

SİCİL

Mart '11 • Yıl 6 • Sayı 21

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 Mart 2011

M E S S**Türkiye Metal Sanayicileri
Sendikası**Abidei Hürriyet Cad.
Mecidiyeköy Yolu No. 268,
MESS, 34381 Şişli İstanbul

Tel: 212 232 01 04

Faks: 212 241 76 19

e-posta: mess@mess.org.tr

www.mess.org.tr

Görüşler yazarlara aittir.
Kaynak gösterilerek alıntı
yapılabilir.**BİREYSEL İŞ HUKUKU**

<i>Torba Kanununun Çalışan Kadınlara Dair Hükümleri</i>	5
Prof. Dr. Nurhan SÜRAL	
<i>Geçerli Sebep Bağlamında Belirli İlkeler</i>	15
Prof. Dr. Savaş TAŞKENT	
<i>Yeni Borçlar Kanunu'nda Yıllık Ücretli İzin</i>	25
Prof. Dr. Ercan AKYİĞİT	
<i>İş Sözleşmesinin Emekliliğe Hak Kazanma Sebebiyle Feshinde</i>	
<i>İşçinin Kıdem Tazminatı Hakkı</i>	41
Prof. Dr. Hakan KESER	
<i>6098 Sayılı Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde İş Hukukunda</i>	
<i>İbra Sözleşmelerinin Geçerliliği</i>	66
Şahin ÇİL	
<i>Mobbing (Psikolojik Terör) Tanımı ve Türleri - Türk ve Karşılaştırmalı Hukukta Yeri</i>	86
Av. Murat AKI	

KARAR İNCELEMELERİ

<i>Gazetecinin Ücretinin Zamanında Ödenmemesinin Sonuçları</i>	100
Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER	
<i>Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Taşınması Gereken Şartlar ve Bunun Geçerliliği</i>	
<i>Meselesi (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme)</i>	116
Prof. Dr. M. Fatih UŞAN	
<i>Belirli Süreli İş Sözleşmesini Haklı Nedenle Fesbeden İşçinin Bakiye Süre Ücreti Talebi</i>	129
Yrd. Doç. Dr. Mahmut KABAKCI	
<i>Kıdem Tazminatının Ödeneceği Konusunda İşverence Kendisinde Haklı Bir</i>	
<i>Güven Oluşturularak İstifa Eden İşçinin Talebinin Güven Prensihi</i>	
<i>Çerçevesinde İrdelenmesi</i>	141
Araş. Gör. Eda KARAÇÖP	

TOPLU İŞ HUKUKU

<i>Sendikalara İlişkin Son Kanun Taslağının Getirdikleri</i>	153
Prof. Dr. A. Can TUNCAY	
<i>Örgütlenme Özgürlüğü ve Toplu Pazarlık Açısından Anayasa Değişikliği ile</i>	
<i>Sınırlı Genel Bakış ve Değişikliğin Getireceği Olası Sorunlar</i>	165
Dr. Mustafa KILIÇOĞLU - Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK	
<i>Yargıtay'ın İki Farklı İçtihadı Çerçevesinde İl Özel İdaresi İşyerlerinin</i>	
<i>Dabil Olduğu İşkolu</i>	174
Doç. Dr. Murat ŞEN	



M E S S

KARAR İNCELEMELERİ

<i>Ücretlerin Endekslenmesine İlişkin Hükümlerin Sonraya Etkisi</i>	192
Doç. Dr. Erdem ÖZDEMİR	
<i>Sendika Yöneticisinin Ücretinin Belirlenmesi</i>	201
Doç. Dr. Serkan ODAMAN	
<i>Grev-Lokavt Kapsamı Dışındaki Bakım Onarım İşçisinin Grev Sırasında Ortaya Çıkan Arızaya Müdahale Etmemesi Nedeniyle İşveren Tarafından İşten Çıkarılması</i>	209
Av. Mustafa AVCI	

SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU

<i>4/b'liliğe Veda! (Ya Da İsteyene Hem 4/a Hem 4/b!...)</i>	215
Prof. Dr. Müjdat ŞAKAR	
<i>Sosyal Güvenlik Destek Primi Ödeyerek Çalışanların Sağlık Yardımlarından Yararlanması</i>	221
Prof. Dr. Şükran ERTÜRK	
<i>Geçici İş Göremezlik Ödeneğinin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Kapsamında Olup Olmadığı Sorunu</i>	228
S. Özlem HATİBOĞLU	
<i>Topluluk Sigortasına Tabi Olan Sigortalıların ve İşverenlerinin 5510 Sayılı Kanun Karşısındaki Durumları</i>	250
Murat UĞUR	

KARAR İNCELEMESİ

<i>Yurtdışı Hizmet Borçlanması Hakkında Karar İncelemesi</i>	257
Yrd. Doç. Dr. Saim OCAK	

MALİ HUKUK

<i>Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile İlgili 6111 Sayılı Yasa'nın (Torba Yasa) Vergi Mükelleflerine Sağlamış Bulunduğu Bildirim ve Ödeme Kolaylıkları</i>	267
Prof. Dr. Veysi SEVİĞ	

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU

<i>2010 Yılı İlerleme Raporu ve Türk Çalışma Yaşamı</i>	278
Prof. Dr. Tankut CENTEL	
<i>Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisinde Değişim Modeli: İngiltere'de Geçici İş İlişkisiyle Çalışma Konusundaki Yeni Düzenlemelerin Uygulanması</i>	284
Ben DIGBY	

KARAR İNCELEMESİ

<i>İşverenin Yönetim Hakkı Uyarınca Haftalık Çalışma Günlerini Belirleyebilmesi</i>	287
Av. Selçuk KOCABIYIK	

İş piyasalarında hareketlilik çağa uyan düzenlemeleri hayata geçirmekle olur

Uzun zamandır ülkemizin gündemini meşgul eden ve birbirinden farklı birçok kanunda öngördüğü değişikliklerle TBMM'de görüşülen en geniş kapsamlı tasarılarından biri olan, "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 yasalaşarak Resmi Gazete'de yayımlandı. Söz konusu Kanun ile çalışma hayatı açısından önem arzeden pek çok kanunda değişiklik yapıldı ve kamu alacaklarının yeniden yapılandırılmasına ilişkin kapsamlı düzenlemeler getirildi.

Ne var ki, daba önce Tasarı metninde yer alan ve esnek düzenlemeler olarak tabir ettiğimiz evden çalışma, uzaktan çalışma ile deneme süresinin dört aya çıkarılması, denkleştirme sürelerinin turizm sektöründe dört aya çıkarılmasına ilişkin hükümlerin Kanun'dan çıkarılması isabetli olmadı. Hâlbuki, özellikle son dönemde işsizlik oranının tekrar tırmanışa geçmesiyle iş piyasasını hareketlendirebilecek söz konusu düzenlemeler, ne yazık ki, esnek çalışmayı "güvencesizlikle" eşdeğer görüp katı anlayışlardan sıyrılamayanların kurbanı oldu! Oysa güvenceli esneklik modelinde, güvence ve esnekliğin birbirinin karşısı kavramlar olmadığı, aksine birbirini tamamlayıcı hatta destekleyici oldukları görülmektedir. Ancak hayretle izlenmektedir ki; başarılı örneklerine tanık olduğumuz Avrupa ülkelerindeki esnek uygulamaların ülkemizde uygulanmasının karşısında duranlar, ne var ki söz konusu ülkelerdeki başka uygulamaları örnek gösterebilmektedir!

Öte yandan büyük bir hızla onaylanarak kabul edilen Türk Borçlar Kanunu'nun özel-

likle hizmet sözleşmelerine yönelik kısımları da çalışma hayatımız bakımından önem taşımaktadır. 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan Kanun'da yer alan düzenlemeler hem 4857 sayılı İş Kanunu'nun uygulama alanı dışında kalan işler ve işçiler bakımından, hem de 4857 sayılı İş Kanunu ve diğer iş kanunlarında hüküm bulunmayan konular bakımından uygulama alanı bulacaktır. Örneğin; ceza koşulu ve ibra, rekabet yasağı, kişisel verilerin kullanılması, iş sözleşmesinin devri, işçinin kişiliğinin korunması gibi konularda iş kanunlarında hüküm bulunmadığından Türk Borçlar Kanunu doğrudan uygulama alanı bulacaktır.

Geçerli sebep bağlamında belirli ilkeler, 2010 yılı İlerleme Raporu ve Türk çalışma yaşamı, kıdem tazminatının ödeneceği konusunda işverence kendisinde haklı bir güven oluşturularak istifa eden işçinin talebinin güven prensibi çerçevesinde irdelenmesi, Torba Kanun'un çalışan kadınlara dair hükümleri, sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışanların sağlık yardımlarından yararlanması, bazı alacakların yeniden yapılandırılması ile ilgili 6111 sayılı Yasa'nın vergi mükelleflerine sağlamış bulunduğu bildirim ve ödeme kolaylıkları dergimizde yer alan konu başlıklarından bazıları. Gündemi takip eden makaleler ve karar incelemelerinin yer aldığı dergimizin 21. 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. Nurhan SÜRAL

Orta Doğu Teknik Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi
AB Avrupa Toplumsal Cinsiyet Alanındaki Hukuk Uzmanları Ağı Türkiye Temsilcisi

Torba Kanununun Çalışan Kadınlara Dair Hükümleri

“Torba Kanun” olarak adlandırılan “Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun,” 25 Şubat 2011 tarih ve 27857 sayılı mükerrer Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Torba Kanun, bazı kamu alacaklarını yeniden yapılandırılmakta, çalışma hayatına, istihdama, sosyal güvenliğe, devlet memurlarına ve diğer bazı konulara dair düzenlemelerde iyileştirmeler getirmektedir. Bu yazıda, Torba Kanununun çalışan kadınlara dair önemli değişiklikler getiren hükümleri değerlendirilecek ve ilgili AB direktifleri ile karşılaştırılacaktır.¹

Doğum (analık) izni

Torba Kanununun 76. maddesi ile 22.5.2003 tarih ve 4857 sayılı İş Kanunu’nun 74/1 maddesine şu cümle eklenmiştir: “Kadın işçinin erken doğum yapması halinde ise doğumdan önce kullanmadığı çalıştırılmayacak süreler, doğum sonrası sürelerle eklenmek suretiyle kullanılır.”

İş Kanunu’nun 74. maddesi uyarınca, kadın işçilerin doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz olmak üzere toplam onaltı haftalık süre için çalıştırılmamaları esastır. 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. Görüldüğü üzere, kadın işçi kendi isteği ve doktor onayı ile doğum öncesi izninin yalnızca üç haftasını kullanabilir. Bu tercihin kullanılması halinde, doğum öncesi izinden kalan süre (beş, çoğul gebelik halinde yedi hafta), doğum sonrası izne eklenecektir. Torba Kanundan önce, doğum öncesi iznin bir bölümünün veya tamamının erken doğum nedeniyle kullanılmaması halinde, kullanılmayan kısım yanmakta,

doğum sonrası izne eklenememekteydi. Torba Kanun, İş Kanununa getirilen bu değişikliğe paralel olarak, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 18/1(d) maddesinde yer alan "sigortalı kadının isteği ve hekimin onayı ile doğuma üç hafta kalıncaya kadar çalışması halinde," ibaresini "sigortalı kadının, erken doğum yapması halinde doğumdan önce kullanamadığı çalıştırılmayacak süreler ile isteği ve hekimin onayıyla doğuma üç hafta kalıncaya kadar çalışması halinde," şeklinde değiştirmiştir (m. 29). Böylece, erken doğum nedeniyle doğum sonrası izin sürelerine eklenen bu sürelerde de geçici işgöremezlik ödeneği alınabilecektir.

Torba Kanun, erken doğum nedeniyle kullanılamayan doğum öncesi iznin doğum sonrası izne eklenmesini kadın memurlar için de öngörmektedir. Torba Kanununun 106. maddesi ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 104/A maddesi, şu şekilde değiştirilmiştir: "Kadın memura; doğumdan önce sekiz, doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam onaltı hafta süreyle analık izni verilir. Çoğul gebelik durumunda, doğum öncesi sekiz haftalık analık izni süresine iki hafta eklenir. Ancak beklenen doğum tarihinden sekiz hafta öncesine kadar sağlık durumunun çalışmaya uygun olduğunu tabip raporuyla belgeleyen kadın memur, isteği hâlinde doğumdan önceki üç haftaya kadar kurumunda çalışabilir. Bu durumda, doğum öncesinde bu rapora dayanarak fiilen çalıştığı süreler doğum sonrası analık izni süresine eklenir. Doğumun erken gerçekleşmesi sebebiyle, doğum öncesi analık izninin kullanılamayan bölümü de doğum sonrası analık izni süresine ilave edilir. Doğumda veya doğum sonrasında analık izni kullanılırken annenin ölümü halinde, isteği üzerine memur olan babaya anne için öngörülen süre kadar izin verilir." Bu hüküm, erken doğum nedeniyle kullanılamayan doğum öncesi iznin doğum sonrası izne eklenmesinin yanısıra, hem anne hem de babanın memur statüsünde olmaları ve analık izninin kullanılması sırasında ananın ölümü halinde, anne için öngörülen süre kadar iznin, talebi halinde babaya tanınacağını amirdir.

19 Ekim 1992 tarihli Hamile, Loğusa veya

Emzikli Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğini Geliştirmeyi Teşvik Eden Önlemlerin Getirilmesi Konsey Direktifi (92/85/EEC),² Avrupa Konseyinin 1 Temmuz 1999 tarihinde yürürlüğe giren Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı³ ve ILO'nun 7 Şubat 2002'de yürürlüğe giren 2000 tarih ve 183 sayılı Analığın Korunması Sözleşmesi, doğum iznini ondört hafta olarak belirlemektedir. AB Direktifi uyarınca doğum izninin tamamının kullanılması zorunlu değildir; ondört haftalık doğum izninin yalnızca iki haftalık kısmı zorunludur.

Hamile, Loğusa veya Emzikli Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğini Geliştirmeyi Teşvik Eden Önlemlerin Getirilmesi Konsey Direktifi ni değiştiren Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktif Teklifi (COM(2008) 637 final)⁴ kabul edildiğinde, doğum izni ondört haftadan onsekiz haftaya çıkacaktır. Teklifde, doğum izninin ondört haftalık kısmının doğum öncesi ve sonrasına dağılım biçimi, kadın çalışana bırakılmıştır. Doğum izninin bir bölümünün doğum öncesi kullanılması zorunluluğu yoktur. Doğum izninin oniki haftalık kısmı ihtiyaridir, kullanıp kullanılmaması kadın çalışanın insiyatifindedir. Zorunlu olan altı haftalık kısmın ise doğum sonrası kullanılması gerekmektedir. Geç doğum halinde doğum öncesi iznin uzaması, doğum sonrası izin süresini etkilemeyecektir. Prematüre doğum, doğan bebeğin hastaneye yatırılması, çoğul doğum, çocuğun özürlü doğması durumlarında doğum izni üye devletlerin öngöreceği sürelerle uzatılacaktır.

İş Kanunu'nda ve Devlet Memurları Kanununda yer alan doğum izni süreleri mutlak emredici niteliktedir, tamamen veya kısmen kullanılmaması mümkün değildir. Mevzuatımız bu açıdan AB direktiflerinden farklılık göstermektedir. Çalışan kadını 'koruma' amaçlı hükümlerimizi gözden geçirmeliyiz. Doğum izninin süresi ve tamamının zorunlu oluşu, ek izin ve emzirme izninin makul süreleri aşması, kreş kurma ve işletme veya kreş hizmeti alımının mali yükümlülüğünün tamamının işverene ait olması gibi 'koruma' amaçlı hükümler, kadın çalışanı erkek çalışana oranla daha pahalı bir işgücüne dönüştürerek, sonuçta kadının işgücü piyasasına girmesini zorlaştırmaktadır. Kamu-

oyunda 'İstihdam Paketi' olarak bilinen İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun,⁵ 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).

Ek doğum izni

İş Kanunu'na göre, isteği halinde kadın işçiye, doğum izninin tamamlanmasından sonra altı aya kadar ücretsiz izin verilir (m. 74).

Torba Kanununun 108. maddesi ile değişik 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 108/B maddesi uyarınca, doğum yapan memura, 104. madde uyarınca verilen doğum sonrası analık izni süresinin bitiminden itibaren isteği üzerine yirmidört aya kadar aylıksız izin verilir." Torba Kanundan önce, aylıksız ek doğum izni süresi kadın memurlar için bir yıl idi.

Babalık izni

İş Kanunu'muzda doğum izni, yalnızca doğum yapan kadına tanınmıştır; eşi doğum yapan erkek işçiye tanınacak babalık izni, bireysel ve toplu iş sözleşmeleriyle belirlenecektir.

Torba Kanununun 106. maddesi ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 104/B maddesi, şu şekilde değiştirilmiştir: "Memura, eşinin doğum yapması halinde, isteği üzerine on gün babalık izni; kendisinin veya çocuğunun evlenmesi ya da eşinin, çocuğunun, kendisinin veya eşinin ana, baba ve kardeşinin ölümü hallerinde isteği üzerine yedi gün izin verilir." Torba Kanundan önce, memura isteği üzerine, kendisinin veya çocuğunun evlenmesi, anne, baba, eş, çocuk veya kardeşinin ölümünde beş gün, erkek memura karısının doğum yapması sebebiyle isteği üzerine üç gün izin verilmekteydi. Torba Kanun üç günlük izni on güne çıkarmakla kalmamış, ilk kez aylıksız babalık izni getirmiştir. Torba Kanununun 108. maddesi ile değişik 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 108/B maddesi uyarınca, eşi doğum yapan memura, doğum tarihinden itibaren isteği üzerine yirmidört aya kadar aylıksız izin verilir.

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,⁶ babalık izni verilip verilmemesi hususunu üye devletlerin takdirine bırakmaktadır.

Evlat edinme izni

Evlat edinme halinde izin, ilk kez Torba Kanun ile getirilmektedir. Torba Kanununun 108. maddesi ile değişik 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 108/C maddesi uyarınca, üç yaşını doldurmamış bir çocuğu eşyle birlikte veya münferit olarak evlat edinen memurlar ile memur olmayan eşin münferit olarak evlat edinmesi halinde memur olan eşlerine, çocuğun ana ve babasının rızasının kesinleştiği tarihten veya vesayet dairelerinin izin verme tarihinden itibaren, istekleri üzerine yirmidört aya kadar aylıksız izin verilir. Evlat edinen her iki eşin memur olması durumunda bu süre, eşlerin talebi üzerine yirmidört aylık süreyi geçmeyecek şekilde, birbirini izleyen iki bölüm halinde eşlere kullanılabilir. İş Kanunu'muzda evlat edinmede izin düzenlenmiş değildir; konu, bireysel ve toplu iş sözleşmelerine bırakılmıştır.

Hamile, Loğusa veya Emzikli Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğini Geliştirmeyi Teşvik Eden Önlemlerin Getirilmesi Konsey Direktifi ile bu Direktifi değiştiren Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktif Teklifinde evlat edinmede izne dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Genel bir düzenleme olmaması nedeniyle, konunun düzenlenmesi üye devletlere bırakılmış durumdadır. Avrupa Adalet Divanı, üye devletin ulusal mevzuatında ek doğum izninin ve evlat edinme izninin yalnızca kadına tanınmış olmasını kadın-erkek eşitliği ilkesine aykırı bulmamıştır.⁷

Emzirme (süt) izni

Kadın işçilere bir yaşından küçük çocuklarını emzirmeleri için günde toplam birbuçuk saat emzirme izni verilir. Bu sürenin hangi saatler arasında ve kaç bölünerek kullanılacağını işçi kendisi belirler. Bu süre, günlük çalışma süresinden sayılır (İK m. 74/son fıkra). İş Kanunu'nun bu maddesinde bir değişiklik olmamıştır.

Torba Kanununun 106. maddesi ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 104/D maddesi, şu şekilde değiştirilmiştir: “Kadın memura, çocuğunu emzirmesi için doğum sonrası analık izni süresinin bitim tarihinden itibaren ilk altı ayda günde üç saat, ikinci altı ayda günde birbuçuk saat süt izni verilir. Süt izninin hangi saatler arasında ve günde kaç kez kullanılacağı hususunda, kadın memurun tercihi esastır.” Torba Kanun ile birlikte, kadın işçilere tanınan emzirme izni ile kadın memurlara tanınan emzirme izni, gerek başlama anı gerek günlük emzirme izni süresi açısından farklılık göstermektedir. Torba Kanundan önce kadın memurun da bir yaşından küçük çocuklarını emzirmesi için günde toplam birbuçuk saat emzirme izni mevcuttu.

Hamile, Loğusa veya Emzikli Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğini Geliştirmeyi Teşvik Eden Önlemlerin Getirilmesi Konsey Direktifi ile bu Direktifi değiştiren Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktif Teklifinde emzirme iznine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Genel bir düzenlemenin bulunmaması nedeniyle, konunun düzenlenmesi üye devletlerin ihtiyarına bırakılmış olmaktadır.

Ebeveyn izni

3 Haziran 1996 tarih ve 96/34/EC sayılı UNICE, CEEP ve ETUC tarafından akdolunan Ebeveyn İzni Çerçeve Sözleşmesine Dair Direktif,⁸ Avrupa düzeyinde sosyal diyalog yoluyla varılan ilk sözleşmeyi içermiştir. Bu Direktif, 8 Mart 2012 tarihli yeni Ebeveyn İzni Direktifi⁹ tarafından yürürlükten kaldırılmıştır. Üye devletlerin 8 Mart 2002 tarihine kadar iç hukuklarına aktarmaları gereken yeni direktifde, 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 (öncekinde 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.

Hukukumuzda “ebeveyn izni” adıyla düzenleme bulunmamaktadır. Torba Kanununun iyileştirdiği “mazeret” ve “hastalık ve refakat

izin”leri, ebeveynlikle bağlantılı geçerli nedenlerin varlığı halinde de kullanılabilir niteliktedir. Merkezde atamaya yetkili amir, ilde vali, ilçede kaymakam ve yurt dışında diplomatik misyon şefi tarafından, birim amirinin onayı ile bir yıl içinde toptan veya bölümler halinde, mazeretleri sebebiyle memurlara on gün izin (önceden de on) verilebilir. Zaruret halinde öğretmenler hariç olmak üzere, aynı usulle on gün daha mazeret izni verilebilir. Bu takdirde, ikinci verilen bu izin, yıllık izinden düşülür. Mazeret izinleri sırasında mali haklar ile sosyal yardımlara dokunulamaz (Torba Kanun m. 106 ile değişik 657 sayılı Kanun m. 104/C, E). Hastalık ve refakat izni, Torba Kanununun 107. maddesi ile değişik 657 sayılı Kanun’un 105. maddesinde düzenlenmektedir. 105. maddenin son fıkrası uyarınca, “Memurun bakmakla yükümlü olduğu veya memur refakat etmediği takdirde hayatı tehlikeye girecek ana, baba, eş ve çocukları ile kardeşlerinden birinin ağır bir kaza geçirmesi veya tedavisi uzun süren bir hastalığının bulunması hallerinde, bu hallerin sağlık kurulu raporuyla belgelendirilmesi şartıyla, aylık ve özlük hakları korunarak, üç aya kadar izin verilir. Gerektiğinde bu süre bir katına kadar uzatılır.” Memura tanınan bu refakat izninin bitiminden itibaren, sağlık kurulu raporuyla belgelendirilmesi şartıyla, isteği üzerine onsekiz aya kadar aylıksız izin verilebilir (Torba Kanun m. 108 ile değişik 657 sayılı Kanun m. 108/A). Aylıksız izin süresinin bitiminden önce mazereti gerektiren sebebin ortadan kalkması halinde, on gün içinde göreve dönülmesi zorunludur. Aylıksız izin süresinin bitiminde veya mazeret sebebinin kalkmasını izleyen on gün içinde görevine dönmeyenler, memuriyetten çekilmiş sayılır (Torba Kanun m. 108 ile değişik 657 sayılı Kanun m.108/F).

Memura, yıllık izinde esas alınan süreler itibarıyla beş hizmet yılını tamamlamış olması ve isteği halinde memuriyeti boyunca ve en fazla iki defada kullanılmak üzere, toplam bir yıla kadar aylıksız izin verilebilir. Ancak, sıkıyönetim, olağanüstü hal veya genel hayata müessir afet hali ilan edilen bölgelere 72. madde gereğince belli bir süre görev yapmak üzere zorun-

lu olarak sürekli görevle atananlar hakkında bu bölgelerdeki görev süreleri içinde bu fıkra hükmü uygulanmaz (Torba Kanun m. 108 ile değişik 657 sayılı Kanun m. 108/E).

Kamu kurum ve kuruluşlarında sürekli işçi kadrosunda çalışan işçilere; bakmaya mecbur olduğu veya işçi refakat etmediği takdirde hayatı tehlikeye girecek ana, baba, eş ve çocukları ile kardeşlerinden birinin ağır kaza geçirmesi veya önemli bir hastalığa tutulmuş olması hallerinde, bu hallerin raporla belgelenilmesi şartıyla, istekleri üzerine en çok altı aya kadar ücretsiz izin verilebilir. Aynı şartlarla bu süre bir katına kadar uzatılabilir. İşçilere, 10 hizmet yılını tamamlamış olmaları ve istekleri halinde işçilik süreleri boyunca ve bir defada kullanılmak üzere altı aya kadar ücretsiz izin verilebilir (Torba Kanun m. 207 ile değişik 4.4.2007 tarih ve 5620 sayılı Kamuda Geçici İş Pozisyonlarında Çalışanların Sürekli İşçi Kadrolarına veya Sözleşmeli Personel Statüsüne Geçirilmeleri, Geçici İşçi Çalıştırılması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanuna ek madde 1/1-2).

Hamilelik ve doğum halinde gece çalışması

1475 sayılı önceki İş Kanunu'muz sanayide ait işlerde kadınlar için gece çalışması yasağı getirmekteydi (m. 69). Bu yasak, yeni İş Kanunumuz tarafından kaldırılmıştır. Sonradan Çatı Direktif¹⁰ kapsamına alınarak yürürlükten kaldırılan, doğrudan ve dolaylı ayrımcılığı yasaklayan 23 Eylül 2002 tarih ve 2002/73/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi¹¹ 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) çerçevesinde verilmiş olan Adalet Divanı kararları uyarınca, gece çalışmasının kadınlara yasaklanması dolaylı ayrımcılığı oluşturur.

Kadın İşçilerin Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik,¹² 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 Yönetmelik¹³ 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. 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.

Torba Kanundan önce kadın memurların hamileliklerinin yirmialtıncı haftasından doğumu izleyen bir yılın hitamına kadar gece çalıştırılmaları yasaktı.¹⁴ Torba Kanununun 105. maddesi ile 657 sayılı Kanun'un 101. maddesini değiştirmiştir: "Günün yirmidört saatinde devamlılık gösteren hizmetlerde çalışan Devlet memurlarının çalışma saat ve şekilleri kurumlarınca düzenlenir. Ancak, kadın memurlara; tabip raporunda belirtilmesi halinde hamileliğin yirmidördüncü haftasından önce ve her halde hamileliğin yirmidördüncü haftasından itibaren ve doğumdan sonraki bir yıl süreyle gece nöbeti ve gece vardiyası görevi verilemez. Özürlü memurlara da isteği dışında gece nöbeti ve gece vardiyası görevi verilemez." Madde uyarınca, kadın memurlar, doktor raporunda belirtilmesi halinde hamileliğin yirmidördüncü haftasından önce gece çalışması yapmayacaklardır. Hamileliğin yirmidördüncü haftasından itibaren ve doğumdan sonraki bir yıl süreyle ise mutlak bir gece çalışma yasağı vardır.

Mutlak bir gece çalışma yasağı, AB müktesebatıyla bağdaşmaz zira AB Komisyonu, hamile, loğusa veya emzikli çalışanlar için peşinen mutlak bir gece çalışması yasağının getirilme-

sine karşıdır; önemli olan, bu durumdaki bir çalışanın gece çalışması yapmaya zorlanmamasıdır.

Gelir vergisinden muaf isteğe bağlı sigortalı kadınlar

31.12.1960 tarih ve 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 9/1(6) maddesine göre, "Evlerde kullanılan dikiş, nakış, mutfak robotu, ütü ve benzeri makine ve aletler hariç olmak üzere, muharrik kuvvet kullanmamak ve dışarıdan işçi almamak şartıyla; oturdukları evlerde imal ettikleri havlu, örtü, çarşaf, çorap, halı, kilim, dokuma mamûlleri, kırpıntı deriden üretilen mamûller, örgü, dantel, her nevi nakış işleri ve turistik eşya, hasır, sepet, süpürge, paspas, fırça, yapma çiçek, pul, payet, boncuk işleme, tığ örgü işleri, ip ve urganları, tarhana, erişte, mantı gibi ürünleri işyeri açmaksızın satanlar" gelir vergisinden muafırlar. Bu ürünlerin, pazar takibi suretiyle satılması ile ticarî, ziraî veya meslekî faaliyetleri dolayısıyla gelir ve kurumlar vergisi mükellefi olanların düzenledikleri hariç olmak üzere; düzenlenen kermes, festival, panayır ile kamu kurum ve kuruluşlarınca geçici olarak belirlenen yerlerde satılması muafıktan faydalanmaya engel değildir.

5510 sayılı Kanun'un geçici 16/3 maddesi, gelir vergisinden muaf el sanatlarında çalışan kadınların düşük primle isteğe bağlı sigortalı olmaları imkanını sağlamıştır: Maddenin yürürlüğe girdiği tarihten (1 Ekim 2008) önce, Gelir Vergisi Kanunu'nun 9/1(6)'da belirtilen işleri, iş sözleşmesiyle herhangi bir işverene tabi olmaksızın sürekli ve kazanç getirici nitelikte yapmakta olanların bu maddenin yürürlük tarihinden sonra aynı şartlarla bu işleri yaptıkları, Maliye Bakanlığı'nın görüşü alınarak Sosyal Güvenlik Kurumu'na belirlenen usul ve esaslara göre tespit edilen isteğe bağlı sigortalı kadınlar, bu maddenin yürürlüğe girdiği yıl için 82. maddeye göre belirlenen prime esas günlük kazanç alt sınırının onbeş katı üzerinden başlanılarak, takip eden her yıl için bir puan artırılmak suretiyle otuz katını geçmemek üzere malullük, yaşlılık, ve ölüm sigortaları ile genel sağlık sigortası primi ödeyeceklerdir. 5510 sayılı Kanun'un geçici 16/3 maddesinde

öngörülen, 1 Ekim 2008 öncesi de bu işleri yapıyor olma koşulu, Torba Kanun ile kaldırılmıştır (m. 50). Bu koşulun kalkmasıyla gelir vergisinden muaf işleri yapan ve düşük prim ödeyerek isteğe bağlı sigortalı olmak isteyen kadınların kapsamı genişletilmiş olmaktadır.

2011 yılında prime esas günlük kazanç alt sınırının 18 katı (2008'de 15, 2009'da 16, 2010'da 17 katı) üzerinden prim hesaplanmaktadır. Her yıl birer puan artırılabilecek ve 2023 yılı ve sonrasında 30 kat olacaktır.

Ev hizmetlerinde çalışanlar

İş Kanunu'nun 13 ve 14. maddelerine göre kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanlar ile 5510 sayılı Kanuna göre ev hizmetlerinde ay içerisinde otuz günden az çalışan sigortalıların eksik günlerine ait genel sağlık sigortası primlerini otuz güne tamamlama yükümlülüğü 1 Ocak 2012 tarihinde başlayacaktır (m. 49 ile değişik 5510 sayılı Kanun geçici m. 12). İsteğe bağlı sigortalılık süreleri 5510 sayılı Kanun'un 4/1(b) kapsamında değil, 4/1(a) kapsamında değerlendirilecek ve böylece iş sözleşmesiyle çalışanlar gibi 7.200 prim ödeme gün sayısına bağlı olarak emeklilik imkanından yararlanacaklardır (m. 51 ile 5510 sayılı Kanun'a eklenen ek m. 6/5).

Kız çocuklarının statü değişikliklerinde genel sağlık sigortasından yararlanmaları

Torba Kanununun 49/1 maddesi ile 5510 sayılı Kanun'un geçici 12/8 maddesine eklenen cümle ile, kız çocuklarının statü değişikliklerinin (evlenme, çalışmaya başlama) ortadan kalkması halinde, bu kişiler yeniden ilgili kanunlarına göre bakmakla yükümlü olunan kişi sayılacaklardır. 5510 sayılı Kanun'a göre, kız çocukların yeniden "bakmakla yükümlü olunan kişi" statüsü kazanmaları ve bunun sonucu olarak anne-babalarından dolayı genel sağlık sigortası yardımlarından yararlanmaları mümkün değildi. Torba Kanunla, 1 Ekim 2008 tarihinden önce "bakmakla yükümlü olunan kişi" statüsünde olup sağlık yardımlarından yararlanan kız çocuklarının statü değişikliği nedeniyle

Esnekliğe karşı çıkmak, kayıt dışılığa, işsizliğin artmasına destek vermektir.

“bakmakla yükümlü olunan kişi” statüsünden çıkmaları ve fakat sonradan statü değişikliğinin ortadan kalkması ile yeniden “bakmakla yükümlü olunan kişi” statüsüne dahil olmaları imkanı getirilmektedir.

Torba Kanununun 49/2 maddesi maddesi ile değişik 5510 sayılı Kanun’un geçici 12/10 maddesi uyarınca, “2925 sayılı Tarım İşçileri Sosyal Sigortalar Kanunu’na tabi sigortalılar ile bunların bu Kanuna göre bakmakla yükümlü oldukları kimseler, genel sağlık sigortası hükümlerine göre sağlanan sağlık hizmetlerinden ve diğer haklardan yararlanma hakkına sahiptir.” Böylece sigortalı kadının çalışamayacak durumda malul olmayan veya 55 yaşından küçük kocası ile sigortalının ana ve babası da “bakmakla yükümlü olunan kişi” kapsamına alınmaktadır.¹⁵

Kadın istihdamını artırmaya yönelik düzenlemeler

Torba Kanun, genç ve kadın istihdamı teşvik süresini uzatmaktadır (m. 74 ile 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu’na eklenen geçici m. 10). 31 Aralık 2015 tarihine kadar ilk kez işe alınacak 18 yaşından büyük ve 29 yaşından küçük erkekler ile 18 yaşından büyük kadınlar için özel sektör işverenleri sigorta primi desteğinden yararlanacaklardır. Bakanlar Kurulu, bu desteğin uygulanma süresini 2015 yılından itibaren beş yıla kadar uzatmaya yetkilidir. Destek,

a) 18 yaşından büyük ve 29 yaşından küçük erkekler ile 18 yaşından büyük kadınlardan;

1) Mesleki yeterlik belgesi sahipleri için kırksekiz ay süreyle,

2) Mesleki ve teknik eğitim veren orta veya yüksek öğretimi veya Türkiye İş Kurumunca düzenlenen işgücü yetiştirme kurslarını bitirenler için otuzaltı ay süreyle,

3) (1) ve (2) numaralı alt bentlerde sayılan belge ve niteliklere sahip olmayanlar için yirmidört ay süreyle,

b) 29 yaşından büyük erkeklerden (a) bendinin (1) ve (2) numaralı alt bentlerinde sayılan belge ve niteliklere sahip olanlar için yirmidört ay süreyle,

c) (a) ve (b) bentleri kapsamına girenlerin Türkiye İş Kurumuna kayıtlı işsizler arasından işe alınmaları halinde ilave olarak altı ay süreyle,

ç) 5510 sayılı Kanun’un 4/1(a) maddesi kapsamında çalışmakta iken, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten sonra mesleki yeterlik belgesi alanlar veya mesleki ve teknik eğitim veren orta veya yüksek öğretimi bitirenler için oniki ay süreyle,

d) 18 yaşından büyüklerden bu fıkranın (a), (b) ve (ç) bentlerine girmeyenlerin Türkiye İş Kurumu’na kayıtlı işsizler arasından işe alınmaları halinde altı ay süreyle uygulanacaktır.

Destek unsurundan aynı sigortalı için bir kez yararlanılabilir. İşveren hissesine ait primlerin İşsizlik Sigortası Fonundan karşılanabilmesi için işverenlerin çalıştırdıkları sigortalılarla ilgili olarak; 5510 sayılı Kanun uyarınca aylık prim ve hizmet belgelerini yasal süresi içerisinde Sosyal Güvenlik Kurumuna vermesi, sigortalıların tamamına ait sigorta primlerinin sigortalı hissesine isabet eden tutarını yasal süresi içinde ödemesi ve kapsama giren sigortalının işe alındığı işyerinden dolayı Sosyal Güvenlik Kurumuna prim, idari para cezası ve bunlara ilişkin gecikme cezası ve gecikme zammı borcu bulunmaması şarttır.

Torba Kanununun 74. maddesiyle getirilen önemli bir yenilik de sigorta primi desteği ile 5510 sayılı Kanun’un 81/1(ı) maddesinde yer alan beş puanlık prim indiriminin birlikte uygulanmasını engelleyen 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu’nun geçici 7/5 maddesinin yürürlükten kaldırılmasıdır.

Avrupa Birliği istihdam politikalarında esnekliğin önemle vurgulanmasının temel nedenlerinden biri de esneklik yoluyla kadınlar, ilk kez işe girecek olan genç işsizler, özürsüzler, emekliler gibi işgücü piyasasına girmede dezavantajlı kesimlerin istihdamının teşvik edilmesi bulunmaktadır. Hem çalışanların hem de işverenlerin sendikaları esneklik uygulamalarını desteklemektedirler. Torba Kanun

Torba Kanun ile getirilen değişiklikler ((E) eski düzenleme / (Y) yeni düzenleme)

	4857 sayılı İş Kanunu	657 sayılı Devlet Memurları Kanunu	5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu
Doğum izni	E: Erken doğum halinde doğum öncesi iznin kullanılmayan bölümü yanmaktaydı Y: Erken doğum halinde doğum öncesi iznin kullanılmayan bölümü, doğum sonrası izne eklenir.	E: Erken doğum halinde doğum öncesi iznin kullanılmayan bölümü yanmaktaydı Y: 1) Erken doğum halinde doğum öncesi iznin kullanılmayan bölümü, doğum sonrası izne eklenir. 2) Doğum izni sırasında annenin ölümünde, anne için öngörülen süre kadar izin talebi halinde (memur) babaya tanınır.	E: --- Y: Erken doğum halinde doğum öncesi iznin kullanılmayan ve doğum sonrası izne eklenen bölümü için de geçici işgöremezlik ödeneği
Ek doğum izni	Doğum izninin tamamlanmasını takiben 6 aya kadar ücretsiz izin	E: Doğum izninin tamamlanmasını takiben bir yıla kadar ücretsiz izin Y: Doğum izninin tamamlanmasını takiben 24 aya kadar ücretsiz izin	
Babalık izni	İş sözleşmeleriyle belirlenir.	E: Üç gün aylıklı izin Y: 1) On gün aylıklı izin. 2) 24 aya kadar aylıksız izin	
Evlat edinme izni	----	E: ---- Y: Üç yaşını doldurmamış çocuğun evlat edinilmesinde 24 aya kadar aylıksız izin. Her iki eş memursa, her biri 24 ayı geçmemek üzere birbirini izleyen iki bölümde de kullanılabilir.	
Emzirme izni	Çocuk bir yaşına gelinceye kadar günde 1,5 saat	E: Çocuk bir yaşına gelinceye kadar günde 1,5 saat Y: Doğum izninin bitiminden ilk 6 ay içinde günde 3 saat; ikinci 6 ayda günde 1,5 saat	
Ebeveyn izni	"Ebeveyn izni" adıyla düzenleme yok. Konu, bireysel ve toplu iş sözleşmelerine bırakılmış.	"Ebeveyn izni" adıyla düzenleme yok. Memur ve kamu kurum ve kuruluşlarında sürekli işçi kadrosunda çalışan işçiler için Torba Kanunun geliştirip iyileştirdiği "mazeret," "hastalık ve refakat izin"leri, "ailevi" nedenlerle de kullanılabilir.	
Hamilelik ve doğum halinde gece çalışması	Kadın işçi, hamileliğinin hekim raporuyla tespitinden itibaren doğuma kadar geçen sürede gece çalışmasına zorlanamaz. Yeni doğum yapmış işçinin doğumu izleyen 8 haftalık süre sonunda, emziren işçinin ise, 6 aylık süreden sonra gece çalışması yapmasının sakıncalı olduğunun hekim raporu ile belirlendiği dönem boyunca, gece çalıştırılması yasaktır (Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik). 6 aylık gece çalışma yasağının doktor raporuyla bir yıla uzatılabilir (Kadın İşçilerin Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik).	E: Hamileliğin 26. haftasından doğumu izleyen bir yılın hitamına kadar gece çalıştırma yasağı Y: Hamileliğin 24. haftasından önce doktor raporuyla gece çalışması yasağı. Hamileliğin 24. haftasından itibaren ve doğumdan sonraki bir yıl süreyle ise mutlak bir gece çalışma yasağı	

Gelir vergisinden muaf isteğe bağlı sigortalı kadınlar			E: Gelir vergisinden muaf el sanatlarını yapan ve düşük prim ödeyerek isteğe bağlı sigortalı olmak isteyen kadınlar için 1 Ekim 2008 öncesi de bu işleri yapıyor olma koşulu Y: Bu koşul kaldırılmıştır
Ev hizmetlerinde çalışanlar			E: 1) 5510 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden itibaren en geç 2 yıl içinde bildirimde bulunma zorunluluğu 2) İsteğe bağlı sigortalılık süreleri 5510 sayılı Kanun'un 4/1(b) kapsamında Y: 1) Kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanlar ile 5510 sayılı Kanun'a göre ev hizmetlerinde ay içerisinde 30 günden az çalışan sigortalıların eksik günlerine ait genel sağlık sigortası primlerini 30 güne tamamlama yükümlülüğü, 1 Ocak 2012'de başlayacaktır. 2) İsteğe bağlı sigortalılık süreleri 4/1(a) kapsamında ve böylece 7.200 prim ödeme gün sayısı ile emeklilik imkanı
Kız çocuklarının statü değişikliklerinde genel sağlık sigortasından yararlanmaları			E: Kız çocuklarının statü değişikliklerinde (evlenme, çalışmaya başlama) ortadan kalkması halinde, kız çocukları yeniden "bakmakla yükümlü olunan kişi" statüsü kazanamazlar. Y: İlgili kanunlarına göre bakmakla yükümlü olunan kişi sayılacaklar ve bunun sonucu olarak anne-babalarından dolayı genel sağlık sigortası yardımlarından yararlanacaklar.
Kadın istihdamını teşvik			Y: 1) 31 Aralık 2015 tarihine kadar ilk kez işe alınacak 18 yaşından büyük kadınlar ve 18-29 yaş arası erkekler için özel sektör işverenlerine sigorta primi desteği. Bakanlar Kurulu, süreyi 2015'den itibaren beş yıla kadar uzatmaya yetkili. 2) Sigorta primi desteği ile beş puanlık prim indiriminin birlikte uygulanma imkanı.
2925 sayılı Tarım İşçileri Sosyal Sigortalar Kanununa tabi kadın sigortalılar			Y: Sigortalı kadının çalışmayacak durumda malul olmayan veya 55 yaşından küçük kocası ile sigortalının ana ve babası da "bakmakla yükümlü olunan kişi" kapsamına alınmaktadır.

Tasarısında yer alan evden çalışma, uzaktan çalışma, deneme süresinin dört aya çıkarılması, denkleştirme sürelerinin turizm sektöründe dört aya çıkarılması hükümlerinin Meclis görüşmelerinin son gününde metinden çıkarılması üzüntü vericidir. Esnekliğe sloganlarla,

polemiklerle karşı çıkmakla, sendika tabanına güçlülük mesajı verilmiş olmaz. Esnekliğe karşı çıkmak, kayıt dışılığa, işsizliğin artmasına destek vermektir. İşçi sendikalarımızın esneklik konusunda algı zafiyetini aşmaları, konuya teknik bilgi temelinde yaklaşımları ve

konu ile ilgili uluslararası düzenlemeler esas alınarak esnekliğin kurallara bağlanması ve uygulanması süreçlerine katkıda bulunmaları gerekmektedir.

DİPNOTLAR

- 1 Değişiklik getirilmeyen ama çalışan kadınları ilgilendiren diğer düzenlemeler için bkz.: Nurhan Süral, "İstihdamda Cinsiyet Eşitliği," Sicil, Aralık 2010, S. 20, s. 11-27.
- 2 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).
- 3 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).
- 4 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).
- 5 Kanun no. 5763, Resmi Gazete 26.05.2008, S. 26887.
- 6 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).
- 7 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.
- 8 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).
- 9 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).
- 10 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) (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.
- 11 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.

- 12 Resmi Gazete 09.08.2004, S. 25548.
- 13 Resmi Gazete 14.07.2004, S. 25522.
- 14 Başbakanlık Genelgesi 2005/14, Resmi Gazete 02.06. 2005, S. 25833.
- 15 Emin Zararsız, "Değişiklikler Sosyal Güvenlik Sistemine Olumlu Katkı Sağlayacak," İşveren, Ocak-Şubat 2011, s. 43-47, s. 46.

Prof. Dr. Savaş TAŞKENT

İstanbul Teknik Üniversitesi İşletme Fakültesi

Geçerli Sebep Bağlamında Belirli İlkeler

1. GİRİŞ

2003 yılında yürürlüğe girmiş bulunan 4857 sayılı İş Kanunu bir yandan işçinin korunması ilkesini (sosyal korumayı) benimserken, öte yandan işletmelerin de korunması gereğini dikate almış; açıkçası işverenlere ekonomik ve teknolojik gelişmelerin zorunlu kıldığı önlemleri alabilme olanağını tanımıştır.

Bu nedenle, İş Kanunu'nun maddeleri değerlendirilirken işçinin korunması ilkesi ile esneklik ihtiyacı arasında ölçülü (uygun) bir denge sağlanması büyük önem taşır.

İş Kanunu'muzda işçinin feshe karşı korunması 18-21. maddelerde düzenlenmiş bulunmaktadır. İş Kanunu m. 18'e göre,

"...işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır."

Bu kavramlar soyut niteliktedir. Gerçekten de, "işçinin yeterliliği" (yetersizliği olacak) ifa-

desinden ne anlaşılması gerekir? İşçinin hangi davranışları sözleşmenin feshine yol açabilir? İşletmenin, işyerinin veya işin gerekleri ne demektir? Bunlar öğreti ve yargı kararları ile somutlaştırılacak hususlardır. İşte bu yapılırken yukarıda sözü edilen denge gözetilmelidir.

Yüksek Mahkeme'nin (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin) son yıllardaki kararlarında -eskilerinden farklı olarak- yerli ve yabancı öğretiden yararlanıldığı, uluslararası sözleşmelerin göz önünde tutulduğu ve ele alınan konunun tüm yönleri ile irdelendiği görülmektedir.

Ancak, yabancı öğretiden yararlanırken bazen de çok aşırıya gidildiği, özellikle oldukça yoğun bir biçimde Alman hukukunun etkisi altında kaldığı dikkati çekmektedir. Daire kimi kararlarında ise, Alman hukukunda var olan mevzuat doğrultusunda geliştirilen ilkelerin de ötesinde gerekçeler üretmekte, kararlar vermektedir.

Gerçekten de, Alman hukukunda dahi tartışmalı olan kimi ilkeler klişe biçimde karar gerekçelerine alınmakta ve fesih işleminde bu

Yasa metninde, fesih için, “işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak” dışında herhangi bir ilke veya önlem yer almış değildir.

ilkelerin tümüne birden uyulup uyulmadığının incelenmesi istenilmektedir.

Bununla birlikte, Daire'nin hukuka uygun olanı bulma yolundaki çabası övgüye değer bulunmaktadır. Yüksek Mahkeme öğretide yanlış olduğu belirtilen kararlarını gözden geçirme ve yanlıştan dönme erdemini de göstermiş; gösterebilmektedir.

Aşağıda Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin iş sözleşmesinin feshinde öngördüğü ilkeler üzerinde durulacak; bunların mevzuatımız bakımından değerlendirilmesine çalışılacaktır.

II. YASAL DÜZENLEME

İş Kanunu'nun 18. maddesine göre, “...işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır”.

Kanun'un 19. maddesine göre de, “İşveren fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır”.

Geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçları ise, 21. maddede şu şekilde belirlenmiştir: “İşverence...gösterilen sebebın geçerli olmadığı mahkemece...tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren işçiyi...işe başlatmak zorundadır”.

Görülüyor ki, işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshinde, yasanın aradığı husus, sadece işverenin keyfi davranmaması; işverenin fesih için işçinin işyerinde çalışmasını sürdürmesinin beklenemeyeceği bir olguya dayanması ve bunu da fesih bildiriminde açık ve kesin bir şekilde ortaya koymasındır.

Yasa metninde, fesih için, “işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak” dışında herhangi bir ilke veya önlem yer almış değildir.

Bununla birlikte, öğretide ve Yargıtay'ın eski ve yeni kararlarında, işverenin, işçinin iş sözleşmesini feshederken -geçerli bir sebebi olsa bile- ayrıca belirli birtakım ilkelere daha uyması gereğine işaret edilmektedir.

Yüksek Mahkeme'nin ağırlık verdiği ilke “son çare ilkesi” dir.

1. Feshin Son Çare (Ultima Ratio) Olması İlkesi

Söz konusu ilke uyarınca, işveren, işçinin işine son vermeden önce, iş ilişkisinin sürdürülmesini sağlayacak birtakım uygulamalarda bulunmalı; bunlardan bir sonuç alamadığında son çare olarak (ultima-ratio) fesih yoluna gitmelidir¹. Çünkü, iş güvencesi sisteminde esas olan, keyfi denilen fesihlerin önlenmesi, işçinin işinin korunmasıdır. Bu nedenle, geçerli sebep kavramına uygun yorum yaparken fesihten kaçınma, sözgelimi işçiyi başka bir işte çalıştırma, eğitime olanağının olup olmadığı araştırılmalıdır. Yargıtay da verdiği bir kararda, “...Dava-cının işverenin diğer işyerlerinde çalıştırılması mümkün ise, fesih yoluna başvurulması doğru değildir” demiştir².

Bu ilkenin işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan fesihler yanında, işçinin performansı veya uyumu gibi nedenlerle yapılması düşünülen fesihler için de geçerli olduğu kabul edilmektedir³.

Yine öğretide ile Yargıtay'ca benimsenen görüşe göre, bir uyuşmazlıkta feshin geçerliliği denetlenirken, işverenin “son çare” ilkesine uyup uymadığı yargıç tarafından (gerekirse işyerinde keşif yaptırılarak) araştırılmalı ve bunun sonucuna göre karar verilmelidir.

Nitekim, Yüksek Mahkeme'nin konuya ilişkin birçok kararında şu ifadelerin yer aldığı görülür:

“İşveren, işçi çıkarmadan önce, önlem olarak feshi son çare olarak bakmalı ve mümkün olduğu takdirde fesihinden kaçınmalıdır”⁴.

“Feshin son çare olması ilkesine uygunluğu

denetiminde, somut duruma uygun bir inceleme yapılmalı ve fesih yerine başvurulacak somut tedbirler araştırılmalı ve açıklanmalıdır. Dairemizin kararlılık kazanan uygulaması bu yöndedir”⁵.

Feshin son çare olması ilkesine uygunluk çerçevesinde, somut tedbirler olarak, Dairenin eski tarihlerden bu yana verdiği çeşitli örnekler vardır⁶. 2009 yılında verilen bir kararda da şu hususlar belirtilmiştir:

“...işyerinde yeniden keşif yapılarak... bilirkişi heyetinden tekrar rapor alınarak yeni işçi alınıp alınmadığı, davacının başka bölümde değerlendirme olanağı olup olmadığı, fazla mesailerin yapıldığı da dikkate alınarak, fazla mesailer kaldırılarak feshin önlenip önlenmeyeceği, fazla mesailerin istihdamı sağlayıp sağlamadığı feshin kaçınılmazlığı yönünden incelenmeli ve sonucuna göre karar verilmelidir”⁷.

İşte bu noktada cevaplandırılması gereken

gereklerinden kaynaklanmıyorsa, fesih sosyal bakımdan haksızdır.

Bunun gibi, işçinin aynı işyerinde bir başka işte veya aynı işletmenin bir başka işyerinde çalıştırılması mümkün ise, fesih yine sosyal bakımdan haksız sayılır (§1/(2), 1/b).

Aynı paragrafın (2), 2/2 hükmüne göre de, işverenden beklenebildiği ölçüde, yeni meslek eğitimi veya geliştirme eğitimi ya da değişik iş koşullarında çalıştırılma yolu ile işçinin işini sürdürmesi olanağı varsa ve işçi de bunu kabul etmiş ise, fesih yine sosyal açıdan geçersiz sayılır. İşveren feshi geçerli kılan nedenleri ispatla yükümlüdür (Kündigungsschutzgesetz, §1).

Görüldüğü üzere, Alman Feshe Karşı Koruma Yasası, işçinin iş sözleşmesinin feshi için, onun kişiliğinden, davranışlarından ya da işyerinden kaynaklanan sebeplerin varlığını yeterli görmemekte; işverenin fesihten önce belirli önlemlere başvurmasını; bunlardan da bir sonuç

İşçinin kişiliğinden veya davranışlarından ya da işçinin bu işyerinde çalışmasını sürdürmesini engelleyen kaçınılmaz (zorlayıcı) işyeri gereklerinden kaynaklanmıyorsa, fesih sosyal bakımdan haksızdır.

soru şudur: Yargıtay’ın doğrudan uygunluk denetimi yapılmasını istediği feshin son çare olması ilkesinin hukuki dayanağı nedir?

Türk yargısının ve öğretisinin bu konuda Alman hukukundan geniş ölçüde esinlendiği açıktır⁸. Böyle olduğuna göre, doğru bir değerlendirme yapılabilmesi bakımından önce Alman mevzuatının incelenmesinde yarar görülmektedir.

Alman hukukunda, “Feshe Karşı Koruma Kanunu”nun “Sosyal bakımdan haklı olmayan fesihler” başlığını taşıyan 1. paragrafına göre, işçinin iş sözleşmesinin feshi, sosyal bakımdan haksız ise, geçersizdir (Kündigungsschutzgesetz, §1/(1)).

Hangi fesihlerin bu nitelikte olduğu (2). cümlede açıklanmıştır:

İşçinin kişiliğinden veya davranışlarından ya da işçinin bu işyerinde çalışmasını sürdürmesini engelleyen kaçınılmaz (zorlayıcı) işyeri

alınmamışsa son çare (ultima ratio) olarak fesih gerçekleştirilmesini aramaktadır.

Oysa, 4857 sayılı İş Kanunumuzda “Feshin geçerli sebebe dayandırılması” başlıklı 18. maddede “son çare” ilkesine yer verilmediği gibi, bu ilkeyi çağrıştıracak bir ifade de yoktur.

Türk öğretisinde bu ilke bakımından maddenin gerekçesine işaret edilmektedir⁹. Gerekçedeki ifade ise şu şekildedir: “Bu uygulamaya giderken işverenden beklenen feshe son çare olarak bakmasıdır. Bu nedenle geçerli sebep kavramına uygun yorum yaparken sürekli olarak fesihten kaçınma olanağının olup olmadığı araştırılmalıdır.”

Ne var ki, gerekçedeki bu beklenti, açıkçası işçinin iş sözleşmesini feshedecek olan işverenin feshe son çare olarak bakması yolundaki ifade yasa metnine yansımış değildir¹⁰. Yukarıda belirtildiği üzere, yasa metninde buna ilişkin bir belirti dahi yoktur. O halde, hukukumuz

bakımından gerekçe söz konusu ilkenin hukuki dayanağı olarak gösterilemez.

Bu durumda şu soru sorulabilir: İş sözleşmelerinin feshinde “son çare” ilkesi Türk hukukunda uygulanma alanı bulmayacak mıdır? Aşağıda bu nokta üzerinde durulacaktır.

Sözü edilen ilkenin Türk iş hukuku bakımından da geçerli olduğunu savunan bazı yazarlar, “...iş güvencesine ilişkin kanuni düzenlemenin özünde, iş ilişkisinin varlığının korunması ve feshin son çare olarak kullanılması vardır” görüşünü öne sürmüşlerdir¹¹. Bu görüş doğrudur, ancak, son çare ilkesinin hukuki dayanağını açıklamamaktadır.

Diğer bazı yazarlar ise -yine Alman hukukunun etkisiyle- son çare ilkesinin ölçülülük ilkesinden kaynaklandığını söylemişlerdir. Ölçülülük ilkesi Alman hukukunda işyeri gereklerinden kaynaklanan fesih nedenlerinin de-

nin sınırlandırılması anlamına gelir”¹³. Dolayısıyla, kamu hukukunda geçerli olan bir ilkeyi özel hukuka aktarmak ve son çare ilkesinin dayanağı olarak kabul etmek uygun görülemez.

Bununla birlikte, “son çare ilkesi”nin hukukumuzda da uygulanma alanı bulacağı belirtilmelidir. Bu konudaki sorun, bunun hukuksal dayanağının belirlenmesinde ve buna bağlı olarak da sözü edilen ilkenin uygulanma biçiminin ortaya konulmasında kendini göstermektedir.

Aslında, Türk hukukunda, söz konusu ilkenin hukuksal dayanağı konusunda büyük bir görüş ayrılığı olduğu da söylenemez. Son çare ilkesini ölçülülük ilkesinin bir unsuru kabul eden¹⁴ veya son çare konusunu doğrudan inceleyen yazarlar, bunun hukuki dayanağının Medeni Kanun’un 2. maddesi olduğunu belirtmektedirler¹⁵. Gerçekten de, tüm hukuk sistemi

Yüksek Mahkeme, Alman hukukunda “Feshe Karşı Koruma Yasası”nda açıkça öngörülen son çare önlemlerinin -4857 sayılı İş Kanunu’nda yer almamasına rağmen- Türk iş hukukunda da uygulanmasını benimsemiş bulunmaktadır.

netiminde uygulanmakta ve asıl dayanağını da Feshe Karşı Koruma Yasası §1/ c. 2’de yer alan “işçinin bu işyerinde çalışmasını sürdürmesini engelleyen kaçınılmaz (zorlayıcı) işyeri gerekleri” (...dringende betriebliche Erfordernisse) ifadesinden almaktadır. Oysa, İş Kanunumuzda böyle bir ifade yoktur.

Olmadığı içindir ki, kimi yazarlar belirtilen ilkenin Anayasa’nın 13. maddesine eklenen, “sınırlamaların ölçülülük ilkesine aykırı olmayacağı” yolundaki hükme dayandığını öne sürmüşlerdir¹². Ne var ki, ölçülülük ilkesi burada “Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması” çerçevesinde kabul edilmiştir; açıkçası kamu hukuku bakımından hüküm ifade eder. Son çare ilkesinin ölçülülük ilkesinden kaynaklandığını söyleyen yazarlarca da işaret edildiği gibi, “Ölçülülük ilkesini de zorlama sonucu özel hukukta uygulamak irade özerkliği ilkesi-

için geçerli ve evrensel nitelikte bir kural olan “Dürüstlük Kuralı” uyarınca, işveren de fesih hakkını kullanırken dürüstlük kuralına uymalı; dürüst ve namuslu bir işverenden beklenen davranışı göstermelidir. İşveren fesih hakkını elde ettiğinde bunu kötüye kullanıyorsa, fesih işlemi geçersiz sayılacaktır. Çünkü, bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını yasa korumaz (MK. m. 2/2).

Böyle olduğuna göre, acaba mahkemelerin re’sen işverenin son çare ilkesine ve bu çerçevedeki önlemlere uyup uymadığını incelemek yükümü var mıdır?

Yargıtay, bu konuda verdiği çeşitli kararlarında, klişe olarak şu ifadelerle yer vermekte ve yargıcın bilirkişi aracılığıyla, gerekirse işyerinde keşif de yapılarak, işverenin son çare ilkesine uyup uymadığını araştırmasını istemektedir:

“Fazla çalışmalar kaldırılarak, işçinin rıza-

İşverenin, iyi niyetli olduğunu, feshe son çare olarak baktığını, aldığı tüm önlemlere rağmen, feshin kaçınılmaz olduğunu ortaya koymak ve ispat etmek gibi bir yükümlülüğü yoktur.

sı ile esnek çalışma biçimleri getirerek, işçiyi başka işte çalıştırarak ya da meslek içi eğitime tabi tutarak amaca ulaşma olanağı var iken feshe başvurulmaması gerekir. Kısaca, “fesih son çare olmalıdır” (ultima ratio) ilkesi gözetilmelidir”¹⁶;

“...işyerinde davacının yapabileceği başka bir iş bulunup bulunmadığı, davacının başka bir birimde değerlendirilmesi imkânının olup olmadığı hususları gerekirse iş yerinde keşif icra olunarak araştırılmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir”¹⁷;

“Bu nedenle, bilirkişi aracılığı ile gerekirse işyerinde keşif yapılarak; ...feshin son çare olması ilkesine uyulup uyulmadığı, fesih öncesi ve sonra davacı ile aynı nitelikte veya davacının kısa süreli bir eğitimle yapabileceği işler için yeni işçi alınıp alınmadığı tespit edilerek sonucuna göre bir karar verilmelidir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmiş olması hatalıdır”¹⁸.

Yargıtay’a göre, işveren belirtilen önlemleri almakla yükümlü olduğu gibi, feshe son çare olarak başvurduğunu da kanıtlamak zorundadır:

“Sonuç olarak, davalı işverenin aldığı işletmesel karar sonucu... feshin kaçınılmazlığını ve feshe son çare olarak başvurulduğunu kanıtlamamıştı... sabittir”¹⁹.

Görüldüğü gibi, Yüksek Mahkeme, Alman hukukunda “Feshe Karşı Koruma Yasası”nda açıkça öngörülen son çare önlemlerinin -4857 sayılı İş Kanunu’nda yer almamasına rağmen Türk iş hukukunda da uygulanmasını benimsemiş bulunmaktadır.

Oysa, hukukumuzda feshin geçerliliği koşulları Alman hukukundan farklı bir biçimde düzenlenmiştir. Nitekim, 4857 sayılı İş Kanunu’na

göre, işçi fesih bildiriminde sebep gösterilmediğini veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığını iddia ettiğinde, işveren için öngörülen tek yükümlülük, “feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat” etmektir (İşK. m. 20/2). Geçerli sebeplerin neler olduğu ise, aynı kanununun 18. maddesinde “işçinin yeterliliği, davranışları, işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri” olarak belirlenmiştir. İşveren sadece fesih işleminin işçinin yetersizliğinden, davranışlarındaki olumsuzluklardan veya işletmesel (ekonomik, teknolojik veya yapısal) bir nedenden kaynaklandığını ispat edecektir.

İşverenin, iyi niyetli olduğunu, feshe son çare olarak baktığını, aldığı tüm önlemlere rağmen, feshin kaçınılmaz olduğunu ortaya koymak ve ispat etmek gibi bir yükümlülüğü yoktur. Bu olgu, bilirkişi veya mahkemeler için de geçerlidir.

Buna karşılık, işverenin kötü niyetli olduğunun öne sürülmesi ve bu iddianın ispatı yükümü işçiye düşmektedir²⁰. Gerçekten de, İşK. m. 20/2 c. 2’ye göre, işçi feshin işverenin belirttiğinden “... başka bir sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür”. Aynı şekilde, işçi, işverenin fesih hakkının bulunmasına rağmen, bu hakkını kötüye kullandığını söylüyorsa²¹, bu iddiasını da ispatla yükümlü olacaktır²².

Yargıtay’ın kararlarında yer alan şu ifade bu bakımdan önemlidir:

“İş ilişkisinde işletmesel kararlar iş sözleşmesini fesheden işveren, Medeni Kanun’ un 2. maddesi uyarınca, yönetim yetkisi²³ kapsamındaki bu hakkını kullanırken, keyfi davranmamalı, işletmesel kararı alırken dürüst olmalıdır.

Keyfilik denetiminde işverenin keyfi davranmadığını işçi iddia ettiğinden, genel ispat kuralı gereği, işçi bu durumu kanıtlamalıdır”²⁴.

Bu konuda son olarak eklenmesi gereken husus şudur: Yargıtay’ın kararlarında, uyuşmazlığa ilişkin olarak alınabilecek tüm önlemler klişe olarak yer almakta ve yerel mahkemeden tüm bu hususların araştırılıp değerlendirilmesi istenmektedir. Oysa, son çare ilkesinin yasasında açıkça yer aldığı Alman hukukunda bile böyle bir uygulama söz konusu değildir.

Bu konuda Ulucan da şunları söylemektedir: “Ancak, işverenin her fesih olayında bu ön-

lemleri sırası ile dikkate aldığı ve gerekeni yaptığını kanıtlamakla yükümlü olduğu söylenemez. Gerekçede de zaten bir beklentiden söz edilmektedir. Bu konuda bir zorunluluk öngörülseydi, bu ilkelere yasa metni içinde yer verilirdi.

Alman Feshe Karşı Koruma Yasası'nda da benzer ilkelere yasa hükmü olarak açıkça yer verilmiş olmasına karşın, her seferinde bütünü ve sırası ile fesih öncesi her birine ayrı ayrı uyulduğunu veya bu yönde önlemlerin tamamının tüketildiğinin kanıtlanması aranmaktadır. İşverenden fesih işlemine mümkün olduğu ölçüde en son çare olarak gitmesi ve aksinin ileri sürülmesi halinde, bunu kanıtlanması beklenmektedir²⁵.

Öğretide yapılan bu eleştiriyi²⁶ Yüksek Mahkeme'nin dikkate almasında yarar görülmektedir.

2. İşletmenin, İşyerinin veya İşin Gereklerinden Kaynaklanan Fesihlerde İlkeler

a) Benimsenen ilkeler ve bunların hukukumuzdaki yeri

İş Kanunu m. 18 uyarınca, işveren işçinin iş sözleşmesini "işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe" dayanarak feshedebilir. Maddede sözü edilen bu gerekler aynı yasanın "Toplu işçi çıkarma" başlıklı 29. maddesi göz önünde tutularak "ekonomik, teknolojik, yapısal ve benzeri" nedenler olarak değerlendirilebilir. Buna göre, işverenin fesih işlemi, -Yüksek Mahkeme'nin konuya ilişkin kararlarında hep ifade edildiği üzere- işletme veya işyeri içi nedenlerden kaynaklanabileceği gibi (teknolojik, yapısal nedenler), işyeri dışı nedenlere (ekonomik nedenler) de dayanabilir.

İşveren fesih bildiriminde, fesih sebebi olarak böyle bir neden belirttiğinde, sebebin varlığını ve geçerliliğini ispatla yükümlüdür (İşK. m. 20/2). Yasanın işveren için öngördüğü yüküm budur.

Buna karşılık, Yargıtay'ın oldukça geniş bir biçimde esinlendiği ve ilkelerini benimsediği Alman hukukunda, işçinin iş sözleşmesinin

feshinin geçerliliği için, sadece ekonomik, teknolojik veya yapısal bir nedenin varlığı yeterli görülmemektedir. Ayrıca, belirtilen nedenler dolayısıyla işçinin bu işyerinde çalışmasını sürdürmesini engelleyen zorlayıcı (feshi kaçınılmaz kılan) bir olgunun varlığı da aranmaktadır (Feshe Karşı Koruma Yasası §1/ c. 2). Alman hukukunda ölçülülük ilkesinin dayanağını oluşturan²⁷ bu düzenleme uyarınca, işyerinden kaynaklanan bir neden var olmasına rağmen, işveren hemen fesih yoluna gidemeyecek; işçinin işyerinde herhangi bir şekilde çalıştırılma olanağının bulunup bulunmadığı; orada yok ise, işyerinde bir başka işte veya işletmenin başka bir işyerinde çalıştırma olanağının olup olmadığının araştırılması gerekecektir. İşçinin belirtilen şekillerde işini sürdürmesi olanağı varken fesih yoluna gidilmesi, feshin sosyal bakımdan geçersizliği sonucunu doğuracaktır²⁸.

Yüksek Mahkeme, bu konuda da iş güvenesi kurumunun hukukumuzdaki düzenlenme biçimini bir yana bırakmakta, -Alman hukukunu aynen özümseyen bazı akademisyenlerin de teşviki ile- kararlarında bir sürü ilke öngörmekte; işverenin, işçinin iş sözleşmesini feshetmesi durumunda bunlara uymasını istemekte ve mahkeme ile bilirkişilerden de söz konusu ilkelere uyulduğunun denetimini yapmalarını beklemektedir.

Bu noktada, öğretilerde belirtilen ve bazıları Dairenin de kararlarında klişe olarak yer alan ilke ve önlemlerin ortaya konulmasında yarar görülmektedir.

İşverenin fesih işlemi yaparken uymasının beklendiği ilkeler ve mahkemelerce (bilirkişilerce) araştırılması ve göz önünde tutulması istenilen önlemler şunlardır:

- Ölçülülük ilkesi
- Elverişlilik, uygunluk ilkesi
- Gereklilik ilkesi
- Oranlilik (orantılılık) ilkesi
- Menfaatler (çıkarlar) tartısı
- Yerindelik denetimi
- Tutarlılık denetimi
- Keyfilik denetimi
- Feshin son çare olması ilkesi
- (bunlara, ölçülülük ilkesinin doğrudan

Öğretide çoğunluk, yasal dayanağı olmaması ve uygulanma zorluğu gibi nedenlerle, iş sözleşmelerinin feshinde sosyal seçim ölçütünün dikkate alınmaması görüşündedir.

bir alt ilkesi olmayan “eşit davranma” ilkesi ile “sosyal seçim ilkesi”ni de ekleyebiliriz).

Gerçi Yargıtay’ın kararlarında bu bakımdan daha çok “*tutarlılık denetimi, keyfilik denetimi, ölçülülük denetimi- feshin son çare olması ilkesi*” belirtilmektedir. Ancak, yukarıda sayılan önlemlerin birçoğu ölçülülük ilkesinin alt ilkeleri veya sonucu olarak kabul edildiği için²⁹, bu anlayış çerçevesinde, feshin geçerli sebeple yapılıp yapılmadığının denetiminde belirtilen ilkelerin dikkate alınması da gerekli olmaktadır³⁰.

Öte yandan, Yüksek Mahkemenin -yine Alman hukukundan esinlenerek- kararlarında yer verdiği belirli kavramlara da işaret edilmelidir³¹:

- İşletmesel karar
- Gizli, örtülü işletmesel karar
- Açıkça işletmesel karar
- Kurucu işletmesel karar
- Bağlı işveren kararı
- Kaçınılmazlık unsuru
- Aciliyet koşulu
- Beklenmezlik esası

Hiç kuşku yoktur ki, Yargıtay’ın söz konusu ilke ve kavramları göz önünde tutmasını beklediği kişiler sadece yargıçlar ve bilirkişiler değildir. Bu konuda yüküm altına konulan kişi, öncelikle işverendir. İşçinin iş sözleşmesini feshetmek durumunda olan işveren, bütün bu ilkeleri dikkate almak ve kavramları değerlendirmek zorunda bırakılmaktadır.

Bu noktada incelenmesi ve değerlendirilmesi gereken bir sorun da şudur: Acaba, bir uyuşmazlıkta, yasada yer verilen soyut nitelikteki geçerli fesih nedenleri var iken, bunlar dışında, ayrıca öğreti ve yargısal kararlarla geliştirilen belirli ilkelerin de gözetilip gözetilmediğinin aranması hukuken yerinde görülebilir mi?

Bu ilkelerin yasadaki düzenlemeler içinde pozitif bir dayanağını bulmak mümkün değil-

dir. Böyle olduğuna göre, burada ancak hukuk düzeninin öngördüğü genel nitelikteki hukuk kuralları söz konusu olabilecek; uyuşmazlıkların çözümünde ancak bu kurallar göz önünde tutulabilecektir.

Alman hukukunda bu konuda şunlar söylenmektedir:

“Feshe karşı koruma hukuku çerçevesinde uygulanması uygun görülen ilkeler, mevcut feshe karşı koruma hukukuna üstünlük taşımaz; bunlar sadece yasadaki kuralların yorumlanmasına hizmet eden bir işlev görürler. Gerçekten de, bir fesih işleminin geçerliliği yasadaki yer almayan ilkelere göre değil, yasadaki kurallara göre belirlenir. Sonuçta sözü edilen ilkeler yasadaki kavramların somutlaştırılması için yardımcı olabilir; ama, bir fesih işleminin geçerliliği tek başına, sözgelimi “menfaatler tartısı” gibi, yasadaki yer almamış olan ilkelere dayandırılmaz”³².

Sonuç olarak, 4857 sayılı İş Kanunu’nun 18. maddesinde öngörülen geçerli bir sebebe dayanan işverenin yaptığı fesih işleminin, ayrıca Alman hukukunda öngörülen birtakım ilke ve kavramlar çerçevesinde geçerlilik denetimine tabi tutulmasını uygun görmek mümkün değildir. Üstelik, sözü edilen ilkeler ve önlemler her olayda birlikte arandığı için, bu konuda işverene getirilen yüküm insaf ölçülerini de aşmaktadır. Bu durumda, işverenin Anayasanın 48. maddesinden kaynaklanan sözleşmeyi fesih özgürlüğünün yine Anayasanın 13. maddesinde yer alan “ölçülülük ilkesi”ne aykırı olarak sınırlandırıldığı söylenebilir.

b) Öngörülen önlemlerin olayla bağdaşmaması

Bu aşamada değinmek istediğim bir husus da, her uyuşmazlıkta aynı önlemlere yer verilmiş olmasının yol açabileceği tutarsızlıklardır. Gerçekten de bu olgu bazen gerekçede öngörülen önlemlerin incelenen olayla bağdaşmaması sonucunu doğurmaktadır.

Nitekim, bir davada işveren işçinin iş sözleşmesini ekonomik kriz ve piyasadaki durgunluk nedeniyle feshettiğini ileri sürmüştü; yerel mahkeme ise, sunulan delillerin şirketin ekonomik krizden etkilendiğini ispattan uzak olduğu ge-

rekçesiyle davanın kabulüne karar vermiştir. Görülüyor ki, bu uyuşmazlıkta çözümlenmesi gereken temel sorun, şirketin ekonomik krizden etkilenip etkilenmediğidir.

Yargıtay'ın kararında -birçok benzerlerinde olduğu gibi- önce işletmesel kararın tanımı yapılmakta; bu kararların işletme içi veya işletme dışı nedenlerden kaynaklanabileceği belirtilmekte; işletmesel kararın “yerindelik denetimi” ne tabi tutulamayacağı açıklanmaktadır. Olayla ilgili olarak da, “...işveren fesible ilgili karar aldığı, bu kararın istihdam fazlası meydana getirdiğini, tutarlı şekilde uyguladığını ve fesih kaçınılmaz olduğunu ispatlamalıdır” denilmektedir³³.

Kararda geçen “...işveren fesible ilgili karar aldığı...ispatlamalıdır” yolundaki ifadenin ne anlam taşıdığını ve hangi amaca hizmet ettiğini değerlendirmek mümkün görünmemektedir. Burada akla şu soru gelmektedir: Acaba, taraflar arasında, iş sözleşmesini feshedildiğine ilişkin bir uyuşmazlık mı çıkmıştır? Karara bakıldığında, davacı işçinin, sözleşmenin geçerli neden olmadan feshedildiğini ileri sürdüğü; işverenin ise, davacının iş sözleşmesini ekonomik kriz ve piyasadaki durgunluk nedeniyle feshettiğini belirttiği görülmektedir. Açıkçası, fesih konusunda bir tartışma yoktur. Bu durumda, “işveren neyi ispatlayacaktır?” sorusu sorulmaya değer bulunmaktadır.

Ayrıca, işveren aldığı “kararın istihdam fazlası meydana getirdiğini” de ispatlayacaktır. Ne var ki, olayda işverenin istihdam fazlası meydana getirecek bir kararı yoktur; istihdam fazlası, işverenin herhangi bir kararı dolayısıyla değil; tamamen işletme dışı nedenlerle, açıkçası ekonomik kriz ve piyasadaki durgunluk nedeniyle ortaya çıkmıştır. İşveren sadece sözü edilen kriz ve durgunluk dolayısıyla işçi çıkarmak zorunda kaldığını iddia etmektedir.

Görülüyor ki, gerekcede ispatı istenilen hususların olayla bir ilgisi yoktur. Bunun nedeni, Yüksek Mahkeme'nin her olayda aynı önlemleri bir arada sayarak bunlara uyulup uyulmadığının araştırılmasını istemesidir. Buna karşılık, sözü edilen ilke ve önlemlerin yasada yer aldığı Alman hukukunda bile, böyle bir yöntem izlenmemekte; geçerlilik denetimi, sadece fesih

gerekçesi ve işçinin iddiası doğrultusunda yapılmaktadır³⁴.

Sonuçta, “montaj gerekçeler” dolayısıyla, aslında yarım sayfa tutacak bir karar üç veya dört sayfaya varmaktadır. Öte yandan, Yüksek Mahkeme'nin kararlarında yer alan ve bir bütün halinde değerlendirilmesi istenen ilke ve kavramlar nedeniyle de, iş güvencesine ilişkin uyuşmazlıkların çözümü oldukça zora sokulmuş, mahkemelerin iş yükü çok daha artırılmış bulunmaktadır. Oysa -Alpagut'un vurguladığı gibi- “...fesih hukukunda genel eğilim mümkün olduğunca sade, uygulanabilir ve işletme gerekleriyle bağdaşabilir bir sistem oluşturulması yönündedir”³⁵. Yüksek Mahkeme'nin çabalarının bu yönde olması arzu edilir.

3. Sosyal Seçim İlkesi

Bir işyerinde işletmesel nedenlerle birden fazla işçinin işine son verilmesi söz konusu olduğunda, Yargıtay -yine Alman hukukundan esinlenerek- belirli ölçütlerin göz önünde tutulmasını ve bu doğrultuda bir sıralama yapılmasını öngörüyor idi.

Yüksek Mahkeme'ye göre, “İşverence işten çıkarılacaklar seçilirken; işyerinde aynı işi üstlenen işçiler karşılaştırılmak, işçiler arasında verim, hastalık nedeniyle işe gelememe, iş görme borcunu yerine getirmede özen gösterme, kıdem, emekliliğe hak kazanma, evli ve çocuk sahibi veya genç olma gibi kriterlere göre oluşturulacak sıra göz önünde bulundurulmalıdır. Başka bir anlatımla, sosyal seçimin hangi ölçütlere dayandığı saptanmalıdır”³⁶.

Mahkemenin daha sonraki kararlarında “sosyal seçim ölçütleri” terimi yerin “objektif kriterler” terimini kullandığı, ama bunun içeriğini belirlemediği görülmektedir³⁷.

Öğretide çoğunluk, yasal dayanağı olmaması ve uygulanma zorluğu gibi nedenlerle, iş sözleşmelerinin feshinde sosyal seçim ölçütünün dikkate alınmaması görüşündedir³⁸.

Bazı yazarlar ise, toplu işten çıkarmalarda sosyal seçim ölçütlerine yer verilmesi gerektiğini öne sürmüşlerdir. Bunun hukuki dayanağının ise, eşit davranma ilkesi³⁹ (AY. m.10; İşK. m. 5) işverenin işçiyi gözetim (gözetme) bor-

cu⁴⁰, veya yargıcın yasal boşluğu doldurması ilkesi⁴¹ (MK. m.1) olduğu belirtilmiştir.

Hukuki dayanak konusundaki bu görüşler yerinde görülemez. Gerçekten de, yapılan bir seçimin eşitlik ilkesini zedeler nitelikte olması durumunda, fesih işlemi, sosyal seçimin isabet-sizliğinden değil, İşK. m. 18/d hükmü dolayısıyla geçersiz sayılır⁴². İşçiyi gözetme borcu da, işverenin iş ilişkisi içindeki davranışları ile ilgilidir⁴³; (işçinin sadakat borcunda olduğu gibi) fesih olgusunu kapsamaz. İş Kanunu'nun işten çıkarmaya ilişkin ayrıntılı hükümleri (İşK. m. 18-21) karşısında, bu konuda yargıç tarafından doldurulması gereken bir "yasal boşluk" tan da söz edilemez.

Kanımızca, iş sözleşmesinin işletmesel nedenlerle feshinde "sosyal seçim" konusunda söylenecek en doğru söz, Yargıtay'ın son kararlarının gerekçelerinde şu şekilde ifadesini bulmuştur:

"İş ilişkisinde işletmesel kararlar iş sözleşmesini fesheden işveren, Medeni Kanun'un 2. maddesi uyarınca, yönetim yetkisi⁴⁴ kapsamındaki bu hakkını kullanırken keyfi davranmamalı, işletmesel kararı alırken dürüst olmalıdır. Keyfilik denetiminde işverenin keyfi davrandığını işçi iddia ettiğinden, genel işpat kuralı gereği, işçi bu durumu kanıtlamalıdır.

Türk İş Hukuku'nda 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesi eşit işlem borcuna aykırılık ve 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 30 ve devamı maddelerinde sendika üyesi işçileri koruyucu düzenlemeler dışında, işletme ve işyeri gerekleriyle feshinde, işten çıkarılacak işçilerin belirlenmesinde yasal bir kritere veya sosyal bir seçim şartına yer verilmemiştir⁴⁵.

"İşten çıkarılacak işçinin seçiminde taraflar arasında bir bireysel veya toplu ya da sözleşme eki iç yönetmelik hükmü var ise, işverenin bu hükümlere uyup uymadığı, keza işveren hiçbir iddia ve sözleşme hükmü olmadan çıkarılan işçilerin seçiminde bazı kriterleri dikkate aldığını, örneğin emekliliği gelenleri veya performansları yetersiz olanları seçtiğini savunmuş ise, bu savunması tutarlılık denetimi kapsamında denetime tabi tutulmalıdır. Feshin geçersizliğini iddia eden işçi, işverenin kendisini işten çıkarırken keyfi olarak davrandığını, kendisinin

seçilmemesi gerektiğini ileri sürerse, bu iddiası da keyfilik denetimi kapsamında incelenmelidir⁴⁶.

Kararda bu konudaki temel ölçütün "dürüstlük ilkesi" (MK. m. 2) olarak belirtilmesi doğru bir yaklaşımdır. Ancak, bundan sonra, belirli denetim ilkelerinden söz edilmesine gerek bulunmamaktadır. İşveren fesih işleminde tutarsız davranmışsa, esasen "keyfilik" söz konusu olur; bu da MK. m. 2'ye uymaz. Bunun gibi, işveren keyfi davranmışsa, ayrıca bir tutarlılık denetimine gerek yoktur⁴⁷.

DİPNOTLAR

- 1 Süzek, (dn.1), 538 vd.; D.Ulucan, İş Güvencesi, 2. Baskı, Toprak İşveren Sendikası Yayını, İstanbul 2003, 61 vd.; A.Güzel, İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2004, 77 vd. Ayrıca bak. M.Engin, İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri İle Feshi, Beta Basım, İstanbul 2003, 90 vd.
- 2 Yarg.9.HD, 11.12.2003, E.20222, K.20604, Legal İSGHD, s.2, 2004, 650-651. Benzer yönde bir karar için bak. Yarg.9.HD, 08.11.2004, E.12698, K.25058, Legal İSGHD, s.5, 2005, 278-280.
- 3 Çelik, (dn.4), 227; Süzek, (dn.1), 539-540.
- 4 Yarg.9.HD, 27.04.2009, E.10026, K.11699; www.hukukturk.com
- 5 Yarg.9.HD, 02.11.2009, E.1917, K.29704; www.hukukturk.com
- 6 Bak. S. Taşkent, Açıklamalı-İçtihatlı 4857 Sayılı İş Kanunu, 4. Bası, Legal Kitapevi, İstanbul 2010, 170 vd.
- 7 Yarg.9.HD, 27.04.2009, E.10026, K.11699; www.hukukturk.com
- 8 Çelik, (dn.4), 227-228; Engin, (dn.44), 90 vd.; Güzel, (dn.44), 77; G. Alpagut, İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi, III. Yılında İş Yasası, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası Yayını, Bodrum 2005, 226; D. Ulucan, Feshin Geçerlilik Denetiminde Ekonomik ve Teknolojik Nedenler, İş Güvencesi ve İşe İade Davaları, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2010, 10 vd.; A. Güzel, İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde Ultima Ratio (Son Çare) İlkesi ve Uygulama Esasları, A.C.Tuncay'a Armağan, Legal Yayıncılık, İstanbul 2005, 71.
- 9 Güzel, (dn.51), 70.
- 10 Şahlanan bu konuda, "...feshin son çare olması ilkesi... yasa hükmünün uygulanmasının önüne geçirilmemelidir" demektedir (F. Şahlanan, Karar İncelemesi, Tekstil İşveren D., Haziran 2008, Hukuk 24, 3).
- 11 M. Ekonomi, Yeni İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi Semineri, TÜSİAD Yayınları, İstanbul 2005, 50; Süzek, (dn.1), 539; Engin, (dn.44), 91.
- 12 M.Kılıçoğlu/K.Şenocak, İş Güvencesinde Ölçülülük İlkesinin İçeriği ve Ultima-Ratio Prensibinin Ölçülülük İlkesi

- İçerisindeki Konumu, Osman Güven Çankaya'ya Armağan, Kamu-İş Yayınları, Ankara 2010, 181, 184.
- 13 Kılıçoğlu/Şenocak, (dn.55), 182.
- 14 Ö. Eyrenci, Feshin Geçerliliğinin Denetiminde Ölçülülük İlkesi, İş Güvencesi ve İşe İade Davaları, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2010, 42; Güzel, (dn.51), 63-64.
- 15 Eyrenci, (dn.57), 36, 46 ve sf. 46, dn. 61; Alpagut, (dn.51), 226-227; Güzel, (dn.51), 65.
- 16 Yarg.9.HD, 15.05.2006, E.10807, K.13509; www.legalbank.net
- 17 Yarg.9.HD, 12.06.2007, E.8740, K.18743; Tekstil İşveren D., Haziran 2008, Hukuk 24, 2.
- 18 Yarg.9.HD, 14.12.2009, E.11733, K.34774; www.hukukturk.com
- 19 Yarg.9.HD, 13.03.2009, E.14860, K.10256; www.hukukturk.com
- 20 "Ancak, iş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih gerekçesinden bağımsız olarak, fesih kararının tutarlı bir biçimde uygulanmadığını ileri sürebilir ya da fesih kararı uygulaması sırasında son çare ilkesine uyulmadığı, eşitlik ilkesine aykırı davranıldığı veya sosyal seçim ilkelerine uyulmadığını ileri sürebilir ve feshin bu yoldan geçersiz olmasını sağlayabilir." D. Ulucan, (dn.51), 18.
- 21 Sözelimi, işçi, işverenin kendisini lokantada garson fazlası olduğu için işten çıkardığını; oysa, işverenin diğer lokantası için garson aradığını, orada görevlendirilse idi, çalışabileceğini öne sürebilir. Bunun gibi, işçi, yetersizliği nedeniyle kendisini işten çıkartan işverenin belirli çalışanları eğiterek işte kalmalarını sağladığını, eğitim verilseydi, kendisinin de yeterli olabileceğini ve işini sürdürebileceğini söyleyebilir. Bu durumda, işverenin son çare ilkesine uymadığı tespit edildiğinde, işçinin işe iadesine karar verilmesi gerekir.
- 22 N. Çelik, Eşit Davranma Borcu, Sicil D., s. 4, Aralık 2006, 10.
- 23 İş sözleşmesini fesih olanağı yasanın taraflara tanıdığı bir haktır (AY. m. 48; İşK. m.17); bunun teknik bir kavram olan "işverenin yönetim hakkı" ile bir ilgisi yoktur.
- 24 Yarg.9.HD, 20.07.2009, E.18870, K.21761; www.hukukturk.com; Yarg.9.HD, 14.12.2009, E.11733, K.34774; www.hukukturk.com
- 25 Ulucan, (dn.51), 23; aynı yönde, G. Alpagut, İş Sözleşmesinin Feshinde Sosyal Seçim Yükümlülüğü Mevcut Mudur? Sicil D.; s. 4, Aralık 2006, 104.
- 26 Taşkent, (dn.31), 68; Ulucan, (dn.51), 18, 21; Alpagut, (dn.51), 229; Güzel, (dn.51), 73.
- 27 Eyrenci, (dn.57), 35.
- 28 Bak. Ulucan, (dn.51), 17.
- 29 M. Alp, Ölçülülük İlkesinin Özel Hukuk ve İş Hukukunda Özellikle de Hizmet Akdininin Feshinde Uygulanması -Alman Hukukuna Göre-, Yasa Hukuk İçtihat ve Mevzuat Dergisi, s.205/12, Ocak 1999, 1520 vd.; Eyrenci, (dn.57), 37 vd.; Kılıçoğlu/Şenocak, (dn.55), 184; B. Kar, İşletme, İşyeri ve İşin Gereklilerinden Kaynaklanan Nedenlere Dayalı Fesihlerde Yargısal Denetim, Çalışma ve Toplum, s. 17, 2008/2, 122 vd.; Engin, (dn.44), 77 vd.;
- 30 Eyrenci, (dn.57), 38.
- 31 Alman hukukunda kullanılan bu kavramların tercümelerinin de isabetli olmadığına ilişkin olarak bak. Ulucan, (dn.51), 10-13.
- 32 Münchener Handbuch, Band 1, 3. Aufl., Verlag C. H. Beck, München 2009, 1819.
- 33 Yarg.9.HD, 14.12.2009, E.11733, K.34774; www.hukukturk.com
- 34 Ulucan, (dn.51), 18.
- 35 Alpagut, (dn.68), 104.
- 36 Yarg. 9.HD, 03.04.2006, E.4878, K.8253. Karar ve kararın G. Alpagut tarafından incelenmesi için bak. (dn.68), 95 vd.
- 37 Yarg. 9.HD, 14.05.2007, E.9579, K.14901; Legal İSGHD, S. 16, 2007, 1573- 1574.
- 38 Bu konuda bak. Süzek, (dn.1), 544-545; Alpagut, (dn.68), 104-105.
- 39 N. Çelik, İşletmenin, İşyerinin veya İşin Gereklileri Sebebiyle İş Sözleşmesinin İşverence Feshinde Eşit Davranma Borcu, Sicil D., s. 4, Aralık 2006, 10-11.
- 40 D. Ulucan, İş Güvencesi Kapsamında Sosyal Seçim Uygulaması ve Yargıtay'ın Yaklaşımı, Legal İSGHD, s. 14, 2007, 505; A.Güzel/E.Ertan, Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Sosyal Seçim Ölçütleri, Legal İSGHD, s. 16, 2007, 1283 vd.
- 41 Güzel/Ertan, (dn.83), 1283 vd.
- 42 Ulucan, (dn.83), 505.
- 43 Ekonomi, (dn.30), 154; Süzek, (dn.1), 346.
- 44 İşverenin yönetim hakkı (yetkisi) iş sözleşmesinden kaynaklanır; fesih yetkisini kapsamaz.
- 45 Yarg. 9.HD, 27.04.2009, E.10026, K.11699; www.hukukturk.com
- 46 Yarg. 9.HD, 14.12.2009, E.11733, K.34774; www.hukukturk.com
- 47 Ulucan, (dn.51), 18.

Prof. Dr. Ercan AKYİĞİT

Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yeni Borçlar Kanunu'nda Yıllık Ücretli İzin

1. GİRİŞ

Bilindiği üzere yıllık ücretli izin, temel çalışan hakkı olarak anılır ve zaten Anayasa'da da ekonomik ve sosyal temel haklar arasında sayılmıştır (AY.50). Genel olarak bir tanım vermek gerekirse, yıllık ücretli izin; “işgörebilir ama bir süre çalışıp yorulduğu varsayılan işçinin parası da peşin ödenerek dinlenmesi amacıyla işverence işgörme borcundan kurtarıldığı bir izin” olarak anılabilir¹.

818 sayılı BK.'da yıllık ücretli izinle ilgili bir hükme yer verilmediğinden, bu yasaya tabi çalışan işçilerin “yasaca öngörülmesi” bir yıllık ücretli izin hakkı yoktu. Bununla Anayasa'nın “sosyal devlet” (AY.2) ve “eşitlik” ilkesi (AY.10) ile “dinlenme hakkı”na (AY.50/2, 3) açıkça aykırı bulunduğu açıktır². Bu alandaki yasal düzenleme eksikliği ya bireysel olarak iş sözleşmeleriyle ya da TİS'e konulan hükümlerle kolektif düzeyde giderilmeye çalışılıyor(du) ve 6098 sayılı Yeni Türk Borç-

lar Kanunu yürürlüğe girene (01.07.2012'ye) kadar da (başka bir gelişme olmazsa) bu durum devam edecektir.

İşte durum böyle sürerken, önce Türk Borçlar Kanunu Tasarı Taslağı hazırlanmış ve TBMM'nin ilgili Komisyonunda kimi değişiklikler geçirmiş ve nihayetinde bu Tasarı 11.01.2011 tarih ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu adıyla yasalaşmış ve fakat yürürlüğe gireceği tarih 01.07.2012 olarak belirlenmiştir (BK.648).

6098 sayılı BK.'nın 393-469. maddeleri (dahil) arasında yer alan hükümlerde hizmet sözleşmesi ve çeşitli türleri düzenlenmiş ve iş hukukuna ait kimi yeniliklere yer verilmiştir. İşte bu yeniliklerden birisi de, bu yasa bağlamında ilk kez yıllık ücretli izin kurumuna açıkça ve toplam 4 maddede yer verilmiş olmasıdır (BK.422-425).

Biz de bu yazımızda, 6098 sayılı BK.'nın yıllık ücretli izinle ilgili bu hükümlerini incelemeye ve tanıtmaya çalışacağız.

II. 6098 SAYILI BK.'NİN YILLIK ÜCRETİ İZİNLE İLGİLİ HÜKÜMLERİ VE GENEL DEĞERLENDİRME

01.07.2012'den itibaren yürürlüğe gireceği söylenen (BK.648) 6098 sayılı yeni BK.'nın yıllık ücretli izinle ilgili hükümlerini detaylandırarak ele almadan önce anılan yasa hükümlerini metin olarak sunmayı ve sonrasındaysa, bu hükümlere dair ilk ve genel izlenimlerimizi dile getirmeyi düşünüyoruz.

1- 6098 sayılı BK.'nın Yıllık Ücretli İzne Yönelik Hükümleri: Yeni BK. konuyla ilgili hükümlerine genel hizmet sözleşmesini düzenleyen 6. Bölüm 1.Ayırım'da md.422, 423, 424 ve 425'de yer vermiştir. Toplam 4 maddeden oluşan ilgili hükümlerin metni aynen şöyledir;

“2. Yıllık izin

a. Süresi

MADDE 422- İşveren, en az bir yıl çalışmış olan işçilere yılda en az iki hafta ve onsekiz yaşından küçük işçiler ile elli yaşından büyük işçilere de en az üç hafta ücretli yıllık izin vermekle yükümlüdür.

b. İndirimi

MADDE 423- İşçi, bir hizmet yılı içinde kendi kusuruyla toplam bir aydan daha uzun bir süreyle hizmeti yerine getirmediği takdirde işveren, çalışılmayan her tam ay için, yıllık ücretli izin süresinden bir gün indirim yapabilir.

İşçi, bir hizmet yılı içinde kendi kusuru olmaksızın hastalık, kaza, yasal bir yükümlülüğün veya kamu görevinin yerine getirilmesi gibi kişiliğine bağlı sebeplerle en çok üç ay süreyle işgörme edimini yerine getiremediği takdirde, işveren yıllık ücretli izin süresinden indirim yapamaz.

İşveren, gebelik ve doğum yapma sebebiyle işgörme edimini en çok üç ay süreyle yerine getiremeyen kadın işçinin yıllık ücretli izin süresinden indirim yapamaz.

Hizmet veya toplu iş sözleşmeleriyle, işçinin aleyhine hüküm doğuracak şekilde, ikinci ve üçüncü fıkra hükümlerine aykırı düzenleme yapılamaz.

c. Kullanılması

MADDE 424- Yıllık ücretli izinler, kural ola-

rak aralıksız biçimde verilir; ancak tarafların anlaşmasıyla ikiye bölünerek de kullanılabilir.

İşveren, yıllık ücretli izin tarihlerini, işyerinin veya ev düzeninin menfaatleriyle bağdaştığı ölçüde, işçinin isteklerini göz önünde tutarak belirler.

d. Ücreti

MADDE 425- İşveren, yıllık ücretli iznini kullanan her işçiye, yıllık ücretli izin süresine ilişkin ücretini, ilgili işçinin izne başlamasından önce peşin olarak ödemek veya avans olarak vermekle yükümlüdür.

İşçi, hizmet ilişkisi devam ettiği sürece, işverenden alacağı para ve başka menfaatler karşılığında yıllık ücretli izin hakkından feragat edemez.

Hizmet sözleşmesinin herhangi bir sebeple sona ermesi hâlinde, işçinin hak kazanıp da kullanmadığı yıllık izin sürelerine ait ücreti, sözleşmenin sona erdiği tarihteki ücreti üzerinden kendisine veya hak sahiplerine ödenir. Bu ücrete ilişkin zamanaşımı, hizmet sözleşmesinin sona erdiği tarihte işlemeye başlar.”

2- 6098 sayılı BK.'nın Yıllık İzinle İlgili Hükümlerine Dair Genel İzlenim: 6098 sayılı BK.'nın yukarıda metinleri verilen (ve aşağıda detaylandırılacak) hükümleri incelendiğinde, ilk izlenimler olarak şunları söyleyebiliriz:

a) Söylenecek ilk şey, maalesef bu hükümlerin de genelde İsviçre Borçlar Kanunu'nun konuyla ilgili hükümlerinin (OR. Art. 329a-329d) neredeyse birebir tercümesi niteliğinde olduğudur. Nitekim bu husus, aşağıda da sunacağımız üzere İsviçre BK. hükümleriyle bizimkinin karşılaştırılmasından rahatlıkla anlaşıldığı gibi, bizzat 6098 sayılı BK.'nın ilgili madde gerekçelerinde (Bkz. Md.422, 423, 424 ve 425 Gerekçeleri) de dile getirilmiştir. Bunun çok da isabetli bir yaklaşım olduğunu sanmıyoruz. Her ne kadar İsviçre BK., 818 sayılı BK.'ya kaynak (birebir tercüme) olmuşsa da, aynı eğilimin 6098 sayılı yeni BK.'da da sürdürülmesi hem işin kolayına kaçıldığı ve hem de (aslında iş hukuku bizden daha az gelişmiş bir ülkenin kurallarını almak gibi) gelişmelere pek ayak uydurulamadığı izlenimini uyandırabilecektir.

b) Herhalde bundan olsa gerek, İsviçre BK.

BK.'da yıllık ücretli izine hak kazanabilmek için öngörülen bir bekleme süresinin bulunup bulunmadığı konusunda yasa “en az bir yıl çalışmış” olan işçilere yıllık izin verileceğinden söz etmektedir.

hükümleri büyük oranda ve birebir tercümeyle yeni BK.'ya aktarılırken; yer yer ondan ayrılan düzenlemelere de yer verildiği anlaşılmaktadır. Aşağıda da değinileceği üzere, örneğin “işçinin yıllık izin esnasında üçüncü bir kişi için ücretli bir işte çalışması halinde yıllık izin ücretinin ödenmeyeceği veya geri alınabileceği” kuralına (OR. Art.329d/Abs.3). 6098 sayılı BK.'da yer verilmemiştir. Aslında bununla ilgili bir hükme Bilim Komisyonu Taslağında yer verilmişti (Taslak md.424/son fıkra) ama TBMM Adalet Komisyonu bu fıkra hükmünün “yıllık izinin ücret hakkının kişiye bağlı bir hak olması ve işçinin izin hakkını kullanırken çalışması durumunda izin süresi için ödenecek ücretin geri alınabilmesinin nesafet ilkesi ile bağdaşmadığı ve bu hakkı kullanılmaz hale getireceği” gerekçesiyle madde metninden çıkarmıştır. İşte yasalaşan da bu halidir.

Sonra İsviçre BK.'nın okula gitmeyen gençlerin çalışmasında ona verilecek ücretsiz tatil/izin (Urlaub) ile ilgili hükmü (OR. Arz. 329e) de 6098 sayılı yeni BK.'da yer bulmamıştır.

Bunlar dışında yeni BK.'da, İsviçre Borçlar Kanunu'nda (İBK.) yer almayan ve öğretilde çeşitli yönleriyle tartışılan³, bir hüküm olarak, hizmet sözleşmesinin son bulması halinde işçinin hak edip de kullanmadığı izinlerin ücretinin kendisine veya hak sahiplerine ödeneceği kuralı düzenlenmiştir (BK.425/son fıkra).

III. BK.'DA YILLIK ÜCRETLİ İZNE HAK KAZANMA KOŞULLARI

6098 sayılı BK.'nın ilgili hükümleri incelendiğinde, yıllık ücretli izne hak kazanmak için de kimi şartların arandığı görülür ve bunlar şöylece sunulabilir.

1- BK.'ya Tabi Bir İş Sözleşmesiyle Çalışma

İşma Bulunmalıdır: BK. çerçevesinde bir yıllık ücretli iznin gündeme gelebilmesi için, öncelikle 6098 sayılı BK.'ya tabi bir hizmet (iş) sözleşmesiyle çalışmanın bulunması gereği kendiliğinden anlaşılır. Zira diğer iş yasaları kapsamındaki yıllık ücretli izinler her bir ilgili yasa da ayrıca düzenlendiğinden, BK.'nın yıllık izine dair hükümlerinin onlarda da doğrudan kendiliğinden uygulanacağı söylenemez⁴.

Hangi hizmet sözleşmesiyle çalışmanın (hangi işlerdeki çalışmanın) BK.'ya tabiliği konusunda diyebiliriz ki; 4857 sayılı İşK. (md.1, 4) ve Bas. İşK. (md. 1 vd.) Den. İşK.'nın (Md. 1 vd.) kapsamına tümüyle giremeyen her işteki iş sözleşmesiyle çalışma BK.'ya tabidir.

Faaliyet ve onda çalışmayı içeren hizmet sözleşmesi BK.'ya tabi olduktan sonra, onun tam veya kısmi süreli (BK. 393/2) yahut belirli veya belirsiz süreli olması farksızdır. Yıllık ücretli izin, hepsinde gündeme gelebilir. Yani tipik veya atipik bir iş sözleşmesiyle çalışma birbirinden farksızdır⁵. Hatta, (İşK.'dan farklı olarak) hizmet sözleşmesinin mevsimlik veya (BK.'da yok ama) sürekli/süreksiz işte çalışmayı öngörmesi de farksızdır. Çünkü, temelde İşK.'ya tabi olan ama yıllık izinden dışlanan süreksiz işlerde (İşK.10) ve mevsim/kampanya işlerinde (İşK.53) BK.'nın ilgili hükümlerinin uygulanacağı açıktır (İşK.10). Hal böyle olunca; denilebilir ki, (Bas. İşK. ve Den. İşK. ile) İşK.'dan tümüyle dışlanan işçilere (İşK.4) ve kısmen (yıllık izinden) dışlanan işçilere de, BK.'nın yıllık ücretli izinle ilgili hükümleri uygulanacaktır (İşK.10).

2- Bekleme Süresi Gerçekleşmelidir:

Diğer iş yasalarında da görüldüğü (İşK.53-61, Bas. İşK.21, Den. İşK.40) ve yıllık iznin bir süre çalışarak yorulduğu varsayılan işçiye verileceğine dair düşünce dikkate alınır; yıllık ücretli izine hak kazanmak için, ilgili işçinin belli bir süre hizmetinin varlığını aramak uygundur. İşte bu süreye, “bekleme süresi” (Wartezeit) adı verilir⁶. Örneğin bu süre, 4857 sayılı İşK.'da “bir yıl” olarak ifade edilmiştir (İşK.53/1).

a) *Bekleme Süresinin Aranıp Aranmadığı:* İşte BK.'da da yıllık ücretli izine hak kazanabilmek için öngörülen bir bekleme süresinin bulunup bulunmadığı konusunda yasa “en az

bir yıl çalışmış” olan işçilere yıllık izin verileceğinden söz etmektedir (BK. 422). Burada ki “en az bir yıl çalışma”nın (kaynak İBK.’dan farklı olarak) yıllık izine hak kazanabilmek için aranan bekleme süresi olduğu söylenebilir. Yalnız, bunun işe girişten itibaren geçecek ilk yılı anlattığı, sonraki sürede yıllık izin için çalışılmış bir yıllık sürenin (en azından hizmet yılı anlamında) geçmesine gerek olmadığı söylenebilir.

BK.’nın en az bir yıl çalışmayı arayan hükmü, (madde gerekçesinde İBK. 329a maddesi göz önünde tutularak hazırlandı dense de) aslında İsviçre BK. sisteminden farklıdır. Gerçekten İsviçre’de yasa işverenin (en az 1 yıl çalışmış olan işçiye değil), işçiye her hizmet yılı için bir miktar yıllık ücretli izin vereceğinden söz etmektedir (OR. Art. 329/a/Abs. 1). Bunun, “en az bir yıl çalışmış olan işçi” (BK. 422) ile aynı olduğu söylenemez. Bunu doğrulayan ama İsviçre BK.’nın bize alınmayan hükmünde tam bir hizmet yılını doldurmayan hallere ilişkin olduğu, hizmet yılında iş ilişkisinin devam süresine uygun olarak işçiye yıllık izin verileceğinden söz edilmektedir (OR.Art.329A/Abs.2). Bu hükmün açılımı bağlamında da zaten, yıllık izine hak kazanmak için belli bir süre çalışmış olmanın gerekmediği dile getirilmektedir. Minimum bir süre beklemenin 1972’de yapılan değişiklikle kaldırıldığı, artık 1 gün çalışan işçinin bile yıllık ücretli izine hak kazanacağı benimsenmektedir⁷.

İsviçre BK.’nın bu hükmünün bize alınması; ülkemizdeki diğer iş yasaları gibi belli bir bekleme süresinin aranması, diğer iş yasaları ile bir paralellik taşımaktadır ama İsviçre BK.’dan da bilinçli bir ayrılmayı işaret ediyor, denilebilir.

b) Bekleme Süresinin Niteliği ve Nasıl Gerçekleşeceği: 6098 sayılı BK.’nın aradığı “en az bir yıl çalışma”nın yıllık izine hak kazanabilmek için gerçekleşmesi zorunludur (ama sözleşmeyle azaltılabilir). Fakat neyi ifade ettiği ve nasıl gerçekleşeceği üzerinde de durulması gerekir.

Bir kere, Yasada geçen “en az bir yıl” çalışmış olma deyimi (BK. 422) Yasanın bir başka hükmündeki “bir hizmet yılı” ifadesiyle

(BK.423/1-2) birlikte ele alındığında çeşitli ihtimaller akla gelebilir. Şöyle ki;

- Acaba bu ifadeler bir yılın, “bir takvim yılı” olduğuna götürür mü? Kanımca, çok istisnaen denk gelebilecek tesadüfler dışında, bunun (her yıl 1 Ocak’ta başlayan ve 31 Aralık’ta son bulan) bir takvim yılını anlattığı söylenemez. Sadece tesadüfen işçinin 1 Ocak’ta işe girip de bir yılının 31 Aralık’ta dolması dışında böyle bir ihtimalle karşılaşılmaz. Böylesi tesadüflerde istenirse, hizmet sözleşmesi ve/veya TİS’de bekleme süresinin bir takvim yılından oluşacağı kararlaştırılabilir.

- Anılan ifadenin (365 gün içinde sadece çalışılan sürelerden oluşan süre anlamında) “iş yılı” mı anlattığı da sorulabilir. Üstelik Yasanın “en az bir yıl çalışmış olan işçi”den (BK. 422) ve “bir hizmet yılı”ndan söz eden (BK. 423/1-2) anlatımı da, bunu destekler gibidir. Fakat hizmet yılı içinde işçinin çalışmadığı süreler kadar bir sürenin ayrıca eklenmesi yerine, o süreyle orantılı olarak yıllık izinden indirim gidilmesi (BK. 423/1-3), bunun “iş yılı” olmadığını da anlatır. Ayrıca bu nokta, bir yıl içinde hesaba katılmayan süreler kadar sürenin beklenip eklenmesini arayan İBK.’dan da farklı bir yön olarak dikkate değerdir.

Sonuçta, kanımızca; burada aranan “bir yıl”; işçinin işe başladığı tarihten itibaren geçecek 365 günlük süreden oluşur. Bunun çalışılan ve/veya çalışılmayan günlerden oluşması mümkündür. Hatta, bu sürenin içinde, izinden indirim neden olan süreler (BK. 423/1-3) de bulunur. O süreler de bir yılda dikkate alınırlar. Fakat yıllık izin miktarında belli ölçekte indirim neden olurlar (BK.423/1-3). Zaten bu indirim kuralı da gösteriyor ki; yıl içinde yaşanan (ve izinde indirim neden olan) bu süreler, izine hak kazanmak için aranan bir yılın hesabında dikkate alınırlar ama hak kazanılan yıllık izin miktarının biraz azaltılmasına yol açabilirler.

Böylece bekleme süresi olan “bir yıllık süre”nin hesabına nelerin gireceğine de gelmiş oluyoruz. Yasa hesaba katılacak ve/veya belli ölçekte dışlanacak olguları ve süreleri kendisi belirlemiştir (BK. 423/1-2). Bunların mutlak emredici değil, nispi emredici olduğu, yani işçi

lehine olarak hesaba tümünden veya (Yasadakin-den daha çok olacak şekilde) kısmen katılması sözleşmeyle kararlaştırılabilir (BK. 423/son).

Yasanın hizmet süresine eklenmesine karşı çıkmadığı ve fakat hak edilen yıllık izinde indirim neden olacağını öngördüğü halleri de dikkate alırsak; yıllık izin için aranan bir yıllık bekleme süresine;

ba) İşçinin ilk yılı için iş sözleşmesi yapıp da buna göre işe başlaması gereken tarihten itibaren 365 gün içindeki her sürenin;

bb) Sonraki yılların izinleri için aranan bir yıllık bekleme süresine ise; önceki yılın bittiği tarihten itibaren işleyen 365 gün içindeki her sürenin katılması gerekir. Bu 365 günlük (1 yıllık) süre içinde önemli olanı, işçinin sözleşmesinin hukuken devam ettiği süredir. Böyle olduktan sonra, işçinin hukuken ve fiilen işe gelip gelmediği, çalışıp çalışmadığı önemli değildir. Sözleşme askıda kalsa bile askı süresinin

maması halinde ise; devamsızlığın yaşandığı üç aya kadar bir süre için izinden indirim bile gidilemez. (BK. 243/2,3)⁹. İndirim dahi, ancak bu nedenlerle devamsızlığın üç ayı aşan her bir tam ayı için bir gün şeklinde olabilecektir. Yani bu ihtimalde de minimum yıllık izin süresinden bile artan bir süre kalmaktadır ve işçiye verilmesi gerekmektedir.

Üstelik, Yasanın izinde indirim imkanı verdiği hallerde hiç ya da o kadar indirim gidilemeyeceği sözleşmelerle geçerli biçimde kararlaştırılabilir (BK. 423/Son Fıkra). Fakat Yasadakinden çok indirim gidileceği yahut tam ay olmayan sürelerden de indirim gidileceği veya Yasanın indirim yapılmaz dediği sürelerde (BK.243/1-3) bile indirim gidileceğine dair sözleşme geçersiz olur, yasal sistem uygulanır.

Neticede bir yıllık bekleme süresine; işçinin kendi kusuruyla ve/veya kusuru olmadan yaşadığı bir olgu nedeniyle işe devam etmediği,

Yasa yıllık ücretli izin miktarını belirlerken, işçinin toplam hizmet süresiyle (kıdemiyle) ilgilenmemiş, asgari bekleme süresini dolduran her işçinin en az iki haftalık bir yıllık izne hak kazanacağını öngörmüştür.

dahi hesaba katılması gerekir. Üstelik askının hukuka uygun bir grev/lokavttan yahut sözleşmeden veya yasadan doğmasının farksız olduğunu sanıyoruz⁸. Kısacası, BK anlamında bekleme süresi, ilgili işçinin hizmet sözleşmesinin hukuken devam ettiği sürelerden oluşur.

Yıllık izin miktarının indirime yol açan hallerde ise; örneğin işçinin kendi kusuru ile bir aydan fazla işe gelmediğinde, indirim çalışılmayan her tam ay için bir gündür (BK. 243-1) ve işçi bir yıl hiç işe devam etmese bile bekleme süresi oluşur. Fakat kendisinden 12 gün izin kesilir. Kendisine iki hafta izin verilirse geriye izin kalıp kalmadığı tartışılabilir. Ama izin iki haftadan çoksa, yine de verilmesi gereken bir yıllık izin hakkının bulunduğu tartışmasızdır (BK.422).

İşçinin kusuruna yüklenemeyen hamilelik, hastalık, kaza, yasal bir ödevden dolayı çalışma-

hatta kasıtlı suçtan dolayı gözaltı/tutuklu/hapiste geçirdiği (vs.) tüm süreler de dahildir. Yeter ki, bu esnada iş sözleşmesi hukuken halen devam ediyor olsun. Sözleşme sona erdiğindeyse; anılan nedenlerle devamsızlığın sözleşme sona erene dek geçen miktarının hesaba katılması gerekir. Üstelik; tüm bu hallerde yaşanan devamsızlık süresinin kısmen/tümünden hizmet süresine katılmayacağına dair sözleşme hükümleri de geçersiz olur (BK. 423/son fıkra).

- Keza Yasada açıklık olmamakla birlikte; yıllık izne esas bekleme süresine, işçinin BK.'ya tabi tüm çalışması katılacağı gibi, aynı sözleşmeyle farklı iş yasalarına bağlı geçirdiği sürelerin de katılması gerekir.

- İşçinin iş ilişkisinin işyerinin devri (BK.428) yahut iş sözleşmesinin devri (BK.429) yollarından biriyle bir işverenden diğerine geçtiği hallerde; o sözleşmeyle değişik işverenler yanında

geçirdiği sürelerin de hizmet süresine ekleneceği açıktır (BK. 428/2; 429/2).

- Yine yeni BK.'da açıkça düzenlenmemekle birlikte, engellenmediği de düşünülerek işçinin ödünç (geçici) iş ilişkisi çerçevesinde ödünç veren ve ödünç alan yanında geçirdiği sürelerin de “aynı sözleşmeyle ayrı ayrı işverenler yanında geçen süreler” olarak hizmet süresinin hesabında dikkate alınması gerekir, kanısındayız.

- Bununla birlikte işçinin aynı işveren yanında gerçekten birbirinden ayrı, aralıklı sözleşmelerle geçirdiği sürelerin birlikte hesaba katılıp katılmayacağı akla gelebilir. İşK. kapsamında tartışılan bu tür sürelerin¹⁰ BK.'da dışlanmadığı bir yana, izinde indirim nedeni olacağından da söz edilmemiştir. Bu yüzden, hesaba katılması savunulabilir ama yine de konunun tartışmaya açık olduğu söylenebilir. Fakat sözleşmeyle katılacağını öngörmek geçerlidir.

- İşçinin ayrı ayrı hizmet sözleşmeleriyle ayrı ayrı işverenler yanında geçirdiği sürelerin işverenler kamu işvereni olsa bile birleştirileceğine dair bir hükme BK'da yer verilmediğinden, özelde de kamuda da bu tür sürelerin hesaba kendiliğinden katılmayacağı kanısındayız¹¹. Lakin yıllık izinle ilgili hükümlerinin nispi emredici niteliği, anılan sürelerin de hesaba katılacağına dair sözleşme hükümlerinin geçerli olacağı sonucuna götürür.

- Sözleşmenin hangi tarafça olursa olsun öneli feshinde (BK.432) tanınan önelerde de sözleşme halen varlığını sürdürdüğünden önelerin de hesaba katılması gerekir¹².

- BK.'da ilk kez yer verilen “peşin parayla fesih”te (BK.432-4) uyulmayan (verilmeyen) önelin hesaba katılıp katılmayacağı; bunun nasıl bir fesih olduğuna ve nasıl kullanıldığına da bağlı olarak tıpkı İşK.'daki gibi çeşitli fikirlerin ortaya atılmasına müsaittir¹³. Yine deneme süresinin de hesaba katılması gerekir.

- Sonuçta belirtilsin ki; yukarıda değinilen olgularla bağlantılı ele alınan süreler, BK. sisteminde sadece ait olduğu her bir yıl için yıllık izinde dikkate alınır. BK. verilecek yıllık izin sürelerini işçinin toplam hizmet sürelerine göre belirlemediğinden, bir de “toplam hizmet süresi” yoktur ve onu da hesaba katmanın anlam

ve önemi de bulunmamaktadır. Bu husus, olsa olsa, işçiye sözleşmeyle daha uzun izin süresi getirilmişse; bu ekstra yıllık izin sürelerinin ne kadar olacağını işçilerin kıdemine/hizmet sürelerine göre belirlemede öngörülebilir. Kanımca, böyle bir sözleşme geçerlidir ve eşitlik ilkeleri de ihlal etmez.

IV. YILLIK ÜCRETİLİ İZİNİN MİKTARI VE KULLANIMI

BK. çerçevesinde verilecek yıllık ücretli izin miktarı ile kullandırılma gidildiğinde, kullandırılmasının gösterdiği özelliklere de değinmek gerekir.

1- Yıllık İzin Miktarı: Yasa işçinin hak kazandığı yıllık ücretli izin süresinin ne uzunlukta (ne kadar) olacağını belirlerken, öncelikle ilgili işçinin yaşına bakmaktadır.

a) Öyle ki, işçi onsekiz yaşından küçük veya elli yaşından büyükse, ona verilecek yıllık izin en az üç haftadır (BK.422).

b) Fakat ilgili işçi onsekiz ya da daha büyük ama en çok elli yaşındaysa; bu durumda (kaç yıllık toplam kıdemi olursa olsun) ona verilecek yıllık izin süresi en az iki haftadır (BK.422).

Görülüyor ki, yasa yıllık ücretli izin miktarını belirlerken, işçinin toplam hizmet süresiyle (kıdemiyle) ilgilenmemiş, asgari bekleme süresini dolduran her işçinin en az iki haftalık bir yıllık izne hak kazanacağını öngörmüştür (BK. 422). BK.'nın getirdiği bu sistem 4857 sayılı İşK. sisteminden (İşK.53) farklılık, kaynak İsviçre BK.'dan da farklı gözükmektedir. Zira, mehz İsviçre BK. bu konuda bir ayrıma giderek; 20 yaşını bitirene dek işçiye her bir hizmet yılı için en az 5 hafta; 20 yaşın üstündekiler içinse en az 4 hafta yıllık izin verileceğinden söz etmektedir¹⁴ (OR.vArt. 329a/Abs.1).

Şüphesiz BK.'daki bu süreler en az süreler olup azaltılamaz ama sözleşmelerle artırılabilir. Artırım yapılırken de, kıdemi ne olursa olsun, herkes için tek düze ve aynı miktarda bir artırıma gidilebileceği gibi, işçilerin kıdemine göre artan bir artırım da getirilebilir. Hatta 12.09.2010'da yapılan AY. değişikliği sonucu anayasal dayanak elde eden kadınlara karşı pozitif ayrımcılık (AY. 10/2, c, son) bağlamında; aynı kıdemdeki kadınlara erkeklere nazaran

biraz daha fazla yıllık izin tanınması da geçerlidir. Böyle bir şeyin özellikle de kadın işçinin küçük bebeğinin vs. bulunduğu hallerde ifade edeceği anlamın ne kadar önemli ve anlamlı gözükeceği söylenebilir.

- Yasada yıllık ücretli iznin “hafta” olarak verileceği öngörülmüştür. Bundan kasıt o kadarlık haftada ilgili işçi; o işverene ne kadar çalışma yükü (işgörme borcu) taşıyorsa, o kadar süre yıllık ücretli izine hak kazandığı biçimindedir. Örneğin işçi her hafta 2 gün çalışıyorsa; 2 haftalık bir yıllık iznin onun için anlamı, bu iş ilişkisindeki her hafta 2’şer günden toplam 4 gün izinli olacaktır. Fakat işçi tam süreli veya kısmî süreli de olsa (hafta tatili dışında) her gün çalışıyorsa, iznin her bir haftasında da o kadar süre çalışma borcundan kurtarılıp yıllık izine hak kazandığı söylenecektir. Aslında böy-

kapsadığı ve yasaklayıp geçersiz kılacağı açıktır. Kaldı ki BK.423/son fıkra hükmünden de aynı sonuca varabiliriz.

Buna karşın, Yasa; kimi hallerde hak kazanılan yıllık izin miktarından, işverenin, isterse indirim yapabileceğini açıkça öngörmüştür (BK. 423/1-3). Aşağıda detaylandıracağımız bu hallerde, yıllık izinde indirim otomatik olarak kanunen/kendiliğinden gerçekleşmez. İşverenin de indirime gitmek zorunluluğu yoktur, bu yola başvurmak onun için, sadece, isterse başvurabileceği yasal bir imkândır. O, buna başvurmadan kısmen veya tamamen kendiliğinden vazgeçebileceği gibi, hizmet sözleşmesi ve/veya TİS ile de vazgeçebilir. Yalnız bu imkândan vazgeçerken, eşitlik ilkesini zedelememeli, haksız ayrıma götüren tutum sergilememelidir, denilebilir.

Yasa; kimi hallerde hak kazanılan yıllık izin miktarından, işverenin, isterse indirim yapabileceğini açıkça öngörmüştür. Bu hallerde, yıllık izinde indirim otomatik olarak kanunen/kendiliğinden gerçekleşmez.

lece, işçinin tam süreli iş ilişkisinde de kısmî süreli iş ilişkisinde de yıllık ücretli izne yine aynı haftalar olarak hak kazanacağını söylemiş olduk. Kaldı ki, İşK. kapsamında zaten Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği’nde bu yönde hükmün olduğu da belirtilmelidir (YÜİY.13). Hatta işçinin bir başka yerde ödünç/geçici işçi olarak çalışması da yıllık ücretli izine engel değildir ve kullanılır (YÜİY.14).

2- İzin Miktarında İndirim: 6098 sayılı BK., Yasaca belirlenen yıllık izin sürelerinin sözleşmeyle artırımına imkân verip, azaltılmasına hoşgörüle bakmamıştır (BK.423/son). Bundan dolayı, yasal en az yıllık izin süresinde indirim öngören sözleşme hükümlerinin de, işverenin tek taraflı başvuracağı indirimin de geçersizlikle karşılaşacağını söyleyebiliriz. Yani yasal en az yıllık izin sürelerinde iradi/sözleşmesel indirim kesinlikle geçersizdir ve buna karşılık işçinin işverenden herhangi bir bedel alıp almayışı da önemli değildir. Zira, izinden feragat yasağının (BK. 425/2) bu olguyu da

Yasanın yıllık izinde indirime imkân verdiği haller şöyledir:

a) Bir yasal ihtimal; işverenin işçinin bir hizmet yılı içinde kendi kusuruyla toplam bir aydan uzun bir süreyle çalışmaması (hizmeti yerine getirmemesi) halinde, çalışılmayan her tam ay için, yıllık izin süresinden indirim yapabileceğidir (BK.423/1). Bu yönde kelimesiyle aynen bir hüküm İsviçre BK.’da vardır ama aralarındaki tek fark; çalışılmayan her bir tam ay için, yıllık izinden 1/2 oranında indirim yapılacağıdır (OR. Art.329b/Abs.1).

Bu izinde indirim imkânı için, bir hizmet yılı içerisinde, işçinin aralıklı veya devamlı biçimde toplam en az 1 ay, kendisine yüklenen bir kusur yüzünden çalışmaması gerekir. Toplam devamsızlık süresi bir aydan az ise, izinde indirim imkânı yoktur ve sözleşmeyle de orantılı indirim kararlaştırılamaz. Hizmeti yerine getirmemenin işyerine gelip çalışmamak değil de¹⁵, gelmemek/devam etmemek biçiminde anlaşılması uygundur.

İzinde indirim için aranan süre toplam devamsızlığın, işçinin kendi kusurundan kaynaklanması da gerekir (BK.423/1; OR. Art.329b/Abs.1). Bunun içine; kendi kusuruyla yakalandığı bir hastalık, kusurlu olduğu suç yüzünden tutuklanma, keyfi gelmeme vs. girer. Hatta işçinin yasadışı greve katılarak işgörmeye yanaşmayı da böyledir. Lakin hukuka uygun bir greve katılma yahut lokavta veya işverenin çalıştırmama yetkisiyle karşılaştığı için, işe gelmemenin kusurlu bir devamsızlık sayılarak izinde indirime götürüp götürmeyeceği üzerinde de durulabilir. Kaynak İsviçre hukukunda, işçinin greve katılarak işe gelmeyişi de, izinde indirime götüren bir hal olarak kabul edilmektedir. Gerek bunun ve gerekse ücretsiz iznin, “alan teorisi”ne (Sphaerentheorie) göre, işçiye mal edildiği ve izninden indirime yol açacağı söylenir¹⁶.

Kanımca, Türk hukuku bakımından işçinin yasal grev/lokavt/işverenin çalıştırmama yet-

• İşçinin geçmiş döneme ait ücreti ödenmediği için iş görmekten kaçınması (İş K. 34'den farklı olarak) BK.'da açıkça yer almamıştır. Bu yüzden de 818 sayılı BK. döneminde bu konu tartışmalıdır. Kimileri bunu ödemezlik definin uygulanması sayarak mümkün görürse de; isabetli olanı, olayda bir alacaklı temerrüdü olarak işverenin işi kabulde temerrüdünün bulunduğudur. Çünkü; ödemezlik def'i sadece karşı edimi yerine getirmekten kaçınma hakkı verip, karşı taraftan bedel isteme imkânı vermez. Ayrıca, geçmiş ayların ücretinin karşılığı olan çalışma zaten önceden yapılmıştır. O ücret şimdiki çalışılacak sürenin karşılığı olamaz. Bu yüzden, bizce; geçmiş ayların/sürenin ücreti, yeni dönem çalışma için, işverene düşen bir hazırlık hareketi sayılmalı ve bunu yerine getirmediğinde de, işçi çalışmazsa, işveren alacaklı temerrüdüne düşmüş kabul edilmelidir (BK 106/1). O halde işçinin bu yüzden çalışmadığı süreleri de, izinde indirime götüren bir

Kısa çalışmaya dayalı devamsızlığın boyutu ne olursa olsun (ki mortgage krizi evresi hariç zaten süresi normalde 3 aydır), yıllık izinden indirime götürecektir bir hal olarak görmemek gerekir.

kisi sonucu sözleşmesinin askıda kaldığı süredeki devamsızlığı, işçinin kendi kusurundan kaynaklanan devamsızlık sayarak izinde indirime vesile yapmak isabetli değildir. Çünkü o, grevde anayasal bir temel hakkını kullanırken; diğerlerinde devamsızlıkta dahil bulunmayıp, onlar işverenin kendi tasarrufundan kaynaklanır. Bizce yasal grev/lokavt/işverenin çalıştırmama yetkisi nedeniyle devamsızlığı, ancak kusursuz devamsızlık (BK. 423/2; OR. Art.329b/Abs.2) saymak mümkün ve ortalama bir yol gibi gözükmektedir.

• İşverenin işi kabulde temerrüdü (eski BK.325; BK.408; OR. Art.324) sonucu işçinin iş görmediği sürelerinse, hiçbir şekilde devamsızlık sayılamayacağı ve izinde indirime götürmeyeceği kanısındayız. Çünkü; işverenin işi kabulde temerrüdü halinde, işçi o süreyi (çalışmamış değil) çalışmış sayılarak işlem görür¹⁷.

devamsızlık sayamayız. Tam tersine, burada da işçinin çalışmış sayıldığı bir durum var demektir.

• Sonra, izinde indirime götürecektir devamsızlık süresinin tümünün, bu fıkra da belirtildiği üzere, işçinin kusurundan kaynaklanan bir devamsızlık olması şarttır. Yoksa örneğin 20 günü kusurlu devamsızlık ve 20 günü de kusursuz devamsızlıktan oluşan 40 günlük bir devamsızlık yıllık izinde hiçbir indirime götürmez¹⁸. Böyle bir halde orantılı veya tümünden indirim imkânının sözleşmeyle getirilmesi de geçerli görülmez.

b) *İşçinin kusurundan kaynaklanmayan devamsızlık halinde izinden indirim;* İşçinin bir hizmet yılı içindeki, işçiye yüklenemeyen (kusurlu olmadığı) hastalık/kaza/yasal bir yükümlülüğün veya kamu görevinin yerine getirilmesi gibi kişiliğine bağlı sebeplerden dolayı,

en çok üç ay süreyle iş göremediği hallerde¹⁹, yıllık izinden indirimle gidilemez (BK. 423/2).

Burada işçinin kusurundan kaynaklanmayan hallere dair sayılan hastalık vs.'nin sadece birer örnek bağlamında alınması gerekir. Çünkü; Yasadaki "... gibi kişiliğine bağlı sebepler..." deyimini, bunu anlatır. İşte bu çerçevede; işçinin oturduğu yerin karantinaya alınması yahut işçinin hamilelik-doğum nedeniyle devamsızlığı da böyle düşünülmelidir. Keza kusuru olmadan gözaltı veya tutuklanmayı da bu kapsamda değerlendirebiliriz.

Fakat işçinin gebelik ve doğum nedeniyle iş göremeyişi (devamsızlığı), Yasada ayrıca düzenlenmiştir ve bu yüzden iş göremeyişin de en çok üç aylık kısmı için²⁰ yıllık izinde indirimle gidilemeyeceği belirtilmiştir (BK 423/3). Yalnız bunun, gebelik ve doğumun tekil/çoğul olduğuyla ilgilenilmeden getirilmesi sıkıntıya yol açabilir.

- Kısa çalışma, Mayıs 2008'den bu yana artık BK.'ya tabi işçilere de uygulanabileceğinden (İşsiz Sig K. Ek md.2), işverenin başvurduğu kısa çalışma nedeniyle iş ifasında bulunulamayan sürelerden dolayı yıllık izinde indirimle gidilip gidilemeyeceği de üzerinde durulacak bir ihtimaldir. Kanımca, böyle bir devamsızlığın işçinin kusurundan kaynaklandığı söylenemeyeceği gibi, hastalık vs. gibi onu işçinin kişiliğine bağlı bir sebepten dolayı çalışmama da sayamayız. Bizce, kısa çalışmaya dayalı devamsızlığın boyutu ne olursa olsun (ki mortgage krizi evresi hariç zaten süresi normalde 3 aydır), yıllık izinden indirimle götüreceği bir hal olarak görmemek gerekir. Kaldı ki, 4857 sayılı İş K. 55/j hükmü de bu konuda bir fikir verebilir.

- Yıllık izinden indirimle ilgili bu başlık altında son bir not olarak; Yasada indirim öngörülen hallerde; hiç veya o kadar indirimle gidilemeyeceğini öngörmek gibi indirimle götüreceği devamsızlık (çalışmama) süresini artıran sözleşme hükümleri de hukuken geçerlidir. Aksine anlaşmanın geçersizlikle karşılaşması gerekir. Aslında bu tür anlaşmanın geçersizliğinin BK. 423'ün izinde indirimle imkân veren tüm fıkraları için kabulü gerekir. Fakat yasa koyucu geçersizliği sadece BK. 423/2 ve 3. fıkraları bakımından benimsemiş (BK.423/son),

işçinin kusurlu devamsızlığı halinde, onun (Yasadakinden) daha da aleyhine sözleşmeyle düzenleme getirme imkânını açık tutmuş gözükmektedir. Buna BK. 423/son fıkranın karşıt kavram kanıtı yoluyla yorumundan ulaşabiliriz. Aslında kusurlu devamsızlıkta bile, devamsızlık ne boyutta olursa olsun, işverenin indirimle gitmesi zorunlu değilken; bunun bir sözleşmeyle azaltımı veya kaldırımı yahut devamsızlık süresinin artırımı da mümkün ve geçerli olmalıdır. Sanırız yasal düzenleme buna engel değildir. Lakin, işçinin kusurlu devamsızlığı bir ayı doldurmasa da izinde (hem de daha çok) indirim imkânının veya bir ayı aşan ama tam aya ulaşmayan devamsızlıkta da 1 gün veya daha fazla izinden indirim öngören bir sözleşmeye geçerlilik tanımak, ne derece isabetlidir bunu anlamak zordur. Türk yasa koyucusunun, iş hukukunun günümüzde eriştiği sosyal koruma amaçlı yapısını bir kenara iterek İsviçre BK. hükmünü (OR. Art.329b/Abs.4) aynen alması, doğrusu pek isabetli olmamıştır.

3- Yıllık Ücretli İzin Kullanımı: Yasa, yıllık ücretli izin kullanımı ile ilgili kimi hükümlere de yer vermiştir. Biz bunları şöylece sunmaya çalışacağız.

a) İzinin kullanım tarihinin belirlenmesi; İşçiyi iş görme borcundan yıllık ücretli izinle kurtarmak da aslında işverenin yönetim hakkına giren bir durumdur. Bu yüzden, işçinin yıllık ücretli izine çıkacağı somut tarihi belirleme yetkisi de işverene aittir²¹. Fakat işverenin bu belirlemeyi yaparken, işyerinin veya ev düzeninin menfaatleriyle bağdaştığı ölçüde işçinin isteklerini de göz önünde tutması gerekir (BK. 424/2). Bu yönde bir hüküm aynen İsviçre BK.'da da vardır (OR. Art.329c/Abs.2)²². Böylece, yıllık izin somut kullanım tarihini belirleme konusunda işveren keyfi bir tercih imkânına kavuşturulmadığı gibi, işçinin isteğiyle körü körüne bağlı bir konuma da itilmemiştir.

İşçinin yıllık izne çıkması, işyerinde veya ev düzeninde bir sıkıntıya yol açabileceğinden; işverenin bu sıkıntı durumunu da dikkate alarak mümkün mertebe işçinin isteğini de göz ardı etmeyen bir tarihi belirlenmesi gerekir. Örneğin; işçinin okula devam eden çocuğu varsa ve okul tatili yaşanıyorsa, yıllık izninin bu tari-

Tarafların somut izin tarihinin ne olacağını bireysel veya toplu iş sözleşmesiyle belirlemeleri mümkündür ve böylesi bir hüküm halinde ona uyulur.

he denk getirilmesini istemesi makuldür²³ ama aynı dönemde işyerindeki işlerde de yoğunluk yaşanacaksa, iznin okul tatiline kısmen/tümden denk gelmemesi doğal görülebilir.

Şüphesiz tarafların somut izin tarihinin ne olacağını bireysel veya toplu iş sözleşmesiyle belirlemeleri mümkündür ve böylesi bir hüküm halinde ona uyulur.

İşçinin kendiliğinden yıllık izine çıkabilip çıkamayacağına dair tartışmaların²⁴ burada da geçerliliği düşünülür.

- Yalnız Yasa, işçiye yıllık ücretli iznin ne vakte kadar kullanılacağına ve vaktinden önce de izne çıkarmanın mümkün olup olmadığına değinmemiştir. Bunun bir eksiklik olduğu ve örnek alınan İsviçre BK.'dan (galiba!) bilinçli bir sapma niteliği taşıdığı söylenebilir. Gerçekten kaynak İsviçre BK., bu konuda yıllık iznin ilişkin olduğu yılın devamı sırasında (sağlanacağını) garanti edileceğini söylemektedir (OR. Art.329c/Abs.1).

Yıllık ücretli izinden beklenen dinlenme, ailesel/sosyal/kültürel olgulara zaman ayırabilme işlevinin/amacının, ancak, onun yıldan yıla verilmesiyle gerçekleşebileceği²⁵ dikkate alınır; her bir yılın izninin, onu izleyen yıl bitmeden kullandırımı gerektiği ortaya çıkar. Bu noktada, Yasanın sessizliği, bunu benimsemediği ya da işverenin keyfine bıraktığı sonucuna götürmemelidir. Zira iznin, içinde izne hak kazanılan yılı izleyen yıl içinde kullandırılmaması halinde, işçinin bu yeni yılın iznine de hak kazandığı ve böylece izinde yığılmanın ve ayrıca önceki yılın izninin ertelendiği gibi bir sonuçla karşılaşırız. Gerek BK. ve gerekse başka bir yasamız, yıllık iznin ertelenmesinden açıkça söz etmiş değildir. Fakat işçinin sözleşmesi sona erdiğinde, hak kazanıp da kullanmadığı yıllık izinlerin ücretinin ödeneceğinden söz eden hükümler (BK. 425/son; İşK. 59/1) bu konu-

da bir destek olabilir. Gerçi bunu sadece son yılın iznine özgüleyenler vardır ama Yasadan bu sonucu çıkarmak zordur. Bu yüzden, anılan hükümlerin çoğu kez işçinin düşüncesi bile sorulmadan yaşanan bir ertelemeye götürmesi muhtemeldir²⁶.

- Yıllık iznin vaktinden (yani henüz ilişkin olduğu yıl dolmadan) önce kullandırımının mümkün olup olmadığı da Yasada sessiz geçilmiştir. Bu yüzden, olağan vaktinden önce kullandırımın bir sözleşmeyle getirilmesinin mümkün ve geçerli olacağına inanıyoruz. Fakat işletme tatili ve buna bağlı erken izne çıkarmanın (YÜİY.10, 11) BK.'da bulunmadığı dikkate alınır; işverenin tek taraflı tutumuyla bunu sağlayamayacağı kanısındayız. Buna ve işçinin karşı çıkmasına rağmen, onu ücretini de ödeyerek tek taraflı izne çıkarmak; yıllık ücretli izin vermek değil, ait olduğu dönemin ücretini de peşin vererek işçinin işgörme ediminden vazgeçmek (Freistellung) sayılabilir.

b) Gecikmeli/Yığınla Kullanım; BK. çerçevesinde de işçinin hizmet ilişkisi devamında, bir karşılık uğruna veya karşılıksız biçimde yıllık izin haklarından vazgeçmesi geçerli değildir (BK. 425/2).

Ancak, kimi zaman olağan kullanım dönemi geçmesine rağmen yıllık izinlerin kullandırılmadığı/kullanılmadığı hallerle karşılaşılır. İşte böylesi hallerde, (tıpkı İşK.'da olduğu gibi) BK. kapsamındaki yıllık izinlerin de yanmayacağı, hizmet sözleşmesi sona erene dek kullanımın mümkün ve gerekli olduğu sonucuna varılır. Nitekim kullanılmayan izinlerin sözleşme sona erdiğinde ücretinin ödeneceği ve zamanlaşımının da ancak sözleşmenin sona erişimden başlayacağını öngören yasal düzenleme (BK.425/3) de bunu anlatır.

O halde, hizmet sözleşmesi devam ederken, vaktinde kullanılmayan yıllık izinlerin yine sözleşme devam ederken izin ve ücret birlikteliğiyle, eğer birikmişse tek tek veya yoğun olarak kullanımı/kullandırımı mümkündür²⁷.

4- İznin Nasıl Kullanılacağı: Hak ettiği yıllık ücretli iznin işçiye aralıksız tek parça biçiminde mi yoksa kısım kısım (bölümler) halinde mi kullanılacağı da önemlidir. Bu noktada kural, yıllık iznin tek parça yani aralıksız kullan-

dırımıdır. Nitekim Yasa da bunu “yıllık ücretli izinler, kural olarak aralıksız biçimde kullanılır.” diyerek dile getirmektedir (BK.424/1). Fakat Kanun, “ tarafların anlaşmasıyla” bunun ikiye bölünerek (2 bölüm halinde) kullanılmasına da imkan tanımıştır (BK. 424/1). 6098 sayılı BK. bu noktada (hem İşK’dan ve hem de) kaynak İsviçre BK.’dan ayrılmıştır. Çünkü, İsviçre BK. bu konuda, yıllık iznin minimum iki izin haftası biçiminde birbirine bağlı (arka arkaya) kullanımını zorunluluğundan söz etmektedir (OR. Art.369c/Abs.1).

Bunu böylece belirttikten sonra, 6098 sayılı BK.’ya döndüğümüzde; yıllık ücretli iznin tarafların anlaşmasıyla ikiye bölünmesi ve kullanımını bağlamında şunları söyleyebiliriz:

a) İzin bölünerek kullanımının bizzat hizmet sözleşmesi taraflarınca (ilgili işçi ve işverence) kararlaştırılan bir anlaşmayla öngörülmesi mümkün ve geçerlidir. Zaten Yasanın iznin “ tarafların anlaşmasıyla” bölünerek kullanımından söz eden ifadesi de (BK.424/1) bunu doğrular.

Fakat bu bölünerek kullanım anlaşmasının yapılmış zamanı konusunda bir açıklık yoktur. Kanımca işe girerken veya sonra işe devam ederken ama önceden böyle bir anlaşma yapılabileceği gibi bir somut iznin kullanımı bağlamında sırf o izne yönelik olarak da (münferiden) yapılabilir²⁸.

b) Yıllık ücretli iznin bölünerek kullanımının TİS ile de getirilip getirilemeyeceği akla takılabilir ve Yasanın “ tarafların anlaşması” nı arayan sözleri de (BK.423/1) bu konuda tereddüt uyandırabilir. Bu ifadeyi yalın ve soyut olarak ele alırsak, TİS ile bölünmenin geçersizliği söylenebilir. Lakin TİS hizmet sözleşmesinin (yapılışı) içeriğine (ve sona eriş) değinen hükümler içerebilir (TSGLK.2/1), bu tarz hükümlerin normatif karakter yapısıyla tek tek işçilerin iş sözleşmelerini de etkileyeceği (TSGLK.6/1) dikkate alınır, farklı şeyler söylenebilir²⁹. Öyle ki;

* Bölünme hizmet sözleşmesinde düzenlenmeyip sadece TİS’de düzenlenmişse; bu TİS hükmü ilgili her bir işçinin iş sözleşmesi bakımından da uygulanır (TSGLK.6/1 son cümle).

* İşçinin hizmet sözleşmesinde bölünerek

kullanım yasaklanmış ve fakat TİS’de getirilmişse; böyle bir durumda tek parça kullanımın (hizmet sözleşmesindeki hükmün) TİS’e nazaran işçinin daha lehine olduğu kabul edilip, TİS’in bölünme kuralı işçiyi bağlamaz (TSGLK.6/1,c.2 ve 6/2).

* Bölünmeye işçinin hizmet sözleşmesinde de, TİS’de de aynı ölçekteki bölünme olarak yer verilmişse zaten sorun yoktur ve sonuç ayıdır.

* Fakat her ikisindeki bölünme farklı ölçekte ise; bu durumda ilgili işçinin iş sözleşmesindeki bölünmeye üstünlük tanınması düşünülebilir.

c) İzin bölünerek kullanımının getirildiği (kararlaştırıldığı) hallerde iznin en fazla iki parçaya bölünebileceği de belirtilmelidir (BK.424/1). Böylece Yasa, yıllık iznin atomize edilerek işlev ve amacından saptırılmasına izin vermemiştir, denilebilir. Daha fazla parçaya bölünmenin kararlaştırıldığı hallerde, bunu tümünden geçersiz saymak yerine yasal tavan olan ikiye bölünme olarak yorumlamak ve yasal sınırı taşanını geçersiz olacağını kabullenmek uygun olur (BK.27/2, .1). Aşkın ve geçersiz bölümler olmasaydı bölünmeye gidilemeyeceği savı da (BK.27/2.c.2) dinlenmemelidir.

Şüphesiz, işçi henüz iki parçadan çok izne çıkarılmadıysa, yukarıda söylenenler aynen geçerli olup, işçinin sözleşmedeki bu hükme uymama hakkı vardır. Böyle davranan işçiye karşı, bu tutum, sözleşmenin işverence feshine haklı neden oluşturmaz. Hatta eğer bu işçiye sözleşmesel olarak iş güvencesi getirilmişse; işçinin bu tutumunun, fesih için geçerli sebep dahi oluşturmayacağını düşünüyoruz (Bu sav İŞK.18-21 bakımından da geçerlidir).

Fakat işçi kendisi de karşı çıkmadan yıllık iznini ikiden çok parça halinde ücreti de ödenerek kullanmışsa ne olacağı sorusuyla karşılaşılır. İki parçayı idari izin mi yoksa yine de yıllık izin mi sayacağız? İşverenin baskısı vs. olmadan kendisi de isteyerek fiilen böyle izne çıkan işçiyi, gerçekten yıllık iznini kullanmış saymak isabetli olur³⁰. Nitekim geçmişteki (ama İŞK. çerçevesindeki) bir kararında Yargıtay da bu yönde karar kılmıştı³¹.

d) Bölünmede her bir bölümün ne kadarlık süreden oluşacağı konusunda (İŞK.’dan farklı

olarak) Yasa herhangi bir kural içermemektedir. Bu yüzden taraflar iki bölümün toplamı hak edilen izin süresine eşit olmak koşuluyla her bir bölümünü istedikleri gibi belirleyebilirler. Eğer sözleşmede izin ikiye bölündüğü belirtilip her bir bölünme miktarı da gösterilmiş ve fakat ikisinin toplamı hak edilen izinden fazlaysa (bunun irade sakatlığına dayanmadığı hallerde) yıllık izin süresinin anlaşmayla artırıldığı anlamını vereceği söylenebilir. İrade sakatlığına dayandığını iddia edenler ise bunu kanıtlamak durumundadır.

e) Her bir bölüm arasında ne kadarlık süre bulunacağı konusu da Yasada sessiz geçmiştir. Bununla birlikte, bunun sözleşmede istenildiği gibi belirleneceği düşünülür. Lakin (saygı duyulacak bir erteleme durumu yoksa) ara ne olursa olsun her iki bölümün kullanımında, bunların bu izne hak kazanılan yılı izleyen yıl içinde kullanılacak tarzda yer alması gerekir düşüncesindeyiz³².

f) Bölünme anlaşmasının şekline gelince; BK. bu konuyu da sessizce geçmiştir. Lakin bölünmenin TİS ile getirildiği hallerde, TİS zaten yazılı şekle tabi olduğundan (TSGLK.4), ondaki bölünme kaydının da yazılı metinde yer alması zorunludur. Aksi halde geçersizdir³³. Fakat bölünerek kullanımı hizmet sözleşmesi tarafları getirmişse; BK.'daki hizmet sözleşmesi herhangi bir şekle bağlı kılınmadığından bu anlaşma da şekle bağlı değildir. Yazılı/sözlü vs. getirebilir. Yeter ki ispatlanabilsin.

5- İşçiye Yol İzni Verilip Verilmeyeceği: 6098 sayılı BK.'da yıllık iznini kullanan işçiye herhangi bir yol izni verileceğine değinilmemiştir. Bu yüzden hizmet sözleşmesi veya TİS ile işçiye yıllık iznine ek olarak ücretli/ücretsiz bir yol izni verileceği öngörülebilir. Üstelik bunun ne miktar olacağını da sözleşmede kararlaştırabilirler.

6- Yıllık izin süresi: Yıllık ücretli izin, iş görebilir bir işçinin işverence ücreti de ödenerek iş görme borcundan kurtarıldığı ücretli bir izindir. Yani izin (boş zaman) + bu boş zamanın ücreti birlikteliği ile oluşur. İşte hizmet sözleşmesi devam ederken hukuken bir yıllık ücretli izin kullandırımı ancak böyle, izin ve onun ücreti birlikteliği ile gerçekleşir³⁴. Bunun

kökeninde yıllık izin esnasında da “işçinin yaşam standardının devamı ilkesi”nin yattığı söylenir³⁵.

Eğer yıllık izin süresince işçiye bu evrenin ücreti hiç ödenmez veya normalden az ödense gelir kaybına uğrayan işçinin gelir getirici başka iş peşinde koşacağı ve dinlenemeyeceği; ayrıca böyle bir izin bir ödül mü yoksa ceza mı olduğunun da sorgulanabileceği düşünülür. İşte tüm bu gerekçelerle işçinin yıllık ücretli izin dönemine denk gelen ücretinin ödenmesi, hem de en geç işçinin izne çıkacağı gün peşinen ödenmesi, genel bir ilke olarak kabul edilir. Nitekim 6098 sayılı BK.'da bu ilkeye kayıtsız kalmayıp (tıpkı İşK. 57/1 gibi) yıllık izin süresine ilişkin ücretin ilgili işçiye izne başlamasından önce peşin veya avans olarak ödeneceğini öngörmüştür (BK.425/1). Belirtilsin ki İsviçre BK.'da izin ücretinin ödeneceği belirtilmekle birlikte ne zaman ödeneceğine değinilmemiştir (OR. Art.329d/Abs/1). Buna karşın İsviçre BK., işçiye yıllık izin dönemine denk gelen ücretin yanında, izin yüzünden gerçekleşmeyen tabii/doğal ücret içinse uygun bir tazminat da ödenmesi gerektiğini dile getirmektedir (OR. Art.329d/Abs1)³⁶. İsviçre BK.'nın bu ek olarak tazminat ödeme yükü bizim Yasaya alınmamıştır.

6098 sayılı BK.'nın sistemi, her işçiye “yıllık ücretli izin süresine ilişkin ücreti”nin ödeneceği yönündedir (BK. 425/1). Bunun yıllık izin döneminin “temel/çıplak ücreti”ni anlattığı İşK. bağlamında kabul görmektedir³⁷. Ama aynı eğilimin BK. sisteminde de benimseneceğine dair bir zorunluluk veya yasa hükmü mevcut değildir. Bu yüzden de, işçinin yıllık izin döneminde normalde çalışmış olsaydı ne ücret alacak idiyse (her ay düzenli ödenen çocuk/yakacak yardımı vs. dahil), yıllık izindeyken de o tutarın kendisine ödenmesi gerekir.

• İşçiye sadece yıllık izin süresinin ücretinin ödeneceği öngörülmüşse de, yıllık iznin yalnızca ilgili işçinin normalde çalışacağı iş günlerinden oluşacağı ve ücretli hafta tatilinin (BK. 421) varlığı hatırlanırsa; izin dönemine denk gelen hafta tatillerinin ücretinin de işçiye ayrıca ödenmesi gerektiği açıktır. Keza Ulusal Bayram ve genel tatiller hiçbir iş yasasıyla da

sınırlanmadığından (UBGTK.1 vd.), BK.'ya tabii işçilere de aynı günlerin ücretli tatil olarak verileceği ve bu günlerin de yıllık izinden sayılmayacağı tereddütsüzdür. Böylece yıllık izin evresine denk gelen Ulusal Bayram/genel tatil günlerinin ücretinin de işçiye ayrıca ödeneceği sonucuna varabiliriz. Yalnız gerek hafta tatili ve gerekse de bu tatillerin ücretinin işçiye ne zaman ödeneceği Yasada açıklıkla yer almamıştır. Eğer Yasadaki işçinin “yıllık izin süresine ilişkin ücreti” deyiminin (BK. 425/1) bunu da içerdiği söylenebilirse, bunların da izin başlamadan önce peşin veya avans olarak ödeneceğini söyleyebiliriz. Lakin, Yasadaki “yıllık izin süresine ilişkin ücreti”ne bu anlamı vermek zordur ve bu yüzden de, anılan tatil ücretlerinin normal ödenme zamanında ödeneceği söylenebilir. Fakat sözleşmeyle veya işverence kendiliğinden, yıllık izin ücretiyle birlikte ödenmesine de gidilebilir. Yıllık izin ücreti; eğer sözleşme devam ederken izin de kullandırılarak ödeniyorsa; somut olarak bu izin dönemi ve süresinin ücreti esas alınır. Bu izin yıllar öncesinin izni olup, şimdi kullandırılıyor olsa da durum böyledir.

Buna karşın iş sözleşmesi izin kullandırılmadan son bulmuşsa; bu kez o izinlerin ücreti sözleşmenin son bulunduğu tarihteki son ücretten hesaplanıp ödenir (BK.425/son).

• *Ödemenin nasıl ve hangi parayla yapılacağı*; 6098 sayılı BK. yıllık izin ücretini gerçekten ücret saydığından, ödemenin nakit yani para biçiminde yapılması gerekir. Para dışında eşya vererek veya işçiye menfaat sağlayarak ödenmesi düşünülemez. Ama hangi ülke parasıyla ödeme yapılacağı sessiz geçilmiş olup, bu noktada para borçlarıyla ilgili genel hükümler (BK.98) uygulanır. Buna göre kural, ülke (Türk) parası ile ödemedir (BK. 99/1). Ama yabancı bir ülke parası ile aynen ödeme veya o anlamı veren bir ifade varsa; ödemenin bu yabancı parayla yapılması gerekir. Aksini kabul işçi zorlanamaz. Buna karşın aynen ödeme veya bu anlamı veren bir ifade yoksa; işveren bunu, ödeme günündeki rayiçten Türk parası ile ödeyebileceği (BK. 99/2) gibi, ilgili yabancı para olarak da ödeyebilir. Hatta alacaklı işçi bile bu ihtimalde yıllık izin ücretinin bu ödeme yöntemlerinden biriyle ödenmesini isteyebi-

li (BK.99/3). O halde denebilir ki, yeni BK., İşK.'dan farklı olarak bu alternatiflerden birini seçme imkanını sadece işverene değil işçiye de (alacaklıya da) tanımıştır. Keza onun bu yönü, 818 sayılı BK.83'ten de farklıdır.

• *Ödemenin nereye yapılacağı*; 6098 sayılı BK., genel olarak işçi ücretinin ve bu bağlamda yıllık izin ücretinin nereye/nasıl ödeneceği konusunda özel bir hüküm içermemektedir. Bu yüzden bu noktada para borçlarıyla ilgili genel kural (BK.89) uygulanır. Buna göre aksine bir anlaşma yoksa, yıllık izin ücreti de işçinin ödeme anındaki yerleşim yerinde ödenmelidir (BK.99/1-1). Fakat işçiyle işveren arasında veya TİS'de kararlaştırılmışsa, işyerinde izne çıkmadan elden veya işçi adına açtırılan banka hesabına yatırma yoluyla da ödenebilir. 17.04.2008 tarih ve 5754 sayılı Kanun ile getirilen banka hesabına yatırma yoluyla ödeme kuralı burada uygulanmaz. Ancak 18.11.2008'de yayımlanan Yönetmeliğe göre, BK. kapsamında da banka yoluyla ödeme hususunda ilgili Bakanlıkların karar alabileceği görülür (ÜÖYS). Fakat hem, henüz böyle bir karar yoktur, hem de alınsa bile kendisinden sonra çıkan 6098 sayılı BK. karşısında biraz sıkıntılı tablo oluşabilir.

• *Yıllık izin ücretinde zamanaşımı*; Hizmet sözleşmesi devam ederken izin ve ücreti birlikteliği içinde, yıllık izin ücreti zaten ödenir ve bu birliktelikte yıllık ücretli izin kullandırılmadığı sürece; işçinin yıllık izin ve ücreti hakkı zamanaşımına uğramaz ve kaybolmaz.

Buna karşın, yıllık izinler kullanılmadan iş sözleşmesi sona ererse, izin vermek artık imkansızlaşır ve izin ücreti birlikteliği bozulur. Anılan izinlerin sadece ücreti ödenir. İşte yıllık izin ücretine dair zamanaşımı da ancak hizmet sözleşmesinin son bulunduğu tarihten itibaren işlemeye başlar (BK. 425/son fıkra). 6098 sayılı BK.'nın bu hükmünün 4857 sayılı İşK.'dan (İşK.59) esinlendiği ve kaynak İsviçre BK.'da bulunmadığı görülür.

• *Yıllık izin ücretinden sosyal sigorta primi kesilip kesilmeyeceği*; 6098 sayılı BK. yıllık izin ücretinden sosyal sigorta primi kesilmesi konusunda özel ve 5510 sayılı SSGSSK'da istisna içeren bir kurala yer vermediğinden, 5510 sayılı Kanun'un 80. ve 105. hükümlerinden hare-

ketle, tüm sigorta kolları için primin kesilmesi gerekir. Kaldı ki, prim kesilmeyeceği yönünde hüküm içeren İşK.61 bağlamında bile artık durum böyledir³⁸.

7- İzin Esnasında Başka İşte Çalışma: Yıllık iznini kullanan işçinin bu esnada ücretli veya ücretsiz bir başka işte çalışması halinde, işverenin ondan yıllık izin ücretini geri vermesini isteyebilip isteyemeyeceği konusunda durum naziktir. 4857 sayılı İşK.58'de ve OR. Art.329d/Abs.3'de mevcut olan böyle bir durum, 6098 sayılı BK. taslağında da vardı (Tas. BK.424/son). Fakat TBMM Adalet Komisyonu, bunun nesafet ilkesi ve izin ücretinin işçinin kişiliğine bağlılığı nedeniyle metinden çıkarmıştır ve 6098 sayılı BK.'da da gerçekten böyle bir hüküm yoktur. Hal böyle olunca; BK. sisteminde, yıllık izinde ücretli bir işte çalıştığı anlaşılan işçiden izin parasının geri alınamayacağı söyleyebiliriz. Sebepsiz zenginleşme hükümlerinden (BK. 77 vd.) gidilerek de böyle bir iade yükümü çıkartılamaz. Lakin, böyle bir çalışmanın, işçinin sadakat borcunu ihlal ettiği gerekçesiyle, sözleşmenin işverence feshi için haklı sebep (sözleşmesel iş güvencesi varsa da geçerli sebep) oluşturması muhtemeldir³⁹.

8- Yıllık İzin(ler) Kullandırılmadan Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi: Hizmet sözleşmesi devam ederken işçiye kullandırılmayan yıllık ücretli izinler, sözleşme sona erince izin olarak sağlanma imkanını yitirir. Geriye sadece anılan izinlere ait ücret kalır. İşte bu izin ücretlerinin, sözleşmenin bilhassa işçinin ölümüyle sona ermesi halinde ödenip ödenmeyeceği, 4857 sayılı İşK.'dan evvel sistemimizde zaten tartışmalıydı. Fakat kişisel düşüncemizi o dönemde de işçinin ölümü halinde kullandırılmayan yıllık izin ücretinin işçinin mirasçılara geçeceği yönündeydi. Bu konuda bir HGK kararı da verilmişti (HGK. 19.04.2000; 9-790/803)⁴⁰. 4857 sayılı İşK. da bu esası açıkça benimsemiştir (İşK. 59)⁴¹.

İşte 6098 sayılı BK.'da, kaynak İsviçre BK.'da bulunmayan ama öğretide kabul gören, İşK.59'dakiyle paralel bir düzenlemeye yer vererek bizce isabetli bir yol izlenmiştir (BK. 425/son). Buna göre; hizmet sözleşmesi hangi nedenle (işçinin ölümü dahil) sona ererse er-

sin, işçinin hak kazanıp da kullanamadığı yıllık izinlerin ücreti, sözleşmenin son bulunduğu anda hak ettiği ücretten hesaplanarak kendisine veya hak sahiplerine ödenecektir (BK. 425/son).

Bunun için, sözleşmenin hangi nedenle sona erdiği, ilke olarak önemsizdir. Yalnız sözleşmenin baştan geçersizliğine götürecek ağır hukuksal ahlaka aykırılık (adam dövme/öldürme, kapkaç işinde çalışma vs.) hallerinde, geçersizlik nedeniyle sona ermede bunun gündeme gelebileceği kanısındayız⁴². Son olarak belirtsin ki; yıllık izin ücretinde 5 yıllık zaman aşımı uygulanır (BK.147/1). Gecikme faizi olarak ise genel temerrüt faizi (BK.120, 3095 sayılı K.1 vd.) uygulanır.

V. YILLIK İZİNDE İÇİÇE GİREN/ GİREMİYEN SÜRELER

Yıllık iznini kullanan bir işçinin yıllık izin suretiyle iç içe giren/giremeyen sürelerle ilgili olarak BK.'da bir hüküm mevcut değildir. Bu yüzden, sorunu yıllık ücretli iznin nitelik ve amacıyla bağlantılı ele almak gerekir.

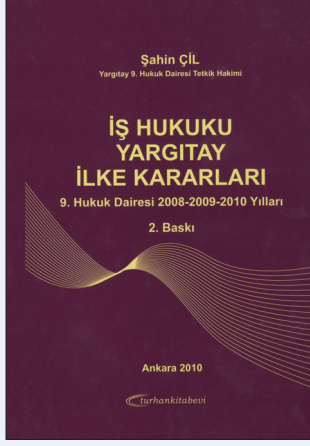
Buna göre; yıllık ücretli izin iş görebilir konumdaki bir işçinin, ücreti de ödenerek, sırf dinlenmesi vs. amacıyla iş görme borcundan kurtarıldığı bir izin olduğundan; işçinin başka bir nedenle iş görme borcundan zaten kurtulduğu hallerin yıllık izin süresinden sayılması düşünülemez. Hastalık nedeniyle raporluluk, yasal-sözleşmesel izin ve askı halleri, hatta kısa çalışma dönemi de böyledir.

DİPNOTLAR

- 1 Bkz.Akyiğit, Türk/Alman ve İsviçre Hukukunda Yıllık Ücretli İzin, Ankara 2000, 30 vd. T. Çöğenli, Türk İş Hukukunda Yıllık Ücretli İzin, İstanbul 1983, 18 vd.
- 2 Akyiğit, Yıllık İzin, 116 vd.
- 3 Bknz. Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag,OR.Art.319-362 mit Kommentaren für Lehre und Praxis, Zürich 1992,Art. 329a N.2.
- 4 Fakat BK.'nın kimi hükümlerinin aynı yerde hüküm içermeyen diğer iş yasaları kapsamında da örnekseme veya boşluk doldurma biçiminde uygulanıp, uygulanamayacağı tartışmalıdır. Örneğin yıllık iznin işçinin yıl içindeki devamsızlığı yüzünden indirilip indirilemeyeceği (BK. 424/1) ve izin miktarı (BK. 422) ile sözleşmenin sona ermesi halinde izin ücretinin işçiye veya hak sahiplerine ödeneceği (BK.425/3) kuralları böyledir. BK.'nın, diğer iş yasalarına göre ana/genel yasa niteliği tartışmalıdır ama kabul edilirse (ki bizce de

- öyledir), diğer iş yasalarındaki (bilhassa Bas. İşK. ve Den. İşK.'daki) boşlukların BK.'nın yıllık izine dair hükümlerinden yararlanılarak doldurulması beklenir ve uygun bir çözüm tarzı olarak gözüktür.
- 5 Tipik/atipik iş sözleşmesi/ilişkisi hakkında bkz. Akyiğit, İş Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi, Ankara 1995, 5-21 vd. Akyiğit, 4857 sayılı İşK. Şerhi, 3. Bası, Ankara 2008, md.8-9,419 vd., Akyiğit İş Hukuku, 8. Bası, Ankara 2010,104 vd.
- 6 Bknz. Akyiğit, Yıllık İzin, 183 vd.
- 7 Bknz. Streiff/von Kaenel, Art. 329a N.1.
- 8 Oysa İşK. Sisteminde; yasada bir açıklık olmamakla birlikte, hangi sürelerin hesaba katılacağı sınırlı sayı ilkesiyle düzenlendiğinden hareketle, örneğin grev ve/veya lokavt nedeniyle sözleşmenin askıda kaldığı sürelerin bekleme süresine de toplam süreye de katılmayacağı kabul edilmektedir (Akyiğit, Yıllık İzin, 230-233).
- Hatta konuya dair bir de Yargıtay kararı vardır (9HD. 30.09.1996-6578/18035; Akyiğit, Yıllık İzin, 246).
- 9 Buna karşın İşK. sisteminde işçinin hizmet süresine hamilelik/doğum halinde sadece yasal (16 veya 18 haftalık) süre katılmakta ve fakat 6 aya dek aldığı ücretsiz izin katılmaktadır (İşK. 74/ 5, c. Son).
- Kusursuz hastalık/kaza halinde varsayımsal öneli 6 haftadan da çok aşan sürenin (İşK. 55/a); kanuni bir ödev veya muvazzaf askerlik dışı askerlikte geçen sürenin 90 günden fazlası (İşK. 55/c) vs. hesaba katılmaz.
- 10 Bkz. Akyiğit, Yıllık İzin, 220-221. Nitekim Yargıtay'da gerek eski ve gerekse yeni döneme ilişkin kararlarında; işçinin aynı işveren yanında geçen ve kıdem tazminatı ödenerek tasfiye edilen önceki sürelerin yıllık ücretli izin bakımından sonraki sözleşmedeki süreyle birleştirilemeyeceği kanısındadır (9. HD. 30.01.2007/12556/1252). Öğretide ise kararı eleştirenler (Süzek, İş Hukuku, 4.Bası, İstanbul 2008, 774) gibi, isabetli bulanlar da (Şahlanan, TİD/ hukuk, Ocak, 2008, 2-4) vardır.
- 11 Oysa İşK. sisteminde özel kesimde bunların hesaba katılmasının sözleşmeyle getirilmesi mümkün iken; belli özellikteki kamu kuruluşlarında yasa gereği (İşK. 54/son fıkra) kendiliğinden hesaba katılmak gerekir (Bilgi için, bkz. Akyiğit, Yıllık İzin, 225-227).
- 12 İşK. Bağlamında Akyiğit, Yıllık İzin, 227 vd.
- 13 Bkz. Akyiğit, Yıllık İzin, 229-230.
- 14 Bilgi için, bkz. Streiff/von Kaenel, Art. 329a N.3.
- 15 İşyerine gelip az veya gayretsiz çalışmak, hatta işçinin uğradığı işgöremezlik yüzünden daha düşük oranda çalışması da, devamsızlık içine sokulmamalı ve indirime neden olmamalıdır (bu yönde bkz. Streif/von Kaenel, Art. 329b N.2).
- 16 Bkz. Streif/von Kaenel, Art. 329b N.2.
- 17 Bu konuda bkz. Akyiğit, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşçinin Başka İşte Çalışması, Ankara, 1995, 144 vd.
- 18 Bu yönde bkz. Streif/von Kaenel, Art. 329b N.6.
- 19 Bu süre İsviçre'de bir ay olarak belirlenmiştir (OR. Art.329b/Abs.2).
- 20 İsviçre'de kadın işçinin hamilelik/doğum nedenli iş göremeyişinin en çok iki aylık kısmı için izinden indirime gidilemeyeceği benimsenmiştir (OR. ART.329b/Abs.3). Bunun, Türk BK.'dan daha elverişsiz olduğunu söyleyebiliriz.
- 21 Akyiğit, Yıllık İzin, 272 vd.
- 22 Bilgi için bkz. Streif/von Kaenel, Art. 329c N.7.
- 23 bkz. Streif/von Kaenel, Art. 329c N.7.
- 24 Farklı görüşler için bkz. Akyiğit, Yıllık İzin, 284.
- 25 bkz. Streif/von Kaenel, Art. 329c N.2.
- 26 Erteleme için bkz. Akyiğit, Yıllık İzin, 296 vd.
- 27 Bkz. Akyiğit, Yıllık İzin, 296 vd. 301 vd.
- 28 Akyiğit, Yıllık İzin, 310.
- 29 Akyiğit, Yıllık İzin, 310.
- 30 Akyiğit, Yıllık İzin, 313.
- 31 9. HD. 22.12.1998-15009/18546 (Akyiğit, Yıllık İzin, 342).
- 32 Bkz. Akyiğit, Yıllık İzin, 313-314.
- 33 Akyiğit, Yıllık İzin, 311.
- 34 Bkz. Akyiğit, Yıllık İzin, 30 vd. ile orada anılanlar.
- 35 Akyiğit, Yıllık İzin, 72 vd.
- 36 Konuya dair bilgi için bkz. Streif/von Kaenel, Art. 329d N.2 vd.
- 37 Bkz. Akyiğit, İşK. 53-61,1815 vd. Akyiğit, Yıllık İzin, 376-439.
- 38 Güzel/Okur/Caniklioglu, Sosyal Güvenlik Hukuku, 13. Bası, İstanbul 2010, 235-237, Akyiğit, İlave Tediye ve Sosyal Sigorta Primi Kesilmesi Tühis/Kasım 2010-Şubat 2011, 93 dn.21.
- 39 Yıllık izinden başka işte çalışmaya dair bilgi için bkz. Akyiğit, Yıllık İzin, 604-642. Akyiğit, İşçinin Başka İşte Çalışması, 60, 73 vd. Akyiğit, İşçinin Yıllık İzinde Yan İş İmkani, İHD. C.II, 1992 /3, 394-402.
- 40 bkz. Akyiğit, Yıllık İzin, 84-88. Akyiğit, Yıllık İzin Ücreti Mirasçıya Geçmez Mi?, Tühis/Kasım 1999-Şubat 2000, 12-23 veya Yargı Dünyası Dergisi /Ekim 1999, 9-23.
- 41 bkz. Akyiğit, İşK. 53-61, 1820 vd.
- 42 Akyiğit, Yıllık İzin, 386 vd. krş. Süzek, İş Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2008, 783.

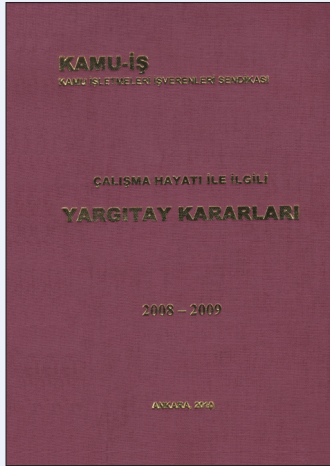
YENİ YAYINLAR



Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Tetkik Hakimi Şahin Çil tarafından hazırlanan “**İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları - 9. Hukuk Dairesi 2008-2009-2010 Yılları**” adlı eserin 2. Baskısı Nisan 2010 tarihinde yayımlanmıştır.

Hukukun kaynakları arasında olan yargı kararları da zaman içinde bazı değişiklikler göstermektedir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nde 2008 yılı başlarından itibaren ilkesel anlamda kurumların ve kavramların ele alındığı yol gösterici tarzda kararlar vermeye başlanmıştır. İş hukukunun gelişimci karakteristik özellikleri dikkate alındığında zaman içinde ilke kararlarında da bazı değişiklikler yapılmıştır. Söz konusu eserde, ilke kararlarının gelişimini izlemeye imkan verecek şekilde 2008, 2009 ve 2010 yıllarında verilen ilke kararları okuyucuya sunulmaktadır.

İş Kanunu’nun kapsamı, iş güvencesi, işçinin ve işverenin haklı feshi, ücret, fazla çalışma, kıdem tazminatı gibi önemli konularda birbirinden farklı çok sayıda ilke kararı, bu ayrıma dikkat çekilebilmek için alt başlıklar halinde verilmektedir. Bu arada 2010 yılında yeni bazı ilke kararları hazırlanmış, çalışmada yeni ilke kararlarına da sistematik biçimde yer verilmiştir. Eserde, ilk baskıda olduğu gibi ilke kararları, İş Yasaları ve maddeler sistematiğine göre sıralanmış ve ilk baskıdan farklı olarak ayrıntılı arama yapılabilmesi için kavram indeksine yer verilmiştir.



Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası (KAMU-İŞ) tarafından hazırlanan “**Çalışma Hayatı ile ilgili Yargıtay Kararları 2008-2009**” adlı eser, 24 Kasım 2010 tarihinde yayımlanmıştır.

Bilindiği üzere, oldukça dinamik bir alan olan çalışma hayatına ilişkin kanunlarda yer almayan pek çok uygulama, Yargıtay kararları doğrultusunda şekillenmektedir. Kanun’da kasıtlı olarak genel olarak düzenlenmiş çeşitli kavramların da uygulamaya ilişkin esasları yine Yargıtay kararlarıyla belirlenmektedir. Özellikle, 4857 sayılı İş Kanunu’nun yürürlüğe girmesiyle birlikte uygulamaya ilişkin pek çok soru işareti Yargıtay tarafından giderilmiş ve halen de giderilmeye devam edilmektedir. Söz konusu çalışmada, 1475 sayılı Kanun’a, 4857 sayılı Kanun’a ve 2821 sayılı Kanun’a ilişkin Yargıtay kararları ayrı bölümlerde tasnif edilerek, erişim kolaylığı sağlanmıştır. “Çalışma Hayatı ile İlgili Muhtelif Kararlar”

adlı ayrı bir bölümde de, çalışma hayatına ilişkin diğer Kanunlarla ilgili Yargıtay kararlarına yer verilmiştir.

Eser, 2008-2009 yılları arasında başta İş Kanunu, Sendikalar Kanunu, Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu olmak üzere çalışma hayatını ilgilendiren mevzuatla ilgili Yargıtay kararlarının önemli bir kısmını içermekte olup, kararların asıllarına zorunlu maddi düzeltmeler hariç sadık kalınarak hazırlanmıştır.

Prof. Dr. Hakan KESER

Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

İş Sözleşmesinin Emekliliğe Hak Kazanma Sebebiyle Feshinde İşçinin Kıdem Tazminatı Hakkı

GİRİŞ

Uygulamada işçilerin 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesi uyarınca kendi istekleri ile, bağlı buldukları kanunla kurulu kurum veya sandıklardan yaşlılık, aylığı almak amacıyla veya 506 sayılı Kanun'un mülga 60. maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin (a) ve (b) bentlerinde öngörülen yaşlar dışında kalan diğer şartları veya aynı Kanunun geçici 81. maddesine göre yaşlılık aylığı bağlanması için öngörülen sigortalılık süresini ve prim ödeme gün sayısını tamamlayarak iş sözleşmelerini feshetmelerine sıklıkla rastlanmaktadır.

Çalışmamızda 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14 üncü maddesi uyarınca emekliliğe hak kazanma sebebiyle yapılan ve kıdem tazminatına hak kazanma amacını taşıyan bu tür fesihlerin, işçiler açısından koşulları ve sonuçları ele alınarak incelenmeye çalışılmıştır.

1- KIDEM TAZMİNATI KAVRAMI VE İŞÇİNİN KIDEM TAZMİNATINA HAK KAZANMASI KOŞULLARI

Bir işyerinde ya da bir işverenin emrinde veya belirli bir meslekte uzun süre çalışmış bir işçinin, işini kaybetmesi halinde onun işyerine katkıda bulunmuş olması, işinde yıpranması, yeni bir iş edinmede karşılaşacağı güçlükler göz önüne alınarak, geçmiş hizmetlerine karşılık işveren tarafından işçiye kanunda sayılı hallerde ve koşullarda toplu bir para olarak ödenen kıdem tazminatı¹, her şeyden önce insani düşüncelerin ve hakkaniyetin bir gereği olarak karşımıza çıkmaktadır². Zira işyerinde uzun yıllar gayret ve fedakarlıklarla çalışan özellikle kıdemli-yaşlı işçilere işten ayrıldıklarında verilecek böyle bir tazminat, onlara maddi bir destek verecek ve yeni bir iş arayıp bulmalarını kolaylaştırabilecektir³.

