren işyerinin bildirimini yaptığı hallerde de, İPC’nin gündeme gelebilmesi için, anılan bildirim yasal gereklere uygun ve geçerli bir bildirim olması da aranmalıdır. Bildirim şeklen yasal gerekleri karşılamıyorsa (örneğin sözlü bildirim yapılmışsa), ortada geçerli bir bildirimden söz edemeyeceğimizden, şartları varsa, bildirim yapmamaktan dolayı sadece alt işveren için İPC gündeme gelebilir ama bunun için asıl işverene İPC uygulaması ve sorumluluk düşmez.

* Bildirim yasal gereklere uygunluğu durumundaysa; her geçersiz alt işverenliğin bildirim değil, sadece muvazaalı alt işverenlik bildirimidir. Çünkü Yasa, muvazaalı alt işveren işyeri bildiriminde asıl ve alt işverene (veya vekillerine) bu eylemden dolayı ayrı ayrı İPC uygulanacağını belirtmektedir (İşK. 98). Oysa alt işverenliğin ne zaman muvazaalı sayılacağı hususu yukarıda da belirtildiği gibi tartışmalıdır. Bu konuda yönetmelik hükümlerinin baz alınması akla gelebilirse de, cezai yaptırım muvazaalı bildirimle bağlandığine göre, aslında alt işverenliğin ne zaman muvazaalı olacağını belirlenmesini bir kanun yerine yönetmelikle yani idarenin bir düzenleyici işlemiyle yapmanın TCK 2/2 karşısında nasıl savunulacağı da problemidir. Üstelik Yönetmeliğin (ve öğretinin çoğunluğunun) muvazaalı saydığı birçok halin hukuken gerçekte muvazaalı sayılmayacağını, bunların kanuna/hukuka aykırılık oluşturduğunu ve bazen de ek verilere donatıldığında kanuna karşı hile oluşturabileceğini yukarıda dile getirmiştik.

Dolayısıyla, bizce (asıl işin bir bölümünün yasal gerekler olmadan alt işverene verilmesi, alt işveren olan kişinin daha önce şu an iş aldığı işyerinde çalışması, asıl işveren işçilerinin alt işverence işe alınarak daha düşük koşullarla çalıştırılması, alt işveren işçilerinin başka yerlerde de çalıştırılması vs. hallerinde) anılan hallerde alt işverenlikte muvazaalı ve alt işveren işyerinin muvazaalı bildirim mevcut değildir ve idari para cezasının da uygulanmaması gerekir.

Ceza hukukunun evrensel bir ilkesi olan “suçta ve cezada kanunilik ilkesi” (TCK 2/1), muvazaalı oluşturmayan hallerde anılan yaptırımın uygulanmasına manidir¹⁷⁶. Bunların Yönetmelikte ve öğretide muvazaalı alt işverenlik sayılması ve buradan hareketle İPC’na tabi tutulması da beklenemez. Zira idarenin bir düzenleyici işlemi olan yönetmelikle suç ve ceza konulamayacağı (TCK 2/2) gibi, yasaların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamayacağı, hatta anılan hükümlerin kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanması da yasaktır (TCK 2/3). Fakat alt işverenliğin gerçekten muvazaalı olması ve bunun sanki geçerli bir alt işverenlikmiş gibi işyerinin bildirimine gidilmesi de mümkündür. Örneğin sözde alt işveren işçilerinin kimler olacağına, işi nasıl göreceklerine, işten atılmasına, disiplin cezasına tabi tutulmasına asıl işverenin karar verdiği, işbaşı eğitiminin yine asıl işverence verildiği vs. hallerde durum böyledir. Keza alt işverenliğin aslında asıl işverene işçi temin etmeye (iş arıcılığına) görüntüde kılıf olarak sergilendiği hallerde de durum böyledir ve bunlara yukarıda değinilmişti. İşte bunun gibi gerçekten alt işverenliğin muvazaalı (paravan) olduğu ve fakat geçerli bir alt işverenlik varmış gibi gösterilerek alt işverenin aldığı işi yaptığı yerin alt işveren işyeri olarak bildirim halinde muvazaalı bir alt işveren işyeri bildirimini bulunduğu ve bundan dolayı idari para cezasına gidileceği söylenmelidir.

* Muvazaalı alt işverenlikte alt işveren işyeri diye gösterilen işyerinin bildirim idari para cezasını gerektirdiğinden, cezayı gerektiren olgunun alt işverenliğin tümüyle muvazaaya dayandığı ve tümünden geçersiz olduğu halde, sanki geçerli bir alt işverenlik ve ona ait işyeri varmış

gibi bildirilmesidir. Yoksa münferiden bir/birkaç işçinin iş ilişkisinde ve onların işvereninde muvazaa varsa, bu kısmi muvazaa sayılır ve sadece o ilgili işçiler bakımından alt işverenlik geçersiz görülür ve işçiler asıl işverenin işçisi kabul edilirler ama onlar dışında alt işverenlik ve alt işveren işyeri gerçekçi olabilir ve bu durumda alt işveren işyerine ait bildirim muvazaalı bildirim olacağından söz edilemez. Yani böylesi hallerde, tartışılan şekilde (İŞK. 98/1) bir idari para cezası gündeme gelmez.

* Yalnız, burada idari para cezası alt işverene kesilip de asıl işverenin birlikte sorumluluğuna gidilmemekte, aynı eylem nedeniyle aynı ölçekte ve ayrı ayrı olmak koşuluyla hem alt işverene (veya vekillerine) ve hem de asıl işverene (veya vekillerine) idari para cezası uygulanmaktadır. Kısacası anılan eylemin faillerinden birisi de asıl işveren sayılarak her fail ayrı ayrı cezalandırılmaktadır. Bundan dolayı da her birine kesilen idari para cezasının tahsili herkesin kendi cezasından olacak şekilde her birinden ayrı ayrı yapılmalıdır, kanısındayız.

* Bu arada anılan bildirim muvazaalı olduğunun tespitinin ne zaman yapılacağı ve buna yönelik idari para cezasının ne zaman kesileceği ve buna itirazın nereye yapılacağı da önemlidir. Mevcut yasal kurallar incelendiğinde, bildirim muvazaalı olduğu yönündeki tespit ne zaman yapılacağı ve idari para cezasının ne zaman kesileceğinin netlikle düzenlenmediği söylenebilir. Bu yüzden, muvazaalı alt işverenlik bildirim yapıldıktan sonra bizzat iş müfettişince bu bildirim üzerine hemen tescil aşamasında veya AİY 8/2 uyarınca daha sonraki bir aşamada alt işverenliğin ve dolayısıyla da buna dair bildirim muvazaalı olduğunun rapora bağlanmasının mümkün bulunduğu söylenebilir. Bu kapsamda idari para cezası için müfettiş raporuyla muvazaalı alt işverenlik bildirim yapıldığına dair tespit yapılmasının yeterli olacağı, bu muvazaa raporuna karşı işverenlerin iş mahkemesine müracaat etmeleri halinde, onun sonucunun beklenmeyeceği gibi bir yaklaşım akla gelebilir. Bu durumda, işverenler henüz muvazaa olgusu hukuken kesinleşip sabit olmadan idari para cezasıyla da karşı karşıya kalacaktır. Üstelik muvazaa tespiti içeren rapora

karşı, kendilerine tefhim veya tebliğ tarihinden itibaren 6 iş günü içinde iş mahkemesinde itiraz edebilirken; bu yüzden kesilen idari para cezaları içinse yine tefhim veya tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içinde (5728 sayılı Kanunla yapılan değişiklik gereği 3526 sy. KabK. çerçevesinde) sulh ceza mahkemesine başvurarak itiraz edebileceklerdir. Her iki olasılıkta da taraflar süresinde itiraz hakkını kullanmazlarsa, iş hukuku bakımından muvazaa ve sözde alt işveren işçilerinin baştan beri asıl işveren işçisi sayılmaları kesinleşecek; Kabahatler Kanunu bakımından idari para cezaları kesinleşerek tahsilata hazır hale gelecektir. Fakat ilgili işverenler süresinde mahkemelere başvurarak yasaca tanınan itiraz etme haklarını kullandığında; bu kez, ne kadar sürede karar verilir bilinmez ama iş mahkemesinin muvazaa gibi bireysel ve toplu iş hukuku bakımından önemli sonuçlar doğuran bir konudaki kararı kesin olacaktır. Yani temyize götürmek mümkün değildir. Oysa idari para cezasına itiraz üzerine sulh ceza mahkemesinin kararı tebliğinden itibaren 7 gün içinde, yargı çevresinde yer aldığı ağır ceza mahkemesine götürülerek bir başka mahkemenin de süzgecinden geçirilebilir. Fakat neticede gerek iş mahkemesinde ve gerekse sulh ve ağır ceza mahkemesinde yargılama yapılırken, ilgili alt işverenliğin muvazaalı olup olmadığının ve yasal çerçevede bir işyeri bildirim yapılıp yapılmadığının tetkik ve tespiti gerekecektir. Yoksa, ceza mahkemesinde sadece idari para cezasının hukuken öngörülen usule uygun verilip verilmediğinin denetimiyle yetinilmemelidir. Zira, anılan idari para cezası alt işverenliğin ve işyerinin muvazaalı bildirim üzerine ve bu sebeple kesilmektedir. Dolayısıyla aynı konuda mahkemelerin farklı tespitlerinin gündeme gelmesi mümkündür. Bunu önlemek için, konuyu uzman mahkeme gözüyle ele alıp inceleyeceğinden, iş mahkemesindeki davanın ceza mahkemesindeki davada bekletici mesele yapılarak, oradan gelecek karara göre bir sonuca varılması düşünülebilir¹⁷⁷. Önceden de çeşitli vesilelerle söylediğimiz gibi, burada İŞK. çerçevesinde yaşanan bir idari para cezasının sanki gerçek bir cezaymış gibi algılanarak asıl uzman mahkemedan anlamsızca kaçırılma-

sı ve hiç de uzmanlık taşımayan ceza yargısına teslim edilmesi şeklindeki yanlışlığın bir uygulama örneğiyle karşılaştığımızı söylemeliyiz.

Fakat, idari para cezasının ancak, müfettişçe yapılan tespitin hukuken kesinleşmesinden sonra kesileceği söylenirse; bu durumda farklı kararların çıkması ihtimali büyük oranda azalır. Gerçi hukuk (iş) mahkemesinden alınan karar ceza mahkemesi hakimini bağlamaz ama o ilişkinin muvazaalı olup olmadığı konusunda ciddi bir delil olarak görülmelidir.

* İşK. 98 anlamında muvazaalı alt işverenlik bildirimini nedeniyle asıl ve alt işveren için ayrı ayrı İPC kesilebilmesi için, bu alt işverenlik bildiriminin muvazaalılığının mutlaka sadece iş müfettişince bir raporla tespiti de şart değildir. Kanımca, muvazaalı alt işverenlik bildirimini yapıldıktan sonra bu bildirim ve bildirim konusu alt işverenliğin muvazaalı olduğunun bir yargılama sonucu bizzat mahkemece tespit edilmiş bulunduğu hallerde de anılan idari para cezasının kesilmesi gerekir. Fakat bu ihtimalde İPC uygulanabilmesi için, alt işverenliğin tümünden muvazaalı olduğunun tespiti yapılmış olmalıdır. Yoksa sadece bir/birkaç işçi bakımından alt işverenliğin muvazaalı olması durumunda bu hüküm bağlamında İPC'nin gündeme gelmemesi gerekir. Zira, alt işverenlik bildiriminin muvazaalılığının ancak alt işverenliğin tümünden muvazaalı sayıldığı hallerde özgülmesi gerektiğini düşünüyoruz. Oysa bir/birkaç işçi bakımından muvazaalı sayıldığı hallerde alt işverenlik ve alt işveren işyeri vardır ve doğrudur ve buna dair bildirim de sağlıklıdır, denilebilir. Yasa muvazaalı alt işveren işçisi bildirimini değil, sadece muvazaalı alt işveren işyeri bildirimini bu anlamda idari para cezasına tabi tuttuğundan, böyle bir sonuca ulaşmak mümkün gözükmemektedir. (Alt işverenin yasaya aykırı tutumu yüzünden ilgili ve yetkili makam veya merci tarafından işyerinin faaliyetinin durdurulması veya tümünden/kısmen, temelli veya geçici kapatımı biçimindeki bir idari yaptırım karşısında da asıl işverenin alt işverenle birlikte sorumluluğunun işlerlik kazanıp kazanamayacağı tartışılmalıdır. Alt işverenin asıl işverenden alıp kendi işçilerini çalıştırarak iş gördüğü yer, asıl işverenin değil onun bağımsız işyeri

sayılınca; bu tür idari yaptırımın da sadece alt işveren adına karara bağlanıp işlerliğe konması beklenir. Yoksa alt işverenin bu tutumu nedeniyle birlikte sorumluluk bağlamında asıl işveren adına ve asıl işverenin (bu alt işverene verdiği dışında) işyeri birimlerinde böyle bir yaptırım kararı alınması ve uygulanması beklenemez. Karar ve uygulaması, sadece alt işverene verilen ve ona ait sayılan işyerinde uygulanabilirse de, neticede orasının dahi asıl sahibi asıl işveren olduğuna göre, asıl işverenin bu tedbirden etkilenmesi kaçınılmaz gözükmektedir. Lakin o da bu yaptırımın uygulanıp bitimini beklemeden alt işverenliği sonlandırarak yaptırımın uygulanacağı alt işveren işyerini de hukuken ortadan kaldırabilir, denilebilir).

* Son olarak belirtilsin ki, yukarıda tartışılan idari para cezası vs. konuları sadece 4857 sayılı İşK.'na tabi alt işverenlikler bağlamında düşünülebilir. Kendisinde alt işverenliğe dair özel düzenleme bulunmayan diğer iş yasaları (BK., DenişK. ve BasışK.) açısından gerek alt işverenlik kurumu ve gerekse bununla bağlantılı idari para cezaları ve bundan sorumluluk hususunda sadece 5510 sayılı SSGSSK hükümlerinin uygulanması düşünülebilir ve biz de konuyu aşağıda ayrıca ele alacağız.

IV. SOSYAL GÜVENLİK HUKUKUNDA ALT İŞVERENLİK VE İDARİ PARA CEZALARINDAN SORUMLULUK

Yukarıda iş hukuku (İşK.) bağlamında alt işverenlik ve idari para cezalarından sorumluluk konusu sunulmaya çalışılmıştır. Oysa işin bir de sosyal güvenlik hukuku boyutu mevcuttur ve bu hususta şöyle bir sıra içinde kısaca şunlar söylenebilir.

1. Genel Hatlarıyla Alt İşverenlik Kavramı

Bunu 506 sayılı SGK ve 5510 sayılı SSGSSK açısından ayrı ayrı ele alarak değerlendirmeye tabi tutmakta yarar vardır. Buna göre;

A. 506 Sayılı Yasa Döneminde: Alt işve-

renlik kavramı sosyal güvenlik hukuku bakımından ülkemizde ilk kez 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nda ve "aracı" adıyla düzenlenmişti (SSK 87). Bu düzenleme, o dönemler yürürlükte bulunan 3008 sayılı İşK. ve onun yerini alan 931 sayılı İşK. ile 10.06.2010'a dek yürürlükte kalan 1475 sayılı İşK.'daki alt işverenle ilgili hükümlerden çeşitli yönleriyle farklılık içeriyordu¹⁷⁸. Aracı deyiminin taşeron veya alt işverenle aynı mı yoksa farklı mı olduğuna dair çeşitli düşünceler ileri sürülmüştü¹⁷⁹. Aslında çeşitli yönleriyle benzerlik arz etmekle birlikte yasa hükümleri incelendiğinde, SGK'daki alt işverenlikle İşK.'daki alt işverenliğin kimi yönlerden farklılıklar taşıdığı söylenebilirdi¹⁸⁰.

Tartışmaları bir yana bırakırsak, gerek öğreti ve gerekse uygulamada SSK bakımından alt işverenlik hususunun nasıl anlaşıldığını uygulamadan seçtiğimiz örnek bir Yargıtay kararı şöyle dile getirmekteydi; "506 sayılı Kanunun 87. maddesi hükmüne göre aracı bir işte veya bir işin bölümü veya eklentisinde işverenlikten iş alan ve kendi adına sigortalı çalıştıran 3. kişi olup; asıl işveren taşeron ilişkisinin varlığı için öncelikle işin başka bir işverenden alınmış olması, bir başka ifade ile asıl işverenin işverenlik sıfatına devredilen iş dolayısıyla sahip olması, asıl işyeri ya da işyerinden sayılan yerlerde kendi adına işçi çalıştırıyor olması gerekir.

İşin belirli bir bölümünün değil de tamamının bir bütün halinde ya da bölümlere ayrılarak başkalarına devredildiği, işten bu yolla tamamen el çekildiği, sigortalı çalıştırılmadığı için işveren sıfatına haiz olunmadığı durumda ise, bunları devralan kişiler alt işveren, devreden de asıl işveren olarak nitelendirilemeyecektir.

Aracı sıfatının kazanılmasında diğer koşullar ise, asıl işverenden üstlenilen işin, asıl iş ya da işyeriyle ilgili işin bir bölümünde veya işyeri eklentilerinde alınmış olması ve bu işte işi alanın kendi işçilerinin çalıştırılması ve bu nedenle de işveren sıfatına sahip olunmasıdır"¹⁸¹.

B. 5510 sayılı SSGSSK Döneminde: Bilindiği üzere 31.05.2006 tarih ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu (SSGSSK) bazı değişiklikler geçirmekle birlikte 506 sayılı SSK'nu yürürlükten kaldırarak onun yerini almış olup halen uygulanmaktadır. Bu

Yasada da alt işverenlik kavramı "alt işveren" adıyla düzenlenmiştir (SSGSSK 11/8 ve 12/son fıkra). Anılan düzenleme bu kez isim bakımından İşK. ile uyumlu gözükmeyle birlikte, içerik bazında kimi farklılıklar taşıdığı kanısındayız.

Burada detayına girmemekle birlikte, bu Yasa bakımından alt işverenlik için de; kendisi de sigortalı çalıştıran bir işverenin (asıl işveren) bulunması, bundan belli şekilde (işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin bir işte veya bir işin bölümü veya eklentilerinde) iş alan ve aldığı işte kendi sigortalılarını çalıştıran bir başka işveren (alt işveren)'in varlığının zorunlu olduğu söylenebilir, kanısındayız¹⁸².

Yasal düzenleme dikkate alındığında, alt işverenlik için asıl işin bir bölümünde iş alanın İşK. 2/6-7'deki koşullara tabi tutulmadığı ve yine İşK.'daki gibi (Yargıtay ve baskın öğretinin muvazaa diye andığı ama bizim farklı düşündüğümüz) yasaklara tabi tutulmadığı, bu yüzden de işçilerin baştan beri asıl işverenin işçisi sayıldığı yasal örneklerin burada bulunmadığı belirtilmelidir.

Ayrıca, alt işverenin asıl işverenden alıp kendi sigortalılarıyla yürüttüğü, işi yaptığı yerin (alt işveren işyerinin) ayrı bir işyeri olarak bildirimi yerine, çalıştırdığı sigortalıları asıl işverenin işyerinin kayıtlı olduğu dosyadan özel bir numarayla Kuruma bildirmesi öngörülmüştür (SSGSSK 11/8).

Alt işverenin çalıştırdığı sigortalılara karşı Yasanın işverene yüklediği yükümlülüklerden dolayı bizzat alt işverenin işveren sıfatıyla sorumluluk taşınması yanında asıl işverenin de alt işverenle birlikte sorumlu olacağı Yasada açıkça dile getirilmiştir (İşK. 12/son).

Bunun içine sigortalıları, iş kazası ve meslek hastalığını bildirme ve prim belge ve bildirgelerini düzenleyip kuruma verme ve primleri ödeme, iş kazası vs.den sigortalı veya hak sahipleriyle Kuruma karşı sorumluluk hususlarının girdiği tereddütsüzdür¹⁸³. Hatta primleri ödemede gecikme vs. halinde gecikme zammı, faiz vs gibi fer'i yüklerin de girdiği söylenebilir. Lakin, Yasanın alt işverene yüklediği işveren yükümlerinin ihlali halinde uygulanacak idari para cezalarından sorumluluğun da girip girmediği tartışmalıdır ve inceleme konumuz da bu olup aşağıda sunulacaktır.

2. İdari Para Cezalarından Sorumluluk

Gerek mülga 506 sayılı SGK ve gerekse onu izleyen 5510 sayılı SSGSSK alt işverene tıpkı normal bir işveren gibi işveren yükümlülükleri getirmiş ve bunların ihlali halini ise idari para cezalarıyla karşılamıştır (506 sy. SGK. ve SSGSSK 102, 103). Tüm bu idari para cezalarından somut ihlale bağlı olarak ilgili yüküme aykırı davrananın sorumlu tutulacağı öngörülmüştür. Şüphesiz alt işveren sigortalılarına ve onlar dolayısıyla da Kuruma karşı onların işvereni sıfatının bizzat alt işverene ait olduğu, bu yüzden de alt işverenin işveren sıfatıyla idari para cezasından da sorumluluk taşıyacağı tartışmadan uzaktır. Ancak anılan yükümlerin ihlali durumunda kesilecek idari para cezasından asıl işverenin de “ayrıca tek başına” veya “alt işverenle birlikte” sorumluluk taşıyıp taşımayacağı evvelden beri ilgi ve tartışma uyandırmıştır.

Öyle ki, gerek 506 sayılı SGK’da ve gerekse de 5510 sayılı SSGSSK’da öngörülen işveren yükümlülüklerinin ihlali halinde işveren ve/veya alt-asıl işveren deyimleri geçmeksizin, sadece “ilgili yükümü yerine getirmeyen”in (aykırı davrananın) bir miktar idari para cezasıyla karşılaşacağından söz edilmiştir (SGK 140, SSGSSK 102). Örneğin sigortalı bildirgesini vermekle yükümlü tutulduğu halde bunu yasaca öngörülen yollardan biriyle göndermeyenler idari para cezasına tabi tutulmuşlardır (SSGSSK 102/a). Burada anılan idari para cezalarından kimin ya da kimlerin ve hangi sıfatla sorumlu tutulacaklarına dair herhangi bir açıklık yoktur.

Ancak, bunların (ihlal edilen yükümlerin) sosyal sigortalıların işverene yüklediği birer işveren yükümü olduğu ve onun tarafından yerine getirilmesi gerekirken getirilmeyişinin ceza gerektiren bir ihlal olduğu ve ilgili idari para cezasının da ihlal fiilini gerçekleştiren işverene kesilmesinden doğal bir şey olamaz kanısındayız. Alt işveren sigortalıları bakımından onların gerçek-hukuki işvereni alt işveren olduğuna göre, idari para cezalarından sorumluluğun da sadece alt işverene ait olması gerekir. Asıl işverenin 5510 sayılı Kanun’un işverene yüklediği yükümlülüklerden dolayı alt işverenle birlikte asıl işvereni de sorumlu tutan hükmün (SSGSSK 12/son) bu noktada da birlikte sorumluluk ön-

gördüğünü söylemek, anılan cezaların işveren yükümlülüklerinin ihlalinin yaptırımını olduğu ve işveren yükümlülüklerindense alt ve asıl işverenin birlikte sorumlu tutulduğu düşünülürse akla gelebilir. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 506 sayılı SGK döneminde bu yönde bir karar vermişti ve anılan kararda aynen; “506 sayılı Kanun 87. maddesinde, tali işverenin ödeline uymamasının sonuçlarından asıl işverenin de sorumlu olacağı” kuralını koymuştur.

