

siçil

İ Ş H U K U K U D E R G İ S İ

MALİ HUKUK
AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU
 KARAR İNCELEMELERİ ÇALIŞMA CEZA HUKUKU
BİREYSEL İŞ HUKUKU TOPLU İŞ HUKUKU
 SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU
 MALİ HUKUK SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU
 KARAR İNCELEMELERİ
MALİ HUKUK
 ÇALIŞMA CEZA HUKUKU
 AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU
TOPLU İŞ HUKUKU
 KARAR İNCELEMELERİ
 ÇALIŞMA CEZA HUKUKU
 SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU
 KARAR İNCELEMELERİ
BİREYSEL İŞ HUKUKU
 KARAR İNCELEMELERİ
 AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU
 MALİ HUKUK TOPLU İŞ HUKUKU
ÇALIŞMA CEZA HUKUKU
 KARAR İNCELEMELERİ
 TOPLU İŞ HUKUKU BİREYSEL İŞ HUKUKU
MALİ HUKUK ÇALIŞMA CEZA HUKUKU
BİREYSEL İŞ HUKUKU
 KARAR İNCELEMELERİ AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU
MALİ HUKUK KARAR İNCELEMELERİ
 SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU
TOPLU İŞ HUKUKU
 ÇALIŞMA CEZA HUKUKU
 MALİ HUKUK BİREYSEL İŞ HUKUKU
KARAR İNCELEMELERİ
 AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU
MALİ HUKUK
 KARAR İNCELEMELERİ
 SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU
TOPLU İŞ HUKUKU
 ÇALIŞMA CEZA HUKUKU
 BİREYSEL İŞ HUKUKU
 AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU
 KARAR İNCELEMELERİ
TOPLU İŞ HUKUKU BİREYSEL İŞ KARAR İNCELEMELERİ
 HUKUKU **MALİ HUKUK**
 KARAR İNCELEMELERİ AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU
SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU
 BİREYSEL İŞ HUKUKU **MALİ HUKUK**
 TOPLU İŞ HUKUKU

Anında Bankacılık. Anında avantajlı faiz.

Şubesiz Vadeli Mevduat Hesabı

Siz de şubeye gitmeden bir hesap açtırın, hem **Anında Bankacılık** kanallarının avantajlı faiz oranlarından yararlanın hem de zaman kazanın.

ANINDA BANKACILIK KANALLARI



Bankamatik



İşCep



İşPad



İnternet Şubesi



İşWap



SİCİL

İŞ HUKUKU DERGİSİ

EYLÜL '12 • Yıl 7 • Sayı 27

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

Av. Mesut ULUSOY

Yayın Kurulu

Av. Hakan YILDIRIMOĞLU

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. Mete N. YORULMAZ

Av. Burak TÜRKMEN

BaskıHanlar Matbaacılık
San. ve Tic. Ltd. Şti.Yeşilce Mah. Aytekin Sok.
No. 16 Kağıthane/İSTANBUL**Yayın Türü**Yerel süreli yayın. MESS'in
üç aylık yayın organıdır.

ISSN 1306-6153

Baskı Tarihi

24 Eylül 2012

M E S S**Türkiye Metal Sanayicileri
Sendikası**Merkez Mahallesi
Geçit Sokak No: 2
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**

- Kıdem Tazminatının İşçinin Bireysel Hesabına Yatırılması Hakkında*
Yasa Taslağı Üzerine Gözlemler 5
Prof. Dr. Tankut CENTEL
- İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda İşverene Getirilen Yükümlülükler* 13
Prof. Dr. Şükran ERTÜRK
- Yeni Borçlar Kanunu'nun İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerinin*
4857 Sayılı Kanun Kapsamındaki İş İlişkilerine Etkisi 25
Doç. Dr. Erdem ÖZDEMİR
- Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kanunu Tasarı Taslağında Yer Alan*
Psikolojik Tacize İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi 47
Yrd. Doç. Dr. Arzu ARSLAN ERTÜRK
- Asıl İşverenin İş Güvencesi Hükümleri Yönünden Sorumluluğu* 56
Seracettin GÖKTAŞ
- İşe İade Davası Lebine Sonuçlanan İşçinin İşe Başlatılmaması Durumunda*
Kıdem Tazminatı 68
Av. Abbas BİLGİLİ
- KARAR İNCELEMELERİ**
- 4857 Sayılı İş Kanunu Yürürlüğe Girmeden Önceki Dönemde*
İşverence Tek Taraflı Olarak İkramiye Uygulamasına Son Verilmesine
İlişkin Yargıtay Kararının İncelenmesi 80
Prof. Dr. Hakan KESER
- Ara Dinlenmesinde Yapılan Çalışmanın Ücretlendirilmesi* 93
Yrd. Doç. Dr. N. Binnur TULUKÇU
- Her Yıl İşverenin Takdirine Bağlı Olarak Değişen Tutarda Ödenen*
İkramiyenin İş Şartı Niteliği 104
Yrd. Doç. Dr. Mahmut KABAKCI
- İş Güvencesi Tazminatı ile Ayrımcılık Tazminatının Birlikte*
İstenilip İstenilemeyeceğine Dair Karar İncelemesi 116
Durmuş ÖZCAN
- Sulben Sonuçlanan ve İşe Başlatmama Tazminatının Belirlenmediği*
İşe İade Davasında, Anlaşmaya Aykırı Olarak İşçinin İşe Başlatılmaması 125
Av. Mustafa AVCI
- Geçersiz Fesih Öncesi Kullanılan İhbar Önelinin Hukuki Durumu* 130
Av. Uygur BOSTANCI

TOPLU İŞ HUKUKU

19.03.2012 Tarıblı Toplu İş İlişkileri Kanunu Tasarısının Getirdikleri 139
Prof. Dr. Ünal NARMANLIOĞLU

Toplu İş Sözleşmesi ile Getirilen Düzenlemelerin Kapsam Dışı Personele Uygulanabilirliği 157
Av. Ender KIZILRAY

KARAR İNCELEMELERİ

Art Etki ve Ücrete Uygulanan Faiz 162
Yrd. Doç. Dr. Mehmet Onat ÖZTÜRK

Bir İşyerinin Girdiği İşkolumun Tespitinde İşyerinde Yürütülen Faaliyet Hangi Teknik Amacı Taşıyorsa Asıl İş Odur. Alt İşverenin İşkolu Tespiti Asıl İşverenden Ayrı Olarak Yapılmamalıdır. (Karar İncelemesi) 170
Av. Hakkı KIZILOĞLU

SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU

Kadının Sosyal Güvenliği Yok! 179
Prof. Dr. Müjdat ŞAKAR

5510 Sayılı Kanuna Göre İşverenlerin Ödemesi Gereken Prime 4447 Sayılı Kanunun Geçici 10. Maddesi ile Getirilen Teşvikten Yararlanabilme Şartları 189
Murat UĞUR

Cari Dönem Primlerini Ödeyemeyenlerin 6111 Sayılı Yasa'ya Göre Prim Yapılandırması Bozular mı? 199
Mahmut KOTAN

4-b (Bağ-Kur) Sigortalılığı Kaldırılmalı mı? 6111 Sayılı Kanun ile Getirilen Düzenlemeler Eşliğinde Son Durum Değerlendirmesi 205
Mustafa AKDAĞ

KARAR İNCELEMESİ

Hizmet Tespiti Davalarında Asıl İşverenin Taraf Sıfatı 213
Prof. Dr. Murat ŞEN

MALİ HUKUK

Sendikalara Ait İktisadi İşletmelerin Vergilendirilmesinde İktisadi İşletme Kavramı 232
Yrd. Doç. Dr. Cenker GÖKER

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU

ILO'nun 14 Haziran 2012 tarihli ve 202 numaralı Sosyal Koruma Ulusal Tabanlarıyla İlgili Tavsiye Kararı Üzerine Bir Not 239
Prof. Dr. Rüçhan IŞIK

ILO Tarafından Kabul Edilen Konsolide Bir Sözleşme "Deniz İş Sözleşmesi" (Maritime Labour Convention, 2006) 242
Yrd. Doç. Dr. Mehmet Nusret BEDÜK

Mobbing Sorununa Proaktif Bir Yanıt: İnsan Kaynakları Yöneticileri İçin Bir Rehber (Proactive Response to the Mobbing Problem: A Guide for HR Managers) 258
Dr. Linda SHALLCROSS, Dr. Sheryl RAMSAY ve Prof. Dr. Michelle BARKER
Çeviren: Ahmet TAŞKIN



Endüstri ilişkilerinin çıkmaza girmesi toplumun tüm kesimleri için risk oluşturur

Bilindiği üzere çalışma yaşamının şu anda en önemli gündem maddelerinden birisi, kitlenme noktasına gelen endüstri ilişkileri düzenidir. Mevcut durumda, 1 Şubat 2012 tarihinden itibaren sendikalara toplu sözleşme yapma yetkisi verilemediğinden, süresi sona eren veya erecek toplu iş sözleşmeleri için toplu görüşmelere başlanılamamaktadır. Bu sebeptendir ki, söz konusu işyerlerinde gerek işçiler gerekse işverenler açısından son derece belirsiz bir dönem yaşanmaktadır. Bir ülkenin ekonomik gelişimi, geniş ölçüde işçi-işveren ilişkilerinin düzenine bağlıdır. İşçi ve işveren ilişkilerinin çıkmaza girmesi ise tüm ülkenin geleceğini yakından ilgilendiren, risk almanın mümkün olmadığı öncelikli bir konudur.

Uzun süredir üzerinde tartışılan ve birçok hükümünde sosyal tarafların mutabakatı olup binlerce çalışana ilgilendiren Toplu İş İlişkileri Kanunu Tasarısı, geçtiğimiz yasama yılında bir türlü yasalaştırılamadığı için ne yazık ki yeni yasama yılına kalmıştır. Öte yandan, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı Sayın Faruk Çelik'in çağrısıyla, 24 Temmuz 2012 tarihinde, 2012 Ocak ve Temmuz istatistikleri ile işkolu tespit başvurularının yetki tespit işlemlerinde "bekletici neden" sayılıp sayılmama konularının değerlendirilmesi amacıyla yapılan Üçlü Danışma Kurulu toplantısında, Bakan Çelik'in önerdiği formüllerin hiçbiri hayata geçememiştir. Umarız ki; TBMM'nin, 1 Ekim 2012 tarihinde yeni yasama yılına başlamasıyla birlikte, gündemin öncelikli maddeleri arasında yer alan Toplu İş İlişkileri Kanunu Tasarısı yasalaşır ve çalışma yaşamına önemli katkı sağlar.

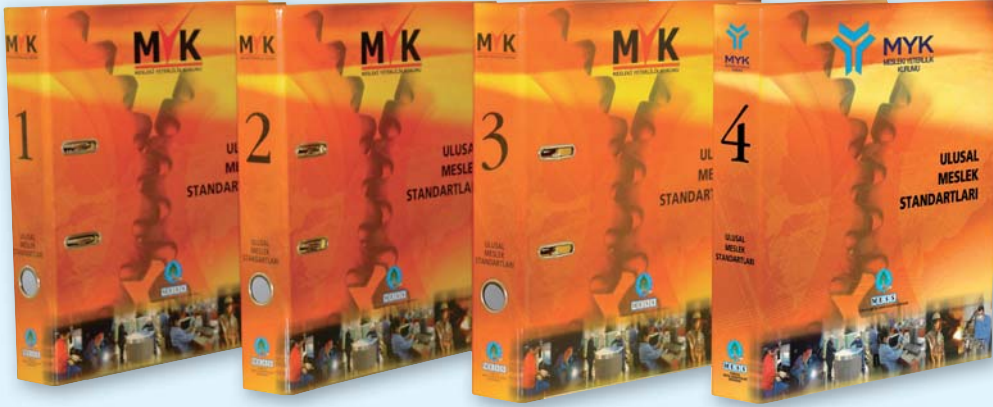
Öte yandan 30 Haziran 2012 tarihinde yayımlanan İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda hüküm altına alınan ve uygulamaya ilişkin usul ve esasları düzenleyecek olan yönetmeliklerin de, bir an önce hazırlanarak yürürlüğe girmesi, hem çalışanlar hem işverenler hem de işletmeler açısından büyük önem taşımaktadır.

Dergimizin 27. sayısındaki diğer bazı konu başlıklarımız ise şöyle: Kıdem tazminatının işçinin bireysel hesabına yatırılması hakkında yasa taslağı üzerine gözlemler, yeni Borçlar Kanunu'nun iş sözleşmesinin sona ermesine ilişkin hükümlerinin 4857 sayılı Kanun kapsamındaki iş ilişkilerine etkisi, asıl işverenin iş güvencesi hükümleri yönünden sorumluluğu, 19.03.2012 tarihli Toplu İş İlişkileri Kanun Tasarısı'nın getirdikleri, toplu iş sözleşmesinin art etkisi ve ücrete uygulanan faiz, toplu iş sözleşmesi ile getirilen düzenlemelerin kapsam dışı personele uygulanabilirliği, hizmet tespiti davalarında asıl işverenin taraf sıfatı, ILO'nun 14 Haziran 2012 tarihli ve 202 numaralı sosyal koruma ulusal tabanlarıyla ilgili Tavsiye Kararı üzerine bir not, mobbing sorununa proaktif bir yanıt: insan kaynakları yöneticileri için bir rehber. Gündemi takip eden makaleler ve karar incelemelerinin yer aldığı dergimizin 27. sayısını siz değerli okuyucularımızın bilgilerine sunarız.

Saygılarımla,
Av. İsmet Sipahi

Ulusal Meslek Standartları

Ulusal Meslek Standartları sektörün ihtiyacı olan nitelikli işgücüne erişimi hızlandıracak.



Metal sanayinde yeniliklerin öncüsü olan MESS, Mesleki Yeterlilik Kurumu'ndan (MYK) aldığı yetkiyle otomotiv ve metal sektörlerinde Ulusal Meslek Standartları'nı hazırlama görevini sürdürüyor. Hazırlanan Ulusal Meslek Standartları, AB normlarıyla uyumlu bir Ulusal Yeterlilik Sistemi'nin oluşturulmasında temel görevi üstlenecek.

Son olarak 20 Aralık 2011 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanan İşletme Elektrik Bakımcısı Seviye 5 Ulusal Meslek Standardı ile bugüne kadar MESS tarafından hazırlanan toplam Ulusal Meslek Standardı sayısı 57'ye ulaştı. Sendikamız MESS, Ulusal Meslek Standartları'nın ulaşılabilirliğini artırmak ve arşivlenmesini kolaylaştırmak amacıyla yayımlanan standartları ilgili tüm kurum ve kuruluşlar ile sosyal paydaşlara dağıttı. Sendikamızın, meslek standartlarının hazırlanması alanındaki çalışmalarını sektörün önde gelen temsilcileri olan üyeleri ile eşgüdümlü olarak sürdürüyor.



Yayın Talebi İçin

MESS Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası İktisadi İşletmesi
Merkez Mahallesi Geçit Sokak No: 2 34381 Şişli/İSTANBUL
Tel: 0 212 232 01 04 (pbx) Faks: 0 212 241 76 19
e-posta: mess@mess.org.tr - www.mess.org.tr

Prof. Dr. Tankut CENTEL

Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Kıdem Tazminatının İşçinin Bireysel Hesabına Yatırılması Hakkında Yasa Taslağı Üzerine Gözlemler

1. Giriş

Türk hukuk sistemine ilk kez 1936 yılında girmiş bulunan kıdem tazminatı kurumu, zaman içerisinde işletmeler üzerinde önemli bir mali yük oluşturmaya başlamıştır. Nitekim, günümüzde işletmeler üzerinde, 216 milyon TL'lik bir birikmiş kıdem tazminatı yükünün varlığından söz edilmektedir¹. Üstelik, belirtilen bu tahmini yük, 4 milyar 656 milyon TL'den söz eden TİSK araştırması² yanında, oldukça düşük kalmaktadır.

İşyerlerinin üzerinden kıdem tazminatı yükünün kaldırılması konusunda, 1975 yılında 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinde 1927 sayılı Yasa'yla değişikliğe gidilerek, Yasayla kıdem tazminatı fonunun kurulması öngörülmüş; ancak, aradan geçen 37 yıla ve onca yasa taslağına³ rağmen, söz konusu fon kurulamamıştır. Çünkü, kıdem tazminatı fonunun kurulmaması konusunda, hem sosyal taraflar ve hem de hükümet kanadı, geçmişte haklı görülebilecek önemli gerekçelere sahip bulunmuştur.

Diğer yandan, 1999 yılında Türkiye'de işsizlik sigortasının kabulüyle birlikte, kıdem tazminatının varlık gerekçesi, artık sorgulanmaya başlanmıştır. Buna karşın, kıdem tazminatı, sosyal gerçeklik olarak varlığını sürdürmekte; ancak, yaptırılan araştırmalarda, kıdem tazminatına hak kazanan işçilerin çok az bir bölümünün, fiilen kıdem tazminatını işverenden alabildiği görülmektedir.

Kıdem tazminatı hakkını güvence altına almak ve işletmeler üzerinden kıdem tazminatı yükünü kaldırmak amacıyla ve de Ulusal İstihdam Stratejisi doğrultusunda, son olarak "Kıdem Tazminatının İşçinin Bireysel Hesabına Yatırılması Hakkında Kanun Taslağı"⁴ hazırlanıp, Ekonomik Koordinasyon Kurulu'na sunulmuştur. Bunun gibi, BETAM (Bahçeşehir Üniversitesi Ekonomik ve Toplumsal Araştırmalar Merkezi) tarafından 9.8.2012 tarihinde kamuoyuyla paylaşılan Rapor'da da, kıdem tazminatı karşılıklarının bireysel hesaplarda toplanması esası, çözüm olarak önerilmiştir⁵.

Bu arada, anılan Yasa Taslağı'nın; gerekli

görüşmeler yapıлып son halini aldıktan sonra, Bakanlar Kurulu'na getirilip buradan TBMM'ne sevk edileceği ve Toplu İş İlişkileri Kanunu Tasarısı'nın ardından da yasalaştırılacağı, bizzat Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı tarafından basına açıklanmıştır. Ancak, bunun ardından bir süre sonra Başbakan, kıdem tazminatının gündemde olmadığını belirtmiş ve "kıdem tazminatını işçi ve işveren çözsün" demiştir⁶.

Buna göre, aşağıda ilkin, bireysel hesaba dayalı olarak işçiye veya yasal mirasçılara kıdem tazminatının ödenmesi üzerinde durulacak ve daha sonra da, bireysel hesapların işletilmesi konusundaki örgütlenme biçimi irdelenecektir.

II. Kıdeme Dayalı Bireysel Hesap İlişkisi

1. Uygulama alanı

Taslak, iş yasalarına, yani 4857 sayılı İş Kanunu ile Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu'na tabi olan işçilerin kıdem tazminatlarını ilgilendirmektedir. Bu itibarla, Taslağın, sadece 4857 sayılı İş Kanunu'na tabi olan işçileri ilgilendireceği söylenememekte ve gemiadamları ile gazetecilerin kıdem tazminatları da, söz konusu Yasanın uygulama alanı içine alınmak (Taslak m. 2) suretiyle, bireysel hesap ilişkisine sokulmaktadır.

Taslağın, kıdem tazminatlarını, işçinin her çalışması için ayrı açılacak veya çalışmaların birleştirileceği bireysel hesaplara dayalı olarak değerlendirdiği görülmektedir. Bu anlamda, bireysel hesap ilişkisi, tıpkı sosyal sigorta ilişkisi gibi, işçinin işe alınması (istihdamı) anında kurulmaktadır.

Ancak, bireysel hesap ilişkisinden doğan işlemlerin yürütülmesi, işverene düşmekte; bunun için de Taslak, bireysel kıdem hesabı sistemine dahil olan işveren ile emeklilik şirketi arasında, işçi lehine olmak üzere, "kıdem tazminatı sözleşmesi" bağlatılmasını öngörmektedir (m. 6/I). Bu adı taşıyacak bir sözleşme, Türk hukukuna yabancı kalmaktadır. Burada kastedilen, hukuken "üçüncü kişi yararına sözleşme" niteliğini taşıyacak bir sözleşmeyle,

işverenin prim ödemesi karşılığında emeklilik şirketinin işçiye veya yasal mirasçılara kıdem tazminatı ödemeyi üstlenmesi olsa gerektir.

Taslak, işçinin kıdem tazminatı alacağını, bireysel hesap temelinde değerlendirmektedir. Böylece, iş yasalarına tabi tüm işçiler bakımından, herbiri için birer "bireysel hesap" oluşturulacak; kıdem tazminatları da, söz konusu hesaplara dayalı olarak ödenecektir. Burada kıdem tazminatı için öngörülen sermaye biriktirme yönteminin, buna göre "bireysel kapitalizasyon" olduğu anlaşılmaktadır.

2. Kıdem priminin ödenmesi

a.) Primlerin değerlendirilmesi

İşveren; 5510 sayılı Yasa çerçevesinde hazırladığı prim ve hizmet belgesinde, işçinin prime esas aylık brüt kazancının yüzde dördünü kıdem primi olarak belirtecek ve söz konusu kıdem primini Emeklilik Gözetim Merkezi, yani Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu'na göre emeklilik gözetim merkezi olarak görevlendirilen tüzel kişi (Taslak m. 3/c) adına açılacak hesaba yatıracaktır. Bu hesaplardaki tutarlar ise, Emeklilik Gözetim Merkezi aracılığıyla işverenin seçeceği emeklilik şirketine aktarılacak (Taslak m. 4/I-III) ve söz konusu emeklilik şirketince oluşturulan kıdem tazminatı yatırım fonunda (Taslak m. 3/ç) toplanacaktır. Buna göre, bireysel kapitalizasyon yöntemiyle bireysel hesaplarda toplanan primler ile bunların getirileri, kıdem tazminatı konusunda ruhsat verilmiş emeklilik şirketleri tarafından toplu kapitalizasyon yöntemine göre değerlendirilecektir. Nitekim, emeklilik şirketi, kıdem primlerini, en geç kendisine gelmesini izleyen ikinci iş gününden itibaren kurduğu fonlarda yatırıma yönlendirmekle yükümlü kılınmıştır (Taslak m. 6/II, 7/I).

Taslak, görüldüğü üzere, kıdem primi ödemesi karşılığında işvereni kıdem tazminatı yükünden kurtarmakla birlikte, yüzde dörtlük bir yeni prim yükü getirmektedir. Ancak, buna karşılık işsizlik sigortası işveren prim payı oranı, binde beşe düşürülmekte (Taslak m. 15) ve bireysel kıdem hesabına yapılan prim (kıdem primi) ödemelerinin, gelir vergisi uygulaması

Kıdem primlerinin yatırılacağı emeklilik şirketini seçme hakkı, işverene; primlerin değerlendirileceği fonların seçimi ise, işçiye aittir.

içinde gider olarak gösterilmesine (Taslak m. 20) olanak tanınmaktadır. Ayrıca, kıdem primlerinin tahakkuku ve ödenmesine ilişkin düzenlemenin (Taslak m. 4), Taslağın yasalaşıp yayımından altı ay sonra yürürlüğe girmesi öngörülmek (Taslak m. 23/a) suretiyle, kısa da olsa geçecek bu süre için herhangi bir işveren yükümlülüğü söz konusu olmayacaktır.

Ödenecek aylık yüzde dördlük prim oranının, yıllık olarak işçinin kıdem tazminatına esas olacak otuz günlük kazancını karşılması konusunda, yüzde dörtbuçukluk bir farkın ortaya çıktığı görülmektedir. Söz konusu farkın ise, biriken kıdem primlerinin nemalandırılması yoluyla giderilmesi söz konusudur. Bu nedenle, belirtilen fark nemalandırma yoluyla karşılandığı takdirde, işçinin kıdem tazminatını yarım alması söz konusu olmayacaktır.

b.) Emeklilik şirketi ile fonların seçimi

Kıdem primlerinin yatırılacağı emeklilik şirketini seçme hakkı, işverene; primlerin değerlendirileceği fonların seçimi ise, işçiye aittir (Taslak m. 7/III ve 8). Bu bağlamda, kıdem primini işveren yatıracağı için emeklilik şirketini işverenin seçmesini, doğal karşılamak gerekir. Bunun gibi, prim getirilerinden yararlanacak bulunan işçi olacağına göre, yatırım fonunu seçme hakkının da işçiye ait olması, düz mantık gereğidir.

Ancak, yatırım fonları konusunda fazlaca bilgisi bulunmayan ve hatta böyle fonların varlığından dahi habersiz olan sıradan bir işçinin, söz konusu seçimi uygulamada nasıl gerçekleştireceği, merak konusudur. Bu durumu Taslağı hazırlayanlar da görmüş olsalar gerektir ki; herhangi bir tercih bildirilmemesi durumunda, söz konusu birikimlerin, “asgari yüzde kırk oranında Hazine Müsteşarlığınca ihraç edilen kamu

borçlanma araçlarını veya kira sertifikalarını içeren bir fonda” değerlendirileceği belirtilmiştir (Taslak m. 8).

Bunun pratik anlamı ise; çoğu işçi, yatırım fonlarından yeterince haberdar olmayacağından, emeklilik şirketlerinin ileride kamu borçlanma araçlarına döneceğidir. Bunun dışında ise; işçi, emeklilik şirketlerinin fiili yönlendirme tehlikesine açıktır. Çünkü, Taslağın, bunları önleyici yönde, herhangi bir hüküm içerdiği görülmektedir.

c.) Emeklilik şirketinin değiştirilmesi

İşveren; işçileri adına açılan bireysel kıdem hesabındaki birikimlerin, kıdem tazminatı sözleşmesinin yürürlüğe girmesinin üzerinden en az bir yıl geçtikten sonra, kıdem tazminatı konusunda ruhsat almış başka bir emeklilik şirketine aktarılmasını isteyebilir. Bu durumda, emeklilik şirketi, bildirimden itibaren en geç on iş günü içerisinde, işverenin söz konusu isteğini yerine getirmekle ve birikimlerle birlikte hesaba ilişkin bilgi ve belgeleri aktarmakla yükümlüdür (Taslak m. 6/V).

3. Primler hakkında işçinin bilgilendirilmesi

İşçi, adına tahakkuk eden ve tahsil edilen kıdem primleriyle ilgili bilgileri, emeklilik şirketinin sağlayacağı araçlar aracılığıyla her an kontrol etme hakkına sahip bulunacaktır (Taslak m. 5/I). Bunun gibi, işçi veya işveren; emeklilik şirketi tarafından belirlenecek işlem ücretini ödemek kaydıyla, tahakkuk eden kıdem primi ve buna ilişkin nema geliri ile tahsil edilen kıdem primi ve buna ilişkin nema geliri ile aradaki farkın gösterileceği bir belgeyi de emeklilik şirketinden talep edebilirler. Bu durumda, emeklilik şirketi, istenen belgeyi düzenlemekten kaçınamaz (Taslak m. 5/II).

Böylece, işçi; kıdem primine ilişkin bilgileri, muhtemelen, elektronik ortamda kendisine şifre verilmek üzere emeklilik şirketinin internet sitesinden izleyebilecektir. Kıdem primiyile ilgili bilgileri izleme olanağının işverenden esirgenişinin nedenini kestirebilmek ise, güç görünmektedir. Bu konuda, kıdem tazminatı-

Kıdem tazminatlarının bireysel kıdem hesabına dayalı olarak değerlendirilmeleri, esas olarak, Taslağın yasalaşp yürürlüğe girmesinden sonra işyerinde istihdam edilecek işçileri ilgilendirmektedir.

nı oluşturacak primle ilgili bilgileri izlemenin, sadece işçiyi ilgilendiren bir husus olacağı düşünülmüş olsa gerektir. Oysa, her halükârda, primleri yatıran işveren olduğuna göre, işverenin yatırdığı primleri izlemekte hukuken çıkarı vardır. Ayrıca, prim bilgileriyle ilgili belgeleri düzenletirme olanağı (Taslak m. 5/II) işverene tanınırken, kendisinden emeklilik şirketince sağlanacak araçlar aracılığıyla bilgi kontrolünü (Taslak m. 5/I) esirgemenin, mantıklı bir gerekçesi de yoktur.

Primlerle ilgili bilgileri kontrol etmek ile bunların belgelendirilmesi, birbirine karıştırılmakta ve işçinin kendisiyle ilgili bilgileri bedel karşılığında elde etmesinin, bilgi edinme hakkına ters düşeceğinden söz edilmektedir⁷. Oysa, prim bilgilerini işçinin kontrol etmesi için, işçiden herhangi bir ücret istenmesi söz konusu olmamakta; sadece işçi veya işveren bunları belgelendirmek istediği takdirde, belli bir hizmet bedelinin alınması gerekmektedir (Taslak m. 5/I-II).

4. İlişkinin başlangıcı

Kıdem tazminatı hakkı, beklentisel haklar içinde yer alır. Buna göre, işçi, gelecekteki bilinmeyen bir tarihte iş sözleşmesinin kıdem tazminatına hak kazandıracak biçimde sona ereceği ve kıdem tazminatına hak kazanacağı beklentisi içindedir. Taslağın, bu süreç içinde bulunduğu bir sırada, kıdem tazminatını bireysel kıdem hesabı içine dahil etmesi, ister istemez bireysel kıdem hesabı ilişkisinin halen çalışanları etkileyip etkilemeyeceği sorusunu akla getirmektedir.

Halen çalışanların kıdem tazminatı beklentilerinin geleceği konusunda Taslak; aynen, “Bu

Kanunun yürürlük tarihinden önce iş sözleşmesi ile çalışanların kıdem tazminatlarına ilişkin hususlarda mülga 25/8/1971 tarih ve 1475 sayılı İş Kanununun 14’üncü maddesi, 854 sayılı Kanununun 20’nci maddesi veya 5953 sayılı Kanununun 6’ncı maddesi hükümleri geçerlidir.” hükmünü taşımaktadır. Bu bağlamda, halen çalışanların kıdem tazminatları hakkında, kıdem tazminatlarını düzenleyen söz konusu maddede hükümlerinin “geçerli olması”yla, Taslağın yasalaşp yürürlüğe girdiği sırada çalışmakta olanların kıdem tazminatlarına ilerisi için dokunulmayacağı anlamı çıkmaktadır. Buna göre, halen çalışanların kıdem tazminatları, anılan yasa hükümlerine göre ve işveren tarafından ödenecektir.