Bu anlamda, iş sözleşmesi belirli hallerde sona eren işçiye ya da mirasçılara, duruma göre aynı yada farklı işverenler nezdindeki hizmet süreleri dikkate alınarak, 1475 sayılı İş Kanunu m.14 uyarınca ödenmesi gereken bir miktar para olarak tanımlanabilecek⁴ olan kıdem tazminatı Türk İş Hukukuna ilk kez 1936 tarihli ve 3008 sayılı İş Kanunu ile girmiştir. Daha sonra, 25.01.1950 tarih ve 5518 sayılı Kanunla 3008 sayılı İK.'nın kıdem tazminatına ilişkin maddesinde değişiklik yapılarak işçilerin iş sözleşmesini fesih halleri kıdem tazminatı açısından sınırlandırılmıştır⁵. Bunu takiben 3008 sayılı Kanunda bu kez 08.02 1952 tarih ve 5868 sayılı Kanunla⁶ değişiklik yapılarak iş sözleşmesinin yaşlılık sigortasından aylık veya toptan ödeme almak amacıyla feshinde de işçilere kıdem tazminatı alma hakkı tanınmıştır. 3008 sayılı İş Kanunu'ndaki bu düzenleme, daha sonra kabul edilen 28.07.1969 tarih ve 931 sayılı İş Kanunu yürürlüğe girinceye kadar yürürlükte kalmıştır. 931 sayılı İş Kanunu'nun 12.05.1970 tarihinde Anayasa Mahkemesince iptal edilmesi ve iptal kararının 12.11.1970 tarihinde yürürlüğe girmesinden sonra 25.08.1971 tarihinde kabul edilen ve halen yürürlükte olan 1475 sayılı İş Kanunu'nun⁷ 14. maddesinde tekrar yerini alan kıdem tazminatı müessesesi maddede yapılan pek çok değişiklikle⁸ günümüze dek varlığını sürdürmüştür.

Kıdem tazminatı, iş sözleşmesinin sona ermesi halinde ortaya çıkan bir işçilik hakkı olmakla beraber, iş sözleşmesinin sona erdiği her durumda değil, kanunen belirlenen sayılı ve sınırlı sona erme hallerinde belirli bir kıdeme sahip olan işçiler için söz konusu olmaktadır. Bugün için halen yürürlükte olan 1475 sayılı İş Kanunu'nun⁹ 14. maddesinin birinci fıkrası¹⁰, İş Kanunu'na tabi işçilerin kıdem tazminatına hak kazanabilmesini bu işçilerin iş sözleşmelerinin;

* işveren tarafından;

- İş Kanunu'nun 25. maddesinin II numaralı bendinde gösterilen sebepler dışında,

* işçi tarafından ise;

- İş Kanunu'nun 24. maddesi uyarınca,
- muvazzaf askerlik hizmeti dolayısıyla,
- bağlı bulunduğu kanunla kurulu kurum veya sandıklardan yaşlılık, emeklilik veya ma-

lullük aylığı yahut toptan ödeme almak amacıyla;

- 506 sayılı Kanun'un 60. maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin (a) ve (b) alt bentlerinde öngörülen yaşlar dışında kalan diğer şartları veya aynı Kanunun Geçici 81. maddesine göre yaşlılık aylığı bağlanması için öngörülen sigortalılık süresini ve prim ödeme gün sayısını tamamlayarak¹¹

feshedilmesi koşuluna tabi tutmuştur. Diğer yandan, kadın işçiler de evlendikleri tarihten itibaren bir yıl içerisinde kendi arzuları ile iş sözleşmelerini feshederlerse yine kıdem tazminatına hak kazanacaklardır. Söz konusu bu fesih halleri dışında, iş sözleşmesinin işçinin ölümü sebebiyle son bulması durumunda da işçinin mirasçıları kıdem tazminatına hak kazanacaklardır.

Kanundaki düzenlemeden anlaşıldığı üzere, iş sözleşmesinin işveren tarafından 4857 sayılı Kanun m.25/II'de¹² düzenlenen ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri sebebine dayanılarak feshedilmesi hali dışında, 4857 sayılı Kanun m.17 uyarınca yapılacak olanlar da dahil olmak üzere, işverence yapılacak tüm fesihlerde işçi kıdem tazminatına hak kazanacaktır. Buna karşılık, iş sözleşmesinin işçi tarafından feshi halinde ise, 4857 sayılı Kanun m.24 uyarınca işçi tarafından yapılan tüm haklı sebeple bildirimsiz fesihlerde kıdem tazminatı hakkı doğacaktır. Ancak iş sözleşmesinin işçi tarafından İK.m.17 uyarınca, bildirimli fesihle feshedilmesi hallerinde ise, işçi sadece Kanunda belirtilen dört halde kıdem tazminatına hak kazanacaktır. Bu haller ise, kadın işçilerin evlendikleri tarihten itibaren bir yıl içerisinde sözleşmelerini kendilerinin feshetmeleri; bağlı oldukları kanunla kurulu kurum veya sandıklardan yaşlılık, emeklilik veya malullük aylığı yahut toptan ödeme almak amacıyla işçilerce iş sözleşmesinin feshedilmesi; 506 sayılı Kanun'un 60. maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin (a) ve (b) bentlerinde öngörülen yaşlar dışında kalan diğer şartları veya aynı Kanun'un geçici 81. maddesine göre yaşlılık aylığı bağlanması için öngörülen sigortalılık süresini ve prim ödeme gün sayısını tamamlayarak işçilerin kendi istekleri ile iş sözleşmelerini

feshetmeleri ve son olarak da muvazzaf askerlik hizmeti dolayısıyla iş sözleşmesinin feshedilmesi halleridir.

Bizim çalışmamızın konusunu, işçilerin kendi istekleri ile, bağlı buldukları kanunla kurulu kurum veya sandıklardan yaşlılık, aylığı almak amacıyla veya 506 sayılı Kanun'un 60. maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin (a) ve (b) bentlerinde öngörülen yaşlar dışında kalan diğer şartları veya aynı Kanunun geçici 81. maddesine göre yaşlılık aylığı bağlanması için öngörülen sigortalılık süresini ve prim ödeme gün sayısını tamamlayarak iş sözleşmelerini feshetmeleri ve kıdem tazminatına hak kazanmaları oluşturmaktadır.

II- EMEKLİLİK VE İŞÇİNİN EMEKLİLİĞE HAK KAZANMASI KAVRAMLARI

A- Emeklilik Kavramı

Yaşlılık, ekonomik açıdan gelir kaybı ve sağlık harcamalarının artması nedeniyle gider artışına yol açan ve toplumsal yönden sosyal güvenlik ihtiyacının en belirgin olarak kendini gösterdiği, uzun bir sürece yayılan toplumsal bir risktir¹³. Gerçekten de yaşlılık, hayat süresinin doğal ve gelinmesi kaçınılmaz son çağı olarak tanımlanabilirken, emeklilik de bu durumun bir sonucu olarak adlandırılabilir¹⁴. Günümüzde emeklilik kişinin yaşamında yaşlılığa geçişi belirleyen, bir dönüm noktası olarak görülmektedir.

Mevzuatımıza bakıldığında, “Emeklilik” ya da “Emekli”yi tanımlayan, unsurlarıyla açıklayan bir hükmün bulunmadığı görülmektedir. Nitekim emekliliğe ilişkin hükümlerin yer aldığı 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun¹⁵, “Yaşlılık sigortasından sağlanan haklar ve yararlanma şartları” başlıklı 28. maddesinde de, bu kavramlar açıklanmaksızın, yaşlılık sigortasından sigortalıya yaşlılık aylığı bağlanmasının veya toptan ödeme yapılmasının mümkün olduğu belirtilmiş, sigortalıların taşımak zorunda oldukları özelliklerden söz edilmiş ve yaşlılık aylığından yararlanabilmek için işçilerin çalıştığı işten ayrıldıktan sonra ya-

zılı istekte bulunmaları gerektiği esası getirilmiştir.

Doktrinde ise, “Emeklilik” ve “emekliye ayrılma” ve “emekli” kavramlarına çeşitli tanımlar getirildiği görülmektedir. Buna göre, “emekliye ayrılma”, muayyen bir yaşa gelmiş veya muayyen bir müddet hizmet etmiş bulunan bir kişinin artık hizmet sektöründen takatsizliği ve kudretsizliği dolayısıyla ayrılması ya da kanunlarla öngörülen belli bir süre çalışma şartını yerine getirmiş kişilerin işyerlerinden ayrıldıktan sonra çalıştığı süreye karşılık bir gelire sahip olması olarak; “emeklilik”, muayyen bir süre hizmet etmiş olan bir kimsenin çalışma hayatına son vererek aktif çalışan statüsünden çıkması ya da iş ve işle ilgili etkinliklerin devredilmesi olarak; “emekli” ise, bu işlemlere konu olan çalışanlar olarak tanımlanabilmektedir¹⁶. Emekli olma işleminden sonraki hayat dönemi ise, “emeklilik dönemi” olarak adlandırılmaktadır. Bu anlamda emeklilik, iş yaşamının ardından gelen ve kişinin kariyerinin son aşaması olarak değerlendirilebilecek bir olgudur.

Gerçekten de, emeklilik denildiğinde bireyin çalışma yaşamına son verilmesi anlaşılmaktadır. Ancak ülkemizdeki emeklilik yaşının, gelişmiş ülkelere nazaran daha düşük ve emeklilere sağlanan ekonomik olanakların yetersiz olması, hukuken emekli statüsü kazananların çalışma yaşamlarına devam etmeleri sonucuna yol açmaktadır. Sosyal güvenlik reformu çerçevesinde yapılan kanuni düzenlemeler emeklilik yaşını artırmışsa da, gerek bu yaşların kademeli bir şekilde uygulanacak olması, gerekse sosyal ve ekonomik faktörler, emeklilerin çalışma yaşamına devam etmeleri konusunun önemini sürdürüleceğini göstermektedir.

B- Emekliliğe Hak Kazanma Kavramı ve Koşulları

Çalışma hayatında emeklilik kavramı ile yaşlılık olgusu genellikle bir arada ele alınmaktadır. Zira emeklilik, genellikle bireyin olgunluk döneminde, fizyolojik olarak yaşlanmaya başlanması ile birlikte gündeme gelmektedir. İş hukuku açısından emekliliğe hak kazanma, çalışanın, bağlı olduğu sosyal güvenlik kuruluşu ile ilgili mevzuatın öngördüğü şartları taşıması

halinde yaşlılık aylığına hak kazanmasını ifade etmektedir.

Ülkemizde yaşlılık aylığına hak kazanma koşulları dönem dönem çok büyük değişikliklere uğratılmış, bu konuda istikrarlı bir uygulama sergilenememiştir. Bugün için yürürlükte olan 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'ndan önce işçi sigortalarına ilişkin olarak yürürlükte olan 506 sayılı SSK¹⁷'dan önce yürürlükte olan 5417 ve 6900 sayılı kanunlarda, yaşlılık aylığı almak için doldurulması gereken yaş kadın erkek ayrımı yapılmadan 60 olarak belirlenmişti. Daha sonra yürürlüğe giren 506 sayılı Kanun ise emeklilik yaşını önce erkek için 60, kadın için 55 olarak düzenlemiş; ancak daha sonra yapılan değişiklikle¹⁸ yaş sınırı erkek için 55, kadın için 50 yaşa indirilmiştir. Bu dönemde ayrıca yaşlılık aylığı almak için Kanun'a yaş koşulu aramayan bir üçüncü imkan da getirilmiştir. Buna göre, yaşlılık aylığı almak için gerekli olan belli bir yaşı tamamlama ve belli süre prim ödeme yanında, çalışanların yaş koşulu aranmaksızın sadece belli süre sigortalılık ve prim ödeme ile de emekli olarak yaşlılık aylığına hak kazanmalarının önü açılmıştır. Yani bir başka ifade ile, o dönemde 25 yıldan beri sigortalı olan ve 5000 prim gününü dolduran işçiler, 50-55 yaş koşulunu taşımasalar bile yaşlılık aylığına hak kazanmaktaydılar¹⁹.

Bu uygulamayı takiben, siyasi çıkar sağlanması amacı ile yapılan ve Türk sosyal güvenlik sistemine ciddi darbe vuran değişiklikler gündeme gelmiştir²⁰. Söz konusu bu değişiklikler sonucu, 25 yıllık sigortalılık süresi kadınlar için 20 yıla inmiş, erkekler için yine 25 yıl olarak kalmış, ayrıca 18 yaşından önceki sigortalı çalışmaların sigortalılık süresine eklenmemesi, fakat prim ödeme gün sayısına katılması öngörülerek, yaşlılık aylığına hak kazanmak için gerekli yaş koşulu kadınlar için 38, erkekler için ise 43'e kadar inmiştir²¹.

Mevcut düzenlemenin sosyal güvenlik sisteminin finansman yapısında yarattığı olumsuzlukların ortaya çıkması sonucu, 25.08.1999 tarih ve 4447 sayılı Kanun'la²² tekrar emeklilik koşullarında değişiklik yapılmış ve ilk defa 4447 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği

08.09.1999 tarihinden sonra sigortalı olanlar için, yaşlılık aylığına hak kazanma yaşı, kural olarak, kadınlarda 58, erkeklerde 60 olarak kabul edilmiştir. 4447 sayılı Kanunla ayrıca prim ödeme gün sayıları da değiştirilerek, 5000 olan prim gün ödene sayısı 7000'e, 3600 gün olan ikinci seçenek ise 4500 güne çıkarılmıştır. Diğer yandan, 4447 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 08.09.1999 tarihinden önce sigortalı olanlar için ise, 506 sayılı SSK'nın geçici 81. maddesi ile gerek yaştan gerekse prim ödeme gün sayısındaki bu artışın bu durumdakilere kademeli bir şekilde yansıtılması esası getirilmiştir.

Bu değişiklikleri takiben, sosyal güvenlik reformu kapsamında kabul edilen ve bugün için de yürürlükte olan 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu²³ ise, yeniden yaşlılık aylığına hak kazanmak için gereken yaş ve prim ödeme gün sayısını artıran değişiklikler getirmiştir. 5510 sayılı Kanun, emeklilik yaşındaki artışın 2036 yılından itibaren kademeli bir şekilde gerçekleşmesine ve 2048 yılında emeklilik yaşının hem kadınlarda hem de erkeklerde 65 olmasına yönelik düzenlemeler içermektedir²⁴. Prim gün sayısı da içiler için 7000 günden 7200 güne çıkarılmıştır.

Görüldüğü üzere, bu kadar sık ve kapsamlı yapılmış bulunan değişiklikler ve özellikle kademeli geçiş ve farklı şekillerde emekli olabilme ve yaşlılık aylığına hak kazanabilme imkanları uygulamada hem İş Hukuku açısından, hem işçiler açısından ve hem de işverenler açısından birçok sorunun ve tereddütün ortaya çıkmasına sebep olabilmektedir. Zira emeklilik ve yaşlılık aylığına hak kazanmadan söz edildiğinde, ilk defa 08.09.1999 tarihinden önce sigortalı olanların; 08.09.1999-30.4.2008 tarihi arasında sigortalı olanların ve 30.04.2008 tarihinden sonra sigortalı olanların durumlarının ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir.

Buna göre, 5510 sayılı Kanun uyarınca, 30.04.2008 tarihinden sonra ilk defa sigortalı olan işçiler, kadın ise 58, erkek ise 60 yaşını doldurmuş olmaları ve en az 7200 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirmiş olmaları koşuluyla emekli olabilecek ve kendilerine yaşlılık aylığı bağlanabilecektir (m.28/I, a). Yani bir başka ifade ile sigortalı,

prim ödeme gün sayısını tamamlasa dahi yaşlılık aylığına hak kazanabilmek için yaş koşulunu da gerçekleştirmek zorunda olacaktır. 5510 sayılı Kanun bunun dışında sigortalılara bir başka seçenek daha sunmuştur. Buna göre, sigortalılar yaş hadlerine 65 yaşını geçmemek üzere üç yıl eklenmek ve adlarına en az 5400 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirilmiş olmak şartıyla da yaşlılık aylığından yararlanabileceklerdir (m.28/III)²⁵. Görüldüğü üzere, 5510 sayılı Kanun, kural olarak emeklilik aylığı bağlanabilmesi için sadece prim ödeme gün sayısı ve yaşı esas almış, belirli bir sigortalılık süresinin tamamlanmasını yaşlılık aylığı için öngörmemiştir. Buna karşılık, sadece özel koşullarla aylık bağlanmasına ilişkin durumlarda, sigortalılık süresinin önemi bulunmamaktadır²⁶.

08.09.1999-30.04.2008 tarihleri arasında ilk defa sigortalı olanlara ilişkin olarak 5510 sayılı Kanun, Geçici 9. maddesinde bir geçiş hükmü öngörmüştür. Buna göre, ilk defa 08.09.1999-30.04.2008 tarihleri arasında sigortalı olan işçiler, kadın ise 58, erkek ise 60 yaşını doldurmak ve en az 7000 gün (19 yıl 5 ay 10 gün) malullük, yaşlılık, ölüm sigortası primi ödemek³² veya yine kadın ise 58, erkek ise 60 yaşını doldurmak, 25 yıldan beri sigortalı olmak ve en az 4500 gün (12 yıl 6 ay) malullük, yaşlılık, ölüm sigortası primi ödemiş olmak koşuluyla yaşlılık aylığına hak kazanacaklardır.

08.09.1999 tarihinden önce ilk defa sigortalı olan işçiler için ise, bugün halen yürürlükte olan 1999 tarih ve 4447 sayılı Kanun'la 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'na eklenmiş olan geçici 81. maddede yer alan esaslar, yaşlılık aylığına hak kazanma koşullarının tespitinde göz önüne alınmaktadır. Söz konusu düzenlemede geçiş dönemi için ağırlıklı olarak sigortalılık süresi esas alınmış, bunun yanında sınırlı olarak yaşa ve prim ödeme gün sayısına da yer verilmiştir.

Geçiş hükümleri uyarınca, 4447 sayılı Kanun'un yürürlük tarihi olan 08.09.1999'da, önceki kanun hükümlerine göre yaşlılık aylığına hak kazanmış olanlar ile 08.09.1999 tarihinde 18 yıllık sigortalılık süresini dolduran kadınlar ve 23 yıllık sigortalılık süresini dolduran erkek-

ler 506 sayılı Kanun'un 4447 sayılı Kanun'la değişiklik yapılmadan önceki hükümlerine göre, 4447 sayılı Kanun'dan etkilenmeksizin yaşlılık aylığına hak kazanacaklardır (geç. m.81/A)²⁷.

Diğer yandan 506 sayılı Kanun'da düzenlenmiş olan diğer emeklilik seçeneği olan kadınlarda 50, erkeklerde 55 yaş, 3600 gün prim ve 15 yıl sigortalılık süresi ile emekli olabilme yolunu ise, 4447 sayılı Kanunun geçiş dönemi hükümleri değiştirmemiş, 4447 sayılı Kanunun yürürlüğünden önce (08.09.1999) sigortalı olanlar için bu yolu açık tutmuştur. Buna karşılık, 08.09.1999'dan sonra sigortalı olarak çalışmaya başlayacak olanlar ise, 58-60 yaşını, 25 yıllık sigortalılık süresini ve 4500 prim gününü doldurarak bu seçenekle emekli aylığına hak kazanabileceklerdir.

4447 sayılı Kanun'da yer alan, 506 sayılı Kanun'un geçici 81. maddesinin C bendinin (b) alt bendinde "(a) bendinde öngörülen şartları yerine getirememiş durumda olanlardan kadın ise 52, erkek ise 56 yaşını doldurmuş olması, en az 15 yıllık sigortalılık süresini tamamlaması ve en az 3600 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödemiş olmaları şartıyla sigortalıların yaşlılık aylığından yararlanabilmelerine imkan tanıyan hüküm ile, Kanun'un yürürlük tarihinden önce sigortalı olanların bir kısmı için getirmiş olduğu 9 kademeli geçiş sürecine ilişkin düzenlemeyi ise Anayasa Mahkemesi iptal etmiş, bu düzenlemenin yerini alan düzenleme ise, 4759 sayılı Kanun'la²⁸ yapılmıştır. Söz konusu düzenlemede kademeli geçiş sürecine ilişkin olarak sigortalılık süresi açısından 23.05.2002 tarihi esas alınmıştır. 4759 sayılı Kanun'la değişik geçici 81. madde, sigortalılar için aranan sigortalılık süresini, işe giriş tarihi, süre, yaş ve prim koşullarını, ayrıntılı bir şekilde düzenleyerek geçiş sürecini²⁹ adil bir şekilde gerçekleştirmeyi amaçlamıştır³⁰.

15 yıllık sigortalılık süresini tamamlaması ve en az 3600 gün prim gün sayısı ile emeklilik konusunu da 4759 sayılı Kanun tekrar düzenlemiştir. Buna göre de, 4759 sayılı Kanun'la değişik geçici 81. madde uyarınca, 15 yıllık sigortalılık süresini, 3600 prim gününü ve 50 yaşını;

- 23.5.2002 tarihinde gerçekleştirmiş olan kadınlar diledikleri tarihte,

- 24.5.2002-23.5.2005 tarihleri arasında gerçekleştirecek kadınlar 52 yaşını,
 - 24.5.2005-23.5.2008 tarihleri arasında gerçekleştirecek kadınlar 54 yaşını,
 - 24.5.2008-23.5.2011 tarihleri arasında gerçekleştirecek kadınlar 56 yaşını,
 - 24.5.2011 tarihinden sonra gerçekleştirecek kadınlar 58 yaşını doldurunca yaşlılık aylığına hak kazanacaklardır (4759 s. K. m. 3/c).
- Bunun gibi, 15 yıllık sigortalılık süresini, 3600 prim gününü ve 55 yaşını;
- 23.5.2002'de gerçekleştirmiş olan erkekler diledikleri tarihte,
 - 24.5.2002-23.5.2005 tarihleri arasında gerçekleştirecek erkekler 56 yaşını
 - 24.5.2005-23.5.2008 tarihleri arasında gerçekleştirecek erkekler 57 yaşını,
 - 24.5.2008-23.5.2011 tarihleri arasında gerçekleştirecek erkekler 58 yaşını
 - 24.5.2011-23.5.2014 tarihleri arasında gerçekleştirecek erkekler 59 yaşını
 - 24.5.2014'den sonra gerçekleştirecek erkekler 60 yaşını doldurunca yaşlılık aylığına hak kazanacaklardır.

III- İŞ SÖZLEŞMESİNİN EMEKLİLİĞE HAK KAZANMA SEBEBİYLE İŞÇİ TARAFINDAN FESHİNDE KIDEM TAZMİNATI

A- Emekliliğe Hak Kazanma Sebebiyle İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Feshinde Kıdem Tazminatı Hakkı

Yukarıda da ifade edildiği üzere, kıdem tazminatı, iş sözleşmesinin sona ermesi halinde ortaya çıkan bir işçilik hakkı olmakla beraber, iş sözleşmesinin sona erdiği her durumda değil, ancak iş sözleşmesinin Kanunda belirtilen şekillerde feshedilmesi ve işçinin ölümü hallerinde söz konusu olan bir haktır.

İş sözleşmesinin 4857 sayılı Kanun m.24 uyarınca işçi tarafından haklı sebeple bildirimsiz feshi dışında, işçi tarafından yapılan diğer bildirimli fesih hallerinde ise, işçi kural olarak kıdem tazminatına hak kazanamayacaktır. Ancak istisnai olarak iş sözleşmesinin işçi tarafından İK.m.17 uyarınca bildirimli fesih suretiyle

feshedilmesi hallerinde, işçi sadece Kanunda belirtilen dört halde kıdem tazminatına hak kazanacaktır.

Bu istisnai hallerden ikisi olan;

- işçi tarafından bağlı buldukları kanunla kurulu kurum veya sandıklardan yaşlılık, emeklilik veya malullük aylığı yahut toptan ödeme almak amacıyla iş sözleşmesinin feshedilmesi ile

- 506 sayılı Kanun'un 60. maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin (a) ve (b) bentlerinde öngörülen yaşlar dışında kalan diğer şartları veya aynı Kanun'un geçici 81. maddesine göre yaşlılık aylığı bağlanması için öngörülen sigortalılık süresini ve prim ödeme gün sayısını tamamlayarak işçinin kendi isteği ile sözleşmesini feshetmesi,

iş sözleşmesinin emekliliğe hak kazanma sebebi ile işçi tarafından feshedilmesi olarak ifade edilebilecektir.

1- İş Sözleşmesinin İşçilerin Bağlı Buldukları Kanunla Kurulu Kurum veya Sandıklardan Yaşlılık Aylığı Almak Amacıyla Feshedilmesi

Görüldüğü üzere, sözünü ettiğimiz bu istisnai hallerden ilki; iş sözleşmesinin işçilerin bağlı buldukları kanunla kurulu kurum veya sandıklardan yaşlılık aylığı almak amacıyla feshedilmesi durumudur. Buna göre işçi öncelikle yukarıda ana hatları ile belirtmeye çalıştığımız, yaşlılık aylığına hak kazandığı hallerde, iş sözleşmesini bildirimli fesih suretiyle feshettiğinde kıdem tazminatına hak kazanacaktır.

İş sözleşmesinin işçilerin bağlı buldukları kanunla kurulu kurum veya sandıklardan yaşlılık, emeklilik veya malullük aylığı yahut toptan ödeme almak amacıyla feshedilmesi sebebiyle kıdem tazminatına hak kazanılabilmesi için, söz konusu koşulun gerçekleştiğinin ispat edilmesi gereklidir. Bu anlamda fesih sebebi ile kıdem tazminatı talep eden işçinin, yaşlılık veya malullük aylığına ya da toptan ödemeye hak kazanmış olduğunu belgelemiş olması ve talepte bulunduğunu ispat eden başvurusunu³¹ da işverene istendiğinde ibraz edebilecek durumda olması gerekmektedir. Zira, Sosyal Gü-

venlik Kurumu'nca kazanılmış bulunan haklar ancak talep edilme halinde verilebileceklerinden, burada işçinin yazılı talebi, emekli olmak iradesinin(yaşlılık aylığı veya malullük aylığı almak üzere işten ayrıldığı) kesin bir delili olma niteliğini taşıyacaktır³².

Doktrinde iş sözleşmesini fesheden işçinin, kuruma başvuruda bulunduğunu ve aylığa hak kazandığını bildiren, kurumdan aldığı belgeyi işverene tevdi ettiği an, işverenin kıdem tazminatını ödeme yükümlülüğünün doğacağı ifade edilmektedir³³. Yargıtay da bu görüştedir³⁴. Zira söz konusu belgenin iletilmesi burada işverenin inandırılması açısından önem taşımaktadır. Diğer yandan doktrinde, söz konusu belgenin daha geç tevdi edilmesi durumunda dahi, fesih tarihi itibari ile emeklilik işlemi yapılmış ise, ödeme yükümlülüğünün fesih tarihinde başlamış sayılacağı ifade edilmektedir³⁵.

Yargıtay yerinde olarak, kuruma başvuru yeterli görmekte, aylığın bağlanmış olmasını aramamaktadır³⁶. Bununla birlikte yine Yargıtay'a göre 1475 sayılı İK.m.14/4 hükmü "kamu düzeni ile ilgili olup buyurucu ve bağlayıcı nitelikte olduğundan" toplu iş sözleşmesine aksine hüküm konulamayacak, konulması halinde ise ilgili toplu iş sözleşmesi hükmü geçersiz olacaktır³⁷. Ancak 4857 sayılı İK.'nın eski 1475 sayılı İK.'nın 14. maddesinin dışındaki tüm maddelerini iptal etmesi bu arada kıdem tazminatına ilişkin hükümlere aykırılık halinde uygulanacak müeyyidelerin olduğu maddeleri de iptal etmesi sonucu artık Yargıtay'ın bu konudaki görüşü tartışmaya açık olacaktır.

Diğer yandan, iş sözleşmesinin işçilerin bağlı buldukları kanunla kurulu kurum veya sandıklardan yaşlılık, emeklilik veya malullük aylığı yahut toptan ödeme almak amacıyla feshedilmesinde işçi tarafından bildirim süresine uyulmasına da gerek bulunmayacaktır³⁸.

2- Yaş Dışında, Yaşlılık Aylığı Bağlanması İçin Öngörülen Sigortalılık Süresini ve Prim Ödeme Gün Sayısını Tamamlayarak İş Sözleşmesinin Feshedilmesi

Yukarıda da ifade edildiği üzere, 25.08.1999

tarikh ve 4447 sayılı Kanunla³⁹ emeklilik koşullarında yapılan esaslı değişiklik ve ilk defa 4447 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 08.09.1999 tarihinden sonra sigortalı olanlar için, yaşlılık aylığına hak kazanma yaşının, kural olarak, kadınlarda 58, erkeklerde 60 olarak kabul edilmesinin uygulamada ortaya çıkarabileceği sorunları göz önüne alan kanun koyucu, aynı Kanunun 45. maddesiyle 1475 sayılı İK'nın 14. maddesine bir bent ekleyerek, "emeklilik yaşını doldurmamış" olmakla birlikte; "yaşlılık aylığı bağlanması için öngörülen sigortalılık süresini ve prim ödeme gün sayısını tamamlayan işçilere, yaş haddini dolduramadıklarından emekli olamasalar bile, iş sözleşmelerini bildirimli fesih suretiyle feshetmeleri durumunda kıdem tazminatına hak kazanma imkanını tanımıştır⁴⁰.

Buna göre, 1475 sayılı İK. m.14/1-bent 5 uyarınca, 506 sayılı Kanun'un 60. maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin (a) ve (b) alt bentlerinde öngörülen yaşlar dışında kalan diğer şartların varlığı veya aynı Kanun'un geçici 81. maddesine göre yaşlılık aylığı bağlanması için öngörülen sigortalılık süresini ve prim ödeme gün sayısını tamamlanması durumunda, işçi tarafından iş sözleşmesi bildirimli olarak feshedilirse işçi kıdem tazminatına hak kazanacaktır.

Bente sözü geçen 506 sayılı Kanun'un 60. maddesi 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 106. maddesi⁴¹ ile yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak yine 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 104. maddesinin birinci fıkrası⁴² uyarınca, 5510 sayılı Kanun'la yürürlükten kaldırılmayan hükümleri saklı kalmak kaydıyla, 17.07.1964 tarihli ve 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'na ... yapılan atıflar ile ilgili mevzuatında emeklilik, malullük, vazife malullüğü ve sosyal sigorta haklarına, yardımlarına ve yükümlülüklerine, iştirakçiliğe ve sigortalılığa, dul, yetim ve hak sahipliği şartlarına, emekli ikramiyesine, ek ödemelere, sağlık hizmetleri veya tedavi bedellerinin ödenmesine ilişkin yapılan atıflar 5510 sayılı Kanun'un ilgili maddelerine yapılmış sayılacaktır.

Buna göre, 1475 sayılı İK.'nın 14/1-bent 5 uyarınca, 506 sayılı Kanun'un 60. maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin (a) ve (b)⁴³ alt

bentlerine yapılan atfın 5510 sayılı Kanun'un yaşlılık sigortasından sağlanan haklar ve yararlanma şartları başlıklı 28. maddesinin ikinci fıkrasının⁴⁴ (a) bendine yapılmış sayılacağı anlaşılabacaktır. Söz konusu maddeye göre, ilk defa 5510 sayılı Kanun'a göre sigortalı sayılanlar kadın ise 58, erkek ise 60 yaşını doldurmuş olmaları ve en az 9000 gün malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirilmiş olması şartıyla yaşlılık aylığına hak kazanacaklardır. Ancak, iş sözleşmesi ile çalışan işçiler açısından bu prim gün sayısı şartı 7200 gün olarak uygulanacaktır. Söz konusu hüküm, 1475 sayılı İK.'nın 14. maddesi ile birlikte yorumlandığında da, yaş sınırı göz önüne alınmaksızın ilk defa 5510 sayılı Kanun'a göre sigortalı sayılan kadın ve erkek işçiler, 7200 gün prim ödeme gün sayılarını doldurdıkları takdirde, iş sözleşmelerini bildirimli olarak emeklilik sebebiyle feshettiklerinde kıdem tazminatına hak kazanacaklardır.

1475 sayılı İK. m.14/1-bent 5'de sözü edilen ve kıdem tazminatına hak kazandıran diğer durum ise, 506 sayılı SSK'nın geçici 81. maddesine göre yaşlılık aylığı bağlanması için öngörülen sigortalılık süresini ve prim ödeme gün sayısını tamamlamış olan işçinin iş sözleşmesini bildirimli olarak feshetmesidir. Söz konusu geçici 81. madde⁴⁵ halen yürürlüktedir. Buna göre, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihte⁴⁶; Kanun'un yürürlük tarihinden önce yürürlükte bulunan hükümlere göre yaşlılık aylığı bağlanmasına hak kazanmış olanlar ile sigortalılık süresi 18 yıl ve daha fazla olan kadınlar ve sigortalılık süresi 23 yıl ve daha fazla olan erkekler hakkında, 506 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce yürürlükte bulunan hükümler uygulanacaktır.

Bu durumdaki sigortalılar dışında ise, 23.05.2002 tarihinde⁴⁷,

- sigortalılık süresi 18 (dahil) yıldan fazla olan kadınlar 20 yıllık sigortalılık süresini ve 40 yaşını doldurmaları, sigortalılık süresi 23 yıldan (dahil) fazla olan erkekler 25 yıllık sigortalılık süresini ve 44 yaşını doldurmaları ve en az 5000 gün,

- Sigortalılık süresi 17 (dahil) yıldan fazla, 18 yıldan az olan kadınlar 20 yıllık sigortalılık süresini ve 41 yaşını doldurmaları, sigortalılık

süresi 21 yıl 6 ay (dahil) dan fazla, 23 yıldan az olan erkekler 25 yıllık sigortalılık süresini ve 45 yaşını doldurmaları ve en az 5000 gün,

- Sigortalılık süresi 16 (dahil) yıldan fazla, 17 yıldan az olan kadınlar 20 yıllık sigortalılık süresini ve 42 yaşını doldurmaları, sigortalılık süresi 20 yıl (dahil) dan fazla, 21 yıl 6 aydan az olan erkekler 25 yıllık sigortalılık süresini ve 46 yaşını doldurmaları ve en az 5075 gün,

- Sigortalılık süresi 15 (dahil) yıldan fazla, 16 yıldan az olan kadınlar 20 yıllık sigortalılık süresini ve 43 yaşını doldurmaları, sigortalılık süresi 18 yıl 6 ay (dahil) dan fazla, 20 yıldan az olan erkekler 25 yıllık sigortalılık süresini ve 47 yaşını doldurmaları ve en az 5150 gün,

- Sigortalılık süresi 14 (dahil) yıldan fazla, 15 yıldan az olan kadınlar 20 yıllık sigortalılık süresini ve 44 yaşını doldurmaları, sigortalılık süresi 17 yıl (dahil) dan fazla, 18 yıl 6 aydan az olan erkekler 25 yıllık sigortalılık süresini ve 48 yaşını doldurmaları ve en az 5225 gün,

- Sigortalılık süresi 13 (dahil) yıldan fazla, 14 yıldan az olan kadınlar 20 yıllık sigortalılık süresini ve 45 yaşını doldurmaları, sigortalılık süresi 15 yıl 6 ay (dahil) dan fazla, 17 yıldan az olan erkekler 25 yıllık sigortalılık süresini ve 49 yaşını doldurmaları ve en az 5300 gün,

- Sigortalılık süresi 12 (dahil) yıldan fazla, 13 yıldan az olan kadınlar 20 yıllık sigortalılık süresini ve 46 yaşını doldurmaları, sigortalılık süresi 14 (dahil) yıldan fazla, 15 yıl 6 aydan az olan erkekler 25 yıllık sigortalılık süresini ve 50 yaşını doldurmaları ve en az 5375 gün,

- Sigortalılık süresi 11 (dahil) yıldan fazla, 12 yıldan az olan kadınlar 20 yıllık sigortalılık süresini ve 47 yaşını doldurmaları, sigortalılık süresi 12 yıl 6 ay (dahil) dan fazla, 14 yıldan az olan erkekler 25 yıllık sigortalılık süresini ve 51 yaşını doldurmaları ve en az 5450 gün,

- Sigortalılık süresi 10 (dahil) yıldan fazla, 11 yıldan az olan kadınlar 20 yıllık sigortalılık süresini ve 48 yaşını doldurmaları, sigortalılık süresi 11 (dahil) yıldan fazla, 12 yıl 6 aydan az olan erkekler 25 yıllık sigortalılık süresini ve 52 yaşını doldurmaları ve en az 5525 gün,

- Sigortalılık süresi 9 (dahil) yıldan fazla, 10 yıldan az olan kadınlar 20 yıllık sigortalılık süresini ve 49 yaşını doldurmaları, sigortalılık

süresi 9 yıl 6 ay (dahil) dan fazla, 11 yıldan az olan erkekler 25 yıllık sigortalılık süresini ve 53 yaşını doldurmaları ve en az 5600 gün,

- Sigortalılık süresi 8 (dahil) yıldan fazla, 9 yıldan az olan kadınlar 20 yıllık sigortalılık süresini ve 50 yaşını doldurmaları, sigortalılık süresi 8 (dahil) yıldan fazla, 9 yıl 6 aydan az olan erkekler 25 yıllık sigortalılık süresini ve 54 yaşını doldurmaları ve en az 5675 gün,

- Sigortalılık süresi 7 (dahil) yıldan fazla, 8 yıldan az olan kadınlar 20 yıllık sigortalılık süresini ve 51 yaşını doldurmaları, sigortalılık süresi 6 yıl 6 ay (dahil) dan fazla, 8 yıldan az olan erkekler 25 yıllık sigortalılık süresini ve 55 yaşını doldurmaları ve en az 5750 gün,

- Sigortalılık süresi 6 (dahil) yıldan fazla, 7 yıldan az olan kadınlar 20 yıllık sigortalılık süresini ve 52 yaşını doldurmaları, sigortalılık süresi 5 (dahil) yıldan fazla, 6 yıl 6 aydan az olan erkekler 25 yıllık sigortalılık süresini ve 56 yaşını doldurmaları ve en az 5825 gün,

- Sigortalılık süresi 5 (dahil) yıldan fazla, 6 yıldan az olan kadınlar 20 yıllık sigortalılık süresini ve 53 yaşını doldurmaları, sigortalılık süresi 3 yıl 6 ay (dahil)'dan fazla, 5 yıldan az olan erkekler 25 yıllık sigortalılık süresini ve 57 yaşını doldurmaları ve en az 5900 gün,

- Sigortalılık süresi 4 (dahil) yıldan fazla, 5 yıldan az olan kadınlar 20 yıllık sigortalılık süresini ve 54 yaşını doldurmaları, sigortalılık süresi 2 yıl 8 ay 15 (dahil) günden fazla, 3 yıl 6 aydan az olan erkekler 25 yıllık sigortalılık süresini ve 58 yaşını doldurmaları ve en az 5975 gün,

- Sigortalılık süresi 3 (dahil) yıldan fazla, 4 yıldan az olan kadınlar 20 yıllık sigortalılık süresini ve 55 yaşını doldurmaları ve en az 5975 gün,

- Sigortalılık süresi 2 yıl 8 ay 15 (dahil) günden fazla, 3 yıldan az olan kadınlar 20 yıllık sigortalılık süresini ve 56 yaşını doldurmaları ve en az 5975 gün, malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödemiş bulunmaları şartı ile yaşlılık aylığından yararlanabileceklerdir.

Diğer yandan, yine 506 sayılı SSK'nın geçici 81. madde C bendi⁴⁸ uyarınca da; 23.05.2002 tarihinde 15 yıllık sigortalılık süresini kadın ise 50, erkek ise 55 yaşını doldurmuş ve 3600 gün

malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödemiş bulunanlara istekleri halinde yaşlılık aylığı bağlanacaktır. 23.5.2002 tarihinde (a) bendinde öngörülen şartları yerine getiremeyenlerden bu şartları; 24.5.2002 ile 23.5.2005 tarihleri arasında yerine getirenler kadın ise 52, erkek ise 56 yaşını doldurmuş olmaları, 24.5.2005 ile 23.5.2008 tarihleri arasında yerine getirenler kadın ise 54, erkek ise 57 yaşını doldurmuş olmaları, 24.5.2008 ile 23.5.2011 tarihleri arasında yerine getirenler kadın ise 56, erkek ise 58 yaşını doldurmuş olmaları, 24.5.2011 tarihinden sonra yerine getiren kadınlar 58, 24.5.2011 ile 23.5.2014 tarihleri arasında yerine getiren erkekler 59 yaşını doldurmuş olmaları, 24.5.2014 tarihinden sonra yerine getiren erkekler 60 yaşını doldurmuş olmaları şartı ile yaşlılık aylığından yararlanabileceklerdir.

1475 sayılı İK. m.14/1-bent 5, 506 sayılı SSK'nın geçici 81. maddesine göre yaşlılık aylığı bağlanması için öngörülen sigortalılık süresini ve prim ödeme gün sayısını tamamlamış olmayı, kıdem tazminatına hak kazanmanın bir yolu olarak gösterdiğinden, yani yaş koşuluunu aramaksızın sadece maddede sözü geçen sigortalılık süresini ve prim ödeme gün sayısını göz önüne aldığından, yukarıda ayrıntıları verilmiş olan Kanun'un geçici 81. maddesinde sözü edilen yaş sınırlarının hiçbiri dikkate alınmaksızın, sadece yaşlılık aylığı bağlanması için öngörülen sigortalılık süresini ve prim ödeme gün sayısını tamamlayan kadın ve erkek işçi iş sözleşmesi bildirimli olarak feshettiğinde kıdem tazminatına hak kazanacaktır.

Yaş dışında, yaşlılık aylığı bağlanması için öngörülen sigortalılık süresini ve prim ödeme gün sayısını tamamlayarak iş sözleşmesinin işçi tarafından bildirimli olarak feshedilmesi durumunda da, işçi m.14/1-bent 5 uyarınca kıdem tazminatına hak kazanacağından, bu koşulun gerçekleştiğini öncelikle ispat etmelidir. Zira bu gibi hallerde işçi prim gün sayısını ve sigortalılık süresini doldurmuş olmasına rağmen henüz genç yaşta olabilecek ve yapılan feshin emeklilik gün sayısının ve sigortalılık süresinin dolması sebebiyle yapıldığı anlaşılabilir. Bu anlamda fesih sebebi ile kıdem tazminatı talep eden işçinin yaşlılık aylığına, prim

gün sayısı ve sigortalılık süresi kapsamında hak kazanmış olduğunu belgelemesi gerekecektir. Yani bir başka ifade ile, işçi iş sözleşmesini yaş haddi dışında yaşlılık aylığı bağlanması için öngörülen sigortalılık süresini ve prim ödeme gün sayısını doldurması sebebi ile 1475 sayılı İK. m.14/1-bent 5 uyarınca feshettiğini fesih beyanında açıkça belirtmelidir. Aksi halde 1475 sayılı İK. m.14/1-bent 5 koşullarını taşıyor olsa bile, bunu fesih esnasında belirtmediği ve belgelemediği takdirde, daha sonra bu koşulların varlığına dayanarak hak talebinde bulunulması mümkün olmayacaktır⁴⁹. Bu anlamda iş sözleşmesini bu durumu belirterek fesheden işçinin, Kurum'a başvuruda bulunması ve Kurumdan alacağı yaş dışında, yaşlılık aylığı bağlanması için öngörülen sigortalılık süresini ve prim ödeme gün sayısını doldurduğunu gösteren belgeyi işverene tevdi etmesi yeterli olacak ve tevdi ile birlikte işverenin kıdem tazminatını ödeme yükümlülüğünün doğacağı ifade edilebilecektir.

Hatta bu konuda bir adım daha ileri giden Yargıtay, uygulamada yapılanın aksine Kurumdan alınacak böyle bir belgede işçinin kıdem tazminatına hak kazanmış olduğu ibaresinin yer almasına da gerek duymamaktadır. Yani Yargıtay sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısını tamamlayarak kendi isteği ile iş sözleşmesini fesheden işçinin feshinin haklı sayılması gerektiğini ve ilgili kanuni düzenlemede, işçinin Sosyal Güvenlik Kurumundan alacağı yazı ile sigortalılık süresini belirledikten sonra kıdem tazminatı almaya hak kazanacağı yolunda bir kural konulmadığını belirterek, Sosyal Güvenlik Kurumunca sadece işçinin sigortalılık süresi, prim ödeme gün ve aylığa esas yaş şartı ile yaşlılık aylığına hak kazanma yolunda bilgi tespit yazısı düzenlenebileceğini, buna karşılık kıdem tazminatı ödenmesi konusunda karar veren makamın Sosyal Güvenlik Kurumu olmayacağını, aksinin kabulü halinde ise taraflar arasında ki iş sözleşmesine ilişkin hukuki ilişkide, taraf olmayan Kurum'un kararının belirleyici olacağını, bunun ise temelde özel hukuk ilişkisi niteliğinde olan "iş sözleşmesi" içeriğine uygun düşmeyeceğini ifade etmektedir⁵⁰.

Diğer yandan, belgenin geç tevdi edilme-

si durumunda dahi, fesih tarihi itibari ile bu koşulların taşınması ve fesih sebebinin fesih bildiriminde açık olarak bildirilmesi koşulu ile kıdem tazminatı ödeme yükümlülüğünün fesih tarihinde başlamış sayılacağı kabul edilebilecektir⁵¹. Hatta Yargıtay iş sözleşmesinin feshi beyanını içerir dilekçesine, ek olarak yaşlılık aylığı koşullarını gerçekleştirdiğine ilişkin belgeyi ekleyerek işverene veren işçinin, kısa bir çalışma süresinin ardından, makul bir süre içerisinde ilgili sosyal güvenlik kurumuna başvurmasını ve yaşlılık aylığı tahsisine hak kazandığının anlaşılması olmasını bile, iş sözleşmesinin "emeklilik" amacıyla feshedilmesi olarak kabul etmektedir. Yani bir başka ifade ile Yargıtay göre, iş sözleşmesinin feshinden sonra işçinin farklı bir işyerinde kısa bir süre çalışılmış olması dahi, iş sözleşmesinin fesih amacını ortadan kaldırmayacak, iş sözleşmesini feshettiği tarih itibariyle sigortalılık süresi ve prim gün sayısı yönünden yaşlılık aylığı için aranan koşulları sağlamış bulunması karşısında, işçi kıdem tazminatına hak kazanacaktır⁵². Yani bir başka ifade ile, Yargıtayın, iş sözleşmesinin hangi hallerde yaşlılık/malullük aylığı-toptan ödeme almak amacıyla feshedilmiş sayılacağı konusunda tutarlı ve kesin bir esas getirmediği ve bu konuda biraz esnek bir yaklaşım sergilediği söylenebilecektir⁵³.

3- Yaş Dışında, Yaşlılık Aylığı Bağlanması İçin Öngörülen Sigortalılık Süresini ve Prim Ödeme Gün Sayısını Tamamlayarak İş Sözleşmesinin Feshedilmesinin Sonuçları

Görüldüğü üzere, 1999 yılında yapılan değişikliklerle işçilere sigorta süresini ve prim gün sayısını doldurmaları koşulu ile yaşları tutmasa dahi kıdem tazminatı talep etme hakkı getirilmiştir. Yani bir başka ifade ile, bir işçi Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu veya 506 sayılı SSK'nın geçici maddeleri uyarınca, emekli olmak için sadece yaşını bekliyorsa, bu sebebe dayanarak iş sözleşmesini feshedip kıdem tazminatına hak kazanabilecektir (1475 sy. İK. m.14/1 bent 5). Bunun için gereken tek koşulun ise işçinin sigorta müdürlüğünden yaş

dışındaki koşulları, yani sigorta süresi ve prim gün sayısını doldurduğunu gösteren bir yazı alması olduğu ifade edilebilecektir. Nitekim uygulamada, Sigorta Müdürlüğü, bu amaçla kendisine başvuran işçinin yaş dışındaki emeklilik koşullarını taşıdığını ve bu sebeple işten ayrılırsa kıdem tazminatı isteyebileceğini hizmet dökümüne yazmakta ve işçi bu yazıyla işverene başvurup iş sözleşmesini feshettiğinde kıdem tazminatı alma hakkına sahip olabilmektedir.

Burada kademeli geçiş hükümlerinden ziyade, yani yaşa dayalı kademelendirme hükümleri dışında özellikle 506 sayılı Kanun'un geçici 81. maddesinin (C) bendi önem taşımaktadır. Zira (C) bendinde emekliliğe ilişkin olarak yaş dikkate alınmadığımızda sadece 15 yıl sigortalılık ve 3600 prim ödeme gün sayısı karşımıza koşul olarak çıkmaktadır.

Yani bir başka deyişle, bir işyerinde çalışan en az bir yıllık kıdemi olan bir işçi, 15 yıl sigortalılık süresini ve 3600 gün prim ödeme gün sayısını doldurdu ise, iş sözleşmesini emeklilik sebebi ile bildirimli olarak feshederse 506 sayılı SSK. Geçici madde 81-bent C ve 1475 sayılı İK. m.14/ bent 5 birlikte değerlendirildiğinde kıdem tazminatına hak kazanmaktadır. Herhangi bir tereddütlü durumda ise, 1475 sayılı Kanun'a 4447 sayılı Kanun ile eklenen 5. bent hükmü uyarınca iş sözleşmesini bu kapsamda feshettiğini iddia eden işçi bunu ispatla yükümlü olacaktır⁵⁴.

Bu konuda uygulamada SGK ve Yargıtay⁵⁵ arasında her hangi bir tereddütlü yaklaşım olmamakla birlikte, sorun bu gerekçeye dayanarak iş sözleşmesini fesheden ve kıdem tazminatına hak kazandığı iddia edilen işçinin bu tazminatı aldıktan sonra başka bir işyerinde tekrar çalışmaya başlamasının, söz konusu kıdem tazminatı alma hakkına bir zarar verip vermeyeceği hususunda ortaya çıkmaktadır.

Kanunda bu konuda her hangi bir açıklık olmamasına rağmen, Yargıtay⁵⁶ bir kararında, sigorta süresini ve prim gün sayısını doldurmak koşulu ile yaş tutmayan bir işçinin kıdem tazminatı talep etme hakkının doğmasını, işçinin iş sözleşmesini feshettiği anda bir daha çalışmama iradesinin olması koşuluna bağlamıştır.

Kanımızca Yargıtay'ın kararında aradığı bu

koşul, hiçbir kanuni zemine dayanmamakta ve işçinin çalışma hak ve özgürlüğünü ileriye yönelik olarak sınırlayan bir nitelik taşımaktadır⁵⁷. Zira Yargıtay'ın bu görüşü kabul edildiğinde, işçinin kanunlardan kaynaklanan bir hakkını kullanabilmesi, Anayasa'dan kaynaklanan çalışma hak ve özgürlüğünden geçici de olsa vazgeçmesi koşuluna bağlanmış olacaktır. Ayrıca kararda belirtilen iş sözleşmesinin fesih anında bir daha çalışmama iradesinin olması son derece soyut ve sadece fesih anındaki iradeyi bağlar niteliktedir. Yani karardaki ifadeye bağlı kalındığında, fesih anındaki iradenin bir daha çalışmama yönünde olmasına rağmen, daha sonra bu iradenin yeniden çalışma yönünde değişmesi pekâlâ mümkün olabilecektir. Nitekim Yargıtay da kararında "...işçinin işten ayrılmasından sonra yeniden çalışmasının gündeme gelebileceği ve Anayasal temeli olan çalışma hakkının ortadan kaldırılmasının beklenmemesi" gereğinden söz edilerek özellikle işçinin "ilk ayrıldığı an" üzerinde durulmuş, işçinin ayrılma anındaki iradesinin önemli olduğundan söz edilmiştir. Yargıtay özellikle işçinin ayrılma anındaki iradesinin tespitinden söz ederek, o anda işçinin başka bir işyerinde çalışmak için işyerinden ayrıldığı anlaşıldığı taktirde 1475 sayılı yasaya 4447 sayılı yasa ile eklenen 5. bent hükmü uyarınca kıdem tazminatına hak kazanılmasının söz konusu olmayacağını ifade etmiştir.

Yargıtay'ın ayrılma anındaki iradeyi esas alan görüşüne karşın, kanımızca, sigorta süresini ve prim gün sayısını doldurmak koşulunu gerçekleştiren ancak yaş tutmayan bir işçi, iş sözleşmesini feshederek kıdem tazminatına hak kazandıktan ve bu tazminatı aldıktan sonra, tekrardan başka bir iş yerinde çalışmaya başlarsa, bu durumun daha önce Kanun uyarınca hak etmiş olduğu kıdem tazminatı hakkı üzerinde bir etkisi olmayacaktır.

Yine bunun gibi bazı işverenlerce, sigorta süresini ve prim gün sayısını doldurmak koşulu ile yaş tutmayan bir işçinin iş sözleşmesini feshetmesi aşamasında, işçinin notere gönderilerek kendisinden bu işyerinden ayrıldıktan sonra başka bir işyerinde çalışmayacağı, aksi takdirde almış olduğu kıdem tazminatını ken-

dilerine iade edeceği yönünde vermesi istenen taahhütnamelerin hukuken korunmayacağı, işçiden baskı ile alınmış bir ibraname veya işe iade davası açmayacağına ilişkin bir belgeden farklı olmayacağı ifade edilebilecektir. Bu anlamda henüz iş sözleşmesi tam anlamıyla haklar ödenerek sonuçlanmadan alınan bu tür bir belgenin, Yargıtay'ın da kararlarında ifade ettiği gibi iş sözleşmesinin devamı sırasında alınan bir belge olarak değerlendirilmesi ve bu tür belgeye hukuken geçerlilik tanınmaması kabul edilebilecektir⁵⁸.

Zira işçinin SSK.m.81/bent C den ve İK.m.14/1-bent 5' den doğan iş sözleşmesini fesih ve kıdem tazminatına hak kazanma imkanı herhangi bir koşula dayanmayan, doğrudan bu koşullara sahip işçilere tanınmış haklardandır. Nitekim yine 1475 sayılı İK. m. 14/2 uyarınca, evlendikten sonra 1 yıl içinde iş sözleşmesini fesheden kadın işçi açısından da ortaya çıkan durum buna benzemektedir. Yargıtay bu durumda, evlendikten sonra 1 yıl içinde iş sözleşmesini fesheden kadın işçinin kıdem tazminatını aldıktan sonra, başka bir işyerine girip çalışmasında bir sakınca görmemekte ve bu durum kadın işçinin kazanmış olduğu kıdem tazminatı hakkına bir zarar vermemektedir⁵⁹.

Sigorta süresini ve prim gün sayısını doldurmak koşulu ile yaşı tutmayan, iş sözleşmesini fesheden ve ilgili Kanunlar uyarınca kıdem tazminatına hak kazanan bir işçiye ilişkin olarak kabul edilebilecek tek kısıtlama, iş sözleşmesini fesheden işçinin işvereni ile anlaşarak tekrar aynı işyerinde çalışmaya başlaması durumunda, işçinin sigorta süresi ve prim gün sayısına dayanarak ikinci kez iş sözleşmesini feshederek kıdem tazminatı istemesine ilişkin olabilecektir. Nitekim bu durumda işçinin işverenin hakkın kötüye kullanılması iddiaları ile karşılaşması söz konusu olabilecektir.

Buna karşılık, sigorta süresini ve prim gün sayısını doldurmak koşulu ile yaşı tutmayan bir işçinin iş sözleşmesini feshederek kıdem tazminatını aldıktan sonra, başka bir işyerinde çalışmaya başlaması durumunda çalışmaya başladığı işyerlerinde de bu hakkını tekrar kullanabileceği kabul edilebilecektir⁶⁰.

B- Emekliliğe Hak Kazanma Sebebi ile Fesihte Kıdem Tazminatının Hesabında Gözönüne Alınacak Kıdem Süresi

1- Genel Kural

1475 sayılı İK. m.14 uyarınca, kıdem tazminatı ödenmesi gereken hallerde, işçinin işe başladığı tarihten itibaren iş sözleşmesinin devamı süresince her geçen tam yıl için işverence işçiye 30 günlük ücreti tutarında kıdem tazminatı ödenecek ve bir yıldan artan süreler için ise, aynı oran üzerinden ödeme yapılacaktır (m.14/2). Yine madde uyarınca, işçilerin kıdemleri, iş sözleşmesinin devam etmiş veya fasilalarla yeniden yapılmış olmasına bakılmaksızın aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde çalıştıkları süreler göz önüne alınarak hesaplanacak ve işyerlerinin devir veya intikali yahut herhangi bir suretle bir işverenden başka bir işverene geçmesi veya başka bir yere nakli halinde işçinin kıdemi, işyeri veya işyerlerindeki iş sözleşmeleri sürelerinin toplamı üzerinden hesaplanacaktır (m.14/3)⁶¹.

Yani bir başka ifade ile, İş Kanunu'na tabi olarak⁶² sürekli bir işte iş sözleşmesiyle çalışan işçinin iş sözleşmesinin sona ermesi halinde kıdem tazminatına hak kazanabilmesi için her şeyden önce bir işyerinde ya da aynı işverenin buyruğunda asgari bir yıl çalışmış olması gerekmektedir (1475 sayılı İK.m.14/1). Kıdem süresinin ne zaman başlayacağı, 1475 sayılı İK.m.14/2' de yer alan "... işçinin işe başladığı tarihten itibaren..." ifadesi ile işçinin fiilen çalışmaya başladığı tarih olarak gösterilmiştir. İş sözleşmesinin işçinin çalışmaya başlamasından önce veya sonra yapılmış olması da önemli değildir⁶³. Bunun ötesinde doktrinde⁶⁴ işçinin fiilen çalışmaya başlamasından önce emeğini işverenin emrine arz ettiği tarih, kıdem süresinin başlangıcı olarak kabul edilmektedir. Bu anlamda işçinin işyerinde işverenin her an buyruğuna hazır bir halde bulunmakla birlikte çalıştırılmaksızın ve çıkacak işi bekleyerek boş geçirdiği süreler de işçinin kanuni günlük iş sürelerinden sayılacak ve bu sürenin ilk günü de kıdem süresinin başlangıcını oluşturacak-

tır⁶⁵. Diğer yandan, deneme süreli sözleşmelerde deneme süresi kıdem süresine dahil olacak ve deneme süresinin ilk günü kıdem süresinin başlangıcı sayılacaktır⁶⁶.

Kıdem süresinin sona ermesi ise, sözleşmenin sona ermesi ile gerçekleşecektir. Sözleşmenin bildirimli fesihle sona ermesi söz konusu ise, feshe ilişkin irade beyanının karşı tarafa ulaştığı gün kıdem süresinin sonu olacaktır. İş sözleşmesinin bildirimli feshinde ise, sözleşme bildirim sürelerinin sonunda sona ereceğinden, kıdem süresinin sonu da bu tarih olacaktır⁶⁷. Buna karşılık, usulsüz, kötü niyetle ya da ihbar süresine ilişkin ücretin peşin ödenmesi suretiyle yapılan fesihle ise, iş sözleşmesinin ve kıdem süresinin sonu, fesih iradesinin açıklanması tarihi olacaktır⁶⁸. Diğer yandan işçinin ölümü halinde ise, kıdem süresinin sonu ölüm tarihi olacaktır.

İK.'da öngörülen tam yıl esaslı iş sözleşmesinin ayakta durduğu süreyi ifade etmektedir. Ancak, TSGLK.m.42/5 uyarınca kanuni grev ve lokavtta geçen süreler kıdem süresinde dikkate alınmaz⁶⁹. Yargıtay kıdem tazminatına ilişkin sürenin hesabında, sadece fiili çalışmalar ile kanunen çalışılmış sayılan sürelerin göz önüne alınacağını belirtmekte ve 1475 sayılı İK.m.14' deki "tam yıl"ın bu kanuna göre çalışılan ve çalışılmış gibi sayılan sürelerin toplamı olduğu, buna karşın, iş sözleşmesinin askıda kaldığı dönemlerin kural olarak bu konuda dikkate alınmaması gerektiğini kabul etmektedir⁷⁰. Ancak bununla birlikte Yargıtay, sözleşmenin kanunen askıda kaldığı durumlarda askı süresinin kural olarak kıdem süresine dahil edilmeyeceği görüşüne rağmen, sadece işçinin hastalık ve kaza gibi nedenlerle işine devam edemediği hallerde ise, devamsızlık süresinin belirli bir kısmının kıdem süresinden sayılacağını kabul etmektedir⁷¹.

Diğer yandan, kısmi süreli bir iş sözleşmesi ile çalışan işçinin kıdemini hesaplanması hususuna ilişkin sorun 4857 sayılı İK'nın 13. maddesinin 2. fıkrasında yer alan kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçinin, ayrımı haklı kılan bir neden olmadıkça salt sözleşmenin kısmi süreli olmasından dolayı tam süreli emsal işçiye göre farklı işleme tabi tutulamayacağı

hükmünden sonra çözüme kavuşmuştur. Buna göre, haftanın belirli günlerinde çalışanların da kıdemini hesabında iş sözleşmesinin tüm süresinin dikkate alınacağı görüşü kabul edilmiştir. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da vermiş olduğu bir kararında kısmi süreli iş sözleşmelerinde bir işçinin kıdemini hesabında; işçinin fiilen çalıştığı sürelerin birleştirilmesiyle bulunacak sürenin değil, sözleşmenin başlangıç ve sona erme tarihleri arasındaki sürenin göz önünde bulundurulması gerektiğini ifade etmiştir⁷².

Diğer yandan, ayrı iş sözleşmeleriyle aynı gün değişik işverenlere ait işyerlerinde çalışmalarda, diğer koşulların da varlığı halinde kıdem tazminatına hak kazanmak mümkün olabilecek, ancak bu durumda İK.m.14/8' de yer alan "aynı kıdem süresi için bir defadan fazla kıdem tazminatı ve ikramiye ödenmez" kuralı gereği, aynı döneme ilişkin olarak bir tek kıdem tazminatı hesaplanacak ve işçinin değişik işyerlerinde çalıştığı sürelerle orantılı olarak her bir işverene paylaştırılacaktır⁷³.

2- Emekliliğe Hak Kazanma Sebebi ile İşçi Tarafından Yapılan Fesihle Kıdem Tazminatının Hesabında Göz Önüne Alınacak Kıdem Süresinin Hesabında Kamu Kurumlarında Çalışan İşçilere İlişkin Olarak Getirilmiş Özel Düzenleme

a- Genel Olarak

Yukarıda da izah edildiği üzere, 1475 sayılı İş Kanunu m.14, kıdem süresinin tayininde esas olarak aynı işverene bağlı olarak çalışmayı nazara almıştır. Ancak bu kuralın istisnası, işverenin şahsında meydana gelen değişiklikler halinde ortaya çıkmakta, bu durumda işverene değil aynı işyerine bağlılık esaslı söz konusu olmaktadır. Yani aynı işyerinde çalışmasını sürdürmesi şartıyla işverenin şahsındaki değişiklikler kazanılmış kıdemi etkilememektedir⁷⁴. Diğer yandan işçi, aynı işverenin değişik işyerlerinde de çalışmış olsa, bu çalışmaların tümü kıdem süresinin hesabında dikkate alınacaktır.

İşçinin kıdem tazminatına hak kazanabilmesi için söz konusu olan çalışmasının aralıksız

olması da şart değildir. Buna göre, aynı işverene ait bir veya değişik işyerlerinde ya da işyerinin el değiştirmesine rağmen çalışmaya devam olunan işyerinde sürdürülen aralıklı çalışmalar da kıdem süresinin hesabında birlikte göz önüne alınacaktır (İK.m.14/2). Aralıklı çalışmalarda da, fiilen çalışılan sürelerle kanunen çalışılmış sayılan sürelerin (İK.m51) toplamı kıdem süresini oluşturacaktır⁷⁵. Ancak aralıklı çalışmalarda bu sürelerin birleştirilebilmesi için kural olarak bu süreler sonunda kıdem tazminatına hak kazanır bir biçimde işten ayrılmış olmak ve kıdem tazminatı almamış olmak gerekmektedir. Buna karşın, çalışılmayan dönemlerin, kıdem süresinin hesabında dikkate alınacağına ilişkin olarak toplu iş sözleşmelerine konulan hükümler geçersiz olacaktır⁷⁶.

Görüldüğü üzere, 1475 sayılı İK.m.14/III, işçilerin kıdemlerinin, iş sözleşmelerinin devam etmiş veya fasılalarla yeniden yapılmış olmasına bakılmaksızın aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde çalıştıkları sürelerin göz önüne alınarak hesaplanacağı kuralını getirmektedir. Bunun gibi, kamu kurumlarında aralıklı olarak çalışan işçiler için de, aynı esas geçerli olup, sadece aynı kamu işverene ait bir veya değişik işyerlerinde ya da işyerinin el değiştirmesine rağmen çalışmaya devam olunan işyerinde, sürdürülen aralıklı çalışmalar kıdem süresinin hesabında birlikte göz önüne alınacaktır. Bir başka deyişle, farklı kamu kurumlarında geçen çalışma sürelerinin de kıdem tazminatı açısından birleştirilmesi kural olarak mümkün olmayacaktır.

Ancak bu genel kurala bir istisna getiren 1475 sayılı İK.m.14/V; kamu kesiminde çalışan işçiler yararına, bir şartla farklı kamu kurumlarında geçen hizmet sürelerinin, kıdem tazminatına esas olacak hizmet süresinin tespitinde birleştirilebilmesine olanak tanımıştır. Bu şart; aynı ya da değişik kamu kurumlarında geçen hizmet sürelerinin birleştirilmesi suretiyle, işçinin Sosyal Sigortalar Kanunu'na göre⁷⁷ yaşlılık veya malullük aylığına ya da toptan ödemeye hak kazanmasıdır. Yani, aynı ya da değişik kamu kuruluşlarında geçen hizmet sürelerinin birleştirilmesi suretiyle Sosyal Sigortalar Kanunu'na göre yaşlılık veya malullük aylığına

ya da toptan ödemeye hak kazanan işçi açısından, değişik kamu işverenlerinin buyruğunda geçen çalışma süreleri birlikte göz önüne alınacaktır⁷⁸.

Bir başka deyişle; kanunda yer alan genel kuralın aksine, bazı hallerde kamu kesiminde her biri diğerinden bağımsız işveren sayılan değişik kamu kurumlarında farklı iş sözleşmeleriyle geçirilen farklı dönemlerdeki sürelerin, belli koşullarla birleştirilerek işçiye (veya mirasçılara) toplam kıdem süresi üzerinden kıdem tazminatı ödeneceği öngörülmüştür. Ancak, kanunda belirtilen kamu kurumlarında geçen ve işçinin iş sözleşmesinin evvelce kanuna göre kıdem tazminatı ödenmesini gerektirmeyecek şekilde sona ermesi suretiyle son bulan hizmet süreleri, kıdem tazminatının hesabında dikkate alınmayacaktır.

Kanun koyucu burada, işçinin değişik kamu kurumlarında çeşitli tarihlerde geçirdiği hizmet sürelerinin belli koşullarla birleştirilerek, tüm süre için işçiye bir tek kıdem tazminatının ödeneceğini ve bu kıdem tazminatını ödemekle yükümlü işverenin ise "son kamu işvereni" olduğunu belirtmektedir (1475 sayılı İK.m.14/V). Bu anlamda kanun hükmü uyarınca sadece, son işverenin bir kamu işvereni olması halinde böyle bir yükümlülük ortaya çıkmaktadır⁷⁹. Ancak son kamu işverenin bu sorumluluğu sadece kıdem tazminatı alacaklı işçiye karşıdır. Zira, işçiye kıdem tazminatı ödemesinde bulunan son kamu işvereni, önceki her bir kamu işverene kendisinde geçen hizmet süresine ilişkin olan kıdem tazminatı kısmını rücu edebilecektir. Ancak önceki kamu işverenince kıdem tazminatı ödenerek kıdem tazminatı ilişkisi tasfiye edilmişse, artık bu sürenin yeniden kıdeme katılması ve dolayısıyla anılan hizmet süresi için son kamu kuruluşu işverenin sorumluluk taşıdığı söylenemeyecektir⁸⁰.

b- Değişik Kamu Kurumlarında Geçen Kıdem Sürelerinin Birleştirilebilmesinin Koşulları

1927 sayılı Kanunla⁸¹ istisnai bazı hükümler getirilerek 1475 sayılı İK.m.14 yeniden düzenlenmiş ve değişik kamu kurumlarında geçen sürelerin bazı koşulların gerçekleşmesi halinde tek işverene bağlı olarak geçirilmiş gibi bir-

leştirilmesi kabul edilmiştir. Kamu kurumları bakımından getirilen değişiklikle, söz konusu kamu kurumları farklı tüzel kişilikleri de olsa, kıdem tazminatı bakımından adeta tek işveren gibi düşünülmektedir.

İK. m.14/V uyarınca, emeklilik sebebiyle iş sözleşmesinin feshinde, değişik kamu kurumlarında geçen hizmetlerin birleştirilebilmesi bazı koşulların gerçekleşmesine bağlanmıştır. Bu koşullar,

- söz konusu hizmetlerin kanunda öngörülen kamu kurumlarında geçmesi;
- bu hizmetlerin SSK'ya veya SSK ve Emekli Sandığı Kanunu'na tabi olması;
- ve her bir hizmetin kıdem tazminatına imkan verir biçimde son bulması şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

aa- Hizmetlerin Kanunda Öngörülen Kamu Kurumlarında Geçmesi

1475 sayılı İş Kanunu m.14/VII uyarınca, kanunda geçen kamu kurumları deyimi, genel ve katma bütçeli idareler ile 468 sayılı Kanunun 4. maddesinde sayılan kurumları kapsamaktadır⁸². Bu anlamda, değişik kamu kurumlarında geçmiş hizmetlerin birleştirilerek tüm süre için son kamu kurumu işverenince tek bir kıdem tazminatı ödenebilmesi için, bu hizmetlerin geçtiği kamu kurumlarının belli niteliklere sahip olması gerektiği söylenebilecektir⁸³. Dolayısı ile her kamu kurumunda geçen hizmetin birleştirilebileceğinden söz etmek mümkün olmayacaktır⁸⁴. Ancak 1475 sayılı İK.m.14/VII'de sözü edilen, 468 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmış ve onun yerini 02.04.1987 tarih ve 3346 sayılı "Kamu İktisadi Teşebbüsleri ile Fonların Türkiye Büyük Millet Meclisince Denetlenmesinin Düzenlenmesi Hakkında Kanun"⁸⁵ almıştır.

Söz konusu Kanun'un 2. maddesinin birinci fıkrası ile 1475 sayılı İK.m.14/VII birlikte dikkate alındığında kıdem tazminatı bakımından kendilerinde geçen hizmetlerin birleştirileceği kamu kurumlarının; "genel, katma ve özel bütçeli idareler" ile "ödenmiş sermayesinin yarısından fazlası kamu tüzel kişilerinince sağlanmış olan kurumlar ile bu kurumların ödenmiş sermayesinin yarısından fazlasını sağlamış oldukları diğer kurumlar ve yukarıda sayılanlardan olmamakla beraber kendilerine bazı kamu

yetki ve görevleri verilmiş olup galip vasıfları bu kamu hizmetlerini yürütmek olan ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarından olmayan özel kanunlara tabi kurumlar ve İller Bankası"nın olduğu söylenebilecektir. Uygulamaya bakıldığında yukarıda sözü edilen Kanunların kapsamlarına hangi kamu kurumlarının girdiği ya da girmediği, genellikle Yargıtay kararlarına konu olmaktadır⁸⁶.

Farklı kamu kurumlarında geçen hizmet sürelerinin, kıdem tazminatı bakımından birlikte değerlendirilebilmesi için, işçinin emekli olduğu tarihte çalıştığı kurumun da bir kamu kurumu olması gereklidir. İşçinin çalıştığı işveren önceden bir kamu işvereni olmakla beraber, daha sonra bu niteliğini kaybettiği takdirde, 1475 sayılı İK.m.14/V hükmünün uygulanması söz konusu olamayacaktır⁸⁷. Ayrıca tüm hizmetlerin kanunda belirtilen kamu kurumlarında geçmiş olması zorunludur. Ancak buna karşılık, işçinin son çalıştığı kurum değil de, daha önce çalıştığı tarihte kamu kurumu niteliğinde olan işyeri, sonradan özelleştirilerek kamu kurumu niteliğini yitirmiş olsa dahi, işçi hizmet sürelerinin birleştirilmesini isteyebilecektir⁸⁸.

bb- Hizmetlerin SSK'ya veya SSK ve Emekli Sandığı Kanunu'na Tabi Olarak Geçmiş Olması

Farklı kamu kurumlarındaki hizmetlerin birleştirilebilmesinin ikinci koşulu, bu hizmetlerin sosyal güvenlik açısından sadece Sosyal Sigortalar Kanunu'na veya Sosyal Sigortalar Kanunu ve Emekli Sandığı Kanunu'na tabi geçmesidir. Sosyal Güvenlik reformu kapsamında artık söz konusu Kanunlar tüm hükümleriyle yürürlükte bulunmadığından, m.14/V deki ifadelerin 5510 sayılı Kanun'un 4. maddesinin birinci fıkrasının a,b ve c bentlerine göre çalışma olarak anlaşılması yerinde olacaktır.

Bundan anlaşılacağı üzere, hizmetlerin tümünün T.C. Emekli Sandığı Kanunu'na tabi olarak (yani 4/1-c) geçmesi durumunda 1475 sayılı İK.m.14/V vd. hükümleri uygulanamayacak, ancak şartları varsa T.C. Emekli Sandığı'ndan emeklilik ikramiyesi ve bu sürelerin işçilikte geçen kısmı için ayrı ayrı kıdem tazminatı gündeme gelebilecektir (Hiz. Bir.Kan.m.12)⁸⁹.

Kanunun "T.C. Emekli Sandığı Kanunu ve

Sosyal Sigortalar Kanunu'na tabi olarak geçen hizmet süreleri..." şeklindeki ifadesi hizmetin bu her iki kanuna birden tabi olarak geçmesi anlamına gelmemektedir⁹⁰. Zira sosyal güvencilikte teklik ilkesi gereği bir hizmet sadece bir sosyal güvenlik kanuna tabi olabilecektir. Burada kastedilen, söz konusu bu sürelerle ilişkin olarak farklı zamanlarda hem SSK'ya tabi olarak geçirilen sürelerin, hem de T.C. Emekli Sandığı Kanunu'na tabi geçirilen sürelerin dikkate alınacağıdır.

Doktrinde bir kısım yazar değişik kamu kurumlarında geçen hizmetlerin birleştirilebilmesi için, çalışanın iş sözleşmesini feshettiği anda mutlaka Sosyal Sigortalar Kanunu'na tabi bir işçi (m.4/1-a) olması gerektiği görüşündedir⁹¹. Buna karşın bir kısım yazar ise, iş sözleşmesini feshettiği anda T.C. Emekli Sandığına tabi bir işçi olup da, emekli aylığı almak amacıyla sözleşmeyi fesheden işçiye de bu imkan tanınarak, daha önce değişik kamu kurumlarında geçen hizmet sürelerinin, kıdem tazminatı açısından birleştirilebilmesinin söz konusu olabileceği görüşündedir⁹².

Kanun metninin ifade tarzı gerçekten kıdem tazminatı açısından değişik kamu kurumlarında geçen hizmetlerinin birleştirilebilmesi için, iş sözleşmesinin feshedildiği anda mutlaka Sosyal Sigortalar Kanunu'na tabi (m.4/1-a) bir işçi olunması gerektiği şeklinde bir yorum yapmaya elverişlidir. Oysa burada bizim de katıldığımız görüş uyarınca, kanun metninde ortaya çıkan durum, aslında kanun koyucunun işçi statüsünde iş sözleşmesiyle çalışanların kural olarak SSK'ya tabi olacağını düşünmesi, işçi statüsünde çalışan kimselerin az bir kısmının da olsa T.C. Emekli Sandığı'na tabi olduğunu gözden kaçırmaması sebebi ile ortaya çıkmış bir durumdur. Yoksa kanun metnindeki ifadenin göz önüne alınarak, kanun koyucunun T.C. Emekli Sandığı'na tabi olarak işçi statüsünde iş sözleşmesiyle çalışanlar için bu imkanın söz konusu olmamasını amaçladığı söylenemeyecektir⁹³.

Bu anlamda burada önemli olan nokta; kamu kurumlarında çalışan bir kimsenin, önceki farklı kamu kurumlarında geçen hizmet sürelerinin birleştirilmesi için, aylık ya da toptan

ödemeye hak kazandığı son dönem çalışmasını iş sözleşmesi ile çalışan bir işçi olarak geçirmiş olmasıdır. Yani bir başka deyişle, önceki kamu kurumlarında geçen hizmet sürelerinin birleştirilebilmesi için, SSK hükümleri çerçevesinde aylık veya toptan ödemeye hak kazanılması yeterli olmayıp, çalışan kimsenin son işyerinde iş sözleşmesi ile çalışan işçi sıfatında olması gerekmektedir⁹⁴.

Ayrıca 1475 sayılı İK.m.14/V çerçevesinde hizmetlerin birleştirilebilmesi için önceki çalışma dönemleri içinde "sigortalı" sıfatıyla çalışmak ya da çalışmış olmak zorunluluğunun bulunmadığı, sadece kanunen belirlenen kamu kurumlarında işçi sıfatıyla çalışmış olmanın yeterli olduğu Yargıtayca kabul edilmiştir⁹⁵. Yani, işçinin birleştirilecek çalışma sürelerinin çalıştığı dönemde sigorta kapsamında olmaması, önceki dönemlerde sigortalı olarak çalışmaması birleştirme açısından önem taşımayacaktır.

Ancak, bilindiği üzere, geçmişte her iki sosyal güvenlik kurumu kapsamında da işçi olarak çalışmak söz konusu olabileceğinden tüm hizmetlerin iş sözleşmesiyle işçilikte geçmesi halinde ortaya her hangi bir sorun çıkmayacaktır. Ancak, birleştirilecek hizmetlerin tümünün işçilikte geçmemesi, bu sürelerin bir kısmının memur statüsünde geçmesi hallerinde, bu hizmetlerin de kıdem tazminatına esas çalışma süresinin hesaplanmasında hesaba katılıp katılmayacağı konusu öteden beri doktrinde üzerinde tartışılan bir konu olmuştur.

Gerçekten de tüm hizmet süreleri içinde ister rızaları ile isterse rızaları dışında, önce memur olarak çalışıp, daha sonra işçiliğe geçen ve memuriyet süresinin yeterli olmaması nedeniyle ikramiyeden yoksun kalan kimselerin, memuriyette geçen hizmet sürelerinin kıdem tazminatının hesabında dikkate alınıp alınmayacağı hususunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır⁹⁶. Konuya ilişkin olarak Yargıtay önceleri, memurlukta geçen sürelerin m.14/V anlamında kıdem hesabına dâhil edilemeyeceği görüşünü ifade etmiştir⁹⁷. Ancak daha sonra 1979 ve 1992 döneminde vermiş olduğu kararlarda Yargıtay bu görüşünü değiştirmiş ve maddede sözü edilen diğer koşulların mevcut olması halinde işçinin daha önce memurlukta

geçen süresinin de kıdem süresi hesabında dikkate alınacağı yönünde kararlar vermiştir⁹⁸. Ancak bu görüşünde de istikrarlı olamayan Yargıtay zaman zaman vermiş olduğu kararlarda memur statüsünde geçirilen hizmet sürelerinin kıdem tazminatı hesaplanırken dikkate alınmaması gerektiği yönünde görüş bildirmektedir⁹⁹.

Muvazzaf askerliğin yapılmış olduğu dönemin sonradan borçlanılması durumunda da, işçinin kıdem tazminatının hesaplanması aşamasında bu dönemin hesaba katılıp katılmayacağı hususuna ilişkin kanunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak özel sektörde çalışan işçiler açısından borçlanılmış bulunan muvazzaf askerlik süresinin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmayacağı hususunda Yargıtay¹⁰⁰ ve doktrinde görüş birliği bulunmaktadır. Buna karşın, kamu kurumlarında çalışan işçilere ilişkin olarak Yargıtay ve doktrin arasında bu konuda bir görüş birliği olduğu söylenemeyecektir. Zira Yargıtay muvazzaf askerlik hizmetinin bir kamu yükümlülüğü olması ve kaçınılmaması nedeniyle, işçilerin uzun süreli sigorta kollarından yardımlara hak kazanmalarında, hak kaybına uğramalarını önlemek amacıyla tanınmış bulunan askerlik borçlanması süresinin de, kamu kurumlarında çalışan işçiler açısından bazı koşulların varlığı halinde kıdem tazminatında göz önüne alınacağı görüşünü taşımaktadır¹⁰¹.

Buna göre, kamu kesiminde borçlanılan askerlik süresinin, ancak 1475 sayılı İK.m.14/V hükmü uyarınca, iş sözleşmesinin işçi tarafından malullük, yaşlılık aylığı almak amacıyla feshedilmesi halinde kıdem tazminatı hesabına dâhil edileceği, artık Yargıtay'ın yerleşik içtihadı haline gelmiştir¹⁰². Yani bir başka deyişle, Yargıtay'a göre, malullük, yaşlılık aylığı almak amacıyla iş sözleşmesi sona eren işçi özel kesimde çalışıyorsa, sosyal sigorta açısından yaptığı muvazzaf askerlik hizmeti borçlanması kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmayacak buna karşılık, işçi kamu kesiminde çalışıyorsa bu süreler dikkate alınacaktır¹⁰³. Askerlik borçlanması yoluyla sosyal güvenlik açısından borçlanılan ve Yargıtayca kıdem tazminatı hesaplanmasında dikkate alınmasının gerekli olduğu belirtilen askerlik süresi muvazzaf

askerlik süresidir. Zira, tatbikat, manevra vs. nedeniyle yaptırılan askerlik süresi¹⁰⁴ için böyle bir imkan yoktur¹⁰⁵. Ayrıca iş sözleşmesini emekli aylığı almak amacıyla fesheden işçinin çalıştığı kurum, İK. m.14/VII'de belirtilen kamu kurumları kapsamına girmediği takdirde, borçlanılan muvazzaf askerlik süresi kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmayacaktır¹⁰⁶.

Diğer yandan Yargıtay'a göre, iş sözleşmesinin işveren tarafından işçinin emeklilik süresinin dolması nedeniyle sona erdirilmesi halinde de, işçinin sosyal sigorta açısından yaptığı askerlik borçlanması süresi kamu kesimi işçileri açısından kıdem tazminatında dikkate alınacaktır¹⁰⁷. Yani iş sözleşmesi ister işçi, isterse işveren tarafından feshedilsin, iş sözleşmesinin sona erdirilme nedeni, işçinin malullük, yaşlılık aylığı almaya hak kazanması ise borçlanılmış askerlik süresinin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması söz konusu olacaktır. Hatta Yargıtay kamu kurumlarına ilişkin olarak, sosyal güvenlik açısından borçlanılmış muvazzaf askerlik sürelerini kıdem tazminatı hesabında kıdeme dahil ederken askerliğin iş sözleşmesi ile çalışmaya başlamadan önce veya çalışmaya başladıktan sonra yapılmış olması arasında bir fark da görmemektedir¹⁰⁸. Hatta iş sözleşmesinin son bulup emekli olduktan sonra yapılan askerlik borçlanmasının dahi aynı sonucu vereceği Yargıtayca benimsenmiştir¹⁰⁹. Buna karşılık Yüksek Mahkeme'ye göre, iş sözleşmesinin işçinin malullük, yaşlılık aylığı almaya hak kazanması sebebiyle işçi veya işveren tarafından feshedilmesi dışında, iş sözleşmesi kıdem tazminatına hak kazandıran başka bir sebeple sona erse bile askerlik borçlanması süresi kıdem tazminatında dikkate alınmayacaktır¹¹⁰. Yine Yargıtay'a göre kıdem tazminatının hesabında dikkate alınabilmesi için işçinin sağlığında askerlik borçlanma talebinde bulunmuş olması koşulu aranmakta¹¹¹, aksi halde yani işçinin borçlanmadan ölümü durumunda mirasçıların bu haktan yoksun oldukları kabul edilmektedir¹¹².

cc- Birleştirmeye Konu Olabilecek

Tüm Hizmetlerin Kıdem Tazminatına

Hak Kazandırır Şekilde Sona Ermesi

Kamu kurumlarındaki hizmetlerin birleştiril-

mi için iş sözleşmesinin, mutlaka işçi tarafından ve SSK'dan yaşlılık/malullük aylığı yahut toptan ödeme almak amacıyla feshinin gerekmesinin¹¹³ yanında, değişik kamu kurumlarında geçen hizmetlerin birleştirilerek işçiye toplam süre üzerinden kıdem tazminatı ödenebilmesinin diğer bir koşulu da, kamu kurumlarında geçen her bir hizmetin kıdem tazminatına imkân verir biçimde son bulmasıdır. Kanun hükmünde bu koşul, sadece önceki diğer çalışmaların geçtiği iş sözleşmelerinin kıdem tazminatı ödenmesini gerektirmeyecek şekilde sona ermemesi olarak ifade edilmiştir. Ancak kıdem tazminatının genel nitelikleri itibariyle, en son çalışmanın söz konusu olduğu iş sözleşmesinin de kıdem tazminatını gerektirecek şekilde son bulması gerektiği açıktır. Zira son iş sözleşmesinin kıdem tazminatına imkân verir biçimde sona ermesi gereği m.14'ün genel niteliğinden kendiliğinden anlaşıldığı için kanun koyucu bundan ayrıca söz etmemiştir¹¹⁴.

Birleştirilmesi söz konusu olan hizmetlerin, işçi statüsünde geçmesi durumunda¹¹⁵ önceki iş sözleşmelerinin de kıdem tazminatına imkân verir biçimde sona ermiş bulunması zorunluluğu kanun hükmünde açıkça belirtilmiştir. Bu konuda her hangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Zira, m.14/II'nin aksine, m.14/VI bir önceki fıkrada sözü edilen kamu kurumlarında farklı zamanlarda geçen hizmetlerin birleştirilmesini sadece kıdem tazminatına hak kazandıran sona erme sebepleri ile sona ermiş iş sözleşmeleri süreleri için mümkün görmüş ve daha önce icra edilmiş ve kıdem tazminatını gerektirmeyen bir şekilde sona ermiş iş sözleşmesi sürelerinin hesaba katılmayacağını bu sürelerin kıdeme esas alınmayacağı açıkça belirtilmiştir¹¹⁶. Yargıtay kararları da bu doğrultudadır¹¹⁷.

Ancak istifanın kıdem tazminatı ödenmesini gerektirmeyecek bir sona erme sebebi olmasına ve bunun gerek Yargıtay, gerekse doktrin tarafından kabul edilmiş olmasına rağmen¹¹⁸, Yargıtay değişik kararlarında, kamu kurumlarındaki hizmet sürelerinin birleştirilmesi açısından, istifa ile sona eren dönemleri de hesaba katabilecek çözümler geliştirmiştir¹¹⁹. Örneğin, Yargıtay'a göre; aynı üst kuruluşa bağlı kurumlar arasındaki geçişler istifa sayılmayacak¹²⁰, ay-

rılmalarda yeni bir kamu kurumuna geçileceği bildirilmişse bu da istifa sayılmayacak¹²¹ ve emeklilik koşulları gerçekleşmişse, dilekçede açıkça istifa denmesinin bir önemi olmayacaktır¹²². Bunun gibi Yargıtay'a göre, değişik kamu kurumlarında geçen hizmetlerin işten ayrılış ve işe başlangıç tarihleri itibariyle hemen birbirini takip edecek nitelikte olması durumu da, gerçek anlamda bir istifa olarak nitelendirilemeyecektir. Bir başka deyişle, işçinin önceki işten ayrılış ve yeni işe başlangıç tarihleri hemen birbirini takip ediyorsa, eğer eski ve yeni işveren işçinin karşılıklı olarak durumunu bilerek böyle bir intikali sağlamışlarsa, yani işçi yeni kamu kurumuna önceki kamu kurumundaki hizmetini bildirerek iş istemiş ve önceki kamu kurumuna da bu durumu bildirmiş ise, Yargıtay'a göre burada gerçek anlamda bir istifadan yani işi terk iradesinden söz edilmesi mümkün olmayacaktır¹²³.

Diğer yandan, bazı Yargıtay kararlarında kabul edilen ve doktrinde de yandaş bulan, kamu kurumlarında memur statüsünde geçen sürelerin de, kıdem süresinin hesabında dikkate alınması gerektiği görüşünde olan yazarların bir kısmı, memuriyet süresinin memuriyetin sona eriş biçimine bakılmaksızın kıdem süresine katılacağını savunurken¹²⁴, diğer bir kısmı ise, iş sözleşmesine ilişkin olarak kıdem tazminatına hak kazandıran hallere kıyasla, memuriyetin de kıdem tazminatına engel olmayacak bir biçimde son bulması koşulunu, bu sürelerin birleştirilmesinde aramaktadır.

Birleştirme için, memuriyetin de kıdem tazminatına engel olmayacak bir biçimde son bulması koşulunu arayan görüş yandaşlarına göre, istifa¹²⁵, memuriyetten çıkarılma ya da mahkumiyet¹²⁶ gibi hallerde sona eren memuriyet süresi kıdeme yansıtılamayacaktır. Yani bir başka deyişle, önceki kamu kurumunda, ister işçi ister memur olarak geçen hizmet süresi, 14. maddenin birinci fıkrasında sayılan ve kıdem tazminatına hak kazandıran haller dışında bir nedenle örneğin istifayla sona ermişse bu süre kıdem tazminatı yönünden birleştirilmeyecektir¹²⁷.

Aksi yöndeki görüş yandaşlarına göre ise, memurlukta geçen sürelerin kıdem tazminatı-

na esas olacak kıdem hesabına dâhil edilebileceği görüşünün kabul edilmesi halinde, bu görüşün en azından tutarlı olabilmesi için, işçilikte geçen sürelerin kıdem tazminatı ödenmesini gerektirecek İK. m.14/I'de sınırlı bir biçimde sayılmış sona erme hallerinin, memurlukta geçen sürelerle uygulanmaması gerekmektedir. Zira diğer görüş kabul edildiğinde, memurlukta geçen sürelerin kıdeme dahil edilebileceğine ilişkin düşünce fiilen uygulanamaz hale gelecektir. Çünkü memurlukta geçen sürelerin istifa veya ihraç dışında bir sona erme sebebi ile bitmesini düşünememek güç olacaktır¹²⁸. Bu yüzden, farklı kamu kurumlarında memur statüsünde çalışırken söz konusu olabilecek nakil olaylarının, farklı kuruluşlardaki kıdem sürelerinin birleştirilmesini engellemeyen bir olay olarak kabul edilmesi gerekmektedir¹²⁹.

Yargıtay ise, daha eski tarihli bazı aksi yöndeki kararlarını terk ederek, 1982 yılından itibaren vermiş olduğu birçok kararında, memuriyeti istifa ile sona eren işçinin, memuriyette geçen bu süresinin kıdeme dahil edilmeyeceğini kabul etmektedir¹³⁰. Yani Yargıtay, işçilikte geçen sürelerin birleştirilebilmesi için bu sürelerin, kıdem tazminatı ödenmesini gerektirecek biçimde sona ermiş olması koşulunu, memurlukta geçen sürelerle de aynen uygulamakta ve bu nedenle de istifa halini, memurlukta geçen sürelerin kıdem hesabına dahil edilmesini engelleyici bir durum olarak görmektedir. Nitekim Yargıtay'ın 2004 yılında vermiş olduğu bir kararında¹³¹, memurluk süresinin kıdem tazminatının hesabında dikkate alınmamasının gerekçesini memuriyetin mahkûmiyet gerekçesi ile sona erdirilmesine dayandırmıştır. Ancak yukarıda da ifade edildiği üzere, Yargıtay zaman zaman memuriyet süresinin hiçbir şekilde kıdeme katılamayacağı yönünde kararlar da vermektedir¹³².

SONUÇ

Görüldüğü üzere, bir işçi Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu veya 506 sayılı SSK'nın geçici maddeleri uyarınca, emekli olmak için sadece yaşını bekliyorsa, bu sebebe dayanarak iş sözleşmesini feshedip kıdem tazminatına hak kazanabilecektir (1475 sy. İK.

m.14/1 bent 5). Bunun için gereken tek koşulun ise işçinin sigorta müdürlüğünden yaş dışındaki koşulları, yani sigorta süresi ve prim gün sayısını doldurduğunu gösteren bir yazı alması olduğu ifade edilebilecektir.

Yargıtay'ın ayrılma anındaki iradeyi esas alan görüşüne karşın, kanımızca, sigorta süresini ve prim gün sayısını doldurmak koşulunu gerçekleştiren ancak yaşı tutmayan bir işçi, iş sözleşmesini feshederek kıdem tazminatına hak kazandıktan ve bu tazminatı aldıktan sonra, tekrardan başka bir iş yerinde çalışmaya başlarsa bu durumun, daha önce Kanun uyarınca hak etmiş olduğu kıdem tazminatı hakkı üzerinde bir etkisi olmayacaktır.

Diğer yandan, uygulamada bazı işverenlerce, sigorta süresini ve prim gün sayısını doldurmak koşulu ile yaşı tutmayan bir işçinin iş sözleşmesini feshetmesi aşamasında, işçinin notere gönderilerek kendisinden bu işyerinden ayrıldıktan sonra başka bir işyerinde çalışmayacağı, aksi takdirde almış olduğu kıdem tazminatını kendilerine iade edeceği yönünde vermesi istenen taahhütnameler de hukuken korunmayacak, bu belgelerin işçiden baskı ile alınmış bir ibraname veya işe iade davası açmayacağına ilişkin bir belgelerden bir farkı olmayacaktır. Bu anlamda henüz iş sözleşmesi tam anlamıyla haklar ödenerek sonuçlanmadan alınan bu tür bir belgenin, Yargıtay'ın da kararlarında ifade ettiği gibi iş sözleşmesinin devamı sırasında alınan bir belge olarak değerlendirilmesi ve bu tür belgeye hukuken geçerlilik tanınmaması kabul edilebilecektir. Zira, işçinin SSK m.81/bent C'den ve İK. m.14/1-bent 5'den doğan iş sözleşmesini fesih ve kıdem tazminatına hak kazanma imkanı herhangi bir koşula dayanmayan, doğrudan bu koşullara sahip işçilere tanınmış haklardandır.

Yine, İK. m.14/VI uyarınca, iş sözleşmesinin emeklilik sebebiyle feshedilmesi durumunda, genel kuralın aksine kamu kesiminde çalışan işçiler için ayrı bir imkân da söz konusu olacaktır. Buna göre, söz konusu hizmetlerin kanunda öngörülen kamu kurumlarında geçmesi; bu hizmetlerin SSK'ya veya SSK ve Emekli Sandığı Kanunu'na tabi olması ve her bir hizmetin kıdem tazminatına imkân verir biçimde

son bulması durumunda, değişik kamu kurumlarında geçen hizmetlerin birleştirilerek kıdem tazminatının hesaplanmasında dikkate alınması söz konusu olacaktır. Bu anlamda yukarıda izah edildiği üzere, borçlanılmış askerlik süreleri ile memuriyette geçen süreler dahi kamu kesiminde çalışırken sözleşmesini emeklilik sebebiyle fesheden işçinin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınabilecektir.

DİPNOTLAR

- 1 NARMANLIOĞLU, Ünal; İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, 2.Bası, Ankara 1994, s. 360 vd.; TUNÇOMAĞ, Kenan; İş Hukukunun Genel Esasları, İstanbul 1989, s. 233 vd.; EKONOMİ, Münir; İş Hukuku C.1, Ferdi İş Hukuku, 3.Bası, Teknik Üniversite Matbaası, İstanbul 1984, s.227 vd.; ÇELİK, Nuri, İş Hukuku Dersleri, 19.Bası, İstanbul Ağustos 2006, s. 203; DEMİR, Fevzi; İş Güvencesi Hukuku, 2. Bası, İzmir 1999, s.157 vd.; ÇUHRUK, M.; Kıdem Tazminatı, Ankara 1978, s.31, NARMANLIOĞLU, Ünal; Türk Hukuku'nda Kanundan Doğan Kıdem Tazminatı, İstanbul 1973, s.129; DÖNMEZ, Kazım Yücel; İş Hukukunda Tazminatlar, Ankara 2008, s.165 vd.
- 2 NARMANLIOĞLU (Ferdi İş İlişkileri), s.361.
- 3 NARMANLIOĞLU (Kıdem Tazminatı), s.343 vd.
- 4 AKYİĞİT, Ercan; İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanununda Kıdem Tazminatı (Öğreti-Uygulama), İstanbul 1999, s.25 vd.
- 5 ERKUL, İhsan; Türk Hukukunda Kıdem Tazminatı Müessesesinin Gelişmesi ve Bu Gelişmede 1927 sayılı Kanunun Yeri ve önemi, 1927 sy. Kanun Semineri s. 7 vd.
- 6 RG. 13.02.1952 t. No: 8033.
- 7 RG. 01.09.1971 t. No: 13943.
- 8 04.07.1975 tarih ve 1927 sayılı Kanunla, 17.10.1980 tarih ve 2320 sayılı Kanunla, 05.05.1981 tarih ve 2457 sayılı Kanunla, 10.12.1982 tarih ve 2762 sayılı kanunla, 29.07.1983 tarih ve 2869 sayılı Kanunla, 25.08.1999 tarih ve 4447 sayılı Kanunla değişiklikler yapılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. ERGİN, Berin, C.; Türk İş Hukukunda Kıdem Tazminatının Geçirdiği Safhalar, İstanbul 1989, s. 14 vd.
- 9 4857 sayılı İK. m.120 uyarınca, 25.8.1971 tarihli ve 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesi hariç diğer maddeleri yürürlükten kaldırılmıştır. Ayrıca yine 4857 sayılı İK'nın Geçici 6. maddesi uyarınca da; kıdem tazminatı için bir kıdem tazminatı fonu kurulacak ve kıdem tazminatı fonuna ilişkin Kanunun yürürlüğe gireceği tarihe kadar, işçilerin kdemleri için 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesi hükümlerine göre kıdem tazminatı hakları saklı olacaktır. Ancak burada dikkat edilmesi gereken en önemli nokta 4857 sayılı İK'nın sadece İK. m.14'ü yürürlükte bırakması buna karşı kıdem tazminatına ilişkin 14. maddedeki esaslara aykırılık halinde uygulanacak müeyyidelerin yer aldığı diğer maddeleri yürürlükten kaldırmasıdır.
- 10 Değişik birinci fıkra: 29/7/1983 - 2869/3 md.
- 11 Ek: 25/8/1999 - 4447/45 md
- 12 4857 sayılı İK. Geçici Madde 1. "Bu Kanununun 120 nci maddesi ile yürürlükte bırakılan 1475 sayılı İş Kanununun 14 üncü maddesinin birinci fıkrasının 1 inci ve 2 nci bendi ile onbirinci fıkrasında, anılan Kanunun 16, 17 ve 26 nci maddelerine yapılan atıflar, bu Kanunun 24, 25 ve 32 nci maddelerine yapılmış sayılır."
- 13 GÜZEL, Ali/OKUR, Ali Rıza/CANIKLIOĞLU, Nurşen, Sosyal Güvenlik Hukuku, 5510 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış 12.Bası, İstanbul Nisan 2009, s.448 vd.; TUNCAY, A. Can/EKMEKÇİ, Ömer; Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Güncelleştirilmiş 11.Bası, İstanbul 2005, s 331; DİLİK, Sait; Sosyal Güvenliğin Karşılaştığı Riskler ve Türkiye'deki Durum, Kamu-İş Temmuz 1989, s.16; ALPER, Yusuf; Sosyal Güvenlik ve Emeklilik Yaşının Tespiti, Çimento İşveren Dergisi, Ocak 1997, s.4.
- 14 ŞAKAR, s. 21.
- 15 RG. 16.06.2006 t. No: 26200.
- 16 ONAR, Sıdık Sami; İdare Hukuku Umumi Esasları, C.: 2 Üçüncü Baskı, s. 1269-1275; AKÇAY, Çanakkale İlinde Görev Yapan Öğretmenlerin Emekliliğe Hazırlık Eğitimine İhtiyaçları, (A.Ü.S.B.E. Eğitim Yönetimi ve Planlaması Anabilim Dalı Basılmamış Doktora Tezi), Ankara 1994, s.31 GÜZEL/OKUR/CANIKLIOĞLU, s.448 vd.; TUNCAY/EKMEKÇİ, s.331; DİLİK, s.16; ALPER, s.4.
- 17 RG. 29-30-31.07.1964, 01.08.1964 t. No: 11766-11779.
- 18 1969 tarih ve 1186 sayılı Kanun ile, RG, 3.11.1969, No:13341.
- 19 Yarg. 10. HD. 26.5.1992, 9975/5961, YKD., Kasım 1992, 1715, Ayrıca Bkz. GÜZEL/OKUR/CANIKLIOĞLU, s.452.
- 20 1981 tarih ve 2422 sayılı Kanun ile, RG, 8.3.1981. No:17273.
- 21 Daha sonra yine 1985 tarih ve 3246 sayılı Kanun ile (RG, 10.1.1986, 18984) ve 1992 tarih ve 3774 sayılı Kanun ile (RG, 27.2.1992, 21155) yapılan değişiklikler ile ilgili olarak bkz. GÜZEL/OKUR/CANIKLIOĞLU, s.452, dn.19.
- 22 RG, 08.09.1999, No: 23810.
- 23 RG. 16.06.2006, No: 26200.
- 24 5510 sayılı Kanun, aylık bağlanması için gereken yaş koşulunda 2036 yılına kadar herhangi bir değişiklik öngörmekte, bu tarihten itibaren ise, yaşı kademeli olarak arttırmaktadır. Buna göre emekli aylığı bağlanması için gereken yaş; 1.1.2036 ila 31.12.2037 tarihleri arasında kadın için 59, erkek için 61; 1.1.2038 ila 31.12.2039 tarihleri arasında kadın için 60, erkek için 62; 1.1.2040 ila 31.12.2041 tarihleri arasında kadın için 61, erkek için 63; 1.1.2042 ila 31.12.2043 tarihleri arasında kadın için 62, erkek için 64; 1.1.2044 ila 31.12.2045 tarihleri arasında kadın için 63, erkek için 65; 1.1.2046 ila 31.12.2047 tarihleri arasında kadın için 64, erkek için 65; 1.1.2048 tarihinden itibaren ise kadın ve erkek için 65 olarak uygulanacaktır (m. 28/11).
- 25 5510 sayılı Kanun'dan önce işçiler için kolaylaştırılmış seçenekte ödenmesi gereken prim gün sayısı 4500 gün olduğu için, bu sürenin 5400 güne çıkarılmasına ilişkin olarak da bir geçiş hükmü öngörülmüştür. Buna göre; 5400 günlük süre ilk defa; 30.4.2008 tarihi ile 31.12.2008 tarihleri arasında sigortalı sayılanlar için 4600 gün olarak; 1.1.2009 tarihinden itibaren sigortalı sayılanlar için ise her takvim

- yılı başında 4600 güne 100 gün eklenmek suretiyle 5400 günü geçmemek üzere, uygulanacaktır (Geç. m.6/VII, b, 1, 2).
- 26 Bkz. Sigortalının işine veya sağlık durumuna bağlı olarak yaş ve prim ödemeye ilişkin özel koşullar 5510 sy. Kanun m. 28/IV ve VI gibi.
- 27 Yarg. 21. HD. 6.10.2000, E.2000/5696, K.2000/6524 YKD, Şubat 2001, 255-257.
- 28 RG, 01.06.2002, No:24772.
- 29 Erkek ve kadın sigortalılar geçiş dönemi tablosu için bkz. GÜZEL/OKUR/CANIKLIOĞLU, s. 461-462; ayrıca bkz. <http://www.isvesosyalguvenlik.com/pratikbilgiler/pb005.htm>.
- 30 Geçiş sürecine ilişkin yeni düzenlemenin değerlendirilmesi için bkz. GÜZEL/OKUR/ CANIKLIOĞLU, s.463 vd.
- 31 Başvuru gereği için bkz. Yarg. 9HD. 9.12.1986 t. E.1986/9046 K.1986/11098, YKD. C.13 ,S.8, Ağustos 1987, s.1182.
- 32 ARICI, s. 7.
- 33 NARMANLIOĞLU, s.433; ARICI, s. 7.
- 34 "Fesihden itibaren geriye gitmemek kaydıyla bu belgenin kendisine verildiği tarihten itibaren" kıdem tazminatı ödeme yükümlülüğü başlamak durumundadır. Yarg. 9.HD.29.11.1990 t. E.1990/12432 K.1990/2654, NARMANLIOĞLU, s.433.
- 35 ARICI, s.13.
- 36 NARMANLIOĞLU, Ünal; "Emekli Olmak Amacıyla Hizmet Sözleşmesinin Feshi – Kıdem Tazminatı – Kanun Dışı greve İştirak" Karar İncelemesi, Yarg.9.HD. 30.04.1991 t. E.1991/3465 K.1991/7870, İş Hukuku Dergisi, C.1, S.3, Temmuz-Eylül 1991, s.430.
- 37 Yarg. 9.HD. 09.07.1982 t. E. 1982/5900 K.1982/6659 (TÜHİS, C.1,s.80, No:17).
- 38 Yarg. 9. HD. 12.11.1997 t. E.1997/14623, K.1997/18913, <http://www.legalbank.net/>.
- 39 RG, 08.09.1999, No: 23810.
- 40 9.HD, 05.06.2003, 214/10199, Belediye-İş, Ocak-Şubat 2004, s.29.
- 41 Değişik: 17/4/2008-5754/64 md.
- 42 Değişik birinci fıkra: 17/4/2008-5754/62 md.
- 43 506 sayılı SSK. m. 60 (Değişik: 2422 - 6.3.1981) Yaşlılık aylığından yararlanma esas ve şartları aşağıda gösterilmiştir: A) (Değişik: 4447 - 25.8.1999) Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra ilk defa sigortalı olarak çalışmaya başlayanların yaşlılık aylığından yararlanabilmesi için; A) (Değişik ibare: 4759 - 23.5.2002 /Yaşlılık aylığından yararlanabilmek için sigortalıların; a) Kadın ise 58, erkek ise 60 yaşını doldurmuş olması ve en az 7000 gün veya b) Kadın ise 58, erkek ise 60 yaşını doldurmuş olması, 25 yıldan beri sigortalı bulunması ve en az 4 500 gün Malüllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödemiş olmaları şarttır.
- 44 Değişik ikinci fıkra: 17/4/2008-5754/16 md.
- 45 Ek: 25/8/1999 - 4447/17 md.
- 46 506 sayılı Kanun'un 126. maddesi 1 Kasım 1964 tarihinde, diğer hükümleri ise yayımını takip eden (29, 30, 31 Temmuz ve 1 Ağustos 1964) aybaşından altı ay sonra yürürlüğe girmiştir.
- 47 Yeniden düzenleme: 23/5/2002-4759/3 md.
- 48 Yeniden düzenleme: 23/5/2002-4759/3 md.
- 49 ŞAHLANAN, Fevzi; Yaş Koşulu Hariç Emekliliğin Diğer Koşullarını Tamamlayan İşçinin Kıdem Tazminatı, Karar İncelemesi, Tekstil İşveren Dergisi, Şubat 2010, S:359, s.4.
- 50 Yarg. 21. HD. 22.12.2009, E. 2008/18459, K. 2009/16908, <http://www.legalbank.net/>; Nitekim doktrinde de belirtildiği üzere, Sosyal Güvenlik Kurumunun işçiye emeklilik sebebiyle kıdem tazminatı ödenip ödenmediğine ilişkin merkezi bir kayıt tutma yükümlülüğü de yoktur. ŞAHLANAN, (Karar İncelemesi) s.4.
- 51 Önceki görüşe kıyasen, ARICI, s.13.
- 52 Yarg. HGK. 26.09.2007 E. 2007/9-615, K. 2007/627, <http://www.legalbank.net/>, Yarg. 9.HD. 04.04.2006, E. 2006/2716, K. 2006/8549, <http://www.legalbank.net/>; Yarg. 9.HD. 06.10.1989 t. E.1989/7786 K.1989/7642 AKYİĞİT, s.601.
- 53 AKYİĞİT, s. 601;Ayrıca bkz. Yarg. HGK. 28.05.2008 t. E. 2008/9-405, K.2008/412 <http://www.legalbank.net/>.
- 54 Yarg. 9.HD. 04.04.2006, E. 2006/2716, K. 2006/8549, <http://www.legalbank.net/>.
- 55 "Prim ödeme ve sigortalılık süresi yönünden emeklilik hakkını kazanmış olsa da, diğer bir ölçüt olan emeklilik yaşını beklemek zorunda olan işçilerin, bundan böyle çalışma olmaksızın işyerinden ayrılmaları halinde kıdem tazminatı alabilmelerini sağlamaktır." Yarg. 9.HD. 04.04.2006, E. 2006/2716, K. 2006/8549, <http://www.legalbank.net/>.
- 56 Yarg. 9.HD. 04.04.2006, E. 2006/2716, K. 2006/8549, <http://www.legalbank.net/>.
- 57 Bu yönde bkz. ŞAHLANAN, Fevzi; Yaş Koşulu Hariç Emekliliğin Diğer Koşullarını Tamamlayan İşçinin Kıdem Tazminatı, Karar İncelemesi, Tekstil İşveren Dergisi, Şubat 2010, S:359, s.4.
- 58 Yarg. 9. HD. 05.02.2010 t. E. 2008/14742, K. 2010/2358, <http://www.legalbank.net/>.
- 59 ".. evlenen kadın, evlendiği tarihten itibaren 1 yıl içinde kendi arzusu ile hizmet akdini sona erdirdiği takdirde kıdem tazminatına hak kazanır. Bir işyerinde çalışmakta iken evlenen bir kadın, Yasa'nın tanıdığı olanaktan yararlanarak kıdem tazminatını almak suretiyle ayrılmışsa, daha sonraki dönemlerde çalışma hakkını kaybettiğinden söz edilemez; diğer taraftan önceki işinden ayrılan kadın ayrılmasını hemen takiben çalışma ile evliliği öncekine göre daha kolaylıkla yürütebileceği yeni bir iş bularak çalışmasını da sürdürebilir." Yarg. HGK. 27.04.1988 t. E. 1988/9-225, K.1988/369,<http://www.legalbank.net/>.
- 60 Bu Yönde, UÇUM, Mehmet, Yaşı Bekleyerek Kıdem Tazminatı Alma Hakkı, [Http://www.Turkhukuksitesi. Com/Showthread.Php?T=31290](http://www.Turkhukuksitesi.Com/Showthread.Php?T=31290), 07.02.2011 ; ŞAHLANAN, Fevzi; Yaş Koşulu Hariç Emekliliğin Diğer Koşullarını Tamamlayan İşçinin Kıdem Tazminatı, Karar İncelemesi, Tekstil İşveren Dergisi, Şubat 2010, S:359, s.4.
- 61 12.07.1975 tarihinden itibaren işyerinin devri veya herhangi bir suretle el değiştirmesi halinde işlemiş kıdem tazminatlarından her iki işveren sorumludur. Ancak, işyerini devre-

- den işverenlerin bu sorumlulukları işçiyi çalıştırdıkları sürelerle ve devir esnasındaki işçinin aldığı ücret seviyesiyle sınırlıdır. 12/7/1975 tarihinden evvel işyeri devrolmuş veya herhangi bir suretle el değiştirmişse devir mukavelesinde aksine bir hüküm yoksa işlemiş kıdem tazminatlarından yeni işveren sorumludur(İK.m.14/3).
- 62 Yarg. 9.HD.28.11.1994 t. E.1994/12839, K.1994/16758 (YKD.Temmuz 1995, s.1058-1059); Yarg.9.HD. 16.10.1995 t. E.1995/11294 K.1995/31679 (YKD.Mart 1996, s.398).
- 63 DÖNMEZ, s.218.
- 64 OĞUZMAN (Fesih), s.246; SAYMEN (İş Hukuku), s.599; EKONOMİ (İş Hukuku), s.253; NARMANLIOĞLU, s.375; ESENER, s.249.
- 65 DÖNMEZ, s.219.
- 66 Yarg. 9.HD.20.6.1988 t. E.1988/5193 K.1988/6803 (YKD. Aralık 1989, s.1662-1663).
- 67 Yarg. 9.HD.9.5.1991 t. E.1991/324 K.1991/8244 (TÜBA İş Mevzuatı, C.5/1 .s.559) DÖNMEZ, s.230.
- 68 Yarg. 9.HD. 24.2.1984 t. E.1984/1061 K.1984/1906 (OD-YAKMAZ/BAYAZIT/BAYAR, s.184-186); YHGK.18.4. 1984 t. E.1984/9-300 K.1984/437 (İKİD. Ağustos 1984, s.2789-2790).
- 69 Yarg. 9.HD.10.10.1991 t. E.1991/8055 K.1991/12993 (İşveren, Temmuz 1992, s.18); Yarg.9.HD.14.6.1994 t. E.1994 8252 ,K.1994/9106 (AKPINAR, s.698).
- 70 YHGK. 16.11. 1983 t. E.1981/9-1067 K.1983/1169 (İHU, İş Kanunu 14 , No:30 ÇELİK incelemesi). Yarg.9.HD.13.5.1991 t. E.1991/460, K.1991/8361(Tekstil İşveren, Eylül 1991, s.17-18).
- 71 Bkz. YHGK. 16.11.1983 t. E.1981/9-1067 K.1983/1069, İHU, İK.m.14, No:30); Yarg.9.HD. 13.5.1991 t. E.1991/ 460 K.1991/8361 Tekstil İşveren, Eylül 1991 , s.17-18).
- 72 YHGK. 12.3.2003 t. 21-143/159, İHSGHD, Nisan-Haziran 2004, s.594-597; Bkz. Y9HD, 21.5.2001, E.2001/6063 K.2001/8620 ve AKYİĞİT incelemesi, TÜHİS, Şubat 2002, s.56-59.
- 73 Yarg. 9.HD.21.2.1991 t. E.1991/753 K.1991/8770 (İş Hukuku Dergisi, Temmuz-Eylül 1991, s.438-439).
- 74 OĞUZMAN (Fesih), 252; Yarg. 9.HD.14.4.1983 t. E.1983/1184 K.1983/3650 İHU İş Kanunu 14 No:32 EKONOMİ incelemesi.
- 75 Yarg. 9.HD. 3.10.1984 t. E.1984/7399 K.1984/8584, OD-YAKMAZ, Nevzat/BAYAZIT, Sancar/BAYER, İsmail; Kıdem Tazminatı, Ankara 1985;.Yarg.9.HD. 3.6.1991 t. E.1991/1786 K.1991/9198, Kamu-İş, s.69; Yarg.9.HD. 10.10.1991 t. E.1991/8055 K.1991/12993 , Kamu-İş , s.78.
- 76 Yarg. 9.HD.3.10.1984 t. E.1984/7399, K.1984/8584 (OD-YAKMAZ/BAYAZIT/BAYER, 196-197).
- 77 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 104. maddesinin birinci fıkrası uyarınca 5510 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılmayan hükümleri saklı kalmak kaydıyla, 17.07.1964 tarihli ve 506 sayılı ... kanunlara yapılan atıflar ile ilgili mevzuatında emeklilik, malüllük, vazife malüllüğü ve sosyal sigorta haklarına, yardımlarına ve yükümlülüklerine, iştirakçiliğe ve sigortalılığa, dul, yetim ve hak sahipliği şartlarına, emekli ikramiyesine, ek ödemelere, sağlık hizmetleri veya tedavi bedellerinin ödenmesine ilişkin yapılan atıflar 5510 sayılı Kanun'un ilgili maddelerine yapılmış sayılacaktır.
- 78 Ayrıntılı bilgi için bkz. AYHAN, Abdurrahman; Türkiye'de Sosyal Sigorta kurumlarında Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi Sorunu ve Uygulaması, Eskişehir 1983; TUNCAY, A. Can; Sosyal Güvenlik Hukuku, İstanbul 1986, s.248 vd.; GÜZEL, Ali/OKUR, Ali Rıza; Sosyal Güvenlik Hukuku , İstanbul 1999. CUHRUK, Mahmut; "Kamu Kuruluşlarında Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi, Birleştirilen Süreler Üzerinden Kıdem Tazminatı Hesaplanması", Adalet Dergisi, S.5-6, 1978 , s.378-395 ve ARICI, Kadir; Yargıtay Kararları Işığında Son Kamu Kurumunun Kıdem Tazminatına Esas Hizmetleri Birleştirme Yükümlülüğü,, Çimento İşveren Dergisi, Temmuz 1995, C.9, S.4, s.3-14; KESER, Hakan; Türk Kamu Sektöründe Bireysel İş İlişkileri, 2.Bası, İzmir 2007, s.283 vd.
- 79 Bkz. Yarg. 9.HD. 5.5.1983 t. E.1983/1963 K.1983/4450 (TÜHİS, Karar 33, s.89).
- 80 AKYİĞİT, s.919.
- 81 RG.12.07.1975, 15293.
- 82 Yarg. 9.HD.21.05.1980 t. E.1980/6088, K.1980/6133. ÇENBERCİ, Mustafa; İş Kanunu Şerhi İstanbul 1978, s.320.
- 83 Yarg. 9.HD.20.5.1993 t. E.1993/14521 K.1993/8612; YKD., Ocak 1994, s.59.; ABBASGİL, C; Kıdem Tazminatı ve Uygulaması, İstanbul 1994 ,s.51-53.
- 84 Yarg. 9. HD. 07.10.1996 t. E. 1996/836, K.1996/1899. Ayrıca bkz. TUNCAY, Can, Çimento İşveren Dergisi, Ocak 1997, s.28 vd.
- 85 RG. 09.04.1987.
- 86 Bkz. Yarg. 9.HD. 04.10.1999 t. E.1999/12307 K.1999/14932, YKD. Haziran 2000, s.880-881.
- 87 Yarg. 9.HD. 22.11.1999 t. E.1999/14867 K.1999/17648, Yayınlanmamış Karar, EKMEKÇİ, s.131.
- 88 AKYİĞİT, s.1182.
- 89 AKYİĞİT, s. 1182.
- 90 AKYİĞİT, s. 1182.
- 91 EKONOMİ bu durumda da hizmetlerin birleştirilebileceği görüşündedir. EKONOMİ, Münir; İş Hukuku, Ferdi İş Hukuku, C.1, İstanbul 1980, s.226.
- 92 ŞAHLANAN, Fevzi; Farklı Kamu Kuruluşlarında Geçmiş Hizmetlerde Kıdem Tazminatı Yarg. 9.HD. 15.03.1984. E.1984/1592 K.1984/2793 Sayılı Karar İncelemesi, İHU 1984/II, İK. m.14, No:40 Ayrıca bkz. REİSOĞLU, Sefa; Kıdem Tazminatı, Ankara 1976, s.54; CUHRUK, Kıdem Tazminatı ve Uygulaması, Ankara 1978, s.91-92.
- 93 ŞAHLANAN, Fevzi; Farklı Kamu Kuruluşlarında Geçmiş Hizmetlerde Kıdem Tazminatı. Yarg. 9. HD. 15.03.1984 t. E.1984/1592 K.1984/2793 Sayılı Karar İncelemesi, İHU 1984/II, İK.M.14, No:40.
- 94 NARMANLIOĞLU (Armağan), s.357, Yarg. 9.HD.10.04.1995 t. E.1994/18927, K.1995/ 12266; Yarg. 9.HD. 11.12.1989 t. E.1989/9608 K.1989/10808, AKYİĞİT, s.599, dn.1239.
- 95 Yarg. 9.HD. 10.03.1983 t. E.1983/586 K.1983/2168. NARMANLIOĞLU, 357, dn.141.

- 96 Söz konusu görüşlere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. KESER, s.295 vd.
- 97 Yarg. 9.HD. 01.02.1977 t. E.1977/228, K.1977/2106, İHU, İK.m.14, No:10.
- 98 Yarg. 9.HD. 29.04.1980 t. E.1980/3408, K.1980/5110, KANUN, Haziran 1980, s.879; Yarg.9.HD. 26.10.1981 t. E.1981/8775 K.1981/13205, YKD., Şubat 1982, s.202; Yarg. 9.HD. 01.02.1983 t. E.1982/9941 K.1983/527, YKD. Nisan 1983, s.852; ŞAHLANAN, Fevzi; Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi 1979-1983, Basisen Yayınları, No.3, İstanbul 1985, s. 154; Ayrıca bkz. DEMİR, Fevzi; 4502 Sayılı Kanunun Çalışanlar ve Sendikal Faaliyet Açısından Değerlendirilmesi, Mahmut Tevfik Birsell'e'Armağan, DEÜ Yayını, İzmir 2001, s.58.
- 99 Yarg. 9.HD. 27.05.1993, E.14673 K.1993/9121, Çimento İşveren dergisi, Temmuz 1993, s.28 Yarg. 9.HD. 14.10.2004 E.2004/6077 K.2004/22576. LEGAL, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2005, S.6, s.777. Ancak Yargıtay bu kararında memurluk süresinin kıdem tazminatının hesabında dikkate alınmamasının gerekçesini memuriyetin mahkûmiyet gerekçesi ile sona erdirilmesine dayandırmıştır.
- 100 Yarg. 9 HD., T.2.5.1995, E. 4206, K.14302 İş ve Hukuk Der., Y. 30, S.149 (Ekim-Kasım 1995), s. 22-23.
- 101 Yarg. 9. HD., T. 22.9.1994, E. 8139, K. 13098 Çimento İşveren Der., C. VIII, S. 6 (Kasım 1994), s. 31-32; Yarg. 9. HD., T. 26.1.1995, E. 1994/15033, K. 1995/1200 Çimento İşveren Der., C. IX, S.3 (Mayıs 1995), s. 27 kararında yer alan Yarg. HGK., T. 14.2.1990, E.1989/9-683, K. 1990/71; T. 26.1.1994, E. 1993/9-663, K. 1994/15. Aksi görüş için bkz. EKONOMİ, Münir; İş Hukuku, s.242 vd.; TAŞKENT, S.İHU, İK.m.14, No:42; NARMANLIOĞLU, Ünal; Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1984, s.90; SÜZEK, Sarper; Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1989, s.71; ŞAHLANAN, Seminer 1985, s.70-73; ŞAHLANAN (İHU, 1984/II, N0:38, s.3); TUNCAY (İHU, 1984/II, No:37); GÜNAY, Cevdet İlhan; Kıdem Tazminatının Hukuki Niteliği ve Askerlik Borçlanmasının Kıdem Süresine Etkisi", Yargıtay Dergisi, C.20, S.1-2, Ocak Nisan 1994, s.108-120; ARICI, s.8, KESER, s.300 vd.; TUNCAY (İHU, 1984/II, No:37), NARMANLIOĞLU, Kıdem, 118, dn.215
- 102 Hatta Yargıtay yalnızca muvazzaf askerlikte geçen sürelerin değil, yedek subay olarak askerliğin yapılması durumunda yedek subay okulunun dışında geçen, kıta döneminin de İK.m.14/4 hükmü içerisinde değerlendirilmesi gerektiği görüşündedir. Yargıtay'a göre, "yedek subay olarak geçen dönemde T.C.Emekli Sandığı emekli aylığı kesileceğinden, bu süre İK.m.14/4 gereğince kıdem tazminatında göz önünde tutulacaktır" Yarg. 9.HD.07.10.1985 t. E.1985/9353 K.1985/9113 (TÜHİS, Karar 87, s.124-125).
- 103 Yargıtay'ın geçmişte kamu ve özel kesim işçileri arasında ayırım yapılmaksızın askerlik borçlanma süresinin kıdem süresinden sayılacağına dair kararları da vardır. Yarg. 9. HD., T. 26.1.1984, E. 1983/9965, K. 1984/500 TÛTİS, Mayıs 1984, s.18.
- 104 "Muvazzaf askerlik dışındaki, manevra vs. gibi bir nedenle gündeme gelen askerlik, yukarıda da belirtildiği üzere sosyal güvenlik açısından borçlanılacak bir askerlik değildir. Zira bunu muvazzaf askerlik olarak nitelenebilir. Ancak, kanunda sözleşmenin feshedilmiş sayıldığı tarihe dek geçen süre (tatbikatta geçse bile) işçinin kıdemine eklenecektir." AKYİĞİT, s. 595.
- 105 Yarg. 9. HD. 18.04.1995 t. E. 1994/18905 K. 1995/13747, AKYİĞİT, s.594, dn.1201.
- 106 EKONOMİ, Münir "Ferdî İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 1991 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1991, MESS, İst., 1993, s.88'den Yarg. 9. HD., T. 7.2.1991, E. 1294, K. 1374 Tekstil İşveren Der., Eylül 1991, s.20; T. 1.3.1991, E. 2725, K. 3146 Tekstil İşveren Der., Kasım 1991, s. 13; Yarg. 9. HD., T. 5.5.1983, E. 1563, K. 4450 [Savaş TAŞKENT'in Yarg. 9. HD., T. 23.11.1984, E. 10089, K. 10237 İHU, İ.K. m. 14 (No.42)] karar incelemesi; Yarg. 9. HD., T. 3.10.1995, E. 19192, K. 30140 İş Ve Hukuk Der., Y.31, S. 256 (Aralık 1996), s.15-16. Yarg. 9.HD. 15.01.1986 t. E. 1985/10598 K.1986/160, AKYİĞİT, s.596, dn.1219.
- 107 Yarg. 9. HD., T. 26.1.1993, E. 1992/12086, K. 1992/962, İş ve Hukuk Der., Y. 28, S.234 (Nisan-Mayıs 1993), s. 26-27.
- 108 Yarg. 9.HD. 28.09.2987 t.E.1987/4365 K.1987/4644, Yarg. 9.HD. 23.11.1984 t. E. 1984/10090 K.1984/10238, AKYİĞİT, s.595, dn.1207, 1208.
- 109 Yarg. 9.HD. 16.03.1987 t. E.1987/2469 K.1987/2898, AKYİĞİT, s.599.
- 110 Yarg. 9. HD., T. 14.9.1993, E. 12642, K. 13372, İş ve Hukuk Der., Y. 19, S. 244 (Aralık 1994-Ocak 1995), s. 24-25; Yarg.9.HD.,T.26.10.1993, E. 14550, K. 15278, İş ve Hukuk Der., Y. 29, S. 240 (Nisan-Mayıs 1994), s.22-23; Yarg. 9. HD., T. 7.12.1993, E. 7946, K. 18115, Türk-İş Der., S. 287 (Mart 1997), s. 22.
- 111 Yarg. 9.HD. 05.05.1986 t. E.1986/3860 K.1986/4597, AKYİĞİT, s.595, dn.1205.
- 112 Yarg. 9.HD. 12.03.1996, E. 1995/ 31134 K.1996/5263, AKYİĞİT, s.595, dn.1206; Yargıtay daha eski tarihli bir kararında da "Hizmet akti miras bırakanın ölümü nedeniyle sona ermişse, borçlanılan askerlik süresinin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmayacağı" görüşünü ifade etmiştir. Yarg. 9.HD. 01.03.1994 t. E.1994/ 3790, K.1994/3109 YKD., Temmuz 1994, s.1088.
- 113 Yarg. 9.HGK. 26.01.1994 E.1993/9-663 K.1994/15) Çimento İşveren Dergisi, Ocak 1995, C.9, S.1, s. 39; Bkz. TUNCAY, A.Can; Aynı YHGK Kararı incelemesi Çimento İşveren Dergisi, Ocak 1995, C.9, S.1, s. 37-42; Yarg. 9.HD. 13.01.1994 t. E.1994/1541 K.1994/1202 YKD.Ağustos 1994, s.1267 vd. Yarg. 9.HD. 22.12.1982 t. E. 1982/9122 K.1982/10026, TÛTİS, Mayıs 1983, s.16; Yarg.9.HD. 26.10.1982 t. E.1982/7581 K.1982/8515, TÛTİS Mart 1983, s.29; Yarg.9.HD.28.03.1983 t. E.1983/993 K.1983/ 2867, TÛTİS Temmuz 1983, s.17.
- 114 AKYİĞİT, s.599.
- 115 "Söz konusu hizmetin İK.'na bağlı olarak geçmesi zorunludur. Bu anlamda, örneğin Borçlar Kanununa tabi geçen bir hizmetin de birleştirilebilecek hizmet olarak dikkate alınması mümkün değildir." AKYİĞİT, s. 599 vd.
- 116 NARMANLIOĞLU, s.361. Kamu Kuruluşlarında Nakil Sıra

- sında Kıdem Tazminatı Ödenmesi – Kıdem Tazminatı Sayılmayan Ödeme. OKUR, Ali Rıza; Yarg. 9.HD. 03.02.1984 T. E.1883/10238 K.1984/925 Sayılı İncelemesi, İHU 1984/II , İK.M.14 No: 39; Yarg.9.HD. 01.10.1985 t. E.1985/5879 K.1985/8780, TÜHİS, Karar 84, s.123; Yarg.9.HD.16.11.1982 t. 1982/8007, K.1982/8917 (İstanbul Barosu Bilgi Bankası Arşivi); Yarg.9. HD.,31.03.1992 t. E.1992/259 K.1992/3835 (İstanbul Barosu Bilgi Bankası Arşivi).
- 117 Yarg. 9 HD. 16.06.1980 t. E.1980/6856 K.1980/7200, Kanun, Eylül 1980, s.133.
- 118 Yarg. HGK.26.01.1981 t. E.1980-9/2041 K.1980-9/536; Yarg. 9.HD. 09.04.1982 t. E.1982/2940 K.1982/3520; OKUR, İHU incelemesi; ÇELİK, s.211; REİSOĞLU, s.232; CUHRUK, s.48.
- 119 OKUR (İHU, 1984 İK.m.14, No: 39).
- 120 Yarg. 9.HD. 09.04.1982 t.E.1982/2940 K.1982/3520, İHU, İK.m.14, No:26; Yarg. 9.HD.29.12.1982 t. E.1982/9369 K.1982/10271, BİLEN'in karara ilişkin incelemesi TÜTİS, Temmuz 1983, s.3.
- 121 Yarg. 9.HD.15.11.1983 t. E.1983/6753 K.1983/9284, YKD. Nisan 1984, s.583; Yarg. 9.HD.15.03.1984 t. E.1984/1592 K.1984/2793, KANUN, Nisan 1984, s.573.
- 122 Yarg. 9.HD. 09.12.1982 t. E.1982/9101 K.1982/9441, KANUN, Haziran 1983, s.875.
- 123 ŞAHLANAN (İHU, 1984/II, No:40), s.3; Yargıtay, Kamu kurumları arasındaki naklin, kıdem tazminatını gerektirmeyen bir durum olduğunu belirtmektedir. Kıdem tazminatının ancak, sınırlı bazı durumlarda verilmesini öngören kanun düzenlemesinin yetersizliği açısından bkz. SAYMEN, 594-595; SIZMAZOĞLU, s.125-126; KUTAL, Metin, İş Hukuku, 169; ÇELİK, 211.
- 124 Bu görüş yandaşları genelde görüşlerini 14. Maddeye 1927 sayılı Kanunla getirilen değişikliğe ilişkin hükümet tasarısının gerekçesine dayandırmaktadırlar. REİSOĞLU(Kıdem), 53 vd; CUHRUK (Kamu Kuruluşları), 390 CUHRUK (Kıdem), 51; ABBASGİL, s.90; SÜZEK, Seminer 89, s.77; Ayrıca Yarg. 9.HD. 17.10.1979 t. E.1979/11825 K.1979/12912, YKD., Şubat 1980, s.237 vd.; Yarg.9.HD. 29.04.1980 t. E.1980/3408 K.1980/5110, ÇENBERCİ, s.343.
- 125 Yarg. 9.HD. 01.02.1983 t. E.1982/9941 K.1983/527; Yarg. 9.HD. 02.10.1989 t. E. 1989/5033 K.1989/ 7569, AKYİĞİT, s.599, dn.1236; ARICI, s. 10. “.görüntüde istifa gibi de olsa bir kimsenin her iki kamu kuruluşunun bilgisi altında birinden diğerine geçmesinin istifa olarak kabul edilmemektedir. “Bu yönde bkz. REİSOĞLU (Kıdem), 58; ABBASGİL, s.91; BİLEN, T.; Kamu Kuruluşları Arasında Nakil-Kıdem Tazminatı, TÜHİS, Temmuz 1983, s.4-5 ve Aynı yazar Kamu Kuruluşlarında Nakil-Askerlik ve Kıdem Tazminatı, TÜHİS, Kasım 1984, s.9-10.
- 126 Yarg. 9.HD. 20.11.1996 t. E.1996/1288 K.1996/21642, AKYİĞİT, s.592, dn.1189.
- 127 Yarg. 9.HD.27.03.1978 E.1978/3583, K.1978/4120, CUHRUK, s.96; Yarg.9.HD. 27.01.1984 t. E.1983/10347 K.1984/591, İşveren Dergisi, Temmuz 1984, s.17.
- 128 ŞAHLANAN (İHU 1984/II), s.7.
- 129 ŞAHLANAN (İHU/1984, No:40).
- 130 Yarg. 9.HD. 09.07.1982 E.1982/5902 K.1982/6661, İHU, İK.m.14, No:27; Yarg. 9.HD. 25.01.1982 t. E.1981/12386 K.1982/467, TÜTİS, Mart Mayıs 1982, s.14; Yarg. 9.HD. 16.02.1982 t. E.1981/13854 K.1982/1690, TÜTİS, Mart Mayıs 1982, s.18; Yarg. 9.HD. 26.10.1982 t. E.1982/7581 K.1982/8515, TÜTİS Mart 1983, s.29; Yarg. 9.HD.28.03.1983 t. E.1983/993 K.1983/2867, TÜTİS Temmuz 1983, s.17; Yarg. 9.HD. 24.12.1982 t. E.1982/10181 K.1982/10092, TÜTİS Mayıs 1983, s.17; Eski görüşü için bkz. Yarg. 9.HD. 29.04.1980 t. E.1980/3408 K.1980/5110), AKYİĞİT, s.599, dn.1238; ŞAHLANAN (Seminer 79/83), s.112.
- 131 Yarg. 9.HD.14.10.2004 E.2004/6077 K.2004/22576. LEGAL, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2005, S.6, s.777.
- 132 “Memuriyet süresi hiçbir şekilde hizmet birleştirmesine (kıdeme) katılamaz” Yarg. 9.HD. 10.04.1995 t. E.1994/18927 K.1995/12266; Yarg. 9.HD. 28.06.1994 t. E.1994/9587 K.1994/10202.

KAYNAKÇA

- ABBASGİL, C.; Kıdem Tazminatı ve Uygulaması, İstanbul 1994
- AKYİĞİT, Ercan; İş Kanunu, Deniz İş Kanunu Ve Basın İş Kanununda Kıdem Tazminatı Ankara 1999
- ALPER, Yusuf; Sosyal Güvenlik ve Emeklilik Yaşının Tespiti, Çimento İşveren Dergisi, Ocak 1997, s.4
- ARICI, Kadir; Yargıtay Kararları Işığında Son Kamu Kurumunun Kıdem Tazminatına Esas Hizmetleri Birleştirme Yükümlülüğü; Çimento İşveren Dergisi, Temmuz 1995, C.9 , S.4, s.3-14
- AYHAN, Abdurrahman; Türkiye’de Sosyal Sigorta Kurumlarında Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi Sorunu ve Uygulaması, Eskişehir 1983.
- BİLEN, T.; Kamu Kuruluşları Arasında Nakil-Kıdem Tazminatı, TÜHİS, Temmuz 1983, s.4-5 ve Aynı yazar Kamu Kuruluşlarında Nakil-Askerlik ve Kıdem Tazminatı, TÜHİS, Kasım 1984
- CUHRUK, M.; Kıdem Tazminatı ve Uygulaması, Ankara 1978,
- CUHRUK, M.; Kamu Kuruluşlarında Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi, Birleştirilen Süreler Üzerinden Kıdem Tazminatının Hesaplanması, Adalet Dergisi 1978, S:5-6
- ÇELİK, Nuri; İş Hukuku Dersleri, 21.Bası, İstanbul Ağustos 2008
- ÇENBERCİ, Mustafa; İş Kanunu Şerhi, 5.Bası, Ankara 1984,
- DEMİR, Fevzi; İş Güvencesi Hukuku, 2. Bası, İzmir 1999
- DEMİR, Fevzi; 4502 Sayılı Kanunun Çalışanlar ve Sendikal Faaliyet Açısından Değerlendirilmesi, Mahmut Tevfik Birsels’e Armağan, DEÜ Yayını, İzmir 2001
- DEMİR, Fevzi; En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, 5.Bası, İzmir Ocak 2009
- DİLİK, Sait; Sosyal Güvenliğin Karşılaştığı Riskler ve Türkiye’deki Durum, Kamu-İş Temmuz 1989
- DÖNMEZ, Kazım Yücel; İş Hukukunda Tazminatlar, 2.Bası Ankara 2008

- EKONOMİ, Münir; İş Hukuku C.1, Ferdi İş Hukuku, 3.Bası, Teknik Üniversite Matbaası, İstanbul 1984
- EKONOMİ, Münir “Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 1991 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1991, MESS İst., 1993
- ERGİN, Berin, C.; Türk İş Hukukunda Kıdem Tazminatının Geçirdiği Safhalar, İstanbul 1989
- ERKUL, İhsan; Türk Hukukunda Kıdem Tazminatı Müessesesinin Gelişmesi ve Bu Gelişmede 1927 sayılı Kanunun Yeri ve önemi,1927 sy. Kanun Semineri
- ESENER, Turhan; İş Hukuku Dersleri, 3.Bası, Ankara 1978,
- GÜNAY, C. İlhan; Kıdem Tazminatının Hukuki Niteliği ve Askerlik Borçlanmasının Kıdem Süresine Etkisi, YD. Ocak/Nisan 1994
- GÜZEL, Ali/OKUR, Ali Rıza/CANİKLİOĞLU, Nurşen; Sosyal Güvenlik Hukuku, 5510 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış 12.Bası, İstanbul Nisan 2009
- GÜZEL, Ali/OKUR, Ali Rıza; Sosyal Güvenlik Hukuku, İstanbul 1999.
- KESER, Hakan; Türk Kamu Sektöründe Bireysel İş İlişkileri, 2.Bası, İzmir 2007
- NARMANLIOĞLU, Ünal; Emekli Olmak Amacıyla Hizmet Sözleşmesinin Feshi-Kıdem Tazminatı Yasadışı Greve İştirak” Karar İncelemesi Yarg.9.HD. 30.04.1991 t. E.1991/3465 K.1991/7870, İş Hukuku Dergisi, C.1 , S.3, Temmuz Eylül 1991, s.424-437
- NARMANLIOĞLU, Ünal; Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 1990 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 1992
- NARMANLIOĞLU, Ünal; İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, 2.Bası, Ankara 1994
- NARMANLIOĞLU, Ünal; Türk Hukukunda Kanundan Doğan Kıdem Tazminatı, İstanbul 1973
- ODYAKMAZ, Nevzat/BAYAZIT, Sancar/BAYER, İsmail; Kıdem Tazminatı, Ankara 1985
- ONAR Sıddık Sami; İdare Hukukunun Umumî Esasları, 3 Cilt. İstanbul 1966
- REİSOĞLU, Safa; 1927 Sayılı Yasa Açısından Kıdem Tazminatı, Ankara 1976
- SAYMEN, F. H.; Türk İş Hukuku, İstanbul 1954
- SÜZEK, Sarper; İş Hukuku, 4.Basım, İstanbul 2008
- SÜZEK, Sarper; Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1989
- ŞAHLANAN, Fevzi; Farklı Kamu Kuruluşlarında Geçmiş Hizmetlerde Kıdem Tazminatı Karar İncelemesi, İHU 1984/II, İK.m.14 , No:40
- ŞAHLANAN, Fevzi; Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi 1979-1983, Basisen Yayınları, No.3, İstanbul 1985
- ŞAHLANAN, Fevzi; Yaş Koşulu Hariç Emekliliğin Diğer Koşullarını Tamamlayan İşçinin Kıdem Tazminatı, Karar İncelemesi, Tekstil İşveren Dergisi, Şubat 2010, S:359, s.2-4
- ŞAKAR, Müjdat; Gerekçeli ve İçtihatlı, İş Kanunu Yorumu, Yenilenmiş 4. Baskı, Ankara 2009
- ŞAKAR, M. “Askerlik ve İş Hukuku”, İş ve Hukuk Dergisi Y. 28, S. 232 (Aralık 1992 - Ocak 1993), s.5
- ŞAKAR, M.; Sosyal Sigortalarda Hizmet Borçlanması, MÜİ-İBFD. C.IV,S.1-2, 1987, s.700 vd.
- TUNCAY, A. Can; Askerlik Süresinin Kıdem Tazminatının Hesabına Dahil Edilmesi ve Hizmetlerin Birleştirilmesi., Yarg. 9.HD. 05.05.1983 T. E.1983/1563 , K.1983/4450 Sayılı Kararı İncelemesi , İHU 1984/II , İK.m.14 , No. 37.
- TUNCAY, A. Can; Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, İstanbul 1998
- TUNCAY, A.Can/EKMEKÇİ, Ömer; Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Güncelleştirilmiş 11.Bası, İstanbul 2005
- TUNÇOMAÇ, Kenan; İş Hukukunun Genel Esasları, İstanbul 1989
- UÇUM, Mehmet; Yaşı Bekleyerek Kıdem Tazminatı Alma Hakkı, [Http://www. Turkhukuk sitesi. Com/Showthread. Php?T=31290](http://www.turkhukuk sitesi. Com/Showthread.Php?T=31290), 07.02.2011

6098 Sayılı Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde İş Hukukunda İbra Sözleşmelerinin Geçerliliği

A. Genel Olarak

İbra sözleşmesi, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 115. maddesinde düzenlendiği halde Türk Borçlar Kanunu'na bu madde alınmamıştır¹. Bir Kanunda ana kurallar ve kurumlar oluşturulurken ibra gibi önemli bir kuruma yer verilmeyişinin, ancak hata sonucu olabileceği öğretide ileri sürülmüştür².

Alman Medeni Kanunu'nun 397. paragrafında ibra kurumuna yer verilmiştir. Bu paragrafta göre "Alacaklı, borçluyu bir sözleşme ile ibra ederse, borç ilişkisi şekle tabi olmadan sona erer"³.

Fransa hukukunda da ibra düzenlenmiş ve şekle tabi tutulmamıştır. İbra sözleşmesini içeren Fransız Medeni Kanunu'nun 1285. maddesinde, ibranın, açık ve zımni olabileceği belirtilmiştir. Ancak sözleşme sebebinin gösterilmesi ve borçlunun kabulü geçerlilik şartı sayılmıştır⁴.

Cumhuriyetten önceki dönem kanunlarımızdan Mecellenin 1536 ile 1564. maddeleri arasında ibra düzenlenmiştir. Mecelle, ibrayı,

ibra-i iskat ile ibra-i istiyfa olmak üzere iki türe ayırarak ele almıştır. İbra-i iskat, bir kimşenin diğer kimsede olan hakkının tamamından veya bir kısmından vazgeçmesidir. Yani borçluyu borcundan kurtarmasıdır, kısaca bunun düşmesidir. İbra-i istiyfa ise alacaklının alacağından tek yanlı kayıtsız şartsız vazgeçmesidir⁵.

Borçlar Kanunu'na alınmamış olan ibra sözleşmesi, 3008 sayılı, 931 sayılı 1475 ve 4857 sayılı İş Kanunları'nda da düzenlenmemiştir.

Bununla birlikte gerek öğretide gerek uygulamada ibraname, bir borcun tam ya da kısmen ifa edilmeden sona ermesini sağlayan özel bir sukut nedeni olarak kabul edilmektedir⁶.

Diğer bir ifade ile ibra, alacaklının alacağını almadığı halde borçlusunu borcundan beri kılmak onu borçtan kurtarmak amacıyla yapılan bir sözleşmeyi ifade etmektedir⁷.

Türk Ticaret Kanunu'nun bazı maddelerinin "ibra" kenar başlığını taşıdığı ve ibraya ilişkin bazı hükümlerin bulunduğu görülmekte ise de, anılan Kanunda da ibra sözleşmesi dü-

İlerde ortaya çıkacak olan bir alacakla ilgili olarak şimdiden bir ibra sözleşmesi düzenlenmesi olanaksızdır.

zenlenmemiştir. Türk Ticaret Kanunu'nun ibraya ilişkin hükümleri menfi borç ikrarı mahiyetindedir⁸.

Konuyla ilgisi görülebilecek düzenleme, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nda yer almaktadır. Adı geçen Kanun'un 111. maddesinde, "Bu Kanunla öngörülen hukuki sorumluluğu kaldıran veya daraltan, anlaşmalar geçersizdir. Tazminat miktarlarına ilişkin olup da, yetersiz veya fahiş olduğu açıkça belli olan anlaşmalar veya uzlaşmalar yapıldıkları tarihten başlayarak iki yıl içinde iptal edilebilir" şeklinde bir kurala yer verilmiştir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin konu ile ilgili kararlarında istikrarlı biçimde anılan hüküm uygulanmakta ve hak kazanılan tutar ile ödenen miktar arasında açık nispetlilik olup olmadığı üzerinde durulmaktadır. Açık nispetlilik halinde belge, ibraname olarak değerlendirilmemektedir⁹. İbranamenin gabin sebebiyle yasada belirtildiği üzere iki yıl içinde iptalinin istenebileceği, ya da açılmış bir davada defa yoluyla ileri sürülebileceği de anılan Özel Daire tarafından kabul edilmektedir¹⁰.

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi de iş kazalarından doğan tazminat davalarında benzer bir çözüme gitmiştir. Hak sahibinin gerçek zararı ile ibranamede yer alan miktar arasında açık oransızlık bulunmadığı hallerde ibranameye geçerlilik tanınmaktadır¹¹.

İş hukuku uygulanmasında ibranın yaygın olarak başvurulmuş bir yol olduğu söylenebilir. Daha çok ibraname olarak adlandırılmakta ve işçinin tek taraflı olarak imzalayıp işverene verdiği bir belge şeklinde ortaya çıkmaktadır.

Öğretide Borçlar hukuku yönünden borçların sukutu sebeplerinden biri olarak ibra sözleşmesi ayrıntılı biçimde incelenmiş¹² ve iş hukuku bakımından ibraname üzerinde durulmuştur¹³. Ancak uygulamada çoğu kez başka hukuki işlemler ibra olarak adlandırılmakta, zaman za-

man ifanın kanıtı belge ile eşdeğer kabul edilmektedir.

İbranamenin ifa ile eşdeğer tutulması, birbirinden ayrı iki kurumun karıştırılması anlamına gelir. Aynı yanılı 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nda da karşımıza çıkmıştır. 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan ilgili Yasanın 420. maddesinde ibra, hak kazanılan tutarın eksiksiz olarak banka yoluyla ödenmesi koşuluna bağlanmıştır. Bu durumda ibra ile ifa eşdeğer tutulmuş görünmektedir. Oysa ibra alacağın tatmin edilemeyen sona erme nedenlerinden biri olup ifadan tamamen farklıdır.

6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 420. maddesinde ibradan söz edilmiş olsa da gerçekte aradığı ifadır. Düzenlemeye göre hak kazanılan tutarın noksansız ödenmesi gerekir. O halde düzenlemeye göre işçinin işvereni tam olarak ibra etmesi mümkün olamaz. Yasada yer alan düzenlemeye göre kısmi ibra da mümkün değildir. Zira alacağın bir kısmı maddede öngörülen şartlara uygun olarak ödenmiş olsa dahi işverenin borcun kalan kısmından kurtulması söz konusu olamaz. Bu halde de ibraname, ödenen kısım yönünden makbuz etkisini gösterir ve kalan kısım için işveren borçtan kurtulmuş sayılmaz.

6098 sayılı Borçlar Kanunu henüz yürürlüğe girmemiş olsa da ibraya dair hükümlerinin derhal uygulama alanı bulup bulmayacağı üzerinde durulması gereken bir konudur.

6098 sayılı Borçlar Kanunu hükümleri 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecektir. İbra konusu halen yürürlükteki bir yasa ile düzenlenmemiş olmakla öğreti ve uygulamada var olan ibraname konusunda bir kanun boşluğunun varlığından söz edilebilir. Kanun boşluğu olan hallerde uygulanacak kural hakim tarafından belirleneceğinden, yasalaşmış ancak henüz yürürlüğe girmemiş bir normdan yararlanılması mümkün müdür? Başka bir anlatımla, 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun ibraya ilişkin hükümlerinin derhal uygulanması mümkün olabilir mi? Bu sorun, aşağıdaki başlıklar altında farklı açılardan ele alınacak ve derhal uygulamanın sakıncaları açıklanmaya çalışılacaktır.

Bu çalışma ile ibra sözleşmesinin geçerliliği noktasında 6098 sayılı Borçlar Kanunu öncesi ve sonrası dönemler ayrı ayrı incelenecek, ibranamenin düzenlenme zamanı, şekli, makbuz etkisi, çelişkili savunma gibi konularda geçerlilik sorunu değerlendirilecektir.

B. 6098 Sayılı Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğe Girmedığı Dönem

a. İbranamenin Düzenlenme Zamanının Etkisi

İbra sözleşmesinin etki alanı geçmişteki bir döneme aittir. Diğer bir deyişle bu belgeler hukuki nitelikleri yönünden geçmişe yönelmişlerdir. Gelecekteki bir hak ibra sözleşmesinin konusuna girmemektedir¹⁴. Buna göre ilerde ortaya çıkacak olan bir alacakla ilgili olarak şimdiden bir ibra sözleşmesi düzenlenmesi olanaksızdır.

İş hukukunda işçiyi koruma ilkesinin bir yanması olarak, hizmet akdinin devamı sırasında alınan ibranamelerin geçersiz olduğu kabul edilmektedir¹⁵.

Yargıtay'ın yerleşmiş içtihadına göre, hizmetin devamı sırasında alınmış bulunan ibra belgesi sonradan doğmuş olan işçilik haklarını hükümden düşürmez. Bu bakımdan tarafların bu yönle ilgili delilleri üzerinde durmak, delilleri karşılaştırmak ve değerlendirmekle varılacak sonuca göre karar vermek gerekir¹⁶.

İş hukuku uygulamasında ibranamenin en çok işe girerken alınan açığa imzanın üst kısmının doldurulması şeklinde ortaya çıktığı söylenebilir. İşçi tarafından böyle bir iddianın ortaya atılması durumunda bunu ispat etmesi gerekir. İbranamenin işe girerken beyaza imza ya da matbu şekilde imzalanıp verilmiş olduğu hususu ibranamenin geçerliliğini doğrudan etkileyeceğinden tanıkla ispatı da mümkündür.

Saymen'e göre; işe girdiği zaman veya işin devamı sırasında beyaza imza atılan ibranamenin hiçbir geçerliliği yoktur, çünkü ibranamenin konusunu teşkil eden alacaklar ya hiç veya tamamen doğmamıştır¹⁷. Doğmayan bir haktan feragat etmek de mümkün değildir¹⁸.

Yargıtay kararlarında, iş sözleşmesinin feshedilmediği bir dönemde işçinin kıdem tazminatı hakkı doğmadığından kıdem tazminatı adı altında yapılan ödemelerin avans niteliğinde olduğu ve bu nedenle ibranamenin borcu tüümüyle sona erdirmeye açıklandığı¹⁹.

Fesih tarihi ile aynı gün düzenlenen ibranameler ise geçerli kabul edilmektedir²⁰. Yine, alt işverenin ihale süresinin bitiminde alınan ibranameler geçerli sayılmakta ve asıl işverenden alınan iş kapsamında işçinin sonraki alt işverenler nezdinde çalışmaya devam etmesi sonuca etkili görülmemektedir²¹.

Feshe bağlı haklar ancak fesih ile doğduğundan çalışırken düzenlenen ibranamelerin geçersizliği tartışma götürmemektedir. Zira doğmayan bir hakkın feragat kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Ancak feshe bağlı olmayan ücret ve ücretin ekleri, fazla çalışma ve benzeri işçilik alacakları için çalışırken ibraname düzenlenip düzenlenemeyeceği tartışılması gereken bir konudur.

Yargıtay'ın eski bir kararında "İş akdinin devamı sırasında alınan ibranameye geçerlilik izafe edilemez" demek suretiyle, ibranamenin düzenlenme zamanının feshinden sonraki bir zaman olması gerektiği belirlenmiştir²².

Yargıtay'ın ilke kararı niteliğinde verdiği yeni kararlarında da iş ilişkisinin devam ettiği bir aşamada ibra sözleşmesi düzenlenemeyeceği açık biçimde hükme bağlanmıştır²³. Yargıtay kararlarında çalışırken alınan ibranamelere feshe bağlı haklar ya da feshe bağlı olmayan haklar bakımından bir ayrıma gidilmeksizin kesin biçimde geçersizlik yüklenmiştir. Gerekeceği olarak da iş ilişkisinin devamı süresinde işçinin işveren bağımlı olduğu ve iş güvencesi hükümlerine rağmen iş ilişkisinin devamlılığını sağlamak veya işçilik haklarına bir an önce kavuşmak için işçinin iradesi dışında ibra sözleşmesi imzalamaya yöneldiği varsayılmıştır.

Düşüncemize göre, hizmet akdinin devamı sırasında alınan ibranamelerin hiçbir şekilde geçerli olmadığını söylemek doğru olmaz. Gerçekten akdin feshinde ortaya çıkan tazminat ve işçilik hakları dışında kalan ve çalışırken ödemesi gereken işçilik alacakları için ibra sözleşmesi düzenlenmesi mümkündür. Emeği ile ge-

Akdin feshinde ortaya çıkan tazminat ve işçilik hakları dışında kalan ve çalışırken ödenmesi gereken işçilik alacakları için ibra sözleşmesi düzenlenmesi mümkündür.

çinen işçinin nedensiz yere ücret ve tazminat hakkından vazgeçerek işvereni ibra etmesi hayatın olağan akışına uygun düşmez. Bu durumda çalışırken alınan ibranameler yönünden işçinin iradesinin fesada uğratılması bir karine olarak değerlendirilebilir. Buna rağmen feshine bağlı olmayan işçilik alacakları yönünden salt çalışırken düzenlendiğinden bahisle ibranameyi kesin olarak geçersiz saymak doğru olmaz. İşçinin iradesinin işverenin ibrası yönünde oluşması olanaklıdır. Bu itibarla çalışırken düzenlenen ibranamelere şüphe ile yaklaşmak gerekse de, sınırlı olarak söz konusu ibranamelerin borcu sona erdiren etkisi ortaya çıkabilir.

Yargıtay'ın bir kararında, iş sözleşmesinin devamı sırasında doğmuş olan hakların ibrasına ilişkin belgenin, fesih sonucu gerçekleştirilecek istekleri kapsamadığı belirtilmiştir²⁴. Bu kararın içeriğinden, iş sözleşmesi sırasında doğmuş olan alacakların akdin devam ettiği bir sırada ibrasının mümkün olabileceği ortaya çıkmaktadır.

İşe girerken beyaza imza ya da belli bir metin imzalatılmak suretiyle alınan ibranamenin geçersizliği konusunda öğreti ve Yargıtay kararları arasında tam bir uyum vardır²⁵.

İbranamenin fesihden ve işçinin açtığı davadan sonra düzenlenmesine rağmen, dava dilekçesinde baskı sonucu ve yapılan kısmi ödeme karşılığında imzalamak zorunda kalınacağına açıklanması durumunda ibranamenin dava dilekçesinde açıklanan ödeme tutarı kadar makbuz hükmünde sayılacağı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında açıklanmıştır²⁶. Anılan karara göre, fesihden sonra düzenlenmesine rağmen ibranın borcu tamamen sona erdiren bir etkisi bulunmayan hallerin ortaya çıkması mümkündür.

Gerçekten, iş ilişkisinin devamı sırasında feshine bağlı olmayan ücret, fazla çalışma gibi alacaklar yönünden işverenin ibrası mümkün olabilir. Bu noktada işçinin iradesinin fesada uğratıldığı hususu ileri sürülüp bu husus kanıtlanmadıkça, ibraname geçerli sayılmalıdır. Yargıtay'ın başka bir kararında iş sözleşmesi devam ederken fazla çalışma ücretlerini kapsayan ibranamenin yapılan ödemelerle sınırlı etkisinden söz edilmiştir²⁷.

İş ilişkisinin devamı sırasında işverenin feshine bağlı olan ihbar ve kıdem tazminatı adı altında ödemeler yapması ve bu konuda ibra sözleşmesi düzenlendiği de uygulamada karşımıza çıkmaktadır. Doğmamış bir borcun ibrasından söz edilemeyeceğinden, işverence yapılan bu ödemenin ibra etkisi yoktur. Avans niteliğinde olan bu ödemeler ilerde hak kazanılması durumunda ihbar ve kıdem tazminatlarından yasal faizlerin de ilavesi suretiyle tenkis edilir²⁸.

Taraflar arasında iş ilişkisi devam ettiği bir sırada işçinin de işverene borçlu olduğu durumlar ortaya çıkabilir. İş sözleşmesinin devamı sırasında alınan ibranamenin geçersizliği şeklindeki Yargıtay uygulaması, işçi lehine yorum ilkesinin bir sonucudur. Yoksa iş ilişkisinin devamı sırasında işverence işçinin ibra edilmesi her zaman mümkün görülmelidir.

Alt işverenin ihale süresi bitiminde işçi ile ibra sözleşmesi düzenlemesi ise ihtimal dahilindedir. Zira işçi ile alt işveren arasında ilişki sona ermekte ve işçi yeni alt işveren nezdinde çalışmasını sürdürmektedir. Asıl işveren yönünden kesintisiz bir çalışma söz konusu olsa bile önemli olan alt işverenle işçi arasındaki ilişkidir. Alt işverenle yapılan bu ibra sözleşmesi, ibranamenin tarafı olan alt işverenin sona eren borcu nispetinde asıl işveren yönünden de sonuç doğurur²⁹.

İbranamenin düzenlenme zamanının geçerliliğine etkisi 6098 sayılı Borçlar Kanunu öncesinde de son derece önem arz etmekteydi. Ancak adı geçen Kanun ile fesihden itibaren en az bir aylık süre içinde düzenlenen ibranameler geçersiz sayılmıştır. Düzenleme, işçinin bir aylık işe iade davası açma hakkının olduğu süre içinde de baskı altında olduğu ya da iş güvencesi kapsamında olan işçiler bakı-

mından aynı süre içinde iş sözleşmesinin feshinin askıda olduğu gibi görüşler çerçevesinde ele alındığında yerinde görünmektedir. Ancak işverenlerin feshi izleyen bir aylık süre içinde ibraname düzenleme yasağı sebebiyle işçiye yapılacak ödemeleri de en az bir ay süreyle geciktirmeleri ihtimal dahilinde olup, bu durum işçi aleyhine sonuçlar doğuracaktır. Bazen de ileri tarihli ibraname düzenlenmesi uygulaması ile Yasa hükmü aşılmaya çalışılabilir ki, bu da yeni bazı geçersizlik iddialarını gündeme getirebilecektir.

Mevcut hükmün yürürlüğe girmediği dönem içinde Yargıtay kararlarında feshi izleyen bir aylık süre içinde ibraname düzenlenemeyeceği öngörülmediğinden, derhal bir içtihat değişikliğine gidilmesinin önemli sorunlara neden olabileceği düşüncesindeyiz. Şu halde göre 6098 sayılı Yasa'nın yürürlüğe gireceği güne kadar düzenlenen ibranamelerde feshi izleyen bir aylık süre içinde ibra sözleşmesi yapılma yasağı geçerli olmayacaktır.

b. İbranamenin Şekli

İsviçre hukukunda ibra sözleşmesi herhangi bir şekle tabi değildir. İbra edilen alacağı doğuran temel borç ilişkisi kanun veya taraf iradelerine göre bir şekle tabi olsa dahi durum aynıdır³⁰.

Türk hukukunda durum tartışmalıdır. Bir görüşe göre, Borçlar Kanunu'nun 12. maddesi uyarınca şekle tabi bir sözleşmenin içeriğinin değiştirilmesinde aynı şekil şartına tabi olmasından hareket edilerek ibra sözleşmesinin de borç doğuran asıl ilişkide olduğu gibi şekle tabi olmalıdır³¹. Buna karşılık öğretide hâkim görüşe göre ibra, akdin değiştirilmesi değil, borcun sona erdirilmesidir. Borç ister tamamen, ister kısmen ibra edilsin, durum aynıdır³².

Eren, bu görüşünü daha sonra değiştirmiş, her iki tarafı korumak için konulan bir şeklin, sözleşmede değişiklik anlamına gelen ibrada da aranması gerektiğini belirtmiştir³³.

İspat hukuku açısından HUMK.'un 288-290. maddeleri arasında yazılı olan kuralların geçerli olduğu, buna göre geçerlilik koşulu olmasa da en azından ispat şartı olarak yazılı şeklin gerektiği belirtilmelidir³⁴.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bir kararında, ibra sözleşmesinin her halükarda sözleşme şeklinde gerçekleştirilmesi zorunluluğunun bulunmadığı, borçlunun kabulünün zımni olmasının da mümkün olduğu açıklanmıştır³⁵.

Yargıtay'ın diğer bir kararında, köy ihtiyar heyetince tasdik olunmuş belgede ibra edenlerin parmak izlerinin bulunmaması ve yine Cumhuriyet Savcılığına hitaben yazılan yazıda kimin hangi borçtan ibra edildiğinin belli olmaması sebebiyle ibranın geçersiz olduğunu kabul etmiştir³⁶. Yine Yargıtay imza ya da parmak izi içermeyen ibra belgelerinin geçersiz olduğu ve usulen onanmış parmak izi taşımayan ibranamenin tanıkla ispat edilemeyeceğini kabul etmiştir³⁷. Yargıtay'ın daha yeni bir kararında ise ibranamenin hakkı ortadan kaldıran bir belge niteliğinde olduğu, buna göre iş hukuku uygulamasında yorum yapılırken özen gösterilmesi gerektiği, ibraya konu tazminat ya da alacağın kuşkuya yer vermeyecek şekilde metin içinde yazılmış olmasının gerektiği sonucuna varılmıştır³⁸.

6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 132. maddesinde, "borcu doğuran işlem kanunen veya taraflarca belli bir şekle bağlı tutulmuş olsa bile" tarafların şekle bağlı olmaksızın yapacakları sözleşme ile borcun kısmen veya tamamen ortadan kaldırılabilmesi belirtilmiştir. Ancak işçinin işverenden alacağına ilişkin ibra sözleşmesi için yazılı şekil şartı 420. maddede öngörülmüştür. İşverenin işçiden olan alacağı noktasında ise yazılı şekil şartı bulunmamaktadır.

c. Miktar İçeren İbranamenin Makbuz Etkisi

İş hukuku uygulamasında genel olarak işçinin bir kısım alacağını alarak kalan kısmından vazgeçmesi yoluyla işvereni ibra etmesi (ivazlı ibra) kabul edilmemektedir.

Miktar içeren ibranamenin makbuz olarak değerlendirilmesi gerektiğine dair Yargıtay kararlarının istikrar kazandığı söylenebilir. Yargıtay HGK.'nin 27.4.1983 tarihinde vermiş olduğu karar şu şekildedir. "...işçinin, işverene verdiği ibranamenin, kural olarak, işçiye yapılmış olan ödemeye sınırlı olmak üzere bağlayıcılığı asıldır. İş hukukunun işçiyi koruyucu

amacı göz önünde tutulduğunda, bu konuda dar yorum esasının benimsenmesi ve yine kural olarak bir işçinin işvereni karşılıksız olarak ibra etmesinin ihtimal dışı olması da bu kabul tarzını destekleyici bir nitelik taşır³⁹. Yargıtay'ın yeni tarihli ilke kararlarında da miktar içeren ibranamenin makbuz hükmünde olduğu kabul edilmiştir⁴⁰. Hal böyle olunca, davacının makbuz niteliğindeki bu ibraname dışında kalan haklarını ve bu arada noksan ödeme varsa bu kesin alacağın istemesini engelleyici bir sebep bulunmamaktadır⁴¹.

Yine Yargıtay kararlarında, ibraname ile birlikte yapılan ödeme belgeleri de mahkemeye sunulduğuna göre, bütün bunların göz önüne alınarak ibranamenin makbuz niteliğinde sayılması gerektiği kabul edilmektedir⁴².

Yargıtay'ın 1973 yılında verdiği bir başka kararında; "...iş kazasının gerektirdiği tazminat miktarı, belgede yazılı olandan daha önemli bir meblağı teşkil ediyorsa, o takdirde bu belgeye, zararın tümünü kapsayan ibraname gözüyle bakmak isabetli olmaz. Böyle bir belge ancak bir makbuz niteliği taşır ve ihtiva ettiği miktar için geçerli olur. Aksi düşünce iş hukukunun işçiyi koruma borcu ile bağdaşmaz. İş kazası sonucu beden gücünü 2/3 oranında kaybeden ve henüz çalışabilecek çağda olan davacının bu maluliyeti karşılığındaki zararlarının ...Liradan daha fazla olacağını muhtemel görülmesi böyle bir incelemeyi gerekli kılmaktadır"⁴³ şeklinde sonuca varılarak iş kazasından doğan tazminat davalarında bu gün için de geçerliliğini sürdüren ilkeler ortaya konulmuştur.

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin 1978 yılında vermiş olduğu bir kararında ise özetle "... bir işçinin zararının karşılığını almadan zarardan sorumlu olanı ibra etmesi hayatın olağan akışı ile bağdaşmaz. İbranameden söz edebilmek için tazmin edilecek miktar ile buna karşılık alınan meblağ arasında açık bir oransızlık bulunmaması gerekir. Ancak oransızlık bulunduğu durumlarda ise, bu belge ibraname değil, makbuz niteliğindedir" denilmek suretiyle ibranamenin makbuz etkisi ortaya konulmuştur⁴⁴. Yine, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin bir kararında; "Gerçek anlamda ibranameden söz edebilmek için, tazmin edilecek miktar ile buna

karşılık alınan meblağ arasında açık oransızlık bulunmaması koşuldur. Başka bir anlatımla, açık oransızlığın bulunduğu durumlarda, anılan belge makbuz niteliğindedir"⁴⁵ denilmekle, Yargıtay'da iş davalarının temyiz incelemesinin yapıldığı her üç dairede de ibranamenin dar yorumu ilkesinin kabul görüldüğü söylenebilir. Yargıtay'ın bu görüşü, ibra sözleşmelerinin bazı sakıncalarını gidermeye yöneliktir ve öğretilde kabul görmektedir⁴⁶.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 1997⁴⁷ yılında verdiği bir kararında miktar âçeren ibranamenin makbuz etkisi kabul edilmemiş, işçinin kalan haklardan feragat etmiş olması sebebiyle borcun sona ereceği görüşü benimsenmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 1999 yılında verdiği bir karardan da önce Yargıtay'ın özel dairesince ibranamenin hakkı ortadan kaldıran itiraz niteliğinde olması sebebiyle dar yoruma muhtaç olduğu, belgenin ekli hesaplamalarla ilgili olduğu içerikleri ile sınırlı bulunduğu noktasından yerel mahkeme kararının bozulduğu, ancak yerel mahkemenin direnme kararı üzerine anılan kurul tarafından direnme kararının onandığı anlaşılmaktadır⁴⁸. Ancak bu görüş kalıcı olmamış ve 2000 ve 2001 yıllarında verilen kararlarda miktar içeren ibranamenin makbuz hükmünde olduğu, hesaplanacak olan farkının hüküm altına alınması gerektiği kabul edilmiştir⁴⁹.

İbranamenin makbuz etkisi izin yönünden ayrı bir anlam taşır. İş sözleşmesinin feshinde miktar belirtilerek bir ödeme yapıldığı ve ibranamede işçinin izinlerini kullandığı, bakiye izin haklarının da ödendiği belirtildiğinde, ibranamenin izin belgesi olarak yazılı delil değeri ortaya çıkabilir. Yıllık izin kullandırıldığına ispatı işverene düşmektedir. Bu konuda işçinin imzasını içeren belgeler yeterli sayılmaktadır. İşçinin çalıştığı sırada izin defteri veya eşdeğer bir belge bulunmasa da iş sözleşmesinin feshinde tüm izinlerin kullandırıldığına dair işçinin imzasını taşıyan yazılı delillere değer verilmelidir. İbraname de bu kapsamda ele alınmalıdır. Gerçekten işçinin çalıştığı süre içinde tüm izinlerini kullandığını belirten ve fesihden sonra düzenlenen ibraname geçerlidir. Buna göre ibraname-

de yıllık izinlerin kullandırıldığı ve kalan belli bir sürenin ücretinin de fesihden sonra ödendiğine dair açıklama, izin yönünden borcu sona erdirmelidir. Bu itibarla izin alacağı yönünden ibranamenin makbuz etkisi her zaman ortaya çıkmayabilecek, bazen borcun sona erdiği söylenebilecektir.

6098 sayılı Borçlar Kanunu'nda miktar içeren ibranamenin makbuz hükmünde sayılacağı kesin olarak düzenlenmiş durumdadır. Bu yönüyle Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin içtihatları açısından farklı bir durum ortaya çıkmamıştır. Sözü edilen Daire uygulaması bir kaç istisna dışında miktar içeren ibranamenin makbuz etkisini kabul etmekteydi.

Tasarıda miktar içeren ibranamenin makbuz hükmünde olduğu kuralı yer almamış, işçinin haklarının yeterince korunmaması veya aşırı ölçüde sınırlandırılması halinde ibraya değer verilemeyeceği belirtilmişti⁵⁰. Tasarının sözü edilen şekliyle yasalaşması halinde aşırı yararlanma ölçütü devreye girecekti.

6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 420. maddesinin kabul edilen metnine göre ibranamede yazılı miktara bakılmaksızın her durumda makbuz etkisi ortaya çıkacaktır. Esasen düzenlemeye göre miktar içeren ibraname hiçbir zaman ibra etkisi göstermeyecektir. Borcun tamamının ödenmiş olması halinde borç ifa ile sona erecek, bir kısmının ödenmiş olması durumunda ise ibra belgesi ödemeye dair makbuz etkisini gösterecek ve kalan kısım yönünden işveren borçtan kurtulmuş olmayacaktır. Bunun sonucu olarak da asıl alacağın çok az bir kısmı ödenmediğinde dahi borç sona ermiş sayılmayacak ve faiz gibi ferî haklar da son bulmayacaktır.

d. Miktar İçermeyen İbranamenin Durumu

Yargıtay'ın miktar içermeyen ibranamelerle ilgili farklı çözümlere ulaştığı görülmektedir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 1996 yılında vermiş olduğu bir kararında, ibranamede alındığı ileri sürülen işçilik hakları ile ilgili olarak diğer delillerin de araştırılması gerektiği sonucuna varılmıştır. Böyle olunca, miktar içermeyen ibraname ibra konusunda yeterli kabul edilme-

miş, ayrıca ödemeye dair araştırma yapılması gerektiği belirtilmiştir⁵¹.

Anılan Dairenin bir başka kararında ise, "... ibranameye itibar edilerek ihbar ve kıdem tazminatı istekleri reddedilmiş ise de anılan ibranamede bu tazminatların davacıya ödendiğine dair bir kayda yer verilmemiştir. İbraname gibi hakkı ortadan kaldıran bir belgenin iş hukuku uygulamasında yorumlanırken özen gösterilmesi gerekir. Bu bakımdan bir alacak ya da tazminatın ödenmesi söz konusu ise bunun metin bölümünde kuşkuyla yer vermeyecek biçimde açıklanması gerçeğin ortaya çıkarılması bakımından zorunludur. Dosyadaki belge bu niteliği taşımadığından hükme esas alınamaz" demek suretiyle ödeme olgusunun ortaya konulmadığı hallerde bu tür ibranamelerin geçersiz olduğu sonucuna varılmıştır⁵².

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 25.4.2000 tarihinde vermiş olduğu kararında, "Davacı iş akdinin feshinden sonra verdiği ibranamede ikramiye, fazla mesai ücreti ile diğer işçilik alacaklarını tek tek zikrederek tamamen aldığını ifade etmiştir. Bu durumda sözü edilen ibranameye itibar edilerek, burada sözü geçen alacaklarla ilgili isteklerin reddine karar vermek gerekirken kabulü doğru değildir" denilmiştir⁵³. Yargıtay'ın "hizmet akdinin feshini müteakip verdiği ve kaydı itirazı koymadığı ibranamede rakam zikretmeksizin dava konusu alacakları ayrı ayrı sayarak kabul etmiş ve davalı işvereni ibra etmiştir. Bu ibranamedeki imza inkâr edilmediği gibi ibranamenin davacının el yazısı ile yazıldığı anlaşılmaktadır. Bu ibranameye itibar edilerek davanın reddi gerekirken yazılı şekilde isteğin kabulü bozmayı gerektirmiştir" kararı⁵⁴ ile, "Davacı hizmet akdinin feshinden sonra, el yazısı ile yazıp ihtirazı kayıt koymaksızın imzaladığı ibranamede tüm işçilik haklarını tek tek sayıp göstermek suretiyle aldığını, başka bir hak ve alacağı kalmadığını belirtmiştir. İbraname hakkı sonlandıran bir belgedir. Bu nedenle davanın reddi gerekirken kabulü hatalıdır" kararı⁵⁵, anılan Özel Dairenin ibranameyi daha geniş şekilde yorumladığını göstermektedir.

Bu konuda Yargıtay'ın bir başka kararında, "... ibranamede miktar belirtilmek suretiyle

ihbar ve kıdem tazminatlarının ödendiği yazılıdır. Öte yandan ibranamenin son paragrafında, ihbar ve kıdem tazminatı ile birlikte ücret, ikramiye, hafta tatili, ulusal bayram, genel tatil, fazla çalışma, yıllık izin, prim, giyim ve sosyal yardımlarla ilgili alacağının olmadığı da belirtilmiştir. Davaya konu olan diğer işçilik haklarının bir kısmı ibranamede belirtilmiş değildir. Böyle olunca ibranamede yer almayan dava konusu işçilik hakları bakımından toplu iş sözleşmesi, işyeri kayıtları ve ödeme belgeleri getirilerek bir inceleme yapılmak suretiyle sonuca gidilmelidir” şeklinde sonuca varıldığı görülmektedir⁵⁶. Karar, ibranamenin kapsamı ve bölünebilirliği noktasında da önemlidir. İbramede miktar belirtilmeksizin sayılan işçilik alacakları bakımından ise, borcun sona erdiği sonucuna varılmıştır. Ancak işverenin tüm yönlerden ibra edildiği sözcükleri dikkate alınmamış ve belgede açıklanmayan işçilik alacakları için borcun sona ermeyeceği kabul edilmiştir.

Yargıtay’ın 2006 yılında vermiş olduğu bir kararında da, ibranamede miktar belirtilen işçilik alacakları yönünden makbuz olarak değerlendirileceği ancak miktar yazılı olmadığı halde belirtilen diğer işçilik alacaklarının ise tamamen son bulduğu kabul edilmiştir⁵⁷.

İbramede miktar yazılı olmasa dahi, işverenin dayandığı bu belge ekinde bir kısım ödeme makbuzlarının bulunması ya da işveren kayıtları ile ticari defterlerden ödenen miktarın anlaşılması durumunda, miktar içermeyen bir ibranamenin varlığından söz edilemez. Böyle bir durumda ibraname, yapılan ödeme ile sınırlı makbuz hükmündedir.