Zira, tali işverenler hayat deneyimleriyle ortadadır ki ekonomik bakımdan asıl işverenlere göre güçsüz kişilerdir. Bunların kişisel olarak sorumlu tutulmaları, gerek sigortalıların ve gerek sigortalılara verilecek sosyal güvenlik haklarını uygulayan Sosyal Sigortalar Kurumunun hak ve alacaklarını güvenceye almakta yetersiz olabilir. Bu nedenle, yasa koyucu ortak yükümlerde madde 86 ile tali işverenlerin ödevlerine uymamalarının yaptırımlardan güçlü asıl işverenleri de müteselsil sorumlu tutan, sosyal güvenlik hukukunun isteklerine uygun düşen bir düzenleme yapmıştır. Bu düzenleme gereğince, Kurumun parasal hak ve alacaklarından, ihale makamından iş alan asıl işverenler de sorumludur. İşte, asıl işveren bu müteselsil sorumluluk gereğince tali işverenin idari para cezasından sorumludur.”¹⁸⁴ denilmiştir.

Ancak bu karar öğretide ceza hukukunun evrensel prensipleri olan “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ve “kusursuz suç ve ceza olmaz” ile “cezaların şahsiliği” ilkelerine aykırılığı nedeniyle eleştirilmiştir¹⁸⁵. Bunun üzerine ve bundan sonra Yargıtay 10. Hukuk Dairesi tam aksi yönde bir anlayışa meylederek HGK’dan ayrılmış ve öğreti eğilimine uygun bir karar vermişti ve kararda “Süresinde sigorta prim bildirgesi vermeyen ve hakkında idari para cezası kararı verilmiş olan alt işveren Sosyal Sigortalar Kurumu’na karşı sorumlu olup, bundan dolayı ihale makamı olan asıl işverene sorumluluk” yüklenemeyeceği açıkça dile getirilmiştir¹⁸⁶. Öğretide de 10. HD. anlayışı yönünde bir kabul vardı.

506 sayılı Yasa’nın yürürlükte olduğu dönemde yaşanan bu tartışmaların 2008’de yürürlüğe giren 5510 sayılı SSGSSK evresinde yaşanmaması beklenirdi. Ancak yukarıda da

belirtildiği gibi, yeni Yasa da bir takım işveren yükümlülükleri öngörmüş¹⁸⁷ ve bu yükümlülüklerden dolayı alt ve asıl işverenin birlikte sorumluluğundan söz etmiştir (SSGSSK 12/son). Ayrıca anılan yükümlülüklerin ihlali halinde ihlal edenin (kim veya kimler olabileceğini belirtmeden) idari para cezasıyla karşılaşacağını düzenlemiştir (SSGSSK 102). Bundan alt işverenin işveren sıfatıyla sorumluluk taşıyacağı tartışmasızdır ama sorun, tıpkı 506 sayılı SGK dönemindeki gibi bundan asıl işverenin de birlikte sorumlu tutulup tutulmayacağı noktasında toplanmaktadır.

Sorunu ilginç ve uygulama açısından sıkıntılı kılan husus ise, Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK)'nın yayımladığı 07.06.2010 tarih ve 2010/71 sayılı Genelgesi'nde de yukarıda değinilen HGK anlayışından da söz edilerek, alt işveren için kesilen ve alt işverenin ödemesi gereken idari para cezasından dolayı asıl işverenin de birlikte sorumlu olduğu ve 6183 sayılı Kanun uyarınca bundan dolayı icra takibine muhatap tutulacağı açıkça vurgulanmış olmasındır.

Gerçekten de anılan Genelgede yukarıda değinilen Yargıtay HGK Kararı'nın içeriği aynen verildikten sonra şöyle denilmektedir; "Yargıtay'ın asıl işverenin sorumluluğu ile ilgili muhtelif kararlarında da "birlikte sorumluluk" deyiminden tam teselsülün, dolayısıyla müşterek ve müteselsil sorumluluğun anlaşılması gerektiği belirtilmiştir.

Buna göre, alt işverenin kanun ile işverene yüklenen sorumlulukları yerine getirmemesi nedeniyle prim borçlarının yanı sıra kurum tarafından uygulanan idari para cezalarından da asıl işverenin sorumlu olduğu, bu sorumluluğun da müşterek ve müteselsil sorumluluk olduğu Yargıtay'ın yerleşik içtihadıdır. Yargıtay Hukuk Genel Kurul kararındaki asıl işverenin kanuni sorumluluğunu düzenleyen bu hüküm, 506 sayılı Sosyal Güvenlik Kanunu'nda olduğu gibi 5510 sayılı Kanun'da da aynen korunmuştur.

Öte yandan, 6183 sayılı Kanununun 55. maddesinin birinci fıkrasında; "Amme alacağını vadesinde ödemeyenlere, 7 gün içinde borçlarını ödemeleri veya mal bildiriminde bu-

lunmaları lüzumu bir "ödeme emri" ile tebliğ olunur"¹⁸⁸.

Ancak gerek bunun temelindeki HGK kararı ve gerekse bu Genelge hükümleri öğretide haklı olarak eleştirilmektedir¹⁸⁹.

Bize göre de; SSGSSK çerçevesindeki Yasaca öngörülen işveren yükümlülüklerinin ihlali (hukuki sorumluluk dışında) bağlanan bir başka sonuç, idari para cezasıdır ama adı idari para cezası da olsa neticede bu yaptırım bir cezadır ve sırf Kurum'a (devlete) karşı bir sorumluluktur. Anılan yaptırımın sonuçta bir cezai yaptırım olması nedeniyle idari eylemi/suç kim işlediyse, cezai sorumluluğun da ona ait olması gerekir. Ceza sorumluluğunun kişiselliği bunu gerektirir. Anılan işveren yükümlülüklerinin gerçek sahibi ve somut olayla ilgili işveren sıfatı alt işverene ait olduğundan bunların ihlali bağlanan idari para cezalarından sorumluluğun da alt işverene ait olması doğaldır. Alt işveren yanında birlikte veya ayrıca bağımsız biçimde asıl işverenin de bundan sorumlu tutulabilmesi için, (tıpkı İşK. 98/1 gibi) bunu açıkça öngören bir Kanun hükmünün varlığı şarttır. Zira "kanunsuz suç ve ceza olmaz" biçimindeki evrensel ceza hukuku prensibi TCK'da da vardır (TCK 2/1) ve olayımızda aynen geçerlidir. Ayrıca kıyas veya yorum yoluyla suç ve ceza yaratılamayacağından (TCK 2/3), gerek idari makamların ve gerekse yargı yerlerinin kanunun açıkça suç saymadığı ve ceza vermediği bir eylemi suç ve onunla genel bir bağlantısı olan asıl işvereni de suçlu sayarak cezaya tabi tutması hukuka aykırıdır. Keza bu sav, yukarıda değinilen HGK kararından esinlenerek alt işveren için öngörülen idari para cezasından asıl işvereni de onunla birlikte sorumlu tutan SGK ve 07.06.2010 tarih ve 2010/71 sayılı Tebliği açısından da geçerlidir. Çünkü söz konusu Tebliğ idarenin (SGK'nun) bir düzenleyici işlemi olup, bizzat TCK'nun açık hükmü gereği "idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz" (TCK 2/2). İş hukukunda olduğu gibi sosyal güvenlik hukuku bakımından da işveren yükümlülüklerinin ihlali nedeniyle uygulanacak idari para cezalarından asıl işverenin alt işverenle birlikte yahut ondan bağımsız biçimde ayrıca münferiden sorumlu tutulabilmesinin

tek yolu (tıpkı İşK. 98/1 gibi) bunu açıkça öngören teknik–hukuki anlamda bir kanun hükmüyle böyle bir sorumluluğun getirilmesidir. Aksi halde, asıl işverenlerin genelde alt işverene nazaran ekonomik açıdan daha kuvvetli olması vs. gibisinden gerekçeler yargı yerlerinin yahut idarenin yorum ve/veya kıyas yahut düzenleyici işlemle suç ve ceza öngörmesine ve yaratmasına imkan vermez. Aksine eğilim TCK 2 hükmünde düzenlenen ve yukarıda dile getirilen ilkelerin hiçe sayıldığı hukuka aykırı bir tutum olur. Bu yüzden temennimiz; kanun koyucunun ya açıkça bu konuda asıl işvereni de sorumlu tutan net bir kanun hükmü getirmesi ya da bu yapılmadığı sürece yargı yerlerinin ve idari makamların kendi kendilerine suç-ceza ve sorumluluk türetmekten vazgeçmeleridir.

DİPNOTLAR

- 1 Bu konuda bkz. S. Şen, Taşeronluk ve Endüstriyel İlişkilere Etkileri, 2. Bası, İstanbul 2002, 152 vd. A. Güzel, Alt İşveren (Taşeron) Uygulamasının Endüstri İlişkileri Sistemine Etkileri, ÇİD, Eylül 1993, 6 vd. Akyiğit, 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, C.I, 3. Bası, Ankara 2008, md. 2, 87 vd. N. Ekin, Ekonomik ve Hukuksal Boyutlarıyla Alt İşveren, İTO yy.93-94. İ. Aydın, Türk İş Hukukunda Alt İşveren İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, Ankara 2008, 153 vd. H. Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, 3. Bası, Ankara 2008, 162-185. Akyiğit, Alt İşverenlik Kavramı ve Benzer İlişkilerden Farkı, Tühis/Kasım 2009-Şubat 2010, 1-38. Akyiğit, Kamu İşyerlerinde Muvazaalı Alt İşverenlik ve Sonuçları, Sicil/Mart 2010, 138-159. Güven/Aydın, Bireysel İş Hukuku, 3. Bası, Ankara 2010, 5-58. H. Sümer, İş Hukuku Uygulaması, 3. Bası, Konya 2009, 18-34. Alt işverenliğin bu sayılanlar dışında, aslında despotik bir emek rejimi olduğunu dile getirenler de vardır (Bkz. G. Yücesan-Özdemir, Despotik Bir Emek Rejimi Olarak Taşeron Çalışma, ÇİŞTopD.210/4, 35-49. Canbolat, Borçlar Hukuku Bakımından Alt İşveren (Kamu İşyerlerinde Alt İşveren Uygulamasının Doğurduğu Sorunlar ve Çözüm Önerileri/Belek-Antalya) Ankara 2010, 3-43. Akyiğit, İş Hukuku Bakımından Alt İşverenlik (Kamu İşyerlerinde Alt İşveren Uygulamasının Doğurduğu Sorunlar ve Çözüm Önerileri/Belek-Antalya) Ankara 2010, 43-56. Şahlanan, İş Hukuku Açısından Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar (Kamu İşyerlerinde Alt İşveren Uygulamasının Doğurduğu Sorunlar ve Çözüm Önerileri/Belek-Antalya) Ankara 2010, 125-137.
- 2 Eser sözleşmesi hakkında bk. P. Gauch, Der Unternehmer im Werkvertrag, 2. Aufl. Zürich 1977, 21 vd. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, 2. Bd., Besond. Teil, 1. Halbd. München 1986, § 53, I vd. Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İst. 1992, 346 vd. Ayrıca bkz. <http://de.wikipedia.org/wiki/Subunternehmer> (erişim tarihi; 21.04.2010).
- 3 Alt işveren ilişkisine dair fazla bilgi için bkz. T. Canbolat,

- Türk İş Hukukunda Asıl-Alt İşveren İlişkileri, İstanbul 1992, 1 vd. Akyiğit, İş K. 2, 86 vd. ile orada anılanlar. Akyiğit, İş Hukuku, 8. Bası, Ankara 2010, 59 vd. N. Çelik, İş Hukuku Dersleri, 23. Bası, İstanbul 2010, 45 vd. Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, 133 vd. C. Şafak, 4857 sy. İş Kanunu Çerçevesinde Taşeron (Alt İşveren) Meselesi, TBB D. Sy, 51, 2004, 111-132. İ. Aydın, İşverenin Sosyal Teması ve İş İlişkilerinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları, Ankara 2004, 162-183. A. Güzel, İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkisinin Sınırları, ÇİŞ. ve Toplum 2004/1, 31-65. P. Soyer, 4857 sy. İş Kanunu Açısından Asıl İşveren-Alt İşveren ilişkisinin Kurulması ve Sonuçları, Sicil/Mart 2006, 16-28. S. Şen, Alt İşverenlik ve Asıl İşin Bir Bölümünün Alt İşverene Verilmesi, ÇİŞ. ve Top. 2006/3, 71-97. N. Gerek/İ. Oral, Belediyelerin Çöp Toplama İşlerini Alt İşverenlere Vermeleri ve Bunun Yarattığı Sorunlar, Sicil/Mart 2006, 29-35. Akyiğit, İş Güvencesi, Ankara 2007, 39 vd. İ. Aydın, 153 vd. Akyiğit, Alt İşverenlik, 2 vd.
- 4 Akyiğit, İş K. 2, 88 vd.
- 5 Akyiğit, İş K. 2, 88 vd. Akyiğit, Alt İşverenlik, 2 vd. Buna sonraki işveren (Nachunternehmer) adı da verilmektedir (bkz. <http://de.wikipedia.org/wiki/Subunternehmer>).
- 6 Akyiğit, İş K. 2, 88.
- 7 T.C. Bu sözleşmeyi 04.12.1960 tarih ve 161 sy Kanun ile kabul etmiştir. (RG.21.12.1960) Akyiğit, İş K. 2, 87. UÇÖ bu sözleşmeyle ilgili 84 nolu tavsiye kararına da sahiptir. Aslında işçiler bakımından önemli hükümler içeren bu sözleşmeyi sadece 60 ülke onaylamış ve maalesef onlarda bile yeterince uygulamaya sokulmamıştır. Bu yüzden UÇÖ bu sözleşmenin onaylanmasını ve uygulanmasını yaygınlaştırmak için öneride bulunmaya hazırlanmaktadır. (Bkz. Kamu Sözleşmelerinde Çalışma İlişkileri ve 94 Sayılı İLO Sözleşmesinin Uygulanma Sorunları, Sendikal Notlar/Tmz 2009, 98-117. çev. M. K. Coşkun.)
- 8 Akyiğit, İş K. 2, 88-89.
- 9 Krş. Ekin, 93 vd, 149.
- 10 Tüm bu konularda bkz. Akyiğit, İş K. 2, 89 vd. ile orada anılan kaynaklar.
- 11 Yeni yasa çerçevesindeki alt işverenlikle ilgili olarak genel kitaplar dışında bkz. C. Şafak, 4857 sayılı İş Kanunu Çerçevesinde Taşeron (Alt İşveren) Meselesi, TBB Dergisi, sy. 51, 2001, 111-132. A. Güzel, İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkisinin Sınırları, ÇİŞ. ve Top. D. 2004/1, 31-66. M. Özveri, Alt İşveren Uygulaması ve Yeni İş Yasası, LegalİSGHD. 2004/2, 383-400. Ş. Taşkent, Alt İşveren, LegalİSGHD. 2004/2, 363-366. Akyiğit, Alt İşverenlik Kavramı ve Benzer İlişkilerden Farkı, Tühis/Kasım 2009-Şubat 2010, 1-38. Akyiğit, Kamu İşyerlerinde Muvazaalı Alt İşverenlik ve Sonuçları, Sicil/Mart 2010, 138-159. Ş. Çil, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi (İş Hukukunda Üçlü İlişkiler) İstanbul 2009, 4-60.
- 12 Bkz. N. Tarcan, Yasalar Herkes İçin Eşit Değil mi? Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Kamu-Özel Ayrımcılığı, Sicil/Eylül 2006 86-91; Ö. Ekmekçi, Kamu İşverenin Özel Sektör İşvereni Karşısında Kayırılması ve Anayasa'nın Eşitlik İlkesinin Açık İhlali, LegalİSGHD 2006, 1176 vd.; krş. Çankaya/Çil, 4857 sy. İş Kanunu'na Göre Asıl İşveren-Alt

- İşveren İlişkisi, Sicil/Eylül 2006, 69; Mollamahmutoğlu, 184-185; Akyiğit, Kamu İşyerlerinde Muvazaalı Alt İşverenlik ve Sonuçları, Sicil/Mart 2010, 138 vd. ve 9. HD. 19.02.2009-33290/2942.
- 13 9. HD. 19.02.2009-33290/2942; 14.07.2008-1929/20008.
- 14 RG 27.09.2008, No; 27010.
- 15 Bkz. T. Bayhan, THD/Mayıs 2009, 65-69.
- 16 Bkz. A. Güzel, Alt İşveren Uygulamasında Güvencesiz Bir Sisteme Doğru, ÇİŞ. Top. D. 2010/4, 15-28; Şakar, Ölçüüstü Taşeronlaşmaya Karşı Önlemlerde Geri Adım, ÇİŞ. Top. D. 2010/4, 29-33; F. Tuncel, Alt İşverenlik Konusunda Neler Oluyor? ÇİŞ. Top. D. 2010/4, 51-54; N. Okcan/O. Bakır, "İşletmenin ve İşin Gereği Taşeronlaştırma" Taşeron Cumhuriyetine Doğru, ÇİŞ. Top. D. 2010/4, 55-73).
- 17 Bkz. Röhsler, Arbeitsrechtliche Drittbeziehungen, ZfA 1982, 259 vd. Akyiğit, Ödünç İş İlişkisi, 68-73. Akyiğit, İşK.2, 90. Arslanoğlu, İş Kanununda Esneklik Temelli Üçlü İlişkiler, İstanbul 2005, 53 vd. Çankaya/Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara 2006, 13 vd. Akyiğit, Alt İşverenlik, 4. Krş. Aydın, 158-159.
- 18 Bkz. Akyiğit, Alt İşverenlik ve Benzer İlişkilerden Farkı, Tühis/Kasım 2009-Şubat 2010, 1-35. Ekmekçi, İş K. Tasarısı, 132, 134. Çelik, İş Hukuku, 49-50 ile krş. Güzel, Alt İşveren, 57.
- 19 Bu yönde Şahlanan, Genel Hükümler ve Temel Kavramlar, (Yeni İş Yasası Semp.) İstanbul 2003. Akyiğit, İş Hukuku, 62 vd. Süzek, 137.
- 20 Akyiğit, İşK.2, 90-91. Akyiğit, Alt İşverenlik, 6. Demir, 33-34. Aydın, 160. Sümer, Uygulama, 20. Ancak asıl işveren olabilmek için, işin tamamında değil, alt işverene verilenin dışındaki kısımlarda işçi çalıştırmak gerekli ve yeterlidir (Krş. Mollamahmutoğlu, 167. Yazar alt işverene kısmen devrettiği işin tamamında işçi çalıştırmayı aramaktadır).
- 21 HGK. 25.05.1995, 9-273/548.
- 22 9. HD. 09.10.2003-3219/16714.
- 23 Akyiğit, İşK.2, 91. Bir fark İş K. 36 hükmünün zorunlu şekilde mi yoksa ihtiyari olarak mı uygulanacağı noktasında kendisini gösterir. Ayrıca 2006'da yapılan değişiklik sonucu İş K. 2'ye eklenen 8 ve 9'uncu fıkra hükümleri bakımından da bir sıkıntı yaşanmaktadır ve yasal bir önlem alınmadığı takdirde daha da yaşanacak gibidir. (Güven/Aydın, 56 vd.) fakat bunun alt işverenlik konusunda kamu işverenleriyle özel kesim işverenleri arasında herhangi bir fark yaratmadığını söyleyebiliriz (Bkz. Akyiğit, Kamu İşyerlerinde Muvazaalı Alt İşverenlik ve Sonuçları, Sicil/Mart 2010, 138-159)
- 24 Aslında bu noktada alt işverenin ve alt işveren işçilerinin de tüm işyerinin İş K.'ya tabiliği açısından çalışan/işçi sayısına katılıp katılmayacağı da bir muammadır. Sanırız sorunun çözümünde dürüstlük kuralının rolü göz ardı edilemez. (Akyiğit, Alt İşverenlik, 6, dn. 18) Benzer muamma, işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanı çalıştırma yükümü (İşK.81) ile iş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturma yükümü (İşK.80) için aranan en az 50 işçi sayısı bakımından da söz konusudur. (Bkz. Engin; Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Birlikte Sorumluluğun Kapsamı (İB-GSÜ İş ve Sos. Güv.Hukuku 2008 yılı 12.toplantısı, İstanbul 2009) 20-23.
- 25 Krş. AİY 4/a ve Çil, Uygulamaya Yansıyan Yönüyle Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, 10-11.
- 26 Bkz. Akyiğit, Alt İşveren, TÜHİS semineri, Antalya 2010, sf. 26 ile krş. AİY 4/a ve Çil, Uygulamaya Yansıyan Yönüyle Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, 10-11.
- 27 Anılan yasalarda İş K.'dakine benzer bir kural bulunmadığından, onlar kapsamındaki böyle bir ilişkinin nasıl değerlendirileceği sorunuyla karşılaşılır. Menfaatler dengesine de uyan bir ihtimal, 4857 sayılı İş K. hükümlerinin bunlara da örnekseme yoluyla uygulanmasıdır.(Akyiğit, Alt İşverenlik, 7, dn. 19. Farklı yönde bkz.Çankaya/Çil, 27)Ancak bu yapılırken, asıl işin bir bölümünde işyerine ve işletmeye ait gerekler ile teknolojik uzmanlık gerekçelerinin varlığı ve birlikteliği aranmamalıdır.Bu noktada, 5510 sy. Kanundaki daha liberal düzenlemenin (SSGSSK.12/son fıkra) baz alınarak uygulanması isabetli gözüktür. 5510 sy. yasa hükümlerinin hangi yasaya bağlılığına bakılmaksızın bütün işçilere ve işverenlerine uygulandığı dikkate alınırsa, bu sav yasal bir dayanağa da kavuşmuş olur.
- 28 Aydın, 160 dn. 76.
- 29 Fazla bilgi için bkz. T. Yalçınduran, Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri, Ankara 2000, 27 vd.
- 30 Sümer, Uygulama, 20.Yalnız BK'daki asıl müteahhit ve alt müteahhit kavramlarıyla İş K.'daki asıl işveren-alt işveren kavramlarının çoğu kez birbirinden farklı anlamlar taşıdığı gözden ırak tutulmamalıdır. Örneğin alt müteahhit (taşeron) olabilmek için sadece bir başka müteahhitten iş alınması gerekli ve yeterlidir. İşin asıl sahibinden iş alan müteahhit ise asıl müteahhit (ilk müteahhit) olarak anılır (Benzer biçimde bkz. Yalçınduran, 29).
- 31 Akyiğit, Alt İşverenlik, 8.
- 32 Akyiğit, İş Hukuku, 62-63. Fakat Bilim Komisyonu Taslağında (Bil. Kom. Tas. 1/Ç) böyle bir sınırlama öngörülmemiştir. Anılan sınırlamalar sadece 1475 sy. İşK'da değil, ilk iş yasamız olan 3008 sayılı İşK'daki alt işverenlikte de aranmıyordu. Gerçekten anılan yasadaki konu "işçiler doğrudan doğruya işveren veya vekili tarafından olmayıp da aynı iş veya teferruatında iş alan üçüncü şahsın aracılığı ile işe girmiş ve üçüncü şahıs ile sözleşme aktetmiş iseler, bu araçlar da asıl işverene müştereken ve müteselsilen sorumludurlar" biçiminde bir düzenlemeye yer vermişti (3008 sy İşK.1/4) Bunun açıklanmasında ise; aracının asıl işverene işçi temin eden mutavassıt birisi olmadığı, işverenden aldığı işi işçileriyle birlikte yapan birisi olduğu ve halk dilinde taşeron diye anıldığı dile getiriliyordu (Bkz. Ö. Malkoç, İş Kanunu Şerhi, İstanbul 1957, md.3, sf.3). Ancak alt müteahhit denildiği de görülmekteydi (Saymen, Türk İş Hukuku, İstanbul 1954, 456).
- 33 Öğretide bir görüş, alt işverenliğin yalnızca yardımcı işlerde caiz görülmesinin doğru olacağı yönündedir. (A. Pesok, Yeni İş Kanunu Semp. 47. Gençliğinde bu görüşte Çankaya, Aynı Semp. 53).
- 34 Çil, Uygulama, 13.
- 35 Akyiğit, İşK.2, 92.Yardımcı işlerde yaşanan alt işverenlik örneği olarak bkz. 9 HD. 22.03.2005 – 14236/9380. Ayrıca öğretide bkz. Mollamahmutoğlu, 138.
- 36 9. HD. 14.05.2007-3132/14914.