Ancak, geçmiş (Taslağın yasalaşp yürürlüğe girmesinden önce geçen) döneme ait kıdem tazminatı, işvereniyle yapacağı sözleşme sonucunda, işçi tarafından bireysel kıdem hesabına dahil edilebilecektir (Taslak geç. m. 1/II Tümce 1). Her ne kadar buradaki “dahil edilme”den ne anlaşılacağı Taslak tarafından açık olarak belirtilmemiş olsa da; bundan, anlaşma halinde söz konusu sürelerle ait kıdem primlerinin, işverence ödenmesi gerektiği sonucunu çıkarmak gerekecektir. Bu konuda, söz konusu hükmün anlatımından ilk bakışta, bireysel kıdem hesabına dahil etme olanağı sanki işçiye aitmiş gibi görünüyorsa da, işverenin de bunu kabul etmesi gerekecek, yani işçi tek başına bu olanağı kullanamayacaktır.

Geçmiş dönemin bireysel kıdem hesabına dahil edilmemesi durumunda ise; kıdem tazminatına hak kazanma koşullarının, Taslak m. 9’daki hak kazanmaya ilişkin düzenlemeye mi, yoksa 1475 sayılı İş K. m. 14 (veya Deniz İş K. m. 20 yahut Basın İş K. m. 6) hükmüne göre mi belirleneceği konusunda, Taslak herhangi bir açıklık taşımamaktadır. Oysa, Taslak m. 9, kıdem tazminatına hak kazanma koşullarını, anılan yasa hükümlerinden farklı biçimde düzenlemektedir. Ancak, bu halde artık Taslak m. 9 hükmünün uygulanması düşünülmelidir. Çünkü, geçmiş döneme ait kıdem tazminatı, bireysel kıdem hesabına dahil edilmekle, Taslak hükümlerine tabi olmaya başlar. Kaldı ki, Taslak m. 9 da; “hak kazanma” madde başlı-

ğını taşımasına karşın, “kıdem tazminatına hak kazanma” yerine, terminolojik olarak, “bireysel kıdem hesabından para çekme” deyimini kullanılmaktadır. Buna göre, geçmiş dönemin kıdem tazminatı bireysel kıdem hesabına dahil edildiğinde, mevcut düzenlemelere göre kıdem tazminatına hak kazanılmayacak bir durumda (söz gelimi, işçinin istifa etmesi, yani kendi isteğiyle işyerinden ayrılması halinde) dahi, önceki sürelerle ait kıdem tazminatının ödenmesi gerekebilecektir.

Toparlayacak olursak; kıdem tazminatlarının bireysel kıdem hesabına dayalı olarak değerlendirilmeleri, esas olarak, Taslağın yasalaşıp yürürlüğe girmesinden sonra işyerinde istihdam edilecek işçileri ilgilendirmektedir. Ancak, bu sonucun, işletmeler üzerindeki geçmişten gelen yükü kaldırmaya yetmeyeceği ve olsa olsa ancak hafifletmeye yarayacağı açıktır. Bu durumda, işletmelerin kıdem tazminatı yükü, genelde gelecekteki çalışmalar bakımından, üzerlerinden alınmış olacaktır. Taslağın yasalaşıp yürürlüğe girmesinden sonra işyerinde ilk kez istihdam edilecek olanların kıdem tazminatı ise, her halükârda, bireysel kıdem hesabına dayalı olarak değerlendirilecektir.

Geçmişten gelen ve işçinin hak kazanma beklentisi içinde olduğu kıdem tazminatının işveren üzerinde yarattığı yükün azaltılması konusunda ise, önceki dönem kıdem tazminatının bireysel kıdem hesabına dahil edilmesi yolu açık tutulmuştur. Ancak, bunun gerçekleşmesi işçi ile işverenin anlaşmasına bağlı tutulduğu ve de tarafların bu yolda nasıl bir tutum içinde olacakları bilinemediği için, bireysel kıdem hesabına dahil edilmenin ne ölçüde ortaya çıkacağı şimdiden söylenememektedir.

Gerçekten, işverenin kıdem tazminatı olarak her yıl başına ödeyeceği 30 günlük ücreti, aylık % 4 üzerinden 12 ay ödenecek toplam % 48 oranındaki kıdem priminin karşıladığı (eskilerin deyimleriyle, tekabül ettiği) düşünülecek olduğunda, işverenin tam ödeyeceği kıdem tazminatı yükünün % 48'e, yani yaklaşık yarıya düştüğü görülmektedir. Ancak, bu avantajlı duruma karşın işveren, işçinin kıdem tazminatına hak kazanacak şekilde işyerinden ayrılıp ayrılmayacağını bilmediği bir dönem için şimdiden

ödemede bulunmayı tercih etmeyebilecektir. Bu bakımdan, bütün bu belirsizliklerin, ancak zaman içinde belirginleşeceği, gözden uzak tutulmamalıdır.

III. Kıdem Tazminatına Hak Kazanma

1. Hak kazanma koşulları

İş K. m. 14 ile Deniz İş K. m. 20'nin ve Basın İş K. m. 6'nın kıdem tazminatına hak kazanma koşulları olarak düzenlediği koşullar, “hak kazanma” madde başlığını taşıyan Taslak m. 9'da, “bireysel kıdem hesabından para çekme” olarak ve farklı biçimde ele alınmaktadır. Üstelik, Taslak m. 9 hükmünün yer aldığı Dördüncü Bölüm'ün başlığı da, “kıdem tazminatına hak kazanma ve ödeme” biçimindedir.

Buna göre, iş yasalarına tabi olan işçiler:

- Bireysel kıdem hesabından para çekme haklarını ilk kez kullanırken, 15 yıl sigortalılık süresini doldurmaları ve adlarına 3.600 prim ödeme gün sayısı tahakkuk ettirilmesi,

- Bireysel kıdem hesabından para çekme haklarını ikinci ve sonraki kullanmalarında ise, son kullanımdan sonra adlarına 1.800 prim ödeme gün sayısı tahakkuk ettirilmesi,

- Konut edinmeleri,

şartıyla, bireysel kıdem hesabında biriken tutarın yarısını çekmeye hak kazanır.

Buna karşılık, aynı işçiler:

- Bağlı oldukları kurum veya sandıklardan yaşlılık, emeklilik, sakatlık aylığı bağlanması yahut toptan ödeme almaları halinde,

- 5 yıl boyunca adlarına açılan bireysel kıdem hesabına kıdem primi tahakkuk ettirilmesi halinde, talepleri üzerine,

bireysel kıdem hesabında biriken tutarın tamamını çekmeye hak kazanacaktır. İşçinin ölmesi durumunda da; ölen işçinin bireysel kıdem hesabında birikmiş tutarın tamamı, yasal mirasçılara ödenecektir (Taslak m. 9/I-III).

Dikkat edilecek olunursa; Yasa Taslağı, bireysel kıdem hesabında birikmiş tutarın çekilmesinde, kıdem priminin “tahakkuk ettirilmesi”ni esas almakta; söz konusu primlerin “tahsil edilmesi”ni şart görmemektedir. Böylelikle, işçinin kıdem tazminatı alacağı, iş-

veren prim ödeme yükümünü yerine getirmemiş olması olasılığına karşı, güvence altına alınmaktadır.

Diğer yandan, bireysel kıdem hesabından ödeme yapılabilmesi için, iş sözleşmesinin yasa (1475 sayılı İş K. m. 14'de) öngörülen şekilde sona ermiş bulunması şart değildir. Buna göre, işçinin değişik işyerlerinde geçirdiği çalışma sürelerinin toplamına bir bütün olarak bakılmakta ve çalışmanın emeklilik veya uzun süreli (5 yıl) işsizlik (veya iş yasalarının kapsamı dışında istihdam) ya da ölüm nedeniyle sona ermesi, aranmaktadır. Nitekim, işçinin bir gün dahi çalışsa, kıdem tazminatı hakkı olacağından söz edilmektedir⁸. Bu durumu, tüm çalışmaların, bireysel kıdem hesabına dahil olacağı biçiminde anlamak, daha yerinde olur. Çünkü, her halükârda, bireysel kıdem hesabının çekilmesi, 15 yıl geçmeden söz konusu değildir (Taslak m. 9/I bent a).

Bu durumda, işçinin istifa ederek işyerinden ayrılmış olması, bireysel kıdem hesabından ödeme yapılmasına engel oluşturmamaktadır. Buna karşılık, kadın işçinin evlenip bir yıl içinde işyerinden ayrılması veya erkek işçinin muvazzaf askerlik hizmetini görmek üzere askere gitmesi de, bireysel kıdem hesabından para çekmek için yeterli olmamakta; ancak, bu durum, kıdem tazminatının, belirtilen hallerde kaybedilmesi anlamına gelmemektedir⁹. Çünkü, askerlik dönüşü tekrar çalışmaya başlanıldığında, askerlik öncesinde geçen süre ile yatmış primler, ortadan kalkmamaktadır. Bunun gibi, evlenip çalışmayı bırakan kadın işçi de, tekrar çalışmaya başladığı takdirde, geçmiş haklarını sürdürebilmekte ya da çalışma düşüncesi yoksa, evlendikten beş yıl sonra, bireysel kıdem hesabında birikmiş tutarın tamamını çekebilmektedir (Taslak m. 9/II bent b).

Nihayet, bireysel kıdem hesabında birikmiş tutarın yarısını çekme olanağı; 15 yıl sigortalılık süresi ve 3.600 prim gün sayısı olan işçiye, konut edinmek istemesi halinde, tanınmaktadır. Böylece, bir yandan işçinin birikmiş kıdem tazminatı alacağıyla konut sahibi olmasına çalışılmakta ve diğer yandan da, bu ihtiyacı yerine getirecek konut sanayii, teşvik edilmek istenmektedir.

Bu konuda, bireysel kıdem hesabında birikecek ve nemalandırılacak kıdem primi tutarlarının yarısıyla konut satın alınmanın düştürme ibaret olduğu, kamuoyunda belirtilmekte ve yapılan hesaplama göre, asgari ücretle çalışan bir işçinin, 100.000 TL'lik bir konutu ancak 221 yıl sonra alabileceği ileri sürülmektedir¹⁰. Bu anlamda, bireysel kıdem hesabında birikecek paranın yarısıyla günümüz koşullarında konut satın alınamayacağı, gerçektir.

Ancak, Taslak m. 9/I bent c'de, dikkat edilirse, "konut satın alma" yerine "konut edinme"den söz edilmektedir. Bu bakımdan, bireysel kıdem hesabındaki tutarın yarısı, konut satın almada fonca sağlanacak sadece bir katkı (konut kredileri için özkaynak) olarak düşünülme gerekecektir.

2. Kıdem tazminatının ödenmesi

İşçinin veya yasal mirasçılarının, bireysel kıdem hesabının bulunduğu emeklilik şirketine, yapılacak ödemeye hak kazanıldığını gösterecek bilgi ve belgelerle yazılı olarak başvurmaları halinde; hak kazanılan tutarın, başvurunun emeklilik şirketine ulaştığı tarihten itibaren onbeş işgünü içinde, ilgiliye, yani işçiye veya yasal mirasçılara ödenmesi gerekmektedir. Emeklilik şirketinin belirtilen süre içinde ödemeyi gerçekleştirememesi durumunda ise; gerekli ödemenin, emeklilik şirketince oluşturulmuş kıdem tazminatı yatırım fonunca yapılması söz konusudur (Taslak m. 10).

3. Zamanaşımı süresi

Taslak m. 11; kıdem tazminatının on yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğunu göz önünde bulundurarak, bireysel kıdem hesabındaki tutarın tamamının çekilmesine hak kazanıldığı tarihten itibaren on yıl içinde emeklilik şirketine başvurulmadığı takdirde, işçinin veya yasal mirasçılarının hakkının zamanaşımına uğrayacağını belirtmektedir.

Bu bağlamda, zamanaşımına uğrayacak tutar ise, emeklilik şirketine veya kıdem tazminatı yatırım fonuna kalmamaktadır. Nitekim, söz konusu tutarın, onbeş işgünü içinde Maliye Bakanlığı Merkez Saymanlık Müdürlüğü hesabına aktarılması söz konusudur. Ancak, Taslak,

aktarılmama hali için, herhangi bir yaptırım, öngörmüş değildir.

IV. Bireysel Kıdem Hesaplarına İlişkin Örgütlenme

Taslağın, kıdem tazminatlarının bireysel kıdem hesapları temelinde örgütlenmesi konusunda, emeklilik şirketleri ile Bireysel Kıdem Hesabı Danışma Kurulu olarak adlandırılan kurul yapısını esas aldığı görülmektedir.

1. Emeklilik şirketleri

Taslak; bireysel emeklilik sistemini temel aldığı ve kıdem tazminatını da genelde emeklilik hali için yapılan bir ödeme olarak algıladığı için, buradaki emeklilik şirketini de, 4632 sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu hükümlerine göre kurulan ve kıdem tazminatı konusunda ruhsat verilen emeklilik şirketi olarak ele almaktadır (m. 3/g).

Diğer yandan, kıdem tazminatı konusunda faaliyet gösterecek söz konusu şirketlerin, Hazine Müsteşarlığı'na ruhsat başvurusunda bulunmaları; Hazine Müsteşarlığı'nın da, usulüne göre yapılan başvuru tarihinden itibaren iki ay içinde, başvuruyu sonuçlandırması ve konuyla ilgili olarak emeklilik şirketini yazılı biçimde bilgilendirmesi öngörülmektedir (Taslak m. 7/V).

2. Bireysel Kıdem Hesabı Danışma Kurulu

Taslak, "bireysel kıdem hesabı ile ilgili gelişmeleri izlemek, politikaları belirlemek ve bunların gerçekleştirilmesi için alınması gerekli önlemler konusunda önerilerde bulunmak ve mevzuat düzenlemeleri hakkında tavsiye niteliğinde kararlar almak" üzere, Bireysel Kıdem Hesabı Danışma Kurulu'nu kurmaktadır. Anılan kurul; Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Müsteşarı'nın başkanlığında, Çalışma Genel Müdürü, Hazine Müsteşarlığı Sigortacılık Genel Müdürü, SGK Sigorta Primleri Genel Müdürü ile üç işveren ve üç işçi temsilcisinden oluşacaktır (m. 13/I).

İstisari nitelikte kararlar alacak olan bu kurul, oluşumu bakımından, üçlü temsil esasına

dayanmakta; ancak, yine de başkanlık, devlet kesimindedir. Bunun yerine, dönüşümlü başkanlık sisteminin kabul edilmesi, üçlü temsil esasına daha uygun düşecektir.

V. Sonsöz

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı, geçtiğimiz Şeker Bayramı öncesinde kendisini ziyaret eden Türk-İş Genel Sekreteri'ne, Başbakan'ın Bakanlar Kurulu'nda kendisine "artık kıdem tazminatı konusunu gündeminizden çıkarın" talimatını verdiğini söylemiş ve bu durum, yanında "bayram öncesi 'kıdem tazminatı' müjdesi"¹¹ veya "emekçi geri adım attırdı"¹² biçiminde haber yapılmıştır. Oysa, ne kıdem tazminatının gündemden çıkması, işçiler için bir müjdedir ve ne de işçiler, kıdem tazminatına dokunmayı genel grev nedeni sayan son Türk-İş Genel Kurulu'ndaki karara ve DİSK Genel Başkanı'nın son açıklamalarına¹³ rağmen, Başbakana geri adım attırabilmiştir.

Nitekim, ancak yüzde sekiz oranında işçinin kıdem tazminatını işverenden tahsil edebildiği ve tarım dışında ücretli çalışanların ancak yaklaşık üçte birinin (kayıt dışında, üçte ikisinin) bir yıldan daha kısa bir süreden beri aynı işyerinde çalıştığı¹⁴ bir ortamın bu şekliyle sürmesi, işçinin lehine olamaz. Bunun gibi, sayın Başbakanın, yaklaşan seçimler öncesinde, kıdem tazminatı konusunu bir koz olarak elinde bulundurması da, çok akıllıca bir siyasi taktik olup, iyi oynanmıştır. İşveren kesiminin ise; kıdem tazminatı kartını öteden beri, ne 4857 sayılı İş Kanunu'nun çıkarılması sırasında ve ne de sonrasında, iyi oynadığı söylenemez.

Gerçekten, kıdem tazminatını gündemden çıkarmakla, sadece kafalar bir süre daha kuma gömülmüş olur. Bu anlamda, kıdem tazminatlarının bireysel hesaba dayalı olarak değerlendirildiği ve hükümlerinin yukarıda ayrıntılı biçimde ele alındığı Taslak, sosyal gerçeğe yönelen ve çözüm arayışı içinde bulunan bir metni oluşturmaktadır. Nitekim, söz konusu metin, temelde bireysel emeklilik sisteminin esaslarını, işçilerin kıdem tazminatlarına uygulamayı hedeflemektedir. Bu anlamda, söz konusu metnin, isabetli bir kavrayış içinde olduğu söylenebilir.

Ancak, söz konusu metni, yasalastıktan sonra, iki bilinmeyen beklediği, şimdiden söylenmelidir. Bunlardan ilki; mevcut bireysel emeklilik sistemi içinde yer alan emeklilik şirketlerinin, kıdem tazminatı yatırım fonu oluşturmaya ne ölçüde ilgi gösterecekleridir. Nitekim, Hazine Müsteşarlığı'na ruhsat için yapılacak başvuruların nicelik ve niteliği, şimdiden bilinmemektedir.

Diğer bir bilinmeyen ise; halen çalışan işçiler ile bunların işverenlerinin, geçmiş döneme ait kıdem tazminatlarının bireysel kıdem hesaplarına dahil edilmesi konusunda, takıncakları tutumdur. Çünkü, geçmiş dönem kıdem tazminatını yeni sisteme aktarma; işveren için, kıdem tazminatının yaklaşık yarı tutarını ödeme anlamını taşımasına karşın, mutlaka kıdem tazminatına hak kazandıracak şekilde bitmeyeceği bilinen ama halen belirsiz durumdaki bir dönem hakkında ödeme yapma anlamına da sahiptir.

Bunun gibi, işçi açısından da, söz konusu aktarma; ileride son, brüt ve giydirilmiş ücreti üzerinden hesaplanıp ödenecek kıdem tazminatı miktarı ile kıdem yatırım fonunda nemalandırılacak kıdem primleri toplam tutarı arasındaki farkın ne yönde olacağı, yani nemalandırmanın yüzde dörtbuçukluk farkı kapatıp kapatamayacağı hususu, önemli bir belirsizlik oluşturmaktadır. Nitekim, mevcut bireysel emeklilik sistemi içinde fon getirilerinin, beklentilerin gerisinde kaldığından, çoğunlukla yakınılmaktadır.

Bu durumda, Taslağın, halen çalışanlar ve bunların işverenleri için, mevcut kıdem tazminatı yükünü bütünüyle fona geçirme anlamını taşımayacağı; ancak, yeni istihdam edilecekler bakımından, kıdem tazminatını, istifa tehlikesi ve işveren peşinde koşma gibi güçlükler olmaksızın elde etme ve bir an önce konut sahibi olma olanağına kavuşma türünden kolaylıkları içerdiği, önemle belirtilmelidir.

Bunun gibi, Taslak yasalastığı yürürlüğe girdiğinde, iş güvencesi hükümlerinin zayıflatılıp, kıdem tazminatı ödemeyecek işverenin daha kolay işçiyi işten çıkartabileceği¹⁵ de, pek düşünülmemelidir. Çünkü, işçi çıkarmanın maliyeti, kıdem tazminatı oranında hafifleyecekse

de; iş güvencesi hükümlerinin öngördüğü işe başlatmama tazminatının ağırlığı, ortadan kalkmış değildir.

Nihayet, Taslağın, kıdem tazminatı kurumunun geleceği hakkında, önemli bir tartışmayı başlattığı görülmektedir. Ancak, bu tartışmanın anlam ve önem kazanması, üçlü diyalog çerçevesinde sosyal taraflarla yapılmasına bağlıdır. Sosyal taraflarla görüşülmeden girişilecek çabaların, ülkeye yararının olmayacağı ise, açıktır.

DİPNOTLAR

- 1 Bkz. <http://www.sabah.com.tr/Yazarlar/yasar/2012/07/16/birikmis-kidem-tazminati-216-milyar-lira-ne-olacak>
- 2 Bkz. Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu (yay.), 2010 Çalışma İstatistikleri ve İşgücü Maliyeti, Ankara 2011, 10.
- 3 Fon tasarıları için bkz. Suat Uğur, "Kıdem Tazminatında Fon Sistemi", Çimento İşveren XXIII, 6 (Kasım 2009), 14-15.
- 4 Taslak metni için bkz. http://alitezeldenizli.com/haber_detay.asp?haberID=20
- 5 BETAM tarafından Seyfettin Gürsel/Zümrüt İmamoğlu'na hazırlanmış "Kıdem Tazminatı Reformu: Sorunlar ve Çözümler" başlıklı araştırma hakkında bkz. <http://betam.bahcesehir.edu.tr/tr/2012/08/kidem-tazminati-reformu-sorunlar-ve-cozumler/>
- 6 Bkz. 20.8.2012 tarihli Hürriyet.
- 7 Örnek olarak bkz. <http://www.ensonhaber.com/kidem-tazminatini-ogrenmek-parali-oluyor-2012-07-12.html>; <http://ekonomi.bugun.com.tr/kidemi-ogrenmek-bile-parali-oluyor-198260-haberi.aspx>; <http://cmkavukatleri.wordpress.com/2012/07/15/kidem-tazminatini-ogrenmek-parali-oluyor/>
- 8 Bkz. <http://www.stargazete.com/yazar/resul-kurt/ekonomi/kidem-tazminati-fonunun-ayrintilari/yazi-630466>
- 9 Karş. <http://www.cumhuriyet.com.tr/?hn=350982>
- 10 Bkz. <http://www.yurtgazetesi.com.tr/ekonomi/kidemle-ev-almak-mumkun-mu-h15059.html>
- 11 Erdinç Çelikkan, 18.8.2012 tarihli Hürriyet.
- 12 Mustafa Çakır, 18.8.2012 tarihli Cumhuriyet.
- 13 "Kıdem tazminatı, Türkiye işçi sınıfının mücadelesi ile ete kemiğe bürünmüş, 12 Eylül generallerinin bile kaldırmaya cesaret edemediği köklü bir hak" -DİSK Genel Başkanı'nın 13.7.2012 günlü açıklaması (bkz. 19.8.2012 tarihli Dünya).
- 14 Bkz. Mustafa Sönmez, "Kıdem Saldırısı Rafa mı Kalktı?", 20.8.2012 tarihli Cumhuriyet.
- 15 Şükrü Kızılot, "Kıdem Tazminatında Bardağın Dolu ve Boş Tarafları", 11.7.2012 tarihli Hürriyet.

Prof. Dr. Şükran ERTÜRK

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda İşverene Getirilen Yükümlülükler

GİRİŞ

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu 20.06.2012 tarihinde TBMM tarafından kabul edildi¹. Kanunun yürürlük maddesi olan 38. maddesi, bir kısım maddelerinin yayımı tarihinde yürürlüğe gireceğini düzenlemekle birlikte, bir kısmının altı ay sonra, diğer bir kısmının da bir yıl ya da iki yıl sonra yürürlüğe gireceğini hüküm altına almıştır.

Kanun işverene birçok yeni ve önemli yükümlülükler getirmektedir. Özellikle Kanunun uygulama alanı itibarıyla, işyerinde çalıştırılanlar bakımından sayı ve nitelik sınırlaması getirmemiş olması, çok sayıda işyeri ve işvereni ilgilendirmesi anlamına gelmektedir. Kanunda işverene getirilen yeni yükümlülükler, yeni yapılanmaları ve yeni maddi külfetleri beraberinde getirecek olması sebebiyle de ayrı öneme sahip bulunmaktadır.

Çalışmamızda amaç, Kanun ile işverenlere getirilen bu yükümlülüklerle dikkat çekmek suretiyle, aynı zamanda getirilen yükümlülük-

lerin olası sonuçları ve sorunlarına da vurgu yapmaktır. Buna karşılık işverenin Kanun ile getirilen yükümlülüklerle uymamasının sonuçları ve yaptırımı, bu çalışmanın konusunu oluşturmamaktadır.

1. KANUNUN UYGULAMA ALANI

Kanunun 2. maddesi “Kapsam ve istisnalar”ı düzenlemekte olup, kamu ve özel sektöre ait bütün işlere ve işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine, çırak ve stajyerler de dahil olmak üzere tüm çalışanlarına faaliyet konularına bakılmaksızın uygulanacağını belirtmektedir. Bu sebeple işyerinin kamuya ya da özel sektöre ait işyeri olması fark yaratmayacağı gibi, tüzel kişi veya gerçek kişi olması da fark yaratmayacaktır. Kamuya veya özel sektöre ait işyerlerinde işlere ilişkin bir ayırım da yapılmayacaktır. Bu nedenle İş Kanunu'nun 4. maddesinde olduğu gibi bazı işlerin İş Kanunu'nun kapsamı dışında kalması Kanunun uygulanmasına engel olmayacaktır. Bunun gibi Borçlar Kanunu'na, Deniz İş Kanunu'na veya Basın İş

İşverenin her şeyden önce risklerin gerçekleşmesini engelleme yükümlülüğü bulunmaktadır.

Kanunu'na tabi işyerinin varlığı da bu açıdan önemsizdir. Kanunun kapsama alanına girmek bakımından işyerinde çalıştırılanların sayısı da önemsizdir. Bir kişinin çalıştırıldığı işyerlerinde bile Kanun uygulama alanı bulacakken, istisnalar arasında öngörülen “çalışan istihdam etmeksizin kendi nam ve hesabına mal ve hizmet üretimi yapanlar” hükmü nedeniyle, çalıştırılan bulunmadığı zaman Kanunun uygulama alanı bulması mümkün olmayacaktır. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun “Tanımlar” başlığını taşıyan 3. maddesinde “çalışan” kavramından söz edilmektedir. Kendi özel kanunlarındaki statülerine bakılmaksızın kamu veya özel işyerlerinde istihdam edilen gerçek kişi “çalışan” olarak adlandırılmaktadır. Kanunlar arasında terim birliği bulunması gerekliliği ileri sürülebilmesine rağmen, Kanunun gerek kamuda gerekse özel sektörde faaliyet gösteren ve niteliğine bakılmaksızın çalışanların bulunduğu her işyerinde uygulanacağını vurgulamak bakımından, daha geniş kavram olan çalışan kavramının kullanılmasında sakınca görmemektediriz. Bu hali ile Kanun, memur, kamu görevlisi, işçi ayrımı yapılmaksızın her türlü çalışanın bulunduğu işyerleri bakımından uygulama alanı bulacaktır. Ancak bazı faaliyetler yine de istisna olarak öngörülmüş ve bu faaliyetlerin geçtiği işyerlerinin İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun kapsamı dışında kaldığı belirlenmiştir. İstisnalar 2. maddede şu şekilde sayılmıştır:

a) Fabrika, bakım merkezi, dikimevi ve benzeri işyerlerindeki hariç Türk Silahlı Kuvvetleri, genel kolluk kuvvetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığının faaliyetleri.

b) Afet ve acil durum birimlerinin müdahale faaliyetleri.

c) Ev hizmetleri.

ç) Çalışan istihdam etmeksizin kendi nam ve hesabına mal ve hizmet üretimi yapanlar.

d) Hükümlü ve tutuklulara yönelik infaz hizmetleri sırasında, iyileştirme kapsamında yapılan iş yurdu, eğitim, güvenlik ve meslek edindirme faaliyetleri.

Bunlardan en dikkat çeken ev hizmetlerinin kapsam dışında kalmasıdır. Ev hizmetlerinde çalışanların işçi veya sigortalı sayılmaması, bunların çalıştırıldığı yerde iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin önlemlerin alınması ve korumanın sağlanması yükümlülüğünü ortadan kaldırmadığı düşünüldüğünden, bunların Kanunun kapsamı dışında bırakılması yerinde olmamıştır.

II. İŞVERENİN İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİNE İLİŞKİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

1. İŞVERENİN İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİNE İLİŞKİN GENEL YÜKÜMLÜLÜKLERİ

İşverenin iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin yükümlülükleri, genel yükümlülükler ve buna ilişkin hizmetler olarak Yasada ikiye ayrılmıştır.

İşverenin genel yükümlülüğü Kanunun 4. maddesinde “(1) İşveren, çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlü olup bu çerçevede;

a) Mesleki risklerin önlenmesi, eğitim ve bilgi verilmesi dâhil her türlü tedbirin alınması, organizasyonun yapılması, gerekli araç ve gereçlerin sağlanması, sağlık ve güvenlik tedbirlerinin değişen şartlara uygun hale getirilmesi ve mevcut durumun iyileştirilmesi için çalışmalar yapar.

b) İşyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerine uyulup uyulmadığını izler, denetler ve uygunsuzlukların giderilmesini sağlar.

c) Risk değerlendirmesi yapar veya yaptırır.

ç) Çalışana görev verirken, çalışanın sağlık ve güvenlik yönünden işe uygunluğunu göz önüne alır.

d) Yeterli bilgi ve talimat verilenler dışındaki çalışanların hayati ve özel tehlike bulunan yerlere girmemesi için gerekli tedbirleri alır.

(2) İşyeri dışındaki uzman kişi ve kuruluş-

İşverenin, işçinin kişilik hakları arasında yer alan vücut bütünlüğü ve yaşam hakkını koruyamadığı zaman bundan dolayı sorumlu olması hukukun temel ilkelerindedir.

lardan hizmet alınması, işverenin sorumluluklarını ortadan kaldırmaz.

(3) Çalışanların iş sağlığı ve güvenliği alanındaki yükümlülükleri, işverenin sorumluluklarını etkilemez.

(4) İşveren, iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerinin maliyetini çalışanlara yansıtamaz.” şeklinde belirlenmiştir.

Bu maddeden de anlaşılacağı üzere, işverenin her şeyden önce risklerin gerçekleşmesini engelleme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bunun için işyerinde işverenlerin, risk değerlendirmesi yapmaları yükümlülüğü getirilmiştir². Bu konu, her işverenin uzmanlık alanına girmediği veya giremeyeceği için, işverenler risk değerlendirme çalışmasını başka kurum veya kişilere yaptırmak zorunda kalacaklardır. Ancak bu hizmetlerin dışarıdan alınmış olması işverenin iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin yükümlülüğünü etkilemeyeceği için, işveren iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerine uyulup uyulmadığını denetlemekle yükümlü tutulmuştur.