Yargıtay’ın 2011 yılında verdiği bir kararında ibranamede miktar yazılı olmasa da işverence sunulan belgelerde kıdem tazminatı tahakkuku yer almakla ibranamenin, ekindeki belgeyle sınırlı makbuz hükmünde olduğu kabul edilmiştir⁵⁸.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin ibraname ile ilgili uygulamasındaki çelişkili bir nokta üzerinde ayrıca durulmalıdır. Miktarın yazılı olduğu ibraname makbuz hükmünde sayılmakta ve bakiye hakların istenebileceği kabul edilmektedir. Böylece, alacağın bir kısmının ifası karşılı-

ğında ibra, Yüksek Mahkeme tarafından kabul edilmemektedir. Ancak, hiç miktar içermeyen ve hakların tamamen ödendiğine ve hiçbir alacak bulunmadığına dair ibra belgesi geçerli sayılmaktadır.

Oysa Yargıtay’ın 10. ve 21. Hukuk Daireleri miktar içermeyen ibranameye hukuki değer vermemektedir⁵⁹. Aynı şekilde Karayolları Trafik Kanunu’nun 111. maddesinin uygulanması kapsamında Yargıtay 11. Hukuk Dairesi de miktar içermeyen ve hak sahibine herhangi bir ödemenin kanıtlanmadığı ibra sözleşmelerini geçersiz saymaktadır⁶⁰. Esasen bu sonuç, aşırı yararlanma ölçütünün ibra sözleşmesinin iptali nedeni olması sebebiyle ortaya çıkmaktadır. İşçiye hiçbir ödeme yapılmadığı halde işçi tarafından ibra sözleşmesi düzenlenmesi, işverenin bundan aşırı yararlanmasının da ötesinde tam bir menfaat sağlaması sonucunu doğurur.

Yeni Borçlar Kanunu Tasarısı’nın 419. maddesinde getirilmek istenen sistem, Yargıtay’ın 10., 11. ve 21. Hukuk Daireleri’nin benimsediği çözüm tarzına daha uygundu. Ancak yasalaşma sürecinde maddede önemli değişikliğe gidilmiş ve 420. maddede yer alan hükme göre açık biçimde ödeme olgusuna dayanmayan, başka bir anlatımla miktar içermeyen ibraname geçersiz sayılmıştır.

6098 sayılı Borçlar Kanunu’nun yürürlüğe gireceği 01.07.2012 tarihine kadar düzenlenen ibranameler bakımından sözü edilen Yasa hükmü yerine Yargıtay’ın eski uygulaması geçerli olacağından, miktar içermeyen ibranamede ilke kararlarında belirtildiği üzere geçersizlik sorun her bir dosyada ele alınmalı, irade fesadı denetimi ve somut olayın özelliklerine göre çözümlere gidilmelidir⁶¹.

e. İbraname ile İşveren Savunması ve Belgelerinin Çelişmesi

Yargılamaya konu olan işçilik hakkının gerçekleşmediği bu nedenle ödenmesinin gerekmediği savunması ile birlikte savunma ile birlikte ibra edildiğinin ileri sürülmesi çelişkili bir durumdur. İbraya konu olabilecek kesin bir alacağın varlığı, ibra sözleşmesinin unsur-

larındandır. Böyle bir çelişkili savunma halinde ibra belgesinin hüküm ifade etmeyeceği görüşü, Yargıtay tarafından istikrarlı biçimde benimsenmektedir⁶².

Yargıtay'ın 1969 yılında vermiş olduğu bir karar bu konuda istisnaların belirlenmesi bakımından önemlidir. Anılan kararda "Davalı, anılan ibranameye dayanmakla beraber, istek konusu hakların ödenmemesi gerektiğini de savunmaktadır. Davalı, kural olarak, davaya esas olan alacağın ödenmesinin gerekmediğini ileri sürmüştü, artık ibra savunmasında bulunamaz. Çünkü ibranamenin verilmesi için aslan, bir hakkın varlığıdır. Öbür yandan, davalı ödeme mecburiyeti bulunmamasına rağmen insani bir düşünce, ya da bir çekişmeye yer vermemek gibi nedenlerle ödemede bulunduğunu iddia etmiş değildir"⁶³ denilmek suretiyle iki halde çelişkinin söz konusu olmayacağı açıklanmıştır. Bu durumda işveren, gerçekte işçinin hak kazanmadığını ileri sürdüğü bir alacakla ilgili olarak, insani nedenlerle ya da icra takibi veya dava ile karşılaşmamak için ödeme yapmışsa, bu konuda ibra belgesine dayanabilecektir.

Borçlu tarafından bir yandan alacağın hiç doğmadığı ileri sürülürken diğer taraftan borcun ibraname ile son bulduğunun belirtilmesi, ibra sözleşmesini çelişkili olduğu noktada geçersiz kılmaktadır. Örneğin işyerinde fazla çalışma yapılmadığı dolayısıyla bu alacağın doğmadığı ileri sürülürken, ibra sözleşmesinde fazla çalışma ücretlerinin ödendiği ve işverenin ibra edildiği şeklinde açıklamanın yer alması, sadece fazla çalışma yönünden borcun sona ermediğinin kabulünü gerektirir. Aynı ibranamede yer alan ve çelişkili savunmanın bulunmadığı alacak kalemleri bakımından ibranamenin hüküm ifade etmesi mümkün olabilir. Yine aynı ibranamede miktar içeren alacak kalemleri bakımından makbuz etkisi ortaya çıkabilir.

Çelişkili savunma ibra sözleşmesini etkisiz kılmakta ise de, bu durumun ispat yükü üzerinde etkileri üzerinde ayrıca durulmalıdır. Yargıtay'a göre hak kazanılmadığı savunması yanında ibra belgesine dayanılacak borcun sona erdiğinin ileri sürülmesi ibrayı geçersiz

kılmakta, ancak alacaklı olduğunu iddia eden tarafın alacağın varlığını kanıtlama yükümlülüğünü değiştirmemektedir. Bu durumda, fazla çalışmayla ilgili yukarıdaki örneğe dönülecek olunursa, işyerinde fazla çalışma yapıldığının ispatı, yine işçiye düşmektedir.

Esasen, ibra sözleşmesi varlığından kuşku duyulmayan kesin bir alacakla ilgili olarak yapılmaktadır. İşverenin dayandığı ibra sözleşmesinde fazla çalışma alacağının ibra ile son bulduğu belirtildiğinde, söz konusu alacağın varlığı işverence kabul edilmiştir. Ancak, ibra sözleşmesinde miktar yazılı değilse alacağın miktarının belirlenmesi gerekir. Bu noktada işçinin normal iş sürelerini aşan çalışmalarını ispatı gerekecektir.

Kanımızca, çelişkili savunma hallerinde alacaklının ispat yükü hafifletilmeli, daha çok alacağın miktarının belirlenmesi noktasında ele alınmalıdır.

Çelişkili savunma ile birlikte ibra sözleşmesinde aynı işçilik alacağı yönünden miktar belirtilmiş olması da mümkündür. Bu durumda, ibranamenin yine çelişki sebebiyle geçerli olmadığı kabul edilmelidir. Ancak, ibranamede yer alan tutarın ödenmiş olması durumunda ibra sözleşmesi bu yönüyle makbuz niteliğindedir. Tam bu noktada işçinin savunma ile çelişen ibranamede ödendiği belirtilen tutarın başka bir sebebe dayandığını ileri sürmesi ve bu iddiasını kanıtlamasına imkân tanınmalıdır. Gerçekten işverence fazla çalışma yapılmadığı savunulduğu halde, ibranamede miktar belirtilerek fazla çalışma adı altında ödenen tutarın başka bir nedene dayanması imkân dahilindedir.

İbra sözleşmesi kendi içinde de çelişkili olabilir. Örneğin işçinin istifa suretiyle ayrıldığı belirtildiği halde, ihbar ve kıdem tazminatlarının ödendiğinin aynı metinde yazılı olması mümkündür⁶⁴. İbranedeki bu çelişki de ibra sözleşmesinin geçersizliği sonucunu doğurur. Kanımızca bu çelişki sebebiyle işçinin istifasının da söz konusu olmadığı kabul edilmelidir. İşçinin imzasını taşıyan ibra belgesindeki istifa beyanı ile bağlı olduğu söylenemez.

İbra sözleşmesinde işçinin istifa ettiği belirtilmekle birlikte, ihbar ve kıdem tazminat-

larının miktar belirtilmek suretiyle ödendiğinin yazılı olması üzerinde de durulmalıdır. Bu noktada işçinin yapılan ödemelerin varlığını kabul etmesi ya da bu hususun ayrıca işverence kanıtlanması halinde yapılan ödeme makbuz niteliğindedir. Belge, ibraname olarak değerlendirilemez.

İbraname ile işveren kayıtlarının da birbiri ile çelişmesi ihtimal dahilindedir⁶⁵. Örneğin ihbar ve kıdem tazminatları yönünden işverenin ibra edildiği bir ibra sözleşmesine rağmen, işverenin bazı kayıtlarında işçinin iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedildiği belirtilmiş olabilir. Kanımızca böyle bir çelişki başlı başına ibranamenin geçersizliği sonucunu doğurmaz. Zira, 4857 sayılı İş Kanunu döneminde iş sözleşmesi işverence haklı nedenle feshedilen işçiye ihbar ve kıdem tazminatı ödenmesini yasaklayan bir kurala yer verilmemiştir. İbra sözleşmesi içeriği ile Bölge Çalışma Müdürlüğü veya Sosyal Sigortalar Kurumu inceleme raporlarının ve kurum kayıtlarının çelişmesi halinde de kanımızca ibraname geçerli olarak kabul edilmemelidir.

Her türlü çelişki ibranamenin tümünden geçersiz sayılmasını gerektirmez. Örneğin ibranamede işçinin işe giriş tarihinin savunmadan belirtilenden farklı olarak gösterilmiş olması, doğrudan geçersizlik sonucunu doğurmaz. Yine işçinin işyerindeki unvanı ya da ücretinin gerçek duruma uymaması geçersizlik nedeni değildir.

Birden çok işçilik alacağını içeren ibranamede çelişkinin bir ya da bir kısım işçilik alacakları yönünden olması durumunda da geçersizlik sadece çelişkinin bulunduğu işçilik hakları yönünden söz konusu olur. Düşüncemize göre bu durum ibranamenin bölünebilirliği ile ilgilidir. Örneğin ihbar ve kıdem tazminatı yönünden miktar içeren, ücret ve fazla çalışma alacaklarının tam olarak ödendiğini belirtildiği ancak miktarların gösterilmediği bir ibraname karşısında, işverenin fazla çalışma yapılmadığı şeklindeki savunması sadece fazla çalışma yönünden ibranameyi geçersiz kılmaktadır. Bu örnekte, ibraname ihbar ve kıdem tazminatları yönünden makbuz niteliğindedir. Ücret alacağı yönünden ise miktar belirtilmemekle birlikte savunma ile çelişki söz konusu olmadığından

borç tamamen sona erer. Fazla çalışma bakımından ibranamenin bir değeri yoktur.

Bu bölümde son olarak ücret ya da hizmet süresinin tartışmalı olduğu hallerde ibranamenin borcu sona erdiren etkisi üzerinde durulmalıdır. İbraname miktar yazılı değilse, işveren kayıtları ve savunmasında geçen çalışma süresi ve ücret dışında işçinin borcunun sona erdiği söylenemez. Gerçekten ibranamede işçinin kıdem tazminatını tam olarak aldığı belirtildiği halde işveren işçinin ücretinin asgari ücret olduğunu savunurken, işçi ise daha fazla ödendiğini ileri sürdüğünde bu iddiasını kanıtlanmasına imkân tanınmalıdır. Zira işverenin ibra savunması ödendiğini ileri sürdüğü ücret üzerinden yapılan hesaplama ile ilgilidir. Kıdem tazminatının hesaplanmasında asgari ücretin dikkate alındığı kabul edilmelidir. İşçinin gerçek ücretinin daha yüksek olduğunu kanıtlanması halinde miktar içermeyen ibraname savunma ile çelişmediği noktada sınırlı bir etkiye sahip olur. Başka bir ifadeyle, işverenin asgari ücret üzerinden yapılan hesaba göre kıdem tazminatını ödediği, bu yönden miktar içermese de ibranamenin makbuz etkisini gösterdiği sonucuna varılmalıdır. Nitekim Yargıtay 2006 yılında verdiği bir kararında ibranameye rağmen gerçek ücretin araştırılması gerektiğini kabul etmiştir⁶⁶. Belirtilen Yargıtay kararında işçinin ibranamede ihtirazi kayıt ileri sürdüğü görülmekle birlikte böyle bir kayıt olmasa dahi, ücret konusundaki bu çelişkinin aynı araştırmanın yapılmasını gerektireceği düşüncesindeyiz.

Bununla birlikte bir Yargıtay kararında bir yandan ücret konusunda iddia ve savunmanın çelişmesi sebebiyle gerçek durumun saptanması için ücret araştırmasına gidilmesi gerektiği noktasından kararın bozulduğu, diğer yandan ibranamenin fazla çalışma ücretleri yönünden miktar içermemesi sebebiyle geçerli olduğu ve borcun sona erdiği kabul edilmiştir⁶⁷.

Hizmet süresi noktasından işçi ve işveren iddialarının çelişmesi halinde, miktar içermeyen ibraname işverenin kabul ettiği çalışma süresi itibarıyla borcu sona erdirir. Zira işverenin kabul etmediği bir çalışma süresi için haklarını ödediğine dayanması olanaksızdır.

Ücret ve hizmet süresinin tartışmalı olduğu

bir ilişkide miktar içeren ibranamenin makbuz etkisi devam eder. İşçinin iddialarını kanıtlaması durumunda ödenenden daha fazlasına hak kazandığı ortaya çıktığında aradaki farkın işçiye ödenmesi gerekecektir.

f. İbraname İrade Fesadı

İbra bir sözleşme olunca, sözleşme yapma iradesini sakatlayan sebepler ibrayı da geçersiz kılmaktadır. Bunlar halen yürürlükte olan 818 sayılı Borçlar Kanunu'na göre, hata (B.K.23-27), hile (B.K.28) ikrah (B.K.29-30) ve gabin (B.K.21) olarak karşımıza çıkar.

1. Hata

Dar anlamda hata, bir durum veya olay, kısaca gerçek hakkında bilinçli olmayan yanlış veya eksik bilgidir. Hatada, tasavvur edilen şey, gerçeğe uymamaktadır. Geniş anlamda hata, bir olay veya durum hakkında bilgisizliği de içerir⁶⁸.

Kişinin iradesi ile beyanı arasındaki uygunsuzluk hatayı oluşturur. Şayet gerçek durum bilinseydi bu sözleşme yapma iradesinin ortaya çıkmayacağı söylenebiliyorsa, bu durum esaslı hata olup sözleşme geçersizdir. Örneğin, izin alacağında beş yıllık zamanaşımı olduğunu bilen ancak hizmet akdinin devamı sırasında bunun işlemeyeceğinden habersiz olan bir işçi, son beş yıl için yapılan bazı ödemeler karşısında, bu alacakla ilgili başkaca hiçbir hakkının kalmadığına işvereni tamamen ibra ettiğine dair bir irade açıklamasında bulunmuşsa, esaslı hatanın varlığı kabul edilmelidir. Gerçekten, işçinin çalıştığı tüm süreye ait izinleri talep edebileceğini bilseydi bu ibra sözleşmesinin yapmacağı söylenebiliyorsa irade beyanı ile bağlı olmadığı kabul edilmelidir.

Yine yazılı hizmet akdinde işçi aleyhine tek taraflı cezai şart öngörülmüş olması karşısında bunun iş hukuku uygulamasında geçersiz olduğunu bilmeyen bir işçi, cezai şart yükümlülüğünden kurtulmak için bazı işçilik haklarından vazgeçtiğine dair ibraname verdiği de yine esaslı hatadan söz edilebilir.

Yargıtay, bu konuda ispat yükünü hata sebebiyle ibra sözleşmesinin geçersizliğini ileri süren işçiye yüklemiştir⁶⁹.

Hatanın belirlenebilmesi bakımından objektif ölçütlerin yanında sübjektif değerlendirmeler de yapılmalıdır. Muhasebe müdürü olarak çalışmış olan bir işçi tarafından tazminat ve diğer işçilik haklarının açıkça belirtilerek ibraname verilmesi durumunda, sadece kıdem tazminatı bakımından ibra sözleşmesi yapılmak istendiği, diğer hususlar bakımından ibra iradesinin olmadığını söylemek pek mümkün olmaz. Yine genel müdürün verdiği ibra belgesinin hukuki değeri, okuma yazma bilmeyen bir işçinin tarafı olduğu ibra sözleşmesi ile bir tutulamaz.

Yargıtay bir kararında, hesabın doğru olduğunu zannederek ibra belgesi imzalanmış olduğu şeklindeki beyanın hata iddiası anlamına geldiğini ve bunun yargılama sırasında çözümlenmesi gerektiğini kabul etmiştir⁷⁰.

Yine Yargıtay, görme özürülü bir işçiye imzalatılan belgelere kuşku ile yaklaşmış ve bu durumda olan çalışana belge okunarak 3. bir kişi yanında imzalatılması gerektiği sonucuna varmıştır⁷¹.

Uygulamada, ibranamelerin noter huzurunda düzenlenmesi de söz konusu olmaktadır. Gerçekten, ibranamenin noter önünde düzenlenmesi, özellikle düzenlenme zamanına ilişkin ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkları ve özellikle belgelerin işçinin elinden önceden baskı ile alındığı biçimindeki iddiaları tamamen ortadan kaldırmaktadır⁷². Yine de irade fesadının yoğunluğuna göre noterde düzenlenen ibranamelerin de gerçek iradeyi yansıtmadığının ileri sürülmesi ve kanıtlanması olanaklıdır.

İbraname metin kısmının da işçinin eli ürünü olması da ispat yönünden işveren lehine bir durumdur. Yargıtay'ın bir kararında elle yazılmış ibranamenin değerlendirilmesi gerektiği belirtilerek bu konuda vurgu yapılmıştır⁷³.

İbraname imza kısmının sonradan karalanmış olmasının, ibraname düzenleme konusunda iradenin fesada uğratıldığı yönünde ele alınması gerektiği de bir Yargıtay kararında belirtilmiştir⁷⁴.

2. Hile

Bir kimseyi bir irade beyanında bulunmaya veya sözleşme yapmaya yöneltmek için o kimseyle yanlış bir düşünüş uyandırma ya da yanlış

düşünüşü devam ettirmek amacıyla yapılan hareketler hile olarak adlandırılabilir⁷⁵.

Borçlar Kanunu'nun 28/1 maddesine göre, taraflardan biri diğer tarafın kasıtlı aldatmasıyla bir sözleşme yapmaya sevk edilmişse, sözleşme, hata esaslı olmasa dahi aldatılan taraf için bağlayıcı değildir. İş hukuku uygulaması bakımından hileye şu örnek verilebilir. İşveren tüm tazminatların işçiye ödenmesi vaadiyle işçiden fazla mesai alacaklarından vazgeçmeye dair ibra belgesi almış olsun, ancak sonradan çok az bir tazminat ödemesi yaptığında işçinin, işverence hataya düşürüldüğü söylenebilir.

İşçinin yeniden işe alınacağı söylenerek önceki hizmetleri yönünden işçi tarafından ibraname verilmesinin sağlanması ve bu taahhüdün yerine getirilmemiş olması durumunda işverenin hilesi söz konusudur. Aynı şekilde Yargıtay yeniden işe almak vaadiyle kandırılan ve ibraname alınan işçinin bu ibra belgesiyle bağlı olmadığına karar vermiştir⁷⁶.

İşe girerken alınan beyaza imza ya da Sosyal Sigortalar Kurumu'na yapılacak bildirim için gerektiği söylenerek boş belge imzalatılması halinde ise, hileden söz edilemez. Bu gibi hallerde işçinin, ibra sözleşmesi, yapması konusunda iradesi hiç oluşmamıştır. İbra sözleşmesi yok hükmündedir.

Yargıtay, hileyi bir kimsenin bir irade beyanında bulunmaya veya sözleşme yapmaya sevk etmek için o kimsede yanlış bir düşünüş uyanıtma amacı ile yapılmış hareketler olarak tanımlamış, ancak işçinin az bir çaba ile öğrenebilmesi mümkün bir olayda hile olamayacağını belirtmiştir⁷⁷.

3. İkraha

Bir kimsenin, diğer tarafı sözleşme yapmaya sevk etmek amacıyla bilerek onda korku yaratmasına veya mevcut bir korkudan yararlanmasına ikrah denir⁷⁸. Gerçekte hiç ortaya çıkmayacak olan sözleşme iradesi korku sonucu belirmektedir. Her korku, iradeyi sakatlayan hallerden sayılmaz. Bunun için kendisine ya da yakınlarına yönelen ağır ve derhal meydana gelebilecek bir nitelikte olmalıdır. Yine tehdit, hukuka aykırı olmalıdır. Kanuni bir hakkın ya da yetkinin kullanılacağına belirtilmesi ikrah

sayılmaz. Ancak yine de, Borçlar Kanunu'nun 30/11. maddesi hükmüne göre bu noktada fahiş menfaatler sağlanmışsa, bu korku nazara alınır. Örneğin; işyerinde hırsızlık suçunu işleyen bir işçi hakkında şikâyette bulunulacağı belirtilerek tüm işçilik haklarından vazgeçtiğine dair ibra belgesi düzenlenmesi ikrah olarak değerlendirilmelidir.

Yine iş hukuku uygulaması bakımından ikraha bir başka örnek de, iş akdi feshedilen işçiye ibraname vermemesi durumunda, bir yakınının da işine son verileceği şeklinde korkutulması olarak verilebilir. Zira işsizliğin çok yoğun olduğu ülkemizde işçinin aynı yerde çalışan bir yakınının işini kaybedebileceği korkutması ciddi ve ağır bir tehlikedir.

4. Gabin

Borçlar Kanunu'nda gabin, sözleşmenin içeriğine ilişkin hükümler (m.19-20) ile iradeyi sakatlayan sebepler (m.23 vd.) arasında düzenlenmiştir.

Edimler arasında bir oransızlık bulunduğu, çok düşük olan karşı edim için çok yüksek bir edim veya bunun aksine, çok yüksek olan bir karşı edim için düşük bir edim, taahhüt olduğu takdirde gabinden (aşırı yararlanma) söz edilir⁷⁹.

Gabin, iş hukuku uygulamasında ibra sözleşmesini geçersiz kılan önemli nedenlerden biri olarak karşımıza çıkmaktadır. İbranamenin makbuz hükmünde olduğuna dair çok sayıda Yargıtay kararının temel noktası budur⁸⁰.

Gabinden söz edebilmek için edimler arasında aşırı oransızlık (objektif unsur) yeterli sayılmaz. Karşı tarafın özel durumundan yararlanma (sübjektif unsur) durumunun da varlığı aranır⁸¹.

Yargıtay'ın bir kararında, işçinin, müzayaka halinde bulunduğu sırada kendisine imzalatılan ibra belgesine itirazın, gabin iddiasını kapsadığını kabul etmiştir. İşçinin boşta kaldığı süre zarfında geçimini temin bakımından çok zor durumda kalacağı dikkate alınırsa, edimler arasında aşırı bir oransızlık bulunması halinde ibranamenin geçersiz olduğu sonucuna varılmıştır⁸².

Diğer bir Yargıtay kararında ise, gerçek borç

tutarı ile ibranamede yer alan ödeme tutarı arasındaki açık oransızlığın irade fesadını gösteren karine olduğu ifade edilmiştir⁸³.

İbra sözleşmesinin geçerliliği ile aşırı yararlanma arasında bağlantı kurulan bir düzenleme, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 111. maddesinde mevcuttur. Anılan maddenin ilk fıkrasında kanunda öngörülen hukuki sorumluluğu kaldıran ya da daraltan sözleşmelere geçerlilik tanınmamış, ikinci fıkrada ise, tazminatlarla ilgili olarak aşırı yararlanma öngören anlaşma ile uzlaşmaların yapıldıkları tarihten itibaren iki yıl içinde iptalinin istenebileceği hükme bağlanmıştır. Burada trafik kazasına bağlı olarak tazminat hakkı bulunan şahıslar koruma altına alınmıştır. Hak kazanılan tutarların çok altında kalan ödemelerin, taraflar arasındaki anlaşmaya rağmen borcu ortadan kaldırmayacağı kabul edilmiştir. Hüküm, açıkça gabine dayanan ibra sözleşmelerinin geçersiz olduğunu öngörmektedir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi konuyla ilgili pek çok kararda anılan yasa hükmünü uygulamış ve hak kazanılan tazminat tutarlarının çok altında kalan ödemeler için alınan ibra belgelerini geçerli saymamıştır⁸⁴.

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi de miktar içeren ibranameler konusunda benzer bir çözüme gitmiştir. İş kazasından kaynaklanan tazminat tutarı ile yapılan ödeme arasında aşırı bir nispetlilik yoksa ibra sözleşmelerine ibra değeri verilmiştir. Ancak, işverenin aşırı yararlandığı durumlarda borcun sona ermediği kabul edilmiştir⁸⁵. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun da iş kazasından doğan tazminat davalarında vardığı sonuç aynıdır⁸⁶.

Oysa Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin istikrarlı uygulamasına göre, miktar içeren ibraname aşırı yararlanma yönünden bir değerlendirme tabii tutulmaksızın makbuz hükmünde sayılmaktadır⁸⁷.

Buna göre kıdem tazminatının 1 Kuruş ile ifade edilen miktar bakımından eksik ödenmesi halinde dahi ibraname borcu sona erdirmeyecektir. Bunun sonucu olarak da asıl alacak tamamen sona ermediğinden, gecikme faizi talep edilebilecektir.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin trafik ka-

zalarından kaynaklanan tazminatlarla ilgili ibraname uygulaması yasaya dayanmaktadır. Ancak, iş daireleri arasında miktar içeren ibranamede aşırı yararlanmanın olmadığı durumlarda farklı uygulama söz konusudur.

İbra sözleşmesinin aşırı yararlanma sebebiyle geçersiz sayılması, Yeni Borçlar Kanunu Tasarısı'nda da yerini almıştı (m.419). Ancak yasalaşma sürecinde farklı bir hüküm benimsenmiş ve miktar içeren ibranamenin makbuz hükmünde olduğu kabul edilmiştir. Yine ibranamenin iptali için bir süre öngörülmemiştir.

C. 6098 Sayılı Borçlar Kanunu'nun Uygulanacağı Dönem

a. İbranamenin Düzenlenme Zamanı

6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 420. maddesi hükmü ibranamenin düzenlenme tarihi açısından bir başka tartışmayı beraberinde getirmiştir. İş sözleşmesinin devam ettiği dönemde ibraname düzenlenemeyeceği maddede açıkça öngörülmemiştir. Maddede sadece fesih tarihi ile aynı tarihi izleyen bir aylık süre, ibraname düzenleme yasağı kapsamında değerlendirilmiştir.

Feshe bağlı haklar olan ihbar ve kıdem tazminatı ile yıllık izin ücreti, sözleşmenin kalan süresine ait ücret alacakları ve cezai şart gibi istekler bakımından çalışırken düzenlenen ibranamelerin geçersizliği kuşku götürmez. Ancak feshe bağlı olmayan ücret, ikramiye, prim, fazla çalışma, hafta tatili, bayram ve genel tatil ücreti gibi alacaklar için çalışırken düzenlenen ibranamelerin geçerli olup olmayacağı 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemiş olmakla, konu yine yargı kararları ile çözüme kavuşturulacaktır.

6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 420. maddesi genelde Yargıtay kararlarını esas alarak şekillenmiştir. İş hukukunda Yargıtay'ın süregelen uygulamalarının bir kısmı maddede ifadesini bulmuştur. Ancak çalışırken düzenlenen ibranamelerin geçersiz olduğu yönünde kural açıkça madde metnine alınmamıştır.

Sözü edilen 420. maddedeki düzenlemenin,

süre anlamında ibra yasağı koymak yerine ibranamenin yapılabileceği tarihi belirlediği şeklinde bir görüş benimsenirse bu takdirde iş sözleşmesinin feshini takip eden bir ay geçtikten sonra ibra sözleşmesinin düzenlenebileceği, bunun öncesinde kalan zaman diliminde ibraname yapılamayacağı da bir görüş olarak ileri sürülebilir. Bu görüşe göre iş ilişkisi devam ederken alınan ibranamelerin hiçbir değerinin olmayacağı ifade edilebilir.

Yeni Borçlar Kanunu Tasarısı'nın 419. maddesinde "Hizmet sözleşmesi devam ederken veya sona ermesinden başlayarak bir ay geçmeden işçi aleyhine yapılan ibra sözleşmeleri kesin olarak hükümsüzdür" şeklinde bir düzenleme öngörülmüş ve gerekçede "Maddenin üçüncü fıkrasında, hizmet sözleşmesinin devam ettiği sırada veya sona ermesinden başlayarak bir ay geçmeden, işçi aleyhine yapılan ibra sözleşmelerinin hükümsüz olduğu belirtilmektedir" açıklamasına yer verilmişti. Yasalaşma sürecine bu metin değişikliğe uğramış ve sözleşme devam ederken ibraname düzenlenemeyeceği kuralı metinden çıkarılmıştır. Şu hale göre 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 420. maddesi sadece iş sözleşmesinin feshi tarihi ile bir aylık süre içinde ibraname yapılmasını yasaklamış görünmektedir.

Yasa koyucunun çalışırken düzenlenen ibranamenin geçersizliğinin yasal düzenlemeye ihtiyaç göstermediği şeklinde bir varsayım içinde olduğunu da kabul etmek güçtür.

Konuya dair görüşümüz; yasa koyucu tarafından, iş sözleşmesinin feshi ile takip eden bir aylık süre içindeki ibra sözleşmesi yapma yasağının getirildiği şeklindedir. Ancak yasada yer alması da, Yargıtay'ın kararlı uygulaması gereği sözleşme devam ederken işçi tarafından işverenin borçtan kurtulması anlamına gelen ibra sözleşmelerinin kural olarak geçerli sayılmaması gerektiğini kabul etmekteyiz.

b. İbramenin Şekli

6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 132. maddesine göre borcu doğuran işlem kanunen veya taraflarca bir şekle tabi tutulmuş olsa dahi şekle bağlı olmaksızın yapılabilecek bir ibra sözleşmesi ile borç kısmen veya tamamen ortadan

kaldırılabilir. İbra sözleşmesinin şekle tabi olmaması yönündeki düzenleme, Alman ve Fransız hukukları ile de uyumludur.

Ancak iş hukukuna gelindiğinde 6098 sayılı Borçlar Kanunu yazılı şekil şartını öngörmüştür.

İş sözleşmesinin özel bir şekle tabi olmadığı 4857 sayılı İş Kanunu'nun 8. maddesinin 2. cümlesinde belirtilmiştir. Kanunda yazılı olarak yapılması gereken sözleşmelerin bundan ayrık olduğuna da hükümde yer verilmiştir.

Süresi bir yıl ve daha fazla olan iş sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılmasının zorunlu olduğu 8. maddenin ikinci fıkrasında belirtilmiştir. Aynı husus 1475 sayılı İş Kanunu'nun 9. maddesinde de öngörülmüştü. Yine, 3008 sayılı Kanunu'nun 6. maddesinde benzer bir düzenlemeye gidilmiş, bu konuda içtihat ayrıklıkları üzerine 18.2.1959 tarihinde verilen İçtihadı Birleştirme Kararı ile yazılı şekilde şartının geçerlilik biçimi olmadığı kabul edilmiştir⁸⁸.

4857 sayılı İş Kanunu açısından da, iş sözleşmelerinin bir yıl ve daha fazla süreli sözleşmelerin yazılı yapılması şeklindeki kuralın, geçerlilik şartı olmadığı kabul edilmelidir.

Bu durumda Türk iş hukukunda geçerlilik koşulu olarak yazılı sözleşme zorunluluğu olmadığı belirtilmelidir. Ancak ibra sözleşmeleri için 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 420. maddesinde yazılı şekil şartı geçerlilik koşulu olarak öngörülmüştür.

İbra sözleşmesinin noterden düzenlenmesi zorunlu değildir. Ancak noterden düzenlenen ibra sözleşmesi, işçinin iradesinin fesada uğratıldığı iddialarıyla ilgili olarak işveren yararına bir imkan sağlayabilir.

İbramenin matbu olarak düzenlenmesi ve boşlukların daha sonra doldurulması, ibranamenin düzenlenme zamanı ile ilgili tartışmaları da tetikleyebilir. İbramenin işe girerken veya ibra yasağı kapsamına kalınan bir zaman diliminde boş olarak imzalandığı iddiaları her türlü delille kanıtlanabilir. Bu nedenle ibranamenin metin kısmında işçinin işe başlama ve ayrılma tarihlerinin yazılı olması, ibraya konu tazminat ve alacaklara tek tek yer verilmesi geçerlilik olasılığını artırır.

c. Borcun Ödenme Şekli

4857 sayılı İş Kanunu'nun 5754 sayılı Yasa'yla değişik 32. maddesinde bazı işyerleri bakımından ücret ve eklerinin bankaya yatırılması zorunlu hale getirilmiştir. 1.1.2009 tarihinde yürürlüğe giren Ücret, Prim, İkramiye ve Bu Nitelikteki Her Türlü İstihkakın Bankalar Aracılığıyla Ödenmesine Dair Yönetmelik hükümlerine göre 4857 sayılı İş Kanunu'na tabi işyerleri açısından en az 10 ve daha fazla işçi çalıştıran işverenler aylık ücretlerle eklerini bankaya ödemek zorundadırlar. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 102. maddesinde de zorunluluğa rağmen ücret ve eklerinin banka hesabına yatırılmaması veya eksik yatırılması her ay ve her işçi bakımından Yüz Türk Lirası idari para cezasının uygulanması şeklinde yaptırıma bağlanmıştır⁸⁹.

Ücret ve ücretin ekleri dışında kalan işçilik hak ve alacakları bakımından yasalarda ödeme şekline dair bir kurala yer verilmemiştir. Ancak 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 420. maddesine göre işçi alacaklarıyla ilgili ödemenin banka yoluyla ve tam olarak yapılması gerekmektedir. Ancak bankaya ödeme yapılmasının ardından tarafların ibra sözleşmesi yapmaları imkanı sağlanmıştır. 420. maddenin 2 fıkrasının son cümlesine göre aksi halde ibraname hükümsüz sayılır.

6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun sözü edilen düzenlenmesi birkaç yönden eleştiriye açıktır. Öncelikle işçilik alacaklarının tam olarak ödenmesi halinde borç ibra değil, ifa ile sona ermiştir. Bu halde ifa için bir ödeme şeklinin yasa da yer alması ve bu konunun ibra bahsinde düzenlenmesi yerinde değildir. Kaldı ki, borç banka yoluyla ödenmiş olmasa da tamamının ödendiğinin başkaca yazılı delillerle kanıtlanması durumunda ibranın geçersiz olduğu hükmünün hiçbir değeri yoktur. Zaten borç ifa yoluyla sona ermiştir.

Kısmi ödeme halinde de banka koşulunun aranması ayrı bir sorunu beraberinde getirir. Yasal düzenlemeye göre bankaya ödeme yapılmamış olması halinde ibraname geçersizdir. Oysa bankaya kısmi ödeme yapıldığında da ibranameye makbuz değeri yüklenmiştir. Bu durumda bankaya kısmi ödeme yapıldığında da

ibra değeri yoktur. Öyle görünmektedir ki, ibra ile ifa kurumları birbiriyle karıştırılarak çözümler aranmıştır.

Kısmi ödemenin banka yoluyla değil de başkaca yolla yapılması ve kesin olarak kanıtlanması halinde de farklı bir sonuca ulaşılması mümkün olmayacaktır. Ödenen tutar borcun kalan kısmından düşülecektir. Şu hale göre bankaya ödeme yapılmaması halinde ibranın geçersiz olduğu yönündeki ibarenin pratik açıdan farklı bir sonucu yoktur.

d. Alacağın Miktar ve Türünün Gösterilmesi

İşçilik hak ve alacakları çok sayıda kalemden oluşabilmektedir. Bu yüzden işçiye yapılan ödemenin hangi alacakları ilgilendirdiğini belirlemek sorun oluşturmaktadır. 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 420. maddesinde ibraya konu alacakların alacak türü ve miktarının belirtilmemesi halinde geçersiz olduğu hükmüne bağlanmıştır. Şu hale göre hükmün yürürlüğe gireceği 01.07.2012 tarihinden itibaren düzenlenen ve miktar içermeyen ibranameler geçersizdir. Bu durum Yargıtay içtihatlarının en geç sözü edilen tarihten sonra değişeceği şeklinde yorumlanabilir.

Başka bir sorun da miktar içermesine rağmen alacak türünün yazılmadığı ibranamelerde karşımıza çıkabilecektir. Üstelik ödemenin banka kanalıyla yapıldığı bir ibranamede ödemenin hangi alacak kalemini ilgilendirdiğinin belirtilmemiş olması, doğrudan geçersizlik sorununu beraberinde getirecektir. Ancak ödemenin yok sayılması mümkün olmadığına göre düzenleme, olsa olsa ibra etkisi yönünden hüküm ifade eder. Yapılan ödeme kısmi ifa olarak adlandırılarak 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 100 ve 101. maddesi hükümleri çerçevesinde işçilik alacaklarından mahsup edilecektir.

e. Miktar İçeren İbranamenin Makbuz Etkisi

Kısmi ödemede ibranın makbuz etkisi Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin istikrarlı uygulamasından esinlenerek Yasada yerini almıştır. Tasarıda⁹⁰, işçinin haklarının yeterince korun-

madığı veya aşırı ölçüde sınırlandırıldığı ibra sözleşmelerinin geçersiz olduğu öngörülmüşken, yasal düzenlemede bu bölüm yer almamıştır. Bu durumda kısmi ödeme halinde ibra makbuz etkisi gösterir. Başka bir anlatımla ivazlı ibra olarak adlandırılan borcun bir kısmının ödenmesi, kalan miktardan vazgeçilmesi şeklindeki ibra iş hukuku açısından geçerli değildir. Borç tamamen ödenmediği sürece kalan miktar bakımından işveren borçtan kurtulmayacaktır.

Kısmi ödemeye dair miktar içeren ibranamenin ibra etkisi ortaya çıkmadığı için borcun ödenmeyen kısmı çok az olsa dahi işveren borçtan kurtulmuş olmayacaktır. Faiz ve benzeri ferî haklar da sona ermiş sayılmaz.

f. Sınırlamaların İşçi Yararına Oluşu

Borçlar Kanunu'nun 420. maddesinde öngörülen sınırlamalar iş ilişkisinde işçinin alacaklı olduğu durumlar içindir. Başka bir anlatımla iş ilişkisi dışında kalan (vekalet, istisna akdi gibi) çalışmalarda sözü edilen sınırlamalar geçerli olmayacaktır. Taraflar, Borçlar Kanunu'nun 132. maddesi hükümleri çerçevesinde hiçbir şekle ve sınırlamaya tabi olmaksızın ibra sözleşmesi ile borcu sona erdirebileceklerdir.

İş ilişkisinde de işverenin alacaklı olduğu durumlarda yine hiçbir sınırlama olmaksızın ibra sözleşmesi düzenlenebilecektir. Ancak her iki tarafın da karşılıklı borçlarının ibraya konu olması durumunda işverenin borçtan kurtulması için 420. maddede öngörülen süre, şekil ve ödeme şekli ile ilgili sınırlandırmaların tümü geçerlidir.

Düşüncemize göre karşılıklı borçların takas ve mahsubu için ibraya ilişkin yasal koşulların varlığı aranmaz. Ancak bu durumda takas ve mahsupla ilgili diğer yasal sınırlamalar gözetilmelidir⁹¹.

İşçi ve yakınlarının iş kazası ve meslek hastalığından kaynaklanan tüm alacakları için Borçlar Kanunu'nun 420. maddesinde öngörülen sınırlamalar geçerlidir.

İbraya ilişkin düzenlemeler, iş kanunlarına göre genel kanun niteliğindeki Borçlar Kanunu'nda yapılmış olmakla 4857 sayılı İş Kanunu, 854 sayılı Deniz İş Kanunu, 5953 sayılı

Yasa ve Borçlar Kanunu'nun iş sözleşmesine ilişkin hükümleri çerçevesinde çalışanların tamamını kapsar.

D. Sonuç

İş hukukunda ibra sözleşmesi sınırlı biçimde ele alınmış ve emeği karşılığında işverenden aldığı ücret ve diğer işçilik hakları ile geçimini temin eden işçinin nedensiz yere işvereni ibra etmeyeceği temel yaklaşımı ile ibraya daima şüpheyle bakılmıştır. Bu yüzden Yargıtay kararlarında ibranamenin dar yorumu ilkesi benimsenmiştir. Yargıtay kararlarının gelişimi daha çok ortaya çıkan yeni durumlara göre hangi ibranamenin geçersiz olduğunu saptama şeklinde bir seyir izlemiştir. Yine de sözü edilen dönemde işverenin borçlarının ibra sözleşmesi yoluyla sona erdiği örneklere rastlanmıştır.

6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe gireceği 01.07.2012 tarihinden sonra işverenin işçiye olan borçlarının ibra yoluyla sona ermesi, başka bir anlatımla borcun ifa yerine ibra ile son bulması teknik olarak imkânsızdır. Hükme göre işçiye alacağı tam olarak ödenmedikçe borç sona ermeyecektir. Borç tamamen ödenmişse ibradan da söz edilemez. Zira borç ifa yoluyla sona ermiştir.

Kısmi ödemede de borç ancak ödemeye sınırlı olarak sona erecektir. Oysa ibra, alacağın tatmin edilemeyen sona erme nedenlerinden biridir. 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 420. maddesi ifaya dair hükümler içermektedir. Bu bakımdan "işverenin işçiye olan borcundan dolayı ibra edilmesinin mümkün olmadığı" şeklinde bir yasal düzenleme ile sorunun daha kolay şekilde çözümünün mümkün olabileceği düşüncesindeyiz.

DİPNOTLAR

- 1 Bkz. Becker, H.; İsviçre Medeni Kanun Şerhi, VI. Cilt, Borçlar Kanunu, I. Kısım, Genel Hükümler, Fasikül, Ankara 1972, s. 72. (Çeviren, Dr. Saim Özkök); İsviçre Borçlar Kanunu'nun 115. maddesi şöyledir: "Borç münasebeti, kanun hükmüne veya tarafların iradesine ilişkin bir şekle bağlı olarak meydana gelse bile, doğan alacak hiçbir şekle uymaksızın yapacakları bir anlaşma ile tamamen veya kısmen ortadan kaldırılabılır".
- 2 Berki, Şakir; Borçların Sukutu, AÜHF., Cilt XII, s.237.
- 3 Turanboy, K. Nuri; İbra Sözleşmesi, Ankara 1998, s. 28.

- 4 Doğan, Mürsel; Türk İş Hukukunda İbra Sözleşmesi, Yargıtay Dergisi, Cilt 5, Sayı 1, s. 164.
- 5 Çenberci, Mustafa; İş Kanunu Şerhi, 1972, s. 522.
- 6 Feyzioğlu, F.N.; Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, Cilt II, İstanbul 1969, s. 351.
- 7 Von Tuhr, Borçlar Hukuku, Cilt II, Ankara 1983, s. 695. (Çeviren, Cevat Edege); Dr. Fritz Funk Jun, Borçlar Kanunu Şerhi I. Umumi Hükümler, s. 179. (Çeviren, Şeldet / Selek); Tunçomağ, Kenan; Borçlar Hukuku Dersleri, Cilt I, Genel Hükümler s. 608.; Çenberci, Mustafa; İş Kanunu Şerhi, Ankara 1968, s. 271.; Yargıtay H.G.K. 17.12.2003 gün, 2003/9E., – 760 K.
- 8 Tekinalp/Çamoğlu; Türk Ticaret Kanunu, İstanbul 1969, s. 177.
- 9 Yargıtay 11. HD., 13.11.2004 gün 2003/7655 E, 2004/2411K. "...bilirkişi raporuna göre, gerçek hasar miktarının 43.813.278.920.-TL olduğu, davacı tarafından imzalanan ibranamelerde hasar tutarının 28.000.000.000.-TL olarak belirlendiği, gerçek zarar miktarı ile ibranamedeki hasar tutarının arasında fahiş fark bulunduğu, gabinin objektif unsurunun gerçekleştiği, ancak subjektif unsur olan müzayaka hali ile sömürü kastının ispat edilemediği...".
- 10 Yargıtay 11. HD., 12.2.2001 gün 2000/10087 E, 2001/1132 K. "Sigortalı Zübeyir'in haklarına halef olan sigortacı da, halef sıfatı ile açtığı bu dava da bu haklardan yararlanması doğaldır. O halde, bu durumda mahkemece yapılacak iş; tarafların bu yöne ilişkin delillerini toplamak, tazminat kapsamını belirlemek ve bulunacak miktarın KTK'nun 111.nci maddesi uyarınca yapılan anlaşmada tesbit edilen tazminata göre yetersiz veya fahiş olduğunun açıkça belli olup olmadığını saptamak ve varılacak sonuca göre karar vermek gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiştir".
- 11 Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, 13.4.2004 gün 2004/1580 E, 2004/3596 K. "Davacının, iş kazası sonucu uğradığı tazminatına karşılık işverenden ibra aldığı, ibranın makbuz niteliğinde olup olmadığı yöntemince denetlendiği başka bir anlatımla, ibranın verildiği tarih itibarıyla, davacı zararının hesaplandığı, sonuçta tazmin edilecek miktar ile buna karşılık alınan meblağ arasında açık oransızlık bulunması nedeniyle verilen belgenin, ibraname niteliğinde olmayıp makbuz niteliğinde olduğu, dosya içerisindeki bilgi ve belgelerle hesap raporu içeriğinden açıkça anlaşılabilir olup, mahkemenin buna yönelik kabul ve uygulaması yerindedir".
- 12 Bkz.Von Tuhr, Borçlar Hukuku, Cilt II, Ankara 1983, s. 646; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 6, İstanbul 1988, s.1319 vd.; Oğuzman/Öz; Borçlar Hukuku, İstanbul 1995, s. 410 vd.; Turanboy, K. Nuri; İbra Sözleşmesi, Ankara 1998.
- 13 Çelik, Nuri; İbranamenin Niteliği ve Kapsamı, İHU, İş Kanunu Madde 26, No:1, İstanbul 1982.; Çenberci, Mustafa; İş Kanunu Şerhi, B. 6, Ankara 1986. s. 711vd.; Centel, Tankut; İş Hukuku, C. 1 Bireysel İş Hukuku, B. 2, İstanbul 1994, s. 202 vd.
- 14 Çenberci, İş Kanunu Şerhi, 1978, s. 579.
- 15 Saymen, F. Hakkı; Türk İş Hukuku, İstanbul 1954, s. 614.; Oğuzman, M. Kemal; Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet "İş" Akdinin Feshi, İstanbul 1955, s. 228.; Doğan, Mürsel; Türk İş Hukukunda İbra Sözleşmesi, Yargıtay Dergisi, Cilt 5, Sayı 1, s. 173.; Günay, C.İlhan; İş Kanunu Şerhi, Ankara 2005 2.Cilt, s. 1362. Eyrenci/Taşkent/Ulucan; Bireysel İş Hukuku, 3. bası, s. 193.
- 16 Yargıtay 9. HD., 11.6.1970 gün, 1600-6202, Çenberci, Mustafa; İş Kanunu Şerhi, 1976, s.531.
- 17 Saymen, F. Hakkı; Türk İş Hukuku, İstanbul 1954, s. 614.
- 18 Yargıtay HGK., 30.6.2004 gün, 2004/9-380 E, 2004/401 K. "Her ne kadar Mahkemece feragatten söz edilmekteyse de, ibranamenin bir bütün halinde değerlendirilmesi gerekeceğinden, söz konusu ibranamede de fazlaya ilişkin haklardan feragat edilmediği, henüz doğmayan dava haklarından feragat edildiği, böyle bir feragatinse geçerli olmadığı görüldüğünden kararın bozulması gerekmektedir".
- 19 Yargıtay 9. HD., 10.4.2006 gün, 2005/ 30649 E, 2006/ 9070 K. "Davacı 18.6.2002 tarihli ibraname ile kıdem tazminatını aldığını belirterek işvereni ibra ettiğini belirtmişse de miktar olarak kıdem tazminatı gösterilip hiç ara vermeden hizmete devam ettiğinden davacıya ödenen miktarın faiziyle tenzili tüm çalışma süresi üzerinden ihbar ve kıdem tazminatlarının hesabı ve hükme bağlanması gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir".
- 20 Yargıtay 9. HD., 28.9.2006 gün, 2006/3749 E, 2006/25280 K. ve Yargıtay 9.HD., 20.9.2006 gün, 2006/2001 E, 2006/24200K.
- 21 Yargıtay 9. HD., 4.7.2006 gün, 2006/ 11619E, 2006/ 19670 K. "İbraname iş sözleşmesinin ihale süresinin bitimi sebebiyle sona erdiği ve miktar belirtilmek suretiyle ihbar, kıdem tazminatlarının ödendiği açıklanmıştır. Alt işverence yapılan bu ödemenin, işçiye ilerde daha az tazminat ödemek amacını taşıdığı söylemek doğru olmaz. Kaldı ki, anılan belgede açıkça işçinin iş sözleşmesinin sona erdiği belirtilmediğine göre, ibraname tarihinde davacının alt işverenle olan iş ilişkisinin sonlandığının kabulü gerekir. İşçinin ihaleyi kazanan alt işveren işçisi olarak çalışmaya devam etmesi, yeni bir iş sözleşmesi niteliğindedir".
- 22 Yargıtay 9. HD. 25.2.1977 T.2119-3817, Çenberci, Mustafa; İş Kanunu Şerhi, 1978, s. 1216.
- 23 Yargıtay 9.HD., 26.12.2009 gün, 2008/ 12224 E, 2009/ 37011 K. "İş ilişkisinin devamı sırasında düzenlenen ibra sözleşmeleri geçerli değildir. İşçi bu dönemde tamamen işverene bağımlı durumdadır ve iş güvencesi hükümlerine rağmen iş ilişkisinin devamını sağlamak ya da bir kısım işçilik alacaklarına bir an önce kavuşabilmek için iradesi dışında ibra sözleşmesi imzalamaya yönelmiş sayılmalıdır".
- 24 Yargıtay 9. HD., 9.5.1969, T.2348-5197, Çenberci, Mustafa; İş Kanunu Şerhi, 1978, s. 1216.
- 25 Çenberci, Mustafa; İş Kanunu Şerhi, 1976, s. 522.; Centel, Tankut; İş Hukukunda Ücret, İstanbul 1988, s.1986.; Keser, Hakan; İş Hukukunda İbraname Uygulamaları, Kamu-iş, Cilt 5, Temmuz 1999, Sayı 1, s. 108.; Yargıtay 9. HD., 19.6.2006 gün, 2005/39169 E, 2006/17826 K. "Mahkemece ibranamenin işverence boş olarak alınıp, işten çıkarma sonrasında doldurulduğu değerlendirilmesiyse, ihbar ve kıdem tazminatı ve yıllık izin ücreti talepleri kabul edilmiştir. Davacı tarafından ibranamenin boş olarak alınıp sonradan doldurulduğu iddiası yargılamanın hiçbir aşamasında ileri sürülmediği

- gibi, sadece imza inkârında bulunulmuş, imzanın da davacıya ait olduğu belirlenmiştir”.
- 26 Yargıtay HGK., 17.12.2003 gün, 2003/9-760 E., 2003/760 K. “Her ne kadar, ihtirazi kaydın hukuksal bir kavram olarak bir tarafın diğer tarafa bildirmesi gereken bir irade beyanı niteliğinde olduğu, bu nedenle dava dilekçesinde bu hususun açıklanmasının doğrudan davalıya ulaştırılmış bir ihtirazi kayıt olarak kabul edilemeyeceği düşünülebilir ise de, somut olayda işverenin güçlü, işçinin ise zayıf durumda bulunması, davacının kısmi ödemeyi almaya ihtiyacının olması, dolayısıyla ortada davacı yönünden müzayaka benzeri bir durumun bulunması karşısında dava dilekçesinin 88 günlük izin alacağı dışında kalan alacak için ihtirazi kayıt olarak kabulü hakkaniyetin gereğidir.”
- 27 Yargıtay 9. HD., 19.6.2006 gün, 2005/38056 E, 2006/17458 K. “Davacı iş akdi devam etmekte iken 30.6.2004 tarihli ibranameyle bu tarihe kadar fazla mesai alacağının ödendiğini belirterek işvereni ibra etmiştir. İş akdi 15.9.2004 tarihine kadar devam etmiş, iş akdinin devamı müddetince bazı aylara ait fazla mesai ücretlerinin ödendiği bordrolardan da anlaşılmaktadır. Bu durumda ibranamenin makbuz niteliğinde olduğu kabul edilerek ödeme yapılan fazla mesai ücretlerinin tenzili ile bakiye fazla mesai ücretinin hüküm altına alınması gerekir”.
- 28 Yargıtay 9. HD., 10.4.2006 gün, 2005/30649 E, 2006/9070 K. “Davacı 18.6.2002 tarihli ibraname ile kıdem tazminatını aldığını belirterek işvereni ibra ettiğini belirtmişse de miktar olarak kıdem tazminatı gösterilip hiç ara vermeden hizmete devam ettiğinden davacıya ödenen miktarın faiziyle tenzili tüm çalışma süresi üzerinden ihbar ve kıdem tazminatlarının hesabı ve hükme bağlanması gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir”.
- 29 Yargıtay 9. HD., 4.7.2006 gün, 2006/11619 E, 2006/19670 K. “İbraname iş sözleşmesinin ihale süresinin bitimi sebebiyle sona erdiği ve miktar belirtilmek suretiyle ihbar, kıdem tazminatlarının ödendiği açıklanmıştır. Alt işverence yapılan bu ödemenin, işçiye ileride daha az tazminat ödemek amacını taşıdığını söylemek doğru olmaz. Kaldı ki, anılan belgede açıkça işçinin iş sözleşmesinin sona erdiği belirtilmesine göre, ibraname tarihinde davacının alt işverenle olan iş ilişkisinin sonlandığının kabulü gerekir. İşçinin ihaleyi kazanan alt işveren işçisi olarak çalışmaya devam etmesi, yeni bir iş sözleşmesi niteliğindedir”.
- 30 Eren, Fikret; Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 3. Baskı, Cilt III, Ankara 1991, s. 572.
- 31 İnan, A. Naim; Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 1984, s. 494.; Saymen/Elbir; Türk Borçlar Hukuku, İstanbul 1958, s. 855.; Oğuzman, Kemal/Öz, M.Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2000, s. 432.; Doğan, Mürsel; Türk İş Hukukunda İbra Sözleşmesi, Yargıtay Dergisi, Cilt 5, Sayı 1, s. 175.
- 32 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop; Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, s. 989.
- 33 Eren, Fikret; Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 2001, s. 989.
- 34 Eren, Fikret; Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 2001, s 473.
- 35 Yargıtay HGK., 17.12. 2003 gün, 2003/9-760 E., 2003/760 K. “Ancak hemen belirtmek gerekir ki, ibra sözleşmesinin her halükarda sözleşme şeklinde gerçekleştirilmesi zorunluluğu yoktur. Sözleşmede borçlunun kabulünün zimni olması da mümkündür”.
- 36 Yargıtay 9. HD., 15.2.1973 T., 14413/2233.; Çenberci, Mustafa; İş Kanunu Şerhi, 1978, s.1236.
- 37 Yargıtay 9. HD., 15.2.1973 T., 14413/2233.; Çenberci, Mustafa; İş Kanunu Şerhi, 1978, s.1227.
- 38 Yargıtay 9. HD., 26.2.2001 gün, 2000/19872 E, 2001/3451 K. “İbraname gibi hakkı ortadan kaldıran bir belgenin iş hukuku uygulamasında yorumlanırken özen gösterilmesi gerekir. Bu bakımdan şayet bir alacak ya da tazminatın ödenmesi söz konusu ise bunun metin bölümünde kuşkuya yer vermeyecek biçimde açıklanması gerçeğin ortaya çıkması bakımından zorunludur”.
- 39 Yargıtay HGK. 27.4.1983 gün 1980/3055 E, 1983/427 K.
- 40 Yargıtay 9. HD., 14.4.2009 gün, 2008/ 15996 E, 2009/ 10576 K. “Miktar içeren ibra sözleşmelerinde ise, alacağın tamamen ödenmiş olması durumunda borç ifa yoluyla sona ermiş olur. Buna karşın kısmi ödeme hallerinde Dairemizin kökleşmiş içtihatlarında ibraya değer verilmemekte ve yapılan ödemenin makbuz hükmünde olduğu kabul edilmektedir”.
- 41 Yargıtay HGK., 27.4.1983 gün, 9-355 E, 427 K, YKD, sayı 11, s.1581.
- 42 Yargıtay 9. HD., 1.11.1996 T. 16706-20407, Kılıçoğlu, Mustafa; İş Kanunu Şerhi, Ankara 2005, s. 758. ; Yargıtay 9.HD., 14.4.2009 gün, 2008/ 15996 E, 2009/ 10576 K. “Davalı işverenin dayandığı ibranamede miktar yazılı olmayıp, somut olayın özelliği gereği ibraname ekindeki belgelerle sınırlı makbuz hükmündedir. Davacı işçiye 19.4.2006 tarihli makbuzlarda yazılı olan ödemeler yapılmış ve ardından sözü edilen ibraname düzenlenmiştir. O halde davaya konu olan kıdem tazminatı ile yıllık izin ücreti ve ücret alacakları hesaplanmalı, makbuzlar karşılığında sözü edilen alacaklar için ödenen miktarlar düşülerek varsa bakiyesi hüküm altına alınmalıdır”.
- 43 Yargıtay 9. HD., 16.4.1973, T.696-22365, Çenberci, Mustafa; İş Kanunu Şerhi, 1978, s.1211.
- 44 Bkz, Çelik, Nuri; İbranamenin Niteliği ve Kapsamı, İHU, İş Kanunu, 26 No 1'deki karar.
- 45 Yargıtay 21. HD., 24.4.1995 gün, 1995/2055 E, 1995/1799 K.
- 46 Bkz, Çelik, Nuri; İbranamenin Niteliği ve Kapsamı, İHU, İş Kanunu, 26,
- 47 Yargıtay HGK. 16.4.1997- 1997/86 E, T.1997/339 K. “Davacı bu ibraname ve feragatname niteliğindeki belge ile dava hakkından vazgeçtiğini açık ve kesin bir şekilde beyan etmiş olduğuna göre miktarı içeren bu belgenin makbuz niteliğinde nitelendirilerek fark alacakların hüküm altına alınması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir”.
- 48 Yargıtay HGK., 24.11.1999 gün, 1999/9-968 E, 1999/983 K. Bkz. Çil, Şahin; İş Hukukunda İbra Sözleşmesi, 2. Baskı, s. 421 vd.
- 49 Yargıtay 9. HD., 28.2.2001 gün, 2000/19969 E, 2001/3616 K.; Yargıtay 9.H.D., 7.6.2001 gün, 2001/ 5963 E, 2001/9793 K. Bkz. Miktar içeren ibranamenin makbuz sayıldığına dair kararlar.

- 50 Tasarı hükmü ve gerekçesi için Bkz. Çil, Şahin; İş Hukukunda İbra Sözleşmesi, 2. Baskı, İstanbul 2007, s. 532 vd.
- 51 Yargıtay 9. HD., 28.5.1996 gün, 1995/38219 E, 1996/12005 K. "Davalı savunmasında ibraname ile davacının haklarını aldığı ileri sürmektedir. Gerçekten ibranamede hafta tatili ücretinden de söz edilmektedir. Bu durumda ibraname konusunda diyecekleri sorumlu ve varsa delilleri istenmeli ve mukabil deliller de celp edilmeli, sonucuna göre bir karar verilmelidir".
- 52 Yargıtay 9. HD., 26.6.2001, T. 19872-3451.
- 53 Yargıtay 9. HD., 25.4.2001 gün, 4006-7055.
- 54 Yargıtay 9. HD., 19.12.2002 gün, 2002/8475 E, 2002/24475 K.
- 55 Yargıtay 9. HD., 20.3.2003 gün, 2002/18729 E, 2003/4524 K.
- 56 Yargıtay 9. HD., 10.12.2002 gün, 2002/10816 E, 2002/23501 K.
- 57 Yargıtay 9. HD., 13.3.2006 gün, 2005/24802 E, 2006/6046 K. "İbranameye ihbar ve kıdem tazminatları için miktar gösterilmiş olması, o alacaklar için makbuz niteliğinde olup, ibranamenin hukuki değerini ortadan kaldırmaz. Bu nedenle ibranameye itibar edilerek fazla mesai, hafta tatili ve bayram tatili ücretlerine ilişkin talebin reddi gerekirken yazılı şekilde kabulü hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir".
- 58 Yargıtay 9. HD., 22.2.2011 gün, 2009/ 125 E, 2011/ 4698 K. "İbranameye miktar bulunmamaktadır. Ancak işverence sunulan ibraname ekinde kıdem tazminatı tahakkukuna dair hesap bordrosu bulunmaktadır. Dairemizin kararlılık kazanmış olan uygulamasına göre ibraname, ekindeki belgede yazılı miktarla sınırlı makbuz hükmündedir".
- 59 Yargıtay 21. HD., 18.4.2005 gün, 2005/ 1585 E, 2005/ 3896 K. "Birçok Yargıtay kararında vurgulandığı üzere alacaklının alacak hakkından vazgeçmesini ve bu suretle borçlunun borçtan kurtulmasını kapsayan akde "ibra" denir. İbraname nin kural olarak işçiye yapılmış olan ödeme ile sınırlı olarak bağlayıcılığı asıldır. Gerçek anlamda ibranameden söz edebilmek için işçiye yapılan ödemenin miktar olarak ibranamede açıkça gösterilmesi koşuldur. Başka bir anlatımla, işçiye yapılan ödemeyi belli etmeyen sözleşmenin işvereni borcundan kurtaran ibraname olarak nitelendirilmesi olanaklı değildir".
- 60 Yargıtay 11. HD., 11.3.2004 gün, 2003/ 7655 E, 2004/ 2411 K. "...gerçek zarar miktarı ile ibranamedeki hasar tutarının arasında fahiş fark bulunduğu, gabinin objektif unsurunun gerçekleştiği, ancak subjektif unsur olan müzayaka hali ile sömürü kastının ispat edilemediği..."
- 61 Yargıtay 9. HD., 15.3.2010 gün, 2008/21965 E, 2010/ 6826 K. " Miktar içermeyen ibra sözleşmelerinde ise geçerlilik sorununu titizlikle ele alınmalıdır. İrade fesadı denetimi uygulanmalı ve somut olayın özelliklerine göre ibranamenin geçerliliği konusunda çözümler aranmalıdır (Yargıtay 9.HD. 27.06.2008 gün 2007/ 23861 E, 2008/ 17735 K.).
- 62 Yargıtay HGK., 15.5.2002 gün, 2002/9-418E, 2002/392K.; Yargıtay 9. HD., 12.3.1974 gün, 8132-5005, Çenberci, Mustafa; İş Kanunu Şerhi, 1978, s.1228.; Yargıtay 9. HD., 3.11.1982 gün, 305-8681 ve 5.2.1982 T, 125-1044 K.; Günay, C.İlhan; İş Kanunu Şerhi, Ankara 2005, s.1538-1540.
- 63 Yargıtay 9. HD., 28.3.1969, T.17204-3513, Çenberci, Mustafa; İş Kanunu Şerhi, 1978, s.1229.
- 64 Bkz. Yargıtay 9. HD., 18.7.2006 gün, 2006/10104 E, 2006/21290 K. Çil, Şahin; İş Hukukunda İbra Sözleşmesi, 2. Baskı, İstanbul 2007, s. 267.
- 65 Yargıtay işveren kayıtları ile çelişen ibranameye değer vermemiştir. Yargıtay 9. HD., 18.10.2006 gün, 2006/6775 E, 2006/27597 K. Bkz. Çil, Şahin; İş Hukukunda İbra Sözleşmesi 2. Baskı, İstanbul 2007, s. 265-266.
- 66 Yargıtay 9. HD., 31.5.2006 gün, 2005/35139 E, 2006/15860 K. Çil, Şahin; İş Hukukunda İbra Sözleşmesi, 2. Baskı, İstanbul 2007, s.268.
- 67 Yargıtay 9. HD., 29.5.2006 gün, 2005/35676 E, 2006/15513 K. Çil, Şahin; İş Hukukunda İbra Sözleşmesi 2. Baskı, İstanbul 2007, s. 268.
- 68 Eren, Fikret; Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 2001, s. 350.
- 69 Yargıtay 10. HD., 18.6.1975 T., 1858-3884; 9. HD., 24.5.1974 T.23857-7828, Çenberci, Mustafa; İş Kanunu Şerhi, 1976,s. 1224.
- 70 Yargıtay HGK., 21.3.1962, 10 E, 11 K., Çenberci, Mustafa; İş Kanunu Şerhi, 1976, s. 1225.
- 71 Yargıtay 9. HD., 4.4.2005 gün, 2004/22169 E, 2005/11994 K. "İbranamedeki miktarların ödenip ödenmediği araştırılmış değildir. Görme özürülü kişilere imzalatılan belgelerin okunarak ve mümkün olduğunca 3. kişi yanında imzalatılması gerekir. Anılan ibraname bu nitelikleri taşımadığından geçerli kabul edilemez".
- 72 Özdemir, Erdem; İş Hukukunda İbraname Uygulamaları, İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu, 23 Aralık 2005, Seminer Notları, İstanbul Barosu Yayınları 2006, s. 35,36.
- 73 Yargıtay 9. HD., 16.10.2006 gün, 2006/6640 E, 2006/27071 K. "Kabule göre de dosya içerisinde elle yazılmış 16.9.2003 tarihli bir ibraname mevcut olup söz konusu ibranamede bir değerlendirmeye tabi tutulmamıştır".
- 74 Yargıtay 9. HD., 6.6.2006 gün, 2006/9504 E, 2006/16336 K. "Davacının ibraname üzerindeki imzayı karalamış olması, ibraname içeriğinin gerçek iradeyi göstermediğini ortaya koymaktadır".
- 75 Arsebük, Esat; Borçlar Hukuku, Ankara 1943, s. 208.; Doğan, Mürsel; Türk İş Hukukunda İbra Sözleşmesi, Yargıtay Dergisi, Cilt 5, Sayı 1, s. 177.
- 76 Yargıtay 9. HD., 25.12.1988 gün, 1988/7737 E, 1988/11393 K., TÜHİS, Şubat 1989, s.16.
- 77 Yargıtay 9. HD., 2.7.1973 T, 1943/24868; Çenberci, Mustafa; İş Kanunu Şerhi, 1976, s. 1224.
- 78 Eren, Fikret; Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 2001, s 373.
- 79 Tunçomağ, Kenan; Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, 6. Bası, İstanbul 1976, s. 380.
- 80 Yargıtay 9. HD., 28.2.2001 gün, 2000/19969 E, 2001/3616 K, ve 9. HD., 29.3.2000 gün, 2000/707 E, 2001/4090 K.
- 81 Tunçomağ, Kenan; Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, 6. Bası, İstanbul 1976, s. 380 vd.
- 82 Yargıtay 9. HD., 27.3.1971 T., 21133-32476, Çenberci, Mustafa; İş Kanunu Şerhi, 1978, s.1224.

- 83 Yargıtay HGK., 21.11.2001 gün, 2001/11-989 E, 2001/ 1071 K. "Belli bir meblağın ödenmesi ile borçlunun tamamen ibra edildikten sonra, bu ibranın, serbest irade ile olmayıp müzayaka halinde kaldığı için verildiği iddia olunan hallerde, gerçek borç miktarı ile yapılan ödemenin arasında aşırı nispetsizlik mevcut ise, ibranamenin, serbest irade ile verilmediği iddiasına karine oluşturacağı ilke olarak doğrudur".
- 84 Yargıtay 11. H.D., 5.11.2002 gün, 2002/7262 E, 2002/10020K.
- 85 Yargıtay 21.H.D., 24.6.2003 gün, 2003/6207 E, 2003/6096 K.
- 86 Yargıtay HGK., 7.12.2005 gün, 2005/ 21-665 E, 2005/712 K.
- 87 Yargıtay 9.HD., 1.2.2006 gün, 2005/17965 E, 2006/2028K. ve Yargıtay 9.H.D., 7.6.2005 gün, 2005/1639 E, 2005/20516 K.
- 88 Yargıtay İBK., 18.2.1959 gün, 1958/28 E, 1959/17 K.
- 89 Bkz. Çil, Şahin: İş Hukukunda İşçinin Ücreti, Ankara 2010, s. 474 vd.
- 90 Bkz. Çil, Şahin: İş Hukukunda İbra Sözleşmesi, 2. Baskı, İstanbul 2007, s. 536 vd.
- 91 Bkz. Çil, Şahin: İş Hukukunda İbra Sözleşmesi, 2. Baskı, İstanbul 2007, s. 729.vd.

KAYNAKÇA

- Arsebük, Esat; Borçlar Hukuku, Ankara 1943,
- Becker, H.; İsviçre Medeni Kanun Şerhi, VI. Cilt, Borçlar Kanunu, I. Kısım, Genel Hükümler, Fasikül, Ankara 1972, s. 72 (Çeviren: Dr. Saim Özkök),
- Berki, Şakir; Borçların Sukutu, AÜHF., Cilt XII,
- Centel, Tankut; İş Hukuku, C 1, Bireysel İş Hukuku, B. 2, İstanbul 1994,
- Centel, Tankut; İş Hukukunda Ücret, İstanbul 1988,
- Çelik, Nuri; İbramenin Niteliği ve Kapsamı, İHU İş Kanunu Madde 26, No:1 İstanbul,
- Çenberci, Mustafa; İş Kanunu Şerhi, 1978,
- Çenberci, Mustafa; İş Kanunu Şerhi, 1976,
- Çenberci, Mustafa; İş Kanunu Şerhi, B. 6, Ankara 1986,
- Çenberci, Mustafa; İş Kanunu Şerhi, 1972,
- Çenberci, Mustafa; İş Kanunu Şerhi, Ankara 1968,
- Çil Şahin; İş Hukukunda İbra Sözleşmesi, 2. Baskı, İstanbul 2007,
- Çil, Şahin; İş Hukukunda İşçinin Ücreti, Ankara 2010,
- Doğan, Mürsel; Türk İş Hukukunda İbra Sözleşmesi, Yargıtay Dergisi, Cilt 5, Sayı 1,
- Dr. Fritz Funk Jun, Borçlar Kanunu Şerhi I, Umumi Hükümler (Çeviren: Şeldet/Selek),
- Eren, Fikret; Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 3. Baskı, Cilt III, Ankara 1991,
- Eren, Fikret; Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 2001,
- Eyrenci/Taşkent/Ulucan; Bireysel İş Hukuku, 3. Bası,
- Feyzioğlu, F.N.; Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, Cilt II, İstanbul 1969,
- Günay, C. İlhan; İş Kanunu Şerhi, Ankara 2005,
- İnan, A. Naim; Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 1984,
- Keser, Hakan; İş Hukukunda İbraname Uygulamaları, Kamu-iş, Cilt 5, Temmuz 1999, Sayı 1,
- Kılıçoğlu, Mustafa; İş Kanunu Şerhi, Ankara 2005,
- Oğuzman, Kemal/Öz, M. Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2000,
- Oğuzman, M. Kemal; Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet "İş" Akdinin Feshi, İstanbul 1955,
- Oğuzman M. Kemal/Öz M. Turgut; Borçlar Hukuku, İstanbul 1995,
- Özdemir, Erdem; İş Hukukunda İbraname Uygulamaları, İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu, 23 Aralık 2005, Seminer Notları, İstanbul Barosu Yayınları 2006,
- Saymen, F. Hakkı; Türk İş Hukuku, İstanbul 1954,
- Saymen/Elbir; Türk Borçlar Hukuku, İstanbul 1958,
- Tekinalp/Çamoğlu; Türk Ticaret Kanunu, İstanbul 1969,
- Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 6 İstanbul 1988,
- Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop; Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı,
- Tunçomağ, Kenan; Borçlar Hukuku Dersleri, Cilt I, Genel Hükümler,
- Turanboy, K. Nuri; İbra Sözleşmesi, Ankara 1998,
- Von Tuhr; Borçlar Hukuku, Cilt II, Ankara 1983. (Çeviren: Cevat Edege).

Av. Murat AKI

İzmir Barosu Avukatı

Mobbing (Psikolojik Terör) Tanımı ve Türleri Türk ve Karşılaştırmalı Hukukta Yeri

I. TANIM:

İnsanoğlu yaradılışından itibaren sosyal olmaya gereksinim duymuş, yalnızlıktan hep kaçınmıştır. İnsanoğlu hep bir grubun parçası olmak istemiş, bu duygusunu sosyal derneklere, siyasi partilere üye olarak hep canlı tutmuştur. Bugün çağdaş insan da ataları gibi gününün büyük bölümünü geçirdiği işyerindeki mesai arkadaşları ile iş ilişkisinin üzerinde sosyalleşmiştir.

Sosyalleşme gereği duyan insan, grubun diğer üyeleri ile olan yapı farklılıkları nedeniyle zaman zaman çatışmış, bazen de gruptan salt bu farklılıkları nedeniyle grubun ortak amacını bir kenara bırakarak ayrılmıştır.

Bu ayrılma bazen grup üyesinden gelen irade ile olabildiği gibi, bazen de makalenin konusunu oluşturan mobbing olgusunda olduğu gibi maruz kalınan baskı nedeniyle olmaktadır.

Borçlar hukuku sözleşme türlerinden farklı olarak iş sözleşmesindeki bağımlılık unsuru, mobbing olgusunun doğmasına ve gelişmesine uygun zemin yaratmıştır.

Gerçekten de işverene bağımlı çalışan ve doğasında sosyal olmaya kodlanmış grup üyesine; istenilmediğine karar verildiği andan itibaren, işverence veya astı tarafından veyahutta eşiti tarafından sosyal davranış modelleri ile psikolojik baskı yapılagelmıştır. Mağdurun sessizliği, diğer grup üyelerinin çeşitli korku, adamsendeci bakış açısı veya sadistçe duygularla olaylara seyirci kalması, bu baskının dozunu arttırmış ve önce mağdur grup içerisinde yalnız kalmış, ardından bir takım psikolojik temelli rahatsızlıklara yakalanmış, ardından da gerek mağdurun işe yoğunlaşmasının önemli ölçüde azalmasından gerekse mağdurdan gelen taleple gruptan koparılmıştır.

Bu genel açıklamalardan sonra mobbing, bir grubun diğer bir grup veya üyeleri üzerinde kurduğu şiddet, hakaret, küfür gibi çalışma hayatı ile bağdaşmayacak yol ve yöntemlerle psikolojik baskı, diğer bir anlamda psikolojik terör olarak tanımlanabilir. Kavrama ilişkin tanımlamayı ilk ortaya atan bilim adamı Alman çalışma psikoloğu Heinz Leymann olup, mağdura ve faile göre

Gelişmiş ülkelerde mobbing genel olarak istifa ile sonuçlanırken, ülkemiz insanı maruz kaldığı mobbing işkencesine sonuna kadar direnmektedir.

yapılan tanımlamalar özde aynı kalmak suretiyle zaman içerisinde değişmiştir. Uluslararası Çalışma Örgütü, kavramı; intikamcı, acımasız, şeytanca ve onur kırıcı eylemler aracılığıyla bir işçiye veya bir grup işçiye zarar vermeyi amaçlayan saldırgan davranış olarak tanımlamaktadır¹.

Makalenin kaleme alındığı tarihlerde de RG'de² yayımlanan 2011/2 sayı ve 19.03.2011 tarihli Başbakanlık Genelgesi'nde mobbing "kasıtlı ve sistematik olarak belirli bir süre çalışanın aşağılanması, küçümsenmesi, dışlanması, kişiliğinin ve saygınlığının zedelenmesi, kötü muameleye tabi tutulması, yıldırılması ve benzeri şekillerde ortaya çıkan psikolojik taciz ..." olarak tanımlanmıştır.

Mobbingin işyerlerindeki rekabet ortamından kaynaklandığı düşünülmekteyse de, kavram, mobbinge maruz kalan yani mağdur açısından ve mobbingi uygulayan yönünden tasniflere tutulduğunda, esasen mobbingin mağdurun grubun diğer üyelerinden farklı olması ve/veya mobbing uygulayanın iç dünyasındaki fırtınalar nedeniyle doğduğu gözlemlenmektedir³.

Terim ilk defa 19. yüzyılda biyologlar tarafından bazı kuş türlerinin grup içinde istemedikleri üyeleri veya grubun güçsüz üyesini gruptan uzaklaştırmak için sergiledikleri davranış modellerini tanımlamak için kullanılmıştır⁴.

Gelişmiş ülkelerde özellikle de Avrupa ülkelerinde son 20 yıl içinde çeşitli kategori ve yöntemlere ayrılarak tanımlanan, işkollarına göre istatistikî çalışmalara kaynaklık eden ve önlenmesi için çeşitli yasal tedbirler üzerinde çalışılan mobbing, bugün artık tüm gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerde bir büyük sorun haline gelmiştir.

Mobbing kural olarak sistemli ve artarak ancak aynı amaca yani mağduru yıldırmaya

yönelik devamlılık arz eden, tekrarlanan, belli bir süreçte varlığını ve etkisini sürdüren, eşitsiz güç ilişkisine dayanan davranışlar bütünüdür. Mobbing kimi zaman fiziki şiddet içerirken, çoğunlukla davranış ve kelimelerin gücünden istifade edilerek uygulanmaktadır.

II. MOBBING TÜRLERİ, AMACI VE AKTÖRLERİ:

Tanımına yukarıda yer verdiğimiz mobbingin bu bölümde türlerine, amacına ve aktörlerine yer vermek istiyoruz.

Heinz LEYMAN tarafından psikolojik şiddet davranışları, davranışın özelliğine ve mağdurun üzerinde bıraktığı etkiye göre beş temel grupta sınıflandırılmıştır⁵. Bunlar:

- Grup içerisinde mağdurun kendisini göstermesini ve diğer grup üyeleri ile iletişim kurmasını engelleyen davranışlar.
- Çalışanın sosyal ilişkilerine yönelik davranışlar.
- Mağdurun karakteri ve kişiliğine yönelik davranışlar.
- Yaşam kalitesine ve meslek konumuna yönelik davranışlar.
- Fiziksel davranışlar.

İlk gruba girecek örnek davranışlara; mağdurun sözünü kesmek, yaptığı işi eleştirmek, başarılı olması muhtemel işleri yapmasına engel olmak, özel yaşamını eleştirmek, herkesin önünde yüksek sesle azarlamak, jest mimik davranışlarla kurulmak istenilen ilişkiyi geri çevirmek sayılabilir. İkinci gruba, diğer çalışanların mağdur ile iletişim kurmasını engellemek, diğer grup üyelerinin sanki mağdur çalışan orda değilmiş gibi davranmaları örnek davranışlar olarak gösterilebilir. Üçüncü gruba arkasından kötü konuşmak, mağduru grup içinde gülünç duruma düşürmek, mağdura akıl hastasıymış gibi davranmak, yürüyüşü, jest ve ses tonuyla küçük düşürecek şekilde alay etmek, lakap takmak, kararlarını sorgulamak örnek olarak sayılabilir. Dördüncü grup davranışlara emsal olarak mağdurun vasfına uygun olmayan, basit işler vermek, amaçsız ve çalışanın özgüvenini olumsuz etkileyecek vasıflarıyla örtüşmeyen küçük düşürücü görevler vermek sayılabilir. Son grup davranışlara ise

ofis gereçlerini (zımba, kalem vs.) fiziki olarak mağdura fırlatmak ve cinsel taciz örnek olarak gösterilebilir.

LEYMAN bir davranışın mobbing olarak ele alınabilmesi için yukarıda sayılan gruplardaki davranışların tümünün veya bir kaçının aynı anda aranması gerekmediğini öne sürmektedir⁶. Hatta doktrinde bazı kalemler, bu davranışların belli bir plan çerçevesinde gerçekleşmesinin de şart olmadığını, fırsat doğdukça çeşitli davranış gruplarıyla mobbing fiilinin gerçekleşebileceğini savunmaktadır⁷.

Doktrinde yukarıda aktarılan gruplama dışında mobbing belirtisi olarak çeşitli davranışlar psikolojik saldırı olarak kabul edilmiştir. Bunlardan bazıları; mağdurun kişisel eşyalarının ortadan kaybolması veya bozulması, eskieye göre çalışma arkadaşları ile çok daha fazla tartışma çıkması, sigara kokusundan rahatsız olan mağdurun yanındaki masaya çok sigara içen bir çalışanın yerleştirilmesi, mağdurun bir başkasının ofisine girdiğinde içeridekilerin konuşmaya son vermesi, işle ilgili önemli gelişme ve haberlerin söylenmemesi, her yaptığı işin ayrıntılı gözlemlenmesi, işe geliş gidiş saatleri, telefon konuşmaları, çay ve kahve molalarında geçirdiği zamanın ayrıntılı kontrol edilmesi, soru ve taleplerine cevap verilmemesi, sürekli eleştirilmesi, işyeri kutlamalarına ve diğer sosyal aktivitelere davet edilmemesi, giyim tarzı ve dış görünüşü ile alay edilmesi, iş ile ilgili önerilerinin devamlı reddedilmesi, kendisinden daha alt pozisyonda çalışan kişilerden daha düşük ücret alması olarak sıralanabilir⁸.

Tüm yukarıda sayılan davranışların mağdur üzerinde sergilenmesindeki temel amaç, grupta istenmeyen, istenmediğine karar verilen kişinin işe yoğunlaşmasının, başarısının olumsuz etkilenmesi, mümkünse kendisinin istifa etmesi, bunun sağlanamaması halinde ise kişinin işe yoğunlaşmasındaki azalma, performans düşüklüğü gerekçeleri ile geçerli nedenler suni olarak işveren eliyle veya işverenin mobbing uygulamalarına sessiz kalması ile yaratılarak iş sözleşmesinin feshedilmesidir.

Kanımızca gelişmiş ülkelerdeki mobbing sonuçları ile ülkemizdeki mobbing sonuçları farklılık göstermektedir. Gelişmekte olan ve

büyüyen bir ekonomiye sahip ancak halen en büyük sorunu istihdam olan ülkemizde işsiz kalma korkusu diğer tüm korkuların önüne geçmektedir. Gelişmiş ülkelerde mobbing genel olarak istifa ile sonuçlanırken, ülkemiz insanı maruz kaldığı mobbing işkencesine sonuna kadar direnmektedir. Yüksek Mahkeme'nin az sayıdaki kararı da bunun bir göstergesidir. Konu makalenin ilgili bölümünde daha ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

Mobbinge maruz kalan kişi yönünden konu incelendiğinde; erkek çalışanın yoğun olduğu işyerlerindeki tek kadın işçi veya bunun tersi durumdaki kişi, farklı giyim ve yaşam tarzı olan, grupta diğer grup üyelerine göre daha az sosyal olan kişi, bazen işyerindeki tek bekar kişi, başarıları ile övgü almış diğer arkadaşları tarafından kıskanılan bir kişi, daha önce aynı pozisyonda çalışan kişinin diğer grup üyelerince çok sevilmesi ve takımın bir parçası olabilmiş olması nedeniyle yeni işe giren kişi genelde mobbinge daha fazla maruz kalma riski taşımaktadır. Ancak bilimsel olarak bugüne kadar mobbinge uğrayan kişi bakımından bir sınıflama yapıldığı saptanamamıştır. Ülkemiz için etnik farklılıklar, dinsel farklılıklar ve belki de bölgesel farklılıklar (hemşehricilik gibi) bile mobbingin sebebi olabilir.

Mobbingi uygulayanlar açısından Pınar TINAZ "İşyerinde Psikolojik Taciz" isimli kitabında, uygulayıcıları beş grupta ele almıştır. Bunlar; narsist mobbingciler (duymaya aciz oldukları acılarını ve kabul etmeyi reddettikleri iç çatışmalarını bir başkasına yükleyenler), hiddetli bağırğan mobbingciler (içlerindeki öfkeyi engelleyemeyen, problemlerle başa çıkmayı başaramayan başkalarıyla uğraşarak bu sorunlarından kaçanlar), iki yüzlü yılan mobbingciler (kıskanç, başkalarının başarısı karşısında deliye dönen, hep yeni yollar arayan, yaptıklarının bilincinde olanlar), megaloman mobbingciler (kendilerine olan güvensizliklerini, başkalarına karşı kıskançlık, nefret ve saldırganlık şeklinde yansıtanlar), hayal kırıklığına uğramış mobbingciler (dış yaşamdaki olumsuzluklarını işyerinde yansıtanlar) olarak tasnif edilmiştir.

Yabancı mahkemelerin mobbing olgusunu tespit ettiği kararları incelendiğinde, psikolojik

baskı aracı olarak işveren davranışları da adeta kendi içinde bir mobbing davranış tiplemesi niteliğindedir. Gerçekten de kararlarda yer alan mobbing teşkil eden davranışlardan bazıları şöyledir; mağdurun seri halde uyarılması, gerekmediği halde bir disiplin soruşturması hakkındaki bilgilerin açıklanması, güç içeren ifadeler kullanarak hakaret etmek ve fiziksel saldırılarda bulunmak, tekrar eden küfür ve sözlü hakaretler, yıpratma amacı olarak yaptığı işten alınma, objektif haklı bir neden olmadan sık sık tekrarlanan iş kontrolüne ilişkin görüşmeler yapmak, aylar süren çalıştırılmama durumunun değiştirilerek sürekli faaliyet raporları istenmesi, çalışanların sürekli eğitime tabi tutularak videoya kaydedilmesi, banka müdürünün vezne çalışmaya verilmesi, hakaret içeren yazılı mütalaalar verilmesi, çalışanı fiziksel olarak belden eğip, sözde hatalarla yüzleştirmek bahanesiyle ahlaka aykırı davranılması, ahlak dışı hareketlerde bulunulması, çalışana istenmediğini hissettirmek amacıyla göz hapsine alınması, çalışanın sözünün kesilmesi, ayrımcılık yapılması⁹. Diğer yandan bazı yabancı mahkeme kararlarında bazı davranışların mobbing sayılmayacağına karar verilmiştir. Bunlara; çalışanın yaş günü pastasının atılması ve bu yüzden pastanın bozulması, bir yıl içinde yedi kere telefonla cevapsız arama yapılması örnek olarak sayılabilir¹⁰.

III. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA MOBBİNGE BAKIŞ:

Mobbinge bağlı olarak çalışanların iş sözleşmelerini tek taraflı feshindeki artışın, çalışan, işyeri ve toplum üzerindeki olumsuz etkileri nedeniyle, araştırmalar son 20 yılda bu konuya yoğunlaşmış ve çıkan veriler çerçevesinde mobbing sonuçlarının olumsuz etkilerinin en aza indirilebilmesi için yasa koyucular, işverenler ve bazen de sendikalar hukuki metinler düzenleyerek önlem almaya çalışmış, mobbing uygulayan hakkında bir takım müeyyideler düzenlerken, mağdur için de bir takım koruyucu önlemler almaya çalışmışlardır. Örneğin bazı yasalarda mobbing uygulayan işçinin iş sözleşmesinin feshi haklı neden olarak düzenlenmişken, diğer bazılarında mağdura erken

emeklilik hakkı verilmiş, yine bazı toplu iş sözleşmelerine mobbingi önleyici tedbirler sendikalarca eklenmiştir.

1996 yılında gerçekleştirilen bir ankette Avrupa Birliği'ne üye 15 ülkede, 15.800 çalışanla yapılan görüşmelerde, 1995 yılında çalışanların; %4'ünün fiziksel şiddete, %2'sinin cinsel tacize ve %8'inin mobbinge maruz kaldığı belirlenmiştir. Bu saptamaya göre 1995 yılında mobbinge maruz kalan çalışan sayısı 12.000.000 olup, bu rakam, toplam çalışan sayısının yüzde sekizine tekabül etmektedir.

İngiltere'de yapılan bir diğer araştırma sonuçlarına göre çalışanların %53'ü mobbing mağdurdur. Yine aynı araştırmaya göre çalışanların %78'i işyerinde uygulanan psikolojik teröre tanıklık etmişlerdir. İsveç'te yapılan bir araştırmanın sonuçlarına göre, bir yıl içinde gerçekleşen intiharların %10-%15'inin nedeni mobbingdir. Araştırmalar sadece İsveç ve Almanya'da yüz binlerce mobbing mağdurunun erken emekli olmak amacıyla sosyal güvenlik kurumlarına başvurdukları ve oldukları, bir kısmının psikiyatri kliniklerinde yatarak tedavi edildikleri belirlenmiştir. İtalya'da 1 milyondan fazla çalışanın psikolojik baskılara maruz kaldığı; en az 5 milyon kişinin ise, yaşanan bir mobbing olgusuna tanık oldukları bilinmektedir.

Toplam çalışan sayısına göre, mobbinge maruz kalanların oranı, İngiltere'de %16, İsveç'te %10, Fransa ve Finlandiya'da %9, İrlanda ve Almanya'da %8, İspanya, Belçika ve Yunanistan'da %5, İtalya'da %4 olarak bildirilmektedir. 2000 yılında gerçekleştirilen bu araştırmanın verileri ışığında Avrupa Parlamentosu'nda, günden güne artarak devam eden mobbingin çalışan, işyeri ve toplum üzerindeki ağır bedellerinden korunmak için ortak önlemlerin alınmasının ve mücadele yollarının belirlenmesinin gerekliliği dile getirilmiştir. Avrupa Birliği Komisyonu, Ekim 2002'de "Stres ve Mobbing Konulu Avrupa Haftası"nı düzenlemiştir. Mobbing ile ilgili istatistikî rakamlar dışında mobbingin etkenleri ve mücadele yolları üzerinde tartışılmıştır.

International Crime (Victim) Survey'den (1996) elde edilen sonuçların, 18 Ağustos 1998'de güncelleştirilmiş halinden birkaç çarpı-

Mobbinge maruz kalan çalışanın moral motivasyonunun ve işe-işyerine bağlılığının azaldığı bilimsel olarak ortaya konulmuş bir gerçektir.

cı örnek vermek gerekirse;

- Fransa'da mobbing mağduru erkek çalışan oranı 11,2 / kadın çalışan oranı 8,9
- ABD'de mobbing mağduru erkek çalışan oranı 6,1 / kadın çalışan oranı 11,8
- Polonya'da ise bu oran erkek çalışanlarda 8,7 / kadın çalışanlarda ise 4,1 olarak gerçekleşmiştir¹¹.

Mobbingin uygulandığı işyerlerinin niteliği bakımından, araştırmalar işyerinin kamu kurumu veya özel bir gerçek veya tüzel kişilik olması bakımından bir fark olmadığını işaret etmektedir¹². Araştırmalara göre işyerinin kamu veya özel hukuk işvereni olması ayrımı mobbing olgusunun hayat bulması açısından bir fark yaratmamaktaysa da, yapılan bir başka araştırmada, sağlık sektöründe çalışanların diğer hizmet sektörlerine göre tacize uğrama riskinin 16 kat fazla olduğunu ortaya koymuştur¹³.

Gelişmiş ülkelerde yukarıda özetlemeye çalıştığımız istatistikî çalışmalara paralel olarak yasal düzenlemeler de mobbingi tanımayla ve önlemeye yöneliktir.

Fransa'da ilk kez kavram 1992 yılında kanunlaşmıştır. Çalışma hayatı aktörlerinin baskısı, Avrupa Sosyal Şartı ve İnsan Hakları Ulusal Dayanışma Kurulu'nun Tavsiye Kararı nedenleriyle bu ilk düzenleme yeterli kalmamış ve 17.01.2002 tarihli Yasa ile açıkça mobbing tanınmıştır. Bunun yanında Fransız Ceza Yasası'na aynı tarihli bir ekleme yapılarak mobbing davranışlarında bulunanların, bu fiileri suç sayılmış, müeyyide olarak hapis ve para cezası öngörülmüştür.

Belçika'da 11.06.2002 tarihinde yapılan yasal düzenleme ile mobbing yasal çerçevede tanınmıştır. Yasa koyucu işverene işçilerin psikolojik tacizden koruması için bir takım önlemler öngörürken, işçiye de kendisini bu terörden koruması için yol haritası çizmiştir.

Hollanda İş Koşulları Yasası'nda 2006 yılında yapılan değişiklik ile mobbing veya diğer adıyla psikolojik taciz ifadesi kullanılmamaktaysa da, Yasanın düzenleme şekli karşısında işyerindeki şiddetin psikolojik etkileri, bu tür saldırıların işverence engellenmesine ilişkin açık hükümler karşısında, Hollanda da mobbing olgusunun 2007 yılında yapılan yasa değişikliğinden önce de kabul edildiği rahatlıkla söylenebilir.

Alman hukukunda ilk defa 14.08.2006 tarihinde yürürlüğe giren Genel Eşit Davranma Yasası ile taciz olgusu Alman iş yaşamına bir kavram olarak girmiştir. Kanun'un düzenleme şekli karşısında taciz ayrımcılığın bir alt dalı olarak görülmüştür¹⁴.

Mobbing İsveç Hukukunda 1994 yılında, Finlandiya Hukukunda 2000 yılında, Danimarka Hukukunda 2004 yılında tanınmış ve yasalaşmıştır. Bunun yanında bu işyeri terörü ile ilgili olarak yukarıda sayılan ülkeler yanında İsveçre, İtalya, İrlanda gibi Avrupa ülkeleri de bir çok olumsuzlukları bulunan taciz vakâlarının üzerine gitmektedir¹⁵.

Yukarıdaki örneklerden de anlaşılacağı üzere bugün başta Avrupa ülkeleri olmak üzere gelişmiş bir çok ülkede yapılan çeşitli araştırmalar neticesinde uluslararası örgütlerde tanımlanan ve önlenmesine ilişkin ortak alınan mobbing olgusu, artık hükümetlerin gerek özel hukuk gerekse kamu hukuku yasaları ile savaştığı bir toplum suçu haline gelmiştir.

IV. MOBBİNGİN TÜRK HUKUKUNDA ELE ALINIŞI:

Bu bölümde belirtilmesi gereken en önemli husus, Türkiye'nin Avrupa Sosyal Şartı'nın 3. Bölümündeki birçok maddeye çekince koymasına rağmen, onurlu çalışma hakkı başlığını taşıyan ve mobbingi düzenleyen maddesi hakkında bir çekince koymamış, diğer bir anlatımla iç hukukta benimsenen sosyal şart çerçevesinde düzenleme yapacağını öngörmüş olmasıdır.

Nitekim Yeni Borçlar Kanunu ve Başbakanlığın 2011/2 sayılı Genelgesi¹⁶ bu yönde düzenlemeler getirmiş, fakat 4857 sK halen açıkça psikolojik baskıyı yasaklayıp bu tür davranışlara müeyyide yüklediğini söylememektedir.

Ancak konuya çalışanın vücut bütünlüğü açısından bakıldığında, esasen meri Kanun'un açıkça düzenlemese de yorum yoluyla psikolojik tacizi yasakladığını söylemek mümkündür.

Diğer yandan TBMM çatısı altında 5840 sK ile 24.03.2009 tarihinde kurulan Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu kamuoyuna yansıyan yönüyle temelde kadın ve erkek eşitliğinin toplumun her kademesinde sağlanması amacıyla kurumuşsa da, komisyonunun çalışma alanlarını arasında çalışma hayatında mobbingin engellenmesi de vardır. Nitekim komisyonun 23. dönem faaliyet raporunun 113. sayfasında, işyerinde taciz iddialarına ilişkin başvuru sahibinin dilekçesinde gerekli vasıflar bulunmadığından dilekçenin işleme alınmadığı belirtilmiştir¹⁷. Komisyon tarafından hazırlanan kanun teklifleri arasında yer alan 2/869 sayı ve 16.02.2011 sayılı Tasarı ile 4857 sK'de değişiklik önerilmektedir. Yasa tasarisinin amacı "İşverene işyerinde mobbingi önleme sorumluluğu getirilmesi" olup, Tasarı makale tarihinde henüz yasalasmamıştır¹⁸.

Yürürlükteki 4857 sayılı Kanun'da psikolojik taciz (mobbing) konusunda bir düzenleme olmasa da Kanun'un 24. maddesi cinsel taciz fiilini işçi lehine haklı fesih sebebi, bu eylemde bulunan çalışanın iş sözleşmesinin ise 25. maddede işverence haklı fesih sebebi yapılmasını düzenlemektedir. Kanunun 24. ve 25. maddeleri yukarıda bahsedilen düzenleme haricinde şeref ve namusa dokunacak sözler ile hareketleri ve sataşmayı haklı fesih sebepleri saymıştır. Diğer yandan kanun koyucu Kanun'un 77. maddesi ile işverene çalışanların sağlık ve iş güvenliklerini koruma konusunda yükümlülükler getirmiştir. Kanaatimizce sayılan bu yasal düzenlemeler mobbingi önlemeye ve olumsuz sonuçlarından çalışanların korunmasına yeterli olmamakla birlikte, Yüksek Mahkeme kararlarına da yansıdığı üzere mevcut düzenlemenin mağdura sınırlı da olsa bir koruma sağladığı düşüncesindeyiz. Konu ayrıntılı olarak aşağıda ele alınacaktır.

A. 4857 SAYILI İŞ KANUNU AÇISINDAN:

Mobbinge maruz kalan çalışanın moral moti-

vasyonunun ve işe-işyerine bağlılığının azaldığı bilimsel olarak ortaya konulmuş bir gerçektir. Ancak bundan daha önemlisi, önce işyerinde yalnızlaşan işçi, maruz kaldığı davranışlar nedeniyle manevi acılar çekmekte, bu yalnızlık duygusu genele yayılmakta ve sonucunda çalışan özgüvenini yitirmektedir. İşte bu süreçte mağdurun ruh sağlığında da tamiri zor yaralar oluşmakta, intihara başvurmaya kadar hastalanan çalışanın bu noktada sağlığını kaybedeceği ve belki de bir daha iyileşemeyeceği muhakkaktır.

4857 sayılı Kanun'un 77. maddesi;

"İşverenler işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak, işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdürler.

İşverenler işyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uyulup uyulmadığını denetlemek, işçileri karşı karşıya buldukları mesleki riskler, alınması gerekli tedbirler, yasal hak ve sorumlulukları konusunda bilgilendirmek ve gerekli iş sağlığı ve güvenliği eğitimini vermek zorundadırlar. Yapılacak eğitimin usul ve esasları Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.

İşverenler işyerlerinde meydana gelen iş kazasını ve tespit edilecek meslek hastalığını en geç iki iş günü içinde yazı ile ilgili bölge müdürlüğüne bildirmek zorundadırlar.

Bu bölümde ve iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin tüzük ve yönetmeliklerde yer alan hükümler işyerindeki çıraklara ve stajyerlere de uygulanır."

şeklinde düzenlenmiştir¹⁹. Kanun koyucu işverene çalışanın iş sağlığını koruma yükümlülüğü getirdiğinden, bu noktada açıkça ifade edilmese de 77. madde kanaatimizce işverene işyerinde mobbingi önleme yükümlülüğü getirmektedir. Çalışanın mobbinge bağlı yakalanacağı ruhsal rahatsızlıkları meslek hastalığı sayılması gerektiği gibi, işyerinde mobbinge bağlı yaşanan iş kazalarının da sorumlusu yeterli iş güvenliği tedbirlerini almayan işverendir. Zira 77. madde sadece tedbirlerin alınması görevini değil, alınan tedbirlerin denetlenmesi görevini

de işverene yüklemiştir. Buradan hareketle işverenin yeterli denetimleri yaparak, çalışanın mobbinge maruz kaldığını tespit ederek, mobbing failini uyarılmalı, işyerini değiştirmeli ve/veya iş sözleşmesini feshetmelidir. Yine aynı bakış açısı ile mağdurun talebini alarak işyeri değişikliği, bölüm değişikliği yapabilmesi de ihtimaller arasındadır. Ancak tüm bu tedbirleri almayan, hatta bu tedbirlerin alınması gerekliliğini denetlemeyen işveren kanaatimizce mobbingden 77. madde çerçevesinde sorumlu tutulabilecektir.

Mobbinge maruz kalan çalışanın işverence 77. madde çerçevesinde tespit edilememesi veya gerekli denetimleri resen veya çalışanın şikayetine rağmen yapmaması nedeniyle kanaatimizce 4857 sayılı Kanun'un 24. maddesi iki noktadan çalışana iş sözleşmesini haklı nedenle feshetme yetkisi vermektedir. Kanun'un 24. maddesinin II/b ve c bendi gereğince; "İşveren işçinin veya ailesi üyelerinden birinin

da işveren için öngörülen her çeşit sorumluluk ve zorunluluklar işveren vekilleri hakkında da uygulanır." hükmünü içermektedir. Görüldüğü gibi artık 24. maddede sayılı eylemlerin işveren veya vekilleri tarafından işlenmesi konusunda kanun koyucu bir fark görmemektedir. Mobbingin tanımı ve türleri bahsinde belirttiğimiz, çalışana hakaret edilmesi, aşağılanması, küfredilmesi, tartaklanması, hakkında asılsız isnatlarda bulunulması gibi mobbing davranışlarına karşı mevcut yasal düzenlemenin en azından işçinin iş sözleşmesini kıdem tazminatını alarak işten ayrılmasını sağlayacağı düşüncesindeyiz.

İşverenin 77. madde anlamında işyerinde yapacağı denetimlerde durumu fark etmesi ve gerekli önlemleri almasına rağmen mobbing uygulayan çalışana vazgeçememesi durumunda ise kanaatimizce Kanun'un 25. maddesinin yeterli korumayı sağladığı düşüncesindeyiz. Zira 25. maddenin II/d bendi "İşçinin işverene yahut onun ailesi üyelerinden

Belçika iş hukukunda mobbing iddiasında bulunan işçiye karşı kanun, mobbing failine, mobbing uygulamadığını ispat külfeti getirmektedir.

şeref ve namusuna dokunacak şekilde sözler söyler, davranışlarda bulunursa veya işçiye cinsel tacizde bulunursa", " İşveren işçiye veya ailesi üyelerinden birine karşı sataşmada bulunur veya gözdağı verirse, yahut işçiye veya ailesi üyelerinden birini kanuna karşı davranışa özendirir, kışkırtır, sürükler, yahut işçiye ve ailesi üyelerinden birine karşı hapsi gerektiren bir suç işlerse yahut işçi hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ağır isnad veya ithamlarda bulunursa", bu durumlar çalışana iş sözleşmesini haklı nedenle derhal fesih yetkisi vermektedir. Kanaatimizce mobbing eylemini yapan kişinin işveren vekili olması durumu değiştirmeyecektir. Zira Kanun'un 2. maddesi "İşveren adına hareket eden ve işin, işyerinin ve işletmenin yönetiminde görev alan kimse- lere işveren vekili denir. İşveren vekilinin bu sıfatla işçilere karşı işlem ve yükümlülüklerinden doğrudan işveren sorumludur. Bu Kanun-

birine yahut işverenin başka işçisine sataşması veya 84 üncü maddeye aykırı hareket etmesi" halini işveren açısından haklı nedenle derhal fesih hakkı olarak düzenlemektedir. Bize göre sataşmak fiili maddede tahdidi değildir. Mağdura karşı mobbing olarak kabul edilebilecek her türlü davranış sataşma olarak kabul edilebilir. İşveren, işyerinde mağdurun ve mobbing şahitlerinin yazılı ifadeleri ile iş sözleşmesini derhal ve haklı nedenle feshedebilir. Ancak burada hemen söylememiz gerekir ki, çalışana olumsuz etkileyen mobbing vakıaları süreklilik arz etmektedir. Gerek çalışanın 24. maddede sayılan haklı fesih hakkını gerekse işverenin mobbing uygulayan işçinin iş sözleşmesini 25. madde anlamında derhal feshedebilmesi için 26. maddedeki 6 işgünlük süre içinde bu hakkını kullanması gerekir. Türk İş Hukuku prensipleri gereğince temadi arz eden fiiller bakımından 6 işgünlük süre-

Gerekçede ahlaka uygun bir düzenden bahsedilirken, genel anlamda ahlaka uygun bir düzenin mobbingi tam olarak karşılamadığı düşüncesindeyiz.

nin son fiil tarihine göre belirlenmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

Mevcut yasal düzenleme ile çalışanın mobbinge maruz kaldığını açacağı davada ispat etmesi gerekmektedir. Henüz İş Kanunu'nda mobbinge ilişkin doğrudan bir düzenleme olmaması karşısında, iş hukukunca kabul edilen genel ispat vasıtaları bu dava için de geçerli olacaktır. Mağdurun bu türden davranışları alacağı sağlık raporunda mobbing fiili ile yakalandığı hastalığın illiyet bağının kurulmuş olması, çok zor olmakla birlikte tanık anlatımları ile mobbingin varlığını ispat etmesi gerekmektedir. Mobbinge ilişkin İş Kanunu'nda bir düzenleme yapılması durumunda ispat külfetinin de mağdur lehine (ispat zorlukları karşısında) düzenlenmesi yerinde olacaktır. Nitekim Belçika iş hukukunda mobbing iddiasında bulunan işçiye karşı kanun, mobbing failine, mobbing uygulamadığını ispat külfeti getirmektedir. Bu düzenleme bizim İş Kanunumuza da uygundur. Bilindiği gibi iş sözleşmesinin geçersiz nedenlerle feshedildiğini iddia eden işçinin, bu iddiasını ispatlaması değil, bilakis 20. madde gereğince işverenin feshin geçerli sebebe dayandığını ispatlaması gerekmektedir. İşçi ancak feshin gerçek sebebinin bir başka sebebe dayandığını (sendikal sebep gibi) iddia etmesi durumunda, iddia eder ise ispat külfeti kendisine geçmektedir (4857 sayılı Kanun 20. madde-Feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür).

Görüldüğü gibi meri kanun tümünü kapsamasına da, birçok yaygın mobbing davranışını kapsayacak düzenlemeye sahiptir. Ancak elbette ki, birçok olumsuzlukları bulunan bir insanlık suçu haline gelmiş psikolojik baskı davranışının gelişmiş ülkelerde olduğu gibi İş

Kanunumuzda ayrıntılı tanımlanması, önlenmesine ilişkin kuralların sıralanması ve müeyyidelerinin düzenlenmesi gereklidir. Kanun koyucu da bu gerçeğin bilincinde olarak henüz yürürlüğe girmemiş olan 6098 sayılı Borçlar Kanunu ile gerekli düzenlemeyi yapmıştır.

B. BORÇLAR KANUNU AÇISINDAN:

01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan ve makale tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanan şeklinin geçerli olduğu Yeni Borçlar Kanunu'nun 417. maddesine göre;

“İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.

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

İşverenin yukarıdaki hükümler dahil, kanuna ve sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmini, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabidir.”

şeklindedir.

Madde mülga Borçlar Kanunu'nun 332. maddesine denk gelmekte olup, 4857 sayılı Kanun'un 77. maddesindeki düzenlemeye paralellik arz eden eski madde:

“İş sahibi, akdin hususi halleri ve işin mahiyeti noktasından hakkaniyet dairesinde kendisinden istenilebileceği derecede çalışmak dolayısıyla maruz kaldığı tehlikelere karşı icabeden tedbirleri ittihaz ve münasip ve sıhhi çalışma mahalleri ile, işçi birlikte ikamet etmekte ise sıhhi yatacak bir yer tedarikine mecburdur.

(Eklenmiş Fıkra Rgt: 09.07.1956 Rg No: 9353 Kanun No: 6763/41)

İş sahibinin yukarıki fıkra hükmüne aykırı hareketi neticesinde işçinin ölmesi halinde onun yardımından mahrum kalanların bu yüzden uğradıkları zararlara karşı istiyebileceklerle-

ri tazminat dahi akde aykırı hareketten doğan tazminat davaları hakkındaki hükümlere tabi olur.”

şeklinde düzenlenmiştir. Görüldüğü gibi 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan yeni Borçlar Kanunu’nda kanun koyucu çağdaş düzenlemelere uygun olarak işverene iş güvenliği önlemlerini alma konusunda sorumluluk yüklerken psikolojik tacizi de açıkça vücut bütünlüğünü tehdit eden bir iş güvenliği meselesi olarak kabul etmiştir.

a) Hükümet Gerekçesi:

Yeni Borçlar Kanunu’nun ilgili maddesinin Hükümet Gerekçesi ise;

“Tasarının üç fıkradan oluşan 416 ncı maddesinde, işçinin kişiliğinin genel olarak korunması düzenlenmektedir.

818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 332 nci maddesinin kenar başlığında kullanılan “4. Tedbirler ve mesai mahalleri” ibaresi, Tasarıda “IV. İşçinin kişiliğinin korunması/1. Genel olarak” şekline dönüştürülmüştür.

Maddenin birinci fıkrasında, işverenin işçinin kişiliğini koruması, kişiliğine saygı göstermesi, sağlığını gözetmesi, işyerinde ahlâka uygun bir düzenin gerçekleşmesini sağlama yükümlülüğü öngörülmektedir. Gerçekten, işverenin, işçinin sağlığını korumak amacıyla hastalandığında onu çalışmaya zorlamama, tedavisi için gerekli izinleri verme, gerektiğinde işyerinde acil tedavi imkânlarını sağlama gibi yükümlülükleri söz konusudur. Böylece, işçilerin rahat ve huzur içinde çalışabilecekleri bir ortamın sağlanması amaçlanmıştır. Bunun bir ölçüsü olarak işverenin işyerinde “ahlâka uygun bir düzeni gerçekleştirmekle” yükümlü olduğu kabul edilmiştir. Bu yükümlülüğünün diğer bir görünümünü ise, işverenin, işçilerin cinsel tacize uğramamaları için gerekli önlemleri alması oluşturmaktadır. İşveren, bu amaçla, işçilerin derhâl yardım isteyebilecekleri bir güvenlik sistemi kurma, güvenlik personeli bulundurma gibi, cinsel tacizle karşılaşma tehlikesini ortadan kaldırmaya yönelik uygun önlemleri almakla yükümlüdür.

Maddenin ikinci fıkrasında, işverenin, işçinin yaşam, sağlık ve bedensel bütünlüğünü koru-

mak için gerekli önlemleri alma yükümlülüğü öngörülmektedir. Fıkraya göre, işverenin özellikle iş kazalarına karşı gerekli önlemleri alma yükümlülüğü söz konusudur. “Buna göre işveren, hizmet ilişkisinin ve yapılan işin niteliği göz önünde tutulduğunda, hakkaniyet gereği kendisinden beklenen; deneyimlerin zorunlu kıldığı, teknik açıdan uygulanabilir ve işyerinin özelliklerine uygun olan önlemleri almakla yükümlüdür.” Nitekim, 4857 sayılı İş Kanunu’nun “İşverenlerin ve işçilerin yükümlülükleri” kenar başlıklı 77. maddesinin birinci fıkrasında da benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir.

Maddenin son fıkrasında, işverenin bu önlemleri almaması nedeniyle işçinin ölmesi durumunda işçinin desteğinden yoksun kalanların tazminat alacakları ve işverenin, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tâbi olduğu belirtilmektedir. Fıkroda, sözleşmeye aykırılık nedeniyle tazminat sorumluluğuna ilişkin hükümlere yollama yapılmıştır. Bunun bir sonucu olarak, bu tür zararların giderilmesinde, haksız fiillere ilişkin zamanaşımı süreleri değil, sözleşmeye aykırılık nedeniyle zamanaşımına ilişkin hükümler uygulanacaktır²⁰.

Hükümet gerekçesinde, işçinin kişiliğinin ve sağlığının korunması konusunda düzenlemenin esasen işçiyi gözetim hakkı sınırları içerisinde ve işçinin vücut bütünlüğünün korunması amaçlandığı söylenebilir. Diğer taraftan gerekçede ahlaka uygun bir düzenden bahsedilirken, bu genel anlamda ahlaka uygun bir düzenin mobbingi tam olarak karşılamadığı düşüncesindeyiz. Nitekim adalet komisyonu da bu yöndeki eksikliği fark etmiş ve ahlaka uygun bir düzen ifadesi yerine “dürüstlük ilkesine uygun bir düzen” ifadesinden sonra açıkça psikolojik ve cinsel taciz ifadeleri ile mobbingi tanıdığını ve önlenmesi yükümlülüğünün işverende olduğunu düzenlemiştir.

b) Adalet Komisyonu Değişiklik Gerekçesi:

Komisyon, işçinin sadece sağlığı ile ilgili olarak korunması ve ahlak gibi göreceli bir kavram ile sınırlarının çizilmesini yeterli görmemiş, dürüstlük ilkesi gibi evrensel bir kavram çatısı altında her türlü istismanın engellenmesi gerek-

tiğini ve bunun işverence sağlanması gerektiğine yönelik düzeltme ile Kanun maddesine son halini vermiştir. Komisyon gerekçesi şöyledir:

“Tasarının 416. maddesinin tamamını kapsayan değişiklikle, işçinin onur ve saygı göstermek dahil bütün kişilik değerlerinin korunması yükümlülüğü düzenlenmiş, cinsel tacizin yanında diğer psikolojik tacizler de (mobbing) kişilik değerlerini ihlal eden sebepler katagorisinde sayılmış, yürürlükteki İş Kanunu'nun 77. maddesi ile Borçlar Kanunu'nun konuya ilişkin düzenlemeleri arasında bir bütünlük sağlanmış, hizmet akdinden kaynaklanan sorumluluğun hukuki niteliği konusunda yaşanan tartışmalar, düzenleme ile sona erdirilmiş, sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan ölüme ve vücut bütünlüğünün zedelenmesine veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazminine sözleşmeden doğan sorumluluk hukuku hükümlerinin uygulanacağı kararlaştırılmış ve madde teselsül nedeniyle 417. madde olarak kabul edilmiştir.”

Kabul edilen madde ile hizmet sözleşmesine aykırılıktan kaynaklanan sorumluluğun hakkaniyet veya kusursuz sorumluluk olduğu tartışmasına son verilmiştir.

“Ahlaka uygun bir düzenin gerçekleştirilmesi” ibaresinin metinden çıkarılmasına ilişkin önerge, madde ile ilgili genel bir yapı değişikliğini getiren temel önerenin benimsenmesi eğiliminin ortaya çıkması üzerine geri çekilmiştir²¹.

V. TÜRK YARGISINDA MOBBİNG (YARGI KARARLARINDA MOBBİNG):

Yüksek Mahkeme'nin bugüne kadar yayımlanmış üç adet kararına ulaşılabilmiştir.

a) Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 2007/9154 E., 2008/13307 K. sayılı ve 30.05.2008 tarihli Kararı²²:

Davacı dava dilekçesi ile manevi tazminat talep etmiştir. Davacının aynı zamanda işe iade davası açtığı ve devam ettiği anlaşılmaktadır. Daire kararında gerekçe olmaması nedeniyle ilk derece mahkeme kararı da makaleye alınmıştır.

Davacının nedensiz yere işini yapmamakla suçlanması, yetersiz olarak değerlendirilip aşağılanması, en basit olaylarda dahi yazılı savunma istenerek taciz edilmesi, işten ayrılmaya zorlanması ve duygusal taciz nedeniyle manevi yıpranma için manevi tazminat talep edilmiştir.

Davacıya üstleri tarafından kötü muamele yapıp aşağılanarak psikolojik taciz uygulandığı, verilen haksız disiplin cezaları sonucu TİS' de yapılan düzenlemeye göre de iş akdinin feshi sonucuna kadar varıldığı, dolayısıyla geçimini emeğiyle çalışarak kazanan davacı işçinin maddi ve manevi kayba uğratıldığı kanaatine varılmıştır. Davacının üzüntüsünü bir ölçüde hafifletebilmek amacı ile davacı lehine manevi tazminata hükmedilmiştir.

Dava: Davacı, manevi tazminatın ödetilmesine karar verilmesini istemiştir. Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına alınmıştır. Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi M. Başbayraktar Taşkın tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

Karar: Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine göre, yerinde bulunmayan bütün temyiz itirazlarının reddi ile usul ve kanuna uygun olan hükmün ONANMASINA, aşağıda yazılı temyiz giderinin temyiz edene yükletilmesine, 30.05.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

aa) Ankara 8. İş Mahkemesi Esas: 2006/19, Karar: 2006/625 Tarih: 20.12.2006

“Davacı vekili davalı aleyhine dava açarak, Karadeniz Teknik Üniversitesi Jeoloji Mühendisliği'nden mezun olup 1999 yılında TMMOB jeoloji mühendisleri odasında çalışmaya başlayan davacının sendikali olarak çalışıp işyerinde çalıştığı 7 yıl boyunca görevini başarı ile yerine getirdiğini, 2004 mart ayında oda yönetiminin değişmesiyle yeni yönetimde genel sekreter olarak görev yapan ve davacının amiri durumundaki B.M.D. ile davacı arasında

sebepsiz bir gerginlik yaşanmaya başlandığını, gerek sözlü uygulama gerekse yazılı işlemlerle davacı üzerinde manevi baskı uygulayıp kişilik haklarına saldırdığını davacıya adeta duygusal tacizde bulunduğunu, davacıdan 1,5 yıl boyunca 5 defa yazılı savunma isteyip alınan savunmaların ikisi sonucunda genel sekreter Bahattin Murat D.'nin de üyesi olduğu disiplin kurulu tarafından 2.3.2005 tarihinde uyarı, 23.11.2005 tarihinde de haksız olarak kınama cezası verildiğini, yazılı savunmaları ve ibraz ettikleri delillerde incelendiğinde verilen cezaların haksız olduğunu ayrıca TİS'nin disiplin kurulu uygulamalarına ilişkin ekinde de 1 yıl içinde aynı disiplin suçundan üç kez kınama cezası almış olmanın işten çıkarma nedeni olarak sayılması nedeniyle davacının haksız verilen cezalar nedeniyle işten çıkarılma ihtimalinin mevcut olduğunu verilen cezaların haksız olduğunu belirtmiştir.

Yaşanan olaylar, haksız alınan savunmalar

davacının açtığı davanın yerinde olmadığını TMMOB jeoloji mühendisleri odasının Anayasa ve Özel Kanunlara dayalı olarak kurulup ana yönetmeliğinde yazılı olduğu üzere jeoloji ve jeoloji mühendisleri ile ilgili konularda toplumu bilgilendirmek, kamuoyunu aydınlatmak, ülke yararına gerekli girişimlerde bulunmak ve meslek mensupları arasında koordine ve dayanışmayı sağlamak üzere örgütlenmiş bir anayasal kuruluş olduğunu büro hizmetlerinin yürütülüş sürecinde personelin görev ve sorumlulukları, hizmetin esasları oda yönetim kurulu tarafından genel kurul kararları ve oda danışma kurulu tarafından onanmış dönemsel çalışma raporu çerçevesinde ve günün ihtiyaçlarına paralel olarak düzenlendiğini uygulamanın sendika ve oda arasında imzalanan TİS'ye uygunluk gözetilerek yapıldığını, davacıdan savunma alınmasının çalışma hayatıyla ilgili yasal düzenlemelerde ve TİS'nin ilgili hükümlerinde de yer alan bir işlem olduğunu davacıdan savunma

Mobbing, artık tüm dünyada kabul edilmiş, çalışanı yıldırmaya yönelik her türlü baskı, hakaret ve şiddeti içeren davranışlar bütünüdür.

neticesinde verilen haksız disiplin cezaları ile davacının manevi olarak yıpranıp psikolojik sağlığının bozulduğunu, psikolojik rahatsızlığından dolayı 5 gün rapor alıp ilaç tedavisi uygulandığını, işverenin işçiyi gözetme yükümlülüğü işverenin işçinin kişiliğine saygı gösterme ve işçinin kişiliğini koruma borcunu da içerdiği halde davacının nedensiz yere işini yapmamakla suçlanması, yetersiz olarak değerlendirilip aşağılanması, en basit olaylarda dahi yazılı savunma istenerek taciz edilmesi işveren tarafından şahsi nedenlerle birlikte çalışmak istemediği işçiye psikolojik olarak yıpratıp onu işten ayrılmaya zorlaması iş hayatında yaygın uygulanan bir taktik olduğundan duygusal taciz (mobbing) nedeniyle de davacının manevi yıpranma için fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak şartıyla 5.000 YTL manevi tazminatın da yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsilini talep etmiştir. Davalı vekili cevap dilekçesinde,

istenerek manevi baskı oluşturulmasının söz konusu olmadığını mobbing, (ofis içi psikolojik şiddet) bilinçli bir hareket tarzı olup oda yönetim kurulu merkez büro işleyişi ile ilgili olarak yazılı olarak tebliğ ettiği düzenlemeler yanında çalışma döneminin ilk aylarında tüm büro personelinin katılımı ile, daha sonra ise idari mali ve teknik büro temsilcileri ile düzenli toplantılar yaparak sorunların ve işleyişin ele alındığını davacının da önce büro amiri sonra ise idari büro sorumlusu olarak toplantılara katılıp görüş ve önerilerini sunduğu dikkate alındığında işyerinde davacıya yönelik mobbing (ofis içi psikolojik şiddet ve tacizin) söz konusu olmadığını disiplin cezalarının ise davacının savunmaları alındıktan sonra verildiğini haksız davanın reddine karar verilmesini belirtmiştir. Sosyal-İş Sendikası'nın davaya müdahale talebi kabul edilmiştir.

Dava, disiplin cezalarının kaldırılması ve

Mobbing sadece mağdurda değil, başta işveren ve toplumda olmak üzere birçok alanda olumsuzluklara ve maddi kayıplara sebep olan bir işyeri terörüdür.

İşyerinde duygusal taciz (mobbing) nedeniyle istenen manevi tazminat talebine ilişkindir. Taraflar delillerini bildirmiş, tanıkların beyanları da alınmıştır. Davacıdan son dönemde 5 kez savunma istenmiş, 02.02.2005 tarihinde uyarı, 23.11.2005 tarihinde de kınama cezaları verilmiştir. İlgili TİS ekinde işten çıkarmayı gerektiren koşullar başlığında “Bir yıl içinde aynı disiplin suçundan 3 kez kınama cezası almak” hükmü mevcuttur. Mahkememizce yargılama sürerken, açıklanan koşulun oluşması nedeniyle davacının iş akdi feshedilmiş, davacı işe iade davası açmış, işe iade davası halen devam etmektedir. MK 2. maddesine ilişkin iyiniyet kuralları, 4857 sayılı Yasanın işverenin çalışanlara eşit davranmasına ilişkin olgular birlikte değerlendirildiğinde işverenin işçisini koruma-gözetme sorumluluğunun bulunduğu açıktır. Oysa dava konusu disiplin cezalarının verilmesine neden olan ve davacının kusuru bulunduğu iddia edilen olayların bir kısmında davacının sorumluluğunun olmadığı, bir kısmında ise izinli olduğu dönemlerde yapılması gereken işlerin yerine getirilmemesinden-aksamasından sorumlu tutulduğu görülmüştür.

Davacı, kendisi ile ilgili problem çıkmasını önlemek adına bir alt görevde çalışmayı kabul ederek görevini yerine getirirken, tanık beyanlarından da anlaşılacağı üzere işyerinde amirlerinin uzaktan, yüksek sesle bağırarak, iş yapmasını söylemelerine, telefonla konuşurken, konuşmasına aldırılmadan emir ve görev vermelerine, yüksek sesle bağırarak “sen bu işi beceremiyorsun” gibi sözlü saldırılara, hakaretlere maruz kalmıştır. Kişilik hakları çiğnenmiş, çalışma arkadaşları arasında küçük düşürülmüştür. Bu davranışlar mahkememizce işçiyi yıldırma, psikolojik baskı uygulayıp genellikle de işten ayrılmasını sağlamaya yönelik davranışlar olarak değerlendirilmiştir. Yine tanık

beyanıyla doğrulanan, davacının mesai sonrasında ağlama krizine girmesi, psikolojik tedavi görmesi, rapor alması da bu kanaati kuvvetlendirmektedir. (Mobbing) kavramı, işyerinde bireylere üstleri, eşit düzeyde çalışanlar ya da astları tarafından sistematik biçimde uygulanan her tür kötü muamele, tehdit, şiddet, aşağılama vb., davranışları içermektedir. Toplanan delillerden davacıya üstleri tarafından kötü muamele yapıp aşağılanarak psikolojik taciz uygulandığı, verilen haksız disiplin cezaları sonucu TİS’de yapılan düzenlemeye göre de iş akdinin feshi sonucuna kadar varıldığı dolayısıyla geçimini emeğiyle çalışarak kazanan davacı işçinin maddi ve manevi kayba uğratıldığı kanaatine varılmıştır. Davacının üzüntüsünü bir ölçüde hafifletebilmek amacı ile davacı lehine 1.000,00 YTL manevi tazminata hükmedilerek aşağıdaki şekilde karar verilmiştir...”

Yüksek Mahkemece onanarak kesinleşen mahkeme kararı incelendiğinde, ilk derece mahkemesi tarafından mobbing davranışları tek tek tespit edilmiş, bu konuda tanık ve sağlık raporundan yararlanılmış ve yeterli görülmüştür.

b) Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin 2006/32353 E., 2007/18337 K. sayılı ve 11.06.2007 tarihli Kararı²³:

İlgili Yüksek Mahkeme kararında, davacı işçi dava dilekçesi ile ihbar tazminatı, kıdem tazminatı ve kötü niyet tazminatı talep etmiştir. İlk derece mahkemesi davacının ihbar tazminatı talebini hüküm altına almış, kötü niyet tazminatı talebini reddetmiştir. Yüksek Mahkeme kötü niyet tazminatının hüküm altına alınması gerektiği gerekçesiyle kararı davacı lehine bozmuştur. Kararın gerekçesi şöyledir:

“Davacının sendika işyeri temsilcisi olarak göreviyle ilgili girişimlerde bulunduğu, işvereni Bölge Çalışma Müdürlüğüne şikayet ettiği, bunun üzerine işyeri değiştirilip psikolojik tacize uğradığı anlaşılmaktadır. Mahkemece iş sözleşmesinin disiplin kurulu kararında gösterilen nedenlerle 22.1.2003 tarihinde haksız olarak feshedildiği kabul edilerek kıdem ve ihbar taz-

minatları yönünden hüküm kurulmuştur. Davacının disiplin kurulu kararı gerekçesindeki eylemleri gerçekleştirdiği yolunda davalı delil göstermemiştir. Davacı tanıkları iddiayı doğrulamışlardır. Bu durumda ihbar tazminatının üç katı tutarında kötü niyet tazminatı verilmesi gerekirken sadece ihbar tazminatı ile ilgili hüküm kurulmuştur. İhbar tazminatının iki katı olarak da kötü niyet tazminatına hükmedilmesi gerekirken yazılı şekilde reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”

Yüksek Mahkeme çalışanın işyerinin, değişikliği gerektirecek haklı bir neden olmaması karşısında bu durumun psikolojik baskı sayılması gerektiği yönünde karar vermiştir.

**c) Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin
2008/3122 E., 2008/4922
K. sayılı ve 14.03.2008 tarihli
Kararı²⁴:**

9. Hukuk Dairesi bu kararının gerekçesinde; mobbingin çağdaş hukukun ve doktrininde dile getirdiği bir kavram olduğunu, davacı işçinin mobbing ile ilgili anlattığı vakıaların tutarlılık göstermesi ve kuvvetli emarelerin bulunması gerektiğini belirttikten sonra, kişilik haklarının ve sağlığın saldırıya uğramasının mobbingin varlığı ve kabulünü gerektirdiğini vurgulayarak, iş sözleşmesinin davacı işçi tarafından haklı nedenle feshedildiğini kabul etmiştir. Karara yansıyan maddi vakıalar ise, davacının işyerinde dövülmesi, rapor bitiminde işe geldiğinde huzursuz edildiği ve işçinin istifa etmesidir.

Görüldüğü gibi Yüksek Mahkeme her üç kararında da 1475 s. K. döneminde ve 4857 s. K. döneminde psikolojik taciz (mobbing) tanımlaması yapılmamış olsa da, çağdaş hukuk sisteminde varlığı açıkça kabul edilen mobbingi kabul etmiş ve farklı talepleri (kötü niyet tazminatı, manevi tazminat, haklı feshe dayalı kıdem tazminatı) olan davacıların davasını aynı gerekçeyle kabul etmiştir.

VI. SONUÇ:

Mobbing, artık tüm dünyada kabul edilmiş, çalışanı yıldırmaya yönelik her türlü baskı, hakaret ve şiddeti içeren davranışlar bütünüdür.

Sadece mağdur işçi istifa etmek durumunda kalarak ekonomik olarak zarar görmemektedir. Belki görünen etki budur, ancak mobbing mağduru işçi çoğu zaman sağlığını kaybetmekte ve bu durum işçinin vücut bütünlüğü yanında gereksiz doğan sosyal güvenlik harcamaları ile topluma da zarar vermektedir. Yetişmiş ve eğitilmiş işgücünü kaybeden işveren yeni işe alım ve eğitim masrafları ile karşılaşmanın yanında mağdurun açacağı tazminat davaları nedeniyle yüklü tazminat ve yargılama gideri ödemekle karşı karşıyadır. Özgüvenini ve hatta belki de sağlığını kaybeden mağdur, işsizlik sigortası gibi işsizliği koruyucu fonlara yönelmektedir. Mobbinge şahit olan çalışanlar, bir gün kendilerinin de aynı davranışlara maruz kalacağı yönünde oluşan korkular ile işe bağlılıklarını sorgulayacaklar ve işe olan yoğunlaşmaları azalacaktır. Bu durum dahi işletmenin verimliliğini tek başına olumsuz etkileyecektir. Bu örnekler ve mobbingin artçı etkileri sayılmayacak kadar fazladır. Görüldüğü gibi, mobbing sadece mağdurda değil, başta işveren ve toplumda olmak üzere birçok alanda olumsuzluklara ve maddi kayıplara sebep olan bir işyeri terörüdür. Mevcut yasal düzenlemeler yeterli değildir. Ancak gelinen noktada Borçlar Kanunu ve Yüksek Mahkeme kararlarında açıkça psikolojik tacizin (mobbing) kabul edildiği ve tanımı yapıldığı gözle görülür gelişmelerdir. TBMM içinde kurulan bir komisyonun kadın erkek eşitliği adı altında yasal düzenlemeler konusunda fikir ürettiği ve başvuruları inceleyerek bu olguyu yasalarımıza girmeden 2009 yılından beri kabul ettiği, bunun da pek yakın bir gelecekte İş Yasası'nda mobbinge ilişkin düzenlemeler yapılacağı, başta iş güvenliğine ilişkin maddelerde ve haklı feshe ilişkin maddelerde düzenlemeler yapılarak işverenlerin mobbinge karşı duyarlı davranması sağlanacağı öngörüsündeyiz. Yine mobbingin yasayla düzenlenmesi yanında ispat zorluğu karşısında, mobbingin varlığının iddia edildiği noktada ispat yükünün, mobbing teşkil eden davranışlarda bulunmadığını iddia eden yana bırakılmasına yönelik düzenlemeler yapılması her şeyden önemlidir. Elbette ve mutlaka sosyal güvenlik hukuku alanında da düzenleme-

ler yapılmalı ve mobbing bir meslek hastalığı olarak kabul edilmeli, bu davranışlara maruz kalan kişilere erken emeklilik hakkı verilmedir. Mesele sadece mobbingin tanınmasına ve sonuçlarına yönelik düzenleme yapmak noktasında kalmamalı, işverenleri işyerlerinde mobbingi önlemeye yönelik çalışma yapmaya zorlayacak düzenlemelerin de yapılması şarttır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi mobbingin mağdur ve işveren yanında topluma da uzun vadede maddi ve manevi zararları yüksektir. Maneviyatı yüksek Türk toplumunda psikolojik baskının kişi, ailesi ve sosyal çevre üzerinde etkileri diğer batı toplumlarından yüksek olacaktır. İntihar, boşanma ve sosyal çevreden dışlanma gibi mağduru mobbingin doğrudan etkileri yanında bu yan etkilerinin beklediği tartışmasızdır. O halde mobbingin önlenmesine yönelik tedbirlerin alınması sonuçlarından korunmaya yönelik tedbirlerden çok daha önemlidir.

DİPNOTLAR

- 1 GÜZEL, Ali/ERTAN, Emre, İşyeri sendika temsilcisine yönelik Psikolojik Taciz ve Kötüniyet Tazminatı (Karar İncelemesi), Çalışma ve Toplum, 2008/1, Sayı 16, sf. 152.
- 2 19.03.2011 tarihli 27879 sayı no.lu Resmi Gazete.
- 3 TINAZ, Pınar, Mobbing İşyerinde Psikolojik Taciz, Çalışma ve Toplum, 2006/4, Sayı 11, sf. 19 vd.
- 4 TINAZ, Pınar, Mobbing İşyerinde Psikolojik Taciz, Çalışma ve Toplum, 2006/3, Sayı 10, sf. 11 vd.
- 5 HEİNZ LEYMAN için bkz. ÇÖL, Serap Özen, İşyerinde Psikolojik Şiddet: Hastane Çalışanları Üzerinde Bir Araştırma, Çalışma ve Toplum, 2008/4, Sayı 19, sf. 110 vd.
- 6 HEİNZ LEYMAN için bkz., ÇÖL, Serap Özen, age., sf. 112.
- 7 BAYRAM, Fuat, Türk İş Hukuku Açısından İşyerinde Psikolojik Taciz, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2007, sayı 14, sf. 551 vd.
- 8 TINAZ, Pınar, Mobbing İşyerinde Psikolojik Taciz, Çalışma ve Toplum, 2006/4, Sayı 11, sf. 17 vd.
- 9 ERGİN, Hediye, İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), Prof. Dr.Ali Güzel'e Armağan, Beta Yayınları, İstanbul 2010, sf. 247, 248.
- 10 ERGİN, Hediye, age., sf. 247.
- 11 TINAZ, Pınar, Mobbing: İşyerinde Psikolojik Taciz, Çalışma ve Toplum, 2006/3, Sayı 10, sf. 13-15.
- 12 GÜZEL, Ali/ERTAN, Emre, age., sf. 515.
- 13 ÇÖL, Serap ÖZEN, age., sf. 115.
- 14 ERGİN, Hediye, Almanya'da Genel Eşit Davranma Yasasının

İş Hukukuna İlişkin Hükümleri, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Yıl 2007, Sayı 14, sf. 648 vd.

- 15 TINAZ, Pınar, Mobbing: İşyerinde Psikolojik Taciz, Çalışma ve Toplum, 2006/3, Sayı 10, sf. 16, 17.
- 16 "Kamu kurum ve kuruluşları ile özel sektör işyerlerinde gerçekleşen psikolojik taciz, çalışanların itibarını ve onurunu zedelemekte, verimliliğini azaltmakta ve sağlığını kaybetmesine neden olarak çalışma hayatını olumsuz etkilemektedir. Kasıtlı ve sistematik olarak belirli bir süre çalışanın aşağılanması, küçümsenmesi, dışlanması, kişiliğinin ve saygınlığının zedelenmesi, kötü muameleye tabi tutulması, yıldırılması ve benzeri şekillerde ortaya çıkan psikolojik tacizin önlenmesi gerek iş sağlığı ve güvenliği gerekse çalışma barışının geliştirilmesi açısından çok önemlidir. Bu doğrultuda, çalışanların psikolojik tacizden korunması amacıyla aşağıdaki tedbirlerin alınması uygun görülmüştür.
1. İşyerinde psikolojik tacizle mücadele öncelikle işverenin sorumluluğunda olup işverenler çalışanların tacize maruz kalmamaları için gerekli bütün önlemleri alacaktır.
2. Bütün çalışanlar psikolojik taciz olarak değerlendirilebilecek her türlü eylem ve davranışlardan uzak duracaklardır.
3. Toplu iş sözleşmelerine işyerinde psikolojik taciz vakalarının yaşanmaması için önleyici nitelikte hükümler konulmasına özen gösterilecektir.
4. Psikolojik tacizle mücadeleyi güçlendirmek üzere Çalışma ve Sosyal Güvenlik İletişim Merkezi, ALO 170 üzerinden psikologlar vasıtasıyla çalışanlara yardım ve destek sağlanacaktır.
5. Çalışanların uğradığı psikolojik taciz olaylarını izlemek, değerlendirmek ve önleyici politikalar üretmek üzere Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı bünyesinde Devlet Personel Başkanlığı, sivil toplum kuruluşları ve ilgili tarafların katılımıyla "Psikolojik Tacizle Mücadele Kurulu" kurulacaktır.
6. Denetim elemanları, psikolojik taciz şikâyetlerini titizlikle inceleyip en kısa sürede sonuçlandıracaktır.
7. Psikolojik taciz iddialarıyla ilgili yürütülen iş ve işlemlerde kişilerin özel yaşamlarının korunmasına azami özen gösterilecektir.
8. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Devlet Personel Başkanlığı ve sosyal taraflar, işyerlerinde psikolojik tacize yönelik farkındalık yaratmak amacıyla eğitim ve bilgilendirme toplantıları ile seminerler düzenleyeceklerdir."
- 17 http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/docs/faaliyet_raporu_23d4y.pdf
- 18 http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=89268
- 19 ŞAKAR, Müjdat, Genel Gereçekleriyle Notlu İş Hukuku Mevzuatı, Beta Yayınları, 9.Bası, sf. 78-79.
- 20 BAŞÖZ, Lütfü/ÇAKMAKÇI, Ramazan, Türk Borçlar Kanunu, Legal Yayınları, sf. 534 vd.
- 21 BAŞÖZ, Lütfü/ÇAKMAKÇI, Ramazan, sf. 536.
- 22 Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı, sürüm 5.7.1.
- 23 Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı, sürüm 5.7.1.
- 24 ERGİN, Hediye, age, sf. 262.

Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Gazetecinin Ücretinin Zamanında Ödenmemesinin Sonuçları

T.C. YARGITAY

9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2007/14130

Karar No : 2008/8314

Tarihi : 14.04.2008

DAVA

Davacı, kıdem tazminatı ile yıllık ücretli izin, fazla mesai ve Ulusal Bayram, genel tatil çalışmaları karşılığı ücret alacaklarının tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

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

KARAR

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

2. Davalı işyerinde spor sayfa sekreteri olarak çalışan davacı, ücretlerinin zamanında ödenmediğini, fazla mesai yaptığını, tatillerde çalıştığını, bu çalışmaları karşılığı ücretlerin de zamanında ödenmediğini, iş sözleşmesini haklı nedenle feshettiğini belirterek ayrıca kıdem tazminatı isteğinde bulunmuştur.

Mahkemece, davalı işveren tarafından davalının ücretinin ihtardan sonra, 02.10.2003 tarihinde yatırıldığı, ücretinin geç ödendiği, fazla mesai ücretlerinin ödenmediği, iş sözleşmesinin feshinin haklı nedene dayandığı, istifa iradesi olmadığı, kıdem tazminatına hak kazandığı kabul edilmiştir.

Davacının faaliyet alanı basın ve yayıncılık olan davalı işyerinde, spor sayfa sekreteri olarak çalıştığı, bir nevi fikir ve sanat işi yaptığı ve 5953 sayılı yasanın 1. maddesi uyarınca gazeteci olduğu tartışmasızdır. Basın İş Kanununa tabi çalışanların ücretlerinin yasanın 14. maddesi uyarınca her ay peşin ödeneceği, vaktinde ödenmediği takdirde geçecek her gün için % 5 fazlası ile ödenmesinin zorunlu olduğu açıkça düzenlenmiştir. Somut uyuşmazlıkta davacının Eylül 2003 ayı ücretinin peşin ödenmediği, davacının ödenmesi için ihtar çektiği ve ihtarnamenin tebliği ve iş sözleşmesinin feshedildiğinin kabul edildiği 01.10.2003 tarihinden sonra işveren tarafından ödendiği anlaşılmaktadır. Bunun dışında davacı Basın Çalışanının fazla mesai yaptığı, tatillerde de çalıştığı ancak ücretlerinin ödenmediği de sabit olmuştur.

5393 sayılı Basın İş Kanunu'nun 7. maddesinde "gazetecinin ihbar önceli vererek her zaman iş sözleşmesini feshedebileceği" belirtilirken, 11/1 maddesinde ise işçinin ihbar önceli beklemeksizin ancak, "Bir mevketenin veche ve karakterinde gazeteci için şeref veya şöhretini veya umumiyetle manevi menfaatlerini ihlal edici bir vaziyet ihdas edecek şekilde bariz bir değişiklik vukuu halinde" iş sözleşmesini feshedebileceği, bu maddenin 2. fıkrasında da tazminata hak kazanacağı düzenlenmiştir. Basın İş Kanunu'nda, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 24. maddesindeki gibi ücretlerin zamanında ödenmemesi nedeni ile işçinin bildirimsiz iş sözleşmesini fesih hakkı ve kıdem tazminatına hak kazanacağı yönünde bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu yönde yasada açık bir boşluktan söz edilebilir. Zira açık boşluk, düzenlemenin amacına ve temel düşüncelerine göre cevap verilmesi gereken bir soruna kanunun cevap vermemesi olarak tanımlanmaktadır. Somut uyuşmazlığa kanunun ne lafzına, ne de onun yorumu ile elde edilen içeriğine olumlu veya olumsuz herhangi bir çözüm getiren kurala rastlanmazsa, bu durumda açık boşluk var-

dır. (KIRCA, Ç, Örtülü Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi 2007. Sayı: 1, s:94)

Karşı görüş olarak Basın İş Kanunu kapsamındaki gazetecinin ücretlerinin zamanında ödenmemesi nedeni ile kanunun 14. maddesinde geçecek her gün için % 5 fazla ödeme öngörüldüğü, gazetecinin bu hükümden yararlandığı, bu nedenle açık bir boşluktan söz edilemeyeceği belirtilebilir. Ancak günlük % 5 fazla ödeme ile ilgili düzenleme Yargıtay'ın kararlılık kazanan uygulaması gereği Borçlar Kanunu'nun 43 ve 44. maddeleri uyarınca çok büyük oranda takdiri indirime tabi tutulmakta ve bir nevi bu düzenlemede de "örtülü (gizli) boşluk" kabul etmektedir. Örtülü boşluk, kanunun çok geniş kapsamlı, gerekli istisnalara yer vermemiş olan kelime anlamının, kanunun amacı ve negatif eşitlik ilkesi (eşit olmayana eşit şekilde davranmama) esas alındığında bir sınırlandırmayı gerektirmesi durumunda ortaya çıkan boşluk olarak tanımlanmaktadır. Örtülü boşluk durumunda, kanunda somut olaya uygulanması mümkün bir kuralın açıkça düzenlenmiş olduğu görülmektedir, ancak kanunun amacı ve ruhu esas alındığında, düzenleme somut olaya uygun bulunmamaktadır. (KIRCA, Ç, s:96) Basın İş Kanunu'ndaki % 5 fazla ödeme, kanunun amacı ve ruhu esas alındığında, negatif eşitlik ilkesine aykırı bulunduğu için örtülü boşluk kabul edilerek ve bu boşluk amaca uygun sınırlama ile doldurularak Borçlar Kanunu'nun 43 ve 44. maddeleri uyarınca bir indirime tabi tutulmaktadır.

Yukarda açıklandığı gibi, Basın İş Kanunu'nda ücretlerin zamanında ödenmemesi nedeni ile fesih hakkının kullanılabilmesi yönünde yasada açık boşluk, günlük % 5 fazla ödeme yapılacağı yönünde ise bir örtülü boşluk bulunmaktadır. Örtülü boşluk Yargıtay'ın yerleşik uygulaması ile Borçlar Kanunu'nun 43 ve 44. maddeleri uyarınca bir sınırlamaya tabi tutularak giderilmektedir. Ancak bu giderilirken, iş sözleşmesinin

temel unsurlarından biri olan ücretin ödenmemesi halinde, fesih hakkının tanınmaması, yeni bir eşitsizlik durumu yaratacaktır. Basın İş Kanunu'nun 11/1 maddesindeki hallerin sınırlı olmadığı ve ücreti ödenmeyen işverenin bu tutumunun kanuna ve sözleşmeye aykırı olduğu, bu durumun da kusur sayılması gerektiği öğretisi de ileri sürülmektedir (Akyiğit, E. Ücretin Zamanında Ödenmemesi Gazeteciye Akdi Fesih İmkânı Verir mi? Yargı Dünyası, Mart 2002, Sayı: 75, Sayfa:23). Sözleşmeye aykırı davranış sonucu meydana gelen eşitsizliğin ve fesih hakkı yönünden açık boşluğun giderilmesi gerekir. Açık boşlukların doldurulmasında öncelikle somut olaya uygulanacak kuralın tespiti için yorum yapılmalı ve kıyas yoluna başvurulmalıdır. (KIRCA, Ç, s:97).

İşverenin ücret ödeme, işçiyi koruyup gözetme, eşit davranma borcu gibi borçları, iş sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Borçlar Kanunu'nun 344. maddesinde "işçinin muhik sebeplerin bulunması halinde ihbar olmaksızın iş sözleşmesini feshedebileceği, akti icra etmemekte haklı gösteren her halin muhik sebep olduğu, aynı yasanın 345. maddesi uyarınca da, muhik sebepler bir tarafın akte riayet etmemesinden ibaret olduğu takdirde bu tarafın diğer tarafa, onun akit ile müstahak iken mahrum kaldığı fer'i menfaatlerde nazara alınmak üzere tam bir tazminat itasıyla mükellef olacağı" açıkça düzenlenmiştir. Borçlar Kanunu, Genel Kanun'dur. Bu kanun ile Basın İş Kanunu arasında genel-özel kanun ilişkisi olduğu açıktır. Özel kanunda düzenleme olmaması halinde, genel kanun hükümlerinin uygulanması gerektiği tartışmasızdır. Ücretin zamanında ödenmemesi iş sözleşmesinin açıkça ihlali ve muhik bir nedendir. Kanununda ücretin özel bir biçimde korunması ve geç ödenmesinden dolayı günlük % 5 fazla ödeme öngörülmesi, muhik nedenle fesih olanağını ortadan kaldırmaz. Ayrıca yukarıda açıklandığı gibi, açık boşluk halinde somut olaya uygulanacak kuralın tespiti için yorum

yapıldığında ve kıyas yoluna başvurulduğunda, öncelikle 4857 sayılı İş Kanunu'nun 24/II,e maddesinin kıyasen uygulanması yerinde olacaktır. Basın İş Kanunu'na tabi çalışan işçinin ücretinin zamanında ödenmemesi nedeni ile iş sözleşmesini bildirim-siz feshinde belirtilen hükümler nedeni ile kıdem tazminatına hak kazandığının kabulü gerekir. Mahkemece haklı nedenle basın işçisinin iş sözleşmesini feshettiği ve kıdem tazminatına hak kazanması gerektiği yönündeki gerekçesi açıklanan hukuksal olgular nedeni ile doğru bulunmuştur.

Ancak Basın İş Kanunu'nun 6. maddesi uyarınca, gazetecinin kıdem tazminatına hak kazanması için meslekte en az beş yıllık kıdeminin olması gerekir. Ancak, bir defa 5 yıllık kıdem kazanılması durumunda her bir işveren yanında yeni bir 5 yıl kıdem şartı aranmaz. Gazetecinin meslek kıdemi, gazetecinin meslekte geçirdiği toplam süreyi ifade eder. Kıdem tazminatı ve yıllık izin bakımından meslek kıdemi, gazetecinin gazetecilik mesleğine ilk girişinden itibaren geçerli olmaktadır. Gazetecinin meslek kıdemini belirlemede, Başbakanlık Basın Yayın Enformasyon Genel Müdürlüğü'nün kayıtları ile 9. madde uyarınca işvereni verdiği beyannamedeki bilgilerin işlendiği sicil kayıtları esas alınır. Ancak gazetecinin meslek kıdemini daha önce başladığını her türlü yazılı belge ile kanıtlayabilmesi gerekir. Gazeteci ile işveren arasında yazılı bir sözleşme yapılmamış olması ya da işe başladığının ilgili kurumlara bildirilmemesi hallerinde dahi, meslek kıdemini her türlü delille ispatı mümkündür.

5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştırılanlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanunun 6. maddesinin 8. fıkrasında, bir defa kıdem tazminatı alan gazetecinin kıdemini yeni işe giriş tarihinden itibaren hesaplanacağı kuralı mevcuttur. Anılan hüküm, uygulamada gazetecinin kıdemini sıfırlanması olarak bilirse de, en az 5 yıllık meslek kıdemini sıfırlanması söz ko-

nusu olmaz. Bahsi geçen düzenleme, gazetecinin aynı dönem için birden fazla kıdem tazminatı almamasını öngörmektedir.

Somut uyuşmazlıkta, davacının davalı işyerinde 08.02.1999-01.10.2003 tarihleri arasında çalıştığı ve işyerindeki hizmetinin 5 yıldan az olduğu, ancak davacının sicil kaydına göre daha önce başka işyerlerinden çalışmalarının olduğu anlaşılmaktadır. Davacının meslekte beş yıl kıdemini olup olmadığı ve davalı yanında geçen hizmeti nedeni ile kıdem tazminatına hak kazanıp kazanmadığının belirlenmesi için, davalı işyerinden önce basın iş kanunu kapsamında çalışıp çalışmadığı ve toplam basın iş kanunu kapsamındaki hizmetinin toplam beş yılı doldurup doldurmadığının araştırılması gerekir. Mahkemece davacının meslekte beş yıllık kıdemi belirlenmeden kıdem tazminatına karar verilmesi hatalıdır.

3. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda, davacının haftalık 15 saatlik fazla mesaisinin 3 saatinin saat 24.00 sonra olduğu ve % 100 zamlı ödenmesi gerektiği belirtilerek hesaplama yapılmıştır. Ancak işveren tarafından ibraz edilen son bir aylık puantaj kayıtlarında davacının işyerinde saat 24.00'ten sonra çalışmasının olmadığı anlaşılmaktadır. Kayıt sunulduğunda bunlara değer verilmesi gerekir. Bu nedenle davacının tüm çalışma süresine göre işyerinden puantaj kayıtları istenmeli, bu kayıtlara göre davacının haftalık fazla çalışma ve ulusal bayram genel tatillerdeki çalışmaları belirlenmeli, hak kazanacağı bu çalışmalara karşılık alacaklar hesaplanmalı ve hüküm altına alınmalıdır.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 14.04.2008 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Davacı davalı yanında 5953 Sayılı Basın İş

Yasasına tabi olarak çalıştığı ücret ödemelerinin zamanında yapılmadığı, Eylül 2003 maaşını da hiç ödemediğini bu nedenle İstanbul 25. Noterliğinin 14.10.2003 tarih ve 28828 yevmiye nolu ihtarnamesiyle durumu işverene bildirip iş akdini tek tarafı olarak haklı nedenle feshederek kıdem tazminatı ve bir kısım işçilik alacaklarının tahsilini talep etmiştir.

Davalı işveren davacının iş akdini kendisi istifa ederek sona erdirdiğini, kıdem-ihbar tazminatına hak kazanmadığını davalıdan her hangi bir alacağı bulunmadığını belirtip davanın reddini istemiştir.

Mahkemece; davacının iş akdini haklı nedenle feshettiği kabul edilerek kıdem tazminatı talep gibi diğer işçilik alacakları da kısmen hüküm altına alınmıştır.

Davalı tarafın temyizi üzerine özel dairece yerel mahkeme kararı "davacının davalı işyerinde 08.02.1999-01.10.2003 tarihleri arasında çalıştığı ve işyerindeki hizmetinin 5 yıldan az olduğu, ancak davacının sicil kaydına göre daha önce başka işyerlerinden çalışmalarının olduğu anlaşılmaktadır. Davacının meslekte beş yıl kıdemini olup olmadığı ve davalı yanında geçen hizmeti nedeni ile kıdem tazminatına hak kazanıp kazanmadığının belirlenmesi için, davalı işyerinden önce basın iş kanunu kapsamında çalışıp çalışmadığı ve toplam basın iş kanunu kapsamındaki hizmetinin toplam beş yılı doldurup doldurmadığının araştırılması gerekir. Mahkemece davacının meslekte beş yıllık kıdemi belirlenmeden kıdem tazminatına karar verilmesi hatalıdır.

3. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda, davacının haftalık 15 saatlik fazla mesaisinin 3 saatinin saat 24:00'ten sonra olduğu ve % 100 zamlı ödenmesi gerektiği belirtilerek hesaplama yapılmıştır. Ancak işveren tarafından ibraz edilen son bir aylık puantaj kayıtlarında davacının işyerinde saat 24.00'ten sonra çalışmasının olmadığı anlaşılmaktadır. Kayıt sunulduğunda bunlara değer verilmesi gerekir. Bu nedenle davacının tüm çalışma süresine göre, işyerinden puantaj kayıtları

istenmeli, bu kayıtlara göre davacının haf-talık fazla çalışma ve ulusal bayram, genel tatillerdeki çalışmaları belirlenmeli, hak ka-zanacağı bu çalışmalara karşılık alacaklar hesaplanmalı ve hüküm altına alınmalıdır.” gerekçesiyle oy çokluğu ile bozulmuştur.

Çoğunluk kararı ile azınlık görüşü ora-nındaki uyuşmazlık davacının işyerinden ücretlerinin zamanında düzenli olarak ve son aylık ücretinin de ödenmemesi nede-niyle sözleşmeyi feshedip, kıdem tazminatı talep hakkı olup olmadığı noktasında top-lanmaktadır.

Davacının faaliyet alanı basın ve yayıncı-lık olan davalı işyerinde, spor sayfa sekreteri olarak çalıştığı, yaptığı işin 5953 sayılı yasa-nın 1. maddesi kapsamında olduğu çekiş-mesizdir.

5953 Sayılı Basın İş Yasasında gerek ön-ceki 1475 Sayılı Yasanın 16. maddesi gerek-se yürürlükteki 4857 sayılı İş Yasasının 24/II-e maddesinde belirtildiği gibi ücretlerinin zamanında ödenmemesinin işçiye haklı fe-sih hakkı vereceği şeklinde bir düzenleme yoktur.

5953 Sayılı Yasada ücretin zamanında ödenmemesinin neticeleri aynı yasanın 14/2. maddesinde “ Gazetecilere ücretlerini zama-nında ödemeyen işverenler, bu ücretleri, her gün için % 5 fazlasıyla ödemeye mecburdur-

lar.” şeklinde düzenlemeye yer vermiştir.

Aynı şekilde 5953 Sayılı Yasanın 11. mad-desi bu kanuna göre çalışanın hangi durum-da (haklı nedenle) feshi hakkı olduğunu dü-zenlemiştir.

Buna göre “Bir mevkutenin veche ve ka-rekterinde gazeteci için şeref ve şöhretini veyahut umumiyetle manevi menfaatlerini ihlal edici bir vaziyet ihdar edecek şekilde bariz bir değişiklik vukuu halinde” gazeteci akdi derhal feshedip kıdem tazminatı talep edebilecektir.

Madde metninden de anlaşıldığı gibi dü-zenleme çok dar tutulmuştur. Yasada yer almayan ücretin zamanında ödenmemesi hususu işçiye haklı fesih hakkı verip kıdem tazminatı almasına olanak yoktur.

Yüksek Y.HGK.nun 16.05.2001 gün 2001/9-417 E 2001/419 K, Yargıtay 9.H.D. 28.06.2007/34521 E, 2007/ 21159 K, Yargı-tay 9. H.D. 24.02.2003/11580 E, 2004/3119 K Sayılı kararları da aynı görüş ve doğrul-tudadır.

Davacının kıdem tazminat talebini kabu-lü şeklinde hüküm altına alan yerel mahke-me kararının yukarıda açıklanan nedenlerle reddine yönünde karar verilmek üzere kesin olarak Bozulması doğrultusunda karar veril-mesi gerekirken dairenin araştırmaya yöne-lik bozma düşüncesine katılamıyorum.

1. DEĞERLENDİRME

1. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin yukarıda yer alan kararında gazetecinin ücretinin işveren tarafından ödenmemesinin hukuki sonuçları kapsamlı olarak ele alınmıştır. Kararda üzerinde durulması gereken temel sorun ise, gazetecinin ücretinin ödenmemesinin ona iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkı verip vermediğidir. Aşağıdaki değerlendirmede öncelikle ücretin ödeme zamanında ödenmemesi halinde uygulanması gereken günlük yüzde beş fazla öde-meye ve ardından ücretin ödenmemesinin işçi açısından haklı bir fesih nedeni olup olmadığı sorununa değinilecektir. Gazetecinin kıdem

tazminatına hak kazanabilmesi gereken süre konusuna ise ana hatlarıyla temas edilecektir.

2. Basın İş Kanunu'nun 1. maddesinde ga-zeteci kavramı şu şekilde tanımlanmıştır: “Bu Kanun hükümleri, Türkiye’de yayınlanan gaze-te ve mevkutelerde haber ve fotoğraf ajansla-rında her türlü fikir ve sanat işlerinde çalışan ve İş Kanunu’ndaki “işçi” tarifi şümulü haricinde kalan kimselerle bunların işverenleri hakkında uygulanır. Bu kanunun şümulüne giren fikir ve sanat işlerinde ücret karşılığı çalışanlara gaze-teci denir”. Bu hüküm ile gazeteci kavramının tanımının yanı sıra Basın İş Kanunu'nun kapsa-mı da belirlenmiştir¹.

Basın İş Kanunu'nun yukarıdaki tanımı esas alındığı takdirde bir gazetede spor sayfa sekreteri olarak çalışan davacının Basın İş Kanunu hükümleri karşısında gazeteci niteliği taşıdığı ve hakkında Basın İş Kanunu hükümleri uygulanacağı tartışmasıdır.

3. Ücret ödemesi niteliği itibariyle dönemsel (periyodik) bir ödemedir. Gazetecilerin ücretleri her ay peşin ödenir (Basın İşK. 14/1)². Bu yön basın işçilerini diğer işçilerden ayıran önemli bir özelliktir. Hüküm niteliği bakımından emredicidir³. Ücretin her ay peşin ödeneceğine ilişkin düzenlemenin aksine sözleşme hükmü geçersizdir⁴. Bu nedenle ücretin gazetecinin çalışmasından sonra ödeneceği veya ücretin bir aydan daha kısa ya da uzun sürede ödeneceği sözleşme ile kararlaştırılamaz⁵.

Ücretin peşin ödeneceğine ilişkin düzenleme asıl ücret için geçerlidir. Gazeteci, basın iş sözleşmesine aykırı olmamak koşuluyla, işveren tarafından verilen işler veya sipariş edilen veya yayınlanması kabul edilen yazılar için ayrıca ücrete hak kazanabilmektedir (Basın İşK. 15/1). Gazetecinin bu ek işler için kararlaştırılan ücretin peşin ödenmesinin zorunlu olup olmadığına ilişkin Kanun'da hüküm yoktur. Öğretide ek işe ait ücretin kural olarak söz konusu ek iş yapıldıktan sonra ödenmesi gerektiği, ancak tarafların istedikleri takdirde peşin ödenimin yapılacağını kararlaştırabilecekleri ileri sürülmektedir⁶. Fazla çalışma ücretinin ise fazla çalışma yaptıktan sonra ödenmesi gerekir⁷.

Hükümde geçen ay ifadesini takvim ayı olarak anlamak gerekir. Bu nedenle gazetecinin işe başladığı tarihten itibaren takip eden ayın aynı günü arasında geçen süre bir ay olarak kabul edilmelidir⁸. Gazetecinin ücretini peşin alması nedeniyle, işe başladığı gün ücreti ödenmelidir.

Ücretin işgününde ödenmesi gerekir. Eğer ödeme günü tatil gününe rastlarsa, ödeme tatili izleyen ilk işgününde yapılır⁹.

a) Ücretin Ödenmediği Her Gün İçin Yüzde Beş Fazla Ödeme

Gazetecilere ücretlerini zamanında ödemeyen işverenler, bu ücretleri, geçecek her gün için yüzde beş fazlasıyla ödemek zorundadırlar

(Basın İşK. 14/2)¹⁰. Bunun gibi, fazla çalışma ücretleri de gününde ödenmemesi halinde, her geçen gün için yüzde beş fazlasıyla ödenir (Basın İşK. ek m. 1/8). Ancak ücret ve fazla çalışma ücreti dışında kalan diğer ücret eklerinin ödeme gününde ödenmemesi halinde yüzde beş fazla ödemeye ilişkin hüküm uygulanmaz¹¹. Bu nedenle ihbar tazminatı, kıdem tazminatı, ikramiye ve sözleşme ya da kanun ile belirlenmiş ücret ekleri hakkında anılan hüküm uygulama alanı bulmaz¹². Ancak hafta tatili ücreti, yıllık izin ücreti, askerlik süresince ödenmesi gereken ücret¹³, mahkûmiyet halinde ücret, yayının durdurulması halinde ücret¹⁴, gebelik döneminde ödenen ücret bir ücret eki değildirler ve bu ücretler hakkında da yüzde beş fazla ödemeye ilişkin hüküm uygulanmalıdır¹⁵.

Ücretin ödenmediği her gün için yüzde beş fazla ödemeye ilişkin hüküm diğer İş Kanunlarında yer almayan ve gazetecilere ayrıcalık sağlayan önemli bir düzenlemedir. Hüküm ile öncelikle gazetecinin ücretinin ve dolaylı olarak basın özgürlüğünün korunması amaçlanmıştır.

Maddede öngörülen yüzde beş fazla ödenimin hukuki niteliği konusunda görüş birliği yoktur. Öğretide yüzde beş fazla ödemenin cezai şart¹⁶, gecikme zammı¹⁷ ve kamu düzenine ilişkin ödeme olduğu¹⁸ görüşleri ileri sürülmüştür.

Bizim de katıldığımız görüşe göre ise, yüzde beş fazla ödeme niteliği itibariyle gecikme faizidir¹⁹. Gecikme faizi, para borcunda borçlunun gecikmesi halinde ödenmesi gereken faizdir²⁰. Alacaklının gecikme faizi talep edebilmesi için borçlunun temerrüde düşmesinde kusurunun bulunması ve alacaklının zarara uğramış olması koşulu aranmaz. Kısacası gecikme faizi, borçlunun kusurundan veya alacaklının zararından soyut, alacaklının varsayımsal zararını asgari oranda gidermeye yönelik maktu ve götürü bir tazminattır²¹. Bu görüşe göre yüzde beş fazla ödeme niteliği itibariyle bir faiz olması nedeniyle yüzde beş fazla ödemeye ayrıca faiz uygulanmaz ve BK.44 ve BK.161/3 uyarınca bir indirim yapılamaz²².

Yargıtay'a göre yüzde beş fazla ödeme hükümü nitelik itibariyle ne faiz, ne cezai şart, ne de tazminat olup bir kamu düzeni hükmüdür²³.

Ancak Yargıtay bazı kararlarında bu ödemeyi cezai şart olarak nitelemiştir²⁴. Yargıtay bir başka kararında yüzde beş fazla ödemenin faiz olmadığını açıkça belirtmiştir²⁵. Bununla birlikte Yüksek Mahkeme'nin bu ödemeyi gecikme faizi olarak nitelediği kararları da vardır²⁶. Yargıtay Basın İş Kanunu'ndaki benzer bir düzenleme olan Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nda öngörülen günlük yüzde bir fazla ödemeyi tazminat olarak nitelendirmiştir²⁷. Görüldüğü üzere, Yargıtay ücretin zamanında ödenmemesine bağlı olarak günlük yüzde beş fazla ödemeye ilişkin hükmün niteliği konusunda kesin görüş oluşturabilmiş değildir.

Yargıtay kararında da belirtildiği üzere, yüzde beş fazla ödemeye ilişkin ödeme bir cezai şart değildir. Cezai şart borçlunun alacaklıya karşı mevcut bir borcu hiç veya gereği gibi ifa edememesi halinde ödemeyi vaat ettiği ve hukuki işlem ile belirlenmiş ekonomik değeri olan bir edimdir²⁸. Tanımda da belirtildiği gibi, cezai şartın hukuki bir işlemle belirlenmesi gerekir. Borca aykırılık halinde ödenmesi gereken edimin taraflarca değil, kanunun belirlediği olduğu hallerde cezai şarttan söz edilemez²⁹. Oysa yüzde beş fazla ödeme Kanun'la belirlenmiş olan bir yaptırımdır. Bu nedenle cezai şart olarak nitelendirilmesi mümkün değildir³⁰. Yargıtay'ın bu ödemenin tazminat olarak kabul edilemeyeceğini ilişkin görüşü de yerindedir. Gerçekten tazminat bir zararın giderilmesine yönelik ödemedir. Tazminat haksız fiil veya sözleşme koşullarına uymama sonucunda meydana gelen zararın karşılığıdır. Kusurlu bir davranış sonucunda zarara sebebiyet veren kişinin bundan sorumlu tutulabilmesi için öncelikle bir zararın doğmuş olması gerekir. Tazminat talep eden kusurlu eylemi, zararını ve zarar ile kusurlu eylem arasındaki illiyet bağıını ispat etmesi gerekir³¹. Oysa ücreti geç ödenen gazeteci yüzde beş fazla ödemeye hak kazanabilmesi için işverenin kusurunu ve zarara uğradığını ispatlamasına gerek yoktur³².

Yüzde beş fazla ödemeye ilişkin düzenlemenin kamu düzenine ilişkin bir hüküm olması nedeniyle aksine sözleşme yapılamaz. Başka bir ifade ile yüzde beş fazla ödemeye ilişkin hüküm sözleşmelerle kaldırılamaz veya bu oran

düşürülemez³³. Ancak yüzde beşten daha yüksek bir oranın sözleşmeler ile kararlaştırılması ise mümkündür. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'na göre, "Gerçekten sözü edilen 14/2. madde bağlayıcı nitelikte ve kamu düzenine ilişkin bir hükümdür. Bu niteliği ile anılan hükmün öngördüğü yüzde beş fazla ödeme parasının azaltılması veya kaldırılmasını hedef tutan sözleşmeler geçerli değildir. Geçersiz olan bu yoldaki hüküm yerine kanun hükmü uygulanmalıdır. Bunun için, gazetecinin aylık ücretini vaktinde ödemeyen işveren kural olarak bu ücreti yüzde beş fazlası ile ödemek zorundadır"³⁴.

Gazetecinin ücretinin her ay peşin olarak ödeneceğine ilişkin düzenlemenin sonucu olarak gecikme de ücretin ait olduğu aybaşından itibaren başlar³⁵.

Gazetecinin yüzde beş fazla ödeme isteyebilmesi için ayrıca işverenin temerrüde düşürülmesi gerekmez³⁶. Ücret ödeme gününün tatil gününe denk gelmesi ve ödemenin tatili izleyen gün yapılması ücret ödemesinin geciktirilerek yapıldığı anlamını taşımaz ve yüzde beş fazla ödeme talep hakkı doğmaz³⁷. Yargıtay'a göre gazeteci, gazetede yazısından dolayı hürriyeti bağlayıcı ceza aldığını belgeleyerek işverene başvurmadığı sürece işverenin temerrüdünden söz edilemez³⁸.

Gazetecinin geciken ödemeyi ihtirazi kayıt koymadan kabul etmiş olması geciken günler için yüzde beş fazla ödeme istemesine engel olmaz³⁹.

Yargıtay, 24.12.1973 tarihli içtihadı birleştirme kararında⁴⁰, Basın İş Kanunu ile getirilen yüzde beş zamlı ücret ödeme hükmünün işverenin kusurlu bir davranışı ile ücretini ödemekte gecikmesi, gazetecinin de buna karşılık ücret ödeme süresinin uzamasına kendi kusurlu davranışıyla sebebiyet vermemiş olması halinde tam olarak uygulanabileceğine, bu bakımdan her gün için yüzde beş zamlı ücret miktarının belirlenmesinde koşulların gerçekleşmiş olması halinde kıyas yoluyla BK. 44 hükmünün uygulanması gerektiğine hükmetmiştir⁴¹. Yargıtay birçok olayda gazetecinin ödenmemiş olan ücretini uzun süre talep etmemiş olmasını kusur olarak kabul etmiştir ve hesaplanan miktardan yüzde seksene varan oranda indirim yapılma-

sına karar vermiştir⁴². Yüksek Mahkeme, yerel mahkemenin kararında BK. 44 gereğince indirim yapılmasının gerekip gerekmediğinin tartışılmamış olmasını bozma sebebi olarak görmektedir⁴³.

Haksız fiil sorumluluğunda uygulama alanı bulan BK. 44 hükmünün Basın İş Kanunu'ndan doğan emredici bir düzenleme hakkında kıyasen uygulanması öğretide eleştirilmiştir⁴⁴. Eleştiriye katılmayan yazarlara göre, "haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlerin kıyasen akde aykırılık teşkil eden hallere de kıyasen uygulanabileceğine dair BK. 98 hükmü ile hakların doğruluk ve dürüstlük kuralına uygun olarak kullanılmasını öngören MK. 2 hükmü göz önünde tutularak BK. 44 hükmünün bu gibi durumları kapsayan geniş bir uygulama alanına sahip olduğu kabul edilmelidir. Dolayısıyla ücret ödemesinin geciktiği her durum kendi özelliği içinde ayrı ayrı ele alınmalıdır"⁴⁵.

Görüşümüze göre ücretin ödeme zamanında ödenmemesi halinde her gün için öngörülen yüzde beşlik ödeme niteliği itibariyle kanun ile miktarı belirlenmiş bir gecikme faizidir. Gazetecinin gecikme faizine hak kazanması için işvereni ücret hakkında temerrüde düşürmesine gerek yoktur. Bu nedenle gazetecinin kendi kusuru ile ödemeyi geciktirmesi düşünülemez⁴⁶. Ücret ödeme gününün gelmesi ile birlikte işverenin ücret ödeme borcu doğar. Gazetecinin ayrıca her ay ücretini açıkça talep etmesi söz konusu değildir. Gazeteci ödeme gününde ödenmeyen ücretini zamanaşımı süresi içerisinde her zaman talep hakkına sahiptir. Gazetecinin ödemenin gecikmesinden hemen sonra ücretini talep etmek gibi bir zorunluluğu yoktur⁴⁷. Zamanaşımı süresi içerisinde gazetecinin ödemeyi talep etmemiş olması bir kusur değildir. İşverenin ödeme yapmak istemesine rağmen gazetecinin ücretini almaktan kaçınması alacaklı sıfatıyla temerrüt teşkil eder ve bu durumda işverenin yüzde beş fazla ödeme yükümlülüğü söz konusu olmaz. Bunun dışında ücretin zamanında ödenmemesinin hukuki sonuçlarına işveren katlanmak durumundadır. Kaldı ki ödemeyi gecikerek de olsa yaparak temerrüt haline son vermek yine işverenin elindedir. Kısacası Yargıtay'ın BK. 44 hükmüne

dayanarak gecikme zammından indirim yapılmasına ilişkin görüşüne katılmamaktayız. Belirtmek gerekir ki, günlük yüzde beş gecikme faizi de oldukça yüksektir. Yapılacak yasal bir düzenleme ile bu oranın makul ölçüye indirilmesinde yarar bulunmaktadır.

Yargıtay'ın kıyasen uygulanmasını öngördüğü Borçlar Kanunu'nun 44. maddesi, koşulların gerçekleşmesi halinde hâkime tazminat miktarında indirim yapabilme ya da tamamen kaldırma yetkisi veren hükümdür. Bu durumda, hâkimin BK. 44'e göre zarar miktarında indirim yaparken, indirimin gazetecinin zararın artmasına neden olan kusurlu fiili ile orantılı ve hak nesafet kurallarına uygun olmasını gözetmesi gerekir.

Mahkemenin gecikerek yapılan ücret ödemesinde yüzde beş fazla ödemeye hükmedebilmesi için davacının açıkça talebinin gerekli olup olmadığı konusunda öğretide görüş birliği yoktur. Tuncay'a göre, zamanında ödenmeyen ücret alacağı dolayısıyla açılan davada istek olmadıkça mahkemenin kendiliğinden yüzde beş fazlaya hükmetmesi HUMK. 94 hükmüne aykırıdır⁴⁸. Şakar'a göre ise, Yargıtayın yüzde beş fazla ödemenin kamu düzenine ilişkin olduğunu kabul etmesinin sonucu olarak yüzde beş fazlaya hükmetmek için ayrıca talep şartı aranmamalıdır⁴⁹. Bize göre, HUMK. 74'de yer alan "Kanunu Medeni ile muayyen hükümler mahfuz olmak üzere hâkim her iki tarafın iddia ve müdafaalarıyla mukayyet olup ondan fazlasına veya başka bir şeye hüküm veremez" hükmü hâkimin talep olmadan yüzde beş fazlaya hükmetmesine engel teşkil eder. Yargıtay'ın görüşü de bu doğrultudadır⁵⁰.

Yüzde beş, ücrete tabi bir alacak olduğundan onun zamanaşımı süresine bağlıdır⁵¹.

Yukarıda açıkladığımız görüşümüze göre yüzde beş fazla ödeme niteliği itibariyle gecikme faizidir. Bu nedenle ödenmemiş olan ücrete ve yüzde beş fazla ödemeye ayrıca faiz uygulanması mümkün değildir⁵². Ancak Yargıtay yüzde beş fazla ödemenin faiz niteliğinde olmadığı ve bu nedenle ücret alacağına ayrıca faiz yürütülmesi gerektiği görüşündedir⁵³. Yüksek Mahkeme'ye göre yüzde beş fazla ödeme dava tarihine kadar hesaplanmalı ve sonrası

için yasal faiz yürütülmelidir⁵⁴. Ancak Yargıtaya göre davacı talep etmemişse yüzde beş fazla ödeme için faize karar verilemez⁵⁵. Yargıtay kararlarında dava dilekçesinde yüzde beş fazla ödeme talebine ilişkin miktarın açıkça belirtilmesi ve bu miktarın da harcının yatırılması gerektiğini vurgulamaktadır⁵⁶.

Basın İş Kanunu'nun yüzde beş fazla ödemeye ilişkin 14/2 hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğu öğretide ileri sürülmüştür⁵⁷. Bu iddia ile Anayasa Mahkemesi'ne açılan iptal davası Anayasa Mahkemesi tarafından reddedilmiştir⁵⁸. İncelediğimiz kararda Yüksek Mahkeme, yüzde beş fazla ödemeye ilişkin hükümde gerçek olmayan boşluk bulunduğunu ileri sürmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin açıkça Anayasa'ya uygun bulunduğu bir hükümde gerçek olmayan boşluktan söz etmek güçtür.

b) Ücretin Ödenmemesi Nedeniyle Çalışmaktan Kaçınma

Ücretin peşin ödenmemesi halinde, gazetecinin iş görme borcunu yerine getirmek zorunda olup olmadığını da açıklığa kavuşturmak gerekir. Borçlar Kanunu'nun 81. maddesine göre, karşılıklı edimler içeren sözleşmelerde bir taraf kendi edimini yerine getirmediği ya da ifayı ciddi bir biçimde teklif etmediği diğer taraftan edimini yerine getirmesini isteyemez.