- 37 Ekonomi, İşyerinin Bir Bölümünün Devri (Kısmi Devir) ve İş İlişkilerine Etkisi, Kamu – İş D. Nsn. 2000, 340-341. C. Şafak, 4857 sayılı İş Kanunu Çerçevesinde Taşeron (Alt İşveren) Meselesi, TBBD. 2004/51, 116. Akyiğit, İş K. 2, 92 vd. Akyiğit, Alt İşverenlik, 8-9. Centel, İşyerinin Bir Bölümünün Devrinde Fiziki Mekan Sorunu, Sicil/Mart 1008, 5-10.
- 38 Şahlanan, 4857 sayılı Yeni İş Kanunu Değerlendirme Konferansları (Türk-İş yy.) 2003, 97. Şafak, 116-117. Akyiğit, İş K. 2, 93 vd.
- 39 Bkz. Akyiğit, Alt İşverenlik, 9; Akyiğit, Kamuda Muvazaa, 147 ve krş. Aydınlı, 163.
- 40 TBMM Tutanak D. C. 15, 48 K 15.
- 41 Bu yönde Özveri, 394.
- 42 Tam aksi yönde bkz. Şen, Asıl İşin Bölümü, 92.
- 43 Özveri, 393 vd. Eyrenci/Taşkent/Ulucan, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2004, 31. Taşkent, Alt İşveren, 364. Akyiğit, İş Hukuku, 63. Akyiğit, Kamuda Muvazaa, 148 vd. Sümer, Uygulama, 24.
- 44 Taşkent, Alt İşveren, 364. Akyiğit, İş Hukuku, 63. Çelik, Asıl İşveren Tarafından Alt İşverene İş Verilmesinin Koşulları, Sicil/Mart 2009, 83-91 (87). Akyiğit, Alt İşverenlik, 9. Bunları birlikte arar şekilde bkz. 9. HD. 27.03.2006 – 4860/7479; Bkz. 9. HD. 14.05.2007-3132/14914; 14.09.2006-24492/22445.
- 45 9. HD. 05.05.2008-15362/11408.
- 46 9. HD. 10.04.2008-12851/8003.
- 47 Ekmekçi, Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı, Dava Süreci ve Olası Uygulama Sorunları Üzerine, Mercek Tmz 2003, 134. Şahlanan, 4857 sayılı Yeni İş Kanunu Değerlendirme Konferansı Notları, Ankara 2003, 71 (yy. Türk-İş). Şahlanan, Alt İşverene Verilen Yardımcı İşte Muvazaa İddiası ve İşe İade Davasında Sorumluluk, TİD. Hukuk/Mart 2007, 2-4. Süzek, 140. Şen, İşin Bölümü, 81 vd. Kaplan/Ancı/Aktay, İş Hukuku, 3. Bası, Ankara 2009, 68. Güven/Aydın, 54.
- 48 Şahlanan, 4857 sayılı Kanun, 79. Konuyla ilgili bir kararda bu anlamda olarak Yargıtay'da şöyle demektedir; "4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinde getirilen kural, asıl işin bölünerek alt işverene verilememesidir. Ancak asıl işin bir bölümünün 'işletmenin ve işin gereği' veya 'teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler' olması halinde alt işverene verilmesi olasıdır" (9. HD. 10.04.2008-12851/8003) Yukarıda da dile getirdiğimiz gerekçelerle bu kararın isabetli olmadığını düşünüyoruz. Zaten Yargıtay'da isabetsizliğini kabullenmiş olmalı ki, sonraki kararlarında bu anlayıştan vazgeçmiştir.
- 49 Şafak, 119. Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, 169 vd. Krş. S. Şen, Alt İşverenlik ve Asıl İşin Bir Bölümünün Alt İşverene Verilmesi, (ÇİŞ. ve Top. D. 2006/3, 71-98) 92 vd.
- 50 Şen, Asıl İşin Bölümü, 92 vd.
- 51 Bkz. E. Çubukçu, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, TÜHİS/ Mayıs-Ağustos 2010, 46.
- 52 Güzel, Güvencesiz Sistem, 17-28; Tuncel, 52-54; Okcan/Bakır, 55-73.
- 53 Şakar, Ölçsüz Taşeronlaşma, 33.
- 54 Bkz. 9. HD. 01.03.2010-48077/5206; 01.03.2010-48423/5247; 19.02.2009-33290/2942; 05.05.2008-15362/11408.
- 55 Bkz. Sakarya 1. İd. Mhk. 31.12.2004, 257/1121.
- 56 Bkz. 9. HD. 11.07.2005-18822/24469.
- 57 9. HD. 21.01.2010-41520/669; 21.04.2008-13508/9251.
- 58 Bkz. 9. HD. 06.03.2006-36851/5432; 27.02.2006-2371/4767.
- 59 9. HD. 22.10.2007-17306/31062.
- 60 Şen/Naneci, 29.
- 61 Akyiğit, İşK. 2, 95; Akyiğit, Alt İşverenlik, 12.
- 62 Güzel, 45.
- 63 Güzel, 44.
- 64 Akyiğit, İşK. 2, 94.
- 65 Konuya dair bkz. Akyiğit, İşK. 2, 95 vd.; Akyiğit, Alt İşverenlik, 13; Aydın, 165; krş. Mollamahmutoğlu, 2. Bası, 138; Şen, Alt İşverenlik, 80-81; son yazar bunun eşitlik ilkesine aykırılığı kanısındadır.
- 66 1475 sayılı İş K. döneminde savunulan bir görüş; alt işverene verilen işin 30 günden fazla sürmesi halinde alt işverenliğin ve asıl işverenin sorumluluğunun oluşacağı yönündeydi (Bkz. Eyrenci, Seminer 94, 7-8. Şen, Yargıtay Kararları, 47). Ancak bu görüş 1475 sy. İş K.'na aykırı düşmekteydi (Bkz. 1475 sayılı İş K. 8/2).
- 67 Bu yönetmeliğe yönelik eleştiriler için bkz. Centel, Alt İşverenlik Yönetmeliği, İşvD. Kasım 2008, 56 vd.; Alpagut, Alt İşverenlik Yönetmeliğinin Hukuka Aykırılığı Üzerine, İşvD. Kasım 2008, 58-62.
- 68 Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, 139.
- 69 Taşkent, Alt İşveren, 365. Özveri, 393. Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 31. Şahlanan, 4857 sayılı Kanun, 71. Şen, Yeni Alt İşverenlik, 89. Yargıtay'ın da bu yönde bir kararı için bkz. 9. HD. 27.03.2006 – 4860/7479.
- 70 Bu gerekçenin Bilim Komisyonunca hazırlanan taslağın ilgili madde (md. 1) gerekçesiyle kelimesi kelimesine aynı olduğu da belirtilmelidir. Bu tutum yukarıda değinilen öğreti düşüncesinden farklıdır. Zira öğretilde, asıl-yardımcı iş ayırımına gidilmeden böyle bir yasaktan bahsedilirken, gerekçe yasağı sadece asıl işe özgüleyerek, yardımcı işlerde asıl işveren işçisinin de bulunmasını caiz görmektedir, denilebilir. Kaldı ki yardımcı işlerin alt işverene verilebilmesi için uzmanlık vs. aramayan yasal düzenlemenin de buna ışık tuttuğu söylenebilir.
- 71 Ekmekçi, Çalışma Hayatımızda Yeni Dönem Marmaris 2002, 66. (yy. – Türkiye Toprak Seramik-Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası).
- 72 9. HD. 03.04.2007, 10545/9282.
- 73 Akyiğit, İşK. 2, 98.
- 74 Şen, Taşeronluk (Alt İşverenlik) Açısından Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, Tühis, Kasım 97/Şubat 98, 40.
- 75 Akyiğit, İşK. 2, 98.
- 76 9. HD. 19.01.2009-16527/50; 25.12.2008-33274/35297.
- 77 9. HD. 18.01.2010-14578/295; 25.12.2008-33274/35297 ve Demir, Alt İşverenler Arası Devre İlişkinin Karar İncelemesi, Sicil/Aralık 2009, 77 vd.

- 78 Bkz. Sümer, 104-111.
- 79 Bkz. 9. HD. 29.01.2007-16814/983.
- 80 Bkz. Alpagut, İşyerinin Devri ve İş Sözleşmesinin Feshi, 295-299.
- 81 Bkz. Demir, Sicil/Aralık 2009, 84-85.
- 82 Akyiğit, İş K. 2, 98; Akyiğit, Alt İşverenlik, 17-18.
- 83 Fakat bu ihtimalde de ilginç bir durumla karşılaşılır. Bu iş asıl işverenden (işin sahibinden) alan ilk alt işveren asıl işverenin işyerindeki “yardımcı iş” niteliğiyle alıp kendi işyerinin “asıl işi” haline getirmiş demektir. Şimdi kendisi bunu bir başkasına kısmen vermeye kalktığına, “asıl işin bir bölümünde” iş veriyor olacaktır. Bunun içinse, aldığı bu işin bölümlere ayrılabilir olması gerektiği gibi bölündüğünde bile o bölümün “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirdiği için başkasına veriliyor olması da aranır. Bu ise kendi alt işverenliğinin geçersizliğine götürülebilir.” (Akyiğit, İş K. 2, 99. Akyiğit, Alt İşverenlik, 18, dn, 47).
- 84 Öğretide bu tür ihtimallere değinilmeden, alt işveren verilen işte artık alt işveren işçileriyle birlikte asıl işverenin işçilerinin çalıştırılmayacağı dile getirilmektedir (Şahlanan, 4857 sayılı İş Kanunu Değerlendirme Konferans Notları, Ankara 2003, 71 (yy. Türk-İş). Şen, Yeni Yasada Alt İşverenlik, 89. Özveri, 393.
- 85 Bkz. Canbolat, 29-30. Akyiğit, İş K. 2, 98 vd.
- 86 9. HD. 21.01.2010-41520/669; 25.01.2010-32292/1149.
- 87 9. HD. 22.06.1989, 2846/5844; 02.02.1990, 11580/7417 ve öğretisi olarak bkz. Şen, Yargıtay Kararları, 41. Ekonomi, Devir, 336. Güzel ise bunun mümkün olmadığı kanısındadır. (Güzel, 39-40).
- 88 Canbolat, 24 vd.
- 89 Krş. Mollamahmutoğlu, 2. Bası, 138 ve Aydınli, 184-185.
- 90 Akyiğit, İş K. 2, 101 vd. ve orada anılanlar Aydınli, Edimden Bağımsız, 164.
- 91 Çelik, 51.
- 92 Bkz. Uygur, 268 ve Canbolat, 24.; O. G. Çankaya'nın 9. HD. 09.07.2002-10934/11875 sy. Karara yazdığı karşı oy yazısı; Çankaya/Çil, 115.
- 93 Bkz. Mollamahmutoğlu, 172 ve 179.
- 94 Bkz. E.Çubukçu, Türk İş Hukukunda Asıl İşveren Alt İşveren İlişkileri, Tühis, Mayıs/Ağustos 2002, 17 vd. (20).
- 95 9. HD. 19.01.2009-16527/50.
- 96 Mollamahmutoğlu, İş Hukuku (1.bası), 135-136, Hatta bu anlayışta, asıl işverenden iş alınan yerin alt işveren için bağımsız bir işyeri sayılmayacağı da dile getirilmektedir (Bkz. Mollamahmutoğlu, 4857 sayılı Yeni İş Kanununun Getirdiği Önemli Bazı Yenilikler, Kamu-İş D. 2004/4, 5).
- 97 Akyiğit, İş K. 2, 101. Nitekim gerek Bilim Komisyonu Taslağının (Md. 3/2) ve gerekse Hükümet Tasarısının (Md. 3/2) konuyla ilgili gerekçelerinde de bu savımızı doğrular nitelikte açıklamalar vardır. Gerçekten de Hükümet Tasarısı Gereğesine göre; “maddenin ikinci fıkrasında asıl işveren – alt işveren ilişkisinin oluşması halinde, alt işveren asıl işverenin işyerinde bir mal veya hizmet üretimine geçmek ve bunun için işçi ve diğer unsurlarıyla faaliyet göstermek üzere bir birim meydana getirdiği için, onun da kendi adına kurduğu bu işyeri için gerekli bildirimleri yapması öngörülmüştür.” Kelimesi kelimesine aynı anlayışın Bilim Komisyonu gerekçesinde de yer aldığını söyleyebiliriz.
- 98 M. Şen/A. Naneci, Asıl İşveren–Alt İşveren İlişkisi ve Alt İşverenlik Sözleşmesi, Sicil/Eylül 2009, 24-53 (26).
- 99 Krş.9.HD.19.02.2009-33290/2942.
- 100 9. HD. 28.04.1994, 9686/9146 (Şen, Yargıtay Kararları ve Alt İşverenlik, 51; Oysa gerçekte alt işveren ve işveren vekili kavramları birbirinden oldukça farklı olgulardır (Bkz. Canbolat, 35 vd.).
- 101 Bkz. 9. HD. 08.07.2004-17098/17431.
- 102 Akyiğit, Alt İşverenlik, 21.Aynı yönde bkz. B.Uzun, Yeni İş Yasası Semineri, İstanbul 2004 (yy. İTO) 30. Fakat bunun da alt işveren olmak isteyen bir gerçek kişiyle tüzel kişi arasında yapılmış haksız bir ayırım olduğu açıktır (Akyiğit, İş Hukuku, 64).
- 103 Gerçekten de yasa hükmünde önceden orada işçi olarak çalışmaktan söz edilmediği halde, (krş.Şen/Naneci, 37) bir anlayış, o işyerinde işçi olarak çalıştırılmanın yasaklandığı yönündedir (Bkz. Şafak, 126. Demir, 41-42. Ekmekçi, Çalışma Hayatımızda Yeni Dönem Seminer Notları (yy. Türkiye Toprak – Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası) Marmaris 2002, 67.Mollamahmutoğlu,181. Çil,Uygulama,20-21).
- 104 Akyiğit, Alt İşverenlik, 21-22.
- 105 Bkz. Çankaya/Çil, 26-27.
- 106 Akyiğit, İş Hukuku, 64 ve Akyiğit, İş K. 2, 102.
- 107 Akyiğit, Alt İşverenlik, 22; Çankaya/Çil, 27.
- 108 Akyiğit, İş Hukuku, 74; Akyiğit, Alt İşverenlik, 22; Krş. Çil, Uygulama, 22.
- 109 Akyiğit, Alt İşverenlik, 22.
- 110 Akyiğit, Alt İşverenlik, 23.
- 111 Çankaya/Çil, 26-27, farklı yönde bkz. Arslanoğlu, 116.
- 112 Akyiğit, Alt İşverenlik, 23 ve Çankaya/Çil, 24-25.
- 113 Akyiğit, İş K. 2, 102; Akyiğit, İş Hukuku, 64; Çelik, Alt İşveren, Sicil/Mart 2009, 87.
- 114 Canbolat, Borçlar Hukukunda Alt İşverenlik, 34.
- 115 Bkz. 9. HD. 08.07.2004-17098/17431).
- 116 Şen, Yeni Yasada Alt İşverenlik, 91-93. Mollamahmutoğlu, 182.
- 117 Özveri, 397. Taşkent, Alt İşveren, 366. Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 32. Başbuğ, Dolaylı Temsil, 25 vd. 34.
- 118 Eyrenci, Yeni Düzenlemeler, 20 vd. Bazı yazarlar da, bunu bir muvazaa hali saymakla birlikte her olayda muvazaa sayılmayacağını belirterek bu anlayışla paralellik göstermektedir (Mollamahmutoğlu, Yeni İş K. 6-7 ve Aynı Yazar, İş Hukuku, 143.).
- 119 Bkz. Çelik, İş Hukuku, 54. Akyiğit, İş Hukuku, 64. Güzel, Alt İşveren, 59.Çelik, Alt işveren, 88-89. Çankaya/Çil,24-25. Sümer, Uygulama, 32-33.

- 120 Akyiğit, İşK. 2, 103; Canbolat, Borçlar Hukukunda Alt İşverenlik, 34.
- 121 Akyiğit, Alt İşveren, 24.
- 122 Akyiğit, Alt İşverenlik, 25.
- 123 Mollamahmutoğlu, 173; Akyiğit, Kamuda Muvazaa, 150.
- 124 Taşkent, Alt İşveren, 364.
- 125 Bkz. E.Akyiğit, İş Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi, Ankara 1995, Akyiğit, İş K. 7, 366 vd.
- 126 Akyiğit, İşK. 2, 104; Akyiğit, Alt İşverenlik, 26.
- 127 M. Özveri, Alt İşveren Uygulaması ve Yeni İş Yasası, Legal İHSGHD. 2004/2, 390. Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, 173-174. Taşkent, Alt İşveren, 364. Aydınli, Edimden Bağımsız. 165. Kaplan/Arıcı/Aktay, 68. Aydınli, 186. 1475 sayılı İşK döneminde bu yönde bkz. 9.HD. 25.06.1992-6240/7357.
- 128 Çelik, 52. Canbolat, Alt İşveren-Münhasıran İşçi Çalıştırma-Asıl İşverenin Sorumluluğu, İHD. Ocak/Mart 1993,89-93. Çil, Uygulama,18-19.
- 129 9. HD. 16.05.2006, 12211/14817.
- 130 Bkz. 9. HD. 20.01.2007-16814/983.
- 131 9. HD. 25.01.2010-32292/1149.
- 132 Sadece o işçilerin alt işverenlik dışında kalacağı yönünde bkz. Çankaya/Çil, 22.
- 133 Akyiğit, Alt İşverenlik, 27.
- 134 9. HD. 02.05.2005-26565/15184.
- 135 Bkz. 9. HD. 29.01.2007-16814/983.
- 136 Bu anlamda bkz. Canbolat, Alt İşveren, 69 ve Aydınli, Alt İşveren, 193-194.
- 137 9. HD. 25.01.2010-32292/1149.
- 138 9. HD. 09.11.2005-3095/35533; Çankaya/Çil, 54-55.
- 139 9. HD. 26.11.2007-38695/35306.
- 140 Çankaya/Çil, 22.
- 141 Şahlanan, Yeni İş Kanunu Değerlendirme Konferans Notları (yy. Türk-İş) 103.
- 142 Öğretide, alt işverenliğe uzmanlık gerektirse de geçici bir iş için gidilemeyeceğini işin sahibinin böyle bir durumda alt işverenlik yerine belirli süreli sözleşmeyle işçi alıp işi onlarla yapması da önerilmektedir (Özveri, 395). Usulünce kurulan alt işveren ilişkisi çerçevesinde objektif nedenlerin varlığı halinde işçilerin belirli süreli sözleşmeyle çalıştırılabileceğine dair bkz.Çankaya/Çil,33.
- 143 S. Şen, Yeni İş Yasasında Alt İşverenlik, Sendikal Notlar, 95-96.
- 144 Akyiğit, İş K. 2, 107. krş. Çelik, Yeni İş Yasası (Seminer Notları ve İş Kanunu) Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası yy.) Çeşme 2003, 80. Yazar, yasanın "belirli süreli iş sözleşmesi biçimindeki ifadesinden (İş K. 11/2) hareketle, sözleşmenin bir defa yapılması durumunda haklı neden aranmadan (yani isteğe bağlı olarak) belirli süreli yapılabileceği kanısındadır (Fakat krş. Çelik, İş Hukuku, 89).
- Sonuç itibariyle aynı paralelde bkz. Demir, 4857 sayılı İş Kanununun Başlıca Yenilikleri ve Uygulamadaki Muhtemel Etkileri, Mercek, Temmuz 2003, 93.
- 145 9. HD. 21.11.2006-22123/30722.
- 146 9. HD. 12.10.2004-6408/22998; 06.11.2006-6987/29011.
- 147 Bkz. 9. HD. 17.03.2009-10725/7052.
- 148 Bkz. Şahlanan, TİD/Kasım 2007 Eki, 2-4; Çankaya/Çil, 38-39; Demir, Alt İşverenler Arası Devre İlişkin Karar İncelemesi, Sicil/Aralık 2009, 84-85.
- 149 Bkz. Sümer, Alt İşveren İşçisinin İşini Aynı İşyerinde Bir Başka İşverene Bağlı Olarak Sürdürmesi ve Sonuçları, Sicil/Eylül 2009, 104-111.
- 150 Bir uygulama örneği olarak bkz. 9. HD. 27.01.2004, 9585/1296.
- 151 Şafak, 124. Demir, 41 vd. Akyiğit, İş K. 2, 108. Krş. Şahlanan, Yeni İş K. Konf. Notları, 72. Yazara göre; asıl işverenin işçilerinin taşeronla geçirilmesi suretiyle yapılan alt işveren ilişkisi yasaklanmaktadır.
- 152 Bkz. 9. HD. 11.07.2005-18822/24469.
- 153 Bkz. 9. HD. 15.05.2006-11741/14066.
- 154 9. HD. 29.05.2006-13218/15765.
- 155 Bkz. 9. HD. 16.04.2007-9474/10635.
- 156 9. HD. 11.07.2005-18822/24469-Çankaya/Çil, 65-66.
- 157 Bkz. Ş. Çil, İş Kanunu Şerhi, 2. Bası, C.I, Ankara 2007, 60 ve Mollamahmutoğlu, 181.
- 158 Akyiğit, Alt İşveren, 30.
- 159 Çelik, 50.
- 160 Aynı şekilde bkz. Çelik, İş Hukuku, 50. Eyrenci, Yeni Düzenlemeler, 21. Krş. Güzel, 39-40.
- 161 Akyiğit, Alt İşverenlik, 31.
- 162 Bkz. Çankaya/Çil, 26.
- 163 Konuyla ilgili bir uygulama örneği olarak bkz. 9. HD. 06.02.1992, 12745/1125 (Akyiğit, 1475 sy. İş K. Şerhi, Md. 1, 167.
- 164 Akyiğit, Alt İşverenlik, 31.
- 165 Eyrenci, Yeni Düzenlemeler, 21. Özveri, 397 vd. Yargıtay'a göre de işçinin ilave tediye alacağından mahrum kalması bile hak kısıtlaması olarak görülmelidir. (9. HD. 02.04.2007 – 35368/8918) Bir görüşe göre, "yasa bununla, asıl işverenin ücretleri belli bir düzeye yükselmiş işçileri işten çıkarmalarını; bu işçilerin daha düşük bir ücretle işe alınıp, o yerde çalıştırılmak suretiyle hak kaybına uğratılmalarını önlemek istemiştir." (Taşkent, Alt İşveren, 365) Konunun surf ücretle sınırlanması isabetli gözükmez.
- 166 Krş. 9. HD. 15.05.2006-11741/14066 ve AİY 3/1-g,3; 12/1-g.
- 167 Krş. Canbolat, Borçlar Hukukunda Alt İşverenlik, 33.
- 168 9. HD. 19.01.2009-16527/50.
- 169 Mollamahmutoğlu, İş Hukuku (1.bası), 135-136, Hatta bu anlayışta, asıl işverenden iş alınan yerin alt işveren için bağımsız bir işyeri sayılamayacağı da dile getirilmektedir (Bkz. Mollamahmutoğlu, 4857 sayılı Yeni İş Kanununun Getirdiği Önemli Bazı Yenilikler, Kamu-İş D. 2004/4, 5).