Özellikle, gençler, yaşlılar, özürülüler ve kadın çalışanlara yönelik önleyici ve koruyucu risk değerlendirmesinin yapılmasına vurgu yapılmıştır. Bu kişiler özel olarak korunması gereken gruplarda yer alması sebebiyle, bunlara yönelik ayrı ve özel bir önleme-koruma programının yapılması yükümlülüğünün yerine getirilmesi yerinde olmuştur. Ancak bu yükümlülüğün, işyerlerinde çalışanların toplam sayısı ve işyerlerinde yürütülen faaliyetin niteliği dikkate alınmaksızın düzenlenmiş olması yerinde olmamıştır. Böylelikle bir çalışanı bulunan veya işyerinde yürütülen faaliyet nedeniyle belli başlı risklerle karşılaşması mümkün olmayan işverenler bakımından herhangi bir sınırlama getirilmeden bu yükümlülüğün getirilmiş olmasını isabetli bulmak mümkün değildir.

2. İŞVERENİN İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİNE İLİŞKİN HİZMETLERİ

A. İŞ GÜVENLİĞİ, İŞYERİ HEKİMİ VE DİĞER SAĞLIK PERSONELİNİN ÇALIŞTIRILMASI ZORUNLULUĞU

Kanunun 6. maddesinde, iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin, mesleki risklerin önlenmesi ve bu risklerden kaçınılması amacıyla sunulacağı belirlenmiştir. Bu amaçla işverenin çalışanları arasında mutlaka iş güvenliği uzmanı, işyeri hekimi ve diğer sağlık personelinin bulunması gerektiği belirlenmektedir. İşverenin çalışanları arasında bu belirlenen niteliklere sahip personel bulunmaması durumunda, bu hizmetin tamamını veya bir kısmını ortak sağlık birimlerinden hizmet almak suretiyle yerine getirebileceği düzenlenmiştir. Kanunun 3. maddesinin 1. fıkrasının (m) bendinde ortak sağlık ve güvenlik biriminin, “kamu kurum ve kuruluşları, organize sanayi bölgeleri ile Türk Ticaret Kanununa göre faaliyet gösteren şirketler tarafından, işyerlerine iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerini sunmak üzere, kurulan gerekli donanım ve personele sahip olan ve Bakanlıkça yetkilendirilen birimi” ifade edeceği belirtilmiştir.

İşyerinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması zorunluluğu, işverenin geniş anlamda işçiyi gözetme borcu kapsamında yer alan yükümlülüklerinden en temel olanıdır. İşverenin, işçinin kişilik hakları arasında yer alan vücut bütünlüğü ve yaşam hakkını koruyamadığı zaman bundan dolayı sorumlu olması hukukun temel ilkelerindedir. İşverenin temel yükümlülüğü olan gözetme borcunu, kısmen de olsa başka kurum ve kuruluşlara devretmesine yasa yolu ile olanak tanınmış bulunmaktadır. Her ne kadar Kanun önünde işverenin sorumluluğu söz konusu olsa da işveren, aralarındaki anlaşma gereği bu borcunu doğrudan doğruya kendisi yerine getirmek yerine, ortak sağlık ve güvenlik birimleri aracılığı ile yerine getirmek suretiyle sınırlayabilecek veya ortadan kaldıracaktır.

İşveren 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na tabi kamu kurum ve kuruluşu niteliğinde ise,

iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerini, Sağlık Bakanlığı'na ait döner sermayeli kuruluşlardan doğrudan alabileceği gibi, işverenin söz konusu hizmetleri 4734 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde de alabileceği düzenlendiği için, ihale mevzuatına takılmaksızın bu hizmetlerin doğrudan doğruya alınması da mümkün olacaktır.

Kanunun 3. maddesinin (1) bendinde, işyeri hekiminin, "iş sağlığı ve güvenliği alanında görev yapmak üzere Bakanlıkça yetkilendirilmiş, işyeri hekimliğine sahip hekim" ifade edeceği düzenlenmiştir. Kanunun 3. maddesinin (f) bendinde, iş güvenliği uzmanının, "iş sağlığı ve güvenliği alanında görev yapmak üzere Bakanlıkça yetkilendirilmiş, iş sağlığı ve güvenliği belgesine sahip, mühendis, mimar veya teknik eleman"³ olduğu belirtilmiştir.

"Diğer sağlık elemanı" kavramından ne anlaşılması gerektiği Kanunun 3. maddesinde yer alan "Tanımlar" bölümünde belirtilmemiştir. Tanımlar maddesinin (ş) bendinde, "işyeri hemşiresi: 25.21954 tarihli ve 6238 sayılı Hemşirelik Kanununa göre hemşirelik mesleğini icra etmeye yetkili, iş sağlığı ve güvenliği alanında hizmet yapmak üzere Bakanlıkça yetkilendirilmiş işyeri hemşireliği belgesine sahip, hemşire/sağlık memuru" olarak tanımlandığı için, diğer sağlık elemanları kavramından anlaşılması gereken, işyeri hemşireliği belgesine sahip, hemşire ve sağlık memurlarıdır. Ancak belirtmek gerekir ki, tam süreli işyeri hekimii görevlendirilen işyerlerinde, diğer sağlık personelinin görevlendirilmesi zorunlu değildir (m.6/3)

Kanunun işyeri hekimleri ve iş güvenliği uzmanlarına ilişkin 8. maddesi:

"(1) İşyeri hekimii ve iş güvenliği uzmanlarının hak ve yetkileri, görevlerini yerine getirmeleri nedeniyle kısıtlanamaz. Bu kişiler, görevlerini mesleğin gerektirdiği etik ilkeler ve mesleki bağımsızlık içerisinde yürütür.

(2) İşyeri hekimii ve iş güvenliği uzmanları; görevlendirildikleri işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili alınması gereken tedbirleri işverene yazılı olarak bildirir; bildirilen hususlardan hayati tehlike arz edenlerin işveren tarafından yerine getirilmemesi hâlinde, bu hususu Bakanlığın yetkili birimine bildirir.

(3) Hizmet sunan kuruluşlar ile işyeri hekimii ve iş güvenliği uzmanları, iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin yürütülmesindeki ihmallerinden dolayı, hizmet sundukları işverene karşı sorumludur.

(4) Çalışanın ölümü veya maluliyetiyle sonuçlanacak şekilde vücut bütünlüğünün bozulmasına neden olan iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesinde ihmali tespit edilen işyeri hekimii veya iş güvenliği uzmanının yetki belgesi askıya alınır.

(5) İş güvenliği uzmanlarının görev alabilmeleri için; çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde (A) sınıfı, tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde en az (B) sınıfı, az tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde ise en az (C) sınıfı iş güvenliği uzmanlığı belgesine sahip olmaları şartı aranır. Bakanlık, iş güvenliği uzmanlarının ve işyeri hekimlerinin görevlendirilmesi konusunda sektörel alanda özel düzenleme yapabilir.

(6) Belirlenen çalışma süresi nedeniyle işyeri hekimii ve iş güvenliği uzmanının tam süreli görevlendirilmesi gereken durumlarda; işveren, işyeri sağlık ve güvenlik birimi kurar. Bu durumda, çalışanların tabii olduğu kanun hükümleri saklı kalmak kaydıyla, 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununa göre belirlenen haftalık çalışma süresi dikkate alınır.

(7) Kamu kurum ve kuruluşlarında ilgili mevzuata göre çalıştırılan işyeri hekimii veya iş güvenliği uzmanı olma niteliğini haiz personel, gerekli belgeye sahip olmaları şartıyla asli görevlerinin yanında, belirlenen çalışma süresine riayet ederek çalışmakta oldukları kurumda veya ilgili personelin muvafakati ve üst yöneticinin onayı ile diğer kamu kurum ve kuruluşlarında görevlendirilebilir. Bu şekilde görevlendirilecek personele, görev yaptığı her saat için (200) gösterge rakamının memur aylık katsayısı ile çarpımı tutarında ilave ödeme, hizmet alan kurum tarafından yapılır. Bu ödemedeki damga vergisi hariç herhangi bir kesinti yapılmaz. Bu durumdaki görevlendirmeye ilişkin ilave ödemelerde, günlük mesai saatlerine bağlı kalmak kaydıyla, aylık toplam seksen saatten fazla olan görevlendirmeler dikkate alınmaz.

(8) Kamu sağlık hizmetlerinde tam süreli çalışmaya ilişkin mevzuat hükümleri saklı kal-

mak kaydıyla, işyeri hekimlerinin ve diğer sağlık personelinin işyeri sağlık ve güvenlik birimi ile ortak sağlık ve güvenlik birimlerinde görevlendirilmelerinde ve hizmet verilen işyerlerinde çalışanlarla sınırlı olmak üzere görevlerini yerine getirmelerinde, diğer kanunların kısıtlayıcı hükümleri uygulanmaz” hükmünü içermektedir.

İşyerinde iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin yerine getirilmesi konusunda işyeri hekimleri ve iş güvenliği uzmanlarına önemli yükümlülükler ve sorumluluklar yüklenmektedir. Her şeyden önce iş güvenliği uzmanlarının görev alabilmeleri için; çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde (A) sınıfı, tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde en az (B) sınıfı, az tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde ise en az (C) sınıfı iş güvenliği uzmanlığı belgesine sahip olmaları şartı aranır⁴. Bakanlık, iş güvenliği uzmanlarının ve işyeri hekimlerinin görevlendirilmesi konusunda sektörel alanda özel düzenleme yapabilecektir.

Belirlenen çalışma süresi nedeniyle işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanının tam süreli görevlendirilmesi gereken durumlarda; işveren, işyeri sağlık ve güvenlik birimi kurmakla yükümlü kılınmıştır⁵. Ancak hangi durumda, işyeri hekimi veya iş güvenliği uzmanının tam süreli görevlendirilmesi gerekeceği hususu Kanunda düzenlenmemiştir. Kanunda bu hususun düzenlenmemiş olması ve muhtemelen yönetmelik ile düzenlenecek olması yerinde olmamıştır.

Kamu kurum ve kuruluşlarında ilgili mevzuata göre çalıştırılan işyeri hekimi veya iş güvenliği uzmanı olma niteliğini haiz personel, gerekli belgeye sahip olmaları şartıyla asli görevlerinin yanında, belirlenen çalışma süresine riayet ederek çalışmakta oldukları kurumda veya ilgili personelin muvafakati ve üst yöneticinin onayı ile diğer kamu kurum ve kuruluşlarında görevlendirilebilir.

İşyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanları; görevlendirildikleri işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili alınması gereken tedbirleri işverene yazılı olarak bildirir; bildirilen hususlardan hayati tehlike arz edenlerin işveren tarafından yerine getirilmemesi hâlinde, bu hususu

Bakanlığın yetkili birimine bildirir. Bu konuda da işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanlarının işverenin alması gereken tüm tedbirleri yazılı olarak bildirmesini beklemek yerinde olmamıştır. Kanun bu konuda iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili hangi hususlara ilişkin tedbirlerin işverene yazılı olarak bildirilmesi gerektiği konusunda bir ayırım ve sınırlama yapmalıydı görüşünderiz.

Bu bildirim büyük öneme sahip bulunmaktadır. Çünkü hizmet sunan kuruluşlar gibi, işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanları, iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin yürütülmesindeki ihmallerinden dolayı, hizmet sundukları işverene karşı sorumludurlar. Çalışanın ölümü veya maluliyetiyle sonuçlanacak şekilde vücut bütünlüğünün bozulmasına neden olan iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesinde ihmali tespit edilen işyeri hekimi veya iş güvenliği uzmanının yetki belgesi askıya alınır.

B. İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ HİZMETLERİNİN DESTEKLENMESİ

Kanun uygulama alanı bulması konusunda çalıştırılanların sayısı belirleyici olmadığından, kanun kapsamına giren bir işyerinde çalışan sayısına bakılmaksızın işverenler, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin hizmetlerin yerine getirilmesini sağlamakla yükümlüdürler. Sözü edilen yükümlülük beraberinde, yukarıda açıklanan personelin görevlendirilmesini gerekli kılmaktadır. Bu işyerleri açısından ciddi mali bir külfete işaret ettiği için, özellikle küçük ve ortak ölçekli işyerleri bakımından konu daha büyük öneme sahip bulunmaktadır. İş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin yerine getirilmesi için, Bakanlık tarafından 7. maddede belirtilen koşullarla destek sağlanabilmesi düzenlenmiştir. Maddenin 1. fıkrasının (a) bendine göre; kamu kurum ve kuruluşları hariç ondan az çalışanı bulunanlardan, çok tehlikeli ve tehlikeli sınıfta yer alan işyerleri faydalanabilir. Ancak, Bakanlar Kurulu, ondan az çalışanı bulunanlardan az tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinin de faydalanmasına karar verebilir. Madde gereği, destekten faydalanabilecek olan, kamu kurum ve kuruluşu dışında, ondan az çalışanı bulunan iş-

Kanunda ilk kez acil durum, yangın ve ilk yardım konularına ilişkin düzenlemeler getirilmiştir.

yerleridir. Ancak bunun için işyerinin çok tehlikeli veya tehlikeli sınıfında⁶ yer alması gerekir. Bu nedenle ondan az çalışanı olan ve az tehlikeli sınıfına giren işyerlerinin Kanun gereği destekten yararlanmayıp, bu konudaki takdir yetkisinin Bakanlar Kuruluna bırakılmış olması yerinde değildir. Ondan az çalışanı bulunan işyerleri ile destekten faydalanacak işyerlerinin taşınması gereken şartların yönetmelikle belirleneceği düzenlenmiştir (m.7/2).

Çok tehlikeli ve tehlikeli sınıfta yer alıp, da ondan az çalışanı bulunan işyerleri bakımından, “Giderler, iş kazası ve meslek hastalığı bakımından kısa vadeli sigorta kolları için toplanan primlerden kaynak aktarılmak suretiyle, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından finanse edilir.” (m.7/1-b). Ancak “Bu Kanun ve diğer mevzuat gereğince yapılan kontrol ve denetimlerde; istihdam ettiği kişilerin sigortalılık bildiriminde bulunmadığı tespit edilen işverenlerden, tespit tarihine kadar yapılan ödemeler yasal faizi ile birlikte Sosyal Güvenlik Kurumunca tahsil edilir ve bu durumdaki işverenler, sağlanan destekten üç yıl süreyle faydalanamaz.” (m.7/1-ç). Böylece kayıt dışı istihdamın önlenmesi amaçlanmış bulunmaktadır.

Bu alanda Kanunun bir eksiği de, bu maddede geçen, az tehlikeli, tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfında yer alan işyerinden ne anlaşılması gerektiğini düzenlememiş olmasıdır. Kanunun 9. maddesi uyarınca, işyeri tehlike sınıflarının; 31.05.2006 tarih ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 83. maddesine göre belirlenen kısa vadeli sigorta kolları prim tarifesi de dikkate alınarak, İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürü'nün başkanlığında oluşturulan komisyonun görüşleri doğrultusunda, Bakanlıkça çıkarılacak tebliğ ile tespit edileceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin kanun yerine tebliği ile yapılmasını kabul etmek mümkün değildir.

3. İŞVERENİN ACİL DURUMLARA İLİŞKİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Kanunda ilk kez acil durum, yangın ve ilk yardım konularına ilişkin düzenlemeler getirilmiştir. Ancak Kanun hangi durumların acil durum sayılacağını açıklamamış, bunun çalışma ortamı, kullanılan maddeler, iş ekipmanı ve çevre şartları dikkate alınarak meydana gelebilecek acil durumlara ilişkin olduğu belirtilerek, çalışanları ve çalışma çevresini etkilemesi mümkün ve muhtemel acil durumları belirleme yetkisinin işverene ait olduğu vurgulanarak, işverenin önleyici ve sınırlandırıcı önlemler alması gerekliliğine işaret edilmiştir (m.11/a). Aslında bu yükümlüklerin daha somut örneklerini 11. maddenin (c) bendinde görmekteyiz. Buna göre; işveren, “Acil durumlara mücadele için işyerinin büyüklüğü ve taşıdığı özel tehlikeler, yapılan işin niteliği, çalışan sayısı ile işyerinde bulunan diğer kişileri dikkate alarak; önleme, koruma, tahliye, yangınla mücadele, ilk yardım ve benzeri konularda uygun donanıma sahip ve bu konularda eğitilmiş yeterli sayıda kişiyi görevlendirir, araç ve gereçleri sağlayarak eğitim ve tatbikatları yaptırır ve ekiplerin her zaman hazır bulunmalarını sağlar.”

11. maddenin (ç) bendinde “Özellikle ilk yardım, acil tıbbi müdahale, kurtarma ve yangınla mücadele konularında, işyeri dışındaki kuruluşlarla irtibatı sağlayacak gerekli düzenlemeleri yapar.” denilerek, özellikle ilk yardım, acil tıbbi müdahale, kurtarma ve yangınla mücadele konularının doğrudan doğruya işverenin yükümlülüğü olmadığına işaret edilerek, bu görevin üçüncü kişi ve kurumlara ait olduğu vurgusu yapılmaktadır. Ancak bunun bir istisnasını 12. maddenin 2. fıkrasında görmekteyiz: “İşveren, çalışanların kendileri veya diğer kişilerin güvenliği için ciddi ve yakın bir tehlike ile karşılaştıkları ve amirine hemen haber veremedikleri durumlarda; istenmeyen sonuçların önlenmesi için, bilgileri ve mevcut teknik donanımları çerçevesinde müdahale edebilmelerine imkân sağlar. Böyle bir durumda çalışanlar, ihmal veya dikkatsiz davranışları olmadıkça yaptıkları müdahaleden dolayı sorumlu tutulmaz.” Ancak acil durumlarda, işyerinin tahli-

yesi görevi, doğrudan doğruya işverene yüklenmiştir. Kanunun 12. maddesinin 1. fıkrasına göre; “Ciddi, yakın ve önlenemeyen tehlikenin meydana gelmesi durumunda işveren;

a) Çalışanların işi bırakarak derhal çalışma yerlerinden ayrılp güvenli bir yere gidebilmeleri için, önceden gerekli düzenlemeleri yapar ve çalışanlara gerekli talimatları verir.

b) Durumun devam etmesi hâlinde, zorunluluk olmadıkça, gerekli donanımına sahip ve özel olarak görevlendirilenler dışındaki çalışanlardan işlerine devam etmelerini isteyemez.”

4. İŞ KAZASI VE MESLEK HASTALIKLARININ KAYIT VE BİLDİRİMİ

İşverenlerin işyerinde meydana gelen iş kazasını bildirme yükümlülüğü 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 13. maddesinin 2. fıkrasında ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 77. maddesinin 3. fıkrasında yer almaktadır. Buna göre, işveren iş kazasını kolluk kuvvetlerine, Sosyal Güvenlik Kurumu'na, Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü'ne bildirmek zorundadır.

5510 s. Kanun'un 13. maddesinin 2. fıkrasına göre, iş kazası, kazanın meydana geldiği yerin yetkili kolluk kuvvetleri olan polis ya da jandarmaya işveren tarafından derhal bildirilmelidir. Sosyal Güvenlik Kurumu'na ise, en geç kazadan sonraki üç işgünü içinde bildirim yapılması zorunludur. İş kazasının işverenin kontrolü dışındaki yerlerde meydana gelmesi halinde ise, bildirim süresi iş kazasının öğrenildiği tarihten itibaren üç işgünüdür. İş kazası bildirim taahhütlü, iadeli taahhütlü veya acele posta servisi ile yapılması durumunda belgenin postaya verilmiş tarihi, adi posta veya kargo yoluyla gönderilmesi durumunda ise belgenin Kurum kayıtlarına giriş tarihi dikkate alınmaktadır.

Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'nin 35. maddesinde bu bildirim elektronik posta yolu ile yapılabileceği belirtilmektedir. Bu formun elektronik ortamda gönderilmesi ile ilgili iş ve işlemler SGK tarafından yayımlanan 2102/13 sayılı Genelge'de ayrıntılı olarak açıklanmıştır.

İşverenin İş Kanunu'nun 77. maddesinin 3. fıkrasına göre, iş kazası olayını en geç iki işgünü içinde yazı ile bölge müdürlüğüne bildirmesi yükümlülüğü, 665 s. KHK'nin 25. maddesi ile 4904 s. Türkiye İş Kurumu Kanunu'na eklenen geçici 2. maddesi ile Bölge Müdürlüklerine yapılan atıfların Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü'ne yapılmış sayılacağı belirtildiği için, bildirim Çalışma ve İş Kurumu Müdürlüğü'ne yapılması gerekmektedir. Ancak İş K. 77. maddesi İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 37. maddesi ile yürürlükten kaldırılmış olduğundan, işverenlerin artık İş Kanunu kapsamında bildirimde bulunma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ancak Kanunun yürürlük maddesi olan 38. madde uyarınca, iş kazasına ilişkin 14. maddesi Kanunun yayımı tarihinden altı ay sonra yürürlüğe gireceği için, İş Kanunu gereği yapılması gerekli olan bildirim yükümlülüğün bu tarihte kalktığı kabul edilmesi gerekecektir. Dolayısıyla bu tarihe kadar yapılacak bildirimler açısından İş Kanunu'nun 77. maddesine uygun hareket etmek gerekecektir.

6331 sayılı Kanun'un 14. maddesinde, işverene bütün iş kazaları ve meslek hastalıkları ile ilgili olarak kayıt tutma zorunluluğu getirilmiştir (m.14/1-a). Maddenin 1. fıkrasının (b) bendinde, işyerinde meydana gelip de yaralanmaya veya ölüme sebebiyet vermeyen ancak işyerindeki ekipmanların zarara uğramasına yol açan, olaylarla ilgili rapor tutulması yükümlülüğü getirilmiştir. Bundan başka işveren, çalışanın, işyerinin ya da iş ekipmanlarının zarara uğrama potansiyeli olan olayları inceleyerek bunlarla ilgili rapor düzenlemekle de yükümlü kılınmıştır. Bu ifade son derece muğlak ve soyuttur. Olayların işyeri veya çalışan üzerinde zarar uğratma potansiyeline sahip olduklarını incelemek yükümlülüğünün bu şekli ile somutlaştırılmadan işverene bırakılmış olması, yerinde olmamıştır. Bu işveren açısından çok geniş bir yükümlülüğü ifade etmektedir. İşverenler açısından işyerinde çalışanı ve eşyaları zarara uğratma potansiyeli olan olayları araştırmaya yönelik ne gibi çalışmaların yapılması gerektiği açık değildir. Bu yükümlülüğü kendisi yerine getiremeyen işveren, bu hizmeti de dışarıdan almak sureti ile yerine getirmek zorunda kaldı-

ğında, Kanunun işyerleri bakımından sınırlama getirmediği de dikkate alınır, az çalışanı olan küçük ve orta ölçekli işyerleri açısından bu durum ayrı bir mali külfete işaret etmektedir. Bu hizmetin yerine getirilmesi ile ilgili olarak işyerleri ve işverenlerin desteklenmesinden söz edilmediği için, bu külfete her işveren katlanmak zorunda kalacaktır.

Kanunun 14. maddesinin 2. fıkrasında, işverene, iş kazasından sonraki üç işgünü içinde ve sağlık hizmeti sunucuları veya işyeri hekimi tarafından kendisine bildirilen meslek hastalıklarını, öğrendiği günden itibaren üç işgünü içinde bildirme yükümlülüğü getirilmiştir (m.14/2 a, b).

5. SAĞLIK GÖZETİMİ

Kanunun 15. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde yine çok genel ve soyut bir şekilde işverenin “çalışanların işyerinde maruz kalacakları sağlık ve güvenlik risklerini dikkate alarak sağlık gözetimine tabi tutulmasını sağlayacağı” düzenlenmiştir.

Halen gece çalıştırılacak işçiler, kadın işçiler ve ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılacak işçiler için sağlık raporu alınması zorunluluğu bulunmaktayken, 6331 sayılı Kanunla, çalıştırılacak işçilerin niteliği ve yapılacak işin özelliğini dikkate alınmaksızın, çalışanların işe girişlerinde (m.15/1 b 1), iş değişikliklerinde (m.15/1 b 2), işveren tarafından sağlık muayenesi yaptırılması zorunluluğunu getirmiştir. Buna karşılık işveren, iş kazası, meslek hastalığı veya sağlık nedenleri ile tekrarlanan işten uzaklaşmalardan sonra işe dönüşlerinde çalışanların talep etmeleri halinde sağlık muayenesi yaptırmakla yükümlüdür. Özellikle tekrarlanan işten uzaklaşmalarda, sık sık rapor kullanan bir çalışanın bulunması halinde işverenin bu çalışanın talebi ile bu kimseyi tekrar sağlık muayenesine tabi tutmak zorunda bırakılması yerinde olmamıştır.

İş devam ederken, çalışanın ve işin niteliğine bağlı, işyerinin tehlike sınıfına göre Bakanlıkça belirlenen düzenli aralıklarla da sağlık gözetimi yapılması zorunluluğu getirilmiştir (m.15/1-b, 4).

Tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde çalışacaklar, yapacakları işe uygun

olduklarını belirten sağlık raporu olmadan işe başlatılamazlar (m.15/2)

“Bu kanun kapsamında alınması gereken sağlık raporları, işyeri sağlık ve güvenlik biriminde veya hizmet alınan ortak sağlık ve güvenlik biriminde görevli olan işyeri hekiminden alınır. Raporlara itirazlar Sağlık Bakanlığı tarafından belirtilen hakem hastanelere yapılır, verilen kararlar kesindir.” (m.15/3) hükmü de eleştirilebilecek niteliktedir. Alınması gereken sağlık raporlarında herhangi bir ayırım yapılmaksızın bunların işyeri sağlık birimi veya ortak sağlık güvenlik biriminden alınması olanağının sağlanması bir kolaylık gibi görünmekle birlikte, işin niteliği ve bu birimlerin nitelikleri ve özellikleri dikkate alınmaksızın kendi uzmanlık alanlarında olmayan konularda görüş bildirmeleri yerinde olmayacaktır. Maddede belirtilen “hakem hastane” kavramı da yabancı ve yerinde olmayan bir kavram olarak değerlendirilebilecektir. Kanunla “Hakem hastane” kavramı getirilmiş, ancak tanımlar bölümünde bu kavrama ilişkin bir tanım yapılmamıştır. Bu hastane tarafından verilen kararların kesin olması ve yargı denetimi dışında bırakılmış olması da isabetli olmamıştır.

Sağlık gözetiminden doğan maliyet ve bu gözetimden kaynaklı her türlü ek maliyetin işverence karşılanması ve çalışanlara yansıtılmaması (m.15/4) yerinde olmuşsa da, yukarıda belirtildiği gibi çalışanın tekrarlanan işten uzaklaşmalardan sonra kendi talebi ile sağlık gözetimi istemiş olması durumunda, bu maliyetlerin de işverene yükletilmesinin yerinde olmadığı kanaatindeyiz.

Sağlık muayenesi yaptırılan çalışanın özel hayatı ve itibarının korunması açısından sağlık bilgilerinin gizli tutulacağı düzenlenmiş olmakla birlikte (m.15/5), çalışanın sağlık durumu ile ilgili olarak işyeri sağlık biriminde veya ortak sağlık biriminde çalışan hekimlerin edindiği bilgilerin hangilerini ne şekilde işverene açıklamaya veya açıklamama yükümlülüğünde olduğuna ilişkin bir düzenlemenin yapılması yerinde olurdu.

6. ÇALIŞANLARIN BİLGİLENDİRİLMESİ

Kanunun 16. maddesinin 1. fıkrasıyla, işye-

rinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması ve sürdürülebilmesi amacıyla işverene, çalışanları ve çalışan temsilcilerini işyerinin özelliklerini de dikkate alarak aşağıdaki konularda bilgilendirmesi yükümlülüğü getirilmiştir:

a) İşyerinde karşılaşılabilecek sağlık ve güvenlik riskleri, koruyucu ve önleyici tedbirler.

b) Kendileri ile ilgili yasal hak ve sorumluluklar.

c) İlk yardım, olağan dışı durumlar, afetler ve yangınla mücadele ve tahliye işleri konusunda görevlendirilen kişiler.

Buna karşılık çalışanların yükümlülükleri Kanunun 19. maddesinde düzenlenmiştir.

7. ÇALIŞANLARIN EĞİTİMİ

Kanımızca işverenin en önemli yükümlülüklerinden birisi işçilerin eğitimlerine yönelik yükümlülüğüdür. Kanunun 17. maddesinin 1. fıkrasına göre, “İşveren, çalışanların iş sağlığı ve güvenliği eğitimlerini almasını sağlar. Bu eğitim özellikle; işe başlamadan önce, çalışma yeri veya iş değişikliğinde, iş ekipmanının değişmesi hâlinde veya yeni teknoloji uygulanması hâlinde verilir. Eğitimler, değişen ve ortaya çıkan yeni risklere uygun olarak yenilenir, gerektiğinde ve düzenli aralıklarla tekrarlanır.” İşe başlamadan önce verilecek eğitim kadar, özellikle işverenin yönetim hakkını kullanmak sureti ile, çalışanın işini değiştirdiğinde, bu değişikliğe işçinin uyum sağlayabilmesi için, değişen şartlara uygun eğitim verilmesi yerinde olacaktır. Eğitimlerin ortaya çıkan yeni riskler karşısında yenilenmesi ve gerektiğinde belirli aralıklarla tekrarlanmasına yönelik düzenleme de yerindedir. Maddenin 3. fıkrasında “Mesleki eğitim alma zorunluluğu bulunan tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işlerde, yapacağı işle ilgili mesleki eğitim aldığını belgeleyemeyenlerin çalıştırılmayacaklarına” ilişkin düzenleme de yerindedir.

“İş kazası geçiren veya meslek hastalığına yakalanan çalışana işe başlamadan önce, söz konusu kazanın veya meslek hastalığının sebepleri, korunma yolları ve güvenli çalışma yöntemleri ile ilgili ilave eğitim verilir. Ayrıca, herhangi bir sebeple altı aydan fazla süreyle işten uzak kalanlara, tekrar işe başlatılmadan

önce bilgi yenileme eğitimi verilir.” (m.17/4). İş kazası geçirenlere veya meslek hastalığına yakalananlara, bu yönde bir tekrarın söz konusu olmaması için ilave eğitim verileceğinin istisnasız düzenlenmiş olması, kazanın kaçınılmaz veya işverenin kusuru olmaksızın gerçekleşmiş olması durumunda işveren bakımından ilave bir külfete işaret edecektir. Bu nedenle Kanunda böyle bir ayırım yapılması yerinde olurdu.

Tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde; yapılacak işlerde karşılaşılabilecek sağlık ve güvenlik riskleri ile ilgili yeterli bilgi ve talimatları içeren eğitimin alındığına dair belge olmaksızın, başka işyerlerinden çalışmak üzere gelen çalışanlar işe başlatılamaz (m.17/5).

Geçici iş ilişkisi kurulan işveren, iş sağlığı ve güvenliği risklerine karşı çalışana gerekli eğitimin verilmesini sağlar (m.17/6).

17. madde kapsamında verilecek eğitimlerin maliyetleri çalışanlara yansıtılmayacak olup, eğitimde geçen sürenin iş süresinde sayılacağı belirlenmiştir. Eğitim süresinin haftalık çalışma süresinin üzerinde olması halinde, bu süreler fazla sürelerle çalışma veya fazla çalışma olarak değerlendirilir (m.17/7). Eğitim süresinin haftalık çalışma süresinin üzerinde olması halinde, bu sürelerin fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma olarak değerlendirileceği düzenlenmiş olmakla birlikte, işçinin işini yapmakta geçirdiği süre haftalık çalışma süresini aşmamış olsa bile, eğitim süresi ile birlikte haftalık çalışma süresinin aşılması durumunda da, bu sürenin de fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma olarak kabul edileceğinin belirtilmesi yerinde olurdu.

8. ÇALIŞAN TEMSİLCİSİNİN GÖREVLENDİRİLMESİ

Kanunun 20. maddesinin 1. fıkrasına göre; “İşveren; işyerinin değişik bölümlerindeki riskler ve çalışan sayılarını göz önünde bulundurarak dengeli dağılıma özen göstermek kaydıyla, çalışanlar arasında yapılacak seçim veya seçimle belirlenemediği durumda atama yoluyla, aşağıda belirtilen sayılarda çalışan temsilcisini görevlendirir:

a) İki ile elli arasında çalışanı bulunan işyerlerinde bir.

b) Ellibir ile yüz arasında çalışanı bulunan işyerlerinde iki.

c) Yüzbir ile beşyüz arasında çalışanı bulunan işyerlerinde üç.

ç) Beşyüzbir ile bin arasında çalışanı bulunan işyerlerinde dört.

d) Binbir ile ikibin arasında çalışanı bulunan işyerlerinde beş.

e) İkibinbir ve üzeri çalışanı bulunan işyerlerinde altı.”

Belirtmek gerekir ki, çalışan temsilcisi işçi temsilcisi, kavramından farklıdır. Kanunun “Tanımlar” bölümünü düzenleyen 3. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde çalışan temsilcisi şu şekilde tanımlanmıştır: “iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili çalışmalara katılma, çalışmaları izleme, tedbir alınmasını isteme, tekliflerde bulunma ve benzeri konularda çalışanları temsil etmeye yetkili çalışan”. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, çalışan temsilcisinin görev ve sorumluluğu iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin veya benzeri konularla sınırlıdır. Buna karşılık, işçi temsilcisi sıfatını taşıyanların daha geniş görev ve sorumlulukları söz konusudur.

Birden fazla çalışan temsilcisinin bulunması halinde, baş temsilci, çalışan temsilcileri arasından yapılacak seçimle belirlenir (m.20/2). Görevlerini yürütmeleri nedeniyle, çalışan temsilcilerinin hakları kısıtlanamaz, görevlerini yerine getirebilmeleri için işveren tarafından gerekli imkanlar sağlanır (m.20/4).

9. ÇALIŞANLARIN GÖRÜŞLERİNİN ALINMASI VE KATILIMLARININ SAĞLANMASI

18. madde uyarınca “İşveren, görüş alma ve katılımın sağlanması konusunda, çalışanlara veya iki ve daha fazla çalışan temsilcisinin bulunduğu işyerlerinde varsa işyeri yetkili sendika temsilcilerine yoksa çalışan temsilcilerine aşağıdaki imkânları sağlar:

a) İş sağlığı ve güvenliği ile ilgili konularda görüşlerinin alınması, teklif getirme hakkının tanınması ve bu konulardaki görüşmelerde yer alma ve katılımının sağlanması.

b) Yeni teknolojilerin uygulanması, seçilecek iş ekipmanı, çalışma ortamı ve şartlarının çalışanların sağlık ve güvenliğine etkisi konularında görüşlerinin alınması.”

Aynı maddenin 2. fıkrası uyarınca da, “İşveren, destek elemanları ile çalışan temsilcilerinin aşağıdaki konularda önceden görüşlerinin alınmasını sağlar:

a) İşyerinden görevlendirilecek veya işyeri dışından hizmet alınacak işyeri hekimi, iş güvenliği uzmanı ve diğer personel ile ilk yardım, yangınla mücadele ve tahliye işleri için kişilerin görevlendirilmesi.

b) Risk değerlendirmesi yapılarak, alınması gereken koruyucu ve önleyici tedbirlerin ve kullanılması gereken koruyucu donanım ve ekipmanın belirlenmesi.

c) Sağlık ve güvenlik risklerinin önlenmesi ve koruyucu hizmetlerin yürütülmesi.

ç) Çalışanların bilgilendirilmesi.

d) Çalışanlara verilecek eğitimin planlanması.”

Görüldüğü gibi, Kanunun genelinde görüldüğü üzere işverenin bu konudaki yükümlükleri de soyut ve genel biçimde ifade edilmiş bulunmaktadır. Bunlara uyulmamasının yaptırımını ayrı bir çalışma konusu oluşturacağı için, işverenin getirilen yükümlülüklerine uymamasının yaptırımları belirtilmemiştir. Ancak belirtmek gerekir ki, maddenin birinci fıkrasında, işverenin görüş alma yükümlüğünün, işyerinde iki ve daha fazla çalışan temsilcisinin bulunduğu durumlarda, varsa işyeri yetkili sendika temsilcilerine yoksa çalışan temsilcilerine başvurmak şeklinde düzenlenmiş olması da yerinde olmamıştır. Sendika temsilcisi bulunsa bile, sendika temsilcisinden ayrı olarak işyerinde çalışan temsilcisinin de bulunması durumunda, işverenin hem sendika temsilcisini hem çalışan temsilcisini bildirmekle yükümlü olduğunun düzenlenmesi daha uygun olurdu.

10. İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ KURULUNUN OLUŞTURULMASI

Kanunun genelinden farklı olarak bu kurulun oluşturulmasına ilişkin yükümlülük, elli ve daha fazla çalışanı bulunan işyerleri ve altı aydan fazla süren sürekli işlerin yapıldığı işyerleri ve işverenleri bakımından getirilmiştir. (m.22/1)

Altı aydan fazla süren asıl-alt işveren ilişkisinin bulunduğu hallerde:

a) Asıl işveren ve alt işveren tarafından ayrı ayrı kurul oluşturulmuş ise, faaliyetlerin yürütülmesi ve kararların uygulanması konusunda iş birliği ve koordinasyon asıl işverence sağlanır.

b) Asıl işveren tarafından kurul oluşturulmuş ise, kurul oluşturması gerekmeyen alt işveren, koordinasyonu sağlamak üzere vekâleten yetkili bir temsilci atar.

c) İşyerinde kurul oluşturması gerekmeyen asıl işveren, alt işverenin oluşturduğu kurulla iş birliği ve koordinasyonu sağlamak üzere vekâleten yetkili bir temsilci atar.

ç) Kurul oluşturması gerekmeyen asıl işveren ve alt işverenin toplam çalışan sayısı eliden fazla ise, koordinasyonu asıl işverence yapılmak kaydıyla, asıl işveren ve alt işveren tarafından birlikte bir kurul oluşturulur.

Ayrıca, aynı çalışma alanında birden fazla işverenin bulunması ve bu işverenlerce birden fazla kurulun oluşturulması hâlinde işverenler, birbirlerinin çalışmalarını etkileyebilecek kurul kararları hakkında diğer işverenleri bilgilendirir (m.22/3).

İş sağlığı ve güvenliği kurulunun kurulmasının altı aydan fazla süren asıl işveren-alt işveren ilişkileri bakımından aranmasına rağmen, altı aydan kısa süren asıl-alt işveren ilişkilerinde aranmaması yerinde olmamıştır. Bu ayırımın haklı gerekçesini bulmak zordur. Bu nedenle bu yükümlülüğün, ayırım yapılmaksızın Kanunun koyduğu temel sınırlamaya uygun olarak, (elli ve daha fazla çalışanı bulunan işyerleri) tüm asıl-alt işveren ilişkilerinde aranması yerinde olurdu.

III. KANUNUN YÜRÜRLÜĞÜ

Kanunun 38. maddesinin 1. fıkrasına göre; bu Kanunun;

a) 6, 7 ve 8. maddeleri işverenin iş güvenliği, işyeri hekimi ve diğer sağlık personeli çalıştırılmasına ilişkin yükümlülüklerini içermekte olup

1) Kamu kurumları ile 50'den az çalışanı olan ve az tehlikeli sınıfta yer alan işyerleri için yayımı tarihinden itibaren iki yıl sonra,

2) 50'den az çalışanı olan tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerleri için yayımı tarihinden itibaren bir yıl sonra,

3) Diğer işyerleri için yayımı tarihinden itibaren altı ay sonra yürürlüğe girecektir.

Bu şekilde kademeli ve karışık bir yürürlük tarihinin getirilmesi kadar, kamu işyerleri açısından da yürürlük süresi bakımından bir ayrıcalık tanınması yerinde olmamıştır.

Maddenin (b) bendine göre, Kanunun 9, 31, 33, 34, 35, 36 ve 38. maddeleri ile geçici 4, geçici 5, geçici 6, geçici 7 ve geçici 8 . maddeleri yayımı tarihinde

(c) bendine göre ise diğer maddeleri yayımı tarihinden itibaren altı ay sonra yürürlüğe girecektir.

Bundan anlaşılacağı üzere, 6, 7 ve 8. maddede düzenlenen yükümlülükler dışında, kanunun diğer maddelerinde işverene getirilen yükümlülükler Kanunun yayımı tarihinden altı ay sonra yürürlüğe girecektir.

SONUÇ

Kanunun, çalışanların sayısı bakımından bir sınırlama getirmeksizin tüm işyerleri ve işverenler bakımından son derece önemli yükümlülükler getirdiği dikkate alınmaksızın, uygulanacağı kabul edilmesi yerinde olmamıştır. Rekabet piyasasının koşulları ve sermaye dikkate alındığında, bir çalışanı bulunan işyeri ile çok sayıda çalışanı bulunan işyerlerinin aynı durumda olduklarının kabul edilemeyeceği açıktır. Hal böyle iken, Kanunun ayırım yapmaksızın tüm işyerleri için aynı şekilde uygulama alanı bulacağını kabul etmesi eşitlik ilkesini açıkça ihlal etmiştir görüşünderiz.

Kanunun yürürlüğünün kademeli ve değişik tarihleri içerecek şekilde düzenlenmesi de karışıklığa yol açabilecek niteliktedir. Özellikle, kamu kurumları bakımından yürürlüğünün daha geç başlatılması da eşitlik ilkesine aykırıdır.

Kanun, işverene getirdiği yükümlülükleri soyut ve genel biçimde ifade etmiş, bunların somutlaştırılmasını yönetmeliklere bırakmıştır. Oysa, yönetmelikler Kanunun uygulanmasına yönelik olduklarına göre, Kanunda işverene düşen yükümlülüklerin daha somut biçimde ifade edilmesi gerekirdi. Şu hali ile bu yükümlülükler genel ilkeleri ifade edecek şekilde kaleme alınmış olup, işverenin bu yü-

kümlülüklerinin somutlaştırılmaması yerinde olmamıştır.

Kanun işyerinde çalışanların karşılaşılabilecekleri tüm risklere karşı korunması amacıyla, bu risklerin önlenmesi yükümlüğünü işverene yüklediği gibi, riskin gerçekleşmesinden sonra da işverene düşen yükümlülükleri ifade etmiş olmakla birlikte, işveren bu yükümlülüklerin bir kısmını doğrudan doğruya kendisi yerine getirmekle yükümlü kılınmamaktadır. İşveren, bu yükümlülüğü işyeri sağlık birimleri veya ortak sağlık ve güvenlik birimleri eli ile yerine getirebilmektedir. Bu ise işçinin işveren tarafından gözetilmesi borcuna aykırılık oluşturmaktadır. İşverenin asli edimlerinden birisini başkasına devretmek suretiyle sorumluluğunu ortadan kaldırması olanağı yaratılmış olmaktadır. Bu durum işçinin kişiliğinin korunması ilkesine aykırıdır kanaatindeyiz.

Nitekim ana muhalefet partisinin Kanunun iptali amacıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurduğu medyada yer alan haberlerden öğrenilmiş olup, iptalin dayandığı hukuki gerekçelere ise ulaşma olanağı bulunamamıştır.

Çok uzun zamandan beri hazırlık çalışmaları devam eden bu Kanunun, incelediğimiz kısım itibarı ile bu şekilde yasalaşmasının talihsizlik olduğu düşüncesindeyiz. Çalışanların gerçek anlamda iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması bakımından önemli bir fırsatın kaçırıldığı görülmektedir.

DİPNOTLAR

- 1 30.06.2012 tarih ve 28339 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.
- 2 İşverenin yükümlülüklerinin yerine getirilmesinde göz önünde bulundurulacak ilkeler Kanunun 5. maddesinde düzenlenmiştir. Kanunun 10. maddesinde işverenin risk değerlendirmesi yapma veya yaptırma zorunluluğunun kapsamı şu şekilde belirlenmiştir:

“(1) İşveren, iş sağlığı ve güvenliği yönünden risk değerlendirmesi yapmak veya yaptırmakla yükümlüdür. Risk değerlendirmesi yapılırken aşağıdaki hususlar dikkate alınır:

 - a) Belirli risklerden etkilenecek çalışanların durumu.
 - b) Kullanılacak iş ekipmanı ile kimyasal madde ve müstahzarların seçimi.
 - c) İşyerinin tertip ve düzeni.
 - ç) Genç, yaşlı, engelli, gebe veya emziren çalışanlar gibi özel politika gerektiren gruplar ile kadın çalışanların durumu.

(2) İşveren, yapılacak risk değerlendirmesi sonucu alınacak iş sağlığı ve güvenliği tedbirleri ile kullanılması gereken koruyucu donanım veya ekipmanı belirler.

(3) İşyerinde uygulanacak iş sağlığı ve güvenliği tedbirleri, çalışma şekilleri ve üretim yöntemleri; çalışanların sağlık ve güvenlik yönünden korunma düzeyini yükseltecek ve işyerinin idari yapılanmasının her kademesinde uygulanabilir nitelikte olmalıdır.

(4) İşveren, iş sağlığı ve güvenliği yönünden çalışma ortamına ve çalışanların bu ortamda maruz kaldığı risklerin belirlenmesine yönelik gerekli kontrol, ölçüm, inceleme ve araştırmaların yapılmasını sağlar.”

- 3 Teknik eleman ise, Kanunun 3. maddesinin 1. fıkrasının (s) bendinde tanımlanmış olup, buna göre teknik öğretmen, fizikçi ve kimyager unvanına sahip olanlar ile üniversitelerin iş sağlığı ve güvenliği programı mezunlarını ifade ettiği belirtilmiştir.
- 4 GEÇİCİ MADDE 4 – (1) Bu Kanunun 8 inci maddesinde belirtilen çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde (A) sınıfı belgeye sahip iş güvenliği uzmanı görevlendirme yükümlülüğü, bu işyerlerinde Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren dört yıl süreyle (B) sınıfı belgeye sahip iş güvenliği uzmanı görevlendirilmesi; tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde ise (B) sınıfı belgeye sahip iş güvenliği uzmanı görevlendirme yükümlülüğü, bu işyerlerinde Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç yıl süreyle (C) sınıfı belgeye sahip iş güvenliği uzmanı görevlendirilmesi kaydıyla yerine getirilmiş sayılır.

GEÇİCİ MADDE 5 – (1) Bu Kanunun yayımı tarihinden önce Bakanlıkça verilen işyeri hekimliği, iş güvenliği uzmanlığı ve işyeri hemşiresi sertifikası veya belgesi ile Türk Tabipleri Birliği tarafından verilen işyeri hekimliği sertifikası sahiplerinden belgeleri geçersiz sayılanlar, mevcut belge veya sertifikalarını bu Kanunun yayımından itibaren bir yıl içinde Bakanlıkça düzenlenecek belge ile değiştirmeleri şartıyla bu Kanunla verilen bütün hak ve yetkileri kullanabilirler. Aynı tarihten önce eğitim kurumlarınca verilen işyeri hekimliği ve iş güvenliği uzmanlığı eğitimlerini tamamlayanlardan eğitimleri geçersiz sayılanlar ilgili mevzuata göre sınava girmeye hak kazanırlar. Hak sahipliğinin tespitinde Bakanlık kayıtları esas alınır

- 5 İşyeri sağlık ve güvenlik birimi: İşyerinde iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerini yürütmek üzere kurulan, gerekli donanım ve personele sahip olan birimi, ifade etmektedir (m.3/1-i).
- 6 3. maddenin (r) bendi gereği “Tehlike sınıfı: İş sağlığı ve güvenliği açısından, yapılan işin özelliği, işin her safhasında kullanılan veya ortaya çıkan maddeler, iş ekipmanı, üretim yöntem ve şekilleri, çalışma ortam ve şartları ile ilgili diğer hususlar dikkate alınarak işyeri için belirlenen tehlike grubunu” ifade eder. Kanunun 9. maddesi gereği ise “(1) İşyeri tehlike sınıfları; 31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 83 üncü maddesine göre belirlenen kısa vadeli sigorta kolları prim tarifesi de dikkate alınarak, İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğünün Başkanlığında ilgili taraflarca oluşturulan komisyonun görüşleri doğrultusunda, Bakanlıkça çıkarılacak tebliğ ile tespit edilir. (2) İşyeri tehlike sınıflarının tespitinde, o işyerinde yapılan asıl iş dikkate alınır.”

Doç. Dr. Erdem ÖZDEMİR

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yeni Borçlar Kanunu'nun İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerinin 4857 Sayılı Kanun Kapsamındaki İş İlişkilerine Etkisi

I. Giriş

Ünlü bilim adamı Einstein'a sorarlar: Nerede ölmek isterdiniz? Einstein tereddütsüz cevap verir: İsviçre'de! Dostları merak eder: Neden? Einstein'ın yanıtı çarpıcıdır: "... Çünkü her şey İsviçre'de 30 yıl geriden geliyor"¹.

Yeni Borçlar Kanunumuzun kaynağını oluşturan İsviçre'nin birçok açıdan ne kadar geri bir ülke olduğunu ünlü bilim adamı Einstein ile ilgili bu anekdot ortaya koyar. Evet, İsviçre bir ülke olarak geridir; ancak hukuk sistemi bundan farklı mıdır?

Burada da Ali Güzel Hocamızın da Sorbonne'da hocalığını yapmış, birlikte çalışma şansına sahip olduğu ünlü iş hukukçusu G. Lyon Caen'in anısını nakletmeliyiz. İsviçreli Profesör Gabriel Aubert, Lyon Caen'a İsviçre hukuku hakkında ne düşündüğünü sorar. Yanıt yine çarpıcıdır: "...İsviçre hukuku ilgimi çekiyor. Bizim III. Cumhuriyet zamanlarımızı (1870-1940 arası dönem) bana hatırlatıyor"².

Ancak anlaşılın kanunkoyucumuz, İsviçre

ve İsviçre hukuku hakkında gayet olumlu fikirler beslemektedir ki(!), Borçlar Kanunumuza, Ticaret Kanunumuza, Hukuk Muhakemeleri Usul Kanunumuza İsviçre'den çok sayıda hüküm ithal etme yolunu seçmiştir. Hatta Yeni Borçlar Kanunumuzun iş sözleşmesine ilişkin hükümleri neredeyse İsviçre'den birebir "tercüme edilmiştir".

Ülkemizde ortaya çıkan bu tablo, bizce adeta "bir hukuk faciası"dır. Ancak son bir yıl içinde yapılan bilimsel yayınlar incelendiğinde, durumun vahameti yeterli boyutlarda ortaya konulmamakta³, İsviçreli hukukçular ile Federal Mahkeme kararlarından örnekler gösterilerek "hukuki garabet" niteliğinde olduğu ve hukukumuzda hiçbir biçimde uymadığı anlaşılan hükümlere anlam kazandırılmaya çalışılmaktadır. Gerçekten son derece kötü bir hukuksal durum ile karşı karşıya olmamıza rağmen, yapılan eleştiriler bizce oldukça "hafif" kalmaktadır.

Oysa durum hukuk adına kabul edilebilir değildir. İş hukuku olmayan bir ülkeden "iş

hukuku normları” ithal edilmiştir. Küçük bir kıyaslama bu tespitimizi doğrulayacaktır: 2011 yılında İsviçre Federal Mahkemesi 118 iş davası üzerinde çalışmıştır!⁴ Buna karşılık aynı yıl Yargıtayımızın (üstelik sadece 9. Hukuk Dairesinin) önünde 99.049 adet dosya birikmiş, bunlardan “50.347” adedi sonuçlanmıştır. Yaklaşık 44.000 dosya gelecek yıla devretmiştir.

Burada kuşkusuz İsviçre'nin değerli yargıçlarının hakkını da yememek gerekir kanısında-
yız: 118 dava gibi “ağır bir iş yükünün” altından kalkmışlar, bunların hepsini bitirmişler, gelecek yıla hiçbir dosya bırakmamışlardır! Üstelik Türk hukukçularına da örnek olduğu anlaşılan zengin bir içtihat birikimi sunmayı ihmal etmişlerdir.

İsviçre iş hukukunun kendi iç çelişkileri, yetersizliği, illikliği bizce bir, hatta birden fazla monografi konusu oluşturabilir. Ancak böyle bir çalışma yapmanın, en az İsviçre'den kanun

dur. Adalet Divanı'nın verdiği Katsikas kararı bu tartışmaların odağındadır⁶. Ancak Katsikas kararının ne şekilde yorumlanacağı konusunda çok farklı görüşler vardır. Bazı ülkelerde bu konuda itiraz hakkı kapsamında düzenlemelere yer verilmiştir; ancak hukuki sonuçlar farklılık göstermektedir. Bunun lehinde ve aleyhinde görüşler vardır⁷. Yine olayın politik boyutları da mevcuttur. Örneğin Supiot, itiraz hakkının kökenini Alman hukukuna bağlamakta ve Almanya'da özellikle Nazi döneminde işçinin ve işgücünün “bir eşya” gibi görülmesine duyulan tepki üzerine, işçinin “değerinin”, dolayısıyla çalışacağı işi serbest seçim hakkının kutsallaştırıldığını ifade etmektedir⁸. Günümüzdeki gelişmelerin de, işyeri devirlerinde işçiye itiraz hakkı tanınması gereğini güçlendirdiği belirtilmektedir. Yine Supiot'nun açıkladığı gibi, artık işyeri devirleri “istisna” değil, iş hayatının bir kuralı, adeta olağan durumu haline gelmiştir⁹.

Borçlar Kanunu'nun öncelikli işlevi, iş kanunları kapsamı dışında kalan işçilerin iş ilişkilerini, bu kapsamdaki işçiler ile büyük bir fark yaratmadan düzenlemek, eşit, dengeli ve adil bir düzen getirmektir.

almak kadar anlamsız ve gereksiz bir iş olacağını da eklemek gerekir. Bununla beraber, son zamanlarda nereye baksak gözümüze İsviçre hukukunun bir “garabeti” çarpmaktadır. Herhalde bunun en ilginç örneği son zamanlarda tartıştığımız yeni Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) işyeri devirlerinde işçiye “itiraz hakkı” tanıyan düzenlemesidir (m.178). İş sözleşmesinin ihbar sürelerinin sonunda sona ereceğini düzenleyen hükmün, işçi bakımından nasıl bir “itiraz hakkı” niteliği taşıyacağı tartışılmaktadır⁵.

Bize göre bu hüküm, davayı kaybeden avukatın müvekkiline “...ama temyiz hakkı kazandık” demesi ne kadar anlamlı ise o kadar anlamlıdır. İşçi, itirazı neticesinde iş sözleşmesinin ihbar süreleri sonunda sona ermesine hak kazanmaktadır!

İşyeri devirlerinde işçiye itiraz hakkı verilip verilmeyeceği, bugün Batı Avrupa'da çok tartışılan bir konudur. Üstelik derin de bir konu-

Bize göre, bütün bu belirttiğimiz veriler ortaya konur, bilimsel platformlarda tartışılır, ülkemizin özel koşulları dikkate alınır ve kanun öyle yapılır. İtiraz hakkı tanınmalı mıdır, tanınmamalı mıdır, koşulları neler olmalıdır, bunlar yeterince incelenmeden kanun yapılmaz. Kanun yapılacaksa da Ticaret Kanunu içinde düzenleme getirilmez, doğrudan İş Kanunu kapsamında ele alınır. Bu son belirttiğimiz noktanın özellikle çalışmamızda odaklanacağımız yeni Borçlar Kanunu bakımından da büyük önem taşıdığını düşünüyoruz. Zira, yeni Borçlar Kanunu'nda, sadece bu kanun kapsamında çalışanları değil, iş kanunlarına tabi tüm işçileri de etkileyecek nitelikte son derece önemli hükümler getirilmiştir. Bu şekilde, iş ilişkilerini düzenleyen mevzuat dağıtılmış, aşağıda ayrıntılı olarak açıklayacağımız üzere, 4857 sayılı İş Kanunu ile başlayan isabetsiz kanunlaştırma tekniği devam ettirilmiştir.

Hemen, genel bir değerlendirme yapmak gerekirse, kanunkoyucu çağdaş iş hukukunun gelişim çizgisini yakalayamamış, iş hukukumuzda göre geri olan İsviçre hukukundan gereksiz yere fazlasıyla etkilenmiştir. Yapılan düzenlemeler, iş kanunları kapsamı dışında kalan işçiler bakımından kısmen bir “iyileştirme” olarak nitelendirilebilir. Ancak, işçiye yıllık izin hakkı tanımayan, cüzi bir ihbar tazminatı hakkı veren, kötüniyet ve kıdem tazminatı benzeri bir hüküm içermeyen, fazla çalışmanın hukuki sonuçlarını belirsiz ve soyut ölçütlere bağlayan, iş kazalarına karşı önlem alma yükümlülüğünü “hakkaniyet” ile sınırlandıran bir kanunun yerine ne yapılırsa yapılsın bu şekilde vasıflandırmak mümkün olabilecekti. Dolayısıyla, yeni Borçlar Kanunu’ndaki hükümleri sadece 818 sayılı Kanunun ilerisinde olduğu için “ileri” ve “çağdaş” düzenlemeler olarak değerlendirmek¹⁰, bu konuda aceleci davranmamak gerekmektedir.

Borçlar Kanunu hükümleri, genel kanun olması dolayısıyla iş kanunları kapsamındaki işçileri de etkilemektedir. Buna göre iş kanunlarında düzenlenmeyen konularda Borçlar Kanunu hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Konu ile ilgili yapılan bilimsel toplantılar ve yayınlar incelendiğinde, öğretilerde Borçlar Kanunu’nun boşluk doldurucu işlevine geniş bir anlam yüklenmeye başlandığı görülmekte; özellikle, getirilen tazminat hükümlerinin iş kanunlarında getirilen tazminat hükümleri ile birlikte uygulanabileceğine ilişkin görüşler etkili biçimde ileri sürülmektedir¹¹.

Aşağıda ayrıntılı olarak izah edeceğimiz üzere, biz Borçlar Kanunu hükümlerinin çağı yakalayamadığını, temel eksiklikleri olduğunu, kendi içinde büyük tutarsızlıklar taşıdığını, dolayısıyla 4857 sayılı İş Kanunu bağlamında “genel kanun-özel kanun” ve “boşluk doldurucu işlev” konularının bu hukuki yapı dikkate alınmaksızın değerlendirilmesinin isabetsiz olduğu kanısını taşıyoruz.

Borçlar Kanunu’nun öncelikli işlevi, iş kanunları kapsamı dışında kalan işçilerin iş ilişkilerini, bu kapsamdaki işçiler ile büyük bir fark yaratmadan düzenlemek, eşit, dengeli ve

adil bir düzen getirmektir. Nitekim bu husus Kanunun Genel Gerekçesinde “...bu işçiler ile İş Kanununun kapsamına giren işçiler arasında çok büyük bir fark yaratılmamaya çalışılmıştır” anlatımı ile son derece açık biçimde ifade edilmiştir¹². Ancak Genel Gerekçede belirtilen hedefe maalesef ulaşamamıştır. Çağdaş iş hukukunun iş sözleşmesinin feshi ile ilgili en temel düşünceleri gözardı edilmiştir. Kanunda getirilen tazminat hükümlerinin dengesi sağlanamamıştır. İş sözleşmesinin sona ermesi ve buna bağlı hukuki sonuçlar son derece tutarsız bir biçimde düzenlenmiştir.

Bu durumda, bize göre öncelikli olarak yapılması gereken, Borçlar Kanunu hükümlerini öncelikle eleştirel bir bakışla, bütünlük içinde değerlendirmektir (aşağıda, II).

Borçlar Kanunu hükümleri değerlendirildiğinde, bu kanunun İş Kanunu’nun “boşluklarını kapatan” bir nitelik taşıma yeterliliğine sahip olmadığı, aksine bizatihi kendisinin çok ciddi “kanun boşlukları” içerdiği, hatta bu şekli ile Anayasa’ya aykırı olduğu tezi ortaya atılabilecektir (aşağıda, III).

Buna göre, Borçlar Kanunu’nun İş Kanunu hükümleri ile ilişkisini bu değerlendirme neticesinde elde ettiğimiz sonuçlara göre ele almak zorunluluğu ortaya çıkacaktır (aşağıda, IV).

Biz böyle bir yol izlenmeksizin kanunları kıyaslama yoluna gitmenin, Borçlar Kanunu hükümlerini adeta olması gereken isabetli düzenlemelermiş gibi ele almanın ve birebir aynı nitelikte bir düzenleme görülmediğinde İş Kanunu’nda “boşluktan” söz etmenin isabetsiz olduğunu düşünüyoruz. Bu sistematik yapıya uygun olarak görüşlerimiz gerekçelendirilecektir.