İş Kanunu'nun 34. maddesine göre ise, "Ücreti ödeme gününden itibaren yirmi gün içinde mücbir bir sebep dışında ödenmeyen işçi iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınabilir. Bu nedenle kişisel kararlarına dayanarak iş görme borcunu yerine getirmemeleri sayısal olarak toplu bir nitelik kazansa dahi grev olarak nitelendirilemez". Borçlar Kanunu'nun 81. maddesi ve aynı doğrultuda olan İş Kanunu'ndaki hüküm bu konuda Basın İş Kanunu'nda düzenlemenin bulunmaması nedeniyle gazeteciler hakkında da uygulama alanı bulmalıdır.

Yukarıda da ifade edildiği gibi, gazetecinin ücretinin peşin ödenmesi zorunludur. Bu ücreti ödeme gününden itibaren yirmi gün içinde mücbir bir sebep dışında ödenmeyen gazeteci iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınabilir⁵⁹.

c) Ücretin Zamanında Ödenmemesi Nedeniyle İş Sözleşmesinin Gazeteci Tarafından Haklı Nedenle Feshi

Ücretin zamanında ödenmemesi nedeniyle iş sözleşmesinin gazeteci tarafından haklı nedenle feshedilip edilemeyeceğine ilişkin Basın İş Kanunu'nda bir düzenleme bulunmamaktadır. İncelediğimiz kararda Yargıtay gazetecinin ücretinin işveren tarafından ödenmemiş olmasını fesih açısından haklı bir neden olarak değerlendirmiştir. Hukuk Genel Kurulu 2001 yılında verdiği bir kararda ise tamamen farklı bir görüş ortaya koymuştu⁶⁰.

Konuya ilişkin öğretide farklı görüşler bulunmaktadır.

Centel'e göre, "Basın İşK. md. 14/II, haklı nedenle fesih hakkı yerine, gazetecilere ücretlerini zamanında ödemeyen işverenlerin, bu ücretleri, geçecek her gün için yüzde beş fazlasıyla ödemelerini öngörmüştür"⁶¹.

Tuncay'a göre, "Basın İş Kanununun 11/1. md.de düzenlenmiş olan bu halin gazetecinin hizmet akdini BK. md. 344'deki genel nitelikteki haklı neden hükmüne dayanarak feshetme hakkını ortadan kaldırmadığı kanısındayız. Basın İş Kanununun 11/2. md.deki hükmün ifadesi de sanki bu düşünceyi doğrular niteliktedir"⁶².

Basın İş Kanunu'ndaki fesih sebeplerinin sınırlı olmadığı görüşü paylaşan Şakar'a göre ise, "İşverenin kusurlu hareketleri sonucu doğacak haklı sebeplerin neler olduğu konusunda ise, boşluk 1475 (şimdiki 4857) sayılı İş Kanunu md.16 (şimdiki 24) hükümlerine kıyasen doldurulmalıdır"⁶³.

Gökçe'ye göre, "4857 sayılı Kanun'un 25. maddesinde haklı fesih nedenlerinin neler olduğu sayılmıştır. 5953 sayılı Kanun'da ise haklı fesih nedenleri sınırlı tutulmuştur. 4857 Sayılı Kanun'un 25. maddesinde haklı sebep olarak belirtilen sebepler Basın İş Kanunu'nda haklı sebep olarak düzenlenmediğinden 4857 sayılı yasada belirtilen sebeplerin varlığı Basın İş Kanunu kapsamında çalışanların iş sözleşmelerinin bildirimsiz olarak feshedilmesi sonucunu doğurmaz"⁶⁴.

Akyiğit'e göre, "Her ne kadar Basın İş Kanunu gazetecinin akdi haklı nedenle feshi konusunda gazetenin veche ve karakterindeki değişikliğin belli koşullarla gazeteciye akdi fesih hakkı vereceğinden söz etmekteyse de (Basın İş Kanunu md. 11/1) bizce bu sınırlı sayma olarak kabul etmenin anlamı yoktur. ... Kaldı ki Basın İş Kanunu md. 11/2 hükmü, Basın İş Kanunu md. 11/1'deki fesih nedeninin bağımsız biçimde hizmet sözleşmesinin gazeteci tarafından işverene yüklenen bir nedenle (işverenin kusuru neticesinde) feshedilebileceğini anlatmaktadır. ... Ancak Basın İş Kanununun açıkça belirtmediği bu konuda ve diğer haklı nedenler konusunda genel kanun olan BK. 344'ün espri si dikkate alınmalıdır"⁶⁵.

Görüşümüze göre, gazetecinin iş sözleşmesini feshini haklı kılan nedenleri Basın İş Kanunu'nun 11/1. maddesinde belirtilen "Bir mevketenin veche ve karakterinde gazeteci için şeref veya şöhretini veya umumiyetle manevi menfaatlerini ihlal edici bir vaziyet ihdas edecek şekilde bariz bir değişiklik vukuu hali" ile sınırlandırmamak gerekir. Zira bildirimsiz fesih türünün amacı, objektif iyiniyet kuralı gereğince kendisinden sözleşme ilişkisini sürdürmesi beklenemeyecek olan tarafın sözleşmeden kurtulmasına imkân sağlamaktır. Kanunda başkaca sebeplerin sayılmaması bir kanun boşluğudur. Boşluğun ise genel kanun niteliğinde olan Borçlar Kanunu ile doldurulması gerekir. Borçlar Kanunu'nun 344. maddesine göre, "Muhik sebeplerden dolayı gerek işçi gerek iş sahibi, bir ihbara lüzum olmaksızın her vakit akdi feshedebilir. Ezcümle ahlaka müteallik sebeplerden dolayı yahut hüsnü niyet kaideleri noktasından iki taraftan birini artık akdi icra etmemekte haklı gösteren her hal, muhik bir sebep teşkil eder". Hangi sebeplerin haklı sebep olarak kabul edileceği konusunda 4857 sayılı İş Kanunu'nun 24. maddesi hükmünden de kıyasen yararlanılabilir. Basın İş Kanunu'nun 11/2. maddesinde yer alan "İş akdini birinci fıkranın verdiği hakka dayanarak fesheden gazeteci, işverenin kusuru neticesinde iş akdini feshetmiş olsa idi ne miktar tazminat alacak idiyse, o miktar tazminat isteyebilir" hükmünden, işverenin kusurlu

davranışlarına bağlı olarak gazetecinin iş sözleşmesini feshedebileceği ve kıdem tazminatı isteyebileceği sonucunu çıkarabiliriz. Ayrıca belirtmek gerekir ki, günlük yüzde beş fazla ödeme yaptırımının öngörmüş olması fesih hakkını ortadan kaldırmaz. 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında yer alan işçiler de ücretlerinin ödenmemesi halinde hem mevduata uygulanan en yüksek faizi talep edebilirler (md. 34/2) hem de iş sözleşmelerini haklı nedenle feshedebilirler (md. 24/II,e).

d) Ücretin Zamanında Ödenmemesinin Cezai Yaptırımı

Basın İş Kanunu'nun 27/a maddesinde gazetecinin ücretini zamanında ödemeyen işveren hakkında idari para cezası öngörülmüştür. Buna göre, "14 üncü maddede yazılı ücreti gazeteciye zaruret olmaksızın zamanında ödemeyen veya gazetecinin ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkakını zorunlu tutulduğu halde özel olarak açılan banka hesabına yatırılmaksızın ödenmesi durumunda, her bir gazeteci için, işverene bin beş yüz Türk Lirası idarî para cezası verilir".

Fazla çalışma ücretini zamanında ödemeyen işveren hakkında da Basın İş Kanunu'nun Ek.m.3'de idari para cezası öngörülmüştür: "Bu Kanunun ek 1 inci maddesinde yazılı fazla saatlerle çalışma ücretlerini gazeteciye ödemeyen veya mezkur maddede yazılı zam hadlerinden daha aşağı hesap etmek suretiyle ödeyen işverene, ödemediği fazla saat ücretleri tutarının veya eksik ödediği ücretler tutarının beş katı kadar idarî para cezası verilir".

4. Kararda üzerinde tartışılan hususlardan birisi de gazetecinin kıdem tazminatına hak kazanabilmek için gerekli olan beş yıllık kıdem süresinin belirlenmesidir.

Basın İş sözleşmesi kanunda öngörülen hallerden biri ile sona eren gazetecinin, kıdem tazminatı almaya hak kazanabilmesi için ayrıca, basın iş sözleşmesinin mesleğe ilk giriş tarihinden itibaren en az beş yıl sürmüş olması gerekir (Basın İşK. 6/1, 2).

Beş yıllık sürenin başlangıcı gazetecinin mesleğe ilk giriş tarihidir. Bu tarih ise Başkanlık Basın Yayın ve Enformasyon Genel Mü-

dürlüğü'ndeki gazeteciler için tutulan sicildeki tarih esas alınarak belirlenir⁶⁶.

Beş yıllık sürenin aynı ya da farklı işyerlerinde geçmiş olmasının önemi yoktur⁶⁷. Ancak memur statüsünde geçen örneğin Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumu'nda memur olarak çalışan bir kişinin çalıştığı süre daha sonra Basın İş Kanunu kapsamında gazeteci olarak çalıştığı süreye eklenmez⁶⁸.

Hükümde öngörülen beş yıllık süre nisbi emredici nitelikte bir hükümdür. Bu nedenle beş yıllık sürenin artırılabilmesi mümkün değildir⁶⁹. Ancak bu süre basın iş sözleşmesine ya da toplu iş sözleşmelerine konulan hükümler ile kısaltılabilir⁷⁰. Hemen belirtmek gerekir ki, sözleşmelere konulacak hükümler ile gazetecinin kıdem tazminatı hakkı bütünüyle ortadan kaldırılamaz.

Mesleğe giriş tarihinden itibaren gazetecinin beş takvim yılı çalışmış olması, kıdem tazminatı almaya hak kazanabilmesi için yeterlidir. Belirtilen süre içerisinde geçen deneme süresi, gazetecinin izin, tatil, dinlenme gibi nedenlerle çalışmadığı günler ve basın iş sözleşmesinin askıda bulunduğu (işçinin kanuni bir ödev dolayısıyla işten ayrılması, işyerinde zorlayıcı nedenlerin ortaya çıkması gibi) süreler, beş yıllık sürenin hesabında dikkate alınır. Sadece, gazetecinin grev ve lokavtta geçen süreleri kıdeminden sayılmaz. Toplu iş sözleşmelerine ve basın iş sözleşmelerine bunun aksine hüküm konulamaz (TİSGLK. 42/5).

Gazetecinin meslekte çalışmaksızın geçirdiği sürelerin kıdem tazminatı bakımından dikkate alınmaması gerekir. Ancak sicilde aksini gösteren bir kayıt yoksa gazetecinin çalışmasının kesintisiz devam ettiği karine olarak kabul edilmelidir⁷¹. İşveren sicildeki kayda rağmen gazeteci meslekte çalışmaksızın geçirdiği süreleri ispatlayabilme hakkına sahip olmalıdır⁷².

Gazetecinin kıdem tazminatı mesleğe ilk giriş tarihinden itibaren hesaplanacaktır. Ancak daha önce tazminatını alarak işten ayrılan gazetecinin tazminat aldığı döneme ilişkin çalışma süresi tazminatın hesabında göz önünde tutulmayacaktır. Bununla birlikte gazeteci lehine olmak kaydıyla bu hükmün aksine sözleşme yapılabilir (Basın İşK. 6/8). Bu hüküm sonucunda

bir gazeteci beş yılı aşkın bir süre bir işyerinde çalışıp kıdem tazminatı aldıktan sonra, yeni işyerinde yeniden beş yıl çalışması gerekmez⁷³. Önemli olan gazetecinin meslekte beş yılı aşan kıdemini bulunmasıdır. Böyle bir durumda gazetecinin son işyerinde çalıştığı süre beş yıldan az olsa bile⁷⁴, çalıştığı süre esas alınmak suretiyle kıdem tazminatı almaya hak kazanır⁷⁵.

Kıdem tazminatına esas alınacak sürenin sonu, bildirimli fesihle bildirim sürelerinin sona erdiği tarihtir (Basın İşK. 6/5). Bildirim sürelerine ilişkin ücretin peşin verilmesi bu sonucu değiştirmez. Hatta bildirim süresi içerisinde doğacak olan haklar da kıdem tazminatının hesabında dikkate alınmalıdır⁷⁶. Bildirimsiz fesihle ise fesih beyanının karşı tarafa ulaştığı andır.

İncelediğimiz kararda Yargıtay'ın ulaştığı sonuç yukarıdaki açıklamalar ile uyumludur.

II. SONUÇ

Yargıtay'ın ücreti ödenmeyen gazetecinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshedileceğine ilişkin görüş değişikliği yerindedir. Basın İş Kanunu'nda konunun düzenlenmemiş olması nedeniyle ortaya çıkan boşluk Borçlar Kanunu ile doldurulmalıdır. Gazeteci, onun açısından iş ilişkisini çekilmez hale getiren bir durum olan ücretin ödenmemesine bağlı olarak iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir ve diğer koşulları da oluşmuş ise kıdem tazminatı isteyebilir. Yargıtay'ın kıdem tazminatına esas alınması gereken beş yıllık sürenin tespitine ilişkin görüşleri kanaatimizce isabetlidir.

DİPNOTLAR

- 1 Gazeteci kavramı konusunda geniş bilgi için bkz. Tuncay A. Can, Hukuki Yönden Basında İşçi-İşveren İlişkileri, İstanbul 1989, 27; Şuğle M. Ali, İş Hukuku Açısından Gazeteci, Ankara 2001, 28; Şakar Müjdat, Basın İş Hukuku, Gazetecilerin Çalışma İlişkileri, İstanbul 2002, 60; Gökçek Karaca, Nuray, Gazetecinin Basın İş Kanunu'ndan Doğan Hakları ve Sorumlulukları, 5953 Sayılı Basın İş Kanunu ve Uygulaması, İstanbul 2010, 72; İçel Kayıhan/Ünver Yener, Kitle Haberleşme Hukuku, 6.B., İstanbul 2005, 215; Özek Çetin, Türk Basın Hukuku, İstanbul 1978, 787; Gökçe Sibel, Basın İş Sözleşmesine Göre Gazetecilerin Hakları ve Mesleki Sorunları, Ankara 2010, 15; Göktaş Seracettin/Çil Şahin, Açıklamalı-İçtihatlı Basın İş Kanunu, İlgili Mevzuat, Ankara 2003, 5.
- 2 Madde, 212 sayılı Kanunla değiştirilmeden önce "hilafına mukavele yapılmış olmadıkça" gazetecinin ücretinin her ay

- peşin olarak ödeneceği öngörülmüştü. Bu ibarenin metinden çıkarılması hükmü emredici hale getirmiştir.
- 3 Bu nedenle basın kuruluşlarında insan kaynakları birimleri tarafından gazetecileri için peşinci, 4857 sayılı Kanuna tabi olanlar için ise, sonraki ifadeleri kullanılmaktadır. Uçum Mehmet/Karataş Hüseyin, Başlıca Esasları Yönünden İş Kanunu-Basin İş Kanunu Karşılaştırması, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 14/2007, 582.
 - 4 Gökçek Karaca, 134; Ulucan Devrim, Basın İş Kanunu'nda Ücret ve Hükümleri, Basın İş Hukuku Genel Esasları ve Uygulama Sorunları, İstanbul 2006, 42; Gökçe, 42; Özek Çetin, Basın Hukukumuzla Göre Fikir İşçileri İle İşverenler Arasındaki Hukuki Münasebet, İHFM, C XXXVIII, No: 1, İstanbul 1962, 72, 73. Karşı görüşe göre, gazetecinin ücretinin aydan aya değil daha kısa dönemlerde fakat peşin ödenmesini öngören bir sözleşmenin geçersiz sayılmaması gerekir. Bkz. Akyiğit Ercan, Gazetecinin Ücretinde Gecikme ve Sonuçları, Yargı Dünyası Dergisi, Nisan 2002, 11; Göktaş/Çil, 180. Bu görüş Ulucan tarafından eleştirilmiştir. Yazara göre, "Madde kararlaştırılan ücret her ay peşin ödenir dediğine göre, ücretin daha kısa sürelerde ödenmesini öngörmemektedir. Daha kısa sürelerin kararlaştırılması, özellikle günlük ödeme yönteminin benimsenmiş olması halinde peşin ödeme kuralı anlamını yitirecek ve bu yönü ile emredici kuralının dolanılmasına yol açabilecektir. Ayrıca İş Kanunu, Basın İş Kanunu'na göre genel yasa kabul edilemeyeceği için İş Kanunu m.32/4'de yer alan, ödeme süresi bir haftaya kadar indirilebilir, hükmünün burada geçerli olduğu da söylenemez". Bkz. 42.
 - 5 Yargıtay ise bir kararında şu sonuca ulaşmıştır: "Davacı ile davalı arasında 01/10/1992 tarihinde yapılan hizmet akdinde ücretlerin ödeneceği zaman belirtilmemiştir. Hizmet akdinin yürürlük süresince ücretler çalışıldıktan sonra ödenmiş olmasına rağmen davacı buna karşı bir itirazda bulunmamıştır. Her ne kadar 5953 Sayılı Basın İş Kanunu'nun 14. maddesinde kararlaştırılan ücretin her ay peşin ödenmesi yolunda düzenlemeye yer verilmiş ise de, davacının 21/10/1997 tarihinde hizmet akdini feshedene kadar ihtirazi kayıtsız olarak çalıştıktan sonra ücretlerini almış olması nedeniyle bu şekilde ücret ödenmesi işyeri şartı haline geldiğinden, peşin ödenmeyen ücretlerden dolayı aylık % 5 ek ödemeye ilgili talebin reddi gerekirken indirim yapılması yoluyla da olsa kabulü hatalıdır", Y9HD., 21.11.2000, 11993/17057, www.legalbank.net (9.11.2010). Emredici bir kuralın aksinin açık veya örtülü bir biçimde kararlaştırılmasının mümkün olması nedeniyle öğretilde bu karar eleştirilmiştir. Ulucan, 44; Göktaş/Çil, 187; Akyiğit, 12.
 - 6 Akyiğit, 10, dn.7.
 - 7 Akyiğit, 10, dn.7.
 - 8 Akyiğit, 12; Gökçek Karaca, 134; Göktaş/Çil, 180, 181; Gökçe, 42.
 - 9 Sümer Haluk Hadi, İş Hukuku, 15.B., Konya 2010, 77.
 - 10 5953 sayılı Kanun'un ilk halinde yüzde iki olan oran, 212 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle yüzde beşe çıkarılmıştır. Yüzde beş oranının oldukça yüksek olduğu görüşünü biz de paylaşıyoruz. Bkz. Akyiğit, 13. Bu oranın yüksek olmadığına ilişkin görüş için bkz. Özek, Fikir İşçileri, 73.
 - 11 "Belirtmek gerekir ki 5953 sayılı Basın İş Kanununda hangi alacakların zamanında ödenmemesi halinde günlük % 5 fazlasıyla ödeneceği açıkça düzenlenmiştir. Bunların arasında aile yardımı, yol parası, yakacak yardımı ve kıdem zammı olmadığı gibi, bu alacaklarla ilgili ödemelerin her ay yapılmasının öngörülmüş olması bunların ücret gibi değerlendirilmesini gerektirmez. Mahkemece bu alacaklarla ilgili olarak günlük % 5 fazla ödemeye dair isteklerin kabulü hatalıdır", Y9HD., 9.10.2001, 9240/15578, Çimento İşveren Dergisi, Ocak 2002, 54. Aynı doğrultuda, Y9HD, 12.02.1982, 210/1455. Yargıtaya göre her ne kadar çalışma karşılığı olmasa da, askerlik ve gebelik döneminde ücretin yüzde beş fazla ödemeye tabi olması gerekir. Y9HD, 07.12.1976, 15913/21971, Göktaş/Çil, 180; Akyiğit 10.
 - 12 "İhbar tazminatı ücret niteliğinde olmadığından Basın İş Kanununun 4 ncu maddesinin 2 nci fıkrasındaki "gazetecilere ücretlerini vaktinde ödemeyen işverenlerin, bu ücretlerinin geçecek her günü için % 5 fazlasıyla ödenir" hükmüne göre bir uygulamaya tabi tutulamaz.", Y9HD., 24.4.1969, 18243/4742, Göktaş/Çil, 239.
 - 13 "Davacı gazetecinin askerlik süresi ücreti için günlük % 5 fazla ödeme isteği, bu alacağın fiilen çalışma karşılığı olduğu gerekçesi ile reddedilmiş ise de, Basın İş Kanunu'nun 14/2 maddesinde öngörülen fazla ödemenin fiilen çalışma karşılığı olmayan ücrete uygulanmayacağına dair bir hüküm bulunmamaktadır. Bu itibarla, bilirkişi tarafından hesaplanan söz konusu alacağın Borçlar Kanununun 43-44. maddeleri uyarınca indirim yönünden değerlendirilmeye tabi tutularak sonucuna göre hüküm altına alınması gerekir.", Y9HD., 25.9.2003, 13047/15461, www.legalbank.net (19.12.2010).
 - 14 Yargıtay farklı görüştedir: "Yayımını tatil eden mevkutede çalışanlara tatilden itibaren iki ay süreyle ödeneği belirtilen para çalışanın iki aylık ücreti tutarında bir işsizlik tazminatı olduğundan, bunun geç ödenmesi nedeniyle yüzde beş gecikme zammına hükmolunamaz" (Y9HD, 23.6.1970, 5141/6897, TİK, 340, Tuncay, 51, dn.16'dan naklen).
 - 15 Gökçek Karaca'ya göre çalışılmayan hafta tatili için ödenen ücret ve yıllık izin ücreti için yüzde beş fazla ödeme hükmü uygulanmaz. Bkz. 143.
 - 16 Özek, Fikir İşçileri, 73.
 - 17 Apaydın Orhan, İHU, Bas.İşK.14 (No:1).
 - 18 Tuncay, 50 vd.
 - 19 Akyiğit, 20; Göktaş/Çil, 185; Gökçe, 45.
 - 20 Göktaş/Çil, 183.
 - 21 Akyiğit, 16.
 - 22 Gecikme faizi asıl alacakla birlikte veya ondan bağımsız olarak talep edilebilir. Ancak gecikme faizi de asıl alacağın bir fer'i olduğu için saklı tutulmadıkça asıl alacağın sona ermesiyle birlikte o da son bulur (Bk.113/2). Bkz. Akyiğit, 16.
 - 23 YİBK., 24.12.1973, 4/6, www.kazanci.com.tr (10.11.2010). Yargıtay'ın söz konusu ödemeyi kamu düzeni hükmü olarak nitelendirmesi yüzde beş fazla ödemenin niteliğini açıklamakta yetersiz kalmaktadır. Gerçekten bir hükmün kamu düzenine ilişkin olup olmaması farklıdır. Kamu düzenine ilişkin olan veya olmayan bir hükümde öngörülen ödemenin niteliği ise farklı bir hususu ifade eder. Bu nedenle Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında hükmün niteliğini belirlemiş ancak yüzde beş fazla ödemeye ilişkin ödemenin

- hukuki niteliğini ortaya koyamamıştır. Yargıtay'ın nitelemesini eleştiren Akyiğit'e göre, "Kamu düzenine ait hüküm ise, ona aykırı davranıldığında kamu düzeninin bozulacağı varsayılan bir hüküm olmalıdır. Oysa gazetecinin ücretinin ödenmesinde gecikme durumunda hangi kamu düzeninin sarsılacağı, bozulacağı bilinmemektedir. Zira, bu hüküm olmasaydı bile gazetecinin ücretinde gecikme halinde (tıpkı diğer işçiler için olduğu gibi) kanuni veya varsa akdi temerrüt faizi uygulanarak gecikmenin yol açtığı olumsuzluk giderilecektir.", Akyiğit, 17.
- 24 "5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanununun 14. maddesinde öngörülen fazla ödeme cezai şart niteliğindedir. Bir başka anlatımla faiz değildir" şeklinde karar vermiştir. Y9HD, 31.3.1997, 22736/6463. Göktaş/Çil, 234.
- 25 "35953 sayılı yasada öngörülen günlük yüzde beş fazla ödeme, faiz niteliğinde değildir. Kısmi dava ve ek davada söz konusu alacaklar için de faiz istendiğine göre yüzde beş fazlaya dair istekler yönünden de dava tarihinden itibaren faize karar verilmelidir.", 14.6.2005, 25706/21144, www.legalbank.net (21.12.2010); Y9HD, 05.11.1992, 12201/12246, YKD, Ağustos 1993, 1185; Y9HD., 26.10.1995, 12853/32912, Göktaş/Çil, 237.
- 26 "Kabule göre % 5 gecikme faizinden Borçlar Kanununun 44. maddesine göre indirim yapıp yapılmayacağı tartışılması da bozma nedenidir.", Y9HD., 25.9.2002, 3263/17648, Göktaş/Çil, 218.
- 27 "Mahkeme aylık ücrete Özel Eğitim Kurumları Kanununun 35. maddesinde öngörülen günlük % 1 faize hükmedilmesi isabetsizdir. Zira % 1 alacak faiz olmayıp dairemizin yerleşmiş içtihatlarına göre tazminat olarak nitelendirilmektedir.", Y9HD., 20.6.2001, 8146/1063, Göktaş/Çil, 222. Aynı doğrultuda Y9HD., 13.3.2001, 19909/3858, Göktaş/Çil, 224.
- 28 Karagöz Veli, İş Sözleşmesinde Cezai Şart, Ankara 2006, 24.
- 29 Karagöz, 28; Akyiğit, 15.
- 30 Göktaş/Çil, 184; Gökçe, 45; Gökçek Karaca, 142.
- 31 Ayan Mehmet, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 6.B., Konya 2010, 192 vd.
- 32 Gökçek Karaca, 142; Göktaş/Çil, 184; Gökçe, 44.
- 33 Tuncay, 49; Gökçek Karaca, 139. Akyiğit, 18.
- 34 YİBK., 24.12.1973, 4/6, www.kazanci.com.tr (10.11.2010).
- 35 Kanunda geçen ay ifadesinden takvim ayı anlaşılmalıdır. Gazetecinin işe başladığı tarihten itibaren takip eden ayın aynı günü arasında geçen süre bir ay olarak esas alınmalıdır. O halde, gazeteciye işe girdiği günün takip eden ayın aynı gününde bir sonraki ayın ücreti peşin olarak ödenmelidir. Bununla birlikte işe başlanılan takvim ayı için, ayın sonuna kadar çalışılacak günlere ait ücretin peşin ödenmesi, sonraki aylarda da takvim ayı başında yine peşin ödeme yapılmasına bir engel yoktur. Göktaş/Çil, 181. Yargıtay ücretin her ay düzenli olarak aynı tarihte ödenmesi ve gazetecinin de itiraz etmemesi halinde ödeme tarihinin işe giriş tarihine göre belirlenmesi gerektiği görüşündedir: "Davacının 10 Şubat 1999 tarihinde işe girdiği fesih tarihine kadar ücretlerin her ayın 10'u veya hafta tatiline rastlaması halinde 11 ve 12 sinde peşin olarak ödendiği ve davacı tarafından da itirazi kayıt ileri sürülmeksizin kabul edildiği anlaşılmalıdır. Bu nedenle ücretin geç ödenmesi iddiasına dayalı % 5 fazla ödeme isteğinin de reddi gerekir.", Y9HD., 4.7.2002, 12170/1467, Göktaş/Çil, 219.
- 36 Tuncay, 49; Göktaş/Çil, 182; Ulucan, 45; Gökçek Karaca, 139; Gökçe, 43. Yargıtay kararları da bu doğrultudadır: "İş Hukuku mevzuatımızda Basın İş Kanununun 14. maddesi hariç, ücretin peşin ödeneğine dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle ücret çalışılan ayı takip eden aybaşında muaccel hale gelmektedir. Fazla mesai, hafta tatili ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücretlerinin muacceliyet tarihleri normal aylık ücret gibidir", Y9HD., 14.5.2009, 516/13499, www.legalbank.net (10.11.2010).
- 37 "Davacının 10 Şubat 1999 tarihinde işe girdiği fesih tarihine kadar ücretlerinin her ayın 10'u veya hafta tatilini rastlaması halinde 11 veya 12 sinde peşin olarak ödendiği ve davacı tarafından da ihtirazi kayıt ileri sürülmeksizin bu şekilde kabul edildiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle ücretin geç ödenmesi iddiasına dayalı % 5 fazla ödeme isteğinin reddi gerekir.", Y9HD., 4.7.2002, 2170/11467, Göktaş/Çil, 218.
- 38 Y9HD., 3.7.1967, 4201/6083, Göktaş/Çil, 239.
- 39 "Bu geç ödemededen ötürü davacı işçinin günlük % 5 fazla ödeme isteğinin hüküm altına alınması gerekirken ihtirazi kayıt dermeyer etmeden ödemeyi kabul ettiği gerekçesi ile anılan isteğin reddi hatalıdır.", Y9HD., 6.2.2001, 18260/1812, Göktaş/Çil, 225.
- 40 YİBK., 24.12.1973, 4/6, www.kazanci.com.tr (10.11.2010).
- 41 "Kanun koyucu, işverenin kusurlu olduğu ve gazetecinin de kendisine tanınan bu hakkı ileri sürerken sorumluluk bilinci içinde bulunduğu düşüncesiyle anılan kamu hükmünü sevk etmiştir. Başka bir anlatım ile, gazetecinin aylık ücretini vaktinde ödememek suretiyle kusurlu olan işverenin bu eylemi, yanında, gazetecinin anılan ücretin vaktinde ödenmemesinde veya vaktinde ödenmeyen ücretin ödeme süresinin uzamasında kasıtlı veya kasıtsız fakat kusurlu bir davranış bulunmamalıdır. Ancak bu takdirde gerçekleşen yüzde beş fazla ödeme sonrası kamu hükmü himayesinde sayılır ve bu paradan herhangi bir suretle indirim yapılamaz veya bu para kaldırılamaz. Aksi takdirde, gazeteci anılan kamu hükmüne sığınamaz ve bu durumda hesap edilen yüzde beş fazla ödeme parasından indirim yapılması zorunluluğu doğar. Bilindiği gibi 14/2. yazılı yüzde beş fazla ödeme parası, geçecek her gün orantılı olarak artar ve kısa bir süre sonra büyük meblağlara varır. Madde hükmünün bu özelliği, gazeteciyi haksız menfaat sağlamak yoluna itebilir. Gazetecinin kendi kusuru nedeniyle sağladığı menfaatten yararlanması ise, hukukun temel ilkelerinden olan afaki iyi niyet kuralı ile bağdaşmaz. Bunun için aylık ücretin vaktinde verilmemesinde istenilen yüzde beş fazla ödeme parasının belirlenmesinde işverenin, gazetecinin kusur durumları göz önünde tutulmalıdır. Yapılan açıklamalarda da anlaşılacağı üzere, böyle bir uygulamada ve gerçek tazminatın saptanmasında, kamu hükmüne aykırılık bulunmamak gerekir. Yalnız bu konuda Yasada açık bir hüküm yoktur. Buna rağmen şartların gerçekleşmesi durumunda, kıyas yolu ile Borçlar Yasasının 44. maddesinin uygulama olanağı kabul edilmelidir. Çünkü Borçlar Yasasının 44. maddesinin niteliği itibarıyla geniş bir uygulama alanı vardır. Nitekim, haksız eylemlerde akde aykırı eylemlerde uygulanan bu hükmün yasadan doğan sorumluluklarda da uygulanacağı

- doktrinde kabul edilmiş bulunmaktadır". YİBK., 24.12.1973, 4/6, www.kazanci.com.tr (10.11.2010). Ayrıca bkz. Y9HD, 25.10.1996, 10796/20098, YKD, Şubat 1997, 214; Y9HD, 18.02.2003, 725/1816, Göktaş/Çil, 217; Y9HD, 11.01.2005, 14117/458, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuk Dergisi, 5/2006, 721.
- 42 "Davacı işçi 5953 sayılı Yasaya tabi gazeteci olup son 18 aylık ücretinin eksik ödendiğinden bahisle ücret alacağı ile bunun günlük yüzde beş fazlasına dair istekte bulunmuştur. Mahkemece yapılan yargılama sonunda son 13 aylık ücretinin eksik ödendiği tespit olunmuş ve söz konusu ücretlerin gününde ödenmemesi sebebiyle günlük yüzde beş fazlası 120.337.080.000.- TL. olarak belirlenmiş % 80 oranında indirim yapılarak 24.067.416.000.-TL.nin kabulüne karar verilmiştir", Y9HD., 13.4.2004, 14806/8342, www.legalbank.net (11.11.2010). Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, yüzde seksen indirimi az bulan bir özel daire kararını onamıştır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından onaylanan karara göre, "Mahkemece, Basın İş Yasasına tabi olarak çalışan davacının çalıştığı yaklaşık 3 yıl için 232.711.947.454.- TL olarak hesaplanan fazla mesai % 5 fazlası ve 14.977.249.991.- TL Ulusal Bayram ve Genel Tatil % 5 fazlası alacaklarından % 80 oranında indirim yapılarak hüküm kurulmuştur. Dairemizce de benimsenen Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 24.12.1973 gün ve 1973/4E., 1973/6 K. Sayılı kararında, "yüzde beş fazla ödemeye tabi işçilik alacaklarının uzun süre talep edilmemiş olması durumunda gazetecinin bu durumdan yararlanmasının iyiniyet kuralları ile bağdaşmayacağı" vurgulanmıştır. Somut olayda davacı fesihden yaklaşık 16 ay sonra dava açmış olup, talep ettiği % 5 fazla ödeme alacağının artmasında etkili olmuştur. Bu nedenle yapılan indirim oranı az bulunmuştur. Mahkemece somut olayın özelliği ve anılan İçtihadı Birleştirme Kararı dikkate alınarak daha yüksek bir oranda indirim yapılarak sonuca gidilmelidir", YHGK., 22.12.2004, 9-774/754, www.legalbank.net (11.11.2010). Yargıtay bir başka kararında da yüzde doksan beş indirimi fazla bulmuştur: "Somut olayda günlük yüzde beş fazlası olarak hesaplanan tutardan % 95 oranında indirimle gidilerek kabul hükmü kurulmuştur. Yapılan indirim, yasanın koruma amacını ortadan kaldırmayacak niteliktedir. Öyle ki kabul edilen yüzde beş fazla ödeme tutarları yaklaşık olarak toplam asıl alacak miktarları kadardır. Dava, fesih tarihinden itibaren bir hafta içinde açılmıştır. Yüzde beş fazlaya dair alacaklardan daha düşük bir oran gözetilerek indirimle gidilmelidir", Y9HD., 23.9.2008, 16005/24217, www.legalbank.net (16.12.2010). Ayrıca bkz. Y9HD., 18.2.2003, 725/1816, Göktaş/Çil, 217.
- 43 "Kabule göre % 5 gecikme faizinden Borçlar Kanununun 44. maddesine göre indirim yapıp yapılmayacağı tartışılması da bozma nedenidir.", Y9HD., 25.9.2002, 3263/17648, Göktaş/Çil, 218.
- 44 Narmanlıoğlu'na göre, zarara ve kusura hiçbir şekilde yer vermeyen sosyal karakter bir hükme, liberal niteliği ağır basan Borçlar Kanunu hükmünü kıyasen de olsa uygulanması kabul edilebilecek bir çözüm değildir ve Yargıtay'ın ilgili kararı İş Hukuku ilkelerine ve bu hukuk dalının özelliklerine uygun değildir. Yazar, ayrıca bir hakkın zaman aşımı süresini geçirmemek kaydıyla geç kullanılmış olmasının indirim nedeni olamayacağını ve gazetecinin sadece MK.2'ye aykırı davranması durumunda günlük yüzde beş fazla ödeme parasının kaldırılması gerektiğini ileri sürmektedir. Bkz. Narmanlıoğlu Ünal, İHU, BasışK.14, No.2. Akyiğit'e göre de, yüzde beş fazla ödeme gecikme faizi niteliğinde olduğundan indirim yapılamaz. Yazara göre, "Gazetecinin ücret yönünden korunması ve görevini, bunun yol açabileceği baskılardan uzak biçimde icra edebilmesini sağlamak düşüncesiyle kanunen öngörülmüş, nisbi emredici nitelikte bir hükümdür. Hal böyle olunca % 5 fazla ödemede gerek sözleşmeyle ve gerekse yargıç tarafından takdire bağlı bir indirimle gidilemeyeceğini söyleyebiliriz. Anılan ödemenin kusurdan ve zarardan soyut olması, gazeteci hiç veya o derecede zarara uğramasa bile % 5 fazla ödemeye (temerrüt faizine) hükmedilmesi gereğini açıklıkla ortaya koyar". Bkz. Akyiğit, 20. Göktaş/Çil'e göre ise, Basın İş Kanunu'nda öngörülen yüzde beş fazla ödeme niteliği itibariyle faiz sayılması gerekir ve bu nedenle kural olarak yüzde beş fazla ödene parasından indirim yapılamaz ancak yüzde beş oranı yıllık % 1825'e karşılık gelmektedir ve bu oran yüzde beş fazla ödeme parasının çok yüksek olarak belirlenmesine yol açmaktadır. Bu durum yüzde beş fazla ödeme parasında indirim yapılmasını zorunlu kılmaktadır. İndirimin dayanağı olarak Borçlar Kanununun 44. maddesinden daha uygun bir hüküm bulunmamaktadır. Bkz. Göktaş/Çil, 185, 190.
- 45 Tuncay, 51. Aynı görüş Şakar, 80; Gökçek Karaca, 141; Gökçe, 47.
- 46 Akyiğit'e göre, "Ücretin ödenmesi sorumluluğu da, bu ödemenin yapıldığının kanıtlanması da işverene düşen bir yükümlülüktür. Yani işçinin (gazetecinin) ücreti zamanında alma borcu yoktur.", Akyiğit, 20.
- 47 Akyiğit, 21.
- 48 Tuncay, 52.
- 49 Şakar, 79.
- 50 "5963 sayılı Kanunun 212 sayılı Kanunla değişik 14. maddesi gereğince, gazetecilere ücretlerini vaktinde ödemeyen işverenler, bu ücretlerini, geçecek her gün için yüzde 5 fazlasıyla ödeyeceklerdir hükmünü koymuş ise de dava dilekçesinden yüzde 5 talep edilmemiş ise HUMK. 74 maddesi talep olmadan karar vermeye engeldir.", YHGK., 1.6.1966, 9-911/166, YKD., 1966, 11/1, 163, Göktaş/Çil, 215. Aynı doğrultuda Y9HD., 6.10.1966, 6604/9251, Göktaş/Çil, 240.
- 51 Akyiğit, 21; Tuncay, 50. Yargıtay da yüzde beş fazla ödemenin asıl alacak olan ücret alacağının bağılı niteliği taşıdığı ve bu yüzden de asıl alacağa uygulanan beş yıllık zaman aşımına tabi tutulacağını benimsemiştir. Bkz. Y9HD., 28.11.1997, 15416/1997 (Akyiğit, 22, dn.70'den naklen)
- 52 Akyiğit, 22; Göktaş/Çil, 191.
- 53 "Davacı vekilince verilen ıslah dilekçesinde günlük yüzde beş fazlaya dair isteklerde bulunulmuş ve bu alacak için faiz yürütülmesi de talep edilmiştir. Dairemizin kararlılık kazanan uygulamasına göre anılan yasanın 14 ve Ek madde 1. maddelerinde öngörülen günlük yüzde beş fazlaya dair haklar faiz niteliğinde değildir. Böyle olunca, talep edilmesi durumunda söz konusu alacağa yasal faiz yürütülmelidir. Mahkemece davacının anılan faiz isteğinin kabulüne karar verilmelidir.", Y9HD., 9.3.2004, 12155/4512, www.legalbank.net (30.12.2010).
- 54 "Hüküm altına alınan ücret, bayram tatili, genel tatil alacakları için dava tarihinden itibaren günlük yüzde beş oranının

- da faiz yürütülmesi hatalıdır. Bu alacaklar için 3095 sayılı Kanunda öngörülen yüzde otuz yüzde elli oranlardaki faizin yürütülmesiyle yetinilmelidir... 5953 sayılı anılan yasanın değişik 14. ve Ek.1 maddelerinde öngörülen yüzde beş ödeme dairemizin uygulamasına göre dava tarihine kadar hesaplanıp Borçlar Kanununun 44. maddesinin uygulanması suretiyle hüküm altına alınması gerekir.”, Y9HD., 11.10.1999, 12750/15605, Göktaş/Çil, 232.
- 55 “Dava dilekçesinde ücret ve % 5 fazla ödeme için bir faiz isteğinde bulunulmamıştır. Buna rağmen her iki alacak için ayrıca faize karar verilmiş olması hatalıdır.”, Y9HD., 20.1.1997, 17090/711, Göktaş/Çil, 235.
- 56 “Basın İş Kanununun 14. maddesinde öngörülen geçecek her gün için % 5 fazlası ile ödeme faiz niteliğinde değildir. Buna rağmen hüküm altına alınan asıl ücret ve sosyal yardımlar için % 5 fazla ödeme faiz şeklinde görülerek hüküm tesis edilmiş olması doğru değildir. % 5 fazla ödeme ile ilgili istek ancak, hesaplanıp miktar belirtilmek ve harcı ödenmek suretiyle dava konusu yapılabilir.”, Y9HD., 5.11.1992, 12201/12246, www.legalbank.net (12.1.2011).
- 57 Günlük % 5 fazlanın yıllık yüzde 1825'e karşılık gelmesi hükmün Anayasa'ya aykırılığı iddialarını gündeme getirmiştir. Ulucan, hükmün Anayasa'ya aykırı olduğu düşüncesindedir. Yazara göre, “ ... Basın özgürlüğü yalnızca gazetecinin özgürlüğü değil, halkın düşünce ve haber alma özgürlüğünün de bir parçasıdır. Dolayısıyla, basın özgürlüğü, bireysel yanı kadar kurumsal yanı ile de bir bütünlük ve önem taşır. Anayasa'nın 30. maddesine göre kanuna uygun bir şekilde basın işletmesi olarak kurulan basımevi ve eklentileri ile basın araçlarının suç aleti oldukları gerekçesiyle dahi zapt ve müsadere edilememesi ve işletmeden alıkonulmamasının nedeni budur. Bu açıklamalar çerçevesinde Basın İş Kanunu'nun 14. maddesinin 2. fıkrasında yer alan yaptırımın, gazete işverenin girişim özgürlüğünü ve asıl, halkın haber alma özgürlüğünü ortadan kaldıracak düzeyde olduğu, bu hakların optimal kullanılmaları bir yana, haklardan bütünü ile yararlanmayı engelleyebileceği ve bu yönü ile anayasaya aykırı olduğu söylenebilecektir”. Ulucan, 48. Yazarın görüşleri hakkında geniş bilgi için bkz. Ulucan Devrim, Ücreti Zamanında denmeyen Gazeteciye Geciken Her Gün için Ödenmesi Gereken Yüzde Beş Faizin Anayasa'ya Uygunluk Sorunu, Legal İHSGHD., 2004/1, 528 vd.; Karş. Göktaş/Çil, 204; Gökçe, 47-51; Çil Şahin, Basın İş Kanununda Öngörülen Yüzde Beş Fazlasıyla Ödeme Kuralı ve Anayasaya Aykırılık Sorunu, Yargıtay Dergisi, C.29, Ocak-Nisan 2003, 215 vd.; Akyiğit, 13.
- 58 “İptali istenen kurallarla gazetecilere, zamanında ödenmeyen ücret ve fazla çalışma ücreti açısından diğer çalışanlara tanınmayan lehe düzenlemeler getirilmiştir. Buna ilişkin olarak yasama belgelerinde, basında mevcut bir huzursuzluğun çözümüyle işçi ve memur statüsünden farklı çalışma koşullarına tabi gazetecileri korumanın amaçlandığı ifade edilmiştir. Basın İş Kanunu kapsamında çalışanların, yaptıkları iş gözetilerek İş Kanunu'na tabi olanlardan farklı yasal düzenlemelere konu edilmeleri mümkündür. Bu iki grup, aynı hukuki statüde bulunmadıklarından itiraz gerekçelerinde öne sürülen karşılaştırmaya elverişli değildir. Bu nedenle düzenlemelerin Anayasanın eşitlik ilkesine aykırı bir yönü görülmemiştir... İptali istenen kurallarda yer alan “günlük yüzde beş fazlası” ibaresi nedeniyle, ücret veya fazla çalışma olarak zamanında ödenmeyen meblağın kısa zamanda yüksek miktarlara ulaşabildiği anlaşılmaktadır. Çalışma koşulları bakımından işçilerden farklı bir konumda olan ve kamuoyunu doğru bilgilendirme görevleri bulunan gazetecileri işveren karşısında korumak amacıyla getirildiği anlaşılan itiraz konusu bu kurullarla, gazetecilerin bazı alacaklarının zamanında ödenmesine, gecikme halinde ise belli miktarda ilave yapılarak tahsiline imkân sağlanmıştır. Fazla çalışma ücretiyle normal ücretin yüzde beş fazlasıyla ödenmesine ilişkin bu kurulların, “zamanında” ödenmeme koşuluna bağlı olarak uygulanabilir oldukları açıktır. Ayrıca, bu düzenlemelerin basın özgürlüğü yönünden önemli bir işlev gördüğü de yadsınmaz. Gazetecinin görevinin haber alma, verme, basma ve yayma gibi kamu düzenini yakından ilgilendiren niteliği de göz önüne alındığında kurulların başlı başına çalışma barışını bozacak nitelikte oldukları söylenemez. Anayasa'nın “Ücrette adalet sağlanması” başlıklı 55. maddesinde, çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri için Devletin gerekli önlemleri alacağı öngörüldüğünden, yaptıkları işin özelliği nedeniyle basın çalışanlarını ödenmeyen ücretleri konusunda korumaya yönelik düzenlemelerin Anayasanın bu maddesine aykırı bir yönü de bulunmamaktadır. Açıklanan nedenlerle kurulların Anayasa'nın 2., 5., 10., 11., 49. ve 55. maddelerine aykırı olmadıkları sonucuna varılmakla itirazın REDDİ gerekir”, Anayasa Mahkemesi, 12.6.2008, 28/122, RG. 22.11.2008, 27053.
- 59 Ulucan'a göre, İş Kanunu'nun 34. maddesi ücretin peşin ödendiği genellikle ay sonunda ödendiği durumlar için geçerlidir. Oysa gazetecinin ücretinin peşin ödenmesi zorunludur. Bu durumda gazetecinin daha avantajlı olduğu söylenebilir. Hiç olmazsa, gazeteci, ücretinin peşin olarak ödenmediği ve bu konuda ödeminin yapılacağına ilişkin ciddi bir öneri yapılmadığı durumda iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınabilecektir. Bkz. 43; Gökçek Karaca, 144.
- 60 “Öncelikle belirtmek gerekir ki; 5953 sayılı Basın İş Kanunu'nda, 1475 sayılı İş Kanunu'nun 16. maddesinde olduğu gibi ücretlerin zamanında ödenmemesinin işçiye haklı fesih hakkı verdiği hususunda bir düzenleme bulunmamaktadır. 5953 sayılı yasa ücretin zamanında ödenmemesinin yaptırımını, 14/2. maddesinde “Gazetecilere ücretlerini zamanında ödemeyen işverenler, bu ücretleri her gün için yüzde beş fazlasıyla ödemeye mecburdurlar.” hükmünü getirerek ortaya koymuş, diğer iş yasalarından farklı bir düzenlemeye gitmiştir. Yine 5953 sayılı Basın İş Kanununun önelsiz (Haklı nedenle) feshi düzenleyen 11. maddesindeki fesih nedenleri, aynı konuda düzenleme içeren 1475 sayılı İş Yasasının 16. ve 17. maddelerine göre çok dar ve sınırlı tutulmuştur. Anılan 11. maddeye göre “Bir mevkutenin veçhe ve karakterinde gazeteci için şeref ve şöhretini veya umumiyetle manevi menfaatlerini ihlal edici bir vaziyet ihdas edecek şekilde bariz bir değişiklik vukuu halinde” gazeteci ihbar müddetini beklemeden akdi feshedebilir ve süre şartı gerçekleşmişse kıdem tazminatı talep edebilir. Görüldüğü üzere; önelsiz feshi düzenleyen 11. maddenin açıklanan bu sınırlı ve dar düzenlemesi karşısında maddede yer almayan ücretin zamanında ödenmemesi hususunun işçiye haklı nedenle fesih hakkı vereceğini kabule olanak bulunmamaktadır” YHGK, 16.5.2001, 9-417/419, www.legalbank.net (15.1.2011).

- 61 Centel Tankut, İş Hukukunda Ücret, İstanbul 1988, 374.
- 62 Tuncay, 80.
- 63 Şakar, 96. Ayrıca bkz. Şakar Müjdat, Gazetecilik Sözleşmesinin Sona Ermesi, İhbar ve Kıdem Tazminatı, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Mayıs Toplantısı, Basın İş Hukuku Genel Esasları ve Uygulama Sorunları, İstanbul 2006, 108, 109; Göktaş/Çil, 156.
- 64 Gökçe, 85.
- 65 Akyiğit Ercan, Ücretin Zamanında Ödenmemesi Gazeteciye Akdi Fesih Hakkı Verir mi?, Yargı Dünyası, Mart 2002, s.25.
- 66 Yargıtay'ın bir kararına göre, yazılı sözleşmede Basın İş Kanunu m.4 gereğince gazetecinin kıdeminin yer almasının zorunlu olması karşısında, burada yer alan tarihin kıdem başlangıcı kabul edilmesi gerekir (YHGK., 26.12.1979, 9-849/1645, YKD., Temmuz 1980, 960); Yargıtay yakın tarihli kararlarında da, gazetecinin kıdeminin "mukavelesinin bildirilmesi gerekli Bölge Çalışma Müdürlüğü, mülki amirlik, Sendika ya da meslek örgütünden ve Başbakanlık Basın Yayın Enformasyon Genel Müdürlüğünden sorularak" belirlenmesi gerektiğini hükme bağlamıştır. Y9HD, 17.12.2002, 11858/23804, Göktaş/Çil, 150.
- 67 Akyiğit Ercan, Kıdem Tazminatı, Ankara 1999, 890; Gökçek Karaca, 194; Sevimli, K. Ahmet, Basın İş Kanununda Kıdem Tazminatı, İş, Güç Endüstri İlişkileri ve İnsan Kaynakları Dergisi, C.2, S.1, 2000, (www.isguc.org); Ancak öğretilerde gazetecinin, aynı işverenin basın işyerinde 4857 sayılı İş Kanunu'na tabi olarak çalışmakta iken, yazı işleri kadrosuna alınması sebebiyle Basın İş Kanunu'na tâbi bir hale gelmesi durumunda, kıdem süresinin nasıl belirleneceğine ilişkin bir ihtimalden de söz edilmektedir. Zira düzenleme farklılıklarının böyle sorunlar doğurması kaçınılmaz görülmektedir. Şakar'a göre, bu durumda 4857 sayılı Kanun'a tâbi çalışmalara ilişkin iş sözleşmesinin feshedildiği kabul edilmeli ve bu döneme ilişkin çalışmalar bakımından 4857 sayılı Kanun çerçevesinde kıdem tazminatına hak kazanma durumu değerlendirilmelidir. Aksi halde içinden çıkılmaz hukukî sorunlar ortaya çıkacaktır. Bkz. Şakar Müjdat, Basın İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Çalışma ve Toplum, 2008/2, 20.
- 68 Y9HD., 17.4.1973, 22734/11505, Göktaş/Çil, 23.
- 69 Diğer iş kanunlarının tersine, Basın İş Kanunu'nda yer alan gazetecinin kıdem tazminatına hak kazanmasına ilişkin koşulların, gazeteci lehine sözleşmeyle değiştirilmesi mümkündür. Nitekim, kanunun aradığı beş yıllık süre, toplu iş sözleşmeleri ile bir yıla indirilebilmekte ve suretle, 4857 sayılı İş Kanunu'na tâbi diğer basın işçileriyle gazeteciler arasında bu konuda eşitlik sağlanabilmektedir. Şakar, Sona Erme, 21.
- 70 Türkiye Gazeteciler Sendikası ile Anadolu Ajansı Genel Müdürlüğü arasında yapılan toplu iş sözleşmesinin 13. maddesi ile bu süre bir yıla indirilmiştir.
- 71 Karş. Şakar, 110; Tuncay, 84; Kadrosuz olarak çalıştırılan gazetecilerin, gazeteci olarak çalıştıklarının tespiti için geriye dönük olmak üzere 10 yıl geçmeden tespit davası açmaları gerekmektedir. Fiilen çalışmanın kanıtlandığı bu tespit davası üzerine alınacak karar kıdemden sayılacaktır. Şakar, Sona Erme, 20.
- 72 Kıdem hesabı açısından Başbakanlık Basın Yayın ve Enformasyon Genel Müdürlüğü'ndeki sicilde aksini öngören bir kaydın bulunmaması halinde gazetecinin kıdeminin devam ediyor sayılacağı öğretide kabul edilmektedir. Tuncay, 84; Şakar Müjdat, Gazeteci İle İşveren Arasındaki Basın İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sonuçları, Prof.Dr.Halit Kemal Elbir'e Armağan, İstanbul 1996, 494. Ancak gazetecilik mesleğinde geçmeyen sürelerin kıdem tazminatında dikkate alınamayacağı, bu konuda ispat yükünün gazeteciye ait olduğu ve sicilde kesinti olmamasının yeterli sayılamayacağı düşüncesiyle bu görüşe karşı çıkmıştır. Bkz. Göktaş/Çil, 51.
- 73 Beş yılın üzerinde kıdemi olan gazetecinin kıdem tazminatı ödenmek suretiyle iş sözleşmesinin feshinden sonra girdiği yeni işinde yeniden beş yıl beklemesi gerekmezdir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, başlangıçta gazetecinin kıdem tazminatı alarak işyerinden ayrılması durumunda yeniden işe girdiği işyerinde de beş yıl geçirmesi gerektiğini kabul etmekteydi (Y9HD, 22.10.2002, 7576/20030; YHGK., 16.05.2001, 9-417/2001/419, Göktaş/Çil, 52). Ancak Yargıtay, 2003 yılında vermiş olduğu bir kararında gazetecilik mesleğinde bir defa beş yılı dolduran gazeteciye kıdem tazminatı ödense dahi, yeniden işe girişinde beş yıl koşulunun aranmayacağını kabul etmiştir (Y9HD 04.02.2003, /20457/1376, Göktaş/Çil, 52).
- 74 Ancak bu durumda kıdem tazminatına hak kazanabilmek için yeniden girilen işyerinde en az altı ay çalışmış olmak şarttır. Göktaş/Çil, 52; Şakar, bir defa beş yıllık kıdem koşuluna sahip olan gazetecinin, başka bir işyerinde yeniden beş yıllık kıdem süresi geçirmesinin gerekmeceğini, hatta ikinci işyerinde üç ay çalışan gazetecinin de kıdem tazminatına hak kazanabileceğini belirtmektedir. Şakar, 114.
- 75 Şakar, 114; Çil Şahin, Gazetecinin İş Güvencesi Uygulaması, Basın İş Hukuku Genel Esasları ve Uygulama sorunları, Legal 2005 Yılı Mayıs Toplantısı, Legal Yayınları, İstanbul 2006, 160; Karşı görüşte olan Sevimli'ye göre, "Kanımızca, maddenin açık ifadesi karşısında bu tür bir sonuca varmak zordur. Kıdem tazminatına hak kazanmak için gazetecinin beş yıllık dönemleri beklemek zorunda olduğunun, özellikle İş Kanununa tabi çalışanlarla arasında yarattığı dengesizliğin giderilmesinin Basın İş Kanununun revize edilmesi ve o tarihe kadar toplu iş sözleşmeleri ya da hizmet akitlerine konacak gazeteci lehine hükümlerle mümkün olduğu düşüncesindeyiz". Bkz.www.isguc.org.
- 76 Yargıtay iş sözleşmesinin bildirim sürelerine ilişkin ücretin peşin ödenerek sona erdirilmesi halinde, bildirim süresinin kıdem süresine dahil edilmeyeceği görüşündedir. YHGK, 11.05.1984. 9-392/549; Y9HD, 02.01.1999 12252/16507, Kamu-İş, Çalışma Hayatı İle İlgili Yargıtay Kararları, Ankara-1999, 59; Y9HD, 14.09.1999 10825/12960, Çalışma Hayatı İle İlgili Yargıtay Kararları, Kamu-İş, Ankara 1999, 59, 60.

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN

Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Taşınması Gereken Şartlar ve Bunun Geçerliliği Meselesi (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme)

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2008/41875**Karar No** : 2010/35558**Tarihi** : 02.12.2010

ÖZET

- Rekabet yasağı sözleşmesinin yazılı yapılması
- İşverenin korunmaya değer bir menfaatinin bulunması ve işçinin işverenin müşteri çevresine veya iş ve üretim sınırlarına ait bilgileri kullanarak işverene önemli bir zarar verebilme ihtimalinin bulunması
- Rekabet yasağının işçinin ekonomik yönden geleceğini tehlikeye sokmaması
- Rekabet yasağının belirli bir zaman, belirli bir yer ve işin türü itibarıyla sınırlandırılmış olması
- Her ne kadar B.K.m.349 gereğince re-

kabet yasağına yer bakımından sınırlama getirilmesi gerekmekte ise de, GSM. hizmetinin niteliği, tüm ülke sathına yayılmış olması, hitap ettiği müşteri kitlesinin tüm Türkiye'yi kapsamı karşısında, yer bakımından sınırlandırılmanın çok da anlamlı olmayacağı hususu

- Bahsi geçen şartları taşıyan rekabet sözleşmesine aykırılık halinde kararlaştırılan cezai şartın ödenmesi gerekliliği.

DAVA

Davacı cezai şartın ödenmesine karar verilmesini istemiştir. Yerel mahkeme istemi kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içerisinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için tetkik hakimi F. U. K. tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine göre, iki tarafın yerinde bulunmayan bütün temyiz itirazlarının reddi ile usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA, aşağıda yazılı temyiz giderinin 3,15 TL'nin davacıya artar kalanının davalıya yükletilmesine, 02.12.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi¹.

Yargıtay kararına esas Bakırköy 7. İş Mahkemesinin 08.10.2008 tarih ve 2007/182 Esas ve 2008/378 sayılı kararı da şöyledir:

BAKIRKÖY 7. İŞ MAHKEMESİ

Esas No : 2007/182

Karar No : 2008/378

Tarihi : 08.10.2008

“Davacı vekili 16.05.2007 harç tarihli dilekçesi ile; Davalının belirsiz süreli iş sözleşmesine istinaden müvekkili şirkete ait işyerinde, ... Müşteri Yönetimi Planlama ve Raporlama Bölüm Yöneticiliği görevinde çalışırken, 06.04.2007 tarihinde bildirim süresine uymaksızın iş sözleşmesini feshettiğini, ibranamesini imzaladıktan sonra aynı gün işyerinden ayrıldığını, davalının müvekkili şirketteki son brüt ücretinin 9.605,00 YTL./Ay olduğunu, davalı ile müvekkili şirket arasında 28.07.2004 tarihinde imzalanan ve davalının ayrıldığı tarihte de yürürlükte bulunan iş sözleşmesinde BK.348 ve devamı maddelerinin aradığı şekil şartlarına ve esaslarına uygun olarak rekabet yasağının düzenlendiğini, davalının iş sözleşmesini bildirim önellerine uymaksızın sona erdirip ayrıldıktan 13 gün sonra müvekkili şirketin faaliyet alanı içerisinde olan CallCenter Hizmetlerinde de faaliyet göstermekte olan ... Telekomünikasyon A.Ş.'de iş sözleşmesine istinaden 19.04.2007 tarihinde çalışmaya başladığını, bu çalışmasının Belirsiz Süreli İş Sözleşmesinin “9” nolu Özel Şartlar ben-

dinin “3” paragrafında düzenlenen rekabet yasağına aykırılık teşkil ettiğini, bu durumda iş sözleşmesinde kararlaştırılmış bulunan 18 aylık ücret tutarındaki ceza-i şartı müvekkiline ödemesi gerektiğini, davalının cezai şartı ödemediği gibi ödeyeceği yolunda da bir beyanda bulunmadığını, bu nedenle fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydı şartı ile şimdilik ile 500 YTL. cezai şartın dava tarihinden itibaren faizi ile birlikte ödetilmesine, yargılama gideri ile avukatlık ücretinin davalı tarafa yükletilmesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili davaya karşı verdiği yazılı cevabında özetle; Müvekkilinin rekabet yasağına aykırı herhangi bir davranışı olmadığı gibi, davacı şirket ile halen çalıştığı şirketin faaliyet alanlarının tamamen farklı olduğunu, ihbar önellerine uymak istediği halde istifasının hemen işleme konulduğunu, iyi niyetli olarak ibraname verdiğini, davanın konusunu oluşturan “Belirsiz Süreli İş Sözleşmesinin” hukuki geçerlik koşullarını taşımadığını, bu sözleşmeye dayanılarak cezai şart istenmesinin mümkün bulunmadığını, davacı tarafın müvekkili ile iki ayrı sözleşme imzaladığını, önce mahkememize sunulmuş olan 28.07.2004 imza ve başlangıç tarihli birinci sözleşmenin imzalandığını, bu sözleşmenin suretinin müvekkiline verilmediğini, sözleşmenin imzalandığı tarih ile işe başlangıç tarihinin aynı olması sebebiyle kanuni açıdan sorun yaşamak istemeyen davacı şirketin müvekkilinin işe giriş tarihini SSK. na 29.07.2004 olarak bildirdiğini, 13.09.2004 tarihinde müvekkili ile eski tarihli bir sözleşme yaptığını, ortada iki ayrı sözleşme bulunduğunu, ikinci sözleşme ile birincinin hükümsüz hale geldiğini, müvekkilinin, işe başladıktan yaklaşık 1.5 ay sonra işini kaybetme korkusu ile ikinci sözleşmeyi imzaladığını, bu sözleşmenin taraflarca aynı zamanda imzalanmadığını, sözleşmede karşılıklılık esasının bulunmadığını, düzenlemenin müvekkili için 18 ay şirketin faaliyet alanına giren bir işte çalışmama yükümlülüğü getirirken

davacı şirkete hiçbir yükümlülük ve cezai yaptırım getirmediğini, 18 aylık çalışmama süresinin fahiş bir süre olduğunu, 12 aylık cezai tazminatın da fahiş olduğunu, tazminatın ne şekilde belirleneceğinin de belli olmadığını, BK. 349. maddesi gereğince rekabet yasağının işçinin ekonomik geleceğini tehlikeye düşürmemesi, yer, zaman ve konu bakımından sınırlandırılmış olması gerektiğini, sözleşmedeki cezai şart düzenlemesinin bu ilkeye aykırı olduğunu, Yargıtay'ın da bu konuda içtihatları bulunduğunu, müvekkilinin "Dış Kaynak Kullanımlı Çağrı Merkezi" alanında faaliyet gösteren davacı şirketten ayrılarak "Telekomünikasyon" alanında faaliyet gösteren ... Telekomünikasyon AŞ, ne farklı bir görevle geçtiğini, her iki şirketin faaliyet alanlarında benzerlik ve rekabet bulunmadığını, müvekkilinin ...'da Strateji ve Kurumsal Planlama Müdürü olarak görev yaptığını, çağrı merkezi ile bir ilgisinin bulunmadığını, davacının somut bir zarara uğramadığını, tüm bu nedenlerle haksız davanın reddini talep ve beyan etmiştir.

Taraf vekilleri yargılama sırasında sözlü ve yazılı olarak talep ve beyanlarını tekrarlamışlardır.

Davacı tarafça dayanılan ve dava konusu edilen Belirsiz Süreli İş Sözleşmesi incelendiğinde: 28.07.2004 tarihinde düzenlendiği, her iki tarafça imza edildiği, davalının işe başlama tarihinin de aynı olduğu, sözleşmenin Özel Şartlar 3. maddesi A bendinde "Personel, iş sözleşmesini sona erdirdiği tarihten itibaren veya işverence haklı bir nedenle feshini izleyen ayı takip eden aybaşından itibaren 18 ay süre ile çalıştığı işyerinin faaliyet konusuna giren konulardan birinde veya bir kaçında faaliyet gösteren bir başka kurum ve kuruluşta veya işyerinde ücretli veya ücretsiz görev alamaz. Aynı konuda kendi nam ve hesabına uğraşı veremez. Kurulmuş veya kurulacak ortaklıklarda ortak, denetçi vs. gibi adlarla da olsa görev alamaz." B bendinde "Personel, yukarıda belirtilen kurallara aksi davranışı nedeniyle işverenin

uğrayacağı tüm zararları ve şirket yöneticilerinin ve ortaklarının manevi zararlarını karşılamak üzere, işverenin işlerinin büyüklüğü ve personelin rekabet yasağına aykırı davranışı nedeniyle, işverenin uğrayacağı zararı tespit etmek mümkün olmadığından, 12 aylık ücreti tutarında tazminat ödemeyi kabul eder. Personel bu miktarın fahiş olmadığını ve ihtilaf halinde indirim talebinde bulunmayacağını peşinen kabul eder" düzenlemesinin bulunduğu görülmektedir.

Davalı vekilinin cevap dilekçesi ekinde sunduğu, 28.07.2004 düzenleme tarihli Belirsiz Süreli İş Sözleşmesinde; işe başlama tarihinin 29.07.2004 olarak yazılı olduğu, özel şartlar 3. madde A ve B bentlerinde davacı vekilinin sunduğu sözleşmede yer alan rekabet yasağı ve cezai şarta ilişkin düzenlemelerin aynı ibarelerle yer aldığı, ancak bu sözleşmenin sadece davalı tarafça imzalandığı, davacı işveren tarafından imza edilmediği görülmektedir.

Taraf vekillerince gösterilen tanıklar huzurda dinlenmişlerdir.

Mahkememizce seçilen bilirkişi Doç. Dr. açıklamalı ve kapsamlı raporunda; davaya, rekabet yasağına, davalının davacı işyerindeki ve halen çalışmakta olduğu işyerindeki görev pozisyonuna, her iki şirketin faaliyet alanlarına ilişkin konulan akademik bir yaklaşımla açıklamıştır.

Tüm dosya kapsamından; Davalının davacı firmada son görev pozisyonunun Kurumsal Yönetim ve Stratejik Planlama Bölüm Yöneticisi, çağrı merkezi hizmeti veren davacının kurucu ortağı ve en önemli müşterisinin telekomünikasyon alanında faaliyet gösteren ... olduğu, davalının davacı şirketten istifa edip bildirim önellerine uymadan ayrılmasından sonra, telekomünikasyon alanında ...'in rakibi olarak faaliyet gösteren ...'da Strateji ve Planlama Müdürü olarak çalışmaya başladığı sabittir.

İş akdinin devamı süresince işçinin işverence rekabet etmemesi sadakat borcu içinde yer alan bir yükümlülüktür. Buna karşılık,

BK. 348/1. maddesi gereğince taraflar iş ilişkisi devam ederken sözleşmenin bitiminden sonra işçinin rekabet etmeyeceğine ilişkin bir hükmün iş akdine konulmasını veya bu konuda ayrı bir rekabet yasağı sözleşmesinin yapılmasını kararlaştırabilirler. Yani işçinin kendi namına işverenle rekabet edecek bir iş yapmamasını veya rakip bir müessese de çalışmamasını ya da böyle bir müessese ile ortak olarak veyahut başka bir sıfatla ilgili olmamasını kurala bağlayabilirler. İş akdi sona erdikten sonra işçinin işverenle rekabet etmeme borcu ancak böyle bir yükümlülük, sözleşme ile kararlaştırıldığı takdirde söz konusu olmaktadır. Rekabet yasağına ilişkin sözleşmenin geçerli sayılması bazı koşulların varlığına bağlıdır. İlk önce işçiye rekabet etmeme borcu yükleyen sözleşmenin yazılı yapılması zorunludur. (BK.350. madde) Bunun gibi, rekabet etmeme sözleşmesi eski işverenin korunmasını amaçladığından işverenin korunmaya değer bir menfaatinin bulunması gerekir. Bu nedenle, rekabet etmeme taahhüdü, ancak işçinin, işverenin müşteri çevresine veya iş ve üretim sırlarına ait bilgileri kullanarak işverene önemli bir zarar verebilme ihtimalinin bulunduğu hallerde geçerlidir. (BK.348/2 madde) Bundan başka, getirilen rekabet yasağının işçinin ekonomik yönden geleceğini tehlikeye sokmaması gerekir. BK.349. maddesi rekabet yasağının belirli bir zaman, belirli bir yer ve işin türü itibarıyla sınırlandırılmış olması gerektiğini düzenlemiştir. BK.351/1 maddesi gereğince rekabet yasağına aykırı hareket eden işçi, işverenin zararını tazmin etmek zorunda kalır. Taraflar söz konusu yasağın ihlal edilmesi halinde işçinin bir cezai şart ödemek zorunda kalacağını geçerli olarak kararlaştırabilirler. İş akdi işçinin haklı bir feshi gerektirecek herhangi bir kusuru olmaksızın, işveren tarafından veya derhal feshi haklı kılacak işverenin bir kusuru nedeniyle işçi tarafından feshedilirse rekabet etmeme borcu ortadan kalkar. (BK.352/2 madde)

Somut olayda; Davacı ve davalı tarafça sunulan her iki iş sözleşmesinde de rekabet yasağına ilişkin hüküm aynı ibarelerle yer almıştır. Davacı tarafından dava dilekçesine ekli olarak sunulan sözleşme her iki tarafça imzalanmış olmakla, hukuken geçerli olmadığı yolundaki davalı iddialarına katılmak mümkün görülmemiştir. Her iki sözleşmede de “personel, iş sözleşmesinin sona erdiği tarihten itibaren veya işverence haklı bir nedenle feshini izleyen ayı takip eden aybaşından itibaren 18 ay süre ile çalıştığı işyerinin faaliyet konusuna giren konuların birinde veya birkaçında faaliyet gösteren bir başka kurum ve kuruluşta veya işyerinde ücretli veya ücretsiz görev alamaz. Aynı konuda kendi nam ve hesabına uğraşı veremez. Kurulmuş olan ortaklıklarda ortak, denetçi vs. gibi adlarla da olsa görev alamaz” düzenlemesi yer almaktadır.

Temel uyuşmazlık konularından biri, davalının halen çalışmakta olduğu işyerinin davacı işyeri ile aynı faaliyet alanında çalışan rakip bir işyeri olup olmadığıdır, işçinin rakip bir işyerinde çalışması sözleşme ile yasaklanabilmektedir. Yargıtay içtihatlarına göre işçinin işverenin müşteri portföyünde bulunan şirketlerle de çalışması yasaklanabilecektir, Davacı şirket dış kaynaklı çağrı merkezi faaliyetinde, davalının halen çalıştığı ... şirketi ise telekomünikasyon sektöründe faaliyet göstermektedir. Çağrı merkezi hizmeti veren, telekomünikasyon alanında faaliyet gösteren, davacı şirketin kurucu ortağı ve en önemli müşterisi olan şirket ...'dir. Davalının davalı işyerinden istifa edip çok kısa bir süre sonra çalışmaya başladığı ... şirketi ise telekomünikasyon alanında ...'in rakibi olarak faaliyetini sürdürmekte olup, bu husus herkesçe de malumdur.

Davalının, davacı şirkette son görev pozisyonu “Kurumsal Yönetim ve Stratejik Planlama Bölüm Yöneticiliği” dir. Üst düzey bir yönetici olup şirketin geleceği ile ilgili faaliyetlerin başında bulunmuştur. Ayrıca kalite uygulamalarından da sorumlu olarak

çalışmıştır. Davalı davacı şirkette çok önemli bir pozisyonda görev yapmıştır.

Davacı şirketin hakim ortağı ... A.Ş.'nin faaliyet alanı GSM operatörlüğüdür. Davacı ... Çağrı Servisi Hizmetleri A.Ş. hem hakim ortağı hem oldukça önemli müşterisi olan ...'in müşteri ilişkilerinin önemli bir kısmını oluşturan call center hizmetlerini yürütmektedir. ... müşteri hizmetleri faaliyetlerini davacı şirkete devretmiştir. Davacı şirketin temel işi müşteri hizmetleri yönetimidir. Bu nedenle ...'in müşteri profiline ilişkin bilgilere sahiptir. Davalının, davacı şirkette stratejist olarak görev yaptığı; sektör, rakip şirketler, davacı şirketin güçlü ve zayıf yönleri, gelecek için belirlediği stratejiler ile pazar ve müşteri bilgilerine sahip olduğu açıktır. Mahkememizce dinlenen tüm tanıklar da bu yönde beyanda bulunmuşlardır. Davacı şirketin, ana hissedarı ve en önemli müşterisi olan ...'in faaliyetlerine olan katkısı nedeniyle GSM. Hizmetleri sektöründe çok önemli bir yerde bulunduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle ...'i zarara uğratabilecek bir husus, davacı şirketi de zarara uğratabilecek bir etkiye sahip olacaktır.

Rekabet yasağının mevcudiyeti için gerçekleşen bir zarar aranmamaktadır. Ekonomik zarar tehlikesinin bulunması yeterlidir. Dolayısı ile işçinin, işverenin müşteri portföyünde bulunan bir şirketin rakibi olan başka bir şirkette çalışması rekabet yasağının ihlali sayılmalıdır.

Her ne kadar B.K. 349 maddesi gereğince rekabet yasağına yer bakımından sınırlama getirilmesi gerekmekte ise de, GSM. hizmetinin niteliği, tüm ülke sathına yayılmış olması, hitap ettiği müşteri kitlesinin tüm Türkiye'yi kapsamaması karşısında, yer bakımından sınırlandırılmanın çok da anlamlı olmayacağı açıktır.

Kanaatimizce, davalının eğitimi, mesleği, davalı şirketteki ve halen çalıştığı şirketteki konumu, teknolojik gelişmeler, değişen ve gelişen bir dünyada yaşıyor olmamız, iletişim olanaklarının nerede ise sınırsızlaşmaya

doğru gitmesi, iş hukukunun işçiyi koruma işlevi yanında, işverenin de menfaatlerinin gözetilmesinde hakkaniyetle hareket edilmesi gerektiği, Anayasamızın çalışma ve sözleşme özgürlüğünü benimsemiş olması, iş hukukunun değişen dünyadaki gerekleri, taraflar arasında geçerliliği hukuken tartışmasız bulunan rekabet yasağına ilişkin düzenlemenin açıklığı bir arada düşünüldüğünde, yer-zaman-konu sınırlamasına sıkı sıkıya bağlılığın BK.'nın rekabet yasağına ilişkin düzenlemesi amacına uygun düşmeyecektir.

“Bir işletmeden ayrılan bir işçiye rakip bir işletmenin hizmetine girmek veya kendi adına aynı nitelikte bir işletme kurmak yasaklanmasa da, onu daha önce kullanan işletmede yerine getirmiş olduğu görev ve kendisine gösterilen güven olmasaydı öğrenemeyeceği bilgileri hangi türden olursa olsun yeni işletmede kullanması kesinlikle yasaktır”, (Rudolf Krasser La repression de la cocurrence deloyale dans les etats membres de la cee PARİS 1972 s.271-272) şeklindeki bir Fransız Mahkemesi kararı da rekabet yasağına ilişkin dikkat çekici bir karardır.

Sonuç olarak, mahkememizce davaya konu edilen rekabet yasağı sözleşmesinin BK.'nın 348. vd. maddelerine uygun olduğu kanaatine varılmıştır.

Yine de somut olaydaki rekabet yasağı düzenlemesinde, davacı işveren yönünden herhangi bir yükümlülüğün bulunmaması, davalının ekonomik ve sosyal konumunu korumak zorunda bulunması ve karşılıklı menfaatlerin dengelenmesi bakımından, taraflar arasında kararlaştırılan cezai şarttan BK. 161/son maddesi hükmü uyarınca takdiri indirim yoluna gidilmiş ve aşağıdaki hüküm kurulmuştur.

HÜKÜM

Davanın KISMEN KABULÜ ile;

57.630,00.-YTL rekabet yasağından kaynaklanan cezai şartın dava tarihinden itiba-

ren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan alınmasına davacıya verilmesine,

Alınması gereken 3.112,02.-YTL karar ve ilam harcından peşin alınan 1.566,10.-YTL harcın mahsubu ile bakiye 1.545,92.-YTL harcın davalıdan alınmasına hazineye irat kaydına,

Davacı tarafından yapılan 1.579,20.-YTL harç masrafının davalıdan alınmasına davacıya verilmesine.

Davacı kendisini bir vekil ile temsil ettirildiğinden karar tarihinde yürürlükte bulunan AAUT'ye göre 5.710,40.-YTL vekalet ücretinin davalıdan alınmasına davacıya verilmesine,

Davalı kendisini bir vekil ile temsil ettirildiğinden karar tarihinde yürürlükte bulunan AAUT'ye göre 5.710,40.-YTL vekalet ücretinin davacıdan alınmasına davalıya verilmesine,

Davacı tarafından yapılan 281,20.-YTL yargılama masrafının davanın kısmen kabul oranına göre 140,60.-YTL'sinin davalıdan alınmasına davacıya verilmesine, kalan kısmın davacı üzerinde bırakılmasına,

Dair, davacı vekili Av. ... ile davalı vekili Av. ... yüzlerine karşı tefhimden itibaren 8 gün içerisinde Yargıtay nezdinde temyizi kabil olmak üzere verilen karar açıkça okunup usulen anlatıldı. 08.10.2008.

KARARIN İNCELENMESİ

I. Yargıtay kararına konu olay taraflar arasında yürürlüğe konmuş bulunan rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliği ile ilgilidir. Söz konusu karar incelenirken öncelikle rekabet yasağı sözleşmelerinin taşınması gereken hususlar belirtilecek, sonra somut olaya ilişkin olarak değerlendirme yapılacaktır. Bununla birlikte rekabet yasağı sözleşmesinde bulunması gereken hususları bünyesinde barındıran bir Yargıtay kararı daha önce tarafımızdan ayrıntılı olarak incelendiği için², burada şartlar konusunda çok ayrıntıya ve detaylı bilgiye yer verilmeyecek, konu ile ilgili hususlar hakkında bilgi verilecektir.

Teknolojinin gelişmesi, işverenler için istihdam ettikleri elemanları rakip firmalara kaptırmama konusunda ayrı bir gayret sarf etmeye zorlamaktadır³. Özellikle rekabet ortamı içerisinde, iş sırları ve müşteriler ile ilişki konusunda bilgi sahibi olan çalışanların, rakip firmaların "ayartma" tehdidi altında oldukları bir gerçektir. İşte, uzun emek ve uğraşı sonucu elde edilen bir takım bilgilerin ve yetiştirilen elemanların işverenle rekabet edici davranışlardan uzak kalmalarını sağlayan müessese; rekabet yasağı sözleşmesidir⁴. Bir başka ifadeyle, bir işyerinde çalışan işçinin işverene ait iş sırlarını öğrenme ve müşterilerini tanıma imkanı, ona karşı rekabet

girişme meselesini de gündeme taşıyabilir. İşçinin sadakat borcu dolayısıyla iş sözleşmesi devam ettiği sürece böyle bir davranışta bulunamayacağı açıktır⁵. Ancak işçi herhangi bir sebeple işyerinden ayrıldıktan sonra rekabete girişebileceği için, bu durumda mesele daha da önem kazanmaktadır. Bunu önlemek için işveren iş sözleşmesi yapıldığı sırada, işçinin akdin bitiminden sonra rekabet yapamayacağını taahhüt eden bir hükmün iş sözleşmesine konulmasını isteyebilir veya işçi ile bu konuda ayrı bir sözleşme (rekabet yasağı sözleşmesi) yapabilir⁶. Rekabet yasağı sözleşmesi, işçinin iş ilişkisi içerisinde işverenin müşterilerine nüfuz etmesi yahut iş sırlarına vâkıfıyeti nedeniyle iş sözleşmesi sona erdikten sonra, belirli bir faaliyet alanında, belirli bir coğrafi bölgede ve belirli bir zaman dilimi içerisinde işçinin işverenle rekabet teşkil eden davranış içerisine girmesini yasaklayan sözleşmeye denir⁷. Borçlar Kanunu, rekabet yasağına ilişkin kuralları, işçinin sözleşme özgürlüğünü doğrudan etkilemesi nedeniyle bazı kayıt ve şartlara tabi tutmuştur⁸.

Rekabet yasağı sözleşmesi Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiştir. Gerçekten, BK. m. 348'e göre, "İş sahibinin müşterilerini tanımak veya işlerinin esrarına nüfuz etmek hususlarında işçiye müsait olan bir hizmet akdinde her iki taraf da, akdin hitamından sonra, işçinin kendi

namına iş sahibi ile rekabet edecek bir iş yapmamasını ve rakip bir müessesede çalışmamasını ve böyle bir müessesede şerik veya sair bir sıfatla alâkadar olmamasını, şart edebilirler.

Rekabet memnuiyetine dair olan şart, ancak işçinin müşterilerini tanımasından ve esrara nüfuzundan istifade ederek iş sahibine hissölunacak derecede bir zarar husulüne sebebiyet verebilecek ise, caizdir.

İşçi, akdin yapıldığı zamanda reşid değil ise rekabet memnuiyetine dair olan şart bätıldır”⁹.

II. Ancak yapılan bu sözleşmenin geçerliliği için belirli bazı şartların varlığı aranır.

Her şeyden önce, işçinin reşit olması ve sözleşmenin yazılı yapılması gerekir (BK. m. 350). Sözleşme tarafı işçinin reşit olmaması veya yazılı şekil şartına uyulmamasının müeyyidesi, butlandır.

BK. m. 352/1'e göre, “Rekabet memnuiyetinin bekasında iş sahibinin hakiki menfaati bulunmadığı sabit olursa, bu memnuiyet nihayet bulur”. Dolayısıyla, işverenin korunabilir hak-

lanılması, işverenin önemli bir zararına sebep olacak nitelikteyse geçerlidir”.

Müşteri çevresine veya iş sırlarına nüfuz etmeden anlaşılması gereken, işçinin işverenin belirli sırlarını öğrenebilme imkanına sahip olma imkanının bulunmasıdır¹². Müşterilere ait bilgiye sahip olma imkanı tespit edilirken, işçinin işyerindeki konumuna bakılır. Örneğin, bir pazarlama elemanı ile depo görevlisinin müşterilere ait sırlara sahip olma durumları, kural olarak farklıdır. Bir şirketin satış servisinde çalışan bir elemanın müşterileri tanıma; aynı şirketin kimya laboratuvarında çalışan bir teknisyenin de üretimdeki özel formülleri öğrenebilme ihtimali vardır. Belirtelim ki, iş hayatında müşteri çevresine ilişkin bilgilere, vasıflı veya yönetici konumunda olan işçilerin, bu konumda olmayanlara nazaran daha kolay ve kapsamlı bir biçimde ulaştıkları görülmektedir. Yine, işçinin iş sırlarına vakıf olması da rekabet yasağı sözleşmesini haklı kılabılır. İş sırrı, iş ve işyeri ile ilgili bulunan, üçüncü kişiler tarafın-

Rekabet yasağı sözleşmesi Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiştir.

lı bir menfaatinin varlığı halinde sözleşmenin geçerliliğine imkan tanınır. İşverenin haklı bir menfaatinin varlığı, ancak işçinin çalışma ilişkisinin rekabete imkan verdiği durumlarda söz konusu olabilir. Borçlar Kanunu, haklı menfaatin içerisine nelerin girdiğini açıklamıştır. Gerçekten, BK. m. 348/2'ye göre, “Rekabet memnuiyetine dair olan şart, ancak işçinin müşterilerini tanımasından ve (=veya¹⁰) esrara nüfuzundan istifade ederek iş sahibine hissölunacak derecede bir zarar husulüne sebebiyet verebilecek ise, caizdir”¹¹. Böylelikle rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliği için, işçinin işverenin müşterilerini tanıma veya iş sırlarına nüfuz etme imkanının bulunması ve işverenin de önemli ölçüde zarara uğraması ihtimalinin bulunması gerekmektedir. 6098 sayılı (Yeni) Türk Borçlar Kanunu m. 444/2'ye göre de, “Rekabet yasağı kaydı, ancak hizmet ilişkisi işçiye müşteri çevresi veya üretim sırları ya da işverenin yaptığı işler hakkında bilgi edinme imkânı sağlıyorsa ve aynı zamanda bu bilgilerin kul-

dan bilinmeyen, kamuya mal olmamış ve ale-niyet kazanmamış, ancak işyerinde çalışan kişi ve/veya kişilerce (sınırlı sayıda kişi tarafından) bilinen, işverenin de başkaları tarafından öğrenilmesini istemediği, saklı kalmasında haklı bir menfaatinin bulunduğu, basitçe ve kolaylıkla öğrenilemeyecek her türlü bilgidir¹³.

Vurgulamak gerekir ki, işçiye, iş akdi sona erdikten sonra rekabet yasağı getirilmesinin temel amacı, işçinin çalışırken işyerinde öğrendiği özel bilgileri iş ilişkisi sona erdikten sonra işverenin rekabet edecek bir biçimde kullanmasının önüne geçmektir. Bu nedenle rekabet yasağı işverenin korunabilir haklı bir menfaatinin bulunduğu, özel koşulların söz konusu olduğu iş ilişkileri için geçerlidir. İşverenin önemli ve korunabilir bir menfaatinin söz konusu olmadığı iş ilişkilerinde rekabet yasağı şartı öngörül-müş olsa bile yasak geçersizdir¹⁴.

Belirtelim ki, rekabet yasağı sözleşmesi hiçbir zaman işçinin ekonomik geleceğini tehlikeye de uğratmamalıdır. Sözleşme, şüphesiz işçinin eko-

nomik açıdan zarar görmesi sonucunu doğurur, bu muhakkaktır. Ancak, önemli olan işçinin tamamen çalışma imkanının elinden alınıp alınmadığıdır. Burada belirtilen husus, işçinin ekonomik geleceğinin sınırlandırılmasının hakkaniyete aykırı olmamasıdır. Zaten bu nedendir ki, kanun koyucu rekabet yasağı sözleşmesinin zaman, yer ve konu açısından sınırlandırılması gerektiğini öngörmüştür. Bu şekilde bir sınırlandırma içermeyen sözleşmeler geçersizdir. Hatta sözleşmenin süre, yer ve konu itibarıyla bir bütün halinde sınırlandırılması gereklidir¹⁵. Böylelikle, rekabet yasağından işçinin hangi tür işi yapamayacağı, yasağın hangi yer ve yerler için konduğu ve ne kadar zaman süreceğinin anlaşılması gereklidir. Yoksa, hakim aşırı olan sözleşme şartlarına müdahale eder¹⁶. Hakim söz konusu müdahaleyi, iyiniyet (dürüstlük) kuralları ve hakkaniyet çerçevesinde yapar.

Borçlar Kanunu da rekabet yasağı sözleşme-

miştir¹⁸. Yeni Borçlar Kanunu m.445/1'e göre, "Rekabet yasağı, işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye düşürecek biçimde yer, zaman ve işlerin türü bakımından uygun olmayan sınırlamalar içeremez ve süresi, özel durum ve koşullar dışında iki yılı aşamaz".

İkinci olarak yer bakımından da sınırlandırma söz konusudur. Buna göre, rekabet yasağının geçerli olabilmesi için bir diğer şart, hangi coğrafi bölge içinde işçinin rekabetten kaçınmak zorunda olduğunun tespit edilmiş olmasıdır. Sözleşmede öngörülen yer, işverenin korunmakta menfaati bulunan sahayı kapsamına almalıdır¹⁹. Kanaatimizce, somut olayın özellikleri dikkate alınarak yer bakımından sınırlandırma tespit edilmelidir. Biz göre tüm Türkiye'yi kapsayan rekabet yasağı yanında, çok istisnai de, olsa ülkeyi aşan bir biçimde kararlaştırılan rekabet yasağı sözleşmelerinin de geçerli olduğu görüşüdeyiz²⁰. Bununla bir-

Borçlar Kanunu rekabet yasağı sözleşmesi için herhangi bir yasal süre belirlememişken Yeni Borçlar Kanunu bu süreyi esas itibarıyla iki yıl olarak belirlemiştir.

lerinde işçi ile işverenin çıkarları arasında bir uygunluğun varlığını aramaktadır. Gerçekten, BK. m. 349'a göre, "Rekabet memnuiyeti ancak işçinin iktisadi istikbalinin hakkaniyete muhalif olarak tehlikeye girmesini men edecek surette zaman, mahal ve işin nevi noktasından hal icabına göre münasip bir hudut şart edilmiş ise muteberdir". Kanundaki icabı hale göre münasip bir hudut ifadesi, hakimin sınırlandırmaların üçünü de birlikte ele alması ve değerlendirmesini ve kendi aralarında uygunluklarını araştırmasını anlatmaktadır¹⁷.

Kanunda rekabet yasağı için sınırlandırma üç durum dikkate alınarak yapılmıştır. Buna göre, zaman bakımından sınırlandırmada, rekabet yasağının ancak belirli bir süre hüküm ifade edeceği anlatılır. Buna karşın Borçlar Kanunu rekabet yasağı sözleşmesi için herhangi bir yasal süre belirlememişken Yeni Borçlar Kanunu bu süreyi esas itibarıyla iki yıl olarak belirle-

likte, Yargıtay 1999 yılında verdiği bir kararda, tüm Türkiye'yi kapsayan rekabet yasağı sözleşmesini geçersiz saymıştır²¹. Söz konusu karar öğretideki bir kısım yazar tarafından hukuka uygun bulunurken bir kısım yazar da hukuka aykırı bulmaktadır²².

Nihayet, rekabet yasağı sözleşmesi konu bakımından da sınırlandırılmıştır²³. Buna göre, her türlü faaliyetin değil, işyerinde yapılan işe ait faaliyetlerin kapsama alınması gereklidir²⁴.

Rekabet yasağı zaman, yer ve konu açısından sınırlanması karşısında Borçlar Kanunu aşırı rekabet yasağına hakimin müdahale edip edemeyeceğine ilişkin bir hüküm getirmemiştir. Bununla birlikte Yeni Türk Borçlar Kanunu'nda bu yönde bir hüküm mevcuttur. Gerçekten Yeni Türk Borçlar Kanunu m. 445/2'ye göre, "Hâkim, aşırı nitelikteki rekabet yasağını, bütün durum ve koşulları serbestçe değerlendirmek ve işverenin üstlenmiş olabile-

ceği karşı edimi de hakkaniyete uygun biçimde göz önünde tutmak suretiyle, kapsamı veya süresi bakımından sınırlandırabilir”.

İşçinin rekabet oluşturan davranışları da Borçlar Kanunu’nda belirlenmiştir. BK. m. 348/1’e göre, “İş sahibinin müşterilerini tanımak veya işlerinin esrarına nüfuz etmek hususlarında işçiye müsait olan bir hizmet akdinde her iki taraf da, akdin hitamından sonra, işçinin kendi namına iş sahibi ile rekabet edecek bir iş yapmamasını ve rakip bir müessesede çalışmamasını ve böyle bir müessesede şerik veya sair bir sıfatla alâkadar olmamasını, şart edebilirler”. Buna göre, tarafların iş sözleşmesi sona erdikten sonra, eski işçinin kendi namına işveren ile rekabet edecek bir iş yapmamasını ve rakip bir müessesede çalışmamasını ve böyle bir müessesede ortak veya başka bir sıfatla alâkadar olamamasını kararlaştırabilmeleri mümkündür²⁵. Yeni Türk Borçlar Kanunu’nda da benzer bir düzenleme mevcut-

Rekabet yasağı sözleşmesinin ihlali halinde ortaya çıkan zararların da giderilmesi gerekir²⁷.

III. Bu genel değerlendirmeler ışığında somut olaya gelince davalı işçi dış kaynaklı çağrı merkezi (call center) alanında faaliyette bulunurken yine telekomünikasyon alanında faaliyet gösteren bir başka şirkette çalışmaya başlamıştır. Ancak davalının rekabet yasağı sözleşmesi imzalamış olduğu şirket yine telekomünikasyon alanında faaliyet gösteren bir şirket olup, davalının çalışmakta olduğu yeni şirketle ciddi rekabet ilişkisi içerisinde.

Belirtmek gerekir ki, davalı işçi rekabet yasağı sözleşmesi imzalamış olduğu işyerindeki çalışmasını ihbar sürelerine uymadan sona erdirmiştir.

Davalı taraf taraflar arasında iki adet sözleşmenin bulunduğunu, bunlardan birisinde rekabet yasağı şartına ilişkin olarak sözleşmenin tek taraflı imzalandığını, dolayısıyla geçersiz ol-

Bizim hukukumuzda yabancı hukuk sistemlerinden farklı olarak rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliği bir karşı edime bağlanmamıştır.

tur. Gerçekten BK. m. 444/2’ye göre de, “Fiil ehliyetine sahip olan işçi, işverene karşı, sözleşmenin sona ermesinden sonra herhangi bir biçimde onunla rekabet etmekten, özellikle kendi hesabına rakip bir işletme açmaktan, başka bir rakip işletmede çalışmaktan veya bunların dışında, rakip işletmeyle başka türden bir menfaat ilişkisine girmekten kaçınmayı yazılı olarak üstlenebilir”.

Bizim Hukukumuzda yabancı hukuk sistemlerinden farklı olarak rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliği bir karşı edime bağlanmamıştır²⁶. Ancak Yeni Türk Borçlar Kanunu’nda karşı edim kararlaştırılabilmesinin önü de açılmıştır. Bu anlamda TBK. m. 445/2’ye göre, “... Hâkim, aşırı nitelikteki rekabet yasağını, bütün durum ve koşulları serbestçe değerlendirmek ve işverenin üstlenmiş olabileceği karşı edimi de hakkaniyete uygun biçimde göz önünde tutmak suretiyle, kapsamı veya süresi bakımından sınırlandırabilir”.

duğu iddiasını dile getirmektedir. Ayrıca, yazılı akitlede akdin teşekkülü için iki tarafın da imzasının bulunması gerektiği savunulmaktadır. Oysa ki rekabet yasağında taahhüt, esas itibarıyla işçi tarafından yapılır. Bir başka ifadeyle “karşı edim” içermeyen bir rekabet yasağı sözleşmesinde, sadece işçinin imzasının bulunması bu sözleşmenin geçersiz olduğu sonucunu doğurmaz²⁸. Bilakis rekabette bulunmama iradesini açıklayan işçinin tek taraflı imzası bu sözleşmenin geçerliliğine etki etmez. Belki sözleşmede bir karşı edim üstlenilmiş olsa idi, o takdirde işverenin imzasının bulunmaması bu sözleşmenin (veya şartın) geçersizliği sonucunu doğurabilirdi.

Gereğeli Yerel Mahkeme Kararında, taraflar arasında söz konusu olan rekabet yasağına ilişkin hüküm de açıklanmıştır. Buna göre, sözleşmenin Özel Şartlar 3. maddesi A bendinde “Personel, iş sözleşmesini sona erdirdiği tarih-

ten itibaren veya işverence haklı bir nedenle feshini izleyen ayı takip eden aybaşından itibaren 18 ay süre ile çalıştığı işyerinin faaliyet konusuna giren konulardan birinde veya bir kaçında faaliyet gösteren bir başka kurum ve kuruluşta veya işyerinde ücretli veya ücretsiz görev alamaz. Aynı konuda kendi nam ve hesabına uğraşı veremez. Kurulmuş veya kurulacak ortaklıklarda ortak, denetici vs. gibi adlarla da olsa görev alamaz”, hükmü bulunmakta yine B bendinde de, “Personel, yukarıda belirtilen kurallara aksi davranışı nedeniyle işverenin uğrayacağı tüm zararları ve şirket yöneticilerinin ve ortaklarının manevi zararlarını karşılamak üzere, işverenin işlerinin büyüklüğü ve personelin rekabet yasağına aykırı davranışı nedeniyle, işverenin uğrayacağı zararı tespit etmek mümkün olmadığından, 12 aylık ücreti tutarında tazminat ödemeyi kabul eder. Personel bu miktarın fahiş olmadığını ve ihtilaf halinde indirim talebinde bulunmayacağını peşinen kabul eder” düzenlemesini içermektedir. Buna göre, işçi 18 ay süre ile çalıştığı işverenin faaliyet konusuna giren konulardan birisinde veya bir kaçında faaliyet gösteren bir başka kurum ve kuruluşta görev alamayacaktır. Alması durumunda 12 aylık ücreti tutarında bir tazminatı da ödemek durumundadır.

Dosya içeriğine göre, davalın başlangıçta ... İletişim Hizmet AŞ.'nin call-center hizmetlerini veren ... Yönetici Müşteri Yönetimi Planlama ve Raporlama Bölüm Yöneticiliği görevinde çalışırken daha sonra Kurumsal Yönetim ve Stratejik Planlama Bölüm Yöneticisi olarak çalışmasını sürdürmüştür. Fakat daha sonra telekomünikasyon alanında faaliyette bulunan ve çağrı hizmetini veren (call center) ve davacının kurucu ortağı ve önemli müşterisi telekomünikasyon alanında faaliyette bulunan... şirketin çok ciddi rakiplerinden birisi ... Şti. yanında çalışmaya başlamıştır. Belki ilk çalışma ilişkisi çağrı hizmetleri olarak görülmekle birlikte, davacının yeni çalışma ilişkisi de yine çağrı hizmetlerini de bünyesine alan telekomünikasyon hizmetidir. Bu anlamıyla, davalının yeni çalışma yerindeki ilişkisi, gerek Borçlar Kanunu ve gerekse rekabet yasağı sözleşmesi çerçevesinde, rekabet oluşturan bir durumdur.

Üzerinde durulması gereken en önemli noktalardan birisi de rekabet yasağı şartının yer konu ve zaman bakımından sınırlanması meselesidir. Kural olarak belirtmek gerekir ki, bu üç şartın birlikte varlığı aranır. Ancak yer açısından sınırlamada örtülü olarak belirlenen alana itibar edilebilmelidir. Bir başka ifadeyle, rekabet yasağı sözleşmesinde yer açısından sınırlandırmanın nerede uygulanacağı açık bir biçimde belirtilebileceği gibi, işverenin çalışma alanına atıfta bulunmak yoluyla örtülü olarak da belirlenebilir²⁹. Hemen belirtmekte fayda var ki, söz konusu coğrafi alan, hiçbir zaman işverenin fiili olarak iş ilişkilerinin çevresini aşacak boyuta da ulaşamaz³⁰. Yukarıda da bahsettiğimiz gibi, Yargıtay bize göre isabet durumu tartışmalı olmakla birlikte, bir olayda tüm Türkiye'yi kapsayan rekabet yasağı sözleşmesini geçersiz saymıştır³¹.

İncelenen olayda rekabet yasağı sözleşmesinde yer açısından açık bir sınırlandırmanın yapılmadığı görülmektedir. Bununla birlikte sözleşmede işçinin çalıştığı işyerinin faaliyet konusuna giren konulardan birinde veya bir kaçında faaliyet gösteren bir başka kurum ve kuruluşta veya işyerinde faaliyette bulunamayacağı öngörülmektedir. Dava dilekçesinde davacı taraf bu alanı telekomünikasyon şirketi olması nedeniyle tüm Türkiye olarak ifade etmiştir. Yerel mahkeme kararında, GSM. hizmetinin niteliği, tüm ülke sathına yayılmış olması, hitap ettiği müşteri kitlesinin tüm Türkiye'yi kapsamı karşısında, Borçlar Kanunu'nda ifade edilen yer bakımından sınırlandırmanın çok da anlamlı olmayacağı görüşüne yer verilmiştir. Bize göre de, her ne kadar sözleşmede açık bir coğrafi alan belirtilmemiş olsa da, hükmün öngörülüş amacı, lafzi değil gai (amaçsal) yorum yapılması durumunda faaliyet alanı ile sınırlı bir coğrafi alanın da sözleşmenin geçersizliği sonucuna bizi götürmemektedir. Bir başka ifadeyle, işverenin faaliyet konusu, işçinin çalışma ilişkisi rekabet yasağı sözleşmesinde bulunan diğer özellikler de dikkate alındığında, konu ve süreden farklı olarak örtülü coğrafi alan belirlemelerini de geçerli kabul etmek uygun olsa gerektir. Belirtelim ki, asıl olan bu üç unsurun birlikte varlığıdır. Ancak amaçsal yorumla, diğer durumların da desteklemesi halinde net

ve açık bir fiziki belirleme olmasa da, örtülü olarak sözleşmeden anlaşılması durumlarında yine faaliyet alanı ile sınırlı sözleşmeye geçerlilik tanınmalıdır. Somut olayda olduğu gibi, tüm ülkeyi ilgilendiren olaylarda biz tüm Türkiye'yi kapsayan rekabet yasağı sözleşmesine geçerlilik verilmesi kanaatini de taşımaktayız.

İncelenen olayda zaman açısından 18 aylık bir sınırlandırma bulunmaktadır ki, bunda bir isabetsizlik olmadığı düşünülmektedir. Nitekim daha önce de izah ettiğimiz gibi, Yeni Türk Borçlar Kanunu da azami olarak süre sınırını istisnai durumlar saklı kalmak kaydı ile iki yıl olarak belirlemiştir.

Ayrıca, yukarıda da izah ettiğimiz gibi davalının yeni işveren nezdindeki çalışması rekabet teşkil eden bir durumdur. Somut olayda, davacının rekabet yasağı sözleşmesi yaptığı işyerinde işverenin sözleşmesel ilişki kurduğu bir diğer işverene ait sır niteliğinde bilgileri öğrenme durumu söz konusudur. Davalı yaptığı iş nedeniyle bu bilgilere de vakıf olmaktadır. Daha sonra, davalının çalıştığı işverenin (bu şirket aynı zamanda davalının çalıştığı işverenin önemli oranda ortağı durumundadır) müşterisi olan şirketle telekomünikasyon alanında rakip olan bir firma nezdinde çalışmaya başlamıştır. Hal böyle olunca davalının iş nedeniyle öğrendiği bu sır niteliğindeki bilgiler, çalışan için bir iş sırrı vasfını taşımaktadır. Bunun da korunması gerekir. Bu açıdan bakıldığında, taraflar arasında geçerli olan sözleşme hükmünün sır saklamaya yönelik olarak genişlediğini de söylemek mümkündür. Dolayısıyla belirlenen ve kararlaştırılan cezai şartın ödetilmesine karar verilmesinde de herhangi bir hukuka aykırılık bulunmamaktadır. Cezai şartın özelliği nedeniyle hakim BK. m. 161/son hükmü gereği tenkizat uygulaması, kendi takdirindedir.

Sonuç olarak inceleme konusunu oluşturan Yargıtay Kararını yukarıda izah olunan sebeplerle hukuka uygun bulduğumuzu belirtmek isteriz.

DİPNOTLAR

- 1 Karar yayımlanmamıştır. Bu kararı tarafımıza ulaştıran sayın Av. Ahmet Emin ŞAHİN'e teşekkür ederiz.
- 2 Bkz. Uşan, M. Fatih, İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Mercek, Yıl 10, S.38, Nisan 2005, s.97-120.

- 3 Rekabet yasağı sözleşmeleri işverenler için bazı durumlarda başvurulabilecek önemli araçlardan bir tanesi olabilir. Özellikle bu hak, işveren için işçi işyerinden ayrıldığında önem arzeder. Rekabet yasağı sözleşmeleri işverenin birçok çıkarını koruduğu gibi, deyim yerinde ise işverenin insan sermayesine yapmış olduğu yatırımları da koruyucu mahiyettedir. Bir başka ifadeyle, özellikle yüksek teknolojinin uygulandığı alanlarda işverenler genel anlamda işe yönelik yatırım yaparken aynı zamanda kişilere de yatırım yapmakta, işçilerini eğitmekte, onları işte muhafaza etmek için çeşitli tedbirler almakta ve bu amaçla da önemli ölçüde masraf yapmaktadırlar. Aynı zamanda işçinin söz konusu işi yapabilmesi için kendilerine ticari sırlar, mahrem bilgiler, bir başka ifadeyle, iş sırları açıklanmakta ve işçinin söz konusu işi yapabilmesi için işyeri dışında elde edemeyeceği imkanlara kavuşturulmakta, yine bir çok konuda kendisi ehil (yetenekli) hale getirilmektedir. İşte iş sözleşmesi sona erdikten sonra yürürlüğe giren rekabeti sınırlandırıcı sözleşmeler, bu anlamda işverenleri koruyucu düzenlemelerin başında gelmektedir. Bkz. Orsini, Chiara F., Protecting An Employer's Human Capital: Covenants Not To Compete And The Changing Business Environment, University of Pittsburgh Law Review, Vol.62, 2000, s.175.
- 4 Rekabet yasağı sözleşmesi hakkında geniş bilgi için bkz. Uşan, M. Fatih, İş Hukukunda İş Sırrının Korunması, (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı), Ankara 2003; Soyer, M. Polat, Rekabet Yasağı Sözleşmesi (BK.m.348-352), Ankara 1994; Şahlanan, Fevzi, Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Kurulması, Geçerlilik Şartları, Hükümleri ve Sonuçları, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, 11. Toplantı, İstanbul Barosu, 8-9.2007 İstanbul, İstanbul 2008, Savaş, Fatma Burcu, Rekabet Yasağı Sözleşmeleri (Türk ve Fransız Hukuklarına İlişkin Mukayeseli Hukuk Çalışması), Legal İHSGHD., C.4, S.13, 2007, s.104 vd.
- 5 İşçinin sadakat borcu konusunda geniş bilgi için bkz. Ertaş, Kudret, Türk Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, Ankara 1982, Tuncay, A. Can, İşçinin Sadakat (Bağlılık) Yükümlülüğü, Hayri Domanıç'e 80. Yaş Günü Armağanı, C.II, İstanbul 2001; Demir, Fevzi/Demir Gönenc, İşçinin Sadakat Borcu ve Uygulaması, Kamu-İş, C.11, S.1, 2009, ayrıca bkz. Mollamahmutoğlu, Hamdi, İş Hukuku, 3.B., Ankara 2008, s.454 vd. İşçinin rekabet yasağı sözleşmesi ile öngörülen rekabet etmeme borcu ile, işçinin sadakat borcundan kaynaklanan rekabet etmeme borcu birbirinden farklı borçlardır. Hukukumuzda işçinin sadakat borcunu düzenleyen özel bir kural mevcut değildir. Ancak İş Kanunu'nun 25/II maddesinde örnek niteliğinde sayılan, işçinin ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan bazı davranışları sadakat borcuna aykırılığın somut görünümünü teşkil eder. Esasen işçinin sadakat borcu, iş ilişkisinin doğasında mevcut olup bu borcun temelini Medeni Kanunun 2. Maddesi'ndeki dürüstlük kuralı oluşturur. Sadakat borcu bir iş sözleşmesinin devam ettiği süre içerisinde, işveren açısından işçiyi gözetme, işçi açısından da, işverenin ve işyerinin menfaatlerini koruma, işverene zarar verebilecek her türlü davranıştan kaçınma borcu olarak karşımıza çıkar. Bkz. Şahlanan, Fevzi, Rekabet Yasağının Geçerlilik Koşulları, http://www.tekstilisveren.org/ttsis//index.php?option=com_content&task=view&id=133&Itemid=197 (1.2.2011). Belirtelim ki, yeni Türk Borçlar Kanununda iş ilişkisi devam ederken sadakat borcu ile ilgili ve özellikle işçinin işvereni ile rekabet etmesini yasaklayan genel bir

- kural da yürürlüğe konmuştur. Gerçekten, TBK.m.396'ya göre, "İşçi, yüklediği işi özenle yapmak ve işverenin haklı menfaatinin korunmasında sadakatle davranmak zorundadır./İşçi, işverene ait makineleri, araç ve gereçleri, teknik sistemleri, tesisleri ve taşıtları usulüne uygun olarak kullanmak ve bunlarla birlikte işin görülmesi için kendisine teslim edilmiş olan malzemeye özen göstermekle yükümlüdür./İşçi, hizmet ilişkisi devam ettiği sürece, sadakat borcuna aykırı olarak bir ücret karşılığında üçüncü kişiye hizmette bulunamaz ve özellikle kendi işvereni ile rekabete girmez./İşçi, iş gördüğü sırada öğrendiği, özellikle üretim ve iş sırları gibi bilgileri, hizmet ilişkisinin devamı süresince kendi yararına kullanamaz veya başkalarına açıklayamaz. İşverenin haklı menfaatinin korunması için gerekli olduğu ölçüde işçi, hizmet ilişkisinin sona ermesinden sonra da sır saklamakla yükümlüdür".
- 6 Ekonomi, Münir, İş Hukuku, C.1, Ferdi İş Hukuku, 3.B., İstanbul 1984, s.129; Çelik, Nuri, İş Hukuku Dersleri, 23.B., İstanbul 2010, s.138.
- 7 Orsini, s.176. Ayrıca bkz. Ashbrook, John W., Employee Noncompetition Clauses in The United States And France, CLLJ., Vol.14, 1992, s.47.
- 8 Uşan, s.49.
- 9 1.7.2012 tarihinde yürürlüğe girecek, 11.1.2011 t. ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m.344'e göre de, "Fiil ehliyetine sahip olan işçi, işverene karşı, sözleşmenin sona ermesinden sonra herhangi bir biçimde onunla rekabet etmekten, özellikle kendi hesabına rakip bir işletme açmaktan, başka bir rakip işletmede çalışmaktan veya bunların dışında, rakip işletmeyle başka türden bir menfaat ilişkisine girmekten kaçınmayı yazılı olarak üstlenebilir./Rekabet yasağı kaydı, ancak hizmet ilişkisi işçiyi müşteri çevresi veya üretim sırları ya da işverenin yaptığı işler hakkında bilgi edinme imkânı sağlıyorsa ve aynı zamanda bu bilgilerin kullanılması, işverenin önemli bir zararına sebep olacak nitelikteyse geçerlidir".
- 10 Maddede yer alan "ve" ifadesini "veya" olarak anlamak gerekmektedir. Bu durum, tercüme hatasından kaynaklanmaktadır. Bkz. Soyer, s.49; Ayiter, Nuşin, Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Fer'i Rekabet Memnuiyeti Mukavelesi, Arsebük'e Armağan, Ankara 1958, s.468. Nitekim Yeni Türk Borçlar Kanunu da, uygun olarak "veya" ibaresini tercih etmiştir.
- 11 Rekabet yasağı sözleşmesi etkisini hizmet akdi sona erdikten sonra göstereceği için, bu koşullar, yasağın kararlaştırıldığı anda değil, hizmet akdinin sona erdiği tarihte gerçekleşmiş olmalıdır. Söz konusu şartların gerçekleştiğini isbat yükü de işverene aittir. Bkz. Soyer, s.49.
- 12 Akyiğit, Ercan, İsviçre ve Türk İş Hukukunda İşçinin Hizmet Akdi Sonrasına Yönelik Rekabet Yasağı, Kamu-İş, C.2, S.6-7, Ocak 1991, s.11; Bkz. Uşan, s.230.
- 13 Bkz. Uşan, s. 29.
- 14 Şahlanan, Fevzi, Rekabet Yasağının Geçerlilik Koşulları, http://www.tekstilisveren.org/ttsis//index.php?option=com_content&task=view&id=133&Itemid=197 (1.2.2011).
- 15 Yarg.9.HD., 14.3.2000, 522/2892, Günay, Cevdet İlhan, Cezaî Şart (BK m.158-161), Ankara 2002, s.81 dn.272.
- 16 Soyer, s.64.
- 17 Ayiter, s.472.
- 18 İsviçre Hukukunda özel durumlar dışında rekabet yasağı sözleşmesinin azami süresi üç yıldır (BK.m.340 a). Ancak, üst düzey yöneticilerde veya üretim tekniklerinin sözkonusu olduğu durumlarda ya da ticari haklarda bu süre aşabilir. Alman Hukukunda rekabet yasağı sözleşmesinin süresi iki yılı aşamaz. İtalyan Hukukunda yönetici konumundaki işçiler için rekabet yasağı sözleşmesinin süresi beş yılı, diğer işçiler içinse üç yılı aşamaz (İtalyan MK.m.2125). Belçika Hukukunda, Lüksemburg Hukukunda ve Avusturya Hukukunda da süre bir yıldır (İş K.m.36). İspanyol Hukukunda ise teknik personel dışındaki işçiler için süre altı ay, teknik personel içinse iki yıldır. Bkz. Uşan, s.237-239.
- 19 Ayiter, s.472; Orsini, s.177.
- 20 Uşan, s.242-243.
- 21 "Bir bankada müfettiş muavini olarak ve belirsiz süreli hizmet akdi ile işe alınan işçi ile daha sonra yazılı şekilde BK 348 vd. maddelerine göre yazılan rekabet yasağı sözleşmesinde, işçinin hizmet akdini feshettiği bütün hallerde, "iş ilişkisinin sona erdiği tarihten itibaren iki yıl süre ile Türkiye'deki tüm bankalarda çalışmamayı kabul ettiğine dair şart getirilmiş ve yasak iki yıl süreyle sınırlı tutulmuş olmakla beraber; yasağın "mahal ve banka açısından" sınırlama olmaksızın "Türkiye'deki tüm bankaları" kapsar nitelikte tutulması işçinin ekonomik geleceği itibarıyla ağır sonuçlar getirecek bir düzenleme olduğu için bu yönden geçersiz sayılır", Yarg.9.HD., 6.7.1999, 8262/12073, Ekonomi, Münir, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin 1999 Yılı Emsal Kararları, Ankara 2001, s.30-31, kararın eleştirisi hakkında bkz. Ekmekçi, Ömer, Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 1999 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1999, s.69. Buna karşılık yakın tarihli bir başka olayda Yargıtay, tüm Türkiye'yi kapsayan rekabet yasağını ihtiva eden hizmet sözleşmesinde kendi isteği ile işten ayrılan personelin, ayrıldığı tarihten itibaren altı ay süresince işveren şirketin izni olmadan şirketin faaliyet gösterdiği yerlerde ve çalışma konusuna giren bir işte çalışmayacağı, kurulmuş bir şirkete ortak olamayacağı, şirket kuramayacağı, şirketin portföyünde yer alan bir şirkette çalışmayacağı ve aksine davranış yapan işçinin son giydirilmiş ücretinin altı katı tutarında tazminat ödemesini gerektiren rekabet yasağı sözleşmesini hukuka uygun bulmuştu. Bkz. Yarg.9.HD., 18.5.1999, 5784/9049, kararın değerlendirilmesi ve yerindeliği hakkında bkz. Ekmekçi, s.74. Tartışmalar için bkz. Uşan, s.239 dn.160. Bununla birlikte, Yargıtay başka bir kararda bankada müfettiş yardımcısı olarak çalışan işçinin imzalamış olduğu rekabet yasağı sözleşmesinin tam anlamıyla değerlendirilmemesi ve eksik inceleme nedeniyle yerel mahkeme kararı bozulmuş olmakla birlikte, karara muhalif kalan üyeler, rekabet yasağında belirtilen Marmara, Ege ve İç Anadolu bölgesi ifadelerinin bankacılık faaliyetlerinin yoğun olduğu bölgeler olması nedeniyle geçersizliğine karar verilmesini talep etmişlerdir. Muhalif üyelerin karşı oy yazıları rekabet yasağı sözleşmesinde işveren tarafından bir karşı edim de içermediği için öğretide haklı olarak karşılanmıştır. Bkz. Yarg.9.HD., 23.5.2006, 6891/15193, kararın değerlendirilmesi için, Şahlanan, Fevzi, Rekabet Yasağının Geçerlilik Koşulları, http://www.tekstilisveren.org/ttsis//index.php?option=com_content&task=view&id=133&Itemid=197 (1.2.2011).

- 22 Çelik, s.139; Şahlanan, Rekabet Yasağı Sözleşmesi, s.81 ve orada belirtilen yazarlar; Süzek, Sarper, İş Hukuku, 4.B., İstanbul 2008, s.305; Şahlanan, Fevzi, Rekabet Yasağının Geçerlilik Koşulları, http://www.tekstilveren.org/ttsis//index.php?option=com_content&task=view&id=133&Itemid=197 (1.2.2011).
- 23 Örneğin bir olayda Yargıtay, şarap üretim, dağıtım, pazarlama ve satış işi ile iştigal eden bir işyerinde çalışan işçinin hizmet akdi sona erdikten sonra aynı konuda faaliyet gösteren bir işyerinde çalışmasını rekabet yasağı sözleşmesine aykırı bulmuştur. Bkz. Yarg.9.HD., 29.5.1997, 6252/10506, Günay, Cevdet İlhan, Şerhli İş Kanunu, C.1, Ankara 1998, s.957-958.
- 24 Akyiğit, s.67; Dönmez, Kazım Yücel, İşçinin Borçları, Ankara 2000, s.238.
- 25 Geniş bilgi için bkz. Uşan, s.137 vd. ve 253 vd.
- 26 Soyer, s.25; Uşan, s.256-263; Özdemir, Erdem, İş Sözleşmesinin İçeriği ve Ücret, III. Yılında İş Yasası, Toprak İşveren, 2-25 Eylül 2005 Bodrum, s.51.
- 27 BK.m.351'e göre, "Rekabet memnuiyetine muhalif harekette bulunan işçi, bu muhalefet sebebi ile eski iş sahibinin duçar olduğu zararları, tazmin ile mükelleftir./Memnuiyete muhalif hareket hakkında cezai şart konulmuş ise, işçi, kaideten meşrut ceza miktarını tediye ile memnuiyetten kurtulabilir. Fakat zarar bu miktarı mütecevaz ise, fazlasını da tazmin ile mükellef olur./İşçinin hareket tarzı ve ihlâl veya tehdit edilen menfaatlerin ehemmiyeti haklı gösteriyorsa ve tahriri bir mukavele ile sarahaten bu hak muhafaza edilmiş ise, iş sahibi, müstesna olarak meşrut olan cezanın tediyesinden ve onu mütecevaz olan zararın tazmininden başka muhalefetin men'ini de talep edebilir". Yeni Türk Borçlar Kanununun da benzer düzenleme getirmiştir. Kanun m.446'ya göre, "Rekabet yasağına aykırı davranan işçi, bunun sonucu olarak işverenin uğradığı bütün zararları gidermekle yükümlüdür./Yasağa aykırı davranış bir ceza koşuluna bağlanmışsa ve sözleşmede aksine bir hüküm de yoksa, işçi öngörülen miktarı ödeyerek rekabet yasağına ilişkin borcundan kurtulabilir; ancak, işçi bu miktarı aşan zararı gidermek zorundadır./İşveren, ceza koşulu ve doğabilecek ek zararlarının ödemesi dışında, sözleşmede yazılı olarak açıkça saklı tutması koşuluyla, kendisinin ihlal veya tehdit edilen menfaatlerinin önemi ile işçinin davranışı haklı gösteriyorsa, yasağa aykırı davranışa son verilmesini de isteyebilir". Ayrıca bkz. Uşan, Sözleşme, s.108 vd.
- 28 Rekabet yasağı sözleşmesinde genellikle sadece işçinin tahhüdü sözkonusu olduğu için, sözleşmeyi onun imzalaması gerekli ve yeter şarttır. Buna karşılık işverenin de bir karşı ivazı (edimi) bulunmakta ise, onun da imzası aranır. Bkz. Soyer, s.42; Akyiğit, s.11.
- 29 Şahlanan, Rekabet Yasağı Sözleşmesi, s.80; Dönmez, s.238.
- 30 Soyer, s.66; Ekmekçi, s.72.
- 31 Bkz. yuk dn. 20.
- Akyiğit, Ercan, İsviçre ve Türk İş Hukukunda İşçinin Hizmet Akdi Sonrasına Yönelik Rekabet Yasağı, Kamu-İş, C.2, S.6-7, Ocak 1991.
 - Ayiter, Nuşin, Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Fer'i Rekabet Memnuiyeti Mukavelesi, Arsebük'e Armağan, Ankara 1958.
 - Çelik, Nuri, İş Hukuku Dersleri, 23.B., İstanbul 2010.
 - Demir, Fevzi/Demir Gönenç, İşçinin Sadakat Borcu ve Uygulaması, Kamu-İş, C.11, S.1, 2009.
 - Dönmez, Kazım Yücel, İşçinin Borçları, Ankara 2000.
 - Ekmekçi, Ömer, Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 1999 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1999.
 - Ekonomi, Münir, İş Hukuku, C.1, Ferdi İş Hukuku, 3.B., İstanbul 1984.
 - Ekonomi, Münir, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin 1999 Yılı Emsal Kararları, Ankara 2001 (1999 Yılı Emsal Kararları).
 - Ertaş, Kudret, Türk Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, Ankara 1982.
 - Ertaş, Kudret, Türk Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, Ankara 1982.
 - Günay, Cevdet İlhan, Cezai Şart (BK m.158-161), Ankara 2002.
 - Günay, Cevdet İlhan, Şerhli İş Kanunu, C.1, Ankara 1998.
 - Mollamahmutoğlu, Hamdi, İş Hukuku, 3.B., Ankara 2008.
 - Orsini, Chiara F., Protecting An Employer's Human Capital: Covenants Not To Compete And The Changing Business Environment, University of Pittsburgh Law Review, Vol.62, 2000.
 - Özdemir, Erdem, İş Sözleşmesinin İçeriği ve Ücret, III. Yılında İş Yasası, Toprak İşveren, 2-25 Eylül 2005 Bodrum.
 - Savaş, Fatma Burcu, Rekabet Yasağı Sözleşmeleri (Türk ve Fransız Hukuklarına İlişkin Mukayeseli Hukuk Çalışması), Legal İHSGHD., C.4, S.13, 2007.
 - Soyer, M. Polat, Rekabet Yasağı Sözleşmesi (BK.m.348-352), Ankara 1994.
 - Süzek, Sarper, İş Hukuku, 4.B., İstanbul 2008.
 - Şahlanan, Fevzi, Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Kurulması, Geçerlilik Şartları, Hükümleri ve Sonuçları, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, 11. Toplantı, İstanbul Barosu, 8-9.2007 İstanbul, İstanbul 2008 (Rekabet Yasağı Sözleşmesi).
 - Tuncay, A. Can, İşçinin Sadakat (Bağlılık) Yükümlülüğü, Hayri Domanic'e 80. Yaş Günü Armağanı, C.II, İstanbul 2001.
 - Uşan, M. Fatih, İş Hukukunda İş Sırrının Korunması, (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı), Ankara 2003.
 - Uşan, M. Fatih, İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Mercek, Yıl 10, S.38, Nisan 2005 (Sözleşme).

KAYNAKÇA

- Ashbrook, John W., Employee Noncompetition Clauses in The United States And France, CLJ., Vol.14, 1992.

Yrd. Doç. Dr. Mahmut KABAKCI

Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Belirli Süreli İş Sözleşmesini Haklı Nedenle Fesheden İşçinin Bakiye Süre Ücreti Talebi

T.C. YARGITAY

9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2010/15688

Karar No : 2010/38732

Tarihi : 20.12.2010

ÖZET

Belirli süreli iş sözleşmesini haklı nedenle fesheden işçinin bakiye süre ücreti talebinin, Borçlar Kanununun 325. değil, 345. maddesi kapsamında muhik bir tazminat olarak değerlendirilmesi gerekir. Ancak böyle bir durumda muhik tazminatın miktarı, 325. maddedeki esaslar göz önünde tutularak belirlenmelidir.

DAVA

Davacı, bakiye süre ücreti ile manevi tazminat alacağını ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davanın kısmen kabulüne karar vermiştir.

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

KARAR

Davacı vekili, davacı ile davalı şirket arasında 22.03.2006 tarihinde belirli süreli yurtdışı iş sözleşmesi yapıldığını, akit uyarınca davalı şirketin diğer ortaklarıyla iş gördüğü Kazakistan'da Tengiz bölgesindeki petrol işleme tesislerinde çalışmaya başladığını, işverenin gerekli emniyet tedbirlerini almaması sebebiyle vuku bulan olayda arkadaşlarının ve kendilerinin yaralandıkları ve zor kurtulduklarını, bundan sonra da gerekli can güvenliğinin sağlanmaması sebebiyle ve bahse konu olaylar neticesinde sözleşmesinin sona

erdiğini, maddi ve manevi olarak bundan zarar gördüğünü ve kusuru olmaksızın sona eren hizmet sözleşmesi nedeni ile bakiye ücretlerinden mahrum kaldığını belirterek, bakiye süre ücreti ve manevi tazminat isteminde bulunmuştur.

Davalı vekili, davacının çalışma ortamının güvenliğinin sağlandığını, burada kalanların çalışmasına devam ettiğini, davacının yurda dönmek istemesi nedeni ile akdin sona erdiğini ve dolayısı ile akdin davacı tarafından bozulduğunu, kavgadan dolayı işverenin bir kusurunun bulunmadığını, manevi tazminat isteminin de koşullarının oluşmadığını, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, davacı ve arkadaşlarının işverenin gerekli emniyet tedbirlerini almadığı için Türk işçilerinin Kazak işçiler tarafından darp edilerek dövüldüğü ve bundan sonra çalışma ortamının da sağlıklı ve can güvenliği temin edilecek şekilde sağlanmadığı ve bunun sonucu olarak da davacının haklı olarak iş akdini feshettiği, üç aylık bakiye süre ücret alacağı bulunduğu, davacının Kazak işçiler tarafından darp edilerek, dövülmesi karşısında duyduğu elem göz önüne alınarak manevi tazminata hak kazandığı gerekçesi ile davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

İş sözleşmesinin işverene yüklediği gözetme borcu, işçinin iyiliği ve çıkarları doğrultusunda davranma, işçiye zarar verebilecek davranışlardan kaçınmak, tehlikeleri önlemek borçlarını yükler. İşyerinde iş güvenliği önlemlerinin alınması, işverenin gözetme borcu kapsamında yer alan yükümlülüklerinin sadece bir bölümünü ifade etmektedir. Ancak iş güvenliği hukuku bakımından, işverenin işçiye gözetme borcu, "iş güvenliği önlemlerini alma borcu" anlamında kullanılmaktadır.

Özel hukuk açısından işverenin işçiye gözetme, yani iş güvenliği tedbirleri alma borcunu düzenleyen temel hüküm Borçlar Kanunu'nun 332. maddesidir. Madde kapsamına göre, işverenin önlem alma yükümlülüğü;

- İşletme tehlikelerine karşı işçinin korunması,

- Uygun ve sağlığa uygun çalışma yeri sağlanması,

- İşverenle beraber ikamet eden işçi için sağlığa uygun yatacak yer sağlanması,

şeklinde üç ana grupta toplanmaktadır. Düzenleme ile özellikle işçinin çalışması sırasında karşılaşacağı tehlikelere karşı korunması göz önünde tutulmuş ve işverenin bu tehlikelerin sebebiyet verdiği zararlardan dolayı sorumluluğu, önleyici nitelikte kuralla bağlanmıştır.

İşverenin kamu hukukuna dayanan işçiyi gözetme borcunu düzenleyen temel kural, 4857 sayılı Kanun'un 77. maddesidir. Bu maddeye göre işverenler, işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız olarak bulundurmak, işyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uyulup uyulmadığını denetlemek, işçileri karşı karşıya buldukları mesleki riskler, alınması gerekli tedbirler, yasal hak ve sorumlulukları konusunda bilgilendirmek ve gerekli iş sağlığı ve güvenliği eğitimini vermek zorundadırlar. İşveren işçinin sağlığını ve hayatını tehlikeye sokacak riskleri ortadan kaldırarak, ona işletme tehlikelerine ve meslek hastalıklarına karşı her türlü tedbirin alındığı bir işyeri ve iş ortamı hazırlamalıdır.

Özel hukukta düzenlenen kurallara uymamanın yaptırımını tazminat ödenmesini öngörürken, kamu hukuku kuralları ise, genel olarak idari ve cezai yaptırımlar getirmektedir.

İşverenin işyerinde çalışanları gözetme ve koruma borcunun kapsamında, işçilerin maddi ve manevi vücut bütünlüğünün, şeref, haysiyet ve özel yaşam gibi kişisel değerlerinin korunması da bulunmaktadır.

İşyerinde işçi sağlığı ve iş güvenliği önlemlerinin alınmaması nedeniyle zarar gören işçi, işveren aleyhine maddi ve manevi tazminat davası açma hakkına sahiptir. Bu-

nun yasal dayanağı Borçlar Kanunu'nun 46. ve 47. maddeleridir. İşverenin işçiyi koruma borcu kapsamındaki, ihmali ya da kusurlu davranışı, bilerek ve isteyerek hareket etmiş olması ya da bunu istememekle birlikte önlemek için gerekli dikkat ve özeni göstermemesi, başka bir deyimle alınması gereken iş güvenliği önlemlerini almaması biçiminde ortaya çıkar. İşverenin gözetme ve koruma borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde, işçi maruz kaldığı zarar durumuna göre, maddi ve manevi tazminat taleplerinde bulunabilir. Ayrıca bu borcun yerine getirilmemesi, işverenin kendisine düşen ifa hazırlıklarını yapmamış olması nedeniyle onun alacaklının temerrüdü durumuna düşmesine yol açabilir.

Borçlar Kanunu'nun 344. maddesi uyarınca, "muhik sebeplerden dolayı gerek işçi gerekse iş sahibi, bir ihbara lüzum olmaksızın her vakit akdi feshedebilir. Ezcümle, ahlaka müteallik sebeplerden dolayı yahut hüsünüyet kaideleri noktasından iki taraftan birine artık akdi icra etmemekte haklı gösteren her hal, muhik bir sebep teşkil eder. Bu gibi hallerin mevcudiyetini hakim takdir eder. Fakat işçinin kendi kusuru olmaksızın duçar olduğu nispeten kısa bir hastalığı yahut kısa müddetli bir askeri mükellefiyeti ifa etmesi, muhik sebep olarak kabul edemez". Aynı Kanununun 345/1 maddesinde ise, "Muhik sebepler, bir tarafın akde riayet etmemesinden ibaret olduğu takdirde, bu taraf diğer tarafa onun akit ile müstahak iken mahrum kaldığı ferî menfaatler de nazara alınmak üzere tam bir tazminat itasıyla mükellef olur. Bundan başka hakim vaktinden evvel feshin mali neticelerini, hali ve mahalli adeti göz önünde tutarak taktir eder." hükmüne yer verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanununun 24/I, a maddesi işçiyeye, "İş sözleşmesinin konusu olan işin yapılması işin niteliğinden doğan bir sebeple sağlığa veya yaşayışı için tehlikeli olması" halinde haklı fesih hakkı vermektedir. Kanununun 26/2 maddesindeki düzenleme işçiyeye

bu nedenle fesihden dolayı tazminat isteme hakkı vermektedir.

Borçlar Kanunu'nun 325. maddesinde belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin işine son verilmesi halinde, geri kalan süre için işçinin istekte bulunabileceği öngörülmüştür. Bu madde, haklı sebeple sözleşmeyi fesheden işçi bakımından bir düzenleme getirmemişse de, daha sonraki 344. ve 345. maddelerde öngörülen kurallar işçiyeye böyle bir talepte bulunma hakkı vermektedir. Böyle bir durumda, 325. maddedeki temel esaslar da göz önünde tutularak, Borçlar Kanunu'nun 345. maddesi uyarınca muhik bir tazminata karar verilmelidir.

Davacı işçi, davalıya ait işyerinde işverenin gerekli güvenlik önlemleri almaması nedeni ile yabancı uyruklu işçilerin saldırısı sonucu yaralanması nedeniyle acı ve üzüntü duyduğunu belirterek manevi tazminat talep etmiştir. Borçlar Kanununun 47. maddesine göre cismani zarara uğrayan kişiye zararın ağırlığına ve diğer tazminat öğeleri dikkate alınarak yargıç tarafından adalete uygun bir tazminat verilmelidir.

Dosya içeriğine göre, davacının davalıya ait yurtdışı işyerinde çalışırken, işyerinde yabancı uyruklu işçilerin saldırısı sonucu yararlandığı, işverenin gerekli güvenlik önlemlerini almaması nedeni ile bu saldırı sonunda kişilik haklarının hukuka aykırı şekilde ihlal edildiği, davacının işverenin güvenlik önlemlerini almaması ve kişisel güvenliğinin tehlikede olması nedeni ile belirli süreli iş sözleşmesini haklı nedenle feshettiği anlaşılmaktadır.

Öncelikle kişilik hakları, beden bütünlüğü işyerinde gerekli iş güvenliği önlemleri nedeni ile zarara uğrayan, bu nedenle elem ve acı duyan işçinin Borçlar Kanunu'nun 332. maddesi yolu ile aynı Kanununun 47, 4857 sayılı İş Kanununun 77 ve 24/II.a maddeleri yolu ile aynı Kanununun 26/2 maddesi uyarınca manevi tazminat istemesi ve Mahkemece bu istek konusunda karar verilmesi isabetlidir.

Taraflar arasındaki uyuşmazlıkta esas so-

run, süresi belirli iş sözleşmesi ile çalışan ve iş güvenliği önlemlerinin alınmaması gibi haklı bir nedenle iş sözleşmesini süresinden önce fesheden davacının sözleşmesinin kalan süresi için tazminat isteminde bulunup bulunamayacağı noktasında toplanmaktadır. Mahkemece davacının bu isteği Borçlar Kanunu'nun 325. maddesi kapsamında değerlendirilerek istek kabul edilmiştir. Oysa yukarıda açıklandığı üzere, davacının bu isteği aynı Kanunun 345. maddesi kapsamında muhik bir tazminat olarak değer-

lendirilmelidir. Belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan ve iş sözleşmesini haklı nedenlerle fesheden işçinin muhik tazminat istemi niteliğindeki bakiye süre ücretine ilişkin hukuki nitelendirilmesi hatalı ise de, sonuç itibarı ile davacı işçinin bu madde kapsamında isteyebileceği ve hüküm altına alınmasının doğru olduğu anlaşıldığından kararın belirtilen gerekçelerle ONANMASINA, aşağıda yazılı temyiz giderinin temyiz edene yükletilmesine, 20.12.2010 gününde oy birliği ile karar verildi.

KARARIN İNCELENMESİ

1. Giriş

Belirli süreli iş sözleşmeleri, öngörülen süreyle işçi açısından iş güvencesi ve işveren bakımından da işçinin hizmetini temin etmesi nedeniyle¹, her dönemde iş hukukunun güncel konularından birisi olmuştur. Bu sözleşme tipi hakkında özel bir düzenleme içermeyen 1475 sayılı eski İş Kanunu döneminde, zincirleme yapılan belirli süreli sözleşmelerin geçerliliği ile belirli süreli sözleşmenin öngörülen süre dolmadan haksız fesih ile sona ermesi konuları tartışma konusu iken, 2003 yılında belirli süreli sözleşme yapma hakkının sınırlandırılması ön plana çıkmıştır. Çünkü bu tarihte devreye giren iş güvencesinden, belirli süreli sözleşme ile çalışan işçilerin yararlandırılmaması (İŞK m.18), uygulamanın bu sözleşme tipine yönelmesi sonucunu ortaya çıkarmıştır². Bu yönelişi en baştan öngören kanun koyucu, AB'nin belirli süreli sözleşmelere ilişkin 99/70 sayılı Yönergesini esas alarak, 4857 sayılı İş Kanunu ile belirli süreli sözleşme yapma hakkını sınırlandırmış (m.11), farklı işlem yasağı kapsamında belirsiz süreli sözleşmeyle olan ayırımın sınırları tespit etmiştir (m.12).

4857 sayılı Kanun'un 11. maddesi ile belirli süreli zincirleme iş sözleşmeleri hakkındaki tartışma kesin olarak sonlandırılmışsa da, belirli süreli sözleşmelerin öngörülen süre dolmadan

haksız fesih ile sona ermesi konusu, mevzuat açısından yine cevapsız kalmıştır. 11.01.2011 tarih ve 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu³ (TBK) kabul edilene kadar konuyla ilgili ne 1475 ve 4857 sayılı Kanunlarında ne de Borçlar Kanunu'nda (BK) açık bir düzenlemenin olması, öğretide ve yargı kararlarında çok farklı görüşleri ortaya çıkarmıştır. Uygulamada Borçlar Kanunu 325. maddeden hareketle sorun kısmen çözülmüştür. Bu çözüm hukuka uygun değildir çünkü aşağıda inceleneceği üzere 325. madde belirli süreli sözleşmelerin sona ermesine dair bir hüküm değildir.

Yargıtay inceleme konusu kararı ile belirli süreli iş sözleşmelerinin süre dolmadan sona ermesi konusundaki yaygın bir yanlışlığa vurgu yapmaktadır. Çünkü mevcut Borçlar Kanunu sistematüğünde, belirsiz ve belirli süreli sözleşmenin işçi ya da işveren tarafından haklı nedenle feshi (m.344) ve sonuçları (m.345) açıkça düzenlenmiştir. Buna rağmen uygulamada işçinin haklı nedenle feshi halinde talep edilebileceği tazminatın, BK m.325'e benzer şekilde bakiye süre ücreti görünümünde olması, bunun yasal dayanağı konusunda yanlışlığa neden olmaktadır. Bu noktada bakiye süreye ilişkin talep edilecek alacağın hukuken tazminat ya da ücret olarak nitelendirilmesi, talep edilebileceği tarih, uygulanacak faiz türü gibi konularda farklar nedeniyle çok önemlidir.

Her ne kadar yeni Türk Borçlar Kanunu

ile belirli süreli sözleşmelerin öngörülen süre dolmadan sona ermesi, haklı ve haksız feshe ilişkin tüm ihtimalleri karşılar ve ayrıntılı biçimde düzenlenmişse de, bu Kanunun 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe gireceği nazara alındığında, inceleme konusu karar uygulama açısından güncelliğini korumaya devam edecektir. Yine bu vesileyle 6098 sayılı Kanun'un konuyla ilgili düzenlemeleri, geleceğe dönük uygulamayı yansıtmak amacıyla ayrıca irdelenecektir.

II. Karara Konu Olay ve Yargıtay'ın Görüşü

İnceleme konusu yapılan Yargıtay kararları genelde bozma şeklindeyse de, bu incelemede ele alınan kararda, düzelterek onama söz konusudur. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, yerel mahkeme kararını vardığı sonuç itibarıyla kabul etmekle birlikte, haklı olarak hukuki nitelendirmedeki hataya işaret etmekte ve düzeltmektedir.

Karara konu olayda, davacı işçi işverenin Kazakistan'daki işyerinde çalışmaktadır. Davacı bu işyerinde çalıştığı sırada, diğer Türk iş arkadaşları ile birlikte, işyerindeki Kazak işçilerin saldırısına uğramış, darp edilmiştir. Bu olay üzerine davacı, işyeri şartlarında can güvenliğinin olmadığı gerekçesi ile iş sözleşmesini bildirimsiz olarak feshetmiştir. Türkiye İş Kurumunca hazırlanan ve Türk işverenler tarafından yurtdışındaki işyerlerinde çalıştırılacak Türk işçilere imzalatılması zorunlu tutulan Yurtdışı Tip İş Sözleşmesi belirli sürelidir⁴. Davacı bu uygulama kapsamında imzaladığı belirli süreli iş sözleşmesini feshettikten sonra, açtığı dava ile manevi tazminat ve bakiye süre ücreti talep etmiştir.

Yerel mahkeme, davacının ve arkadaşlarının darp edilmesinde, işverenin gerekli iş sağlığı ve güvenliği şartlarını sağlamamış olması nedeniyle kusurlu olduğunu, davacının bu nedene dayanan feshinin İş Kanunu m.24/II'ye uygun bulunduğunu kabul etmiştir. Mahkeme davacının üç aylık bakiye süre ücret alacağı ve darp eyleminden duyulan elem sebebiyle manevi tazminatı kısmen hüküm altına almıştır.

Yargıtay haklı fesih iddiası ve manevi tazminat talebiyle ilgili olarak, öncelikle iş sağlığı

ve güvenliğinin hem özel hukuka (işverenin işçiyi gözetme borcu, BK m.332) hem de kamu hukukuna (İş Kanunu m.77 vd.) ilişkin yasal dayanaklarına işaret ettikten sonra⁵, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması nedeniyle zarar gören işçinin maddi ve manevi tazminat talep hakkını ele almıştır. Bu incelemenin konusu olmamakla birlikte, Yargıtay'ın işçinin maddi ve manevi tazminat talep hakkının yasal dayanağı olarak Borçlar Kanunu 46. ve 47. maddelerini göstermesi hatalıdır. Çünkü işaret edilen bu hükümler haksız fiillere ilişkindir. İşçi ile işveren arasındaki ilişki ise, bir iş sözleşmesine dayandığından, işçinin uğradığı zararlarla ilgili maddi ve manevi tazminat talep hakkı, hukuken haksız fiile değil, sözleşmeye aykırılığa dayanır. İşverence iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması sebebiyle işçinin vücut ve ruh bütünlüğünün zarara uğraması, BK m.46-47'de düzenlendiği şekilde bir cismani zarar oluşturur ise de, burada işverenin tazminat sorumluluğunun kaynağı, genel olarak BK m.96 vd. ile özel olarak da BK m.332 hükmüdür. Ancak bu halde dahi tazminatın miktarı, BK m.98/2 hükmü atfı ile BK m.46-47 hükmüne göre saptanacaktır. Başka deyişle, vücut ve ruh bütünlüğü zarara uğrayan işçi açısından BK m.46-47 hükmü, işverenin sorumluluğunun kaynağını değil, tazminatın tespitinde ölçütü oluşturur⁶. Zaten Yargıtay bu hatalı tespitten sonra, kararının sonuç kısmında yerinde olarak, "...acı duyan işçinin Borçlar Kanunu'nun 332. maddesi yolu ile aynı Kanunun 47...maddesi uyarınca manevi tazminat istemesi..."nden söz etmiştir.

Yargıtay'ın kararında inceleme konumuzla ilgili işaret ettiği ilk husus, işçinin (ve dolayısıyla işverenin) iş sözleşmesini haklı nedenlerle bildirimsiz feshi ve buna bağlı tazminat haklarının, Borçlar Kanunu ile İş Kanunu'na ilişkin yasal dayanaklarıdır. Yüksek Mahkeme, Borçlar Kanunu kapsamındaki işçiler açısından m.344-345 ve İş Kanunu kapsamındaki işçiler açısından da m.24/I, a ve 26/2 hükümlerini tespit etmiştir. Bundan sonra ise, belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin işine son verildiğinde, bakiye süreye ait ücretin Borçlar Kanunu 325. madde uyarınca talep edilebileceği;

İş sözleşmesini fesih ile sona erdirebilme imkanının arkasında, Anayasa ile güvence altına alınmış çalışma ve sözleşme hürriyetleri (m.48-49) bulunmaktadır.

bu hükmün haklı sebeple sözleşmeyi fesheden işçi bakımından bir düzenleme içermediği ancak BK. m.345'de öngörülen tazminatın, 325. maddedeki temel esaslar göz önünde tutularak belirlenmesi gerektiği vurgulanmıştır.

Yüksek Mahkeme, hukuki duruma ilişkin bu tespitlerinden sonra, işverenin gerekli güvenlik önlemlerini almaması nedeniyle uğradığı saldırı sonunda, işçinin kişilik haklarının hukuka aykırı şekilde ihlal edildiğini, güvenlik önlemlerinin alınmaması ve kişisel güvenliğin tehlikede olması nedeniyle davacının belirli süreli iş sözleşmesini feshinin haklı olduğunu teyit etmiştir. Yargıtay'a göre, kişilik haklarının ihlali sonucu elem ve acı duyan davacının, "Borçlar Kanununun 332. maddesi yolu ile aynı Kanununun 47, 4857 sayılı İş Kanununun 77 ve 24/II.a maddeleri yolu ile de aynı Kanununun 26/2 maddesi uyarınca" manevi tazminat talebinin kabul edilmesi isabetlidir.

Kararda son olarak inceleme konumuzla ilgili olarak, belirli süreli iş sözleşmesini haklı nedenle fesheden işçinin bakiye süre ücreti talebinin BK m.325 kapsamında değerlendirilerek ücret olarak kabulünün hatalı olduğu, bu talebin BK m.345 uyarınca muhik bir tazminat olarak değerlendirilip, tazminat tutarının ise, BK m.325'deki esaslardan hareket ile tespit edilmesi gerektiği görüşü ile yerel mahkeme kararı farklı hukuki gerekçe ile onanmıştır.

III. Belirli Süreli Sözleşmelerin Sona Ermesi ve Sonuçları

1. Sona erme

Sürekli bir borç ilişkisi olarak iş sözleşmesi, ilke olarak belirsiz bir süre için kurulur⁷. Çünkü işverenin işçi tarafından verilen hizmete ve işçinin de işverence ödenen ücrete olan ihtiyacı, süreklilik arz eder. Ancak iş sözleşmesi

ilişkisinin belirsiz süreli kurulması, bunun tarafların iradesi ile ya da iradeleri dışında sona ermeyeceği anlamına gelmez. Buna göre, iş sözleşmesi işçinin ölümü, tarafların sonra erme konusunda anlaşmaları (ikale) ve belirli süreli sözleşmede öngörülen sürenin dolması suretiyle sona erebileceği gibi⁸, işçi ya da işverenin fesih iradesini karşı tarafa bildirmesi ile de sonlandırılabilir. Fesih hukuki nitelik itibarıyla bozucu yenilik doğuran bir işlem olduğundan, muhatabına ulaşmakla hüküm ve sonuçlarını doğurur, sözleşmeyi sona erdirir; ayrıca karşı tarafın kabulünü gerektirmez⁹. İş sözleşmesini fesih ile sona erdirebilme imkanının arkasında, Anayasa ile güvence altına alınmış çalışma ve sözleşme hürriyetleri (m.48-49) bulunmaktadır.

İş sözleşmelerinin belirsiz süreli olarak kurulması genel kural ise de, girişte kısaca vurgulandığı üzere, öngörülen süreyle işçi açısından iş/ücret güvencesi ve işveren bakımından da işçinin hizmetini temin etmesi nedeniyle, işçi ve işverenin belirli bir süre için iş sözleşmesi yaparak, fesih haklarını bu süre ile sınırlandırmaları olanaklıdır¹⁰. Bu nedenle ilke olarak belirli süreli iş sözleşmeleri, ancak öngörülen sürenin dolması ile kendiliğinden sona erer (BK m.338, TBK. m.430/1).

Belirli süreli sözleşmelerin fesih ile sona erdirilemezliği mutlak değildir. Feshe karşı getirilen bu sınırlandırma, bildirimli fesihlere ilişkindir. Bilindiği üzere iş hukukunda iş sözleşmesinin feshi, iki şekilde ortaya çıkabilir. Bunlardan ilki, mevzuatta öngörülen ihbar önelerine uyularak gerçekleştirilen bildirimli fesihtir (BK. m.340-341, İş Kanunu m.17, Deniz İş Kanunu m.16, Basın İş Kanunu m.5-8). Bu fesih türü, yukarıda tespit edildiği üzere, sadece belirsiz süreli iş sözleşmelerine özgüdür. Bunun dışında, işçi ya da işyerinden kaynaklı sağlık ya da zorlayıcı nedenlerin yahut da taraflardan birinin iş sözleşmesinin temelinde yatan güven ilişkisini temelinden sarsan, adeta sözleşmenin devamını karşı taraf açısından katlanılmaz hale getiren ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan davranışlarının varlığı halinde olanaklı bulunan, bildirimsiz fesih hakkı vardır (BK m.344-345, İş Kanunu m.24-26, Deniz İş Kanunu m.14, Basın İş Kanunu m.11). İşçi ya da işveren, kanunlar-

da öngörülen haklı nedenlerin varlığı halinde, yine kanunlarda öngörülen sürelerde sözleşmeyi fesih ile derhal sonlandırabilir. Haklı fesih için Borçlar Kanunu'nda bir süre öngörülmemişse de, bu durum, "feshin makul sürede olması" gereğini ortadan kaldırmaz¹¹.

Haklı neden, "Ezcümle ahlaka müteallik sebeplerden dolayı yahut hüsnü niyet kaide-leri noktasından iki taraftan birini artık akdi icra etmemekte haklı gösteren her hal, muhik bir sebep teşkil eder." (BK m.344) şeklinde tanımlanmıştır. İş Kanunu'nda ve diğer özel iş kanunlarında ise, haklı neden tanımlanmamış, haklı neden oluşturan haller örnek olarak sayılmıştır (İşK m.24, 25).

Bildirimsiz feshin temelinde yatan amaç nazara alındığında, bunun hem belirsiz hem de belirli süreli iş sözleşmeleri hakkında geçerli olduğu anlaşılır¹². İsimlendirmedeki bildirimsiz ifadesi, bir beyanda bulunmaya gerek olmadığı anlamında değil, ihbar öneli tanınmasına gerek

ve işçi süre sonuna kadar olan ücreti talep edebilir; sona ermeye bağlı olan kıdem tazminatı istenemez¹³. Böyle bir sona ermede, işverenin işçiye iş verme borcunu yerine getirmeyerek kusurlu imkansızlık yarattığı; alacaklı işverenin neden olduğu bir ifa imkansızlığının söz konusu olduğu savunulan görüşlerdendir¹⁴. Katıldığımız görüşe göre, işveren ya da işçinin haklı bir neden olmaksızın gerçekleştirdiği fesih, belirli süreli iş sözleşmesini sona erdirir. Ancak böyle bir sona erme halinde işçinin ücret değil, tazminat hakkından söz edilir ve bu nedenle işçinin talep hakkının yasal dayanağı, işverenin işi kabulde temerrüdüne ilişkin BK m.325 olamaz¹⁵.

Yargıtay eski tarihli kararlarında, işçi ya da işverenin belirli süreli iş sözleşmesini haklı bir nedene dayanmayan feshini işverenin işi kabulde temerrüdü olarak nitelendirmiş ve işçinin BK m.325 uyarınca bakiye süre ücretini talep hakkını kabul etmiştir. Ancak son dönem

Belirli süreli sözleşme, öngörülen sürenin dolması ile sona erdiğinde, ilke olarak tarafların sona ermeden doğan talep hakları olamaz.

bulunmadığını vurgulamak bakımındandır. Bu nedenle, bildirimsiz fesih iradesi muhatabına ulaştığı anda iş sözleşmesi sona erer.

Bu tespitler ışığında belirli süreli iş sözleşmeleri, ilke olarak öngörülen sürenin dolması ile kendiliğinden ya da taraflardan birinin haklı nedenle bildirimsiz feshi ile sona erer. Buna rağmen, işçi ya da işverenin belirli süreli iş sözleşmesini bir haklı neden olmaksızın feshettiği takdirde, hukuki durum ne olacaktır? Türk Borçlar Kanunu kabul edilene kadar konu hakkında ne İş Kanunlarında ne de Borçlar Kanunu'nda açık bir düzenleme olması, öğreti ve uygulamada çok farklı görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur.

Öğretide savunulan bir görüş, haklı bir neden olmaksızın gerçekleştirilen feshin geçersiz olduğu ve bu nedenle sözleşmenin belirlenen süre sonuna kadar devam edeceği şeklindedir. Bu göre, ortada BK m.325 kapsamında işverenin alacaklı temerrüdü oluşturan bir hal vardır

kararlarında isabetli olarak, bu şekilde bir sona erme halini haksız fesih olarak değerlendirerek, bakiye süreye ilişkin tazminat ve 1475 sayılı İş Kanunu m.14'e uygun olarak kıdem tazminatı talep haklarını kabul etmiştir¹⁶.

Feshin karşı tarafın kabulünü gerektirmeyen bozucu yenilik doğuran hukuki niteliği dikkate alındığında, işçi ya da işverenin karşı tarafa yönettiği fesih iradesinin, haklı bir nedene dayanmasa dahi iş sözleşmesini sona erdirdiğinin kabulü gerekir. Sona eren bir sözleşmeyle ilgili olarak da alacaklı temerrüdüden söz edilemez. Dolayısıyla Yargıtay'ın son dönem uygulaması ve öğretide savunulan haksız fesih ve tazminat görüşü isabetlidir. Kaldı ki bu tartışma, TBK'ndaki tüm ihtimalleri karşılayan açık düzenlemeler ile sonlandırılmıştır (TBK m.438, 439). TBK düzenlemeleri incelendiğinde esas olarak, İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki düzenlemelerin örnek alındığı anlaşılmaktadır (OR m.337c, 337d). Yeni düzenlemeye göre,

Haklı nedenle sözleşmeyi fesheden işçinin zararı, hiç kuşkusuz sözleşmenin süre sonuna kadar devam etmemesinden kaynaklanan ücret kaybıdır.

işçi ya da işverenin belirli süreli iş sözleşmesini feshi, haklı bir nedene dayanmasa dahi sözleşmeyi sona erdirir. Bu nedenle artık sözleşmenin sona ermesine bağlı sonuçlar ortaya çıkar, yoksa işverenin alacaklı temerrüdünden söz edilemez.

2. Sonuçları

Bu incelemede önem arz eden konu ise, belirli süreli sözleşmenin sona ermesinin sonuçları ve özellikle de tazmin yükümlülüğünün yasal dayanağı ile sınırlarıdır.

Belirli süreli sözleşme, öngörülen sürenin dolması ile sona erdiğinde, ilke olarak tarafların sona ermeden doğan bir talep hakları olamaz. Örneğin belirsiz süreli sözleşmelere özgü olan ihbar tazminatından ya da kötüniyet tazminatından söz edilemez (İşK m.17, TBK. m.432, 434). Bu konuda işçinin kıdem tazminatı talep edip edemeyeceği önemlidir. Çünkü iş hukuku mevzuatımızda kıdem tazminatını düzenleyen hükümlerde, bu tazminata hak kazanma açısından iş sözleşmesinin belirli ya da belirsiz süreli olmasının dikkate alınmadığı görülmektedir¹⁷. Kıdem tazminatı açısından belirleyici unsurlar, işçinin hizmet süresinin asgari bir süre devam etmiş olması ve sözleşmenin sona erme şeklidir. Bu nedenle asgari bir yıl çalışan işçinin belirli süreli iş sözleşmesi, ölümü, askerliği, evliliği nedeniyle sona ererse ya da işveren tarafından haksız ve işçi tarafından da bildirimsiz fesih ile sonlandırılırsa, işçi kıdem tazminatı hak kazanır. Bu noktada önem arz eden, sözleşmenin sürenin dolması ile kendiliğinden sona ermesi olup, bu durum mevzuatta kıdem tazminatına hak kazandıran bir hal olarak öngörülmemiştir. Ancak Yüksek Mahkeme, bu durumun özellikle Özel Okullar Kanunu uyarınca her sene yenilenen belirli süreli iş sözleşmeleri ile çalışan öğretmenler açısından yarattığı sakıncayı dik-

kate alarak, işverenin sözleşmeyi yenilememe iradesini fesih olarak değerlendirmiş ve işçinin kıdem tazminatına hak kazanacağını içtihat etmiştir¹⁸. Bu çözüm yolu hakkaniyete uygun ise de, normatif düzenleme ile bağdaşmamaktadır¹⁹.

Belirli süreli sözleşme ikale ile sonlandırıldığında, bunun sonuçları, örneğin bir ödeme yapıp yapılmayacağı ve diğer şartlar, yine tarafların kararlaştırmalarına bağlıdır.

Belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce işçi ya da işveren tarafından, haklı bir neden ile ya da olmaksızın fesih ile sona erdirilmesi, işçinin talep hakları açısından uygulamada önemli konulardandır. Burada esas sorun, işçinin bakiye süreye ilişkin talep hakkıdır.

Belirli süreli iş sözleşmesi işçi tarafından haklı nedenle bildirimsiz olarak feshedildiğinde, işçinin işverenden olan tazminat hakları saklıdır (İşK m.26/2). İş sözleşmesini haklı nedenle fesheden işçinin tazminat haklarına ilişkin BK m.345'de, İsviçre Borçlar Kanunu m.337b hükmü ile benzer biçimde, "Muhik sebepler bir tarafın akte riayet etmemesinden ibaret olduğu takdirde bu taraf diğer tarafa, onun akit ile müstahak iken mahrum kaldığı fer'i menfaatlerde nazara alınmak üzere tam bir tazminat itasıyle mükellef olur. Bundan başka hakim vaktinden evvel feshin mali neticelerini, hali ve mahalli adeti göz önünde tutarak takdir eder." hükmü düzenlenmiştir. Bu açık düzenleme uyarınca, belirli süreli iş sözleşmesini haklı nedenle fesheden işçi, bakiye süreye ait ücreti tazminat olarak talep edebilecektir. Bu hükmün altında yatan, işçi ya da işverenin kusurlu davranışı ile belirli süreli sözleşmenin süresinden önce sona ermesine neden olarak, sözleşmenin öngörülen süreyle sınırlı olarak işçi açısından iş (ücret) güvencesi ve işveren bakımından da işçinin hizmetini temin etme işlevlerini ortadan kaldırmasıdır.

İşverenin haklı nedenle feshine ilişkin tazminat taleplerinde, süresinden önce sona ermenin işveren tarafında ne gibi zararları ortaya çıkardığının BK m.345'deki takdir hakkı çerçevesinde hakim tarafından araştırılması gerekir²⁰. Örneğin nitelikli bir işçi açısından, işverenin yeni işçi bulana kadar, işçinin yokluğundan

kaynaklanan zararların tazmini gündeme gelebilecektir.

Buna karşın haklı nedenle sözleşmeyi fesheden işçinin zararı, hiç kuşkusuz sözleşmenin süre sonuna kadar devam etmemesinden kaynaklanan ücret kaybıdır. Sözleşmenin hukuken sona erdikten sonraki döneme ilişkin olan bu talep, hukuken ücret değil, tazminat niteliğindedir²¹ ve bu nedenle BK m.345/2'de hakime tanınan takdir hakkı uyarınca, işçinin bakiye sürede çalışıyorsa eline geçecek meblağın tamamının ödenmesi her zaman söz konusu olmayabilecektir. Çünkü bu tazminattan, BK m.98/2'nin atfı ile m.44 uyarınca indirim gündeme gelebilecektir. Yargıtay'ın inceleme konusu kararında haklı olarak ifade ettiği üzere, hakim tazminatın belirlenmesinde takdir yetkisini kullanırken, BK m.325/2'deki işçi "...iş yapmadığından dolayı tasarruf ettiği yahut diğer bir iş ile kazandığı ve kazanmaktan kasten feragat

lendirildiği durumda, işçi talepte bulunabilmek için bakiye sürenin geçmesini beklemek zorunda kalacaktır. Çünkü Borçlar Kanunu m.325'in konusu, iş ilişkisinin devamında işverenin kusuru ile işi kabulde temerrüde düşmesi halinde, işçinin ücret hakkını güvence altına almaktır. Yine bakiye süreye ilişkin talep hakkı tazminat niteliğinde olduğundan, buna ancak yasal faiz işletilebilecektir. Buna karşın BK m.325 kapsamında ücret nitelendirmesinde, İş Kanunu kapsamındaki işçiler açısından en yüksek mevduat faizi söz konusu olabilecektir.

İsviçre Borçlar Kanunu m.324'ün mehaızı olan Borçlar Kanunu'nun "iş sahibinin temerrüdü" başlıklı 325. maddesine göre, "İş sahibi işi kabulde temerrüt ederse, işçi taahhüt ettiği işi yapmağa mecbur olmaksızın mukaveledeki ücreti isteyebilir. Şu kadar ki, işi yapmadığından dolayı tasarruf ettiği yahut diğer bir iş ile kazandığı ve kazanmaktan kasten feragat eylediği

Belirli süreli iş sözleşmesini haklı nedenle bildirimsiz olarak fesheden işçinin, bakiye süreye ilişkin talep hakkının yasal dayanağı BK m.325 (TBK m.408) değil, BK m.345'dir.

eylediği şeyi mahsup ettirmeğe mecburdur." hükmünü indirim ölçütü olarak nazara alabilecektir. Bu şekilde hakim, karar altına alacağı tazminat tutarını objektifleştirmiş olacaktır.

BK m.345'deki bu açık düzenlemeye rağmen, belirli süreli iş sözleşmesini haklı nedenle bildirimsiz olarak fesheden işçinin talep hakları konusunda, uygulamada yanlışlıkla BK m.325 çerçevesinde bir değerlendirmeye gidilmesi yaygındır. Bunda, işçinin sözleşmenin süresinden önce sona ermesi nedeniyle uğradığı zararın, esas olarak mahrum kalın bakiye süre ücreti görünümünde ortaya çıkması etkilidir. Bu çerçevede belirli süreli iş sözleşmesini haklı nedenle fesheden işçinin bakiye süreye ilişkin talep hakkının tazminat mı, yoksa ücret mi olduğu tartışması, ilk bakışta bunun tutarı açısından önemsiz gözükse de, pratikte önemli hukuki farklılıkları içermektedir. Örneğin böyle bir durumda işçinin talep hakkının yasal dayanağının BK m.345 değil de, BK m.325 olarak değer-

lediği şeyi mahsup ettirmeğe mecburdur." Hüküm, TBK m.408'de daha açıktır: "İş görme ediminin ifasının engellenmesi halinde ücret" üst başlığı altında ve "işverenin temerrüdü halinde" başlığı ile yer verilen bu hükme göre, "İşveren, iş görme ediminin yerine getirilmesini kusuruyla engellerse veya edimi kabulde temerrüde düşerse, işçiye ücretini ödemekle yükümlü olup, işçiden bu edimini daha sonra yerine getirmesini isteyemez. Ancak, işçinin bu engelleme sebebiyle yapmaktan kurtulduğu giderler ile başka bir iş yaparak kazandığı veya kazanmaktan bilerek kaçındığı yararlar ücretinden indirilir."

Görüldüğü üzere her iki hükümde de, işverenin işçinin iş görme edimini kabulde temerrüdünden söz edilmektedir. İş kabulde temerrüt ise, iş sözleşmesinin devam ediyor olması şartına bağlıdır. Sona eren bir iş sözleşmesiyle ilgili, işverenin işi kabul ve dolayısıyla ücret ödeme borcundan söz edilemez. Uygulamadaki yaygın yanlış anlayışa karşın, BK m.325

belirli süreli iş sözleşmelerine özgü bir düzenleme değildir. Taraflar arasındaki iş sözleşmesinin belirli ya da belirsiz süreli olması, işverenin alacaklı temerrüdü açısından önemli değildir. İsviçre öğretisinde mehaz OR m.324 hükmü, genel alacaklı temerrüdüne ilişkin OR m.91 (BK m.90) özel bir hali olarak nitelenmiştir²². Kanunda böyle açık bir düzenleme ihtiyacı doğuran, ilke olarak ücretin, iş/çalışma karşılığı olmasıdır. Böyle açık bir düzenleme olmadığı takdirde, işi kabulde temerrüde düşen işveren, ücret ödeme borcunun olmadığını ileri sürebilecek ve dolayısıyla da, işletme riskini işçi ile paylaşmış olacaktır²³. Bu sonucun iş hukuku bakımından kabul edilmezliği açıktır.

Tüm bu nedenle belirli süreli iş sözleşmesini haklı nedenle bildirimsiz olarak fesheden işçinin, bakiye süreye ilişkin talep hakkının yasal dayanağı BK m.325 (TBK m.408) değil, BK m.345'dir (TBK m.437). Bu nedenle Yargıtay'ın

belirsizdir. Buna karşın, sözleşmeyi bildirimsiz olarak fesheden işçinin talepte bulunabileceği bakiye süre baştan bellidir. Bu nedenle, işçinin BK m.345'e göre talepte bulunabilmesi için bakiye süre sonunu beklemesi gerektiği söylemek, hukuka aykırı olacaktır. Bu nedenle, BK m.345'e karar altına alınacak tazminatın belirlenmesinde BK m.325'deki ölçüt, somut olayın şartları elverdiği ölçüde dikkate alınmalıdır. Bu noktada işçinin işi yapmadığından dolayı tasarruf ettiği tutar konusunda bir tereddüt olmayacaksa da, diğer bir iş ile kazanılan ya da kazanmaktan kasten feragat edilen tutarın mahsubu, talep anı bakımından her zaman olanaklı olmayacaktır. Ancak bu durum, uygulamada bakiye sürelerin görece kısa ve davaların da uzun sürmeyi nedeniyle çoğu zaman bir sorun yaratmamaktadır. Buna rağmen daha bakiye süre dolmadan bir karar vermek gerektiği takdirde, BK m.44 çerçevesinde genel bir hakkaniyet in-

TBK, m.438 ve 439 hükümleri belirli süreli iş sözleşmelerinin işçi ya da işveren tarafından haksız feshi konusundaki tartışmaları sonlandırmıştır.

yerel mahkeme kararını düzelterek onaması, hukuki gerekçe ve pratik sonuçları itibarıyla haklıdır, önemlidir. Buna göre, belirli süreli iş sözleşmesini haklı nedenle fesheden işçi, feshi takiben açacağı dava ile bakiye süreye ilişkin talepte bulunabilecektir. Bu noktada tazminatın belirlenmesi ölçütü olarak dikkate alınacak BK m.325/2 hükmü ile çelişkiden söz edilebilir. Çünkü bu hükümde işçinin “iş yapmadığından dolayı tasarruf ettiği yahut diğer bir iş ile kazandığı ve kazanmaktan kasten feragat eylediği şeyi mahsup ettirmeğe mecburdur.” denilmekle, talepte bulunabilmek için bakiye sürenin geçmesinin beklenmesinin gerektiği gibi sonuca ulaşılabilir. Ancak unutulmamalıdır ki, bu hükümde iş sözleşmesinin devamında işverenin işi kabulde temerrüdü sonucu işçinin talep hakkı düzenlenmiştir. Bu çerçevede işçinin talep hakkı, işverenin temerrüdünün devam ettiği süre ile sınırlı olup, temerrüt ortaya çıktıktan sonra bunun ne kadar süreceği baştan

dirimi dikkate alınabilir.

İnceleme konumuzla doğrudan ilgili olmakla birlikte, kısa süre önce TBK'nın kabulü dikkate alınarak, belirli süreli sözleşmelerin işçi ya da işveren tarafından haksız feshinin sonuçları konusunu kısaca incelemek istiyoruz. TBK, m.438 ve 439 hükümleri belirli süreli iş sözleşmelerinin işçi ya da işveren tarafından haksız feshi konusundaki tartışmaları sonlandırmıştır. Bu iki hükmün özelliği, belirli ve belirsiz süreli sözleşmeleri kapsar içerikte olmasıdır.

TBK m.438'e göre, “(1)İşveren, haklı sebep olmaksızın hizmet sözleşmesini derhâl feshe derse işçi, belirsiz süreli sözleşmelerde, fesih bildirim süresine; belirli süreli sözleşmelerde ise, sözleşme süresine uyulmaması durumunda, bu süreler uyulmuş olsaydı kazanabileceği miktarı, tazminat olarak isteyebilir. (2) Belirli süreli hizmet sözleşmesinde işçinin hizmet sözleşmesinin sona ermesi yüzünden tasarruf ettiği miktar ile başka bir işten elde ettiği veya bile-

rek elde etmekten kaçındığı gelir, tazminattan indirilir. (3) Hâkim, bütün durum ve koşulları göz önünde tutarak, ayrıca miktarını serbestçe belirleyeceği bir tazminatın işçiye ödenmesine karar verebilir; ancak belirlenecek tazminat miktarı, işçinin altı aylık ücretinden fazla olamaz.” Hükmün ilk iki fıkrası açık olup, işverenin belirli süreli iş sözleşmesini haksız feshinde, işçinin talep hakkının işverenin alacaklı temerrüdü değil (BK m.325, TBK m.408), tazminat niteliğinde olduğu vurgulandıktan sonra, tazminatın belirlenmesinde dikkate alınması gereken ölçütler, işverenin alacaklı temerrüdü ile benzer şekilde düzenlenmiştir. Yukarıda belirtildiği üzere, buradaki ölçütler, tazminatın talep edilebilmesi için bakiye sürenin geçmesi gerektiği gibi dolaylı bir anlam içermektedir. Ancak ortada sözleşmenin feshi ile muaccel hale gelen bir tazminat söz konusu olduğundan, hükümde öngörülen ölçütlerin, hakimin karar tarihindeki şartlarla sınırlı olarak dikkate alınması gerektiğinin kabulü gerekmektedir.

TBK m.438’in önemli bir yeniliği de, 3. fıkarda öngörülen tazminattır. Hükmün belirli süreli sözleşmeler dışında, belirsiz süreli sözleşmelerle de ilgili olması nedeniyle, ilk bakışta bu tazminatın İş Kanunu 17.maddedeki kötüniet tazminatı benzeri bir tazminat olduğu söylenebilecekse de, TBK kapsamında belirsiz süreli sözleşmelerin işveren tarafından kötünietli olarak feshi, 434. maddede ihbar önelinin üç katı tutarda ücret olarak yaptırıma bağlanmıştır. TBK m.434’deki kötüniet tazminatının bildirimli fesihlere ve dolayısıyla da belirsiz süreli iş sözleşmelerine özgü olması karşısında, TBK m.438/3’de öngörülen tazminatın belirli süreli sözleşmelerin işveren tarafından kötünietli feshinin yaptırımı olarak öngörüldüğü söylenebilecektir. Çünkü belirli süreli sözleşmesi süresinden önce işveren tarafından haksız olarak feshedilen işçinin asıl olarak zararı, mahrum kaldığı bakiye süre ücreti olup, m.438/1-2’de bu ücretin tazminat olarak talep edileceği açıkça belirtilmiştir. Bu çerçevede TBK m.438/3 ile Türk İş Hukukunda belirsiz süreli sözleşmelerden sonra belirli süreli sözleşmeler için de kötüniet tazminatı benzeri bir tazminat kabul edilmiş olmaktadır.

Son olarak TBK m.439’a göre, “(1) İşçi, haklı sebep olmaksızın işe başlamadığı veya aniden işi bıraktığı takdirde işveren, aylık ücretin dörtte birine eşit bir tazminat isteme hakkına sahiptir. İşverenin, ayrıca ek zararlarının giderilmesini isteme hakkı da vardır. (2) İşveren zarara uğramamışsa veya uğradığı zarar işçinin aylık ücretinin dörtte birinden az ise, hâkim tazminatı indirebilir. (3) Tazminat isteme hakkı takas yoluyla sona ermemişse işveren, işçinin işe başlamamasından veya işi bırakmasından başlayarak otuz gün içinde, dava veya takip yoluyla bu hakkını kullanmak zorundadır. Aksi takdirde, tazminat isteme hakkı düşer.”

Bu hükmün hem belirli hem de belirsiz süreli sözleşmeler için olduğu dikkate alındığında, işverenin ihbar tazminatı talep hakkı konusunda İş Kanunu 17. maddeden ayrıldığı görülmektedir. İş Kanunu 17. madde uyarınca hem işçinin hem de işverenin talep edebileceği ihbar tazminatı, fesih bildirim süresine ilişkin ücreti tutarındadır. Yine TBK m.438/1’e göre, işçi ihbar tazminatı olarak fesih bildirim süresine ilişkin ücreti talep edebileceği halde, m.439/1 uyarınca işverenin talep hakkı, aylık ücretin dörtte biri tutarında bir üst sınıra tabidir.

IV. Sonuç

Belirli süreli iş sözleşmesini haklı nedenle fesheden işçinin talep haklarını ele alan inceleme konusu Yargıtay kararı, Borçlar Kanunu m.345’deki açık düzenleme karşısında hiç tartışmasız isabetli olup, önemli bir uygulama hatasına dikkat çekmektedir. Belirli süreli iş sözleşmesini haklı nedenle bildirimsiz fesheden işçinin zararı, esasen mahrum kaldığı bakiye süre ücretinden oluştuğundan, uygulamada Borçlar Kanunu m.345 hükmü gözden kaçmakta ve işverenin işi kabulde temerrüdüne ilişkin BK m.325’de esas alınmaktadır. BK m.325 (TBK m.408), alacaklı temerrüdüne ilişkin BK m.90 (TBK m.106) hükmünün özel bir görünümü olup, bu özel düzenleme ile amaç, iş hukukundaki “ücretin çalışma karşılığıdır” genel ilkesinden doğabilecek tereddütleri gidermek; işverenin kusuru nedeniyle iş görme borcunu yerine getiremeyen işçinin ücretini, güvence altına almaktır. Oysa, işçinin haklı nedenle bil-

dirimsiz feshinde, sona eren sözleşmeyle ilgili alacaklı temerrüdünden söz edilemeyeceğinden, bakiye süreye ilişkin talebin ücret değil, tazminat niteliğinde olduğu açıktır. Böyle bir durumda işçinin tazminat hakkına yer veren BK m.345'de tazminatın belirlenmesiyle ilgili somut ölçütler yer almadığından, Yargıtay'ın işaret ettiği üzere daha somut ölçütleri içeren BK m.325/2 hükmünün hakim tarafından nazara alınması, tazminatın belirlenmesini objektif bir içeriğe kavuşturacaktır.