- 170 Akyiğit, İş K. 2, 101. Nitekim gerek Bilim Komisyonu Tasarısının (Md. 3/2) ve gerekse Hükümet Tasarısının (Md. 3/2) konuyla ilgili gerekçelerinde de bu savımızı doğrular nitelikte açıklamalar vardır. Gerçekten de Hükümet Tasarısı Gerekçesine göre; “maddenin ikinci fıkrasında asıl işveren – alt işveren ilişkisinin oluşması halinde, alt işveren asıl işverenin işyerinde bir mal veya hizmet üretimine geçmek ve bunun için işçi ve diğer unsurlarıyla faaliyet göstermek üzere bir birim meydana getirdiği için, onun da kendi adına kurduğu bu işyeri için gerekli bildirimleri yapması öngörülmüştür.” Kelimesi kelimesine aynı anlayışın Bilim Komisyonu gerekçesinde de yer aldığını söyleyebiliriz.
- 171 M.Şen/A.Naneci, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi ve Alt İşverenlik Sözleşmesi, Sicil/Eylül 2009, 24-53 (26).
- 172 Geniş bilgi için bkz. Akyiğit, 4857 sayılı İş Kanunu'nda İdari Para Cezaları, 2. Bası, Sakarya 2005, 8, 180; Akyiğit, İş K. Şerhi, C.II, 3. Bası, Ankara 2008, md. 98-107.
- 173 Canbolat, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Alt İşveren, 219; Aydemir, İş ve Sosyal Sigorta Hukukunda İdari Para Cezaları, Ankara 2002, 43, 147; Aydın, Alt İşveren, 194, dn. 227, 201; Sümer, Uygulama, 30. Demir, Uygulama, 23; Centel, 68; Canbolat, Borçlar Hukukunda Alt İşverenlik, 36; Çil, Uygulama, 33 ve fakat bir anlayış, cezai sorumluluk aynı zamanda hukuksal sorumluluğa yol açıyorsa, cezai bakımdan da asıl işverenin birlikte sorumluluğu taraftandır (Bkz. Arslanoğlu, 129).
- 174 Bkz. 9. HD. 14.09.1998-5238/5445.
- 175 Bkz. Bayhan, Alt İşverenlikte Muvazaalı Bildirim ve Yaptırımı Bakımından Sürekli-Süresiz İş Ayrımı Biliniyor mu? THD Mayıs 2009, 65-69.
- 176 Bu yönde bkz. Canbolat, Borçlar Hukukunda Alt İşverenlik, 36.
- 177 Bu yönde bkz. Engin, Asıl-Alt İşveren, 18-19 ve aynı yapıt sf.38'de 9. HD. Başkanı sayın M.Kılıçoğlu'nun açıklamaları.
- 178 Bkz. M. Çenberci, Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Yeni Bası, Ankara 1985, md. 87,597 vd; Canbolat, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Alt İşveren Kavramı, İHD Nisan/Haziran 1992, 211-229; Z. Erdoğan, Sosyal Güvenlik Hukukunda Alt İşveren Kavramı, Kamu İşD. 2004/3 (Yargıç R.Asılköylü'ye Arm.) 385-394.
- 179 Bkz. K. Tunçomağ, Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar, 5. Bası, İstanbul 1990, 126 ve Güzel/Okur, Sosyal Güvenlik Hukuku, 10. Bası, İstanbul 1990, 134 vd.
- 180 Bkz. F. Uşan, Asıl İşverenin Alt İşverenin Sosyal Sigortalar Kanunu'ndan Doğan Borçlarından Sorumluluğu (Kamu İşD. 2002/1) 81-91; U. Aydın, İş Kanunu'nda Alt İşveren-Sosyal Sigortalarda Aracı (İş Müfettişleri Dern. II. Çalışma Yaşamı Kongresi, 26-27 Nisan 2008, Ankara) 123 vd.)
- 181 10. HD. 25.10.2005-10724/11003; 10. HD. 22.10.2002-7203/7876.
- 182 Bkz. Güzel/Okur/Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik Hukuku, 13. Bası, İstanbul 2010, 187 vd.; Tuncay/Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukukunun Esasları, 2. Bası, İstanbul 2009, 246 vd.
- 183 Güzel/Okur/Caniklioğlu, 191 vd. Tuncay/Ekmekçi, 247 vd.
- 184 HGK 12.06.1991, 10-277/359.
- 185 Bkz. A. N. Sözer, Sosyal Sigortalar Hukukunun Genel Hükmüleri Açısından Yargıtay'ın 1991 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi (Seminer 91) İstanbul 1993, 176-177 ve Aydemir, 43, 147.
- 186 10. HD. 14.09.1998-5238/5445; YKD Şubat 1999, 197-198; 10. HD. 15.05.1990-8112/4602; YKD Haziran 1992, 837.
- 187 Uşan, Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Esasları, Ankara 2009, 155 vd., 163 vd., 179 vd.; R. Korkusuz/S. Uğur, Sosyal Güvenlik Hukukuna Giriş, 2. Bası, Bursa 2010, 206 vd., 251 vd.
- 188 SGK'nun 07.06.2010 tarih ve 2010/771 sy. Genelgesi.
- 189 İşverenlerin düşüncesini yansıtır tarzda bkz. Asıl İşveren Alt İşverenin İdari Para Cezasından Sorumlu mudur? MESS İşveren Gazetesi/Temmuz 2010, 9 ve öğretici olarak ise bkz. N. Gerek, Alt İşverenlerin İdari Para Cezalarından Asıl İşverenlerin Sorumluluğu, Sicil/Eylül 2010, 179-183.

Prof. Dr. Mustafa Ruhan ERDEM - Yrd. Doç. Dr. R. Murat ÖNOK

Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi - Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İş ve Çalışma Özgürlüğünün İhlali Suçu (TCK m. 117)

§ 1. Genel Açıklama

TCK m. 117 uyarınca;

“(1) Cebir veya tehdit kullanarak ya da hukuksal aykırı başka bir davranışla, iş ve çalışma hürriyetini ihlâl eden kişiye, mağdurun şikâyeti hâlinde, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir.

(2) Çaresizliğini, kimsesizliğini ve bağıllığını sömürmek suretiyle kişi veya kişileri ücretsiz olarak veya sağladığı hizmet ile açık bir şekilde orantısız düşük bir ücretle çalıştıran veya bu durumda bulunan kişiyi, insan onuru ile bağdaşmayacak çalışma ve konaklama koşullarına tâbi kılan kimseye altı aydan üç yıla kadar hapis veya yüz günden az olmamak üzere adli para cezası verilir.

(3) Yukarıdaki fıkrada belirtilen durumlara düşürmek üzere bir kimseyi tedarik veya sevk veya bir yerden diğer bir yere nakleden kişiye de aynı ceza verilir.

(4) Cebir veya tehdit kullanarak, işçiyi veya işverenlerini ücretleri azaltıp çoğaltmaya veya

evvelce kabul edilenlerden başka koşullar altında anlaşmalar kabulüne zorlayan ya da bir işin durmasına, sona ermesine veya durmanın devamına neden olan kişiye altı aydan üç yıla kadar hapis cezası verilir”.

Görüldüğü gibi 5237 sayılı TCK m. 117’de dört ayrı suçta yer verilmiştir; fakat bunlardan yalnızca ikisi, 765 sayılı TCK ile paraleldir. Gerçekten, TCK m. 117/1’de, 765 sayılı TCK m. 201/1’in karşılığı olan “iş ve çalışma özgürlüğünü engelleme veya ortadan kaldırma” suçuna, TCK m. 117/4’te ise 765 sayılı TCK m. 201/2’deki suçun karşılığı olan, fakat kapsamı oldukça genişletilmiş olan “iş bırakmaya zorlama” suçuna yer verilmektedir. Öte yandan, TCK m. 117/2 ile getirilen ve zor durumda bulunanların işgücünün sömürülmesini düzenleyen hüküm ile bu suça yönelik hazırlık hareketlerini bağımsız olarak cezalandıran m. 117/3 hükmü yenidir¹. Nihayet, 765 sayılı TCK m. 201/3’teki “işyeri işgali” suçuna ise TCK’da yer verilmemiştir².

Burada öncelikle TCK’daki her dört suç açısından ortak olan yönler üzerinde duracağız.

§ 2. Korunan Hukuksal Yarar

Anayasa m. 48'de "herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir"; m. 49'da "çalışma herkesin hakkı ve ödevidir"; m. 50'de de "kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz" denmektedir. İşte iş ve çalışma özgürlüğüne karşı suçların koruduğu hukuksal yarar da, bireyin her türlü baskıdan uzak biçimde özgürce çalışabilmesini, bu bağlamda dilediği gibi sözleşme yapmasını ve girişimde bulunmasını sağlamaktan ibarettir³. Böylece Anayasa'da düzenlenen çalışma, sözleşme yapma ve serbest girişim özgürlüğünün, buna aykırılığın ceza yaptırımı altına alınması suretiyle daha etkin biçimde korunması amaçlanmıştır⁴. Gerçekten TCK m. 117/1'de "iş ve çalışma özgürlüğü" kavramlarına yer verildiğinden, koruma alanının önceki kanuna göre oldukça genişletildiği görülmektedir. Bu bağlamda iş ve çalışma özgürlüğünün kapsamına, gelir elde etme amacına yönelik her türlü mal veya hizmet üretimi girmekte; yalnızca işçi ve işverenler değil, kazanç elde etmeye yönelik faaliyette bulunan "herkes" korunmaktadır⁵. TCK m. 117/1 ile korunan "iş ve çalışma özgürlüğü" ile başkasının müdahale ve engellemesi ile karşılaşmadan serbest bir faaliyet olan çalışma, özel girişimde bulunma ve sözleşme ilişkisine girme özgürlüğü korunmaktadır⁶.

Bununla birlikte kamu görevlilerinin çalışması bu madde kapsamına korunmamaktadır⁷.

Bundan başka TCK m. 117/2 ile, Anayasanın 2. maddesiyle devletin temel nitelikleri arasında yer alan sosyal devlet ilkesinin de korunduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Gerçekten demokratik ve sosyal bir hukuk devletinde, çaresizliğin sömürülmesine dayalı serbest piyasa ekonomisi söz konusu olmamalı, işçiler insan onuruna yaraşır koşullarda çalıştırılmalıdır. İşte "iş gücünün sömürülmesi" suçuna yer verilmesindeki amaç da, kişilerin emeğinin sömürülmesini engellemektir⁸.

Bununla birlikte TCK'da iş ve çalışma özgürlüğü, aktif yönü itibarıyla koruma altına alınmaktadır. Buna karşılık TCK çalışmama özgürlüğünü koruma altına almamıştır⁹. Buna ilişkin düzenlemeler TCK'da değil, Toplu İş Sözleş-

mesi, Grev ve Lokavt Kanununda yer almaktadır. Öte yandan, grev hakkının kullanılmasının engellenmesi durumunda, koşulları varsa, sendikal faaliyetlerin engellenmesi suçu (TCK m. 118/2) söz konusu olabilir¹⁰.

TCK m. 117/4 ise dışarıdan herhangi bir müdahale olmaksızın çalışma koşullarının kendi olağan seyrinde belirlenmesi amacını gütmekte olup¹¹, böylece aynı zamanda sözleşme özgürlüğü de cezai korumanın konusunu oluşturmaktadır¹².

§ 3. Fail ve Mağdur

TCK m. 117/1 açısından suçun faili herhangi bir kişi olabilir¹³. Faillerin birden fazla olmasına ve bunlar arasında önceden bir anlaşma bulunmasına gerek yoktur¹⁴. Buna karşılık TCK m. 117/2'deki suçun faili, belirtilen özelliklere sahip olan mağduru insan onuruna aykırı koşullarda çalıştıran kişidir. Buna bağlı olarak, suçun mağduru olabilecek kişi bakımından da, TCK m. 117/2'de bir özellik aranmıştır. Buna göre, TCK m. 117/2'deki (ve dolayısıyla m. 117/3'teki) suçun mağduru, "çaresizliği, kimsesizliği ve bağıllığı nedeniyle sömürülmeye elverişli durumdaki kişi" olup¹⁵, bu nedenle de mağduru bakımından özgü suç niteliği taşımaktadır. Her üç durumun aslında seçimlik olması gerekir. Fakat kanunda "ve" bağlacı kullanıldığı için, maddenin lafzına göre bu koşulların kümülatif olduğu, yani hepsinin bir arada olması gerektiği gibi bir sonuç çıkmaktadır¹⁶.

Buradaki çaresizlik, mağdurun içinde bulunduğu ve üstesinden gelemediği maddi ya da manevi anlamda elverişsiz durumu ifade eder. Mağdur, içinde bulunduğu bu çaresizlik durumu nedeniyle gerek ücret gerekse diğer çalışma koşulları bakımından normalde kabulü mümkün olmayan elverişsiz çalışma koşullarında çalışmayı kabul etmek zorunda kalmaktadır¹⁷.

Kimsesizlik, mağdurun bakımını ve geçimini sağlayabilecek kimseye sahip olmaması anlamında düşünülmelidir. Yoksa mağdurun bir ailesinin olması suçun oluşmasına engel olmadığı gibi, ailesinin olmaması da, geçimini sağlayan biri varsa, suçun oluşması için tek başına yeterli değildir.

Bağlılık ise, gerek ailevi, gerek sözleşmesel gerekse başka türlü bağlarla ilişki içinde bulunduğu kimselerin mağdur üzerinde sahip olduğu otorite ilişkisini ifade etmektedir. Burada fail, mağdur üzerinde sahip olduğu otorite ilişkisinden mağduru sömürmek amacıyla yararlanmaktadır.

Bu suçla korunan hukuksal yarar, kolektif değil, bireysel çalışma özgürlüğü olduğundan, suçun oluşması için mağdurun (ya da failin) birden fazla olması şart değildir¹⁸. Ancak her halde fail ile mağdur arasında iş ya da hizmet sözleşmesinden kaynaklanan bir bağımlılık ilişkisinin bulunmasına ve dolayısıyla mağdurun sanayi ve ticaret faaliyetinde çalışan işçi sıfatına sahip olmasına gerek yoktur¹⁹. Bununla birlikte kendisine karşı cebir ve şiddet veya tehdit kullanılan kişi ile çalışma özgürlüğü ihlal edilen kişinin aynı kişi olması da aranmaz.

TCK m. 117/4 açısından suçun oluşması için anlaşmayı kabule zorlamak gerektiği için suçun mağduru da ancak bu anlaşmaya taraf olan işçi veya işveren olabilir²⁰. Buna karşılık failin bu anlaşmaya taraf olması zorunluluğu aranmadığı için, fail faili herhangi bir kimse olabilir²¹.

§ 4. Maddi Unsur

A. İş ve Çalışma Özgürlüğünün İhlal Edilmesi (TCK m. 117/1)

1. İş ve Çalışma Özgürlüğü

765 sayılı TCK m. 201/1'de "sanat veya ticaretin men veya tahdidi"nden söz edilmiş iken; TCK'da "sanat veya ticaret" yerine daha genel bir ifade olan "iş ve çalışma özgürlüğü" deyimini kullanılmıştır²². Bize göre, her iki düzenleme arasında bir kapsam değişikliği söz konusu değildir²³. Bu madde anlamında çalışma özgürlüğü, hem aktif ve hem de pasif anlamda korunmakta olup, çalışmama özgürlüğü de maddenin öngördüğü korumadan yararlanır.

2. İhlal

Bu madde anlamında "ihlal", gerek iş ve çalışma özgürlüğünün kullanılmasını güçleştirme, gerekse engellemeye yönelik her türlü davranıştır²⁴. İhlalin, tümüyle engelleme biçiminde

olması gerekmez; önemli bir sınırlama, zorlaştırma da bu suçu oluşturur²⁵. İhlalin geçici ya da sürekli olması önemli değildir²⁶. Bununla birlikte burada bir zarar suçu söz konusu olduğu için, suçun tamamlanması açısından iş ve çalışma özgürlüğü engellenmiş veya önemli ölçüde güçleştirilmiş olmalıdır²⁷. Başvurulan cebir veya tehdit veya hukuka aykırı davranışa rağmen, fail bu amacı gerçekleştirememiş ise, bu suça teşebbüsten dolayı cezalandırılması gerekir.

Burada üzerinde durulması gereken sorun, bu suçun oluşması için, çalışmanın kanuna uygun olmasının aranıp aranmayacağıdır. Öğretide kanuna aykırı olarak gerçekleşen örneğin, kayıt dışı olan bir iş veya çalışmayı ihlal etmenin de bu suçu oluşturacağı belirtilmektedir²⁸. Bu görüşe temelde katılmakla birlikte, yasa dışı çalışmayı engelleyen kimsenin duruma göre hukuka uygunluk nedenlerinden yararlanabileceğini gözden uzak tutmamak gerekir.

3. İhlalin Cebir veya Tehdit Kullanılarak ya da Hukuka Aykırı Başka Bir Davranışla Gerçekleştirilmesi

Suçun oluşması, ihlalin, "cebir veya tehdit kullanarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla" gerçekleşmesi koşuluna bağlıdır²⁹.

a) Bu anlamda cebir, yoğunluk ve etkinliğine göre mağdurun iradesini özgürce oluşturması ve/veya bu doğrultuda hareket etmesini engellemeye elverişli biçimde güç kullanmak veya başkaca fiziki etkide bulunmak suretiyle bedene yönelik zorlamayı ifade etmektedir³⁰. Başka bir anlatımla, mağdurun karşı koymasını güçleştiren veya direncini ortadan kaldıran bedene yönelik her etki cebirdir³¹. Zorlamanın bedene yönelik olması yeterlidir; bedenle temas edilmesine gerek yoktur³². Buradan da ortaya çıktığı üzere cebir vis absoluta ve vis compulsivayı içerir. Vis absoluta, iradenin oluşumu ve karar verme özgürlüğüne yönelik kaçınılmaz bir zorlamayı ifade eder. Burada irade tamamen bertaraf edilmekte; mağdur alternatif davranışta bulunma olanağından yoksun bırakılmaktadır. Buna karşılık vis compulsiva, iradenin oluşumuna yönelik olarak kaçınılmaz

olmayan, fakat bu özgürlüğü önemli ölçüde ihlal eden zorlama etkisine sahip saldırılardır³³. Burada ise, alternatif davranış olanağı ortadan kaldırılmamakta, ancak cebirin kişi üzerinde oluşturduğu baskı ile mağdur belirli bir davranışta bulunmaya zorlanmaktadır³⁴. “Cebir”, mağdurun bedenine yönelik etkinin belli bir önemde³⁵; yani mağdurun iradesini zorlamaya elverişli olmasını gerektirir³⁶.

b) Buna karşılık tehdit bizzat mağdura veya yakınlık duyduğu üçüncü bir kişiye bir zarar verileceği veya başkaca bir kötülük yapılacağına bildirilmesidir³⁷. Uğratılacağı bildirilen zararın gerçekleştirilebilir bir zarar olması gerekir; objektif olarak mağdur üzerinde bir korku yaratmaya elverişli olmayan bildirim tehdit suçunu oluşturmaz³⁸. Ancak bunun için zararın bizzat fail tarafından verileceğinin bildirilmiş olması aranmaz; zarar veya kötülüğün bir üçüncü kişi tarafından gerçekleştirileceği de bildirilmiş olabilir³⁹. Her ne kadar maddede bu yönde bir açıklık bulunmamakta ise de, TCK m. 106/1'deki düzenleme göz önünde bulundurulduğunda tehdidin yönelik olduğu hukuksal değerlerin, “kişinin yaşamı”, “vücut dokunulmazlığı”, “cinsel dokunulmazlığı”; “malvarlığı” veya bunlar dışında hukuksal açıdan korunan söz gelimi kişi özgürlüğü, şeref ve onur, özel yaşam gibi herhangi bir değer olabileceği söylenebilir. Tehdide konu olan hukuksal değer mağdura ait olabileceği gibi, üçüncü bir kişiye de ait olabilir.

c) TCK'daki yenilik, cebir veya tehdit yanında “hukuka aykırı başka bir davranış” ibaresine yer verilmiş olmasıdır⁴⁰. Bununla ifade edilmek istenen, cebir ve tehdit dışında kalan ve mağdurun iradesini özgürce oluşturması ve bu doğrultuda davranması olanağını ortadan kaldıran her türlü hukuka aykırı davranıştır⁴¹. Öğretide, soyut yalanın yaptırıma bağlanmış olmadığı, hile gibi davranışların ise ahlak dışı ve kınanabilir olmakla beraber, hukuka aykırı olmadığı için bu kapsamda değerlendirilemeyeceği ileri sürülmüş ise de⁴²; burada davranışın suç oluşturmamasından değil, hukuka aykırı olmasından söz edildiği için, cebir ve tehdidin içerdiği haksızlık boyutuna ulaşan her türlü davranış ve bu arada hile de bu kapsamda ele alınabilir⁴³. Bu

nedenle “hukuka aykırı başka bir davranış”ın kapsamı belirlenirken, hukuk düzeninin ve özellikle de iş hukukunun yasal saymadığı her türlü davranışın bu kapsamda ele alınamayacağı gözden uzak tutulmamalıdır. Burada özellikle iş sözleşmesinin haksız yere feshi durumunda sorun ortaya çıkabilir. Bize göre de iş sözleşmesini haksız yere feshetmenin sonuçları 4857 sayılı İş Kanunu m. 17 ve devamında özel olarak düzenlenmiş olup, böyle bir davranışın ceza hukuku bakımından ayrıca ele alınmasına gerek yoktur⁴⁴.

B. Çaresizliğini, Kimsesizliğini ve Bağlılığını Sömürmek Suretiyle Kişileri Ücretsiz Olarak veya Düşük Ücretle Çalıştırmak veya İnsan Onuru ile Bağdaşmayacak Çalışma ve Konaklama Koşullarına Tabi Kılmak (TCK m. 117/2) ve Bu Amaçla Bir Kimseyi Tedarik veya Sevk veya Bir Yerden Diğer Bir Yere Nakletmek (TCK m. 117/3)

TCK m. 117/2-3 ile yeni bir suç tipine yer verilmiştir. Buna göre “çaresizliğini, kimsesizliğini ve bağlılığını sömürmek suretiyle kişi veya kişileri ücretsiz olarak veya sağladığı hizmet ile açık bir şekilde orantısız düşük bir ücretle çalıştıran veya bu durumda bulunan kişiyi, insan onuru ile bağdaşmayacak çalışma ve konaklama koşullarına tâbi kılan kimse” cezalandırılır.

1. Mağdurun Çaresizlik, Kimsesizlik ve Bağlılığının Sömürülmesi

Görüldüğü gibi burada aslında üç ayrı suç tipine yer verilmiştir. Her üç suç açısından da ortak olan nokta, “mağdurun çaresizlik, kimsesizlik ve bağlılığının sömürülmesi”dir. Bu madde anlamında çaresizlik, kimsesizlik ve bağlılık kavramlarının ne anlama geldiği konusu üzerinde yukarıda durulmuştu. “Sömürme” deyimine gelince, bununla anlatılmak istenen, mağdurların içinde bulunduğu durumdan failin haksız ve sürekli yarar sağla-

Tek başına yüksek düzeyde seyreden işsizlik, mağdurun çaresiz durumda olduğunu kabul etmek için yeterli değildir.

mak amacıyla yararlanmasıdır. Sömürme, yarar sağlamanın sürekli olmasını gerektiren bir durumu ifade ettiğinden, çaresiz durumdaki bir kimseye bir kereye özgü düşük ücretle götürü bir işin yaptırılması ya bu kişinin bir kereye özgü zor koşullarda çalıştırılması bu suçu oluşturmaz.

Suçun maddi unsurunu oluşturan hareketlere gelince, bunlar TCK m. 117/2 açısından a) kişiyi ücretsiz olarak veya sağladığı hizmet ile açık biçimde orantısız düşük bir ücretle çalıştırmak; b) kişiyi, insan onuru ile bağdaşmayacak çalışma ve konaklama koşullarına tâbi kılmak; TCK m. 117/2 açısından ise kişiyi tedarik veya sevk veya bir yerden diğer bir yere nakletmektir. Her üç suç tipi açısından da, kullanılan terimlerin belirsizliği, yasallık ilkesi açısından haklı kaygı ve sakıncalar doğurmaktadır⁴⁵.