Çalışmamızda, konu başlığında da açıkça ifade edildiği üzere 4857 sayılı Kanun kapsamındaki ilişkilerle sınırlı kalmak kaydı ile Borçlar Kanunu hükümlerinin etkisi incelenecek, ortaya çıkan olumsuz tablonun nedenleri, “Nerede Yanlış Yapıldığı” sorgulanacak (aşağıda, V) ve “İş Hukukunun Bağımsızlığı” tüm bu sorunlara ilişkin çözüm önerimiz olarak ortaya konulacaktır (aşağıda, VI).

II. Borçlar Kanunu'nun İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümleri

1. Belirsiz süreli iş sözleşmesinin sona ermesine ilişkin hükümler

a) Temel boşluk: Feshe karşı koruma ve kıdemin ödüllendirilmesi işlevlerinin göz ardı edilmesi

Hizmet sözleşmesinin işverence nedensiz olarak feshi durumunda, işçiye kıdem tazminatına karşılık gelecek nitelikte bir tazminat ödenmesinin söz konusu olmaması Borçlar Kanunu'ndaki önemli bir eksiklik¹³. Yeni Borçlar Kanunu'nda bu eksikliği giderir gibi görünen bir hükme yer verildiği görülmektedir. Nitekim 438. maddeye göre; işverence yapılan ve haklı sebebe dayanmayan fesihlerde hakim tüm koşulları dikkate alarak işçiye 6 aylık ücretini aşmayacak oranda tazminata hükmedebilecektir.

Ancak bu tazminatın belirttiğimiz işleve sahip olduğunu söylememiz mümkün görünmemektedir. Bu tazminat, sadece haklı sebebe dayanmayan fesihlerde söz konusu olacaktır¹⁴. Buna karşılık işçinin kıdeminin ödüllendirilmesi düşüncesi yeni Borçlar Kanunu'nda görmezden gelinmiştir. Örneğin işveren 30 yıllık kıdemi olan bir işçinin işine ihbar süresine uyararak son verdiğinde, Borçlar Kanunu kapsamındaki işçinin eline ihbar süresine ait ücret dışında hiçbir şey geçmeyecektir. Benzer şekilde örneğin 20 yıl, 30 yıl çalışan işçi emekli olarak işten ayrıldığında herhangi bir tazminat hakkı yoktur. Örnekler çoğaltılabilir. Neyse ki, kanunkoyucu, işçiye çalışmalarına karşılık plaket vermeyi, kutlama veya kokteyl düzenlemeyi yasaklamaktadır. İroniyi bir kenara bırakacak olursak, diğer iş kanunları ile kıyaslama yaptığımızda, bu durumun bizce eşitlik ve adalet ile bağdaşır yanı yoktur!

İşverenin bildirimli fesih hakkının sınırlandırılması (işçiye feshe karşı koruma) konusunda Borçlar Kanunu'nda iki düzenleme bulunmaktadır. Bunlardan birincisi kötüniyet tazminatı, diğeri ise ihbar sürelerine ve tazminatına ilişkin düzenlemelerdir. Bu hükümler de aşağıda in-

celeyeceğimiz üzere işçiye feshe karşı koruma ve kıdemi ödüllendirme düşüncelerine yeterli düzeyde hizmet etmemekte, hatta böyle bir işlev bizzat kanunkoyucu tarafından (ihbar sürelerinin arttırımında eşitlik) engellenmiş bulunmaktadır!

b) Kötüniyet tazminatı: İsabetli olmakla birlikte geniş uygulama alanı bulması mümkün bulunmayan düzenleme

BK m. 434. hükmüne göre hizmet sözleşmesi işverence kötüniyetle sona erdirilir ise, işveren, işçiye fesih bildirim süresine ait ücretin üç katı tutarında tazminat ödemekle yükümlü olacaktır. Tarihsel gelişim süreci ve mukayeseli hukuk bakımından konu incelendiğinde, fesih hakkını kötüye kullanma teorisinin iş güvencesi ile temelde aynı amaca hizmet eden¹⁵, ancak deyim yerindeyse, daha ilkel bir mekanizma olduğu görülür. Gerçekten iki sistem arasında, önemli farklılıklar vardır. Fesih hakkının kötüye kullanılmasında, fesih haksız veya kötüniyetli dahi olsa, hakkın kullanıldığı her durumda sözleşme sona erer ve işçi ancak şartları varsa kötüniyet tazminatına hak kazanır. Oysa iş güvencesi sisteminde aslolan iş ilişkisinin devamıdır¹⁶. İki sistem arasındaki ikinci belirgin fark, ispat yükü bağlamında görülür. Nitekim, fesih hakkının kötüye kullanılmasında, ispat yükü, genel kurallar uyarınca işçideyken, iş güvencesi sisteminde, sözleşmenin devamı kural, fesih ise istisnadır; dolayısıyla, feshin geçerli nedene dayandığının ispatı işverenden beklenir¹⁷.

Kötüniyet tazminatına ilişkin 1475 ve 4857 sayılı Kanun dönemlerinde verilen yargı kararları bütünlük içinde incelendiğinde, bu tazminatın çok sınırlı bir uygulama alanı bulduğunu söylememiz mümkündür¹⁸. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, kötüniyet gibi subjektif bir olgunun ispat yükünün işçinin üzerinde olması, yine her haksız ve sebebe dayanmayan feshin "kötüniyetli" sayılmasının gerekmemesi, bu tazminatı son derece sınırlı bir alana hapsedmiştir. Deyim yerindeyse, bu derecede sınırlı uygulama alanına sahip bir hükümlerle Borçlar Kanunu'nda feshe karşı koruma getirildiğinden söz edilmesi, bizce temel bir yanlış olacaktır.

c) İhbar süreleri ve tazminatı: İşçinin feshe karşı korunmasını değil, “ tarafların eşitliğini” temel alan, çağdaş ve tutarsız düzenleme

Yeni Borçlar Kanunu'nun 431. maddesine göre taraflardan her birinin, belirsiz süreli sözleşmeyi fesih sürelerine uyararak feshetme hakkı vardır. 432. maddeye göre ise, belirsiz süreli hizmet sözleşmelerinin feshinden önce, durumun diğer tarafa bildirilmesi gerekir. Hizmet sözleşmesi; bildirim diğer tarafa ulaşmasından başlayarak, hizmet süresi bir yıla kadar sürmüş olan işçi için iki hafta sonra; bir yıldan beş yıla kadar sürmüş işçi için dört hafta ve beş yıldan fazla sürmüş işçi için altı hafta sonra sona erer. Bu süreler kısaltılamaz; ancak sözleşmeyle artırılabilir. İşveren, fesih bildirim süresine ait ücreti peşin vermek suretiyle hizmet sözleşmesini feshedebilir. Fesih bildirim sürelerinin, her iki taraf için de aynı olması zorunludur; sözleşmede farklı süreler öngörülmüşse, her iki tarafa da en uzun olan fesih bildirim süresi uygulanır. Hizmet sözleşmesinin askıya alındığı hallerde fesih bildirim süreleri işlemez. Yeni Borçlar Kanunu'nda, dikkat çeken ilk yenilik ihbar sürelerinin arttırılmış olmasıdır. Gerçekten eski kanundaki ihbar süresi yeterli değildi. Buna göre söz konusu sürelerin arttırılması yerinde olmuştur¹⁹.

Ancak sürelerin arttırılması yerinde olmakla birlikte, devamındaki düzenlemeler hiçbir biçimde katılmamızın mümkün bulunmadığı bir nitelik arz etmektedir. Nitekim, ihbar süreleri konusunda getirilen iki temel esas bulunmaktadır:

- Bu süreler kısaltılamaz; ancak sözleşmeyle artırılabilir.
- Fesih bildirim sürelerinin, her iki taraf için de aynı olması zorunludur; sözleşmede farklı süreler öngörülmüşse, her iki tarafa da en uzun olan fesih bildirim süresi uygulanır.

Kanunun ihbar sürelerine ilişkin getirdiği her iki esas isabetsiz ve çağın gerisindedir. İhbar sürelerinin kısaltılamayacağı ve arttırılan sürelerde eşitlik anlayışı sözleşme taraflarının eşitliği gibi bir düşünceye dayanmaktadır²⁰.

Bize göre, bugün, hâlâ Türk iş hukukunda da doktrinde neredeyse büyük bir çoğunluk

tarafından benimsendiğini ve eleştiriden uzak kaldığını gördüğümüz ihbar sürelerinin kısaltılamayacağı yolundaki tabunun öncelikle işçi açısından yıkılması zorunludur. İhbar süreleri işçi açısından kısaltılabilmelidir. Dolayısıyla, 4857 sayılı Kanunun da benzer şekildeki düzenlemesi de bizce isabetli değildir; Borçlar Kanunu'nun düzenlemesi de aynı şekilde yerinde olmamıştır. Gerçekten, Ekonomi'nin de son derece haklı olarak vurguladığı gibi, ülkemizde işçilerin genellikle bildirim süresine uymadıkları, işverenlerin de ihbar tazminatı isteği ile dava açmadıkları, hatta işçilerin, işverenin kabulü dahilinde bildirim sürelerine uymaksızın işten ayrıldıkları bilinen bir gerçektir. Bu hususta Kanuna uygun düşmeyen davranışlara devam etmek yerine, sözleşmeler veya sadece toplu iş sözleşmeleri ile bildirim sürelerinin kısaltılması olanağı getirildiğinde, işçinin yararına olmasının yanında işverenin de kesin olarak uyulmasını bekleyeceği bir sürenin tespiti için geçerli bir çözüm yolu sağlanmış olacaktır²¹.

İkinci olarak, ihbar sürelerinin arttırılması durumunda her iki taraf için de bunun geçerli olacağı görüşü²² de artık kabul edilebilir değildir. Çağdaş iş hukukunun hizmet sözleşmesinin feshi konusuna yaklaşımı “ tarafların eşitliği” değil, “ işçinin korunması” düşüncesine dayanmaktadır.

Mazeaud'un da son derece isabetli olarak belirttiği gibi, belirsiz süreli bir iş sözleşmesinin fesih bildirim ile sona ermesinde taraflar arasındaki görünüşteki paralellik yanıltıcıdır. İşverenin sözleşmeyi fesih hakkının sınırlandırılması anlayışı iş hukukunun temel taşlarından birisidir. İşverenin fesih hakkı sınırlandırılarak belirli bir çerçeveye oturtulmadığı sürece işçinin korunmasından bahsetmek mümkün değildir²³.

Weiss ve Schmidt'in kitaplarında yer alan, “...Alman iş hukukunda işçilere iş güvencesinin sağlanması konusunda atılan ilk adım, ihbar sürelerinin uzatılması olmuştur”²⁴ ifadesi, uzatılan ihbar sürelerinin iş güvencesinin ilk aşaması olduğunu kanıtlamakta ve böyle bir nitelik kazanan bir kurumun “ tarafların eşitliği” esasına dayalı olarak düzenlenmesini tartışılır

kılmaktadır. Buna göre, ihbar önelleri bakımından da eşitliği değil, işçinin korunması ilkesini ön plana alan bir yorum tercih edilmelidir. Bu konuda yabancı literatürden de çok sayıda örnek verilebilir. Nitekim Fransız hukukunda, işverenin uymak zorunda olduğu ihbar öneli yasa ile düzenlenmişken, işçi bakımından bu husus yasal düzenleme konusu dahi yapılmamış ve taraf iradelerine bırakılmıştır. Uygulamada, toplu iş sözleşmeleri, bireysel iş sözleşmeleri veya adete göre işçinin uymak zorunda olduğu ihbar öneli belirlenmektedir²⁵.

İhbar sürelerinin tek yanlı olarak artırılmasının işçiyi feshe karşı koruyucu bir yönü vardır ve Yargıtayımız da kararlarında ihbar sürelerinin artırılmasının sadece işçi lehinde geçerli olacağını, sözleşmeyi fesheden taraf işçi ise, yasal sürenin uygulanacağını uzun yıllardır kabul etmektedir²⁶. Dolayısıyla, ihbar sürelerine ilişkin düzenlemede gerek Yüksek Mahkeme-

kısa biçimde düzenlenmesi ve arttırma-azaltma yetkisinin sözleşme taraflarına bırakılması şeklindeki modeller de Batı'da yaygın biçimde görülmektedir. Bu konudaki düzenlemelerde iş sözleşmesinden ziyade, toplu iş sözleşmesi taraflarının özel olarak yetkilendirilmesi şeklindeki uygulamalar dikkat çekmektedir. Nitekim, Fransız hukukunda, çalışma süreleri ile ilgili yasal esasların ancak toplu iş sözleşmeleri ile değiştirilebileceği kabul edilmiş, bu konuda hizmet akdi taraflarına genel olarak bir yetki verilmemiştir. Alman hukukunda da kanunların bazı hükümleri, hizmet akdi tarafları için nispi emredici niteliğini korurken, toplu iş sözleşmesi tarafları için aksinin kararlaştırılması mümkün tamamlayıcı kurallar olarak düzenlenmiştir. Alman hukukunda bu gibi hükümlere (Tarifdispositives Gesetzrecht) "toplular iş sözleşmesi açısından tamamlayıcı hukuk kuralları" adı verilmektedir.

İşletmelerin rekabet gücünün korunması ve işçiyi zamanını kullanmada söz sahibi kılma düşüncesiyle birlikte iş hukukunda son yıllarda tüm Avrupa'da esneklik tartışmaları yoğunluk kazanmıştır.

nin görüşü, gerekse de çağdaş iş hukuku anlayışı göz ardı edilmiş bulunmaktadır²⁷.

Çağdaş iş hukukunda, ihbar süreleri konusuna farklı anlayışlarla yaklaşılabilir. Bu konuda ilk olarak yukarıda da belirttiğimiz gibi, "işçinin korunması" düşüncesi temel alınarak ihbar sürelerinin kısaltılabilmesi ancak sadece işverenin uymak zorunda olduğu sürenin artırılması düşünülebilir. İhbar sürelerine ayrıca "esneklik" düşünceleri ile de bakmak mümkündür. İşletmelerin rekabet gücünün korunması ve işçiyi zamanını kullanmada söz sahibi kılma düşüncesi de buna eklenmiş ve iş hukukunda son yıllarda tüm Avrupa'da esneklik tartışmaları yoğunluk kazanmıştır. Başta çalışma süreleri ile başlayan esneklik anlayışı giderek çalışma ilişkisini biçimlendiren diğer normlara da yayılmış, ihbar süreleri de bu yaklaşımdan etkilenmiştir. Nitekim, ihbar sürelerinin yasal düzenlemelerde oldukça

Alman hukukunda yasal ihbar süreleri iş sözleşmesi tarafları için asgari süreler niteliği taşıırken, toplu iş sözleşmeleri ile daha farklı sürelerin belirlenmesi mümkün kılınmıştır²⁸. Bunun ardındaki düşünce, toplu iş sözleşmesi taraflarının bir işkolunda veya bölgede, ihbar sürelerini yasa koyucudan daha hassas ve isabetli olarak bilebilecek durumda olmalarıdır²⁹. Sonuç olarak, esneklik ihtiyaçları ışığında bakıldığında, ihbar sürelerinin işçi bakımından da artırılabilmesinin önü açılacaktır. Yine bu süreçte iş sözleşmeleri değil, toplu iş sözleşmeleri kullanılarak esneklik temelli düzenlemelerin yapılabilmesi (deneme süresinde olduğu gibi) tartışılabilir. İhbar sürelerini göreceli bir eşitlik anlayışı ile değerlendiren ve hukukumuzda da taraftar bulan yaklaşımlar, her ne kadar ortaya atıldıkları dönemde böyle bir düşünceye tam anlamı ile dayanmasa da, bugün "esneklik" temelli modeller içinde ele alınabilecektir³⁰.

Bugün Batı Avrupa ülkeleri iş hukuklarında belirli süreli sözleşmelerin genel olarak “en fazla süre” ile (örneğin 18 veya 24 ay gibi) kısıtlandığı görülmektedir.

İhbar sürelerinde işçinin korunması anlayışını benimsediğimizi rahatlıkla söyleyebiliriz, esneklik temelli yaklaşımlara karşı değil, ancak tereddütle bakıyoruz. Bununla birlikte yinelemekte yarar görüyoruz, çağdaş iş hukukunda ihbar sürelerine işçinin korunması düşüncesi ile yaklaşabiliriz ya da esneklik ihtiyaçlarını buraya katabiliriz. Ama günümüzde kabul edemeyeceğimiz bir şey varsa, tarafların eşitliğini temel alan, yeni Borçlar Kanunu'nun benimsediği katı ve ilkel sistemdir. Her iki tarafı da aynı süreye zorunlu olarak tabi kılmanın çağdaş iş hukukunun gerekleri ile hiçbir tarafı bağdaştırmamaktadır.

İşçinin ihbar öneline uymaması durumunda; işverenin isteyebileceği tazminat konusunda Borçlar Kanunu belirsizlik yaratmaktadır. Nitekim, madde 439 hükmüne göre; işçi, 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. Burada ihbar tazminatına karşılık gelecek şekilde, ihbar süreleri esas alınarak bir tazminatın açıkça öngörülmediğini görüyoruz. Yani işçi işi bırakır ise, işveren sadece 1/4 maaş tutarında tazminat isteyebilecek, ek zararlarının giderilmesi için bunları ispat yükü altına girecektir. Bu tazminatın neden bu şekilde öngörüldüğünü anlayabilmiş değiliz. Bu hüküm eğer ihbar tazminatına karşılık geliyor ise; bunun ihbar sürelerini esas alınarak düzenlenmesi gerekirdi³¹.

Sonuç olarak, kanunkoyucu, feshe karşı koruma konusunda asgari bir düzeyi dahi sağlayamamış, sınırlı bir uygulama alanına sahip olan kötüniet tazminatına yer vermiş, ihbar sürelerini ise, işçiyi feshe karşı koruma değil, tarafların

eşitliği ekseninde düzenlemiştir. İhbar sürelerinin işçiyi feshe karşı koruma işlevi vardır ve bu da uygulamada toplu iş sözleşmelerinde de gördüğümüz üzere, işveren bakımından ihbar sürelerinin tek yanlı olarak arttırılması ile sağlanabilir. Kanunkoyucu ve kanunu hazırlayan Komisyon bu olanağı Borçlar Kanunu kapsamındaki işçilere tanımayarak, Kanununun hem özünde hem de ruhunda yer alması gereken işçiyi feshe karşı koruma düşüncesini gözardı etmiş, bu suretle bilsel yanlgılarının boyutlarını arttırmıştır.

d) Ölüm tazminatı: Geride kalanlara getirilen kısmi koruma

Borçlar Kanunu'nun 440. maddesinde işçinin ölümü konusunda özel bir düzenleme getirildiğini görmekteyiz. Bu hükme göre, “Sözleşme, işçinin ölümüyle kendiliğinden sona erer. İşveren, işçinin sağ kalan eşine ve ergin olmayan çocuklarına, yoksak bakmakla yükümlü olduğu kişilere, ölüm gününden başlayarak bir aylık; hizmet ilişkisi beş yıldan uzun bir süre devam etmişse, iki aylık ücret tutarında bir ödeme yapmakla yükümlüdür”. Bu tazminatın Borçlar Kanunu kapsamında belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler için söz konusu olacağı açıktır. Bunun kısmi bir koruma olduğunu söylememiz mümkün görünmekle birlikte, kanunkoyucudan öncelikli olarak beklenen, ölen işçinin geride kalanlarını değil, işçinin canlığını korumak olmalı idi.

Yine, söz konusu tazminattan yararlanabilecek olanlar “...sağ kalan eşine ve ergin olmayan çocuklarına, yoksak bakmakla yükümlü olduğu kişiler” olarak tanımlanmıştır. Kanunkoyucunun neden işçinin mirasçılarını değil de, bu kimseleri hak sahibi kıldığını anlamak mümkün değildir. Esasen, madde İsviçre BK metninden çevrildiği için bu kişiler kapsama alınmıştır. Bu konuda Akyiğit, kapsamlı şekilde kapsama giren kişilere ilişkin açıklamalar getirmekte, birçok ihtimale göre (bu kişilerin yaşı, erginlikten maksadın ne olduğu, bakmakla yükümlü olmaktan neyin anlaşılacağı, ödemenin sırası) ödemenin nasıl yapılacağını açıklamaktadır³². Yazarın kapsamlı ve tüm olasılıkları dikkate alan incelemesi, bu ödemeye ilişkin esasların hiç de basit olmadığını açıkça ortaya

koymakta, bu konuda birçok tartışmanın ortaya atılabileceğini³³ göstermektedir.

İş Kanunu kapsamı dışında kalan işverenlerin, özellikle bunların başında gelen küçük esnaf işletmesi sahiplerinin bu denli “karmaşık” hukuki sonuçları beraberinde getirme riskini taşıyan bir düzenlemeye dayanarak bir hükmü uygulamalarını beklemek isabetli bir yaklaşım olmamıştır. Bizce olması gereken; kıdem tazminatı düzenlemesindeki gibi basit ve net bir ölçüt getirmekti; yani işçinin yasal mirasçuları hak sahibi olmalı idi.

2. Belirli Süreli İş Sözleşmelerine İlişkin Düzenlemeler

a) Belirli süreli sözleşmelerin yenilenmesine ilişkin esaslar

Borçlar Kanunu’nda belirli süreli iş sözleşmelerine ilişkin önemli düzenlemelere yer verilmiştir. Nitekim; BK m. 430’a göre; belirli süreli hizmet sözleşmesi, aksi kararlaştırılmadıkça, fesih bildiriminde bulunulmasına gerek olmaksızın, sürenin bitiminde kendiliğinden sona erer. Belirli süreli sözleşme, süresinin bitiminden sonra örtülü olarak sürdürülüyorsa, belirsiz süreli sözleşmeye dönüşür. Ancak, esaslı bir sebebin varlığı hâlinde, üst üste belirli süreli hizmet sözleşmesi kurulabilir. Taraflardan her biri, on yıldan uzun süreli hizmet sözleşmesini on yıl geçtikten sonra, altı aylık fesih bildirim süresine uyarak feshedebilir. Fesih, ancak bu süreyi izleyen aybaşında hüküm ifade eder. Sözleşmenin fesih bildirimiyile sona ereceği kararlaştırılmış ve iki taraf da fesih bildiriminde bulunmamışsa, sözleşme belirsiz süreli sözleşmeye dönüşür. Belirli süreli iş sözleşmelerin sürenin dolmasına rağmen süresinin bitiminden sonra örtülü olarak sürdürülmesi durumunda belirsiz süreliye dönüşeceği yolundaki düzenleme isabet taşımaktadır.

b) 10 yıllık belirli süreli sözleşme yapma düşüncesi: Uygulamada görülmesi mümkün olmayan mantık ve çağdaş düzenleme

Borçlar Kanunu m.430’a göre; taraflardan her biri, on yıldan uzun süreli hizmet sözleş-

mesini on yıl geçtikten sonra, altı aylık fesih bildirim süresine uyarak feshedebilecek; fesih, ancak bu süreyi izleyen aybaşında hüküm ifade edecektir. Bu düzenlemenin ise isabetsiz olduğu kanısındayız. Bugün Batı Avrupa ülkeleri iş hukuklarında belirli süreli sözleşmelerin genel olarak “en fazla süre” ile (örneğin 18 veya 24 ay gibi) kısıtlandığı görülmektedir. 4857 sayılı Kanun hazırlık sürecinde tartışılmakla birlikte, belirli süreli sözleşmelere ilişkin bir üst sınır getirilmemiştir. Bize göre 4857 sayılı Kanunun belirli süreli iş sözleşmelerine üst sınır getirmeyen düzenlemesi yerinde olmamıştır.

Yargıtay da bunu kararlarında dile getirmektedir. Gerçekten Yüksek Mahkemeye göre; “... Yasada belirli süreli işlerle, belirli bir işin tamamlanması veya belli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilecektir. Yasa koyucunun belirli süreli sözleşmeler için azami bir süreyi hükme bağlaması uygulamayı rahatlatıcaktır”³⁴. Yargıtayın tespiti bizce de son derece yerindedir.

Belirli süreli iş sözleşmeleri çağdaş iş hukukunda en fazla süre ile sınırlanırken, kanunkoyucunun 10 yıldan fazla belirli süreli sözleşmeler üzerinde hüküm getirdiği, öğretilerde de bu hükmün teknik ayrıntıları (6 aylık bildirim süresinin isabetli olup olmadığı, feshin ay sonu hüküm ifade etmesi gibi) üzerinde değerlendirmeler yapıldığı³⁵ görülmektedir.

Borçlar Kanunu’nda belirli süreli sözleşmenin 10 yıldan fazla yapılması gibi bir olasılık hakkında hüküm getirilmesi de, bu hükmün teknik ayrıntıları konusunda tartışmalar açılması da anlamsızdır. 10 yıllık bir sözleşmeye çalışma hayatında rastlamak imkansız olduğu gibi³⁶, böyle bir sözleşme yapmak her iki taraf bakımından da rasyonel değildir. Özellikle işverenin 10 yıl gibi bir süre ile işçiyi istihdam etme yükümlülüğü altına girmesi ve haksız fesih durumunda ortaya çıkacak ağır sonuçlar dikkate alındığında böyle bir sözleşme yapmak istenmeyeceği açıktır. Sonuç olarak, bu gibi uygulamada karşılaşılacak konularda düzenleme getirmesi, çalışmamızın hemen her noktasında vurguladığımız üzere maalesef kanunkoyucunun uygulamaya ne kadar uzak ve

İşçinin aylık ücretinin 1/4'ü gibi son derece küçük bir tazminatın neden Kanunda öngörülmesine gerek bulunduğunu, bunun talep edilme koşullarının neden bu denli “sıkı koşullara bağlandığını” kavramak gerçekten güçtür.

çağımızın ne denli gerisinde olduğunun somut kanıtını oluşturmaktadır.

c) Haksız fesih tazminatı: Belirli süreli iş sözleşmeleri bakımından gerekliliği tartışılır düzenleme

Yukarıda belirttiğimiz “fesih tazminatı” belirli süreli iş sözleşmelerinde de bakiye süre ücretinin yanında uygulanabilecek bir tazminat olarak da uygulama alanı bulabilecektir. Başka bir anlatımla; belirli süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından haksız şekilde feshinde de anılan tazminat hükmü uygulanabilecek gibi görünmektedir. Bunun ise isabetli olmadığı kanısındayız. Gerçekten; belirli süreli iş sözleşmesinin işverence zamanından önce haksız şekilde feshi durumunda, işçi İş Kanunu kapsamında ise ve 1 yıldan fazla kıdemi varsa; kıdem tazminatı da alabilmektedir. Yine boşta geçen süre ücreti de buna eklenmektedir.

Esasen, belirli süreli iş sözleşmeleri bakımından BK m.438 hükmü en geniş uygulama alanını, belirli süreli iş sözleşmesinin sona ermesinin hukuki sonuçlarını tam ve eksiksiz biçimde düzenlemeyen 4857 sayılı İş Kanunu'na tabi iş ilişkileri bakımından bulacaktır. Bu durumda 1 yılı aşan fiili çalışmalar bakımından zaten kıdem tazminatı da söz konusu olacaktır. Bunlara bir tazminat daha katılmasının gereğini anlamak mümkün görünmemektedir.

Doktrinde, İsviçreli yazarlara atıf yapılarak bu tazminatın, feshin kişilik haklarına yarattığı aykırılık ile gerekçelendirildiği görülmektedir³⁷. Ancak İsviçre hukukunda ileri sürülen, hukukuza da Kanunla birlikte doğrudan ithal edilen esasların isabet derecesi tartışmaya açıktır. 30 yıllık işçinin sözleşmesi ihbar sürelerine

uyularak sona erdirildiğinde, kıdemini ödüllendirici küçük bir tazminatı bile çok gören kanunkoyucunun, belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin kişilik haklarını korumaya bu denli hassasiyet gösterdiğini söylemek hayret vericidir.

d) İşçi tarafından nedensiz fesih durumunda öngörülen cüzi, anlamsız tazminat

Borçlar Kanunu madde 439 hükmüne göre; işçi, 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. Bu tazminat hükmünün hem belirli hem de belirsiz süreli iş sözleşmelerinde uygulanabileceği belirtilmektedir³⁸.

Belirsiz süreli iş sözleşmelerinde bu tazminat, işçi bakımından ihbar tazminatına karşılık gelmektedir. Belirli süreli iş sözleşmelerinde ise kanunkoyucu bunu muhtemelen işçinin sözleşmenin sona ermesi ile ortaya çıkan zarara ilişkin maktu bir tazminat olarak öngörmüş, bunu aşan zararın istenebilmesini ispatlanabilmesine bağlamıştır. Yani, işçi işi (haksız olarak) bırakır ise, işveren 1/4 maaş tutarında tazminat isteyebilecek, ek zararlarının giderilmesi için bunları ispat yükü altına girecektir. Kanunda ayrıca işverenin bu tazminat talebinin 30 günlük bir hak düşürücü süreye³⁹ bağlanmış bulunduğu da dikkat çekmektedir.

İşçinin aylık ücretinin 1/4'ü gibi son derece küçük bir tazminatın neden Kanunda öngörülmesine gerek bulunduğunu, bunun talep edilme koşullarının neden bu denli “sıkı koşullara bağlandığını” kavramak gerçekten güçtür. Bu isabetsiz ve gereksiz düzenlemede öngörülen 30 günlük hak düşürücü sürenin sadece aylık ücretin 1/4'lük kısmına mı ilişkin olduğu, yoksa işverenin ek zararları bakımından da mı geçerli olduğu belirsizlik arz etmektedir⁴⁰. İşverenin belirli süreli iş sözleşmesinde uğradığı zararları talep hakkını 30 günlük gibi son derece kısa bir süreye bağlamanın hiçbir rasyonel açıklaması olmadığı görüşündeyiz.