DİPNOTLAR

- 1 Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 23. Bası, İstanbul 2010, 88; Ekonomi, Münir: İş Hukuku, C.1, Ferdi İş Hukuku, Yenilenmiş 3. Bası, İstanbul 1987, 81; Aynı yazar, Belirli Süreli Hizmet Akdinin Hukuku Uygunluğu, Türk-İsviçre Hukukunda Belirli Süreli Hizmet Akitlerinin Hukuki Sorunları, İstanbul 1979, 6 vd; Süzek, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 4. Baskı, İstanbul 2008, 501-502; Ulucan, Devrim (Eyrenci/Taşkent/Ulucan): Bireysel İş Hukuku, Yenilenmiş 4. Bası, İstanbul 2010; 60; Alpogut, Gülsevil: Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi, İstanbul 1998, 1 vd; Rehbinder, Manfred: Schweizerisches Arbeitsrecht, 14. neu bearbeitete Auflage, Bern 1999, Rdn.131; Portmann, Wolfgang: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 4. Auflage, Art.334, N. 1; Zöllner, Wolfgang/Loritz, Karl-Georg/Hergenröder, Curt Wolfgang: Arbeitsrecht, 6. neu bearbeitete Auflage, München 2008, 253.
- 2 Çelik, 88; Süzek, 501-502; Sümer, Halûk Hâdi: İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş 15. Baskı, Konya 2010, 43; Şahin Çil: Belirli Süreli İş Sözleşmesi, Osman Güven Çankaya'ya Armağan, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, Ankara 2010, 55; Güler Mikdat: Belirli Süreli İş Sözleşmesi, Legal İSGHD, S.5, 2005, 28.
- 3 RG. 04.02.2011, 27836.
- 4 Ocak, Saim: Sosyal Güvenlik Sözleşmesi İmzalanmamış Ülkelere Götürülen İşçilerin Sosyal Güvenliği, Legal İSGHD, S.19, 2008, 1078-1079.
- 5 İş sağlığı ve güvenliğinin hukuki sisteminde yeri hakkında bir inceleme için bkz. Kabakcı, Mahmut: İş Sağlığı ve Güvenliğinin Hukuk Sistemindeki Yeri, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 86, Ocak-Şubat 2010, 249 vd.
- 6 Bu tespitin uygulanacak zamanaşımı süresi ve ispat yükü açısından pratikte çok önemli sonuçları vardır.
- 7 Ekonomi, 81; Süzek, 223; Narmanlıoğlu, Ünal: İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Bası, İzmir 1998, 260; Centel, Tankut: İş Hukuku, C.1, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 1994, 171; Alpogut, 6.
- 8 İş sözleşmesinin fesih dışı sona ermesi halleri için bkz. Çelik, 185 vd; Ekonomi, 159 vd; Taşkent (Eyrenci/Taşkent/Ulucan), 151; Rehbinder, Rdn. 133-133; Theo Guhl - Das Schweizerische Obligationenrecht, Bearbeitet von Alfred Koller, Anton K. Schnyder, Jean Nicolas Druey, 9. Auflage, Zürich 2000, Guhl/Koller, § 46, N. 129 vd.
- 9 Süzek, 454; Ekonomi, 166; Narmanlıoğlu, 259-260; Zöllner/Loritz/Hergenröder, 263-264; Guhl/Koller, § 46, N. 137.
- 10 Sürenin üst sınırı konusunda hukukumuzda açık bir düzenleme yoksa da, BK m.343'de hayat müddetince ya da on seneden fazla bir süre için yapılmış sözleşmelerin, işçi tarafından on sene geçtikten sonra bir aylık ihbar öneline uyuşması şartı ile tazminatsız olarak feshedilebilme imkânı getirilmiştir (TBK m.430/3 hükmünde ise, ihbar öneli 6 ay olarak düzenlenmiştir). Bu hükmün belirli süreli iş sözleşmelerinin azami süresi bakımından dolaylı bir sınır oluşturduğu söylenebilecektir (Alpagut, 173-174; Portman, OR 334, N. 10).
- 11 Fesih nedeninin ortaya çıkmasından uzun bir süre sonra, buna dayalı olarak feshe gidilmesinin, haklı feshin altında yatan amaç nazara alındığında, hakkın kötüye kullanılması oluşturduğu söylenebilecektir.
- 12 Çelik, 257; Narmanlıoğlu, 314; Ekonomi, 194; Taşkent (Eyrenci/Taşkent/Ulucan), 187; Centel, 173.
- 13 Alpogut, 178, dn. 439 ve 441'de anılan yazalar.
- 14 Oğuzman, Kemal: Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre İş Akdinin Feshi, İstanbul 1955, 143.
- 15 Süzek, 671; Alpogut, 179 vd; Kaplan, E. Tuncay Senyen, Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Haksız Feshi ve Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Getirilen Yeni Düzenlemeler, Osman Güven Çankaya'ya Armağan, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, Ankara 2010,219 vd; Güler, 71.
- 16 Çil, 56-58.
- 17 Süzek, 670, 683; Narmanlıoğlu, Ünal: Belirli Süreli İş Sözleşmesiyle Çalışan İşçinin İş Sözleşmesinin İşverence Haksız Feshi Halinde Kıdem Tazminatı Talep Hakkı, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara 2000, 386 vd.
- 18 Yarg. 9. HD, 24.04.2001, 1332/6712, Çil, 56-58.
- 19 Çelik, 307; Süzek, 683-684.
- 20 Alpogut, 190; Kaplan, 227-228.
- 21 Süzek, 671; Alpogut, 180.
- 22 Gulh/Koller, § 46, N. 87; Portman, OR 324, N. 3; Pellascio, Michel: Schweizerisches Obligationenrech4 Herausgegeben von Jolanta Kren Kostkiewicz/Peter Nobel/Ovo Schwander/Stephan Wolf, 2. überarbeitete und erweiterte Auflage, Ulm 2009, OR 324, N. 3.
- 23 Pellascio, OR 324, N. 5.

Araş. Gör. Eda KARAÇÖP

Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Kıdem Tazminatının Ödeneceği Konusunda İşverence Kendisinde Haklı Bir Güven Oluşturularak İstifa Eden İşçinin Talebinin Güven Prensipli Çerçevesinde İrdelenmesi

T.C. YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

Esas No : 2010/9-39

Karar No : 2010/71

Tarihi : 10.02.2010

ÖZET

Dava; kıdem tazminatı alacağıın tahsili istemine ilişkindir. Dürüstlük kuralından hareketle bir olayda güven sorumluluğunun gerçekleşmesi için bazı şartlar aranmaktadır: Olayda güven unsuru bulunmalı, zarar gerçekleşmeli, zarar ile yaratılan hukuki görünüş arasında nedensellik bağı olmalı, hukuki görünüşü yaratan kişi kusurlu olmalı, hukuki görünüşe inanan kimse ise iyi niyetli olmalıdır. Dosya kapsamından, işçinin istifa etmesi halinde kıdem tazminatı ödeneceği hususunda işverence haklı bir güven oluşturulduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda

işverenin kıdem tazminatı ödeme yükümlülüğünün kaynağı güven sorumluluğudur. Açıklanan hususlar dikkate alınmaksızın istifa eden işçinin kıdem tazminatı talep edemeyeceği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi hatalıdır.

DAVA

Taraflar arasındaki “kıdem tazminatı alacağı” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara 9. İş Mahkemesi’nce davanın reddine dair verilen 25.12.2007 gün ve 2005/1412 E.-2007/725 K. sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin 02.07.2009 gün ve 2008/5999 E.-2009/18523 K. sayılı ilamı ile;

(...Davacı dava dilekçesinde, F... Büyükelçiliği Silahlanma Ataşeliği’nde tercüman olarak çalıştığını, işveren temsilcisinin fesihten üç-dört ay önce kadro azaltılmasına

gidileceğini ve işten çıkarılacağını, bu arada iş aramasını, kıdem tazminatı ödeneceğini belirttiğini; bunalıma girdiğini, bu sebeple tazminatların ödenme koşulunu ayrılma dilekçesinde belirterek verdiğini, işverenin kıdem tazminatını ödeyeceğini sözlü olarak belirtmesine rağmen ödemediğini, on bir yıl çalışan bir işçi olarak tazminatsız ayrılmasının yaşamın olağan koşullarına aykırı olduğundan söz ederek kıdem tazminatı isteminde bulunmuştur.

Davalı taraf, davacının daha iyi koşullarda iş bulması nedeniyle ayrıldığını ifade ederek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, istifa gerekçe yapılarak dava reddolunmuştur.

Karar davacı tarafça temyiz olunmuştur.

Uyuşmazlık iş sözleşmesinin feshi noktasında toplanmaktadır.

Önümüze gelen bir hukuki uyuşmazlıkta güvenin meydana gelmesini sağlayacak koşullar önem taşır. Kanunun getirdiği güvenin korunmasına ilişkin ilk ayrımın ötesinde en çok tartışılan doğal öğelerdir. Doğal öğeler temelinde insan davranışını ele alır. Yazılı ve sözlü olabilir. Bu bağlamda sözlü ifadeler, çeşitli vesika ve belgeler, örtülü irade davranışlarını da sayabiliriz. 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. Burada öne çıkacak durum irade beyanın ya da zımnî hallerin gerçek hak sahiplerini, gerçek durumu yansıtır yansıtmayacağıdır. Güven sorumluluğuna yaklaşımında bir diğer yön dürüstlük kuralından doğan yükümlülüklerle aykırı davranmanın söz konusu olmasıdır (Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuztürk, Burcu Kalkan, Güven Sorumluluğu, Doktora Tezi, İstanbul 2008, sh. 129 vd.).

Uyuşmazlığın her iki hukuki olgunun birlikte değerlendirilerek güven sorumluluğu ilkesi doğrultusunda çözümü gerekir.

Davacının işverence çıkarılacağı olgusu

F... Büyükelçiliğinin 08.09.2006 tarihli mektubundan anlaşılmaktadır. Anılan mektupta davalı ataşenin tercüman kadrosunun kaldırılacağını bildirildiği ifade edildikten sonra davacının kendi elçiliğinde göreve başladığı belirtilmiştir. Davacının 09.06.2005 tarihli sağlık kurulu raporunda depresyon teşhisi konmuştur. Davacının 18.04.2005 tarihli ayrılış yazısında, "tazminatının ödeyeceğinizi hatırlatırım" ifadesi bulunmaktadır. Öte yandan P'nin meslektaşına yazdığı 22.09.2005 tarihli belgede de, J'nin (F... Ataşesi), davacının tazminatları ödenmesi için gerekenin yapılacağı sözü verildiğini, ancak yasal olanakların olmadığı ifade edilmiştir.

Tüm bu delillerin güven olgusu ile birlikte değerlendirilmesinden işverenin davacı işçiyi çıkaracağı beyanı yanında tazminatlarının ödeneceği konusunda güven verildiği anlaşılmaktadır. O halde davalı tarafın, kıdem tazminatı ödeme yükümlülüğü güven sorumluluğu gereğidir.

Kıdem tazminatı isteğinin bir hesaplama tabii tutularak hüküm altına alınması gerekirken yazılı şekilde reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir,

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

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

KARAR

Dava; kıdem tazminatı alacağının tahsili istemine ilişkindir.

Mahkemece davanın reddine dair verilen karar davacı vekilinin temyizi üzerine özel dairece yukarıda belirtilen nedenle bozulmuştur.

Yerel mahkemece, davacı işçinin istifa etmek suretiyle işyerinden ayrıldığı gerekçesiyle önceki kararda direnilmiştir. Hükmü temyize davacı vekili getirmektedir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; davacı işçinin, iş yerinden kıdem tazminatının ödeneceği konusunda verilen güvene dayalı olarak, istifa suretiyle ayrılış şeklinin kıdem tazminatını gerektirip gerektirmeyeceği noktasında toplanmaktadır.

Öncelikle, taraflar arasındaki somut uyuşmazlığın çözümünde etkili olduğu düşünülen “güven ilkesi”, “güven kavramı” ve “güven sorumluluğu” hakkında açıklamalarda bulunulması yararlı görülmüştür.

Hukukun evrensel ve genel ilkelerinden olan “dürüstlük ilkesi” (Türk Medeni Kanunu m. 2), bazı alt ilkelerin doğmasına sebep olmuştur. Bu ilkelerden birisi “ahde vefa ilkesi”, bir diğeri de “güven ilkesi”dir.

Yine dürüstlük ilkesini temel alan bir akım da, irade beyanlarının yorumunda ve dolayısıyla sözleşmelerin kurulup kurulmadığını tespitinde “korunmaya layık haklı güveni” esas alan “güven ilkesi”dir. Bu güven ilkesi de, “hukuki görünüşe güvenin korunması” alt ilkesini doğurmuştur (Oğuztürk, Burcu (Kalkan), Güven Sorumluluğu, Vedat Kitapçılık, 1. Bası, İstanbul 2008, sahife 1).

Güven kavramı, anlam itibarıyla sadece, etik ve moral beklentilerin mevcut olduğu bir kavram değildir. O, aynı zamanda, toplum içerisindeki bireylerin iletişimde çok ciddi rol oynayan ve bazı durumlarda eksik kalmış, tamamlanamamış ya da üstü kapalı olarak geçirilmiş, bazı irade beyanlarının yorumlanması ve tamamlanmasında önemli derecede etkisi olan psikolojik-sosyolojik bir kavramdır. Bilgilendirme gereksinimi içinde, güven kavramının, ekonomik, sosyal ve kültürel anlamları da mevcuttur. Bir görüşe göre güven kavramı, toplum içerisinde, bir bireyin diğer bireylerle olan ilişkilerini tamamlayan; bu ilişkilerin yorumlanmasında kullanılan; ya da o bireyin geleceği ile ilgili olan olaylarda yol gösterici bir rol oynayan, tamamen insanın kendi iç dünyasıyla ilgili bir davranış, bir ruh hali, bir zihniyet, bir anlayıştır (Oğuztürk, Burcu (Kalkan), a.g.e., s. 4).

Güven kavramının temelinde; doğruluk, dürüstlük, açık sözlülük, içtenlik, gerçeklik, haklılık gibi anlamlar yatmakta; güven kavramının anlamı da sayılan bu ilkelere dayanmaktadır. Bu anlamda güven, iki taraflıdır. Bir birey, ya karşısındakine güvenir, ya da karşısındaki, o bireye güven verir. Bir kimsenin, çevresine verdiği güven, aynı derecede bir karşılık ve hukuki olarak korunma gerektirmektedir (Oğuztürk, Burcu (Kalkan), a.g.e., s. 4).

Özel bir ilişkiye girmiş taraflardan biri, hukuka ve güven ihlali söz konusu olduğunda da hukukun öngördüğü yaptırıma güvenerek karşı tarafa güvenmiştir. Karşı taraf omuzlarına da bu güvenden dolayı, doğru ve dürüst davranmak ve sadakatli olmak yükümlülüğü yüklenmiştir. Kendisine güvenilen taraf da yapmış olduğu kendi davranışları ile bu güven olgusunu meydana getirdiği için, güvenen tarafa kendisine neden güvendiği hususunda bir itiraz hakkı söz konusu olmayacağı öğretilmiştir (Oğuztürk, Burcu (Kalkan), a.g.e., s. 9).

Gerçekten de, her iki tarafın menfaatlerini korumak ve dengelemek için ileri sürülen güven ilkesine göre, bir irade beyanını anlamak ve değerlendirmek için, beyan muhatabınca bilinen ve bilinmesi gereken bütün hal ve şartları Medeni Kanun m. 2’de düzenlenen dürüstlük ilkesi gereğince değerlendirmek gerekecektir. Böylece, beyana ne anlam verilmesi gerektiği ortaya çıkacaktır. Bu ilkeye göre, korunan karşı tarafın -beyan muhatabının- “haklı güveni”dir. Beyan muhatabının gerekli dikkat ve özene göstermeksizin, beyanı nasıl anladığına bakamayacaktır. Beyan muhatabı, kendisine ulaşan beyanı, dürüstlük ilkesi gereği, bildiği veya bilmesi gereken tüm unsurları dikkate alarak anlamalıdır. Yani, onun bu beyanı o şekilde anlaması MK. m. 2 uyarınca haklı görünmelidir. İşte bu ilke, meydana gelen adaletsizliği ve taraflar arasında gerçekleşen sorunu çözmüş olmaktadır. Zira güven ilkesi “karşılıklı birbirini gözet-

me” ve “bağlılık” esaslarına dayanmaktadır. Bu ilkeye göre, hem beyan sahibinin hem de beyan muhatabının menfaatleri dengede tutulmuş olmaktadır. Bir yandan beyan muhatabının, dürüstlük kuralına (objektif iyi niyet) göre, bildiği ve bilebileceği bütün olguları değerlendirerek beyana vermesi gereken anlama olan haklı güveni korumakta; diğer yandan ise, beyan sahibinin yaptığı beyanının, makul ve dürüst bir sözleşen insan tarafından anlaşılması olağan biçimde anlaşılacağına dair haklı güveni teminat altına alınmaktadır (Oğuztürk, Burcu (Kalkan), a.g.e., s. 37-38).

Güven sorumluluğunun gerçekleşebilmesi için, bir kimsede hukuken korunmaya layık bir güvenin olması, bu güvene dayanılarak bir tasarruf işlemi bulunulması, tüm bunların da bir kişiye isnat edilebilmesi gerekir.

Yukarıda güven sorumluluğuna ilişkin belirtilen genel şartlar, aynı zamanda Alman Hukukunda da aranmaktadır (Oğuztürk, Burcu (Kalkan), a.g.e., s. 128).

Öte yandan, güven sorumluluğu kavramı, 90'lı yılların ortalarına doğru, İsviçre Federal Mahkemesi kararlarına da konu olacak şekilde uygulama içerisinde, ciddi biçimde ağırlığını göstermeye başlamış, bu kavramın hukuk biliminde yer almasını sağlamıştır (Oğuztürk, Burcu (Kalkan), a.g.e., s. 166).

İsviçre Federal Mahkemesi'nin kararları ve İsviçre Hukuk uygulaması, özellikle, bir kimsenin, karşı tarafta oluşturduğu güveni daha sonraki davranışlarıyla hayal kırıklığına dönüştürmesini, yani söz konusu olan çelişkili davranıştan korumadığı anlaşılmaktadır (Oğuztürk, Burcu (Kalkan), a.g.e., s. 193; kararlar için bak. s. 184 vd.).

Güven sorumluluğunun Türk Pozitif Hukuku'nda özel bir kanuni düzenlemesi bulunmamakla birlikte; Türk Hukuk öğretisinde dürüstlük kuralından hareketle bir olayda güven sorumluluğunun gerçekleşebilmesi için şu şartlar aranmaktadır: Olayda bir “güven” unsuru bulunmalı, zarar ger-

çekleşmeli, yaratılan hukuki görünüme güvenin pozitif olarak korunması anlamında geçerlilik sonucu bağlanmamalı, zarar ile yaratılan hukuki görünüş arasında nedensellik bağı söz konusu olmalı, başka hukuki kurumların uygulama alanına giren herhangi bir durum söz konusu olmamalı, hukuki görünüşü yaratan kimse kusurlu olmalı, kişinin haklı güveni, yani olayda iyi niyeti bulunmalıdır (Oğuztürk, Burcu (Kalkan), a.g.e., s. 268).

Haksız fiil zararının söz konusu olduğu haller ile diğer sorumluluk ilkelerinin devreye girdiği hallerde söz konusu olmayan güven sorumluluğu ancak, Türk-İsviçre Hukuku'nda MK. m. 2 ve MK. m. 3 ışığında Canaris'in “Negativer Vertrauensschutz-güvenin negatif-menfi-olumsuz korunması” olarak nitelendiği hallerde söz konusu olabilir. Güven sorumluluğu olabilmesi için, BK. 36/2. maddesinde olduğu gibi, bir “hukuki görünüşe haklı güven olgusu-Rechtscheinhaltung” söz konusu olmalıdır (Oğuztürk, Burcu (Kalkan), a.g.e., s. 271).

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; davacı işçinin istifa dilekçesi ve işverene hitaben yazdığı diğer dilekçelerin içeriğinde, işveren temsilcisinin davacı işçiye, on bir yıl çalışma süresine tekabül eden kıdem tazminatının ödeneceği konusunda taahhüdünün bulunduğunu belirtmiştir. Ayrıca F. Büyükelçisinin, İsviçre Büyükelçisine cevabi nitelikteki 22.09.2005 tarihli mektubunun içeriğinde ise, işveren temsilcisinin kişisel olarak davacının tazminatlarının ödenmesi için gerekeni yapacağına dair söz verdiğini, ancak yasal metinler ve idari dairelerin, sözlü vaatlerden daha ağır bastığını ifade etmiştir.

Dosyadaki tanık beyanlarından ve yazışma içeriklerinden, davalı işverenin, kadro azaltulmasına gidileceğinden bahisle, davacıya gelecekte mevcut işini garantileyemediğini ve bu nedenle yeni bir iş bulması gerektiğini söylediği anlaşılmaktadır.

Davacı işçinin, davalı işverene ait işye-

rinden ayrılmak istememesine rağmen, gelecekte işsiz kalma korkusu ve işverenin sözleşmeyi fesih tehdidi altında önceki çalışmalarının karşılığı olan kıdem tazminatının ödeneceği konusunda verdiği güvene dayalı olarak istifa suretiyle, davalı işyerinden ayrılmıştır.

Görüldüğü üzere, davalı işverenin beyan ve davranışları, davacı işçide istifa ettiği takdirde kendisine kıdem tazminatının ödeneceği konusunda haklı bir güven oluşturmuştur. Davacı işçi, kendisinde uyandırılan bu haklı güven dolayısıyla işsiz kalmamak amacıyla, davalı işyerinden istifa suretiyle ayrılmak zorunda kalmış; ancak, beklemediği şekilde, iş sözleşmesinin işveren tarafından feshi halinde, on bir yıl çalışmasının karşılığı olarak alacağı kıdem tazminatından mahrum edilmiş; zarara uğratılmıştır.

Dolayısıyla, davalı işverenin kıdem tazminatını davacı işçiye ödeme yükümlülüğünün kaynağı güven sorumluluğudur. Bu şekilde ortaya çıkan güven sorumluluğu ise, dürüstlük ilkesinin bir gereğidir.

Öte yandan, on bir yıl çalışan bir işçinin işyerinden ayrılmasını gerektirecek herhangi bir neden yokken, beklenmedik şekilde iş sözleşmesini feshetmesi ve bu feshin tazminatlarından vazgeçecek şekilde işten kendi isteği ile ayrılma (istifa) şeklinde gerçekleş-

mesi de, hayatın olağan akışına uygun düşmemektedir.

Daha da önemlisi, işverenin beyan ve davranışları ile işçide yarattığı güvenle çelişki oluşturacak şekilde tazminat ödeme yükümünden kaçınması çelişkili davranış yasağını oluşturur ki, böyle bir davranışın hukukten korunması beklenemez.

Nitekim aynı ilkeler, Hukuk Genel Kurulu'nun 17.10.2006 gün ve 2006/9-612 E.- 622 K.; 3.05.2007 gün ve 2007/9-288 E. - 286 K. sayılı kararlarında da benimsenmiştir.

O halde, yerel mahkemece, yukarıda belirtilen maddi ve hukuki olgular gözetilmeden, yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi isabetsizdir.

Şu durumda, 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

Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının özel daire bozma kararında ve yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı H.U.M.K.'nın 429. maddesi gereğince bozulmasına, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 10.02.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KARARIN İNCELENMESİ

1. KARARA KONU OLAY

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun ilgili kararına konu olayda, davacı, davalının işyerinde on bir yıldır tercüman olarak çalışmaktadır. İşveren vekilinin üç-dört ay içerisinde kadro azaltımına gidileceği ve iş sözleşmesinin bu sebeple tazminatlarının da kendisine ödenmek suretiyle sona erdirileceğini sözlü olarak belirttiği davacı tarafından ifade edilmiştir. Bu irade beyanı karşısında bunalıma girmesi sonucunda

davacı iş sözleşmesini 18.04.2005 tarihinde 'tazminatımı ödeyeceğinizi hatırlatırım' ibaresini içerir fesih beyanı ile sona erdirmiş olduğunu vurgulamıştır. Bu açıklamalar karşısında işveren konumundaki davalı, iş sözleşmesinin işçi tarafından daha iyi koşullarda iş bulması sebebiyle feshedildiğini ve işçinin iş sözleşmesinin feshi dolayısıyla kendisinin kıdem tazminatına hak kazanmadığını beyan etmiştir. Yapılan fesih ile davalının davacıya kıdem tazminatı ödemesi üzerine davacı, kıdem tazminatı alacağının tespiti ve kendisine ödenmesini birinci derece mahkemesinden talep etmiştir.

II. YARGI MERCİLERİNİN ÇÖZÜMÜ

Ankara 9. İş Mahkemesi karşısına gelen olayda, taraflar arasında mevcut iş sözleşmesinin davacının feshi ile sona ermesi dolayısıyla 1475 sayılı Kanununun 14. maddesi uyarınca, kıdem tazminatına hak kazanamayacağı şeklinde 25.12.2007 gün ve 2005/1412 Esas numaralı ve 2007/725 Karar numaralı kararını vermiştir. Kararın davacı taraf tarafından süresinde temyiz edilmesi üzerine, Yargıtay dosyayı incelemiş ve 02.07.2009 gün ve 2008/5999 Esas numaralı ve 2009/18523 Karar numaralı kararında, uyuşmazlığın güven sorumluluğu çerçevesinde ele alınması gerekliliğini ifade etmiştir. Kararın devamında, dosyada mevcut delillerden, davalı tarafından davacıya tazminatlarının ödenmesi konusunda gerekenin yapılacağı sözünün verildiği ve bu bağlamda, verilen bu güven karşısında iş sözleşmesinin işçi tarafından feshinin söz konusu olmasına karşın, işverenin kıdem tazminatı ödemesi zorunluluğunun bu güven sorumluluğunun bir sonucu olduğu belirtilmiş ve birinci derece mahkemesinin kararının kıdem tazminatı isteğinin bir hesaplama tabi tutularak hüküm altına alınması gerekirken yazılı olarak reddinin hatalı olup bozmayı gerektirdiği açıklanmıştır. Bu bozma kararı akabinde, dosyayı tekrar inceleyen Ankara 9. İş Mahkemesi kararında direnmiştir. Bunun üzerine, dosya Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından değerlendirilmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu direnme kararının süresinde temyizi ile yaptığı inceleme sonunda, Türk Pozitif Hukukunda özel bir kanuni düzenlemesi bulunmayan güven ilkesinin, Medeni Kanununun (MK) 2. maddesinde yer alan dürüstlük kuralından hareketle güven unsuru çerçevesinde kusurlu olarak yaratılmış bir görünüşün varlığı, bir zararın ortaya çıkması ve bu yaratılan görünüş ile zarar arasında illiyet bağının söz konusu olduğu durumlarda uygulanacağını belirtmiştir. Zira kararda gerek davacının dilekçesi, gerek işverenin işçinin yeni işvereni ile yapmış olduğu yazışmalar ve gerekse tanık beyanları ile mevcut yazışma içeriklerinden, davacının iş sözleşmesinin sona erdi-

rileceğinin ve karşılığında kıdem tazminatının tarafına ödeneceğinin kendisine bildirildiğinin anlaşıldığı vurgulanmıştır. Bu bağlamda, iş sözleşmesinin feshi tehdidi altında, on bir yıllık çalışmasının karşılığı olan kıdem tazminatının ödeneceği konusunda işverenin verdiği güvenle, işçinin iş sözleşmesini feshettiği ancak bu istifası dolayısıyla kıdem tazminatının kendisine ödenmemesi sonucunda zarara uğradığı ilgili kararda ifade edilmiştir.

Belirtilen hususlar gerekçe gösterilmek suretiyle, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 10.02.2010 gün, 2010/9-39 Esas Numaralı ve 2010/71 Karar numaralı ilamında, Hukuk Genel Kurulu'nun 17.10.2006 gün, 2006/9-612 Esas numaralı ve 2006/662 Karar numaralı ilamı ile 03.05.2007 gün, 2007/9-288 Esas numaralı ve 2007/286 Karar numaralı ilamlarına atıf yapılmak suretiyle, ilk derece mahkemesinin direnme kararının Yargıtay kararı ve ifade edilen açıklamalar çerçevesinde, bozulması gerekliliği yönünde karar vermiştir.

III. ÇÖZÜMÜ GEREKEN HUKUKİ SORUN

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 10.02.2010 tarihli kararı, Türk Pozitif Hukukunda düzenlemesi olmayan ancak MK'nın 2. maddesi çerçevesinde uygulanabilirliği kabul edilen güven prensibinin İş Hukukunda uygulanma esaslarını ortaya koyması bakımından önem taşımaktadır. Zira 2006 tarihinden bu yana birçok kararında Hukuk Genel Kurulu, bu kavramın altını çizmekte ve şartlarını belirlemektedir. Bu bağlamda, karar, 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinde koşulları ve uygulama esasları ayrıntılı olarak düzenlenen kıdem tazminatına hak kazanmanın, güven ilkesi çerçevesinde İş Hukuku bakımından değerlendirilmesi yönünde ilk olma özelliğini barındırmaktadır. Nitekim tarafımızca inceleme konusu yapılan kararda, iş sözleşmesinin işçi tarafından istifa suretiyle feshi halinde dahi işverenin kendisinde iş sözleşmesinin feshi durumunda kıdem tazminatı ödeneceği yönünde bir güven oluşturması dolayısıyla, kıdem tazminatının işçiye ödenmesi gerekliliği kabul edilmektedir. Buna göre, olayda çözülmesi gereken temel husus, kıdem

tazminatının ödeneceği konusunda işverence kendisinde haklı bir güven oluşturularak istifa eden işçinin kıdem tazminatına hak kazanıp kazanamayacağını belirlemesi noktasında toplanmaktadır. Söz konusu sorunun çözümü ele alınırken öncelikle 1475 sayılı Kanunun 14. maddesinde kıdem tazminatına hak kazanma koşulları ele alınacak, akabinde, güven prensibi ve uygulanabilirliği dürüstlük kuralı esasları çerçevesinde incelenip, kıdem tazminatına hak kazanma koşulları ve güven prensibi baz alınarak olay irdelenecektir.

IV. KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

İlgili kararın değerlendirmesine geçilmeden önce, kıdem tazminatı kavramının açıklanması ve kıdem tazminatına hak kazanma koşullarının belirlenmesinde yarar bulunmaktadır.

1. Kıdem Tazminatı Kavramı ve Kıdem Tazminatına Hak Kazanma Koşulları

İlk kez 1936 yılında 3008 sayılı Kanun'la çalışma mevzuatımıza giren kıdem tazminatı, 1971 yılında çıkarılan 1475 sayılı Kanun ile bugünkü uygulama alanını oluşturmaktadır. Zira bugün 4857 sayılı İş Kanunu'nda kıdem tazminatıyla ilgili sadece kıdem tazminatı fonunun oluşturulacağına ilişkin düzenleme yer almaktadır. 1475 sayılı Kanun'un 14. maddesi bugün de yürürlükte olup uygulanmaktadır.

a. Kıdem Tazminatı Kavramı

Kıdem tazminatı, 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinde öngörülen asgari çalışma süresini dolduran işçinin, iş sözleşmesinin, yine kanunda belirtilen nedenlerden birisiyle son bulması durumunda, işverence işçiye veya mirasçılara işçinin kıdemi ve ücreti dikkate alınarak ödenen para şeklinde tanımlanmaktadır¹. O halde, kıdem tazminatının iş akdinin sona erdiği her durumda ödemesi söz konusu olamamaktadır. Kıdem tazminatının hukuki niteliğinin tespiti, koşullarının ve düzenlenme gerekçesinin anlaşılması bakımından önem arz etmekte olup doktrinde bu konuda görüş bir-

liği mevcut olmamaktadır². Kıdem tazminatının mahiyeti konusunda Yargıtay ise, kararlarında kıdem tazminatının ücret niteliği taşımadığını, bunun kanundan doğan ve işçilerin yıpranması karşılığı verilen bir tazminat olduğunu belirtmektedir.

Son tahlilde, gerek belirtilen görüşlere getirilen eleştiriler, gerekse 4857 sayılı İş Kanunu'nun kıdem tazminatına ilişkin genel gerekçesinde ifade edilen bilgilerden, kıdem tazminatının, iş güvencesi ve işsizlik sigortasından nitelikleri bakımından farklı, ücret niteliği taşımayan ve Borçlar Kanunu'nda tazminat kavramı için koşul oluşturan zarar şartının aranmadığı kendine özgü "Sui Generis" niteliği olan bir kurum olduğu söylenebilmektedir³.

b. Kıdem Tazminatına Hak Kazanma Koşulları

Kıdem tazminatına hak kazanabilmenin koşulları, hangi şartlarla ne miktarda kıdem tazminatı verilebileceği ve bu şart ve miktara uymayan kıdem tazminatlarının durumu, kıdem tazminatı fonu henüz yürürlüğe girmediği için, halen yürürlükte bulunan 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesi hükmüne göre belirlenmektedir.

Bu bağlamda, ilk şartı işçinin iş sözleşmesinin sona erdiği tarihte iş yerinde en az 1 yıllık kıdeminin olması oluşturmaktadır. Doktrinde mevcut bazı görüşlere göre, işçinin kıdem tazminatı almasına engel olmak için 1 yılın dolmasına kısa bir süre kala işverence iş sözleşmesinin feshedilmesi, somut olayın özelliğine göre objektif iyi niyet kurallarına aykırılık oluşturabilir ve kötü niyet tazminatının yanında kıdem tazminatı da talep edilebilmektedir⁴.

Bir diğer durum ise, iş sözleşmesinin işçi tarafından "haklı sebeple derhal feshedildiği" hallerdir. Bunlar kanunda "sağlık sebepleri", "ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri" ve "zorlayıcı sebepler" olarak belirtilmektedir. İşçi tarafından iş sözleşmesinin feshi halinde işçi kıdem tazminatına hak kazanamaz. Bunun istisnasını, 1475 sayılı Kanun'un 14. maddesinde belirtilen işçinin muvazzaf askerlik hizmetine gitmesi, yaşlılık, emeklilik, malullük aylığı veya toptan ödeme almak üye-

re iş sözleşmesini feshetmesi veya kadın işçinin evlendiği tarihten itibaren 1 yıl içinde yapacağı fesih oluşturmaktadır.

Ancak pratikte, işçi kendi isteğiyle işi bıraktığı durumda dahi, işverenler değişik nedenlerle kıdem tazminatını ödemeyi uygun görmemektedirler. Emredici nitelikteki 14. madde, tazminatı hak etmeyen işçiye ödeme yapılmasını yasaklamaktadır. Fakat bahsedilen durum işveren ile işçi arasındaki anlaşma kapsamında bir ikale olarak değerlendirilebilir.

İş Kanunu'nda muvazzaf askerlik nedeniyle işten ayrılan işçilere kıdem tazminatı ödenmesi hakkı öngörülmüştür. Yine işçinin iş sözleşmesini, bağlı bulunduğu kanunla kurulu kurum veya sandıklardan (5510 SSGSSK⁵) yaşlılık, emeklilik veya malullük aylığı yahut toptan ödeme almak amacıyla feshetmesi durumunda da kıdem tazminatına hak kazanacağı ilgili hükümde düzenlenmektedir.

Kadın işçinin iş akdini evlendiği tarih-

tazminatına hak kazanmaktadır. Ancak işçinin ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırı davranışı nedeniyle, işverenin işçinin iş sözleşmesini feshinde kıdem tazminatı ödeme zorunluluğu ortadan kalkmaktadır. Bunun yanında, haklı nedenle feshin düzenlendiği İşK.'nın m. 25/I'de sayılan sağlık sebepleri, İşK.'nın 25/III'de belirtilen zorlayıcı sebeplerle veya İşK. m. 25/IV'e göre işçinin tutuklanması gerekçesiyle, işveren tarafından iş sözleşmesinin haklı olarak feshinde en az 1 yıllık kıdeme sahip işçi kıdem tazminatına hak kazanacaktır⁷.

Yukarıda belirtilen haller iş sözleşmesinin feshi sonucunda ortaya çıkmaktadır, buna karşılık işçinin ölümü halinde sözleşmenin kendiliğinden sona ermesi söz konusu olup bu durum kıdem tazminatı hakkı sonucunu doğurmaktadır. İşveren bu durumda, işçinin kanuni mirasçılara kıdem tazminatı ödemekle yükümlü olmaktadır.

Diğer taraftan, belirli süreli iş sözleşmesiy-

Dürüstlük kuralının uygulanması, kanun hükümlerini ihlal etme sonucunu doğurmamalıdır ve keyfiliğe yol açmamalıdır.

ten itibaren bir yıl içerisinde kendi isteğiyle sona erdirmesi durumu da kıdem tazminatı hakkını doğuran hallerden olup, 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinin 1. fıkrasına 29.07.1983 tarihli ve 2869 sayılı Kanunla eklenmiştir. Bu durumda, iş yerinde en az bir yıllık kıdemi olan kadın işçi, iş ilişkisi devam ederken evlenir ve evlenme tarihini izleyen bir yıl içinde herhangi bir tarihte iş sözleşmesini feshederse kıdem tazminatına hak kazanacaktır⁶. Bu haktan yararlanabilmek için kadın işçinin evliliğinin ilk evlilik olması zorunlu olmayıp, bu hakkı kazanan kadın işçinin daha sonra boşanması da kıdem tazminatı hakkını ortadan kaldırmayacaktır. Bu bağlamda tek sınırlamayı kadın işçinin hakkını iyi niyet kurallarına uygun kullanması oluşturmaktadır.

Diğer bir durum ise iş sözleşmesinin işveren tarafından fesih halleridir. En az 1 yıl kıdemi olan işçinin iş sözleşmesinin işveren tarafından ihbar önelli feshedilmesi halinde işçi kıdem

le çalışan işçinin, iş sözleşmesinin sona ermesi halinde, sözleşme ilişkisi, sürenin sona ermesi ile kendiliğinden ortadan kalkacağından kıdem tazminatı ödenmesi söz konusu olmamaktadır. Ancak Yargıtay 5580 sayılı Kanun gereği, özel okul öğretmenleri ile kurulan belirli süreli iş ilişkilerinde iş sözleşmesinin sürenin dolumu ile sona ermesinde kıdem tazminatına hak kazanılacağına ilişkin kararlar vermektedir⁸.

Sonuç olarak, inceleme konusu yapılan karar koşullar bakımından ele alındığında, kıdem tazminatı hakkı kararda, işçinin iş sözleşmesini istifa etmek suretiyle feshetmesi olgusu nedeniyle, 1475 sayılı Kanun'un 14. maddesinde düzenlenen emredici kurallar çerçevesinde, söz konusu olamamaktadır.

2. Güven Prensibi ve Uygulanma Alanı

İlgili kararın değerlendirmesinde, kıdem tazminatının yasal şartlarının yanında, işverenin dürüstlük prensibi temeline dayanan ve hukuk

sistemimizde yasal düzenlemesi mevcut olmayan güven prensibi kavramının tanımlanması ve uygulama alanının belirlenmesi de önem arz etmektedir.

Öncelikle dürüstlük kuralının, bir diğer ifade ile dürüst davranma yükümlülüğünün tanımlanması gerekmektedir. Dürüst davranma yükümlülüğü, başka kişilerle olan ilişkilerde onların güvenini sarsmayacak biçimde, namuslu, iyi niyetle, içten davranma gereği şeklinde ifade edilmektedir⁹ ve bu kural, hukukun tamamında geçerli bir genel ilke ve üstün norm olarak kabul edilmektedir¹⁰. Ancak dürüstlük kuralının hukukun tamamında geçerli genel bir ilke olması, kuralın her somut olaya uygulanacağı anlamını taşımamalıdır. Zira kanunun uygulanması istisnai olarak dürüstlük kuralı ile bağdaşmayabilmektedir. Öncelikle olaya uygulanması gereken özel kanun hükmü araştırılmalı, bu hükmün uygulanması eğer menfaatler dengesi ve hakkaniyet bakımından adaletli sonuç vermez ise, bunu düzeltmek üzere bu istisnai durumda dürüstlük kuralına başvurmak gerekmektedir¹¹. Medeni Kanun'un 2. maddesi bu anlamıyla mevcut hükmü düzeltmeye yönelik olmaktadır¹². Kaldı ki, dürüstlük kuralının uygulanması, kanun hükümlerini ihlal etme sonucunu doğurmamalıdır ve keyfilige yol açmamalıdır¹³.

Bu temelde geçerlilik bulan güven prensibi ise, dürüstlük kurallarına aykırılık halinde ortaya çıkan hakkın kötüye kullanılması hallerinden birini oluşturmaktadır. Bu prensip temelde, bir hukuki ilişkide bir kimsenin davranışı ile karşı tarafta esaslı bir güven uyandırması ve akabinde bu davranışına uygun ve uyandırmış olduğu güvene aykırı tutumda bulunma yasağını ifade etmektedir. Bu tanımın aksine hareketin varlığının tespiti, somut olayın koşulları çerçevesinde değerlendirildiğinde hakkın kötüye kullanılması sonucunu doğurabilmektedir¹⁴.

Güven teorisi temelde normatif bir yorum teorisidir ve güven teorisinde muhatabın beyana vermesi gerekli anlam araştırılırken, hem objektif bir muhatap dikkate alınmakta hem de somut olaydaki muhatabın bildiği veya bilmesi gereken durumlar irdelenmektedir¹⁵.

Bir olayda güven teorisi kapsamında tarafın güven sorumluluğunun gerçekleşebilmesi için

öncelikle, mevcut hukuki ilişkide güven unsurunun mevcudiyeti aranmaktadır. Yine yaratılan hukuki görünüm bir zarara neden olmalı ve ortaya çıkan zarar ile arasında illiyet bağı mevcut olmalıdır¹⁶.

Son tahlilde, güven prensibinin dürüst davranma yükümlülüğünün bir parçası olarak uygulanma esasları, yukarıda dürüstlük kuralı ifade edilirken belirlenen çerçeve ile sınırlandırılmaktadır. Kısacası prensip her somut olayda uygulanmamakta ancak yorumu gerektiren veyahut Kanunun uygulanmasının sonucunda hakkaniyete aykırı bir durumun ortaya çıkması hallerinde söz konusu olabilmektedir. Kaldı ki güven sorumluluğunun ortaya çıkması için zararın mevcudiyeti şartı aranmaktadır. Oysa kıdem tazminatı niteliği itibarıyla zarar unsurunu taşımayan kendine özgü bir kurum olarak belirlenmektedir.

3. Değerlendirme

İnceleme konusu kararda, öncelikle kıdem tazminatının niteliği bakımından bir değerlendirme yapmak uygun olmaktadır. Zira Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ilgili kararında, kıdem tazminatını, Borçlar Hukuku anlamında bir tazminat niteliği kapsamında değerlendirmekte ve zarar şartını aramaktadır. Oysa yukarıda ayrıntılarıyla belirtildiği üzere kıdem tazminatı kendine özgü niteliğe sahip ve hak kazanma koşulları 1475 sayılı Kanun'un emredici 14. maddesinde açıkça belirtilen bir kurum olmaktadır.

Diğer taraftan belirtildiği üzere, işçinin, iş sözleşmesini kendi iradesi ile istifa suretiyle feshetmesi durumu 1475 sayılı Kanun'un 14. maddesinde açıkça ifade edildiği suretle, kıdem tazminatı hakkını ortadan kaldıran bir haldir. Bu anlamda, işçinin iş sözleşmesini feshi sonucu kıdem tazminatına hak kazanmadığı hükmüne uygun hareket edilmek suretiyle işçiye kıdem tazminatı ödenmemiştir.

Ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ve Yargıtay'ın da kararında belirttiği üzere, işçide kıdem tazminatı ödeneceği yönünde haklı güven oluşturulduğunun kabulü halinde, Medeni Kanun'un 2. maddesine dayanan, yasal düzenlemesi yer almasa da hukukumuzda uy-

güven prensibi çerçevesinde durumun irdelenmesi gerekmektedir. Dürüstlük kuralının uygulama alanı çerçevesinde bir değerlendirme yapmak adil bir karara varma bakımından önem arz etmektedir. Kanaatimizce, karara konu bu durum, dürüstlük kuralının uygulama alanı dışında kalan bir haldir. Zira mevzuatın uygulanması menfaatler dengesini bozmamakta ve hakkaniyete aykırı bir sonuç ortaya çıkarmamaktadır. Bununla birlikte, emredici bir hukuk kuralı ile kuralları belirlenmiş olan kıdem tazminatı hükümlerinin açık düzenlemesinin mevcudiyeti yanında Medeni Kanun'un 2. maddesinin uygulanmasından bahsetmek doğru olmayacaktır. Yine işçinin yapmış olduğu iş göz önünde bulundurulduğunda vasıflı bir işçiden bahsedilmektedir ve bu anlamda işçi feshin sonuçlarını öngöremeyecek cahil biri konumunda da değildir.

Kanaatimizce, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun kararının kabulü kıdem tazminatını cezai bir müeyyide halinde dönüştürecek ve işçinin iş sözleşmesinin feshinin haklı nedene dayanıp dayanmaması şartı aranmaksızın işçinin kıdem tazminatına hak kazanması gibi, mevcut düzenlemenin amacına aykırı bir sonucun doğması riskini de ortaya çıkaracaktır. Bu durumda da, 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesindeki düzenlemelerin emredici niteliğinden bahsetmek mümkün olmayacaktır. Bu bağlamda, yasal düzenlemesi olmayan ve Medeni Kanun'un 2. maddesinde temelini bulan güven prensibine aykırı davranışın istisna olarak hükümde açık olarak belirtilmediği süreçte, bu yönde karar verilmemesi gerekliliği görüşünde olduğumuzu belirlemekte yarar bulunmaktadır.

Sonuç olarak, açıklanan gerekçelerle inceleme konusu Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun kıdem tazminatının ödeneceği konusunda işverence kendisinde haklı bir güven oluşturularak istifa eden işçinin kıdem tazminatına hak kazanacağı yönündeki yaklaşımına katılmamaktayız.

DİPNOTLAR

1 AKYİĞİT, Ercan: İş Hukuku, 2010, s. 242; ŞAKAR, Müjdat: Gerekçeli ve İçtihatlı İş Kanunu Yorumu, Ankara 2009, s. 468; MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi: İş Hukuku, Ankara

2008, s. 418; TUNÇOMAÇ, Kenan/CENDEL, Tankut: İş Hukuku Esasları, İstanbul 2005, s. 122; ÇİL, Şahin: 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi, C.2, Ankara 2007, s. 2422.

- 2 Bu görüşlerin başında kıdem tazminatının ücret niteliğinde olduğunu benimseyen görüş gelmektedir. Zira bu görüşe göre kıdem tazminatı ücretin hizmet sözleşmesi sona erdiğinde toptan ödenecek olan bir parçasıdır. (Türk-İş, 6. Genel Kurul Çalışmaları, Türk-İş Yayınları No:50, Ankara 1966; ABBASGİL, Cengiz: İş Hukukunda Bütün Yönleriyle Kıdem Tazminatı ve Uygulaması, İstanbul, 2004, s. 53); Başka bir görüşe göre, kıdem tazminatı ikramiye niteliğinde olmaktadır. Bu bağlamda, iş yerinde uzun süre sadakat ve bağlılıkla çalışmış işçiye verilen ikramiye olarak niteleyen görüş, yasa gereği, kıdem süresinin azaltılması, her türlü fesih durumunun tazminatı gerektirmemesi karşısında gücünü oldukça yitirmiştir. YİBK, 15.5.1957, 13/10 'Kıdem tazminatı muayyen olmayan iş akitlerinde işinde sebat göstermiş olan ve akte aykırı hareketinden başka bir sebeple işinden ayrılan işçiye mali menfaat sağlayarak işlerinde sebat göstermelerini teşvik maksadıyla kabul edilmiştir' (REİSOĞLU, Safa: Kıdem Tazminatı, Ankara 1976, s. 28); Bir başka görüşe göre ise kıdem tazminatı bir çeşit "işsizlik sigortası" gibi değerlendirilmelidir. Bu değerlendirme 931 sayılı İş Kanununun gerekçesinden kaynaklanmaktadır. Yarg. 9HD, 31.12.1965, 10578/10295, (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr, erişim: 01.03.2011); Kıdem tazminatının niteliğine ilişkin bir başka görüşe göre de kıdem tazminatı bir "tazminat" olmaktadır. Bu bağlamda, işverenin kusuru olmasa bile, işini yitiren işçiye bir tazminat ödemesi gerektiği savunulmaktadır. Fakat tazminat kavramının oluşabilmesi için hukuka aykırı fiil, kusur ve zarar unsurlarının bulunması zorunludur. Yaşlılık aylığı almak amacıyla, kadın işçinin evlendikten sonra 1 yıl içinde iş sözleşmesini feshetmesi halinde veya muvazaf askerlik dolayısıyla fesih halinde ortada her hangi bir kusurdan bahsetmek imkanı bulunmamaktadır. (ESENER, Turhan: İş Hukuku, 3. Bası, Ankara 1978, s. 244. KUTAL, Metin: İş Hukuku Ders Notları, İstanbul, 1969, s.166. YİBGK 10.02.1954, 1953-19/1954-5; 'kıdem tazminatını, kıdemli işçilere verilen bir tazminattır'. Yarg. 9 HD, 19.02.1980 1980/1075-1278; 'Kıdem tazminatı esas itibarıyla işçinin işyerinde sadakatle çalışarak, hizmet etmesi nedeni ile yıpranması karşılığı geleceğini güvence altına almaya yöneliktir'); Diğer taraftan kıdem tazminatının işsizlik sigortası fonu ve iş güvencesiyle yakın ilişkisi vardır. Bu temelde kıdem tazminatının iş güvencesi olduğu da savunulmuştur. Bu görüşe göre; kıdem tazminatı, işverenin kolay bir şekilde işçinin işine son vermesinin önlenilmesini, bu sayede iş güvencesinin sağlanmasını sağlar. Ancak işçinin ölümü, yaşlılık aylığı almak istemesi veya kadın işçinin evlendikten sonra 1 sene içinde evlenmesi durumunda işten ayrılması durumunda kıdem tazminatına hak kazanabilmesi bu tazminatın doğrudan iş güvencesi ile ilişkilendirilmeyeceğini göstermektedir. (BAŞTERZİ, Süleyman: 'Kıdem Tazminatı- İşsizlik Sigortası İlişkisi', AÜHFD, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/298/2745.pdf>, s. 27).
- 3 AKYİĞİT, Ercan: Kıdem Tazminatı, Ankara 1999, s.29; SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, İstanbul 2009, s. 680; DEMİR, Fevzi: İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir 2009, s. 359; ÇELİK, Nuri: İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2009, s.297; Diğer taraftan, ÇENBERCİ'ye göre ise, kıdem tazminatı bütünü bakımından belli alışılmış kalıplardan hiç birine girmeyen ama

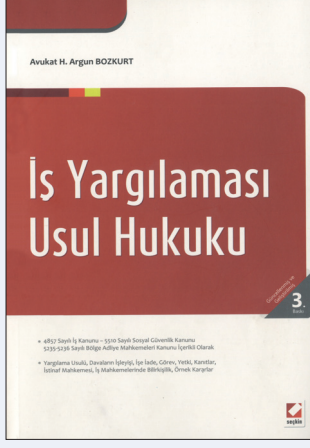
- çoğundan da esinlenmiş tamamen kendine vergi hukuksal ödevidir. ÇENBERCİ, Mustafa: İş Kanunu Şerhi, Ankara 1986, s. 365; OĞUZMAN'a göre ise "kıdem tazminatının Türk çalışma hayatına güven sağlayacak bir esas olan ikramiye fikrine göre yeniden düzenlenmesi ve müteferriği hükümlerin buna göre ayarlanması yerinde olacaktır. Bu ikramiye iş sözleşmesinin, işçinin kusuru yüzünden feshedilmesi veya sona erdirilmesi dışındaki her türlü sona erme durumlarında ödenmelidir. Fakat kıdem tazminatına hak kazanmak için herhalde asgari bir kıdem koşulu gerekli kılınmalıdır. Bu ikramiye için bir alt sınır bir üst sınır da öngörülebilir. İkramiyenin işverenlerin ödeyeceği primlerden oluşacak bir fondan ödenmesi fakat sebepsiz işçi çıkarma durumunda fonun, o işverene rücu etmesi imkanı kabul edilmelidir. İşçi kıdem tazminatını yitirmemek için kusurlu davranışlardan kaçınacak, işyerine sadakatle, özenle bağlanmanın ve mukadderatına katılmanın mükafatını, ödülünü iten ayrılırken elde edecektir." REİSOĞLU, s. 21-24.
- 4 SÜZEK, s. 551; EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş/ULUCAN, Devrim: Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2006, s. 129.
 - 5 R.G. 16.06.2006, 26200.
 - 6 Evlenme izni bitmeden davacının işyerine gelmeyip hizmet akdini sona erdirmesi halinde kıdem tazminatı isteminin kabulü gerekir. Yarg. 9.HD E.2005/365, K.2005/30290(Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr, erişim: 06.03.2011).
 - 7 NARMANLIOĞLU, Ünal: 'Belirli Süreli İş Sözleşmesiyle Çalışan İşçinin Sözleşmesinin İşverence Haksız Feshi Halinde Kıdem Tazminatı Talep Hakkı', Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, 2000/3, s. 385.
 - 8 Yarg. 9 HD. 05.04.1994, 5717/5181, Tekstil İşveren Dergisi, Eylül-Ekim 1994, Kararlar eki; Yarg. 9 HD 30.05.2007, 28188/17364 (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr, erişim: 01.03.2011).
 - 9 ZEVKLİLER, Aydın, HAVUTÇU, Ayşe: Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk, Temel Bilgiler, 6. Bası, Ankara 2008, s. 89; OĞUZMAN, Kemal, BARLAS, Nami: Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 14. Bası, Kasım 2007, s. 193; ESENER, Turhan: Hukuk Başlangıcı, 7. Bası, Ekim 2004, s. 201.
 - 10 AKYOL, Şener: Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul 2006, s. 15.
 - 11 AKYOL, s. 16.
 - 12 AKYOL, Şener: Medeni Hukuka Giriş, 2. Bası, İstanbul 2006, s. 348.
 - 13 AKYOL, s. 17-18.
 - 14 AKYOL, s. 52.
 - 15 EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: I, 6. Bası, İstanbul 1998, s. 148.
 - 16 OĞUZTÜRK, Burcu: Güven Sorumluluğu, 1. Bası, İstanbul 2008, s. 268.

KAYNAKÇA

- ABBASGİL, Cengiz: İş Hukukunda Bütün Yönleriyle Kıdem Tazminatı ve Uygulaması, İstanbul, 2004.

- AKYİĞİT, Ercan: İş Hukuku, Ankara 2010. Kıdem Tazminatı, Ankara 1999.
- AKYOL, Şener: Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul 2006.
- BAŞTERZİ, Süleyman: 'Kıdem Tazminatı- İşsizlik Sigortası İlişkisi', AÜHFD, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/298/2745.pdf>. s. 313-334.
- ÇELİK, Nuri: İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2009.
- ÇENBERCİ, Mustafa: İş Kanunu Şerhi, Ankara 1986.
- ÇİL, Şahin: 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi, C.2, Ankara 2007.
- DEMİR, Fevzi: İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir 2009.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: I, 6. Bası, İstanbul 1998.
- ESENER, Turhan: İş Hukuku, B.3, Ankara 1978. Hukuk Başlangıcı, 7. Bası, Ekim 2004.
- EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş/ULUCAN, Devrim: Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2006.
- KUTAL, Metin: İş Hukuku Ders Notları, İstanbul, 1969.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi: İş Hukuku, Ankara 2008.
- NARMANLIOĞLU, Ünal: 'Belirli Süreli İş Sözleşmesiyle Çalışan İşçinin Sözleşmesinin İşverence Haksız Feshi Halinde Kıdem Tazminatı Talep Hakkı', Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, 2000/3, s. 381-411.
- OĞUZMAN, Kemal, BARLAS, Nami: Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 14. Bası, Kasım 2007.
- OĞUZTÜRK, Burcu: Güven Sorumluluğu, 1. Bası, İstanbul 2008.
- SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, İstanbul 2009.
- ŞAKAR, Müjdat: Gerekçeli ve İçtihatlı İş Kanunu Yorumu, Ankara 2009.
- TUNÇOMAĞ, Kenan/CENTEL, Tankut: İş Hukuku Esasları, İstanbul 2005.
- TÜRK-İŞ: 6. Genel Kurul Çalışmaları, Türk-İş Yayınları No:50, Ankara 1966.
- ZEVKLİLER, Aydın, HAVUTÇU, Ayşe: Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk, Temel Bilgiler, 6. Bası, Ankara 2008.
- Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr

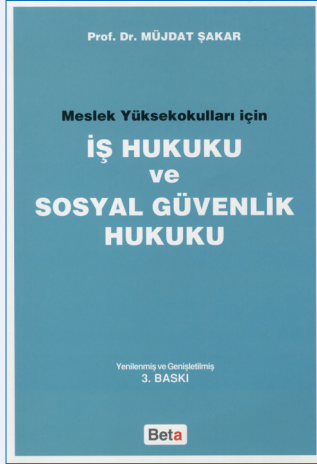
YENİ YAYINLAR



Avukat H. Argun Bozkurt tarafından hazırlanan “**İş Yargılaması Usul Hukuku**” adlı eserin güncellenmiş ve geliştirilmiş 3. baskısı Ocak 2011 tarihinde yayımlanmıştır. Geçtiğimiz yıllarda 1. ve 2. baskıları yapılan söz konusu eserde örnek mahkeme kararları da bulunmaktadır.

Yeni içtihatların ve bazı yasal değişikliklerin işlendiği eserin 3. baskısında; 4857 sayılı İş Kanunu, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve İstinaf Mahkemelerini düzenleyen 5308, 5235 ve 5236 sayılı Kanunlara yer verilmiştir. Kitapta ayrıca, bu Kanunların görev, ispat yükü, bildirimler, kanıtlar ve dava türü olarak iş yargısına getirdiği yenilikler de yer almaktadır.

Eserde iş yargısı; İş Mahkemeleri, İş Mahkemelerinde Yargılama Usulü, Görev, Yetki, Davanın Tarafları, Kavramsal Olarak Tarafların Çoğalması ve Davaların Ayrılması-Birleştirilmesi, Özel Yargılama Yöntemleri, Dava Türleri, Davanın Yürütümü ve Sonuçlanması, İspat Hukuku, Kanıtlar, Tanık, Bilirkişi, Bekletici Sorun, Eski Hale Getirme, İstinabe, Süreler, İhtiyati Haciz-İhtiyati Tedbir ve Delillerin Tespiti, Vekaletle Tarafların Davada Temsili, Tebligat, Davayı Sonuçlandıran Taraf İşlemleri, Davada Tarafça Yapılan Düzeltme, Keşif, Yasa Yolları, İstinaf, Adli Tatil, Yargılama Giderleri, Kesin Hüküm, Olağanüstü Yasa Yolu Yargılamanın Yenilenmesi, Uyuşmazlıklarda Tahkim ve Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku isimli 31 başlık altında ayrıntılarıyla incelenmektedir.



Prof. Dr. Müjdat Şakar tarafından hazırlanan “**Meslek Yükseköğretimleri için İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku**” adlı eserin yenilenmiş ve genişletilmiş 3. baskısı Şubat 2011 tarihinde yayımlanmıştır.

İş sözleşmesine göre çalışan herkes, hukuki konum olarak “işçi” sayılmakta ve İş Hukuku’nun ilgi alanına girmektedir. Bu kişiler Sosyal Güvenlik Hukuku açısından da “sigortalı” sayılmaktadırlar. İşçi çalıştıranlar da “işveren” olmaları sebebiyle, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku bilgilerini öğrenmek durumundadırlar. Ancak, konuyla ilgili sosyal yasalar çoğu zaman bir uzmandan yardım almayı gerektirecek şekilde karmaşık bir yapıya sahip olabilmektedir. Bu noktadan hareketle, iş ve sosyal güvenlik hukuku ile ilgili konular söz konusu eserde 14 bölüm halinde hazırlanmış, örnekler ve okuma parçaları ile konuların yalın bir şekilde sunulmasına özen gösterilmiştir. Eserde, her bir bölümün sonuna konulmuş bölüm testleri ile pratik bir anlatım tekniği kullanılmış, uygulamada sıkıntılara yol açabilen e-bildirge sistemiyle ilgili konuların anlatımı görsel öğelerle desteklenmek suretiyle uygulayıcılar için de kolaylık sağlanmıştır.

Eserin İş Hukuku ile ilgili kısmında Bireysel İş Hukuku’nun yanı sıra Toplu İş Hukuku’na da bir bölüm ayrılmış, 8. bölümden itibaren Sosyal Güvenlik Hukuku konusu ve ilgili kavramlar incelenmiştir.

Prof. Dr. A. Can TUNCAY

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Sendikalara İlişkin Son Kanun Taslağının Getirdikleri

1. GİRİŞ

2821 sayılı Sendikalar Kanunu ile 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu yürürlüğe girdikleri 1983'ten beri ILO denetim organlarınca sendikal özgürlük ve uluslararası normlarla çeliştikleri gerekçesiyle sürekli olarak eleştirilmiştir. Bu eleştirilere ülkemizdeki bazı çevreler ve hukukçular da katılmıştır. Değerli bilim adamı T. Dereli'nin belirttiği gibi aslında Türkiye yıllar içinde kural ve gelenekleri oluşmuş, belli bir düzeye gelmiş bir endüstri ilişkileri sistemine sahip olduğu halde ILO normlarına ters düşen bazı kurallara sahip olduğu için uluslararası çevrelerin uzun zamandır eleştiri odağı haline gelmiştir. Bu eleştirilere son on yıldaki ilerleme raporlarıyla AB de katılmıştır. Bu durumu ortadan kaldırmak, ILO ve AB normlarına uyum sağlayabilmek amacıyla bugüne kadar sayısını tam hatırlayamamakla beraber yedi-sekiz taslak metin hazırlanmışsa da bunların hiçbiri yasalaşamamıştır. Bu yazıda ele alacağımız son taslak 3 Aralık

2010 tarihini taşımakta olup bundan bir önceki taslak olan Mart 2010 tarihli Taslağın bazı hükümlerini korumuştur. Ayrıca son kısmında toplu iş sözleşmeleri ile grev ve lokavta ilişkin bazı değişikliklere de yer vermiştir. Aslında son birkaç aydır başka taslaklardan da söz edilmektedir. Ancak biz onları ele geçiremediğimiz için Aralık 2010 tarihli taslağı ele alacağız. Söz konusu taslak yedi akademisyen tarafından kaleme alınan ve sosyal taraflarca onaylanan bir metin niteliğindedir. Öyle sanıyoruz, son taslak Mart 2010 taslağına yönelik akademik ve sendikal çevrelerden gelen bazı öneri ve eleştiriler dikkate alınmak suretiyle bazı eklemeler ve çıkarmalar yapılarak hazırlanmıştır. Önceki taslağı bir gerekçe kısmı eklenmişse de yeni taslağı ait bir gerekçe kısmına rastlayamadık. Biz, bir önceki taslağı ilişkin bir değerlendirme yazısını bir süre önce yayınlamış idik. Bu yazıyı oradaki tespit ve değerlendirmemizden de yararlanarak kaleme almış bulunuyoruz. Ele alacağımız en son taslak (birkaç önemli hüküm dışında) bir öncekinde yer alan esasları geneli

itibariyle koruduğu için burada söyleyeceklerimizin bir kısmı önceki değerlendirmemizde de yer almaktadır.

Yeni taslak metne geneli itibariyle baktığımızda, işyeri ve meslek sendikalarına, federasyona yer verilmediği, üyelik ve istifada noter şartının kaldırılarak yerine e-Devlet kapısı üzerinden (internet yoluyla) üyelik ve istifanın gerçekleştirileceği, işçilerin aynı işkolunda birden fazla yerde çalışıyorlarsa birden çok sendikaya üye olabilecekleri, aidatların check-off yoluyla tahsilatı olanağından yetki almış olsun olmasın tüm sendikaların yararlanabileceği, fakat bu usulün işçinin açık rızasına bağlanmış olduğu, Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nda yapılacak değişikliklere ayrılmış son bölümde ise yetkili sendikanın tespitinde aranan % 10 işkolu barajının kaldırıldığı, grev ve lokavt yasaklarının ve grev ve lokavt ertelenmesinin kaldırıldığı başlıca yenilikler olarak göze batmaktadır.

Dokuz bölüm ve dördü geçici 49 madde içinde toplanmış olan yeni taslağı on başlık altında ele almayı uygun gördük.

II. DEĞERLENDİRME

1. Tanımlar: Taslak metnin "Tanımlar" başlıklı 2. maddesine göre "Bu Kanunun uygulanması bakımından işçi, işveren ve işyeri kavramları 4857 sayılı İş Kanununda tanımlandığı gibidir." Değişik iş yasaları arasında kavram birliğinin sağlanması açısından isabetli bir hüküm olarak görünmekle birlikte bu ifade tarzının 4857 sayılı İşK. dışında kalan iş kanunlarının uygulanması açısından bazı tereddütler yaratabileceği düşüncesindeyiz. Tereddütler diğer iş kanunları olan Basın İşK., Deniz İşK. ile Borçlar K. bakımından işçi ve işveren sayılanlara sendikalaşma hakkının tanınıp tanınmadığı noktasında toplanabilir. Çünkü diğer iş kanunlarında da kendilerine göre işçi ve işveren tanımları vardır.

Bununla birlikte 4857 sayılı İşK. işçiyi "hizmet akdine dayanarak çalışanlar", işvereni de işçi sayılan kişileri çalıştıran gerçek ve tüzel kişiler ile tüzel kişiliği olmayan kamu kuruluşları olarak tanımladığı için (md. 2) söz konusu taslağın hizmet akdiyle çalışan tüm işçileri ve bunların işverenlerini amaçladığı sonucuna varılabilir.

Buna karşılık işyerinin tanımı da 4857 sayılı Kanun'daki tanıma dayandırılmış ise de bunun daha ciddi tereddütlere yol açabileceği düşüncesindeyiz. Zira oldukça kapsamlı ve teknik bir tanıma sahip İşK.'daki işyeri tanımı bireysel iş ilişkileri bakımından başarılı iken çok daha basit bir tanımın yeterli olabileceği toplu iş ilişkileri bakımından başarılı olmayabilir. Ayrıca Deniz İşK. ve Basın İşK. kapsamına giren işyerleri 4857 sayılı İşK.'ya nazaran görülen işin niteliği gereği farklı özellikler gösterebilir. Fakat işveren vekili "işveren adına işletmenin bütününe yönetenler ile bunların yardımcılara denilir. İşveren vekilleri bu Kanun bakımından işveren sayılır" şeklinde tanımlanarak 2821 sayılı Kanun'daki esasın muhafaza edilmek istendiği böylece sadece işletmenin bütününe yönetenlerin Sendikalar Kanunu açısından işveren vekili sayılmak istendiği anlaşılmaktadır. İşyerinin bütününe yöneten kişi işveren vekili sayılmayacaktır (dar işveren vekili tanımı). Sendikalar Kanunu açısından işveren vekili tanımına genel müdür, genel müdür yardımcısı, CEO gibi kişiler yanında şirket ve dernek gibi tüzel kişilerin yönetim kurulu üyeleri de dahildir.

İkinci maddede de bir ücret karşılığı iş görmeyi taşıma, eser, vekalet, tellallık, neşir, komisyon ve adi şirket sözleşmesine göre mesleki faaliyet olarak yürüten gerçek kişilerin de Sendikalar Kanunu bakımından işçi sayılacakları öngörülmektedir. Yürürlükteki Yasanın 2. maddesinin 2. fıkrasını biraz değiştirmiş ve burada sayılan kategorileri biraz genişletmiş benzeren bu hükümlerle, Borçlar Kanunu'nda düzenlenen ve konusu iş görme olan sözleşmelerle çalışan gerçek kişilere de sendika kurma ve bunlara üye olma hakkı verildiği görülmektedir. Bunlar genelde belli bir ücret karşılığı ve emeği ile çalışan kişiler olduğundan sosyolojik açıdan işçi sayılırlar. Bununla beraber bugüne kadar bu kişilerin sendikal haklarla ilgilendikleri, sendikalar kurma, bunlara üye olma konusunda çok arzulu oldukları görülmüş değildir.

Maddede (daha önceki taslakta yer verildiği halde) ticari mümessillere, çırak ve stajyerlere yer verilmemiş olduğunu görüyoruz. Bunun isabetli olduğunu söyleyebiliriz. Zira ticari mümessiller de sonuç itibariyle temsil ettikleri ti-

cari müesseseye bir iş akdiyle bağlı kişiler olup çırak ve stajyerler ise işçi niteliğine sahip değildir. Ancak AB hukukundaki eğilimin çırak ve stajyerleri koruma amacıyla işçi sıfatına dahil etme yönünde olduğunu belirtelim.

2821 sayılı Sendikalar Kanunu işyeri ve meslek esasına göre sendika kurulmasını açıkça yasaklamış, üst kuruluş modeli olarak sadece konfederasyona yer vermiştir. Daha önceki uygulamada mevcut olan federasyona ise yer vermemiştir. Bir önceki taslakta ise ILO ve AB organlarından ve bazı ulusal çevrelerden gelen eleştiriler dikkate alınarak işyeri ve meslek sendikalarına ve federasyonlara yer verilmişti. Aslında ILO denetim organlarının da savundukları gibi kurulacak sendika tiplerine sınırlama getirilmesi TC.'nin de onayladığı ILO'nun 87 sayılı Sözleşmesi'ndeki çalışanlar ve işverenler "istedikleri kuruluşları kurabilirler" hükmüne (md. 2) aykırılık oluşturur. Bununla beraber işyeri ve meslek sendikacılığı ülkemizde yaklaşık 30 yıldır uygulanan ve artık yerleşen sendikacılık ve toplu pazarlık sistemine uygun düşmez. Kaldı ki, kurulacak işyeri ve meslek sendikalarının nispeten güçsüz olmaları için işverenin kontrolü altına girebileceği, sarı sendikacılığa ve sendika enflasyonuna yol açacağını söylemek yanlış olmaz. Bununla birlikte "federasyon" tipi üst kuruluş modeli (274 sayılı Sendikalar Kanunu dönemindeki gibi) muhafaza edilebilirdi. Bu modelin kabulü teoride sendikalaşmanın piramide benzer şekilde yapılaşmasına daha uygun düşer. Her ne kadar bazı kesimler işkolu sendikalarının esasen federasyon tipi sendikanın görevini gördüğü için buna karşı çıkmakta iseler de devletimizin bir kanunla onayladığı 87 sayılı Sözleşme federasyon tipine açıkça yer vermekte olduğundan getirilen düzenlemenin gerekli olduğu ve fazla sorun çıkarmayacağı görüşündeyiz. Esasen 274 sayılı Yasa döneminde de konfederasyon yanında federasyon tipi üst örgütlere yer verildiği ve bunların fazla bir sorun yaratmadığı hatırlanmalıdır. Kaldı ki, federasyon şeklinde örgütlenme biçimine 5253 sayılı Dernekler Kanunu'nda (md. 96) yer verilmiştir. Kısacası, oluşturulmak istenen sendikal yaşamda üst

kuruluş olarak federasyon ve konfederasyonların bulunmasının daha uygun olacağı görüşündeyiz.

Taslakta nedense kamu işveren sendikalarına yer verilmediği görülmektedir. Özel sektörden farklı kurallara ve yönetim birliğine bağlı olan kamu sektöründe bundan böyle kamu işveren sendikalarının yer almaması uygulamada bir boşluk yaratacağa benzemektedir. Bu boşluğu herhalde özel sektör işveren sendikaları dolduracaktır.

2. Kuruluş usulü: İşçi ve işveren kuruluşlarının serbesti esasına göre kurulacakları öngörülmüştür ki (md. 3) doğal olan da budur. Madde 4'te halen mevcut olan 28 işkolu sayısının bazı işkolları birleştirilerek 18'e düşürüldüğü görülmektedir. Bu tercihin uluslararası geleneklere uygun, güçlü sendikacılığı teşvik edici, işyeri herhangi bir nedenle değişen işçinin sendika üyeliğinin düşme riskini azaltıcı bir etki yapacağı düşüncesiyle herkes gibi biz de isabetli olduğu fikrindeyiz. Bununla beraber ne md. 4'te ne de taslağın başka bir yerinde sendikaların işkolu esasına göre kurulacağı hükmüne açıkça yer verilmemiştir. Belki de bundan ILO'nun eleştirilerini yumuşatmak amacıyla bilinçli olarak kaçınılmıştır. Ancak bu eksiklik hukukumuzda sendika kuruluş modelinin (düzeyinin) işkolu esastan başka bir şey olacağı ya da işkolu esasının yanında başka esasların da olacağı sonucuna bizi götürmez.

Madde 5'te 2821 sayılı Kanun'daki işkolunun Bakanlıkça tespiti ve tespite itiraz usulünün muhafaza edildiği görülmektedir. ILO Uzmanlar Komitesi 2010 tarihli değerlendirme raporunda bu tespit işinin Bakanlıkça yapılmasını serbest örgütlenme hakkına aykırı saymış ise de bu eleştiriye hak vermek pek olanaklı değildir. Çünkü tespite itiraz halinde son sözü gene yargı söyleyecektir. Bu maddedeki isabetli yenilik bir işyerinde veya işletmede yürürlükte bir TİS varsa ve yeni dönem yetki süreci başlamış ise işkolu değişikliğine ilişkin tespit işleminin bir sonraki dönem için geçerli olacağına öngörülmüş olmasıdır. Böylece yetkiye itiraz sırasında işkolu tespitine ilişkin (çoğu kez yetki sürecini uzatmayı amaçlayan) davalar yetki tespit işlemlerinde bekletici mesele sayıl-

mayacaktır. Bu hüküm yetki tespit işlemlerinin kötünietli uygulamalarla uzamasını önleyici bir etki yaratacaktır.

Aynı maddede işkolu tespit işleminin Bakanlık ve işçi ve işveren konfederasyonu temsilcilerinden oluşan 7 kişilik bir işkolu tespit kurulu tarafından yapılması, bundan sonuç alınmadığında mahkemeye başvurulması alternatif de yer verilmiş ise de tespit sürecini uzatacağı, esasen yerleşmiş ve alışılmış bir sistemi gereksiz yere ortadan kaldıracacağı gerekçesi ile buna sıcak bakmıyoruz.

Madde 6'da sendika kuruculuk şartları biraz basitleştirilmiş, yasaklamalar azaltılmış fakat en önemlisi ve isabetlisi, öteden beri eleştiri konusu yapılan ve ayrımcılık kokan "Türk vatandaşı olmak" ibaresi çıkarılmıştır.

Madde 7'de sendika kuruluş usulünün kolaylaştırıldığı, tüzel kişilik kazanılması için kurucuların dilekçelerini ve hazırladıkları tüzüğü merkezin bulunduğu valiliğe vermeleri ve kurucuların kurucu olabilme koşullarına sahip olduğunu ifade eden yazılı beyanlarının yeterli sayıldığı görülmektedir. Ayrıca kuruluş ilanının Bakanlık tarafından 15 gün içinde internet ortamında yapılmasının öngörülmüş olması da günümüz teknolojilerinden yararlanmayı sağlayan olumlu bir yeniliktir. Tüzük ve belgelerde eksiklik olması halinde kuruluşun kapatılması için doğrudan mahkemeye başvuru yerine valiliğin önce eksikliğin bir ay içinde giderilmesini istemesi de daha pratik bir yol olmuştur. Valiliğin talebinden sonuç alınmazsa başvuru mahkeme, kapatma kararından önce eksiklik ve aykırılığın giderilmesi için 60 gün mehil verecektir.

3. Organlar: Kuruluş tüzüğünde nelerin bulunacağı md. 8'de uzun bir liste şeklinde gösterilmiştir. Bunu Aplikasyon Komitesinin ileri sürdüğü gibi serbest kuruluşa ve sendika özgürlüğüne müdahale olarak görmek yanlış olur. Bu usul kuruculara yol gösterici ve sendika içi disiplini sağlayıcı niteliktedir.

Madde 9'da, kuruluşun organları yine 2821 sayılı Kanun'da olduğu gibi genel kurul, yönetim kurulu, denetleme kurulu ve disiplin kurulu olarak dört tane olacaktır. Kuruluşlar ihtiyaca göre başka organlar (uygulamada bunlara

gönüllü organ denilmektedir) da kurabilirler. Genel kurul dışındaki organlara seçilebilmek için kuruculuk için aranan koşullar aranacaktır. Eğer koşullara sahip olmamasına rağmen genel kurul dışındaki organlara seçilen biri tespit edilirse Valilik ya da Bakanlığın başvurusu ile bu kişinin görevine iş mahkemesince son verilecektir. Organlara seçilenlerin ad ve soyadları, tüzük değişiklikleri, açılan veya kapatılan şubeler Bakanlıkça yine internet ortamında ilan edilecektir. Bu hükümlere bir diyeceğimiz yoktur. Ne var ki, bu maddede yürürlükteki Yasada yer alan ve zorunlu organlara ait yetki, görev ve sorumlulukların gönüllü organlara devredilemeyeceği kuralına (delegasyon yasağı) yer verilmemiştir. Delegasyon yasağı dernekler hukuku uygulamasında da yer alan genel bir kural olup (MK. md. 72/2) kötünietli ya da kanuna karşı hile oluşturabilecek uygulamaları önlemeye matuftur. Bu hükmün korunmasında yarar görüyoruz.

Bir önceki taslağın 10 ve 11. maddelerini birleştirmiş gözüken madde 10, genel kurulların oluşması, görev ve yetkilerine ayrılmıştır. Burada delege sistemi eskisi gibi gene muhafaza edilmekte fakat genel kurullarda kaç üyeye kaç delege düşeceği gibi sayı sınırlaması usulü terk edilmiş, delege sayısının tespiti işi tüzüğe bırakılmıştır. Esasen ILO'nun Uzmanlar Komitesi de toplantılarla ilgili ayrıntıların sendika tüzüklerine bırakılmasının 87 sayılı Sözleşme'nin 3. maddesine daha uygun düşüğünü ifade etmektedir. Genel kurul toplantılarının zamanı ile ilgili md. 11 ise olağan toplantı dönemini eskisi gibi gene azami 4 yıl olarak belirlemektedir. Bize uzun gelen bu süre aslında İsveç'te de 4, ABD'de 3 ila 5, Birleşik Krallık'ta ise 5 yıldır. Kaldı ki, dernekler hukukundaki uygulama da genel kurulların en geç 3 yılda bir yapılacağı şeklindedir (MK. md. 74/2, 5253 sayılı Kanun'la değişik). Demokratik esasların uygulanmasında çeşitli güçlükler yaşanan, apartman toplantılarının bile kolay yapılamadığı ülkemizde genel kurulların en geç 3 yılda bir yapılmasında yarar vardır. Olağanüstü toplantılarla ilgili bir yenilik ise, talep tarihi itibarıyla olağan genel kurul toplantı tarihine altı aydan kısa bir süre kalması halinde olağanüstü genel kurula gidilemeye-

çeğine ve olağanüstü toplantıda sadece talebe ilişkin hususların görüşülebileceğine dair hükümdür. Bunu isabetli buluyoruz. Zira böylelikle olağan toplantıda seçim kaybeden ya da beklentileri gerçekleşmeyen küskün üyelerin sudan nedenlerle olağanüstü toplantı talep etmeleri engellenmiş olacaktır. Uygulamada böyle kötüniyetli olağanüstü toplantı isteklerine rastlanmaktadır. Oysa genel kurul toplanması hem masraflı hem de emek ve zaman kaybına neden olan bir olaydır.

Bir başka yenilik de tüzükte daha yüksek bir nisap belirlenmiş değilse, tüzük değişikliği, fesih, birleşme, üst kuruluş kurma, bunlara ve uluslararası kuruluşlara katılma gibi durumlarda üye tam sayısının salt çoğunluğunun oyunun yeterli görülmesidir. Böylece bu durumlarda artık nitelikli çoğunluk aranmayacaktır. Maddede genel kurul toplantıya çağırma usulsüzlük yapan yönetim kuruluna iş mahkemesi kararıyla el çektirileceği de düzenlenmiştir.

12. maddede ise 11 fıkra halinde genel kurul seçimlerinde uyulacak usul ve esaslar düzenlenmiştir. Seçimlerde temel kural, genel kurullarda delege seçimi ile yönetim, denetleme ve disiplin kurullarına üye seçimlerinin yargı gözetimi altında serbest, eşit, gizli oy, açık sayım esasına ve tüzük hükümlerine göre yapılmasıdır (SenK. md. 14/2). Seçim yapılacak genel kurullardan en az 15 gün önce toplantılara katılacak üye ve delegeleri belirleyen listeler ile toplantının gündemi, günü, yeri ve saati ve çoğunluk olmaz ise yapılacak ikinci toplantının tarihi ve sair hususlar mahallin seçim kurulu başkanlığına verilecek, hakimin inceleyip onaylayacağı listeler kuruluş ya da şubeye verildikten sonra toplantıdan 7 gün önce kuruluş merkezine asılmak suretiyle ilan edilecektir.

Madde 13'te genel kuruldaki seçimlere itiraz usulü düzenlenmiş olup burada 2821 sayılı Kanun'un 14. maddesinin 11. paragrafı ile 52. maddesi adeta birleştirilmiştir. Buna göre ister kuruluşun kendisinin ister şubesinin olsun, seçimlere seçim kurulu başkanlığı tarafından yapılan ilandan itibaren bir ay içinde iş davalarına bakan mahkemede itiraz edilebilecektir. Mahkemenin vereceği karar kesin olup temyizi

zi mümkün değildir. Taslakta getirilen yenilik "ilgililerin" itiraz edebilecekleri hükmüne yer verilerek itiraz edebilecek kişiler 2821 sayılı Kanun'dakinin aksine sınırlandırılmamıştır.

Madde 14'te genel kurul dışında (örneğin işyerlerinde) yapılan delege seçimlerinin sendika tüzüğüne göre yapılacağı, seçime itirazların ise iş mahkemesine yapılacağı esası getirilmiş mahkeme kararının kesin olması öngörülmüştür. Bu hüküm genel kurul dışındaki seçimlerin dahi yargı denetimine tabi tutulması açısından olumludur. 2821 sayılı Kanun'da ise bu tür seçimlere itiraz yolu düzenlenmiş değildir. Bununla birlikte uygulamada bu tür seçimlere itirazlar da iş mahkemelerinde karara bağlanmaktadır.

Madde 15 yönetim, denetim ve disiplin kurullarının faaliyet, görev, yetki ve üyelerinin belirlenmesi işini tüzüklere bırakmış ancak bunlardaki üye sayısının 3'ten az olamayacağını öngörmüştür. Şubeler bir denetçi ile yetinebileceklerdir. Buradaki yenilik 2821 sayılı Kanun'da mevcut olan yönetici sayısında tavan sınırlamasının kaldırılmış olmasıdır. Her ne kadar böylelikle ILO normlarına (serbesti esası) uyulmuş gibi gözüküyorsa da yönetici sayısında tavan olmaması iş güvencesinden yararlanacak kişi sayısını arttırmaya yönelik ya da başka türlü kötüniyetli uygulamalara yol açabilir düşüncesindeyiz.

4. *Üyelik:* Madde 16 ve 17, sendika üyeliğinin kazanılmasına ve üyelik aidatına ayrılmıştır. İşçi sendikasına üye olma yaşı 16'dan 15'e indirilmek suretiyle İşK.'daki asgari çalışma yaşı ile paralellik sağlanmaktadır. On beşini doldurmuş olanlar eskiden olduğu gibi kanuni temsilcilerinin yazılı rızası ile üye olabileceklerdir. Bu hükmün isabetli olduğu kuşkusuzdur. Sendikalara üye olmanın serbest olduğu belirtildikten sonra kimsenin sendikaya üye olmaya ya da olmamaya zorlanamayacağı açıkça vurgulanmıştır. Hatırlanacağı üzere halk oylamasıyla da kabul edilen son Anayasa değişikliği ile (5982 sayılı Kanun'la değişik) Anayasa'nın 51/4. maddesinde yer alan "Aynı zamanda ve aynı işkolunda birden çok sendikaya üye olunamaz" hükmü kaldırılmıştır. Zira 2821 sayılı Kanun'da da yer alan bu hüküm (md. 22/1) ILO Sendika

Özgürlüğü Komitesince sendika özgürlüğüne aykırı düşüyor gerekçesiyle sık sık eleştirilmekte idi. Ancak aynı zamanda aynı işkolunda birden fazla sendikaya üyelik durumunda toplu sözleşme düzeninde kargaşa yaşanacağı da aşikardır. Üye olma özgürlüğünün fazlaca daraltılmaması uğruna işçi ve işverenler aynı işkolunda ve aynı zamanda birden çok sendikaya üye olamazlar hükmüne yer verildikten sonra aynı işkolunda part-time çalışanlar düşünülerek aynı işkolunda ve aynı zamanda farklı işyerlerinde çalışan işçilerin birden çok sendikaya üye olabilmelerine izin verilmiştir.

Üyeliklerin Bakanlıkça sağlanacak elektronik başvuru sistemi ile işçinin e-Devlet kapısı üzerinden sendikaya başvurusu ve yetkili organın kabulüyle gerçekleştirilmesi usulü de getirilen bir diğer yeniliktir ki, olumlu bir tercihtir. Uzmanlar Komitesi öteden beri bu usule 87 sayılı Sözleşme ile bağdaşmıyor, üyelik hakkını zorlaştırıyor diye karşı çıkıyordu. Ancak çağdaş teknolojiye paralel bu yeni yöntemin başarısı yeni düzenlemeyle uyumlu bir elektronik ortamın kurulmasına bağlıdır. Çünkü yabancı kişiler, işçiler adına bu yolla internete girip üyelik işlemi yaparlarsa yeni bir sahtecilik furyası başlayabilir. Ayrıca ülkemiz şartlarında bunu kaç işçinin becerebileceği de ayrı bir sorudur. İnternet üzerinden üyelik usulü getirilince üyeliğin noter kanalıyla yapılması şartı kaldırılmaktadır. Bu yenilik, işlemlerin basitleştirilmesi, üye olmayı zorlaştırıcı şartların ortadan kaldırılması anlamına geliyor ve Uzmanlar Komitesinin bunu olumlu bulan yaklaşımını karşılayacak nitelikte görünüyor ise de uygulamada nasıl sonuç vereceğinin iyi belirlenmesi ve sistemin denetlenmesi gerekir kanaatindeyim.

Madde 17'ye göre üyelik aidatlarının miktarı tüzükte belirtilen usul ve esaslara göre genel kurul tarafından belirlenecektir. Aidat miktarında tavanın ortadan kalkması anlamına gelen bu yenilik ILO normlarına uygun görülebilirse de genel kurullarda keyfi aidatların belirlenebileceği kuşkusunu da beraberinde getirmektedir. Önemli bir başka yenilik de aidat kesintisinde check-off usulünün ister yetkili olsun ister olmasının tüm sendikalara tanınmış olması bir de bundan böyle işçinin rızasının aranacağıdır. Ni-

tekim işçi sendikası üyelik aidatı ile dayanışma aidatı "işçinin işverene yazılı başvurusu üzerine ücretinden kesilmek suretiyle ilgili sendikaya ödenir". Check-off'tan her sendikanın yararlanması aslında eşitlik ilkesine de demokratik esaslara da uygun düşmektedir. Ayrıca check-off'un işçinin rızasına bağlı olması hem sendika özgürlüğüne daha uygun hem de tüm sendikalara tanınması çoğu batı ülkelerindeki uygulamalara uygundur. Nitekim ABD, İngiltere, Almanya gibi ülkelerde check-off usulü yasa ile zorunlu olarak değil TİS'ler ile kabul edilmektedir. Ancak 17. maddede aidat dışı kesinti yapılması yasağı kaldırılmıştır. Bunun kötüye kullanılabilceği endişesini taşımaktayım.

Madde 18'de üyeliğe kabul işleminde olduğu gibi üyelikten çekilmenin de e-Devlet kapısı üzerinden yapılacağı belirtilmiştir. Bu işlem elektronik ortamda hem Bakanlığa hem de sendikaya ulaşacaktır. Çekilme yürürlükteki Yasada olduğu gibi çekilme bildiriminde itibaren bir ay sonra geçerli olacaktır. Aynı maddeye göre sendika üyesi işçinin kesintisiz bir yılı geçmeyen işsizliği, üyeliğin ortadan kalkmasına neden olmayacaktır. Esasen Yargıtay kararları da, üyeliğin düşmesine neden olmayacak işsizlik süresinin azami sınırını 1 yıl olarak belirlemiştir. Ayrıca işkolu değişenin sendika üyeliğinin kendiliğinden sona ereceğine dair bir hüküm getirilmiştir. Taslakta üst kuruluş üyeliğine genel kurul kararıyla başvuru yapılabileceği, fakat birden fazla üst kuruluşa üyelik halinde sonraki üyeliklerin geçersiz olduğu öngörülmüştür. Oysa 2821 sayılı Kanun'da böyle bir durumda tüm üyeliklerin geçersiz olduğu hükme bağlanmıştır (md. 26/2). Üst kuruluş üyeliğinden çıkarılma kararı da üst kuruluş genel kurulunda alınacaktır.

Ayrıca işçi ve işveren kuruluşlarının uluslararası kuruluşlara üyeliği, onlarla işbirliği ve yurtdışında temsilcilik açılmasında daha liberal bir sistem getirilmiştir. Ancak uluslararası kuruluşların, Türkiye'de şube ve temsilcilik açmaları, Türkiye'deki üst kuruluşlara üye olmaları İşçileri Bakanlığı'nın iznine bağlanmıştır (md. 20). Bu esas 5253 sayılı Dernekler Kanunu'ndaki esaslarla (md. 5/2) örtüşmektedir. Kuruluşların katılması ve birleşmesi 21. md.'de düzen-

lenmiş olup yürürlükteki düzenleme hemen hemen aynen korunmuştur. Sadece katılmanın bir ay içerisinde Bakanlığa bildirilmesi şartı getirilerek hatalı işlemler yapılması önlenmek istenmiştir.

5. Güvenceler: Taslağın 5. bölümü işçi sendikası, işçi kuruluştur yöneticiliği ve işyeri sendika temsilcisinin iş güvencesine ayrılmıştır. Taslakta, sendika yöneticisinin iş güvencesinin sağlanması açısından, daha doğrusu yöneticilik görevi sona erip işe geri dönmeye çalışan fakat işe geri alınmayan eski sendika yöneticisinin iş sözleşmesinin kimin tarafından (kendisi mi, işveren mi) feshedildiği, kendisine kıdem tazminatı ödenip ödenmeyeceği konusunda tereddütler oluşturan, kısacası sendika yöneticiliğinin güvencesine ilişkin 2821 sayılı Kanun'un 29. maddesindeki yetersiz düzenlemeye açıklık getirildiği görülmektedir. Buna göre yöneticilik görevi nedeniyle "İşyerinden ayrılan yöneticinin iş sözleşmesi askıda kalır. Yönetici dilerse işten ayrıldığı tarihte iş sözleşmesini bildirim süresine uymaksızın veya sözleşme süresi bitimini beklemeksizin fesheder ve kıdem tazminatına hak kazanır" (md. 22/1). Madde devamla yöneticilik görevi "herhangi bir nedenle sona eren" ve eski işverene işe başlamak için başvuran kişinin talep tarihinden itibaren 1 ay içinde o andaki şartlarla işe başlatılmaması halinde iş sözleşmesinin işverence feshedilmiş sayıldığını öngörmektedir. Bu hak yöneticilik görevi her ne şekilde sona ererse ersin tanınmış olup, bu haktan yararlanmak için görevden ayrıldıktan bir ay içinde işverene başvurmak gerekir. Bu durumda kendisine ödenecek ihbar ve kıdem tazminatlarının hesabında işyerinde çalışmış olduğu süreler ve fesih anında emsal işçilerin aldıkları ücret ve sair haklar dikkate alınacaktır. Bu hüküm her ne kadar kıdem tazminatı ödeme şartlarını genişletmiş görünüyorsa da sendika yöneticiliğine sahip çıkan, maksada uygun bir düzenlemedir. Taslaktaki bir başka önemli husus yöneticilik görevi devam ederken "iş akdinin askıda kalacağı"dır ki, eski yönetici tekrar işe alınmazsa bu süre aslında kıdem tazminatı süresine dahil olacaktır. İşveren çevresi yöneticilikteki askı halinin kabulünü kıdem tazminatı yükünü ağırlaştıran bir düzenleme olarak ni-

telendirse de taslakta tazminatların hesabında askıda geçen değil yöneticinin "işyerinde çalışmış olduğu sürenin" göz önünde tutulacağı hükmüne yer verildiğine dikkat çekmek isteriz.

Taslağın 22. maddesi bu haliyle yönetici seçilen işçiye bir seçimlik hak tanımaktadır. İster yöneticilik görevine başlamak için iş sözleşmesini hemen fesheder ve kıdem tazminatını alır, kıdem sıfırlanmış olur; ister kıdem tazminatını almaz, yöneticilik bittiğinde fakat işe alınmadığında kıdem tazminatını ister. Taslak "işçinin iş kanunlarından doğan hakları saklıdır" demekle de adeta işe geri alınmayan eski yöneticiye kıdem tazminatı yanında sendikal tazminat isteme hakkını da tanımışa benzemektedir. Çünkü iş akdini işçiyi geri almayan işveren feshetmiş sayılacaktır.

2821 sayılı Kanun başlangıçta (yürürlüğe girdiği tarihteki şeklinde) işyeri sendika temsilcisine iş sözleşmesinin feshine karşı güçlü bir iş güvencesi getirmişti. Bu güvence Kanunda 2002 tarih ve 4773 sayılı Kanun ve 2003 tarih ve 4857 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle zayıflatılmış ve herhangi bir işçinin sahip olduğu iş güvencesi düzeyine (Bak. İşK. md. 18 vd.) indirilmiştir. Bu da doktrinde yoğun eleştiri almıştır. İşyeri sendika temsilcisinin iş güvencesini düzenleyen md. 23 bu defa temsilciye başlangıçta olduğu gibi yeniden güçlü bir iş güvencesi getirmektedir. Madde şöyledir:

"İşveren, işyeri sendika temsilcilerinin iş sözleşmelerini baklı bir neden olmadıkça ve nede-nini yazılı olarak açık ve kesin şekilde belirt-medikçe feshedemez. Fesih bildirimünün tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde temsilci veya üyesi bulunduğu sendika, iş davalarına bakmakla görevli mahalli mahkemede dava açabilir.

Dava seri muhakeme usulüne göre sonuçlandırılır. Mahkemece verilen kararın temyizi halinde Yargıtay kesin olarak karar verir.

Temsilcinin işe iadesine karar verilirse fesih geçersiz sayılarak fesih tarihi ile kararın kesinleşme tarihi arasındaki ücret ve diğer hakları ödenir. Kararın kesinleşmesinden itibaren on işgünü içinde temsilcinin işe başvurması koşuluyla on işgünü içinde işe başlatılmaması halinde iş ilişkisinin devam ettiği kabul edilerek

ücreti ve diğer hakları ödenmeye devam edilir. On işgünü içinde işe başvurmadığı takdirde sözleşme bu sürenin sonunda temsilci tarafından feshedilmiş sayılır.

İşveren, yazılı rızası olmadıkça işyeri sendika temsilcisinin çalıştığı işyerini değiştiremez veya işinde esaslı bir tarzda değişiklik yapamaz. Aksi halde değişiklik geçersiz sayılır.

Birinci ve dördüncü fıkra hükümlerinden sağlanan güvenceden temsilcilik sıfatı sona erenler, sona erme tarihinden itibaren altı ay süreyle yararlanmaya devam ederler.

Bu madde hükümlerinden işverenle iş ilişkisi devam eden kuruluş ve şube yöneticileri de yararlanır.”

Görülüyor ki, işyeri sendika temsilcisinin iş güvencesi adeta 2821 sayılı Kanun’un 30. maddesinde 2002’de 4773 sayılı Kanun ile değişmezden önceki güçlü pozisyonuna geri dönmektedir. Şu farkla ki, eskiden işe iade için

tır (md. 26). Oysa bir önceki taslakta yetkili olmayan sendikaya dahi temsilci atama yetkisi tanınmıştır. Şöyle ki, “Yetkili sendikanın bulunmadığı işyerlerinde en çok üyeye sahip sendika yukarıdaki hükümlere göre işyeri sendika temsilcisi atayabilir. Bu durumda temsilcilik süresi, bir yıldan az olmamak üzere başka bir sendikanın en çok üyeye sahip olduğunun kesinleştiği tarihe kadar devam eder. Ancak başka bir sendikanın yetkisinin kesinleşmesi halinde temsilcinin görevi sona erer” (md. 26/2). Bu düzenlemenin 1992 yılında Devletimizce de onaylanan İşletmelerde İşçi Temsilcilerinin Korunması Hakkında 135 sayılı ILO Sözleşmesi hükümlerine uygun düştüğünü önceki değerlendirmemizde ifade etmiştik. Son taslakta bundan vazgeçilmiştir.

Sendika özgürlüğünün güvencesini düzenleyen md. 24 ise, 2821 sayılı Kanun md. 31’deki düzenlemeye esas itibariyle benzerdir.

Sendika ve konfederasyonların sınaî ve iktisadî teşebbüslere yatırımlar yapabileceklerine ilişkin serbestinin devam etmesinin yararlı olduğunu düşünüyoruz.

kararın kesinleşmesinden itibaren 6 işgünü içinde başvuru şartı taslakta 10 işgününe çıkarılmıştır. İş güvencesinden yararlanılamayacak tek hal temsilcinin işine haklı nedenle son verilmiş olmasıdır. Temsilci haklı bir neden yokken işten çıkarılıp mahkeme kararına rağmen işe geri alınmasa dahi iş sözleşmesi devam ediyor sayılacak ve kendisine ücret ve sair hakları ödenecektir. Temsilcinin işe iade davası açması için doktrin ve mahkeme kararlarında tartışmalara neden olan 4857 sayılı İş Kanunu’nda aranan en az 30 işçi çalıştırma ve 6 aylık kıdem şartları da aranmayacaktır. Fakat iş güvencesinden yararlanma hakkının neden temsilcilik görevi sona erdiği halde 6 ay daha devam edeceği anlaşılabilir.

Belirtelim ki, yeni taslak temsilci atama yetkisini yürürlükteki Yasada olduğu gibi toplu sözleşme yetkisi kesinleşen sendikaya tanımış-

Şöyle ki, işçiler sendikal faaliyetlere katılmaları veya “sendikal faaliyette bulunmalarından ötürü işten çıkarılamaz veya farklı işleme tabi tutulamazlar”. Bu hükme aykırı hareket eden işveren işçiye “bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere sendikal tazminat” ödemeye mahkum edilir. Ayrıca “sendikal nedenlerden dolayı iş sözleşmesinin feshi halinde işçi, 4857 sayılı İş Kanununun 18 inci maddesinin birinci fıkrasındaki 30 işçi ve altı aylık çalışma koşulu aranmaksızın 20 ve 21inci madde hükümlerine göre dava açma hakkına sahiptir. Bu durumda İş Kanununun 21inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca ödenecek tazminat yanında ayrıca sendikal tazminata hükmedilir. Sendikal tazminat, 21inci maddeye göre işçinin başvurusu, işverenin işe başlatması veya başlatmaması koşuluna bağlı değildir. İşçinin İş Kanununun yukarıdaki hükümlerine göre dava açmaması

ayrıca sendikal tazminat talebini engellemez” (md.24/5). Ayrıca, iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiği gerekçesiyle açılacak davada feshin nedenini ispat yükümlülüğü işverene bırakılmıştır. Bu bir yenilik olup AB'nin ayrımcılıkla ilgili yönergelerinde (2000/43, 2000/78 ve 2006/54) kabul edilen bir esastır. Sendika özgürlüğünün güvencesinden tüm işçiler yararlanabilecektir. Asıl önemlisi, sendikal nedenlerle işten çıkarılan fakat yeniden işe alınmayan işçiye hem iş güvencesi tazminatı hem de sendikal tazminat birlikte ödenecektir. Ayrıca madde 24/5'teki hükme göre sendikal nedenle işten çıkarılan işçiye işe iade davası açmasa bile sadece sendikal tazminat isteme hakkı tanınmış olması önem arz etmektedir.

6. Sendikal Faaliyetler: Taslağın 6. bölümü sendikal faaliyetlere ayrılmıştır. Bunlar esas itibarıyla 2821 sayılı Kanun'daki düzenlemeye benzemektedir. Şöyle ki, sendikalara siyasi faaliyet yasağı getirilmemiş, fakat ticaretle uğraşma yasağı muhafaza edilmiş ve işçi ve işveren kuruluşlarının birbirlerine müdahalesi yasaklanmıştır (md.27). Ayrıca sendikaların bireysel ve kolektif nitelikli dava ehliyeti Sendikalar Kanunu md. 32'ye paralel şekilde düzenlenmiş fakat bir ekleme yapılarak “yargılama sürecinde üyeliğin sona ermesi bu ehliyeti etkilemez” hükmüne yer verilmiştir. Bununla özellikle sendikaların üyelerini temsilen açtıkları davalarda, üyenin sendikadan herhangi bir nedenle ayrılrsa dahi sendikanın eski üyesini davada temsil etmeye devam etmesi, onu yarı yolda bırakmaması sağlanmak istenmiştir. Bundan başka faaliyetlerden yararlanmada sendikanın üyeleri arasında eşitlik ilkesine uygun davranması vurgulanmış, faaliyetlerden sendika üyesi olmayanların yararlandırılması yazılı onayına bağlanmıştır (Karş. 2821 sayılı Kanun md. 34/son, md. 36).

Taslak madde 43 ile de 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkındaki Kanun'un 29. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde yer alan “sendikalar” ifadesi çıkarılarak sendikaların eğitim ve propaganda amaçlı radyo ve TV yayını yapmalarının önündeki engel kaldırılmak istenmiştir. Bu değişiklik ILO Uzmanlar Komitesinin de ısrarlı önerisi idi.

Taslakta 2821 sayılı Kanun md. 33/7'de düzenlenen “sendika ve konfederasyonların nakit mevcudunun yüzde kırkıdan fazla olmamak kaydı ile sınaî ve iktisadî teşebbüslere yatırımlar yapabileceklerine ilişkin” serbestiye yer verilmediği görülmektedir. Bunun nedeninin ticaretle uğraşma yasağının delinmesini önleme amacını taşıdığı söylenebilirse de ülkenin ekonomik kalkınmasına katkıda bulunacağına inandığımız bu serbestinin devam etmesinin yararlı olduğunu düşünüyoruz.

7. Gelir ve Giderler: Madde 28, kuruluşların gelirlerini düzenlemektedir. Kuruluşların bağımsızlığını ve saflığını korumak uğruna bunların siyasi partilerden, esnaf ve küçük sanatkar kuruluşlarından, kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarından mali yardım ve bağış almaları engellenmiştir (md. 28/2). İşçi ve işveren kuruluşlarının birbirlerine yardım etmesi ve birbirlerinden bağış alması da yasaklanmıştır (md. 28/3). 5253 sayılı Dernekler Kanunu'nda taslak md. 28/2 hükmüyle çelişen bir hüküm mevcuttur. 5253 sayılı Kanun'un 10. maddesinde derneklerin benzer amaçlı derneklerden, siyasi partilerden ve işçi ve işveren kuruluşlarından maddi yardım alabilecekleri, bunlara maddi yardım yapabilecekleri yazılıdır. Her ne kadar bu hükümdeki yardımda bulunabilirler hükmü, siyasi partiler yönünden AY Mah.'nin 5.4.2007 tarih ve E. 107, K. 44 sayılı kararıyla iptal edilmişse de bazı tüzel kişiler açısından yardım yapma ya da alma olanağı yine de mevcuttur. Kuruluşların yurtdışındaki kişi ve kuruluşlardan yardım almaları yasaklanmamış ise de Bakanlığa önceden bildirimde bulunma zorunluluğu getirilmiştir. Nakdi yardımlar mali disipline uymak kaygısı ile banka aracılığı ile yapılacak ve kuruluşların tüm nakdi gelirleri bankaya yatırılacaktır. Bankanın kamu ya da özel olması önemli değildir. Yardım ve bağış alma yasağının ihlali halinde üyelerden birinin ya da Bakanlığın başvurusu üzerine iş mahkemesi kararıyla bu yardımın Hazine'ye intikal ettirilmesi öngörülmüştür (md.28/4).

Madde 31, tüzel kişiliği herhangi bir şekilde sona eren sendikanın malvarlığının nereye devredileceğine ilişkin kurallara yer vermekte-

dir. Burada öncelik tüzükte hüküm bulunmak kaydıyla aynı nitelikteki bir başka sendikaya ya da üyesi bulunduğu üst kuruluşa devrindedir. Tüzükte hüküm yoksa feshe karar veren genel kurul bu konuda karar verecek, o da yoksa, malların Türkiye İş Kurumu'na devri öngörülmüştür.

Kuruluşların giderleri arasında yer alan önemli bir hüküm işveren sendikalarına tüzüklerinde hüküm bulunmak koşuluyla nakit varlıklarının %40'ına kadar üyelerine kredi verme olanağının tanınmış olmasıdır (md. 29). Bazı işveren sendikalarınca uzun süredir dile getirilen bu olanağın tanınması işveren sendikalarını bir tür finans kuruluşları haline getirir mi kuşku yaratmakla birlikte bizce eğer bu olanak yaratılacaksa işçi sendikalarının bunun dışında tutulması eşitlik ilkesine aykırı gözükmektedir. Taslak kuruluşların yöneticilerine ödenecek ücretlerin ve her türlü yolluk ve ödeneklerin genel kurulca kararlaştırılmasını da öngörmektedir (md. 30).

8. Denetim: Madde 32, kuruluşların iç ve dış denetimine ayrılmıştır. İç denetim yasa ve tüzük hükümlerine uygun olarak sendika denetim kurulu tarafından yapılacaktır. Fakat dış denetimin her yıl 3658 sayılı Kanun'a göre ruhsat almış bağımsız, yeminli mali müşavirlerce yapılması öngörülmektedir. 2821 sayılı Kanun'da 1997 yılında 4277 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten sonra sendikaların dış denetiminin hemen hemen ortadan kaldırılmış olması bu konuda güvensiz bir ortam yaratmış olduğundan bunun doğurduğu kaygılar sonucunda böyle bir hükmün yararlı olduğu görüşünderiz. Böylece sendikalar uluslararası denetim usullerine uygun bir denetime tabi olarak daha şeffaf ve güvenilir bir yönetime sahip olacaklardır. Ayrıca kuruluşlar dış ve iç denetim raporlarını ve genel kurul kararlarını uygun araçlarla derhal yayınlamaları öngörülmüştür (md. 32/3). Esasen sendika özgürlüğünün kalesi durumundaki İngiltere'de bile sendikaların mali denetimi çok sıkı kurallara bağlanmış olup Sendika Sicil Memurluğu'na gönderilecek iç denetim raporlarının bağımsız, profesyonel mali denetçiler tarafından onaylanması şartı mevcuttur. Madde 32 ile getirilen bir diğer yenilik de kuruluşların kurucu ve yöneticilerinin, 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla

Mücadele Kanunu hükümlerine göre kendileri, eşleri ve çocuklarına ait mal bildiriminde bulunmaları gerektiğidir (md. 32/4).

9. Yaptırımlar: Taslağın "Yaptırımlar" başlığını taşıyan 8. bölümü "Kapatma" ve "Ceza Hükümlerine" ayrılmıştır. Bu çerçevede Cumhuriyetin niteliklerine ve demokratik esaslara aykırı faaliyette bulunan kuruluşların merkezin bulunduğu yer C. Başsavcısı'nın talebiyle ancak iş mahkemesi kararı ile kapatılabileceği, bu davranışın bireysel olarak yöneticiler tarafından gerçekleştirildiğinin anlaşılması halinde sadece o yöneticilerin görevine son verileceği öngörülerek kuruluşun hukuki varlığının korunması istenmiştir (md.34). Mahkeme yargılamanın her safhasında resen veya talep üzerine kuruluşun faaliyetlerinin durdurulmasına ve yöneticilerin görevlerine son verilmesine karar verebilecektir.

Ayrıca md. 35 ile yasa hükümlerine aykırılık halinde tatbik edilecek cezalar belirlenmiş ancak bunlar arasında hiçbir hapis cezasına yer verilmeyerek ILO Uzmanlar Komitesi'nin eleştirileri bir anlamda dikkate alınmış olmaktadır. Uygulanacak cezalar artık sadece adli para cezalarından ibaret olacaktır.

10. Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'na İlişkin Değişiklikler: Öyle anlaşılıyor ki, taslağı hazırlatan Bakanlık, 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nda değişmesi gereken fazla bir madde bulunmadığı görüşünden hareketle ve ekonomik düşünerek bu işi Sendikalar Kanunu'nu değiştirecek olan taslağın sonuna bazı maddeler ekleyerek yapma yolunu seçmiştir. Bu yöntem son yıllarda bir taşla iki kuş ya da üç beş kuş vurmanın yasama versiyonu haline gelmiştir, torba yasa, paket program gibi... Bunun sağlıklı ve ciddi bir yöntem olduğu söylenemez.

Yeni taslakla 2822 sayılı Kanun bakımından getirilen en önemli yenilik ve değişiklikler, yetkili sendikanın belirlenmesinde öteden beri eleştiri konusu olan % 10 barajının ve 2822 sayılı Kanunu'nun grev ve lokavt yasaklarına ilişkin 29, 30, 31, 32, 33 ve 34. maddelerinin yürürlükten kaldırılması ve bir kuruluşun toplu iş sözleşmesi yapmaya ehil olup olmadığını belirlemekle görevli bir kurulun, Bakanlık Ehliyet Tespit Kurulu'nun getirilmek istenmesidir. Bu

kısa açıklamadan sonra taslağın son hükümlerine bir göz atalım.

Madde 38 ile 2822 sayılı Kanun'un toplu iş sözleşmesinin teşmilin şartları arasında öngörülen "...üyelerinin sayısı bağlı olduğu işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde onunu temsil eden işçi sendikalarından" ifadesi taslağın 39 ve 41. maddelerinden anlaşılacağı üzere yetki belirlemede ön koşul olan % 10 işkolu barajını kaldırdığı için metinden çıkarılmıştır. Böylece Bakanlar Kurulu tarafından teşmil edilecek sözleşme "bir işkolunda en çok üyeye sahip olan sendikanın yapmış olduğu toplu iş sözleşmesi" olacaktır.

Madde 39 yetkili sendikanın belirlenmesine ilişkin radikal bir değişiklik içermektedir. Buna göre 2822 sayılı Kanun'un yetki başlıklı 12. maddesi şöyle belirlenmiş olacaktır: "Kurulduğu işkolundaki işyeri veya işletmelerde yeterli düzeyde örgütlenmiş, karşı taraf üzerinde toplu görüşme ve sonraki aşamalarında etkili baskı kurabilecek temsil gücüne sahip işçi ve işveren sendikaları veya ülke düzeyinde güçlü ve örgütlü işçi sayısı ile temayüz etmiş veya Ekonomik ve Sosyal Konsey üyesi bir konfederasyona üye olan sendikalar toplu iş sözleşmesi yapmaya ehildir.

Taraf olma ehliyetinin bulunup bulunmadığı ya da kaybedildiği, ilgili sendikanın işkolunda kurulu diğer sendikaların ya da işverenin talebi üzerine Bakanlık Ehliyet Tespit Kurulunca gerekli araştırma ve tespitlere dayalı olarak en çok 30 gün içinde belirlenir ve belgelenir. Talep belirlenen sürede sonuçlandırılmadığı takdirde sendika toplu sözleşme yapmaya ehil sayılır. Olumsuz tespit belgesini alan ilgililer, karara karşı altı işgünü içinde mahalli iş mahkemesi dava açabilirler. Mahalli iş mahkemesi 30 gün içinde kararını verir. Kararın temyizi halinde Yargıtay iki ay içinde davayı sonuçlandırır.

Bakanlık Ehliyet Tespit Kurulu, Bakanlık Çalışma ve Genel Müdürü başkanlığında, Bakanlıkça belirlenecek bir daire başkanı, Ekonomik ve Sosyal Konsey üyesi işçi konfederasyonları tarafından belirlenecek üç üye ve biri kamu işverenlerinden olmak üzere en çok işveren mensubu olan işveren konfederasyonunca seçilecek iki üyeden oluşur".

Birinci fıkra hükmüne göre "toplular sözleşmeye ehliyetli işçi sendikası, toplu iş sözleşmesinin kapsamına girecek işyeri veya işyerlerinde çalışan işçilerin yarısından fazlasının kendi üyesi bulunması halinde bu işyeri veya işyerleri için toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkilidir. İşletme toplu iş sözleşmeleri için işyerleri bir bütün olarak dikkate alınır ve yarısından fazla çoğunluk buna göre hesaplanır.

Bir işveren sendikası, üyesi işverenlere ait işyeri veya işyerleri, sendika üyesi olmayan bir işveren ise kendi işyeri veya işyerleri için toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkilidir. Bakanlık yetkili sendikanın belirlenmesinde ve istatistiklerin düzenlenmesinde kendisine gönderilen üyelik ve üyelikten çekilme bildirimleri ile Sosyal Güvenlik Kurumuna yapılan işçi bildirimlerini esas alır."

Böylelikle yetkili sendikanın belirlenmesinde % 10 işkolu barajının kaldırıldığı, bunun yerine ehliyet şartının değişik biçimde öne çıkarıldığı görülmektedir. İşkolu barajı ILO'nun Uzmanlar Komitesi'nin yıllardır gündemini işgal etmekte ve bu kurul yayınladığı yıllık raporlarda yetkili sendikanın belirlenmesinde aranan işkolu barajı ile birlikte işyerinde (veya işletmede) yarısından fazla çoğunluk şartlarını toplu sözleşme özgürlüğünü kısıtlayan «çifte kriter» olarak nitelendirmekte, en azından barajın kaldırılması gerektiğini ileri sürmektedir.

Konu Türk hukukunda tartışmalı olup Oğuzman, Şahlanan, Çelik gibi bazı hukukçular (ülke şartlarını dikkate alarak) baraj şartını savunurken diğer bazıları 87 ve 98 sayılı Sözleşmelere aykırılık oluşturduğu için bu şartın kaldırılması gerektiğini ileri sürmektedirler. Anlaşılacak taslak, baraja karşı olan düşünce tarzını benimsemiş bulunmaktadır. Yüzde on barajını kaldıran taslak sendika sayısında artış olabilir kaygısıyla yetkiden önce toplu iş sözleşmesi yapma ehliyetine sahip olma şartını getirmek istemiş ve bu şartın belirlenmesi işini Bakanlık nezdinde yeni kurulacak olan Ehliyet Tespit Kurulu'na vermiştir. Üçlü temsile dayalı 7 kişiden oluşan bu kurul sendikanın toplu iş sözleşmesi yapmaya ehil bulunup bulunmadığını ilgili sendikanın veya işverenin talebiyle belirleyecektir. Ancak işin eleştiriye çok açık olan yanı, bu belirleme işini yaparken sendi-

kanın kurulu bulunduğu işkolunda “yeterli düzeyde örgütlenmiş, karşı taraf üzerinde... etkili baskı kurabilecek temsil gücüne sahip... ülke düzeyindeki gücü ve örgütlü üye sayısı ile temayüz etmiş...” gibi her zaman tartışma konusu olabilecek bu muğlak ifadeli kriterleri göz önünde bulunduracaktır. Ehliyetin zaten 2821 sayılı Kanun’a göre kurulmuş sendikalardan başka kuruluşlara ait olmayacağı kuşkusuz olduğuna göre Ehliyet Tespit Kurulu’nun ve bu kurul tarafından nazara alınacak bu kriterlerin Taslak’tan çıkarılmasının daha isabetli olduğu düşüncesindeyim. Madem ILO normlarına uyulmak isteniyor ve çifte kriter rahatsız ediyor, o halde yetki için yasalara uygun bir işkolu sendikasının işyeri veya işletmede yarından fazla çoğunluğa sahip olması ile yetinilebilir.

Madde 42’nin 2822 sayılı Yasa’nın grev ve lokavt yasakları ile ilgili 29, 30, 31, 32, 33, 34 ve 52. maddelerini yürürlükten kaldırmak istediği görülmektedir. Bunun yerine 29. madde “grev ve lokavtın yasaklanması” başlığı ile yeniden düzenlenmektedir. Maddenin yeni şekline göre “İlgililerin veya Bakanlığın talebi üzerine, kararlaştırılmış ya da uygulanmakta olan grev veya lokavt, kamu düzeni veya kamu sağlığı bakımından sakıncalı görülmesi halinde yetkili mahkeme kararıyla, grev veya lokavt kapsamındaki işyeri veya işlerde tamamen veya kısmen, sürekli veya geçici olarak yasaklanabilir.

Hakim gerekli görmesi halinde talep üzerine veya kendiliğinden dava sonuçlanıncaya kadar tedbir olarak grev veya lokavtın uygulanmasını durdurabilir. Kararın temyizi halinde Yargıtay kesin olarak karar verir”. Birçok grev ve lokavt yasağını kaldırıp yerine mahkemeye uygulanmakta ya da kararlaştırılmış olan bir grev veya lokavtı sadece kamu düzeni veya kamu sağlığı açısından yasaklama yetkisi tanımak eski sistemden daha liberal bir sistemin getirilmeye çalışıldığını göstermektedir. Bundan böyle artık ILO’nun ülkemizde çok fazla grev ve lokavt yasağı var eleştirisinden de kurtulmuş olacağız. Ancak savaşta, seferberlikte, doğal afetlerde, hastanelerde, can kurtarma ve cenaze işlerinde, mezarlıklarda vs. alanlarda grev ve lokavt uygulaması ile ilgili bir boşluk oluşacağı da unutulmamalıdır. Bu riskin yükünü sadece md. 29’un kaldırabileceği inancında değiliz.

Ekleyelim ki, 12.9.2011 tarihinde bir referandumla onaylanan Anayasa değişikliği sonucu AY’nın 54/II. maddesindeki “Siyasi amaçlı grev ve lokavt, işyeri işgali, işi yavaşlatma, verim düşürme ve diğer direnişler yapılamaz.” hükmü kaldırılmıştır. Bunun çalışma hayatımızı zora sokacağı hatta kaosa sürükleyeceği için isabetli bir tercih olduğu görüşünde değilim. Kaldı ki, bu yasaklar kaldırılmış olsa dahi 2822 sayılı Kanun’da (md. 25/3) devam ettiği sürece (ki bu durum Anayasaya aykırılık oluşturmaz) bu eylemlerin yasadışı olma özelliği devam edecektir. Kaldı ki, siyasi grev, işyeri işgali, direniş gibi eylemler TCK bakımından da suç sayılmaktadır (TCK md. 117). Ancak ILO’nun gerek Uzmanlar gerek Aplikasyon Komitesi 2009 ve 2010 raporlarında açıkça siyasi grevleri, genel grevi ve dayanışma grevini yasaklayan AY hükmünün sendikaların üyelerinin iktisadi ve sosyal hak ve çıkarlarını koruma hakkını sınırladığı gerekçesiyle kaldırılmasını istemiş bulunuyordu. Bu isteğe uyarak AY’da değişiklik yapan siyasi iktidarın bu paralelde 2822 sayılı Yasa’da da değişikliğe gideceği beklenebilir.

III. SONUÇ

Yukarıda değerlendirme konusu yaptığımız Sendikalar Kanunu’na ilişkin son taslağın bir öncekine oranla yürürlükteki kanuna biraz daha benzediği, işyeri ve meslek sendikasına yer vermek, çırağı, stajyeri işçi saymak, noter şartını kaldırıp yazılı başvuruyu kabul etmek gibi radikal değişikliklerden vazgeçtiği anlaşılmaktadır. Yine de ILO denetim organlarının 87 ve 98 sayılı Sözleşmeleri’ni hatırlatan eleştirileri dikkate alınarak sendika içi uygulamanın daha çok tüzüklere bırakıldığı, sendikal faaliyetlerin daha liberal bir düzene oturtulduğu basit bir sistemin getirilmek istendiği görülmektedir. Ancak bu taslakla 2822 sayılı Kanun’da değişiklik öngörülerek toplu iş sözleşmesi yapmaya ehil olup olmamanın tespitinin muğlak şartlara bırakılmasını ve bazı grev ve lokavt yasaklarının kaldırılmasını isabetli bulmuyoruz. Bu konuların sosyal taraflar ve Bakanlık arasında yeniden müzakere konusu olacağı ve önümüzdeki aylarda ortaya yeni taslaklar çıkacağı kuvvetle muhtemeldir.

Dr. Mustafa KILIÇOĞLU - Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Başkanı - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Örgütlenme Özgürlüğü ve Toplu Pazarlık Açısından Anayasa Değişikliği ile Sınırlı Genel Bakış ve Değişikliğin Getireceği Olası Sorunlar

1- Tarihsel Süreç İçerisinde Sendikal ve Toplu Pazarlığa İlişkin Düzenlemeler

Her ülke, genel olarak çalışma düzenini yaşadığı siyasi iklim düzleminde hazırlar. Bu bağlamda zaman içerisinde uluslararası sözleşmeler ve normlarla uyum sağlamaya çalışır. Etki-tepki çalkantılarının hukuki şekle bürünmesi onun geçerliliğini sürekli kılmaz. Sık sık değişir. Toplumsal normlar ve siyasi çalkantıların şiddeti doğrultusunda özellikle ayrıntılı düzenlemeler yapılır. Halbuki özellikle anayasalar ne kadar ayrıntılı düzenlenirse o kadar değişim ihtiyacı doğurur. Kısa zamanda toplumsal devinimler anayasanın o hükmünü adaletsiz kılar. Üst normlarla uğraşılırken ekonomik değişimler doğrultusunda hukuk ve ekonominin dengeli uyumunun nasıl sağlanacağı konusu göz ardı edilir.

274 sayılı Sendikalar Kanunu ile 275 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanu-

nu 1961 Anayasası'nın ışığı altında demokratik özgürlükçü normları içerisinde barındırmıştır. Çünkü 1961 Anayasası dünyanın en özgürlükçü ve aydınlık anayasalarından biriydi.

Kısaca söz edecek olursak “sosyal devlet” ilkesi Anayasa'ya alınmıştır. “Ekonomik ve Sosyal Haklar ve Ödevler” başlığı altında anayasal güvence altına alınmıştır. Sendikal örgütlenme (m. 46), toplu pazarlık ve grev hakları (m. 47) düzenlenmiştir. Memur Sendikaları Kanunu 1965'de yasalaşmıştır.¹

1982 Anayasası, 1961 Anayasası'na tepki olarak gelmiştir. Çünkü 1961 Anayasası ışığı altında var olan siyaset 12 Eylül 1980 darbesiyle tasfiye edilmiştir. Çalışma hukuku da öncelikle anayasa bağlamında toplu pazarlık ve örgütlenme açısından sınırlamalara tabi olmuştur. Keza 2821 ve 2822 sayılı Yasalarda da sınırlamalar şekillendirilmiştir.

1982 Anayasası'nda 51, 52, 53 ve 54. maddelerde bu sınırlamalar öne çıkar.

2- Somut Olarak Örgütlenme Özgürlüğü ve Toplu Pazarlık Konusunda Normatif Sınırlandırmalar

A- Anayasal Açıdan Sınırlandırmalar:

- 1982 Anayasası m. 51/f. 3'de aynı zamanda ve aynı iş kolunda birden fazla sendikaya üye olunamayacağı vurgulanmıştır.
- 1982 Anayasası m. 53/f. 3'de kamu görevlilerine toplu görüşme hakkı verilmiş olup, toplu iş sözleşmesi hakkı verilmemiştir.
- 1982 Anayasası m. 53/son fıkrada aynı iş yerinde aynı dönem için, birden fazla toplu iş sözleşmesi yapılamayacağı ve uygulanamayacağı ifade edilmiştir.

2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Yasası'nın 3. maddesinin 2. fıkrasına göre, bir tüzel kişiye ilişkin aynı iş kolunda birden çok işyerine sahip bir işletmede ancak bir toplu iş sözleşmesi yapılabilir. Yine aynı Kanununun 12. maddesi hükmünce de işletme sözleşmeleri için işyerleri bir tüm olarak nazara alınır ve yarından fazla çoğunluk buna göre hesaplanır.²

Yetki tespiti isteminde, 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Yasası'nın 3/2. maddesinde yer alan düzenlemenin kamu düzeni ile ilgili olduğundan bahisle ve salt işletme kavramından hareketle işyerinin sonradan edindiği işyerlerindeki sözleşmelerinin sona ermesinin beklenmesi gerektiği, daha sonra işletme düzeyinde çoğunluk tespiti için başvuruda bulunulabileceğini kabul etmek tespite konu işyerini toplu iş sözleşmesiz bırakmak olur ki bu doğru değildir. Sonradan oluşan fiili bir durum sebebi ile dava konusu işyerlerinde çalışan işçilerin anayasal toplu iş sözleşmesi hakkından mahrum bırakılması, kanunun amacına aykırıdır, Sendikanın başvuru tarihinde, çoğunluk tespitine konu işyerinde çalışan işçilerin çoğunluğunun üyeliğine sahip olup olmadığının tespiti gerekir.³

2822 sayılı TİSGLK.'nın 3. maddesinin 2. fıkrasına göre bir gerçek ve tüzel kişiye veya bir kamu kurum ve kuruluşuna ait aynı işkolunda birden çok işyerine sahip bir işletmede ancak bir toplu iş sözleşmesi yapılabileceği, bu ka-

nun anlamında bu sözleşmeye işletme toplu iş sözleşmesi denileceği belirtildikten sonra, kamu kurum ve kuruluşlarına ait müessese ve işyerleri ayrı tüzel kişiliğe sahip olsalar dahi bu kurum ve kuruluşlar için tek bir işletme toplu iş sözleşmesi yapılacağı hükme bağlanmıştır. Buna göre, bir gerçek ve tüzel kişilikte işletme toplu iş sözleşmesi yapılabilmesi için, o gerçek veya tüzel kişiliğin aynı işkolunda kurulu birden çok işyerine sahip olması gerekmektedir. Ayrı bir tüzel kişiliğe sahip bir şirketin diğer bir tüzel kişiliğe sahip şirketin işyeri birlikte işletme oluşturduğunun kabulü ise mümkün değildir. Ayrı tüzel kişiliğe sahip müessese ve işyerlerinin 2822 sayılı Kanun anlamında işletme olarak kabulü sadece kamu kurum ve kuruluşları için geçerlidir. Diğer bir deyişle yasa gereğince kamu kurum ve kuruluşları için geçerli olan kuralın özel hukuk tüzel kişileri için de uygulanması mümkün değildir⁴

Y.9.HD. 5.12.2007 gün ve 2007/5989 - 2007/37055 sayılı Kararı: *"Uyuşmazlık, kanun yoluyla kapatılan işyerlerinde çalışan işçilerin değişik işkolunda başka bir işyerinde çalıştırılma halinde, kapatılan işyerinde uygulanan Toplu İş Sözleşmesi hükümlerinin yeni işyerine nakledilen işçilere uygulanmaya devam edilip edilmeme noktasında toplanmaktadır.*

1982 Anayasasının 2. kısmındaki temel haklar ve ödevlerin 3. bölümünde yer alan sosyal ve ekonomik haklar ve ödevleri kapsayan 53/1 maddesinde "işçiler ve işverenler karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma saatlerini düzenlemek amaçlarıyla toplu iş sözleşmesi yapma hakkına sahiptir" ifadesi bulunmaktadır. Böylece Toplu İş Sözleşme hakkı en üst normca korunmuştur.

2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu' nun 1. maddesine göre; bu ka-

Ayrı tüzel kişiliğe sahip müessese ve işyerlerinin 2822 sayılı Kanun anlamında işletme olarak kabulü sadece kamu kurum ve kuruluşları için geçerlidir.

nunun amacı işçilerin ve işverenlerin karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenlemek üzere, toplu iş sözleşmesi yapmalarının uyumsuzlukları barışçı yollarla çözümlenmelerinin ve grev ve lokavtın esaslarını ve usullerini tespit etmektir.

Anılan yasa bu bağlamda bir işyerinde aynı dönem için birden fazla toplu iş sözleşmesi yapılamayacağını hükme bağlamıştır (m. 3/son).

Öte yandan bir Toplu İş Sözleşmesinin süresinden önce sona erdirilemeyeceğini vurgulamıştır (m. 7/f.1).

Özellikle, Toplu İş Sözleşmesine taraf olan sendikanın feshi veya infisabı yahut faaliyetlerinin menedilmiş olması veyahut yetkiyi kaybetmiş olması veya Toplu İş Sözleşmesinin uygulandığı işyerlerinde işverenin değişmesinin Toplu İş Sözleşmesini sona erdirmeyeceğini norma bağlamıştır (m. 8).

Sözü edilen bu düzenleme Avrupa Birliği'nin 2001/23 sayılı Yönergesinde ifade edilen işverenin değişmesinin Toplu İş Sözleşmesini sona erdirmeyeceği prensibi ile paralellik taşımaktadır.

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 25. maddenin 5. fıkrasına göre işkolunu değiştiren işçilerin sendika üyeliği sona erer.

Ancak bu düzenleme, sendikalar hukuku ile ilgili olup, sendikal örgütlenmenin işkolu esasına göre yapılması, yapılacak Toplu İş Sözleşmesinin o işkolunda örgütlenen sendika ile yapılacağı ilkelerini tamamlayıcı özellik taşımaktadır.

Toplu İş Sözleşmeleri butlan, iptal ve işlem temelinin çökmesi ile hükümsüz kalır.

Toplu İş Sözleşmeleri doğal olarak sözleşmede belirtilen süre sonunda sona erer. (2822 sayılı Kanun m. 7) Her ne sebeple olursa olsun sona eren Toplu İş Sözleşmesinin iş sözleşmesine ilişkin hükümleri yenisi yürürlüğe girinceye kadar iş sözleşmesi hükmü olarak devam eder (2822 sayılı Kanun m. 6/son)

Burada yasa koyucunun amacı Toplu İş Sözleşmesinin yürürlük süresince getirilen hakların, sona ermesinin yaratacağı boşluğun ortadan kaldırılması düşüncesi ile toplu iş sözleşmesinin sona erdikten sonra da varlığının korunmasıdır. Dolayısıyla sona eren toplu iş

sözleşmesinin normatif hükümleri "art etkisi" olarak devam eder.

Somut olayda, davacı işçi 15 nolu "inşaat işkolu"na giren işyerinde çalışmıştır. O işyerinde toplu iş sözleşmesi devir sırasında sona ermemiştir. Yeni işveren 28 nolu "Genel işler" işkolunda örgütlenmiştir.

Aynı işyerinde birden fazla yapılan toplu iş sözleşmesi bulunmamaktadır. Varolan toplu iş sözleşmesinin devamı söz konusudur.

İşveren değişmiştir. Ancak toplu iş sözleşmesi bu nedenle sona eremez. 2822 sayılı Kanunun 8. maddesi buna engeldir.

Kanundan doğan bir devir vardır. Toplu iş sözleşmesinden yararlanma 2822 sayılı Kanunda düzenlenmiştir. 2821 sayılı Kanunun önceliği yoktur. Başka bir anlatımla 25. madde burada uygulanamaz. Çünkü konuluş amacı farklıdır.

Kaldı ki bir an için toplu iş sözleşmesinin sona erdiği kabul edilse dahi 2822 sayılı Kanunun 6. maddesine göre ard etkisi devam eder.

Davacı işçi toplu iş sözleşmesinden, yeni işyerinde uygulanan Toplu İş Sözleşmesi tarafı olan sendikaya üye olduğu tarihe kadar yararlanır. Aksi halde Toplu İş Sözleşmesini koruyan normatif hükümleri çiğnenmiş olur." şeklinde-

Y. 9.HD. 09.02.2010 gün ve 2010/3769 - 2010/3060 sayılı Kararına konu olayda; 5747 sayılı kanun ile Düzlerçami, Yeşilbayır ve Çığlık ilk kademe belediyelerinin tüzel kişilikleri kaldırılarak mahalleleri ile birlikte Döşemealtı İlk Kademe Belediyesine katılmıştır. Davacı, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının 27.05.2009 tarih ve 18026 sayılı tespitinin iptali ve 5747 sayılı Kanunun 1.maddesinin 5 numaralı bendine göre katılma ve birleşme ile yeniden yapılandırılan Döşemealtı İlçe Belediyesi işletmesinde, sendikanın başvuru tarihinde çoğunluğun bulunduğu tespitine karar verilmesini istemiştir. Oysa Döşemealtı Belediyesi işyeri için sendikanın yetkili olduğuna dair 1.4.2009 tarihli yazı verildiği, Düzlerçami Belediyesi işyeri için de 27.03.2009 tarihli yetki belgesinin verildiği, Çığlık Belediyesi işyeri için Belediye-İş Sendikası ile imzalanan 15.02.2009-14.02.2012 tarihleri arasında geçerli toplu iş

olup ayrılması sonucu değiştirmeyecektir. Yine bir aylık süre içinde 1.8.2008 tarihinde Sendika yönetim kurulunca Belediye-İş sendikası üyeliğine kabul edilmeden önce 31.7.2008 tarihinde Belediye-İş sendikası üyeliğinden istifa ettiğinden, verilen dilekçe ile üye olma isteği geri alınmıştır. En son Genel-İş Sendikasına 31.7.2008 tarihinde üyelik başvurusunda bulunması nedeni ile 25.7.2008 tarihinde Belediye-İş sendikası üyeliğinden çekilme tarihinden sonra bir aylık bekleme süresinin sonunda 25.8.2008 bu üyelik başvurusu hüküm ifade edecek ve başvuru tarihinde Genel İş Sendikası üyesi olacaktır. Bu işçiler yönünden 2821 Sk. 22/1 maddesindeki “..İşçi veya işverenler aynı zamanda ve aynı işkolunda birden çok sendikaya üye olamazlar. Birden çok sendikaya üye olunması halinde, sonraki üyelikler geçersizdir.” düzenlemesi ile 2821 Sk. 22/3 maddesindeki “İşçi sendikasına üyelik,sendika tüzüğünde belirlenen yetkili organın kabulü ile kazanılır. Üyelik başvurusu, sendika tarafından en çok otuz gün içinde reddedilmediği takdirde üyelik istemi kabul edilmiş sayılır.” düzenlemesi de yukarıdaki açıklamalar ile birlikte değerlendirilmelidir.

Aynı Yasanın 25/f-3’de, kanuni grev için aranan koşullar gerçekleşmeden yapılan grevin kanun dışı grev olduğu ifade edildikten sonra siyasi amaçlı grev, genel grev ve dayanışma grevinin kanun dışı grev olduğu, işyeri işgali, işi yavaşlatma, verimi düşürme ve diğer direnişler hakkında da kanun dışı grevin müeyyidelerinin uygulandığı belirtilmiştir.

2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu’nun 25 ve 46. maddesi uyarınca davalı sendika tarafından desteklenen işçilerin eyleminin yasa dışı grev olduğunun tespit, ihtiyati tedbir kararı ile durdurulması ve men’i müdahale istemi ile açılan davada, Mahkemece eda davası açılması mümkün olan hallerde tespit davası açılmasında hukuki yarar bulunmadığı gerekçesiyle talebin reddine karar verilen bir davada, Y.9.HD. 23.7.2009 gün ve 2009/27447 - 2009/22537 sayılı Kararı, 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu’nun 25. maddesinde grevin tanımı yapılmış ve burada işçilerin topluca çalışmamak suretiyle işyerin-

de faaliyeti durdurmak veya işin niteliğine göre önemli ölçüde aksatmak amacıyla aralarında anlaşarak veya bir kuruluşun aynı amaçla topluca çalışmamaları için verdiği karara uyarak işi bırakmalarına grev denileceği belirtilmiş, 2. fıkrasında da kanuni grev tanımlandıktan sonra, 3. fıkrasında kanuni grev için aranan şartlar gerçekleşmeden yapılan greve kanun dışı grev denileceği açıklanmıştır. Bu yasa hükmüne göre işçilerin işyerinde yaptıkları eylemin açıklanan biçimde yasa dışı bir grev olduğunun tespiti, aynı yasanın 46. maddesine göre istenebilir. Bunda hukuki yarar vardır. Bu istek 46. madde çerçevesinde ileri sürülen bir tespit davasıdır. HUMK.’nun 368. maddesine göre istenilen delil tespiti değildir, şeklinde olmuştur.

2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu’nun 45. maddesine göre kanun dışı grev yapılması halinde, işveren, böyle bir grevin yapılması kararına katılan, böyle bir grevin yapılmasını teşvik eden, böyle bir greve katılan veya böyle bir greve katılmaya ve yahut devamı teşvik eden işçilerin hizmet akitlerini, feshin ihbarına lüzum olmadan ve herhangi bir tazminat ödemeye mecbur bulunmaksızın feshedebilir.⁹

İşçinin üretimi engellemediği, iş bitimi işyerini terk etmeyerek iş sözleşmesi feshedilen taşeron işçileriyle birlikte iş arkadaşlarını işverene karşı kışkırttığı, işyerinde bu biçimde huzursuzluk çıkardığı eylemde, üretimin engellenmemesi ve işçilerin yaptıkları işi bırakmamaları karşısında, bu eylemin yasa dışı grev olarak nitelendirilmemesi gerekir. Ancak bu durum geçerli neden kabul edilmelidir.¹⁰

İş sözleşmesinin işveren tarafından geçerli neden olmadan ve sendikal nedenle feshedildiği belirtilerek feshin geçersizliği ve işe iade istemi ile açılan davada, Y.9.HD. 26.2.2007 gün ve 2007/1391-2007/5081 sayılı Kararı “Somut uyuşmazlıkta, davacının vardiya başlangıcında, işe giriş kartını okutmasına rağmen ve bunun sonucu olarak çalışmak için görev mahalline gitme yerine, işyeri önünde bir süre sendika yetkilisinin konuşmasını dinlemiştir. Bu dinlemeden sonra da davalı işveren tarafından işe alınmamıştır. Davacı, bu eylemi diğer bir kısım işçilerle yapmış ve bir süre iş görme edimi-

ni yerine getirmemiştir. Davacının konuşmayı dinleme dışında işverene karşı cebir ve şiddet kullanmadığı, makine ve üretimi durdurmadığı, çalışmak istediği, ancak işverenin çalışmasını engellediği, kalabalık ortamla karşılaşmaları ve şube başkanının konuşması nedeni ile dinlemede bulunmalarının haklı fesih nedeni olamayacağı yönündeki değerlendirme dosya içeriğine uygundur. Ancak, davacı kısa bir süre işbaşı yapmayarak, işvereni iş görme ediminden mahrum bırakmıştır. Açıklanan bu davranışı işyerinde olumsuzluklara yol açmıştır. İş sözleşmesinin feshi geçerli nedene dayandığından davanın reddi gerekir. Kabulü hatalıdır.” şeklinde olmuştur.

2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nun 46. maddesi uyarınca açılan yasa dışı grev olduğunun tespiti istemine ilişkin davada, Y.9.HD. 3.11.2009 gün ve 2009/39956-2009/30393 sayılı Kararı: “...Öncelikle belirtmek gerekir ki; HUMK 179. maddesi uyarınca dava dilekçesinde tarafların ve varsa kanuni temsilcilerinin ad ve soyadları ile adresleri, dava konusu davacının iddiasının dayandığı sebepler ve delilleri, hukuki sebepler, iddia ve savunma, karşı tarafın hangi sürede cevap vereceği, davacının ve varsa kanuni temsilcilerinin imzaları bulunması gerekir. Dava dilekçesinde zorunlu unsurlarda eksiklik bulunması halinde bu noksanlık ilk itiraz olarak ileri sürülebilir. Mahkemece ilk itiraz olarak incelenip karara bağlanır. Dava dilekçesinde çekişmeli yargıda davalının gösterilmemiş olması durumunda davanın bu nedenle reddi gerekir. Ancak davalının adı ve soyadının açıkça gösterilmemiş olsa bile davalının kim olduğu anlaşılıyor ise davanın bu nedenle reddi doğru değildir.

Somut olayda işveren tarafından 18.7.2009 tarihli dava dilekçesi ekinde işyerinde isimleri ve çalıştıkları bölümler belirtilen işçilerin 17.9.2009 ve 8.9.2009 tarihlerinde işbaşı yaptıkları halde üretim yapmadıkları, çalışmalarını için yapılan çağrılarının sonuçsuz kaldığı belirterek söz konusu eylemin 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nun 46. maddesi uyarınca yasa dışı grev olduğunun tespiti talep edilmiştir. Söz konusu talep ileride açılacak davalarda kullanılacak olan delillerin tespiti değil,

anılan hüküm uyarınca açılan bir tespit davasıdır. Dava dilekçesi ekindeki listeden davalıların kim oldukları belirlenebilir durumdadır. Kaldı ki, davacının dava dilekçesinde adlarını bildirip daha sonra da adreslerini bildirdiği işçilerin davalı olarak gösterildiği dosya kapsamından anlaşılmaktadır. Bu durumda bu işçilere dava dilekçesi ve duruşma günü bildirir davetiye tebliğ edilerek yargılamaya devam edilmesi gerekir iken dava dilekçesinde davalı tarafın gösterilmediği bunun da zorunlu dava koşulu olarak yorumlanıp davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.” şeklindedir.

Öte yandan m. 47/f-3'de de grev esnasında greve katılan işçilerin ve sendikanın kasıtlı veya kusurlu hareketleri sonucu, grev uygulanan işyerinde sebep oldukları maddi zarardan sendikanın sorumlu olduğu açıklanmıştır.

Yasa dışı grev, işyeri işgali, işi yavaşlatma, verimi düşürme gibi benzer biçimde direnişlerin yaptırımları, bu tür eylemlerin iş barışını bozmaları dikkate alınarak kanun koyucu tarafından ağır bir şekilde düzenlenmiştir. Bu tür davalarda sonuca gidilirken hiçbir kuşkuya yer vermeyecek şekilde sendikanın yönlendirmesinin kanıtlanması gerekir.¹¹

Y.9. HD. 21.06.2005 gün ve 2005/11600-2005/22394 sayılı Kararında: Yasadışı grev sebebiyle uğranılan zararın ödetilmesine karar verilmesi istenmiştir. İşyerinde meydana gelen eylem ile ilgili olarak sendika tarafından verilmiş bir karar mevcut bulunmadığından davalı sendika aleyhine açılan davanın reddi yerinde ise de; davacı, davalı şahısların eylemleri nedeni ile işyerinde zarar meydana geldiğini iddia ettiğinden aynı gerekçe ile şahıslar hakkındaki davanın reddedilmesi yerinde değildir. Mahkemece davalı şahısların zararın oluşmasında kusurları bulunup bulunmadığı, bu kusurları nedeniyle ne miktar zarar meydana geldiği, gerekli görülürse işyerinde keşif de yapılarak uzman bilirkişilerce saptanmalı ve sonuca göre hüküm kurulmalıdır, denmiştir.

Son olarak 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikalar Kanunu'nun 35. maddesinde, 34. maddesine göre Kamu İşveren Kurulu ile Kamu Görevlileri Sendikaları ile bunların bağlı oldukları konfederasyonlar arasında yapılan toplu

görüşmelerin, anlaşmaya varılmaması durumunda Uzlaştırma Kurulunca çözüleceği ancak anılan kurul kararının tarafları bağlayıcı özelliği olmadığı, nihai kararın Bakanlar Kurulunca verileceği belirtilmektedir.

3- Yasa Koyucu ve Sınırlayıcı Normatif Düzenlemelerin Uluslararası Sözleşmeler Karşısındaki Konumu

Anayasa'nın ve 2822 ile 4688 sayılı düzenlemelerin temelde 87 ve 91 sayılı ILO Sözleşmeleri'yle uyum içinde olduğu söylenecektir. Bu düzenlemeler Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 87 sayılı "Sendika Özgürlüğüne ve Örgütlenme Hakkının Korunmasına İlişkin Sözleşmenin" ikinci ve dördüncü maddesi ile 98 sayılı "Teşkilatlanma ve Kollektif Müzakere Hakkı Prensiplerinin Uygulanmasına İlişkin Sözleşmesi" ile çelişmektedir.

4- Anayasal Değişikliğe Yönelik Eleştiriler

A- Sendika Çevrelerinin Eleştirisi:

Çalışma Bakanı, değişikliklerin uluslararası sözleşmelerle çelişkilerinin giderilmesi amacıyla yapılması, böylelikle özgürlük ve hakların genişletilmesinin işçilerin üretim isteklerini artıracığı düşüncesindedir.¹²

Eleştirilerde özellikle işveren sendikalarınca Anayasa'nın m. 54/f.3'deki değişikliğin işçiye idelojik hareket olanağı vereceği, iktidara ve işverene idelojik olarak karşı olan, gerek işçiye gerek işçi sendikasına, işverene zarar vermesi olanağı Anayasa ile tanıma ve koruma, mülkiyetin sokak hareketine terki olacağı¹³, söz konusu değişikliklerin çalışma barışını olumsuz yönde etkileyeceği, oluşturulan belirsizlik ortamı ve grev hakkının kötüye kullanımlarına neden olacağı ve uzun vadede ülke ekonomisinin zarar göreceği¹⁴ öte yandan sendika enflasyonu nedeniyle toplu iş sözleşmelerinin gecikmesi ve haklı olarak işçilerin hırçınlaşması, sendikal rekabet nedeniyle ortaya çıkan işyeri huzursuzluğu, bunların işçi ve üretim üzerinde olumsuz

etkilerinin artması, farklı sendika üyelikleri nedeniyle birbirine yabancılaşan işçi topluluğu, sarı sendikacılığın devreye girme olasılığının¹⁵ Türk endüstri ilişkilerine zarar vereceği, çalışma barışını bozabilecek nitelikte olduğunu belirtmiştir.¹⁶

İşçi sendikası liderleri, anayasal değişiklikleri olumlu bulmuşlardır.¹⁷

B- Öğretide Öne Çıkan Eleştiriler:

Öğreti konuya ihtiyatlı yaklaşmıştır. Sorunların anayasal değişiklikler ile çözülemeyeceği, 87 sayılı Sözleşme'yle ulusal mevzuatın uyumlu kılınması yönünde anayasa değişikliğine gitmeksizin de çok şey yapılabileceği, Türkiye'nin açılan bir eylem programı hazırlaması ve bunu bir takvime bağlayıp adım adım gerçekleştirmeye çalışmasının zorunlu olduğu ifade edilmiştir.¹⁸

aa) 51. madde değişikliğine yapılan eleştiriler

Anayasa m. 51'de yapılan değişikliğin ILO normlarına uygun olduğu, ancak Hükümetin 87 sayılı Sözleşme'nin ikinci maddesi nedeniyle yapılan eleştiriye karşı, hükümetin işçinin üyelikten çekildikten sonra serbestçe üye olabileceği yanıtı karşısında, ILO yetkili organları da bu hususta fazla ısrarlı olmadıklarını, geçmişteki uygulamalarda hileli yollarla toplu iş sözleşmesi yetkisi alındığını, sözleşme yetkisini hileli yoldan ele geçiren sendikanın check-off'tan yararlanarak güçlendiğini, böylece işçilerin dahi tanımadığı yüzlerce sendikanın parçalanmış zayıf bir sendikacılık hareketi ortaya çıkaracağını ileri sürülmüştür.¹⁹

İşçinin aynı işkolunda birden fazla sendikaya üye olmasının yetki uyuşmazlıklarında sorunlar yaratacağı belirtilmiştir.²⁰

Öte yandan Anayasa m. 51/f.3'deki düzenlemenin gereksiz olduğu, ayrıntılı hükümlerin yasaya bırakılması gerektiği savunulmuştur.²¹ Bu görüşe ilaveten 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 22. maddesindeki düzenlemenin korunması gerektiği vurgulanmıştır.²² Diğer bir sonucun, bir işyerinde en fazla üyesi olan sendikanın toplu iş sözleşmesi yapabileceği, sendikaların işçileri üye yapmak için her yolu

Çok düzeyli toplu pazarlık sistemi esnek çalışma türlerinde uygulanmalıdır.

deneyeceği, ayartma olaylarının sıklaşacağı, “sendikal seyyaliyetin” yoğun biçimde çalışacağı, huzursuzluk ve gerginlik yaratacağı vurgulanmıştır.²³

Farklı bir eleştiri de ise, aynı işkolunda birden fazla sendikaya üye olunmasının, ancak esnek istihdamın yaygın olduğu çalışma ilişkisinde anlamlı olacağı belirtilmiştir. Bunun da işçinin sadece aynı işkolunda, birden fazla işyerinde istihdam edilmesi halinde ortaya çıkabileceğine dikkat çekilmiştir.²⁴

bb) 53. maddede yapılan değişikliğe yapılan eleştiriler

Öğreti tarafından genel olarak kamu görevlilerine toplu iş sözleşmesi hakkı verilmesi olumlu bulunmuştur. Ancak maddeye eklenen son fıkrada yasama organına sınırlama koyma hakkı vermektedir. Bu sınırlamalar; toplu iş sözleşmesinin kapsamı, istisnaları, toplu iş sözleşmesinden yararlanacaklar, toplu sözleşmenin yürürlüğü, emeklilere yansıtılması gibi önemli hususlardır.²⁵

Keza kamu görevlilerinin toplu pazarlık sırasında uyuşmazlık çıkması halinde, “Kamu Görevlileri Hakem Kurulu”na verilen kararların bağlayıcı olması genel olarak olumlu adım kabul edilmiştir.²⁶

Anayasa m. 53/son’un kaldırılmasıyla çok düzeyli toplu pazarlık sistemine gideceği, işkolları ve işyeri-işletme toplu iş sözleşmelerinin batı Avrupa ülkelerinde başarıyla uygulandığı, işkoluna ilişkin toplu iş sözleşmelerinin işkolları ihtiyacına göre, işyeri-işletme düzeyinin ise işyeri ve işletme ihtiyaçları için yapılabileceği ifade edilmiştir²⁷ ancak 275 sayılı TİSGLK dönemindeki hükümlerin çatışması problemiyle karşılaşılacağı sorununa dikkat çekilmiştir.²⁸ Öte yandan hükmün Anayasa’dan kalkmasını olumlu bulmakla birlikte 2822 sayılı Kanundaki değişikliğe sıcak bakılmamıştır.²⁹

Almanya örneğinden hareketle bir görüş ise, işkolu veya işkolları düzeyinde bağitlanan

toplular iş sözleşmelerinin daha çok, iş güvenliği ve sağlığı, mesleki eğitim, ileri eğitim, sosyal güvenliğe ilişkin olduğu, ücret gibi spesifik ve ülkenin ekonomik gelişimine yönelik konularda ise işletme ve işyeri düzeyinde belirlenebileceğini belirtmektedir.³⁰

cc) 54. maddeye yönelik eleştiriler

Anayasa m. 54/f.3’de greve katılan işçilerin işyerine verdikleri zarara ilişkin hükmün Anayasa’da yer almasının doğru olmadığı ifade edilmiştir.³¹ Ancak değişikliği isabetsiz bulan ve değişiklik gerekçesini inandırıcı kabul etmeyen görüşler de bulunmaktadır. Grevi yasa dışılığa iteceği eleştirisi getirilmektedir.³² Öte yandan işçilerden zararı karşılamanın zor olacağı ileri sürülmüştür.³³

Farklı bir görüş ise zararın doğrudan eylemi organize eden sendikadan alınabileceğini ileri sürmüştür.³⁴

M. 54/f.7’de siyasi amaçlı grev ve lokavt, dayanışma grevi, genel grev ve lokavt, işyeri işgali, işi yavaşlatmaya ilişkin hükmün kaldırılmasını isabetli bulan³⁵ olduğu gibi değişikliğin hukuk ilkeleriyle bağdaşmadığı³⁶ da ifade edilmiş, özellikle karşılaştırmalı hukukta siyasi grevin genellikle bir iş mücadelesi aracı olarak hukuka uygun olmadığı ileri sürülmüştür³⁷, öte yandan yapılan anayasal değişikliğin yasalarda var olduğu vurgulanmıştır.³⁸

Normlar gerçeklere uygun olduğu sürece hayatıyetini sürdürür. Aksi halde kağıt üzerinde kalır. En kötüsü de büyük adaletsiz sonuçlara neden olur. Norm koyma ciddi ve hazırlığı büyük özen isteyen bir çalışmayı gerektirir. Normlar, günümüz gerçeğine tamamiyle uygun ve geleceği kucaklamalıdır. Toplumun sosyal ve ekonomik ihtiyacını giderici nitelikte olmalıdır. En tehlikelisi popülist düşüncenin sonucu olmamalıdır. Türkiye’nin reel gerçekleri ile örtüşmelidir. Anayasalar ise geniş bir mutabakatı gerektirir. Çünkü anayasalar bir toplum sözleşmesidir. Bu çatı altında görüşümüzü kademeli olarak dillendirirsek:

- Anayasa’daki değişiklikler/iptaller uyum yasaları ya da mevcut özel yasalarda yapılacak değişikliklerle biçimlendirilmedikçe pratik bir anlamı olmayacaktır.

- Çok düzeyli toplu pazarlık sistemi, esnek çalışma türlerinde uygulanmalıdır.
- Özel yasalarda dengeli ve uyumlu bir düzenleme yapılmadığı takdirde zaten Devlet kurumları dışında sürekli erozyona uğrayan sendikal örgütlenme daha hızlı bir ivme ile azalacaktır. Sendikalar sadece tabela olarak kalacaktır.
- Sarı sendikacılığı engelleyici normlar düzenlenmelidir.
- Sendika üyeliği yargılamayı gerektirecek şekilde sağlam bir prosedüre bağlanmalıdır. Hileye yönelik yaptırım, cezai yaptırımla kuvvetlendirilmelidir.
- Uyum yasaları yargılamayı ve yorumu gerektirmeyen sade şekilde kaleme alınmalıdır.
- İşverenlerin rekabetini engelleyecek, üretime zarar verecek toplu pazarlık normlarından kaçınılmalıdır. Ancak işçi hakları en titiz şekilde korunmalıdır.

DİPNOTLAR

- 1 Kutal, Metin: "Toplu Pazarlık Sistemi Açısından Anayasada 5982 Sayılı Yasa ile Yapılan Son Değişiklikler", Mercek, Sayı 50, Temmuz 2010, sh. 16.
- 2 Y.9.HD. 10.12.1998 gün ve 1998/17451-1998/17975 sayılı Kararı.
- 3 Y.9.HD. 11.7.2006 gün ve 2006/19490-2006/20645 sayılı Kararı.
- 4 Y.9.HD. 17.7.2009 gün ve 2009/27472-2009/21118 sayılı Kararı.
- 5 Y.9.HD. 21.4.2009 gün ve 2009/14123-2009/11515 sayılı Kararı.
- 6 Y.9.HD. 4.12.2008 gün ve 2008/43064-2008/33374 sayılı Kararı.
- 7 Y.9.HD. 25.9.2008 gün ve 2008/31153-2008/24854 sayılı Kararı.
- 8 Y.9.HD. 1996/22309 E., 1996/24442 K. sayılı 27.12.1996 tarihli ilamı, Y.9.HD. 2006/12170 E., 2006/12308 K. sayılı 2.5.2006 tarihli ilamı.
- 9 Y.9.HD. 14.6.2010 gün ve 2010/24519-2010/1837 sayılı Kararı.
- 10 Y.9.HD. 31.1.2005 gün ve 2004/31628-2005/2540 sayılı Kararı.
- 11 Y.9.HD. 16.9.1999 gün ve 1999/13375-1999/13689 sayılı Kararı.
- 12 Dinçer, Ömer: "Anayasa ve Değişiklikleri ve Çalışma Hayatı", Mercek, S: 59, Temmuz 2010, sh. 8, 9.
- 13 Baydur, Refik: "Anayasa ve Sendikalarımız", Mercek S: 59, Temmuz, 2010 sh. 33.
- 14 Matraş, Hakkı: Mercek, S:59, Temmuz 2010, sh. 41.
- 15 Coşkun, Solmaz: "Türkiye'de Endüstriyel İlişkiler Nereye Gidiyor?" Mercek, S:59, Temmuz 2010, sh. 61-63.
- 16 Pirler, Bülent: "Kalkınma, İstikrarsız Bir Çalışma Hayatı Üzerine Bina Edilemez", Mercek, S: 59, Temmuz 2010, sh. 115.
- 17 Kumlu, Mustafa "Uzlaştırıcı Sivil Bir Anayasa", Çelebi, Süleyman: "Hedef Özgürlükçü, Eşitlikçi, Demokratik ve Sosyal Bir Anayasa Olmalıdır"; Uslu, Salim: "Yeni Anayasa Demok-rasi ve Hukuk Açısından Bir İlerlemedir", Mercek, S:59, Temmuz 2010.
- 18 Centel, Tankut: "99. Uluslararası Çalışma Konferansı Kararları Bağlamında Türkiye'deki Gelişmelerin Değerlendirilmesi", Mercek, S:59, Temmuz 2010, sh. 39.
- 19 Kutal: sh. 19.
- 20 Kutal: sh. 19.
- 21 Tuncay, Can: "Anayasanın İş Hukukuna İlişkin Bazı Maddelerinde Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi", Mercek, S:59, Temmuz 2010, sh. 54.
- 22 Demir, Fevzi, "Anayasa Değişikliklerinin Toplu İş Sözleşmesi Düzeni ve Sendikaların Geleceği Açısından Değerlendirilmesi", Mercek, S: 59, Temmuz 2010, sh. 68.
- 23 Aktay, Nizamettin: "TBMM'nin Kabul Ettiği Anayasa Değişikliklerinin Çalışma Hayatına Muhtemel Etkileri 2010", Mercek, S: 59, Temmuz 2010, sh 91.
- 24 Hekimler, Alpay: "Anayasa Değişikliği Paketinin Türk Sendikacılığı Üzerine Muhtemel Etkileri", S: 59, Temmuz 2010, sh. 129.
- 25 Kutal: sh. 20.
- 26 Kutal: sh. 20; Dereli: sh. 27; Tuncay: sh. 55.
- 27 Kutal: sh. 21.
- 28 Tuncay: sh. 55, 56.
- 29 Demir: sh. 70.
- 30 Hekimler: Sh. 131.
- 31 Kutal: sh. 22; Dereli: sh. 29.
- 32 Tuncay: sh. 56.
- 33 Demir: sh. 72.
- 34 Hekimler: sh. 132.
- 35 Kutal: sh. 22.
- 36 Tuncay: sh. 56.
- 37 Caniklioğlu, Nurşen: "Siyasi Grev ve İşyeri Eylemlerinin Yasaklanmasına İlişkin Anayasal Düzenlemenin Kaldırılması ve Sonuçları", Mercek, S: 59, Temmuz 2010, sh. 121.
- 38 Ünsal, Engin: "Anayasa Değişikliğinin Kanun Dışı Greve Etkisi", Mercek, S: 59, Temmuz 2010, sh. 145.

Yargıtay'ın İki Farklı İçtihadı Çerçevesinde İl Özel İdaresi İşyerlerinin Dahil Olduğu İşkolu

1. GİRİŞ

Bilindiği üzere, Kanunda tanımlanmamış olmakla birlikte “işkolu” kavramı, ülkede yapılan işlerin belirli sayıda gruplara ayrılması sonucu her bir gruba verilen bir isim olarak kabul edilmekte ve nitelik bakımından benzer iktisadi faaliyetlerin sınıflandırılması ve bunun sonucu ortaya çıkan temel iktisadi faaliyet türünü karşılamaktadır¹. Bu bağlamda eğer işçilerin sendika kurmalarında ya da sendikaya üye olmalarında mesleklerine bakılmaksızın sadece işyerinde yapılan işin girdiği işkolu esas alınıyorsa “işkoluna göre sendikalaşma ilkesi”nden; işyerinde yapılan işin girdiği işkolunun değil de, aynı meslekten olan kişilerin birleşerek meslek sendikalarını kurması veya bunlara üye olması amaçlanıyorsa “mesleğe göre sendikalaşma ilkesi”nden söz edilmektedir.

Hukukumuzda 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun² üçüncü maddesinde belirtildiği üzere, işkoluna göre sendikalaşma ilkesi esas alınmış, yabancı ülkelerdeki gelişmeler de göz

önüne alınarak işkoluna göre kurulacak sendikaların daha yararlı olacağı düşünülerek meslek esasına göre sendika kurulamayacağı hükme bağlanmış bulunmaktadır (m. 3/III).

İşçi ve işveren sendikalarının ancak işkoluna göre kurulabileceği hükme bağlandıktan sonra, işkolları 28 adet ile sınırlı tutularak tespit edilmiş (Sen. K.m.60) ve “Bir işkoluna giren işlerin neler olacağı, işçi ve işveren konfederasyonlarının görüşü de alınarak ve uluslararası normlar da göz önünde bulundurularak bir tüzükle düzenleneceği” kabul edilmiştir. Bir işkoluna giren işlerin neler olacağını belirten bu tüzük 1983 yılında çıkarılmış “İşkolları Tüzüğü”dür³. Ayrıca işkoluna göre sendikalaşma ilkesinin bir gereği olarak, bir işyerinde yürütülen asıl işe yardımcı işlerin de asıl işin dahil olduğu işkolundan sayılması esasına yer verilmiştir (Sen K. m. 60).

Şu halde hukukumuzda sendikal örgütlenme bakımından temel öge “işkolu” kavramıdır. Sendikaların örgütlenme modeli işkolu esasına dayanmakta, sendika üyeliği ve kuruculu-

ğu açısından işkoluna göre sendikalaşma zorunlu tutulmaktadır. Ancak belirtelim ki, toplu pazarlık hukuku açısından, işkolu düzeyinde toplu pazarlığa olanak verilmemiş, sadece işkolu kavramından yararlanılmıştır⁴. Gerçekten doktrinde ve uygulamada grup toplu iş sözleşmeleri adı verilen ve aynı işkolunda birden çok işyerini kapsayan sözleşmeler akdedebileceği gibi (TİSGLK.m. 3/I), aynı işkolunda birden çok işyerine sahip işletmeler için de sadece işletme toplu iş sözleşmesi (TİSGLK.m.3/I, II) yapılmasına imkân tanınmıştır. Bu durumda, toplu iş sözleşmeleri, işyeri, işletme ve grup toplu iş sözleşmeleri olarak yapılabilmekte ve hepsinin hareket noktası da işkolu kavramı olmakta; toplu iş sözleşmesinin bir işkolundaki işyerini, işyerlerini veya işletmeyi kapsayacak şekilde ayrı ayrı yapılabileceği sonucuna ulaşılmaktadır.

Görüldüğü üzere, gerek Sendikalar Kanunu'nda ve gerekse Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nda işkolu kavramına özel bir yer verilmektedir. Sendikalar Kanunu'nun işkollarını sınırlı sayıda tespit etmesi ve sınırlı sayıdaki bu işkollarına hangi işlerin gireceğinin saptanması amacıyla İşkolları Tüzüğü'nün çıkarılması (İşkolları Tüzüğü m. 1) ve her bir işkoluna giren işlerin de neler olduğunun, iktisadi faaliyetlerin sınıflandırılmasına ilişkin uluslararası normlar da göz önünde bulundurularak Tüzüğe ekli listede belirlenmesi (İşkolları T. m.2) karşısında, bir işyerinde yapılan faaliyetin, Tüzüğe ekli listedeki esaslar çerçevesinde tespit edilmesi gerekir. Ancak bu husus her zaman tartışmasız bir şekilde tespit edilememektedir. Bazen bir işyerindeki faaliyet açıkça Tüzüğe ekli listede belirtilmemekte; bazen de işyerinde yürütülen faaliyet birden fazla olduğu için hangi faaliyetin asıl faaliyet olduğu konusunda tartışma çıkabilmektedir.

İşte bu çalışmada, genel olarak işyerlerinin girdiği işkollarının tespiti usulü ele alınacak, özel olarak da İl Özel İdarelerinin yapısında 2005 yılında meydana gelen değişiklikten sonra bu işyerlerinin hangi işkolu kapsamına girdiği, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın görüşleri (işkolu tespit kararları), Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin içtihatları çerçevesinde ayrıntılı olarak incelenecektir. Özellikle 2007 ve

2009 yıllarında Bakanlıkça işkolu tespiti kararı verilmiş olması nedeniyle İl Özel İdaresi işyerlerinin dahil olduğu işkolunun hangisi olması gerektiği üzerinde ayrıca durulacaktır.

II. İŞYERİNDEKİ FAALİYETİN HANGİ İŞKOLUNA GİRDİĞİNİN TESPİTİ

A. Genel Olarak

Yukarıda belirtildiği üzere, bir işyerinde sürdürülen faaliyet, Tüzüğe ekli listedeki esaslar çerçevesinde tespit edilir ve o işyerinin hangi işkoluna girdiği belirlenir. Ancak bir işyerindeki faaliyet açıkça Tüzüğe ekli listede belirtilmemiş veya işyerinde yürütülen faaliyet birden fazla olduğu için hangi faaliyetin asıl faaliyet olduğu anlaşılamamış ise ortaya çıkan tartışmayı, ilgililerin başvurusu üzerine, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı çözecek, işyerindeki faaliyetin hangi işkoluna girdiğini Resmi Gazete'de yayımlayacağı "İşkolu Tespit Kararı" ile belirtecektir.

Gerçekten de Sendikalar Kanunu'nun "İşkolunun belirlenmesi" kenar başlıklı 4. maddesine göre, "Bir işyerinin girdiği işkolunun tespiti Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca yapılır. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tespit ile ilgili kararını Resmi Gazete'de yayımlar. Kararın yayımını müteakip bu tespiti karşı ilgililer iş davalarına bakmakla görevli mahalli mahkemede onbeş gün içinde dava açabilirler. Mahkeme iki ay içinde kararını verir. Kararın temyiz edilmesi halinde Yargıtay uyuşmazlığı iki ay içinde kesin olarak karara bağlar."

Şu halde, bir işyerindeki faaliyet tek bir konuya münhasır ve açıkça tüzüğe ekli listede belirtilen faaliyetlerden ise, işkolu tespitinde sorun çıkması beklenmez. Şayet faaliyet, ekli listede açıkça belirtilen faaliyetlerden değilse, bu takdirde faaliyetin hangi işkoluna girdiği Bakanlıkça saptanır. Aynı şekilde, işyerindeki faaliyet birden fazla ise, bu takdirde hangi faaliyetin asıl faaliyet (iş) ve hangi faaliyetin de ikincil veya yardımcı nitelikli bir faaliyet (iş) niteliğinde olduğu yine Bakanlık işkolu tespiti kararıyla belirleyecektir.

Her ne kadar Bakanlık işkolu tespiti kararı ile bu uyuşmazlığı çözümlenmiş olsa bile, idarenin her türlü işlemine karşı yargı yolunun açık olması (AY.m.125) ilkesi karşısında ilgililerin bu karara karşı yargı yolunu kullanmaları mümkündür. Bakanlığın (idarenin) işkolu tespit kararına karşı ilgililerin, onbeş gün içinde iş mahkemesinde dava açma hakları vardır. İş mahkemesinin kararının temyiz edilmesi halinde ise Yargıtay uyuşmazlığı “kesin” olarak karara bağlayacaktır.

B. İşkolu Tespiti Yapılırken İzlenecek Süreç

1. İşyeri Kavramı ve İşyerinin Dahil Olduğu İşkolunun Belirlenmesi

Bilindiği üzere, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu’nun “İşkolunun belirlenmesi” kenar başlıklı 4. maddesine göre “Bir işyerinin girdiği işkolunun tespiti”nden söz ettiğine göre, öncelikle işyerinin belirlenmesi gerekir.

Sendikalar Kanunu’na göre işyeri, “işin yapıldığı yer”dir. İşin 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 sayılmaktadır (Sen K.m.2).

Bu nitelikteki bir işyerinin Sendikalar Kanunu’nun 60. maddesinde sınırlı sayıda belirtilen hangi işkoluna girdiği, tüzüğe ekli listeye göre belirlenecektir. Örneğin, şeker sanayindeki bir işin 5 sıra nolu “Şeker” işkoluna girdiği belirtildiğinden, bir küp şeker imalatı işini yapan işyerinin şeker işkoluna gireceği açıktır.

2. İşyerinin Girdiği İşkolunu Bakanlığın Belirlemesi

Sendikalar Kanunu’nun 4. maddesindeki “Bir işyerinin girdiği işkolunun tespiti Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca yapılır. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tespit ile ilgili kararını Resmi Gazete’de yayımlar. Kararın yayımını müteakip bu tespiti karşı ilgililer iş davalarına bakmakla görevli mahalli mahkemede onbeş gün içinde dava açabilirler. Mahke-

me iki ay içinde kararını verir. Kararın temyiz edilmesi halinde Yargıtay uyuşmazlığı iki ay içinde kesin olarak karara bağlar.” şeklindeki ifade tarzından her bir işyerinin dahil olduğu işkolu için, Bakanlıkça bir tespitin yapılacağı ve bunun Resmi Gazete’de yayımlanacağı gibi bir anlam da çıkmaktadır. İşkolları Tüzüğü’nde de “Bir işyerinin hangi işkoluna girdiği konusunda anlaşmazlık çıkması halinde, ilgililerin başvurusu üzerine, işkolu, o işyerinde yürütülen işin niteliğine göre Çalışma Bakanlığınca saptanır.” (m.4) ifadeleriyle açıkça belirtildiği üzere, ancak bir işyerinin hangi işkoluna girdiği hususunda uyuşmazlık çıkması halinde Bakanlık, ilgililerin başvurusu üzerine uyuşmazlığı çözüme kavuşturacaktır. İlgililer, hiçbir şarta bağlı olmaksızın her zaman Bakanlığın işyerinin girdiği işkolunu tespit etmesini isteyebilirler. Bakanlığın işyerlerinin girdiği işkolunu tespit yetkisini, ülkede bulunan bütün işyerleri hakkında kendiliğinden kullanması mümkün değildir⁵. Bakanlık bu yetkisini, bir işyerinin hangi işkoluna girdiği hususunda uyuşmazlık çıkması halinde, ilgililerin başvurusu üzerine kullanır (İşkolları Tüzüğü m. 4). Başvuru işkolu tespitinde yararı olan kişiler ve sendikalar tarafından yapılabilir⁶. Bu gibi bir durumda uyuşmazlık, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının “işkolu tespiti kararı” adıyla Resmi Gazetede yayımlanacak olan bir kararı (tebliği) ile çözülmeye çalışılmaktadır.

Bir işyerinin girdiği işkolunun tespiti amacıyla Bakanlığa başvuru konusunda bir süre sınırlaması yoktur. Böyle bir başvuru her zaman yapılabilir; bunun istenebilmesi için bir toplu iş sözleşmesinin yapıp yapılmaması veya bir toplu iş sözleşmesi sürecinde olunup olunmaması önem taşımaz. Dolayısıyla işkolu tespiti, toplu iş sözleşmesinin yapılmasından önce, sendika üyeliğinin kazanılması sırasında, TİS yapma yetkisinin tespiti esnasında, toplu görüşme veya toplu iş uyuşmazlığı aşamalarında ya da toplu iş sözleşmesinin imzalanıp uygulanması sırasında⁷ kısaca her zaman istenebilir⁸. Ancak işyerinin girdiği işkolu mahkeme kararı ile kesinlik kazandıktan sonra işyerinde görülen işin başka bir işkoluna girmesini gerektiren bir farklılaşma olmadıkça yeniden işkolunun tespiti için başvuruda bulunulamaz⁹.

Toplu iş sözleşmesi yapılırken yetki itirazı aşamasında işkolu tespiti istenmesi bir bekletici mesele¹⁰ olduğundan bu husus, uygulamada yetki sürecinin uzamasına yol açmaktadır. Bu arada belirtelim ki, yargı mercilerine iki aylık süreler verilmesine rağmen Çalışma Bakanlığı için herhangi bir süre konulmaması da sürecin uzamasında etken olabilmektedir¹¹. Bu açıdan, eğer işkolu tespiti, toplu iş sözleşmesi yetkisine itiraz prosedürü içinde istenmiş (yani işyerinin girdiği işkoluna itiraz edilmiş) ise, öncelikle işyerinin girdiği işkolunun tespit edilmesi için itiraz edene süre (mehil) verilmeli, konu bekletici mesele yapılmalı ve bunun sonucuna göre yetki uyuşmazlığına mahkemece karar verilmelidir¹². Belirtelim ki, işkolu tespiti, işyerinin girdiği işkoluna yönelik bir tespit olduğu için işverenin değişmesi, işkolu tespiti sonucunu etkilemez¹³.

3. Bakanlığın İşkolu Tespiti Kararına Karşı Dava Açılması

İlgililer, Bakanlığın bir işyerinin hangi işkoluna girdiği konusundaki uyuşmazlığı çözümlen ve Resmi Gazete'de yayımlanan "işkolu tespiti kararına" karşı, Bakanlığı ve işkolunda faaliyette bulunan işçi sendikalarını¹⁴ hasım göstererek, onbeş günlük hak düşürücü süre¹⁵ içinde "işyerinin bulunduğu yerdeki" iş mahkemesinde dava açabilirler. İş mahkemesi, iki ay içinde kararını verir. Söz konusu karar temyiz edilirse Yargıtay da iki ay içinde uyuşmazlığı kesin olarak karara bağlar (Sen. K. m. 4). Yargıtay'ın kararı, esas hakkında çözümleyici bir karardır. Böylece işkolunu yanlış belirleyen yerel mahkeme kararı bozularak kaldırılır ve işkolu tespiti bizzat Yargıtay tarafından kesin biçimde yapılır¹⁶. "Buradaki "kesin" sözcüğü onama veya bozma kararının kesin olduğunu, bozma halinde mahkemenin buna aynen uyaçağını ve direnme kararı veremeyeceğini ifade eder. Uyuşmazlığın kesin olarak karara bağlanacağı sözleri de, Yargıtay'ın kararının bozmayı gerektirmesi ve fakat tahkiki icap ettiren bir hususun bulunmaması, delillerin uyuşmazlığın çözümünü için yeterli olması halinde bozma kararı verip, dosyayı yerel mahkemeye göndermeksizin, uyuşmazlığın kendisinin kesin olarak

karara bağlayacağını gösterir. Hükmün gerekçesinde yer alan "... kararın temyizi halinde Yargıtay'ın sorunu süratle ve kendisinin çözümlenmesi de öngörülmüştür" sözlerinden de yasa koyucunun amacının bu yolda olduğu anlaşılır. Daire içtihatları ve öğretilerdeki görüşler de aynı doğrultudadır..."¹⁷.

İşyerinin girdiği işkolunun tespitinde, bir işletme söz konusu ise, 2822 sayılı TİSGLK'nun 3. maddesi göz önüne alınarak işletme merkezinin¹⁸, işletme yoksa işyerinin bulunduğu yerdeki iş mahkemesinin yetkili olduğu kabul edilmelidir¹⁹.

C. Bakanlığın ve Yargı Organlarının İşyerinin Girdiği İşkolunu Tespit Ederken Göz Önünde Bulundurması Gereken Hususlar

1. İşyerinde Birden Fazla Faaliyetin Yapılması Halinde Asıl İşin Tespiti

Bilindiği üzere işyerinin girdiği işkolu, o işyerinde yürütülen "asıl iş"e yani işyerinin teknik amacını oluşturan mal veya hizmet üretimine göre belirlenir²⁰. Asıl iş, "Mal veya hizmet üretiminin esasını oluşturan iş" (Alt İşverenlik Yönetmeliği m. 3/c); yardımcı iş ise, "İşyerinde 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"tir (Alt İşverenlik Yönetmeliği m.3/ğ)²¹.

İşyerindeki faaliyetin yöneldiği teknik amaç, işyerinin asli unsuru olup işyerinde üretilen mal veya hizmet o işyerindeki asıl işi teşkil eder²². Eğer asıl iş olarak birden fazla mal veya hizmet üretimi yapılıyor ve her bir mal veya hizmet üretimi aynı işkoluna giriyorsa, işyerinin girdiği işkolunun tespiti açısından herhangi bir sorun yoktur.

Sorun, işyerinde değişik işkollarına giren birden fazla mal üretimi veya birden fazla hizmet üretimi yapılması halinde ortaya çıkmaktadır. Bu gibi durumlarda birden çok sendikaların faaliyetinin söz konusu olduğu bir tabloyla karşılaşılabilmektedir. Bunun için, bu gibi du-

rumlarda, mal ve/veya hizmetler için yapılan yatırımların oranı ve fazlalığı ile kurulan iş organizasyonundaki ağırlıkları dikkate alınarak hangi malın veya hizmetin esas alınacağı belirlenmesi gerekir. Her iki ölçütün uygulanmasıyla da bir sonuca ulaşamadığı takdirde işçi sayısı ve üretim miktarları göz önünde bulundurularak asıl işin tespit edilmesi gerekir²³. Başka bir anlatımla, aynı işyerinde birden çok değişik teknik amaç güdüldüğünde, en baskın olanı asıl iş kabul edilir. Bu durumda, işyerinde yapılan yatırımların oranı, iş organizasyonundaki ağırlığı, her işe tahsis edilen işçi sayısı ve asıl iş olarak yürütülen değişik mal ve/veya hizmetlerin üretim miktarları göz önünde bulundurularak asıl iş belirlenir²⁴. Görüldüğü üzere, Bakanlık yukarıda belirtilen ilkeler çerçevesinde, işyerindeki faaliyetin birden fazla olması halinde, hangi faaliyetin asıl faaliyet (iş) ve hangi faaliyetin de ikincil veya yardımcı faaliyet (iş) niteliğinde olduğunu işkolu tespiti kararıyla Resmi Gazete'de yayımlamış olur.