2. TCK m. 117/2'deki Seçimlik Hareketler

a) *Kişiyi Ücretsiz Olarak veya Sağladığı Hizmet ile Açık Biçimde Orantısız Düşük Bir Ücretle Çalıştırmak*

Bu olasılıkta suçun oluşması için mağdur, tümüyle ücretsiz çalıştırılmış olabileceği gibi, sağladığı hizmet ile açık biçimde orantısız derecede düşük bir ücretle de çalıştırılmış olabilir. Bununla birlikte çalıştırmanın, mağdurun içinde bulunduğu çaresizlik, kimsesizlik ya da bağımlılık durumundan yararlanılmak suretiyle gerçekleştirilmiş olması gerektiği gözden uzak tutulmalıdır. Bu nedenle belirtilen mağdurun belirtilen bu durumundan yararlanılmaksızın işçinin aşırı ağır koşullarda ya da çok düşük bir ücretle çalıştırılması veyahut iş sözleşmesine işçi aleyhine ağır yaptırımlar konulması bu suçu oluşturmaz⁴⁶. Bize göre tek başına yüksek düzeyde seyreden işsizlik, mağdurun çaresiz durumda olduğunu kabul etmek için yeterli değildir. Bu

nedenle TCK m. 117/2'nin getirilmesi ile izlenmek istenen amaca ulaşılması oldukça güçtür. Gerçekten özellikle mağdurun “düşük bir ücretle” çalıştırıldığı durumlarda, bunun hangi ölçüye göre yerine getirilen hizmetle aşırı bir oransızlık oluşturacağını belirlemek her zaman kolay değildir⁴⁷. Bunun için asgari ücretin ölçü olarak alınması düşünülebilirse de⁴⁸, bu durumda bile, bu sınırın üstündeki her ücretin somut olayda sağlanan hizmetle orantılı olduğu söylenemez. Bu nedenle bu ifadenin, yasallık ilkesinin bir gereği olan normun açıklığı ve belirliliği ilkesine uygunluğu kuşku ve duraksama yaratmaktadır.

b) *Mağduru İnsan Onuru ile Bağdaşmayacak Çalışma ve Konaklama Koşullarına Tâbi Kılmak*

Öte yandan sömürme yalnızca ücrete ilişkin bir durum olmayıp iş koşullarını da ilgilendirebilir. Gerçekten, mağdurun “insan onuru ile bağdaşmayacak çalışma ve konaklama koşullarına tâbi kılınması” da suçun diğer bir seçimlik hareketini oluşturur. Buna göre, ücret ne kadar yüksek olursa olsun, kişinin normal çalışma süresinin aşırı üzerinde veya sağlık ve iş güvenliği açısından aşırı elverişsiz koşullarda çalıştırılması, hiç tatil verilmemesi gibi durumlar buna örnektir. Bununla birlikte bir kişinin vergi, asgari ücret ve sosyal sigorta hükümlerine uyulmaksızın kayıt dışı çalıştırılması tek başına “insan onuruyla bağdaşmayan” bir nitelik taşımaz⁴⁹. Çünkü mağdurun içinde bulunduğu çalışma ve konaklama koşullarının “insan onuru ile bağdaşmayacak” bir boyuta ulaşması aranmaktadır. İnsan haklarının temelinde olan mutlak ve dokunulmaz bir temel değer olan insan onuru⁵⁰, “insanın insan olması nedeniyle sahip olduğu ve devletten önce de geçerli olan özünün, öz değerinin, süje niteliğinin hiçe sayılması sonucunu doğuran tasarruf ve işlemlerin basit bir konusuna indirgenmesini”⁵¹ yasaklamaktadır.

Öte yandan TCK m. 117/2'de “çalışma ve konaklama” denilerek, hem çalışma ve hem de barınma koşulların insan onuruna aykırı olması aranmıştır. Bunun sonucu olarak, çalışmanın insan onuruna aykırı olması, ücretten değil

de, diğer iş koşullarından kaynaklanıyorsa, bu durumda hem çalışma hem de konaklama koşullarının insan onuru ile bağdaşmaması gerekecektir. Bu da maddenin uygulama alanını oldukça sınırlamaktadır. Gerçi kanun koyucunun amacı bu değildir; ancak çalışma ve konaklama deyimleri ve bağlacı ile bağlandığından, başka türlü düşünmek de olanaksızdır⁵². Bu nedenle 117/2'deki çalışma ve konaklama deyiminin çalışma veya konaklama olarak değiştirilmesi yerinde olacaktır.

3. Mağduru Tedarik veya Sevk veya Bir Yerden Diğer Bir Yere Nakletmek

TCK m. 117/3'te ise, bir bakıma TCK m. 117/2'deki suç işleme yönelik hazırlık hareketleri, bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmiştir⁵³. Buna göre “yukarıdaki fıkrada belirtilen durumlara düşürmek üzere bir kimseyi tedarik veya sevk veya bir yerden diğer bir yere nakleden kişi” cezalandırılır. Demek oluyor ki, suçun oluşması için, TCK m. 117/2'deki suçun maddi unsurunu oluşturan hareketlerin gerçekleştirilmesini sağlamak üzere TCK m. 117/3'te seçimlik olarak gösterilen hareketlerden birisinin gerçekleştirilmiş olması gerekir. Tedarik etmek, sömürmek amacıyla mağdurun araştırılıp bulunması veya elde edilmesini; sevk etmek, tek başına bir yerden başka bir yere gönderilmesini; nakletmek ise, mağdurun belirli bir noktadan alınarak diğer bir noktaya götürülmesini ifade eder.

Suçun oluşması için, failin, tedarik veya sevk veya naklettiği kişiyi aynı zamanda sömürmek amacıyla kullanmış olması gerekmez. Dolayısıyla bir başkası tarafından sömürülmek üzere, maddede öngörülen seçimlik hareketlerden birisini gerçekleştiren kişi de bu suçu işlemiş olur. Bununla birlikte mağduru tedarik veya sevk veya nakleden fail, aynı zamanda TCK m. 117/2'deki fiilleri de gerçekleştirmesi içtima konusunu ilgilendiren bir sorundur. Ancak her halde failin tedarik veya sevk veya naklettiği kişinin TCK m. 117/2'deki çalışma koşullarına bağlı tutulacağını bilmesi zorunludur⁵⁴. Ne var ki, TCK m. 117/3 uyarınca failin cezalandırılabilmesi için, tedarik veya sevk veya nakledilen

kişinin ayrıca TCK m. 117/2'deki çalışma koşullarına tabi tutulmuş olması gerekmez.

C. Cebir ve Tehdit Kullanarak İşçiyi veya İşverenlerini Ücretleri Azaltıp Çoğaltmaya veya Önceden Kabul Edilenlerden Başka Koşullar Altında Anlaşmalar Kabulüne Zorlamaya da Bir İşin Durmasına, Sona Ermesine veya Durmasının Devamına Neden Olma (TCK m. 117/4)

TCK m. 117/4'e göre, “cebir veya tehdit kullanılarak, işçiyi veya işverenlerini ücretleri azaltıp çoğaltmaya veya evvelce kabul edilenlerden başka koşullar altında anlaşmalar kabulüne zorlayan ya da bir işin durmasına, sona ermesine veya durmanın devamına neden olan kişi” cezalandırılır. Görüldüğü gibi, TCK m. 117/4'te aslında iki farklı suç tipine yer verilmiştir. Bunlar, a) işçiyi veya işverenlerini ücretleri azaltıp çoğaltmaya veya önceden kabul edilenlerden başka koşullar altında anlaşmalar kabulüne zorlamak; b) bir işin durmasına, sona ermesine veya durmanın devamına neden olmaktır. Her iki suç açısından da cebir ve tehdide bir araç olarak başvurulmuş olması gerekir.

765 sayılı TCK. m.201/2'de suçun manevi unsur olarak yer alan “işçiyi veya işverenlerini ücretleri azaltıp çoğaltmaya veya evvelce kabul edilenlerden başka koşullar altında anlaşmalar kabulüne zorlamak maksadı”na ilişkin anlatım, TCK. m. 117/3'te maddi unsura dönüştürülmüş; böylece, seçimlik hareketler içinde, işi bırakmaya zorlamanın yanı sıra, ücretler dahil olmak üzere mevcut çalışma koşullarında değişikliğe zorlama da yer almaktadır⁵⁵. Böylece suç tipinin uygulama alanı önemli ölçüde genişletilmiş olmaktadır.

1. Cebir veya Tehdit

Bu kavramlar üzerinde daha önce durulduğu için orada yapılan açıklamalara gönderme yapmakla yetiniyoruz.

2. İşçiyi veya İşverenlerini Ücretleri Azaltıp Çoğaltmaya veya Önceden Kabul Edilenlerden Başka Koşullar Altında Anlaşmalar Kabulüne Zorlama ya da Bir İşin Durmasına, Sona Ermesine veya Durmasının Devamına Neden Olma

TCK m. 117/4 ile cezalandırılan, ücretlerde veya çalışma koşullarında değişiklik yapmak amacıyla grev ve lokavta başvurulması değildir. Nitekim TCK m. 117/4 anlaşma kabulüne zorlama ya da işin durmasını veya sona ermesinin cebir veya tehdit kullanmak suretiyle olmasını aramaktadır. Bu nedenle yasal bir grev ve lokavtın işçi veya işveren üzerinde baskı oluşturduğu kabul edilse bile, burada cebir veya tehdit unsurunun gerçekleştiğinden söz etmeye zaten olanak bulunmamaktadır⁵⁶. Kaldı ki, 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununa göre alınmış bir grev kararına dayanarak iş bırakılması durumunda, hakkın kullanılması nedeniyle bir hukuka uygunluk nedeni söz konusudur.

Burada sorun, 2822 sayılı Kanuna göre yasadışı bir grev ya da lokavt uygulaması yoluyla işverenin ya da işçilerin ücret ya da çalışma koşullarında değişiklik yapmaya zorlanması durumuna ortaya çıkar. 2822 sayılı Kanun m. 70, kanun dışı grevi ayrıca suç saymakta ise de⁵⁷; kanun dışı grev veya lokavt yoluyla işçi ve işveren üzerinde baskı oluşturarak ücret veya çalışma koşullarını değiştirmeye zorlamak ya da işin durmasına veya sona ermesine yol açmak TCK m. 117/4'deki suçu oluşturacaktır⁵⁸. Aynı fiilin 2822 sayılı Kanun m. 70'in de ihlalini oluşturması durumunda fikri içtima kuralları gereği hangi suç daha ağır cezayı gerektiriyorsa failin o suçtan dolayı cezalandırılması gerekir.

İşçi veya işverene yönelik olarak başvuru olan cebir, ücret ya da önceden kararlaştırılmış olan çalışma koşullarında (örneğin ikramiye, izin, çalışma süreleri) değişiklik yapmaya zorlama amacına yönelik olabilir. TCK m. 117/4'te "anlaşma kabulüne zorlama" deyimine yer verildiği için, bu amaçla cebir veya tehdide başvurulması yeterli olup, bunun sonucunda

gerçekten ücret ya da çalışma koşulları bakımından anlaşmada bir değişiklik yapılmış olması aranmaz⁵⁹.

Diğer alternatif olan işin sona ermesi veya durması bakımından ise, başvuru olan cebir veya tehdit sonucu işin durmuş, sona ermiş veya durmasının sürmesine yol açılmış olması da gerekir. Suçun tamamlanması için işin kısmen veya tamamen durmuş veya sona ermiş olması ve bunun devam süresi önemli değildir⁶⁰.

§ 5. Manevi Unsur

TCK m. 117'deki bütün suçlar genel kastla işlenebilir⁶¹. Olası kast yeterlidir; bu durumda ceza indirilir. TCK m. 117/2 bakımından da genel kast aranmakla birlikte, bunun kapsamına, mağdurun ücretsiz ya da sağladığı hizmetle açık biçimde orantısız olacak düşüklükte bir ücretle çalıştırıldığı (veya insan onuru ile bağdaşmayan çalışma ve konaklama koşullarına tâbi tutulduğu); mağdurun çaresizlik, kimsesizlik ya da bağıllık durumu içerisinde bulunduğu ve bundan yararlanma bilinciyle hareket edildiği de dahildir⁶². Benzer şekilde, TCK m. 117/3'teki suç tipi bakımından da genel kast aranmakla birlikte, failin, taşıdığı kimselerin, TCK m. 117/2'deki koşullarda çalışmaya tabi tutulacaklarını bilmesi gerekecektir.

Suçun terör amacıyla bir terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi "terör suçu" sayılır (TMK m. 4a) ve ceza ağırlaştırılır (TMK m. 5).

§ 6. Suçun Nitelikli Halleri

TCK m. 117'de herhangi bir nitelikli hal öngörülmemiştir. Ancak ortak hüküm olan m. 119 bu suç tipi bakımından da uygulama alanı bulmaktadır. Buna göre suçun a) Silâhla, b) Kişinin kendisini tanınmayacak bir hâle koyması suretiyle, imzasız mektupla veya özel işaretlerle, c) Birden fazla kişi tarafından birlikte, d) Var olan veya var sayılan suç örgütlerinin oluşturdukları korkutucu güçten yararlanılarak, e) Kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle, işlenmesi hâlinde, verilecek ceza bir kat artırılır.

§ 7. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

A. Teşebbüs

TCK m. 117/1, 117/3 ve 117/4 açısından suça teşebbüs mümkündür⁶³. Buna karşılık TCK m. 117/2 açısından, teorik olarak mümkün olsa da, özellikle m. 117/3'teki düzenleme de göz önüne alındığında, pratikte teşebbüsün gerçekleşebilmesi zordur. Burada sorun, TCK m. 117/3'deki fiilleri, TCK m. 117/2'de öngörülen çalışma koşullarına tabi tutmak için işleyen failin, TCK m. 117/2'den mi, yoksa TCK m. 117/3'e teşebbüsten dolayı mı cezalandırılacağı konusunda ortaya çıkar. Bize göre fiil yalnızca TCK m. 117/3 kapsamında kalmış ise, failin TCK m. 117/2'ye teşebbüsten dolayı cezalandırılmasına olanak yoktur. Buna karşılık mağduru tedarik, sevk veya bir yerden diğer bir yere nakleden kişi, aynı zamanda TCK m. 117/2'de öngörülen suçu doğrudan işlemeyi belirten bir icra hareketi de gerçekleştirmiş ise, artık bu durumda TCK m. 117/3'den değil, m. 117/2'ye teşebbüsten dolayı cezalandırılması gerekir.

B. İçtima

Daha önce de belirttiğimiz gibi, TCK m. 117, bireysel çalışma özgürlüğünü korumaktadır. Buna karşılık 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nun 68 ve devamı maddeleri topluma ait bir menfaat olan kamu ekonomisini korumayı amaçlamaktadır. Her iki Kanunla korunan hukuksal yararlar farklı olmakla birlikte, işlenen fiil, TCK m. 117 ile birlikte, söz konusu Kanun'un ilgili hükümlerinde de ihlal ediyorsa, yukarıda da belirttiğimiz gibi, fikri içtima kuralları gereği bunlardan hangisi daha ağır cezayı gerektiriyorsa, failin o suçtan dolayı cezalandırılması gerekir⁶⁴.

Öte yandan, TCK m. 80'deki insan ticareti ile TCK m. 117/2 (ve buna bağlı 117/3) arasındaki ilişkiye de değinmek gerekir. TCK m. 80'e göre "zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek, fuhuş yaptırmak veya esarete tâbi kılmak ya da vücut organlarının verilmesini sağlamak maksadıyla tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulamak, nüfuzu kötüye kullanmak, kandırmak veya kişiler

üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanarak rızalarını elde etmek suretiyle kişileri ülkeye sokan, ülke dışına çıkararak, tedarik eden, kaçırarak, bir yerden başka bir yere götüren veya sevk eden ya da barındıran kimse" cezalandırılır. Gerek iş ve çalışma özgürlüğünü ihlal ve gerekse insan ticareti, kişilerin çaresizliklerinden yararlanma unsuru bakımından örtüşmektedir. Bununla birlikte TCK m. 80'de yer verilen araç fiillerin tümü TCK m. 117/2'de belirtilmemiştir. Bu bağlamda kişinin tehdit, baskı, cebir, şiddet veya kandırmak suretiyle ve insan onuru ile bağdaşmayacak çalışma ve konaklama koşulları içerisinde çalıştırılması TCK m. 117/2'deki suçu oluşturmayacaktır⁶⁵. Buradan da anlaşılacağı üzere, TCK m. 80'de çalıştırma ve hizmet ettirme "zora" dayanmakta iken; TCK m. 117/2'de ise, çalışan kişi sömürülmeyle birlikte, çalışma rızaya dayanmaktadır. Ne var ki, burada sonuçta çaresizlik nedeniyle çalışmaya veya çalışma koşullarına gösterilmiş bir rıza söz konusu olduğu için, her iki suçu, çalışmanın rızaya dayanıp dayanmaması bakımından kesin çizgilerle ayırmak da çoğu zaman mümkün görünmemektedir.

Öte yandan TCK m. 80'deki suçun oluşması için, failin zorla çalıştırmak veya hizmet ettirmek amacıyla hareket etmiş olması yeterli olup, bu amacın gerçekleşmiş olmasına gerek yoktur. Bu bakımdan TCK m. 80'in, 117/2'de düzenlenen suçun daha önceki bir aşamasını cezalandırdığını söylemek⁶⁶ yanlış olmayacaktır. Ancak buna rağmen, amaç gerçekleştiğinde, yani kişiler zorla çalıştırıldığında, aynı davranış hem TCK m. 80, hem de m. 117/2-3'ün ihlali sonucuna yol açabilecektir. Örneğin zorla çalıştırmak amacıyla, çaresizliğinden yararlanan kişinin tedarik edilmesi durumunda davranış, hem TCK m. 80, hem de TCK m. 117/3'teki suçu oluşturmaktadır. Çünkü çoğu durumda, TCK m. 117/2-3'teki suç bakımından aranan genel kast, insan ticareti fiili bakımından aranan çalıştırmak veya hizmet ettirmek amacıyla örtüşmektedir. Bununla birlikte TCK m. 117/2 bakımından, kişinin fiilen çalıştırılmış (ya da insan onuru ile bağdaşmayacak çalışma ve konaklama koşullarına tâbi kılınmış) olması arandığından, henüz bir çalıştırmanın söz konusu

olmadığı durumlarda TCK m. 117/2'deki suç tamamlanmasa da, insan ticareti suçu tamamlanmış olur⁶⁷. Bu olasılıkta tamamlanmış insan ticaretini oluşturan davranış, duruma göre TCK m. 117/2 bakımından teşebbüs, m. 117/3 bakımından tamamlanmış suçu oluşturacaktır. Böyle bir durumda fikri içtima kurallarından hareketle, TCK m. 80 ve 117/2-3'ten hangisi daha ağır cezayı gerektiriyorsa, fail o suçtan dolayı cezalandırılmalıdır. Buna karşılık, zorla çalıştırılma ya da hizmet ettirilme amacıyla insan ticaretine konu yapılan kişi ayrıca TCK m. 117/2'de belirtilen çalışma koşulları içerisinde çalıştırılmış ise, failin her iki suçtan dolayı cezalandırılması gerektiği görüşündeyiz⁶⁸.

Öte yandan, insan onurunu aykırı şekilde rızasıyla çalıştırılmak üzere bir kimsenin tedarik veya sevk veya nakledilmesi durumunda, çalıştıran TCK m. 117/2'den, tedarik, sevk veya nakleden ise TCK m. 117/3'ten cezalandırılır. Bir görüşe göre⁶⁹, aynı kimse, hem TCK m. 117/2 çerçevesinde bir kimseyi çalıştırır, hem bu amaçla mağduru tedarik ederse, hem TCK m. 117/2 ve hem de m. 117/3'ten dolayı cezalandırılmalıdır. Oysa yukarıda da değindiğimiz gibi, TCK m. 117/3, TCK m. 117/2'deki suçun hazırlık hareketlerini bağımsız olarak cezalandırmaktadır. Bu nedenle, TCK m. 117/2'yi ihlal eden kişi, aynı zamanda mağduru tedarik de etmiş ise, nakil, tedarik veya sevk ikinci fıkrada öngörülen suçun hazırlık hareket niteliğinde olduğundan, ayrıca TCK m. 117/3'ten dolayı cezalandırılmaz.

Nihayet, TCK m. 119/2'ye göre, bu suçun işlenmesi sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hallerinin (TCK m. 87) gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır. Demek ki, başvuru cebir TCK m. 86 kapsamında kasten yaralama düzeyinde kalmış ise, bileşik suç kuralları gereğince faile ayrıca kasten yaralama suçundan ceza verilemeyecektir.

DİPNOTLAR

- 1 Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, A. Caner, 5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Bası, Ankara 2006, s. 194.
- 2 Bu durumda, TCK m. 116/2 hükmü uygulanabilir, Soyer, Sesim, İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali ile Sendikal Hakların

Kullanılmasının Engellenmesi Suçlarına İlişkin Bazı Düşünceler, HPD, Sayı 7, Temmuz 2006, s. 105.

- 3 Soyer, HPD 2006, s. 100; Yenidünya, Caner, İnsan Ticareti, Suçu, Ankara 2007, s. 64. Nitekim TCK m. 117/1'i karşılayan İtalyan CK m. 513 hükmü "kamu ekonomisine karşı cürümler" başlığı altında yer alsa da, İtalyan yargısal içtihatlarında da, suçla korunan hukuksal yararın aynı zamanda mağduru iş ve ticaretini serbestçe sürdürebilme hakkı olduğu vurgulanmaktadır, Lattanzi, Giorgio, Codice Penale Annotato con la Giurisprudenza, Dott. A. Giuffrè Ed., Milano, Ottobre 2005, s. 1245.
- 4 765 sayılı TCK m. 201 bakımından, genel anlamda çalışma özgürlüğünün değil, sanayi ve ticaret faaliyetinde çalışma özgürlüğünün korunduğu, burada söz konusu olanın, sanayi ve ticaret faaliyetinde işveren ile işçilerin subjektif çalışma özgürlüğü olduğu söylenmekteydi (Erem, Faruk, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, C. II, Ankara 1993, s.1288 vd.; Ersoy, Yüksel, Çalışma Hürriyetine Karşı Suçlar, Ankara 1973, no.86 vd.).
- 5 Soyer, HPD 2006, s. 100.
- 6 Bkz. Centel, Tankut, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Çalışma Yaşamına İlişkin Düzenlemeler, Çimento İşveren Dergisi, Eylül 2005, S. 5, C. 19, s. 9.
- 7 Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. III, Ankara 2010, s.3798.
- 8 Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 194.
- 9 Ersoy, no.87; Soyer, HPD 2006, s. 100-101. Aksi görüşte Şen, Ersan, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt: I, İstanbul 2006, s. 477, özellikle yazarın "mağdur, ücreti karşılığında kendisine verilen kendisi tarafından yapılacağı taahhüt edilen işi yerine getirmediği takdirde, failin basit cebir veya tehdit veya başka bir hukuka aykırı yöntem" kullanmasının bu suçu oluşturduğu şeklindeki görüşüne katılmak mümkün değildir.
- 10 Soyer, HPD 2006, s. 101.
- 11 Hafizoğulları, Zeki/Özen, Muharrem, Hürriyete Karşı Suçlar, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan C. II, Ankara 2010, s.2745
- 12 Ersoy, no.90; Erem, II, s.1288 vd., Şen, s. 477
- 13 Ersoy, no.98.
- 14 Ersoy, no.96 vd.; Erem, II, s.1284.
- 15 Aynı yönde Hafizoğulları/Özen, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, s.2743
- 16 Benzer eleştiri için Soyer, HPD 2006, s. 101; karşı görüş Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3801
- 17 Şen, s. 480.
- 18 Erem, II, s.1284; Ersoy, no.103; Soyer, HPD 2006, s. 101.
- 19 Ersoy, no.104; Centel, Çimento İşveren Eylül 2005, s. 10
- 20 Şen, s. 483; Soyer, HPD 2006, s. 101; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3801; Özbek, Veli Özer, TCK İzmir Şerhi - Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı (Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı), Cilt 2 (Özel Hükümler), Ankara 2008, s. 800
- 21 Karşılaştırınız Hafizoğulları/Özen, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, s.2745 (yazarlar, suçun failinin de işçi veya işveren olabileceğini düşünmektedirler).