Oturmuş, işleyen bir sisteme ilişkin olarak

İsviçre bugün, kanunuyla, yargısıyla, öğretisiyle bizim almamız gereken değil, referans vermemiz, ders vermemiz gereken bir ülke konumundadır.

getirilen her hükmün akıl ve mantığın, yani “bilimin süzgecinden” geçmesi gerekmektedir. Bu yapılmaksızın düzenleme yapmak büyük bir yanılıdır. Ancak, sayısal olarak son derece zayıf bir içtihat birikimine sahip İsviçre Mahkemeleri ve İsviçreli yazarlara atıf yaparak söz konusu madde hükümlerine anlam kazandırmaya çalışmak da bizce isabetli bir yöntem değildir. İsviçre Kanunu’nun maddeleri zaten teknik olarak hatalıdır. Bir hükmün İsviçre hukukundan alınması, bizce bunun isabetli olduğu varsayımını da beraberinde getirmemektedir. Aksine, çalışmamızın birçok yerinde belirttiğimiz gibi, İsviçre hukuku, kanunuyla, içtihadıyla Türk hukukunun çok gerisindedir. Bugün, İsviçre’de iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklara bakan özel bir Temyiz Dairesi dahi yoktur. Medeni hukuk/borçlar hukuku uyuşmazlıkları ile birlikte iş uyuşmazlıkları incelenmektedir. Oysa, bir ülkede hukuk alanında öğretiyi geliştiren yargı kararlarındaki zenginlik ve canlılıktır. İsviçre bugün, kanunuyla, yargısıyla, öğretisiyle bizim almamız gereken değil, referans vermemiz, ders vermemiz gereken bir ülke konumundadır⁴¹.

e) Ölüm tazminatı

Borçlar Kanunu’nun 440. maddesinde işçinin ölümü konusunda özel bir düzenleme getirildiğini görmekteyiz. Bu hükme göre, “Sözleşme, işçinin ölümüyle kendiliğinden sona erer. İşveren, işçinin sağ kalan eşine ve ergin olmayan çocuklarına, yoksa bakmakla yükümlü olduğu kişilere, ölüm gününden başlayarak bir aylık; hizmet ilişkisi beş yıldan uzun bir süre devam etmişse, iki aylık ücret tutarında bir ödeme yapmakla yükümlüdür”. Bu tazminatın Borçlar Kanunu kapsamında belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler bakımından da söz konusu olması gerekir. Kanunda sözleşmenin türüne

göre bir ayırım yapılmamış olup, sözleşmenin türü ne olursa olsun ölüm tazminatından BK kapsamındaki işçilerin (kanunda sayılan) geride kalanları yararlanacaktır⁴².

III. Borçlar Kanunu Hükümlerinin Taşındığı Boşluk ve Anayasa’ya Aykırılık Sorunu

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, 438. maddede öngörülen tazminat, sadece haklı sebebe dayanmayan fesihlerde söz konusu olacaktır⁴³. Buna karşılık işçinin kıdemine ödüllendirilmesi düşüncesi yeni Borçlar Kanunu’nda gözden kaçırılmıştır. Örneğin işveren 30 yıllık kıdemi olan bir işçinin işine ihbar süresine uyararak son verdiğinde, Borçlar Kanunu kapsamındaki işçinin eline ihbar süresine ait ücret dışında hiçbir şey geçmeyecektir. Diğer iş kanunları ile kıyaslama yaptığımızda, bu durumun bizce eşitlik ve adalet ile bağdaşır yanı yoktur.

İşçinin belirsiz süreli iş sözleşmesinin fesihinde, iş kanunları kapsamındaki işçiler kıdem tazminatından yararlanabilmektedir. Kıdem tazminatı, tarihsel gelişim süreci içinde baktığımızda, bir yandan işçiyi feshe karşı koruma, öte yandan işçinin kıdemine ödüllendirme işlevlerini kazanmış bulunmaktadır. Esasen bunlar çağdaş iş hukukunun “olmazsa olmaz” koşullarıdır. Borçlar Kanunu kapsamında kalan işverenlerin ekonomik güçsüzlüğü de bize göre bu düzenleme biçimine asla gerekçe olamaz. İşçiyi feshe karşı asgari düzeyde dahi koruyan bir Kanunun çağdaş olarak adlandırılması⁴⁴, hatta bazı bilimsel toplantılarda izlediğimiz üzere İş Kanunu’ndan daha ileri bir kanun olarak sunulması bizce yanılı olacaktır.

Borçlar Kanunu ile ilgili yapılan toplantılar ve yayınlar incelendiğinde, bugüne kadar belirttiğimiz hususun yeterince gündeme gelmediği görülmektedir. Kıdem tazminatının kaldırılması konusundaki çalışmalar belki buna gerekçe oluşturabilir. Ancak bu konuda konsensus sağlanamamakta, fon tesisi, bireysel emeklilik şirketlerine devir, miktarın azaltılması gibi bir çok proje havada uçuşmakta, muhtemelen yaklaşan seçimler nedeniyle bunların “rafa kalktığı müjdesi” verilmektedir. Kaldı ki, bu projelerde

Biz Borçlar Kanunu hükümlerinin çağrı yakalayamadığını, temel eksiklikleri olduğunu, kendi içinde büyük tutarsızlıklar taşıdığını, dolayısıyla 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında “genel kanun-özel kanun” ve “boşluk doldurucu işlev” konularının bu hukuki yapı dikkate alınmaksızın değerlendirilmesinin isabetsiz olduğu kanısını taşıyoruz.

de genel olarak yine BK kapsamındaki işçilerin gözardı edildiği dikkat çekmektedir (örneğin son olarak tartıştığımız Kıdem Tazminatının İşçinin Bireysel Hesabına Yatırılması Hakkında Kanun Taslağı, m.2). Dolayısıyla, kıdem tazminatı konusundaki revizyon düşünceleri de, BK kapsamındaki işçilerin yok sayılmasına gerekeceği oluşturmamalıdır.

Bize göre, ortada boşluklar vardır, ancak bunları 4857 sayılı Kanunda değil, bizatihi Borçlar Kanunu'nun kendisinde aramak gerekir. 20 yıl, 30 yıl işyerine hizmet eden ve işveren tarafından ihbar süresine uyularak çıkarılan işçiye hiçbir tazminat ödenmemesi, eşitliğe aykırıdır. BK kapsamında çalışan ve emekli olan işçiye hiçbir şey ödenmemesi kabul edilemez. İş Kanunlarında kıdem tazminatına hak kazandıran tüm sebepler için belirttiğimiz eksiklikler tekrarlanabilir.

Bize göre ortaya çıkan bu tablo, yeni Borçlar Kanunu'nu doğrudan temel bir hukuk boşluğu ile sakatlamaktadır. Ortaya çıkan eşitsizlik ve ayrımcılık Anayasa'ya uygun değildir. BK kapsamındaki çalışanların, en azından belirli bir yüzde oranında kıdem tazminatı hakkından yararlandırılması gerekmektedir. Yani açık şekilde ifade etmek gerekirse, yapılması gereken BK kapsamındaki işçilere, işverenlerinin güçsüzlüğü dikkate alınarak ancak belirli bir eşitlik ve denge de gözetilerek İş Kanunu'ndaki haklar yansıtılmalıydı.

Bu yapılmamış, kanunkoyucu İsviçre hukukundan deyim yerindeyse eline ne geçtiyse tercüme etmiştir (bazı hükümleri nedense tercüme etmemiştir; örneğin 50 yaşını dolduran ve 20 yıl çalışan işçiye az da olsa kıdem tazminatı hakkı İsviçre Borçlar Kanunu'nda mevcuttur, İBK.339b). Söz konusu yaklaşım, iki açıdan komplikasyon yaratmıştır: Öncelikle yukarıda da belirttiğimiz gibi, Borçlar Kanunu kapsamındaki işçiler ile İş Kanunu kapsamındakiler arasında Anayasa'ya dahi aykırılığını iddia edebileceğimiz bir eşitsizlik ortaya çıkmıştır. İkinci olarak, tamamen farklı bir ülke kanununun tercümesinden başka bir şey olmayan hükümler, İş Kanunu'nun yanına konularak bize göre gerçekte söz konusu olmayan kanun boşluklarının kapatılması yolunda görüşler ortaya atılmaya başlanmıştır. Hatta bu görüşler etki ve ağırlık kazanmıştır. Bu konu ayrıntılı olarak aşağıda incelenecektir.

IV. Borçlar Kanunu'nda İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerin İş Kanunu Kapsamındaki İşçilere Etkisi Sorunu

1. Genel Olarak

Borçlar Kanunu'nda feshe ilişkin olarak yer alan dört hükmün İş Kanunu kapsamındaki işçiler bakımından uygulanabilirliği hususunda tartışmalar yoğunluk kazanmış bulunmaktadır. Bunlar, ihbar sürelerine ilişkin hüküm (özellikle ihbar sürelerinin arttırılmasında eşitlik esası), haklı fesih bildiriminin yazılı olarak yapılması, 6 aya kadar tazminat ve ölüm tazminatı düzenlemeleridir.

Yeni Kanun ile ilgili olarak yapılan bilimsel toplantılarda dile getirilen görüşler ve yayınlar incelendiğinde, öğretilerde Borçlar Kanunu'nun boşluk doldurucu işlevine geniş bir anlam yüklenmeye başlandığı görülmekte; özellikle, getirilen tazminat hükümlerinin İş Kanunu'nda getirilen tazminat hükümleri ile birlikte uygulanabileceğine ilişkin görüşler etkili biçimde ileri sürülmektedir⁴⁵.

Kanımızca, Borçlar Kanunu'nun söz konusu hükümleri, İş Kanunu'nda açıkça boşluk bu-

lunduğu görülen belirli süreli iş sözleşmelerinin sona ermesi durumu dışında uygulama alanı bulmamalıdır. Biz Borçlar Kanunu hükümlerinin çağı yakalayamadığını, temel eksiklikleri olduğunu, kendi içinde büyük tutarsızlıklar taşıdığını, dolayısıyla 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında “genel kanun-özel kanun” ve “boşluk doldurucu işlev” konularının bu hukuki yapı dikkate alınmaksızın değerlendirilmesinin isabetsiz olduğu kanısını taşıyoruz.

Kanımızca, öğretilerde öne sürülen görüşler üç temel açıdan eleştiriye açık bulunmakta ve Borçlar Kanunu hükümlerinin son derece sınırlı şekilde yorumlanması gerekli görünmektedir. Belirttiğimiz bu üç gerekçe ve eleştiri aşağıda “Sosyal alandaki kanunların hassas menfaat dengesi”, “Borçlar Kanunu’nun kendi boşluklarını dahi kapatamamış olması” ve “Kanunlar arasındaki farklılığın doğallığı ve her farklılığın İş Kanunu’nda “boşluk” anlamına gelmeyeceği” alt başlıkları altında ayrıntıları ile birlikte açıklanacaktır.

2. Borçlar Kanunu’nun İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerinin Sınırlı Etkisini Gerekli Kılan Nedenler

a) Sosyal alandaki kanunların hassas menfaat dengesi

İlk olarak, kanunların kendilerine ait bir menfaat dengesi olup, sosyal hukuk alanında bu denge son derece hassastır. Gerçekten, İş Kanunu’nda öngörülen her hüküm Bilim Komisyonu tarafından tartışılmış, iş sözleşmesinin sona ermesinde işçiyi koruma ilkesi, işletme menfaatleri ile hassas biçimde dengelenmiştir. Buna göre, söz konusu denge dikkate alınmadan, başka kaynaklardan İş Kanunumuza boşluk doldurma gerekçesi ile hükümler ithal etmek isabetli değildir. Kaldı ki, aşağıda da açıklayacağımız üzere, belirli süreli iş sözleşmelerinin sona ermesi konusu dışında 4857 sayılı İş Kanunumuzda iş sözleşmesinin feshi ve buna bağlı hukuki sonuçlar konusunda “bilinçli boşluklar” bulmak da bize göre pek mümkün de değildir.

b) Borçlar Kanunu’nun kendi boşluklarını dahi kapatamamış olması

İkinci olarak Borçlar Kanunu hükümleri tek tek ayrıntılı bir bilimsel analize tabi tutulmadan ve mehzaz kanun da dahil edilmek üzere isabet derecesi sorgulanmadan bunları bir de 4857 sayılı Kanun kapsamındaki ilişkilere yönlendirmek isabetsiz bir yaklaşım olacaktır. Bize göre İsviçre hukukundan tercüme etmek tekniği ile kanun almak yanlış olmuştur. Ayrı bir iş kanunu olmayan İsviçre Borçlar Kanunu’nun iş sözleşmesine ilişkin hükümleri, dengesiz, geri bir zihniyete dayalı, fazlasıyla liberal, hatta kendi içinde dahi tutarsız bir nitelik taşımaktadır. Ancak maalesef İsviçre hukukunun bu isabetsiz düzenlemeleri kanunumuzun temelini almıştır. Üstelik Kanununun tercümelemede dahi ciddi hatalar vardır:

Örneğin rekabet yasağına ilişkin Almanca ve Fransızca metinler birbirinden farklıdır. Fransızca metin hatalı olup, çeviriye esas olarak bu metin esas alınmıştır. Fransızca metin: Art. 340/2: “La prohibition de faire concurrence n’est valable que si les rapports de travail permettent au travailleur d’avoir connaissance de la clientèle ou de secrets de fabrication ou d’affaires de l’employeur et si l’utilisation de ces renseignements est de nature à causer à l’employeur un préjudice sensible” şeklindedir. Oysa Almanca metin: “Das Konkurrenzverbot ist nur verbindlich, wenn das Arbeitsverhältnis dem Arbeitnehmer Einblick in den Kundenkreis oder in Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse gewährt und die Verwendung dieser Kenntnisse den Arbeitgeber erheblich schädigen könnte” şeklindedir. Dikkat edilecek olursa Almanca metinde işverenin yaptığı işler değil, ticaret ve üretim sırlarından söz edilmektedir. Yani Borçlar Kanunumuzun çevirisinde Fransızca metin esas alınmıştır. Burada da, “işverenin yaptığı işler/affaires de l’employeur” gibi son derece anlamsız ve hatalı bir ölçüt söz konusudur.

Bu ölçüt bize Fehim Üçışık Hocamızın kürsümüzde sık sık anlattığı bir olayı hatırlatmaktadır. Değerli Hocamız, (yanlış hatırlamıyorsam) Çevre Kanunu’ndaki “...bu kanun gerçek kişi-

İş Kanunu ve Borçlar Kanunu kıyaslanırken görülen her farklılığa İş Kanunu'nun boşluğu gibi yaklaşmak isabetli değildir.

leri, tüzel kişileri ve tüm vatandaşları kapsar” anlatımının ne kadar büyük bir hukuki hata olduğunu vurguluyor ve kanunkoyucuyu çok da haklı olarak eleştiriyordu. Müşteri çevresi ile üretim sınırları sayıldıktan sonra, “işverenin yaptığı işler” ölçütüne yer verilmesi, gerçek ve tüzel kişileri saydıktan sonra, “tüm vatandaşlar”ı belirtmekten farklı değildir.

Yine, pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin Kanununun 453. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan, “...Sözleşmenin pazarlama alanı veya müşteri çevresine ilişkin hükmünün değiştirilmesini gerektiren bir sebep varsa işveren, söz konusu hükmü, sözleşmede fesih bildirim süresi öngörülmüş olsa bile, bu süreye uymadan tek taraflı olarak değiştirebilir; ancak, bu durumda pazarlamacının tazminat ve hizmet sözleşmesini haklı sebeple sona erdirme hakkı saklıdır.” hükmü hiçbir anlam ifade etmemektedir. Bu hüküm tamamen İsviçre hukukunun bilinmemesinden kaynaklanan bir düzenlemedir. İsviçre hukukunda çalışma koşullarının değiştirilmesi ve ihbar süreleri ilişkisi ile bağlantılı olup, hukukumuzda ithali hata olmuştur⁴⁶.

Borçlar Kanunu'nun hazırlanış süreci ve temel yaklaşım biçimi dikkate alındığında İş Kanunu ile hükümlerin kıyaslanma sürecinde son derece titiz davranılması gerektiği ortaya çıkmaktadır. Zira bizce yeni Borçlar Kanunu'nun hizmet sözleşmesine ilişkin hükümleri olarak sunulan düzenlemelere ilişkin bu hukuki ve teknik yanlışlıkların iyice bilincine varmadan kıyaslama yapmak isabetli bir yaklaşım olmayacaktır.

c) Kanunlar arasındaki farklılığın doğallığı ve her farklılığın İş Kanunu'nda “boşluk” anlamına gelmeyeceği

Nihayet üçüncü olarak, İş Kanunu ve Borçlar Kanunu kıyaslanırken görülen her farklılığa İş Kanunu'nun boşluğu gibi yaklaşmak isabetli

değildir. Zira, kanunkoyucunun hangi hükümleri Borçlar Kanunu kapsamındaki işçiler için düşündüğü, hangi hükümleri İş Kanunu kapsamındaki işçiler için boşluk doldurucu olarak ele aldığı konusunda hiçbir açıklık yoktur. Borçlar Kanunu'ndaki düzenlemeler alınır ve İş Kanunu'nun yanına konulacak olur ise, farklı hükümlerle karşılaşmamız olasıdır. Ancak her “farklılık”; İş Kanunu'nda boşluk olduğu anlamına gelmez⁴⁷. Herhangi bir ülke kanununu alıp İş Kanunu'nun yanına koyduğumuzda da sonuç değişmez; daima birbiri ile farklı hükümler çıkar. Ancak bu her iki ülke kanununda da boşluk olması demek değildir.

Bize göre, kanunkoyucu öncelikle BK kapsamındaki işçiler için olan açık hukuk boşluklarını doldurmak konusunda yeterli ve başarılı olamamıştır. Örneğin 30 yıllık kıdeme dahi sahip olsa, ihbar süresine uyularak iş sözleşmesi sona erdirilen işçinin eline hiçbir şey geçmesi kanunkoyucunun ve bunun arkasındaki Bilim Komisyonu'nun izah etmesi gereken vahim bir durumdur.

Burada, özellikle İş Kanunu'ndaki “boşluk” kavramına yüklenmesi gereken anlamın da büyük önem taşıdığını düşünüyoruz. Bize göre Borçlar Kanunu'ndaki her farklılık İş Kanunu açısından bir boşluk değildir. İş Kanunu'nda boşluk olup olmadığının saptanmasında bir hukuki soruna tüm yönleri ile İş Kanunu'nun yanıt verip veremediğine bakılmalıdır. Buna göre Borçlar Kanunu'ndaki “fazlalık” İş Kanunu'nun bir boşluğunu oluşturmayacaktır. Aksi yorum bizce Alpagut'un da haklı olarak ifade ettiği gibi, İş Kanunu kapsamındaki işçiler bakımından bir “kurallar demeti” oluşturulmasına yol açacaktır⁴⁸.

Yeteri kadar tartışmadan, planlamadan İsviçre hukukundan tercüme etme tekniği ile Kanun alınması bizce Türk hukuku açısından son derece üzücüdür. Öğretide, Borçlar Kanunu hükümlerinin geniş bir uygulama olanağı bulacağını savunan yazarların bizce yanıt vermesi gereken bir diğer soru da şudur: Borçlar Kanunu hazırlayan Komisyon ve kanunkoyucu, bu hükümlerin hangilerinin genel nitelikte olabileceğine ilişkin bir ayırım yapmış mıdır? Bu konuda bizim tespit edebildiğimiz “cezai şart”,

“ibra sözleşmesi” gibi hükümlerde kanunkoyucunun bu yoldaki iradesini tespit etmek mümkündür. Bu hükümler tüm işçi ve işverenler için düşünülmüştür.

Ancak, bunun dışında kalan tazminatlar, ihbar süreleri, feshin şekline ilişkin düzenlemelerin bu şekilde “genel” bir uygulaması olması acaba kanunkoyucu tarafından “bilinçli olarak” istenmiş midir? Bu soruya olumlu olarak yanıt vermekte zorlanıyoruz. Kanunkoyucunun temel amacı İş Kanunları kapsamı dışında kalan ilişkileri düzenlemektir. Nitekim Genel Gerekeçde, “...bu işçiler ile İş Kanununun kapsamına giren işçiler arasında çok büyük bir fark yaratılmamaya çalışılmıştır” anlatımı ile bu hedef son derece net biçimde ifade edilmiştir⁴⁹.

Borçlar Kanunu yapılırken son derece hatalı bir yöntem izlenmiş, uygulamaya hakim olan iş hukukçuları yeterince etkili olamamıştır. Bizce, Borçlar Kanunu kapsamındaki işverenlerin güçsüzlüğü dikkate alınmalı, 4857 sayılı Kanundaki haklar bu kapsamdaki işçilere kısmen azaltılarak tanınmalıydı. Başka bir anlatımla, 4857 sayılı Kanun modeli üzerinde kurgulama yapılmalı, bunun dışında genel hüküm etkisi taşıması gereken düzenlemeler “planlı olarak” ve “herkesin bileceği ve ayırt edeceği şekilde” düzenlenmeliydi. Sonuç olarak, bilinçli ve planlı olarak, 4857 sayılı Kanun bakımından etkili olması düşünüldüğü açıkça anlaşılmayan hükümlerin yorumunda son derece hassas davranılması gerektiği kanısındayız. Bu bağlamda, etkileme tartışmalarının odağındaki hükümleri aşağıda inceleyeceğiz.

3. Etkileme Tartışmalarının Odağındaki Hükümler

a) İhbar süreleri

4857 sayılı Kanun’da, ihbar sürelerinin kısaltılmayacağı; ancak sözleşmeyle artırılabilceği Borçlar Kanunu’na paralel olarak düzenlenmiştir. Buna karşılık sözleşme ile arttırılan bildirim sürelerinin taraflar bakımından eşit şekilde uygulanması yolunda bir hüküm yoktur.

Bizce, “Fesih bildirim sürelerinin, her iki taraf için de aynı olması zorunludur; sözleşmede farklı süreler öngörülmüşse, her iki tarafa da

en uzun olan fesih bildirim süresi uygulanır” şeklindeki yeni Borçlar Kanunu hükmünün (m.432) 4857 sayılı İş Kanunu bakımından uygulama alanı bulmaması gerekir. Yukarıda belirttiğimiz üç temel eleştirinin tümü bu görüşümüzü desteklemektedir.

Öncelikle, iş güvencesi getiren “işçiyi koruma” yolunda çok büyük bir adım atan 4857 sayılı Kanuna “tarafların eşitliği” ekseninde bir hükmün ithal edilmesi, bu kanuna tabi çalışanlar için öngörülen hassas menfaat dengesini bozacaktır.

İkinci olarak, “Borçlar Kanunu’nun İsabetsiz Yapısı” başlığı altında belirttiğimiz her cümle buraya tam manasıyla uymaktadır: İhbar sürelerinin eşitliği anlayışı, artık çağın gerisinde kalan bir düşüncedir. Söz konusu anlayış teknik açıdan da eleştiriye açıktır; ihbar sürelerini düzenleyen hüküm, tek bir norm olarak görünmekle birlikte, işçi ve işveren bakımından ihbar sürelerinin ayrı birer norm olduğunu kabul etmek isabetli görünmektedir. Zira, artık fesih kavramı, işçi ve işveren bakımından aynı anlama gelmemekte, eşdeğer nitelikte bulunmamaktadır⁵⁰. Dolayısıyla, işçi ve işveren bakımından farklı ihbar sürelerinin öngörülmesi, hatta işçi bakımından ihbar sürelerinin kısaltılabilmesi artık çağdaş iş hukukunun bir gereğidir. İşçinin feshe karşı korunması düşüncesi 4857 sayılı Kanunun ruhuna işlemiş, eksiklik ve hatalarına rağmen, iş hukukumuzu çağdaş Batı Avrupa hukuklarının düzeyine çıkarmıştır. İş sözleşmesinin feshinde tarafların eşitliği gibi bir düşüncenin 4857 sayılı Kanun bakımından yeri yoktur.

Nihayet, bu farklılığın İş Kanunu’nun bir boşluğu olmadığını, 4857 sayılı Kanunu hazırlayan Komisyonun ve kanunkoyucunun bilinçli olarak ihbar sürelerinin eşitliği anlayışını tamamen benimsemediğini düşünüyoruz⁵¹. Sonuç olarak, bu hüküm 4857 sayılı İş Kanunu’na tabi ilişkilerde etkili olmamalıdır⁵².

b) Haklı fesih ve yazılılık koşulu

Borçlar Kanunu’nun 435. maddesine göre, taraflardan her biri sözleşmeyi derhal feshedebilir. Sözleşmeyi fesheden taraf, fesih sebebini yazılı olarak bildirmek zorundadır. Haklı fesih

için öngörülen bu hükmün, 4857 İş Kanunu'na tabi iş sözleşmeleri bakımından uygulanarak yazılı fesih bildirimini geçerlilik koşulu haline getireceği düşüncesine⁵³ katılmamaktayız.

Alpagut'un da son derece yerinde olarak ifade ettiği gibi, "boşluk kavramının bu denli geniş tutulması, kavramın özüne aykırı olduğu gibi, hukuk güvenliğine de aykırıdır. Üstelik haklı nedenle feshin özünde sözleşmeye devamın katlanılmaz, beklenilemez hallerde sözleşmeyi sona erdirilmesi imkanının yattığı dikkate alındığında, bu yazılı şekil şartının bir geçerlilik şartı olarak değerlendirilmesinin isabet derecesi de tartışmalıdır"⁵⁴. Buna göre söz konusu hükmün de 4857 sayılı Kanuna tabi ilişkiler bakımından etkili olmaması gerektiği kanısındayız.

c) (Haksız) fesih tazminatı

Yine, yeni Borçlar Kanunu'nda, 6 aya kadar öngörülen haksız fesih tazminatının aksi yönde ağırlık kazandığı görülen yaklaşıma rağmen⁵⁵ 4857 sayılı Kanuna tabi ilişkiler bakımından belirsiz süreli iş sözleşmelerinde geçerli olmaması gerektiği kanısındayız. Yukarıda belirttiğimiz gerekçe ve eleştirilerin yine tümü burada da geçerli bulunmaktadır.

Öncelikle, 4857 sayılı Kanunda öngörülen her tazminatın işçi ve işveren bakımından hassas bir denge içinde düzenlenmiştir. 4857 sayılı Kanunda, iş güvencesi tazminatının mutlak emredici bir yapıda düzenlendiği bir sistem öngörülmüş olması, kanunkoyucunun kurmaya çalıştığı dengenin hassasiyetini somut şekilde göstermektedir. Dolayısıyla bu yapıya dışarıdan önemli bir tazminat hükmü ithal edilmesi, bu kanuna tabi çalışanlar için öngörülen hassas menfaat dengesini bozacaktır.

İkinci olarak, "Borçlar Kanunu'nun İsbetsiz Yapısı" başlığı altında belirttiğimiz hususlar yine burada da geçerli bulunmaktadır. Borçlar Kanunu'nda öncelikle yapılması gereken işçiye asgari düzeyde bir iş güvencesi sağlayan ve kıdemini ödüllendiren bir hüküm getirmektir. Bu yapılmaksızın oluşturulan yapı bizce son derece tutarsız olmuştur. İşçiyi asgari düzeyde feshe karşı korumayan bir Kanunun haksız fesih durumunda işçinin kişilik haklarını koruduğunu söy-

lemek bize son derecede çelişkili gelmektedir.

Bizce İsviçre Borçlar Kanunu, "bilim dışı" ve "çağdışı" bir kanundur. Bir yandan ihbar sürelerinin arttırılmasında eşitlikten söz etmekte, öte yandan ihbar sürelerine uymamanın sonuçlarını işçi ve işveren bakımından farklı şekilde düzenlemektedir. Kötüniyet tazminatını, işçi ve işveren bakımından söz konusu olabilecek bir tazminat gibi düzenlemekte, üstelik işçi bakımından söz konusu olabilecek kötüniyetli fesih alternatiflerini tek tek saymaktadır (İBK m.336)⁵⁶.

Kötüniyet tazminatını teorik olarak mümkün görünmekle birlikte, işçinin sözleşmeyi feshi bakımından söz konusu olabileceği bir örneğe Batı Avrupa iş hukuku tarihinde sıkça rastlanmanın mümkün olmadığı kanısındayız. Ancak, burada vurguladığımız "kanunun ruhu"dur. İsviçre Borçlar Kanunu, hâlâ çağdaş iş hukukunun olmazsa olmaz koşulu işçinin feshe karşı korunmasını asgari düzeyde dahi yakalayamamış, " tarafların eşitliği" gibi çağdaş iş hukukuna aykırı bir anlayış, İsviçre Borçlar Kanunu'nun özüne sinmiştir. Dolayısıyla, bizce bugün öncelikli olarak yapılması gereken bu tutarsız yapıyı objektif biçimde ortaya koymak ve bunun ne şekilde çözümlenebileceğini tartışmaktır. Bu yapılmaksızın söz konusu tutarsız, isabetsiz, dengesiz hükümleri olduğu gibi kabul etmek, üstüne üstlük 4857 sayılı Kanuna tabi ilişkilere yansıtılmak yerinde bir yaklaşım olmayacaktır.

Üstelik aksi görüşte olan yazarların bile, tereddütlerini gizleyemediği açıkça görülmektedir. Söz konusu tazminatın 4857 sayılı Kanun kapsamındaki ilişkilerde de etkisini kabul eden Soyer, bu hükmün yaratacağı maddi külfet nedeni ile eleştiri konusu olacağını ifade etmektedir. Yazar ayrıca, Borçlar Kanunu yapılırken izlenen yönteme ilişkin ayrıntılı ve isabetli eleştiriler getirmektedir⁵⁷.

Borçlar Kanunu hükümlerinin yorumu ile temel görüşlerimizin genel olarak yakınlık arzettiği Alpagut, söz konusu tazminatın uygulanması konusuna tereddütlü ifadelerle yaklaşmakta, bunun uygulanacağını kabul etmekte, ancak işçinin manevi zararının doğması koşulu ile sınırlandırmaya çalışmaktadır⁵⁸.

Akyiğit, ölüm tazminatı ile ilgili inceleme-sinde⁵⁹, aksi görüşün de savunulabileceğini "...

konu her iki yönde de görüş ileri sürmeye zemin hazırlayacak gibi gözükmektedir” ifadesi ile ortaya koymakta ve “...aslında bu tartışmaların kökeninde İsviçre BK hükümlerini, onlarda farklı iş yasaları veya benzer farklı ödemeler bulunup bulunmadığını araştırmaksızın neredeyse birebir tercüme yoluyla Türk hukukuna aktarmanın yattığını söylemek yanlış olmaz”⁶⁰ diyerek sorunun kaynağını son derece isabetli biçimde dile getirmektedir.