Bu bağlamda, 2005 yılından itibaren yeniden yapılandırılan il özel idareleri işyerlerinin hangi işkoluna girdiği hususu ayrı bir önem taşımakta ve uyuşmazlıklara konu olmaktadır. Bakanlık, il özel idaresi işyerlerinde işkolu tespiti yaparken birden fazla faaliyet içerisinde, değişik işkollarına giren bu faaliyetlerin yatırım oranlarını, iş organizasyonundaki ağırlığını, çalıştırılan işçi sayısını ve üretim miktarını dikkate alarak asıl işi belirlemelidir. Zira, Sendikalar Kanunu (m. 60/II) ve İşkolları Tüzüğü (m. 3) uyarınca, bir işyerinin girdiği işkolunun belirlenmesinde, o işyerinde yürütülen asıl iş esas alınır²⁵.

2. İl Özel İdaresi İşyerlerinde Yapılan Asıl İşin Belirlenmesi

İl özel idareleri işyerlerinde yapılan asıl işin belirlenebilmesi için, il özel idarelerinin genel yapısına, görev ve yetkilerine değinmek gerekir.

a. İl Özel İdarelerinin Genel Yapısı

Bilindiği üzere, il özel idaresi işyerlerinin yapısı 2005 yılından itibaren değişikliğe uğramıştır. İlk olarak, 13/1/2005 tarih ve 5286 sayılı Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nün Kaldırılması Hakkında Kanun²⁶ ile bu genel müdür-

lüğün taşra teşkilatının İl Özel İdarelerine devredilmiş olması; 3202 sayılı Köye Yönelik Hizmetler Hakkında Kanun'da değişiklik yapılarak, köylere götürülecek hizmetleri il özel idaresinin yerine getirmesi yönündeki düzenlemeler, il özel idaresinin yapısında birtakım değişikliklere gidilmesini gerektirmiştir.

İkinci olarak, 13 Mart 1329 tarihli İl Özel İdaresi Kanunu'nu yürürlükten kaldıran 22.02.2005 tarih ve 5302 sayılı "İl Özel İdaresi Kanunu"²⁷ ile il özel idareleri yeni bir yapıya kavuşmuştur. Bu çerçevede Kanun'un 35. maddesi il özel idaresi teşkilâtının genel sekreterlik, mali işler, sağlık, tarım, imar, insan kaynakları, hukuk işleri birimlerinden oluşacağını düzenlemiştir.

İl özel idaresi, 22.02.2005 tarih ve 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu ile verilen görevleri yerine getirmek üzere kurulan idari ve mali özerkliğe sahip bir kamu tüzel kişisidir.

b. İl Özel İdarelerinin Görev ve Yetkileri

Görev alanı il sınırlarını kapsayan (m.5) il özel idarelerinin görev ve sorumlulukları, İl Özel İdaresi Kanunu'nun 6. maddesinde²⁸ Anayasanın 127. maddesi ile Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartında öngörülen ilkelere uygun olarak yeniden düzenlenmiştir.

Görev ve yetkileri tek tek sayılmamış, bunun yerine hizmet alanları belirtilmiş ve kanunlarla açıkça başka bir kurum ve kuruluşa verilmeyen mahallî müşterek nitelikli her türlü görev ve hizmet özel idarelere bırakılmıştır. Bununla birlikte il özel idaresinin hangi hizmet alanlarında bütün il genelinde, hangi hizmet alanlarında ise belediye hudutları dışında yetkili olacağı maddede ayrıca belirtilmiştir.

İl özel idarelerine verilen önemli bir görev de ilin çevre düzeni planını yapmaktır. Bunun yanı sıra, bakanlıklar ve diğer merkezi idare kuruluşları tarafından yürütülen görev ve hizmetlere ait yatırımlar ile devlet ve il yollarının yapımı, iyileştirilmesi ve diğer işleri de il özel idareleri eliyle gerçekleştirilecektir. Kanun'a göre, il özel idaresi, il sınırları içinde, gençlik ve spor, sağlık, tarım, sanayi ve ticaret; ilin çevre düzeni plânı, bayındırlık ve iskân, toprağın korunması, erozyonun önlenmesi, kültür, sanat, turizm; sosyal hizmet ve yardımlar, yoksullara mikro kredi verilmesi, çocuk yuvaları ve

yetiştirme yurtları; ilk ve orta öğretim kurumlarının arsa temini, binalarının yapım, bakım ve onarımı ile diğer ihtiyaçlarının karşılanmasına ilişkin hizmetlerini, belediye sınırları dışında ise, imar, yol, su, kanalizasyon, katı atık, çevre, acil yardım ve kurtarma, orman köylerinin desteklenmesi, ağaçlandırma, park ve bahçe tesisine ilişkin hizmetleri, yapmakla görevli ve yetkilidir. Bakanlıklar ve diğer merkezi idare kuruluşları; yapım, bakım ve onarım işleri, devlet ve il yolları, içme suyu, sulama suyu, kanalizasyon, enerji nakil hattı, sağlık, eğitim, kültür, turizm, çevre, imar, bayındırlık, iskan, gençlik ve spor gibi hizmetlere ilişkin yatırımlar ile bakanlıklar ve diğer merkezi idare kuruluşlarının görev alanına giren diğer yatırımları, kendi bütçelerinde bu hizmetler için ayrılan ödenekleri il özel idarelerine aktarmak suretiyle gerçekleştirebilir.

c. İl Özel İdarelerindeki Daire Başkanlıkları ve Yürüttüğü Faaliyetlerin Girdiği İşkolları

Konu ile ilgili olarak, il özel idaresi işyerlerinin hangi sıra nolu işkoluna girdiği 2007 ve 2009 yıllarında tartışma konusu olmuştur. Bakanlık, 2007 yılında, yürütülen faaliyeti, daire başkanlıklarını esas alarak belirlemiş ve aynı işyerinde daire başkanlıklarına göre 15 sıra nolu "inşaat" ve 17 sıra nolu "ticaret, büro, eğitim ve güzel sanatlar" olmak üzere iki farklı işkolu faaliyeti olduğunu tespit etmiştir. Bakanlığın 2009 yılındaki işkolu tespit kararında ise, aynı işyerinde ağırlıklı faaliyetin 15 sıra nolu "inşaat" işkoluna girdiği sonucuna ulaşılmıştır.

aa. Bakanlığın 2007 Tarihli İşkolu Tespit Kararına Göre Asıl İş ve İşyerinin Girdiği İşkolları

2007 yılında Bakanlığın tespit kararında, il özel idarelerinin yeni yapısı dikkate alınarak, il özel idareleri işyerlerinde yapılan faaliyetlerin iki işkolu kapsamında olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Bu sonuca ulaşılırken, öncelikle İl Özel İdaresi Genel Sekreterliği merkez birimleri olan İnsan Kaynakları Daire Başkanlığı ile Sağlık Eğitim ve Sosyal Hizmetler Daire Başkanlığı'nda (Sosyal Hizmetler İl Müdürlüğü-Çocuk Yuvası, Milli

Eğitim Müdürlüğü İlköğretim Okulları) yapılan işlerin niteliği itibarıyla "İşkolları Tüzüğü"nün 17 sıra numaralı "Ticaret, Büro, Eğitim ve Güzel Sanatlar" işkolunda olduğu belirtilmiştir. Sonra da, 13/1/2005 tarih ve 5286 sayılı "Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nün Kaldırılması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"da belirtilen hizmetlerin İstanbul ve Kocaeli İlleri dışında İl Özel İdarelerince yerine getirileceğinin hüküm altına alındığı, dolayısıyla Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü Kayseri 4. Bölge Müdürlüğü ve Kayseri İl Müdürlüklerinin faaliyet konuları değiştirilmeksizin Kayseri İl Özel İdaresi Genel Sekreterliği bünyesine katıldığı, daha sonra 22/4/2006 tarih ve 26147 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan 2006/10265 sayılı "İl Özel İdareleri Norm Kadro İlke ve Standartlarına ilişkin esaslar hakkındaki Bakanlar Kurulu Kararı" doğrultusunda hazırlanan Kayseri İl Özel İdaresi Norm Kadro çalışmaları ile ilgili olarak İl Genel Meclisi Başkanlığı'nın 9/6/2006 tarih ve 99 sayılı kararı ile norm kadrolar oluşturularak yeniden yapılandırıldığı ve faaliyet konularının ise hiçbir değişiklik olmaksızın devam ettiği, bu nedenle Kayseri İl Özel İdaresi Genel Sekreterliğine bağlı eski adı Köye Yönelik Hizmet Birimi olan işyerinde İmar Planlama ve Altyapı Daire Başkanlığı, Makine İkmal ve Ulaşım Daire Başkanlığı ve Çevre Tarım Hayvancılık Daire Başkanlıklarında yapılan işlerin niteliği itibarıyla "İşkolları Tüzüğü"nün 15 sıra numaralı "İnşaat" işkolunda yer aldığı tespit edildiği ifade edilmiştir.

Sonuçta Bakanlık, 8/5/2007 tarih ve 2007/25 nolu işkolu tespit kararında²⁹, Kayseri İl Özel İdaresi Genel Sekreterliği işyerinde, İl Özel İdaresi Genel Sekreterliği merkez birimleri olan İnsan Kaynakları Daire Başkanlığı ile Sağlık Eğitim ve Sosyal Hizmetler Daire Başkanlığı'nda (Sosyal Hizmetler İl Müdürlüğü-Çocuk Yuvası, Milli Eğitim Müdürlüğü İlköğretim Okulları) yapılan işlerin niteliği itibarıyla "İşkolları Tüzüğü"nün 17 sıra numaralı "Ticaret, Büro, Eğitim ve Güzel Sanatlar" işkoluna dahil olduğu; Kayseri İl Özel İdaresi Genel Sekreterliğine bağlı eski adı Köye Yönelik Hizmet Birimi olan işyerinde İmar Planlama ve Altyapı Daire Başkanlığı, Makine İkmal ve Ulaşım Daire Başkanlığı,

kanlığı ve Çevre Tarım Hayvancılık Daire Başkanlıklarında yapılan işlerin niteliği itibarıyla “İşkolları Tüzüğü”nün 15 sıra numaralı “İnşaat” işkoluna girdiği sonucuna ulaşmıştır. Bu konuda bir dava da açılmamış olduğu için işkolu tespit kararı kesinleşmiştir.

Belirtelim ki, İl Özel İdaresi bünyesinde kurulmuş olan Daire Başkanlıkları, ayrı ayrı işyeri niteliğinde değildir. İktisadi, hukuki ve teknik açıdan birbirine bağlı olan İl Özel İdaresi Genel Sekreterliği Daire Başkanlıkları amaçta ve yönetimde birlik çerçevesinde verilen görevleri bir bütün olarak, tek bir işyeri kabul edilerek yerine getirmektedir. Farklı işyeri olarak kabul edilmeyen (ve farklı sicil numaraları bulunmayan) ama farklı işkollarında faaliyet gösteren daire başkanlıklarının, işyerinin bir bütün olarak kabul edilip tek bir işyeri olarak sicil numarasının bulunması, işçilerin her iki tarafta da çalıştırılmasının mümkün olması karşısında, bu durumun sendikal faaliyet açısından birtakım sıkıntılar doğurabileceği açıktır. Yargıtay da konu ile ilgili bozma kararında, 17 sıra nolu işkolunda çalışmalarını sürdürürken, işçilerin işverence muvazaalı olarak 15 sıra nolu işyerine aktarılması halinde, fiilen o işkolunda çalışma söz konusu olmadığı için, 15 sıra nolu işkolunda kurulu bir sendikaya üye olamayacağı, üye olmuşlarsa, bu üyeliklerinin geçersiz olacağına hükmetmiştir³⁰.

Bakanlığın 2007 tarihli bu tespit kararında asıl iş olarak daire başkanlıklarının yaptığı faaliyetin dikkate alınması sonucu aynı işyerinde (il özel idaresi işyeri) iki ayrı asıl işin ve dolayısıyla iki ayrı işkolunun olduğu sonucuna ulaşılması isabetli olmamıştır. Zira, bir işyerinde asıl iş birden fazla ve değişik işkollarına giren mal ve/veya hizmet üretimi olduğunda işyerinde birden çok sendikanın faaliyeti söz konusu olmaz. Çünkü işkolu ilkesine göre örgütlenmede her işyerinin yalnız bir işkoluna giren ünite olduğu kabul edilmekte ve asıl işe göre belirlenen bir işkolu çerçevesinde işçi ve işveren için sendika özgürlüğünün kullanılması mümkün olabilmektedir. İşkolu ilkesinin bu sonucu, işyerinde birden fazla ve değişik işkollarına giren üretim yapıldığı halde de değişmez; yine işyerinin bir işkolu ile ilişkisi olabilecektir. Bu-

rada sorun işkolunun belirlenmesinde üretimi yapılan mal veya hizmetlerden hangisinin esas alınacağı ve bu husustaki ölçütlerin ne olacağıdır.

2821 sayılı Kanun ve İşkolları Tüzüğü bu hususta bir hüküm getirmemiştir. Ancak işyeri esas alınarak ve öncelikle asıl iş şeklinde gerçekleştirilen mal ve/veya hizmetler için yapılan yatırımların oranı ve fazlalığı ile iş organizasyonundaki ağırlıkları dikkate alınmak suretiyle hangi malın veya hizmetin asıl iş sayılacağı tespit edilmeli ve buna göre işkolu saptanmalıdır³¹.

bb. Bakanlığın 2009 Yılındaki İşkolu Tespit Kararı

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının 28/04/2009 tarih ve 2009/19 nolu işkolu tespit kararında³² ise, 2007 tarihindeki iki farklı asıl faaliyet anlayışı ve dolayısıyla iki farklı işkolu tespit edilmesi yaklaşımı terkedilmiş, bir asıl faaliyet tespit edilmiş, diğerlerinin buna yardımcı işler kategorisinde olduğu kabul edilmiştir.

Söz konusu tespit kararında Kayseri İl Özel İdaresi Genel Sekreterliği'nde Bakanlıkça yapılan incelemede; 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 3. maddesine göre, İl Özel İdareleri il halkının mahalli, müşterek nitelikteki ihtiyaçlarını karşılamak üzere kurulan idari ve mali özerkliğe sahip tüzel kişiliği olan bir kamu idaresi olduğu, İl Özel İdaresi Genel Sekreterliğinin 1 Genel Sekreteri, 2 Genel Sekreter Yardımcısı ile Hukuk Müşavirliği, İnsan Kaynakları, İdari ve Mali İşler, Sağlık Eğitim ve Sosyal Hizmetler, İmar ve Planlama, Makine İkmal ve Ulaştırma, Çevre Tarım ve Hayvancılık Daire Başkanlıklarıyla 16 İlçe Özel İdareleri birimlerinde ağırlıklı olarak inşaat işlerinin yapıldığı, İnsan Kaynakları Daire Başkanlığı ile Sağlık Eğitim ve Sosyal Hizmetler Daire Başkanlığı'nda yapılan büro işlerinin asıl işe yardımcı işlerden olması nedeniyle “İşkolları Tüzüğü”nün 15 sıra numaralı “İnşaat” işkolunda yer aldığı tespit edilmiştir.

Bakanlıkça ulaşılan bu işkolu tespit kararının 2007 yılında verilen işkolu tespit kararına göre daha isabetli olduğu görülmektedir. Ancak 2009 tarihli bu işkolu tespit kararı, sonucu itibarıyla isabetli ise de “İnsan Kaynakları Daire Başkanlığı ile Sağlık Eğitim ve Sosyal Hizmetler

Daire Başkanlığında yapılan büro işlerinin asıl işe yardımcı işlerden olması” gerekçesi tartışmaya açıktır.

Bilindiği üzere, asıl iş, “Mal veya hizmet üretiminin esasını oluşturan faaliyet iken (Alt İşverenlik Yön. m.3/c), yardımcı iş, “İşyerinde 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 iştir (Alt İşverenlik Yön. m.3/ğ). Sendikalar Kanunu’nun 60/II. maddesine göre “Bir işyerinde yürütülen asıl işe yardımcı işler de, asıl işin dahil olduğu işkolundan sayılır”. Fakat bir işyerinde asıl iş birden fazla olabilir. Bakanlıkça sözü edilen “büro işlerinin asıl işe yardımcı işlerden olması” gerekçesinin yerine “inşaat işlerinin büro işlerinden daha fazla olduğu veya iş organizasyonu içerisinde inşaat işlerinin daha ağırlıklı olması” gerekçesine dayanılması daha isabetli olurdu. Zira, birden fazla asıl iş olması halinde asıl işlerden hangisindeki yatırım oranının diğerine göre fazla olduğunun veya yapılan asıl işlerden hangisinin iş organizasyonunda ağırlıklı olduğunun tespit edilmesi ve işkolunun buna göre saptanması esastır³³.

d. İl Özel İdaresi İşyerlerinin Girdiği İşkolu Tespiti Konusunda Yargıtay’ın İçtihatları

Bakanlığın, 8/5/2007 tarih ve 2007/25 nolu işkolu tespit kararında³⁴, Kayseri İl Özel İdaresi Genel Sekreterliği işyerinde, “İşkolları Tüzüğü”nün 17 sıra numaralı “Ticaret, Büro, Eğitim ve Güzel Sanatlar” işkolu ile 15 sıra numaralı “İnşaat” işkoluna giren işlerin yapıldığı belirtilerek bir işyeri için iki ayrı işkolu tespiti yapılmış ve bu konuda bir dava da açılmamış olduğu için işkolu tespit kararı kesinleşmiştir. Dolayısıyla Bakanlığın 2007 tarihli işkolu tespit kararına yönelik bir Yargısal içtihat oluşmamıştır.

Ancak Bakanlığın 2009 tarihli işkolu tespit kararında, işyerinde tek işkolu tespiti yapmış ve işyerinin “İşkolları Tüzüğü”nün 15 sıra numaralı “İnşaat” işkolunda yer aldığını belirlemiştir. Bu konuda işkolu tespit kararına yapılan itiraz yerel mahkemede (Kayseri 2. İş Mahkeme-

sinde, 27.04.2010 tarihinde) karara bağlanmış ve Bakanlık tespit kararının isabetli olduğuna hükmedilmiştir. Buna yönelik temyiz incelemesinde de Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, yerel mahkemenin kararını onamıştır³⁵. Söz konusu karar şu şekildedir:

“...Mahkemece Kayseri İl Özel İdaresi işyerindeki yoğun ve ağırlıklı faaliyetin inşaat işkolundaki faaliyetler olduğu gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Karar davacı vekillerine temyiz edilmiştir.

Türk toplu iş hukukundaki normatif düzenlemelerde işkolu kavramı önemli bir yer tutmaktadır. 2821 sayılı Sendikalar Kanununa göre, öncelikle işçi ve işveren sendikaları işkolu esasına göre kurulmaktadır (m.3). İşkolunun belirlenmesi konusunda özel bir norm düzenlenmiştir (m.4). Anılan maddeye göre işkolu tespiti Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca yapılacaktır. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca yapılan tespit ile ilgili kararın Resmi Gazete’de yayımlanmasına müteakip bu tespite karşı ilgililer iş davalarına bakmakla görevli mahalli mahkemelerde on beş gün içinde dava açabileceği belirtilmiştir. Belirtilen süre hak düşürücüdür.

İşçi ve işveren sendikalarının kurulabilecekleri işkolları Sendikalar Kanununun 60. maddede gösterilmiştir. Anılan maddede bir işyerinde yürütülen asıl işe yardımcı işler de, asıl işin dahil olduğu işkolundan sayılacağı ifade edilmiştir. Yine aynı maddede; bir işkoluna giren işlerin neler olacağı, işçi ve işveren konfederasyonlarının görüşü de alınarak ve uluslararası normlarda göz önünde bulundurularak bir tüzükle düzenleneceği belirtilmiştir.

Söz konusu işlerde işkollarına giren işler, tüzüğe ekli listede belirtilmiştir. Bir işyerinde yürütülen asıl işe yardımcı işlerde, asıl işin dahil olduğu işkolundan sayılacağı vurgulanmıştır. (Tüz m.3).

2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu (Toplu GLK)’nın üçüncü maddesinde “bir toplu iş sözleşmesi aynı işkolunda bir veya birden çok işyerini kapsayabilir” tümcesi ile esas olarak işyeri toplu iş sözleşmesini esas almıştır.

Anılan maddenin ikinci fıkrasına göre, bir

gerçek kişiye veya tüzel kişiye veya bir kamu ve kuruluşlarına ait aynı işkolunda birden çok işyerine sahip bir işletmede ancak bir toplu iş sözleşmesi yapılabilir. Bu kanun anlamında yapılan sözleşme tipine işletme toplu iş sözleşmesi denir. Ancak fıkırada ayrık bir düzenlemeye de yer verilerek kamu kurum ve kuruluşlar için tek bir işletme toplu iş sözleşme yapabilmesine olanak tanınmıştır.

İşkolu kavramı sendikaların faaliyet alanlarını belirleyen temel bir ögedir. Birbirine benzer işler tek bir hukuki kalıp altında toplu iş hukukuna sunulmaktadır.

İşkolu tespitinde birim olarak işyerinin alınacağı normatif düzenlemelerin tartışmasız bir sonucudur. 4857 sayılı Yasa'nın 2. maddesinin gerekçesinde işyeri tanımı teknik bir amaca, diğer bir deyişle mal ve hizmet üretimine yönelik ve değişik unsurlardan meydana gelen bir birim olduğu belirtilmiştir. İşyerinin sınırlarının saptanmasında "işyerine bağlı yerler" ile "eklentiler" ve "araçların" bir birim kapsamında oldukları belirtildikten sonra özellikle bir işyerinin mal ve hizmet üretimi için ayrı bir alanı da kullanması halinde bunların tek işyeri mi, yoksa birbirinden bağımsız işyerleri mi sayılacağı konusunda "amaçta birlik"; aynı teknik amaca bağlı olarak üretimde bulunma, nitelik yönünden bağlılık ile "yönetimde birlik"; aynı yönetim altında örgütlenmiş olma koşullarının aranacağı düzenlenmiştir. Öte yandan teknolojik ve ekonomik gelişmeler bir işyeri çerçevesinde mal ve hizmet üretimi, pazarlama ve müşterilere sunulma yönünden çok yönlü bir yapısal değişikliği gerektirmesi nedeniyle bir işyerini amacının gerçekleşmesinde işlerin görülmesi işyerinin kurulu bulunduğu "yerin" dışına taşmış, özellikle "işveren kurulan iş organizasyonu" içerisinde işyeri niteliğinde olmayan irtibat bürolarına veya yurt genelinde veya ilin içinde işlerin yürütüldüğü örgütlenmeye kadar genişletmek gereksinimi duyulmuştur. Bu bağlamda 2. maddede "İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür" hükmü getirilmiştir (Bu konuda ayrıntılı bilgi için Bkz. Esener, Turban İş Hukuku Bas. 3, Ankara 1978, sb 83-84, Ekonomi, Mü-

nir, İş Hukuku, Ferdi İş Hukuku C I, İstanbul 1978 sb.121, Süzek Sarper, İş Hukuku Bas. 4, Ankara 2008, sb. 173-178, Mollamahmutoğlu, Hamdi, İş Hukuku, Bas. 3, Ankara 2008 sb. 191-201, tüm genişliği ve ayrıntılarıyla Yenisey Doğan, Kübra, İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, Yayınlanmış Doçentlik Tezi, İstanbul 2007, sb. 23-37).

İşyerinin özelliğini veren temel öge teknik amaçtır. Mal ve hizmetin kazanç amacıyla yabut başka bir amaçla üretilmesi arasında bir fark bulunmamaktadır. Başka bir anlatımla hizmet üretimi veya mal üretimi tek başına teknik bir amaç olabilir. Sonuç olarak işyeri teknik bir amacı gerçekleştiren temelde örgütsel bir birlikteliktir. İşyeri sürekli bir organizasyon içerisinde örgütlenmeyi gerektirir. Organizasyon özünde maddi ve manevi olmayan öğelerin yanında emeğin varlığını da içinde barındırır.

Aynı işverene ait iki üretim birimi aynı teknik amacı elde etmek için örgütlenmişlerse yabut bu yerlerde aynı teknik amacın farklı üretim amaçları gerçekleştiriyorsa amaçta birlik sağlanmıştır.

Farklı üretim birimlerinin tek bir işyeri sayılması için aynı arazi sınırları içinde bulunmaları gerekmemektedir. Farklı birimler arasındaki uzaklık işlerin tek elden yürütümünü engelleyecek boyutta olmamalı çünkü farklı birimler arasında amaçta birlik bulunsa dahi yönetimde birliğin sağlanmasının zorluğu tartışmasızdır.

Toplu iş hukuku anlamında işyerinin işçilerin dayanışmadan kaynaklanan ortak menfaatleri oluşmasına olanak sağlayan ve faaliyetlerin sürdürebileceği bir sürekliliğe sahip ve işverene de asıl işin girdiği asıl iş kolunda sendikal muhatap yaratacak bir birim olması gerekmektedir. Alman ve Fransız hukukunda işyerinin neresi olduğu ve sınırlarının belirlenmesi sosyal tarafların özerkliğine terk edilmiştir. Oysa hukukumuzda işyeri mutlak ve tartışmasız olarak kabul edilmektedir. İşyeri kavramı fonksiyonel bir kavramdır (Doğan, Yenisey sb 443-447). İşletme ise genel olarak iktisadi bir amacın gerçekleşmesi için aynı işverene ait birden fazla işyerinin örgütlenmesi ile oluşmuş bir ünite olarak

tanımlanmaktadır. İşyerini işletmeden ayıran temel ölçütlerden biri izlenen amaçtır. İşletme mutlaka ekonomik bir amaç gütmesi gerekmez. İşyeri işletmenin genel olarak bağımsız bir bölümü olarak düşünülmesi gerekir. Ticaret hukukundaki işletmeden farklı bir amaç gütmektedir. Çünkü ticari işletmelerde işçi çalıştırma zorunluluğu bulunmamaktadır.

İşyeri ve işletme ayırımında organizasyon kavramıyla bir ayırtırmaya gitmek de mümkün değildir. Çünkü işletmenin de işyerinin de bir organizasyon içinde örgütlenmesi mümkündür. Ancak işletmenin işyerine göre büyüklüğü aynı şekilde organizasyondaki büyüklüğünü gerektireceği kaçınılmazdır. Öte yandan işverenin ötesinde işletmenin profesyonel bir yönetim kadrosu oluşturacağı da gerçektir.

Temel sorun 4857 sayılı Yasa'daki işyeri kavramının genişliğinin toplu iş hukukuna yansımamasıdır. İşletme ve işyeri ayırımının bu bağlamda sorun çıkarması kaçınılmazdır.

Özetleyecek olursak işyerindeki faaliyet hangi teknik amacı taşıyorsa asıl iş odur. İşyeri organizasyonu içerisinde asıl işin gerçekleşmesini sağlayan diğer işler ise yardımcı işlerdir. Mal ve hizmetler için yatırım araçları ve işçi sayısı bu konuda ölçüt olabilir. Ancak bir işyerinde başka bir işverene ait ayrı bir işkolunda faaliyet var ise ayrı iş kolundan söz edilebilir. İşletme iş kolu tespiti için asıl iş ve yardımcı iş kavramına yer verilemez.

Tüzükteki 26 sıra numaralı "Milli Savunma" işkolu ve 28 sıra numaralı "Genel İşler" işkoluna ilişkin düzenlemeler sebebi ile Belediyeler ve Milli Savunma Bakanlığınca işletilen işyerleri yukarıda belirlenen kriterlere tabi değildir.

Yapılan bu açıklamalar ve saptamalar uyarınca İl Özel İdaresi Genel Sekreterliği "amaçta birlik", aynı teknik amaca bağlı olarak üretimde bulunma ve "yönetimde birlik", aynı yönetim altında örgütlenmiş olma koşulları dikkate alınarak dairemizce bir bütün olarak işyeri kabul edilmiştir.

İşyerindeki işçi sayısı ve çalıştığı kısımlar dikkate alındığında ağırlıklı olarak çalışanların inşaat işkoluna giren faaliyetlerde bulunması, iş organizasyonu içindeki üretilen mal hizmetlerin ağırlığı ve üretim miktarında inşaat işle-

mal hizmetlerin ağırlığı ve üretim miktarında inşaat işlerinin ilerde olması, yatırım araçları ile makinelere yapılan yatırım miktarında inşaat işlerine ilişkin olanların çoğunluğa sahip olması dikkate alındığında Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın Kayseri İl Özel İdaresi Genel Sekreterliği'nde yapılan işlerin niteliği itibarıyla İşkolları Tüzüğü'nün 15 sıra numaralı "İnşaat" işkoluna girdiğine ilişkin tespit kararı yerinde olup, bu nedenlerle, doğru olan mahkeme kararının ONANMASINA 15.07.2010 gününde oybirliği ile karar verildi."³⁶

Görüldüğü üzere, Yargıtay onama kararında, il özel idaresi işyerinin, amaçta birlik ve yönetimde birlik ilkeleri çerçevesinde bir işyeri olduğunu, bu işyerinde yapılan değişik faaliyetler bulunduğunu ancak bu iş organizasyonu içinde üretilen mal ve hizmetlerin ağırlığının (çalışan sayısı ve üretim miktarları açısından) inşaat işlerinden olduğunu, yatırım araçları ile makinelere yapılan yatırım miktarında da inşaat işlerinin önde yer aldığını tespit ederek işyeri açısından tek bir işkolu belirlemiş ve işyerinin 15 sıra nolu inşaat işkoluna girdiğini kesin olarak karara bağlamıştır.

Belirtelim ki, işyerinin dahil olduğu bir işyerinin hangi işkoluna girdiğinin tespiti Bakanlık her zaman istenebilir³⁷ ise de, bir işyerinin girdiği işkolunun mahkeme kararı ile kesinlik kazandıktan sonra işyerinde görülen işin başka bir işkoluna girmesini gerektiren bir farklılaşma olmadığı sürece yeniden işkolu tespiti için başvuruda bulunulması mümkün değildir³⁸. Kayseri İl Özel İdaresi işyeri açısından işyerinde görülen işte bir farklılaşma olmadığı sürece yeniden işkolu tespiti istenemeyeceği açıktır. Bu husus emsal alınarak aynı nitelikteki diğer il özel idaresi işyerleri açısından da kabul edilmelidir. Fakat, Manisa İl Özel İdaresi işyerlerine yönelik işkolu tespiti itirazında, Yargıtay, yukarıda belirtilen içtihadından döndüğünü "...Her ne kadar dairemizin 2010/25648 ESAS 2010/24131 KARAR sayılı 15.7.2010 tarihli kararında "... İşyerindeki işçi sayısı ve çalıştığı kısımlar dikkate alındığında ağırlıklı olarak çalışanların inşaat işkoluna giren faaliyetlerde bulunması, iş organizasyonu içindeki üretilen mal hizmetlerin ağırlığı ve üretim miktarında inşaat işle-

rinin ilerde olması, yatırım araçları ile makine parkındaki makinelere yapılan yatırım miktarında inşaat işlerine ilişkin olanların çoğunluğa sahip olması dikkate alındığında, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının Kayseri İl Özel İdaresi Genel Sekreterliği'nde yapılan işlerin niteliği itibariyle İşkolları Tüzüğü'nün 15 sıra numaralı "İnşaat" işkoluna girdiğine ilişkin tespit kararı yerinde olup, bu nedenlerle doğru olan mahkeme kararının ONANMASINA... şeklinde karar verilmiş ise de; yukarıdaki esaslar doğrultusunda, tüm dairece yapılan görüşmede bu içtihadattan dönülmüştür."³⁹ şeklinde ifade etmiştir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 15.07.2010 tarihli içtihadından 02.11.2010 tarihi itibariyle dönmüş, dönerken de önceki kararda yer alan "... Mahkemece, Manisa İl Özel İdaresi işyerindeki ağırlıklı faaliyetin inşaat iş kolundaki faaliyetler olduğu gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Karar asıl davanın davacısı ile birleşen davanın davacısı, asıl davanın davalılarından Koop iş sendikası vekili tarafından süre tutum dilekçesi ile temyiz edilmiştir.

Tez-Koop İş Sendikası vekili tarafından ise; İl Özel İdarelerinin 15 sıra numaralı "İnşaat" işkoluna girdiği şeklindeki tespitin hatalı olduğu, İl Özel İdaresinin bağlı birimleri ve burarlarda yapılan işlere göre tespit kararı verilmesi gerektiği gerekçesi ile temyiz edilmiştir.

Uyuşmazlık, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 4 ve 60. maddeleri uyarınca işkolu tespitine itiraza ilişkindir.

Türk toplu iş hukukundaki normatif düzenlemelerde işkolu kavramı önemli bir yer tutmaktadır. 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'na göre, öncelikle işçi ve işveren sendikaları işkolu esasına göre kurulmaktadır (m.3). İşkolunun belirlenmesi konusunda özel bir norm düzenlenmiştir (m.4). Anılan maddeye göre işkolu tespiti Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca yapılacaktır. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca yapılan tespit ile ilgili kararın Resmi Gazete'de yayımlanmasına müteakip bu tespite karşı ilgililer iş davalarını bakmakla görevli mahalli mahkemede onbeş gün içinde dava açabileceği belirtilmiştir. Belirtilen süre hak düşürücüdür.

İşçi ve işveren sendikalarının kurulabilecekleri işkolları Sendikalar Kanununun 60. maddesinde gösterilmiştir. Anılan maddede, bir işyerinde yürütülen asıl işe yardımcı işler de, asıl işin dahil olduğu işkolundan sayılacağı ifade edilmiştir. Yine aynı maddede; bir işkoluna giren işlerin neler olacağı, işçi ve işveren konfederasyonlarının görüşü de alınarak ve uluslararası normlarda göz önünde bulundurularak bir tüzükle düzenleneceği belirtilmiştir.

Söz konusu tüzükte işkollarına giren işler, tüzüğe ekli listede belirtilmiştir. Bir işyerinde yürütülen asıl işe yardımcı işlerde, asıl işin dahil olduğu işkolundan sayılacağı vurgulanmıştır (Tüz m.3).

2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu (Toplu GLK)'nin üçüncü maddesinde "bir toplu iş sözleşmesi aynı işkolunda bir veya birden çok işyerini kapsayabilir" timsisi ile esas olarak işyeri toplu iş sözleşmesini esas almıştır.

Anılan maddenin ikinci fıkrasına göre, bir gerçek veya tüzel kişiye veya bir kamu kurumu ve kuruluşlarına ait aynı iş kolunda birden çok işyerine sahip bir işletmede ancak bir toplu iş sözleşmesi yapılabilir. Bu kanun anlamında yapılan sözleşme tipine işletme toplu iş sözleşmesi denir. Ancak, fıkırada ayırık bir düzenlemeye de yer verilerek, kamu kurum ve kuruluşlar için tek bir işletme toplu iş sözleşmesi yapılabilmesine olanak tanınmıştır.

İşkolu kavramı sendikalarının faaliyet alanlarını belirleyen temel bir öğedir. Birbirine benzer işler bir hukuki kalıp altında toplu iş hukukuna sunulmaktadır.

İşkolu tespitinde birim olarak işyerinin alınacağı normatif düzenlemelerin tartışmasız bir sonucudur. 4857 sayılı Yasa'nın 2. maddesinin gerekçesinde işyeri tanımı teknik bir amaca, diğer bir deyişle mal ve hizmet üretime yönelik ve değişik unsurlardan meydana gelen bir birim olduğu belirtilmiştir. İşyerinin sınırlarının saptanmasında "işyerine bağlı yerler" ile "eklentiler" ve "araçların" bir birim kapsamında oldukları belirtildikten sonra özellikle bir işyerinin mal ve hizmet üretimi için ayrı bir alanı da kullanması halinde bunların tek işyeri mi yoksa birbirinden bağımsız işyerleri mi sayılacağı konusunda "amaçta birlik",

aynı teknik amaca bağlı olarak üretimde bulunma, nitelik yönünde bağlılık ile “yönetimde birlik”, aynı yönetim altında örgütlenmiş olma koşullarının aranacağı düzenlenmiştir.

Öte yandan teknolojik ve ekonomik gelişmeler bir işyeri çerçevesinde mal ve hizmet üretimi, pazarlama ve müşterilere sunulması yönünden çok yönlü bir yapısal değişikliği gerektirmesi nedeniyle bir işyerinin amacının gerçekleşmesinde işlerin görülmesi işyerinin kurulu bulunduğu “yerin” dışına taşmış, özellikle “işveren (tarafından) kurulan iş organizasyonu” içerisinde işyeri niteliğinde olmayan irtibat bürolarına veya yurt genelinde veya ilin içinde işlerin yürütüldüğü örgütlenmeye kadar genişletmek gereksinimi duyulmuştur. Bu bağlamda 2. maddede “işyeri, işyerine bağlı ekler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür” hükmü getirilmiştir. (Bu konuda ayrıntılı bilgi için Bkz. Esener, Turhan; İş Hukuku, Bas. 3, Ankara 1978, sh 83-84; Ekonomi, Münir; İş Hukuku, Ferdi İş Hukuku, C 1, İstanbul 1987, sh. 59 Çelik, Nuri; İş Hukuku II, Ferdi İş İlişkileri, Bas. 3, İzmir 1998, sh. 121; Süzek Sarper; İş Hukuku, Bas 4, Ankara 2008, sh. 173-178; Mollamahmutoğlu, Hamdi, İş Hukuku, Bas. 3, Ankara 2008, sh. 191-201; Tüm Genişliği ve Ayrıntılarıyla Yenisey/Doğan, Kübra; İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, Yayınlanmış Doçentlik Tezi, İstanbul 2007, sh. 23-37).

İşyerinin özelliğini veren temel öge teknik amaçtır. Mal ve hizmetin kazanç amacıyla yabut başka bir amaçla üretilmesi arasında bir fark bulunmamaktadır. Başka bir anlatımla hizmet üretimi veya mal üretimi tek başına teknik bir amaç olabilir. Sonuç olarak işyeri teknik bir amacı gerçekleştiren temelde örgütsel bir birlikteliktir. İşyeri sürekli bir organizasyon içerisinde örgütlenmeyi gerektirir. Organizasyon özünde maddi ve manevi olmayan öğelerin yanında emeğin varlığını da içinde barındırır.

Aynı işverene ait iki üretim birimi aynı teknik amacı elde etmek için örgütlenmişse yabut bu yerlerde aynı teknik amacı farklı üretim amaçları gerçekleştiriyorsa amaçta birlik sağlanmıştır.

Farklı üretim birimlerinin tek bir işyeri sayılması için aynı arazi sınırları içerisinde bulunmaları gerekmemektedir. Fakat birimler arasındaki uzaklık işlerin tek elden yürütümünü engelleyecek boyutta olmamalı çünkü farklı birimler arasında amaçta birlik bulunsada dahi yönetimde birliğin sağlanmasının zorluğu tartışmasızdır.

Toplu iş hukuku anlamında işyerinin işçilerin dayanışmadan kaynaklanan ortak menfaatleri oluşmasına olanak sağlayan ve faaliyetlerini sürdürebileceği bir sürekliliğe sahip ve işverence de asıl işin girdiği işkolunda asıl muhatap yaratacak bir birim olması gerekmektedir. Alman ve Fransız hukukunda işyerinin neresi olduğu ve sınırlarının belirlenmesi sosyal tarafların özerkliğine terk edilmiştir. Oysa hukukumuzda işyeri mutlak ve tartışmasız olarak kabul edilmektedir. İşyeri kavramı fonksiyonel bir kavramdır (Doğan Yenisey sh. 443-447). İşletme ise genel olarak iktisadi bir amacın gerçekleşmesi için aynı işverene ait birden fazla işyerinin örgütlenmesi ile oluşmuş bir ünite olarak tanımlanmaktadır. İşyerini işletmeden ayıran temel ölçütlerden biri izlenen amaçtır. İşletme mutlaka ekonomik bir amaç gütmesi gerekmez. İşyeri işletmenin genel olarak bağımsız bir bölümü olarak düşünülmesi gerekir. Ticaret hukukundaki işletmeden farklı bir amaç gütmektedir. Çünkü ticari işletmelerde işçi çalıştırmak zorunluluğu bulunmamaktadır.

İşyeri ve işletme ayırımında organizasyon kavramıyla bir ayırtırmaya gitmek de mümkün değildir. Çünkü işletmenin de işyerinin de bir organizasyon içerisinde örgütlenmesi mümkündür. Ancak işletmenin işyerine göre büyüklüğü aynı şekilde organizasyondaki büyüklüğünü gerektireceği kaçınılmazdır. Öte yandan işverenin ötesinde işletmenin profesyonel bir yönetim kadrosu oluşturacağı da gerçektir.

Temel sorun 4857 sayılı Yasa'daki işyeri kavramının genişliğinin toplu iş hukukuna yansımamasıdır. İşletme ve işyeri ayırımında bu bağlamda sorun çıkarması kaçınılmazdır.

Özetleyecek olursak işyerindeki faaliyet hangi teknik amacı taşıyorsa asıl iş odur. İşyeri

organizasyonu içerisinde asıl işin gerçekleşmesini sağlayan diğer işler ise yardımcı işlerdir. Mal ve hizmetler için yatırım araçları ve işçi sayısı bu konuda ölçüt olabilir. Ancak bir işyerinde başka bir işverene ait ayrı bir işkolunda faaliyet var ise ayrı işkolundan söz edilebilir. İşletme iş kolu tespiti için asıl iş ve yardımcı iş kavramına yer verilemez.

Tüzüklerin 26 sıra numaralı “Milli Savunma” işkolu ve 28 sıra numaralı “Genel İşler” işkoluna ilişkin düzenlemeler sebebi ile Belediyeler ve Milli Savunma Bakanlığınca işletilen işyerleri, yukarıda belirtilen kriterlere tabi değildir.” şeklindeki ifadelerle, önceki kararındaki gibi yer verdikten ve tekrar ettikten sonra, şu gerekçeleri öne sürerek önceki içtihadından dönmüş bulunmaktadır:

“Uluslararası Çalışma Teşkilatının (ILO) Sendika Özgürlüğüne ve Örgütlenme Hakkının Korunmasına ilişkin 87 sayılı Sözleşmesi 2. maddesinde...” “Çalışanlar ve işverenler herhangi bir ayırım yapılmaksızın önceden izin almadan istedikleri kuruluşları kurmak ve yalnız bu kuruluşların tüzüklerine uymak koşulu ile bunlara üye olmak hakkına sahiptirler” düzenlemesi ve “Örgütlenme Hakkının Korunması” başlıklı 11. maddesinde “Hakkında bu sözleşmenin yürürlükte bulunduğu Uluslararası Çalışma Örgütünü her üyesi, çalışanların ve işverenlerin örgütlenme hakkını serbestçe kullanmalarını sağlamak amacıyla gerekli ve uygun bütün önlemleri almakla yükümlüdür” düzenlemesi yer almaktadır.

1982 Anayasası'nın “Sendika kurma hakkı” başlığını taşıyan 51. maddesinin 4. fıkrası, “Aynı zamanda ve aynı işkolunda birden fazla sendikaya üye olunamaz” hükmü, 07/05/2010 kabul tarihli, 13/05/2010 tarih ve 27580 (Mük) sayılı R.G.'de yayımlanan 5982 sayılı Kanunun (Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun) 5. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. 5982 sayılı Kanunun 5. madde gerekçesinde “... Bu düzenleme, Uluslararası Çalışma Teşkilatının (ILO) Sendika Özgürlüğüne ve Örgütlenme Hakkının Korunmasına ilişkin 87 Sayılı Sözleşmesine aykırı bulunmaktadır. Bu nedenle, söz konusu ayrılığın giderilmesi ama-

ciyla 51 maddenin dördüncü fıkrası yürürlükten kaldırılmaktadır” denmiştir.

Gerek Uluslararası Çalışma Teşkilatının (ILO) Sendika Özgürlüğüne ve Örgütlenme Hakkının Korunmasına İlişkin 87 Sayılı Sözleşmesi doğrultusunda yapılan sendikal çoğulculuğu destekleyen bu gelişmeler, gerekse il özel idarelerinin yapısına sürekli yeni işyerleri katılmak sureti ile büyümesi ve gelişen bu süreçte ilerde yapısına yeni işyerlerinin katılabilecek olması, dikkate alındığında; Manisa İl Özel İdaresi Genel Sekreterliği'nde yapılan işlerin niteliği itibariyle İşkolları Tüzüğü'nün 15 sıra numaralı “İnşaat” işkoluna girdiğine ilişkin tespit kararı sendikal çoğulculuğu sınırlandıracak, sendikal özgürlüğü kısıtlayacaktır.

Manisa İl Özel İdaresi Genel Sekreterliği işyerinin kapsamı itibari işyeri olarak sınırlandırılması da yukarıda yapılan açıklamalar uyarınca yerinde olmayacağı gibi, parçalı iş kolu tespiti yapılması ve işletme olarak kabul edilmesi yerinde olacaktır.

Her ne kadar Dairemizin 2010/25648 ESAS 2010/24131 KARAR sayılı 15.7.2010 tarihli Kararında “... İşyerindeki işçi sayısı ve çalıştığı kısımlar dikkate alındığında ağırlıklı olarak çalışanların inşaat işkoluna giren faaliyetlerde bulunması, iş organizasyonu içindeki üretilen mal hizmetlerin ağırlığı ve üretim miktarında inşaat işlerinin ilerde olması, yatırım araçları ile makine parkındaki makinelere yapılan yatırım miktarında inşaat işlerine ilişkin olanların çoğunluğa sahip olması dikkate alındığında, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının Kayseri İl Özel İdaresi Genel Sekreterliği'nde yapılan işlerin niteliği itibariyle İşkolları Tüzüğü'nün 15 sıra numaralı “İnşaat” işkoluna girdiğine ilişkin tespit kararı yerinde olup, bu nedenlerle doğru olan mahkeme kararının ONANMASINA...” şeklinde karar verilmiş ise de; yukarıdaki esaslar doğrultusunda, tüm dairece yapılan görüşmede bu içtibtattan dönülmüştür.

Somut olayda dosya kapsamı hüküm vermeye yeterli bulunmadığından yukarıda belirtilen ilkeler doğrultusunda araştırma ve inceleme yapılması gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi hatalıdır.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda

yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz barcının istek halinde ilgiliye iadesine 02.11.2010 gününde oy birliğiyle karar verildi."⁴⁰.

Görüldüğü üzere, Yargıtay, önceki içtihadından, yaklaşık 3,5 ay sonra dönerken, temelde, sendikal çoğulculuğu destekleyen gelişmeler ile il özel idarelerinin yapısının sürekli yeni işyerlerinin katılması sureti ile büyümesini ve gelişen bu süreçte ilerde yapısına yeni işyerlerinin katılabilecek olmasını dikkate almış ve bu çerçevede Manisa İl Özel İdaresi Genel Sekreterliği işyerinin kapsamı itibari bir işletme olarak kabul edilmesinin yerinde olacağı ve parçalı işkolu tespiti yapılması gerektiğini karara bağlamıştır. Yargıtay, dönme kararında, 2007 yılında Bakanlığın yapmış olduğu işkolu tespitindeki gibi Daire Başkanlıklarını birer işyeri olarak kabul eden anlayışı esas almış görünmektedir. Yerel mahkemenin kararının bu doğrultuda hüküm kurmaya yeterli olmaması nedeniyle araştırma ve inceleme yapılması için dosyayı yerel mahkemeye göndermiştir.

Yukarıda da belirtildiği üzere, Yargıtay'ın işkolu tespitine ilişkin kararları kesin olduğundan yerel mahkemenin (Manisa 2. İş Mahkemesi'nin) burada direnme imkanı da bulunmamaktadır. Zira, "Buradaki "kesin" sözcüğü onama veya bozma kararının kesin olduğunu, bozma halinde mahkemenin buna aynen uyacağını ve direnme kararı veremeyeceğini ifade eder."⁴¹.

3. İl Özel İdarelerinin İşyeri Olarak Mı, İşletme Olarak Mı Kabul Edileceği

Bilindiği üzere, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinde işyerinin tanımı yapılmıştır: "İşveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime işyeri denir. İşverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağlı yerler) ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve mesleki eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır. İşyeri, işyerine

bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür". Dolayısıyla işyeri niteliğinin kazanılabilmesi için, a) mal veya hizmet üretilmesi, b) arsa, bina, makine, tezgah, malzeme gibi maddi unsurlar (eşyalar) ile patent, alacak hakkı, firma adı, tecrübe ve buluş gibi maddi olmayan unsurların olması, c) işçinin bulunması zorunludur⁴². Burada işverenin mal ve hizmet üretmek amacını gerçekleştirmek için, maddi olan ve olmayan unsurlarla işçiyi sürekli olarak bir arada bulundurması gerekir. Görüldüğü üzere, buradaki asıl amaç, mal veya hizmetin üretilmesi olup kar elde etme veya kazanç sağlama değildir. Kar elde etme veya kazanç sağlama, dolayısıyla güdülen bir amaçtır. Bu nedenle, işyeri açısından önemli olan husus, mal veya hizmet üretimine ilişkin teknik amacın gerçekleştirilmesidir.

İşverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan yani aynı teknik amaca yönelik bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yani işvereni aynı olan yerler, işyerine bağlı yer kabul edilir ve işyerinden sayılır. İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür.

İş Kanunu'nda pek çok maddede işletme kavramından söz edilmiş ancak buna ilişkin bir tanım verilmemiştir. İş hukukunda işletme kavramı ile, işyerinin teknik amacının dışındaki kazanç getirme veya kar elde etme amacı ve aynı işverene ait işyerlerinin bir bütünlük taşıdığı yapı kastedilmektedir. Dolayısıyla işletme, tek işyerinden ibaret olabileceği gibi, aynı işverene ait birden çok işyerini de kapsayabilmektedir. Bir işverenin tek fabrikası varsa, bu hem işyeri hem de işletme durumundadır. Bir bankanın şubeleri işyeri, bu şubelerin bir araya gelmesinden oluşan yapı ise işletmedir⁴³. Bu çerçevede iş hukuku açısından işletme, "iktisadi bir amacın gerçekleştirilmesi için aynı işverene ait bir veya daha fazla işyerinden oluşan organize edilmiş bütün" olarak tanımlanabilir⁴⁴. Görüldüğü üzere, iş hukuku açısından işletme kavramı yönüyle, aynı işkolunda faaliyette bulunma şartı aranmamaktadır.

Toplu iş hukuku açısından da işyeri kavramı

önemlidir. Toplu iş sözleşmesi için yasadaki kabul edilen temel ünite işyeridir (TİSGLK.m.3/I). Bu nedenle toplu iş sözleşmeleri işyeri ve işyerleri (grup ve işletme) düzeyinde yapılabilmektedir. “İşyeri toplu iş sözleşmesi” açısından bir işyeri söz konusu olup bu işyerinin sahibinin (işverenin) TİS'nin işveren tarafını oluşturduğu tartışmasızdır. “İşyerleri toplu iş sözleşmesi” ise, işletme toplu iş sözleşmesi ve grup toplu iş sözleşmesi olmak üzere iki türde olabilir. İşletme toplu iş sözleşmesinde, işletmenin sahibinin toplu iş sözleşmesinin tarafı olması gerekir. Grup toplu iş sözleşmesinde ise işyerlerinin sahipleri farklı işverenlerdir.

Görüldüğü üzere, toplu iş hukukunda, toplu iş sözleşmeleri yapılabilmesi açısından hem işyeri hem de işletme kavramına yer verilmiş bulunmaktadır. İşletme toplu iş sözleşmelerinde (TİSGLK.m.3/II), işletme kavramı, Türk Ticaret Kanunu'nun 11. maddesi anlamındaki “ticari işletme” kavramına da iktisadi anlamdaki “işletme” kavramına da uymayan bir anlam taşır ve “tek işverenin aynı işkolundaki birden fazla işyerini kapsayan bir toplu pazarlık, toplu iş sözleşmesi ünitesi”ni karşılar⁴⁵. Dolayısıyla, genel iş hukuku anlamındaki işletme için aranan “yönetimde birlik” ve “üretimde bütünlük” ölçütleri, toplu iş hukukunda oldukça esnek ve geniş bir şekilde ele alınmakta; işletme için, işyerleri arasında iktisadi ve teknik bütünlükten çok, aynı işkolunda yer almak, mali, organizasyon ve yönetim yönünden bağlı olmak unsurları aranmaktadır. Bu yönüyle de, toplu iş hukukundaki işletme kavramı, aynı işkolunda ve aynı kişiye bağlı bulunma koşulları halinde bir işletme toplu iş sözleşmesine konu olabilmektedir⁴⁶.

İl özel idareleri ise, 2005 yılından itibaren ciddi bir değişikliğe uğramış, Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nün taşra teşkilatı il özel idarelerine devredilmiş, köylere götürülecek hizmetler il özel idaresine yüklenmiş ve il özel idaresi teşkilatı genel sekreterlik, mali işler, sağlık, tarım, imar, insan kaynakları, hukuk işleri birimlerinden oluşacak şekilde yeniden yapılandırılmıştır. Bu çerçevede, il özel idaresi, 22.02.2005 tarih ve 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu ile verilen görevleri yerine getirmek

üzere kurulan idari ve mali özerkliğe sahip bir kamu tüzel kişisi kabul edilmiştir.

İl özel idaresinin görev alanı, il sınırları olup görev ve yetkileri tek tek sayılmamış, bunun yerine hizmet alanları belirtilmiş ve kanunlarla açıkça başka bir kurum ve kuruluşa verilmeyen mahallî müşterek nitelikli her türlü görev ve hizmet özel idarelere bırakılmıştır. Bununla birlikte il özel idaresinin hangi hizmet alanlarında bütün il genelinde, hangi hizmet alanlarında ise belediye hudutları dışında yetkili olacağı kanunda ayrıca belirtilmiştir.

İl özel idarelerine verilen önemli bir görev de ilin çevre düzeni ve planını yapmaktır. Bunun yanı sıra, bakanlıklar ve diğer merkezi idare kuruluşları tarafından yürütülen görev ve hizmetlere ait yatırımlar ile devlet ve il yollarının yapımı, iyileştirilmesi ve diğer işleri de il özel idareleri eliyle gerçekleştirilecektir. Kanun'a göre, il özel idaresi, il sınırları içinde, gençlik ve spor, sağlık, tarım, sanayi ve ticaret; ilin çevre düzeni plânı, bayındırlık ve iskân, toprağın korunması, erozyonun önlenmesi, kültür, sanat, turizm; sosyal hizmet ve yardımlar, yoksullara mikro kredi verilmesi, çocuk yuvaları ve yetiştirme yurtları; ilk ve orta öğretim kurumlarının arsa temini, binalarının yapım, bakım ve onarımı ile diğer ihtiyaçlarının karşılanmasına ilişkin hizmetlerini, belediye sınırları dışında ise, imar, yol, su, kanalizasyon, katı atık, çevre, acil yardım ve kurtarma, orman köylerinin desteklenmesi, ağaçlandırma, park ve bahçe tesisine ilişkin hizmetleri, yapmakla görevli ve yetkilidir. Bakanlıklar ve diğer merkezi idare kuruluşları; yapım, bakım ve onarım işleri, devlet ve il yolları, içme suyu, sulama suyu, kanalizasyon, enerji nakil hattı, sağlık, eğitim, kültür, turizm, çevre, imar, bayındırlık, iskan, gençlik ve spor gibi hizmetlere ilişkin yatırımlar ile bakanlıklar ve diğer merkezi idare kuruluşlarının görev alanına giren diğer yatırımları, kendi bütçelerinde bu hizmetler için ayrılan ödenekleri il özel idarelerine aktarmak suretiyle gerçekleştirebilir.

Görüldüğü üzere, il özel idareleri, çoğunluğunu işçilerin oluşturduğu çalışanlar vasıtasıyla (kamu) hizmeti üretmek gibi bir amaçla yapılandırılmış ve il sınırları ile sınırlandırılmış, il

özel idaresi genel sekreterliği bünyesinde “yönetimde birlik” ve kanunla belirtilen kamu hizmetlerini gerçekleştirmek gibi “amaçta birlik” özelliklerine sahip bir işyeridir.

İl özel idareleri, genel sekreterlik üst yapısı (işveren) ile şekillendirilerek, (kamu) hizmeti üretmek teknik amacını, maddi olan ve olmayan unsurları kullanarak işçilerle gerçekleştirmektedir. Dolayısıyla, il özel idaresi, iş hukuku açısından işyeri niteliği için zorunlu olan unsurları bünyesinde bulundurmakta ve aynı işverene bağlı sadece tek bir işyeri olarak aynı zamanda bir işletme niteliğinde bulunmaktadır. Ancak vurgulamak gerekir ki, iş hukuku açısından, il özel idaresi işyeri, aynı zamanda bir işletme olarak kabul edilse bile, bu birden fazla işyerinden oluşan bir işletme değil, aynı işverene ait tek bir işyeri olması nedeniyle o işveren açısından aynı zamanda bir işletme sayılmaktadır. Dolayısıyla, aynı işverene bağlı, farklı hizmetleri üreten, farklı teknik amaçlara dayalı işyerlerinden oluşan bir işletme değildir; il özel idaresi genel sekreterliğine bağlı daire başkanlıklarının da bu çerçevede ayrı bir işyeri olarak kabulü çok mümkün görünmemektedir.

Şu halde, Yargıtay’ın il özel idaresi işyerlerini tek bir işyeri kabul ettiği 15.07.2010 tarihli kararından dönerek il özel idaresi işyerini birden fazla işyerine sahip bir işletme kabul ettiği 02.11.2010 tarihli kararının yukarıda sayılan gerekçelerle isabetli olmadığı kanaatindeyim.

III. SONUÇ

İl özel idaresi genel sekreterliği işyerinin dahil olduğu işkolunu, Bakanlığın işkolu tespit kararları ve Yargıtay’ın içtihatlarını da dikkate alarak belirlemek üzere kaleme alınmış bu çalışmanın sonuna gelmiş bulunuyoruz.

Söz konusu il özel idaresi işyerinin, il sınırları dikkate alınarak kanunla öngörülmüş kamu hizmetlerini üretmek amacıyla (amaçta birlik), il genel sekreterliği (işveren) bünyesinde (yönetimde birlik) çalıştırılan işçilerle maddi olan ve olmayan unsurlar kullanılarak oluşturulan bir organizasyon ve bir bütün olduğu açıktır. Bu bağlamda il özel idarelerinin, tek bir işyeri olarak kabul edilmesi, genel sekreterliğe bağlı daire başkanlıklarının ise ayrı birer işyeri olarak gö-

rülmemesi gerekir. Kaldı ki işyeri sicil numarası alınması veya alınmaması işyeri niteliğinin kazanılması açısından zorunlu değil ise de, ilgili daire başkanlıkları kendi başına bir hizmet veya mal üreten işyerleri olarak görülmediğinden işyeri sicil numarası da almamaktadırlar. İl özel idaresi genel sekreteri işveren niteliğinde bulunmakta, ilgili daire başkanları ise işvereni temsilen kanunla öngörülen amaçları gerçekleştirmek için yapılan işin görülmesi açısından görevlendirilmiş birer işveren vekili niteliğinde görünmektedirler.

Diğer taraftan, bir an için, her bir daire başkanlığının birer işyeri olarak kabul edildiği ve dolayısıyla da il özel idarelerinin daire başkanlıkları şeklinde örgütlenmiş işyerlerinden oluşan bir işletme olduğu kabul edilirse, bunun kanunla öngörülen hizmetleri gerçekleştirmek açısından pratik olmadığı da görülecektir. Çünkü işvereni genel sekreterlik olan işçilerin her bir kamu hizmetinin gerçekleştirilmesi için, yazın arazide, kışın da dairelerde çalıştırılması ve dolayısıyla da daire başkanlıklarının sürekli olarak değişikliğe uğraması imkan dahilinde bulunmaktadır. Belki bu tür bir ihtimalde fiilen yapılan iş dikkate alınarak, çalıştığı işyerinin tespiti düşünülse bile, yapılan işin dahi değiştiği durumlarla karşı karşıya kalınması da mümkündür.

Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, il özel idaresi işyerleri tek bir işyeri olarak düşünülmüş ve kanunla öngörülen kamu hizmetlerini yerine getirmek amacıyla yapılandırılmıştır. Bu işyerinde birden çok işkolu alanına giren faaliyetler bulunmaktadır. Bu faaliyetlerden (işlerden) hangisinin asıl iş olduğunun tespiti, yatırımların oranı ve fazlalığı, iş organizasyonundaki ağırlığı, işçilerin hangi işlerde çalıştırıldığı ve üretim miktarları gibi kriterler uygulanarak çözüme gidilmelidir. Bu çerçevede de, Kayseri İl Özel İdaresi’nin yürüttüğü faaliyetler göz önüne alındığında, il özel idaresi birimlerinde ağırlıklı olarak inşaat işlerinin yapıldığı ve bunun da İşkolları Tüzüğü’nün 15 sıra numaralı “İnşaat” işkolunda yer aldığı sonucuna ulaşılmaktadır.

DİPNOTLAR

1 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Metin Kutsal, “Türk Toplu

- İş Hukukunda İşkolu Kavramı (Önemi, Uygulaması ve Sorunları)", Sicil İHD, Eylül 2006, s. 119 vd.
- 2 RG., 07.05.1983, S. 18040.
- 3 İşkolları Tüzüğü, Bakanlar Kurulunca çıkarılarak yürürlüğe konulduktan (RG., 16.06.1983, S. 18079 Mükerrer) sonra, 2882 sayılı Kanunla işkollarında yapılan değişiklik üzerine, yeniden çıkarılmıştır (RG., 06.12.1983, S. 18243).
- 4 Kutal, s. 119-120.
- 5 Haluk Hadi Sümer, İş Hukuku Uygulamaları, 3. B., Konya 2009, s. 354; A. Can Tuncay, Toplu İş Hukuku, İstanbul 1999, s. 32; Melda Sur, İş Hukuku Toplu İlişkiler, 3. B., Ankara 2009, s. 64; Fevzi Şahlanan, Sendikalar Hukuku, 2. B., İstanbul 1995, s. 30; Öner Eyrenci, Sendikalar Hukuku, İstanbul 1984, s. 60; Adnan Tuğ, Sendikalar Hukuku, 2. B., Ankara 1992, s. 41.
- 6 Bkz. Nuri Çelik, İş Hukuku Dersleri, 23. B., İstanbul 2010, s. 439, dn. 12; Şahlanan, s. 31; Cevdet İlhan Günay, Sendikalar Kanunu Şerhi, Ankara 1999, s. 163; Kemal Oğuzman, Hukuki Yönden İşçi-İşveren İlişkileri, C.I, 4. B., İstanbul 1987, 16-17; Cevdet İlhan Günay, Batı ve Türk Hukukunda Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisi, Ankara 1991, s. 93.
- 7 Tuncay, s. 33; Oğuzman, s. 16; Çelik, s. 439-440.
- 8 Çelik, s. 439.
- 9 "Bir işyerinin girdiği işkolu o işyerinde görülen ve yürütülen asıl işin niteliğine göre belirlenir. Dosyadaki bilgi ve belgelere göre, (...) Belediye Kaynak Suları Sanayii ve Ticaret A.Ş. işyerinde belediye hizmetlerine ilişkin işler yapıldığı, içme suyu dolum tesisleri ve satış istasyonunda kaynak suyunun halkın tüketimine sunulduğu anlaşılmaktadır. Böyle olunca anılan işyerinin 04 sıra no.lu "Gıda Sanayii" işkoluna girdiğinin kabulü gerekir. Bu nedenle Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca yapılan tespit doğrudur. Bu işyeri ile ilgili olarak evvelce yapılan ve itiraz edilerek Ankara İş Mahkemesi'nde görülen uyuşmazlıkta da işyerinin 04 no.lu işkoluna girdiği tespit edilmiştir. Bu karardan sonra her ne kadar İstanbul İş Mahkemesi'nde görülen uyuşmazlıkta "Genel işler" koluna girdiği tespit edilmiş ise de, bu karar esasen daha önce kesinleşen karara aykırıdır. O halde, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca yapılan tespit doğru olduğundan davanın reddine karar vermek gerekir.", Y9HD., 06.12.1993, E. 1993/16091, K. 1993/17870, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.
- 10 "...Davacı sendika, olumsuz yetki tespiti ile birlikte tespiti konu işyerinin İş Kolları Tüzüğü'nün 17 sıra numaralı işkoluna girdiğine ilişkin Bakanlık kararın iptali ile Tüzüğü'nün 18 sıra numaralı "Kara Taşımacılığı" iş kolunda yer aldığı tespitine karar verilmesini istemiştir. Bu durumda taraflar arasında yetki uyuşmazlığı ile birlikte işkolu tespit uyuşmazlığını söz konusu olmaktadır. Davacı sendika, 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 4. maddesinde öngörülen prosedüre uymadan dava açmış olduğundan öncelikle işyerinin girdiği işkolunun tespiti ön mesele kabul edilerek anılan yasa hükmünce Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca işkolu tespit başvurusunun sonucuna göre işin esas çözümü kavuşturulmalıdır. Bu yöner düşünülmezsizin yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.", Y9HD., 17.02.2009, E. 2008/45006, K. 2009/2764.
- 11 Sur, s. 77.
- 12 Y9HD., 15.12.2009, E. 2009/46544, K. 2009/35484, karar yayımlanmamıştır; Y9HD., 12.10.1999, E. 1999/10855 K. 1999/15674, YKD, Haziran 2000, s. 882-884; Y9HD., 20.1.2004, E. 2003/23766 K. 2004/466 ve kararı isabetli bulunan Tankut Centel'in incelemesi, TİD, Nisan 2004, s. 36-38.
- 13 Y9HD., 15.10.1996, E. 1996/18580 K. 1996/19561, Günay, Sendikalar, s. 176-178.
- 14 Y9HD., 09.07.1997, E. 1997/12370 K. 1997/14286, Münir Ekonomi, 1997 Yılı Emsal Kararları, Ankara 2000, s. 205-206.
- 15 Y9HD., 11.03.1987, E. 1987/2597 K. 1987/2807, Sinerji.
- 16 Sümer, s. 354.
- 17 Y9HD., 11.9.1990, E. 1990/9694 K. 1990/9258, Sinerji.
- 18 "...Şirket Merkezinin İstanbul'da, Ankara'daki temsilcilik bürosunda haber ve görüntü toplanıp şirket merkezindeki haber birimine ulaştırıldığı, <SHOW TV> markası ile yayımlandığı dikkate alındığında; Ankara'daki işyerinin merkeze bağlı bir temsilcilik olduğu ve burada yapılan işlerin asıl işe yardımcı iş niteliği taşıdığı anlaşılmaktadır. Bu halde 2821 sayılı Sendika Kanununun 4. maddesi gereğince işkolu tespitine itiraz davaların tespitine konu işyerinin bulunduğu mahalli mahkemede açılması gerektiği, somut olayda şirket merkezinin bulunduğu İstanbul İş Mahkemesinin davaya bakmaya yetkili olduğu, dolayısıyla yetkisizlik kararı verilmesi gerekir iken işin esasına girilerek yazılı şekilde hüküm kurulması hatalıdır", Y9HD., 08.05.2007, E. 2007/15518, K. 2007/14611, Sinerji.
- 19 Y9HD., 24.05.2005, E. 2005/16268 K. 2005/19306, Sinerji.
- 20 Münir Ekonomi, "İşkolu Esasına Göre Sendikalaşma ve İşyerinin Girdiği İşkolunun Belirlenmesi", İş Hukuku Dergisi, C. I, 1991, s. 47.
- 21 RG., 27.09.2008, S. 27010.
- 22 Ünal Narmanlıoğlu, Toplu İş Hukuku II, Toplu İş İlişkileri, İzmir 2001, s. 80; Ekonomi, İşkolu Esasına Göre, s. 47.
- 23 Ekonomi, İşkolu Esasına Göre, s. 48.
- 24 Sur, s. 74; Ekonomi, İşkolu Esasına Göre, s. 48.
- 25 Asıl işe yardımcı işler ise asıl işin girdiği işkolundan sayılır. Örneğin, buzdolabı üretimi yapan ve 13 nolu "metal" işkoluna giren bir işyerinin yemekhane kısmında aşçı ya da garson olarak çalışanlar, yemekhanede görülen iş esas iş olan buzdolabı üretimine yardımcı iş niteliğinde olduğundan, 13 no.lu işkolunda kurulu bir sendikaya, buna karşılık, dışarıda bir lokantada çalışan aşçı ve garsonlar 25 no.lu "konaklama ve eğlence yerleri" işkolunda kurulu bir sendikaya girebilirler.
- 26 RG., 28.01.2005, S. 25710.
- 27 RG., 04.03.2005, S. 25745.
- 28 "İl özel idaresi mahalli müşterek nitelikte olmak şartıyla;
- a) Gençlik ve spor, sağlık, tarım, sanayi ve ticaret; Belediye sınırları il sınırı olan Büyükşehir Belediyeleri hariç ilin çevre düzeni plânı, bayındırlık ve iskân, toprağın korunması, erozyonun önlenmesi, kültür, sanat, turizm; sosyal hizmet ve yardımlar, yoksullara mikro kredi verilmesi, çocuk yuvaları ve yetiştirme yurtları; ilk ve orta öğretim kurumlarının arsa temini, binalarının yapım, bakım ve onarımı ile diğer ihtiyaçlarının karşılanmasına ilişkin hizmetleri il sınırları içinde,

b) İmar, yol, su, kanalizasyon, katı atık, çevre, acil yardım ve kurtarma; orman köylerinin desteklenmesi, ağaçlandırma, park ve bahçe tesisine ilişkin hizmetleri belediye sınırları dışında,

Yapmakla görevli ve yetkilidir.

Bakanlıklar ve diğer merkezi idare kuruluşları; yapım, bakım ve onarım işleri, devlet ve il yolları, içme suyu, sulama suyu, kanalizasyon, enerji nakil hattı, sağlık, eğitim, kültür, turizm, çevre, imar, bayındırlık, iskan, gençlik ve spor gibi hizmetlere ilişkin yatırımlar ile bakanlıklar ve diğer merkezi idare kuruluşlarının görev alanına giren diğer yatırımları, kendi bütçelerinde bu hizmetler için ayrılan ödenekleri il özel idarelerine aktarmak suretiyle gerçekleştirebilir. Aktarma işlemi ilgili bakanın onayıyla yapılır ve bu ödenekler tahsis amacı dışında kullanılamaz. İş, il özel idaresinin tabi olduğu usul ve esaslara göre sonuçlandırılır. İl özel idareleri de bütçe imkanları ölçüsünde bu yatırımlara kendi bütçesinden ödenek aktarabilir. Bu fıkraya göre, bakanlıklar ve diğer merkezi idare kuruluşları tarafından aktarılacak ödenekler ile gerçekleştirilecek yatırımlar, birinci fıkrafta öngörülen görev alanı sınırlamasına tabi olmaksızın bütün il sınırları içinde yapılabilir.

İl özel idaresi bütçesinden, emniyet hizmetlerinin gerektirdiği teçhizat alımıyla ilgili harcamalar yapılabilir.

İl çevre düzeni plânı; valinin koordinasyonunda, büyükşehirlerde büyükşehir belediyeleri, diğer illerde il belediyesi ve il özel idaresi ile birlikte yapılır. İl çevre düzeni plânı belediye meclisi ile il genel meclisi tarafından onaylanır. Belediye sınırları il sınırı olan Büyükşehir Belediyelerinde il çevre düzeni plânı ilgili Büyükşehir Belediyeleri tarafından yapılır veya yaptırılır ve doğrudan Belediye Meclisi tarafından onaylanır.

Hizmetlerin yerine getirilmesinde öncelik sırası, il özel idaresinin mali durumu, hizmetin ivediliği ve verildiği yerin gelişmişlik düzeyi dikkate alınarak belirlenir.

İl özel idaresi hizmetleri, vatandaşlara en yakın yerlerde ve en uygun yöntemlerle sunulur. Hizmet sunumunda özür, yaşlı, düşkün ve dar gelirli durumuna uygun yöntemler uygulanır.

Hizmetlerin diğer mahalli idareler ve kamu kuruluşları arasında bütünlük ve uyum içinde yürütülmesine yönelik koordinasyon o ilin valisi tarafından sağlanır.

4562 sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Kanunu ile Sanayi ve Ticaret Bakanlığına ve organize sanayi bölgelerine tanınan yetki ve sorumluluklar bu Kanun kapsamı dışındadır.

29 RG., 12.05.2007, S. 26520.

30 Y9HD., 15.12.2009, E. 2009/46544, K. 2009/35484, karar yayımlanmamıştır.

31 Ekonomi, İşkolu Esasına Göre, s. 48.

32 RG., 05.05.2009, S. 27219.

33 Ekonomi, İşkolu Esasına Göre, s. 48.

34 RG., 12.05.2007, S. 26520.

35 Y9HD., 15.07.2010, E. 2010/25648, K. 2010/24131, karar yayımlanmamıştır.

36 Y9HD., 15.07.2010, E. 2010/25648, K. 2010/24131, karar yayımlanmamıştır.

37 Çelik, s. 439.

38 “Bir işyerinin girdiği işkolu o işyerinde görülen ve yürütülen asıl işin niteliğine göre belirlenir. Dosyadaki bilgi ve belgelere göre, (..) Belediye Kaynak Suları Sanayii ve Ticaret A.Ş. işyerinde belediye hizmetlerine ilişkin işler yapılmadığı, içme suyu dolmuş tesisleri ve satış istasyonunda kaynak suyunun halkın tüketimine sunulduğu anlaşılmaktadır. Böyle olunca anılan işyerinin 04 sıra no.lu “Gıda Sanayii” işkoluna girdiğinin kabulü gerekir. Bu nedenle Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’na yapılan tespit doğrudur. Bu işyeri ile ilgili olarak evvelce yapılan ve itiraz edilerek Ankara İş Mahkemesi’nde görülen uyuşmazlıkta da işyerinin 04 no.lu işkoluna girdiği tespit edilmiştir. Bu karardan sonra her ne kadar İstanbul İş Mahkemesi’nde görülen uyuşmazlıkta “Genel işler” koluna girdiği tespit edilmiş ise de, bu karar esasen daha önce kesinleşen karara aykırıdır. O halde, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’na yapılan tespit doğru olduğundan davanın reddine karar vermek gerekir.”, Y9.HD., 06.12.1993, E. 1993/16091, K. 1993/17870, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

39 Y9HD., 02.11.2010, E. 2010/34471, K. 2010/31408, karar yayımlanmamıştır.

40 Y9HD., 02.11.2010, E. 2010/34471, K. 2010/31408, karar yayımlanmamıştır.

41 “...Uyuşmazlığın kesin olarak karara bağlanacağı sözleri de, Yargıtay’ın kararının bozmayı gerektirmesi ve fakat tahkiki icabettiren bir hususun bulunmaması, delillerin uyuşmazlığın çözümü için yeterli olması halinde bozma kararı verip, dosyayı yerel mahkemeye göndermeksizin, uyuşmazlığın kendisinin kesin olarak karara bağlayacağını gösterir. Hükmün gerekçesinde yer alan “... kararın temyizi halinde Yargıtay’ın sorunu süratle ve kendisinin çözümlemesi de öngörülmüştür” sözlerinden de yasa koyucunun amacının bu yolda olduğu anlaşılır. Daire içtihatları ve öğretilerdeki görüşler de aynı doğrultudadır...”, Y9HD., 11.9.1990, E. 1990/9694 K. 1990/9258, Sinerji.

42 Hamdi Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, 3. B., Ankara 2008, s. 190-193; Çelik, s. 58; Kübra Doğan Yenisey, İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, İstanbul 2007, s. 17, 389; İbrahim Aydın, Türk İş Hukukunda İşyeri ve İşletme Kavramları, Ankara 2001, s. 41-42.

43 Çelik, s. 68.

44 Mollamahmutoğlu, s. 191; Ünal Narmanlıoğlu, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, 3. B., İzmir 1998, s. 126-127; Sarper Süzek, İş Hukuku, 5. B., İstanbul 2009, s. 178-179; Turhan Eşener, İş Hukuku, 3.B., Ankara 1978, s. 84; Münir Ekonomi, İş Hukuku C.I Ferdi İş Hukuku, 3.B., İstanbul 1984, s. 64; Tankut Centel, İş Hukuku C.I, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 1994, s. 73-74; İbrahim Aydın, İşyeri ve İşletme, 196-197; Ali Cengiz Köseoğlu, İşyerinin Kapanmasının İş Sözleşmelerine Etkisi, İstanbul 2004, s. 27.

45 Sur, s. 242.

46 Sur, s. 243.

Doç. Dr. Erdem ÖZDEMİR

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ücretlerin Endekslenmesine İlişkin Hükümlerin Sonraya Etkisi

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2010/8088

Karar No : 2010/6920

Tarihi : 16.03.2010

ÖZET

Dosya içeriğine göre 14. dönem toplu iş sözleşmesinin süresi 31.12.2004 tarihinde sona ermiş ve yeni bir toplu iş sözleşmesi imzalanmamıştır. 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununun 6. maddesinde, süresi sona eren toplu iş sözleşmesi hükümlerinin iş sözleşmesi hükmü olarak devam edeceği şeklindeki düzenleme, kazanılmış hakların korunması amacıyla yöneliktir. Süresi sona eren toplu iş sözleşmesinin ardından işverenin yürürlüğü sona eren

hükümlere göre yeniden ücret artışı yapma zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu itibarla mahkemece 1.1.2005 tarihinden sonraki dönem için, süresi sona eren toplu iş sözleşmesinde her altı ayda bir zam öngörüldüğü gerekçesiyle ücret artışına gidilmesi hatalı olmuştur.

DAVA

Davacı, ücret, ilave tediye ve ikramiye fark alacaklarının ödenmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği hüküm altına almıştır.

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

KARAR

Davacı işçi, davalı Bakanlığa ait işyerinde sendika üyesi işçi olarak çalışmaya devam ettiğini ve 11, 12, 13 ve 14. dönem toplu iş sözleşmesi hükümlerinin tam olarak uygulanmaması sebebiyle ücret, ilave tediye ve ikramiye farkı alacaklarının ödetilmesi isteğiyle bu davayı açmıştır.

Davalı işveren ücret artışlarının toplu iş sözleşmesi hükümlerine göre yapıldığını savunarak davanın reddini talep etmiştir.

Mahkemece isteklerin kabulüne karar verilmiş, kararı davalı vekili temyiz etmiştir.

Taraflar arasında temel uyuşmazlık, 11, 12, 13 ve 14. Dönem toplu iş sözleşmelerine göre ödenmesi gereken yevmiyeler ile 31.12.2004 tarihinde süresi sona eren toplu iş sözleşmesinin art etkisi noktasında toplanmaktadır.

Hükme esas alınan bilirkişi tarafından 1.1.2005 tarihinden sonraki dönem için de her altı ayda bir % 5 ücret artışı uygulanarak bir hesaplama yapıldığı anlaşılmaktadır. Dosya içeriğine göre 14. dönem toplu iş sözleşmesinin süresi 31.12.2004 tarihinde sona ermiş ve yeni bir toplu iş sözleşmesi imzalanmamıştır. 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 6. maddesinde, süresi sona eren toplu iş sözleşmesi hükümlerinin iş sözleşmesi hükmü olarak devam edeceği şeklindeki düzenleme, kazanılmış hakların korunması amacıyla yöneliktir. Süresi sona eren toplu iş sözleşmesinin ardından işverenin yürürlüğü sona eren hükümlere göre yeniden ücret artışı yapma zorunluluğu bulunmaktadır. Bu itibarla mahkemece 1.1.2005 tarihinden sonraki dönem için, süresi sona eren toplu iş sözleşmesinde her altı ayda bir zam öngörüldüğü gerekçesiyle ücret artışına gidilmesi hatalı olmuştur. Bununla birlikte dosya içeriğine göre 2005 ve 2007 yıllarında Kamu Toplu İş Sözleşmeleri Çerçeve Protokolleri imzalanmış olup anılan

protokollere göre ücret artışına gidilmiştir. Davacı işçiye yapılan ödemelerin anılan protokollere uygun olup olmadığı belirlenmeli ve gerekirse bu yönde hesaplama yapılmalıdır.

Öte yandan aynı mahiyetteki dava dosyalarının Dairemizce temyiz incelemesi sırasında işyerinde, Ö. Orman İş Sendikası ile davalı arasında 2.3.2009 tarihinde geriye dönük olmak üzere 1.1.2005- 31.12.2007 tarihleri arasında uygulanmak üzere toplu iş sözleşmesi imzalandığı anlaşılmakla, iddia edilen toplu iş sözleşmesi istek konusu dönemleri de ilgilendirmekte olup, bu yönde gerekli araştırmaya gidilmeli ve davacı işçinin adı geçen sendika üyesi olup olmadığı ya da dayanışma aidatı kesilmesi yönünde talepte bulunup bulunmadığı belirlenmeli sonucuna göre bir karar verilmelidir.

Hükme esas alınan bilirkişi raporunda bazı yıllar her ay için enflasyon oranında ücret artışına gidildiği bildirilmiş, bazı yıllar için ise 6 ayda bir ücret artışı yapılmıştır. Ücret artışlarında gözetilen enflasyon oranlarının dayanakları da dosya içinde bulunmamaktadır. Mahkemece istek konusu döneme ait toplu iş sözleşmelerinde ücret artışının öngörüldüğü dönemlere ait enflasyon oranları belirlenmeli buna göre bilirkişi raporu kaldırılmalıdır.

Mahkemece, iki hukukçu ve Türkiye İstatistik Kurumu uzmanından oluşan bilirkişi heyetinden denetime elverişli şekilde rapor alınmalı ve alınacak rapor bir değerlendirilmeye tabi tutularak isteklerle ilgili karar verilmelidir. Eksik incelemeyle sonuca gidilmesi hatalı olup kararın bu yönden bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, 16.03.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KARARIN İNCELENMESİ

1. Yargıtay Kararı ve Çözümü Gereken Hukuki Sorun

Toplu iş hukukuna ilişkin olarak çıkan kararlarda özellikle 2000'li yıllarda ciddi bir azalma olduğunu ve 90'lı yıllardaki canlılığın ortadan kalktığını söylememiz mümkündür. Nitekim bu alanlardaki bilimsel çalışmalar da aynı çizgide gitmekte ve gitgide azalmaktadır. 2821 ve 2822 sayılı Kanunlara ilişkin yapılan değişiklik çalışmaları başarılı olursa belki bu alanda yeniden bir canlanma söz konusu olabilecektir; ancak şimdilik durum iyimser gözükmemektedir.

Bu değişimin iç ve dış nedenlerinin söz konusu olduğu tespitini yapabiliriz. Her şeyden önce, kolektivizmin deyim yerindeyse can çektiği, bireyselleşmenin her geçen gün arttığı bir dönemden geçiyoruz ve bundan iş hukukunun da fazlasıyla nasibini aldığını gözlemlemekteyiz. Kuşkusuz ülkemizdeki gelişmeler, özellikle taşeronlaşmanın yaygınlaşması, yüksek işsizlik, sendikaların üye kaybı olguları toplu iş hukukunun etki alanını her geçen gün daraltmakta ve her geçen gün iş hukukumuzu daha da bireyselleştirmektedir. Hatta, hukuk fakültesindeki derslerde bile bireysel iş hukukuna ağırlık veriyor, derslerde takip ettiğimiz Prof. Dr. Nuri Çelik hocamızın kitabındaki bireysel ve toplu iş hukukunun eşit dağılımından uzaklaşıyoruz.

İnceleme konusu yapacağımız karar, sonraya etki konusunda Yüksek Mahkeme'nin önemli bir yorumuna ilişkin bulunmaktadır. Nitekim aynı doğrultuda verilen bir diğer karar, Doç. Dr. Kübra Doğan Yenisey de kısa bir süre inceleme konusu yapmıştır¹. Ancak kararın, farklı boyutları ile tartışılacak yönleri olduğuna inandığımız için biz de incelemeyi uygun gördük. Kararda Yüksek Mahkeme'nin toplu iş sözleşmesinin ücretlerin endekslenmesine ilişkin hükümlerini sonraya etki edecek düzenlemeler kapsamında değerlendirmede sonucuna vardığını görüyoruz. Buna göre, endeksleme hükümlerinin sonraya etki edecek hükümler niteliğinde olup olmadığını, önce-

likle toplu iş sözleşmesinin sonraya etkisinin anlamını açıkladıktan (II), Batı'da bu nitelikteki hükümlere ne şekilde bakıldığını inceledikten (III) sonra değerlendirmemizin (IV) isabetli olacağı kanısındayız.

II. Toplu İş Sözleşmesinin Sonraya Etkisinin Anlamı

2822 sayılı Kanun'da, 275 sayılı Kanun'dan (m.3/1-son) bir ekleme dışında aynen alınan 6. maddenin son fıkrasında "Her ne sebeple olursa olsun sona eren bir toplu iş sözleşmesinin hizmet akdine ilişkin hükümleri yenisi yürürlüğe girinceye kadar, hizmet akdi hükmü olarak devam eder." anlatımına yer verilmiştir². 2822 sayılı Kanunun 6. maddesinin son fıkrasında yer verilen düzenleme ile yasakoyucu, açıkça, toplu iş sözleşmesinin sona ermesiyle birlikte etkisinin tamamen ortadan kalkmayacağını, sözleşmenin hizmet akdine ilişkin hükümlerinin yenisi yapıncaya kadar "hizmet akdi hükmü olarak" devam edeceğini düzenlemiştir. Borçlar hukukunun genel ilkeleriyle bakıldığında, belirli bir süre için akdedilen bir sözleşmenin, sürenin dolmasıyla birlikte sona ereceğinin kabulü gerekirken, toplu iş sözleşmesinin yapısı ve muhtevası bu sonuca ulaşmayı engellemektedir. Bilindiği gibi, toplu iş sözleşmesi tarafların hak ve borçlarının yanı sıra, doğrudan üçüncü kişilere (işçilere) etki eden hükümlere de sahiptir. Toplu iş sözleşmesinin, sadece taraflar arasında hak ve borç doğurmayıp, etkisinin üçüncü kişilere de yayılarak işçi ve işverenlerin hizmet ilişkilerini düzenleyen bir kaynak niteliğinde olması, burada farklı bir çözüm benimsenmesini gerektirmektedir³.

Toplu iş sözleşmesinin sona ermesiyle birlikte, etkisinin de tamamen ortadan kalkacağı

Toplu iş hukukuna ilişkin olarak çıkan kararlarda özellikle 2000'li yıllarda ciddi bir azalma olduğunu ve 90'lı yıllardaki canlılığın ortadan kalktığını söylememiz mümkündür.

Hukukumuz uygulamasında, ücretlerin endekslenmesine ilişkin hükümler yaygın bir şekilde görölmektedir.

benimsendiğinde, toplu iş sözleşmesinin sona ermiş ve yeni bir toplu iş sözleşmesinin de yapılmamış olduğu dönemde, sözleşme kapsamındaki işçi ve işverenlerin hizmet ilişkilerinde belirli bir geriye dönüş olması ihtimali ortaya çıkacaktır. Böyle bir sonucun kabulünün de iş hukukunun işçiyi koruyucu niteliğine uygun düşmediği açıktır⁴. Ayrıca öğretilerde de belirtildiği üzere, toplu iş sözleşmesinin yürürlükte bulunduğu birçok işyerinde işçilerin kendilerine çeşitli haklar sağlayan ayrıntılı bir hizmet akdi yapmadıkları ve sadece akdin kurulması konusunda taraf iradelerinin birleşmesi ile yetinildiği dikkate alındığında, toplu iş sözleşmesinin son bulmasıyla hizmet akdinin içerikten yoksun kalma tehlikesinin ortaya çıkması da söz konusu olabilecektir⁵. Bu durumun da kabul edilemez olduğu ortadadır.

Mukayeseli iş hukuku açısından da konu incelendiğinde, birçok ülke hukukunda toplu iş sözleşmesinin sona ermiş ve yeni bir sözleşmenin de henüz imzalanmamış olduğu dönemde doğacak olan boşluğun ortaya çıkarabileceği sakıncalar dikkate alınarak çeşitli düzenlemeler yapılmış olduğu görölmektedir. Nitekim, Alman Hukukunda da, toplu iş sözleşmesinin süresinin sona ermesiyle birlikte etkisinin tamamen ortadan kalkmayacağı kabul edilmiştir. Gerçekten Alman Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda (TVG § 4, Abs. V), sona eren toplu iş sözleşmesi hükümlerinin yeni bir düzenleme yapıncaya kadar etkisinin devam edeceği düzenlenmiştir⁶. Fransız Hukukunda da, toplu iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra, yeni bir toplu iş sözleşmesinin yapıncaya kadar, ortaya çıkan boşluğun yaratacağı sakıncaların önlenmesi için toplu iş sözleşmesinin sona ermiş de olsa hizmet akitlerine belirli koşullar altında etki edebileceği düzenlenmiştir. Buna göre, 1 yıl içinde yeni bir toplu iş sözleşmesi yürürlüğe konulamamışsa, işçiler "kazanılmış bireysel avantajlarını" koruyabileceklerdir⁷. Belçika

Hukukunda da sona eren toplu iş sözleşmesi hükümlerinin hizmet akdinin muhtevasına dahil olarak uygulanmaya devam edeceği düzenlenmiştir. Gerçekten, 1968 tarihli Kanun'un 23. maddesine göre, toplu iş sözleşmesinin bireysel nitelikteki normatif hükümleri hizmet akdinin muhtevasına dahil olarak sonraya etki edebilecektir⁸.

III. Dünyada ve Ülkemizde Endeksleme Hükümlerine Genel Bakış

Ücretin korunmasıyla ilgili toplu iş sözleşmelerinde görülen uygulamalardan biri de, fiyatlardaki artışlara bağlı olarak otomatik olarak artışının düzenlenmesidir. Bu da, ücretlerin hayat pahalılığını yansıtan çeşitli birimlere endekslenmesi suretiyle gerçekleştirilmektedir. Fransız Hukukunda enflasyonist olduğu gerekçesiyle, toplu iş sözleşmelerinde ücretlerin endekslenmesine ilişkin hükümler getirilmesi yasaklanmıştır. Ücretlerin endekslenmesine ilişkin hükümlerin hukuki geçerliliği tartışmalı bir konuyu oluşturmaktadır. Fransız Hukukunda 30 Aralık 1958 tarihli Tüzüğü'nün 79. maddesi ücretlerin belirlenmesine ilişkin önemli bir sınırlama getirmiştir. Bu hüküm ile, toplu iş sözleşmelerinde ücretlerin, asgari ücretteki artışlara, fiyatların genel seviyesine ve işletmenin faaliyeti ile doğrudan ilgisi olmayan fiyat ve mallara endekslenmesi yasaklanmıştır. Daha sonra bu sınırlama kanuna aktarılmıştır (L.141-9). Nitekim, Fransız Hukukunda ücretlerin endekslenmesine ilişkin söz konusu yasaklama, ekonomik gerekçelere ve özellikle ücretlerin endekslenmesine ilişkin hükümlerin enflasyonist olduğu yolundaki görüşlere dayandırılmış ve mutlak kamu düzenine ilişkin kabul edilmiştir⁹. Ancak daha sonra bu düzenlemede değişikliğe gidildiği ve hükmün yürürlükten kaldırıldığını görüyoruz¹⁰.

Alman Hukukunda da, sendikaların ücretlerin endekslenmesi konusundaki hükümleri (Indexklauseln) toplu iş sözleşmesi özerkliğine müdahale gerekçesiyle kabul etmedikleri ve bu gibi hükümler koymaktan kaçındıkları belirtilmektedir^{11,12}. Ücretlerin toplu iş sözleşmeleri ile

“Süresi sona eren toplu iş sözleşmesinin ardından işverenin yürürlüğü sona eren hükümlere göre yeniden ücret artışı yapma zorunluluğu bulunmamaktadır.”

endekslenmesi diğer Avrupa devletlerinde de tartışmalı bir konuyu oluşturmaktadır¹³.

Buna karşılık hukukumuz uygulamasında, ücretlerin endekslenmesine ilişkin hükümler yaygın bir şekilde görülmektedir. Nitekim asgari ücretteki artışlara¹⁴ ya da, yaygın şekilde görüldüğü üzere DİE (TÜFE) istatistiklerine bağlı endekslemeler yapılmakta ve ücretlerin enflasyon karşısındaki erimesinin önüne geçilmek istenmektedir. Ancak iş hukukumuz bakımından bu gibi hükümlerin ekonomik etkilerini dikkate alarak sınırlandıran özel bir düzenleme de mevcut bulunmamaktadır.

IV. Endeksleme Hükümlerinin Sonraya Etki Etme Sorunu

1. Yargıtayın Görüşü

Ücretlerin endekslenmesine ilişkin hükümler daha önce de Yüksek Mahkeme'nin önüne gelmiştir. Nitekim Yargıtay, ücretlerin bu konuda vermiş olduğu kararlarda, bir toplu iş sözleşmesinin yürürlük sonrasında yeni bir hak getiremeyeceği gibi bir düşünceden hareket ederek, bu nitelikteki hükümlerin sonraya etkisinin olmayacağı sonucuna ulaşmıştır¹⁵. İnceleme konusu yaptığımız kararda da “...2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununun 6. maddesinde, süresi sona eren toplu iş sözleşmesi hükümlerinin iş sözleşmesi hükmü olarak devam edeceği şeklindeki düzenleme, kazanılmış hakların korunması amacına yöneliktir. Süresi sona eren toplu iş sözleşmesinin ardından işverenin yürürlüğü sona eren hükümlere göre yeniden ücret artışı yapma zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu itibarla mahkemece 1.1.2005 tarihinden sonraki dönem için, süresi sona eren toplu iş sözleşmesinde

her altı ayda bir zam öngörüldüğü gerekçesiyle ücret artışına gidilmesi hatalı olmuştur.” anlamına yer verilmiş ve bu şekilde aynı hukuki sonuç devam ettirilmiştir.

Bu noktada hukuki sorunun çözümünde, özellikle iki noktaya yanıt aranması yerinde olacaktır. İlk olarak sonraya etki kuralının niteliği üzerinde durulmalı ve tarafların TİS hükümlerinin “hizmet akdi” olarak devamını engelleyip engelleyemeyecekleri açıklığa kavuşturulmalıdır. İkinci olarak ise, sonraya etkinin her türlü muhteva normunu kapsayıp kapsamadığı noktası sorgulanarak değerlendirmeye gidilmesi isabetli olacaktır.

2. Sonraya Etkiye İlişkin Hükümün Hukuki Niteliği

Toplu iş sözleşmesi hükümlerinin sonraya etkisi bağlamında ortaya atılan bir görüşe göre, 2822 sayılı Kanun'un 6. maddesinin son fıkrasının uygulanmasının toplu iş sözleşmesi taraflarınca engellenebilmesi mümkün değildir¹⁶. Buna göre, hukukumuzda hizmet akdine dönüşen toplu iş sözleşmesi kurallarının aksinin kararlaştırılabilmesi, artık hizmet akdi hükmü sayılmalarının doğal bir sonucudur. Oysa sonraya etki kuralı, toplu iş sözleşmesi kapsamı içindeki tüm hizmet akitlerinin toplu iş sözleşmesi sona erdikten sonraki durumlarını düzenleyen bir kuraldır. Burada amaç, mevcut hizmet akitlerini, sona eren toplu iş sözleşmesi hükümleri ile donatarak ve bütünleştirerek, işverenin tek yanlı müdahalesinden kurtarmaktır. Bu anlamda sonraya etki kuralı, tam anlamıyla bir koruyucu iş hukuku kuralı işlevini yerine getirmektedir. Bu nedenle gerek kamu düzeni ve gerekse de iktisaden zayıfın korunmasını sağlaması bakımından sonraya etki kuralı zorlayıcı (emredici) nitelikte kabul edilmelidir¹⁷.

Öğretide ileri sürülen bu görüşlerin kanımızca kabul edilmesi mümkün değildir. Gerçekten, toplu iş sözleşmesi tarafları, toplu iş sözleşmesi hükümlerini belirleme konusunda, Anayasa ve kanunlarla belirlenmiş olan sınırlar içinde kalmak kaydıyla tamamen serbesttir. Hukukumuzda toplu iş sözleşmesinin normatif hükümler içermesi gerektiği ve salt borç doğurucu hükümler içeren bir sözleşme yapılamama-

yacağı kabul edilmekle birlikte, zorunlu olarak toplu iş sözleşmesinde yer alması gereken hususlar hakkında bir düzenleme yapılmamıştır. Dolayısıyla, toplu iş sözleşmesi tarafları çalışma koşulları ile ilgili olarak istedikleri konuları toplu iş sözleşmesinin normatif hükümleri arasında düzenleyebileceklerdir. Tarafların bu düzenleme serbestisine dayanarak, toplu iş sözleşmesinin yürürlük süresi içinde, yine anlaşmak suretiyle, istedikleri değişiklikleri yapabilmelerine, hatta mevcut hükümleri tamamen ortadan kaldıracılarına da bir engel yoktur. Buna göre, böyle geniş bir serbesti içinde hareket edebileceği kabul edilen sosyal tarafların, düzenledikleri hükümleri belirli şartlara ya da vadelere bağlamalarına ve bu koşulların gerçekleşmesi ile sözleşme hükümlerinin uygulanmasının son bulacağını kararlaştırmalarına da bir engel yoktur. Nitekim, Alman Hukukunda da, toplu iş sözleşmesindeki bazı hükümlerin sonraya etkisinin engellenebileceği ve toplu iş sözleşmesinin sonraya etkisine ilişkin yasal düzenlemenin emredici nitelikte olmadığı kabul edilmektedir¹⁸.

Sonuç olarak, toplu iş sözleşmesi taraflarının, toplu iş sözleşmesindeki hükümleri belirli bir süre veya tarih ile sınırlandırması ve sonraya etkisini önlemesi mümkündür¹⁹. Tarafların sözleşmenin sonraya etkisini engellemeleri açık bir toplu iş sözleşmesi hükmü ile olabileceği gibi, böyle bir açıklığın bulunmadığı durumlarda, sözleşmenin yorumu sonucunda da ortaya konulabilecektir²⁰.

3. Sonraya Etki Edecek Hükümlerin Kapsamı ve Endeksleme Hükümleri

2822 sayılı Kanun'da, toplu iş sözleşmesinin hizmet akdi olarak devam edecek hükümleri açıkça "hizmet akdine ilişkin hükümler" olarak gösterilmiştir. Bu düzenleme ile, toplu iş sözleşmesinin sona ermesiyle devam edebilecek hükümlerin hangileri olduğu belirtilmeye çalışılmıştır. Nitekim, 2822 sayılı Kanun'un bu hükmü toplu iş sözleşmesinin hükümleri konusundaki genel ayırım dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Yukarıda da ayrıntılı olarak incelediğimiz gibi, toplu iş sözleşmesi "borç doğurucu" ve "normatif hükümler" olmak üzere

re ayrı hukuki etki ve sonuçları olan hüküm gruplarının birleşmesinden oluşmaktadır. 2822 sayılı Kanun'un toplu iş sözleşmesinin sonraya etkisi ile ilgili düzenlemesi dikkate alındığında, toplu iş sözleşmesinin borç doğurucu hükümlerinin sözleşmenin bitimi ile birlikte ortadan kalktığı kabul edilmelidir²¹. Zira Kanunda açıkça "hizmet akdine ilişkin" hükümlerin devamından söz edilmiştir. Toplu iş sözleşmesinin hizmet akdine ilişkin hükümleri de esas olarak normatif hüküm grubu içinde yer almaktadır.

Toplu iş sözleşmesinin borç doğurucu hükümlerinin, sözleşmenin bitimi ile sona ereceği kabul edilmekle birlikte öğretide ileri sürülen²² bir görüşe göre, tarafların kendi aralarında yapacakları bir borçlar hukuku sözleşmesi ile borç doğurucu hükümlerin devamını kararlaştırmaları mümkün sayılmalıdır. Kanımızca, söz konusu görüşün mutlak olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Zira, bu görüşün kabulü tarafların toplu iş sözleşmesinin süresinin dışında kalan bir dönemde yaptıkları sözleşmeye "toplulu iş sözleşmesi" niteliğinin tanınması olacaktır ki, bunun yürürlükteki düzenlemelerle bağdaşmayacağı açıktır. Gerçekten, hukukumuzda, toplu iş sözleşmesi yapılması için katı sayılabilecek ehliyet, yetki ve prosedür koşulları öngörülmüş ve toplu iş sözleşmesinin süresi de emredici olarak düzenlenmiştir. Bunun yanında, sadece borç doğurucu hükümler taşıyan bir sözleşmenin yapılması da mümkün sayılmamıştır. Dolayısıyla tarafların borçlar hukukuna ilişkin hükümlerin devamına ilişkin olarak imzaladıkları bir sözleşmeyi 2822 sayılı Kanun anlamında bir toplu iş sözleşmesi olarak değerlendirmek ve buna bağlı sonuçları uygulamak mümkün değildir²³.

Toplu iş sözleşmesinde yer alan hizmet akdinin muhtevasına ilişkin hükümler, hizmet akdi hükmü olarak devam edebilecektir. Gerçekten, 2822 sayılı Kanun'un 6. maddesinde, sonraya etki edebilecek toplu iş sözleşmesi hükümleri "hizmet akdine ilişkin hükümler" şeklinde ifade edilmiştir. Bu anlatımdan, sonraya etki eden toplu iş sözleşmesi hükümlerinin, hizmet akdinin muhtevasına ilişkin hükümler olduğu sonucuna ulaşılabilir. Buna göre, örneğin ücretlere, izinlere, çalışma süresine ilişkin hükümler,

hizmet akdinin muhtevasına dahil olacak ve bu şekilde devam edebilecektir^{24, 25}.

İş sözleşmesinin muhtevasına ilişkin hükümler olduğu konusunda kuşkusuz bulunmayan endeksleme hükümlerinin sonraya etkisi ise duraksama yaratmaktadır. Nitekim inceleme konusu yaptığımız kararda da olduğu üzere, Yüksek Mahkeme bu gibi hükümleri, toplu iş sözleşmesinin yürürlük sonrasında yeni bir hak getiremeyeceği gibi bir düşünceden hareket ederek sonraya etki edecek hükümler kapsamında değerlendirmemektedir.

Kanımızca ücretlerin endekslenmesine ilişkin TİS hükümlerinin etkisinin olup olmayacağı konusunda iki şekilde değerlendirme yapılabilir.

İlk olarak söz konusu hükümlerin sonraya etki etmesine engel bulunmadığı savunulabilir. Nitekim, öğretide bazı yazarlar Yüksek Mahkeme'nin bu görüşünü eleştirmekte²⁶ ve isabetli bulmamaktadır. Sağlam'a göre, Yargıtay'ın bu görüşü, sonraya etki kuralının varlık nedeni ile bağdaşmamaktadır²⁷. Buna göre, tarafların ücretleri endekslemelerine ilişkin hükümlerin sonraya etkisine yasal bir engel bulunmamaktadır. Bir toplu iş sözleşmesinin yürürlük süresi dışında yeni bir hak getirememesi gibi bir gerekçe de hukuki temelden yoksundur. Dolayısıyla, ücretlerin endekslenmesine ilişkin hükümlerin sonraya etki etmesi bu görüşe göre mümkün sayılmalıdır. Doğan Yenisey'e göre de, toplu iş sözleşmesinin ücret zamlarına ilişkin hükmü, TİS'in yürürlük süresi ile sınırlandırılmamış ise, sonraya etkili olması gereken bir düzenleme niteliği taşımaktadır²⁸.

Öğretideki bu görüşten hareket edilerek anılan hükümlerin sonraya etkisi kural olarak kabul edilecektir. Ancak bu durumda sözleşme hükümlerinin yorumu sorunu gündeme gelecek ve tarafların iradesinin bu yolda olup olmadığı sorgulanmak gerekecektir. Nitekim, yukarıda da belirttiğimiz üzere, toplu iş sözleşmesi taraflarının, toplu iş sözleşmesindeki hükümleri belirli bir süre veya tarih ile sınırlandırması ve sonraya etkisini önlemesini mümkün görmek gerekmektedir. Dolayısıyla, ücretlerin endekslenmesine ilişkin hükümlerin sonraya

etkisi yine taraflarca engellenebilecektir. Taraflar bu hükümlerin sonraya etkisinin mümkün olmayacağını, sözleşmeye koyacakları bu yöndeki açık bir hükümle ifade edebilecekleri gibi, böyle bir iradelerinin olup olmadığı, bir açıklığın bulunmadığı durumlarda, sözleşmenin yorumu sonucunda da ortaya konulabilecektir. Nitekim, öğretide de belirtildiği üzere, sözleşme taraflarının “bu sözleşmenin yürürlük süresi içinde asgari ücretlerin yeniden saptanması halinde bu yeniden saptanan asgari ücretle, bir önceki yasal asgari ücret arasındaki fark işçiye....munzam bir zam olarak verilir.” şeklinde bir hükme yer vermeleri halinde, bu hükmün uygulanma zamanının, sözleşmenin yürürlük süresi ile sınırlı olduğu düşünülebilecektir. Buna göre, “sözleşmenin yürürlük süresi içindeki” sözcükleri, ücretlerin endekslenmesine ilişkin hükmün, ancak sözleşme süresince uygulanabileceğini ve sonraya etkisinin olmayacağını ortaya koyan bir ibare olarak yorumlanabilecektir²⁹.

Toplu iş sözleşmesinde yer alan endeksleme hükümlerinin sonraya etkisi kabul edildiğinde, çoğu zaman belirttiğimiz şekilde bir yorum sorunu ile karşılaşılacaktır. Gerçekten, özellikle işveren tarafının iradesinin, TİS zamlarını TİS'in yürürlük süresi dışında da aynen geçerli kılmaya yönelik olduğunu söylemek de pek gerçekçi gözükmemektedir. Üstelik anılan sözleşme hükümlerinin düzenleniş biçimi, bunların TİS süresi ile sınırlı olduğu yolundaki yorumları destekleyecektir. Örneğin “...1.1.2011'den itibaren ücretlere TÜFE endekslerine 1 puan ilave edilerek zam yapılır.” şeklindeki hükmün uygulanmasının 1.1.2011 tarihi ile sınırlı olduğu daha kolay bir şekilde savunulabilecektir. Dolayısıyla, aksi yönde bir açıklık olmadığı sürece, bu görüşten hareket edilse dahi, TİS'in yorumu yoluyla endeksleme hükümlerinin TİS sona erdikten sonra dahi geçerli olmaya devam edeceği sonucuna varmak bizce oldukça güçtür³⁰.

Buna karşılık, ikinci olarak, Yargıtay'ın yaptığı değerlendirmenin isabetli olduğu düşünülecek olur ise, endeksleme hükümlerinin sonraya etkisi kesin biçimde reddedilecektir. Burada ise sözleşmenin yorumu ile ilgili tartış-

malar anlamını yitirmektedir; zira, söz konusu hükümlerin dahi başlangıçta sonraya etkisi reddedilmektedir.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, endeksleme hükümleri Batı'da genel olarak ekonomik sonuçları itibariyle eleştirilen bir düzenleme türü olmuş, sosyal tarafların revizyon koşulları ile hayat pahalılığı karşısında değişiklik yapmaları yolu tercih edilmiştir. Bu bağlamda, anılan "échelle mobile" hükümlerine, TİS'in süresini aşan, deyim yerindeyse "kalıcı" bir nitelik kazandırmanın yerinde olmadığı da söylenebilecektir.

Sonuç olarak, Yüksek Mahkeme'nin kararında vardığı sonucun isabetli olduğunu düşünürüz³¹. Aksi görüşün kabul edilmesi durumunda, sözleşmenin yorumu sorunu ile karşılaşılacak ve belirttiğimiz üzere, işveren tarafın iradesinin zamların TİS süresini aşar şekilde uygulanması yönünde olduğunun kabul edilmesi güçlük arz edecektir. Bu şekilde yorum tartışmalarına girmektense, Yüksek Mahkeme'nin değerlendirmesini benimsemek bizece daha yerinde olacaktır.

DİPNOTLAR

- 1 Toplu İş Sözleşmesinin Ard Etkisi ve Kazanılmış Hakların Korunması, Haziran 2010, MESS Sicil, 165. vd.
- 2 Bu maddenin 2822 sayılı Kanun'da düzenlenmesi sırasında eski metne yapılan eklemeye düzenlemenin esasını etkilemiş değildir. Yürürlükteki Kanun, eski Kanundaki hükme sadece "hizmet akdine ilişkin" ibaresinin eklenmesi suretiyle ortaya konulmuştur. Bunun, hükmün anlamını değiştirmeye yönelik olmadığı ve sadece düzenlemeye açıklık kazandırmak için yapıldığı düşünülebilir. Bununla birlikte, toplu iş sözleşmesinin "hizmet akdi hükmü" olarak devam edebilecek hükümlerinin zaten hizmet akdine ilişkin olan hükümler olduğu göz önüne alındığında, maddeye eklenen hizmet akdine ilişkin ibaresinin, sanıldığı aksine maddeye bir açıklık getirmediği sonucuna ulaşmak mümkündür. Bkz. F. Sağlam, İHU, TSGLK m.6 (No.3).
- 3 F. Şahlanan, Toplu İş Sözleşmesi, İstanbul 1992, 115-116; bkz. K. Doğan Yenisey, Sona Eren Toplu İş Sözleşmesinin Hükümlerinin Hukuki Niteliği Üzerine Bir Deneme, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, 611 vd.
- 4 S. Reisoğlu, 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi, Ankara 1986, 114; Çelik, Sona Eren Toplu İş Sözleşmesinin Etkisi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 15. Yıl Armağanı, İstanbul 1991, 166; Şahlanan, Toplu İş Sözleşmesi, 115-116; E. İren, Türk İş Hukukunda Toplu İş Sözleşmesi Hükümleri ve Hizmet Akitleri Üzerindeki Etkileri, Ankara 1998, 75.

- 5 Reisoğlu, Şerh, 114; Şahlanan, Toplu İş Sözleşmesi, 116; Tuğ, Toplu İş Sözleşmesi, Ankara 1996, 148.
- 6 Nikisch, Arbeitsrecht, 2.Band Koalitionsrecht, Arbeitskampfrecht und Tarifvertragsrecht, 2.Auflage, Tübingen 1959 (Nikisch II); 389 vd; Hueck/Nipperdey, Tarifvertragsgesetz (Kommentar), München/Berlin 1964, 537 vd, Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz, Kommentar, München 1992, 289 vd.
- 7 M. Despax, Négociations, Conventions et Accords Collectifs, Droit du Travail, Paris 1989, 403 vd; Remy, Effet Normatif des Accords Collectifs et Représentation des Salariés à la Lumière Des Droits Français et Allemand de la Convention Collective, dok. tezi, Paris X, Nanterre, 1998, 542 vd; Colin, Conventions et Accords Collectifs à l'Épreuve du Temps, dok. tezi, Nantes 1998, 340 vd; Fransız Hukukunda, bireysel kazanılmış hakların kapsamı üzerinde yoğun şekilde tartışmalar yapılmaktadır. Özellikle, feshe ilişkin toplu iş sözleşmesi düzenlemeleri konusunda bu tartışmalar yoğunluk kazanmıştır. Gerçekten, dar bir yorum kabul edildiğinde, fesih tazminatları, hizmet akdi henüz feshedilmemiş bir işçi için kazanılmış hak niteliğinde olmamaktadır. Buna karşılık, geniş bir yorum kabul edildiğinde aksi bir sonuca varmak mümkündür (Soc. 3 Mars 1965 Bull.civ. IV. No.180-183; 16 Nov. 1983, Bull civ. No.553). Fransız Yüksek Mahkemesi, yeni kararlarında kazanılmış hakkın muhtemel bir hak olmadığını, fiilen kazanılmış olması gerektiğini kabul etmiştir. Buna göre, fesih tazminatının ancak, hizmet akdinin feshi söz konusu olduğu zaman kazanılmış hak sayılması mümkündür. Bundan önce kazanılmış bir hak oluşturması mümkün değildir (Bkz. Chauchard, Conventions et Accords Collectifs (Régime Juridique), 24'de yer alan kararlar).
- 8 R. Blanpain, Labour Law in Belgium, Kluwer Law International, Bruxelles 1996,275; aynı şekilde Yunan Hukukunda da toplu iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra, hizmet akitlerinin toplu iş sözleşmesinin yürürlüğü sırasında biçimlendikleri şekilde uygulanmaya devam edeceği öngörülmüştür (Aliprantis, La Place de la Convention Collective dans la Hiérarchie des Normes, Paris 1980, 266-267).
- 9 Ücretlerin endekslenmesine ilişkin hükümlerin hukuki geçerliliği tartışmalı bir konuyu oluşturmaktadır. Fransız Hukukunda 30 Aralık 1958 tarihli Tüzüğü'nün 79. maddesi ücretlerin belirlenmesine ilişkin önemli bir sınırlama getirmiştir. Bu hüküm ile, toplu iş sözleşmelerinde ücretlerin, asgari ücretteki artışlara, fiyatların genel seviyesine ve işletmenin faaliyeti ile doğrudan ilgisi olmayan fiyat ve mallara endekslenmesi yasaklanmıştır. Daha sonra bu sınırlama kanuna aktarılmıştır (L.141-9). Nitekim, Fransız Hukukunda ücretlerin endekslenmesine ilişkin söz konusu yasaklama, ekonomik gerekçelere ve özellikle ücretlerin endekslenmesine ilişkin hükümlerin enflasyonist olduğu yolundaki görüşlere dayandırılmakta ve mutlak kamu düzenine ilişkin kabul edilmektedir. Dolayısıyla, ücretlerin endekslenmesine ilişkin bir toplu iş sözleşmesi hükmü, işçinin yararına olsa da geçerli olması mümkün değildir (N. Aliprantis, 180-181; Rotschild-Souriac, Les Accords Collectifs au Niveau d'Entreprise, Paris 1986 (dok. tezi), 799 vd.
- 10 Ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 art. 12 I, Journal Officiel du 13 mars 2007, en vigueur au plus tard le 1er mars 2008.
- 11 Bkz. Kessler, Le Droit des Conventions Collectives en Re-

- public Federal Allemagne, Strasbourg 1986 (dok. tezi), 429 ve dn.3'de yollama yapılan yazarlar; F.B. Niat, La Libre Négociation des Salaires: Mythe ou Réalité?, dok. tezi, 562 vd; İsviçre Hukukunda ücretlerin endekslenmesi konusunda bkz. Heither, Das Kollektive Arbeitsrecht der Schweiz, Stuttgart 1968, 101 dn. 1.
- 12 Alman Hukukunda, toplu iş sözleşmesi taraflarının, ücretlerin hayat pahalılığı karşısında erimemesi için, daha kısa süreli sözleşmeler yaptıkları ya da belirli koşulların gerçekleşmesi durumunda (özellikle belirli bir yükselmenin gerçekleşmesi gibi), toplu iş sözleşmesinin sona ermesine ilişkin düzenlemeler (Kündigungsklausel) yaptıkları belirtilmektedir. Buna göre, toplu iş sözleşmesi taraflarının ölçüt olarak aldıkları endeks, öngörülen seviyeyle geldiğinde, tarafların sözleşmeyi feshetme hakkı doğmaktadır (Kessler, 430).
- 13 Bu konuda mukayeseli bir inceleme olarak bkz. Niat, La Libre Négociation des Salaires: Mythe ou Réalité?, 552 vd.
- 14 Yargıtay, toplu iş sözleşmesinde, asgari ücretin yeniden tespiti halinde, bütün ücretlere asgari ücret artış farkı kadar bir yükseltme yapılacağı kabul edilmiş ise, ücretlerin asgari ücretin altında veya üstünde olduğuna bakılmaksızın her kademedeki ücrete fark kadar gerekli yükseltmenin yapılmasının gerekeceği, böyle bir hüküm olmayan durumlarda, işçinin ücreti asgari ücretinin üstünde ise, yeni bir zam yapılmasının gerekmeyeceği sonucuna ulaşmıştır (Y.9.HD 11.4.1977, E.1977, K. 5785, Erkul, Yargıtayın 1977 Yılı Kararları, 77-79).
- 15 Y.9.HD, 22.5.1984, E.1984/5085, K.1984/5676 ve F. Sağlam'ın incelemesi, İHU, TSGLK m. 6 (No.3); Y.9.HD, 8.12.1987, E.1987/2967, K.1987/10766, C. İ. Günay, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Hukuku, Ankara 1999, 194 dn. 25).
- 16 M. K. Oğuzman, Hukuki Yönden İşçi-İşveren İlişkileri, İstanbul 1987, 85; Sağlam, İHU TSGLK m.6 (No.3); Tuncay da toplu iş sözleşmesinin sonraya etkisine ilişkin kuralın emredici nitelikte olduğunu kabul etmektedir (Toplu İş Hukuku, 166-167); aynı yönde: Güven/Aydın, İş Hukuku, Eskişehir, 1999, 269.
- 17 Sağlam, İHU TSGLK m.6 (No.3); Güven/Aydın, 269.
- 18 Hueck/Nipperdey II, 544; Hagemeyer/Kempen/Zachert/Zilius, Tarifvertragsgesetz, Kommentar für die Praxis, Köln: Bund-Verlag, 1984 471; Haener, 85; Schaub, Arbeitsrecht Handbuch, München.1996, 1700; Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht, München 1998, 409.
- 19 Çelik, Sona Eren Toplu İş Sözleşmesinin Etkisi, 171-172; Tuğ, Toplu İş Sözleşmesi, 152; Reisoğlu'nun da belirttiği gibi, Kanunun sonraya etkiye ilişkin hükmünün emredici olduğuna ilişkin kanunda herhangi bir kayıt da mevcut değildir (Reisoğlu, Toplu İş Sözleşmeleri 253); C. Saraç, Toplu İş Sözleşmesinin Normatif Etkisi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, sayı: 4, 1992, 540.
- 20 Haener, 85.
- 21 Reisoğlu, Toplu İş Sözleşmeleri, 251; Çelik, Sona Eren Toplu İş Sözleşmesinin Etkisi, 170-171; aynı yazar, İş Hukuku Dersleri, 444-445; Oğuzman, İşçi-İşveren İlişkileri, 85; Tuncay, İş Hukukunun Esasları, 430; Akyiğit, Sona Eren Toplu İş Sözleşmesinde Sonraya Etki Problemi, Tühis, Kasım 1991, 14; Tuncay, İHU, TSGLK m.3 (No.3); bkz. Şahlanan, Toplu İş Sözleşmesi, 117 dn. 22; Güzel, Yargıtayın 1996 Yılı Kararları, 198-199; Tuğ, Toplu İş Sözleşmesi, 150; Tuncay, Toplu İş Hukuku, İstanbul 1999, 166; Günay, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Hukuku, 193; Güven/Aydın, 268.
- 22 Reisoğlu, Şerh, 115; Günay, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Hukuku, 193-194.
- 23 Bkz. E. Özdemir, Toplu İş Sözleşmesinin Normatif Hükümleri ve Hizmet Akdine Etkileri, doktora tezi, İstanbul 1999, 390 vd.
- 24 Çelik, Toplu İş Sözleşmesinin Hükümleri, 78; aynı yazar, Sona Eren Toplu İş Sözleşmesinin Etkisi, 170; Şahlanan, Toplu İş Sözleşmesi, 119; Ekonomi, İHU, TSGLK m.6 (No.4); E. Akyiğit, Sona Eren Toplu İş Sözleşmesinde Sonraya Etki Problemi, 14-15; Alman Hukukunda da muhteva normlarının sonraya etkisi açıkça kabul edilmektedir: Hueck/Nipperdey II, 541; Wiedemann/Stumpf, 518; Löwisch/Rieble, 292; Remy, 538.
- 25 Yargıtaya göre "...hizmet akdi olarak devam etmiş bulunan 1.1.1990-31.12.1991 yürürlük süreli toplu iş sözleşmesinin 41. maddesinde gece çalışmaları ve fazla çalışma ücretleri düzenlenmiştir. Buna göre 20 ila 06 arası çalışmalar gece çalışması süresi olup %50 zamlı ödenmesi gerekir. Dosyadaki bordrolardan 1.1.1992 tarihine kadar ödenen gece zammı, daha sonra ödenmemiştir. Tanık beyanlarına göre davacı sürekli gece çalışmıştır.....O halde çalışma şekli ve süresi değişmeyen davacı için uyumsuzluk konusu dönem için yaptığı gece çalışmalarının tespit edilecek miktarının hüküm altına alınması gerekir." anlatımına yer vererek, toplu iş sözleşmesinin gece çalışmaları ve fazla çalışmalara ilişkin hükümlerinin hizmet akdi hükmü olarak devam edeceğini açıkça kabul etmiştir (Y.9.HD, 2.7.1996 E.1995/19122, K.1996/15102, Günay, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Hukuku, 227).
- 26 Çelik, Sona Eren Toplu İş Sözleşmesinin Etkisi, 175-176.
- 27 İHU, TSGLK m. 6 No.3.
- 28 Doğan Yenisey, Toplu İş Sözleşmesinin Ard Etkisi ve Kazanılmış Hakların Korunması, Haziran 2010, MESS Sicil, 172.
- 29 Oğuzman, İşçi-İşveren İlişkileri, 85, dn.98a
- 30 Krş. Doğan Yenisey, Toplu İş Sözleşmesinin Ard Etkisi ve Kazanılmış Hakların Korunması, Haziran 2010, MESS Sicil, 171-172; Özdemir, Toplu İş Sözleşmesinin Normatif Hükümleri ve Hizmet Akdine Etkileri, doktora tezi, İstanbul 1999, 396-397.
- 31 Buna göre, doktora tezimizde kabul ettiğimiz aksi görüşten vazgeçtiğimizi ve Yüksek Mahkeme'nin görüşüne katıldığımızı belirtmek isteriz (Bkz. ve krş. E. Özdemir, Toplu İş Sözleşmesinin Normatif Hükümleri ve Hizmet Akdine Etkileri, doktora tezi, İstanbul 1999, 397 vd).

Doç. Dr. Serkan ODAMAN

Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Sendika Yöneticisinin Ücretinin Belirlenmesi

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2010/22982

Karar No : 2010/26099

Tarihi : 28.09.2010

DAVA

Taraflar arasındaki, ücret, ikramiye, giyim yardımı, bayram harçlığı, yıllık izin harçlığı, yıllık izin ücreti, yolluk alacağı, hizmet ödeneği alacaklarının ödetilmesi davasının yapılan yargılaması sonunda; ilamda yazılı nedenlerle gerçekleşen miktarın faiziyle birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine ilişkin hüküm süresi içinde temyizden incelenmesi taraflar avukatlarınca istenilmesi ve davalı avukatınca da duruşma talep edilmesi üzerine dosya incelenerek işin duruşmaya tabi olduğu anlaşılmış ve duruşma için 28.09.2010 salı günü tayin edilerek ta-

raflara çağrı kâğıdı gönderilmişti. Duruşma günü davalı adına Avukat M. Ö. ile karşı taraf adına Avukat H. A. geldiler. Duruşmaya başlanarak hazır bulunan avukatların sözlü açıklamaları dinlendikten sonra duruşmaya son verilerek Tetkik Hâkimi Ş. Ç. tarafından düzenlenen rapor sunuldu, 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 vekili dava dilekçesinde; davacının, davalı Öz O. İş Sendikası ile birleşen T. O. İş Sendikasının kurucusu ve yönetim kurulu üyesi olduğunu, birleşme kararı alan T. O. İş Sendikasının 25-26 Ekim 2003 tarihinde yapılan genel kurul toplantısında

yönetim kurulu üyeliğine seçildiğini, 2007 yılında yapılan genel kurulda ise bir kısım alacakların kabul edildiğini, bu alacakların bütçeye geçtiğini, daha sonra müvekkilinin kandırılarak bir kısım alacaklarından feragat ettirildiğini, bugüne kadar alacakların ödenmediğini belirterek, genel kurulda kabul edildiği şekli ile ücret, ikramiye, giyim yardımı, bayram harçlığı, yıllık izin harçlığı, yıllık izin ücreti, yolluk alacağı, hizmet ödeneği alacağı, Tüzüğün 48/i maddesinden kaynaklı alacak ve şahsi alacakların toplamı olan 318.000,00 TL'nin temerrüt tarihlerinden itibaren faizleri ile birlikte davalıdan tahsili isteğinde bulunmuştur.

Davalı vekili cevap dilekçesinde, sendika kayıtlarında davacının sunduğu gibi bir bütçenin olmadığını, fotokopi olarak mahkemeye sunulan belgede tahrifat yapılmış olabileceğini, sözde bütçenin uygulandığı dönemde (2003-2007) sendikanın bir gelirinin de olmadığını, aksine büyük miktarlarda borcunun bulunduğunu, geliri olmayan bir sendika yöneticisinin asgari ücretin 26 katı ücret almasının mümkün olamayacağını savunmuştur. Yine cevap dilekçesinde, aslı olmayan bu bütçe karşısında yönetim kurulu üyelerinin ücretlerinin belirlendiği, ancak gelen tepkiler üzerine davacının alacağının % 40'ından feragat ettiği belirtilmiştir.

Mahkemece, ücretinin ve dava konusu edilen diğer alacakların genel kurulda karara bağlandığı, söz konusu hak ve alacaklara sendika bütçesinde yer verildiği belirtilerek, davacının söz konusu alacakları istemesine hukuki bir engel bulunmadığı kabul edilmiş, davacının bir kısım alacaklarından feragati üzerine bu durumun sendika yetkili kurullarında görüşüldüğü ve feragatin geçerli olduğu, dava konusu edilen miktarların yüksek çıkmasının alacağın genel kurulda karara bağlanması ve bütçede yer alması nedeni ile istenmesine engel teşkil etmediği gerekçesiyle, feragat dışında kalan kısmın kabulünün gerektiği belirtilerek, dava ve ıslah dilekçelerinde talep edilen alacaklardan

toplam 583.772,63 TL'nin kabulüne dair karar verilmiştir.

Davacının T. O İş Sendikasının kurucusu olduğu, 26.10.2003 tarihinde yapılan genel kurulda yönetim kuruluna seçildiği, bu görevini 6/7 Nisan 2007 tarihinde yapılan 2. Olağan genel kurula kadar sürdürdüğü, 3.5.2008 tarihli genel kurul kararı ile sendikanın Öz O. İş Sendikasına katıldığı hususlarında taraflar arasında bir uyuşmazlık bulunmamaktadır.

Temel tartışma, 2003 yılı genel kurulunda bütçe konularında bir karar alınıp alınmadığı, şayet tahmini bütçe uygulamasına dair bir karar alınmışsa, ücret ve eklerine dair yapılan belirlemenin geçerli olup olamayacağı noktasındadır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, 25/26 Ekim 2003 tarihinde yapılan genel kurulda karara bağlanan tahmini bütçe uygulamasına dair belge aslı bulunmasa da, sözü edilen bütçe uygulamasını gösteren fotokopi bir belge sunulmuş ve sendika muhasebe kayıtlarında aynı bütçe uygulamasına yer verilmiştir. Davanın dayanağını oluşturan tahmini bütçe uygulamasına dair hususlar daha sonra da sendikanın yönetim kurulu kararlarında yer almış ve davacının alacağının yüksek miktarlara ulaşması ve sendikada tepki toplaması sebebiyle davacı alacağının bir kısmından feragat etmiştir. Dosya içeriğine göre 2003 yılında yapılan genel kurul toplantısında tahmini bütçe ile ilgili karar alındığı ve sendika tarafından bütçe uygulamasının kayıtlara geçirildiği anlaşılmaktadır. Davalı sendikanın bu yöne ilişkin temyiz itirazları yerinde görülmemiştir.

Sendikalar Kanununun 2. maddesinde sendika; "işçilerin veya işverenlerin çalışma ilişkilerinde ortak ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için meydana getirdikleri tüzelkişiliğe sahip kuruluşlar" olarak tanımlanmıştır. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere sendikanın tüm faaliyetleri kuruluş amacıyla sınırlıdır. Sendikanın, üyelerinin ekonomik ve sosyal

haklarını korumak ve geliştirmek dışında bir amaca yönelmesi mümkün değildir.

Sendikalar Kanununun 45. maddesinde, sendikaların ve şubelerin yönetim kurulu üyeleri ile başkanlarına verilecek ücretler, her türlü ödenek, yolluk ve tazminatların genel kurul tarafından tespit olunacağı açıkça hükme bağlanmıştır. Bu yetki doğrudan sendika genel kuruluna ait olup, yönetim kuruluna devri de mümkün değildir. Düzenlemede ücretlerden başka “her türlü ödenek” ifadesine yer verildiğine göre yönetim kurulu üyeleri için belirlenecek olan para ve para ile ölçülebilir her türlü hak ve menfaatin de genel kurul tarafından tespit edilmesi bir zorunluluktur. Sözü edilen ödemelerin tüm ayrıntıları ile basit ve anlaşılır biçimde genel kurulda tartışılması ve karara bağlanması gerekir. Ücret, ücretin eklerinin ve diğer menfaatlerin miktarı, hesap yöntemi, ödenme şekli ve zamanı gibi hususlar, herhangi bir üye veya delegenin anlayabileceği şekilde ve denetlemeye elverişli biçimde basit, açık ve kesin olarak genel kurul kararında gösterilmelidir.

Aynı şekilde, bir sonraki genel kurulda yapılacak olan ibra işlemi öncesinde de yönetim kurulu üyelerine yapılan ödemelerin tüm ayrıntıları ile açıklanması gerekir. Bu şekilde sendika yöneticileri için ödenecek olan ücretler ve diğer haklar, şeffaflık ilkesine uygun olarak demokratik bir tartışma ortamında karara bağlanır ve geçerli bir ibra konusunda önemli bir aşama kaydedilir. Ayrıca, haksız ve zenginleşme amacına yönelen ücret tespitlerinin önüne geçilmiş olur.

Sendikalar Kanununun 44. maddesinde, sendika gelirlerinin Kanunda ve tüzüklerinde gösterilen faaliyetleri dışında kullanılmayacağı ve bağışlanamayacağı da emredici şekilde düzenlenmiştir. Anılan kural da, sendika yönetim kurulu üyelerinin ücretleri ve diğer haklarının tespitinde sendika genel kurulu tarafından dikkate alınmalıdır.

Sendika genel kurullarınca, 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 45. maddesi uyarınca

yönetim kurulu üyelerinin ücret ve diğer haklarının belirlenmesinde kural olarak serbest oldukları söylenebilirse de, sendikanın mali imkânlarının gözetilmesi gerektiği açıktır. Yine ücret ve diğer hakların tespitinde sendikanın Sendikalar Kanunu ile tüzükte yazılı olan amaçlarının göz ardı edilmemesi gerekir. Gerçekten sendika gelirlerini çok fazla aşan şekilde yönetim kurulu ücret ve diğer ödemelerinin kararlaştırıldığı bir durumda, sendikanın amaca uygun faaliyetleri için harcama yapabilmesine imkân da kalmayacaktır.

Sendikanın ana tüzüğünün 3. maddesinde, “üyelerin hak ve menfaatlerini çoğulcu ve özgürlükçü demokrasi anlayışı içinde etkin bir şekilde koruma ve geliştirme” sendikanın amaçları arasında gösterilmiştir.

Somut olayda, T. O İş Sendikasının 2003 yılında yapılan ilk genel kurul toplantısında 25.10.2003- 25.10.2007 arasında uygulanmak üzere genel merkez yönetim kurulu üyelerinin her biri için aylık olarak asgari ücretin 26 katının net ücret olarak ödeneceği kararlaştırılmıştır. Yine genel merkez profesyonel yöneticileri için yılda 4 brüt maaş tutarında ikramiye öngörülmüş, yılda iki defa 15'er günlük ücret tutarında giyim yardımı, Ramazan ve Kurban bayramları için birer maaş tutarında bayram harçlığı, ayrıca yıllık izin harçlığı ile yolluk ve hizmet ödenekleri öngörülmüştür. Sözü edilen dönemde sendikanın üye sayısı 143 olup, bağittığı bir toplu iş sözleşmesi de bulunmamaktadır. Aidat gelirleri ile genel kurulda karara bağlanan ücret ve diğer ödemelerin karşılaması imkânsız durumdadır. Sendikanın 2003 ve 2004 yıllarında 3 trilyon olan zararı, 2005 yılında 6 trilyona yaklaşmıştır.

Davacı ile sendika arasındaki ilişki, vekâlet sözleşmesine dayanmaktadır. Davacı aynı zamanda sendika üyesi olup, sendikanın kurucuları arasında yer almıştır. Üye sayısının azlığı nedeniyle delegeler yerine üyelerle toplanan genel kurulda belirtilen şekilde yüksek ücret kararlaştırılması, konuyla ilgili olarak toplantıya katılan üyelerin

yeterince bilgilendirilmediği sonucunu ortaya koymaktadır. Somut olayda sendikanın 143 üyeye sahip olduğu ve toplu iş sözleşmesi bağlanmadığı bir dönemde ödenmesi kararlaştırılan ücret ve diğer ödemeler, açık biçimde zenginleşme amacına yöneliktir. Bu durum, sendikaların yukarıda belirtilen kuruluş amaçlarına aykırı olduğu gibi, Türk Medeni Kanununun 2.maddesinde yazılı olan düzenlemeden hareketle, vekalet ilişkisinin kötüye kullanılması niteliğindedir.

Öte yandan sendikanın genel merkez yönetim kurulu üyesi olan davacının hiçbir ücret almadan görev yapması da düşünülemez. O halde, Sendikalar Kanunu ile diğer yasalarda sendika yöneticisine ödenmesi gereken ücret noktasında bir üst sınır getirilmemiş olması sebebiyle bu yönde bir boşluk olduğu kabul edilmeli ve sendikanın mali imkânlarına uygun bir ücret mahkemece belirlenmelidir. Bu itibarla davacının ücretinin sendikanın Kanun ve tüzükten doğan amaçları çerçevesinde tespiti gerekir.

Dosya içinde bulunan, 15.09.2009 tarihli bilirkişi heyet raporunda, üçüncü seçenek olarak davacıya ödenmesi gereken ücretin asgari ücretin 5 katı tutarında olabileceği varsayımına göre hesaplamaya gidilmişse de, her şeyden önce tahmini bütçe uygulamasını gösteren belgede aylık ücretler bakımından asgari ücretin brüt tutarının katları

olarak bir tespitte bulunulmamıştır, ikramiye yönünden açık biçimde “brüt maaş” ölçütü getirildiği halde, ücret yönünden sadece asgari ücret, ölçüt olarak alınmıştır. O halde brüt asgari ücret miktarına göre yapılan hesaplama bu yönüyle doğru değildir.

Öte yandan sözü edilen bilirkişi raporunda yapılan hesaplama sadece varsayım dayalı olup, dayanakları dosya içinde bulunmamaktadır. Mahkemece gerekirse bu yönde ücret araştırması yapılmalı ve konunun uzmanı olan 3 kişilik bilirkişi heyetinden rapor alınmalı ve sendikanın mali durumu ile amaçları doğrultusunda ve yukarıda belirtilen ilkeler de göz önünde bulundurulmak suretiyle davacının alabileceği ücreti belirlenmelidir. Buna göre, davaya konu istekler yönünden hesaplama yapılmalı ve davacıya yapılan ödemeler düşülmek suretiyle sonuçta gidilmelidir. Mahkemece eksik incelemeyle karar verilmesi hatalı olup kararın bu yönden bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, Davalı yararına takdir edilen 750,00 TL duruşma avukatlık parasının karşı tarafa yükletilmesine, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 28.9.2010 gününde oybirliği ile karar verildi.

KARARIN İNCELENMESİ

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 2. maddesine göre; işçilerin veya işverenlerin çalışma ilişkilerinde, ortak ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için meydana getirdikleri tüzelkişiliğe sahip kuruluşlara sendika denilir. Bu anlamda, sendikanın temel amacı, hangi kesim tarafından oluşturulduysa, o kesimin ortak hak ve menfaatlerini muhafaza etmek ve daha da geliştirmektir. Sendika tüm faaliyetlerini bu çerçevede yürütür, buna engel olabilecek tüm tasarruflardan kaçınır. Nitekim bu husus Anayasa'da belirtilmiştir. Burada

özellikle üzerinde durulması gereken husus ise, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerin korunması ve geliştirilmesinin yanında, bunun ortak amaçlar için yapılmasıdır. Bu anlamda, sendika bir kesimin ya da bazı kişi veya kişilerin avantajlar elde etmesi için karar alamaz, faaliyette bulunamaz ve harcama yapamaz.

Sendikaların faaliyetlerinin neler olduğu ise Sendikalar Kanunu'nun 32-33. maddelerinde sayılmıştır. Buna göre sendikaların söz konusu ortak amaca dönük faaliyetleri toplu iş sözleşmesi akdetmek, toplu iş uyuşmazlıklarında, ilgili makama, arabulucuya, hakem kurullarına,

iş mahkemelerine ve diğer yargı organlarına başvurmak, çalışma hayatından, mevzuattan, toplu iş sözleşmesinden, örf ve adetten doğan hususlarda işçileri ve işverenleri temsilen veya yazılı başvuruları üzerine, nakliye, neşir veya adi şirket mukaveleleri ile hizmet akdinden doğan hakları ve sigorta haklarında üyelerini ve mirasçıları temsilen davaya ve bu münasebetle açtığı davadan ötürü husumete ehil olmak ve grev veya lokavta karar vermek ve idare etmek şeklinde belirtilmiştir. 33. maddede ise sosyal faaliyetler sayılırken; çalıştırmayı doğuran hukuki ilişkilerde sosyal sigortalar, emeklilik ve benzeri hakların kullanılması ile ilgili olarak üyelerine ve mirasçılarına adli yardımda bulunmak, kanun ve uluslararası antlaşma hükümlerine göre toplanan kurullara temsilci göndermek, işçilerin veya işverenlerin mesleki bilgilerini artıracak, milli tasarruf ve yatırımın gelişmesine, reel verimliliğin artmasına hizmet edecek kurs ve konferanslar tertiplemek; sağlık ve spor tesisleri, kütüphane, basım işleri için gerekli tesisleri kurmak, işçilerin boş zamanlarını iyi ve nezih şekilde geçirmeleri için imkanlar sağlamak, herhangi bir bağışta bulunmamak kaydı ile evlenme, doğum, hastalık, ihtiyarlık, ölüm, işsizlik gibi hallerde yardım ve eğitim amacıyla sandıklar kurulmasına yardımcı olmak ve nakit mevcudunun yüzde beşinden fazla olmamak kaydıyla bu sandıklara kredi vermek, herhangi bir bağışta bulunmamak kaydı ile üyeleri için kooperatifler kurulmasına yardım etmek ve nakit mevcudunun yüzde onundan fazla olmamak kaydıyla bu kooperatiflere kredi vermek, üyelerinin mesleki eğitim, bilgi ve tecrübelerini yükseltmek için çalışmak; teknik ve mesleki eğitim tesisleri kurmak, nakit mevcudunun yüzde kırkıdan fazla olmamak kaydı ile sını ve iktisadi teşebbüslere yatırımlar yapmak, üyelik şartı aranmaksızın, nakit mevcudlarının % 25'ini aşmamak kaydıyla ve yönetim kurulu kararıyla, ilgili bakanlıklara devretmek üzere eğitim, sağlık, rehabilitasyon veya spor tesisleri kurmak veya bu amaçla kamu kurum ve kuruluşlarına aynı ve nakdi yardımda bulunmak, yurt içinde veya yurt dışında yangın, su baskını, deprem gibi tabii afetlerin vukuunda doğrudan veya yetkili makamlar aracılığıyla

afet bölgesinde konut, eğitim, sağlık veya rehabilitasyon tesisleri yapmak veya bu amaçla kamu kurum ve kuruluşlarına aynı ve nakdi yardımda bulunmak hususları ifade edilmiştir.

Görüldüğü üzere tüm bu faaliyetler hep üyelerinin ortak hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek üzerine bina edilmiştir. Elbette tüm bu sayılanları yerine getirirken sendikanın harcamalarda bulunması söz konusu olacaktır. Söz konusu harcamaları yaparken sendikanın gelirlerinin üzerine çıkmaması, rutin faaliyetlerini de yerine getirecek şekilde bir bütçe hazırlaması mutlaklıdır.

Sendikalar Kanunu sendikanın faaliyetlerini belirtmekle kalmamış, harcamalarını ne amaçla ve nerelere yapabileceğini belirtirken, giderleri hakkındaki ilkeleri de 44. maddede ifade etmiştir. Buna göre; “sendika ve konfederasyonlar, gelirlerini bu kanunda ve tüzüklerinde gösterilen faaliyetleri dışında kullanamazlar veya bağışlayamazlar. İşçi sendika ve konfederasyonları, birinci fıkradaki harcamaların dışında ayrıca gelirlerinin en az yüzde onunu üyelerinin eğitimi ile mesleki bilgi ve tecrübelerini artırmak için kullanmak zorundadırlar. Vergi Usul Kanununa göre demirbaş sınıfına giren her türlü eşya veya malzeme demirbaş defterine kaydedilir ve bunlar hiç bir şekilde gider olarak işlem göremez. Demirbaşların satış ve terkininde uygulanacak usul ve esaslar sendika ve konfederasyon tüzüklerinde belirtilir. Sendika ve konfederasyonlar, üyeleriyle çalıştırdıkları işçiler dahil hiç kimseye borç veremezler. Ancak, nakit gelirlerinin yüzde beşini aşmamak kaydıyla sosyal amaçlı harcamaya, genel kurul kararıyla yönetim kurullarını yetkilendirebilirler...”

İşte tam da bu noktada, sendikaların yönetim kurulu üyelerine ve başkanlarına verecekleri ücretler de sendikanın giderleri arasında değerlendirilmelidir. Sendikalar Kanunu bu hususu da 45. maddede düzenlemiştir: “Konfederasyonlar ile sendikaların ve şubelerinin yönetim kurulu üyeleri ile başkanlarına verilecek ücretler, her türlü ödenek, yolluk ve tazminatlar genel kurul tarafından tespit olunur. Sendika veya konfederasyon adına veya sendika veya konfederasyon hizmetleri için geçi-

ci olarak görevlendirileceklere verilecek ücret, gündelik ve yollukların tavanı da genel kurul tarafından tespit olunur. Bu kişilerin sendika üyesi olmak sıfatıyla esasen hakları olan ödemeler bu madde hükmünün dışındadır. Kişilere ödenen her türlü ücret, gündelik ve yolluklar yönetim kurulunca genel kurula sunulan faaliyet raporunda gösterilir.”

Görüldüğü üzere, Sendikalar Kanunu giderleri belirlemenin ötesinde, görevlilerin ücretlerini ayrı bir maddede ele alarak konuya özel bir önem vermiştir. İncelememize konu olan Yargıtay kararı da sendika yönetim kurulu üyelerinin ücret ve diğer haklarının belirlenmesiyle alakalıdır. Sendikalar Kanunu'nun yukarıda belirtilen 45. maddesine göre, söz konusu kişilerin ücret ve diğer haklarının belirlenmesinde esasen serbestlik mevcuttur. Bir başka deyişle, Kanunda sendika yöneticilerinin belirtilen ödemeleri hakkında herhangi bir sınırlama mevcut değildir. Ancak söz konusu serbesti değerlendirilirken sonsuz bir hareket kabiliyetinin olduğunu söylemek de mümkün olmamalıdır. Nitekim Yargıtay daha eski tarihli bir kararında da “...kanunda ve tüzükte sendika yöneticilerine verilecek ücretin miktarını gösteren bir hüküm yoktur. 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 45. maddesine göre konfederasyonlar ile sendikaların ve şubelerinin yönetim kurulu üyeleri ile başkanlarına verilecek ücretler, her türlü ödenek, yolluk ve tazminatlar genel kurul tarafından tespit olunur. Bu ücret, ödenek, yıllık ve tazminatların takdiri genel kurulların yetkisi içindedir. Sendikalar kendi mali imkanlarına göre ücretleri serbestçe belirleyebilir.” diyerek serbestinin sonsuz olmadığını belirtmiştir¹.

Gerçekten de incelememize konu Yargıtay Kararında da belirtildiği üzere, yönetim kurulu üyelerinin ücret ve diğer hakları belirlenirken sendikanın mali imkanları gözetilmelidir. Diğer yandan, sendika yönetim kurulu üyesi olmak, sendikaların Sendikalar Kanunu'nda düzenlenen amaçlarına uygun faaliyetlerinde öncü olmak anlamına gelmektedir. Sendikanın bugününü ve geleceğini teslim ettiği yönetim kurulu, bizatihi kendi örgütünün zor durumda kalmasına neden olacak bir durumun sorumlusu olmamalıdır. Bu durum hem Sen-

dikalar Kanunu'ndaki amaca, hem de her şeyden önce eşyanın tabiatına aykırıdır. Yüksek Mahkeme'nin de inceleme konusu yaptığımız kararda son derece isabetli bir şekilde belirtildiği üzere, yönetim kurulu üyelerinin ücret ve diğer ödemelerinin sendika gelirlerini aşması halinde, sendikanın gerçek varlık nedenine ilişkin faaliyetler yapabilmesine olanak kalmayacaktır.

Somut olaydan da anlaşıldığı üzere, sendika öylesine az üyeye sahiptir ki, genel kurul delegeler yerine üyelerle toplanmıştır. Yargıtay bu noktada bir varsayımdan hareket ederek, yönetim kurulu üyeleri için böylesine yüksek ücretlerin belirlenmesini, genel kurula katılan üyelerin söz konusu genel kurulda yeterince bilgilendirilmemesine bağlamıştır. Gerçekten de Yargıtay'ın kararına konu olayda sendikanın 143 üyesi bulunduğu, üstelik toplu iş sözleşmesinin de bağitlanmadığı bir dönemde ödenmesine karar verilen ücretlerin açık bir şekilde zenginleşme amacına yönelik olduğu Yüksek Mahkeme tarafından belirtilmiştir. Yargıtay'ın söz konusu varsayımı kanımızca sadece sendikalar için değil, tüm bu tip örgütlenmeler için emsal teşkil edecek mahiyette önemli ve isabetli bir karardır. Zira bir tüzel kişilikte yönetici konumunda olmak, ilgili örgütün imkanlarını sonuna kadar kullanmanın, örgütün gelirleriyle orantısız olarak menfaat elde etmenin yolu olarak görülmemelidir. Ülkemizde muhtelif kuruluşların üyelerinin, geneldeki kültür ve eğitim seviyesi düşüklüğü nedeniyle bilinçsiz olmaları, bilinçli olduklarında da hegemonya nedeniyle ses çıkaramamaları bu tarz sonuçları beraberinde getirebilmektedir. Bu nedenle, Yüksek Mahkeme'nin bu varsayımından hareket ederek yaptığı yorum son derece kayda değerdir.

Kararda da belirtildiği üzere, sendika yöneticisiyle sendika arasındaki ilişki vekalet sözleşmesine dayanmaktadır. Bu anlamda vekilin vekalet vereni zarara sokacak mahiyetteki bu tarz bir hareketi kanımızca da iyi niyet kurallarıyla bağdaşmaz. Görüldüğü üzere Yüksek Mahkeme de söz konusu kararda sendika yönetim kurulu için sendikanın gelirleriyle orantılı olmayan ücret ve diğer ödemelerin belirlenme-

sinin iyi niyet kurallarıyla bağdaşmayacağını açıkça ifade etmiştir. Bu anlamda, somut olayda davacının talebinin MK. md. 2 çerçevesinde iyi niyetli bir istem olarak değerlendirilemeyeceği kanısındayız.

İşte tam da bu noktada, söz konusu Medeni Kanun'un 2. maddesi dikkate alınmalıdır. Buna göre herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kuralına uymak mecburiyetindedir. Sendikalar Kanunu md. 45 çerçevesinde elbette yukarıda da belirtildiği üzere, ücret ve diğer ödemelerin belirlenmesinde bir sınırlama bulunmamaktadır ne var ki bu belirleme yapılırken dürüstlük kuralı çerçevesinde kişiler hakkın amacına uygun davranmak zorundadırlar. Bu anlamda, hakkın kullanılması, amacına uygun olduğu oranda korunacaktır. Amacını aşan kullanımlar ise dürüstlük kuralına aykırılık taşıdığı için hukuk düzeni tarafından korunmayacaktır.

Yargıtay Kararında da belirtildiği üzere, yönetim kurulu üyeleri ile sendika arasındaki ilişki vekalet sözleşmesine dayanmaktadır. Ayrıca somut olayda davacı aynı zamanda sendikanın kurucuları arasında da yer almıştır. Yüksek Mahkeme mevcut durumu Türk Medeni Kanunu md. 2'de yazılı olan düzenlemeden hareketle, vekalet ilişkisinin kötüye kullanılması olarak değerlendirmiştir.

Vekalet sözleşmesinin içeriğine bakıldığında, vekil sözleşme gereğince vekalet verenin çıkarına ve iradesine uygun olarak bir iş görme borcunu üstlenmektedir. Söz konusu sözleşme gereğince vekil öncelikle işi yaparken gerekli özeni göstermek zorundadır. Bir başka deyişle, vekilin özen göstermesi, vekalet verenin hak ve menfaatlerine uygun olmayan davranışlardan kaçınması şeklinde tezahür etmektedir. Diğer yandan, vekil vekalet verene sadakatle işi yerine getirmelidir. Bunun için de, vekalet verenin çıkarlarını koruyacak şekilde hareket etmelidir. Bir başka deyişle, vekalet verenin yararına olacak davranışlarda bulunmalı, ona zarar verebilecek hareketlerden ise kaçınmalıdır. Bu anlamda, vekil vekalet vereni sürekli bilgilendirmeli, düzenli olarak sözleşmenin devamıyla alakalı gelişmeleri müvekkiline bildirmeli, önemli durumlardan haberdar etmelidir².

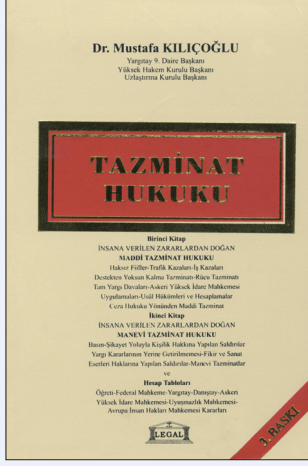
Aynı şekilde, müvekkilini uyarmalı, dikkatini çekmeli ve koruma yükümlerini yerine getirmelidir³. Sendika yöneticisi açısından konuya bakıldığında ise, ücret ve diğer ödemelerin miktarı genel kurulda belirlendiğine göre, belirlenen ücretin sendikanın gelirleriyle orantılı olup olmadığı hususunda da üyeleri bilgilendirici bir tavır içerisinde olmalıdır. Zira vekilin önemli bir diğer yükümlülüğü de hesap verme borcudur. Bu borç geniş anlamıyla, genel bir bilgi verme yükümlülüğü olarak kendisini göstermektedir.

Vekil sözleşme çerçevesindeki işini görürken bahsedilen borçlara uygun hareket etmezse, vekalet verene karşı sorumlu olacaktır. Zevkliler'in de isabetle ifade ettiği üzere, özellikle özen ve bağlılık borcuna uymaması halinde, ücreti kararlaştırılmışsa, ücretin azaltılmasına karar verilebilir⁴. Gerçekten de, vekalet ilişkisi tarafların karşılıklı güvenine dayanmaktadır. Konusu iş görme olan sözleşmelerin genel niteliği zaten bu şekildedir. Vekilin vekalet vereni bilgilendirmemesi, onun dikkatini çekmemesi, onu uyarmaması ve bu şekilde kendine çıkar sağlaması, vekalet görevinin kötüye kullanılması anlamına gelecektir. Bu durumda ise vekalet veren maddi ya da manevi zarar görmüş olacaktır⁵. Somut olayda da vekilin fahiş miktarda ve sendikanın gelirleriyle orantısız ücret ve diğer ödemeler alması sendikayı zarara uğratmış olacaktır. Kararı genel kurulun verdiği söylenebilirse de, yönetim kurulunun yine de böyle bir miktarın belirlenmesine olanak tanımaması gerekir.

DİPNOTLAR

- 1 Yargıtay HGK, 29.05.1991, E.1991/9-242, K.1991/320.
- 2 Yavuz, C./Özen, B./Acar, F.: Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 5. Bası, İstanbul, 2007, s. 436.
- 3 Aral, F.: Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri, 7. Bası, Ankara, 2007, s. 404.
- 4 Zevkliler, A.: Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri, 10. Bası, Ankara, 2008, s. 346.
- 5 Özkaya, E.: Vekalet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması, 2. Bası, Ankara, 2005, s. 678.

YENİ YAYINLAR



Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Başkanı Dr. Mustafa Kılıçoğlu tarafından hazırlanan **“Tazminat Hukuku”** adlı eserin 3. baskısı Şubat 2010 tarihinde yapılmıştır. Söz konusu kitabın ilk baskısı 2005; ikinci baskısı ise 2006 yılında yayımlanmıştır. Eserde metodolojik açıdan yeni bir uygulama getirilmesi amaçlanmış ve kitap, Sorumluluk-Tazminat-Hesaplama ekseninde sunulmuştur. Ayrıca Yargıtay, Danıştay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, Uyuşmazlık Mahkemesi uygulamalarına yer verilmiş ve bu yolla yüksek mahkemeler arasındaki farklı uygulamalara değinilmiştir.

Bunların yanı sıra eserde İsviçre ve Alman Federal Mahkeme Kararlarına yer verilmiş ve AB ülkelerinin cismani zarara ilişkin somut uygulamalarından söz edilmiştir. Böylelikle sorumluluk-tazminat-hesaplama çemberi Türk ve yabancı öğreti ışığında ele alınmıştır.

Eserin 3. baskısında diğer baskılardan farklı olarak;

- İsviçre Borçlar Kanunu'nun haksız fiile ilişkin şerhlerinden içtihat ve doktrin alıntıları yapılmış,
- Hukuk Genel Kurulu kararlarına yer verilmiş,
- Tazminatın indirim sırası ve hesabına ilişkin içtihat değişikliğine değinilmiş,
- Danıştay değişikliğine yer verilmiş,
- Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin son uygulamalarına yönelik kararlar ele alınmış ve tazminat hesaplamalarını içeren hesap raporları ilave edilmiştir.



Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Teftiş Kurulu Ankara Grup Başkanlığı'nda Baş İş Müfettişi olarak görev yapan Cumhur Sinan Özdemir tarafından hazırlanan **“İş Kanunu'na Göre İşveren ve İşçi Rehberi”** adlı eser, Ekim 2010 tarihinde yayımlanmıştır.

Eserin yayımındaki amaç, çalışma yaşamında uygulayıcıların karşılaştıkları sorunlara 4857 sayılı İş Kanunu çerçevesinde çözüm getirmek olup, içinde yer alan 121 adet örnek dilekçe, yazı vb. belge çok sayıda okuyucunun sorusuna cevap verecek şekilde düzenlenmiştir.

Okurların e-maile gönderdikleri yüzlerce soru, eserin soru-cevap şeklinde düzenlenmesinde en büyük etken olmuştur.

Dört Bölüm ve eklerden oluşan eserin birinci bölümünde genel hükümlere, ikinci bölümünde iş sözleşmesi, türleri ve feshi, üçüncü bölümünde ücret ve dördüncü bölümünde ise iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin sorular ve cevapları yer almaktadır. Eserin sonunda yer alan Ekler bölümünde ise 4857 sayılı İş Kanunu, 4857 sayılı İş Kanunu'na göre çıkarılan yönetmelikler, dönemler itibariyle 4857 sayılı İş Kanunu'na göre uygulanacak para cezaları, dönemler itibariyle asgari ücretler, dönemler itibariyle kıdem tazminatı tavanı, dönemler itibariyle asgari geçim indirimi tutarları, dönemler itibariyle çıraklar için aylık asgari ücret tutarları ile örnek belgeler listesine yer verilmektedir.

Av. Mustafa AVCI

Ankara Barosu Avukatı

Grev-Lokavt Kapsamı Dışındaki Bakım Onarım İşçisinin Grev Sırasında Ortaya Çıkan Arızaya Müdahale Etmemesi Nedeniyle İşveren Tarafından İşten Çıkarılması

T.C. YARGITAY

9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2009/20298

Karar No : 2010/40618

Tarihi : 27.12.2010

ÖZET

2822 sayılı TSGLK m.39 çerçevesinde grev-lokavt dışı kalan bakım ve onarım işçisi, grev kısıcılığı olacağından/üretimde kullanılacağından bahisle grev-lokavt sırasında ortaya çıkan arızaları gidermekten kaçınamaz. Aksi halde iş sözleşmesi işverence haklı olarak sona erdirilebilir.

KARAR

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

ödenmesi gereken tazminat ile boşa geçen süre ücret ve diğer haklarının belirlenmesini istemiştir.

Davalı vekili, davacının verilen görevi yapmadığının tutanaklarla tespit edilmesi üzerine iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedildiğini belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece davacının işyerinde uygulanmakta olan yasal grevde 2822 sayılı Kanunun 39.maddesine göre grev dışı personel olarak ayrıldığı, grev dışı işçilerin ayrılmasının sebebinin işyerindeki iktisadi değerlerin bozulmasının engellenmesi ve bunların koruyucu bakımlarının yapılması olduğu, davalı tarafından üretimde bulunan bir makinenin üretim için tamirinin davacıdan istendiği, üretimde çalışan ve üretim için tamirinin yapılmasının 2822 sayılı Yasa'nın 39. madde kapsamında davacının görevine girmediği, iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedildiği-

nin davalı işverence kanıtlanmadığı, feshin sendikal nedene dayandığı gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi işverene, işçinin davranışlarından ve yeterliliğinden kaynaklanan nedenlerle iş sözleşmesini feshetme yetkisi vermiştir. İşçinin davranışlarından kaynaklanan fesihle takip edilen amaç, işçinin daha önce işlediği iş sözleşmesine aykırı davranışları cezalandırmak veya yaptırıma bağlamak değil; onun sözleşmesel yükümlülükleri ihlale devam etmesi, tekrarlaması rizikosundan kaçınmaktır. İşçinin davranışları nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için, işçinin iş sözleşmesine aykırı, sözleşmeyi ihlal eden bir davranışının varlığı gerekir. İşçinin kusurlu davranışı ile sözleşmeye aykırı davranmış ve bunun sonucunda iş ilişkisi olumsuz bir şekilde etkilenmişse işçinin davranışından kaynaklanan geçerli bir fesih söz konusu olur. Buna karşılık, işçinin kusur ve ihmaliyle dayanmayan sözleşmeye aykırı davranışlarından dolayı işçiye bir sorumluluk yüklenemeyeceğinden işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli fesih nedeninden de bahsedilemez.

İşçinin davranışlarından ve yeterliliğinden kaynaklanan nedenler, aynı Yasanın 25. maddesinde belirtilenler yanında, bu nitelikte olmamakla birlikte, işyerinde işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkileyen nedenlerdir. İşçinin davranışlarından veya yetersizliğinden kaynaklanan nedenlerle, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda, feshin geçerli nedenlere dayandığını kabul etmek gerekecektir.

İşçinin davranışlarına dayanan fesih, her şeyden önce, iş sözleşmesinin işçi tarafından ihlal edilmesini şart koşmaktadır. Bu itibarla, önce işçiye somut olarak hangi sözleşmesel yükümlülüğün yüklendiği belirlendiği, daha sonra işçinin, hangi davranışı ile somut sözleşme yükümlülüğünü ihlal ettiğinin eksiksiz olarak tespit edilmesi gerekir. Şüphesiz, işçinin iş sözleşmesini ihlali işverene der-

hal feshetme hakkını verecek ağırlıkta olup olmadığı da bu bağlamda incelenmelidir. Daha sonra ise, işçinin isteseydi yükümlülüğünü somut olarak ihlal etmekten kaçınabilip kaçınamayacağını belirlenmesi gerekir. İşçinin somut olarak tespit edilmiş sözleşme ihlali nedeniyle işverenin işletmesel menfaatlerinin zarar görmüş olması şarttır.

İşçinin yükümlülüklerinin kapsamı bireysel ve toplu iş sözleşmesiyle yasal düzenlemelerde belirlenmiştir. İşçinin kusurlu olarak (kasten veya ihmalle) sebebiyet verdiği sözleşme ihlalleri, sözleşmenin feshi açısından önem kazanır. Geçerli fesih sebebinden bahsedilebilmesi için, işçinin sözleşmesel yükümlülüklerini mutlaka kasıtlı ihlal etmesi şart değildir. Göstermesi gereken özen yükümlülüğünün ihlal edilerek ihmali davranış ile ihlali yeterlidir. Buna karşılık, işçinin kusuruna dayanmayan davranışları, kural olarak işverene işçinin davranışlarına dayanarak sözleşmeyi feshetme hakkı vermez. Kusurun derecesi, iş sözleşmesinin feshinden sonra iş ilişkisinin arz edebileceği olumsuzluklara ilişkin yapılan tahminî teşhislerde ve menfaatlerin tartılıp dengelenmesinde rol oynayacaktır.

İşçinin iş sözleşmesini ihlal edip etmediğinin tespitinde, sadece asli edim yükümlülükleri değil; kanundan veya dürüstlük kuralından doğan yan edim yükümlülükleri ile yan yükümler de dikkate alınması gerekir. Sadakat yükümü, sözleşmenin taraflarına sözleşme ilişkisinden doğan borçların ifasında, karşı tarafın şahsına, mülkiyetine ve hukuken korunan diğer varlıklarına zarar vermeme, keza sözleşme ilişkisinin kapsamı dışında sözleşme ile güdülen amacı tehlikeye sokacak özellikle karşılıklı duyulan güveni sarsacak her türlü davranıştan kaçınma yükümlülüğünü yüklemektedir.

İşçinin iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini kusurlu olarak ihlal ettiğini işveren ispat etmekle yükümlüdür.

Yan yükümlere itaat borcu, günümüzde dürüstlük kuralından çıkarılmaktadır. Buna

göre, iş görme edimi dürüstlük kuralının gerektirdiği şekilde ifa edilmelidir. İşçinin davranışlarından kaynaklanan fesih sebebi, işçinin kusurlu bir davranışını şart koşar.

4857 sayılı İş Kanununun 25/ II-h bendinde, işçinin hatırlatıldığı halde görevlerini yapmamakta ısrar etmesi durumunda işverenin haklı fesih imkânının bulunduğu hükme bağlanmıştır. İş görme edimi, işçi tarafından işverenin verdiği talimatlara uygun olarak yerine getirilmelidir. 4857 sayılı İş Kanunu ile işçinin hatırlatıldığı halde görevini yapmamakta ısrar etmesi kuralı getirilmiştir. Bu noktada işverenin hatırlatmasının ardında sadece bir kez görevi yapmama yeterli sayılmamalıdır. İşçinin görevi yapmama eylemi hatırlatmanın ardından da devamlılık arz etmelidir. Devamlılık gösteren görevi yapmama haklı neden kabul edilmeli, ancak devamlılık göstermeyen görevi yapmama, işyerinde olumsuzluklara yol açmış ise, iş sözleşmesinin feshi için geçerli neden sayılmalıdır (Dairemizin 05.05.2008 gün ve 2007/32507 - 2008/11105 sayılı kararı).

Dosya içeriğine göre, davalı şirkete ait işyerinde elektrik teknisyeni olan ve bakım elemanı olarak çalışan davacı işçinin, işyerinde yapılan yasal grevde grev dışı personel olarak belirlendiği, 16.06.2008 tarihinde bir makinede çıkan arızaya müdahale etmesi istenen davacının grev nedeniyle müdahale etmeyeceğini belirtmesi üzerine iş sözleşmesinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II. maddesi uyarınca feshedildiği anlaşılmaktadır.

2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanununun 39.maddesi; "Hiçbir surette üretim veya satışa yönelik olmamak kaydı ile niteliği bakımından sürekli olmasında teknik zorunluluk bulunan işlerde faaliyetin devamlılığını; işyeri güvenliğinin, makine ve demirbaş eşyasının, gereçlerinin, hammadde, yarı mamul ve mamul maddelerin bozulmamasını; hayvan ve bitkilerin korunmasını sağlayacak sayıda işçi kanuni

grev ve lokavt sırasında çalışmaya, işveren de bunları çalıştırmaya mecburdur." hükmünü taşımaktadır. Buna göre greve katılmayacak işçi kadrosunun tespitinde, işyerinin süreklilik niteliği, faaliyetinin devamlılığı, araç-gereç ve demirbaşlar ile hammadde, yarı mamul ve mamul maddelerin bozulmaması, hayvan ve bitkilerin korunması esas alınmaktadır. Bu kurallar çerçevesinde grev süresince, işyerinin ekonomik değerinden kaybetmemesi ve grev sonunda tekrar işletmeye açılabilmesini sağlayacak tedbirleri almak ve bakımını gerçekleştirme zorunluluğu bulunmaktadır.

Bakım ve onarım işinin davacının görevi kapsamında olduğu dosya içeriği ile sabittir. Tanık anlatımlarına göre davacı, makinedeki arızanın grev sırasında çıktığını ve arızanın giderilmesinden sonra üretimde kullanılacağını ileri sürerek arızaya müdahale etmemiştir. Ancak, işverenin grev kırılcılığına yönelik faaliyetlerde bulunması ya da bulunma ihtimalinin mevcut olması grev dışı bırakılmış olan davacı işçinin sözü edilen davranışını haklı göstermez. Zira grev niteliği itibariyle geçici bir durum olup, üretime yönelik de olsa makine ve demirbaş eşyanın her an üretime hazır halde tutulması gerekir. Esasen, sendika üyesi de olsa işçinin greve katılma zorunluluğu bulunmamaktadır. 2822 Sayılı Kanun'un 38/2 ve 43/3.maddeleri gereğince işverenin grev sırasında greve katılmayan veya katılıp da sonradan vazgeçen işçilerle üretime devam etme imkânı da bulunmaktadır. Kaldı ki, kanunda işverenin grev kırılcılığına yönelik davranışlarda bulunması ayrı bir yaptırıma bağlanmıştır.

Dosyadaki mevcut delillere göre davacının verilen görevi yapmamakta ısrar ettiği anlaşılmakla, feshin haklı nedene dayandığı kabul edilmelidir. Mahkemece davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile kabulü hatalı olmuştur. Belirtilen nedenlerle, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20.maddesinin 3.fikrası uyarınca, hükmün

bozulmak suretiyle ortadan kaldırılması ve aşağıdaki gibi karar verilmesi gerekmiştir.

HÜKÜM

Yukarıda belirtilen nedenlerle;

1- Yerel mahkemenin yukarıda tarih ve sayısı belirtilen kararının BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,

2- Davanın REDDİNE,

3- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,

4- Davacının yapmış olduğu yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına, davalının yaptığı (30,00 TL) yargılama giderinin davadan tahsili ile davalıya ödenmesine,

5- Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarife göre 1.150,00 TL ücreti vekaletin davalıdan alınarak davalıya verilmesine,

6- Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davalıya iadesine

kesin olarak 27.12.2010 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

KARARIN İNCELENMESİ

Uyuşmazlığa konu olayda; işyerinde uygulanmakta olan yasal bir grev sırasında daha önce grev-lokavt dışı olarak tespit edilmiş bulunan elektrik teknisyeni, bakım onarım işçisi olan davacı, ortaya çıkan bir arızanın giderilmesinin talep edilmesi üzerine, üretimde kullanılacağı ve grev kısıcılığı teşkil edeceğinden bahisle makinedeki arızanın giderilmesini reddetmiş, işverenlikçe verilen görevin yerine getirilmemesi nedeniyle iş sözleşmesi İş Kanunu m.25/II-h'ye dayalı olarak sona erdirilmiştir.

Davacı, ortaya çıkan ve kendisinden giderilmesi istenen arızaya, işyerinde grev uygulaması bulunduğunu, arızayı gidermesi durumunda söz konusu makinenin üretimde kullanılacağını, bunun ise grev kısıcılığı anlamına geleceğini ileri sürerek müdahale etmemiş, gidermemiştir.

Davacı tarafından açılan feshin geçersizliği ve işe iade istemli davayı -üretimde kullanılan bir makinenin, üretim için tamirinin yapılmasının 2822 sayılı Kanun'un 39. madde kapsamında davacının görevine girmediği gerekçesiyle kabul eden yerel mahkeme ile Yargıtay Özel Dairesi arasındaki uyuşmazlık, grev- lokavt dışı olarak belirlenen işçinin yapmakla yükümlü olduğu işlerin kapsamı ve sınırları noktasında toplanmaktadır.

Yerel mahkeme ve Yargıtay kararlarının isabetli olup olmadığını değerlendirmeden önce somut olaya ilişkin yasal düzenlemelere göz atmak gerekecektir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki; 2822 sayılı TSGLK döneminde 275 sayılı Kanun döneminden farklı olarak (275/19) hak grevi kabul edilmemiş olup, yasal grev, ancak menfaat uyuşmazlıklarında ve toplu iş sözleşmesine ulaşmak amacıyla -yasal prosedür çerçevesinde- başvurulabilecek bir yoldur (2822 s.TSGLK m.25/2).

Belirtilen nitelikteki işlerin yerine getirilebilmesi için, grev-lokavt dışında kalacak işçilerin yedekler dâhil niteliği ve sayısı işveren tarafından toplu görüşmenin başlamasından itibaren altı işgünü içinde işyerinde ilan edilecek, taraf işçi sendikasına bildirilecek, böyle bir belirleme yapılmamışsa taraflardan birisinin talebi üzerine veya re'sen Bölge Müdürlüğü'nce tespit edilecek, söz konusu tespitlere karşı taraflar altı işgünü içinde görevli mahkemeye itiraz edebilecektir (2822 s.TSGLK m. 39). Hangi işçilerin grev ve lokavta katılamayacaklarının ismen belirlenmesi ise grev/lokavt kararının Bölge Müdürlüğüne bildirilmesinden itibaren üç işgünü içinde Bölge Müdürlüğü'nce tespit edilerek, işçilere ve işverene bildirilecektir (2822 s.TSGLK m.40). Anılan işçiler tespit edilirken, toplu görüşme tarafı işçi sendikası veya şubesinin başkanı veya yönetim kurulu üyeleri grev-lokavt dışı bırakılamayacak, görevlendirilemeyeceklerdir (2822 s.TSGLK m.40/1).

Uygulamada, işçi sendikalarının grev-lokavt dışı kalacak işçi sayısını olabildiğince az, işverenlerin ise geniş tutmaya çalıştıkları, bazı işve-

renlerin grev-lokavt dışı işçilerin başka işlerde çalıştırılmayacağını öğrenip, yasal sınırlamalarla karşılaştıklarında bu defa bu kapsamdaki işçi sayısını azaltmaya yönelik girişimlerde buldukları görülmektedir.

Grev ve lokavt dışı işçilerin belirlenmesi bakımından 275 sayılı Kanun'un aksine (275/25-c) 2822 sayılı Kanun döneminde taraflara toplu sözleşme ile belirleme imkânı tanınmamıştır.

Yargıtay, önceki bazı kararlarında noksanlık nedeniyle ve değişen şartlara göre Bölge Müdürlüğü'nün ek tespit yapabileceği görüşünde iken tespit edebildiğimiz son kararında, anılan prosedür uyarınca bir defa grev-lokavt dışı belirlendikten sonra ikinci defa tespit yapılamayacağı yönünde karar vermiştir ki, m.40/2'deki düzenlemenin amacından hareket edildiğinde son görüşün bu yönüyle tartışmaya açık olduğu ortadadır.

Yargıtay 9.HD, yerel mahkeme kararını uyuşmazlıkla ilgili yasal düzenlemelere ilişkin açıklayıcı değerlendirmelerde bulduktan sonra, işaret edilen gerekçelerle bozmuştur. Gerçekten de Özel Daire kararında isabetle ortaya konulduğu gibi grev-lokavt, işyerinin tamamen kapatılarak faaliyetin nihai olarak sona erdirilmesinden farklı olarak, işçi ve işveren taraflarının menfaat uyuşmazlığını kendi lehine sonuçlandırmaya yönelik olarak başvurdukları geçici bir mücadele, durumu ifade eder. İşte bu niteliğinden dolayıdır ki; kanun koyucu grev-lokavt sonrası işyerinin olabildiğince hızlı bir şekilde üretime geçebilmesi, işyerinin güvenliğinin sağlanması, makine araç ve gereçlerin bakım ve onarımı, hammadde vb. ürünlerin muhafazası bakımından bir takım önlemler alınmasını gerekli görmüş, taraf istek ve iradelerinden bağımsız olarak, söz konusu amaca yönelik olarak bazı işçilere çalışma/grev katılmama yükümlülüğü getirirken, işveren açısından da anılan işçileri çalıştırma zorunluluğu getirilmiştir. Aksine tutum ve davranışlar için hukuki yaptırımlarla yetinilmeyerek 275 sayılı Kanun döneminde olduğu gibi (275/25) ..üç aydan bir yıla kadar hapis .. hürriyeti bağlayıcı cezalar da öngörülmüştür (2822 sayılı TSGLK m.77/son, m.78/1). Diğer yandan, bi-

zim sistemimiz bakımından sendika üyesi de olsalar çalışanların greve katılması yönünde yasal zorunluluk bulunmadığı gibi başlangıçta greve katılan çalışanların bundan vazgeçerek çalışmaya başlamaları da mümkündür. Bu ihtimalde; greve katılmayan veya katılmaktan vazgeçen işçilerin, grev sonrası ortaya çıkacak toplu iş sözleşmesinden yararlanamama riski bulunduğu gibi (2822 sayılı TSGLK m.38/2) taraf sendika üyelerinin ayrıca sendika ana tüzüğündeki disiplin cezalarına muhatap olması da gündeme gelebilecektir.

Durum bu olunca grev ve lokavt dışı kalan işçiler, yasal düzenlemedeki amacı gerçekleştirilmeye yönelik olarak grev öncesindeki işlerini grev uygulaması süresince de kesintisiz sürdürmek zorundadır. Esasen, bu işçiler bakımından iş sözleşmesinden kaynaklanan hak ve borçların askıya alınması gibi bir durum söz konusu olmayacaktır. Buradaki tek sınır, greve katılmayan veya vazgeçen işçilerin kendi işlerinde çalıştırabilmeleri, greve katılan işçilerin işlerinin yaptırılmamasıdır (2822 sayılı TSGLK m.43/2). "Yasada sadece işverenin grev dönemine ilişkin yeni işçi alması veya greve katılanların işlerinin yaptırılması değil, işçi sıfatı olmaksızın başkalarının çalıştırılması da yasak edilmiştir." Aksine davranışlar için adli para cezası yaptırımını öngörüldüğü gibi genel hükümler çerçevesinde, aykırılıkların tespiti ve ihtiyati tedbir yoluyla durdurulması yönünde yargı kararlarına da rastlanmaktadır ki, uyuşmazlığın mahiyeti ve güçler dengesi açısından bunun gerekli olduğuna şüphe bulunmamaktadır.