- 22 Bir görüşe göre, maddede Anayasadaki düzenlemeye uygun olarak “çalışma, sözleşme ve teşebbüs hürriyeti”nden söz edilmesi daha doğru olurdu, Üzülmöz, İlhan, Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Hürriyet Aleyhine İşlenen Suçlar, Kazancı Hukuk, İşletme ve Maliye Bilimleri Dergisi, Sayı 5, s. 108. Bir başka görüşe göre de iş ve çalışma sözcükleri çoğu kez biri diğerinin yerine kullanıldığı için isteneni anlatma bakımından “iş ve çalışma hürriyeti”nden söz edilmesi yerinde olmamıştır. Burada kastedilen, Any. m. 48 doğrultusunda “çalışma özgürlüğü” ile “özel teşebbüs serbestisi”dir (Centel, Çimento İşveren, Eylül 2005, s. 8).
- 23 Karşılaştırınız Soyer, HPD 2006, s. 100, 103; Özbek, s. 785. Bu görüşe göre iş ve çalışma özgürlüğü, sanat ve ticaret faaliyetini de içermekle birlikte, ondan daha geniş bir faaliyet alanını kapsamakta; gelir elde etme amacına yönelik, yasal her türlü ekonomik faaliyeti içermektedir. Buna karşılık bir başka görüş (Hafizoğulları/Özen, Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, s.2742), bu deyimii sanat ve ticaret faaliyeti ile sınırlı biçimde anlamaktadır.
- 24 Aynı duraktan yolcu taşıyan sanığın yakınana; (bu duraktan yolcu almayacaksınız, alırsan ağzını burnunu kırırım) biçiminde söylemesi (Yar. 4. CD 17.9.1996 5950/6683, YKD Kasım 1996, s. 1821), sanıkların işyerlerine silahla girerek benzin pompasına el koymak suretiyle (burayı kapattık, herkes çekilsin) demeleri (Yar. 4. CD 1.2.1996 8495/919, YKD Mayıs 1996, s. 808) bu suçu oluşturur.
- 25 Şen, s. 479; Özbek, s. 789.
- 26 Özbek, s. 789.
- 27 Soyer, HPD 2006, s. 103; Özbek, s. 790.
- 28 Soyer, HPD 2006, s. 103.
- 29 “Oluşa uygun kabule göre yakınanın Devlet Hastanesi temizlik işi ihalesini alması dolayısıyla sanığın telefonda görüştüğü yakınana, “ihaleyi teslim aldığın tarihten itibaren ben sana yapacağımı biliyorum, hayatını mahvetmek için bütün servetimi harcayacağım ve ayaklarına sıkacağım” diyerek tehdit etmesi biçimindeki eyleminin 5237 sayılı TCY. nın 117/1.maddesindeki iş ve çalışma hürriyetini ihlal suçunu oluşturabileceği...” Yar.4.CD., 28.2.2007, 13423/2065.
- 30 Tröndle, Herbert/Fischer, Thomas, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, München 2001, § 240 no.8; Kindhäuser, Urs, Lehrbuch des Strafrechts Besonderer Teil I (Straftaten gegen Persönlichkeitsrechte, Staat und Gesellschaft), Baden-Baden 2003 § 13 no.8.
- 31 Bertel/Schwaighofer, Österreichisches Strafrecht, BT/I, Wien 1995 § 105 no.3; Yıldız, Ali Kemal, Tehdit, Şantaj ve Cebir Suçları (TCK m. 106, 107, 108), Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, C. III (Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan), Yeditepe Üniversitesi Yayını, İstanbul 2010, s. 519; Özbek/Doğan, s. 709.
- 32 Karşı görüş Yıldız, s. 520
- 33 Krey/ Volker/Heinrich, Manfred, Strafrecht Besonderer Teil, Bd. 1, 13. Aufl. Stuttgart 2005, § 4 no.329; Wessels, Johannes/Hettinger, Michael, Strafrecht Besonderer Teil/I, (Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte), 30. Aufl. Heidelberg 2006, § 8 no.396.
- 34 Yine bkz. Üzülmöz, Üzülmöz, İlhan, Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları, Ankara 2007, s. 176
- 35 Bertel/Schwaighoferi § 105 no.6. Öğretide, cebrin yalnızca fiziksel olarak uygulanan hareketlerden oluştuğunun kabul edilmesi eleştirilmektedir, bkz. Üzülmöz, Hürriyete Karşı Suçlar, s. 101.
- 36 Üzülmöz, Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma, s. 178 vd.; karşı görüş Yıldız, s. 520-521
- 37 Delpino, Luigi, Diritto Penale Parte Speciale, XIV. Edizione, Ed. Giuridiche Simone, Napoli, Novembre 2004, s. 598.
- 38 Erem II, s.1222; Delpino, s. 599.
- 39 Lattanzi, s. 1477.
- 40 Bu ibarenin uygulamada sorun yaratacağı ve bu nedenle madde metninden çıkarılması gerektiği görüşü için bkz. Özbek, s. 789.
- 41 Buna karşılık, söz konusu ibare ile, suç tipinde özel hukuka aykırılık düzenlemesine gidildiği yönündeki görüşe (Şen, s. 478) katılmıyoruz.
- 42 Donay, Süheyl/Kaşıkçı, Mahmut, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, İstanbul 2004, s. 172.
- 43 Aynı yönde Soyer, HPD 2006, s. 102. İtalyan öğretisinde de, hukuka aykırılık içeriğini aldatıcı hareketlerle gizlemeye ya da saklamaya yönelen davranışlar, bu madde kapsamında hile sayılmakta ve suçun maddi unsurunu oluşturmaya elverişli görülmektedir, Lattanzi, s. 1246.
- 44 Soyer, HPD 2006, s. 103.
- 45 Özbek, s. 795.
- 46 Aynı görüşte Şen, s. 480-481.
- 47 Soyer, HPD 2006, s. 104.
- 48 Bu yönde Şen, s. 481, yazara göre, fail asgari ücretin altında bir ücretle mağduru çalıştırmamakta ise, m. 117/2’deki suç oluşmayacaktır. Buna karşılık, asgari ücretin de altında bir ücret karşılığında mağdur çalıştırılmakta ise, ödenen ücret ile sağlanan hizmet arasındaki orantısızlığın somut olayda varlığı ayrıca araştırılmaksızın, söz konusu suç tipinin oluştuğu sonucuna varılacaktır.
- 49 Aksi yönde düşünen Centel, TCK m. 117/2’deki düzenlemenin, ülke gerçeklerine ters düşecek ceza uygulamalarına kapı aralayacağını ve kayıt dışı ekonomiyle bu yöntemle nasıl mücadele edileceğinin merak konusu olduğunu belirtmektedir (Centel, Çimento İşveren Eylül 2005, s. 10)
- 50 Şimşek, Oğuz, Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Dokuz Eylül Üni. Sos. Bil. Enstitüsü, İzmir 1999, s. 5.
- 51 Şimşek, s. 86; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 109; Özbek/Bacaksız, İzmir Şerhi, s. 550.
- 52 Bir görüşe göre (Özbek, s. 797), insan onuru ile bağdaşmayacak çalışma ve konaklama koşullarına tabi kılmak yeterlidir, fakat mağdurun bu koşullarda yaşamaması şart değildir. Fakat bu ayrımı da somut olayda yapabilmek çok güçtür.
- 53 Karşılaştırınız. Hafizoğulları/Özen, Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, s.2744
- 54 Donay/Kaşıkçı, s. 173; Özbek, s. 798. Dolayısıyla, buradaki kast, bu durumdaki kimselerin sömürdüğünü bilmeyi de kapsamalıdır.
- 55 Centel, Çimento İşveren Eylül 2005, s. 9

- 56 1961 Anayasasının yürürlükte olduğu dönemde Anayasa Mahkemesi, söz konusu fıkranın Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna varmıştır (Any. Mh., 14.4.1964, 202/32).
- 57 "Bu Kanunda belirtilen şartlar gerçekleşmeden grev veya lokavt kararı verenlerle, bunu teşvik edenler, zorlayanlar veya propagandasını yapanlar üç aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır.
- Yukarıdaki fıkarda sözü edilen grev veya lokavt kararının uygulanması halinde; grev veya lokavta karar verenler, böyle bir grev veya lokavta karar verilmesine veya uygulanmasına veya bunlara katılmaya veya devama zorlayan veya teşvik edenler veya bu yolda propaganda yapanlar ile lokavta katılanlar veya devam edenler üç aydan altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır.
- Grev veya lokavt kararı alınmasında gerçekleşmeyen şartlar yalnızca süre veya tebligata ilişkin ise yukarıdaki fıkralara göre verilecek cezalar üçte birden yarıya kadar indirilir.
- Bu maddede belirtilen kanun dışı greve katılanlar veya devam edenler elli günden az olmamak üzere adli para cezası ile cezalandırılır".
- 58 Bkz. Soyer, HPD 2006, s. 104; Centel, Çimento İşveren Eylül 2005, s. 10
- 59 Bir görüş, İş Kanunu m. 22'de çalışma koşullarında değişikliği ve buna razı olmayan iş sözleşmesinin feshini kabul eden bir sistem içinde bunun TCK m.117/4 anlamında tehdit sayılmasının tartışmaya açık olduğunu, bu yönüyle TCK m. 117/4'ün, İş Kanunu m. 22 ile uyumlu olmadığı söylenmiştir (Centel, Çimento İşveren Eylül 2005, s. 10)
- 60 Erem II, s.1290. Kıyaslayınız Şen, s. 484, yazara göre, durma veya sona ermenin "tam olarak gerçekleşmesi" gerekecektir.
- 61 Aynı yönde Soyer, HPD 2006, s. 106; Özbek, s. 791 (1. fıkra), 797 (2. fıkra), 799 (3. fıkra), 803 (4. fıkra). Fakat bkz. "Ancak; sanıkların bir petrol şirketinde işçi olarak çalışan yakınan T.... A....'ı "...Bulancağ'ın ekmeğini Bulancağ'lı yiyecek, burada Ordu'lu çalıştırmayız, Bulancağ'lıdan başkasını çalıştırmayız, seni burada görmek istemiyoruz" biçimindeki diğer yakınan Z.... D....'i ise yokluğunda "... kimsenin ekmeğiyle oynamasın, Bulancağ'ının ekmeğini Bulancağ'lı yiyecek, burada Ordu'lu çalıştırmayız" biçimindeki sözlerle tehdit etmekten ibaret eylemlerinin özel kasıt açısından (vurgu tarafımızca eklenmiştir) 765 sayılı TCK'nun 201 ve 5237 sayılı TCY'nın 117.maddesinde düzenlenen çalışma özgürlüğünü kısıtlama suçunu oluşturup oluşturmadığı karar yerinde tartışılmadan, yetersiz gerekçeyle yazılı biçimde kararlar verilmesi" bozmayı gerektirmiştir (Yar.2.CD., 9.10.2007, 4707/7942). "...Sanıkların mağduru kendilerinin işlettikleri birahane çalışmaya cebir ve tehditle zorlama biçimindeki eylemlerinin özel kast açısından TCY'nin 117/1, 119/1-c madde ve fıkralarına uyan iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunu oluşturup oluşturmadığı tartışılmadan yetersiz gerekçelerle genel hüküm niteliğindeki tehdit suçundan hüküm kurulması ... yasaya aykırıdır" (Yar. 4.CD., 19.3.2008, 11430/4860, THD Mayıs 2009, s. 232).
- 62 Şen, s. 482.
- 63 Soyer, HPD 2006, s. 107; Hafizoğulları/Özen, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, s. 2742 (1. ve 4. fıkra için teşebbüsü mümkün görmekte ancak 2. ve 3. fıkra için teşebbüsün söz

konusu olamayacağını belirtmektedirler); Özbek, s. 792 (1. fıkra), 797 (2. fıkra), 799 (3. fıkra), 803 (4. fıkra, fakat bu suç tipi açısından, yazar, teşebbüsü zor görmektedir). Bir görüşe (Şen, s. 483) göre, m. 117/4'teki "Cebir veya tehdit kullanarak, işçiyi veya işverenlerini ücretleri azaltıp çoğaltmaya veya evvelce kabul edilenlerden başka koşullar altında anlaşmalar kabulüne" zorlama bakımından suç teşebbüsü elverişli değildir. Bu görüşe göre, cebir veya tehdit kullanılmasıyla suç tamamlanır, neticenin gerçekleşmesine gerek yoktur (aynı yönde Özbek, s. 801). Oysa hükümde açıkça neticenin gerçekleşmesi aranmıştır. Şayet, cebir veya tehdidin kullanılması yeterli görülseydi, "İşçiyi veya işverenlerini ücretleri azaltıp çoğaltmaya veya evvelce kabul edilenlerden başka koşullar altında anlaşmalar kabulüne zorlamak amacıyla cebir veya tehdit kullanmak" şeklinde bir düzenleme yapılırdı. Nitekim, m. 117/1'i karşılayan İt. CK. m. 513 hükmü buna benzer şekilde kaleme alınmıştır ve bu nedenle, söz konusu suçun özel kasta bağlı bir tehlike suçu olduğu, teşebbüsün mümkün olmadığı söylenmektedir, Delpino, s. 380.

- 64 Bir görüşle göre (Ersoy, no.201 vd.), böyle bir durumda daha az cezayı ihtiva etse bile, özel hüküm olarak 2822 sayılı Kanun'un ilgili hükümleri uygulanmalıdır. Diğer bir görüşe göre ise (Soyer, HPD 2006, s. 107; benzer yönde Özbek, s. 792-793) sonradan yürürlüğe giren TCK m. 117 hükmü ile, 2822 sayılı Kanunun ilgili hükümleri değiştirilmiş olduğundan; m. 117 kapsamına giren davranışlar bakımından bu düzenleme, bunun dışında kalan durumlarda ise 2822 sayılı Kanunun ilgili hükümleri uygulanmalıdır.
- 65 Aynı yönde Yenidünya, İnsan Ticareti, s. 62
- 66 Bu yönde Soyer, HPD 2006, s. 108; Yenidünya, İnsan Ticareti, s. 64
- 67 Soyer, HPD 2006, s. 108.
- 68 Aynı yönde Yenidünya, İnsan Ticareti, s. 65
- 69 Özbek, s. 799.

ABONELİK SİSTEMİ

“MESS Akıllı Kitap-İş Güvencesi”



4857 sayılı İş Kanunu'nun iş güvencesi ile ilgili hükümlerinin içeriğine ve uygulanmasına yönelik bilgiler ile yerli ve yabancı mahkeme kararlarına yer verilen “MESS Akıllı Kitap-İş Güvencesi” adlı yayıncımız, çalışma yaşamında 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-posta :

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

TÜRKİYE İŞ BANKASI Teşvikiye Şubesi (Şube Kodu 1074)
Hesap No: 483681 IBAN No: TR20 0006 4000 0011 0740 4836 81

(İlgili bankanın havalesinden banka masrafı alınmayacaktır. Havalenizin tarafımıza ulaşmasından sonra fatura düzenlenerek tarafınıza gönderilecektir.)

Av. Tulû GÜMÜŞTEKİN

CPS Genel Müdürü

2010 İlerleme Raporu Işığında Türk Çalışma Hayatının Değerlendirilmesi

Avrupa Komisyonu tarafından aday ülkelere yönelik geçtiğimiz yıla ilişkin gelişme ve ilerlemeleri değerlendiren 2010 Türkiye Düzenli İlerleme Raporu ve Avrupa Birliğinin 2010–2011 Genişleme Stratejisi 9 Kasım 2010 tarihinde resmi olarak açıklanmıştır. Aralık 1997 tarihli Lüksemburg Zirvesi Sonuç Bildirgesini takiben, her sene Avrupa Komisyonu tarafından yayımlanan İlerleme Raporlarında Birlik ve Türkiye arasındaki ilişkiler değerlendirilmektedir. Siyasi ve ekonomik kriterler çerçevesinde Türkiye'deki gelişmeler analiz edilip, Türkiye'nin 33 müzakeresi faslı kapsamında yer alan üyelik yükümlülüklerini yerine getirebilme kapasitesi gözden geçirilmektedir.

Bu yıl yayımlanan Türkiye İlerleme Raporu'nda yer alan İstihdam ve Sosyal Politika faslı çerçevesinde Türk çalışma hayatına yönelik değerlendirmelere geçmeden önce Avrupa Birliği'nin bu alandaki düzenlemelerini hatırlamakta yarar vardır. Bu kapsamda, Avrupa Birliği, iş gücü piyasasına yönelik olarak “Avrupa İstihdam Stratejisi”, Avrupa Birliği'ndeki tüm

bireylerin ekonomik büyümeden faydalanmasını sağlamaya ilişkin olarak “Avrupa Sosyal Gündemi” ve bu hedefleri yerine getirmek için “Avrupa Sosyal Fonu”nu olmak üzere üç temel araç oluşturmuştur.

Avrupa Birliği, sosyal politika ve istihdam politikasının yasal temelleri AB Antlaşmasının¹ IX. Başlığı olan “İstihdam” konusunun 145–150. maddelerine (AT Antlaşması 125–130. maddeler) dayanmaktadır. Bahse konu maddeler, Üye Devletlerin “istihdam” politikalarının eşgüdümüne ilişkin temel ilkeleri ortaya koymaktadır. Bunlara ilaveten, XI. Başlık olan “Sosyal Politika, Eğitim, Mesleki Eğitim ve Gençlik” başlığı içerisinde yer alan 151. madde (AT Antlaşması madde 136) ile 164. maddeler (AT Antlaşması madde 148) temel sosyal hükümler ve Avrupa Sosyal Fonu'na ilişkin düzenlemeleri kapsamaktadır.

Avrupa Birliği, 2008 yılından bu yana süregelen dünya ekonomik krizinin etkilerini azaltma hedefiyle 3 Mart 2010 tarihinde, 2000 yılında yayımlanan Lizbon Stratejisinin yerini

alan, 2020 Avrupa Stratejisini ortaya koymuştur. 2020 Avrupa Stratejisi çerçevesinde üç öncelik alanından biri yüksek istihdam ve sosyal uyumu öne çıkaran “Kapsamlı Büyüme” olarak belirlenmiştir. Bu bağlamda söz konusu önceliğe istinaden 2020 yılına kadar 20 ila 64 yaş arasındaki nüfusun %75'nin istihdama katılımının sağlanması hedef olarak belirlenmiştir. Birlik çapında bilgi ve yenilikçiliğe dayalı, sürdürülebilir ve istihdam imkanlarının arttırıldığı bir ekonomi yaratılmasını hedefleyen 2020 Avrupa Stratejisi çerçevesinde son olarak emek arz ve talebini uyumlaştırma amaçlı girişimler başlatılmıştır.

Türkiye- Avrupa Birliği arasındaki katılım müzakereleri perspektifinden; “İstihdam ve Sosyal Politika” faslının müzakere sürecini hatırlamak gerekirse, 19 Ocak 2007 tarihinde Almanya'nın dönem Başkanlığı sırasında “İstihdam ve Sosyal Politika” faslının açılabilmesi

suslarında üye devletler için uyulması zorunlu olan asgari standartlar belirlenmektedir.

2010 Raporu genel olarak Türkiye'nin “İstihdam ve Sosyal Politika” konularında bazı ilerlemeler kaydettiğini belirtmektedir. Raporun bu fasıl içerisinde vurgu yaptığı önemli hususlardan birisini Anayasa değişiklik paketi oluşturmaktadır. Yapılan değişikliğin AB sürecine olumlu katkıda bulunacağını altı çizilmektedir. İstihdam ve sosyal haklar perspektifinde, İlerleme Raporu'nun, siyasi kriterler bölümünde, kadınlara pozitif ayrımcılık ilkesinin anayasa değişikliğiyle getirilmesi olumlu karşılanmaktadır. Buna paralel olarak sosyal bakımdan korumaya muhtaç ve engelli kişilerle ilgili alınacak pozitif ayrımcılık önlemlerinin eşitlik prensibine aykırılık teşkil etmemesi maddesi önemli bir adım olarak nitelendirilmektedir. Ancak, Raporda geçen yıl olduğu gibi bu yıl da idari kapasitenin geliştirilmesine yönelik daha

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı bünyesinde dezavantajlı gruplar için yeni bir dairenin açılması olumlu karşılanmaktadır.

için iki adet açılış kriteri getirilmiştir. Bu kriterlerden birincisi, Türkiye'de sendikaların AB standartları ve ilgili ILO Konvansiyonları ile uyumunun sağlanması; ikincisi ise, bu fasıl kapsamındaki alanlara ilişkin AB Müktesebatının iç hukuka aktarılması, uygulanması için ise bir eylem planının Avrupa Komisyonu'na sunulması ihtiyacıdır. Birinci açılış kriterini oluşturan sendikal haklara ilişkin yeni kanun çalışmaları devam etmekte, ikinci açılış kriterini teşkil eden eylem planı Avrupa Komisyonu'na sunulmuş bulunmaktadır. Halihazırda, “İstihdam ve Sosyal Politika” başlığı Türkiye – Avrupa Birliği müzakerelerinde açılması muhtemel başlıklar arasında yer almaktadır.

İlerleme Raporunun 19. müzakere başlığını oluşturan “İstihdam ve Sosyal Politika” başlığının temel ilkeleri olan iş hukuku, istihdam ve sosyal güvenlik, erkek ve kadına eşit muamele, iş sağlığı ve güvenliği ve sosyal diyalog hu-

fazla çaba sarf edilmesi gerektiğinin altı çizilmektedir.

Avrupa Komisyonu; 2010 İlerleme Raporu kapsamında iş hukuku alanında AB müktesebatının iç hukuka aktarımına yönelik olarak ilerleme sağlanmadığı ve iş hukukunun ekonominin bazı sektörlerine uygulanmadığını belirtmektedir. Ancak, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı bünyesinde dezavantajlı gruplar için yeni bir dairenin açılması olumlu karşılanmaktadır.

Raporda, iş sağlığı ve güvenliği konusunda ise, çok sınırlı ilerleme sağlandığı belirtilmektedir. AB'nin finansman sağladığı eylemlerin katkısı ile idari kapasite ve farkındalık düzeyinin arttırıldığı dile getirilmektedir. Bununla birlikte, geçtiğimiz yılın İlerleme Raporunda da değinildiği gibi iş sağlığı ve güvenliği alanında Çerçeve Yönerge'nin ulusal mevzuata aktarılmasına yönelik ilerleme sağlanmadığı ifade edilmek-

tedir. Bu durumun halihazırda iş hukuka aktarılmış bulunan mevzuatın uygulanmasının önünde büyük bir engel oluşturduğuna dikkat çekilmektedir.

Öte yandan, idari kapasitenin güçlendirilmesi konusunda, İş Teftiş Kurulu kapasitesinin ilave personel alımı ve bu personelin eğitimi yoluyla güçlendirilmesi sürecinin devam ettiği ancak ekonomi ile iş gücü piyasasının büyüklüğüne kıyasla, iş müfettişlerinin sayısının çok düşük kaldığı raporlanmaktadır. Rapor ayrıca, geçtiğimiz yıl maden ve taş ocaklarında meydana gelen iş kazaları temelinde kamu kurumları tarafından yürütülen denetimlerin uygulanmasını sorgulamaktadır.

“İstihdam ve Sosyal Politika” faslı çerçevesinde önem taşıyan bir diğer konu başlığını ise sosyal diyalog oluşturmaktadır. Bu alanda başta kamu sektörü olmak üzere, 2010 İlerleme Raporu bazı ilerlemeler kaydedildiğine işaret etmektedir. 2010 İlerleme Raporu memurlar ile diğer kamu çalışanlarına toplu pazarlık ile toplu sözleşme yapma hakkını veren, memurlara uygulanan disiplin cezalarını yargı denetimine tabi tutan ve Ekonomik ve Sosyal Konseyi anayasal bir organ haline getiren anayasa değişikliklerini olumlu karşılamaktadır. Ancak, söz konusu Anayasa değişiklik paketinin kısıtlı kalmaya devam ettiği belirtilirken, işaret edilen bir başka nokta ise; Anayasa değişiklik paketinin memurlar için grev hakkı getirmemesidir. Bu kapsamda mevcut düzenlemelerin AB standartları ve ILO Sözleşmeleri ile uyumlu hale getirilmesi gerektiği vurgulanmaktadır. Avrupa Komisyonu, ILO'nun İkili Yüksek Misyonunun ilgili mevzuatının uygulanmasıyla ilgili bir gelişme olmadığı bilgisini raporda not düşmektedir.