Söz konusu tazminatın İş Kanunu’na tabi ilişkilerde uygulanabileceğini kabul eden Doğan Yenisey de, “...bu hükmün kötüniet tazminatı ile olan ilişkisi İsviçre’de oldukça tartışılmış, kötüniet tazminatı ile haksız fesih tazminatının aynı olayda birleşmeyeceği kabul edilmiştir. Ancak İsviçre’de bu iki hükmün düzenleniş biçimi ve öngörülen tazminat miktarları aynıdır. Bu açıdan Borçlar Kanunu’ndaki düzenleme sorun yaratabilecek niteliktedir”⁶¹ anlatımına yer vererek çekincelerini ifade etmektedir.

Görüldüğü üzere, aksi görüşteki tüm yazarlar görüşlerini deyim yerindeyse birtakım rezervler koyarak dile getirmekte, neredeyse hiçbiri tam anlamı ile ortaya çıkan tablo için “olması gereken hukuk budur” diyememektedir. Bize göre, tam anlamı ile “olması gereken budur” diyemiyor ve iş ilişkisini etkileyen hükümleri içimize sindiremiyorsak, yapmamız gereken bu hükümleri kabul etme değil, reddetme yolunu seçmektir.

4857 sayılı Kanun, sağlam bir güvencesi modeli getirmiştir. Bu sistem içine dışarıdan tazminat ithal etmenin hiçbir mantıklı açıklaması yoktur. İş güvencesi kapsamı dışındaki işçiler için ise, kıdem tazminatı, ihbar ve kötüniet tazminatı kurumları mevcuttur. Ayrıca ayırimcılık tazminatı da özel olarak düzenlenmiştir. İşçi bunların dışında haksız fesih neticesinde uğradığı maddi ve manevi zararı varsa, bunları kanıtlamak koşulu ile işverenden isteyebilir. Biz İş Kanunu’nda bu konuda hiçbir boşluk bulunmadığını düşünüyoruz. İsviçre hukukunda, sadece ihbar süreleri ve kötüniet tazminatı ile işçiye sağlanan korumanın yetersiz kalacağı düşüncesiyle getirilen bu hükmün, haksız fesih durumunda, her çalışma yılı için işçinin 30 günlük ücreti tutarında olan ve oldukça güçlü

olarak nitelendirebileceğimiz kıdem tazminatını öngören bir sistemde yeri olmadığı kanısındayız. Sonuç olarak, belirsiz süreli iş sözleşmeleri bakımından bu tazminat 4857 sayılı Kanuna tabi iş ilişkileri için söz konusu olmamalıdır.

Belirli süreli iş sözleşmelerinde ise, “isabetsiz de bulsak”, bu tazminatın devreye girmesi mümkün görünmektedir. Ancak buradaki hata, Borçlar Kanunu’ndan değil; 4857 sayılı İş Kanunu’nun kendisinden kaynaklanmaktadır. Bize göre, İş Kanunu’nun tüm yönleri ile belirli süreli sözleşmeyi düzenlemesi gerekirdi. Bunun yapılaş koşullarını düzenlerken, sona ermesinin hukuki sonuçları ile ilgili düzenlemelerde deyim yerindeyse topun başka bir kanuna atılması kanun tekniği açısından isabetsiz olmuştur. Üstelik, 4857 sayılı Kanun yapılırken yürürlükteki BK hükümlerinde, belirli süreli sözleşmelerin sona ermesinin sonuçlarını doğrudan düzenleyen bir hüküm dahi mevcut değildi. BK m.325 hükmü özel olarak belirli süreli sözleşmeler için getirilmiş olmayıp, esasen işverenin temerrüdünün hukuki sonuçlarını düzenlemektedir.

d) Ölüm tazminatı

Borçlar Kanunu’nun 440. maddesine göre, “Sözleşme, işçinin ölümüyle kendiliğinden sona erer. İşveren, işçinin sağ kalan eşine ve ergin olmayan çocuklarına, yoksa bakmakla yükümlü olduğu kişilere, ölüm gününden başlayarak bir aylık; hizmet ilişkisi beş yıldan uzun bir süre devam etmişse, iki aylık ücret tutarında bir ödeme yapmakla yükümlüdür”. Bu tazminatın 4857 sayılı İş Kanunu kapsamındaki işçiler bakımından da uygulanabileceğine ilişkin görüşler, yeni Kanuna ilişkin bilimsel toplantılarda dile getirilmeye başlanmış bulunmaktadır. Akyiğit, Basın İş Kanunu’nda bu konuda ölüm tazminatı bulunduğunu belirtmekte, ancak diğer iş kanunları bakımından uygulanabileceği sonucuna ulaşmaktadır. Yazar, Borçlar Kanunu’nda ölüm tazminatının belirli bir kıdem gerektirmeyişini ve kapsama aldığı kişi farklılığını görüşüne dayanak yapmaktadır⁶². Doğan Yenisey de Basın İş Kanunu’nun tartışma yaratabileceğini belirtmekte, ancak diğer iş kanunları açısından ölüm tazminatını uygulanabilir bulmaktadır⁶³. Soyer’e göre, bu hüküm İsviçre

doktrininde ölüm sebebine dayalı kıdem tazminatına eklenmek suretiyle yorumlanmaktadır. Buradan hareket eden ve maddenin kıdem tazminatı ile ilişkisini sorgulayan yazar "...kıdem tazminatına hak kazanılmayan hallerde sadece yeni yasadaki ödemenin yapılacağı açıktır" sonucuna ulaşmaktadır⁶⁴.

Ancak kanımızca, bu yorumun açık olduğunu öne sürmek mümkün görünmemektedir. Öncelikle, yukarıda belirttiğimiz gerekçeler, burada da geçerliliğini korumaktadır. Özel olarak kanunkoyucu İş Kanunu kapsamındaki işçileri düşünmemiştir; sadece İsviçre Borçlar Kanunu'nun çevirisi söz konusudur ve düzenlemenin eleştiriye açık birçok noktası vardır. Burada gereksiz yere "mirasçı" yerine "bakmakla yükümlü olduğu kişilerden" söz edilmesi ya da kıdem tazminatından farklı olarak "1 yıllık kıdem" koşulunun aranmamış olması, söz konusu tazminatın İş Kanunu bakımından devreye sokulmasına yeterli gerekçeler olarak görülemez. Bu konuda Alpagut'un da belirttiği gibi; "...İş Kanunu'nda işçinin ölümüne ilişkin olarak parasal sonuç bağlanmış olup, yasa bu hali kıdem tazminatına hak kazandıran haller arasında saymıştır. Dolayısıyla bu noktada bir boşluğun varlığından söz etmek isabetli görünmemektedir. Yasa koyucunun gerekçede açıkça İş Kanunu kapsamı dışındakiler için getirdiğini belirttiği hizmet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanmasında bu husus dikkate alınmalıdır. Esasen liberal bakış açısıyla kapsam dahilindeki işçilere kıdem tazminatı hakkı tanımayan yasanın, ölüm gibi bir durumda geride kalanların mağdur olmamasından hareketle tanıdığı bu hakkı İş Kanunu'na tabi işçiler bakımından da ilave bir hak olarak kabul etmek, boşluk kavramından uzaklaşarak lehe olan hükümlerin toplanması suretiyle yeni kurallar demeti yaratmaya götürecektir"⁶⁵. Bu değerlendirmeye aynen katıldığımızı ifade etmeliyiz.

V. Nerede Yanlış Yapıldı?

1. İsviçre'den Kanun Almak Artık Bilimsel Olarak Kabul Edilebilir Değildir

Çalışmamızın birçok yerinde de ifade ettiğimiz

üzere, yeni Borçlar Kanunu'nun iş sözleşmesine ilişkin hükümleri ciddi hata ve eksiklikler içermektedir. Bunun ana kaynağı İsviçre'dir ve İsviçre hukukunun kendisi bu tutarsızlıkların kaynağıdır. İhbar süresinin arttırılmasında mutlak eşitlik ararken, ihbar tazminatına ilişkin farklı hüküm getirilmesi bunun en çarpıcı örneğidir. Açıkça ifade etmek gerekir ise, bugün artık İsviçre'den kanun almak, hele iş ilişkilerine ilişkin bir kanun almak bilimsel yönden kabul edilebilir değildir.

2. Kanunkoyucu İş Kanunlarını Dikkate Almamıştır ve Uygulamaya Hakimiyeti Zayıftır

Borçlar Kanunu hazırlanırken kanunkoyucu cezai şart, ibra sözleşmesi gibi birkaç hüküm dışında İş Kanunlarını hiç dikkate almamıştır. Bugün "Borçlar Kanunu'nda pazarlamacılık sözleşmesinin düzenlenmiş olma nedenini, pazarlamacıların İş Kanunu kapsamına girip girmeyeceği" ciddi bir tartışma konusudur⁶⁶. Esasen kanunkoyucu, pazarlamacı olarak çalışan kişilerin Türk iş hukukundaki sorunları ile hiç ilgilenmemiş, sadece ilgili hükümleri aynen tercüme etme yoluna gitmiştir. Buna göre kanunkoyucunun uygulama yönünün zafiyeti de açık biçimde görünmektedir. Borçlar Kanunu'nun hemen her hükmünün üzerini "kırmızı kalemle" hatalıdır şeklinde çizmek mümkün görünmektedir. İbra sözleşmesinden söz edilmektedir, ortada ibra sözleşmesi yoktur. Cezai şartın karşılıklılığı noktasında aşırıya kaçılmıştır. Karşılıklılık ilkesi esas uygulanması gereken rekabet yasağında yer bulamamış, daha önce de ifade ettiğimiz üzere Anayasa'ya aykırı bir durum yaratılmıştır⁶⁷. Kanunda, neredeyse bir tane bile isabetli hüküm bulmaya olanak bulunmamaktadır!

3. Kanunun Yorumunda Ayrıntılara Odaklanması, "Büyük Resmin" Gözden Kaçırılmasına Neden Olmaktadır

Bizce bugün öncelikli olarak yapılması gereken, İş Kanunu'nda (bizce varlığı kuşkulu) boş-

lukları kapatmaya değil; Borçlar Kanununun “boşluklarına” odaklanmak olacaktır. Fesih ile ilgili hükümler düzenlenirken, kanunkoyucunun düzenlemesi gereken temel konu belirsiz süreli sözleşmenin feshini bir miktar güçleştirecek ve kıdemi ödüllendirecek bir düzenleme getirmek idi. Yani kanunlar arasında en azından bir denge, paralellik sağlanmalıydı. Yukarıda belirttiğimiz gibi, yeni Borçlar Kanunu’nda 30 yıllık kıdeme sahip olsa dahi, işçinin iş sözleşmesini ihbar süresine uyararak fesheden işverenin işçiye hiçbir tazminat ödeme yükümlülüğü öngörülmemektedir. Yani kanunkoyucu tarafından, fesih ile ilgili getirilmesi gereken temel hüküm Kanunda yoktur.

Buna karşılık, çalışmamızda önce de vurguladığımız gibi, yapılan yayınlar ve bilimsel makalelerde, bu konu bugüne kadar gündeme getirilmiş değildir. Ancak, 6 aylık fesih tazminatın neden öngörüldüğü, 30 günlük sürenin niteliği, 10 yılı aşan belirli süreli sözleşmenin nasıl feshedileceği, aylık ücretin 1/4’ü tutarındaki tazminatın nasıl hesaplanacağı, ölüm tazminatında geride kalanların kimler olduğu, bunun hesabı ve buna benzer birçok konu son derece kapsamlı biçimde, Federal Mahkeme kararlarından ve İsviçreli hukukçulardan alıntı ve örnekler ile tartışılmaktadır. Bu çalışmaların değerine ilişkin hiçbir sözümüz yoktur. Ancak eleştirimiz yönetime ilişkindir: Ayrıntıya odaklanmak, “büyük resmin” gözden kaçırılmasına sebep olmaktadır!

Kanımızca, iş hukuku camiası Borçlar Kanunu’nun “ayrıntı”sıyla değil, özülle ve ruhuyla, hem de hiç vakit kaybetmeden ilgilenmeye başlamalıdır. Özellikle “ayrıntı” sözünün altını çizmek istiyoruz. Zira bize göre Borçlar Kanunu çok sayıda “gereksiz” ayrıntı ile doludur. Başından sonuna kadar okunduğunda akılda kalmamakta, hemen her hükmünün uygulanmasında tartışma bulunmaktadır. Bu da bizce son derece yanlış bir durumdur. Artık çağımızın iş hukukunda soyutluğa, belirsizliğe yer yoktur. Günümüz iş hukukunun temel özelliklerinden birisi “gerçekçilik”tir⁶⁸. Çağdaş bir iş mevzuatı da “gerçekçi”, “net”, “kolay anlaşılır” nitelikte olmalıdır. Buna karşılık Borçlar

Kanunu’nun iş sözleşmesinin neredeyse tüm hükümleri tartışmaya açık, belirsiz, soyut bir nitelik taşımaktadır.

Biz, kanunkoyucunun fesih ile ilgili getirdiği Borçlar Kanunu hükümlerinin bütünlük içinde doğru planlanmadığını düşünüyoruz. Gerçekten, İsviçre gibi geri kalmış bir iş hukuku sistemi aynen adapte edilmiştir. Şimdi de, tüm bu eleştiriler ve değerlendirmeler göz önüne alınmaksızın, bizzat kendisi “esaslı boşluklar” içeren yeni Borçlar Kanunu, İş Kanunu’nun yanına konulmakta, her iki kanun kıyaslanmakta, İş Kanunu’nda benzer bir hüküm eğer yoksa, BK’daki hükmün genel hüküm olması dolayısı ile uygulanabileceği görüşleri ortaya atılmaktadır.

İş Kanunu’na göre çok daha ilkel ve geri bir zihniyete sahip bir kanunun, bazı bilimsel toplantılarda nasıl “çağdaş” olarak vasıflandırıldığını anlamakta zorlanıyoruz. Özülle, ruhuyla, hemen her hükmü ile geri bir kanun, nasıl kendisinden kat kat ileri bir kanunun “boşluğunu” kapatabilir sorusuna biz yanıt veremiyoruz. Bizce ortada boşluklar vardır; ancak bunlar İş Kanunu’nda değil, yeni Borçlar Kanunu’ndadır. Bizce bu büyük resim gözden kaçırılmakta, BK hükümleri tek tek sanki olması gereken isabetli hükümler gibi ele alınmakta, bunları İş Kanunu’nun yanına koyduğunda görülen farklılıklar (örneğin ölüm tazminatından yararlanacak kişilerde yaratılan bizce isabetsiz farklılıkta olduğu gibi) İş Kanunu’nun boşlukları olarak nitelendirilmektedir. Alpagut’un da isabetli olarak ifade ettiği gibi, “...boşluk kavramının bu denli geniş tutulması, kavramın özüne aykırı olduğu gibi, hukuk güvenliğine de aykırı” düşecektir⁶⁹.

VI. Çözüm: İş Hukukunun Bağımsızlığı

Ünlü iş hukukçusu Lyon-Caen 1974 yılında bir makale yazar: “Medeni Hukuk Genel İlkelinin İş Hukukundaki İşlevi Üzerine”. Makale Fransa’da çok büyük bir yankı yaratır. Zira iş hukukunun özgünlüğü en çarpıcı biçimde ifade edilmekte ve iş hukukunun bağımsızlığı tezi ortaya atılmaktadır. Lyon-Caen, amacını şu şekilde açıklar: “...Bu çalışma, temele ilişkin

bir yenilemeden çok, yeni bir anlatıma yönelik; yapıcı olmaktan çok, uyumsuz olan kavramları yıkmaya yönelik bir denemedir”.

Yazar bilindik kavramları masaya yatırır ve iş hukukunda bunlara vereceğimiz anlamı sorular: “...Gerçekten, bağımsız bir iş hukukunun oluşması, öncelikle mekanik biçimde aktarılan bazı deyim ve kavramların terk edilmesini gerektirmektedir. Bunlar; irade beyanı, taraflar, karşılıklı borçlar, iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler, adli fesih, sözleşme kusuru, dava, yargı, ifa, hata, örf ve adet, içtihat, uygulama gibi nötr sözcük ve kavramlardır”⁷⁰.

Bugün yeni Borçlar Kanunu'na ilişkin sorunları doğru biçimde değerlendirebilmemiz ve çözüm yollarını ortaya koyabilmemiz için, Lyon-Caen'in, Ali Güzel Hocamız tarafından dilimize kazandırılan bu makalesini okuyarak işe başlamamız gerekir. 1983 yılında ülkemizde basılan ve kütüphane sistemlerimizin bugünkü durumu dikkate alındığında bulması güç olan bu makaleyi Sayın Hocamızın yeniden yayımlaması çok isabetli olacaktır. Zira, bugün yaşadığımız sorunların temelinde, iş hukukunun yerinin doğru biçimde kavranmaması yatmaktadır. İş hukuku yargısıyla, maddi hukuku ile kendine özgü doğası olan bir hukuk disiplini. Kanunları yaparken de (burada yeni Ticaret Kanunu, Medeni Usul Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun hepsini kastediyoruz) iş hukukunun özelliklerini bilmeden hareket etmemek gerekir.

Bizce, çağdaş iş hukukunda genel kanunların uygulama alanı mümkün olduğunca daraltılmalı, özel iş kanunları, iş ilişkilerini mümkün olduğunca eksiksiz biçimde düzenlemelidir. Bunun yapılmamış olması, 4857 sayılı Kanunda bu fırsatın kaçırılması, esasen bugün karşılaştığımız olumsuz tablonun başlıca nedenidir.

4857 sayılı Kanun, ülkemize iş güvencesi getirmiş ve iş hukukumuzu yarım asır ileriye taşımıştır. Bunu takdir etmemek çok büyük bir haksızlık olur. Ancak öte yandan kanunkoyucu geçmişten gelen hatalardan da kendini kurtaramamıştır. Birçok düzenleme gereksiz yere Borçlar Kanunu'na bırakılmıştır. Neden işverenin sorumluluğu İş Kanunu'nda düzenlenmez? Bu sorumluluk kusurlu mu, kusursuz sorumluluk mu olmalıdır? Kaçınılmazlık kavramının

iş hukukunda taşıdığı anlam nedir? Buna karar verecek olan borçlar hukukçuları mı olmalıdır?

Neden ibraname İş Kanunu'nda yoktur? Bunlara çok sayıda soru eklenebilir. İş sözleşmesinin sona ermesine ilişkin hükümler ekseninde baktığımızda, belirli süreli sözleşmeler açısından da durum farklı değildir. Belirli süreli sözleşmelerin sona ermesine ilişkin hukuki sonuçlar neden Borçlar Kanunu'na bırakılmıştır?

Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu gibi kanunlar ile bütünlük yaratmak ve Borçlar Kanunu'nu, tüm bu kanunların “boşluklarını örten” bir kanun olması gerektiği gibi düşünmek bu hatanın hukuki temelini oluşturmaktadır. Oysa, Basın ve Deniz İş Kanunlarının durumu ortadadır. Bunlar yeni gelişmeler karşısında ciddi anlamda erozyona uğramıştır ve acilen düzenlenmeleri gerekmektedir. Bu kanunları birbirinden ayrı ve bağımsız şekilde düzenlemek (ki maalesef öyle olacak gibi görünmektedir) bizce isabetli bir yaklaşım olmayacaktır.

Bu kanunların kapsamı içinde kalan çalışanları, 4857 sayılı Kanun kapsamına almak, ancak gerektiği noktalarda farklı hükümler ya da istisna hükümleri getirmek en isabetli yoldur. Bizce küçük işletmelerin ekonomik güçsüzlüğü dikkate alınarak bunların hukuki durumunun Borçlar Kanunu'nda düzenlenmesi de isabetli değildir. Yapılması gereken, bunları İş Kanunu kapsamına almak, ancak öngörülen hakları kısmen azaltmaktan ibaretti. Yani, küçük esnaf işletmesinde çalışana da kıdem tazminatı hakkı öngörülmeliydi. Belki 5 gün veya 10 gün olarak belirlenmeliydi ama her halde eşitlik ve adalet gereği böyle bir tazminat hakkı olmalıydı. Bu işçilerin İsviçre hukukunun saçmalıklarına mahkûm edilmesi için hiçbir haklı gerekçe yoktu.

Oysa, İş Kanunu hazırlanırken, kanunkoyucu 4857 sayılı Kanun kapsamında çalışan işçilerin iş ilişkilerine ilişkin bir kısım düzenlemelerin Borçlar Kanunu'nda yer almasını doğal olarak kabul etmiştir. Sonuç ortadadır: Medeni hukukçuları ve borçlar hukukçuları, iş ilişkilerini derinden etkileyecek hükümleri düzenlemeye kalkışmışlar ve sonuçta bir iş hukukçusu olarak içimize sindirmemizin mümkün olmadığı kurallar demeti ortaya çıkarmışlardır.

Biz günümüzde, özel iş kanunlarının, genel kanunlardan mümkün olduğunca az etkilene-

cek şekilde “tam ve eksiksiz biçimde” düzenlenmesinin gerekli olduğuna yürekten inanıyoruz. İdealimizdeki iş hukuku, yargısıyla, maddi hukuk boyutu ile genel hukuktan mümkün olduğunca “bağımsız” bir iş hukukudur.

Bu düşüncemiz, usul hükümleri açısından da aynen geçerlidir: Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun, genel rejime bağlamak sureti ile iş yargısına verdiği zararlar son derece vahim olmuştur. Uzun bir süre, hukukçular ne tür dava açacaklarını tespit edemediklerinden hak arama hürriyeti ülkemizde kısıtlanmıştır. İş yargısının “ucuzluğu” ilkesi, bu kanunla adeta yerle bir edilmiştir. İş yargısının basitliği, işçinin bizzat davasını takip edebilecek şekilde kolay olması ilkesi tamamen ortadan kaldırılmıştır. İş yargısının hızlı işlemesi ise, Batı'da geçerli “sulh” mekanizmasını etkili kılmak yerine, kesin süreler koymak, avukat, hakim ve bilirkişiler üzerinde baskı oluşturarak sağlanmaya çalışılmıştır. Buradaki hata da bizce hiç farklı değildir: İş hukukunun özelliğini gözden kaçırmak ve genel rejim ile irtibatlandırmak.

Biz iş kanunlarının ve iş ilişkisini etkileyen her türlü kanunun, medeni usul ya da borçlar hukukçularının değil, doğrudan “uygulamayı iyi bilen” iş hukukçularının elinden çıkması gerektiği kanısındayız. İş hukukunun yargısıyla, maddi hukukuyla kendine özgü kuralları olduğu görüşündeyiz. Bu yaklaşımı, gerek kanunların düzenlenme tekniğinde, gerekse de yorumunda aynı şekilde benimsiyoruz.

Yeni Borçlar Kanunu, Ticaret Kanunu ve Medeni Usul Kanunu'ndaki kuralların, zengin İsviçre içtihadı (bkz. dn. 4'de yollama yapılan istatistikler!) ve doktrini ışığında hukukumuzda ne şekilde yorumlanması gerektiğini tartışmanın yanısıra, bunlara neden mahkûm edildiğimizin artık sorgulanması gerektiği kanısındayız. Yaşadığımız hukuk faciaları karşısında, Lyon-Caen'in deyimi ile “yapıcı olmaktan çok, uyumsuz olan kavramları yıkmaya yönelik” bilimsel seslerin daha gür çıkması gerektiğine inanıyoruz.

DİPNOTLAR

1 G. Aubert, Les sources du droit du travail en Suisse, Teyssié, Bernard (Dir.), Les sources du droit du travail, Paris: Presses Universitaires de France, 1998, 103.

- 2 Aubert, Les sources du droit du travail en Suisse, 103.
- 3 Bazı çalışmaları bu tespitten ayrı tutmak gerekir kanısındayız. Öncelikle, Ö. Ekmekçi'yi bu kapsamda değerlendirmek gerekir. Yazar kanunkoyucunun yaptığı hataları çarpıcı biçimde ifade etmekte, açıkça “gaf” yapıldığını açıklamaktadır: Şirket Bölünmesi Birleşmesi ve Tür Değiştirmesinin İş İlişkilerine Etkisi, İş Kanunu/Türk Borçlar Kanunu-Ticaret Kanunu Çelişkisi, SİCİL Aralık 2011, 154 vd.; Borçlar Kanununa yönelik eleştiriler için ayrıca bkz.: N. Çelik, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'ndaki Hizmet Sözleşmelerinin İsabetli Olmayan Bazı Düzenlemeleri, SİCİL, Mart 2012, 5 vd.; G. Alpagut, Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasası, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri, Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu Semineri, TİSK yay, İstanbul 2011, 124 vd.
- 4 İstatistik için: <http://www.bger.ch/fr/index/federal/federal-inherit-template/federal-publikationen/federal-pub-geschaeftsbericht.htm>.
- 5 Bkz. M. Alp, Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirmenin İş İlişkilerine Etkisi (TTK 178; 158; 190), Çalışma ve Toplum, 32/1, 2012, 51 vd.; Ekmekçi, Şirket Bölünmesi Birleşmesi ve Tür Değiştirmesinin İş İlişkilerine Etkisi, İş Kanunu/Türk Borçlar Kanunu-Ticaret Kanunu Çelişkisi, 154 vd.
- 6 E. Özkaraca, İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2008, 180 vd.
- 7 C. Marzo/F. Lecomte, Le refus d'être transféré: Droit comparé, Droit social Juin 2010, 700 vd.
- 8 A. Supiot, Les salariés ne sont pas à vendre (en finir avec l'envers de l'article L.122-12 alinéa2), Droit Social, 2006, 266 vd.
- 9 upiot, Les salariés ne sont pas à vendre (en finir avec l'envers de l'article L.122-12 alinéa2), 264 vd.
- 10 Yeni Borçlar Kanunu'nun “çağdaş” ve “ileri” olduğu yönünde görüşler ileri sürülmeye başlanmıştır. Bu yönde: E. Yılmaz, Genel Kanun Özel Kanun İlişkisi (Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu Bağlamında), SİCİL, Haziran 2011, 30. Bu görüşe katılmadığımızı, Kanunu çağdaş bulmadığımız gibi, ciddi hukuki ve teknik hatalarla dolu olduğunu düşündüğümüzü ifade etmek gerekir. Çalışmamızın hemen her yerinde söz konusu hata ve eksiklikler vurgulanmış bulunmaktadır.
- 11 P. Soyer; Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin “Yeni” Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi, SİCİL, Haziran 2011, 15.; E. Akyiğit, Ölüm ve İş İlişkisindeki Yeni Sonuçları, SİCİL, Haziran 2011, 32 vd.; K. Doğan Yenisey, Hizmet Sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler -Tebliğler, On İki Levha yay., İstanbul 2012, 324-325; E. Gülver, Türk Borçlar Kanunu'nda İş Sözleşmesinin Derhal Feshi, Legal İHD, Cilt: 8, Sayı: 31, 2011, 1020-1021.
- 12 E. Yılmaz, Genel Kanun Özel Kanun İlişkisi (Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu Bağlamında), 30.
- 13 E. Özdemir, 6098 Sayılı Borçlar Kanununun İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış, SİCİL, Aralık 2011, 107.