Uyuşmazlıkta davacı işçi, arızanın giderilmesi istemini reddederken bunun grev kırıclığı anlamına geleceğini ileri sürdüğü gibi Yargıtay bozma kararında da diğer gerekçeler yanında "...işverenin grev kırıclığına yönelik faaliyetlerde bulunması ya da bulunma ihtimalinin mevcut olması grev dışı bırakılmış olan davacı işçinin sözü edilen davranışını haklı göstermeyeceği, kaldı ki, kanunda işverenin grev kırıclığına yönelik davranışlarda bulunmasının ayrı bir yaptırıma bağlandığı..." ibarelerine yer verilmiştir ki burada grev kırıclığı kavramı üzerinde de durmak gerekecektir.

Toplu iş hukukunda sıkça kullanılan bir ta-

bir olan grev kırıclığı yasada tanımlanmış değildir. Hangi davranış veya tasarrufların “grevin etkisini azaltmak veya tamamıyla yok etmek amacıyla greve uğrayan işverenin veya ona yardımcı olan bir başkasının kanunlara göre yasaklanmış hareketlere başvurusu” olarak tanımlanabilecek grev kırıclığı anlamına geleceği konusunda çeşitli tartışmalara ve uygulamaya ışık tutabilecek yargı kararlarına rastlanmaktadır.

“Grev uygulamasının tebliğinden sonra işverenin bir başka firma ile fındık kırma sözleşmesi imzalaması ve fındık kırmasının grev kırıclığına dönüştüğü”nden bahisle fındık kırma/fason sözleşmesi kapsamındaki işlemlerin tedbiren durdurulmasına karar verilmiştir.

“Resmi Gazete'nin grev sırasında Başbakanlık Basımevi Döner Sermaye işletmesi dışında başka bir özel matbaada basılmasıyla ilgili uyuşmazlıkta “...işverenin grevin cari olduğu işyerindeki hizmetleri, açık veya örtülü olarak, doğrudan veya dolaylı biçimde, başka bir gerçek veya tüzel kişi imkânlarıyla yürütmesinin grevin kırılması veya aşılması anlamına geleceği...” gerekçesiyle eylemin 2822 sayılı Kanun'un 25 ve 43. maddelerine aykırılığın tespitine, aksine uygulamadan doğan sataşmanın önlenmesine ilişkin yerel mahkeme kararı onanmıştır.

“Grev kapsamındaki işyerinin kapatılıp aynı işlerin başka bir adreste başka bir kişiye ait işyerine nakledilmesi suretiyle grevin engellenmek istenmesi yasaya karşı hile durumu oluşturur. Bu durumda davacı işyerinde (işin nakledildiği işyerinde) yapılan grev yasaya uygun bulunduğundan grevin yasa dışı olduğunun tespiti ve ihtiyati tedbir yoluyla durdurulmasına yönelik davanın reddi gerekeceğine...” işaret edilmiştir.

“...Grev uygulanan işyerinde asıl işin taşeron verilmesi, grev-lokavt dışı kalan/greve katılmayan işçilere greve katılan işçilerin işlerinin yaptırılmasının 2822 sayılı yasaya aykırı olduğunun tespitine ve ihtiyati tedbir yoluyla önlenmesine...” ilişkin karar Yargıtay tarafından onanmıştır.

“... Grev uygulaması sırasında, işverenin işyerindeki hammaddeleri dışarıya çıkarma-

sına izin verilmesinin grevi etkisiz bırakacağı ve amaçla bağdaşmayacağına...” ilişkin yerel mahkeme kararı onanmak suretiyle kesinleşmiştir.

Diğer yandan hukukumuz bakımından henüz gündeme gelmemiş olmakla birlikte işverenin greve katılmamayı sağlamak amacıyla greve katılmayacaklara bir takım ekonomik, finansal teşviklerde bulunması olarak tanımlanan “grev kırma primi” uygulamasının meşruiyeti konusunda Alman hukukunda tartışmalar olduğu anlaşılmaktadır. Türk hukuku açısından bunu “caiz bir iş mücadelesi aracı” olduğunu kabul eden görüşlere rastlanmaktadır. Kanımızca grev öncesinde çeşitli yaptırımlarla (4857/5, 2821/31 vb) karşılaşması muhtemel söz konusu tasarrufları, grev aşamasında caiz görmenin savunulması son derece güç olup, iş mücadelesinde denge ilkesine aykırı böyle bir durumun en azından hakkın kötüye kullanımı çerçevesinde değerlendirmesi gerekecektir.

SONUÇ

İncelemeye konu Yargıtay bozma kararında işaret edilen noktaların ve varılan sonucun mevzuata uygun ve isabetli olduğu değerlendirilmektedir.

Prof. Dr. Müjdat ŞAKAR

Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

4/b'liliğe Veda! (Ya Da İsteyene Hem 4/a Hem 4/b!...)

I. GİRİŞ

Kamuoyunda “Torba Kanun” olarak bilinen ve çıkması uzun zaman alan 6111 sayılı “Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” 216 madde ve 18 geçici maddeden oluşmaktadır¹. Kanun “seçim yatırımı” lezzeti veren tam bir “çorba kanun”dur.

İşçi sendikalarının eleştirileri doğrultusunda, evden ve uzaktan çalışma düzenlemesi, ilk işe girişte deneme süresinin ve turizm işletmelerinde denkleştirme süresinin 2 aydan 4 aya çıkarılması gibi düzenlemeler torbadan çıkarılmıştır. Fakat sendikalar tarafından eleştirilmesine rağmen, il özel idaresi ve belediyelerdeki ihtiyaç fazlası işçilerin Karayolları, Milli Eğitim ve Emniyet Müdürlükleri'ne nakline ilişkin düzenleme, İşsizlik Sigortası Fonu'ndan kaynak aktarımını öngören düzenleme kanunlaşmıştır.

Torbadan beklentisi olan bazı kesimler de hayal kırıklığına uğramışlardır: Sigorta başlan-

gıcından önce doğum yapan anneler borçlanma hakkı bekliyorlardı, vatandaş geçmiş süreler için genel bir borçlanma hakkı bekliyordu, emekli aylığı alabilmek için yaşını doldurmayı bekleyenler hemen emeklilik bekliyordu... Torbadan bunlar çıkmadı. Belki bir dahaki torbaya!...

Peki, Torbadan neler çıktı? Bu yazımızda 5510 sayılı Kanun açısından Torbadan çıkan pek çok değişiklikten sadece birini açıklamaya çalışacağız. Kanımızca torbadan çıkan en çarpıcı düzenlemelerden biri, 4/b'lilikten kaçışa imkân veren 53. madde değişikliğidir. Kaçmak istemeyene ise kanun koyucu ikisini birden veriyor: Hem 4/a, hem 4/b! “Nasıl yani? Hem elma, hem armut olunur mu?” diyorsanız yazıyı okuyunuz.

II. SİGORTALILIK HALLERİNİN ÇAKIŞMASI

1. Teklik İlkesine Veda

Bir kişi aynı zamanda birden fazla zorunlu

Torba Kanun ile teklik ilkesine veda edilmiştir.

kamu sosyal güvenlik programına tabi olamaz. Buna “sosyal güvenlikte teklik ilkesi” denir.

Sigortalıların Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde yer alan sigortalılık hallerinden birden fazlasına aynı anda tabi olmasını gerektirecek şekilde çalışmaları halinde hangi sigortalılık statüsüne üstünlük tanınacağı 5510 sayılı Kanun’un 53. maddesine düzenlenmiştir.

6111 sayılı Kanun’la değiştirilmeden önce, sigortalılar, 5510 sayılı Kanun’un 4. maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde yer alan sigortalılık hallerinden birden fazlasına aynı anda tabi olmaları halinde öncelikle (c) bendi kapsamında, (c) bendi kapsamında çalışma yoksa ilk önce başlayan sigortalılık ilişkisi esas alınarak sigortalı sayılırlardı. 6111 sayılı Kanun ile 53. maddede 01.03.2011 tarihinde yürürlüğe giren değişiklikle, 4/c sigortalılığı 4/a ve 4/b sigortalılığından yine üstün tutulmakta ancak, kişinin 4/a ve 4/b sigortalısı olmayı gerektirir bir faaliyetinin varlığı halinde bu kez 4/a sigortalılığı geçerli sayılmaktadır. Bu düzenleme ile, ilk önce başlayan sigortalılığın geçerli olacağı ilkesi terkedilmiş olmaktadır. Ancak değişiklik sadece bundan ibaret değildir. Bir kişi hem 4/a hem de 4/b sigortalısı olarak prim ödeyebilecek, ayda 30 gün ve prime esas kazancın üst sınırı aşılmadan, prim matrahını tavana kadar yükseltebilecektir. Yani Torba Kanun ile teklik ilkesine veda edilmiştir.

01.10.2008 tarihinden önce 4/b kapsamında sigortalı oldukları halde, kendilerine ait veya ortak oldukları işyerlerinden 4/a’ya tabi prim ödemesi olanların sigortalılıkları kesintiye uğrayıncaya kadar devam ettirilmekteydi. Bu tarihten sonra 4/b kapsamında sigortalı sayılanlar, kendilerine ait veya ortak oldukları işyerlerinden, 4/a kapsamında sigortalı bildirilemiyorlardı. Aynı esas 6111 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikten sonra da sürecektir. Ancak, diğer hallerde 4/b ve 4/a çakıştığında 4/a statüsü geçerli olacaktır.

Sigortalı 4/a sigortalılığının yanı sıra 4/b’li olmayı da isterse, yazılı talepte bulunarak ve prime esas kazanç alt sınırı ve üst sınırı arasında seçeceği matrah üzerinden talep tarihinden itibaren prim ödeyerek ve ayda 30 günü ve toplamda prim matrahı tavanını geçmeden 4/b’li olabilecektir. Bu şekilde ödenen primler; iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından sağlanan haklar yönünden, 4/b sigortalılığı statüsünde, kısa vadeli sigorta kollarından sağlanan diğer yardımlar ile uzun vadeli sigorta kollarından sağlanan yardımlar yönünden ise 4/a sigortalılığı statüsünde değerlendirilecektir. Bu fıkra hükümlerine göre ödeme talebinde bulunulduğu halde ait olduğu ayı izleyen ayın sonuna kadar ödenmeyen primlerin ödenme hakkı düşecektir.

6111 sayılı Kanun’la 5510 sayılı Kanun’a eklenen geçici 33. madde ile 53. maddenin birinci fıkrasında yapılan bu değişikliklerin 01.03.2011 tarihinden önceki süreler için uygulanmayacağı hüküm altına alınmıştır.

53. madde değişikliği, SGK Başkanlığı’nca hazırlanan bir “Genelge Taslağı”nda² açıklanmış ve örneklendirilmiştir. Aşağıda bu açıklamalar özetlenmiştir.

2. Sigortalılığı 01.03.2011 Tarihinden Sonra Başlayanların Hizmetlerinin Çakışması

4/b kapsamında sayılanlar, kendilerine ait veya ortak oldukları işyerlerinden dolayı 4/a kapsamında sigortalı bildirilemeyeceklerinden,

Sigortalı 4/a sigortalılığının yanı sıra 4/b’li olmayı da isterse, yazılı talepte bulunarak ve prime esas kazanç alt sınırı ve üst sınırı arasında seçeceği matrah üzerinden talep tarihinden itibaren prim ödeyerek ve ayda 30 günü ve toplamda prim matrahı tavanını geçmeden 4/b’li olabilecektir.

bu durumdaki sigortalılar 01.03.2011 tarihinden önce olduğu gibi, bu tarihten sonra da 4/a sigortalısı olamayacaklardır.

5510 sayılı Kanun'un 53. maddesi ile 01.03.2011 tarihinden itibaren sigortalıların 4/a ve 4/b sigortalılık statüleri ile 4/c sigortalılık statüsüne aynı anda tabi olacak şekilde Kanun kapsamına girmesi halinde öncelikle 4/c kapsamında, 4/a ve 4/b sigortalılık statülerine tabi olacak şekilde Kanun kapsamına girmesi halinde ise 4/a kapsamındaki sigortalılıkları geçerli sayılacaktır.

Örnek 1- 25.05.2011 tarihinde vergi mükellefiyeti nedeniyle 4/b kapsamında sigortalı olan ve sigortalılığı devam etmekte iken 18.08.2011 tarihinde işveren yanında hizmet akdine tabi çalışmaya başlayan sigortalının 4/b kapsamındaki sigortalılığı 17.08.2011 tarihi itibarıyla sona erdirilerek, 18.08.2011 tarihi itibarıyla 4/a kapsamında sigortalı sayılacaktır.

Örnek 2- 04.03.2012 tarihinde 4/a'ya tabi çalışmaya başlayan sigortalı bu kapsamdaki sigortalılığı devam etmekte iken 21.11.2014 tarihinde vergi mükellefi olmuştur. Bu durumda 4/b kapsamındaki sigortalılığı 4/a bendi kapsamındaki sigortalılığı sona ermediği sürece başlatılmayacaktır.

Örnek 3- Örnek 2'deki sigortalının 4/a sigortalılığının 12.05.2015 tarihinde sona ermesi ve vergi mükellefiyetinin devam etmesi halinde 4/b kapsamındaki sigortalılığı 13.05.2015 tarihinden itibaren başlatılacaktır.

3. Sigortalılığı 01.03.2011 Tarihinden Önce Başlayanların 01.03.2011 Tarihinden Sonra Hizmetlerinin Çakışması

01.03.2011 tarihinden önce 4/a ve 4/b'ye tabi çalışması bulunan ve önce başlayan sigortalılık statüsüne göre sigortalıları devam ettirilenlerin hangi sigortalılık statüsünün önce başladığına bakılmaksızın 4/b kapsamındaki sigortalılığı, 4/a kapsamında çalışmaya başladığı tarihten bir gün önce sona erdirilecektir³.

Örnek 1- 20.05.2009 tarihinde 4/b kapsamında sigortalılığı devam etmekte iken 12.12.2011 tarihinden itibaren 4/a kapsamında

çalışmaya başlayan sigortalının 11.12.2011 tarihi itibarıyla 4/b kapsamındaki sigortalılığı sona erdirilecektir.

Örnek 2- 03.09.2009 tarihinde 4/b kapsamında tarım sigortalılığı devam etmekte iken 25.07.2011 tarihinden itibaren 4/a'ya tabi çalışması başlayan sigortalının tarım sigortalılığı 24.07.2011 tarihinde sona erdirilecektir.

4. Sigortalılığı 01.03.2011 Tarihinden Önce Başlayanların 01.03.2011 Tarihinden Önce Hizmetlerinin Çakışması

01.03.2011 tarihi itibarıyla 4/a ve 4/b kapsamında çalışması bulunan sigortalıların 6111 sayılı Kanun'la 5510 sayılı Kanun'a eklenen geçici 33. madde uyarınca hangi sigortalılık statüsünün önce başladığına bakılmaksızın 4/b bendi kapsamındaki sigortalılığı 28.02.2011 tarihi itibarıyla sona erdirilecektir.

Örnek- 11.11.2008 tarihinde 4/b kapsamında başlayan sigortalılığı devam etmekte iken 12.12.2009 tarihinden itibaren 4/a kapsamında çalışmaya başlayan sigortalının 28.02.2011 tarihi itibarıyla 4/b kapsamındaki sigortalılığı sona erdirilecek, 01.03.2011 tarihi itibarıyla 4/a kapsamındaki sigortalılığı devam ettirilecektir.

5. 4/b Kapsamında Tarım Sigortalılığı Devam Etmekteyken 4/b Kapsamındaki Diğer Statülerde Çalışması Olanların Durumu

Sigortalılık başlangıç tarihlerinin ve 4/b kapsamında sigortalılık çakışmasının 01.03.2011 tarihinden önce ya da sonra olmasına bakılmaksızın, 4. maddenin birinci fıkrasının (b) bendinin (4) numaralı alt bendindeki tarım sigortalılığı ile aynı maddenin birinci fıkrasının (b) bendindeki diğer sigortalılık statülerine aynı anda tabi olacak şekilde 01.03.2011 tarihinden önce çakışması durumunda, 28.02.2011 tarihinde (b) bendinin (4) numaralı alt bendi kapsamındaki sigortalılık sona erdirilecek ve 01.03.2011 tarihinden itibaren diğer statüler dikkate alınarak (b) bendi kapsamındaki sigortalılık başlatıla-

caktır. Çakışmanın 01.03.2011 tarihinden sonra olması halinde ise tarım sigortalılığı (b) bendine tabi sigortalılıktan bir gün önce sona erdirilecektir.

Örnek 1- 4. maddenin birinci fıkrasının (b) bendinin (4) numaralı alt bendine tabi tarım sigortalılığı devam etmekte iken 03.08.2010 tarihinden itibaren vergi mükellefiyeti başlayan sigortalının, tarım sigortalılığı 28.02.2011 tarihinde sona erdirilerek vergi mükellefiyetinin devam etmesi nedeniyle 4/b sigortalılığı 01.03.2011 tarihinden itibaren başlatılacaktır.

Örnek 2- 4. maddenin birinci fıkrasının (b) bendinin (4) numaralı alt bendine tabi tarım sigortalılığı devam etmekte iken 17.08.2011 tarihinden itibaren şirket ortaklığı başlayan sigortalının tarım sigortalılığı 16.08.2011 tarihinde sona erdirilerek şirket ortaklığından dolayı sigortalılığı 17.08.2011 tarihinden itibaren başlatılacaktır.

6. 5/g ile 4/b Sigortalılık Statülerinin Çakışması

5510 sayılı Kanun'un 5/g hükmüne göre "Ülkemiz ile sosyal güvenlik sözleşmesi olmayan ülkelerde iş üstlenen işverenlerce yurt dışındaki işyerlerinde çalıştırılmak üzere götürülen Türk işçileri 4. maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılır ve bunlar hakkında kısa vadeli sigorta kolları ile genel sağlık sigortası hükümleri uygulanır. Bu sigortalıların uzun vadeli sigorta kollarına tabi olmak istemeleri halinde, 50. maddenin ikinci fıkrasındaki Türkiye'de yasal olarak ikamet etme şartı ile aynı fıkranın (a) bendinde belirtilen şartlar aranmaksızın haklarında isteğe bağlı sigorta hükümleri uygulanır. Bu kapsamda, isteğe bağlı sigorta hükümlerinden yararlananlardan ayrıca genel sağlık sigortası primi alınmaz."

6111 sayılı Kanun'un 24. maddesiyle 5510 sayılı Kanun'un 5. maddesinin (g) bendine "Bu bent kapsamında yurt dışındaki işyerlerinde çalışan sigortalıların, bu sürede ödedikleri isteğe bağlı sigorta primleri 4. maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalılık sayılır" cümlesi eklenmiştir. Söz konusu hüküm uyarınca bu kapsamda sigortalı sayılan-

ların isteğe bağlı olarak ödenen primleri 4/a kapsamında sayılacak ancak, bu şekilde prim ödeyen sigortalıların 4/b kapsamında çalışmaya başlamaları halinde 5/g kapsamındaki sigortalılıkları ile isteğe bağlı sigortalılıkları sona erdirilecektir.

Örnek- 01.05.2011 tarihinde 5/g kapsamında sigortalı olan 12.05.2011 tarihinde de isteğe bağlı sigortalı olmak için müracaat eden sigortalı, 26.06.2011 tarihinde limited şirket ortağı olmuştur. Bu sigortalının 5/g kapsamındaki sigortalılığı ile isteğe bağlı sigortalılığı 25.06.2011 tarihi itibarıyla sona erdirilecektir.

7. Hizmet Çakışmalarında Sosyal Güvenlik Destek Primi Uygulaması

4/a ve 4/b hizmet çakışmalarında sosyal güvenlik destek primine tabi sigortalılar hakkında 01.03.2011 tarihinden itibaren 4/a bendi kapsamındaki sigortalılık esas alınarak işlem yapılacaktır.

Örnek- 01.03.2003 tarihinden itibaren 4/b kapsamında yaşlılık aylığı alan sigortalının esnaf sigortalılığının devam etmesi nedeniyle aylığından sosyal güvenlik destek primi kesilmektedir. Sigortalının 03.06.2011 tarihinde 4/a kapsamında çalışmaya başlaması nedeniyle aylıklarından yapılan sosyal güvenlik destek primi kesintisi 02.06.2011 tarihi itibarıyla kaldırılacaktır.

III. HEM 4/a HEM 4/b'Lİ OLARAK PRİM ÖDENMESİ HALİNDE HİZMETLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

4/a ve 4/b sigortalılığının çakışması nedeniyle 4/a kapsamındaki sigortalılığı esas alınanlar, yazılı talepte bulunmak ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 82. maddesine göre belirlenen prime esas kazanç alt sınırı ve üst sınırına ilişkin hükümler saklı olmak kaydıyla, 4/b bendi kapsamındaki çalışmasından dolayı da talep tarihinden itibaren prim ödeyebileceklerdir.

Sigortalılık hallerinin çakışması nedeniyle 4/a kapsamındaki sigortalılığı esas alınanlardan 4/b bendi kapsamında dahi prim ödemek

isteyenler iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından sağlanan haklar yönünden 4/b kapsamında, kısa vadeli sigorta kollarından sağlanan diğer yardımlar ile uzun vadeli sigorta kollarından sağlanan yardımlar yönünden ise 4/a kapsamında sigortalılık statüsünde değerlendirilecektir.

4/a kapsamındaki sigortalılığı esas alınmakla beraber 4/b kapsamındaki çalışmalarından dolayı da prim ödeyenlerin ait olduğu ayı izleyen ayın sonuna kadar 4/b kapsamındaki primi ödememeleri halinde o aya ait primin ödeme imkânı ortadan kalkacağı gibi söz konusu ay da 4/b kapsamında hizmet olarak değerlendirilmeyecektir. Sigortalının takip eden aylarda prim ödemesi halinde ise, bu sürelerde ödediği primler geçerli sayılacaktır.

Örnek 1- 4/b sigortalılığı devam ederken 27.05.2011 tarihinde 4/a kapsamında çalışmaya başlayan ve prime esas kazanç alt sınırı üzerinden prim ödenen sigortalının 4/b kapsamındaki sigortalılığı 26.05.2011 tarihinde sona erdirilmiştir. Sigortalı 17.07.2011 tarihinde aynı zamanda 4/b bendi kapsamında da alt sınır üzerinden prim ödeyeceğine ilişkin talepte bulunmuş olup sigortalının 4/b kapsamındaki hizmetleri aşağıda belirtildiği şekilde değerlendirilecektir.

Sigortalılık Statüsü	Yıl / Ay		İşe Giriş/ Talep Tarihi	Gün	SPEK
	Yıl	Ay			
4/b	2011	4		30	796,50
4/b	2011	5		26	
4/a	2011	5	27/5/2011	5	132,75
4/a	2011	6		30	796,50
4/a	2011	7		30	837,00
4/b			17/7/2011	0	390,60
4/a	2011	8		30	837,00
4/b				0	837,00
4/a	2011	9		25 (5 gün rapor)	697,50
4/b				0	837,00
4/a	2011	10		30	837,00
4/b				0	837,00

Bu sigortalının 17.07.2011 tarihinden itibaren esas alınmayan sigortalılık statüsünde ödenen 4/b kapsamındaki süreler için prime esas kazançları, uzun vade yönünden aylık bağlan-

4/b kapsamında sayılanlar, kendilerine ait veya ortak oldukları işyerlerinden dolayı 4/a kapsamında sigortalı bildirilemeyeceklerinden, bu durumdaki sigortalılar 4/a sigortalısı olamayacaklardır.

ması ve toptan ödeme yapılmasında 4/a sigortalılığı olarak değerlendirilecek, gün sayısı 30 gün olarak dikkate alınacaktır.

Sigortalının 15.08.2011 tarihinde 4/b kapsamında iş kazası geçirmesi halinde sigortalıya ödenecek geçici iş görmezlik ödeneği ile meslekte kazanma gücünü % 20 oranında kaybetmesi halinde bağlanacak sürekli iş göremezlik geliri 4/b statüsünde değerlendirilecek ve yardımlar bu statüden yapılacaktır.

Bu şekilde çalışmaya devam eden sigortalı 12.09.2011 tarihinde 5 gün hastalık sigortası yönünden rapor almıştır. Sigortalının 5 günlük geçici iş göremezlik ödeneği 4/a kapsamında ödenecektir.

Örnek 2- Örnek 1'deki sigortalının 15.08.2011 tarihinde 4/a kapsamında iş kazası geçirmesi halinde sigortalıya ödenecek geçici iş görmezlik ödeneği ile meslekte kazanma gücünü % 20 oranında kaybetmesi halinde bağlanacak sürekli iş göremezlik geliri 4/a statüsünde değerlendirilecek ve yardımlar bu statüden yapılacaktır.

Örnek 3- Örnek 1'deki sigortalının 12.12.2011 tarihinde 4/b kapsamında iş kazası geçirdiği 01.02.2012 tarihinde tespit edilmiştir. Ancak, sigortalı 2011 yılı Aralık ayı primini 2012 yılı Ocak ayı sonuna kadar ödemediğinden 4/b sigortalılığı geçerli sayılmayacak, sigortalı iş kazası ve meslek hastalığı hükümlerinden yararlanamayacaktır.

Örnek 4- 4/a ve 4/b sigortalılığının çakışması nedeniyle 15.09.2011 tarihinde 4/b sigortalılığı durdurulan ve 4/b kapsamındaki sigortalılığının devam etmesi yönünde talepte bulunmayan sigortalının 4/a kapsamındaki sigortalılığı 21.12.2012 tarihinde sona ermiştir. Bu durumda 4/b kapsamında sigortalılığının devam etmesi

4/b'liler, bir başka işyerinde 4/a'lı olduklarında 4/b'liliğe veda edebilecekler, 4/a şartlarıyla daha kolay ve daha erken emekli olabileceklerdir.

nedeniyle sigortalılığı 22.12.2012 tarihinden itibaren başlatılacaktır.

IV. SONUÇ

4/b'liler, kendi işyerlerinde değil ama, bir başka işyerinde 4/a'lı olduklarında 4/b'liliğe veda edebilecekler, 4/a şartlarıyla daha kolay ve daha erken emekli olabileceklerdir. Üstelik hem 4/a hem de 4/b primlerini ödeyip, prim matrahlarını arttırma ve daha yüksek aylık alma imkânı da onlara tanınmıştır. İş kazası geçirdiklerinde bu kazanın 4/a'lı olarak mı 4/b'li olarak mı geçirildiğinin nasıl anlaşılacağı bir muam-ma olmakla birlikte, düzenlemeyi genel olarak olumlu karşılıyoruz.

Ne var ki, işverenlerin işçi gibi emekli olmasına yeşil ışık yakan kanun koyucu isteğe bağlı sigortalılara aynı cömertliği göstermediğinden, onlar 4/b'li olmaya devam edecekler ya da muvazaalı olarak bir işyerinde 4/a'lı gözükmeye itileceklerdir.

Oysa ay içinde 30 günden az çalışan veya tam gün çalışmayanların isteğe bağlı sigorta yoluyla kalan sürelerini 30 güne tamamlamaları halinde, kanunkoyucu bunların isteğe bağlı sigortalılık statülerini 4/a kapsamında sayarak, bu çalışmaların 4/b'li sayılması yanlışına son vermişken, yurtdışında çalışan Türk işçilerinin isteğe bağlı sigorta ödemeleri 4/a'lı çalışma sayılmışken, diğer isteğe bağlı sigortalılara bu hakkın verilmemesi haksızlıktır.

Kısacası, bu "Torba"da bazı yanlışlar düzeltilmiş, düzeltilmeyenler ise bir dahaki Torbaya kalmıştır.

DİPNOTLAR

- 1 25.02.2011 tarihli ve 27857 (1.Mükerrer) sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.
- 2 Bu yazı hazırlandığı sırada söz konusu "Genelge Taslağı"

kamuoyuna açıklanmamış durumdadır. Prim borçlarına ilişkin bir başka Genelge Taslağı ise, kamuoyunun katkısını almak maksadıyla Kurum web sayfasına konulmuştur.

- 3 Bu durumda olanların (4/b) terk işlemleri menüsünden (01) terk kodu, sigorta türünde "53 üncü maddeye göre sonlandırma" seçeneği işaretlenerek sigortalılıkları sona erdirilecek ve sigortalılara yeni sigortalılık statüsü ile ilgili olarak SGK'ca bilgi verilecektir.

Prof. Dr. Şükran ERTÜRK

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Sosyal Güvenlik Destek Primi Ödeyerek Çalışanların Sağlık Yardımlarından Yararlanması

GİRİŞ

Bu çalışmada amaç, sosyal güvenlik destek primi ödeyenlerin sağlık yardımlarından yararlanmasına ilişkin kapsamı açıklamak ve incelemekten ziyade, sosyal güvenlik destek primi ödeyenlerin sağlık yardımlarından yararlanmasına ilişkin yasal mevzuatı belirlemek ve ortaya koymaktır. Zira bu konuda 5510 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi ile birlikte, Yasanın kaleme alınış şekli ve ikincil mevzuat bu şekilde çalışanların durumunu açıklamak konusunda son derece yetersiz kalmıştır.

Ancak sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışma konusunda, 5510 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi ile birlikte son derece karışık ve karmaşık bir durum ortaya çıkmıştır. Eski sigortalılar ve aylık alanlar bakımından geçiş hükümleri ile sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışma olanağı muhafaza edilmekle birlikte, 01.10.2008 tarihinden itibaren ilk kez sigortalı olanlar bakımından ise 5510 sayılı Kanun'un sosyal güvenlik destek primi ödeye-

rek çalışmaya ilişkin hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Bu sebeple bu son derece karışık ve karmaşık, her bir sigortalının tabi olduğu kanuna göre farklılık gösteren sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışma durumunun eski ve yeni sigortalılar bakımından ayrı ayrı incelenmesine ihtiyaç vardır.

A. MÜLGA KANUNLARDA VE 5510 SAYILI KANUN'DA SOSYAL GÜVENLİK DESTEK PRİMİ ÖDEYEREK ÇALIŞMA

1. 5510 SAYILI KANUN'UN GENEL OLARAK SOSYAL GÜVENLİK DESTEK PRİMİ İLE İLGİLİ DÜZENLEMELERİ

5510 sayılı Kanun'un yürürlüğü ilk kez 01.07.2007¹, daha sonra 01.01.2008² ve son olarak 01.06.2008 olarak belirlendikten sonra³, 5474 sayılı Kanun⁴ ile de çoğu maddeler ba-

kımından yürürlük tarihi “2008 Yılı Ekim Ayı Başı” olarak belirlenmiştir.

5754 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerden birisi de sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışma konusundadır. 5510 sayılı Kanun’un 5754 sayılı kanunla değişik 30. maddesine göre, “Bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra ilk defa sigortalı olan kişilerden yaşlılık aylığı bağlandıktan sonra, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının b bendinin 4 numaralı alt bendi hariç olmak üzere bu Kanuna göre veya yabancı bir ülke mevzuatı kapsamında çalışmaya başlayanların yaşlılık aylıkları çalışmaya başladıkları tarihi takip eden ödeme dönemi başında kesilir. Bunlardan bu kanuna tabi çalıştıkları süre zarfında 80 inci maddeye göre belirlenen prime esas kazançları üzerinden 81 inci madde gereğince kısa ve uzun vadeli sigorta kolları ile genel sağlık sigortasına ait prim alınır...”.

Anlaşılabacağı üzere, bu madde 4/I b sigortalıları dışında, yaşlılık aylığı alanların tekrar çalışmaya başlamaları durumunda, yaşlılık aylıklarının kesilmesini öngörmekte ve sigortalının tüm sigorta kollarına tabi olarak prim ödeme zorunluluğuna işaret etmektedir. Sosyal Güvenlik Kurumu’na dilekçe vermek sureti ile hem yaşlılık aylığını almaya devam etme hem de sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışma olanağından söz edilmemektedir. Yani bu sigortalılar açısından yaşlılık aylıklarını alarak tekrar çalışma olanağı kanunda tanınmamıştır. Ancak önemine binaen tekrar vurgulayalım ki bu madde sadece “5510 sayılı Kanun yürürlüğe girdikten sonra ilk kez sigortalı olup, kendilerine yaşlılık aylığı bağlananları” ilgilendirmektedir. Bu demektir ki, 5510 sayılı Kanun’un 30. maddesi 506 sayılı Kanun’a ve diğer sosyal güvenlik kanunlarına tabi sigortalıları ilgilendirmemektedir. Bu gibi sigortalıların durumu 5510 sayılı Kanun’un Geçici 14. maddesinde düzenlenmiş olup, bu konu aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.

5510 sayılı Kanun’da sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışma olanağı m.4/I a ve m.4/I c kapsamında sigortalı olanlar bakımından kaldırılırken, m.4/I b kapsamında sigortalı olanlar bakımından korunmuştur. 5510 sayılı Kanun’un 30/III b hükmü uyarınca, “4 üncü

maddenin birinci fıkrasının b bendinin 4 numaralı alt bendi hariç olmak üzere diğer alt bentlerine tabi çalışmaya başlayanlardan aylıklarının kesilmemesi için yazılı istekte bulunanların yaşlılık aylıklarının ödenmesine devam edilir. Bunlardan, almakta oldukları aylıklarının %15’i oranında sosyal güvenlik destek primi kesilir. Ancak kesilecek olan bu tutar, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının b bendine tabi sigortalılara ilgili yılın Ocak ayında ödenen en yüksek yaşlılık aylığından alınabilecek sosyal güvenlik destek priminden fazla olamaz. Bu sigortalılardan ayrıca kısa vadeli sigorta primi alınmaz. Sosyal güvenlik destek primine tabi olanların primleri, aylıklarından kesilmek suretiyle tahsil edilir. Sosyal güvenlik destek primi ödenmiş veya bildirilmiş süreler bu kanuna göre malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları prim ödeme gün sayısına ilave edilmez, 31 inci ve 36 ncı madde hükümlerine göre toptan ödeme yapılmaz”.

II. 5510 SAYILI KANUN’UN GEÇİCİ 14. MADDESİNDEKİ DÜZENLEME

5510 sayılı Kanun’un Geçici 14. maddesine göre, “bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce iştirakçi veya sigortalı olanlar, vazife malûllüğü, malûllük ve yaşlılık veya emekli aylığı bağlananlar ve bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihte sosyal destek primi ödeyerek çalışmaya devam edenler hakkında sosyal güvenlik destek primine tabi olma bakımından bu Kanunla yürürlükten kaldırılan ilgili Kanun hükümlerinin uygulanmasına devam edilir” (f.1).

Kanun’un geçici 14. maddesinden yararlanabilecek olanları üç gruba toplamak mümkündür:

1. Bu Kanun’un yürürlüğe girdiği tarihten önce iştirakçi ve sigortalı olanlar. Yani 5434 sayılı Kanun’a tabi iştirakçi, 506 sayılı SSK, 1479 sayılı Bağ-Kur Kanunu uyarınca sigortalı olanlar,

2. Kanun’un yürürlüğe girdiği tarihten önce vazife malûllüğü, malûllük, yaşlılık veya emekli aylığı bağlananlar. Bu aylıklar da 5434 sayılı Kanun, 506 sayılı Kanun veya 1479 sayılı Kanun uyarınca bağlanmış olabilir,

3. Bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışmaya devam edenler,

sosyal güvenlik destek primine tabi olma bakımından bu Kanun'la yürürlükten kaldırılan ilgili kanun hükümlerine tabidirler.

Buradaki "sosyal güvenlik destek primine tabi olma bakımından" ifadesinin maddenin uygulama alanını açıklamaktan uzak olduğunu özellikle belirtmemiz gerekir. Bu ifade ile kast edilen "sosyal güvenlik destek primi ödeyerek yeniden çalışma" mıdır, yoksa "sosyal güvenlik destek prim oranları" ile ilgili bir anlam mı ve-rilmeye çalışılmıştır?

Her şeyden önce, "sosyal güvenlik destek primine tabi olma bakımından" ifadesinin "sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışma" yı içerdiğini kabul etmek gerekir. Bu sebeple 5510 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce mülga Kanunlar uyarınca "sigortalı sıfatına" sahip olanların, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce vazife malûllüğü, malûllük, yaşlılık veya emekli aylığı bağlananların ve bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışmaya devam edenlerin, 5510 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılan Kanunların sosyal güvenlik primi ödeyerek çalışmaya ilişkin Kanun hükümlerine tabi olacaklarını söylemek mümkündür. Bu sebeple bu hükümlerin hatırlanmasına ihtiyaç vardır.

III. 506 SAYILI KANUN UYARINCA SOSYAL GÜVENLİK DESTEK PRİMİ ÖDEYEREK ÇALIŞMA

1. Sosyal Güvenlik Destek Primi Ödeyerek Çalışma Bakımından

1986 yılında 3279 sayılı Kanun ile 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 3. ve 63. maddelerine bir bent eklenmiştir. Kanun'un 3. maddesine eklenen bent uyarınca "kanunla kurulu sosyal güvenlik kurumlarından malûllük veya emeklilik aylığı almakta iken, bu kanuna tabi sigortalı bir işte çalışanların prime esas kazançları üzerinden, 63. maddeye göre sosyal güvenlik destek primi kesilir" (506 s. Kanun m.3/C I). Bu, Emekli Sandığı, Bağ-Kur veya SSK Geçici

20. maddesine göre kurulmuş banka ve sigorta sandıklarından malûllük ve yaşlılık aylığı almakta olanların, sosyal güvenlik destek primi ödeyerek 506 sayılı Kanun'un kapsamına giren bir işte çalışabilecekleri anlamına gelmektedir. SSK 3. maddesi Sosyal Sigortalar Kurumu'ndan sadece yaşlılık aylığı alanların değil, malûllük aylığı alanların da yeniden çalışmaya başlamaları halinde sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışabilecekleri şeklinde kaleme alınmıştır. Bu sonuç Sosyal Sigortalar Kanunu uyarınca yaşlılık aylığı alanlar bakımından açıktır. Çünkü 506 sayılı Kanun'un 63. maddesi açıkça buna olanak tanımaktadır. Buna karşılık Sosyal Sigortalar Kurumu'ndan malûllük aylığı alanlar bakımından aynı sonucun ortaya çıkıp çıkmadığı o kadar açık değildir. Çünkü Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 58. maddesi, malûllük aylığı alanların tekrar çalışmaları halinde aylıklarının kesileceğini belirtmektedir. Bu sebeple 506 sayılı Kanun'un 3. maddesindeki "kanunla kurulu sosyal güvenlik kurumlarından malûllük aylığı alanları..." Sosyal Sigortalar Kanunu dışındaki diğer Kanunlar gereği malûllük aylığı şeklinde anlamak gerekir. Bu sebeple Bağ-Kur ya da Emekli Sandığı Kanunu'na tabi olarak malûllük aylığı alanlar, sosyal güvenlik destek primi ödemek sureti ile tekrar Sosyal Sigortalar Kanunu'na tabi olarak çalışmaya başlamaları durumunda, malûllük aylıklarını almaya devam edebileceklerdir⁵.

506 sayılı SSK'ya göre yaşlılık aylığı almakta iken, sigortalı olarak çalışmaya başlayanların yaşlılık aylıkları çalışmaya başladıkları tarihte kesilir (506 s.Kanun m.63/A I). 506 sayılı Kanun'da da kural yeniden çalışmaya başlayanların aylıklarının kesilmesidir. Bu kurala ilişkin istisna ise 63/B I hükmü ile getirilmiştir. Bu hüküm uyarınca, sigortalıların talepte bulunmaları ve Kanun'da öngörülen oranda sosyal güvenlik destek primi ödemeleri halinde, çalışsalar dahi yaşlılık aylıklarını almaya devam edecekleri belirtilmektedir. Bunun için sigortalının Kurum'a yazılı talepte bulunması gerekir. Bu talep olmadan çalışmaya başlama halinde yaşlılık aylığı kesileceği için, bu durumda olanlar bakımından uygulamada önemli sorunlar yaşanmış ve pek çok davanın konusunu oluşturmuştur⁶. Bu

konudaki tereddütleri gidermek için de Kurum bir genelge yayımlamıştır⁷.

“Bu kanuna göre yaşlılık aylığı almakta iken sigortalı bir işte çalışmaları dolayısıyla bu maddenin (A) fıkrasına göre yaşlılık aylığı kesilenleri, çalıştıkları süre içinde (B) fıkrasında yazılı hükümlerin uygulanmasını; (B) fıkrasına göre yaşlılık aylığı kesilmeden çalışanlar ise çalıştıkları süre içinde haklarında (A) fıkrasında yazılı hükümlerin uygulanmasını isteyebilirler” (506 s.kanun m.63/B III).

2. Sosyal Güvenlik Destek Primi Oranları Bakımından

5510 sayılı Kanun’un geçici 14. maddesindeki “... sosyal güvenlik destek primine tabi olma bakımından” ifadesinin “sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışma”yı ilgilendirdiğini bu şekilde açıklamış bulunmaktayız. Aynı ifadenin sosyal güvenlik destek prim oranlarını da kapsayıp kapsamadığı da açıklığa kavuşturulmalıdır.

Yaşlılık aylığı alıp da tekrar çalışmaya başlayanların ödemesi gereken prim oranı 506 sayılı Kanun’un 63. maddesinde, çalışan sigortalının 78. maddesine göre tespit edilen prime esas kazançları üzerinden %30 oranında kesileceği belirtilerek açıklığa kavuşturulmuştur.

Ancak 5510 sayılı Kanun’un geçici 14. maddesi Kanun yürürlüğe girmeden önce sigortalı olanlar için sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışma hakkını saklı tutmuş olmakla birlikte, ödenmesi gereken prim oranları konusunda aynı esasın kabul edildiğini söylemek mümkün değildir.

5510 sayılı Kanun’un 4/a kapsamında (hizmet sözleşmesi ile) çalışanlar için sosyal güvenlik destek prim oranı 80. maddeye göre tespit edilen prime esas kazançlar üzerinden, 81. maddenin birinci fıkrasının c bendinde belirtilen prim oranına yüzde 30 oranının eklenmesi suretiyle bulunan toplamıdır (5510 sayılı Kanun Geçici madde 14/I a). Kanunun 81. maddesinde ise kısa vadeli sigorta primi düzenlenmektedir. Kısa vadeli sigorta prim oranı, yapılan işin iş kazası ve meslek hastalığı bakımından gösterdiği tehlikenin ağırlığına göre %1 ile %6,5 oranında olmak üzere, 83 üncü maddeye göre Kurumca belirlenir.

Sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışanlar için ödenmesi gereken %30 oranının 1/4’ü sigortalı, 3/4’ü işveren hissesidir. Buna karşılık kısa vadeli sigorta kolu priminin tamamını işveren öder (m.81/I c). Yani artan kısımdan sigortalı sorumlu olmayacak, eskiden olduğu gibi %7,5 oranında prim ödemeye devam edecek, işveren ise %22,5 oranındaki prime ilaveten, işyerinde yapılan işin iş kazası ve meslek hastalığı bakımından gösterdiği tehlikenin ağırlığına göre, %1 ile %6,5 oranında değişen miktarda prim ödemek zorunda kalacaktır⁸. Ödenen bu primler karşılığında sigortalı olanlar sadece iş kazası ve meslek hastalıkları sigortasından yararlanabileceklerdir (m.14/I a). Dolayısı ile sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışan bir sigortalı iş kazası ve meslek hastalığına uğradığında, kendisine geçici iş göremezlik ödeneği ödeneceği gibi, iş göremezliğin sürekli olması halinde sürekli iş göremezlik gelirinin bağlanması da gündeme gelebilecektir.

Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından çıkarılan 2009/37 tarihli Genelge’de⁹ de “2008 yılı Ekim ayı başından önce 506 sayılı Kanunun mülga 63 üncü maddesi gereğince yaşlılık aylığını kestirmeden Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine tabi çalışmaya devam edenler ile 5510 sayılı Kanunun yürürlük tarihinden sonra geçici 2 nci maddesi gereğince yaşlılık aylığı bağlanacaklardan aylıklarının kesilmemesi yönünde talepte bulunanlar ya da sigortalı işe giriş bildirgesinde sosyal güvenlik destek primine tabi olmayı seçen sigortalılar % 30 oranına kısa vadeli sigorta kollarına ilişkin prim oranı ilave edilerek sosyal güvenlik destek primi ödeyeceklerdir” ifadesi yer almaktadır.

IV. 1479 SAYILI BAĞ-KUR KANUNU’NA TABİ OLANLARIN SOSYAL GÜVENLİK DESTEK PRİMİ ÖDEYEREK ÇALIŞMALARI

5510 sayılı Kanun’un geçici 14. maddesi, bu kanun yürürlüğe girdiği tarihten önce sigortalı olanlar gibi, malûllük ve yaşlılık aylığı bağlananları ilgilendirdiği için, Bağ-Kur’dan malûllük

veya yaşlılık aylığı bağlananların, yeniden sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışmaya başlamaları durumunda, bu Kanunla yürürlükten kaldırılan ilgili kanun hükümlerinin uygulanması gerekeceği için bu kez bu 1479 sayılı Kanun hükümlerinin hatırlanması zorunludur.

Bağ-Kur Kanunu'na göre, yaşlılık aylığı almakta olan sigortalıların tekrar çalışmaya başlamaları halinde ki bu Bağ-Kur'a tabi bir çalışma olabileceği gibi, diğer sosyal güvenlik kurumlarına tabi bir çalışma da olabilir, yaşlılık aylıkları kesilmez. Bağ-Kur'dan aylık alanların yaşlılık aylığının kesilmesi sigortalının isteğine bağlıdır (1479 s. Bağ-Kur K.m.38).¹⁰ Bununla beraber, 4447 sayılı yasa ile Bağ-Kur Kanunu'na eklenen ek 20. madde ile yaşlılık aylığı almakta iken 24. maddenin I numaralı bendinde belirtilen çalışmalarına devam edenlerden veya daha sonra çalışmaya başlayanlardan sosyal güvenlik destek primi kesileceği düzenlenmiştir. Buna göre, yaşlılık aylığı almakta iken çalışmaya devam eden Bağ-Kur emeklilerinin aylıklarından %10 oranında sosyal güvenlik destek primi kesilir. Belirtelim ki, 4447 sayılı yasa ile yapılan ilk düzenlemede sadece Bağ-Kur'dan yaşlılık aylığı almakta olanların yine Bağ-Kur Kanunu'na tabi olarak çalışmaları halinde sosyal güvenlik destek primi kesilmesi öngörülmüştür. Bu sebeple, SSK'dakinden farklı bir düzenleme getirildiği söylenebilir. Söz konusu düzenlemeye göre, diğer sosyal güvenlik kurumlarından yaşlılık veya malullük aylığı alanlar Bağ-Kur Kanununa tabi olarak çalışmaya başladıklarında bunlardan sosyal güvenlik destek primi kesilmeyecektir.¹¹

Ancak Bağ-Kur Kanunu ek 20. maddeye 24.3.2003 tarihli ve 4956 sayılı yasayla bir fıkra eklenerek bu duruma son verilmiş ve diğer sosyal güvenlik kurumlarından aylık almakta olanların da Bağ-Kur'a sosyal güvenlik destek primi ödemeleri öngörülmüştür (4956 s.kanunun 44 maddesi). 4956 sayılı yasa ile Bağ-Kur Kanununda yapılan değişikliğin gerekçesinde¹² SSK'nın 3. maddesindeki düzenleme ile norm ve standart birliği sağlanmasının amaçlandığı belirtilmiştir. Diğer sosyal güvenlik yasalarına göre yaşlılık veya malullük aylığı alanlardan ticari kazanç veya serbest meslek kazancı do-

layısıyla vergi mükellefiyeti devam edenlerin aylıklarından sosyal güvenlik destek primi kesileceği ifade edilmiştir (1479 s.Bağ-Kur K. ek m.20/3).

Buna göre Bağ-Kur'a sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışmalarına devam edecek olanlar, Bağ-Kur'dan yaşlılık aylığı alanlar ile diğer sosyal güvenlik kurumlarından yaşlılık veya malullük aylığı alanlar şeklinde iki gruba ayrılabilir. Bağ-Kur Kanunu'nun ek 20. maddesinin 1. ve 3. fıkraları incelendiğinde anılan iki grup arasında önemli farklılıkların yaratılmış olduğu söylenebilecektir. Birinci grupta yer alan Bağ-Kur'dan yalnızca yaşlılık aylığı alanlardan bu aylıkları kesilmeksizin çalışmalarına devam etmek isteyenler sosyal güvenlik destek primi ödemekle yükümlü kılınırken, diğer sosyal güvenlik kurumlarından yaşlılık aylığı dışında malullük aylığı alırken, ticari kazanç veya serbest meslek kazancı dolayısıyla gerçek veya basit usulde gelir vergisi mükellefiyeti devam edenler de sosyal güvenlik destek primi ödemek zorunda bırakılmışlardır. Yapılan değişiklik ile, sosyal güvenlik destek primi ödeme yükümlülüğü, sadece ticari kazanç veya serbest meslek kazancı dolayısıyla gerçek veya basit usulde gelir vergisi mükellefiyeti devam edenler için öngörülmüş, ancak örneğin limitet şirket ortakları gibi, esasında Bağ-Kur kapsamında olan bir faaliyet yürütmesine rağmen, sırf maddede geçen şekli ile vergi mükellefiyeti söz konusu olmadığı için, bunlar bakımından sosyal güvenlik destek primi ödemeksizin çalışma, hem de aylıklarını alma olanakları yaratılmıştır. Bu durumun ise, sözü edilen hükmün getiriliş amaçları arasında sayılan eşitliği sağlama işlevinin daha başlangıçta Yasa kapsamına girenler bakımından bozulması anlamına geleceği ifade edilmiştir¹³.

Bu nedenle 22.01.2004 tarih ve 5073 sayılı Kanunla¹⁴ Bağ-Kur Kanunu'nun ek.20 maddesi tekrar değiştirilmiş ve 4956 sayılı Kanunla değiştirilmeden önceki eski haline dönüştürülmüştür. Buna göre hüküm şu hale gelmiştir: Ek madde 20 – (Ek: 25/8/1999 - 4447/38 md.)

(Değişik birinci fıkra: 22/1/2004-5073/15 md.) Bu Kanuna göre yaşlılık aylığı bağlananlardan, 24 üncü maddenin (I) numaralı ben-

dinde belirtilen çalışmalarına devam edenlerin veya daha sonra çalışmaya başlayanların, sosyal yardım zammı dahil tahakkuk eden aylıklarından, aylığın bağlandığı veya tekrar çalışmaya başlanıldığı tarihi takip eden aybaşından itibaren, çalışmalarının sona erdiği ay dahil % 10 oranında sosyal güvenlik destek primi kesilir

Birinci fıkra hükmüne göre aylıklarından sosyal güvenlik destek primi kesilmesi gerekenlerden, bu Kanunun yayımlandığı tarihten önce aylık bağlananlar Kanunun yayımını, daha sonra tekrar çalışmaya başlayanlar ise çalışmaya başladıkları tarihi takip eden aybaşından itibaren üç ay içinde Kuruma yazılı bildirimde bulunmak zorundadırlar. Bu süre içinde Kuruma yazılı bildirimde bulunmayanlardan sosyal güvenlik destek primi, gecikmeli bildirimde bulunan veya Kurumca tespit edilen tarihe kadar 53 üncü maddeye göre hesaplanacak gecikme zammı ile birlikte tahsil edilir. Birikmiş sosyal güvenlik destek primi ve gecikme zamlarının ödenmemesi halinde aylıklardan yapılacak kesintiler aylık tutarının % 25'ini geçemez.

(Ek üçüncü fıkra: 24/7/2003-4956/44 md.) (Değişik birinci cümle: 22/1/2004-5073/15 md.) Diğer sosyal güvenlik kanunlarına göre yaşlılık ve malullük aylığı bağlananlardan, 24 üncü maddenin (I) numaralı bendinde belirtilen kapsamda çalışmaya başlayanlar, çalışmaya başladıkları ayı takip eden ay başından itibaren, çalışmalarının sona erdiği ay dahil, bu Kanunun 50 nci maddesine göre belirlenen onikinci gelir basamağının %10'u oranında sosyal güvenlik destek primi öderler. Sosyal güvenlik destek primi ödemesi gerekenlerden bu Kanunun yayım tarihinden önce aylık bağlananlar Kanunun yayımını, daha sonra tekrar gerçek veya basit usulde gelir vergisi mükellefi olanlar ise mükellefiyetin başladığı tarihi takip eden aybaşından itibaren üç ay içinde Kuruma yazılı bildirimde bulunmak zorundadırlar. Bu süre içinde Kuruma yazılı bildirimde bulunmayanlar ile Kurumca tespit edilemeyenlerden sosyal güvenlik destek primi, 53 üncü maddeye göre hesaplanarak tahsil edilir".

Sonuç olarak, bu değişiklikten sonra sadece Bağ-Kur'dan yaşlılık ya da malullük aylığı alan-

lar değil, Emekli Sandığı ya da Sosyal Sigortalar Kurumu'ndan malullük ya da yaşlılık aylığı alanlar da, m.24/I kapsamında çalışmaya başladıklarında, bu tarihten itibaren sosyal güvenlik destek primi ödeyeceklerdir.

İki grup arasında yaratılan diğer farklılık, sosyal güvenlik destek priminin ödenme şeklinden kaynaklanmaktadır. Bağ-Kur emeklilerinin aylıklarından %10 oranında sosyal güvenlik destek primi kesilirken diğer sosyal güvenlik kurumlarından yaşlılık veya malullük aylığı almakta olan ve Bağ-Kur Kanunu'nun 24. maddesinin I. bendinde belirtilen kapsamda çalışmaya başlayanlardan, bunların diğer kurumlardan aldıkları aylıklarına bakılmaksızın, yasanın 50. maddesine göre belirlenen 12. gelir basamağının %10'u oranında sosyal güvenlik destek primi alınması öngörülmüştür. Söz konusu farklılığın birinci gruptakilerin kesintilerinin aylıkları üzerinden yapılacak olmasından kaynaklandığı ifade edilebilirse de, diğer sosyal güvenlik kurumlarından aylık alanların ödemeleri gereken prim tutarının belirli bir basamakla sınırlı tutulması isabetli olmadığı ifade edilmiştir¹⁵. Özellikle ilk 12. basmakta gelirlerin asgari ücret düzeyinin bir miktar üstünde olduğu düşünüldüğünde, anılan eşitsizliğin boyutları daha da açık bir şekilde ortaya çıkacağı vurgulanmıştır¹⁶.

5510 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışma, m.4/I a ve m.4/I c kapsamında olanlar bakımından kaldırılmasına rağmen, m.4/I b kapsamında olanlar bakımından korunmuştur. 5510 sayılı Kanun'un 30/III b hükmü uyarınca, "4 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendinin (4) numaralı alt bendi hariç olmak üzere diğer alt bentlerine tabi çalışmaya başlayanlardan aylıklarının kesilmemesi için yazılı istekte bulunanların yaşlılık aylıklarının ödenmesine devam edilir. Bunlardan, almakta oldukları aylıklarının % 15'i oranında sosyal güvenlik destek primi kesilir. Ancak kesilecek olan bu tutar, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendine tabi sigortalılara ilgili yılın Ocak ayında ödenen en yüksek yaşlılık aylığından alınabilecek sosyal güvenlik destek priminden fazla olamaz. Bu sigortalılardan ayrıca kısa vadeli sigorta kolları

primi alınmaz. Sosyal güvenlik destek primine tabi olanların primleri, aylıklarından kesilmek suretiyle tahsil edilir. Sosyal güvenlik destek primi ödenmiş veya bildirilmiş süreler bu Kanuna göre malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları prim ödeme gün sayısına ilâve edilmez, 31 inci ve 36 ncı madde hükümlerine göre toptan ödeme yapılmaz”.

Bu hüküm uyarınca 4/I b sigortalısının yeniden çalışmaya başlaması durumunda aylığının kesilmemesi ve sosyal güvenlik destek primi ödemesi için talepte bulunması gerekir. Aksi durumda yaşlılık aylığı kesilecek ve sigortalının tüm sigorta kolları için prim ödemesi gündeme gelecektir.

Aylığının kesilmemesi için, sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışma talebinde bulunan sigortalıların yaşlılık aylıklarından %15 oranında sosyal güvenlik destek primi kesilir. Ancak kesilecek olan bu tutar, 4/I b bendine tabi sigortalılara ilgili yılın Ocak ayında ödenen en yüksek yaşlılık aylığından alınabilecek sosyal güvenlik destek priminden fazla olamaz (5510 s. kanun m. 30/III b.) Bu sigortalılardan ayrıca kısa vadeli sigorta primi alınmaz.

Kanun'un geçici 14/I b hükmü uyarınca “bu kanunun 4üncü maddesinin birinci fıkrasının b bendi kapsamında sigortalı sayılanlardan, ilgili kamu kurum ve kuruluşlarından alınacak belgelerle doğrulamak kaydıyla faaliyette bulunulmadığına ilişkin süreler hariç olmak üzere çalışılan süreleri için, sosyal güvenlik destek primi oranı olarak bu Kanunun 30 uncu maddesinin üçüncü fıkrasının b bendinde belirtilen hükümler uygulanır. Bu oran bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte %12 olarak, takip eden her yılın Ocak ayında bir puan artırılarak uygulanır. Ancak bu oran %15'i geçemez”.

Ödenen sosyal güvenlik destek primi nedeniyle m.4/I b kapsamında sigortalı olanların herhangi bir sigorta kolundan yararlanmaları mümkün değildir. Bu nedenle sözü edilen düzenleme eleştirilmektedir¹⁷.

Sosyal Güvenlik Kurumunun 2009/37 sayılı genelgesinin 5.7.1 maddesinde, “5510 sayılı Kanunun 30 uncu maddesi ile ilk defa 2008 yılı Ekim ayı başından sonra Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c)

bendi kapsamında sigortalı olup, yaşlılık aylığı alanlardan Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında çalışmaya başlayanların, yaşlılık aylıklarından % 15 oranında sosyal güvenlik destek primi kesileceği,

Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentleri kapsamında yaşlılık aylığı bağlananlar ile 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendinin (4) numaralı alt bendine tabi çalışmaları nedeniyle aylık alanlardan Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin (4) numaralı alt bendine tabi çalışmaları bulunanların bu çalışmaları nedeniyle aylıklarından sosyal güvenlik destek primi kesilmeyeceği,

5510 sayılı Kanuna göre yaşlılık aylığı bağlanan sigortalılardan yabancı bir ülke mevzuatı kapsamında çalışmaya başlayanların yaşlılık aylıkları, çalışmaya başladıkları tarihi takip eden ödeme dönemi başından itibaren kesilecektir. Malullük aylığı bağlanmış olanlarında Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bendi kapsamında çalışmaları halinde aylıkları kesilecek, bunlar da sosyal güvenlik destek primine tabi çalışamayacakları,

01/10/2008 tarihinden önce sosyal güvenlik kanunlarına göre malullük ve yaşlılık, 1479 sayılı Kanuna göre ise yaşlılık aylığı almakta olanlardan anonim şirketin kurucu ortağı olup yönetim kurulu üyeliği bulunmayan ve sosyal güvenlik destek primi kesilenlerden 01/10/2008 tarihinden sonra sosyal güvenlik destek primi kesilmeyeceği,

Sosyal güvenlik destek primi ödenmiş veya bildirilmiş süreler 5510 sayılı Kanuna göre malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları prim ödeme gün sayısına ilave edilmeyecek 31 inci ve 36 ncı madde hükümlerine göre toptan ödeme yapılmayacağı” belirtilmektedir.

V. 2925 SAYILI KANUN ANLAMINDA SİGORTALI OLANLARIN SOSYAL GÜVENLİK DESTEK PRİMİ ÖDEYEREK ÇALIŞMALARI

Tarımda süreksiz işlerde çalışıp kendi istekleri ile prim ödemek suretiyle emekli olan

Tarım SSK'lılarının, emekli aylığı bağlandıktan sonra çalışmaları halinde emekli aylıkları kesilmekteydi. Bunların destek primi ödemek suretiyle çalışmaları da mümkün değildi.

2925 sayılı Kanuna tabi yaşlılık aylığı almakta iken 01/10/2008 tarihinden sonra 5510 sayılı Kanun'un 4. maddesine tabi çalışan sigortalılardan söz konusu tarih itibariyle sosyal güvenlik destek primi kesilecektir.

VI. 2926 SAYILI KANUN KAPSAMINDA MALÛLLÜK AYLIĞI BAĞLANAN KİŞİLER

4956 sayılı Kanun, Sağlık Yardımları, Malûllük Sigortası, Yaşlılık Sigortası, Ölüm Sigortası ile ilgili 2926 sayılı Kanun hükümlerini 02.08.2003 tarihinden itibaren yürürlükten kaldırmış olduğundan, bu konuda 1479 sayılı Kanun'un ilgili hükümleri uygulanacaktır.

VII. 5434 SAYILI KANUN KAPSAMINDA SİGORTALI OLANLARIN SOSYAL GÜVENLİK DESTEK PRİMİ ÖDEYEREK ÇALIŞMALARI

1. 5510 Sayılı Kanun'un Yürürlüğe Girmesinden Önce Sosyal Güvenlik Destek Primi Ödeyerek Çalışma

Emekli Sandığı Kanunu diğer sosyal güvenlik kurumlarında olduğu gibi bazı koşullarda emekli aylığı alıp çalışmaya başlayanların aylıklarının kesilmesini öngörmektedir. Konu ile ilgili olarak yasanın 99. ve ek 11. maddelerine bakıldığında Emekli Sandığı'ndan aylık almakta olanların diğer sosyal güvenlik kurumlarına tabi olarak çalışmaya başlamalarının emeklilik aylıklarının kesilmesi sonucunu doğurduğu görülür. Yasanın 99. maddesine göre, "Emekli ... aylığı, ... alanlardan; hiçbir şarta bağlı olmaksızın emeklilik hakkı tanınan vazifelere tayin edilenlerin, aylıklarının tamamı ... kesilir". Yasanın ek 11. maddesine göre ise, "T.C. Emekli Sandığı Kanununa tabi daire, kurum ve ortaklıklar ile bunların Sosyal Sigortalar Kanununa

tabi işyerlerinde emekliliğe tabi olmayan ücretli, geçici kadrolu veya yevmiyeli hizmetlere tayin edilen emeklilerin, buralarda çalıştıkları sürece emekli aylıkları kesilir".

Emekli Sandığı Kanunu'nun anılan hükümlerinden ek 11. maddenin ilk fıkrasının uygulanma olanağının kalmadığı görülmektedir. Şöyle ki, anılan madde, Emekli Sandığı Kanunu'na göre aylık bağlananların, kamu kesiminde ve SSK kapsamında olan işyerlerinde, emekliliğe tabi olmayan işlere tayin edilmeleri halinde aylıklarının kesileceğini düzenlemiştir. Oysa, mevcut sistemde SSK'ya tabi olanların emeklilik hakkından yararlanamamaları söz konusu edilemeyeceğinden, ek 11. maddeye göre aylıkların kesilmesi de mümkün değildir.¹⁸

Yasanın 99. maddesinde ise, emekli aylığı alanların sadece Emekli Sandığı Kanunu'na tabi kurum ve ortaklıklarda çalışmaları durumunda aylıklarının kesileceği öngörülmekte ve bunlara sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışma olanağı da tanınmamaktadır¹⁹. Söz konusu madde SSK'nın 3/II, C maddesi ile birlikte değerlendirildiğinde, Emekli Sandığı'ndan aylık alanların sadece SSK'ya veya Bağ-Kur Kanununa göre çalışmaya devam etmeleri durumunda sosyal güvenlik destek primi ödemeleri gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır.²⁰ Sosyal güvenlik destek priminin amacının sigortalıların emekli aylıkları kesilmeden çalışmalarına olanak sağlanması olduğu düşünüldüğünde, Emekli Sandığı Kanunu'nun 99. maddesinin farklı bir şekilde yorumlanması olanaklı görünmemektedir. Görüldüğü gibi, Bağ-Kur ve Sosyal Sigortalar Kurumu'ndan yaşlılık aylığı alanların SGDP ödeyerek aylıkları kesilmeden hem kendi kurumlarına hem de diğer kurumlara tabi olarak çalışmaya devam etmelerine olanak tanınmasına karşın Emekli Sandığı'ndan emekli olanlara aylık alırken SGDP ödeyerek yine Emekli Sandığı Kanunu'na tabi bir işte çalışma olanağı tanınmamıştır.

Yukarıda açıklandığı üzere, Emekli Sandığı'ndan aylık alırken SSK'ya tabi olarak yeniden çalışmaya başlayanların aylıkları kesilmez. Emekli Sandığı Kanunu'nun 11. maddesinin bu şekilde algılanması gerekirse de, maddenin 2. fıkrasının getirdiği istisna hükmü ayrıca

değerlendirilmelidir. Yasanın ek 11. maddesinin 2. fıkrasında 3.4.1998 tarih ve 4359 sayılı yasa ile yapılan değişiklikle “yaş haddini aşmamış olmaları kaydıyla her derece ve türdeki örgün ve yaygın eğitim kurumlarında ders ücreti karşılığı ders görevi verilenler ile mahiyeti itibarıyla hizmetin görülmesi mücbir bir sebebe dayandığı ve özel bir ihtisası gerektirdiği ilgili Bakanlığın teklifi ve Maliye Bakanlığının mütalaası alınmak suretiyle Bakanlar Kurulu kararı ile belirtilen yerlere tayin edilecekler hakkında 1 inci fıkra hükmü uygulanmaz” hükmüne yer verilerek bu şekilde çalışmalarını sürdürenlerin aylıklarının kesilmeyeceği belirtilmiştir. Buna göre, Emekli Sandığı'ndan emekli aylığı almakta iken, devlet üniversitesine tayin edilenler ile aynı şekilde vakıf şeklinde kurulan özel üniversitelerde işçi statüsünde istihdam edilen ve kendilerine ders ücreti karşılığı ders görevi verilenlerin emeklilik aylıkları kesilmeyecektir.

2. 5510 sayılı Kanun'un Yürürlüğe Girmesinden Sonra Sosyal Güvenlik Destek Primi Ödeyerek Çalışma

5510 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu hükümlerine göre vazife malulü olan veya bu tarihten önce 5434 sayılı Kanun'a göre iştirakçi olmakla birlikte bu tarihten sonra vazife malulü olanlarla, 5510 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten sonra sigortalı olarak çalışmaya başlayıp da sonradan vazife malulü olanların 5510 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri kapsamında sigortalı olarak çalışmaya başlamaları halinde aylıkları kesilmeyecek, tercihlerine göre sosyal güvenlik destek primine veya ileride vazife malulü aylığı ile birlikte yaşlılık aylığının da bağlanmasını istemeleri halinde sosyal güvenlik destek priminden vazgeçip uzun vadeli sigorta kollarına tabi çalışabileceklerdir. Bu kimselerin gerek sosyal güvenlik destek primine, gerekse uzun vadeli sigorta kollarına tabi çalışmaları durumunda, her iki halde de haklarında iş kazası ve meslek hastalığı sigortası uygulanacak dolayısıyla ayrıca kısa vadeli sigorta kolları primi alınacaktır. Aylıkları kesilmediği için, bu

durumda bunlardan ayrıca genel sağlık sigortası primi de kesilmeyecektir. Bu kimselerin 5510 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında sigortalı olarak çalışmaları halinde ise aylıkları çalışmaya başladıkları tarihi takip eden ödeme dönemi başından itibaren kesilmekte, tercihlerine bakılmaksızın haklarında 5510 Sayılı Kanunun kısa ve uzun vadeli sigorta kolları ve ayrıca genel sağlık sigortası kolları uygulanarak kısa ve uzun vadeli sigorta kolları primi ve genel sağlık sigortası primi alınmaktadır.

Konu hakkında esas düzenleme, 5510 Sayılı Kanun'un 5'inci maddesinin (c) bendinde yapılmış olup, söz konusu maddede; Harp malûlleri ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu, 3/11/1980 tarihli ve 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanuna göre vazife malûllüğü aylığı bağlanmış malûllerden, 5510 Sayılı Kanunun 4'üncü maddenin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri kapsamında sigortalı olarak çalışmaya başlayanların aylıklarının kesilmeyeceği, 3713 sayılı Kanuna göre aylık bağlanmış malûller ile aynı Kanun kapsamına giren olaylar sebebiyle vazife malûllüğü aylığı alan er ve erbaşların, 4'üncü maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında sigortalı olmaları halinde de aylıklarının kesilmeyeceği, aylıkları kesilmeksizin 4'üncü maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında çalışanlar hakkında uzun vadeli sigorta kolları, 4'üncü maddenin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri kapsamında çalışanlar hakkında ise iş kazası ve meslek hastalığı sigortası hükümlerinin uygulanacağı, iş kazası ve meslek hastalığı sigortası hükümleri uygulananların uzun vadeli sigorta kollarına tabi olmayı istemeleri halinde, bu isteklerini Kuruma bildirdikleri tarihi takip eden ay başından itibaren, haklarında uzun vadeli sigorta kollarının da uygulanacağı, vazife malulü olanların vazife malulü aylıklarını alarak gerek kısa vadeli (iş kazası ve meslek hastalığı) gerekse uzun vadeli (ölüm, maluliyet ve yaşlılık) sigorta kollarına tabi çalışmaları durumunda haklarında ayrıca genel sağlık sigortası priminin alınmayacağı belirtilmiştir.

Diğer taraftan, 5434 sayılı Kanun'a göre adi

malûllük aylığı alanlardan, 5510 sayılı Kanun'un yürürlük tarihi ve sonrasında Kanun'un 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri kapsamında çalışmaya başlayanların aylıkları kesilmez. Bunlar da sosyal güvenlik destek primi ödemek suretiyle çalışabilirler.

Harp malulü, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu, 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanuna göre vazife malûllüğü aylığı bağlanmış olanların 5510 Sayılı Kanunun 4/(c) maddesi kapsamında çalışması durumunda da:

1-) Harp malûlleri ile 03/11/1980 tarihli ve 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun'a göre aylıkları hesaplanarak ödenenlerin 5510 Sayılı Kanun'un 4 üncü maddesi birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında (memur) sigortalı olarak çalışmaları halinde, harp malûllüğü zammı hariç aylıkları çalışmaya başladıkları tarihi takip eden ödeme dönemi başından itibaren kesilip, tercihlerine bakılmaksızın haklarında 5510 sayılı Kanun'un kısa ve uzun vadeli sigorta kolları ve ayrıca genel sağlık sigortası kolları uygulanarak kısa ve uzun vadeli sigorta kolları primi ve genel sağlık sigortası primi alınacaktır.

2-) 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'na göre aylık bağlanmış malûller ile aynı Kanun kapsamına giren olaylar sebebiyle vazife malûllüğü aylığı alan er ve erbaşların, 5510 sayılı Kanun'un 4'üncü maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında sigortalı olmaları halinde, aylıkları kesilmeden bu kapsamda çalışmalarını devam ettirebileceklerinden, bunların tercihlerine göre haklarında 5510 sayılı Kanun'un kısa veya uzun vadeli sigorta kolları uygulanacak, bu kimseler ileride vazife malulü aylığı ile birlikte yaşlılık aylığının da bağlanmasını istediklerinde isteklerinin yazılı olarak kuruma intikalini takip eden aybaşından itibaren uzun vadeli sigorta kollarına tabi olarak da çalışabileceklerdir, uzun vadeli sigorta kollarına tabi çalışma durumunda bunlardan tamamı işverene ait olan ayrıca kısa vadeli sigorta kolları primi de alınacak, bu durumda aylıkları kesilmediğinden genel sağlık sigortası primi bunlardan alınmayacaktır.

3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu, 2330

sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanuna göre vazife malûllüğü aylığı bağlanmış olanlar ve Harp malûlleri ile bunların dışındaki vazife malullerinin, 5510 sayılı Kanun'un uzun vadeli sigorta kollarına tabi olarak çalışmaları neticesinde, Yasa'nın öngördüğü şartların gerçekleşmesi halinde ayrıca yaşlılık aylığı da bağlanacak vazife malullüğü aylığı ile birlikte bu aylıkların tamamını alabileceklerdir. Adi maluliyet aylığına hak kazanmaları durumunda ise, vazife malullüğü aylığı ile adi maluliyet aylığı karşılaştırılması neticesinde sadece yüksek olanını alabileceklerdir.

3. 2009/37 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Genelgesi'nde Sosyal Güvenlik Destek Primi Ödeyerek Çalışma

Sosyal Güvenlik Kurumu'nun 2009/37 sayılı genelgesinin 5.7.2 maddesinde, "5434 sayılı Kanuna göre emekli aylığı almakta iken 2008 yılı Ekim ayı başından önce serbest avukatlık ile noterlik mesleğini yapanlardan sosyal güvenlik destek primi kesilmeyecektir" düzenlemesi getirilmiş bulunmaktadır. Genelgede yer alan bu düzenlemenin 5510 sayılı Kanun'da yer almadığını özellikle vurgulamamız gerekir. 1999 tarih ve 4447 sayılı Kanun'la, avukat ve noterlerden sosyal güvenlik destek primi kesilebilmesi için 506 sayılı Kanun'un 63. maddesine bir fıkra eklenmiştir. Buna göre, 506 sayılı Kanun'a göre yaşlılık aylığı almakta iken serbest avukat veya noter olarak çalışmalarını sürdürenlerin, almakta oldukları aylıklarından %15 oranında sosyal güvenlik destek primi kesilmesi öngörülmüştür. 5510 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi ile birlikte avukatlar 4/I b kapsamında sigortalı olarak kabul edildiklerinden, bunların sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışmaları olanağı korunmuştur. Ancak Genelgede ifade edildiği üzere özellikle, 5434 sayılı Kanun'a göre emekli aylığı almakta olanların serbest avukatlık veya noterlik mesleğini yapmaya başlamaları durumunda, kanunun yürürlük tarihinden önce emekli olanlar (01.10.2008'den önce) ile kanunun yürürlük tarihinden sonra emekli olanlar (01.10.2008'den sonra) arasında farklılık yaratılıp yaratılmadığı büyük öneme sahiptir. Genelge

bu konuda “5434 sayılı Kanuna göre emekli aylığı almakta iken” ifadesini kullanarak emeklilik işleminin 5510 sayılı Kanun’un yürürlüğe girdiği tarihten önce tamamlanmış olanları kapsadığı ifade edilmektedir. Bu ifade Kanun’un geçici 14. maddesindeki “bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce ... vazife malûllüğü, malûllük ve yaşlılık veya emekli aylığı bağlananlar” sosyal güvenlik destek primine tabi olma bakımından bu Kanunla yürürlükten kaldırılan ilgili kanun hükümlerine tabi kılınmışlardır düzenlemesi ile uyumludur. Buna karşılık genelgedeki hüküm uyarınca, sosyal güvenlik destek priminin kesilmemesine konu olacak çalışmanın da 01.10.2008 tarihinden önce gerçekleşmiş olması gerekir. Halbuki konuyu düzenleyen 5510 sayılı Kanun’un geçici 14. maddesi “bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce iştirakçi veya sigortalı olanlar, vazife malûllüğü, malûllük ve yaşlılık veya emekli aylığı bağlananlar ve bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihte sosyal destek primi ödeyerek çalışmaya devam edenler hakkında sosyal güvenlik destek primine tabi olma bakımından bu Kanunla yürürlükten kaldırılan ilgili Kanun hükümlerinin uygulanmasına devam edilir” (f.1) düzenlemesine sahiptir ve çalışmanın Kanunun yürürlük tarihinden önce gerçekleşmesine ilişkin bir şartı ihtiva etmemektedir. Bu nedenle 5434 sayılı Kanun uyarınca emekli aylığı almaya başlayan bir kimsenin, sosyal güvenlik destek primine tabi olacak çalışması 01.10.2008 tarihinden sonra gerçekleşmiş bile olsa, sosyal güvenlik destek primi kesilmemesi gerektiği kanaatindeyiz. Geçici 14. maddedeki düzenlemenin sosyal güvenlik destek primine tabi olarak çalışma bakımından, yürürlükten kaldırılan Kanun hükümlerinin uygulanmasını öngördüğünü, buna karşılık sosyal güvenlik destek primi oranları bakımından 5510 sayılı Kanun hükümlerinin uygulama alanı bulacağını yukarıda ayrıntılı olarak açıklamıştık. Bu sebeple 5434 sayılı Kanun uyarınca kendisine aylık bağlanan bir kimsenin sosyal güvenlik destek primine tabi olarak serbest avukat olarak çalışmaya başlaması durumunda, eski Kanun hükümleri uygulama alanı bulacaktır. 5434 sayılı Kanun’da avukatlardan sosyal güvenlik destek primi kesilmesine ilişkin bir düzenleme

yer almadığı için, yeniden çalışmaya başlayan ve serbest avukatlık yapan bir kimseden prim kesilmemesi gerektiği görüşündeyiz. Aksine düşünce eşitlik ilkesine aykırılık oluşturacağı gibi, Genelgedeki düzenlemenin de 5510 sayılı Kanun’un geçici 14. maddesine aykırı olduğu düşüncesindeyiz. Zira geçici 14. madde, sosyal güvenlik destek primine tabi olma bakımından bu kanunla yürürlükten kaldırılan kanun hükümlerinin uygulanmasını, sadece 5510 sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesinden önce emekli aylığı alanlar bakımından değil, bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce iştirakçi veya sigortalı olanlar hakkında da geçerli olacağını kabul etmiştir. Bu sebeple genelgede yapılan ayırımın kanuna ve hukuka uygun kabul edilmesine olanak bulunmamaktadır.

B. SOSYAL GÜVENLİK DESTEK PRİMİ ÖDEYEREK ÇALIŞANLARIN SAĞLIK YARDIMLARINDAN YARARLANMASI

1. MÜLGA KANUNLAR UYARINCA SOSYAL GÜVENLİK DESTEK PRİMİ ÖDEYEREK ÇALIŞANLARIN SAĞLIK YARDIMLARINDAN YARARLANMASI

506 sayılı Kanun uyarınca sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışanlar, yaşlılık aylıklarını almaya devam ettiklerinden, uzun vadeli sigorta kolları bakımından herhangi bir risk ile karşılaşmaları mümkün olmamasına rağmen, hastalık ve iş kazası ile meslek hastalığı riski ile karşı karşıya kalmaları mümkündür. 506 sayılı Kanun’un yürürlükte olduğu dönemde, sigortalılar hastalık sigortası bakımından Sosyal Sigortalar Kanunu’nun 36. maddesi uyarınca sağlık yardımı almakta idiler. Ancak yaşlılık aylıklarını aldıkları ve esasen çalışmayacakları kabul edildiği için 36. madde kapsamında geçici iş göremezlik ödeneğinden yararlanmalarının mümkün olmadığı kabul edilmiştir²¹. Ancak

bu kapsamda olanlar 506 sayılı Kanun'un 12. maddesi uyarınca iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından yararlanabileceklerdir.

1479 sayılı Kanun uyarınca aylık alanların 24. maddenin I numaralı bendinde belirtilen kapsamda çalışmaya başlamaları durumunda, ödenecek sosyal güvenlik destek priminin sosyal sigorta hakları bakımından nasıl değerlendirileceği Bağ-Kur Kanunu'nun Ek. 20 maddesinin son fıkrasında düzenlenmiştir. Bu madde uyarınca, sosyal güvenlik destek primi ödeyerek tekrar Bağ-Kur kapsamında çalışmaya devam edenler hiçbir hak elde edememektedirler. Bu sürenin sigortalılık süresi olarak değerlendirilmesi mümkün olmaz, toptan ödeme olarak istenmesi mümkün olmadığı gibi, 2829 sayılı Hizmet Birleştirmesi Hakkındaki Kanun hükümlerinin de uygulanması mümkün değildir.

1479 sayılı Kanun'da, malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortası ile sağlık sigortası kolu bulunmaktaydı. Sigortalının iş kazası ya meslek hastalığına uğraması halinde, sigortalının tedavisi gerektiğinde sağlık sigortasından yararlanması gündemdeydi²². Bu sistemde sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışan bir sigortalının iş kazasına uğraması veya meslek hastalığına yakalanması durumunda sigortalının tedavisi, aylık almakta olan sigortalılara tanınan sağlık yardımları kapsamında sağlık sigortasından yapılmaktaydı. Sigortalının iş kazası neticesinde iş görememesi nedeniyle kendisine geçici veya sürekli iş göremezlik ödenmesi söz konusu değildi, sadece koşulları varsa malûllük aylığının bağlanması gündeme gelebilirdi. Ancak sigortalı zaten aylık aldığı için de ikinci bir aylığın bağlanması mümkün değildir.

1479 sayılı Kanun sağlık sigortası yardımlarından, 1479 sayılı Kanun anlamında sigortalı olanların, eşlerinin ve bakmakla yükümlü oldukları çocukları ile anne ve babalarının; yaşlılık ve malûllük aylığı almakta olanlarla eşlerinin ve bakmakla yükümlü oldukları çocukları ile ana ve babalarının; ölüm aylığı alanların yararlanmasını öngörmüştü (Ek.m.11/ a, b, c). Aylık almakta olanlar ile daha sonra aylık bağlanacakların aylıklarından %10 oranında sağlık sigortası primi kesilmesi öngörülmüştür²³.

1479 sayılı Kanun'un Geçici 7. maddesi

uyarınca, Kanun'un yürürlük tarihinden sonra aylık bağlananlar ile hak sahiplerinin aylıklarından kesilecek sağlık sigortası primi, sigortalının daha önce ödediği süreler dahil on yılı geçemez.

Bağ-Kur Yasası'nda ayrı bir iş kazası ve meslek hastalığı sigortası kolu olmadığı için Bağ-Kur'dan aylık alarak tekrar sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışan sigortalıya hiçbir katkısı bulunmamaktadır.

Memurların sağlık yardımlarından yararlanması konusunda, "emekli, adi malûl ve vazife malûllüğü aylığı bağlanmış olanlarla bunların bakmakla yükümlü buldukları eşleri, çocukları, ana ve babaları ile dul ve yetim aylığı bağlananlar genel sağlık sigortası ile sağlık yardımı sağlanana kadar, hastalanmaları halinde resmi ve özel sağlık kurumlarında muayene ve tedavi edilmeleri" esaslı öngörülmüştür. 1425 sayılı Kanunla eklenen geçici 139. maddede ve 4.10.1984 tarihinde geniş ölçüde değiştirilmiş olan "Emekli; Adi Malûllük veya Vazife Malûllüğü Aylığı Bağlanmış Olanlarla, Bunların Kanunen Bakmakla Yükümlü Buldukları Aile Fertleri Dul ve Yetim Aylığı Alanların Muayene ve Tedavileri Hakkında Tüzük"²⁴ ile düzenlenmişti. Ancak sağlık yardımlarından yararlanma hususu 6.9.2003 tarihinde yeniden bu kez yönetmelik ile düzenlendiğinden²⁵ bu kez tüzük 23.7.2004 tarihli tüzük ile yürürlükten kaldırılmıştır²⁶.

II. 5510 SAYILI KANUN UYARINCA SOSYAL GÜVENLİK DESTEK PRİMİ ÖDEYEREK ÇALIŞANLARIN SAĞLIK YARDIMLARINDAN YARARLANMASI

Yukarıda 5510 sayılı Kanun'un geçici 14. maddesine göre, "bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce iştirakçi veya sigortalı olanlar, vazife malûllüğü, malûllük ve yaşlılık veya emekli aylığı bağlananlar ve bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihte sosyal destek primi ödeyerek çalışmaya devam edenler hakkında sosyal güvenlik destek primine tabi olma bakımından bu Kanunla yürürlükten kaldırılan ilgili Kanun

hükümlerinin uygulanmasına devam" edileceği belirtilmişti. Ancak bu hükümdeki sosyal güvenlik destek primine tabi olma bakımından ifadesinin "sosyal güvenlik destek primi ödeyerek yeniden çalışma"yı ilgilendirdiği, buna karşılık "sosyal güvenlik destek primi ve prim oranlarını" kapsamadığı açıklanmıştı.

Öte yandan 5510 sayılı Kanun'un 60. maddesine göre, Türkiye'de ikamet eden herkes genel sağlık sigortasının kapsamına alınmıştır.

5510 sayılı Kanun'un 3. maddesinin 9. bendinde genel sağlık sigortalısının, Kanunun 60. maddesinde sayılan kişileri ifade ettiği belirtilmiştir. Kimlerin genel sağlık sigortalısı sayılacağı ise 60. maddede tek tek sayılmıştır. 60. maddenin I f hükmünde, "sosyal güvenlik kanunlarına göre gelir ve aylık almakta olanlar" da genel sağlık sigortalısı olarak sayılmışlardır. Bildirime gerek olmaksızın sigortalı veya isteğe bağlı sigortalı olarak tescil edilmekle genel sağlık sigortalısı (5510 s.kanun m.61) sayılanlar arasında "sosyal güvenlik kanunlarına göre aylık veya gelir alanlar (GSSİY m.5/b) da bulunmaktadır.

5510 sayılı Kanun'un 63. maddesine göre, sağlık hizmetlerinin amacı, genel sağlık sigortalısının ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin sağlıklı kılınması, hastalanmaları durumunda yeniden sağlıklarına kavuşmalarını sağlamak, iş kazası ve meslek hastalığı, hastalık ve analık hallerinde gerekli sağlık yardımlarının verilmesini, iş göremezlik hallerinin ortadan kaldırılması veya azaltılması suretiyle yeniden çalışmaya başlamalarını sağlamaktır²⁷.

Kendilerine gelir ve aylık bağlanmış olanlar hariç olmak üzere, genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin, sağlık hizmeti almak için sağlık hizmeti sunucusuna başvurdukları tarihten önceki bir yıl içinde 30 gün genel sağlık sigortası primi ödemiş olmaları gerekmektedir.

5510 sayılı Kanun'a göre, 4/I a kapsamında çalışanlar için sosyal güvenlik destek primi oranı, 80. maddeye göre tespit edilen prime esas kazançlar üzerinden, 81. maddenin birinci fıkrasının c bendinde belirtilen prim oranına yüzde 30 oranının eklenmesi suretiyle bulunan toplamdır (geç.m.14/I a). Kanun'un 81. maddesinin c bendinde kısa vadeli sigorta primi dü-

zenlenmektedir. Kısa vadeli sigorta prim oranı, yapılan işin iş kazası ve meslek hastalığı bakımından gösterdiği tehlikenin ağırlığına göre %1 ile %6,5 oranları arasında olmak üzere, 83. maddeye göre Kurumca belirlenir.

Ödenen bu primler karşılığında 4/I a bendi kapsamında sigortalı olanlar hakkında sadece iş kazası ve meslek hastalığı sigortası hükümleri uygulanacaktır (geç.m.14/Ia). Dolayısıyla sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışan bir sigortalının iş kazasına uğraması durumunda, kendisine bu sigorta kolundan geçici iş göremezlik ödeneği ödenecek, iş göremezliğin sürekli olması halinde sürekli iş göremezlik geliri bağlanması söz konusu olabilecektir. Ölüm halinde hak sahiplerine ölüm geliri bağlanması gündeme gelebilecektir. Bu yardımların tamamı kısa vadeli sigorta primi karşılığında yapılacaktır. Ancak iş kazası ve meslek hastalığı nedeniyle sigortalıya yapılacak sağlık yardımları, genel sağlık sigortası kapsamında gerçekleştirilecektir.

5110 sayılı Kanun'un 4/I a bendi kapsamında sosyal güvenlik destek primi ödeyenler 81. madde uyarınca kısa vadeli sigorta prim oranı olan %1 ile %6,5 arasında prim ödemekte olmalarına rağmen Geçici 14. maddede bunlar hakkında sadece iş kazası ve meslek hastalığı sigortasının uygulanacağı belirtildiği için diğer kısa vadeli sigorta kollarından olan hastalık sigortasından yararlanmaları ve hastalık halinde çalışmadıkları sürede geçici iş göremezlik ödeneği almaları mümkün bulunmamaktadır. Buna karşılık SSK 43. maddesinde 4958 sayılı Yasanın 30. maddesi ile eklenen fıkra uyarınca, SSK'dan gelir ya da aylık almakta olanların da analık sigortasından yararlanmaları öngörülmüştü. Bu maddeye göre, Kurum'dan kendi çalışmasından dolayı gelir veya aylık almakta olan kadın veya erkeğin sigortalı olmayan eşi, analık halinde 43. maddenin A, B, C ve E bentlerinde sayılan sigorta yardımlarından yararlanabilecektir. Bu düzenleme karşısında Kurumdan gelir veya aylıkta almakta olanlar, 43. maddede sayılan ve doğumdan önce ve sonraki sekiz haftalık sürede geçici iş göremezlik ödeneğinden yararlanamamaktadırlar. Bu dönemde, hükmün durumu özellik arz eden sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışan-

lar bakımından ayrıca ele alınmasının isabetli olacağı vurgulanmıştır²⁸.

Aynı şekilde 5510 sayılı Kanun'un m.15/2 hükmü uyarınca "kendi çalışmalarından dolayı gelir veya aylık alan kadının ya da gelir veya aylık alan erkeğin sigortalı olmayan eşinin" analık sigortasından yararlanması mümkündür. 5510 sayılı Kanun'un 18/c hükmü uyarınca "4 üncü maddenin birinci fıkrasının a bendi ile b bendi... kapsamındaki sigortalı kadının analığı halinde, doğumdan önceki bir yıl içinde en az 90 gün kısa vadeli sigorta primi bildirilmiş olması şartı ile, doğumdan önceki ve sonraki sekizer haftalık sürede, çoğul gebelik halinde ise doğumdan önceki sekiz haftalık süreye iki haftalık süre ilave edilerek çalışmadığı her gün için geçici iş göremezlik ödeneği verilir" hükmü getirilerek, sadece aktif kadın sigortalılar

Kurulu tarafından onaylanan tarife üzerinden emzirme ödeneği verilir. Fakat doğum yapan kadına emzirme ödeneğinin ödenmesi esası da sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışmasına değil, Kurum'dan gelir veya aylık alan bir sigortalının varlığına bağlanmıştır.

Geçici 14. maddedeki sınırlama nedeniyle bu sigortalıların iş kazası ve meslek hastalığı durumu dışında geçici iş göremezlik ödeneğinden yararlanabilmelerinin mümkün olmamasına karşın, sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışanların %30 oranına ilaveten %1 ile 6,5 oranında kısa vadeli sigorta primi ödemek zorunda bırakılmalarının anlaşılması mümkün değildir. Yasanın yeni sistemi içerisinde aktif sigortalının ödediği bu prim karşılığında iş kazası ve meslek hastalığı, analık ve hastalık sigortalarından yararlanabildiği dikkate alınarak,

Alınan %1-6,5 oranındaki prim oranının tüm kısa vadeli sigorta kolları kapsamındaki sigortalar için alındığı dikkate alındığında, sosyal güvenlik destek primi ödeyenlerin hastalık ve analık sigortasından yararlandırılmaması önemli bir eksiklik ve haksızlık olarak karşımıza çıkmaktadır.

bakımından geçici iş göremezlik ödeneğinin ödeneceği kararlaştırılmış bulunmaktadır. Buna karşılık pasif sigortalı olan kadının, yani aylık veya gelir bağlanmış olan sigortalı kadına analık sigortasından yararlanma olanağı getirilmiş olmakla birlikte, aylık veya gelir alan sigortalı kadının sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışması durumunda geçici iş göremezlik ödeneğinin ödenmesi konusunda herhangi bir düzenleme yapılmamıştır.

5510 sayılı Kanun'un 16. maddesi uyarınca, bu Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının a ve b bentleri kapsamındaki sigortalılardan, kendi çalışmasından dolayı gelir veya aylık alan kadına ya da gelir veya aylık alan erkeğin sigortalı olmayan eşine, her çocuk için yaşaması şartıyla doğum tarihinde geçerli olan ve Kurum Yönetim Kurulunca belirlenip Bakanlar

sosyal güvenlik destek primi ödeyenlerin sadece iş kazası ve meslek hastalığından yararlanmalarının eşitlik ilkesine uygun düşmediği vurgulanmalıdır. Her ne kadar sağlık yardımlarının yapılması bakımından, aylık ve gelir alanlar da ayrıca genel sağlık sigortalısı kabul edildikleri için, genel sağlık sigortasından yararlanmalarının mümkün olduğu söylenebilirse de, sosyal güvenlik destek primi ödeyenlerin hastalık ve analık sigortasından sağlanan geçici iş göremezlik ödeneğinden yararlanamamaları büyük eksikliktir.

5510 sayılı Kanun'un geçici 19. maddesi uyarınca "1479 ve 2926 sayılı Kanunlara göre aylık almakta olanlarla bu kanunun 4üncü maddesinin birinci fıkrasının b bendi kapsamında çalışmaları nedeniyle bu Kanunun geçici 2 nci maddesine göre aylık bağlanacaklarla ilgili

dosyasından on yıl süre ile sağlık sigortası veya genel sağlık sigortası primi ödenmemiş olanlardan, sağlık sigortası ve genel sağlık sigortası primi ödenmiş süreler düşülmek kaydıyla, aylıklarının %10'u oranında ve 10 yılı tamamlayacak süreyle genel sağlık sigortası primi kesilir" düzenlemesi yapılmıştır. Sözü edilen hüküm 6111 sayılı Kanun'un²⁹ 50 maddesi ile şu şekilde değiştirilmiştir: "1479 ve 2926 sayılı Kanunlara göre aylık almakta olanlarla 4üncü maddenin birinci fıkrasının b bendi kapsamında çalışmaları nedeniyle geçici 2inci maddeye göre aylık bağlanacaklara aylık bağlamaya esas tüm hizmet süresince on yıl süre ile hastalık sigortası veya sağlık sigortası veya genel sağlık sigortası primi kesilmiş olan süreler düşülmek kaydıyla, aylıklarının %10'u oranında ve 10 yılı tamamlayacak süreyle genel sağlık sigortası primi kesilir. Ancak bu maddenin yürürlük tarihinden önce yapılan kesintiler iade edilmez".

Böylelikle Bağ-Kur Kanunu veya tarımda kendi adına ve hesabına çalışanların, yeniden 4/Ib kapsamında olan bir çalışmayı yürütmeleri dolayısıyla, sosyal güvenlik destek primi ödemelerinin söz konusu olması durumunda, tüm hizmet süreleri dikkate alınmak suretiyle 10 yıl süre ile hastalık, sağlık veya genel sağlık sigortası primlerinden birini veya birkaçını ödemiş olmaları şartı aranacaktır. Yapılan değişikliğin en önemli özelliği sigortalının aylık bağlamaya esas tüm hizmet süresini dikkate almasıdır. Bu bağlamda sigortalıya 1479 ve 2926 sayılı Kanun uyarınca aylık bağlanmış olsa da, sigortalının 4/I c ve 4/I a kapsamında adına ödenmiş hastalık, sağlık veya genel sağlık primlerinden birinin veya birkaçının bulunması durumunda, bu sürelerin düşülmesi kaydıyla, aylıklarından %10 oranında ve 10 yılı tamamlayacak şekilde genel sağlık sigortası priminin kesileceği anlaşılmaktadır.

SONUÇ

5510 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi ile birlikte Kanunun geçici 14. maddesinde eski sigortalılar, yaşlılık veya emekli aylığı bağlanmış olanlar ile sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışmaya devam edenler bakımından, sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışma bakımından eski Kanun hükümlerinin uy-

gulama alanı bulmaya devam edecek olması, konu ile ilgili uygulamaları karışık ve karmaşık bir hale getirmiş bulunmaktadır. Eski sigortalılar eski Kanun hükümlerine tabi olacak, buna karşılık 01.10.2008 tarihinden itibaren sigortalı olanlar bakımından 5510 sayılı Kanun'un sosyal güvenlik destek primine ilişkin hükümleri uygulanacağı için, sadece m.4/I b kapsamında sigortalı olanlar sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışabilecek, buna karşılık 4/I a ve 4/I c kapsamındaki sigortalılar bakımından bu olanağın ortadan kaldırıldığı söylenebilecektir.

Kanun'un geçici 14. maddesi uyarınca, bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce iştirakçi veya sigortalı olanlar, vazife malûllüğü, malûllük ve yaşlılık veya emekli aylığı bağlananlar ve bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihte sosyal destek primi ödeyerek çalışmaya devam edenler hakkında sosyal güvenlik destek primine tabi olarak çalışma bakımından bu Kanunla yürürlükten kaldırılan ilgili Kanun hükümlerinin uygulanmasına devam edileceği belirtilmektedir. Ancak sosyal güvenlik destek prim oranları ile ilgili olarak 5510 sayılı kanun hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Buna uygun olarak sigortalının 4/I a kapsamında bir işte çalışmaya başlaması durumunda %30 oranında sosyal güvenlik destek primine ilaveten %1 ile %6,5 oranında değişen miktarda kısa vadeli sigorta primi ödemesi gerekecektir. Bu prime karşılık sigortalılar sadece iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından yararlanabilecek, diğer kısa vadeli sigorta kolları olan hastalık ve analık sigortasından iş göremezlik ödeneğine hak kazanmaları mümkün olmayacaktır. Alınan %1-6,5 oranındaki prim oranının tüm kısa vadeli sigorta kolları kapsamındaki sigortalar için alındığı dikkate alındığında, sosyal güvenlik destek primi ödeyenlerin hastalık ve analık sigortasından yararlandırılmaması önemli bir eksiklik ve haksızlık olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu konuda yasal bir değişikliğin yapılmasının yerinde olacağı düşünülmektedir.

Geçici 14. madde kapsamına girenlerden birisinin 4/I b kapsamında sigortalı olmasını gerektiren bir durumun ortaya çıkması durumunda ödenmesi gereken sosyal güvenlik destek prim oranı da %15'dir. Ödenen bu prim

karşılığında sigortalının herhangi bir sigorta kolundan yararlanması mümkün olmaz. Bunun da nimet külfet dengesi ile bağdaştığını kabul etme olanağı yoktur.

Sosyal Güvenlik Kurumu'nun 2009/37 sayılı genelgesinin 5.7.2 maddesinde, "5434 sayılı Kanuna göre emekli aylığı almakta iken 2008 yılı Ekim ayı başından önce serbest avukatlık ile noterlik mesleğini yapanlardan sosyal güvenlik destek primi kesilmeyecektir" düzenlemesi getirilmiş bulunmaktadır. Genelge bu konuda "5434 sayılı Kanuna göre emekli aylığı almakta iken" ifadesini kullanarak emeklilik işleminin 5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce olanları kapsadığı ifade edilmektedir. Bu ifade Kanunun geçici 14. maddesindeki "bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce ...vazife malûllüğü, malûllük ve yaşlılık veya emekli aylığı bağlananlar" sosyal güvenlik destek primine tabi olma bakımından bu Kanunla yürürlükten kaldırılan ilgili kanun hükümlerine tabi kılınmışlardır düzenlemesi ile uyumludur. Buna karşılık genelgedeki hüküm uyarınca, sosyal güvenlik destek priminin kesilmemesine konu olacak çalışmanın da 01.10.2008 tarihinden önce gerçekleşmiş olması gerekir. Halbuki konuyu düzenleyen 5510 sayılı Kanun'un geçici 14. maddesi "bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce iştirakçi veya sigortalı olanlar, vazife malûllüğü, malûllük ve yaşlılık veya emekli aylığı bağlananlar ve bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihte sosyal destek primi ödeyerek çalışmaya devam edenler hakkında sosyal güvenlik destek primine tabi olma bakımından bu Kanunla yürürlükten kaldırılan ilgili Kanun hükümlerinin uygulanmasına devam edilir" (f.1) düzenlemesine sahiptir ve çalışmanın Kanun'un yürürlük tarihinden önce gerçekleşmesine ilişkin bir şartı ihtiva etmemektedir. Bu nedenle 5434 sayılı Kanun uyarınca emekli aylığı almaya başlayan bir kimsenin, sosyal güvenlik destek primine tabi olacak çalışması 01.10.2008 tarihinden sonra gerçekleşmiş bile olsa, sosyal güvenlik destek primi kesilmemesi gerektiği kanaatindeyiz. Aksine düşünce eşitlik ilkesine aykırılık oluşturacağı gibi, Genelgedeki düzenlemenin bu şekilde yorumlanmasının kanuna aykırılık oluşturacağı görüşündeyiz. Zira geçici 14. madde, sosyal güvenlik destek

primine tabi olma bakımından bu kanunla yürürlükten kaldırılan kanun hükümlerinin uygulanmasını, sadece 5510 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce emekli aylığı alanlar bakımından değil, bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce iştirakçi veya sigortalı olanlar hakkında da geçerli olacağını kabul etmiştir. Bu sebeple genelgede yapılan ayırımın kanuna ve hukuka uygun kabul edilmesine olanak bulunmamaktadır.

5510 sayılı Kanun'un 3. maddesinin 9. bendinde genel sağlık sigortalısının, Kanun'un 60. maddesinde sayılan kişileri ifade ettiği belirtilmiştir. Kimlerin genel sağlık sigortalısı sayılacağı ise 60. maddede tek tek sayılmıştır. 60. maddenin I f hükmünde, "sosyal güvenlik kanunlarına göre gelir ve aylık almakta olanlar" da genel sağlık sigortalısı olarak sayılmışlardır. Bildirime gerek olmaksızın sigortalı veya isteğe bağlı sigortalı olarak tescil edilmekle genel sağlık sigortalısı (5510 s.kanun m.61) sayılanlar arasında da "sosyal güvenlik kanunlarına göre aylık veya gelir alanlar (GSSİY m.5/b) da bulunmaktadır.

5510 sayılı Kanun'un 63. maddesine göre, sağlık hizmetlerinin amacı, genel sağlık sigortalısının ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin sağlıklı kılınması, hastalanmaları durumunda yeniden sağlıklarına kavuşmalarını sağlamak, iş kazası ve meslek hastalığı, hastalık ve analık hallerinde gerekli sağlık yardımlarının verilmesini, iş göremezlik hallerinin ortadan kaldırılması veya azaltılması suretiyle yeniden çalışmaya başlamalarını sağlamaktır³⁰.

Kendilerine gelir ve aylık bağlanmış olanlar hariç olmak üzere, genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin, sağlık hizmeti almak için sağlık hizmeti sunucusuna başvurdukları tarihten önceki bir yıl içinde 30 gün genel sağlık sigortası primi ödemiş olmaları gerekmektedir.

DİPNOTLAR

- 1 2007 tarihli Bütçe kanunu, Kanun No:5565, Kabul tarihi 26.12.2006, RG 29.12.2006, Mükerrer 26391.
- 2 5655 sayılı Bazı kanunlarda değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kabul Tarihi 9.5.2007, RG 20.05.2007, Sayı 26527.
- 3 2008 Yılı Bütçe Kanunu, RG 28.12.2007 Mükerrer 26740.
- 4 17.4.2008 tarih ve 5474 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağ-

- lık Sigortası kanunu ile Bazı kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG 8.5.2008, S.26870.
- 5 GÜZEL, Ali/OKUR, Ali Rıza/CANİKLİOĞLU, Nurşen: Sosyal Güvenlik Hukuku, İstanbul 2010, s.441; CANİKLİOĞLU, Nurşen: “5510 Sayılı Kanun ve İş Sözleşmesine Göre Çalışanların Sosyal Güvenlik Destek Primi Ödeyerek Çalışmaları”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2008, S.10, s.166; ŞAKAR, Müjdat: Sosyal Sigortalar Uygulaması, 9.Bası, İstanbul 2009, s.248; TUNCAY, Can/EKMEKÇİ, Ömer: Yeni Mevzuat Açısından Sosyal Güvenlik Hukukunun Esasları, İstanbul 2009, s.319; Kuruma ait 12-118 sayılı Ek genelgesinde de “506 s. Kanuna göre malullük aylığı...almakta iken 506 s.kanuna tabi sigortalı bir işte çalışmaya başlayanların sosyal güvenlik destek primi kesilmesine imkan bulunmadığından, bunlar hakkında tüm sigorta kolları uygulanacaktır” ifadesine yer verilmiştir.
- 6 Bu konudaki sorunlar ve davalarla ilgili olarak bkz. ARASLI, Utkan: Sosyal Güvenlik ve Sosyal Sigortalar, C.I, Ankara 2002, s.875 vd.
- 7 Genelge.
- 8 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. CANİKLİOĞLU, Nurşen: “5510 s. Yasa Tasarısının İşverenlere Getirdiği Ek Yükümlülükler”, İşveren Dergisi, Nisan 2008, s.35 vd.
- 9 Sigortalılık işlemleri hakkında 05.03.2009 tarihli Genelge
- 10 DEMİRCİOĞLU, s. 1770.
- 11 Bağ-Kur K'nun ek. 20. maddesinin ilk fıkrası 4956 sayılı yasa ile değiştirilmiş ve Bağ-Kur K'nun 24. maddesinin I. bendine göre çalışmalarına devam edenler, ticari kazanç veya serbest meslek kazancı dolayısıyla gerçek veya basit usulde vergi mükellefiyeti devam edenlerin SGDP ödeyerek çalışmaları öngörülmüş, böylece limited şirket ortakları gibi Bağ-Kur K kapsamında olmakla birlikte anılan çerçevede değerlendirilmeyecek bazı grupların SGDP ödememeleri söz konusu olmuştur. Ancak bu eşitsizlik, 5073 sayılı yasa ile 4447 sayılı yasanın ilk madde metnine dönülerek giderilmiştir (bkz. GÜZEL, Ali/CANİKLİOĞLU, Nurşen: “Bağ-Kur Yasasına göre Sosyal Güvenlik Destek Primi Ödeme Yükümlülüğü, Yarattığı Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Nisan-Mayıs-Haziran 2004, s. 496 vd.). 4956 sayılı yasa ile yapılan değişiklikle Bağ-Kur sigortalıları arasında yaratılan eşitsizlik, diğer sosyal güvenlik kurumlarından aylık alanların da sosyal güvenlik destek primi ödemelerinin öngörülmesiyle bunlara da yayılmıştır (DEMİRCİ, Önder: 1479 Sayılı Bağ-Kur Kanununa göre Sosyal Güvenlik Destek Primi Uygulaması, Sosyal Güvenlik Dünyası, Mart-Nisan 2004, s. 40).
- 12 Bkz. TBMM Genel Kurul Toplantı Tutanağı, 22. Dönem, I. Yasama Yılı, III.Birleşim, S.Sayı 237.
- 13 GÜZEL/CANİKLİOĞLU, s.497.
- 14 Kanuna göre yaşlılık aylığı bağlananlardan, 24 üncü maddenin (I) numaralı bendinde belirtilen çalışmalarına devam edenlerin veya daha sonra çalışmaya başlayanların, sosyal yardım zammı dahil tahakkuk eden aylıklarından, aylığın bağlandığı veya tekrar çalışmaya başlanıldığı tarihi takip eden aybaşından itibaren, çalışmalarının sona erdiği ay dahil % 10 oranında sosyal güvenlik destek primi kesilir.
- Diğer sosyal güvenlik kanunlarına göre yaşlılık ve malullük aylığı bağlananlardan, 24 üncü maddenin (I) numaralı bendinde belirtilen kapsamda çalışmaya başlayanlar, çalışmaya başladıkları ayı takip eden ay başından itibaren, çalışmalarının sona erdiği ay dahil, bu Kanunun 50 nci maddesine göre belirlenen onikinci gelir basamağının %10'u oranında sosyal güvenlik destek primi öderler.
- 15 DEMİRCİ, s. 41; GÜZEL/CANİKLİOĞLU, s. 499; BAŞTERZİ, Fatma: Avukatlık Mesleğinde Sosyal Güvenlik, s. 274.
- 16 Bu eleştiriler için ayrıca bkz GÜZEL/CANİKLİOĞLU, s.499.
- 17 CANİKLİOĞLU, s.174.
- 18 TEZEL, Ali: “Emeklilerin Yeniden Çalışması”, Sosyal Güvenlik Dünyası, Mart-Nisan 2004, s. 12-13; karş. ŞAKAR, Müjdat: Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Yaşlıların Korunması, İstanbul, 1987, s. 405; DAMAR, s. 339.
- 19 TEZEL, 12.
- 20 Aksi halde, örneğin, Emekli Sandığından emekli aylığı alırken geçici işçi olarak SSK'ya tabi olarak çalışmaya başlayan bir sigortalının emekli aylığı kesilecek olursa, Sosyal Sigortalar Kurumu bu sigortalının prime esas kazancı üzerinden normal prim kesmeye başlayacağından, 2829 sayılı yasa uyarınca sigortalının çalışmalarının son 3,5 yılı SSK'ya tabi geçeceği için, aslında çalışmalarının 25 yılı Emekli Sandığı'na tabi geçmesine rağmen bu kişiye ikinci kez SSK'ndan yaşlılık aylığı bağlanması söz konusu olur. TEZEL, s. 13.
- 21 BAŞTERZİ, s.346.
- 22 1479 sayılı Kanun ile 2926 s.Kanun gereğince, sağlık sigortası yardımlarından faydalanacakların, sağlık sigortası yardımlarının şekli ve şartlarını, süresini ve esaslarını düzenleyen “Bağ-Kur Sağlık Sigortası Yönetmeliği” çıkarılmıştır (RG 03.08.2005, S.25895).
- 23 4.12.2002, 2002/4957 s.BKK, RG.30.12.2002.
- 24 RG 16.7.1973, S.14596.
- 25 Emekli ve Malullük Aylığı Bağlanmış Olanlarla Bunların kanunen Bakmakla Yükümlü Buldukları Aile Fertleri Dul ve Yetim Aylığı Alanların Muayene ve Tedavileri hakkında Yönetmelik (RG 6.9.2003, S.25221).
- 26 2004/7626 s.BKK ile çıkarılan 23.7.2004 tarihli tüzük (RH 23.4.2004, S.25531).
- 27 OKUR, Ali Rıza: “Sağlık Sigortasının Yeniden Yapılandırılmasının Esasları”, Sosyal Güvenliğin Yeniden Yapılandırılması Semineri, Ankara 2007, s.140-143; SÖZER, Ali Nazım: “Genel Sağlık Sigortasında Sunulan Edimler: Kapsam ve Yararlanma Koşulları”, Sicil, Haziran 2008, s.147-148.
- 28 GÜZEL/CANİKLİOĞLU, s.504.
- 29 “Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ve Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” (RG 25.02.2011, S.27857).
- 30 OKUR, Ali Rıza: “Sağlık Sigortasının Yeniden Yapılandırılmasının Esasları”, Sosyal Güvenliğin Yeniden Yapılandırılması Semineri, Ankara 2007, s.140-143; SÖZER, Ali Nazım: “Genel Sağlık Sigortasında Sunulan Edimler: Kapsam ve Yararlanma Koşulları”, Sicil, Haziran 2008, s.147-148.

S. Özlem HATİBOĞLU

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Tetkik Hakimi

Geçici İş Göremezlik Ödeneğinin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Kapsamında Olup Olmadığı Sorunu

I- GİRİŞ

Türkiye’de mal ve yolcu taşınmasında karayolları ve motorlu araçların yoğun olarak kullanımını başta trafik kazaları olmak üzere pek çok sorunu beraberinde getirmektedir. Trafik kazasına maruz kalmış olanların sağlık giderlerinin nasıl ve kim tarafından karşılanacağı da bu konudaki önemli sorunlardan biri olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu yazımızda hizmet akdi ile çalışan sigortalılara trafik kazası sonucu maruz kaldıkları geçici iş göremezlik süresince Sosyal Güvenlik Kurumu’nca yapılan geçici iş göremezlik ödemelerinin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası (ZMSS) kapsamında sigorta şirketinden rücu tahsilinin mümkün olup olmadığı incelenecektir.

II- YASAL MEVZUAT

Ülkemizde karayolları konusundaki ilk düzenleme 1953 tarihli 6085 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’dur. Bu Kanunun eksikliklerini

gidermek amacıyla 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu 13.10.1983 tarihinde kabul edilerek 18.10.1984 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Motorlu araçların gittikçe artması, bunların sebep olduğu zararların pek büyük olması, bunu önlemenin her zaman kabil bulunmaması, sorumluların çoğu zaman -istihdam eden de olsa- tediye gücüne sahip bulunmaması, bu tür zararlar hakkında özel sorumluluk kavramlarının kabulünü gerekli kılmış ve bu suretle kusur prensibinden vazgeçme, motorlu taşıtın maliki yerine, onu kullananın (işletenin) sorumlu olarak kabulü zarureti hasıl olmuştur¹.

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nun 17.10.1996 tarih ve 4199 sayılı Kanun’la değiştirilen hukuki sorumlulukla ilgili 85. maddesinin birinci fıkrası ile işletenin ağırlaştırılmış kusursuz sorumluluğu kabul edilmiştir.

Buna göre, motorlu bir aracın işletilmesi cismani bir zarara ya da bir şeyin hasara uğramasına sebep olursa işleten kusursuz olarak sorumlu olacaktır. Bu sorumluluk, tehlike sorumluluğu olarak adlandırılır. Bu tür sorumlu-

luk; bir işletmenin yürütülmesinden, belirli bir faaliyette bulunulmasından veya sahip olunan nesneye özgü tipik tehlikenin gerçekleşmesi ile doğar.

Karayolları Trafik Kanunu'nun 85. maddesinde (4199 sayılı Kanun ile değişik) düzenlenen motorlu araç işleteni ile bağlı olduğu teşebbüs sahibinin sorumlulukları işletme sorumluluğu türüne uygun bir tehlike sorumluluğudur².

III-ZORUNLU SİGORTALAR

1- GENEL AÇIKLAMA

Haksız eylem sonucu zarar gören kişilerin korunmalarını sağlamak için mevzuatımızda çeşitli alanlarda yaptırılması zorunlu sigorta türlerine yer verilmiştir.

Özel sigorta hukuku alanında sigorta sözleşmesi yapma zorunluluğunun amacı, bazı meslek ve faaliyetler sonucu ortaya çıkabilecek mal veya can zararlarının ödenmesini sağlayarak, toplumda bu çeşit risklere maruz kalan kişileri korumaktır³.

Bu amaçla mevzuatımızda kabul edilen zorunlu sigorta türleri: Zorunlu Mali Sorumluluk (Trafik) Sigortası, Zorunlu Karayolu Yolcu Taşımacılık Mali Sorumluluk Sigortası, Karayolu Yolcu Taşımacılığı Zorunlu Koltuk Ferdi Kaza Sigortası, Tüpgaz Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası ve Tehlikeli Maddeler Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasıdır.

Yukarıda belirtildiği üzere motorlu taşıt işletenin sorumluluğu bir tehlike sorumluluğudur ve 2819 sayılı Kanun'un 85. maddesinde düzenlenmiştir.

2918 sayılı Kanun'un 85. maddesinin 17.10.1996 tarih ve 4199 sayılı Kanun ile yapılan değişikliğinde işletenin sorumluluğu ağırlaştırılırken, 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 91. maddesi ile Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası yaptırma zorunluluğu da getirilmiştir.

ZMSS ile ilgili hükümler 2918 sayılı Kanun'un 91 ila 111. maddelerinde ve aynı Kanununun 93. maddesi hükmü uyarınca Hazine Müsteşarlığına çıkarılan Karayolları Trafik Kanunu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'nda ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Bu sigortanın amacı, trafik kazaları nedeniyle üçüncü kişilerin uğrayacakları zararların kolayca temin edilmesi ile zarardan sorumlu olan işletenin kaza riskine karşı ekonomik bakımdan korunmasıdır⁴.

KTK 91. maddesinde yaptırılması zorunlu olan Mali Sorumluluk Sigortasının kapsamı, güvence altına aldığı rizikolar Kanundan kaynaklanan belli sınırlandırmalara tabi olduğu için, 100. maddede işletenin üçüncü kişilerin zararlarına karşı kendisini daha fazla güvenceye alabilmesi için isteğe bağlı (ihtiyari) mali sorumluluk sigortası yaptırma olanağı da tanınmıştır.

Sigortacı, 2918 sayılı Kanun'un 91. maddesi uyarınca Zorunlu ve İhtiyari Mali Mesuliyet Sigorta Poliçesi düzenlediği andan itibaren üçüncü kişilere karşı, poliçe muhteviyatı ile işleten gibi sorumlu olur.

Genel hatları ile belirtmek gerekirse, bu sorumluluğun doğabilmesi için ortada motorlu bir aracın işletilmesi sırasında meydana gelen bir zarar olmalı, diğer bir ifade ile 2918 sayılı Kanun'un 85. maddesi uyarınca aracın trafiğe çıkarılmış olması ve kullanılması sırasında zararın meydana gelmesi gereklidir. Çok açıktır ki zararın meydana gelmesi ile aracın işletilmesi arasında illiyet bağı da bulunmalıdır.

İşletenin sorumluluktan kurtulabilmesi veya sorumluluğunun azaltılabilmesi için KTK'nun 86 ve 101. maddeleri uyarınca kendisinin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kimselerin kusuru bulunmadan ve araçtaki bozukluk kazayı etkilemeksizin kazanın mücbir bir sebep veya zarar görenin ya da 3. bir şahsın ağır kusurundan kaynaklandığı, diğer bir ifade ile illiyet bağının kesildiği ispat edilmelidir. İşletenin bu imkanlarını sigortacı da kullanabilecektir. Ne var ki, sigortacı sigorta ettirene karşı ileri sürebileceği itirazlarını, 3. kişilere karşı ileri süremeyecektir.

2- ZORUNLU MALİ SORUMLULUK SİGORTASI

a- Tanım

Motorlu bir aracın karayollarında işletilmesi sırasında, bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına veya bir şeyin zarara uğramasına neden

Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası, KTK. m. 91’de belirtildiği üzere işletenin üçüncü kişilere verdiği zararları karşılamak amacıyla oluşturulmuş bir zarar sigortası türüdür.

olması halinde o aracı işletenin zarara uğrayan üçüncü kişilere karşı olan sorumluluğunu belli limitler dahilinde karşılamayı amaçlayan ve yasaca yapılması zorunlu kılınan sorumluluk sigortası türüne Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası (ZMSS) adı verilmektedir⁵.

2918 sayılı KTK.nun 91. maddesine göre: “İşletenlerin, bu Kanunun 85. maddesinin birinci fıkrasına göre olan sorumluluklarının karşılanmasını sağlamak üzere mali sorumluluk sigortası yaptırmaları zorunludur.”

Trafik sigortası de denilen, Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası, KTK. m. 91’de belirtildiği üzere işletenin üçüncü kişilere verdiği zararları karşılamak amacıyla oluşturulmuş bir zarar sigortası türüdür.

Yasanın 85/1. maddesine göre de, “Bir motorlu aracın işletilmesi bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına yahut bir şeyin zarara uğramasına sebep olursa, motorlu aracın bir teşebbüs unvanı veya işletme adı altında veya bu teşebbüs tarafından kesilen biletle işletilmesi halinde, motorlu aracın işleteni ve bağlı olduğu teşebbüs sahibi doğan zarardan müştereken ve müteselsilen sorumlu olurlar.”

Görüldüğü üzere Yasanın 91/1. ve 85/1. maddeleri uyarınca, Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasını yapan sigortacı işletenin sorumluluğunu üstlenmektedir.

Yasanın 85/son maddesine göre, işleten, araç sürücüsünün veya aracın kullanılmasına katılan yardımcı kişilerin kusurundan kendi kusuru gibi sorumlu olduğundan, sigortacının sorumluluğunun zararın niteliği yönünden de işleten gibi değerlendirilmesi gerekmektedir.

b- Sigorta Ettirenin Yükümlülükleri

Sigorta ettirenin ilk ve asıl yükümlülüğü prim ödemektir.

Araç sahibi ve işletenler KTK. m. 91/2’ye göre sorumluluk sigortası sözleşmesi yapmak ve primleri peşin ödemek zorundadırlar.

Primler bir defada ve peşin olarak alınmakta ve bu sigorta karşılığı olarak sigorta edilen aracın neden olacağı bir trafik kazasında üçüncü kişinin uğrayacağı sigorta kapsamındaki zararı sigorta limiti dahilinde karşılanmaktadır.

Sigorta primleri araçların cinsine göre sigortanın en az tutarları üzerinden hesaplanır. ZMSS sözleşmeleriyle ilgili asgari prim ve teminat miktarları Hazine Müsteşarlığı’nın bağlı bulunduğu Bakanlık tarafından belirlenerek yayımlanır.

Öte yandan sigorta ettirenin bir diğer yükümlülüğü de, taşıtının bir kazaya karıştığını ya da üçüncü kişilere zarar verdiğini, diğer bir ifade ile rizikonun gerçekleştiğini sigortacısına hemen ihbar etmektir.

c- Sigortacının Yükümlülükleri

2918 sayılı Kanun’un 101. maddesi ve Türk Ticaret Kanunu’nun 1265. maddesi uyarınca sigortacı, sigorta sözleşmesinin oluşması ile birlikte tarafların hak ve yükümlülüklerini gösteren sigorta poliçesini düzenlemekle yükümlüdür.

Sigortacının sorumluluğu, primin tamamının poliçenin düzenlendiği anda ödenmesiyle başlamaktadır.

Sigortacının diğer yükümlülüğü, poliçe kapsamı uyarınca motorlu araçların neden olduğu kazalarda, zarar görenlerin KTK 98. maddede belirtilen tedavi giderlerini, ölüm ve bedensel zararları ile 99. maddede düzenlenen araç hasarlarına ilişkin tazminat tutarlarını Yasada öngörülen limitlere kadar ödemektir.

Rizikonun gerçekleşmesi üzerine zarar gören kişilere sigortacının ödeyeceği tazminata ilişkin poliçe limitleri KTK. m. 93/1’e göre Hazine Müsteşarlığı’nın bağlı bulunduğu Bakanlıkça saptanır ve Resmi Gazete’de yayımlanır. Bakanlık yeni bir karar alıncaya kadar, sigortacı, poliçelerde yazılı limitle sınırlı olarak ödeme yapar. Yeni teminat tutarları yürürlükteki bütün sigorta sözleşmelerine herhangi bir ek prim alınmaksızın uygulanır, çünkü KTK. m. 95/1’e ve m. 111/1’e göre, sigortacı ile sigortalı ara-

Sigorta poliçesinde yazılı limite kadar sigorta ettiren ve sigortacı müteselsil sorumlu, limitin dışında kalan miktar için ise işleten tek başına sorumludur.

sındaki anlaşmazlıklar ve prim borçları, zarar gören üçüncü kişilere karşı olan sorumlulukları ortadan kaldırmaz.

Sigortacının tazminat ödeme sorumluluğu limit ile sınırlı olmakla birlikte, sigortacı her olayda limit miktarının tamamını ödemek zorunda değildir. Sigortacı limiti değil, gerçek zararı ödemekle sorumludur ancak gerçek zarar limitten fazla ise, en çok limit miktarını ödeyecektir.

2918 sayılı Kanun'un 95 ve 111. maddelere göre tazminat ödeme yükümlülüğünün kaldırılması veya miktarın azaltılması sonucunu doğuran sözleşmeler zarar görenlere karşı ileri sürülemeyeceğinden hukuki sorumluluğu kaldırılan veya daraltılan anlaşmalar geçersizdir.

Sigortacının sorumluluğu, sigorta poliçesinin kapsadığı miktarlar içerisinde olduğundan bu miktarlar dışında kalan kısım için işletenin sorumluluğu bulunmaktadır. Diğer bir ifade ile sigorta poliçesinde yazılı limite kadar sigorta ettiren ve sigortacı müteselsil sorumlu, limitin dışında kalan miktar için ise işleten tek başına sorumludur.

d- Kapsamı

ZMSS sigortasının kapsamı, işletilme halindeki motorlu araçların neden oldukları trafik kazalarından doğan zararlardır. Bu nedenle, işletilme halinde olmayan araçların neden olduğu zararlarda veya KTK'nun 85/1. maddesinden başka hükümlerinde belirtilen sorumluluk hallerinde ZMSS sigortacısının sorumluluğu bulunmamaktadır. Diğer bir ifade ile KTK 85. maddesi dışındaki diğer sorumluluk nedenlerinde gerçekleşen zararı ZMSS karşılamayacaktır.

KTK. 91. maddesi ile bu maddenin yollama yaptığı 85/1. madde hükmüne göre sigorta kapsamına giren araçlar motorlu taşıt araçlarıdır.

Motorlu araç için adına tescil belgesi verilmiş olan araç sahibi veya mülkiyeti muhafaza kaydıyla satışta alıcı sıfatıyla sicilde kayıtlı görülen veya aracı uzun süreli kiralayan, ariyet veya rehin alan, aracı kendi hesabına ve tehlikesi kendisine ait olmak üzere işleten ve araç üzerindeki fiili tasarrufu bulunan, aracın kullanılmasından ekonomik çıkar ve yarar sağlayan işleten gerçek veya tüzel kişiler ZMSS yaptırmak zorundadırlar.

Her türlü motorsuz taşıtlar ile bisiklet ve motorlu bisiklet, işletilme halinde olmayan bir motorlu aracın verebileceği zararlardan dolayı işletenlerin sorumlulukları ise ZMSS kapsamına girmez.

Yukarıda da belirtildiği üzere ZMSS ile sigortacı tarafından araç işleteninin hukuki sorumluluğu güvence altına alındığından, sigortacının zarar giderim yükümü de bu kapsamda belirlenmelidir.

e- ZMSS'de Sigortacının Zarar Giderim Yükümü

Zorunlu mali sorumluluk sigortasında rizikonun gerçekleşmesi halinde sigortacının ödeyeceği tazminat 2918 sayılı Kanun'un 91. maddesinin yollaması ile aynı Kanun'un 85. maddesine göre belirlenecektir. Buna göre sigorta ettiren işleten tarafından motorlu aracın işletilmesi sonucu meydana gelen kişinin yaralanması veya ölmesinden kaynaklanan bedeni zararlara dayalı maddi tazminat ile tedavi giderleri ve maddi hasarlar sigortacının poliçe limitleri dahilinde tazmin zorunda olduğu zararlardır.

2918 sayılı Kanun'un 91/1. maddesi ile ölüm, yaralanma ve maddi hasarlar için 85/1. maddeye yollamada bulunulmuş; tedavi giderleri 98. maddede ayrıca açıklanmıştır.

Sigortacının gidermekle yükümlü olduğu zarar türlerini genel olarak belirtmek gerekirse, maddi hasarlar ve ölüm halinde destekten yoksun kalanların maddi zararları, cenaze giderleri, yaralanma halinde, ilk yardım, muayene ve kontrol veya ayakta, klinikte, hastane veya benzeri yerlerdeki tedavi giderleri ile tedaviyle ilgili diğer giderlerdir.

ZMSS kapsamında olmayan hususlar ise Ka-

nunun 92. maddesinde ayrıca ve açıkça belirtilmiştir.

KTK'nun 92. maddesine göre;

a) İşletenin; bu Kanun uyarınca eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilere karşı yöneltebileceği talepler,

b) İşletenin; eşinin, usul ve furuunun, kendisine evlat edinme ilişkisi ile bağlı olanların ve birlikte yaşadığı kardeşlerinin mallarına gelen zararlar nedeniyle ileri sürebilecekleri talepler,

c) İşletenin; bu Kanun uyarınca sorumlu tutulmadığı şeye gelen zararlara ilişkin talepler,

d) Bu Kanununun 105. maddesinin üçüncü fıkrasına göre trafik sigortasının teminatı altında yapılacak motorlu araç yarışlarındaki veya yarış denemelerindeki kazalardan doğan talepler,

e) Motorlu araçta taşınan eşyanın uğrayacağı zararlar ile

f) Manevi tazminata ilişkin talepler zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamı dışındadır.

Maddede sayılanlar yanında Poliçe Genel Şartlarının 3. maddesinde "römorkların ve çekilen araçların çekimleri sırasında uğradıkları zararlar, işletilme halinde olmayan motorlu araçların neden oldukları zararlar, motorlu bisikletlerin kullanılmasından ileri gelen zararlar" da güvence kapsamı dışında kalan haller olarak sayılmıştır.

IV-SOSYAL GÜVENLİK MEVZUATININ KONUYA İLİŞKİN HÜKÜMLERİ

Trafik kazası nedeniyle zarar gören kişinin (Mülga 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu) 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu kapsamında sigortalı veya hak sahibi olması mümkündür.

31.05.2006 tarihinde kabul edilerek 16.06.2006 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 5510 sayılı Kanun ile tüm sosyal güvenlik kurumları tek bir çatı altında toplanmış ise de mülga Kanunlar döneminden kalan sigortalılık statüleri korunmuştur. Öncesinde 506 sayılı Kanun'a tabi sigortalılar, 5510 sayılı Kanun'un 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde, 1479 sayılı Kanuna tabi Bağ-Kur sigortalıları 4. maddenin birinci fıkrasının (b) bendinde,

Emekli Sandığına tabi iştirakçiler ise 4. maddenin birinci fıkrasının (c) bendinde düzenlenmiştir.

Mülga 506 sayılı Kanun, 5510 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce sigortalı olanlar yönünden hükümlerini devam ettirdiğinden, trafik kazası sonucu zarara uğrayan sigortalının geçici iş göremezlik süresi boyunca yapılan geçici iş göremezlik ödeneği ödemelerinin, ZMSS kapsamında Kurumca sigorta şirketinden rücu-an tahsilinin mümkün olup olmadığı hususu 506 sayılı Kanun ile 5510 sayılı Kanun açısından ayrı ayrı irdenelecektir.

1- 506 SAYILI SOSYAL SİGORTALAR KANUNU AÇISINDAN

Hizmet akdine dayalı olarak çalışan sigortalının zararlandırıcı olaylara karşı korunması Anayasa'da ifadesini bulan sosyal devlet ilkesinin gereğidir. Bu ilkenin uygulamaya geçirilmesinin bir görünümü de sigortalının zararlandırıcı olaylara karşı sosyal güvenlik kurumları tarafından yapılan sosyal yardımlarla korunmasının sağlanmasıdır.

506 sayılı Kanun'a tabi olarak çalışan sigortalının zararlandırıcı bir olaya maruz kalması halinde Kurumun yapmakla yükümlü olduğu sosyal sigorta yardımları Kanununun 12 ve 16. maddeleri ile 32 ve 37. maddelerinde düzenlenmiştir.

Buna göre, zararlandırıcı olayın, trafik kazasına dayanan iş kazası sonucu meydana gelmesi halinde sigortalıya 506 sayılı Kanun'un 12. maddesinde sayılan sosyal sigorta yardımları sağlanır.

Madde uyarınca trafik kazasına dayanan iş kazasına maruz kalan sigortalıya sağlanan yardımlar:

- Sağlık yardımı yapılması,
- Geçici iş göremezlik süresince günlük ödenek verilmesi,
- Sürekli iş göremezlik hallerinde gelir verilmesi,
- Protez araç ve gereçlerinin sağlanması, takılması, onarılması ve yenilenmesi,
- (A) ve (D) fıkralarında yazılı yardımlar için sigortalının başka yere gönderilmesi,
- İş kazası veya meslek hastalığı dolayısıyla

la bedeni veya ruhi bir arızaya uğrayanlardan, yurt içinde tedavisi kabil olmayıp, ancak yabancı bir ülkede kısmen veya tamamen tedavisi mümkün görülen ve mesleğinde uğradığı iş göremezlik derecesinin azalabileceği Kurum sağlık tesisleri sağlık kurulu raporu ile tesbit edilen sigortalının ve bu raporda belirtilmişse, beraber gidecek kimselerin yabancı ülkelere gidip gelme yol paraları ile o yerdeki kalış ve tedavi masraflarının ödenmesi,...

G) Cenaze masrafı karşılığı verilmesi,

H) Sigortalının ölümünde hak sahiplerine gelir bağlanmasıdır.

Bilindiği üzere, kişiye verilen zararlar esas olarak fiziksel bütünlüğünü (yaralama ve ölüm) ve akıl sağlığını kapsar⁶.

Beden tamlığı kişinin tüm yaşam koşullarına uyabilecek şekilde tam ve normal bir insan yapısına sahip olması manâ ve içeriğini taşır. Bu yapıda meydana gelen bir noksanlık beden tamlığının zedelenmesi veya ortadan kalkması sonucunu doğurur.

İyileşme (consolidation), mağdurun durumunun sürekli olarak değişmez bir hale konulması, stabilize edilmesidir⁷.

İyileşme hali, her türlü tedavinin yapılmasına, tıp tekniğinin bütün imkanlarının kullanılmasına rağmen arızalara tedavi yoluyla etki etme olanağının kalmamış olması hali, şifa ise iyileşmenin ileri ve mükemmel derecesidir. Zarar görenin geçici iş göremezlik süresi sonunda bütün arıza ve ızdıraplarının ortadan kalkmış olması ve tam anlamıyla cismani bütünlüğüne ve fiziki potansiyeline kavuşması haline şifa denir.

Cismani zarar uğrayan sigortalı işçi ise iş göremez duruma gelmesi ve işçinin bu halinin sürekli olmayıp geçici olması halinde geçici iş göremezlikten sözedilir.

Haksız fiillerde geçici iş göremezliğe uğrayan kişi, iş göremezlik karşılığı alır. Kişinin iş göremez oranına uğraması gerekmez. İşine gidememesi ve tedavi görmesi yeterlidir⁸.

Geçici iş göremezlik diye; umumiyetle mağdura kaza tarihi ile iyileşme tarihi arasında arız olan işten kalmaya denir ki, mağdur, bu süre içinde bazen bir kısım işlerini bazen da hiçbir işini göremez. Bu suretle arız olan iş göremez-

liğin doğurduğu gelir kayıplarının tazmini gerekir⁹.

506 sayılı Kanun'un 16. maddesi uyarınca, iş kazası veya meslek hastalığı dolayısıyla geçici iş göremezliğe uğrayan sigortalıya her gün için geçici iş göremezlik ödeneği verilir.

Geçici iş göremezlik ödeneği, iş kazası veya meslek hastalığına uğraması sonucu geçici olarak iş göremez yani çalışamaz duruma gelmiş sigortalının bu zararını karşılamak üzere kendisine Kurumca yapılan parasal sosyal sigorta yardımınıdır¹⁰.

Sigortalının bu geçici iş göremezlik ödeneğinden yararlanması için, iş kazası ya da meslek hastalığı sonucu işgöremez duruma gelmesi gerekli ve yeterlidir. Sigortalı iyileşmiş olmakla birlikte sağlık durumu bakımından daha bir süre iş görmemesi gerekiyorsa gene geçici iş göremezlikten yararlanması gerekir. Önemli olan sigortalının iyileşmesi değil, iş görebilir duruma gelmesidir¹¹.

İş kazasının meydana gelmesi halinde sigortalının geçici iş göremezliğinin devam ettiği ve doktor raporu ile belirlenen sürece geçici iş göremezlik ödeneği verilmesi sigortalı yönünden bir hak, Kurum yönünden ise ödevdir.

Kurum iş kazalarıyla meslek hastalıkları halinde sigortalılara ve bunların ölümünde de hak sahibi kimselerine sağlamakla ödevli bulunduğu sosyal sigorta yardımlarını gene Sosyal Sigortalar Kanunu'na dayanarak ödettirme hakkına sahiptir¹².

Ödetme hakkı Kanun'un 26. maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

506 sayılı Kanun'un 26. maddesine göre, "İş kazası ve meslek hastalığı, işverenin kastı veya işçilerin sağlığını koruma ve işgüvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı hareketi veyahut suç sayılabilir bir hareketi sonucu olmuşsa, Kurumca sigortalıya veya haksahibi kimselerine yapılan veya ileride yapılması gerekli bulunan her türlü giderlerin tutarları ile gelir bağlanırsa bu gelirlerinin 22 nci maddede belirtilen tarifeye göre hesaplanacak sermaye değerleri toplamı sigortalı veya haksahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarlarla sınırlı olmak üzere Kurumca işverene ödettirilir.(Ek cümle: 29/7/2003-4958/28 md.) İşçi ve işveren

sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlık ilkesi dikkate alınır.

İş kazası veya meslek hastalığı, 3 üncü bir kişinin kasıt veya kusuru yüzünden olmuşsa, Kurumca bütün sigorta yardımları yapılmakla beraber zarara sebep olan 3 üncü kişilere ve şayet kusuru varsa bunları çalıştıranlara Borçlar Kanunu hükümlerine göre rücu edilir.”

Bu madde uyarınca Kuruma karşı sorumlu olanlar işverenlerle üçüncü kişilerdir. Madde kapsamından anlaşıldığı üzere Kurum ile işveren birinci ve ikinci kişi, ikisinin dışında kalanlar ise üçüncü kişidir. Kurum 26. maddede sayılan koşulların gerçekleşmesi halinde yapmak zorunda kaldığı sosyal sigorta yardımlarını işveren veya üçüncü kişiden isteyebilir.

506 sayılı Kanun’un geçici iş göremezlik ödeneği verilmesini öngördüğü diğer hal Kanununun 32. maddesinde düzenlenmiştir.

Madde uyarınca iş kazalarıyla meslek hastalıkları sigortası kapsamı dışında kalan hastalıklara sağlanan yardımlar:

A) Sağlık yardımı yapılması,

B) (Değişik: 30/5/1997 - KHK 572/19 md.) Protez, araç ve gereçlerinin standartlara uygun olarak sağlanması, takılması, onarılması ve yenilenmesi,...

C) Geçici iş göremezlik süresince günlük ödenek verilmesi,

D) Gerekli hallerde muayene ve tedavi için yurt içinde başka bir yere gönderilmesi,

E) (Ek: 20/6/1987 - 3395/3 md.) Hastalığın anlaşıldığı tarihten önceki bir yıl içinde en az 300 gün hastalık sigortası primi ödenmiş olması şartıyla, yurt içinde tedavisi mümkün olmayıp ancak yabancı bir ülkede kısmen veya tamamen tedavisi mümkün görülen ve malûllük halinin önlenebileceği veya önemli oranda azaltılabileceği Kurum sağlık tesisleri sağlık kurulu raporu ile tespit edilen sigortalının ve bu raporda belirtilmiş ise beraber gideceği kimse- nin yurt dışına gönderilmeleri, yabancı ülkelere gidip gelme yol paraları ile bu ülkede kalış ve tedavi masraflarının ödenmesidir.

İş kazası veya meslek hastalığının tanımına girmeyen fakat, kişinin beden veya ruhunda zararlandırıcı bir sonuç doğuran tüm kaza ve olaylar hastalık kavramına girer. Örneğin, hastalığın

bir yaralanma, bir trafik kazası sonucu doğması Kurumca yardım yapılmasını gerektirir¹³.

Hastalık sebebiyle geçici iş göremezlik ödeneğinden yararlanabilmek için sigortalının hastalanmasından ötürü işbaşı yapamaması, iş göremezlik durumunda bulunması gerekir.

506 sayılı Kanun’un 37. maddesi uyarınca, hastalık sebebiyle geçici iş göremezliğe uğrayan sigortalılardan geçici iş göremezliğin başladığı tarihten önceki bir yıl içinde en az 120 gün hastalık sigortası primi ödemiş bulunanlara, geçici iş göremezliğin üçüncü gününden başlamak üzere, her gün için geçici iş göremezlik ödeneği verilir. Ancak, hastalık halinde geçici iş göremezlik ödeneği verilebilmesi için, Kurumca tayin ve tesbit olunan hekim veya sağlık kurullarından dinlenme raporu alınmış olması şarttır.

Belirtildiği gibi sigortalı, eşi ve çocukları bir başkasının eylemi ile hastalanmış olabilir. Örneğin bunlar, bir başkası tarafından kasten veya tedbirsizlik ve dikkatsizlik sonucu yaralanmış olabilirler. Burada, dıştan gelen bir etkiyle hastalanma sözkonusudur. Kurum, bu gibi hallerde de hastalık sigortası kapsamına giren her türlü yardımı yapmak zorundadır. Hastalığın ortaya çıkmasında bir başka kişinin kusuru, suç sayılır bir eylemi bulunsa bile Kurum gerekli yardımları yapmaktan kaçınmaz.

Ancak Kurum, hastalık sigortasından yaptığı yardımları, 39. maddede gösterilen koşulların oluşması durumunda, üçüncü kişi veya kişilerden rücu isteyebilir. Kurumun talep hakkının temelinde, dolaylı da olsa uğradığı zararın giderimini isteme hakkı yatmaktadır¹⁴.

Üçüncü kişinin sorumluluğunu belirleyen 506 sayılı Kanun’un 39. maddesi uyarınca; “Kasdı veya suç sayılır hareketi ile sigortalının, eşinin veya çocuğunun hastalanmasına sebeb olan kimseye, bu kanun gereğince hastalık sigortasından yapılan her türlü giderler tazmin ettirilir.”

Maddede açıkça, iş kazası niteliğinde olmayan, fakat kusurlu hareketi ile sigortalının hastalanmasına sebep olan kimseye, bu kanun gereği hastalık sigortası kapsamında yapılan her türlü giderin Kurum tarafından tazmin ettirileceği belirtilmiştir.

2- 5510 SAYILI KANUN AÇISINDAN

5510 sayılı Kanun'un yürürlük tarihinden itibaren 4/1-a bendi kapsamında bulunan sigortalıların zararlandırıcı bir olaya maruz kalması halinde Kurumun yapmakla yükümlü olduğu sosyal sigorta yardımları, Kanununun 16. maddesinde hükme bağlanmıştır.

16. maddede belirtilen haklar SSK.nun birkaç maddesinde ayrı ayrı düzenlendiği halde bu haklar 5510 sayılı Kanun'un tek maddesinde (m. 16) hükme bağlanmıştır. Bu maddede sigortalı türleri arasında herhangi bir ayırım yapılmamış ise de (4-c) sigortalılarına iş kazası ve meslek hastalığı sigortasına ilişkin hükümler uygulanamayacağından anılan 16. madde hükümleri de uygulanamaz. Ne var ki 5510 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte ilk defa (4-c) sigortalısı sayılanlara kısa vadeli sigorta kollarının tümü uygulanır¹⁵.

5510 sayılı Kanun'un 16. maddesi uyarınca, "İş kazası veya meslek hastalığı sigortasından sağlanan haklar:

a) Sigortalıya, geçici iş göremezlik süresince günlük geçici iş göremezlik ödeneği verilmesi.

b) Sigortalıya sürekli iş göremezlik geliri bağlanması.

c) İş kazası veya meslek hastalığı sonucu ölen sigortalının hak sahiplerine, gelir bağlanması.

d) Gelir bağlanmış olan kız çocuklarına evlenme ödeneği verilmesi.

e) İş kazası ve meslek hastalığı sonucu ölen sigortalı için cenaze ödeneği verilmesidir.

Hastalık ve analık sigortasından sigortalıya hastalık veya analık hallerine bağlı olarak ortaya çıkan iş göremezlik süresince, günlük geçici iş göremezlik ödeneği verilir."

Maddeye göre sigortalı belirli bir süre iş göremezlik durumuna düştüğü takdirde günlük olarak kendisine geçici iş göremezlik ödeneği verilecektir.

5510 sayılı Kanun uyarınca geçici iş göremezlikten yararlanma koşulları ise anılan Kanununun 18. maddesinde ayrıca düzenlenmiştir.

Buna göre, Kurumca yetkilendirilen hekim veya sağlık kurullarından istirahat raporu alınmış olması şartıyla;

a) İş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle

iş göremezliğe uğrayan sigortalıya her gün için,

b) (Değişik: 17/4/2008-5754/11 md.) 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi ile 5 inci madde kapsamındaki sigortalılardan hastalık sigortasına tabi olanların hastalık sebebiyle iş göremezliğe uğraması halinde, iş göremezliğin başladığı tarihten önceki bir yıl içinde en az doksan gün kısa vadeli sigorta primi bildirilmiş olması şartıyla geçici iş göremezliğin üçüncü gününden başlamak üzere her gün için geçici iş göremezlik ödeneği verilir.

Mülga 506 sayılı Kanun gibi 5510 sayılı Kanun'da da Kuruma iş kazası, meslek hastalığı veya hastalık sigortasından yaptığı yardımları rücu isteyebilme imkanı tanınmıştır.

5510 sayılı Kanun'un 21. maddesine göre, "İş kazası ve meslek hastalığı, işverenin kastı veya sigortalıların sağlığını koruma ve iş güvenliği mevzuatına aykırı bir hareketi sonucu meydana gelmişse, Kurumca sigortalıya veya hak sahiplerine bu Kanun gereğince yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri toplamı, sigortalı veya hak sahiplerinin işverenden isteyebilecekleri tutarlarla sınırlı olmak üzere, Kurumca işverene ödettirilir. İşverenin sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlık ilkesi dikkate alınır..."

İş kazası, meslek hastalığı ve hastalık, üçüncü bir kişinin kusuru nedeniyle meydana gelmişse, sigortalıya ve hak sahiplerine yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısı, zarara sebep olan üçüncü kişilere ve şayet kusuru varsa bunları çalıştıranlara rücu edilir."

21. maddenin karşılığı yürürlükten kaldırılan SSK.nun 26. maddesinin birinci fıkrasıdır. Ancak anılan fıkrada sadece iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından sağlanan yardımların işverene rücu edilmesine yer verilmiş iken işbu 21. maddeye hastalık ve analık sigortasından yapılan yardımlar da dahil edilmiştir. Bu maddeye göre Kurum artık bundan böyle iş kazası ve meslek hastalıkları yardımları yanında hastalık ve analık yardımlarını da işverene rücu edebilecektir¹⁶.

Gerçekten, 5510 sayılı Kanun'un 21. madde-

Sigortalıya halef olan Kurumun yaptığı ve ileride yapacağı giderleri zorunlu mali sorumluluk sigortasını yapan sigorta şirketinden istemesi mümkündür.

sinde, sigortalının kaza geçirmesine ve hastalanmasına sebebiyet verenlere rücu edileceğine dair hükümler yer almaktadır. 21. madde, iş kazası ve meslek hastalığı ile hastalığa maruz bırakılmış sigortalı için ödenen iş göremezlik ödenekleri nedeniyle rücu etme yöntemi ile ilgilidir. 21. maddeye göre Kurumun işverene rücu edebilmesi için kaza olayının meydana gelmesinde işverenin kastının bulunması veya iş güvenliği mevzuatına aykırı hareketi gerekirken üçüncü kişilere rücu edilebilmesi için kaza olayının üçüncü bir kişinin kusuru nedeniyle meydana gelmesi gerekmektedir.

V- ZMSS KAPSAMINDA SİGORTA ŞİRKETİNDEN RÜCU

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi trafik sigortasına ilişkin kararlarında¹⁷, trafik sigortasının (ZMSS) motorlu bir aracın, karayolunda işletilmesi sırasında bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına veya bir şeyin zarara uğramasına neden olması halinde, o aracı işletenin zarara uğrayan üçüncü kişilere karşı sorumluluğunu belli limitler dahilinde karşılamayı amaçlayan ve Yasaca yapılması zorunlu kılınan sorumluluk sigortası olduğunu, trafik sigortacısının sorumluluğunun sınırının ise KTK.nun 92. maddesinde belirlendiğini, sigorta şirketi, sigortacısı bulunduğu araç işletenin hukuki sorumluluğunu üstlendiğine göre, sorumluluğunun da mesuliyetini üstlendiği araç işletenin koşullarına tabi olduğu, diğer bir deyişle bu sigorta türüyle işletenin KTK.nun 85/1. maddesinde hükme bağlanan sorumluluğunun sigorta örtüsü içine alındığını, bütün bu düzenlemelerden bu tür sigortalarda, sigorta teminatı altına alınan zararların üçüncü kişilerin beden ve mallarında meydana gelen zararlar olduğu ve bu nedenle yaralanma dolayısıyla geçici iş göremezlik tazminatının teminat kapsamında olduğunu kabul etmiştir.

Özel Daire trafik kazası sonucu yaralanmanın meydana getirdiği maluliyet (iş görmezlik) halinin dahi zorunlu trafik sigortası güvencesine tabi olduğunu 23.06.995 gün ve 1995/4212-5325 sayılı kararında gerekçelerine yer vererek kabul etmiştir¹⁸.

Yargıtay 17. Hukuk Dairesine ait kararların¹⁹ incelenmesinde, trafik kazasında kişinin yaralanmasının doğal bir sonucu olan maluliyet halinin 2918 sayılı Kanun'un 85. maddesi kapsamında olduğu, 92. maddesinde bu hal sigorta kapsamı dışına çıkarılmadığı gibi, poliçe genel şartlarında da maluliyetin sigorta kapsamı dışında bırakıldığına ilişkin bir hüküm bulunmadığı, bu durum karşısında trafik sigorta poliçesindeki kişi başına bedeni zarar limiti ile sınırlı olmak üzere maluliyet hali ile geçici iş göremezlik tazminatının ZMSS kapsamı içinde kabul edildiği anlaşılmaktadır.

Yazımızın konusunu oluşturan sosyal yardım niteliğindeki geçici iş göremezlik ödeneği yönünden ise, 506 sayılı Kanun'un 26 ve 39. maddeleri uyarınca Kuruma karşı sorumlu olanlar işverenlerle üçüncü kişilerdir. Madde kapsamından anlaşıldığı üzere Kurum ile işveren birinci ve ikinci kişi, ikisinin dışında kalanlar ise üçüncü kişidir. Kurum 26 veya 39. maddede sayılan koşulların gerçekleşmesi halinde yaptığı yardımları işveren veya üçüncü kişiden isteyebilir.

SSK m. 26/1 ve 2. fıkrasındaki koşulların gerçekleşmesi ile Kurum, araç sahibi veya sürücü aleyhine dava açabileceği gibi sorumlu olduğu miktarla sınırlı kalmak kaydıyla sigorta şirketine de rücu edebilir²⁰.

Kurum, sigortalının veya hak sahiplerinin uğramış oldukları bedensel zararları nedeniyle kendisine sosyal sigorta yardımı yaptığından bedensel zararlardan ötürü sigortacıya başvuru yapılabilir²¹.

Kurumun sigorta şirketine rücu etmesinin dayanağı, sigortalının haklarına halef olması prensibinden kaynaklanmaktadır²².

Ölüm veya cismani zarar hallerinde özel veya sosyal sigortalar kurumları sigorta poliçelerine veya yasalara dayanarak halefiyet yolu ile sorumlu kişilerden ödedikleri tutarın kendilerine ödenmesini talep edebilirler²³.

Kurum, sigortalıya hastalık sigortasından yapmış olduğu giderleri zararlandırıcı olaya neden olan üçüncü kişiden isterken sigortalının halefi olmakta ve onun yerine geçmektedir.

Yargıtay halefiyet ilkesinden hareketle içtihadında²⁴, trafik kazalarına dayanan iş kazaları sonucu Kurum yardımlarından zorunlu mali sigorta sözleşmesi yapan sigorta şirketinin de sorumlu bulunduğu esasını benimsemiştir. Üçüncü kişiye verilen zararda, bu zarardan birinci derecede sorumlu bulunan sigortacının, Kurumun yapmış olduğu yardımlardan faydalananarak sorumluluktan kurtulması sigorta hukuku ile bağdaştırılmaz. Bu karara göre, sigortalıya halef olan Kurumun yaptığı ve ileride yapacağı giderleri zorunlu mali sorumluluk sigortasını yapan sigorta şirketinden istemesi mümkündür²⁵.

Trafik olaylarına dayanan iş kazaları sonucu Kurum yardımlarından zorunlu mali sorumluluk sözleşmesi yapan sigorta şirketinin de sorumlu bulunduğu esasını benimsenmiştir. İçtihadı göre, üçüncü kişiye verilen zarardan bu kişiye karşı birinci derecede sorumlu olan sigorta şirketinin yardımın Kurum tarafından yapılmasından yararlanarak sorumluluktan kurtulması sigorta hukuk ilkeleriyle bağdaşmaz; tersine, sigorta şirketlerinin kuruluşlarındaki anlam ve nedenler, böyle bir sorumluluğu zorunlu kılar. Hal böyle olunca, sigortalıya arda (=halef) olarak hareket eden Kurumun yaptığı ve ileride yapacağı giderlerin zorunlu mali sorumluluk sigortası yapmış bulunan sigorta şirketinden istemesi mümkündür²⁶.

Sigortacı şirket, sigortalı aracın üçüncü kişilere verdiği zararlardan sorumlu olduğundan Kurumun trafik olayında yaralanan sigortalı veya sigortalının eşi ve yahut çocukları için yapmış olduğu giderleri sigortacı şirketten istemek hakkı doğal sayılmalıdır²⁷.

5510 sayılı Kanun uyarınca yapılan geçici iş göremezlik ödeneği ödemelerinin ise anılan Kanunun 21. maddesinin açık hükmü karşısında Kurumca sigortalının geçici iş göremezliğe uğramasına sebep olan kişiden rücu tahsilinin mümkün olduğu açıktır. Geçici iş göremezlik ödeneği ödenmesine neden olan zararlandırıcı olay bir trafik kazasından kaynaklanmakta

ise aracın sigorta şirketi, ZMSS uyarınca işletenin sorumluluğunu güvence altına aldığından sigortalı aracın verdiği bedeni zararlarından sorumludur.

Çalışma gücünün tamamen veya kısmen azalması sonucu oluşan ve oluşacak zararlar da sigorta teminatı içindedir²⁸.

Bu kapsamda trafik kazası sonucu bedensel yaralanma ve yaralanmanın doğal bir sonucu olan geçici iş göremezlik hali ve bu hal nedeniyle Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından yapılan geçici iş göremezlik ödemeleri, 2918 sayılı KTK.nun 85. maddesi kapsamında olup aynı Yasanın 92. maddesi veya Genel Şartların 3. maddesi ile kapsam dışına çıkarılmadığından zorunlu trafik sigortası güvencesi kapsamındadır.

Nitekim konuya ilişkin kararında Yargıtay Hukuk Genel Kurulu²⁹; "...geçici işgöremezlik ödeneği, motorlu aracın işletilmesi sırasında kişinin yaralanması sonucu yapılan, tedavinin gerektirdiği bir (diğer gider) olup, bedeni zarara ilişkindir.

(Mülga) 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 12 ve 16. maddelerinde iş kazası veya meslek hastalığı sonucu geçici işgöremezliğe uğrayan sigortalıya geçici işgöremezlik süresince her gün için günlük ödenek (geçici işgöremezlik ödeneği) verileceği öngörülerek, anılan Kanunun 26. maddesinde iş kazası ve meslek hastalığının işverenin veya üçüncü kişinin hareketi sonucu meydana gelmesi halinde Kurumca iş kazası meslek hastalığı sigortası kolundan yapılan yardımların işveren veya üçüncü kişiden rücu tahsiline imkan tanınmıştır.

Bunun yanında mülga 506 Sayılı Kanunun 32 ve 37.maddelerinde hastalık sigortası kapsamındaki yardımlar düzenlenerek, buna göre hastalanan/yaralanan sigortalıya yapılacak yardımlar içinde geçici işgöremezlik süresince günlük ödenek verilmesi hükme bağlanmıştır.

Anılan Kanunun 39.maddesi uyarınca; kasdi veya suç sayılır hareketi ile sigortalının hastalanmasına sebep olan kimseye, bu kanun gereğince hastalık sigortasından yapılan her türlü giderler tazmin ettirilir. Buna göre, iş kazası niteliğinde olmayan, fakat kusurlu hareketi ile sigortalının hastalanmasına sebep olan kimseye,

bu kanun gereği hastalık sigortası kapsamında yapılan her türlü giderin Kurum tarafından tazmin ettirileceği belirtilmiştir.

Maddede yer alan “hastalanma” tabiri ile cismani zarar görme, fiziki ve ruhsal bütünlüğün ihlali kastedilmektedir. Sigortalı bu eylem nedeniyle tedavi ihtiyacı duymakta ve bu giderler Kurum tarafından karşılandığından tedavi ve her türlü hastalık yardımı rücu davasına konu olmaktadır. Diğer bir anlatımla üçüncü kişi kusurlu hareketi ile sigortalıya sağlık yardımı yapılmasına neden olmuşsa Kurum hastalık sigortası kapsamındaki tüm harcamalarını rücu üçüncü kişiden isteyebilir.

Yukarıda yapılan açıklamaların ışığında geçici işgöremezlik ödeneği, motorlu aracın işletilmesi sırasında kişinin yaralanması sonucu yapılan, tedavinin gerektirdiği bir (diğer gider) olup, bedeni zarara ilişkindir.

Sonuç olarak, trafik kazası sonucu yaralanmanın doğal bir sonucu olan ve iyileşinceye kadar geçen geçici sakatlık döneminde 506 Sayılı Kanununun 12, 16, 32 ve 37. maddeleri uyarınca ödenmesi zorunlu olan ve anılan Kanununun 26 veya 39.maddesi uyarınca da sorumlu işveren veya üçüncü kişilerden rücu tazmini mümkün olan geçici işgöremezlik ödeneği ödemelerinin; 2918 Sayılı Kanununun 85.maddesi kapsamı içinde yer alan bedeni zararlardan olması ve ayrıca aynı Kanununun 92. ve Genel Şartların 3.maddesi ile kapsam dışında bırakılanlar içinde bulunmaması karşısında tedavinin gerektirdiği gider olarak zorunlu mali sorumluluk sigortası (trafik sigortası) kapsamında olduğunun kabulü zorunludur.” açıklaması ile sosyal sigorta yardımı olarak sigortalının trafik kazası nedeniyle yaralanma tarihi ile tedavi sonrasında iş göremezliğine dair rapor süresinin sona erdiği ve/veya işe başlama tarihine kadar geçen süre içinde, diğer bir anlatımla bedensel zarara uğradığı geçici sakatlık döneminde Sosyal Güvenlik Kurumu’nca ödenen geçici iş göremezlik ödeneğinin ZMSS kapsamında Kurumca sigorta şirketinden rücu tahsilinin mümkün olduğunu kabul etmiştir.

VI- SONUÇ

Trafik sigortası (ZMSS), motorlu bir aracın,

karayolunda işletilmesi sırasında bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına veya bir şeyin zarara uğramasına neden olması halinde, o aracı işletenin zarara uğrayan üçüncü kişilere karşı sorumluluğunu belli limitler dahilinde karşılamayı amaçlayan ve Yasaca yapılması zorunlu kılınan sorumluluk sigortasıdır.

Trafik sigortacısının sorumluluğunun sınırı KTK.’nın 92. maddesinde belirlenmiştir. Madde uyarınca sigorta şirketi, sigortacısı bulunduğu araç işletenin hukuki sorumluluğunu üstlenmiştir. Buna göre sigortacının sorumluluğu da mesuliyetini üstlendiği araç işletenin koşullarına tabidir. Diğer bir ifade ile bu sigorta türüyle işletenin KTK.’nın 85/1. maddesinde hükme bağlanan sorumluluğu ZMSS örtüsü içine almıştır.

Bu tür sigortalarda, sigorta teminatı altına alınan zararlar üçüncü kişilerin beden ve mallarında meydana gelen zararlar olduğundan üçüncü kişinin çalışma gücünün kısmen veya tamamen azalması sonucu oluşan ve oluşacak zararlar da sigorta teminatı içindedir.

Trafik kazasından kaynaklanan yaralanma nedeniyle (Mülga) 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu’nun 12, 16, 32 ve 37. maddeleri ile 5510 sayılı Kanun’un 16 ve 18. maddeleri uyarınca Kurumca geçici iş göremezlik döneminde ödenen geçici iş göremezlik ödemeleri sigortalının uğradığı bedeni zarardan kaynaklanmaktadır. Trafik kazası sonucu yaralanma ve yaralanmanın doğal bir sonucu olan geçici maluliyet (geçici iş göremezlik) hali üçüncü kişinin bedensel zararına ilişkin olduğundan 85. madde kapsamında olup aynı Yasanın 92. maddesi veya Genel Şartların 3. maddesi ile kapsam dışına çıkarılmış da değildir.

ZMSS türünde üçüncü kişilerin bedenlerinde meydana gelen zararlar sigorta teminatı altına alındığından, motorlu aracın işletilmesi sırasında kişinin yaralanması nedeniyle geçici iş göremez olduğu süre için ödenen ve yine 506 sayılı Kanun’un 26 ve 39 ile 5510 sayılı Kanun’un 21. maddeleri uyarınca Kurumca sosyal yardımın yapılmasına neden olan kişiye karşı rücu imkanı bulunan geçici iş göremezlik ödeneği ZMSS kapsamında olup, Sosyal Güvenlik Kurumu’nca yapılan ödemenin rizikonun gerçekleşmesine

neden olan aracın işletenin sorumluluğunu güvence altına alan sigorta şirketinden ZMSS kapsamında rücu tahsil mümkündür.

DİPNOTLAR

- 1 Gürsoy, K. Tahir, İsviçre Hukukunda Trafik Kazalarından Doğan Hukuki Sorumluluğun Anahatları, 1974, s: 3.
- 2 Gökcan, H. Tahsin-Kaymaz, Seydi, KTK'na Göre Hukuki Sorumluluk, Tazminat-Sigorta Rücu Davaları ve Trafik Suç ve Kabahatleri, 2009 6. Baskı, s: 36.
- 3 Karayalçın, Yaşar, Özel Sigorta Hukuku Açısından Ölüm ve Cismani Zarar Riskleri, 1993, s: 127.
- 4 Gökcan, H. Tahsin-Kaymaz, Seydi, KTK'na Göre Hukuki Sorumluluk, Tazminat-Sigorta Rücu Davaları ve Trafik Suç ve Kabahatleri, 2009 6. Baskı, s: 391.
- 5 Ulaş, Işıl, Uygulamalı Sigorta Hukuku Mal ve Sorumluluk Sigortaları, Ekim-2002 3. Baskı, s: 624.
- 6 Kılıçoğlu, Mustafa, Tazminat Hukuku, Şubat 2010, s: 145.
- 7 Kudat, Arkun, Cismani Kazalardan Doğan Zararlar Nasıl Değerlendirilir, 1966, s: 32.
- 8 Kılıçoğlu, Mustafa, Tazminat Hukuku, Şubat 2010, s: 166.
- 9 Kudat, Arkun, Cismani Kazalardan Doğan Zararlar Nasıl Değerlendirilir, 1966, s: 32.
- 10 Çenberci, Mustafa, Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, 1977, s: 223.
- 11 Çenberci, Mustafa, Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, 1977, s: 224.
- 12 Çenberci, Mustafa, Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, 1977, s: 290.
- 13 Başbuğ, Aydın, Sosyal Sigortalar Kurumunun İşverene ve Üçüncü Kişilere Rücu, 1992, s: 129.
- 14 Aslanköylü, Resul, Sosyal Sigortalar Kanunu Yorumu, 2004, 2. Baskı, s: 986.
- 15 Aslanköylü, Resul, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Şerhi, 2010, s: 516.
- 16 Aslanköylü, Resul, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Şerhi, 2010, s: 556.
- 17 Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 09.03.2009 gün ve 2007/13783 E., 2009/2616 K.; 01.12.2008 gün ve 2007/10405 E., 2008/13571 K.; 12.02.2007 gün ve 2005/14332 E., 2007/2015 K.; 15.05.2006 gün ve 2006/1029 E., 2006/5685 K.; 10.11.2008 gün ve 2007/9365 E., 2008/12566 K.; 2.11.2009 gün ve 2008/6930 E., 2009/11308 K.; 1.6.2009 gün ve 2008/1375 E., 2009/5676 K. ve 13.4.2009 gün ve 2008/564 E., 2009/4469 K. sayılı Kararları.
- 18 Ulaş, Işıl, Uygulamalı Sigorta Hukuku Mal ve Sorumluluk Sigortaları, Ekim-2002 3. Baskı, s: 691.
- 19 Yargıtay 17. Hukuk Dairesinin 7.6.2010 gün ve 2010/3003 E., 2010/5215 K.; 20.9.2010 gün ve 2010/4232 E., 2010/7000 K.; 4.10.2010 gün ve 2010/8047 E., 2010/7728 K.; 15.2.2010 gün ve 2009/8582 E., 2010/2270 K.; 20.1.2009 gün ve 2008/2729 E., 2009/94 K. ve 27.10.2009 gün ve 2009/4291 E., 2009/6843 K. sayılı kararları.

- 20 10. Hukuk Dairesinin 28.09.1975 gün ve 382 E., 455 K. sayılı Kararı.
- 21 Aslanköylü, Resul, Sosyal Sigortalar Kanunu Yorumu, 2004, 2. Baskı, s: 697.
- 22 Başbuğ, Aydın, Sosyal Sigortalar Kurumunun İşverene ve Üçüncü Kişilere Rücu, 1992, s: 93.
- 23 Karayalçın, Yaşar, Özel Sigorta Hukuku Açısından Ölüm Ve Cismani Zarar Riskleri, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ölüm Ve Cismani Zarar Hallerinde Zararın ve Tazminatın Hesap Edilmesi Sempozyumu, 1993, s: 126.
- 24 10. Hukuk Dairesinin 14.03.1977 gün ve 1977/6629 E., 1828 K. sayılı Kararı.
- 25 Başbuğ, Aydın, Sosyal Sigortalar Kurumunun İşverene Ve Üçüncü Kişilere Rücu, 1992, s: 62.
- 26 Çenberci, Mustafa, Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, 1977, s: 298, 299.
- 27 Çenberci, Mustafa, Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, 1977, s: 391.
- 28 Gökcan, H. Tahsin-Kaymaz, Seydi, KTK'na Göre Hukuki Sorumluluk, Tazminat-Sigorta Rücu Davaları Ve Trafik Suç ve Kabahatleri, 2009 6. Baskı, s: 394.
- 29 Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 13.10.2010 gün ve 2010/10-500 E., 2010/490 K. sayılı Kararı.

KAYNAKÇA

- ASLANKÖYLÜ, Resul, Sosyal Sigortalar Kanunu Yorumu, Yetkin, 2. Baskı, Ankara, Ağustos 2004.
- ASLANKÖYLÜ, Resul, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Şerhi, Yetkin, Ankara, 2010.
- BAŞBUĞ, Aydın, Sosyal Sigortalar Kurumunun İşverene Ve Üçüncü Kişilere Rücu, Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası Yayını, Ankara, 1992.
- ÇENBERCİ, Mustafa, Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Olgaç Matbaası, Ankara, 1977.
- GÖKCAN, H. Tahsin-KAYMAZ, Seydi, KTK'na Göre Hukuki Sorumluluk, Tazminat-Sigorta Rücu Davaları ve Trafik Suç ve Kabahatleri, Seçkin, Ankara, 2009.
- GÜRSOY, Kemal Tahir, İsviçre Hukukunda Trafik Kazalarından Doğan Hukuki Sorumluluğun Anahatları, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1973.
- KARAYALÇIN, Yaşar, Özel Sigorta Hukuku Açısından Ölüm ve Cismani Zarar Riskleri, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ölüm ve Cismani Zarar Hallerinde Zararın ve Tazminatın Hesap Edilmesi Sempozyumu, Ankara, 1993.
- KILIÇOĞLU, Mustafa, Tazminat Hukuku, Legal, 3. Baskı, İstanbul, 2010.
- KUDAT, Arkun, Cismani Kazalardan Doğan Zararlar Nasıl Değerlendirilir, Ajans-Türk Matbaası, Ankara, 1966.
- ULAŞ, Işıl, Uygulamalı Sigorta Hukuku, Mal ve Sorumluluk Sigortaları, Turhan, 3. Baskı, Ankara, Ekim 2002.

Murat UĞUR

SGK İstanbul/Beşiktaş Sosyal Güvenlik Merkezi Müdür Yardımcısı

Topluluk Sigortasına Tabi Olan Sigortalıların ve İşverenlerinin 5510 Sayılı Kanun Karşısındaki Durumları

1- GİRİŞ

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun¹ işyeri/işveren ve sigortalılığa ilişkin hükümleri, 08.05.2008 tarihli ve 26870 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 5754 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile 01.10.2008 tarihi itibariyle yürürlüğe girmiştir.

506 sayılı Kanunun mülga 86 ncı maddesine göre malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları bakımından topluluk sigortasına devam eden işverenlerin/işyerlerinin ve sigortalıların durumu 5510 sayılı Kanun'un geçici 6 ncı maddesinde düzenlenmiştir.

Ülkemiz ile sosyal güvenlik sözleşmesi olmayan ülkelerde iş üstlenen işverenlerce yurt dışındaki işyerlerinde çalıştırılmak üzere götürülen Türk işçileri 5510 sayılı Kanunun 5 inci maddesinin birinci fıkrasının (g) bendine

göre aynı Kanunun 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılmışlardır ve bu sigortalılar hakkında kısa vadeli sigorta kolları ile genel sağlık sigortası hükümleri uygulanmaktadır. Bu sigortalıların uzun vadeli sigorta kollarına tabi olmak istemeleri halinde, Kanunun 50 nci maddesinin ikinci fıkrasındaki Türkiye'de yasal olarak ikamet etme şartı ile aynı fıkranın (a) bendinde belirtilen şartlar aranmaksızın haklarında isteğe bağlı sigorta hükümleri uygulanmakta olup, bu sigortalıların hizmetleri 01.10.2010 tarihinden itibaren 4 (b) (Bağkur) kapsamında değerlendirilirken 5510 sayılı Kanunda 6111 sayılı Kanun² ile yapılan değişikliğe istinaden isteğe bağlı prim ödemesi yapan bu sigortalıların hizmetleri 4 (a) hizmeti olarak değerlendirilmeye başlanılmıştır. Bu kapsamda, isteğe bağlı sigorta hükümlerinden yararlananlardan ayrıca genel sağlık sigortası primi alınmamaktadır.

II- SOSYAL GÜVENLİK SÖZLEŞMESİ BULUNMAYAN ÜLKELERDE ÇALIŞTIRILMAK ÜZERE TÜRK İŞVERENLER TARAFINDAN GÖTÜRÜLEN İŞÇİLERİN DURUMLARI (5-g SİGORTALILARI)

a- İşverenlerin ve Sigortalıların Yükümlülükleri

01.10.2008 tarihinden sonra ülkemiz ile uluslararası sosyal güvenlik sözleşmesi bulunmayan ülkelerde iş üstlenen işverenlerce yurt dışındaki işyerlerinde çalıştırılmak üzere götürülen Türk işçileri için işverenler aylık prim ve hizmet belgesinde 21 numaralı belge türünü seçmek suretiyle yurtdışında çalıştırdıkları sigortalıların kısa vadeli sigortalar ve genel sağlık sigortası yönünden bildirimlerini e-Sigorta yoluyla yapmak zorundadırlar.

Sigortalıların uzun vadeli sigorta kollarına tabi olmak istemeleri halinde haklarında isteğe bağlı sigorta hükümleri uygulanacak olup, bu kapsamdaki sigortalılar isteğe bağlı sigorta giriş bildirgesi ile işyerinin bağlı bulunduğu sosyal güvenlik il müdürlüğüne/sosyal güvenlik merkezine müracaat edeceklerdir. Bu sigortalıların kısa vadeli ve genel sağlık sigortası primleri aylık prim ve hizmet belgesi ile Kuruma verildiğinden ayrıca çalıştırdıklarına ilişkin belge istenmeyecektir.

Ancak, bu durum yurtdışında bulunan sigortalıların isteğe bağlı sigorta prim ödemelerini zamanında Sosyal Güvenlik Kurumuna ödememelerine yol açtığından bu sigortalıların primlerinin ödenmesinin takibini işverenleri de yapabilmektedir.

01/10/2008 tarihinden önce sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmamış ülkelerde iş üstlenen işverenlerce çalıştırılmak üzere götürülen ve 506 sayılı Kanunun mülga 86 ncı maddesi gereğince sadece malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tabi topluluk sigortasına devam eden sigortalılardan, 5510 sayılı Kanunun geçici 6 ncı maddesinin sekizinci fıkrası gereğince

02/10/2008 tarihinden itibaren üç ay içinde (01/01/2009 tarihi dahil) isteğe bağlı sigortaya müracaat edenlerin isteğe bağlı sigortalılıkları, 01/10/2008 tarihi itibarıyla başlatılmış olup uzun vade sigorta açısından müracaat alınmadan isteğe bağlı primlerini ödemeye devam etmektedirler. Bu üç aylık süre geçirildikten sonra müracaat edenlerin ise müracaat tarihini takip eden günden itibaren isteğe bağlı olarak uzun vade sigorta primleri tahsil edilmeye başlanmaktadır.

b- 5 (g) Sigortalıların İsteğe Bağlı Sigortalılıklarının Sonlandırılması

5 (g) kapsamındaki sigortalılardan; yaşlılık veya malullük sigortasından tahsis talebinde bulunanlar için işten ayrılma koşulu aranmayacaktır. Kurumumuzdan yaşlılık aylığı veya malullük aylığı almakta iken bu kapsamda çalışmaya başlayanlara haklarında uygulanacak sigorta kolları için tercih hakkı verilmediğinden, aylıkları kesilmeksizin kısa vadeli sigorta kolları ile genel sağlık sigortasına tabi tutulmaya devam edileceklerdir. Bu (5-g) kapsamdaki sigortalılardan uzun vadeli sigorta kollarına isteğe bağlı olarak prim öderken tahsis talebinde bulunanların talep tarihi itibarıyla isteğe bağlı sigortalılıklarının sonlandırılması gerekmektedir.

c- Ülkemiz ile Uluslararası Sosyal Güvenlik Sözleşmesi Olmayan Ülkelerde Çalışan Sigortalılara Sağlanan Haklar

Kısa vadeli sigorta kolları ile genel sağlık sigortası hükümleri uygulanan ülkemiz ile uluslararası sosyal güvenlik sözleşmesi olmayan ülkelerde iş üstlenen işverenlerce yurt dışındaki işyerlerinde çalıştırılmak üzere götürülen Türk işçilerinin 5 (g) bu ülkelerdeki tedavileri sonucu verilen istirahat raporlarının ilgili ülke mevzuatına uygun olduğunun ülkemiz dış temsilciliklerince onanması hâlinde, Kurumca yetkilendirilen hekim veya sağlık kurullarının ayrıca onayı aranmaksızın iş göremezlik ödenekleri ödenebilmektedir. Ancak sigortalıların belirtilen bu hâller dışında yurtdışında bulun-

dukları sırada gördükleri tedavi sonucunda aldıkları raporların Kurumca yetkilendirilen hekim ve sağlık kurullarınca ayrıca onaylanması gerekmektedir. İşveren, geçici veya sürekli görevle yurt dışında görevlendirdiği ya da yurtdışına götürdüğü sigortalının, iş kazası, meslek hastalığı, hastalık ve analık hâllerinde, Kurum tarafından işe el konuluncaya kadar, Kanuna göre hak kazandığı geçici iş göremezlik ödeneğini ödemekle yükümlüdür. Bu yükümlülüğün yerine getirilmesindeki gecikmeden dolayı işveren, gerek Kurumun gerekse sigortalının uğrayacağı her türlü zarardan sorumludur.

d- Sigorta Olaylarının Bildirilmesi

Yabancı ülkelerde meydana gelen iş kazasının, üç iş günlük bildirim süresi içinde, meslek hastalığı ve vazife malullüğü olayları için ise Kanunda belirtilen haber verme süresi olayın meydana geldiği, iş kazasının işverenin kontrolü dışındaki yerlerde meydana gelmesi hâlinde, üç iş günlük bildirim süresi iş kazasının öğrenildiği, Kurumca kabul edilebilir belgelenmiş bir mazeretin olması şartıyla bildirim süresi mazeretin ortadan kalktığı tarihten itibaren başlar.

e- Primler ve Ödenmesi

5510 sayılı Kanununun 5 inci maddenin (g) fıkrasına tabi sigortalılar % 20 malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları yönünden 01.10.2008 tarihinden itibaren ödeyecekleri primlerini yazılı beyanda bulunmak suretiyle asgari ücret ile tavan ücret arasında tercih ettikleri tutar üzerinden isteğe bağlı sigorta primi ödeyebilmektedirler.