Raporda; sendikal haklar, sosyal diyalog kapsamında en sorunlu alanlardan birini oluşturmaktadır. Hükümetin, dernek kurma özgürlüğü ile iş yerinde toplu pazarlığı sağlamak gibi bazı önemli konulara değindiği belirtilmektedir. Ancak, özel sektördeki sendikal haklara ilişkin yeni bir taslak kanun oluşturma girişiminin sosyal partnerlerden gerekli desteği alamadığına da değinilmektedir. Toplu iş sözleşmelerinde işçi sayısının düşük kalmaya devam ettiği

kaydedilmektedir. Sosyal diyalog kapsamında ise, ana sosyal diyalog mekanizmalarının (Üçlü Danışma Kurulu, Ekonomik ve Sosyal Konsey) çalışmaları ile sosyal ortakların kapasitesinin güçlendirilmesi gerektiğinin altı çizilmektedir.

İstihdam politikası konusunda bazı ilerlemeler kaydedildiğinin belirtildiği 2010 İlerleme Raporu'nda Türkiye'nin ulusal istihdam stratejisini hazırlamakta olduğuna işaret edilmektedir. İstihdam Politikası başlığındaki temel değerlendirmeler kayıt dışı ekonomi ve istihdam politikası ekseninde ele alınmaktadır. 2009 yılında derinleşen dünya ekonomik krizine karşı alınan önlemler çerçevesinde Türkiye'nin iş yaratıcı teşviklerini uzattığı ifade edilmektedir. Bu kapsamda 2009 yılına kıyasla işsizliğin azalma eğiliminde olduğuna işaret edilmektedir. Türkiye İş Kurumu (İŞKUR)'nun faaliyetlerinin devam ettiği, aktif işgücü piyasası tedbirlerinin büyük ölçüde genişletildiği, ancak işsizlik yardımının kapsamının çok düşük olduğuna vurgu yapılmaktadır. Yine, Türkiye'de kamu istihdamı toplam idari kapasitesinin zayıf kalmaya devam ettiği ve işgücüne katılım ve istihdam oranlarının düşük olduğuna dikkat çekilmektedir. Bu çerçevede Güneydoğu bölgesi en düşük katılım oranına sahiptir. Gençler arasındaki işsizlik, yüksek kalmaya devam etmekle birlikte 2010 yılının ilk 2 çeyreğinde azalma eğilimi göstermiştir. Kayıt dışı işçi yüzdesi ise Haziran 2009'da en yüksek seviyesine ulaştıktan sonra azalan bir eğilim göstermiştir. Kayıt dışı ekonomi hususunda ise istihdam edilenlerin %44,8'inin sosyal güvenlik sistemine kayıtlı olmamalarından ötürü, İş Kanunu'nun korumasından ve emeklilik haklarından mahrum kalmakta olduğunun altı çizilmiştir. Özellikle SGK ile diğer kamu kurumları ve özel kurumlar arasında artan koordinasyonun ve işbirliği ile kayıt dışı istihdama karşı mücadele yoğunlaştırılmıştır. Ancak kayıt dışı ekonominin büyüklüğüne nazaran denetim kapasitesi yetersiz kalmaya devam etmektedir.

2010 İlerleme Raporu'nda, Avrupa Sosyal Fonu hazırlıkları yönünde bazı ilerlemelerin kaydedildiği değerlendirilmektedir. Programların izlenmesi ve değerlendirilme süreci ve ilk anlaşmaların imzalanmasında büyük çapta ge-

cikmeler yaşandığı tespit edilmektedir. Dene-tim ve değerlendirme programlarının güçlendirilmesi gerekmektedir.

Sosyal içerme konusunda yine çok sınırlı bir ilerlemenin gerçekleştiğine dikkat çekilmektedir. Diğer taraftan, bu alanda, Anayasa'da çocuklar ve engelliler için pozitif ayrımcılığı mümkün kılan değişikliklerin yapılması olumlu olarak karşılanmaktadır. Raporunda, Hükümet tarafından engelli kişilerin kamu kurumlarında istihdamına yönelik bütçeye ilişkin kadro kısıtlamalarının kaldırılmasına dikkat çekilirken diğer taraftan, sosyal içermeyi teşvik eden ulusal kurumların dağılımı ve zayıf niteliği Raporun menfi analizleri arasında yer almaktadır. Öte yandan, ülkemizin yoksulluğu ele alan kapsamlı bir politika çerçevesine sahip olmasına dikkat çekilmektedir. 2009 yılına ait İlerleme Raporu'nda da belirtildiği gibi 2010 yılında da yoksulluk riski altındaki nüfus yüzdesinin yüksekliği ile çocukların orantısız olarak yoksulluk riski ile karşı karşıya bulduklarına dikkat çekilmektedir.

Sosyal koruma konusunda ise, bu seneye ait raporlama sürecinde sınırlı bir ilerleme kaydedildiği belirtilmektedir. Sosyal güvenlik ve primsiz ödemeler hakkındaki kanun taslağının halen kabul edilmediği vurgulanmaktadır. Ülkemizin, ekonomik kriz ile birlikte emeklilik sisteminde önemli ölçüde artan bir açıklıkla karşı karşıya kaldığına işaret edilerek, emeklilik sisteminin kapsamının kayıt dışı işçilere yönelik olarak genişletilmesi ve sistemin kapsadığı kişilerin kayıtlı sektörde daha uzun süre çalışmaya teşvik edilmesi gerektiği bildirilmektedir. Rapor'un sosyal koruma alanında dikkat çektiği olumlu değerlendirmesi ise, genel sağlık sigortası kapsamının genişletilmesi ve öncül sağlık hizmetlerine erişim ile ilgili gelişmelerin olmasıdır.

Bu yılki Raporunda, ayrımcılıkla mücadele konusunda AB müktesebatının iç hukuka aktarımına yönelik ilerleme kaydedilmediği belirtilmektedir. Doğrudan ve dolaylı ayrımcılıkla ilgili Türk mevzuatında bir tanım yapılmadığına işaret edilmektedir. Ayrıca ırk, etnik köken, din, inanç, engel, yaş, cinsi yönelimler temelinde ayrımcılıkla ilgili mevzuatın iç hukuka geçi-

rilmemesi, bu konudaki temel sorunları yansıtmaktadır.

Fırsat eşitliği konusunda ise, Türkiye'de gerçekleştirilen anayasa değişiklikleri ile kadın ve erkek arasında sürekli eşitliği sağlamak için alınan tedbirlere değinilmektedir. Geçtiğimiz yıl olduğu gibi bu yıl da fırsat eşitliği konusunda kadınların istihdam ve iş gücüne katılım oranlarının AB ülkelerinden daha düşük olması ve cinsiyete dayalı ücret farkının devam etmesi gibi hususlar fırsat eşitliği başlığının önemli konularını oluşturmaktadır. Kadın istihdamı ve iş gücüne katılım oranının OECD ülkeleri arasında en düşük seviyede olduğu belirtilmektedir. Rapor, üstlenilebilecek çocuk bakımı konusunda yapılanların yetersiz olduğuna, iş yaşamında cinsiyete dayalı ödeme farklılığının devam ettiğine dikkati çekmektedir. Çalışma ve aile yaşantısını uyumlaştırmayı amaçlayan mevzuat ve politikaların henüz kabul edilmemesi ve 2008–2013 Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Ulusal Eylem Planı'nın uygulanmasına yönelik çabaların yeterli beşeri ve mali kaynaktan yoksun olması fırsat eşitliği konusunda yaşanan başlıca sorunlar arasında yer almaktadır.

Avrupa Birliği, işsizlikle mücadelede, sosyal politika ve istihdam politikasına ayrı bir önem atfetmektedir. Bunun sebebi ise, son iki yıldır Birliği sarsan ekonomik kriz ve bununla beraber yükselişe geçen işsizliğin giderek daha fazla hissedilmesidir. Buna paralel olarak AB'nin bu alanda politikalarının eşgüdümü ve uyumlaştırılmasına yönelik çabalar hız kazanmıştır. Avrupa Birliği ile üyelik müzakerelerine devam eden bir aday ülke olarak, Türkiye'nin "İstihdam ve Sosyal Politika" alanındaki müktesebatla uyumlaştırmasını hızlandırması ve bu konudaki müzakerelerin açılması için gerekli koşulları yerine getirmesi taraflar arası sosyal politika amaçlarının uyumlaştırılması ve karşılıklı işbirliğinin global süreç içerisinde pekiştirilmesi çerçevesinde önem teşkil etmektedir.

DİPNOT

- 1 1 Aralık 2009 tarihinde yürürlüğe giren Lizbon Anlaşması ile AB Antlaşması olarak anılmaktadır.

Şeyda AKTEKİN

MESS Müşavir Avukatı

İş Sözleşmeleri ya da Toplu İş Sözleşmelerinin Belirli Bir Yaşa Gelindiğinde ve Emekliliğe Hak Kazanıldığında Otomatik Olarak Sona Ereceğine İlişkin Uygulamanın 2000/78/EC Sayılı Yönerge Açısından Değerlendirilmesi

Avrupa Topluluğu Adalet Divanı¹

Karar Tarihi: 12 Ekim 2010

Karar No: C 45/09

Gönderen Mahkeme: Hamburg İş Mahkemesi

Taraflar: Gisela Rosenblatt (davacı), Oellerking Gebäudereinigungsges mbH (davalı).

Dava ile ilgili asıl uyuşmazlık ve Ulusal Mahkemece ATAD'a sorulan konular:

1. Davacı Gisela Rosenblatt 39 yıl boyunca Hamburg-Blankenese'de bulunan bir kışlada temizlik görevlisi olarak çalışmıştır.

2. 1 Kasım 1994 tarihinden itibaren davacı, bir temizlik şirketi olan Oellerking'de 307,48 Euro brüt maaşla kısmi süreli iş sözleşmesi

(günde 2 saat, haftada 10 saat) ile çalışmaya başlamıştır.

3. Davacı ile davalı temizlik şirketi arasındaki sözleşmede, temizlik sektöründe çalışan işçiler için bağlanmış olan Çerçeve Toplu İş Sözleşmesi'nin (RTV) 19. maddesinin 8. fıkrası ile de uyumlu olarak, işçinin emekliye ayrılmasını takip eden ayın sonunda ya da en geç işçinin 65 yaşına geldiği ayın sonunda, iş sözleşmesinin sona ereceği düzenlenmektedir.

4. Bu hüküm ile bağlantılı olarak davalı şirket davacıya 14 Mayıs 2008 tarihinde yaptığı bildirimde iş sözleşmesinin 31 Mayıs 2008 tarihinde emeklilik yaşına ulaşması nedeniyle sona erdirileceğini bildirmiştir.

5. 18 Mayıs 2008 tarihinde davacı, davalı şirkete, çalışmaya devam etmek istediğine dair bir dilekçe vermiştir. Davacının itirazına rağmen, iş sözleşmesi 31 Mayıs 2008 tarihinde sona erdirilmiştir. Ancak davalı şir-

ket, davacıya bu konudaki yargılama devam ederken 1 Haziran 2008 tarihinden itibaren yeni bir iş sözleşmesi yapma teklifinde bulunmuştur.

6. 28 Mayıs 2008 tarihinde davacı, işverenine karşı Hamburg İş Mahkemesi'nde dava açarak yaş bakımından ayrımcılık yapıldığı iddiasıyla iş sözleşmesinin geçersiz sebeple feshedildiğini ileri sürmüştür. Davacı, 3. kısımda bahsi geçen Çerçeve Toplu İş Sözleşmesi'nin (RTV) 19. maddesinin 8. fıkrasının iş ve meslekte eşit muamelenin genel çerçevesini çizen 2000/78/EC sayılı AB Yönergesi'nin 4. maddesiyle 6. ve devamı maddeleriyle uyumlu olmadığını iddia etmektedir.

7. 1 Haziran 2008 tarihinden bu yana davacı, aylık 228,26 Euro net emekli aylığı almaktadır.

8. Davanın görüldüğü Hamburg İş Mahkemesi, Çerçeve Toplu İş Sözleşmesi'nin 19/8. maddesinde yer alan emeklilik ve yaş nedeniyle iş sözleşmesinin otomatik feshine ilişkin hükmün 2000/78 sayılı Yönerge'de yer alan iş ve meslekte eşit muamele prensibiyle uyumlu olup olmadığı hususunda tereddüt yaşamaktadır.

9. Bu şartlar çerçevesinde, Hamburg İş Mahkemesi aşağıdaki hususları bekletici mesele yaparak ATAD'a sormaya karar vermiştir:

- Alman Genel Eşit Davranma Yasası'nın (AGG) yürürlüğe girmesinden sonra, bir toplu iş sözleşmesinin yaş bakımından ayrımcılık yapan hükümleri, AGG'de açıkça izin verilmemesine karşın, 2000/78 sayılı Yönerge'nin 1. ve 2/1. maddelerinde yer alan yaş bakımından ayrımcılık yasağı ile uyumlu sayılır mı?

- Mevcut yerleşmiş uygulama gereği, üye devletlere ve toplu iş sözleşmeleri ile bireysel iş sözleşmelerinin taraflarına, ekonomik, sosyal, demografik ve istihdam piyasasındaki durum gözetilmeden tüm işçilere onyıllar içinde bu tip hükümlerin istikrarlı olarak uygulanmış olması gerekçesiyle; işçinin belirli

bir yaşa ulaşması halinde (bu davada 65 yaşına) sözleşmesini otomatik olarak feshetme yetkisi veren ulusal düzenlemeler, 2000/78 sayılı Yönerge'nin 1. ve 2/1. maddelerinde yer alan yaş bazında ayrımcılık yasağını ihlal eder mi?

- Üye devletteki mevcut yerleşmiş uygulama gereği işverene ekonomik, sosyal, demografik ve istihdam piyasasındaki durum gözetilmeden tüm işçilere onyıllar içinde bu tip hükümlerin istikrarlı olarak uygulanmış olması gerekçesiyle; işçinin belirli bir yaşa ulaşması halinde (bu davada 65 yaşına) sözleşmesini otomatik olarak feshetme yetkisi veren bir toplu iş sözleşmesi, 2000/78 sayılı Yönerge'nin 1. ve 2/1. maddelerinde yer alan yaş bazında ayrımcılık yasağını ihlal eder mi?

- Ekonomik, sosyal, demografik ve istihdam piyasasındaki durum gözetilmeden işverene işçinin belirli bir yaşa ulaşması halinde (65) iş sözleşmesini sonlandırma yetkisi veren bir toplu iş sözleşmesini, genele uygulanacak şekilde kabul eden bir üye devlet 2000/78 sayılı Yönerge'nin 1. ve 2/1. maddelerinde yer alan yaş bazında ayrımcılık yasağını ihlal eder mi?

Karar:

Sorulan bu sorular üzerine ATAD konuyu aşağıdaki gibi çözmüştür:

1. İş ve meslekte eşit muamelenin genel çerçevesini çizen 27 Kasım 2000 tarih ve 2000/78/EC sayılı AB Yönergesi'nin 6/1. maddesi; Alman Genel Eşit Davranma Yasası'nın 10/5. maddesindeki gibi, emeklilik yaşına ulaşan işçinin iş sözleşmesinin otomatik olarak feshedilebileceğine ilişkin ulusal düzenlemelerin getirilmesine engel teşkil etmez. Ancak bu yorum yapılırken, ilgili hükmün öncelikle istihdam politikası ve iş piyasaları ile ilgili tarafsız ve makul kanuni bir amaca yönelik olmalı ve ikincil olarak da bu kanuni amaca ulaşmak için kullanılan araçlar gerekli ve uygun olmalıdır. Toplu sözleşme aracılığı ile bu yetkinin uy-

gulanması, mahkemeler tarafından herhangi bir incelemenin dışında tutulmaz, fakat bu, Yönerge'nin 6. maddesinin 1. fıkrasındaki yükümlülükler için uygun olmak suretiyle, hukuki bir amacı ölçülü ve gerekli bir şekilde takip etmesi gerekir.

2. 2000/78/EC sayılı AB Yönergesi'nin 6/1. maddesi, temizlik sektöründe çalışan işçiler için bağlanmış olan Çerçeve Toplu İş Sözleşmesi'nin (RTV) 19. maddesinin 8. fıkrası ile getirilen ve 65 yaşına gelmiş işçile-

rin iş sözleşmelerinin otomatik olarak feshedilebileceğine ilişkin hükmün getirilmesine engel teşkil etmez.

3. 2000/78/EC sayılı AB Yönergesi'nin 1. ve 2. maddeleri, bir üye devletin iş sözleşmesini otomatik olarak feshetmeyi mümkün kılan hüküm içeren toplu iş sözleşmesini, emeklilik yaşına gelmiş işçileri yaş ayrımcılığına karşı korumadan mahrum bırakmadığı sürece, genele uygulanacak şekilde kabul etmesine engel teşkil etmez.

Kararın İncelenmesi

1. Yaş Ayrımcılığı

Ayrımcılık, bazı kişilere diğerlerinden daha farklı davranılması anlamına gelmektedir. Ancak kanunla bazı durumlarda, ayrımcılıkla ilgili istisnalar getirilebilir. Sanayileşmiş ülkelerin demografik yapısındaki değişiklikler nedeniyle toplumların yaşlanması söz konusudur. Özellikle, Avrupa ülkelerinde yaşlı nüfus, genç nüfusa oranla daha fazladır. Bu durum, işgücü piyasasında yaşın önemini daha iyi anlamayı gerektirmektedir. Yaşla ilgili önyargıların ve kanıların olumsuz etkileri ise kendisini en çok istihdam alanında göstermektedir².

Bu açıdan bakıldığında zorunlu emeklilik, istihdamda yaş ayrımcılığını etkileyen ve sık rastlanan bir örnek olarak görülmektedir. Bir görüşe göre, "Çalışmaya devam etme ihtiyacı ve isteği olanlar için özgür seçimin reddedilmesinden itibaren emeklilik için belirli bir yaşın dayatılması yaş ayrımcılığını oluşturur"³. Bir başka görüş ise, işverenlere zorunlu emeklilik yaşı oluşturmanın yasaklanmasının yaşlı işçilerin işe alınmasında azalma yaratması olasılığı bulunmakla birlikte önemli bir caydırıcı faktör olacağına dair bir kanıt bulunmadığı fikrini savunmaktadır⁴.

Yaş ayrımcılığı konusundaki en önemli gelişme, 2000 yılında kabul edilen İş ve Meslekte Eşit Muamele İçin Genel Bir Çerçeve Oluşturulmasına İlişkin 2000/78/EC sayılı AB Yönergesi olarak görülmektedir. AB belgelerinde daha önce yer

almayan ayrımcılık konusunda yaşı da kapsayan Yönerge, üye ülkelerde yaş temeline dayalı doğrudan ve dolaylı ayrımcılığı yasaklayan düzenlemelerin yapılmasını öngörmektedir.

2. İş ve Meslekte Eşit Muamele İçin Genel Bir Çerçeve Oluşturulmasına İlişkin 2000/78/EC sayılı AB Yönergesi

27 Kasım 2000 tarihli 2000/78/EC sayılı AB Yönergesi'yle; istihdam ve çalışma hayatında eşit muamelelerin sağlanması ve din veya inanç, özürlülük, yaş veya cinsel eğilimlere dayalı ayrımcılıkla mücadele edilmesi amaçlarıyla genel bir çerçeve oluşturulmuştur.

Yönerge'nin giriş bölümünde, özgürlük, demokrasi ilkeleri ve insan haklarına vurgu yapılarak, kadın ve erkek eşitliği prensibi, ayrımcılıktan koruma, temel sosyal haklara ilişkin topluluk şartında yaşlılara ve özürlülere verilen

İş ve Meslekte Eşit Muamele İçin Genel Bir Çerçeve Oluşturulmasına İlişkin 2000/78/EC sayılı AB Yönergesi, üye ülkelerde yaş temeline dayalı doğrudan ve dolaylı ayrımcılığı yasaklayan düzenlemelerin yapılmasını öngörmektedir.

önem, üye ülke istihdam politikalarıyla işbirliğinin desteklenmesi, emek piyasasında zarar gören dezavantajlı gruplar, özürllüer ve yaşlıların sosyal katılımının desteklenmesi, çalışma ve işin her vatandaşın iktisadi, kültürel ve sosyal yaşama katılımının sağlanması gibi konuların önemi vurgulanmıştır⁵.

Yönerge'nin "Amaç" başlıklı 1. maddesi, Yönerge'nin amacının, Üye Devletlerde eşit davranma ilkesini yürürlüğe koyarak istihdam ve meslekte din veya inanç, özürllülük, yaş veya cinsiyete dayalı ayrımcılıkla mücadele için genel bir çerçeve belirlemek olduğunu ifade etmektedir.

Söz konusu Yönerge'nin "Ayrımcılık kavramı" başlıklı 2. maddesi ise konuyla ilgili bazı tanımlara yer vermektedir. Buna göre, eşit davranma ilkesi, yukarıda bahsedilen sebeplere dayalı olarak doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcılık yapılmamasını ifade etmektedir. Aynı

"Üye Devletler, Madde 2(2)'ye rağmen, yaşa dayanan farklı muamelenin, ulusal kanunlar bağlamında yasal istihdam politikası, işgücü piyasası ve mesleki eğitim dahil kanundan doğan tarafsız ve makul bir amacı haklı göstermek için getirilmiş olması ve bu amacı gerçekleştirmek için kullanılan araçların da gerekli ve uygun olması durumunda ayrımcılık teşkil etmeyeceğini sağlayabilir.

Bunun gibi muamele farklılıkları şunları kapsar:

a. Gençler, yaşlılar ve yaşlıların bakımlarından sorumlu kişiler için işe giriş ve mesleki eğitim, ücret koşulları ve fesih dahil istihdamda ve meslekte özel koşullar düzenleme, mesleğe entegrasyonlarını teşvik etmede veya korunmalarını sağlamada;

b. İşe girişte veya işe bağlı menfaatlerde asgari yaş şartı, profesyonel deneyim veya kıdem şartı belirlemede;

2000/78/EC sayılı Yönerge'de açıkça ifade edilmemiş olmakla birlikte zorunlu emekliliğin yaş ayrımcılığı olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği kararı üye devletlere bırakılmış gibi gözükmektedir.

madde (a) bendinde; din veya inanç, özürllülük, yaş veya cinsel eğilimlere dayalı olarak bir kişiye diğerine nazaran farklı muamele edilmesini "doğrudan ayrımcılık" olarak tanımlamıştır.

Yönerge'nin yine 2. maddesinin (b) bendi ise "dolaylı ayrımcılık" kavramını düzenlemektedir. Bu hükme göre; dolaylı ayrımcılık, tarafsız bir hüküm, ölçüt ya da uygulamanın belirli bir din veya inanç, özürllülük, yaş veya kişinin cinsel eğilimlerine dayalı olarak bir insanı diğerlerine nazaran dezavantajlı bir duruma sokmasıdır.

Ancak bu hüküm, ölçüt ya da uygulama, kanuni amaçla gerekçelendirilmişse ve bu amaca ulaşmak için kullanılan araçlar uygun ve gerekli ise ayrımcılıktan bahsedilemeyecektir.

Yönerge'nin ATAD kararına temel olan "Yaşa dayalı farklı muamele için makul sebepler" başlıklı 6. maddesinin 1. fıkrası ise;

c. Memur kadrosunda istihdam edilmek için gerekli azami bir yaş tespit edilmesi veya emeklilikten önce makul bir süre çalışmış olma gerekliliğinde."

hükmünü içermektedir. Madde, yasal istihdam politikası, işgücü piyasası ve mesleki eğitim dahil kanundan doğan tarafsız ve makul bir amacı haklı göstermek için getirilmiş olması ve bu amacı gerçekleştirmek için kullanılan araçların da gerekli ve uygun olması durumunda yaşa dayalı farklı muamele yapılmasının ayrımcılık teşkil etmeyeceğine dair bir istisna getirmektedir. Maddenin devamında, muamele farklılıklarının "Gençler, yaşlılar ve yaşlıların bakımlarından sorumlu kişiler için işe giriş ve mesleki eğitim, ücret koşulları ve fesih dahil istihdamda ve meslekte özel koşullar düzenleme" şeklinde ortaya çıkabileceği düzenlenmektedir.

Görüldüğü gibi Yönerge, mesleki bir durum söz konusu olduğunda veya objektif olarak gerekli olduğunda yaş ayrımcılığının haklı görülebilmesine imkân tanıyabilmektedir. Bir başka deyişle Yönerge, kanundan doğan tarafsız bir amaçtan; çalışma hayatı politikası, iş piyasası ve mesleki eğitim sahasından kaynaklanan hukuka uygun hedefleri anlamaktadır⁶. Bunun yanı sıra Yönerge'nin kabul edilme gerekçeleri arasında gerekli olduğunda yaşla ilgili farklı muamelenin haklı görülebileceği, ancak bu durumların neler olduğuna dair üye devletlerin Komisyona bilgi vermeleri gerektiği ifade edilmiştir.

Bunun yanı sıra, Yönerge'de açıkça ifade edilmemiş olmakla birlikte zorunlu emekliliğin yaş ayrımcılığı olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği kararı üye devletlere bırakılmış gibi gözükmektedir⁷.

3. Karara Konu Olan Alman Mevzuatı

Almanya; Avrupa Birliği'nin ayrımcılıkla ilgili Yönergelerine uygun düzenlemeleri ulusal hukukta yeterli ölçüde yapmadığı için Avrupa Birliği Sözleşmesi'ne aykırı davranmıştır.⁸ Bu Yönergelere uygun yasal düzenlemeleri yapmadığı takdirde Avrupa Birliği Sözleşmesi hükümleri uyarınca para cezası yaptırımından kaçınmak için de, 14 Ağustos 2006 tarihli Genel Eşit Davranma Yasası (AGG) çıkarılmıştır. Böylece, Almanya AB'nin eşit davranma ilkesinin uygulamaya konulmasına ilişkin dört Yönergesi'ni iç hukuka aktarmıştır⁹. Söz konusu Yasa'nın "Kanununun Amacı" başlıklı 1. maddesi;

"Bu kanunun amacı ırk, etnik köken, cinsiyet, din veya inanç, özürlülük, yaş veya cinsel kimlik temellerinde ayrımcılığı önlemek veya ortadan kaldırmaktır."

hükmünü içermektedir. Söz konusu kanun anlamında yaş kavramı ile hem ilerlemiş bir yaşta, hem de genç yaşta olmak nedeniyle karşılaşılabilecek ayrımcı davranışları engellemek amacı güdülmüştür. Bu yasaya göre, faaliyet alanı ne olursa olsun, işe alma koşullarında ve seçilme kriterlerinde, mesleki yükselmede, bağımlı ve bağımsız olarak çalışmaya başlamada yaşa bağlı olarak bir ayrımcılık yapılamayacaktır¹⁰.

Kanun'un "Kapsam" başlıklı 2. maddesinin 1. bendinin 2. fıkrası ise;

"Bu yasaya göre 1. maddede yer alan sebepler dolayısıyla ayrımcılık yapılması;

Özellikle iş ilişkisinin devamında ve sona ermesinde alınan önlemler ile kariyer atlamalarında, ücret ve fesih şartlarını da kapsamak üzere toplu iş sözleşmeleri ve bireysel iş sözleşmelerinde yer alan istihdam koşulları hususlarında yasaklanmıştır."

hükmünü,

ATAD kararında önemli bir rol oynayan "Yaşa dayalı farklı muameleye izin verilebilecek haller" başlıklı 10. maddesi ise;

"1. Bu Kanunun 8. madde hükmüne rağmen yaş bakımından farklı muamele, tarafsız ve makul ve kanuni bir amaca yönelik olması halinde mümkündür. Bu kanuni amaca ulaşmak için kullanılan araçların gerekli ve uygun olması gerekir. Bu tip farklı muameleler;

....

5. İşçinin yaşlılık aylığı almaya hak kazanması tarihinde iş sözleşmesinin başkaca bir bildirime gerek olmaksızın sonlandırabileceğine ilişkin bir sözleşme, Alman Sosyal Güvenlik Yasası'nın (SGB VI) 41. maddesine aykırılık teşkil etmez..."

hükmünü içermektedir. Görüldüğü üzere, Genel Eşit Davranma Yasası'nın 10. maddesinde, 2000/78 sayılı Yönerge'nin yaşla ilgili ayrımcılık istisnalarına paralel hükümler getirilmiştir. Buna göre yaş nedeniyle farklı davranma, "tarafsız ve makul ve kanuni bir amaca yönelik olma" halinde geçerli kabul edilmektedir.

Alman Sosyal Güvenlik Yasası'nın 41. maddesinin eski halinde ise, işçinin yaşlılık aylığına hak kazanmasının iş sözleşmesinin işverence feshi için geçerli sebep sayılmayacağına dair hüküm yer almaktaydı. Söz konusu madde, emeklilik nedeniyle iş sözleşmesinin feshini ya işletme gerekleriyle feshihte sosyal seçim kriteri olarak yapılması ya da işçinin emeklilik yaşına gelmesi halinde sözleşmenin sona erdirilebileceğine dair anlaşmanın sözleşmenin sona erdirileceği tarihten önceki son üç yıl içinde yapılmış olması halinde uygun görmekteydi.

Ancak bu hüküm, Genel Eşit Davranma Yasası'ndan sonra değiştirilmiş ve 1 Ocak 2008 tarihinden bu yana;

"Sigortalı kişinin emeklilik ödeneğine yaş

4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesindeki ayrımcılık yasakları, maddenin gerekçesinden de anlaşılacağı üzere; ILO ve AB normlarına uyum sağlamak amacı doğrultusunda getirilmiştir.

sebebiyle hak kazanmış olması, Feshe Karşı Koruma Kanunu altında iş ilişkisinin işveren tarafından sonlandırılması sonucunu doğuracak bir sebep olarak değerlendirilemeyebilir. İşçinin, standart emeklilik yaşına ulaşmadan önce yaşlılık ödeneği talep edebileceği durumlarda iş ilişkisinin ihbar öneli olmadan sonlandırılabilmesini sağlayan bir anlaşma, işçiyle ilgili olarak, bu tarihten önceki 3 yıl içerisinde yapılmadığı veya bu tarihten önceki 3 yıl içerisinde onaylanmadığı sürece standart emeklilik yaşına ulaşma şartıyla imzalanmış var sayılmalıdır.”

şeklinde hüküm getirilmiştir. Bu hükümle, işçinin emeklilik yaşına gelmesi halinde sözleşmenin sona erdirilebileceğine ilişkin anlaşma; ya işçinin standart emeklilik yaşına ulaşması, ya da standart emeklilik yaşına ulaşmadan önce yaşlılık ödeneği talep edebileceği durumlarda ise söz konusu anlaşmanın bu tarihten önceki 3 yıl içerisinde yapılması veya bu tarihten önceki 3 yıl içerisinde onaylanması şartına bağlanarak geçerli sayılmıştır.

ATAD kararına konu olayda, özellikle Alman Genel Eşit Davranma Yasası'nın 10. maddesi ve 2000/78 sayılı Yönerge karşılaştırıldığında, 10. maddenin Yönerge'nin 6/1. maddesinde getirilen istisnaya uygun olarak düzenlendiği görülmektedir. Ancak, fesih konusunda Genel Eşit Davranma Yasası değil, genel kanun olan Alman Feshe Karşı Koruma Yasası hükümleri uygulanacaktır. Bu düzenleme, 2000/78 sayılı Yönerge hükümleri ile tam anlamıyla paralellik sağlamamaktadır, zira Yönerge, işten çıkarılmayı da kapsayacak şekilde iş yaşamının tüm alanlarını kapsamaktadır. İş ilişkisinin sona ermesindeki sosyal seçim ve sosyal plan kurallarının Genel Eşit Davranma Yasası'nın 1. maddesindeki ırk ya da etnik köken, cinsiyet, din ya da dünya görüşü, engellilik, yaş, cinsel kim-

lik unsurları konusunda ayrımcılık yapılmaması kuralının gözetilerek yapılması gerekmektedir.

Alman hukukunda, ATAD kararına konu olan olayda olduğu gibi, belirli yaşa (65) ulaşmakla birlikte iş ilişkisinin sona ereceğine dair yapılan düzenlemelerin geçerliliği, Genel Eşit Davranma Yasası'nın yaş bakımından istisnaları düzenleyen ve AB Yönergesi ile de uyumlu olan 10. maddesinde yer alan düzenlemeye uygun olması halinde geçerli olacaktır. Nitekim ATAD kararı da bu yöndedir.

4. Türk Hukukunda Durum

4.1. Eşit davranma ilkesi bakımından

Mevzuatımızda, yaş ayrımcılığına ilişkin doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 122. maddesine göre, “Kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, özürllülük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak;..... kişinin işe alınmasını veya alınmamasını yukarıda sayılan hallerden birine bağlayan.....

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

Türk Ceza Kanunu'nun bu hükmü karşısında işveren işe almada dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, din gibi nedenlerle ayrımcılık yapamayacaktır. Ancak söz konusu hükümde sadece dil, ırk, renk, cinsiyet, özürllülük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebepler nedenine dayalı olarak işe alınmama durumu suç olarak değerlendirmektedir. Bu nedenle ceza hukuku açısından uygulanacak yaptırım sadece işe alma ya da almama ile sınırlıdır. İş ilişkisinin devamında ve sona erdirilmesinde, yukarıda sayılan sebepler çerçevesinde ayırım yapılması halinde ceza hukuku açısından bir yaptırım bulunmamaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun “Eşit davranma ilkesi” başlıklı 5. maddesi ise, iş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamayacağını, işverenin esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmî süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı iş-

lem yapamayacağını, işverenin biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kıldıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamayacağını düzenlemektedir.

Söz konusu düzenlemelerde doğrudan “yaş” konusuna değinilmemektedir. Ancak her iki maddede yer alan “ve benzeri nedenler” ibaresi sebebiyle, iş ilişkisinde yaş nedeniyle ayrımcılığın yasaklanmış olduğu söylenebilecektir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesindeki ayrımcılık yasakları, maddenin gerekçesinden de anlaşılacağı üzere; ILO ve AB normlarına uyum sağlamak amacı doğrultusunda getirilmiştir. Maddenin yazımında “benzeri sebepler” ifadesinin yer alması maddenin ayrımcılık nedenlerini sınırlı sayıda düzenlemediğini göster-

ve sosyal güvenlik mevzuatına göre emeklilik için öngörülen yaş sınırına gelmiş ve yaşlılık aylığına hak kazanmış olmak, çalışmaya devam etmeye engel bir hal olarak görülmüştür. Aksi-ne, yaşlılık aylığı almaya hak kazanan işçinin, ister aylığı kesilerek, isterse de Sosyal Güvenlik Destek Primi ödeyerek çalışmaya devam edebileceği düzenlenmiştir.

Yargıtay kararları ve öğretisi, emeklilik yaşına ulaşmanın, özellikle de 65 yaşına ulaşmanın iş sözleşmesinin usulüne uygun ifasının artık mümkün olmadığı veya işçinin veriminde bir azalma meydana geldiği hususuna karine teşkil etmeyeceği görüşündedir¹¹. İşçinin işe uygunluk ve kabiliyetinde bir aksamadan söz edilebilmesi için yaşa bağlı normal verim düşüklüğünün işveren açısından katlanılamayacak derecede aksaklık ve bozukluklara neden olması gerekmektedir. Nitekim yaşlılığın etkisi kişiden kişiye

Sadece belirli bir yaşa gelmeyi veya yaşlılık aylığına hak kazanmayı geçerli sebep olarak kabul etmeyen, ancak emekliliğe hak kazanmayla birlikte yaşı, iş hukukta yer alan “uygulama” kapsamında geçerli bir sebep olarak kabul eden Yargıtay uygulamasının 158 sayılı ILO Sözleşmesi ve 166 sayılı Tavsiye Kararı'na uygun düştüğü kabul edilmektedir.

mektedir. Dolayısıyla işveren maddede sayılmış bulunan ayırım yasaklarının yanında haklı bir nedene dayanmayan, ayırım oluşturan başka bir nedene dayalı olarak herhangi bir işlem yaptığında da ayrımcılık yasağına aykırı davranmış olacaktır.

4.2. Fesih sebebi bakımından

Mevzuatımızda iş sözleşmesi ile çalışan bir işçinin emekliliğe sevkine ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Bu nedenle kural olarak, sadece işçinin yaşlanması ve yaşlılık aylığına hak kazanmış olması geçerli bir fesih sebebi olarak kabul edilmemektedir.

Gerçekten de ne İş Kanunu'nda, ne diğer iş kanunlarında, ne de Borçlar Kanunu'nun iş sözleşmesine ilişkin genel hükümlerinde işçiler için çalışma yaşına bir üst sınır konulmuş

farklılık göstereceğinden, yaşlılık, ancak işçinin verimini ciddi biçimde olumsuz etkilemesi ve iş görme borcunu gerektiği şekilde yerine getirmesine engel oluşturması halinde yetersizlik nedeniyle iş sözleşmesinin feshinde geçerli sebep olarak kabul edilebilecektir¹².

İsviçre hukukunda da, işçinin çalışma kabiliyeti ve veriminde bir azalmanın söz konusu olduğu durumlarda iş sözleşmesinin feshi, hakkın kötüye kullanılması anlamına gelmemektedir. Buna karşılık, İsviçre mevzuatına göre, işveren işçinin yaşa bağlı olarak verimindeki olağan azalmalara katlanmak zorunda bırakılmıştır¹³.

Kişinin emeklilik yaşına gelmesi ve emekliliği hak etmesi, aslında belirli bir yaş olgusu nedeniyle fiziki yetersizliğinden kaynaklanmaktadır. Ancak kişinin ileri bir yaşa gelmiş olması, iş görmesinde mutlaka yetersiz hale geldiğini

göstermez. Bu açıdan yaşlılık, yukarıda da vurgulandığı gibi fesih için geçerli bir sebep olarak kabul edilmese de, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinin gerekçesinde işletme, işyeri ve işin gerekleri ile birlikte emekliliğin geçerli neden olarak dikkate alınacağı açıklanmıştır¹⁴. Hem Gerekçe'deki bu düzenleme, hem de uygulamada emeklilik, bir geçerli fesih nedeni olarak değil, işyeri gerekleri nedeniyle işten çıkarmalarda; işten çıkarılacakların belirlenmesinde sosyal seçim kriteri olarak karşımıza çıkmıştır. İşyerinde işçi çıkarmayı zorunlu kılan işletme gerekleri söz konusu ise, bu nedene dayanılarak yapılan fesihlerde, öncelikle yaşlılık aylığına hak kazanmış işçilerin seçilmesi mümkün görülmektedir¹⁵.

5. Sonuç ve Değerlendirme

Geçerli sebeplerin İş Kanunu'nda düzenleme şekline bakıldığında, söz konusu sebeplerin soyut kavramlar şeklinde gösterilmiş olduğu, ancak olaylara uygulanması halinde somut hale geldiği görülmektedir. Çalışma hayatının değişken yapısı göz önüne alınarak yapılan bu düzenlemenin temeli, 158 sayılı ILO Sözleşmesi'dir. Söz konusu Sözleşme'de geçerli sebep sayılabilecek haller soyut olarak gösterilirken, kazuistik şekilde olmamakla birlikte, iş sözleşmesinin feshinde geçersiz sebep olarak sayılan haller daha somut şekilde belirtilmiştir. Bunlara daha sonra İş İlişisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 166 sayılı ILO Tavsiye Kararı'nın 5. maddesiyle bazı eklemeler yapılmıştır. Buna göre, yaşın, emekliliğe ilişkin kanuni düzenleme ve iç hukuktaki uygulama saklı kalmak üzere geçerli sebep sayılamayacağı belirtilmiştir.

Belli bir yaşa (örneğin TİS ile öngörülen bir yaşa yahut emeklilik için kanunen aranan yaş ve diğer koşullara) gelmiş olmanın işverenin sözleşmeyi feshi bakımından tek başına geçerli bir sebep oluşturmayacağı da Yargıtay ve öğretti tarafından kabul edilmektedir. İşverenin önceden belirlemek ve işçilere tebliğ etmek suretiyle personel yönetmeliğinde veya sözleşmede emekliliğe hak kazanan veya belirli bir yaşa gelen işçilerin iş sözleşmesinin feshine ilişkin olarak Yargıtay; bu düzenlemeleri, uygulamanın

genel ve objektif olarak yapılması halinde fesih için geçerli neden olarak kabul etmektedir¹⁶.

Yargıtay bir kararında¹⁷ özelleştirme nedeniyle memur ve sözleşmeli personelin 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'un 22. maddesi gereğince istihdam fazlası olarak diğer kamu kurum ve kuruluşlarına nakillerinin yapıldığı bir işyerinde iş sözleşmesi ile çalışan personelden emekliliği gelenlerin iş sözleşmelerinin feshedilmesinin işletmenin ve işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir nedene dayanması nedeniyle feshin geçerli olduğuna karar vermiştir. Bir başka kararında ise, işyerinde personel fazlalığı bulunması halinde sosyal seçim kriteri olarak hizmeti 30 yılı bulan ve emekliliğe hak kazanmış olanların işten çıkarılacak işçilerin seçiminde göz önünde bulundurulmasını mümkün görmekte, ancak Personel Yönetmeliği'nde emekliliği hak etmiş ve belli bir yaş sınırına gelmiş personelin işten çıkarılacağına ilişkin hükmün objektif ve genel olarak uygulanmasını, söz konusu hükmün işçinin işe girdiği tarihte mevcut olması veya daha sonra değişiklik yapılmak suretiyle getirilmesi halinde işçi tarafından kabul edilmesi şartına bağlı olarak geçerli neden olduğunu kabul etmektedir¹⁸.

Bu açıdan sadece belirli bir yaşa gelmeyi veya yaşlılık aylığına hak kazanmayı geçerli sebep olarak kabul etmeyen, ancak emekliliğe hak kazanmayla birlikte yaşı, iç hukukta yer alan "uygulama" kapsamında (emekliliği hak etmiş ve belli bir yaş sınırına gelmiş personelin işten çıkarılacağına ilişkin hükmün objektif ve genel olarak uygulanması gibi) geçerli bir sebep olarak kabul eden Yargıtay uygulamasının 158 sayılı ILO Sözleşmesi ve 166 sayılı Tavsiye Kararı'na da uygun düştüğü kabul edilmektedir¹⁹. Kanımızca bu uygulama, 2000/78/EC sayılı Yönerge'nin 6/1. maddesi kapsamında, yaş bakımından ayrımcılık teşkil etmeyen, Yönerge ile uyumlu ve isabetli bir uygulama olarak nitelendirilmektedir.

DİNOTLAR

- 1 Söz konusu karar özet olarak tercüme edilmiştir. Kararın İngilizce tam metni için Bkz.: <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=en&newform=newform&Submit=Submit&alljur=alljur&jurcdj=jurcdj&jurtpi=jurtpi&jurftp=jurftp&a>

- lldocrec=allldocrec&docj=docj&docor=docor&docop=docop
&docav=docav&docsom=docsom&docinf=docinf&alldocnor
ec=alldocnored&docnoj=docnoj&docnoor=docnoor&radtyp
eord=on&typeord=ALL&docnodecision=docnodecision&allc
ommjo=allcommjo&affint=affint&affclose=affclose&numaff=
C45%2F09&ddatefs=&mdatefs=&ydatefs=&ddatefe=&mdatef
e=&ydatefe=&nomusuel=&domaine=&mots=&resmax=100.
- 2 Doç. Dr. Dilek Baybora, Avrupa Birliği'ne Uyum Sürecin-
de Türkiye'de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesine İhtiyaç Var
Mı?, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi,
21/2009, s.42,43.
 - 3 Baybora, adm., s. 44, dn. 30.
 - 4 Baybora, adm., s. 44, dn. 31.
 - 5 Pir Ali Kaya, Avrupa Birliği ve Türk İş Hukuku Bağlamında
Eşitlik İlkesi, Nobel Yayın Dağıtım, Şubat 2007, s.70-71.
 - 6 Mustafa Kılıçoğlu/Kemal Şenocak, İş Kanunu Şerhi, Cilt 1,
Legal, Ocak 2008, s.504.
 - 7 Baybora, adm., s. 50.
 - 8 Yrd. Doç. Dr. Hediye Ergin, Almanya'da Genel Eşit Davran-
ma Yasası'nın İş Hukukuna İlişkin Hükümleri, Legal İHSGH
dergisi, 14/2007, s.636, dn. 1,2.
 - 9 2000/43/EC, 2000/78/EC, 2002/73/EC ve 2004/113/EC sayılı
Yönergeler.
 - 10 Ergin, adm., s. 643.
 - 11 Kılıçoğlu/Şenocak, adge., s.504, Sarper Süzek, İş Hukuku,
3. Baskı, İstanbul 2006, s. 454.
 - 12 Doç. Dr. Hakan Keser, İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde
Geçerli Sebep, Seçkin Yayınları, Ankara 2010, s. 75, Kılıçoğ-
lu/Şenocak, adge., s.504.
 - 13 Kılıçoğlu/Şenocak, adge., s.505, dn. 679 ve 680..
 - 14 4857 sayılı İş Kanunu ve Gerekçesi, TİSK yayını, Yenilenmiş
3. Baskı, Kasım 2009, s.93.
 - 15 Süzek, adge., s. 455.
 - 16 Bektaş Kar, İş Güvencesi ve Uygulaması, Yetkin Yayınları,
Ankara 2009, s.349, dn. 170'te yer alan karar.
 - 17 Yargıtay 9HD., 9.3.2005 tarih ve E.236/K.7733 sayılı kararı.
 - 18 Yargıtay 9HD., 8.5.2006 tarih ve E.1080/K.12947 sayılı kara-
rı.
 - 19 Prof. Dr. Münir Ekonomi, Belirli Hizmet Süresini Doldurma-
nın (Yaş Sınırına Gelmenin) ve Emekliliğe Hak Kazanmanın
Geçerli Sebep Sayılabilmesi, Legal YKİ, 2006/2, s. 131, 134.

ma Yasası'nın İş Hukukuna İlişkin Hükümleri, Legal İHSGH
dergisi, 14/2007.

- Doç. Dr. Hakan Keser, İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde
Geçerli Sebep, Seçkin Yayınları, Ankara 2010.
- 4857 sayılı İş Kanunu ve Gerekçesi, TİSK Yayını, Yenilen-
miş 3. Baskı, Kasım 2009.
- Bektaş Kar, İş Güvencesi ve Uygulaması, Yetkin Yayınları,
Ankara 2009.
- Prof. Dr. Münir Ekonomi, Belirli Hizmet Süresini Doldurma-
nın (Yaş Sınırına Gelmenin) ve Emekliliğe Hak Kazanmanın
Geçerli Sebep Sayılabilmesi, Legal YKİ, 2006/2.

KAYNAKÇA

- Doç. Dr. Dilek Baybora, Avrupa Birliği'ne Uyum Sürecin-
de Türkiye'de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesine İhtiyaç Var
Mı?, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi,
21/2009.
- Pir Ali Kaya, Avrupa Birliği ve Türk İş Hukuku Bağlamında
Eşitlik İlkesi, Nobel Yayın Dağıtım, Şubat 2007.
- Mustafa Kılıçoğlu/Kemal Şenocak, İş Kanunu Şerhi, Cilt 1,
Legal, Ocak 2008.
- Yrd. Doç. Dr. Hediye Ergin, Almanya'da Genel Eşit Davran-



“SİCİL” / “MERCEK” Abonelik Formu

Ad/Soyad :

Adres :

Tel. :

e-posta :

İmza :

SİCİL / MERCEK dergisine abone olmak istiyorum.

2011 yılı abonelik bedeli olan 56 TL'yi 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

TÜRKİYE İŞ BANKASI Teşvikiye Şubesi (Şube Kodu 1074)
Hesap No: 483681 IBAN No: TR20 0006 4000 0011 0740 4836 81

(İlgili bankanın havalesinden banka masrafı alınmayacaktır. Havalenizin tarafımıza ulaşmasından sonra fatura düzenlenerek tarafınıza gönderilecektir.)