Sigortalıların beyanda bulunmamaları halinde ödeyecekleri prim tutarı prime esas günlük kazancın alt sınırının (asgari ücret) otuz katı olarak belirlenmektedir.

“Aylık Prim ve Hizmet Belgesinin Sosyal Güvenlik Kurumuna Verilmesine ve Primlerin Ödenme Sürelerine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ³” ile 5510 sayılı Kanununun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında sigortalı olanların, her aya ait primlerini takip eden ayın sonuna kadar Kuruma ödeyecekleri öngörülmüştür.

f- 3201 Sayılı Kanuna Göre Borçlanma

Yurt dışı borçlanması yapmak isteyen sigortalının hizmetleri 09 ve 21 nolu belge ile işverenler tarafından Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirimde bulunulmuş ise yurt dışı çalışmaları için ayrıca belge aranmayacaktır.

Bu sigortalıların (5-g yurt dışında çalıştırılan Türk işçileri) yurt dışında bulunmaları kaydıyla çalışmaları sırasında veya sonunda her birinde bir yıla kadar işsizlik sürelerini de 3201 sayılı Kanununun 1. maddesine göre borçlanabilmektedirler.

5/g sigortalılarının borçlanma yapması durumunda hizmetleri 4 (a) kapsamında değerlendirilmektedir.

3201 sayılı Kanuna göre borçlandıkları hizmetleri dikkate alınarak 5510 sayılı Kanun ve mülga kanunlara göre aylık bağlanan bu sigortalıların çalışmaya devam etmeleri halinde aylıkları kesilmemekte ve haklarında 5510 sayılı Kanunun sosyal güvenlik destek primine ilişkin hükümleri de uygulanmamaktadır.

g- Sigortalılık Süreleri

Bu sigortalılardan 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendine tabi sigortalılığı devam edenler aynı zamanda 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendine tabi çalışamayacaklardır. Bu sigortalıların yurt dışındaki çalışmaları ile yurt içi hizmetleri çakışır ise yurt içi hizmetlerinin iptal edilmesi gerekmektedir.

III-LİBYA'DA ÇALIŞAN SİGORTALILARIN DURUMU

Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Libya Arap Halk Sosyalist Cemahiriyesi Arasında yürürlüğe giren Türkiye-Libya Sosyal Güvenlik Sözleşmesine³ göre, Libya'da iş yapmakta olan Türk işverenlerin yanında çalışan Türk işçileri “Daimi İşçi”, Libya'da, Libya'lı işveren veya üçüncü bir ülke işvereni yanında çalışan Türk işçileri “Geçici İşçi” statüsünde sayılmışlardır.

Bu ülkede iş üstlenen işverenlerce işyerlerinde çalıştırılmak üzere götürülen Türk işçileri hakkında kısa vadeli sigorta kolları ile uzun

vadeli sigorta hükümleri uygulanmaktadır. Bu sigortalıların genel sağlık sigortasına tabi olmak istemeleri halinde ikamet adreslerinin bölgesinde bulunan Sosyal Güvenlik İl/Merkez Müdürlüklerine başvurarak gelir tespiti yaptırmaları ve gelirlerine göre genel sağlık sigortası primlerini kendileri ödeyerek genel sağlık sigortalısı sayılmaları sağlanmaktadır.

Libya'da Libyalı işveren veya üçüncü bir ülke işvereni yanında çalışan "Geçici İşçi" statüsündeki işçilerimiz yurtdışında iken veya yurda kesin dönüş yaptıktan sonra Libya'da geçen hizmetlerinin tamamını veya diledikleri kadarını 3201 sayılı Kanuna göre borçlanabilmekteler. Ancak, 1 Eylül 1985 tarihinden sonra Libya'da iş yapmakta olan Türk işverenlerin yanında çalışan "Daimi işçi" statüsündeki işçilerimizin Türkiye'de 5510 ve 506 sayılı Sosyal Sigortalar mevzuatına tabi tutulmaları nedeniyle 3201 sayılı Kanuna göre borçlanma hakları bulunmamaktadır.

IV-AVUKAT VE NOTERLERİN DURUMU

5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'na göre, avukatlık mesleğini ifa eden avukatlar ile 1512 sayılı Noterlik Kanunu'na tabi noterlerin sigortalılığı, 506 sayılı Kanunun 86 ncı maddesi gereğince malullük, yaşlılık ve ölüm sigortası bakımından topluluk sigortası yoluyla sağlanmaktaydı.

5510 sayılı Kanunun geçici 6 ncı maddesine göre 01.10.2008 tarihinden itibaren 506 sayılı Kanunun 86 ncı maddesine göre malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları bakımından topluluk sigortasına devam eden avukat ve noterlerden ticari kazanç veya serbest meslek kazancı nedeniyle gerçek veya basit usulde gelir vergisi mükellefi olduğu tespit edilenler, ayrıca bir bildirimle gerek kalmaksızın 5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında sigortalılıkları devam ettirilmektedir. 01/10/2008 tarihinden önce topluluk sigortasına tabi olan bu sigortalıların bu tarihten sonra 5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamındaki sigortalılıkları 506 sayılı Kanunun mülga maddeleri-

ne göre tescilleri ve prim tahsilatları yapılmaya devam edilmiştir.

Ancak 01.12.2010 tarihi itibarıyla 4/b Bağkur sistemine toplu aktarımları yapılarak Bağkur tescilleri yapılmış prim tahsilatları Bağkur numarası üzerinden yapılmaya başlanılmıştır.

01.10.2008 tarihi itibarıyla 506 sayılı Kanunun mülga 86 inci maddesine göre malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları bakımından topluluk sigortasına devam edenlerden gelir vergisi mükellefi olmadığı tespit edilenlerin ise topluluk sigortalılıkları 30.09.2008 tarihi itibarıyla sona erdirilmekte olup, ancak bu durumda olan sigortalıların mağdur olmamaları bakımından 01.10.2008 tarihi itibarıyla isteğe bağlı sigortaya devam ettirilmesine sosyal güvenlik kurumu tarafından karar verilmiş bulunmaktadır.

Bu durumda, vergi mükellefi olmaması nedeniyle sigortalılıkları devam ettirilemeyen sigortalıların 30.09.2008 tarihi itibarı ile topluluk sigortasından çıkartıldıktan sonra, 01.10.2008 tarihi itibarı ile isteğe bağlı sigortalılıkları başlatılmakta ve 01.10.2008 tarihinden sonra ödenen primleri varsa bunlarda isteğe bağlı sigorta primi olarak kabul edilmektedir.

a- Primlerin Ödenmesi

Avukatlar 01/10/2008 tarihinden itibaren ödeyecekleri primlerini yazılı beyanda bulunmak suretiyle asgari ücret ile tavan ücret arasında tercih ettikleri tutar üzerinden ödeyebilmektedirler.

Ancak bu sigortalılar kendi yanlarında çalıştırdıkları 4 (a) sigortalılarına ödedikleri ücretlerden daha az beyanda bulunamamaktadırlar.

Sigortalıların beyanda bulunmamaları halinde ödeyecekleri prim tutarı prime esas günlük kazancın alt sınırının (asgari ücret) otuz katı olarak belirlenmektedir.

5510 sayılı Kanun'un 87 inci maddesine göre kısa ve uzun vadeli sigorta kolları ile genel sağlık sigortası ve isteğe bağlı sigorta bakımından; 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendine tabi olanlar için bunların işverenleri, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendine tâbi olanlar ile bu kapsamda sayılan kişilerin kendileri, prim ödeme yükümlüsü olarak kabul edilmişlerdir ve bu sigortalıların ve işveren-

lerin Aylık Prim ve Hizmet Belgesinin Sosyal Güvenlik Kurumuna Verilmesine ve Primlerin Ödenme Sürelerine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ⁴ istinaden, her aya ait primlerini takip eden ayın sonuna kadar Sosyal Güvenlik Kurumu'na ödemeleri gerekmektedir.

b- Hizmetlerin Değerlendirilmesi

2829 sayılı Kanuna göre, sosyal güvenlik kurumlarından herhangi birine tabi hizmetten ayrılanların başka bir göreve girmeleri nedeniyle bağlı buldukları sosyal güvenlik kurumunun değişmesi halinde; ayrıldığı kuruma tabi hizmetleri hakkında tahsis işlemi yapılmayacak, hizmetler ilgililerin isteklerine bakılmaksızın otomatikman birleştirilecektir.

Diğer taraftan, 2829 sayılı Kanunun 7 nci maddesi gereğince birleştirilen hizmetler toplamına, kurumların kendi kanunlarındaki özel hükümlerine göre verdikleri itibari hizmetler veya prim ödenmemiş süreler ve 1479 sayılı Kanun uyarınca isteğe bağlı sigortalıların geriye doğru yaptıkları 10 yıllık borçlanılan süreleri de (Bağ-Kur'ca aylık bağlanması hali dışında) katılmamaktadır.

Hizmetlerin birleştirilmesinde yıl 360 gün, bir ay 30 gün olarak değerlendirilmektedir.

Aylığın hangi sigortalılık statüsüne göre bağlanıp ödeneceğinin tayininde; iştirakçi veya sigortalının emeklilik tarihinden geriye doğru son 7 yıllık fiili hizmet süresi esas alınmaktadır,

Son 7 yıl içerisinde iki sigortalılık statüsüne ait hizmet bulunması halinde, 3 yıl 6 aydan fazla hizmeti bulunan sigortalılık statüsüne göre, son 7 yıl içerisinde üç sigortalılık statüsüne ait hizmet bulunması halinde, hizmet süresi fazla olan sigortalılık statüsüne göre, iki veya üç sigortalılık statüsünün hizmet sürelerinin eşit olması halinde, son tabi olunan sigortalılık statüsüne göre, aylık bağlanarak ödenmektedir.

V- İŞVERENLER İLE ÇALIŞAN /ÜYE OLAN SİGORTALILARIN DURUMU

506 sayılı Kanun'un 86. maddesi gereğince topluluk sigortası kapsamında iken malullük, yaşlılık ve ölüm sigortası bakımından çalıştır-

dığı/bildirildiği/üye olan sigortalılar için prim ödeyen/ödenen, milletler arası anlaşmalar gereğince kurulan ve Türkiye'de faaliyet gösteren teşkilatlar ile dernekler vs kurum kuruluşlar 5510 sayılı Kanunun geçici 6. maddesi gereğince işyeri sayıldığından 01.10.2008 tarihi itibarıyla bu işyerlerinde çalışmaya devam eden eski topluluk sigortalısı olarak bildirilen sigortalılar 5510 sayılı Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılmış ve bu sigortalılar için tüm sigorta kollarına tabi prim ödenmeye başlanılmıştır.

VI- PRİMLERİN ÖDENMESİ

5510 sayılı Kanun'un 87. maddesine göre kısa ve uzun vadeli sigorta kolları ile genel sağlık sigortası ve isteğe bağlı sigorta bakımından; 4. maddenin birinci fıkrasının (a) bendine tabi olanlar için bunların işverenleri, 4. maddenin birinci fıkrasının (b) bendine tâbi olanlar ile bu kapsamda sayılan kişilerin kendileri, prim ödeme yükümlüsü olarak kabul edilmişlerdir ve bu sigortalıların ve işverenlerin Aylık Prim ve Hizmet Belgesinin Sosyal Güvenlik Kurumuna Verilmesine ve Primlerin Ödenme Sürelerine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ⁵ istinaden, her aya ait primlerini takip eden ayın sonuna kadar Sosyal Güvenlik Kurumu'na ödemeleri gerekmektedir.

VII- SAĞLIK AKTİVASYON İŞLEMLERİ

5510 sayılı Kanunla adına prim ödeyen/ödenen genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin, sağlık hizmeti almak için başvurduğu tarihten önceki son bir yıl içinde toplam 30 gün genel sağlık sigortası prim ödeme gün sayısının olması,

- 4 (b) kapsamında sigortalı olan kişiler ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin yukarıda sayılan şartla birlikte, sağlık hizmeti almak için başvurduğu tarihte 60 günden fazla prim ve prime ilişkin her türlü borcunun bulunmaması veya taksitlendirmiş olması,

- İsteğe bağlı sigortalı olan genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin

yukarıda sayılan şartla birlikte, sağlık hizmeti almak için başvurduğu tarihte prim ve prime ilişkin her türlü borcunun bulunmaması halinde sağlık hizmetlerinden yararlanma hakları bulunmaktadır.

5510 sayılı Kanununun 5. maddesinin birinci fıkrasının (g) bendi kapsamındaki bu sigortalıların 01.10.2008 tarihinden itibaren zorunlu olarak kısa vade ve genel sağlık sigortası kapsamına alınmış olmaları nedeniyle, uzun vadeli sigorta kollarına tabi olmak istemeleri halinde müstahaklık sorgulamaları yalnızca Kanununun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında yapılan bildirimlerine istinaden yapılmakta ve borçlarının olup olmadığına bakılmaksızın sağlık hizmeti verilmektedir.

Bu sigortalıların; kendi sicili üzerinden açık karnesi veya aktivasyonu olmalı, kendi sicili üzerinden açık karnesi veya aktivasyonu yoksa Sosyal Güvenlik İl Müdürlüğü/Sosyal Güvenlik Merkezlerine müracaat ederek sağlık aktivasyon işlemlerini yaptırmaları gerekmektedir.

Bakmakla yükümlü olduğu kimselere sağlık yardımı yapılması için ise, sağlık yardımı talep ve taahhüt formunun tam ve eksiksiz olarak doldurulduktan sonra, bu beyan ve taahhüt formu sigortalı ya da sağlık yardımı alacak kişiler tarafından Sosyal Güvenlik İl Müdürlüğü/Sosyal Güvenlik Merkezlerine elden teslim edebileceği gibi posta yoluyla da gönderilebilmekte veya bu sigortalıları çalıştıran işverenlerce görevlendirilecek personel tarafından toplu olarak ulaştırılması halinde sigortalının kendisine ve bakmakla yükümlü olduğu kimselere Sosyal Güvenlik İl Müdürlüğü/Sosyal Güvenlik Merkezlerince aktivasyon işlemi yapılabilir⁶.

VIII- SONUÇ

506 sayılı Kanununun mülga 86 inci maddesine göre malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları bakımından topluluk sigortası olarak adına prim ödenen sigortalıların o dönemde sağlık sigortasından faydalanma hakları yok iken 5510 sayılı Kanunla genel sağlık sigortalısı sayılmışlar ve kendileri veya işverenleri tarafından genel sağlık sigortası primlerinin ödenmesi zorunlu hale gelmiştir.

Ancak bu sigortalılardan avukat ve noterlerden ticari kazanç veya serbest meslek kazancı nedeniyle gerçek veya basit usulde gelir vergisi mükellefi olduğu tespit edilenler eskiden SSK'lı (yeni tanımlamaya göre 4/a sigortalısı) iken, 5510 sayılı kanuna göre 4 (b) sigortalısı (eski bağ kur) sayılmışlardır. Ülkemiz ile uluslararası sosyal güvenlik sözleşmesi bulunmayan ülkelerde iş üstlenen işverenlerce yurt dışındaki işyerlerinde çalıştırılmak üzere götürülen Türk işçileri ise eskiden SSK'lı (4 -a) sigortalısı iken kısa vade yönünden 4 (a) sigortalısı uzun vade yönünden 4 (b) sigortalısı sayılmışlardır.

DİPNOTLAR

- 1 16.06.2006 tarihli ve 26200 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.
- 2 25.02.2011 tarih 27846 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.
- 3 11.3.1985 tarih 18691 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.
- 4 28.09.2008 tarih 27011 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.
- 5 23.11.2008 tarih 27063 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.
- 6 13/04/2009 tarih ve 5041671 sayılı Genel Yazı.

ABONELİK SİSTEMİ

“MESS Akıllı Kitap-İş Güvencesi”



4857 sayılı İş Kanunu'nun iş güvencesi ile ilgili hükümlerinin içeriğine ve uygulanmasına yönelik bilgiler ile yerli ve yabancı mahkeme kararlarına yer verilen “MESS Akıllı Kitap-İş Güvencesi” adlı yayınıımız, çalışma yaşamında yaşanan gelişmeleri yakından takip ederek kullanıcılarına yeni bilgileri zamanında ulaştırmayı hedeflemektedir. Bu nedenle, güncel bilgileri içeren föyler “MESS Akıllı Kitap-İş Güvencesi” abonelerine düzenli olarak gönderilmektedir.

MESS Akıllı Kitap-İş Güvencesi'ne abone olabilmek için formu doldurup, MESS Merkez adresimize posta veya faks yoluyla gönderebilirsiniz.

“MESS Akıllı Kitap-İş Güvencesi” Abonelik Formu

Ad/Soyad :

Adres :

Tel. :

Faks :

e-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.)

Yrd. Doç. Dr. Saim OCAK

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yurtdışı Hizmet Borçlanması Hakkında Karar İncelemesi

T.C. YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2009/869

Karar No : 2010/6691

Tarihi : 06.05.2010

ÖZET

Davacı vekili, tespit isteminde bulunmuştur. Türk vatandaşlığından izinle çıkan ve borçlanma başvurusunda bulunduğu tarihte Türk vatandaşı olmayan kişilere Türk vatandaşlığından izinle çıkmadan önce yurt dışında geçirdiği sürelerine ilişkin borçlanma hakkı tanınmalıdır.

DAVA

Davacı vekili, tespit isteminde bulunmuştur.

Mahkemece, davanın reddine karar verilmiştir.

Hükmün, davacı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve tetkik hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi:

KARAR

1-) Dosyadaki yazılara, toplanan delillere ve hükmün dayandığı gerektirici sebeplere göre, davacı vekilinin sair temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2-) 12.12.1963 tarihinde gerçekleşen doğumla Türk vatandaşlığını kazanan, 21.04.1987-13.01.1990 döneminde 1479 sayılı Kanun kapsamında zorunlu, 04.11.2003-2008/Eylül tarihleri arasında 506 sayılı Kanun'a tabi zorunlu sigortalılığı bulunan, Alman vatandaşlığına geçmek üzere, 403 sayılı Kanun'un 20. maddesi gereğince Bakanlar Kurulu'nun 15.12.1995 gün ve 1995/660

sayılı kararıyla Türk vatandaşlığından çıkmasına izin verilen ve çıkma belgesini teslim aldığı 24.04.1996 tarihi itibarıyla Türk vatandaşlığını yitiren davacının, Almanya'da geçirdiği 10.08.1981-31.12.2007 tarihleri arasındaki sürelerini 3201 sayılı Kanun hükümleri kapsamında sosyal güvenliği bakımından değerlendirmek amacıyla, yurda kesin dönüş yaptığına ilişkin beyan ve taahhüt belgesini 11.04.2008 günü davalı Kuruma sunup borçlanma başvurusunu yönelttiği ve anılan talebin Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmadığı gerekçesiyle reddedildiği anlaşılmakta olup, borçlanma suretiyle emekli olma isteminin tespit ve kabulüne yönelik işbu davada mahkemece yürütülen yargılama sonunda, 24.04.1996 tarihinden itibaren Türk vatandaşı olmayan davacının başvuru günü itibarıyla da bu niteliğe sahip bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davanın yasal dayanaklarından biri olan Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkındaki 3201 sayılı Kanun'un "Amaç ve kapsam" başlığını taşıyan 1. maddesinde; 18 yaşını doldurmuş Türk vatandaşlarının yurt dışında geçen ve belgelendirilen çalışma sürelerinin, bu çalışma süreleri arasında veya sonunda her birinde bir yıla kadar olan işsizlik sürelerinin ve yurt dışında ev kadını olarak geçen sürelerinin, 2. maddede belirtilen sosyal güvenlik kuruluşlarına prim, kesenek ve karşılık ödenmemiş olması ve istekleri durumunda bu Kanun hükümlerine göre sosyal güvenlikleri bakımından değerlendirileceği; "Tanımlar" başlıklı 2. maddesinde; sürelerin değerlendirilmesi ibaresinin, Türk vatandaşlığını haiz olanların 1. maddede belirtilen sürelerinin istekleri durumunda değerlendirilmesini ifade ettiği belirtilmiş olup, anılan 1. madde, 08.05.2008 günü Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5754 sayılı Kanun'un 79. maddesi ile değiştirilerek, Türk vatandaşlarının yurt dışında

18 yaşını doldurduktan sonra Türk vatandaşı iken geçen ve belgelendirilen sürelerinin değerlendirileceği hüküm altına alınmıştır.

Konuya ilişkin olarak; 3201 sayılı Kanun'un Uygulama Yönetmeliği'nin "Kapsam" başlığını taşıyan 2. maddesinde; bu Yönetmelik hükümlerinin, ikili veya çok taraflı Sosyal Güvenlik Sözleşmesi yapılmış olup olmadığına bakılmaksızın yabancı bir ülkede, Türk Vatandaşı olarak çalışmış, çalışan veya çalışacaklar ile gerek borçlanma ve gerekse aylık alma sürelerinde Türk Vatandaşı olanları kapsadığı açıklanmış, anılan Yönetmeliği yürürlükten kaldıran ve 06.11.2008 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Yurtdışında Geçen Sürelerin Borçlandırılması ve Değerlendirilmesine İlişkin Yönetmeliğin aynı başlıklı 2. maddesinde; bu Yönetmeliğin, ikili veya çok taraflı sosyal güvenlik sözleşmesi yapılmış olup olmadığına bakılmaksızın yabancı bir ülkede geçen sigortalılık veya ev kadını sürelerinde ve borçlanma istem tarihinde Türk vatandaşı olanları kapsadığı bildirildikten sonra, "Borçlanma kapsamındaki süreler" başlığını taşıyan 6. maddesinde, Türk vatandaşlığının kazanılmasından önce veya Türk vatandaşlığının kaybedilmesinden sonra yurtdışında sigortalı veya ev kadını olarak geçen sürelerin borçlandırılmayacağı belirtilmiştir.

Diğer taraftan; 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 20. maddesinde, herhangi bir nedenle yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanan kişiler yönünden Türk vatandaşlığından çıkma izninin İçişleri Bakanlığı'nca verilebileceği hüküm altına alındıktan sonra 06.07.2004 günü Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5203 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile değişik "Yabancı Muamelesi ve Saklı Tutulan Haklar" başlıklı 29. maddesinde; bu Kanun gereğince Türk vatandaşlığını kaybeden kişilerin, kayıp tarihinden başlayarak yabancı muamelesine tabi tutulacağı, ancak doğumla Türk vatandaşı olup da, İçişleri Bakanlığı'ndan vatandaşlıktan

çıkma izni alanların ve bunların vatandaşlıktan çıkma belgesinde kayıtlı ergin olmayan çocuklarının; Türkiye Cumhuriyeti'nin milli güvenliğine ve kamu düzenine ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla, askerlik hizmetini yapma yükümlülüğü ve seçme seçilme, kamu görevlerine girme ve muafin araç veya ev eşyası ithal etme hakları dışında, sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı kalmak ve bu hakların kullanımında ilgili kanunlardaki hükümlere tabi olmak koşuluyla Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam edecekleri yönünde düzenleme yapılmış olup; her ne kadar 12.06.2009 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanmasıyla yürürlüğe giren 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 47. maddesiyle, söz konusu 403 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmış ise de; mülga 20. maddedeki düzenlemeye 5901 sayılı Kanun'un "Türk vatandaşlığından çıkma" başlığını taşıyan 25. maddesinde, mülga 29. maddedeki hükme ise, 5901 sayılı Kanun'un "Çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybeden kişilere tanınan haklar" başlıklı 28. maddesinde aynen yer verilmiştir.

Borçlanma Yasası niteliğindeki 3201 sayılı Kanun'un 1. ve bu Kanun'un Uygulama Yönetmeliği'nin 2. maddelerinde; Türk vatandaşlarının, Türk vatandaşı olarak yurtdışında geçen çalışmalarını borçlanabilmeleri öngörülmüş olmakla, anılan Kanun, yurtdışı hizmet borçlanması hakkının kullanılabilmesi için çalışmanın geçtiği dönemde sigortalı ile uyrukluk ilişkisini aramaktadır ve söz konusu Yönetmelikte, borçlanma tarihinde de Türk vatandaşı olunması gerektiği belirtilmiştir. Bununla birlikte; gerek mülga 403 sayılı Kanun'un 29., gerekse 5901 sayılı Kanun'un 28. maddesinde; doğumla Türk vatandaşı olup da, İçişleri Bakanlığı'ndan çıkma izni alarak Türk vatandaşlığını yitirenlerin, sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı tutularak, anılan kişilerin, bu hakların kullanımında ilgili kanunlardaki hükümlere tabi olmak koşuluyla Türk vatandaşlarına tanı-

nan haklardan aynen yararlanmaya devam edecekleri kabul edilmiş, böylelikle, çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybeden kişiler yönünden kazanılmış haklar koruma altına alınmıştır. Kişinin bulunduğu statüden doğan, kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel niteliğe dönüşmüş olan hak niteliğindeki "kazanılmış hak", hukuk devleti kavramının temelini oluşturan en önemli unsurlardandır ve kazanılmış hakları ortadan kaldırıcı nitelikte sonuçlara yol açan yorumlar; Anayasa'nın, Cumhuriyetin niteliklerinin belirtildiği 2. maddesinde yer alan, Türkiye Cumhuriyeti'nin, sosyal bir hukuk devleti olduğu yönündeki hükmüne aykırılık oluşturacağı gibi, toplumsal kararlılığı ve hukuksal güvenceyi ortadan kaldırarak belirsizlik ortamının doğmasına neden olacağından kabul edilemez.

Tüm bu açıklamalar ve yasal düzenlemeler ışığı altında yapılan değerlendirme sonunda; Türk vatandaşlığından izinle çıkan ve borçlanma başvurusunda bulunduğu tarihte Türk vatandaşı olmayan kişilerin istemlerinin, Türk vatandaşlığının yitirildiği tarih öncesine ait süreler yönünden kabul edilmesi gerekmekte, bu kişilere, Türk vatandaşlığından izinle çıkmadan önce yurtdışında geçirdiği sürelerine ilişkin borçlanma hakkı tanınmalıdır.

Yukarıdaki maddi ve hukuki olgular gözönünde bulundurulmaksızın, mahkemece eksik inceleme ve yanılığılı değerlendirme sonucu davanın tümünden reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O halde, davacı vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün (BOZULMASINA), temyiz harcının isteği durumunda davacıya geri verilmesine, 06.05.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

I. DEĞERLENDİRİLEN KARAR

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin T. 06.05.2010, E. 2009/869, K. 2010/6691 Sayılı Kararı.

Türk Vatandaşlığından İzinle Çıkan ve Borçlanma Başvurusunda Bulunduğu Tarihte Türk Vatandaşı Olmayan Kişilere Türk Vatandaşlığından İzinle Çıkmadan Önce Yurtdışında Geçirdiği Sürelerine İlişkin Borçlanma Hakkı Tanınıp Tanınmayacağı.

II. DAVANIN ÖZETİ

Türk vatandaşlığından izinle çıkan ve borçlanma başvurusunda bulunduğu tarihte Türk vatandaşı olmayan davacı, Türk vatandaşlığından izinle çıkmadan önce yurtdışında geçirdiği sürelerine ilişkin borçlanma suretiyle emekli olma isteminin tespit ve kabulü için dava açmış olup, yerel mahkeme davanın reddine karar vermiştir. Hükmün temyiz edilmesi üzerine, Yargıtay 10. Hukuk Dairesi ise, Türk vatandaşlığından izinle çıkan ve borçlanma başvurusunda bulunduğu tarihte Türk vatandaşı olmayan kişilerin istemlerinin, Türk vatandaşlığının yitirildiği tarih öncesine ait süreler yönünden kabul edilmesi ve bu kişilere, Türk vatandaşlığından izinle çıkmadan önce yurtdışında geçirdiği sürelerine ilişkin borçlanma hakkı tanınması gerektiğini belirterek, yerel mahkemenin kararını bozmuştur.

III. HUKUKİ SORUN

Türk vatandaşlığından izinle çıkan ve borçlanma başvurusunda bulunduğu tarihte Türk vatandaşı olmayan kişilerin, Türk vatandaşlığından izinle çıkmadan önce yurtdışında Türk vatandaşı olarak geçirdiği süreleri yurtdışı hizmet borçlanması kapsamında borçlanma haklarının olup olmadığı hususunda toplanmaktadır.

IV. YEREL MAHKEME KARARI

12.12.1963 tarihinde gerçekleşen doğumla Türk vatandaşlığını kazanan, 21.04.1987-13.01.1990 döneminde 1479 sayılı Kanun kapsamında zorunlu, 04.11.2003-2008/Eylül tarihleri arasında 506 sayılı Kanun'a tabi zorunlu sigortalılığı bulunan, Alman vatandaşlığına geçmek üzere, 403 sayılı Kanun'un 20. maddesi

gereğince Bakanlar Kurulu'nun 15.12.1995 gün ve 1995/660 sayılı kararıyla Türk vatandaşlığından çıkmasına izin verilen ve çıkma belgesini teslim aldığı 24.04.1996 tarihi itibarıyla Türk vatandaşlığını yitiren davacının, Almanya'da geçirdiği 10.08.1981-31.12.2007 tarihleri arasındaki sürelerini 3201 sayılı Kanun hükümleri kapsamında sosyal güvenliği bakımından değerlendirmek amacıyla, yurda kesin dönüş yaptığına ilişkin beyan ve taahhüt belgesini 11.04.2008 günü davalı Kuruma sunup borçlanma başvurusunu yönelttiği ve anılan talebin Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmadığı gerekçesiyle reddedildiği anlaşılmakta olup, borçlanma suretiyle emekli olma isteminin tespit ve kabulüne yönelik işbu davada mahkemece yürütülen yargılama sonunda, 24.04.1996 tarihinden itibaren Türk vatandaşı olmayan davacının başvuru günü itibarıyla de bu niteliğe sahip bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

V. YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ'NİN KARARI

Borçlanma yasası niteliğindeki 3201 sayılı Kanun'un 1. ve bu Kanun'un Uygulama Yönetmeliği'nin 2. maddelerinde; Türk vatandaşlarının, Türk vatandaşı olarak yurtdışında geçen çalışmalarını borçlanabilmeleri öngörülmüş olmakla, anılan Kanun, yurtdışı hizmet borçlanması hakkının kullanılabilmesi için çalışmanın geçtiği dönemde sigortalı ile uyruklu ilişkisini aramaktadır. Ayrıca söz konusu Yönetmelikte, borçlanma tarihinde de Türk vatandaşı olunması gerektiği belirtilmiştir. Bununla birlikte; gerek mülga 403 sayılı Kanun'un 29., gerekse 5901 sayılı Kanun'un 28. maddesinde; doğumla Türk vatandaşı olup da, İçişleri Bakanlığı'ndan çıkma izni alarak Türk vatandaşlığını yitirenlerin, sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı tutularak, anılan kişilerin, bu hakların kullanımında ilgili kanunlardaki hükümlere tabi olmak koşuluyla Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam edecekleri kabul edilmiş, böylelikle, çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybeden kişiler yönünden kazanılmış haklar koruma altına alınmıştır. Kişinin

bulduğu statüden doğan, kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel niteliğe dönüşmüş olan hak niteliğindeki “kazanılmış hak”, hukuk devleti kavramının temelini oluşturan en önemli unsurlardandır ve kazanılmış hakları ortadan kaldıracı nitelikte sonuçlara yol açan yorumlar; Anayasa’nın, Cumhuriyetin niteliklerinin belirtildiği 2. maddesinde yer alan, Türkiye Cumhuriyeti’nin, sosyal bir hukuk devleti olduğu yönündeki hükmüne aykırılık oluşturacağı gibi, toplumsal kararlılığı ve hukuksal güvenceyi ortadan kaldırarak belirsizlik ortamının doğmasına neden olacağından kabul edilemez.

Tüm bu açıklamalar ve yasal düzenlemeler ışığı altında yapılan değerlendirme sonunda; Türk vatandaşlığından izinle çıkan ve borçlanma başvurusunda bulunduğu tarihte Türk vatandaşı olmayan kişilerin istemlerinin, Türk vatandaşlığının yitirildiği tarih öncesine ait süreler yönünden kabul edilmesi gerekmekte, bu

lerde, çalışarak ya da çalışmadan geçirilen bazı süreler, hizmet borçlanması suretiyle karşılığı olan primlerin ödenmesi suretiyle sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısı bakımından değerlendirilebilmektedir. Bu olanak, yurtiçinde ya da yurtdışında geçirilen ve Kanun’da açıkça düzenlenen hallerde tanınmaktadır. Yurtiçinde sigortasız olarak geçirilen süreler için öngörülmekte iken, yurtdışı bakımından ise, çalışılan sürelerin yanı sıra bazı hallerde çalışılmadan geçirilen süreler bakımından kabul edilmiştir. Konuyla ilgili olarak Anayasa ve diğer mevzuatlarda düzenlemeler yapılmıştır¹.

2. 1982 Anayasası’nın 60. maddesine göre, “Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Devlet, bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar”. Sosyal güvenlik hakkı Anayasa’nın belirtilen hükmü ile hak olarak tanınarak ve devlete bir yükümlülük olarak yüklenerek güvence altına alınmıştır. Öte

Mevzuatta düzenlenen hallerde, çalışarak ya da çalışmadan geçirilen bazı süreler, hizmet borçlanması suretiyle karşılığı olan primlerin ödenmesi suretiyle sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısı bakımından değerlendirilebilmektedir.

kişilere, Türk vatandaşlığından izinle çıkmadan önce yurtdışında geçirdiği sürelerine ilişkin borçlanma hakkı tanınmalıdır.

VI. DEĞERLENDİRME

1. 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. Hizmet borçlanmaları, bazı sosyal sigorta hak ve yükümlülüklerini, bu bağlamda, bazı konularda hak kazanma koşullarını doğrudan etkilemektedir.

Bilindiği üzere, mevzuatta düzenlenen hal-

yandan, Anayasa’nın 62. maddesinde, “Yabancı ülkelerde çalışan Türk vatandaşları” başlığı altında, “Devlet, yabancı ülkelerde çalışan Türk vatandaşlarının aile birliğinin, çocuklarının eğitiminin, kültürel ihtiyaçlarının ve sosyal güvenliklerinin sağlanması, anavatanla bağlarının korunması ve yurda dönüşlerinde yardımcı olunması için gereken tedbirleri alır” denilmektedir. Ayrıca Anayasa’nın 10. maddesi uyarınca, “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir”. Bunların yanı sıra, kaynağını Anayasa’nın 2. maddesinde bulan, sosyal hukuk devleti ilkesi de sosyal güvenlik haklarının sağlanması ve korunması bakımından önemli bir yere sahiptir.

3. Anayasa’da yer alan düzenleme uyarınca, yurtdışında yaşayan Türk vatandaşlarının, diğer

alanlarda olduğu gibi, sosyal güvenlik haklarının tanınması ve korunması bakımından, uluslararası ikili sözleşmeler ve özellikle Kanunlarla düzenlemeler yapılmaktadır. Ayrıca, ikincil mevzuatta da düzenlemeler bulunmaktadır. Bu kapsamda Türk vatandaşlarının yurtdışında geçirdikleri bazı süreleri borçlanma suretiyle sigortalılıklarından saydırabilmelerine ilişkin ilk olarak, 30/05/1978 tarih ve 2147 sayılı Kanun çıkarılmıştır. Sözü edilen Kanun aynı konuları yeniden düzenleyen 08/05/1985 tarih ve 3201 sayılı Kanun'la yürürlükten kaldırılmıştır. Halen yürürlükte olan bu Kanun, 3201 sayılı Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkındaki Kanun'dur. Günümüzde, yurtdışı hizmet borçlanmasına ilişkin hükümler 3201 sayılı Kanun kapsamında düzenlenmektedir. Bazı hususlarda ise 5510 sayılı Kanun'da yer alan düzenlemeler uygulanmaktadır.

3201 sayılı Kanun'un "Amaç ve kapsam" başlığını taşıyan 1. maddesi uyarınca, "Türk vatandaşlarının yurt dışında 18 yaşını doldurduktan sonra, Türk vatandaşı iken geçen ve belgelendirilen sigortalılık süreleri 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.

Kanunun "Tanımlar" başlıklı m. 2/I (c) hükmünde, "Sürelerin Değerlendirilmesi; Türk vatandaşlığını haiz olanların 1 inci maddede belirtilen sürelerinin istekleri halinde değerlendirilmesi..." şeklinde tanımlanmıştır.

Kanunun 1. maddesinde, 17/4/2008 tarih ve 5754 sayılı Kanun'un 79. maddesi ile değiştirilmeden önce, 18 yaşını doldurmuş Türk vatandaşlarının yurtdışında geçen ve belgelendirilen çalışma süreleri ve diğer hususlara yer verilmekteydi. Yeni düzenlemeyle, belirtildiği gibi açık bir şekilde, Türk vatandaşlarının yurtdışında 18 yaşını doldurduktan sonra, Türk vatandaşı iken geçen sigortalılık sürelerinden söz edilmektedir.

3201 sayılı Kanuna dayanılarak çıkarılan Yönetmeliğin² m. 4/I (g) hükmünde, sigortalılık süresi: Borçlanma kapsamındaki sürenin bulunduğu ülke mevzuatına göre ikamet süreleri hariç, çalışılmış ya da çalışılmış süre olarak kabul edilen süreler olarak tanımlanmıştır.

Öte yandan Yönetmeliğin 6. maddesinde, yurtdışında geçen sigortalılık süreleri ile bu süreler arasında veya sonunda her birinde bir yıla kadar olan işsizlik süreleri veya ev kadını olarak geçen sürelerin borçlandırılacağı belirtiltikten sonra borçlanılamayacak süreler de sayılarak düzenlenmiştir. Borçlanılamayacak süreler arasında, Türk vatandaşlığının kazanılmasından önce veya Türk vatandaşlığının kaybedilmesinden sonra yurtdışında sigortalı veya ev kadını olarak geçen sürelerle de yer verilmiştir.

Yönetmeliğin 1. maddesinde, bu Yönetmeliğin, Türk vatandaşlarının, yurtdışında geçen ve belgelendirilen sigortalılık süreleri ile bu sigortalılık süreleri arasında veya sonundaki işsizlik sürelerinden her birinde bir yıla kadar olan kısmının ve yurtdışında ev kadını olarak geçen sürelerinin, talepleri halinde borçlandırılarak sosyal güvenlikleri bakımından değerlendirilmesindeki usul ve esasları düzenlediği ifade edilmektedir. İkinci maddesinde de, Yönetmeliğin, ikili veya çok taraflı sosyal güvenlik sözleşmesi yapılmış olup olmadığına bakılmaksızın yabancı bir ülkede geçen sigortalılık veya ev kadını sürelerinde ve borçlanma talep tarihinde Türk vatandaşı olanları kapsadığı ifade edilmektedir³.

4. 29.05.2009 tarih ve 5901 sayılı Türk Vatandaşlık Kanunu'nun "Çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybeden kişilere tanınan haklar" başlıklı 28. maddesinde vatandaşlığın kaybından önce tanınan haklara ilişkin olarak düzenleme yapılmıştır. Kanunun anılan hükmünde, doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenler ve kendileri ile birlikte işlem gören çocuklarının, sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı kalmak ve bu hakların kullanımında ilgili kanunlardaki hükümlere tabi olmak şartıyla Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam edeceği

ifade edilmektedir⁴. Sözü edilen maddenin gerekçesinde, belirtilen kişilerin, sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı kalmak ve bu hakların kullanımında ilgili kanunlardaki hükümlere tabi olmak şartıyla Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam etmelerinin sağlandığı ifade edilmektedir⁵.

Kanunla yürürlükten kaldırılan 403 sayılı Türk Vatandaşlık Kanunu'nun 29. maddesinde de şu hüküm yer almaktaydı: "Kanun gereğince Türk vatandaşlığını kaybeden kişiler, kayıp tarihinden başlayarak yabancı muamelesine tabi tutulur. Ancak doğumla Türk vatandaşı olup da, İçişleri Bakanlığı'ndan vatandaşlıktan çıkma izni alanlar ve bunların vatandaşlıktan çıkma belgesinde kayıtlı reşit olmayan çocukları; Türkiye Cumhuriyetinin milli güvenliğine ve kamu düzenine ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla, askerlik hizmetini yapma yükümlülüğü ve seçme-seçilme, kamu görevlerine girme ve muafin araç veya ev eşyası ithal etme hakları dışında, sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı kalmak ve bu hakların kullanımında ilgili kanunlardaki hükümlere tabi olmak şartıyla Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam ederler. Kanunun 33 ve 35 inci madde hükümleri saklıdır".

Sözü edilen Kanun hükmüne ilişkin olarak, 2005-6 sayılı Başbakanlık Genelgesi'nde de şu hükme yer verilmişti: "Yaşadıkları ülkelerde sosyal ve siyasal haklardan yararlanmak için Türk Vatandaşlığından çıkma izni alan kişilerin, Ülkemiz sınırları içerisinde, kanunda belirtilen haklardan aynen Türk Vatandaşları gibi yararlanmalarını sağlamak amacıyla çıkarılmış bulunan 403 sayılı Kanunun 29'uncu maddesinin, amacı doğrultusunda uygulanması ve bu kanun kapsamındaki kişilerin mağdur edilmeleri için gereken önlemler süratle alınacaktır"⁶.

5. Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından çıkarılan birçok Genelge'de yurtdışı hizmet borçlanmasına ilişkin hükümlere yer verildiği görülmektedir. Kurumun 22/05/2008 tarih ve 2008-44 sayılı Genelgesi'nde, borçlanılması istenilen sürelerde ilgilinin Türk vatandaşı olması, diğeri ise Türk vatandaşlığında geçen süreleri borçlanma talebinde bulunan sigortalı

veya hak sahibinin yazılı başvuru tarihi itibarı ile Türk vatandaşı olması gerektiğini düzenlenmekte, Türk vatandaşlığında geçmeyen yurtdışı hizmet veya ev kadınlığı sürelerinin borçlandırılmayacağı, borçlanma başvurusu tarihinde Türk vatandaşı olmadığı tespit edilen sigortalı ve hak sahiplerinin borçlanma taleplerinin reddedileceği belirtilmektedir. Öte yandan Genelge'de, aynı zamanda Türk vatandaşlığı ile birlikte yabancı ülke vatandaşlığı devam edenlerin 3201 sayılı Kanun ile getirilen düzenlemelerden yararlanabileceği düzenlenmektedir.

Bununla birlikte Kurumun 2008-111 sayılı Genelgesi'nde, Türk vatandaşlığına alınanlardan vatandaşlığa alındıkları tarihte 22 yaşını doldurmuş olanlardan geldikleri ülkelerde yaptıkları askerlik sürelerini belgeleyenler belgede kayıtlı süreyi, belgede kayıtlı sürenin olmaması veya Türkiye'deki emsallerinin yaptığı askerlik süresinden fazla olması hallerinde emsalleri kadar borçlandırılacağı düzenlenmektedir.

6. Yabancı ülke vatandaşlığına geçmek amacıyla Türk vatandaşlığından izinle ayrılan kişilerin Türk vatandaşlığını yitirmelerinin yaratabileceği olumsuzlukları önlemek amacıyla, sözü edilen kişilere, önce Pembe Kart, şu anda ise Mavi Kart verilmektedir. Böylece belirtilen kişiler, sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları bakımından Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam edebilmektedir. Mavi karta ilişkin olarak Dışişleri Bakanlığı'nın internet sitesinde açıklamalar bulunmaktadır⁷.

7. İncelemekte olduğumuz Yargıtay kararına ilişkin olarak, Yargıtay 10. HD'nin 14.07.2009 tarih ve E. 2008/18641, K. 2009/13146 sayılı Kararında da aynı gerekçelerle aynı yönde hüküm kurulduğu tespit edilmiştir⁸.

Öte yandan, bu çalışmanın sonuna yaklaştığımızda, konuyla ilgili olarak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun, E. 2010/10-210, K. 2010/240 sayılı kararı ile aynı yönde hüküm kurulduğu öğrenilmiş olup, sözü edilen kararın asıl metnine ulaşılammıştır⁹.

Belirtilen kararın yer aldığı kaynakta hükümle ilgili olarak özetle şu hususlara yer verilmiştir: "*Her ne kadar, 3201 sayılı Kanunun uygulama yönetmeliğinde, borçlanma tari-*

binde de Türk vatandaşı olunması gerektiği belirtilmiş ise de; gerek, 12.06.2009 tarihinde yürürlüğe giren 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun 28. maddesinde; gerekse önceki 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun 29. maddesindeki yasal düzenlemeye yer verilerek, doğumla Türk vatandaşı olup da, Dışişleri Bakanlığında vatandaşlıktan çıkma izni alanların, sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı tutulmuş olup; alınan kişilerin bu hakların kullanımında ilgili kanunlardaki hükümlere tabi olmak şartıyla Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam edecekleri belirtilmiştir. Açıklanan kanun maddeleri, açıkça, çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybeden kişilerin kazanılmış haklarının korunacağını belirtmektedir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 23.11.2005 gün ve 10/492-646, 16.11.2005 gün ve 21/682-618, 08.03.2006 gün ve 21/15-58 ve 08.03.2006 gün ve 21/6-56 sayılı kararlarında da aynı ilkeler benimsenmiştir.

Somut olaya gelince; 06.03.1962 tarihinde, doğumla Türk vatandaşı olup, Türkiye'de, 10.01.1989-30.1.1989 tarihleri arasında hizmet sözleşmesine dayalı çalışmaları bulunan, Bakanlar Kurulu'nun 23.12.1998 gün ve 1998/12263 sayılı kararı ile Türk vatandaşlığından çıkmasına izin verilen ve vatandaşlıktan çıkma belgesini teslim aldığı 26.08.1999 tarihi itibarıyla Türk vatandaşlığını kaybedip, halen Türk vatandaşı olmadığı anlaşılan davacının; 28.11.2005 tarihinde Sosyal Güvenlik Kurumu'na başvurarak, Almanya'da geçen çalışmalarının 3201 Sayılı Kanuna göre değerlendirilmesi için borçlanma talebinde bulunduğu, davalı kurum tarafından yurtdışında geçen çalışma sürelerini borçlanma hakkının sadece Türk vatandaşlığına haiz olanlara tanındığı gerekçesiyle isteğinin reddedildiği hususları tartışmasızdır.

Her ne kadar 3201 Sayılı Kanunun uygulama yönetmeliğinin 2. ve 6. maddeleri borçlanmanın kabul edilebilmesi için davalı kuruma başvuru tarihinde hak sahibinin Türk vatandaşı olma şartını aramış ise de; Anayasa, Türk Vatandaşlık Kanunu ve 3201 Sayılı Kanunun

amaç ve özü gözetilerek yukarıda açıklanan maddeler birlikte değerlendirildiğinde, Türk Vatandaşlığından izinle çıkan ve borçlanma talep tarihinde Türk Vatandaşlığına haiz olmayan davacıyı, Türk Vatandaşlık Kanunu'nun sosyal haklar bakımından vatandaş gibi kabul ettiği, ayrıca Türk vatandaşlığından izinle çıkmadan önce yurtdışında gerçekleşen çalışma sürelerine ilişkin borçlanma hakkının, Türk Vatandaşlık Kanunu ile kazanılmış hak sayılarak korunması ve Türk Vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlandırılması gerektiği belirgindir.

Kazanılmış hak, kişinin bulunduğu statüden doğan, kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel niteliğe dönüşmüş bir haktır. Kazanılmış haklar, Hukuk Devleti kavramının temelini oluşturan en önemli unsurlardandır. Kazanılmış hakları ortadan kaldıracı nitelikte sonuçlara yol açan yorumlar Anayasanın 2. maddesinde açıklanan -Türkiye Cumhuriyeti sosyal bir hukuk devletidir.- Hükümüne aykırılık oluşturacağı gibi, toplumsal kararlılığı hukuksal güvenceyi ortadan kaldırır, belirsizlik ortamına neden olur ve kabul edilemez. Hal böyle olunca davacının Türk Vatandaşı olarak yurtdışında çalıştığı süreleri 3201 sayılı Kanun gereğince borçlanabileceğinin kabulü gerekir”.

VII. SONUÇ

3201 sayılı Kanunun 1. maddesinde, Türk vatandaşlarının yurtdışında 18 yaşını doldurduktan sonra, Türk vatandaşı iken geçen ve belgelendirilen sigortalılık süreleri ve bu süreleri arasında veya sonunda her birinde bir yıla kadar olan işsizlik süreleri ile yurtdışında ev kadını olarak geçen sürelerin sosyal güvenlikleri bakımından değerlendirileceği ifade edilmektedir. Kanunun 1. maddesinde, 17/4/2008 tarih ve 5754 sayılı Kanun'un 79. maddesi ile değiştirilmeden önce, 18 yaşını doldurmuş Türk vatandaşlarının yurtdışında geçen ve belgelendirilen çalışma süreleri ve diğer hususlara yer verilmekteydi. Yeni düzenlemeyle, belirtildiği gibi açık bir şekilde, Türk vatandaşlarının yurtdışında 18 yaşını doldurduktan sonra, Türk vatandaşı iken geçen sigortalılık sürelerinden söz edilmektedir.

3201 sayılı Kanun'da ve ilgili Yönetmelikte Türk vatandaşı olarak yurtdışında geçen bazı süreleri borçlanabileceğine ilişkin hükümlerde, borçlanılacak sürelerin Türk vatandaşı olarak geçirilmiş olması gerektiği vurgulanmaktadır. Yönetmeliğin 6. maddesinde, borçlanılmaya- cık süreler arasında, Türk vatandaşlığının kazanılmasından önce veya Türk vatandaşlığının kaybedilmesinden sonra yurtdışında sigortalı veya ev kadını olarak geçen süreler de sayılmıştır. Belirtilen düzenlemelerden, Türk vatandaşlığının kaybedilmesinden önceki sürelerin borçlanabileceği sonucuna varılmaktadır.

3201 sayılı Kanun'da borçlanma anında da Türk vatandaşı olunması gerektiği yönünde açık bir düzenleme bulunmamaktadır.

Yönetmeliğin 1. maddesinde yer alan, "Bu Yönetmeliğin amacı, Türk vatandaşlarının, yurtdışında geçen ve belgelendirilen sigortalılık süreleri ile bu sigortalılık süreleri arasında

Yüksek Mahkeme'nin de vurguladığı gibi, "...gerek mülga 403 sayılı Kanun'un 29., gerekse 5901 sayılı Kanun'un 28. maddesinde; doğumla Türk vatandaşı olup da, İçişleri Bakanlığı'ndan çıkma izni alarak Türk vatandaşlığını yitirenlerin, sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı tutularak, anılan kişilerin, bu hakların kullanımında ilgili kanunlardaki hükümlere tabi olmak koşuluyla Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam edecekleri kabul edilmiş, böylelikle, çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybeden kişiler yönünden kazanılmış haklar koruma altına alınmıştır. Kişinin bulunduğu statüden doğan, kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel niteliğe dönüşmüş olan hak niteliğindeki "kazanılmış hak", hukuk devleti kavramının temelini oluşturan en önemli unsurlardan ve kazanılmış hakları ortadan kaldırmaya nitelikte sonuçlara yol açan yorumlar; Anayasa'nın, Cumhuriye-

Türk vatandaşlığından izinle çıkmadan önce yurtdışında gerçekleşen çalışma sürelerine ilişkin borçlanma hakkının, Türk Vatandaşlık Kanunu ile kazanılmış hak sayılarak korunması ve Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlandırılması gerekmektedir.

veya sonundaki işsizlik sürelerinden her birinde bir yıla kadar olan kısmının ve yurtdışında ev kadını olarak geçen sürelerinin, talepleri halinde borçlandırılarak sosyal güvenlikleri bakımından değerlendirilmesindeki usul ve esasları düzenlemektir" hükmü ile 2. maddesinde yer verilen, "Bu Yönetmelik, ikili veya çok taraflı sosyal güvenlik sözleşmesi yapılmış olup olmadığına bakılmaksızın yabancı bir ülkede geçen sigortalılık veya ev kadını sürelerinde ve borçlanma talep tarihinde Türk vatandaşı olanları kapsar" hükmünde ise, talep tarihinde de Türk vatandaşı olunması gerektiği vurgulanmaktadır. Böylece isabetli olmayacak şekilde, borçlanma işleminin yapılabilmesi için borçlanma tarihinde Türk vatandaşı olunması zorunlu tutularak, Türk vatandaşlığından önceki sürelerin borçlanılmasına olanak tanınmamaktadır. Bu uygulamanın ise yerinde olduğu söylenemeyecektir.

tin niteliklerinin belirtildiği 2. maddesinde yer alan, Türkiye Cumhuriyeti'nin, sosyal bir hukuk devleti olduğu yönündeki hükmüne aykırılık oluşturacağı gibi, toplumsal kararlılığı ve hukuksal güvenceyi ortadan kaldırarak belirsizlik ortamının doğmasına neden olacağından kabul edilemez".

Hukuk Genel Kurulu'nun kararında belirtildiği gibi "Kazanılmış hak, kişinin bulunduğu statüden doğan, kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel niteliğe dönüşmüş bir haktır. Kazanılmış haklar, Hukuk Devleti kavramının temelini oluşturan en önemli unsurlardandır. Kazanılmış hakları ortadan kaldırmaya nitelikte sonuçlara yol açan yorumlar Anayasanın 2. maddesinde açıklanan -Türkiye Cumhuriyeti sosyal bir hukuk devletidir.- Hükmüne aykırılık oluşturacağı gibi, toplumsal kararlılığı hukuksal güvenceyi ortadan kaldırır, belirsizlik ortamına neden olur

ve kabul edilemez. Hal böyle olunca davacının Türk Vatandaşı olarak yurtdışında çalıştığı süreleri 3201 sayılı Kanun gereğince borçlanabileceğinin kabulü gerekir”.

Öte yandan Yüksek Mahkeme'nin belirttiği üzere, 3201 sayılı Kanun'un uygulama yönetmeliğinin 2. maddesinde borçlanmanın kabul edilebilmesi için davalı Kuruma başvuru tarihinde hak sahibinin Türk vatandaşı olma şartını aramış ise de, Anayasa, Türk Vatandaşlık Kanunu ve 3201 sayılı Kanun'daki düzenlemelerin amacı ve özü gözetilerek, lafzı ve ruhuyla birlikte ele alınarak, yukarıda açıklanan düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, Türk vatandaşlığından izinle çıkan ve borçlanma talep tarihinde Türk vatandaşlığına haiz olmayan davacının, Türk Vatandaşlık Kanunu'nda sosyal haklar bakımından vatandaş gibi kabul edildiği, ayrıca Türk vatandaşlığından izinle çıkmadan önce yurtdışında gerçekleşen çalışma sürelerine ilişkin borçlanma hakkının, Türk Vatandaşlık Kanunu ile kazanılmış hak sayılarak korunması ve Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlandırılması gerekmektedir.

Yukarıda belirtilen nedenlerle Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin kararının yerinde olduğu, Yerel Mahkeme kararının isabetsiz olduğu kanaatine varılmıştır. Aynı yönde olan Yüksek Mahkeme kararları da dikkate alınarak, uygulamada sorun ve uyuşmazlık yaşanmaması, mevcut sorun ve uyuşmazlıkların sona erdirilmesi, sigortalıların mağdur edilmemesi, sigortalıların ve Kurumun yargılama giderlerinin artmaması, yargı organlarının ve diğer Kurumların yüklerinin artmaması için, yer alan konuyla ilgili düzenlemelerin en kısa süre içerisinde yargı kararlarına uygun olarak değiştirilmesi yerinde olacaktır.

DİPNOTLAR

- 1 Hizmet borçlanmaları ve yurtdışı hizmet borçlanması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz, GÜZEL, Ali/OKUR, Ali Rıza/CANİKLİOĞLU, Nurşen: Sosyal Güvenlik Hukuku, 13. Bası. İstanbul 2010, 490 vd.; ŞAKAR, Müjdat: Sosyal Sigortalar Uygulaması, 9. Bası, İstanbul 2009, 329 vd.; TUNCAY, 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; Yurt Dışı Hizmet Borçlanması ve Türk Vatandaşlığı Koşulu, Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 10 (http://www.calismatoplum.org/sayi10/Okur_Kararinceleme.pdf); ŞAKAR, Müjdat: Sosyal Sigortalarda Hizmet Borçlanması, Marmara Üniversitesi İİBF Dergisi, 1987, C. 5, S. 1-2, 685 vd.

- 2 Sözü edilen Yönetmelik, “Yurtdışında Geçen Sürelerin Borçlandırılması ve Değerlendirilmesine İlişkin Yönetmelik”tir (RG. 06.11.2008, 27046).
- 3 Bu Yönetmelikle yürürlükten kaldırılan önceki Yönetmeliğin 2. maddesinde, Yönetmelik hükümlerinin, ikili veya çok taraflı Sosyal Güvenlik Sözleşmesi yapılmış olup olmadığına bakılmaksızın yabancı bir ülkede, Türk Vatandaşı olarak çalışmış, çalışan veya çalışacaklar ile gerek borçlanma ve gerekse aylık alma sürelerinde Türk Vatandaşı olanları kapsadığı belirtilmekteydi.
- 4 Kanunun sözü edilen 28. maddesinin tam metni şu şekildedir: “Doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenler ve kendileri ile birlikte işlem gören çocukları; millî güvenliğe ve kamu düzenine ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla askerlik hizmetini yapma yükümlülüğü, seçme ve seçilme, kamu görevlerine girme ve muafiyet araç veya ev eşyası ithal etme hakları dışında, sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı kalmak ve bu hakların kullanımında ilgili kanunlardaki hükümlere tabi olmak şartıyla Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam ederler”.
- 5 <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss90.pdf>.
- 6 RG. 25.03.2005, 25766.
- 7 http://www.mfa.gov.tr/mavi-kart-_eski-pembe-kart_-_uygulamasi-.tr.mfa.
- 8 http://www.calismatoplum.org/sayi26/abc/10_68.pdf.
- 9 http://www.kucukdag.av.tr/gazete_doc/anasayfa.pdf.

Prof. Dr. Veysi SEViğ

ICC Vergi Komisyonu Üyesi

Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile İlgili 6111 Sayılı Yasa'nın (Torba Yasa) Vergi Mükelleflerine Sağlamış Bulunduğu Bildirim ve Ödeme Kolaylıkları

1- Kanun ile İlgili Genel Açıklama

“Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Kanun ve Kanun Hükümünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında”ki 6111 sayılı Yasa 25.02.2011 tarih ve mükerrer 27857 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak aynı tarih itibariyle yürürlüğe girmiş bulunmaktadır.

Beş kısım, 216 ana ve 18 geçici maddeden oluşan Yasa'nın;

• Birinci kısımda “Genel Hükümler” (Madde: 1),

• İkinci kısımda “Maliye Bakanlığı’na, Gümrük Müsteşarlığı’na, İl Özel İdarelerine ve Belediyelere Bağlı Tahsil Dairelerince Takip Edilen Amme Alacakları ile Belediyelerin ve Büyükşehir Belediyeleri Su ve Kanalizasyon İdarelerinin Bazı Alacaklarına İlişkin Hükümler” (Madde: 2-10),

• Üçüncü kısımda; “Sosyal Güvenlik Kurumuna Bağlı Tahsil Dairelerince Takip Edilen Alacaklarla İlgili Hükümler” (Madde: 11-16),

• Dördüncü kısımda “Çeşitli ve Ortak Hükümler” (Madde: 17-21),

• Beşinci kısımda ise “Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Hükümler ve Son Hükümler” (Madde: 21-216 ve geçici 1-18), yer almaktadır.

Yasa'nın birinci maddesi kapsamına giren alacaklar, alacaklı idareler itibariyle belirlenmiş olup, yasal düzenleme gereği mevcut alacakları yeniden yapılandıracak olan idareler;

• Maliye Bakanlığı,
• Gümrük Müsteşarlığı,
• Sosyal Güvenlik Kurumu,
• İl Özel İdareleri,
• Büyükşehir Belediyeleri dahil Belediyeler,
• Büyükşehir Belediyeleri Su ve Kanalizasyon İdareleridir.

6111 sayılı Yasa'nın birinci maddesi ile ayrıca Maliye Bakanlığı'na bağlı tahsil daireleri tarafından takip edilen amme (Kamu) alacakları belirlenmiştir. Buna göre; Vergi Usul yasası kapsamına giren vergiler ve vergi cezaları ile bunlara bağlı gecikme faizleri, gecikme zamları

gibi fer'i alacaklar ve resim, harç ve fon payı, eğitime katkı payları ile ilgili borçlar yeniden yapılandırma kapsamına alınmıştır.

Yapılan yeni düzenleme ile 31.12.2010 tarihinden (bu tarih dahil) önceki dönemlere, beyana dayanan vergilerde bu tarihe kadar verilmesi gereken beyannamelere ilişkin vergi ve bunlara bağlı vergi cezaları, gecikme faizleri, gecikme zamları da yeniden yapılandırma kapsamına dahil edilmiştir.

Vergilendirme döneminin bitim tarihi ve beyanname/bildirim verme süresinin son günü Aralık 2010 ayı ve öncesine rastlayan dönemler kapsama girmekte, dönemin bitim tarihi Aralık 2010 ayına rastlamakla beraber beyanname bildirim veya verme süresinin son günü Ocak 2011 ayına sarkanlar ise yeniden yapılandırma kapsamına girmemektedir.

2010 yılına ait olup 31.12.2010 tarihinden

İhtiyar Heyeti Seçimi Hakkındaki Yasa hükümlerine göre uygulanan para cezaları,

- Anayasa Değişikliklerinin Halkoyuna Sunulması Hakkındaki Yasa hükümlerine göre uygulanan para cezaları,
- Karayolları Taşıma Yasası'na göre uygulanan para cezaları,
- Nüfus Hizmetleri Yasası'na göre uygulanan para cezaları,
- Karayolları Genel Müdürlüğü'nün Teşkilat ve Görevleri Hakkındaki Yasa hükümlerine göre uygulanan para cezaları

6111 sayılı Yasa hükümlerine göre değerlendirilecektir.

Ancak, Maliye Bakanlığı tahsil daireleri tarafından takip edilmesine rağmen bazı cezalar söz konusu Yasa kapsamı dışında bırakılmıştır.

- 6111 sayılı Yasa kapsamına girenler hariç "Adli ve İdari Para Cezaları",

2010 yılına ait olup 31.12.2010 tarihinden önce tahakkuk eden vergiler ile bunlara bağlı vergi cezaları, gecikme faizleri, gecikme zamları 6111 sayılı Yasa kapsamında değerlendirilecektir.

önce tahakkuk eden vergiler ile bunlara bağlı vergi cezaları, gecikme faizleri, gecikme zamları 6111 sayılı Yasa kapsamında değerlendirilecektir. Bu bağlamda 31.12.2010 (bu tarih dahil) yapılan tespitlere ilişkin olarak vergi aslına bağlı olmayan vergi cezaları da sözü edilen Yasa hükümlerinden yararlandırılmaktadır.

Yasa kapsamına giren İdari Para Cezaları şunlardır:

- Askerlik Yasası hükümleri çerçevesinde uygulanan para cezaları,
- Yürürlükten kaldırılan 5539 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü Kuruluş ve Görevleri Hakkındaki Yasa hükümlerine göre uygulanan para cezaları,
- Milletvekili Seçimi Yasası'na göre uygulanan para cezaları,
- Karayolları Trafik Yasası'na göre uygulanan para cezaları,
- Mahalli İdareler ile Mahalle Muhtarları ve

- Petrol Yasası'na istinaden alınan Devlet Hissesi ve Devlet Hakkı,

- Şeker Yasası'na istinaden alınan şeker fiyat farkı,

- 79 sayılı Milli Korunma Suçlarının Affına, Milli Korunma Teşkilat, Sermaye ve Fon Hesaplarının Tasfiyesine ve Bazı Hükümler İhdasına Dair Kanuna istinaden alınan akaryakıt fiyat istikrar payı ve akaryakıt fiyat farkı,

- Maden Yasası'na göre alınan devlet hakkı ve özel idare payı ile madencilik fonu,

- Denizcilik Müsteşarlığı'nın Kuruluş ve Görevleri Hakkındaki Yasa hükmünde kararnameye istinaden alınan kılavuzluk ve römorkör-lük hizmet payları

6111 sayılı Yasa hükümlerinden yararlandırılmayacaktır.

Diğer yandan amme alacaklarının Tahsil Usulü Hakkındaki Yasa kapsamında takip edilmekle beraber, belediyeler tarafından ve-

rilen “İdari Para Cezaları” ile belediye sınırları ve mücavir alanlar içinde faaliyet gösteren maden işletmeleri tarafından Maden Yasası'nın 14. maddesinde yer alan paylara ek olarak belediyelere ödenmesi gereken paylar yukarıda da belirtildiği üzere 6111 sayılı Yasa kapsamı dışında bırakılmıştır.

Belediyelerin vadesi 31.12.2010 tarihinden (bu tarih dahil) önce olduğu halde 25.02.2011 tarihine kadar ödenmemiş bulunun ücret alacakları ile kira ve su alacakları Yasa kapsamındadır.

Vergi Usul Yasası'nın birinci maddesi uyarınca genel bütçeye giren vergi, resim ve harçlar ile il özel idarelerine ve belediyelere ait vergi, resim ve harçlar bu Yasa kapsamında takip ve tahsil edilmektedir. Bu nedenle belediyelerin Belediye Gelirleri Yasası çerçevesinde takip ve tahsil edilen alacakları da 6111 sayılı Yasa'nın kapsamında bulunmaktadır. Ayrıca Emlak Vergisi Yasası uyarınca belediyelerce takip ve tahsil edilen emlak vergisinden doğan alacaklar da söz konusu Yasa kapsamında yeniden yapılandırma kapsamına alınmış bulunmaktadır.

II- Maliye Bakanlığı'na Gümrük Müsteşarlığı'na, İl Özel İdarelerine ve Belediyelere Bağlı Tahsil Dairelerince Takip Edilen Amme Alacakları ile Belediyelerin ve Büyükşehir Belediyeleri Su ve Kanalizasyon İdarelerinin Bazı Alacaklarının Yeniden Yapılandırılması

6111 sayılı Yasa'nın ikinci kısmı dört bölümden oluşmaktadır. Bu bölümler sırası ile;

- Tahsilatın Hızlandırılmasına İlişkin Hükümler (Madde: 2-3),
- İnceleme ve Tarhiyat Safhasında Bulunan İşlemler (Madde: 4-5),
- Matrah ve Vergi Artırımı (Madde: 6-9),
- Stok Beyanları (Madde: 10), başlıklarını taşımaktadır.

1) Tahsilatın Hızlandırılmasına İlişkin Hükümler

i) Kesinleşmiş alacaklar:

6111 sayılı Yasa'nın 2. maddesinde ayrıntılı olarak belirlendiği üzere Maliye Bakanlığı'na, Gümrük Müsteşarlığı'na, İl Özel İdarelerine ve Belediyelere bağlı tahsil daireleri tarafından takip edilen amme alacaklarından 25.02.2011 tarihine (bu tarih dahil) kadar;

- Vadesi geldiği halde ödenmemiş olan ya da ödeme süresi henüz geçmemiş bulunan vergilerin ve gümrük vergilerinin ödenmemiş kısmının tamamı ile bunlara bağlı faiz, gecikme faizi, gecikme zammı gibi fer'i amme alacakları yerine 25.02.2011 tarihine kadar TEFE/ÜFE aylık değişim oranları esas alınarak hesaplanacak olan tutarın; ödenmemiş alacağın sadece fer'i alaktan ibaret olması halinde fer'i alacak yerine TEFE/ÜFE aylık değişim oranları esas alınarak hesaplanacak tutarın, Yasa ile belirlenen süre içerisinde tamamen ödenmesi halinde vergilere ve gümrük vergilerine bağlı olarak hesaplanan faiz, gecikme faizi, gecikme zammı gibi fer'i amme alacakları ve aslı, 25.02.2011 tarihinden önce ödenmiş olanlar dahil olmak üzere aslı bağlı olarak kesilen vergi cezaları ile idari para cezaları ile bu cezalara bağlı gecikme zamlarının tamamının tahsilinden vazgeçilecektir.

- Vadesi geldiği halde ödenmemiş olan ya da ödeme süresi henüz geçmemiş bulunan ve bir vergi aslına bağlı olmaksızın kesilmiş olan vergi cezaları ile iştirak, teşvik ve yardım fiilleri nedeniyle kesilmiş ve kesilmiş olan vergi cezaları ile gümrük yükümlülüğü nedeniyle gümrük vergileri aslına bağlı olmaksızın kesilmiş olan idari para cezalarının % 50'si ve bu tutara gecikme zammı yerine, 25.02.2011 tarihine kadar TEFE/ÜFE aylık değişim oranları esas alınarak hesaplanacak tutarın; ödenmemiş alacağın sadece gecikme zammından ibaret olması halinde gecikme zammı yerine TEFE/ÜFE aylık değişim oranları esas alınarak hesaplanacak tutarın, belirlenen süre içerisinde ödenmesi koşuluyla cezaların % 50'sinden ve bu cezalara bağlı gecikme zamlarının tamamının tahsilinden vazgeçilecektir.

- Vadesi geldiği halde ödenmemiş olan ya da ödeme süresi henüz geçmemiş bulunan yasa kapsamında olan idari para cezalarının tamamı ile bunlara bağlı faiz, gecikme faizi, gecikme zammı gibi fer'i amme alacakları yerine, 25.02.2011 tarihine kadar TEFE/ÜFE aylık değişim oranları esas alınarak hesaplanacak tutarın; ödenmemiş alacağın sadece fer'i alacaktan ibaret olması halinde fer'i alacak yerine TEFE/ÜFE aylık değişim oranları esas alınarak hesaplanacak tutarın, Yasa ile belirlenen süre içerisinde ödenmesi koşuluyla cezalara bağlı fer'i alacakların tamamının tahsilinden vazgeçilmektedir.

- Ödenmemiş olan ve yukarıda belirtilen amme alacakları dışında kalan "Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında"ki Yasa kapsamında olup, tahsil daireleri tarafından takip edilen amme alacakları da dahil olmak üzere ödenmemiş bulunan alacakların ödenmeyen kısmına ait faiz, cezai faiz, gecikme faizi, gecikme zammı gibi fer'i amme alacakları yerine 25.02.2011 TEFE/ÜFE aylık değişim oranları esas alınarak hesaplanacak tutarın; ödenmemiş alacağın sadece fer'i alacaktan ibaret olması halinde fer'i alacak yerine TEFE/ÜFE aylık değişim oranları esas alınarak hesaplanacak tutarın, yasa ile belirlenen süre içinde tamamen ödenmesi koşuluyla uygulanan faiz, cezai faiz, gecikme faizi, gecikme zammı gibi fer'i amme alacaklarının tamamının tahsilinden vazgeçilecektir.

- "Bazı Kamu Alacaklarının Uzlaşma Usulü ile Tahsili Hakkında"ki Yasa hükümlerine göre ödenmesi gerektiği halde 25.02.2011 tarihine kadar ödenmemiş olan tutarların ödenmesi halinde, sözü edilen Yasa gereğince hesaplanan binde iki oranındaki faiz alacaklarının tamamının tahsilinden vazgeçilecektir.

- İhtirazi kayıtla verilen beyannameler üzerine tahakkuk etmiş vergilerde de vadesi geldiği halde ödenmemiş vergi borçlarında uygulanması öngörülen kolaylık geçerli olacaktır.

ii) Kesinleşmemiş veya dava aşamasında bulunan alacaklar:

25.02.2011 tarihi itibarıyla ilk derece yargı mercileri dava açılmış ya da dava açma süresi henüz geçmemiş olan ikmalen veya resen

idarece yapılmış vergi tarhiyatları ile gümrük vergilerine ilişkin tahakkuklarda; vergilerin % 50'si ile bu tutara ilişkin faiz, gecikme faizi ve gecikme zammı yerine 25.02.2011 tarihine kadar TEFE/ÜFE aylık değişim oranları esas alınarak hesaplanacak tutarın; Yasa'da belirtilen süre ve şekilde tamamen ödenmesi koşuluyla vergilerin % 50'si, faiz, gecikme faizi, gecikme zammı ve asla bağlı olarak kesilen vergi cezaları, idari para cezaları ile bu cezalara bağlı gecikme zamlarının tamamının tahsilinden vazgeçilecektir. Bu bağlamda da gümrük vergilerine ilişkin gümrük yükümlülüğü doğmuş ve idari itiraz süresi geçmemiş veya idari itiraz mercilerine intikal etmemiş bulunan tahakkuklarda aynı hükümden yararlanacaktır.

Diğer yandan 25.02.2011 tarihi itibarıyla bölge idare mahkemeleri veya Danıştay nezdinde ilgisine göre itiraz veya temyiz süreleri geçmiş ya da itiraz veya temyiz yoluna başvurulmuş ya da karar düzeltme talep süresi geçmiş veya karar düzeltme yoluna başvurulmuş olan ikmalen, resen veya idarece yapılmış vergi tarhiyatları ile gümrük vergilerine ilişkin tahakkuklarda, tarhiyatın en son safhadaki tutarı esas alınacaktır. Bu durumda 25.02.2011 tarihinden önce verilmiş en son kararın;

- Terkine ilişkin olması halinde, ilk tarhiyata veya tahakkuka esas alınan vergilerin (gümrük vergisi dahil); % 20'si ile bu tutara ilişkin faiz, gecikme faizi ve gecikme zammı yerine 25.02.2011 tarihine kadar TEFE/ÜFE aylık değişim oranları esas alınarak hesaplanacak tutarın, bu Yasa'da belirtilen süre ve koşulda tamamen ödenmesi halinde vergilerin kalan % 80'inin, faiz, gecikme faizi, gecikme zammı ve alacak aslına bağlı olarak kesilen vergi cezaları ve idari para cezaları ile bu cezalara bağlı gecikme zamlarının tamamının,

- Tasdik veya tadilen tasdiğe ilişkin karar olması halinde, tasdik edilen vergilerin (gümrük vergileri dahil) tamamı ile bu tutara ilişkin faiz, gecikme faizi ve gecikme zammı yerine 25.02.2011 tarihine kadar TÜFE/ÜFE aylık değişim oranları esas alınarak hesaplanacak tutarın; Yasa'da belirtilen süre ve koşullarda tamamen ödenmesi halinde vergilerin kalan % 80'inin, faiz, gecikme faizi, gecikme zammı ve

alacak aslına bağlı olarak kesilen cezanın, idari para cezalarının ve bu cezalara bağlı gecikme zamlarının tamamının, tahsilinden vazgeçilecektir. Ancak, verilen en son kararın bozma olması halinde vergi ve cezalarda indirim oranı olarak % 50, kısmen onama veya bozma olması halinde ise indirim oranı % 80 olarak uygulanacaktır.

Ancak 25.02.2011 tarihi itibarıyla sadece vergi cezalarına ve/veya gümrük yükümlülüğüyle ilgili idari para cezalarına ilişkin dava açılmış olması halinde;

- Asla bağlı cezaların, verginin veya gümrük vergilerinin 25.02.2011 tarihinden önce ödenmiş olması veyahut da 6111 sayılı Yasa hükümlerine uygun olarak ödenmesi halinde tamamının ve bunlara bağlı gecikme zamlarının,

- Asla bağlı olmaksızın kesilen vergi cezalarının ve/veya gümrük yükümlülüğüyle ilgili idari para cezalarından dava konusu yapılanlarla, dava açma süresi henüz geçmemiş olanlarda cezanın % 25'inin itiraz veya temyiz aşamasında bulunanlarda, karar düzeltme aşamasında olanların % 10'nun tasdik veyahut da tadilen tasdik halinde ise tasdik edilen cezanın % 2'sinin ödenmesi suretiyle kalan cezaların tamamının tahsilinden vazgeçilecektir.

Bu madde kapsamında ödemeye esas alınacak en son karar, tarhiyata veyahut da tahakkuka ait verilen ve 25.02.2011 tarihinden önce taraflardan birine tebliğ edilmiş olan karardır.

Diğer yandan 25.02.2011 tarihi itibarıyla; uzlaşma hükümlerinden yararlanılmak üzere başvuruda bulunulmuş, uzlaşma günü verilmemiş veya uzlaşma günü gelmemiş ya da uzlaşma sağlanamamış, ancak dava açma süresi geçmemiş alacaklar da bu kesinleşmemiş veya dava açma safhasında bulunan amme alacakları kapsamında işleme tabi tutulacaktır.

Yasal düzenleme gereği olarak Maliye Bakanlığı'na bağlı tahsil daireleri tarafından takip edilmekte olan amme alacaklarından yıllık gelir veya kurumlar vergilerini, gelir (stopaj) vergisi, kurumlar (stopaj) vergisi, katma değer vergisi ve özel tüketim vergisi için 6111 sayılı yasa hükümlerinden yararlanmak üzere başvuruda bulunan mükellefler, taksit ödeme süresince bu vergi türleri ile ilgili verilen beyan-

nameler üzerine tahakkuk eden vergileri çok zor durum olmaksızın her bir vergi türü itibarıyla bir takvim yılında ikiden fazla vadesinde ödememeleri ya da eksik ödemeleri halinde yeniden yapılandırılan borçlarının ödenmesine yönelik kalan taksitlerini ödeme haklarını kaybedeceklerdir.

2) İnceleme ve Tarhiyat Safhasında Bulunan İşlemler

6111 sayılı Yasa'nın ikinci kısmının ikinci bölümü "İnceleme ve Tarhiyat Safhasında Bulunan İşlemler" başlığını taşımakta olup, pişmanlıkla yapılan beyanlar da bu bölümde yer almaktadır.

Söz konusu Yasa'nın Resmi Gazete'de yayımlandığı 25.02.2011 tarihinden önce başladığı halde tamamlanamamış olan vergi incelemeleri ile, takdir, tarh ve tahakkuk işlemlerine bu yasa ile uygulanması öngörülen "matrah ve vergi artırımı"na ilişkin hükümleri saklı kalmak koşuluyla devam edilecektir. Bu işlemlerin tamamlanmasından sonra tarh edilecek olan vergilerin % 50'si esas alınarak hesaplanacak olan tutara; 25.02.2011 tarihine kadar gecikme faizi yerine TEFE/ÜFE aylık değişim oranları esas alınarak hesaplanacak tutar ile, bu tarihten sonra ihbarnamenin tebliğ üzerine belirlenen dava açma süresinin bitim tarihine kadar hesaplanacak olan gecikme faizinin tamamının, vergi aslına bağlı olmayan cezalarda cezanın % 25'inin, ihbarnamenin tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içerisinde yazılı olarak başvurularak ilk taksit ihbarnamenin tebliğini izleyen aydan başlamak üzere ikişer aylık dönemler halinde altı eşit taksitte ödenmesi koşuluyla vergi aslının % 50'sinin, vergi aslına bağlı olmayan cezalarda cezanın % 75'inin, vergilere 25.02.2011 tarihine kadar uygulanan gecikme faizinin ve vergi aslına bağlı cezaların tamamının tahsilinden vazgeçilecektir.

Bu madde uygulamasında incelemeye başlama; 25.02.2011 tarihinden önce mükellefler nezdinde, vergi incelemesine başlandığı hususunun bir tutanağa bağlanması, vergi incelemesi yapılmak üzere mükellefin yazı ile davet edilmesi, kanuni defter ve belgeleri isteme yazısının tebliğ edilmiş olması, matrah tesisine

yönelik tutanak düzenlenmesi ya da kanuni defter ve belgeleri isteme yazısının tebliğ edilmiş olması, matrah tesisine yönelik tutanak düzenlenmesi ya da kanuni defter ve belgelerin incelenmek üzere vergi incelemesine yetkili olanlara ibraz edilmiş olması hallerini kapsamaktadır.

6111 sayılı Yasa'nın kapsadığı dönemlere ilişkin olarak iştirak nedeniyle kesilecek olan vergi ziyai cezalarında da cezaya muhatap olanların cezanın % 25'ini ilk taksit ihbarnamesinin tebliğini izleyen aydan başlamak üzere ikişer aylık dönemler halinde altı eşit taksitte ödemeleri halinde cezanın kalan % 25'inin tahsilinden vazgeçilecektir.

Vergi Usul Yasası'nda daha önce yer alan "İştirak" başlıklı 338. madde 01.01.1999 tarihinden itibaren yürürlükten kaldırılmış olup, aynı Yasa'nın 344. maddesi uyarınca sözü edilen Yasa'nın 359. maddesinde yer alan fiillere sebebiyet verilmesi halinde, bu fiillere iştirak edenlere bir kat vergi ziyai cezası uygulanmaktadır.

Diğer yandan 6111 sayılı Yasa'nın 4. maddesinin 3. fıkrası uyarınca bu Yasa'nın kapsadığı dönemlere ilişkin olarak 25.02.2011 tarihinden önce Vergi Usul Yasası'nın 371. maddesinde yer alan "Pişmanlık ve Islah" hükümleri çerçevesinde kendiliğinden verilen beyannameler için kesilen ve 25.02.2011 tarihine kadar tebliğ edilmemiş olan vergi aslına bağlı vergi cezalarının tahsilinden vazgeçilebilmesi için vergi aslının 25.02.2011 tarihinden önce ödenmiş olması veya bu Yasa'nın "kesinleşmiş alacaklar"la ilgili 2. maddesinde yer alan ilkeler çerçevesinde ödenmesi gerekmektedir. Bu durumda, pişmanlık hükümlerinin ihlali üzerine kesilmesi gereken vergi ziyai cezasına ilişkin ihbarname düzenlenerek mükellefe tebliğ edilecek ve mükellefin vergi aslının ödenmiş olması koşuluyla söz konusu bu cezası terkin edilecektir.

Mükelleflerin 6111 sayılı Yasa'nın 4. maddesi kapsamında inceleme ve tarhiyat safhasında bulunan işlemler için öngörülen imkanlardan yararlanabilmeleri için ödeme başvurusunda bulunan alacağa karşı dava açmaları gerekmektedir.

25.02.2011 tarihi itibarıyla tarhiyat öncesi

uzlaşma hükümlerine göre uzlaşma isteminde bulunulmuş, ancak henüz uzlaşma günü gelmemiş ya da uzlaşma sağlanamamış olmakla birlikte vergi ve ceza ihbarnamesi mükellefe tebliğ edilmemiş alacaklar için de yukarıda belirtilen ilkeler uygulanacaktır.

6111 sayılı Yasa'nın 4. maddesinin 7. bendi uyarınca, sözü edilen Yasa'nın 3. maddesi kapsamında "kesinleşmemiş veya dava safhasında bulunan vergi alacakları"nın yeniden yapılandırılmasına yönelik olanaklardan yararlananlar ayrıca Vergi Usul Yasası'nın tarhiyat öncesi uzlaşma ve vergi cezalarında indirim hükümlerinden yararlanamayacaklardır.

Ayrıca 6111 sayılı Yasa'nın 9. maddesinin 4. bendi gereği olarak bu Yasa'ya göre matrah veya vergi artırımında bulunulması halinde 25.02.2011 tarihinden önce başlanılmış olan vergi incelemelerine ve takdir işlemlerine devam edilecektir. Ancak artırım isteminde bulunan mükellefler hakkında başlatılan vergi ve takdir işlemlerinin Mart ayı başından itibaren bir ay içerisinde sonuçlandırılmaması halinde inceleme ve takdir işlemlerine devam edilmeyecektir.

3) Matrah ve Vergi Artırımı

6111 sayılı Yasa'nın birinci kısmının üçüncü bölümünde Gelir ve Kurumlar Vergisi ile Katma Değer Vergisi ile gelir (stopaj) ve kurum (stopaj) vergilerinde artırıma yönelik hükümler yer almaktadır.

i) Gelir ve Kurumlar Vergisi'nde matrah artırımını:

Buna göre Gelir ve Kurumlar Vergisi mükellefleri vermiş oldukları yıllık beyannamelerinde vergiye esas alınan matrahlarını 6111 sayılı Yasa'nın Resmi Gazete'de yayımlandığı tarihi izleyen ikinci ayın sonuna kadar 2006 yılı için % 30, 2007 yılı için % 25, 2008 yılı için % 20, 2009 yılı için % 15 oranlarından az olmamak üzere artırdıkları takdirde, kendileri hakkında artırımda bulunulan yıllar için yıllık Gelir ve Kurumlar vergisi incelemesi ve bu yıllara ilişkin olarak bu vergi türleri için daha sonra başka bir tarhiyat yapılmayacaktır.

Söz konusu düzenlemeden yararlandırılma-

sı öngörülen Gelir Vergisi mükellefleri, matrah artırımında bulunmak istedikleri yıl ile ilgili olarak vermiş oldukları Gelir Vergisi beyannamelerinde zarar beyan edilmiş olması veya indirim ve istisnalar nedeniyle matrah oluşması ya da ilgili yıllarda faaliyette bulunmuş veya gelir elde etmiş olup da bu faaliyetlerini ve gelirlerini vergi dairesinin bilgisi dışında bırakanlar da dahil olmak üzere, hiç beyanname verilmemiş olunması halinde vergilendirmeye esas alınacak en düşük matrah miktarları işletme hesabı esasına göre defter tutan mükellefler ile serbest meslek erbabı ve bilanço esasına göre defter tutan mükellefler için ayrı ayrı belirlenmiş bulunmaktadır.

Aşağıdaki tabloda matrah artırımları ile ilgili konuya ilişkin tutarlar yer almaktadır.

Yıllar	Beyan Edilecek Asgari Matrah (TL.)		Artırım Oranı (%)
	İşletme Hesabı Esasında Defter Tutan Mükellefler	Serbest Meslek Erbabı Ve Bilanço Esasına Göre Defter Tutanlar	
2006	6.370	9.550	30
2007	6.880	10.320	25
2008	7.480	11.220	20
2009	8.150	12.230	15

Diğer yandan sadece basit usulde vergilendirilen mükellefler için vergilendirmeye esas alınacak asgari matrah, bilanço esasına göre defter tutan mükellefler için belirlenmiş tutarların ilgili yıllar itibarıyla 1/10'undan aşağı olamayacaktır. Buna göre de basit usulde vergiye tabi olan mükelleflerin beyan edecekleri en düşük matrah miktarı 2006 yılı için 955,-TL., 2007 yılı için 1.032,-TL., 2008 yılı için 1.122,-TL., 2009 yılı için ise 1.223,-TL.'dir.

Mevcut düzenlemeler çerçevesinde gayrimenkul sermaye iradı sahiplerinin beyan edecekleri en düşük matrah miktarı ise 2006 yılı için 1.910,-TL., 2007 yılı için 2.064,-TL., 2008 yılı için 2.244,-TL., 2009 yılı için ise 2.446,-TL.'dir.

Yukarıda belirtilen durumlar dışında kalan Gelir Vergisi mükelleflerinin matrah artırımında bulunabilmeleri veyahut da 2006, 2007, 2008

ve 2009 yılları ile ilgili beyan edilmesi gereken diğer gelirlerini beyan etmemeleri halinde beyan edecekleri matrahları, bu Kanun gereği işletme hesabı esasına göre defter tutan mükellefler için belirlenen matrahlardan az olamayacaktır.

Kurumlar Vergisi mükelleflerinin artırımında bulunmak istedikleri yıllara yönelik olarak vermiş oldukları beyannamelerinde, zarar beyan edilmiş olması veya indirim ve istisnalar nedeniyle matrah oluşmaması ya da hiç beyanname verilmemiş olması halinde, vergilendirmeye esas alınacak matrahlar ile artırım yapılacak en düşük miktar aşağıdaki tabloda gösterilmiştir.

Kurumlar Vergisi Mükelleflerinin Matrah Artırım Tablosu

Yıllar	En Düşük Matrah (TL.)	Artırım Oranı (%)
2006	19.110	30
2007	20.650	25
2008	22.440	20
2009	24.460	15

Matrah artırımından yararlanmak isteyenlerin matrah artırımını ile ilgili beyanları % 20 oranında vergilendirilecektir. Ancak gelir ve kurumlar vergisi mükelleflerinin artırımında bulunmak istedikleri yıllara ait yıllık beyannamelerini kanuni süresinde vermiş, bu beyannameler üzerinden tahakkuk eden vergilerini süresinde ödemiş ve bu vergi türleri için, herhangi bir borçları veyahut da uyuşmazlıkları bulunmuyorsa uygulanacak vergi oranı % 15 olacaktır.

ii) Katma Değer Vergisi'nde Artırım:

Katma Değer Vergisi mükelleflerinin, her bir vergilendirme dönemine ilişkin olarak verdikleri (ihtirazi kayıtlı verilenler dahil) beyannamelerindeki hesaplanan Katma Değer Vergisi'nin yıllık toplamı üzerinden 2006 yılı için % 3, 2007 yılı için % 2,5, 2008 yılı için % 2 ve 2009 yılı için % 1,5 oranına göre belirlenecek Katma Değer Vergisi'ni 2 Mayıs 2011 tarihine kadar beyan etmeleri halinde, bu mükellefler nezdinde söz konusu vergiyi ödemeyi kabul ettikleri yıllara ait vergilendirme dönemleri ile ilgili olarak Kat-

ma Değer Vergisi incelemesi ve tarhiyatı yapılmayacaktır.

Bir aylık vergilendirme dönemine tabi olan Katma Değer Vergisi mükelleflerince, artırımda bulunmak istenilen yıl içindeki vergilendirme dönemleri ile ilgili olarak;

- Verilmesi gereken Katma Değer Vergisi beyannamelerinden, en az üç döneme ait beyannamenin verilmiş olması halinde, bu yıla ait dönemlerden verilmiş olan beyannamelerdeki hesaplanan Katma Değer Vergisi tutarlarının ortalaması bir yıla iblağ edilerek artırıma esas olmak üzere yıllık hesaplanan Katma Değer Vergisi tutarı bulunacak ve bu tutar üzerinden artırım hesaplanacaktır. Burada dikkat edilmesi gereken, artırım sırasında hesaplanan Katma Değer Vergisi üzerinden hesaplamaların yapılmasıdır.

- Hiç beyanname verilmemiş ya da bir veya iki döneme ilişkin beyanname verilmiş olması

vergiler, Gelir ve Kurumlar Vergisi matrahlarının tespitinde ödenmesi gereken Katma Değer Vergisi'nden indirim konusu yapılamayacaktır.

iii) Gelir (stopaj) ve Kurumlar (stopaj) Vergisi'nde artırım:

Gelir Vergisi Yasası'nın 94. maddesinin 1. fıkrasının (1) numaralı bendi uyarınca hizmet erbabına ödenen ücretlerden vergi tevkifatı yapmaya mecbur olanların, her bir vergilendirme dönemine ilişkin olarak verdikleri muhtasar beyannamelerinde yer alan ücret ödemelerine ilişkin gayrisafi tutarlarının yıllık toplamı üzerinden 2006 yılı için % 5, 2007 yılı için % 4, 2008 yılı için % 3 ve 2009 yılı için % 2 oranında hesaplanacak Gelir Vergisi'ni 2 Mayıs 2011 tarihine kadar idareye başvurarak artırımda bulunmayı kabul etmeleri halinde, bu mükellefler nezdinde söz konusu vergiyi ödemeyi kabul ettikleri yıllara ait vergilendir-

Yasa'nın 11. maddesinde "Kayıtlarda yer aldığı halde işletmede bulunmayan emtia, kasa mevcudu ve ortaklardan alacaklar" ile ilgili hesapların düzeltilmesine yönelik düzenlemeler yer almaktadır.

halinde, ilgili yıl için Gelir veya Kurumlar Vergisi artırımında bulunulmuş olması koşuluyla, artırılan matrah üzerinden % 18 oranında Katma Değer Vergisi artırımında bulunmak suretiyle Katma Değer Vergisi artırım hakkından yararlanılabilecektir. Bu haktan yararlanabilmek için adi ortaklık, kollektif ve adi komandit ortaklıklar da dahil olmak üzere Gelir veya Kurumlar Vergisi matrah artırımından yararlanılması gerekmektedir.

- Katma Değer Vergisi mükelleflerinin, artırıma esas alınan yılın vergilendirme dönemlerinin tamamı için artırımda bulunmaları zorunludur. Bu bağlamda mükelleflerin artırımda bulunmak istedikleri yıl içinde işe başlamaları ya da işi bırakmaları halinde, faaliyette bulunan vergilendirme dönemleri için beyanda bulunmaları gerekmektedir.

- Katma Değer Vergisi artırımına ödenen

me dönemleri ile ilgili olarak ücret yönünden Gelir (stopaj) Vergisi incelemesi tarhiyatı yapılamayacaktır.

Buna göre vergi artırımında bulunulan yıl içinde yer alan vergilendirme dönemlerine ilişkin olarak;

- Verilmesi gereken muhtasar beyannamelerden, en az bir döneme ilişkin beyanname verilmiş olması halinde, beyan edilmiş ücret ödemelerine ilişkin gayrisafi tutar ortalaması alınmak suretiyle bir yıla iblağ edilerek, artırıma esas olmak üzere yıllık ücretler üzerinden Gelir (stopaj) Vergisi'ne esas matrah bulunacak bu miktar üzerinden yukarıda belirtilen oranlara göre Gelir Vergisi hesaplanacaktır.

- Hiç beyanname verilmemiş olması halinde, her ay için hesaplanacak asgari Gelir (stopaj) Vergisi'ne esas olmak üzere;

- 25.02.2011 tarihinden önce ilgili yılda ve-

rilmiş olan aylık prim ve hizmet belgelerinde bildirilen ortalama işçi sayısı kadar işçi,

- İlgili yılda aylık prim ve hizmet belgesinin hiç verilmemiş olması halinde, 25.02.2011 tarihine kadar verilmiş olmak koşuluyla, izleyen vergilendirme dönemlerinde verilen ilk aylık prim ve hizmet belgesindeki işçi sayısı kadar,

- 25.02.2011 tarihine kadar aylık prim ve hizmet belgesinin hiç verilmemiş olması halinde en az iki işçi

çalıştırıldığı varsayılarak ve ilgili yılın son vergilendirme döneminde onaltı yaşından büyük işçiler için geçerli olan asgari ücret tutarı esas alınarak hesaplanan Gelir (stopaj) Vergisi matrahı üzerinden yukarıda belirtilen oranlarda Gelir Vergisi ödenmek suretiyle uygulamadan yararlanılabilecektir.

• Diğer yandan Gelir Vergisi Yasası'nın 94. maddesinin 1. fıkrasının;

- Serbest meslek erbabına yapılan ödemelerden,

- Yıllara sarı inşaat ve onarım işlerini üstlenenlere yapılan ödemelerden,

- Mal ve haklarını kiraya verilenlere yapılan ödemelerden,

- Çiftçilere mal alımları nedeniyle yapılan ödemelerden

esnaf muafliğından yararlananlara mal ve hizmet alımları karşılığında yapılan ödemelerden,

Vergi tevkifatı yapmak zorunda olanların ilgili yıllara yönelik olarak 2 Mayıs 2011 tarihine kadar ilgili vergi dairesine başvurarak artırımda bulunmaları gerekmektedir. Buna göre;

- Serbest meslek erbabına stopajsız ödeme yapanlar,

- Mal ve haklarını kiraya verenlere stopajsız ödeme yapanlar,

- Kurumlar Vergisi Yasası'nın 15/1-b maddesi uyarınca kooperatiflere ödenen kira bedelleri üzerinden yapılması öngörülen tevkifatla

ilgili olarak her bir ödeme için 2006 yılı için % 5, 2007 yılı için % 4, 2008 yılı için % 3, 2009 yılı için % 2 oranında Gelir Vergisi stopajı hesaplamak ve 2 Mayıs 2011 tarihine kadar ilgili vergi dairesine beyanda bulunmaları mümkündür.

Diğer yandan;

- Gelir Vergisi Yasası'nın 94. maddesinin 1.

fıkrasının 3 No.lu bendi hükmü gereği olarak yıllara sarı inşaat ve onarım işi üstlenenlere yapılacak vergi kesintisi ile ilgili olarak 2006-2009 yılları için % 1,

- Kurumlar Vergisi Yasası'nın 15/1-a ve 30/1-a maddesi kapsamında yapılan ödemeler içinde 2006-2009 yılları için % 1 oranında artırım yapılabilecektir.

- Gelir Vergisi Yasası'nın 94. maddesinin 1. fıkrasının 11. bendinde yer alan çiftçilerden satın alınan mallar ile 13. bendinde yer alan esnaf muafliğından yararlananlardan alınan mallar için ayrı ayrı olmak üzere ilgili yıllarda geçerli olan tevkifat oranının % 25'i oranında hesaplanan verginin;

2 Mayıs 2011 tarihine kadar ödenmesinin kabul edilmesi halinde bu konularda da mükellefler nezdinde inceleme yapılmayacaktır.

4) Stok Beyanları

6111 sayılı Yasa'nın birinci kısmının dördüncü bölümü stok beyanları ile kayıtlarda yer aldığı halde işletmede bulunmayan emtia, kasa mevcudu ve ortaklardan alacaklarla ilgili düzeltme işlemlerine ait hükümleri içermektedir.

Sözü edilen Yasa'nın 10. maddesi uyarınca Gelir ve Kurumlar Vergisi mükellefleri işletmelerinde mevcut olduğu halde kayıtlarında yer alamayan emtia, makine, teçhizat ve demirbaşları kendilerince ve bağlı oldukları meslek kuruluşunca tespit edilecek rayiç bedel ile 31 Mayıs 2011 tarihine kadar bir envanter listesi ile bağlı olduğu vergi dairesine bildirebilecektir. Yasal düzenleme gereği olarak söz konusu mükellefler bildirimde buldukları tarih itibarıyla söz konusu varlıkları defterlerine kaydedebileceklerdir. Ancak bildirim konusu yapılan varlıklar için amortisman ayırımı yapılamayacaktır.

Bu haktan adi, kollektif ve adi komandit şirketler de yararlanabileceklerdir.

Bilanço esasına göre defter tutan mükellefler aktiflerine kaydettikleri emtia için ayrı, makine, teçhizat ve demirbaşlar için ayrı olmak üzere pasifte özel karşılık hesabı açacaklardır. Bu bağlamda emtia için ayrılan karşılık, ortaklara dağıtılması veya işletmenin tasfiye edilmesi halinde sermayenin unsuru sayılacak ve vergilendirilmeyecektir. Makine, teçhizat ve de-

mirbaşlar envantere kaydedilecek ve ayrılan karşılık ise birikmiş amortisman olarak kabul edilecektir. İşletme hesabı esasına göre defter tutan mükellefler ise söz konusu emtiayı defterlerinin gider kısmına satın alınan mal olarak kayıt edeceklerdir.

Yukarıdaki şekilde beyan edilen; genel orana tabi makine, teçhizat, demirbaş ve emtiaların bedeli üzerinden % 10 oranı, indirimli orana tabi diğer makine, teçhizat, demirbaş ve emtiaların bedeli üzerinden tabi olduğu oranların yarısı esas alınarak Katma Değer Vergisi hesaplanacak ve hesaplanan vergi ayrı bir beyanname ile sorumlu sıfatıyla beyan edilerek, beyanname verme süresi içinde ödenecektir. Makine, teçhizat ve de demirbaşlar üzerinden ödenen bu vergi hesaplanan Katma Değer Vergisi'nden indirilemeyecektir. Ancak emtia üzerinden ödenen vergi genel esaslar çerçevesinde indirim konusu yapılabilecektir.

Diğer yandan bildirim konusu yapılan kıy-

Bu uygulama nedeniyle mükellefler hakkında geçmişe yönelik vergi cezası ve gecikme faizi hesaplanmayacaktır.

Uygulamadan adi, kollektif ve adi komandit şirketler de yararlanabileceklerdir.

Diğer yandan bilanço esasına göre defter tutan Kurumlar Vergisi mükellefleri, 31.12.2010 tarihi itibarıyla düzenleyecekleri bilançolarında görülmekle birlikte işletmelerinde bulunmayan kasa mevcutları ve işletmenin esas faaliyet konusu dışındaki işlemleri dolayısıyla ödünç verme ve benzer nedenlerle ortaya çıkan ortaklarından alacaklı bulunduğu tutarlar ile ortaklara borçlu bulunduğu tutarlar arasındaki net alacak tutarlarının 31 Mayıs 2011 tarihine kadar vergi dairelerine beyan etmek suretiyle kayıtlarını düzeltebileceklerdir. Bu bağlamda da beyan edilen tutarlar üzerinden % 3 oranında hesaplanan vergi beyanname verme süresi içinde ödenecektir.

Düzeltilme işlemi nedeniyle ödenecek olan

Vergi borcunun ilk taksit ödeme süresinde tamamen ödenmesi halinde mevcut borca herhangi bir faiz uygulanmayacaktır.

metlerin satılması halinde satış bedeli, bunların deftere yazılan kıymetlerinden daha düşük olmayacaktır.

Yasa'nın 11. maddesinde "Kayıtlarda yer aldığı halde işletmede bulunmayan emtia, kasa mevcudu ve ortaklardan alacaklar" ile ilgili hesapların düzeltilmesine yönelik düzenlemeler yer almaktadır. Buna göre;

- Gelir ve Kurumlar Vergisi mükellefleri kayıtlarında yer aldığı halde işletmelerinde mevcut olmayan emtialarını 25 Şubat 2011 tarihinden itibaren 31 Mayıs 2011 tarihine kadar, aynı nev'iden emtialara ilişkin cari yıl kayıtlarına göre tespit edilen gayrisafi kâr oranını dikkate alarak fatura düzenlemek ve her türlü vergisel yükümlülüklerini yerine getirmek suretiyle kayıt ve beyanlarına intikal ettirebileceklerdir. Bu bağlamda gayrisafi kâr oranının cari yıl kayıtlarına göre tespit edilemediği hallerde, mükellefin bağlı olduğu meslek odalarının belirleyeceği oranlar esas alınacaktır.

vergiler, Gelir veya Kurumlar Vergisi'nden mahsup edilemeyecek; beyan edilen tutarlar ve ödenen vergiler, Kurumlar Vergisi matrahının tespitinde gider olarak kabul edilmeyecektir. Bu uygulama nedeniyle mükellefler hakkında ayrıca tarhiyat yapılmayacaktır.

Yasal düzenleme gereği olarak Maliye Bakanlığı bu uygulama ile ilgili olarak yıl içerisinde ödenmesi gereken vergilerin ödeme sürelerinde değişiklik yapmaya, Vergi Usul Yasası hükümlerine göre bildirimde bulunma zorunluluğu getirmeye veya konuya ilişkin diğer usul ve esasları belirlemeye yetkili kılınmıştır.

III-Hesaplanan Vergilerin Taksitlendirilmesi ve Ödenmesi

6111 sayılı Yasa'nın 18. maddesi uyarınca ilgili bölümlerdeki başvuru ve ödeme süresi-

ne ilişkin hükümler saklı kalmak koşuluyla bu Yasa hükümlerinden yararlanmak isteyenler 2 Mayıs 2011 tarihine kadar ilgili idareye başvuruda bulunmak zorundadırlar.

Gerek geçmiş vergi borçlarının ödenmesinde ve gerekse matrah artırımı dolayısıyla hesaplanan vergilerin ödenmesinde mükellefler taksitlendirme olanaklarından yararlanabileceklerdir. Ancak kasa mevcutlarının düzeltilmesine ilişkin % 3 oranındaki verginin ödenmesi 2 Mayıs 2011 tarihinin bitimine kadar defaten olacaktır.

Vergilendirme ile ilgili olarak yapılacak ödemeler 2 Mayıs 2011 tarihinde itibaren başlayacaktır.

Vergi borcunun ilk taksit ödeme süresinde tamamen ödenmesi halinde mevcut borca herhangi bir faiz uygulanmayacaktır.

Hesaplanan borcun taksitle ödenmek istenmesi halinde, ilgili maddede yazılı hükümler saklı kalmak koşuluyla, borçluların başvurusu sırasıyla altı, dokuz, oniki veya onsekiz eşit taksitte ödeme seçeneklerinden birini tercih etmeleri gerekmektedir. Bu bağlamda da tercih edilen taksit süresinden daha uzun bir sürede ödeme yapılamayacaktır.

Yasal düzenleme gereği olarak taksitle yapılacak ödemelerin de ilgili maddelere göre belirlenen tutar;

- Altı eşit taksit için (1.05),
- Dokuz eşit taksit için (1.07),
- Oniki eşit taksit için (1.10),
- Onsekiz eşit taksit için (1.15)

katsayısı ile çarpılacak ve bulunan tutar taksit sayısına bölünmek suretiyle ikişer aylık dönemler halinde ödenecek, taksit tutarı hesaplanacaktır. Bu bağlamda da Yasa hükümlerinden yararlanmak üzere başvuruda bulunan borçlulara tercih ettikleri taksit süresine uygun ödeme planı verilecektir. Ancak, tercih edilen süreden daha kısa sürede ödeme yapılması halinde ödenecek tutar ilgili katsayıya göre düzeltilecektir.

Ödenmesi gereken taksitlerden; bir takvim yılında iki veya daha az taksitin, süresinde ödenmemesi veya eksik ödenmesi halinde, ödenmeyen veya eksik ödenen taksit tutarlarının son taksiti izleyen ayın sonuna kadar,

geciken her ay ve kesri için amme alacaklarının Tahsil Usulü Hakkındaki Yasa'nın 51. maddesine göre belirlenen gecikme zammı oranında hesaplanacak, geç ödeme zammı ile birlikte ödemesi koşuluyla 6111 sayılı Yasa hükümlerinden yararlanılmaya devam edilecektir.

Süresinde ödenmeyen veya eksik ödenen taksitlerin belirtilen şekilde de ödenmemesi veya bir takvim yılında ikiden fazla taksitin süresinde ödenmemesi veya eksik ödenmesi halinde matrah ve vergi artırımına ilişkin hükümler saklı kalmak koşuluyla 6111 sayılı Yasa hükümlerinden yararlanma hakkı kaybedilecektir. Bu hüküm her bir madde açısından taksitlendirilen alacaklar için ayrı ayrı uygulanacaktır.

6111 sayılı Yasa'nın 4. maddesi hükmü gereği olarak 25.02.2011 tarihinden önce başladığı halde bu tarihe kadar tamamlanamamış bulunun vergi incelemeleri ile takdir ve tarh işlemlerinin tamamlanmaması sonucu hesaplanan vergi ve ceza tutarı dikkate alınarak yapılandırılacak, alacak tutarı tespit edilecektir.

Madde hükmüne göre, bu işlemlerin tamamlanmasından sonra tarh edilen verginin % 50'si ile bu tutar üzerinden gecikme faizi yerine 25.02.2011 tarihine kadar hesaplanacak TEFE/ÜFE tutarı ve bu tarihten sonra ihbarnamenin tebliğ üzerine dava açma süresinin bitim tarihine kadar hesaplanacak gecikme faizinin tutarının, ilk taksit ihbarnamenin tebliğini izleyen aydan başlamak üzere ikişer aylık dönemler halinde altı eşit taksitte ödenmesi koşuluyla, kalan vergi aslı ile bu vergilere uygulanan gecikme faizi ve aslına bağlı cezaların tamamının tahsilinden vazgeçilecektir.

Diğer yandan 6111 sayılı Yasa'nın 6. maddesinin 9. fıkrası ile mükellefler matrah artırımında buldukları yıllara ait olup, indirim konusu yapılamamış olan geçmiş yıl zararlarının yarısını 2010 ve müteakip yıl kararlarından mahsup edemeyeceklerdir.

Ayrıca matrah ve vergi artırımında bulunan mükellefler 213 sayılı Vergi Usul Yasası hükümleri çerçevesinde defter ve belgelerini muhafaza etmek ve istenildiğinde yetkililere ibraz etmek zorundadırlar.

Prof. Dr. Tankut CENTEL

Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi

2010 Yılı İlerleme Raporu ve Türk Çalışma Yaşamı

I. Giriş

Avrupa Komisyonu, Avrupa Birliği'ne katılım görüşmelerine başlamasıyla birlikte, 1998 yılından itibaren düzenli olarak Türkiye hakkında İlerleme Raporu yayımlamaya başlamıştır. Bunlarla izlenen temel amaç, ilgili raporda belirtilen eksikliklerini aday ülke olarak Türkiye'nin gidermesi olanağını yaratmaktır. Buna göre, söz konusu raporların hukuken hiçbir bağlayıcılığının bulunmadığını söylemek, yanıltıcı olur. Nitekim, bu tür raporlar, Avrupa Birliği'nin Türkiye hakkındaki görüş ve değerlendirmelerini yansıtmaktadır. Bu bağlamda, yayımlanan ilerleme raporları, bir anlamda, Türkiye hakkında her yıl için verilmiş bir tür "ara karne" niteliğini taşır¹.

Son olarak, Avrupa Komisyonu; Avrupa Parlamentosu'na ve Konsey'e sunduğu "Genişleme Stratejisi ve Başlıca Zorluklar 2010-2011" başlıklı çalışma belgesinin ekinde, Türkiye'yle ilgili olarak, "Türkiye 2010 Yılı İlerleme Raporu"nu yayımlamıştır². Söz konusu metnin

Türk çalışma yaşamını etki altında tutacağı, görünen bir gerçektir. Bu bakımdan, aşağıdaki değerlendirmelerde ilkin, anılan metin sosyal yönden aktarılacak ve daha sonra da, belirtilen yönde herhangi bir gelişmenin yaşanıp yaşanmadığı belirtilerek, mevcut eğilim hakkında temel bazı verilerin sağlanmasına çalışılacaktır.

II. Anayasa Değişikliği

1982 Anayasası'nın bazı hükümleri; bilindiği üzere, 12 Eylül 2010 tarihinde yapılan halkoylaması sonucunda, değişikliğe uğramıştır. Söz konusu değişikliklerin bir bölümü, doğrudan Türk çalışma yaşamını etkileyecek nitelikte olmuştur.

Belirtilen değişiklikler hakkında Rapor'da önce, genel olarak "*.. Anayasa değişiklikleri doğru yönde atılmış bir adımdır ..*"³ denilmiştir; daha sonra çalışma yaşamıyla ilgili olarak, "*.. Anayasa değişiklikleri kamu hizmetindeki sendika haklarını genişletmektedir .. Anayasa değişiklik paketi, kamu çalışanları için grev hakkını getirmemiştir ..*"⁴ anlatımına yer veril-

Rapor'da iş hukuku konusunda AB müktesebatının iç hukuka aktarımına ilişkin ilerleme görülmediği ve İş Kanunu'nun ekonominin bazı sektörlerine uygulanmadığı belirtilmektedir.

miş ve sonuç değerlendirmesinde de olumlu biçimde, “.. Anayasa değişiklik paketi kamu sektöründeki sosyal diyalog alanında önemli gelişmeleri beraberinde getirmekte ve kadınlar, çocuklar, yaşlılar ve engelliler için pozitif ayrımcılığın yolunu açmaktadır ..”⁵ ama anlaşılmaz biçimde “.. Anayasa değişiklik paketi, kamu görevlileri için grev hakkı getirmemiştir ..”⁶ değerlendirmesi yer almıştır.

Eylül 2010 Anayasa değişikliğine, TİSK yönetimi tarafından ihtiyatla yaklaşmıştır⁷. Bunun gibi, Türkiye'deki işçi sendikaları konfederasyonlarının tümü de, değişikliğe sıcak bakmamıştır. Buna rağmen, Rapor; sosyal diyalog ve pozitif ayrımcılık içeren değişiklikler (bunların ne ölçüde pozitif ayrımcı oldukları tartışması biryana) üzerinde yoğunlaşıp, yani salt yasaklayıcı hükümlerin yürürlükten kaldırılmış olmasına bakıp, değerlendirme yapmıştır. Bundan Komisyon'un, önümüzdeki dönemde Anayasa değişikliği içeriğinden çok, mevzuat değişikliklerine ağırlık vereceği sonucunu çıkarmak mümkündür. Nitekim, Rapor; aşağıda sendikal haklar konusunda ayrıntılı biçimde görüleceği üzere⁸, ağırlıklı olarak, mevcut yasal çerçevedeki kısıtlayıcı hükümlerin giderilmesini ön görmektedir⁹.

III. Sosyal Politika ve İstihdam

1. Sosyal korumanın alanı

Sosyal koruma konusunda çok sınırlı bir ilerlemenin sağlandığından söz edilerek, Rapor'da iş hukuku konusunda AB müktesebatının iç hukuka aktarımına ilişkin ilerleme görülmediği ve İş Kanunu'nun ekonominin bazı sektörlerine uygulanmadığı belirtilmektedir. Bunun gibi, yine Rapor'da, sosyal güvenlik sisteminde olan

kişilerin oranının da % 80 olduğu yer almaktadır¹⁰.

Türkiye'deki sosyal korumanın kapsamı, öteden beri yakınılan bir konudur. Nitekim, iş yasalarının kapsamı dışında kalıp haklarında Borçlar Kanunu hükümleri uygulanması gereken kesim içinde, tarım ve orman işçileri gibi özel bir iş yasasından yararlanmaları düşünülen çalışanlar için, mevcut taslak ve tasarılarla rağmen özel düzenleme getirilememiş olması, hukuken önemli bir eksiklik. Çünkü, söz konusu eksiklik, çalışanlar arasında sosyal korumadan yararlanma bakımından eşitlikten söz etmeyi oldukça güçleştirmektedir.

Diğer yandan, Rapor'da yoksullukla mücadele konusunda kapsamlı bir siyaset çerçevesinin bulunmadığı ileri sürülerek, aynen:

“.. Yoksulluk riski altındaki nüfusun oranı yüksektir ve çocuklar yüksek bir yoksulluk riskine maruz kalmaya devam etmektedir. Yoksulluk özellikle mevsimlik işçiler, geçimlik tarım işiyle uğraşanlar ve kayıt dışı işçiler olmak üzere, çalışan nüfus için bir endişe kaynağı olmaya devam etmektedir ..”

denilmektedir¹¹.

Bu bağlamda, geçtiğimiz günlerde Başbakan Yardımcısı Ali Babacan tarafından TÜİK kaynaklı verilere dayanılarak yapılan açıklamalarda ise, günde (satın alma gücü paritesine göre hesaplanmış) 1 Dolar'dan az gelirdede edip “mutlak yoksul” olarak tanımlanacak kimsenin artık kalmadığı ve günlük geliri 2,15 Dolar'dan az olanların nüfusa oranında da, olağanüstü bir azalmanın ortaya çıktığı bilgileri yer almıştır. Buna karşılık, Ana Muhalefet Partisi'nden (CHP) yapılan açıklamalarda, hane halkı geliri temel alınmakta ve yoksullukla mücadelede “aile sigortası yardımları” sorunun çözüm anahtarı olarak kabul edilmektedir¹².

2. İş sağlığı ve güvenliği

Daha önce Komisyon, Türkiye'de iş sağlığı ve güvenliği alanında sağlanan gelişmeleri olumlu biçimde değerlendirirken¹³, bu kez, “çok sınırlı ilerleme”¹⁴ sağlandığını bildirmekte ve Rapor'da aynen:

“.. İş sağlığı ve güvenliğine ilişkin Çerçeve

Direktifin iç hukuka aktarılması konusunda ilerleme kaydedilmemiştir. Bu durum, hali-bazırda iç hukuka aktarılmış olan mevzuatın uygulanması bakımından önemli bir eksiklik teşkil etmektedir .. Madenlerde ve taşocaklarında yaşanan ölümcül dramatik iş kazaları, mevzuatın uygulanması ve kamu kurumları tarafından yapılan denetimler bakımından endişe yaratmıştır. Kot kumaşı kumlama tesislerindeki kötü çalışma koşullarından kaynaklanan ölümcül “silikosis” hastalıkları görülme-ye devam etmiştir ..”¹⁵

anlatımına yer vermektedir.

Burada söz konusu olan “çerçeve direktif”, AB tarafından kabul edilmiş, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin “temel ilkeler”dir. Daha önce ise, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, ilkin, Türk mevzuatı bakımından anılan ilkelerin bir “yönetmelik”le iç hukuka aktarılabilmesi yanılığısına düşmüş ve kabul edilen yönetmelik, yargı (Danıştay) tarafından iptal edilmiştir. Yine, bu alanda hazırlanan tüzük taslağı, yargıdan dönmüş ve Danıştay tarafından Başbakanlığa iade edilmiştir. Nihayet, İş K. m. 81 ve 82 hükmüne dayanılarak çıkarılmış bulunan yönetmeliklerin¹⁶ çekirdek hükümleri hakkında, yürütmenin durdurulması kararları verilmeye başlanmıştır.

Yargı kararlarıyla kuşatılan Bakanlık, son olarak İş K. m. 81’de 6009 sayılı Yasa’yla yapılan değişiklikten sonra, rahatlamış görünmektedir. Nitekim, söz konusu yasal değişikliğin ardından, buna dayanılarak aynı günlü Resmi Gazete’de üç yeni yönetmelik¹⁷ yayımlanmış ve başa, yani idari yargı kararlarının öncesine dönülmüştür. Ancak, bunların önce idari yargıya taşınması ve ardından da Anayasa Mahkemesi’nin önüne götürülmesi olasılıkları, henüz ortadan kalkmış değildir¹⁸.

Diğer yandan, iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için, gelişmiş bir mevzuatın yanısıra, etkin bir devlet denetim örgütünün varlığı şarttır. Gerçekten, sosyal nitelikli devlet; iş sağlığı ve güvenliği sorunlarının gereğince üstesinden gelebilmek için, yeterince gelişmiş bir iş sağlığı ve güvenliği mevzuatını ve etkin bir denetim örgütü ile etkili bir hukuki yaptırım sistemini sağlamak zorundadır.

Bu konuda, Rapor; yukarıdaki alıntıda¹⁹ gö-

İş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için, gelişmiş bir mevzuatın yanısıra, etkin bir devlet denetim örgütünün varlığı şarttır.

rüleceği üzere, madenler ile taş ocaklarındaki ölümlü iş kazaları ile kot kumaşlarını taşıma sırasında oluşan meslek hastalığı sayılarında ki artışı örnek gösterdikten sonra, iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili iş müfettişi sayısının 314 ve toplam iş müfettişi sayısının da 635 olduğunu ve mevzuatın uygulanması konusunda endişelerin bulunduğunu belirtmektedir²⁰.

İş sağlığı ve güvenliğine ilişkin olarak Rapor’da belirtilenlerin, gerçekçi olmadığını söylemek, güç görünmektedir. Üstelik, Rapor, sadece denetim elemanı sayısını temel almış; bu sayıyı mevcut işyeri sayısına bölmemiş ve periyodik denetimden geçen işyeri sayısını da araştırmaya girişmemiştir.

İş sağlığı ve güvenliği konusunda, ülkedeki popülizmi de gözardı etme olanağı bulunmamaktadır. Gerçekten, son dönemde (gerek iktidar ve gerekse muhalefet kesiminden gelen) siyasilerin yılbaşı gecesini yeraltı maden ocağında geçirmeleri veya akciğerleri kum tozuyla dolmuş kot işçilerine genç yaşta yaşlılık aylığı bağlama önerileri, Türkiye’de iş sağlığı ve güvenliği sorunlarının çözümüne gerçekten yardımcı olamamakta; aksine, söz konusu sorunları, derinleştirmektedir²¹.

Bu bağlamda, son dönemde çıkarılan 6111 sayılı Yasa’yla Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’na 50 iş sağlığı ve güvenliği uzmanı, 100 iş sağlığı ve güvenliği uzman yardımcısı, 350 iş müfettişi ve 650 iş müfettişi yardımcısı kadrosu olmak üzere toplam 1150 kadronun verilmiş olması, siyasi kadrolaşmaya yol açmadığı sürece, olumlu yönde atılmış bir adım olarak değerlendirilmek gerekmektedir.

3. Sendikal hakların kullanımı

Rapor’un ağırlıklı olarak üzerinde durduğu noktaların en önemlisi olarak, Türkiye’deki sendikal hakların kullanımına ilişkin gözlemlerdir. Bu konuda, Rapor’da, aynen:

“.. sendikal haklar halen AB standartlarıyla ve ILO Sözleşmeleriyle uyumlu değildir ..”²²

denildikten sonra, sendikal hakların AB standartları ve uluslararası çalışma sözleşmeleriyle uyumlu biçimde tam olarak sağlanmasını amaçlayan sendikal haklara ilişkin kapsamlı bir reform çalışmasının bekletildiğinden söz edilmektedir²³.

Gerçekten, son olarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın, dört konfederasyon (Türk-İş, DİSK, Hak-İş ve TİSK) başkanıyla 15-16 Ocak 2011 tarihlerinde gerçekleştirdiği “2821 ve 2822 sayılı Yasalarda değişiklik yapılmasına ilişkin taslakların değerlendirilmesi” konulu toplantı sonunda, görüşmeler yeniden kesilmiş durumdadır. Söz konusu toplantıda, toplu iş sözleşmesi yapma yetkisine ilişkin ikili baraja ait değişiklikte başlangıçta uzlaşma sağlanmış gibi görünmüşse de; daha sonra, Türk-İş ve TİSK Başkanları, son derece isabetle, hazır taslakları imzadan kaçınmışlardır. Nitekim, Türk-İş Başkanı, mevcut metinlerin noter koşulundan yoksun olduğu ve sarı sendikacılığa olanak tanıyacağı; TİSK Başkanı da, işkolu sendikacılığı olmaksızın meslek ve işyeri sendikaları ile federasyonlara yer veren bir metnin çalışma barışını bozacağı gerekçesiyle, imzalamamışlardır.

Reform çalışmalarına ilişkin görüşmelerin ilginç olan yönü, öteden beri gelmiş geçmiş tüm Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlarının sosyal taraflar arasındaki uzlaşmayı esas alır görünmeleri ve inisiyatif üstlenmemeleridir. Nitekim, anılan son toplantıda da Bakan, sosyal taraflar arasında uzlaşma olmadan tartışmayı TBMM'ne taşımanın yanlış olacağı görüşünü ifade etmiştir. Aynı zamanda birer siyasi ajan olan bakanların bu tutumu, kendilerinin ne inisiyatif kullanmaktan yoksun bulduklarını ve ne de aşırı sosyal diyalog (üçlü danışma) yanlısı olduklarını gösterir niteliktedir. Sanırım; sorunun kaynağında, her zaman olduğu üzere, yaklaşan (Haziran 2011'deki) genel seçimlere ilişkin siyasi oy kaybı endişesi olsa gerektir. Bu anlamda, önümüzdeki Haziran ayında ILO Norm ve Standartların Uygulanması (Aplikasyon) Komitesi önüne çıkılacak olduğunda; Türk Hükümet Sözcüsü,

muhtemelen yine savunmasında, sosyal taraflar arasında uzlaşma olmadığını ve genel seçimlere gidildiğini gerekçe olarak göstermek zorunda kalacaktır. Ancak, şu anda (en azından tarafımızdan) bilinmeyen nokta, yıllardır kanıksanan bu gerekçelerin, ILO çevrelerince ne ölçüde itibar göreceğidir.

IV. Ayrımcılıkla Mücadele

1. Ayrımcılığın tanımı

Rapor'da, ayrımcılıkla mücadeleye ilişkin AB müktesebatının iç hukuka aktarılması konusunda ilerleme kaydedilmediği belirtildikten sonra, “.. İş Kanunu, bir iş sözleşmesinin yapılmasından önceki dönemi kapsamamaktadır. Türk mevzuatında doğrudan ve dolaylı ayrımcılığın tanımı yoktur. Irk veya etnik köken, din veya inanç, engellilik, yaş ve cinsel yönelim temelindeki ayrımcılıkla ilgili AB müktesebatı iç hukuka aktarılmamıştır ..” denilmektedir²⁴.

Öncelikle, yapılan saptamaların yerindeliği, belirtilmek gerekir. Gerçekten, eşit davranma ilkesini düzenleyen İş Kanunu'nun beşinci maddesi, “iş ilişkisinde” anlatımına yer vermek suretiyle, ayrımcılığa ilişkin yaptırımların uygulanmasını iş ilişkisinin varlığına, yani iş ilişkisinin kurulmasından sonraki döneme hasretmiş görünmektedir. Oysa, ayrımcılığın ortaya çıktığı durumların önemli bir bölümü, uygulamada henüz sözleşme ilişkisinin kurulmasından önceki dönemde ortaya çıkmaktadır.

Bunun gibi, İş K. m. 5 hükmünde, ayrımcılığın sadece doğrudan ayrımcılık yerine, dolaylı ayrımcılığı da içerdiğine ilişkin herhangi bir açıklığa da rastlanmamaktadır. Ancak, bu tür bir açıklığın, İş K. m. 5 hükmünde mutlaka bulunması gerekmekte; bunun, yargı kararları yoluyla da sağlanması hukuken mümkün bulunmaktadır. Buna karşın, söz konusu açıklık; görülebildiği kadarıyla, yargı yoluyla henüz sağlanmış değildir.

Diğer yandan, “ırk veya etnik köken, din veya inanç, engellilik, yaş ve cinsel yönelim temelindeki ayrımcılık” konusunda, Ay. m. 10 ile İş K. m. 5'deki “benzeri sebepler” sözcüklerinin Komisyon için yeterli olmadığı an-

laşılmaktadır. Nitekim, özellikle Ay. m. 61/III cümle 1'deki "yaşlılar, Devletçe korunur" anlatımının salt yeterli sayıda ve nitelikte bakım yurdu sağlama yükümüyle sınırlı olarak anlaşılması gereği karşısında, istihdamda yaş ayrımı yasağına ilişkin yasal düzenlemelere gereksinim duyulması doğaldır. Bunun gibi, engellilik bakımından da, İş K. m. 5/III hükmünün yeterli olduğu söylenebilir. Buna karşılık, "cinsel yönelim" temelinde sözelimi homoseksüeller, travestiler ve lezbiyenler için, Türk hukukunun Avrupa Birliği'ne üye olma da ne ölçüde özel ve ayrıntılı bir düzenlemeye toplumsal gereksinim duyacağı noktası, tartışmaya açıktır.

2. Cinsiyete dayalı ücret farklılıkları

Ayrımcılıkla mücadele konusunda Rapor'da yer alan bir diğer nokta, kadın ile erkek arasındaki ücret farklılıklarının Türkiye'de devam etmekte oluşudur²⁵.

Gerçekten, cinsiyete dayalı ücret farklılıkları, İş K. m. 5/IV ve V hükmüne rağmen, uygulamada sürmektedir. Bu bağlamda, cinsiyet yönünden ücrette eşitliğin, salt hukuki düzenlemelerle sağlanamayacağı gerçeği ortaya çıkmış durumdadır. Özellikle, kadın istihdamının (% 22,3) ve kadının işgücüne katılım oranının (% 26) düşük oluşu ve de bunları hazırlayan etkenler, ücret farklılıklarının temel nedenleri olarak görünmektedir. Bu noktada, kadın istihdamını özendirici yasal önlemlerin sürdürülmesi, cinsiyete dayalı ücret farklılıklarını azaltabilecektir.

V. Genel Değerlendirme

2010 İlerleme Raporu, Türk çalışma yaşamının iyileştirilmesi yönünde, son derece önemli sayılabilecek tespit ve önerilerde bulunmaktadır. Bunların, iş sağlığı ve güvenliği ile sendikal yaşam ve sosyal koruma olmak üzere, üç temel noktaya yöneldikleri görülmektedir.

Gerçekten, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı; İş K. m. 81'de 6009 sayılı Yasa'yla yapılan değişiklikten sonra çıkarılan yönetmeliklerle, görece rahatlamış görünmektedir. Ancak, iş sağlığı ve güvenliği sorunları, Rapor bakımından, artık mevzuat sorunu olmaktan çıkmış ve

devlet denetim örgütünün nicel güçsüzlükleri üzerinde durulmaya başlanmıştır.

Bunun dışında, Rapor, sosyal korumanın sağlığı üzerinde önemle durmaktadır. Bu bağlamda, özellikle istihdamı özendirici ve genişletici yasal önlemlerin yararı üzerinde durulmasında, yarar görülmektedir. Nitekim, istihdam oranlarının yükselmesi, ister istemez, sosyal korumanın da genişlemesine yol açabilecektir. Bu açıdan, istihdam politikalarının yeniden gözden geçirilmesinde yarar vardır.

Nihayet, Rapor'da en endişe verici durum olarak, sendikal hakların kullanımına ilişkin yetersizlikler vurgulanmakta ve reform çalışmalarının biran önce sonuçlandırılması istenmektedir. Ancak, ne Bursa Mutabakatı ve ne de son Abant Toplantısı, sosyal tarafların uzlaşmasını sağlayabilmiş değildir.

Bunun temel nedenleri arasında, esas olarak, sosyal tarafları oluşturan konfederasyonlar arasındaki çıkar çatışması sonucunda ortaya çıkan samimiyetsizlik ve birbirlerine karşı olan güvensizlik duyguları yatmaktadır.

Buna karşın, sosyal tarafları da, çok fazla suçlamamak gerekir. Çünkü, sosyal taraflara sunulan yasal öneri metinleri; meslek sendikacılığı, işkolu toplu iş sözleşmesi ve federasyon üst örgütlenme biçimi gibi, çoktan modası geçmiş bulunan ve de Türk çalışma yaşamına yarardan çok zarar getireceği, 1980 öncesindeki deneyimlerle apaçık ortada olan kurumları içermektedir.

VI. Sonsöz

Türkiye'nin önünde, yaklaşan bir genel seçim ortamı vardır. Söz konusu seçimler, muhtemelen önümüzdeki Haziran ayında yapılacaktır. Ancak, bu yılki Uluslararası Çalışma Konferansı da, bu tarihte yapılacaktır. İnceleme konusu Rapor ise, yukarıda belirtildiği üzere, ağırlıklı olarak, sendikal hakların AB standartlarıyla ve de ILO sözleşmeleriyle uyumlu olmadığını vurgulamaktadır.

Diğer yandan, sosyal tarafların birden ve aniden Türk toplu iş hukukunun tüm konuları üzerinde uzlaşmaları, kendilerinden beklenebilir. Bu durumda, değişiklik çalışmalarında şimdiye kadar uzlaşma sağlanmış bulunan ko-

nuların biran önce yasalaştırılması, en uygun çözüm olarak görünmektedir.

Yine, gelecek İlerleme Raporu dönemine gelinceye kadar, Türkiye'nin sosyal alandaki eksikliklerini gidermesi için, gereken ilerleme çalışmalarına biran önce başlamasında da, büyük yarar görülmektedir. Çünkü, çözülmeye çalışılmayıp sürekli ertelenen sorunlar, Türk çalışma yaşamında çözülmesi giderek daha zorlaşan yeni birtakım sorunlara yol açmaktadır.

Bu bakımdan, genel seçim öncesi dönemde popülist yaklaşımlardan uzaklaşıp, Türk çalışma yaşamının sorunlarına çözüm arama yolunda, daha fazla çaba gösterilmeli; bu konuda, sosyal taraflar, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığını cesaretlendirip, atılacak adımlarda işbirliğine gitmelidir.

DİPNOTLAR

- 1 Tankut Centel, "2005 Yılı Türkiye İlerleme Raporu'nun Sosyal Yönü Bağlamında Eleştirel Yaklaşım", Sicil I, 1 (Mart 2006), 195.
- 2 Raporun Türkçe çevirisi için bkz. Başbakanlık Avrupa Birliği Genel Sekreterliği (yay.), Avrupa Komisyonu tarafından hazırlanan 2010 Yılı Türkiye İlerleme Raporu, Ankara 2010, 4 vd. (aşağıda yapılacak yollamalarda, söz konusu çeviri metni temel alınacaktır).
- 3 2010 Yılı Türkiye İlerleme Raporu, 8.
- 4 2010 Yılı Türkiye İlerleme Raporu, 29-30.
- 5 2010 Yılı Türkiye İlerleme Raporu, 71.
- 6 Ibid.
- 7 Bkz. 28.4.2010 tarihli TİSK Genişletilmiş Yönetim Kurulu Toplantısı Sonuç Bildirisi, <http://www.tisk.org.tr/duyurular.asp?ayrinti=True&id=3141>
- 8 Bkz. aşağıda III 3.
- 9 Bkz. 2010 Yılı Türkiye İlerleme Raporu, 29 ve 71.
- 10 Bkz. 2010 Yılı Türkiye İlerleme Raporu, 68 ve 71.
- 11 2010 Yılı Türkiye İlerleme Raporu, 70.
- 12 Bkz. İsmet Berkan, "CHP'nin yaratıcı hamlesi: Aile Sigortası", 19.2.2011 tarihli Hürriyet.
- 13 Sözelimi, bkz. Tankut Centel, "2006 Yılı Türkiye İlerleme Raporu'nun Sosyal Yönden Değerlendirilmesi", Sicil I, 4 (Aralık 2006), 202.
- 14 2010 Yılı Türkiye İlerleme Raporu, 68.
- 15 2010 Yılı Türkiye İlerleme Raporu, 69.
- 16 "İşyeri Sağlık Birimleri ve İşyeri Hekimlerinin Görevleri İle Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik" (RG. 16.12.2003, No. 25318); "İş Güvenliği İle Görevli Mühendis veya Teknik Elemanların Görev, Yetki ve Sorumlulukları İle Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik" (RG.

20.1.2004, No. 25352); "İşyeri Sağlık ve Güvenlik Birimleri İle Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimleri Hakkında Yönetmelik" (RG. 15.8.2009, No. 27320).

- 17 "İşyeri Hekimlerinin Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik"; "İş Güvenliği Uzmanlarının Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik"; "İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliği" (RG. 27.11.2010, No. 27768).
- 18 Tankut Centel, "İş Sağlığı ve Güvenliği Gelişmelerine Eleştirel Bir Yaklaşım", Sicil V, 19 (Eylül 2010), 11. Ayrıca son durum hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Erten Cılga, "İş Sağlığı ve Güvenliğinde Son Gelişmeler", Sicil V, 20 (Aralık 2010), 59 vd.
- 19 Bkz. yukarıda dn. 15'e ilişkin metin.
- 20 2010 Yılı Türkiye İlerleme Raporu, 69 dn. 36, 71.
- 21 Ayrıca bkz. Engin Ünsal, "İş Kazaları", 21.2.2011 tarihli Cumhuriyet.
- 22 2010 Yılı Türkiye İlerleme Raporu, 29 .
- 23 2010 Yılı Türkiye İlerleme Raporu, 13 ve 71.
- 24 2010 Yılı Türkiye İlerleme Raporu, 71.
- 25 2010 Yılı Türkiye İlerleme Raporu, 71.

Ben DIGBY

İngiliz Sanayi Konfederasyonu (CBI) İstihdam Politika Danışmanı

Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisinde Değişim Modeli: İngiltere’de Geçici İş İlişkisiyle Çalışma Konusundaki Yeni Düzenlemelerin Uygulanması

Mesleki anlamda geçici iş ilişkisi, geçici işçi çalıştıran işveren, geçici işçi ve geçici istihdam bürosu olmak üzere üçlü bir ilişkidir. Geçici istihdam bürosu, geçici işçi çalıştıran işveren ile geçici işçi arasında aracılık eden bir kuruluştur. Geçici istihdam bürolarının ana faaliyeti, işverenlere daimi çalıştırılacak işçi temini olan özel istihdam bürolarından farklı olarak; iş ilişkisinin kimler arasında kurulduğu noktasında kendini göstermektedir. Nitekim işçi temini faaliyetinde, iş ilişkisi, işçi ile özel istihdam bürosu arasında değil, işçi arayan işveren ile işçi arasında kurulur. Özel istihdam bürosu sadece işçi temini faaliyetini yerine getirir. Geçici iş ilişkisinde ise durum farklıdır. Burada, işçinin geçici iş ilişkisi ile başka bir işveren nezdinde çalıştırılmasında, işçinin asıl işvereni, geçici istihdam bürosudur.

AB’de konuyla ilgili yasal düzenlemelerin niteliği her üye devlette değişiklik gösterse de, genellikle geçici işçiyi asıl olarak çalıştıran ve geçici işçi çalıştıran işverene ödünç veren işyerinin, geçici istihdam bürosu olduğu kabul edilmektedir.

Artık her geçen gün daha fazla şirket, kısa süreli personel ihtiyaçlarına cevap verebilmek için gerekli esnekliği sağlayabilmek bakımından geçici iş ilişkisi ile işçi çalıştırma yolunu seçmektedir. Uluslararası Geçici İstihdam Büroları Konfederasyonu CIETT’e göre geçici iş ilişkisi ile istihdam, yüksek oranda izin, hastalık vb. nedenlerle devamsızlık yapan personelin yerini doldurmak amacıyla kullanılmaktadır (% 27).

Geçici iş ilişkisi ile istihdamın en sık görüldüğü işler de ülkelere göre değişiklik göstermektedir. Örneğin İngiltere’de geçici iş ilişkisi ile istihdam % 80 oranında hizmet ve kamu sektöründe görülürken, Fransa’da daha çok inşaat ve üretim sektöründe görülmektedir.

Geçici iş ilişkisi konusundaki bu gelişmeler çerçevesinde 80’li yıllardan itibaren AB Konseyi ve Parlamentosu, geçici iş ilişkisi ile ilgili bir çerçeve yönerge hazırlanması ve bu şekilde çalıştırılan işçilerin korunması gerekliliğini vurgulayan mevzuat çalışmaları içine girmişlerdir. Yapılan çalışmaların sonucunda neredeyse on

Geçici iş ilişkisi ile istihdam, yüksek oranda izin, hastalık vb. nedenlerle devamsızlık yapan personelin yerini doldurmak amacıyla kullanılmaktadır.

yıldır AB gündeminde yer alan geçici iş ilişkisi konusundaki Yönerge, Avrupa Parlamentosu tarafından 19 Kasım 2008 tarihinde onaylanmış ve 2008/104/EC sayılı bu Yönerge, 5.12.2008 tarih ve L 327/9 sayılı AB Resmi Gazetesi'nde yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Yönerge'nin "Yürütme" başlıklı 11. maddesi uyarınca üye devletler, ulusal mevzuatlarını söz konusu Yönerge'yle en geç 5 Aralık 2011 tarihine kadar uyumlu hale getirmek zorundadırlar.

Yönerge'nin "Eşit davranma ilkesi" başlıklı 5. maddesi ile;

- Geçici işçilerin geçici işçi çalıştıran işverenin işyerinde geçirdikleri süre boyunca tabi olacakları çalışma ve istihdam koşullarının en azından aynı işte çalıştırılan daimi işçiye uygulanan koşullarla aynı olması gerektiği,

- Yukarıda belirtilen bu ilkenin uygulanması bakımından işyerinde hamile kadınlar ve emzikli anneler ile çocuk ve gençlerin korunmasına ilişkin kurullarla, kadın ve erkeklere eşit muamele ve ayrımcılığın önlenmesi hakkındaki kurulların yasa, yönetmelikler, idari düzenlemeler ve toplu iş sözleşmeleri ile tamamlanması gerektiği

düzenlenmekte; "İstihdama, işyerinde sağlanan imkânlara ve mesleki eğitime giriş" başlıklı 6. maddesinde ise;

- Geçici işçilerin geçici işçi çalıştıran işverenin işyerindeki boş pozisyonlardan haberdar edileceği ve daimi bir iş bulabilmeleri için o işyerinde çalıştırılan diğer işçilerle aynı fırsatların sağlanacağı,

- Kantin, çocuk bakım yeri ve servis gibi haklara eşit erişim hakkı verileceği;

- Geçici süreli işlerde çalışan işçilerin hem görevlendirme sırasında ve hem de görevlendirmeler arasında mesleki eğitime daha iyi erişimlerinin sağlanacağı

gibi hususlarda düzenleme getirilmektedir.

İngiltere'de mesleki anlamda geçici iş ilişkisi konusundaki 2008/104/EC sayılı AB Yönergesi'nin uygulanmasına yönelik olarak kabul edilen yeni düzenlemeler; 1 Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe girecek ve söz konusu düzenlemelerle geçici işçilerin ücret ve izin haklarında eşit muamele yapılması sağlanacaktır.

Getirilen yeni düzenlemeler, büyük önem teşkil etmektedir. Mesleki anlamda geçici iş ilişkisi piyasası, son on beş yılda hem işverenlere, hem işçilere hem de bir bütün olarak ekonomiye büyük fayda sağlayarak İngiliz işgücü piyasası üzerinde anahtar bir rol oynamıştır. Mesleki anlamda geçici iş ilişkisinin şirketler açısından sağladığı yararlar açıktır: Geçici işçi çalıştırılması, şirketlere işgücünü talebe göre esnek bir şekilde ayarlama imkânı tanımaktadır. Ancak, bu çalışma türü ile işçiler açısından edinilen yararlar da aynı derecede açıktır: Geçici iş ilişkisi modeli daha fazla iş imkânı sağlamakta, geçici işçilerinin üçte ikisine (% 66) işlerini hayat tarzlarına uydurmak amacıyla ve kendi inisiyatifleri ile, bu bürolar aracılığıyla çalışma ve becerilerini daha etkin kullanabilme imkânı vermektedir. Geçici iş ilişkisi modeli işgücü piyasasının esnekliğini ve istihdam düzeylerini de artırmıştır.

Geçici işçilerin asıl işvereni geçici istihdam bürosudur, iş sözleşmesi geçici istihdam bürosu ve geçici işçi arasında kurulmaktadır. Geçici işçiyi çalıştıran işverenin geçici istihdam bürosu ile arasındaki ilişki ise, ticari bir anlaşma niteliğindedir. Bu da geçici iş ilişkisini çekici kılan özelliktir. Geçici iş ilişkisi, geçici işçiyi çalıştıran işveren bakımından yalnızca bir ticari kaygı anlamındadır. Geçici işçiye kendi işçisi gibi davranma yükümlülüğünün olmayışı firmalar açısından uygun bir durum ortaya çıkarmaktadır.

Ancak İngiltere'de kabul edilen yeni düzenlemeler, bu modele zarar verecektir. Şirketler

Geçici işçi çalıştırılması, şirketlere işgücünü talebe göre esnek bir şekilde ayarlama imkânı tanımaktadır.

Geçici işçilerin asıl işvereni geçici istihdam bürosudur, iş sözleşmesi geçici istihdam bürosu ve geçici işçi arasında kurulmaktadır.

geçici istihdam bürosu ile ticari bir ilişki sürdürmeye devam edecekler ancak ilk kez olarak kendilerine gönderilen geçici işçilerin iş ilişkileri bakımından sorumluluk alacaklardır. Bu da kaçınılmaz olarak geçici işçi çalıştırmanın maliyetinin artmasına -ortalama % 10 civarında- neden olacaktır. Bunun yanı sıra karmaşık düzenlemelere uyulmaması nedeniyle adli taleplerle de karşılaşabileceklerdir.

Geçici işçiler, daimi işçilere göre ne çok iyi, ne de çok kötü durumdadır. İstatistikler, geçici işçilerin, daimi işçilerden genellikle daha fazla kazandıklarını ve benzer beceri profiline sahip olduklarını göstermektedir. Bu açıdan Yönerge'nin taraftarları tarafından en çok kullanılan ve "geçici işçilerin geçici iş ilişkisinin doğası gereği daha savunmasız olduklarına" dair argüman da zayıf bir argümandır. İngiliz Sanayi Konfederasyonu (CBI) Yönerge'ye yanlış yönlendirilmiş ve zarar verici nitelikte olması nedeniyle karşı çıkmıştır.

İngiliz iş dünyası tarafından Yönerge'nin en kötü taraflarının iyileştirilmesi için bazı lobi faaliyetlerinde bulunulmuştur. Yeni hakların tanınmasından önce 12 aylık bir geçiş süresinin getirilmesi, emeklilik ve mesleki hastalık ödemeleri gibi ücret eklerinin düzenlemelerden çıkarılması, bu lobi faaliyetlerinin bir sonucudur.

Pek de hoş karşılanmayan bu yeni düzenlemeler, geçici işçi çalıştıran şirketlere yine de yeni yükler getirecek ve maliyetleri artıracaktır. Şirketler şimdiden insan kaynakları stratejilerinin yeni düzenlemelerden nasıl etkileneceğini düşünmeye başlamışlardır. Bu hakkın sağlanması, yeni düzenlemelerle gelen 2 milyar avroluk maliyet payının en aza indirgenmesine yardımcı olacaktır.

Selçuk KOCABIYIK

MESS Müşavir Avukatı

İşverenin Yönetim Hakkı Uyarınca Haftalık Çalışma Günlerini Belirleyebilmesi

FEDERAL İŞ MAHKEMESİ¹

Karar Tarihi : 15.09.2009

Sayısı : 9 AZR 757/08

İşverenler, iş sözleşmesinde açıkça belirtmemiş olması durumunda dahi işçileri pazar günü çalıştırabilirler.

ÖZET

İşverenler, yönetim hakları uyarınca (ister kanundan doğan, ister kolektif sözleşmeden doğan bir hak olsun) işçilerin düzenli olarak pazar ve tatil günlerinde çalışmalarını isteyebilirler. Bu yönde iş sözleşmesinde işvereni açıkça yetkilendiren bir hükme yer verilmesi zorunlu değildir. İş sözleşmesinde, çalışma sürelerinin düzenlenmesine ilişkin olarak bir hükmün bulunmadığı durumlarda ve de yıllarca sadece normal işgünlerinde çalışmasına ilişkin bir uygulamanın söz konusu olduğu durumlarda dahi, pazar ve tatil gün-

lerinde işverenin çalışma yaptıramayacağı anlamına gelmemektedir.

OLAY

Davacı 1977 yılından beri, davalı otomotiv yan sanayi işletmesinde çalışmaktadır. Tarafların aralarında bağittikleri iş sözleşmesinde ayrıntılara yer vermeden haftalık 40 saatlik vardiya düzenine göre bir çalışma süresi belirlenmiştir. Davalı, Haziran 2007 tarihinde yetkili kuruma müracaat ederek, işçilerin belirli süreli olarak pazar ve tatil günlerinde çalışmalarına yönelik izin almış ve bunun üzerine belirli işçilerin pazar ve tatil günlerinde çalışmalarına yönelik talimat vermiştir.

Davacı açmış olduğu davası ile yetkili kurumdan izin alınmış olunmasına karşın yine de zorunlu olarak pazar ve tatil günlerinde çalıştırılmasının mümkün olmayacağını tespitini talep etmiştir. Davacı, davası ile iş

sözleşmesinde açıkça belirtilmediği sürece pazar ve tatil günlerinde çalıştırılmasının olanak dahilinde olmadığını iddia etmiştir. Bunun ile birlikte yıllardır geçerli olan uygulama doğrultusunda sadece işgünlerinde çalışmak durumunda olduğu kanaatine hasıl olduğunu belirtmiştir. Davacının davası yargılamanın tüm aşamaları tarafından reddedilmiştir.

GEREKÇE

Davacı, Çalışma Süreleri Kanunu'nun 13. maddesinin 4. veya 5. fıkrası hükmü uyarınca alınan istisna izninin mevcudiyeti halinde, iş sözleşmesinden doğan bir borcu olarak, işverenin talimatı doğrultusunda pazar ve tatil günlerinde çalışmak ile mükelleftir. İşverenler, kaynağını, yasalar, kolektif sözleşmelerden veya iş sözleşmelerinden aldıkları yönetim hakkı uyarınca çalışma süresinin haftanın günlerine dağıtımını GewO'nun 106. maddesinin birinci fıkrası hükmü uyarınca serbestçe belirleyebilirler.

Dava konusu olayda pazar günü çalışılmasının yasaklanmasını öngören Çalışma Süreleri Kanunu'nun 9. maddesinin birinci fıkrasının uygulanması söz konusu olmaktadır. Çünkü işveren ilgili kurumdan

Çalışma Süreleri Kanunu'nun 13. maddesinin 4. fıkrası hükmü uyarınca bir istisna izni almıştır. Bununla birlikte davalının pazar günü çalışma yaptıramayacağına ilişkin kolektif sözleşmelerden kaynaklanan bir kısıtlama da söz konusu değildir. Ayrıca işletme bünyesinde bir Çalışma Konseyi kurulup faaliyet göstermediğinden ötürü de İşyeri Teşkilat Yasası'nın 87. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde ifade bulmuş olan katılım haklarının da dikkate alınmasına yer bulunmamaktadır.

İşverenin yönetim hakkı diğer taraftan iş sözleşmesi ile de sınırlandırılmış değildir. Taraflar aralarında bağlatmış oldukları iş sözleşmesinde, çalışma sürelerinin haftanın günlerine dağılımı konusunda herhangi bir düzenlemeye yer vermemişlerdir. Böyle bir durumda en yakın olan uygulama, çalışma süresinin dağılımı konusunda gerekli yetkinin işverene bırakıldığı yönündedir. Yine burada Medeni Kanun'un 305. maddesi ve devamı maddeleri hükümleri uyarınca bir belirsizlik durumu da söz konusu değildir.

Dava konusu olayda davacının 1977 ile 2007 yılları arasında pazar günleri çalıştırılmadığı gerçeği de, durumun farklı yorumlanmasına gerekçe oluşturmamaktadır.

1. KARARA KONU OLAY:

Karara konu olayda, işveren 2007 yılında yetkili kuruma müracaat ederek, pazar ve tatil günlerinde işyerinde çalışma yapılmasına yönelik belirli süreli izin almış ve alınan izin üzerine bir kısım işçilerine pazar ve tatil günlerinde çalışmaları yönünde talimat vermiştir. İşyerinde 1977 yılından beri çalışmakta olan bir işçi ise, iş sözleşmesinde açıkça belirtilmediği sürece pazar ve tatil günlerinde çalıştırılmasının olanak dahilinde olmadığını iddia etmiş, yıllardır geçerli olan işyeri uygulaması doğrultusunda sadece işgünlerinde çalışmak zorunda olduğunu belirterek, yetkili kurumdan izin alınmış olmasına karşın pazar ve tatil günlerin-

de çalıştırılmasının mümkün olmadığını tespiti mahkemeden istemiştir.

Açılmış olan dava yerel mahkemede reddedilmiş, Federal Mahkeme ise işçinin, Çalışma Süreleri Kanunu'na göre alınan istisna izninin varlığı halinde, iş sözleşmesinden doğan bir borç olarak, işverenin talimatı doğrultusunda pazar ve tatil günlerinde çalışmak ile yükümlü olduğuna karar vermiştir. Federal Mahkemeye göre, işverenler, kaynağını, yasalar, kolektif sözleşmelerden veya iş sözleşmelerinden aldıkları yönetim hakkı uyarınca çalışma süresinin haftanın günlerine dağıtımını mevzuat hükümlerine göre serbestçe belirleyebilirler. Federal Mahkeme, bu sonuca varırken, işverenin yö-

Esasen yönetim hakkı, işverenin kanun, toplu iş sözleşmeleri ve iş sözleşmelerine aykırı olmamak üzere vereceği talimatla işin yürütümü ve işçinin işyerindeki davranışını düzenleyebilmesini ifade eder.

netim hakkının bireysel veya toplu iş sözleşmeleriyle sınırlandırılabilirliğini, ancak somut olayda olduğu gibi yönetim hakkına ilişkin bir tahdidin bireysel ya da toplu iş sözleşmesiyle getirilmediği hallerde çalışma süresinin dağıtımına ilişkin yetkinin işverende olduğu gerekçesinden hareket etmiştir. Davacının uzun bir süreden beri pazar günleri çalıştırılmamasının da sonucu değiştirmeyeceğine hükmetmiştir.

2. KARARIN İNCELEMESİ:

Karardan anlaşıldığı kadarı ile işçi ile işveren arasında yapılmış olan iş sözleşmesinde çalışma süresinin haftanın günlerine nasıl dağıtılacağı konusunda herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Bunun yanı sıra işçinin pazar günü çalıştırılmayacağına ilişkin toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan bir kısıtlama da söz konusu değildir.

Çalışma Süreleri Kanunu'nun² 9. maddesinde; pazar ve tatil günlerinde dinlenme hakkına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Kararda bahsi geçen 9. maddenin birinci fıkrasında ise, işçilerin pazar günleri 24 saat boyunca (gece 00:00'dan ertesi akşam 24:00'e kadar) ve genel tatil günlerinde çalıştırılmayacakları düzenlenmiştir. Yine kararda atıfta bulunulan Çalışma Süreleri Kanunu'nun 13. maddesinin 4. ve 5. fıkralarında, işçilerin pazar ve tatil günlerinde çalıştırılmamasına ilişkin düzenlemenin istisnaları yer almaktadır.

Kanununun 13. maddesinin 4. fıkrasında; 9. maddeye karşın; kimyasal, biyolojik, teknik ve fiziksel nedenlerle işin pazar ve tatil günlerinde de ara vermeden devam etmesinin gerektiği durumlarda, yetkili otoritenin işçilerin bugünlerde çalıştırılmasına izin vereceği hükmü yer

almaktadır. Aynı maddenin 5. fıkrasında da 9. maddede yer alan ana kurala bir başka istisna getirilmiştir. Buna göre, yabancı ülkelerde yasal olarak izin verilen haftalık çalışma süresinin daha fazla olması ve çalışma sürelerinin daha uzun olması nedeniyle, işletmenin rekabet gücü aşırı derecede olumsuz etkilenirse, istihdamın sağlanabilmesi için pazar ve tatil günlerinde çalışılmasına yetkili otorite tarafından izin verilebilir.

Karara konu olayda yukarıda anılan Çalışma Süreleri Kanunu'nun 13. maddesinin 4. fıkrası çerçevesinde belirli süreli olarak izin alan işveren, işçilerinin pazar ve tatil günlerinde çalışmasına yönelik talimat vermiştir. İzin hangi nedenle alınmış olduğu, metinden açıkça anlaşılamasa da, belirli bir süre için verilmiş olması, olağandışı bir durumun söz konusu olduğu kanaatini uyandırmaktadır.

Davacı işçinin, iş sözleşmesinde pazar ve tatil günlerinde çalıştırılabilirliğine ilişkin açık hüküm olmadığı gerekçesiyle yapmış olduğu itiraz mahkeme tarafından kabul edilmemiştir. Bireysel veya toplu iş sözleşmeleriyle taraflar çalışma koşullarını, ilgili yasal mevzuat çerçevesinde, düzenlemekte serbesttirler. Karara konu olayda, iş sözleşmesinde işçinin pazar ve tatil günlerinde çalıştırılabilirliğine ilişkin bir hüküm olmamasını Federal Mahkeme, işçinin işverenin talimatı çerçevesinde bugünlerde de çalıştırılabilirliği şeklinde yorumlamıştır. Ayrıca iş sözleşmesinde bu hususla ilgili bir boşluk olmadığına da hükmetmiştir. Bunun yanı sıra işverenin tatil günlerinde çalışma yaptırılmayacağına ilişkin toplu iş sözleşmelerinden kaynaklanan bir yasak da somut olayda mevcut değildir. Bireysel veya toplu iş sözleşmeleriyle bu yönde bir hüküm mevcut olsaydı, şüphesiz ki işçinin pazar ve tatil günlerinde çalıştırılması mümkün olmazdı.

Kararda anılan İşyeri Teşkilat Yasası'nın³ 87. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde, mevzuat veya toplu sözleşmeyle düzenlenmediği durumlarda, işyeri çalışma konseyinin işyerindeki günlük çalışma süresinin, ara dinlenmeler de dahil olmak üzere, başlangıcını ve sona ermesini ve çalışma süresinin haftanın günlerine dağılımını belirlemeye yetkili olduğu

Çalışma Süreleri Kanunu'nun kararda anılan hükümlerine göre alınmış bir istisna izninin mevcudiyeti halinde, işçinin iş sözleşmesinden doğan bir borcu olarak, işverenin talimatı doğrultusunda pazar ve tatil günlerinde çalışmakla yükümlü olduğuna karar verilmiştir.

düzenlenmiştir. Ancak Federal Mahkeme işletme bünyesinde oluşturulmuş bir çalışma konseyi bulunmadığından hareketle anılan hükümlerde ifade bulmuş olan katılım hakkının dikkate alınmasına yer bulunmadığına hükmetmiştir.

İşçinin uzunca bir süredir tatil günlerinde çalışmamış olmasının da, yapılan itiraza etkisi olmadığına hükmedilmiş ve işverenin yönetim hakkına üstünlük tanınmıştır. İş sözleşmesinin kuruluşunda, kararlaştırılan işin tam bir açılımının tespiti ve ifanın tüm ayrıntılarıyla öngörülmesi mümkün değildir. Zira iş sözleşmesiyle işçi tarafından taahhüt edilen iş, spesifik bir iş olmayıp ne'v'en belirlenmiş bir iştir. Bu itibarla işin ifa tarzının; yani nasıl, hangi vasıtalarla, ne zaman, nerede işin ifa edileceğinin ayrıntılı bir şekilde tespit edilmesi, bir bağımlılık ilişkisi kuran iş sözleşmesinde, bu sözleşmenin mahiyeti gereği işverene ait bir haktır. İşveren yönetim hakkını kullanırken sınırlı bir egemenliğe sahiptir; emir ve talimat, kanun hükümleri, toplu iş sözleşmesi ve iş sözleşmesi hükümlerine aykırı olamaz. Esasen yönetim hakkı, işverenin kanun, toplu iş sözleşmeleri ve iş sözleşmelerine aykırı olmamak üzere vereceği talimatla işin yürütümü ve işçinin işyerindeki davranışını düzenleyebilmesini ifade eder.⁴

İşçinin emir ve talimatlara uyma borcu işverenin yönetim hakkının karşısında yer alır. İş sözleşmesinin temel ayırıcı unsuru olarak bağımlılık hukuken, işin işverenin emir ve talimatına tabi olarak bizzat işçi tarafından ifası anlamına geldiğinden işçinin, bu ilişkinin bağımlı süjesi sıfatıyla işverenin emir ve talimatına ita-

ati, asıl borcu olan iş ifasının bir gereği olarak iş sözleşmesinin mahiyetinden doğan tali bir borç niteliğindedir. Buna göre işçi, işverenin, kanuna, toplu iş sözleşmesine, iş sözleşmesine aykırı olmayan işin ifasıyla ilgili emir ve talimatına uymakla yükümlüdür.⁵

Sonuç olarak Çalışma Süreleri Kanunu'nun kararda anılan hükümlerine göre alınmış bir istisna izninin mevcudiyeti halinde, işçinin iş sözleşmesinden doğan bir borcu olarak, işverenin talimatı doğrultusunda pazar ve tatil günlerinde çalışmakla yükümlü olduğuna karar verilmiştir.

3. MEVZUATIMIZDAKİ DURUM:

4857 sayılı İş Kanunu'nun "Hafta tatili ücreti" başlıklı 46. maddesinin birinci fıkrasına göre, kanun kapsamına giren işyerlerinde, haftalık normal çalışma süresini tamamlayan işçiye yedi günlük bir zaman dilimi içerisinde kesintisiz en az 24 saat ücretli hafta tatili verilmesi gerekmektedir. İşçi çalışmadığı halde kanunen çalışma süresinden sayılan zamanlar ile kanundan veya sözleşmelerden doğan tatil günleri, işçiye ölüm, evlenme gibi olaylar nedeniyle verilen mazeret izinleri ile bir haftalık süre içinde kalmak üzere işveren tarafından verilen diğer izinler ve işçiye doktor raporuyla verilen dinlenme süreleri de hafta tatili ücretine hak kazanma bakımından çalışılmış gibi sayılır.

İş Kanunu'nda yer alan düzenlemelerin yanı sıra, hafta tatili özel bir kanunla da düzenlenmiştir. 21.01.1924 tarih ve 54 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış olan 394 sayılı Hafta Tatili Hakkında Kanun'un birinci maddesine göre nüfusu onbin veya daha fazla olan kentlerde tüm sınai ve ticari işletmelerin faaliyetlerini haftada bir gün durdurmaları gerekmektedir. Kanunun ikinci maddesinde de sınai ve ticari işyerlerinde çalışanların haftada altı günden fazla çalıştırılmayacağı düzenlenmiştir. 2429 sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun'un üçüncü maddesinde de haftanın pazar günü olduğu hükmüne yer verilmiştir. Ancak Yargıtay'a göre "2429 sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanunun 3. maddesine göre hafta tatili Pazar günüdür. Kural bu şekilde olmakla birlikte, işçiye Pazar

günü dışında hafta tatili izni kullandırılması mümkündür.”⁶

Bununla birlikte 394 sayılı Kanunun 4. ve 5. maddeleriyle sürekli çalışma zorunluluğu bulunan eczane, hastane, vapur, tramvay, su, elektrik, gaz, telefon şirketleri, matbaa, günlük gazete bayileri, eğlence yerleri, oteller gibi işyerlerine pazar günü çalışma imkanı tanınmıştır. Yaklaşık doksan yıl önce yürürlüğe girmiş ve ülkenin o gün içinde bulunduğu koşullara göre hazırlanmış olan bu kanunda pazar günü dışında hafta tatili uygulaması olabilecek istisnalar içinde sanayi işyerleri bulunmamaktadır. Ancak zaman içinde ortaya çıkan ihtiyaçlar neticesinde 06.03.1956 tarih ve 4/6762 sayılı Bakanlar Kurulu kararnamesi ile sanayi işyerlerinin pazar günleri hafta tatili yapmak zorunda olmadığı belirlenmiştir. Buna göre hafta tatilinin pazar günü dışında başka bir gün olarak belirlenmesi durumunda, pazar günü normal çalışma günü olarak kabul edilmektedir.

yürütülen işlerde işçilere haftanın bir gününde nöbetleşme yoluyla hafta tatili verilmesi gerektiğine hükmetmiştir.⁸

İşçinin hafta tatilinin pazar gününden başka bir günde kullandırılmasının mümkün olduğu gerek doktrinde gerekse Yargıtay kararlarında kabul edilmektedir. Bu durumda, işçiye haftanın bir başka gününde hafta tatilinin kullandırılması gerekir. İşyerinde çalışanların tamamına bir günde hafta tatilleri kullandırılabilceği gibi, hafta tatilinin farklı günlerde kullandırılması da mümkündür. İş Kanunu’nda işçinin haftada en az bir gün dinlendirilmesi öngörülmüş olduğundan, hafta tatilinde işçinin çalışması halinde ücretinin nasıl ödeneceğine dair bir düzenleme kanunda yer almamaktadır. İşçinin hafta tatilinde çalışması halinde, bu çalışmanın fazla çalışma olarak kabul edilmesi ve ücretinin de fazla çalışma yapılmış gibi zamlı olarak ödemesi gerekir.

İş Kanunu’na göre işçiye fazla çalışma

Yargıtay’a göre, hafta içinde kendisine bir gün hafta tatili verilen işçinin pazar günü çalışması halinde, çalıştığı pazar günü için bir günlük ücret ödenmesi gerekir.

07.04.2004 tarih ve 25426 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Postalar Halinde İşçi Çalıştırılarak Yürütülen İşlerde Çalışmalara İlişkin Özel Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin, işin düzenlenmesine ilişkin 3. maddesinde postaların hafta tatillerinin işveren tarafından düzenleneceği, “Hafta Tatili” başlıklı 11. maddesinde de postalar halinde çalıştırılarak yürütülen işlerde, işçilere haftanın bir gününde 24 saatten az olmamak üzere ve nöbetleşme yolu ile hafta tatilinin verilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Yönetmeliğin ilgili hükmünde hafta tatilinin haftanın herhangi bir gününde kullanılabilceği sonucuna varılmaktadır.

Yargıtay’a göre, hafta içinde kendisine bir gün hafta tatili verilen işçinin pazar günü çalışması halinde, çalıştığı pazar günü için bir günlük ücret ödenmesi gerekir.⁷ Yargıtay bir başka kararında da postalar halinde işçi çalıştırılarak

yaptırılabilmesi, işçinin onayına tabidir. “İş Kanunu’na İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği”nin 9. maddesinde bu onayın işçilerden her yıl başında yazılı olarak alınması gerektiği düzenlenmiştir. Bir görüşe göre bu kuralı, fazla çalışma için sözleşmelerde hüküm bulunmayan hallerle sınırlı olarak uygulamak gerekir.⁹ Yargıtay’a göre, işçiden fazla mesai için önceden onay alınmamış olsa da, daha önce fazla çalışma yapan ve ücreti tam ve düzenli olarak ödenen işçinin fazla mesaiye kalmak istememesi fesih için geçerli neden kabul edilmektedir.¹⁰

Normal fazla çalışmanın dışında İş Kanunu’nun 42. ve 43. maddelerinde zorunlu nedenlerle ve olağanüstü hallerde yapılabilecek fazla çalışmaya ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. İş Kanunu’nun 42. maddesinin birinci fıkrasına göre, “Gerek bir arıza sırasında, gerek bir arızanın mümkün görülmesi halinde

yahut makineler veya araç ve gereç için hemen yapılması gerekli acele işlerde, yahut zorlayıcı sebeplerin ortaya çıkmasında, işyerinin normal çalışmasını sağlayacak dereceyi aşmak koşulu ile işçilerin hepsi veya bir kısmına fazla çalışma yaptırılabilir.” Zorunlu nedenlerle fazla çalışma yaptırılabilmesi için kanunda belirtilen nedenlerden birinin ortaya çıkması gerekir. Bu nedenlerden birinin gerçekleşmesi halinde Fazla Çalışma Yönetmeliği'nin 9. maddesinin birinci fıkrası uyarınca çalışma yaptırabilmek için işçinin onayı aranmaz. Zorlayıcı nedenin niteliğine göre işyerindeki işçilerin hepsi veya bir kısmı fazla çalıştırılabilir. Örneğin bir sel baskınında bütün işçilerin fazla çalışmaya katılması istenebileceği halde, bir arızanın giderilmesi söz konusu olduğunda sadece bazı işçilere fazla çalışma yaptırılabilir. Zorunlu nedenlerle fazla çalışmanın sınırı, bu çalışmaların işyerinin normal çalışmasını sağlayacak dereceyi aşmamasıdır. Bu nedenle, işçiler ancak zorunlu nedene bağlı olarak yapılması gereken işlerin devamı süresince fazla çalıştırılabilirler.¹¹

Zorunlu nedenlerle fazla çalışma, sadakat borcu içinde yer alan bir yükümlülüktür. Bu nedenle zorunlu fazla çalışmayı, başta sağlığı olmak üzere haklı bir takım nedenleri olmadan reddeden işçinin iş sözleşmesi işveren tarafından İş Kanunu'nun 25. maddesinin II. bendini (h) fıkrasına göre haklı nedenle feshedilebilir.¹²

İş Kanunu'nun 43. maddesinin birinci fıkrasına göre, “Seferberlik sırasında ve bu süreyi aşmamak şartıyla yurt savunmasının gereklerini karşılayan işyerlerinde fazla çalışmaya lüzum görülürse işlerin çeşidine ve ihtiyacın derecesine göre Bakanlar Kurulu günlük çalışma süresini, işçinin en çok çalışma gücüne çıkarabilir.” Olağanüstü hallerde fazla çalışma işverenin talimatı üzerine değil, Bakanlar Kurulu kararıyla yapılır. Bunun gibi, olağanüstü nedenlerle fazla çalışma yaptırabilme olanağı seferberlik hali ile yurt savunmasının gereklerini karşılayan işyerlerinde ve bunun süresi ile sınırlıdır. Bu durumda Bakanlar Kurulu günlük çalışma süresini işçinin en çok çalışma gücüne çıkarabilir. Fazla Çalışma Yönetmeliği'nin 9. maddesinin birinci fıkrası uyarınca olağanüstü

nedenlerle fazla çalışmalarda da işçinin onayı aranmaz.¹³

Ulusal Bayram ve genel tatillere ilişkin esaslar, 2429 sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun'da düzenlenmiştir. Kanunun birinci maddesine göre 29 Ekim Ulusal Bayram'dır. Bayram 28 Ekim günü saat 13:00'ten itibaren başlar ve 29 Ekim günü devam eder. Kanunun ikinci maddesine göre genel tatil günleri ise, 23 Nisan Ulusal Egemenlik ve Çocuk Bayramı, 19 Mayıs Atatürk'ü Anma Gençlik ve Spor Bayramı, 30 Ağustos Zafer Bayramı, 1 Ocak yılbaşı tatili, 1 Mayıs Emek ve Dayanışma Günü, Ramazan ve Kurban Bayramlarıdır. Kanunun 2. maddesinin son fıkrasına göre mahiyetleri itibariyle sürekli görev yapması gereken kuruluşların özel kanunlarındaki hükümler saklıdır.

İş Kanunu'nun Ulusal Bayram ve genel tatil günlerinde çalışmayı düzenleyen 44. maddesine göre, Ulusal Bayram ve genel tatil günlerinde işyerlerinde çalışılıp çalışılmayacağı toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmeleri ile kararlaştırılır. Sözleşmede hüküm bulunmaması halinde söz konusu günlerde çalışılması için işçinin onayı gereklidir. Kanundaki düzenlemeye göre, bu hususla ilgili olarak sözleşme hükümlerine öncelik tanınmış, eğer toplu iş sözleşmesinde veya iş sözleşmesinde hüküm yoksa, işçinin onayının gerekli olduğu hüküm altına alınmıştır. İşverenin yönetim hakkı çerçevesinde, işçi-yi genel tatil günlerinde çalışmaya icbar etme yetkisi bulunmamaktadır. Ancak bu onayın sözleşmelerle veya daha sonra verilmesi halinde işçi tatil günlerinde de çalışmakla yükümlü olur. Yargıtay'a göre, “Her ne kadar anılan kurban bayramının 2. ve müteakip günleri tatil ise de TİS'nin 14/a maddesine göre bugünlerde de çalışılması öngörüldüğünden davacının mazeretsiz üst üste 3 gün devamsızlıkta bulunması işverene hizmet akdini haklı olarak feshetme yetkisi verir.”¹⁴

Mevzuatımız bakımından konu ele alındığında, normal fazla çalışma yapılabilmesi için işçinin onayı gerektiği görülmektedir. Ulusal Bayram ve genel tatil günlerinde çalışma yaptırılabilmesi için bireysel veya toplu iş sözleşmelerinde hüküm bulunmuyorsa, bu halde de

işçinin onayı gerekmektedir. Zorunlu ve olağanüstü hallerde yapılacak fazla çalışma için işçinin muvafakati aranmamıştır. Zorunlu nedenlerle fazla çalışmanın sınırı, bu çalışmaların işyerinin normal çalışmasını sağlayacak dereceyi aşmamasıdır. Olağanüstü hallerde fazla çalışma ise ancak Bakanlar Kurulu tarafından verilecek bir talimat ile yapılır. İş Kanunu'nda işçinin yasal bir dinlenme süresi olan hafta tatilinde çalıştırılmasına ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Bununla birlikte hafta tatilinde çalışan işçinin yaptığı çalışma, fazla çalışma hükümlerine tabi olur. İş Kanunu'nun işçiye yedi günlük bir zaman dilimi içerisinde kesintisiz 24 saat hafta tatili verilmesini düzenleyen hükmü karşısında, hafta tatilinin pazar gününden başka bir gün kullanılması mümkündür.

İşçinin işveren tarafından verilen talimatlara uyma borcu, işverenin yönetim hakkının karşısında yer alır. İşçi, işveren tarafından verilen ve kanun ve sözleşme hükümlerine aykırı olmayan talimatlara uymakla yükümlüdür.

4. DEĞERLENDİRME VE NETİCE:

Çalışma Süreleri Kanunu'nun 9. maddesinde işçilerin pazar günleri ve genel tatil günleri çalıştırılmayacakları hüküm altına alınmıştır. Karara konu olayda işveren, Çalışma Süreleri Kanunu'nun 13. maddesinin 4. fıkrası çerçevesinde bir istisna iznini belirli süreli olarak almıştır. Bu istisna izni, niteliği itibarıyla ara verilmeden sürdürülmesinde zorunluluk bulunan işler için öngörülmüştür.

Federal Mahkeme kararında işveren, tarafından Çalışma Süreleri Kanunu'na göre alınmış olan bir istisna iznine dayanarak, işçiden pazar ve tatil günlerinde çalışma yapılmasının istenilmesi halinde, öncelikle çalışma koşullarını düzenleyen bireysel ve/veya toplu iş sözleşmesi hükümlerine değer verildiği görülmektedir. Tespit edilmeye çalışılan husus, bireysel veya toplu iş sözleşmeleriyle işverenin yönetim hakkının sınırlandırılmış olup olmadığıdır. Mahkemece; işverenin yönetim hakkının sözleşme hükümleriyle sınırlandırılmadığı takdirde, çalışma süresinin dağılımı konusunda gerekli yetkinin işverende olduğu sonucuna varılmıştır.

İş sözleşmesinde veya toplu iş sözleşmesin-

de çalışma sürelerinin düzenlenmesine ilişkin bir düzenlemenin yer almaması halinde, işçi uzun yıllardan beridir pazar ve tatil günlerinde çalıştırılmamış olsa dahi, işverenin yönetim hakkı çerçevesinde işçiye, bugünlerde de çalıştırma yaptırmasının mümkün olduğuna hükmedilmekle, işverenin yönetim hakkına üstünlük tanınmıştır.

DİPNOTLAR

- 1 Çalışma ve Toplum Dergisi, Sayı 25, 2010/2, sf: 605.
- 2 Söz konusu kanunun ilgili kısımları İngilizce'den tercüme edilmiştir. Kanunun İngilizce metni için bkz. <http://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/WEBTEXT/37814/64928/E94DEU01.htm>.
- 3 Söz konusu kanunun ilgili kısımları İngilizce'den tercüme edilmiştir. Kanunun İngilizce metni için bkz. http://www.bmwi.de/English/Redaktion/Pdf/___Archiv/labour-law/works-constitution-act1,property=pdf,bereich=bmwi,sprache=de,rwb=true.pdf.
- 4 MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, Ankara 2008, sh:72 vd.
- 5 MOLLAMAHMUTOĞLU, a.g.e., sh:447.
- 6 Y. 9. H.D., 23.02.2010 t., 2008/14745 E., 2010/4500 K.
- 7 Y. 9. H.D., 12.11.1998 t., 1998/13870 E., 1998/16190 K.
- 8 Y. 9. H.D., 09.11.1989 t., 1989/6561 E., 1989/9664 K.
- 9 SÜZEK, İş Hukuku, İstanbul 2005, sh:627.
- 10 Yargıtay 9. H.D., 08.10.2007 t., 2007/11936 E., 2007/29817 K.
- 11 SÜZEK, a.g.e., sh:636.
- 12 MOLLAMAHMUTOĞLU, a.g.e., sh:899.
- 13 SÜZEK, a.g.e., sh:637.
- 14 Yargıtay 9. H.D., 04.12.1995 t., 1995/20094 E., 1995/34946 K.



“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.)