- 14 Tazminata hükmedilirken İsviçre hukukunda kabul edilen “işçinin yaşı, sosyal seviyesi, feshin kişisel değerlere etkisi, kötü niyetli olup olmaması” gibi ölçütler bunun haklı sebebe dayanmayan fesihlere özgülendiğini göstermektedir. Nitekim, İsviçre’de bu maddenin getirilmesindeki amacın da “işverenin haklı feshi kolayca sığınmasını önlemek” olduğu da ifade edilmektedir. Bkz. Soyer; Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin “Yeni” Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi, 17.
- 15 Fesih hakkının kötüye kullanılması teorisi, işverenin bildirimli fesih hakkını sınırlandırmak amacıyla hizmet eder. Buna göre, işçinin hizmet sözleşmesini haklı biçimde sona erdirmesi durumunda, fesih hakkının kötüye kullanılmasından bahsedilemez. Nitekim, Yargıtay da sözleşmenin işçinin haklı nedenle ya da başka bir şekilde feshi halinde de kötüniyet tazminatına karar verilemeyeceğini kabul etmiştir (Y.9HD, 08.05.2002, 219/7309, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr).
- 16 Engin, Hizmet Sözleşmesinin İşletme Gereklere İle Feshi, İstanbul 2003, 20-21.
- 17 Engin, Hizmet Sözleşmesinin İşletme Gereklere İle Feshi, 21.
- 18 Kötüniyet tazminatı ve ispatı konusunda bkz. E. Özdemir, İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları, Beta yay., İstanbul 2006, 339 vd.
- 19 Özdemir, 6098 Sayılı Borçlar Kanununun İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış, 108-109.
- 20 Bu konudaki eleştiri ve değerlendirmeler için bkz.: P. Soyer, Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin “Yeni” Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi, 15.
- 21 M. Ekonomi, Türk İş Hukukunda Esnekleşme Geceği, Çalışma Hayatında Yeni Gelişmeler Esneklik, Ankara 1995, 27-28.
- 22 Değerlendirme için bkz. ve krş. N. Çelik: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’ndaki Hizmet Sözleşmelerinin İsaletli Olmayan Bazı Düzenlemeleri, SİCİL, Mart 2012, 7.
- 23 A. Mazeaud, Droit du Travail, LGDJ, Paris 2002, 315.
- 24 Weiss/Schmidt, Labour Law and Industrial Relations in Germany, Kluwer law International, 2000, 103.
- 25 Pélissier/Supiot/Jeamnaud, Droit du Travail, Dalloz 2002, 482-483.
- 26 Y.9.HD, 11.5.1984, E.1984/4638 K.1984/5209, Yasa D., Kasım 1985, 1601-1602; Y.9.HD, 7.10.1985, E.1985/6513 K.1985/9139 ve Ekonomi’nin eleştirisi, İHU, İş K. m. 13, (No.25).
- 27 E. Özdemir, Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümler, 6098 Sayılı Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, (3-4 Haziran 2011), Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, İstanbul 2011, 565; Soyer, Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin “Yeni” Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi, 15.
- 28 Weiss/Schmidt, Labour Law and Industrial Relations in Germany, 103.
- 29 Weiss/Schmidt, Labour Law and Industrial Relations in Germany, 103.
- 30 Buna göre, işçiye karşı işverenin uyacağı bildirim süresi, işverene karşı işçinin uyacağı bildirim süresinden daha kısa olarak kararlaştırılmayacak, aksi halde işveren kararlaştırılan daha uzun süreye uyacaktır. Buna karşılık, işverenin uyacağı süre işçininkinden daha uzun ise, bu uzun süre geçerli sayılacaktır. Bu konudaki görüşler için bkz. M. Ekonomi, İş Hukuku, İstanbul 1984, 170, 184; T. Esener, İş Hukuku, Ankara 1978, 225; N. Çelik, İş Hukuku Dersleri, 20. Bası, 193; E. T. Kaplan, İşverenin Fesih Hakkı, Ankara 1987, 55; F. Şahlanan, Toplu İş Sözleşmesi, İstanbul 1992, 138.
- 31 N. Çelik de hükmü isabetsiz bulmaktadır: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’ndaki Hizmet Sözleşmelerinin İsaletli Olmayan Bazı Düzenlemeleri, SİCİL, Mart 2012, 7.
- 32 Akyiğit, Ölüm ve İş İlişkisindeki Yeni Sonuçları, 36-38.
- 33 Bkz. B. Güneş/F. B. Mutlay, Yeni Borçlar Kanununun Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 Sayılı Kanunlar Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi, Çalışma ve Toplum, Sayı: 30, 2011/3, 272.
- 34 Y.9HD, 16.03.2011, E. 2009/6334, K. 2011/7184, www.legalbank.net.
- 35 Soyer; Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin “Yeni” Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi, 13-14; G. Alpagut, Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri, Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu Semineri, TİSK yay, İstanbul 2011, 141-142; Doğan Yenisey, Hizmet Sözleşmesi, 326-327.
- 36 Bu yöndeki eleştiriler için bkz: Soyer; Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin “Yeni” Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi, 13-14; Doğan Yenisey, Hizmet Sözleşmesi, 326-327.
- 37 Bkz. Alpagut, Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri, Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu Semineri, 141-142.
- 38 Soyer; Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin “Yeni” Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi, 14.
- 39 Sürenin hak düşürücü niteliği: Soyer; Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin “Yeni” Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi, 16.
- 40 Doğan Yenisey, İsviçre Hukukunda 30 günlük sürenin sadece aylık ücretin 1/4’üne ilişkin tazminat için söz konusu olduğunu belirtmektedir (Hizmet Sözleşmesi, 332-333).
- 41 Özdemir, Teoride ve Uygulamada İş Hukuku Borçlar Hukuku İlişkisi & Yeni Sözleşme Türleri, Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu Semineri, 193.
- 42 Akyiğit, Ölüm ve İş İlişkisindeki Yeni Sonuçları, 38-39.
- 43 Tazminata hükmedilirken İsviçre Hukukunda kabul edilen “işçinin yaşı, sosyal seviyesi, feshin kişisel değerlere etkisi, kötü niyetli olup olmaması” gibi ölçütler bunun haklı se-

- bebe dayanmayan fesihlere özgülendiğini göstermektedir. Nitekim, İsviçre'de bu maddenin getirilmesindeki amacın da "işverenin haklı feshi kolayca sığınmasını önlemek" olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Soyer; Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin "Yeni" Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi, 17.
- 44 Bu yönde: Yılmaz, Genel Kanun Özel Kanun İlişkisi (Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu Bağlamında), 30.
- 45 Bu hükmün İş K. kapsamındaki işçilere uygulanıp uygulanmayacağı sorusunu ortaya attıktan sonra Soyer; "... Borçlar Kanunundaki düzenlemenin genel nitelikte olması bu sorunun olumlu şekilde yanıtlanmasını gerektirmektedir" demektedir, ancak daha sonra bunun çeşitli sorunlar yaratmaya elverişli olduğunu eklemektedir. Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin "Yeni" Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi, 17.
- 46 Bkz. E. Özdemir, Teoride ve Uygulamada İş Hukuku Borçlar Hukuku İlişkisi & Yeni Sözleşme Türleri, Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu Semineri, 20-21 Eylül 2001, İstanbul TİSK yay., 179-180.
- 47 Alpagut, Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri, Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu Semineri, 128-129.
- 48 Alpagut, Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri, 128-129.
- 49 E. Yılmaz, Genel Kanun Özel Kanun İlişkisi (Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu Bağlamında), 30.
- 50 E. Özdemir, İş Hukukunda Mutlak Emredici Hükümlerin Yeri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:54, Sayı:3, 113-115.
- 51 İhbar sürelerinin işçi bakımından azaltılmayacağı öngörüldüğünden, burada "tamamen benimsenmediği" ifadesini kullanıyoruz. Bu anlayış, isabetsiz olarak "kısmen" kanunkoyucu tarafından benimsenmiştir.
- 52 Alpagut'a göre de İş Kanununa ilişkiler bakımından mevcut ve isabetli Yargıtay içtihadı korunmalıdır: Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri, 145-146.
- 53 Soyer, Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin "Yeni" Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi, 15; Gülver, Türk Borçlar Kanunu'nda İş Sözleşmesinin Derhal Feshi, 1010-1011.
- 54 Alpagut, Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri, 148-149.
- 55 Aksi yönde: E. Gülver, Türk Borçlar Kanunu'nda İş Sözleşmesinin Derhal Feshi, 1020-1021; Soyer, Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin "Yeni" Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi, 17; Doğan Yenisey, Hizmet Sözleşmesi, 332; Manevi zarar ile sınırlı olarak aksi yönde: Alpagut, Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri, 149-150.
- 56 İsviçre Borçlar Kanununun, kanımızca tam bir "garabet" niteliği taşıyan bu hükmünün aynen benimsenmemesi son derece isabetli olmuştur.
- 57 Soyer; Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin "Yeni" Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi, SİCİL, Haziran 2011, 15.
- 58 Alpagut, Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri, 149-150.
- 59 Akyiğit'in görüşü esasen "ölüm tazminatı" ile bağlantılıdır. Ancak yazarın bu kapsamda referans gösterilebileceği kanısındayız, zira yazar Borçlar Kanunu'nun genel kanun olması dolayısıyla geniş biçimde uygulama alanı bulabileceği görüşüne yakın bir pozisyon almaktadır. Yazar açıkça "...kişisel eğilimimiz, TBK'nın diğer iş yasaları karşısında genel kanun konumunu taşıdığı ve onlarda boşluk bulunan hallerde TBK hükümlerinin bu boşluğu dolduracağı yönündedir" diyerek duruşunu ortaya koymaktadır (Ölüm ve İş İlişkisindeki Yeni Sonuçları, 39).
- 60 Akyiğit, Ölüm ve İş İlişkisindeki Yeni Sonuçları, 38-39.
- 61 Doğan Yenisey, Hizmet Sözleşmesi, 332.
- 62 Akyiğit, Ölüm ve İş İlişkisindeki Yeni Sonuçları, 38-39.
- 63 Doğan Yenisey, Hizmet Sözleşmesi, 324-325.
- 64 Soyer; "...Borçlar Kanunundaki düzenlemenin genel nitelikte olması bu sorunun olumlu şekilde yanıtlanmasını gerektirmektedir" demektedir, ancak daha sonra bunun çeşitli sorunlar yaratmaya elverişli olduğunu eklemektedir Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin "Yeni" Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi, SİCİL, Haziran 2011, 15.
- 65 G. Alpagut, Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri, Legal İHD, Cilt: 8, Sayı: 31, 2001, 942.
- 66 Pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin olarak bkz. E. Özdemir, Teoride ve Uygulamada İş Hukuku - Borçlar Hukuku İlişkisi & Yeni Sözleşme Türleri, Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu Semineri, TİSK yay, İstanbul 2011, 177 vd.
- 67 Özdemir, 6098 Sayılı Borçlar Kanununun İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış, 109 vd.
- 68 Özdemir, Teoride ve Uygulamada İş Hukuku - Borçlar Hukuku İlişkisi & Yeni Sözleşme Türleri, Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu Semineri, TİSK yay, İstanbul 2011, 170-171.
- 69 Alpagut, Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri, 148-149.
- 70 G. Lyon-Caen (çev. A. Güzel) Medeni Hukuk Genel İlkelerinin İş Hukukundaki İşlevi Üzerine (Bir Yaklaşım), İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Çalışma ve Endüstri İlişkileri Araştırma Merkezinin Sosyal Siyaset Konferansları, 32-33. Kitaptan ayrıbasım, İstanbul 1983, 261.

Yrd. Doç. Dr. Arzu ARSLAN ERTÜRK

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kanunu Tasarı Taslağında Yer Alan Psikolojik Tacize İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi

GİRİŞ

İşyerinde psikolojik taciz (mobbing), çalışma hayatının kendisi kadar eski bir davranış biçimi olmasına rağmen kavram olarak ortaya çıkışı oldukça yenidir¹. Bu kavram öncelikle Avrupa'da ve Amerika'da 1990'lı yılların başında hukuk literatürüne girmiş ve mağdura hukuki koruma sağlamak amacıyla uygun yasal zemin inşaa edilmeye başlanmıştır.

Türkiye'de psikolojik taciz 2005 yılı itibariyle konuşulmaya başlanmış bir olgudur. Ancak son yıllarda bu konu hakkında yürütülen farkındalık çalışmaları oldukça dikkat çekicidir. Özellikle mağdurların açtığı emsal davalar ile psikolojik taciz, ülkemizde günden güne önem kazanan bir olgu haline gelmiştir. Bunda basının etkisi de gözardı edilemeyecek kadar büyüktür. Zira basın psikolojik tacize ilişkin mahkeme kararlarına detaylı bir şekilde yer vermekte, dava sonucunda ceza alan davalıların unvanlarıyla ve isimleriyle ifşa etmekte, verilen cezalara dikkat çekmektedir. Bu durum,

gerek işyerindeki verimlilik açısından gerekse çalışanların psikolojileri açısından büyük önem taşıyan böylesine bir konunun sürekli gündemde kalmasını sağlamaktadır.

Psikolojik taciz kavramı değişik açılardan tıp, psikoloji, hukuk gibi pek çok alanı ilgilendirmekle beraber, özellikle çalışma hayatı kapsamında değerlendirildiğinde, "insan kaynakları" alanının bir parçasıdır. Şöyle ki; söz konusu kavram öncelikle kurumların ve işyerlerinin insan kaynakları departmanlarında değerlendirilmeli ve gerekli önlemler alınmalıdır. Zira bir işyerinde psikolojik taciz olaylarının dallanıp budaklanmasının, olayın herhangi bir mağdur tarafından dava konusu edilmesinin ve ardından da basına yansımalarının bu işyerinin kurumsal kimliğine zarar vereceği şüphesizdir. Ancak buna rağmen günümüzde işyerlerinde, adlandırılan veya adlandırılmayan sayısız psikolojik taciz olayının yaşandığı ve hatta bazı büyük işletmelerin dahi insan kaynakları stratejilerini psikolojik taciz sayılabilecek pek çok esasa göre yapılandığı bir gerçektir.

Diğer yandan, karşılıklı menfaatleri dikkate alındığında, işçi ve işveren her ne kadar birbirinin hasmı gibi görünse de, iş ilişkisi tarafların menfaatlerinin dengede tutulması gereken bir ilişkidir. Taraflardan birisinin madden ya da manen zarara uğraması diğer tarafın da dolaylı olarak zarara uğraması sonucunu beraberinde getirecektir. Özellikle psikolojik taciz gibi bir durum söz konusu olduğunda, olayların işçi için olduğu kadar işveren için de tarafsız bir tutum içinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira bu kavram işveren aleyhine de kötüye kullanılmaya açık bir kavramdır. Bu nedenle, asılsız psikolojik taciz suçlamalarının işveren aleyhine olduk olmadık bir şekilde kullanılmasının önüne geçmek, işçinin psikolojik tacize uğramasının önüne geçmek kadar önemlidir. Bunun sağlanabilmesi için, psikolojik taciz kavramının çok iyi bir şekilde ana hatlarıyla ortaya konulması, içeriğinin iyi bir şekilde doldurul-

hüküm, işçinin psikolojik tacize uğraması halinde işverene sorumluluk yüklemekle beraber, psikolojik taciz kavramına ilişkin herhangi bir tanıma ya da açıklamaya yer vermemiştir.

İşyerinde psikolojik tacizle mücadele edilmesi yolunda atılan önemli adımlardan birisi Başbakanlığın yayımladığı “İşyerinde Psikolojik Tacizin (Mobbingin) Önlenmesi” konulu genelgedir³. Kamu kurum ve kuruluşları ile özel sektör işyerlerine yönelik olan genelgede işçiye uygulanan psikolojik tacizin önlenmesi, iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması ve çalışma barışının geliştirilmesi için bir takım tedbirler öngörülmüştür⁴. Başbakanlık genelgesinin ardından Türkiye Büyük Millet Meclisi Kadın ve Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu da İşyerinde Psikolojik Taciz üzerine derinlemesine bir çalışma yapmış, konuya ilişkin tespit ve çözüm önerilerini içeren detaylı bir komisyon raporu yayımlamıştır⁵.

Türk İş Kanunlarında işçiye yönelik psikolojik tacizi tanımlayan, yasaklayan, yaptırıma bağlayan açık ve doğrudan bir hüküm mevcut değildir.

ması, olayların tarafsız olarak değerlendirilmesi ve her iki taraf açısından da kötüye kullanımların önüne geçecek yasal zemine oturtulması gerekmektedir.

Türk İş Kanunlarında işçiye yönelik psikolojik tacizi tanımlayan, yasaklayan, yaptırıma bağlayan açık ve doğrudan bir hüküm mevcut değildir². Ancak 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun “İşçinin kişiliğinin korunması” başlıklı m. 417 hükmü, işçilerin psikolojik tacize ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacize uğramış olanların da daha fazla zarar görmemeleri için işverene gerekli önlemleri alma yükümlülüğünü yüklemiştir; bu yükümlülüğe aykırılığın tazminini ise sözleşmeye aykırılığa ilişkin hükümlere tabi kılmıştır. Söz konusu hüküm salt psikolojik tacizi düzenleyen bir hüküm olmayıp, bu kavramı daha genel bir şekliyle işçinin kişilik hakları kapsamında ele almaktadır. Bu nedenle

İşyerinde psikolojik tacizle mücadeleye ilişkin olarak yapılan kayda değer çalışmalardan bir diğeri de İçişleri Bakanlığı tarafından hazırlanmış “Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kanunu Tasarı Taslağı”dır. Söz konusu tasarı taslağı, konuya ilişkin Avrupa Birliği direktiflerine⁶ paralel olarak, başta Almanya olmak üzere pek çok Avrupa ülkesinde ve Amerikan hukukunda olduğu gibi, psikolojik taciz ile cinsel tacizi ayrımcılık kapsamında değerlendirmekte ve aynı esaslara tabi kılmaktadır.

Yine söz konusu tasarı taslağında; ayrımcılığın önlenmesi ve ortadan kaldırılması yolunda faaliyet göstermek üzere “Ayrımcılıkla Mücadele Kurulu” adı verilen bir kurulun oluşturulması öngörülmektedir. Tasarı taslağı ile getirilen önemli yeniliklerden birisi de taraflar arasında “uzlaşma” yoluna gidilebilmesidir.

Bu çalışmamızda, Türk hukuku açısından konuya ilişkin önemli bir çalışma olması sebe-

Taslağın 1. maddesi uyarınca Kanun, kişilerin eşit muamele görme hakkını güvence altına almayı ve ayrımcılığa karşı etkili bir şekilde korunmalarını sağlamayı hedeflemektedir.

biyle, “Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kanunu Tasarı Taslağı”nın amacı, kapsamı, psikolojik tacize ilişkin yer verdiği düzenlemeler ve yaptırımlar incelenecektir.

I- AMAÇ VE KAPSAM

Tasarı taslağının m.1 hükmü uyarınca Kanun, kişilerin eşit muamele görme hakkını güvence altına almayı ve ayrımcılığa karşı etkili bir şekilde korunmalarını sağlamayı hedeflemektedir. Buna göre, kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişilerin ya da bunlar adına hareket edenlerin, “cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, etnik köken, felsefi ve siyasi görüş, sosyal statü, medeni hal, sağlık durumu, özürlülük, yaş ve benzeri temellere” dayanan, gerçek ve tüzel kişiler ile tüzel kişiliği olmayan toplulukları etkileyen davranışları, uygulama, işlem ve düzenlemeleri ayrımcılık kapsamında değerlendirilmektedir. Yasama ve yargı organının ayrımcılık içeren idari eylem ve işlemleri de bu Kanun kapsamındadır.

Tasarı taslağının söz konusu hükmü “Eşit davranma ilkesi” başlıklı İş K. m. 5’de iş ilişkisinde ayrımcılık kapsamında yer alan “dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç ve benzeri sebepler” şeklinde ifade edilen sebeplere paralel ve hatta daha da genişletilmiş bir düzenlemeye yer vermektedir. İşyerinde ayrımcılık yasağı ve işverenin eşit davranma borcu ile işyerinde psikolojik taciz kavramı her ne kadar birbirinden farklı kavramlar ise de bu kavramlar bazı durumlarda birbirleri ile kesişmekte ve içiçe geçmektedir. Şöyle ki; eğer psikolojik taciz işveren tarafından, işyerinde ayrımcılık yapma saiki ile gerçekleştirilmişse, diğer bir söylemle; psikolojik taciz, ayrımcılığı gerçekleştirmenin aracı olarak kullanılmış ve İş K. m. 5 hükmün-

de belirtilen ayrımcılığa ilişkin unsurlar kullanılmak suretiyle yapılmışsa, işverenin eşit davranma borcunu ihlali söz konusu olmaktadır. Tasarı taslağı da, m. 1’de sayılan “cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, etnik köken, felsefi ve siyasi görüş, sosyal statü, medeni hal, sağlık durumu, özürlülük, yaş gibi ayrımcılığa ilişkin bir takım unsurların kullanılarak yapılması durumuna özel olmak kaydıyla, psikolojik tacizi ve cinsel tacizi ayrımcılık kapsamında değerlendirmekte ve aynı esaslara tabi kılmaktadır. Bu durum tasarı taslağının m.4 hükmünde, “işyerinde yıldırma”, “nefret söyleminde bulunma” ve “taciz” hallerinin tasarı taslağı kapsamında ayrımcılık türlerinden olduğunu belirtmek suretiyle açıkça vurgulanmaktadır (m.4/e, f, h).

II- PSİKOLOJİK TACİZ KAVRAMI

Tasarı taslağında, psikolojik taciz kavramına, “Tanımlar” başlıklı m. 2 hükmünün k bendinde, “Taciz” başlığı altında yer verilmiştir. Madde hükmüne göre “taciz”, psikolojik taciz ve cinsel taciz de dahil olmak üzere, m.1’de sayılan temellerden birisine dayanılarak insan onurunun çiğnenmesi amacını taşıyan veya böyle bir sonucu doğuran, yıldırıcı, onur kırıcı, aşağılayıcı veya utandırıcı her türlü davranış olarak tanımlanmıştır.

Yine m.2 hükmünde, psikolojik taciz ile bağlantılı ve hatta duruma göre psikolojik taciz olarak nitelendirilebilecek bazı kavramlara ilişkin tanımlar da mevcuttur: Bu kapsamda, m.2/a bendine “ayrı tutma” kavramı, kişilerin bir eylem veya eylemsizliğin sonucu olarak diğerlerinden ayrı tutulması durumunu; m.2/f bendinde “İşyerinde yıldırma” kavramı, ayrımcılık temellerine dayanılarak kişiyi işinden soğutmak, dışlamak, bıktırmak amacı ile kasıtlı olarak yapılan eylemleri; ve yine m. 2/i bendinde “nefret söylemi” kavramı ise belirli bir kişi ya da gruba karşı nefret veya şiddete tahrik veya teşvik etmeyi ifade etmektedir.

Önemle belirtmek gerekir ki, tüm bu kavramların psikolojik taciz olarak nitelendirilebilmesi için tacizin, tasarı taslağının kapsamını belirleyen m.1 hükmünde sayılan “cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, etnik köken, felsefi ve siyasi görüş, sosyal statü, medeni hal, sağlık

Cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, etnik köken, felsefi ve siyasi görüş, sosyal statü, medeni hal, sağlık durumu, özürlülük, yaş ve benzeri temellere dayanır şekilde ayrımcılık saiki taşımayan bir hareket, tasarı taslağı kapsamında psikolojik taciz niteliği taşımayacaktır.

durumu, özürlülük, yaş ve benzeri temellere dayanması şartı aranmaktadır. Amaç maddesinde yer alan söz konusu temellere dayanır şekilde ayrımcılık saiki taşımayan bir hareket tasarı taslağı kapsamında psikolojik taciz niteliği taşımayacaktır. Böyle bir durumda mağdur doğrudan işçinin kişiliğinin korunmasına ilişkin BK. m. 417 hükmü uyarınca kendisine uygulanan psikolojik tacize son verilmesini ve Borçlar Kanunu'nun sözleşmeye aykırılığa ilişkin hükümleri kapsamında kişilik haklarının ihlaline bağlı zararlarının tazmin edilmesini talep edebilecektir⁷. Ayrımcılık kapsamında değerlendirilemeyen psikolojik taciz fiili, işverenin "işçiyi gözetme borcuna aykırılık" oluşturacaktır⁸.

III-AYRIMCILIKLA MÜCADELE VE EŞİTLİK KURULU

Tasarı taslağının m. 11 hükmü, ayrımcılıkla ilgili görevleri yerine getirmek üzere, "Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kurulu" adında bir kurulun kurulmasını öngörmektedir. Ayrımcılık kapsamına giren psikolojik taciz olaylarını araştırmak, tespit etmek, mevzuatın cevaz verdiği ölçüde psikolojik taciz olaylarına müdahale etmek ve gerektiğinde uzlaşma sürecini sonuçlandırmak bu kurulun görev alanındadır.

1-Kurulun İdari Yapısı

Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kurulu Başbakanlığa bağlı olup kamu tüzel kişiliğine, idari ve mali özerkliğe sahiptir (m. 11/1). Bağımsız bir karar mekanizmasına da sahip olan Kurulun, kararlarını etkilemek amacıyla hiçbir

organ, makam, merci ya da kişi, emir ve talimat veremeyecektir (m. 11/2).

Kurul oniki üyeden oluşmaktadır: Beş üye Bakanlar Kurulu tarafından, dört üye Cumhurbaşkanlığı tarafından, dört üye de ayrımcılıkla mücadele ve eşitlik alanlarında çalışma yapan sivil toplum kuruluşlarının üyelerinden her bir boş üyelik için İstişare Komisyonu tarafından salt çoğunlukla önerilecek üç aday arasından Kurul tarafından seçilecektir (m.11/4). Kurul üyelerinin görev süresi altı yıl olup üyelerin üçte biri iki yılda bir yenilenir. Süresi biten üyeler bir daha seçilemeyecektir (m.13/1).

Kurul kendi üyeleri arasından üye tamsayısının salt çoğunluğuyla ve gizli oyla bir başkan ve başkan vekili seçer. Başkan ve başkan vekilinin çalışma süresi üç yıl olup, süresi dolanlar yeniden seçilebilecektir (m. 11/5). Kurul, başkanın belirleyeceği takvime göre en az ayda bir kez toplanacaktır. Bu olağan toplantıların dışında, en az dört kurul üyesinin yazılı başvurusu mevcutsa başkanın kurulu toplantıya çağırması zorunludur. Kurul en az sekiz kişi ile toplanacak ve toplantıya katılanların çoğunluğu ile karar alacaktır. Kurul üyeleri çekimser oy kullanamayacak, eşitlik halinde ise başkanın tarafı çoğunluk sayılacaktır (m.11/5). Kurul üyeleri, kendileri veya -üçüncü derece dâhil olmak üzere- üçüncü dereceye kadar kan ve sıhrî hısımları ile ilgili konularda müzakere ve oylamaya katılamayacaklardır (m.11/6).

Kurul başkan ve üyelerinin süreleri dolmadan herhangi bir nedenle görevlerine son verilemez. Ancak, seçilmeleri için gerekli şartları taşımadıkları ya da kaybettikleri Kurulca tespit edilen, kurul kararlarını süresi içinde imzalamayan veya karşı oy gerekçesini süresi içinde yazılı olarak bildirmeyen başkan ve üyelerin görevlerine Kurul tarafından son verilebilecektir (m.13/4). Yine Kurul tarafından kabul edilebilir mazereti olmaksızın bir takvim yılı içinde toplam beş kurul toplantısına katılmayan; ağır hastalık veya sakatlık nedeniyle iş göremeyecekleri sağlık kurulu raporuyla tespit edilen; görevleri ile ilgili olarak işledikleri suçlardan dolayı haklarında verilen mahkûmiyet kararı kesinleşen; geçici iş göremezlik hâli üç aydan fazla süren veya 657 sayılı Devlet Memurları

Kanunu'nun 48 inci maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin 5 nolu alt bendinde belirtilen suçlardan mahkûm edilip de cezasının infazına fiilen başlanan üyelerin üyelikleri de düşecektir (m.13/5). Görev süreleri dolmadan görevleri herhangi bir sebeple sona erenlerin durumu, sona erme tarihinden itibaren en fazla bir hafta içinde, Kurul tarafından kamuoyuna duyurulacaktır (m. 13/3).

Kurul başkan ve üyeleri ile Kurul bünyesinde çalışan personel sır saklama yükümlülüğü altında olup, görevlerini yerine getirmeleri sırasında edindikleri, kamuya, ilgililere ve üçüncü kişilere ait gizlilik taşıyan bilgileri, kişisel verileri, Kurulla ilgili gizlilik taşıyan bilgileri, ticarî sırları ve bunlara ait belgeleri, bu konuda kanunen yetkili kılınan mercilerden başkasına açıklayamaz, kendilerinin veya üçüncü kişilerin yararına kullanamazlar. Bu kişilerin söz konusu yükümlülükleri görevlerinden ayrılma- larından sonra da devam edecektir (m.13/7).

Kurulun görevlerinin gerektirdiği asli ve sürekli hizmetler, başkan (m.14), genel sekreter (m. 15), ana hizmet birimleri (m. 16), danışma birimleri (m. 17) ve yardımcı birimler (m. 18) bünyesindeki daire başkanları ile uzman ve uzman yardımcıları tarafından yürütülecektir. Ayrıca Kurul çalışmalarına yardımcı olmak üzere, üniversite, sendika, meslek örgütü, ilgili dernek ve vakıf temsilcileri ile ayrımcılıkla mücadele ve eşitlik alanında faaliyette bulunan kamu kuruluşları ve kişiler arasından seçilen üyelere oluşan bir İstişare Komisyonu da oluşturulacaktır (m. 19).

2-Görev ve Yetkileri

Kurul, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler ya da kanunlarla yasaklanan her türlü ayrımcılıkla mücadele ile görevli ve yetkilidir (m. 12/1). Kurulun görevleri ise şunlardır (m.12/II):

a) Ayrımcılığın önlenmesi ve ortadan kaldırılmasına yönelik faaliyetlere her türlü desteği vermek ve gerek gördüğünde bu faaliyetlere katılmak,

b) Re'sen ya da başvuru üzerine ayrımcılık iddialarını sonuçlandırmak,

c) Ayrımcılık iddiaları üzerine gerektiğinde uzlaştırma sürecini sonuçlandırmak,

ç) Ayrımcılıkla ilgili yargı kararlarının uygulanmasından kaynaklanan sorunları izlemek,

d) Yargı organlarına, kamu kurum ve kuruluşlarına ve ilgili kişilere talepleri üzerine görüş bildirmek,

e) Ayrımcı uygulamalarla ilgili düzeltici işlemleri belirleyerek ilgili kişi ve kurumlara bildirmek,

f) Kanunda öngörülen durumlarda idari para cezası vermek,

g) Yıllık Ayrımcılık Raporunu kabul etmek ve yayımlanmasına karar vermek,

ğ) Kamu kurum ve kuruluşlarınca uymaları gereken eşitlik standartlarının belirlenmesini sağlamak ve bunların uygulamasını izlemek,

h) Ulusal ya da uluslararası düzeyde çalışan benzeri kuruluşlarla işbirliği yapmak, ikili ve çok taraflı ilişkiler kurmak, Dışişleri Bakanlığı'nın uygun görüşü üzerine ayrımcılık alanında faaliyet gösteren uluslararası birliklere üye olmak,

ı) Başkanın teklifi üzerine, Kurul Genel Sekreterini, Daire Başkanlarını ve Hukuk Müşavirlerini atamak,

i) Başkan tarafından Kurula sunulan inceleme ve araştırmalar ile hazırlanan raporları ve benzeri çalışmalarını karara bağlamak,

j) Ayrımcılığın önlenmesi ve ortadan kaldırılması ile ilgili yapılacak yayınları belirlemek,

k) Kurulun stratejik planını, yıllık bütçe teklifini ve idari faaliyet raporunu görüşmek ve karara bağlamak,

l) Taşınmaz alımı, satımı ve kiralanması konularındaki önerileri görüşüp karara bağlamak,

m) Bu Kanunun uygulanması için gereken düzenleyici işlemleri ve kanunlarla verilen diğer görevleri yapmak.

IV-PSİKOLOJİK TACİZ OLAYLARINDA KURULA BAŞVURU VE KURULUN YAPACAĞI İŞLEMLER

1-Kurula Başvuru Prosedürü

Tasarı taslağının m.1 hükmünde sayılan te-

mellere dayanan, işyerinde ayrımcılık olarak nitelendirilebilecek bir sebeple psikolojik tacize uğradığını iddia eden herkes Kurula başvurma hakkına sahiptir. Kurula yapılacak başvurular; yazılı dilekçe ya da elektronik posta ile yapılabileceği gibi, doğrudan sözlü başvuru da mümkündür. Sözlü başvurularda şikayetçinin başvurusu doğrudan sözlü tutanağa tutulacaktır. Ayrıca, şikayetçilerin Kurula bütün operatörlerden doğrudan ulaşabilmelerini sağlayacak ücretsiz bir telefon başvuru hattı da tahsis edilecektir (m.8/1).

Şikayetçilerin Kurula yapacağı başvurular dava açma süresini durduracak (m. 8/2) ve başvuruya ilişkin usuller, hak düşürücü sonuçlar doğurmayacak, özürliğin başvurularını da kolaylaştıracak biçimde Kurul tarafından düzenlenecektir (m. 8/3). Kurul bir yargı mercii olmayıp sadece şikayetler doğrudan var olan durumu tespit eden resmi bir kurum niteliği taşımaktadır. Bu nedenle, mağdurun şikayeti sonucunda Kurul tarafından yapılacak tespit yargı kararı niteliği taşımayacağı şüphesizdir. Mağdurun şikayetinden durumun tespit edilmesine kadar geçecek süre zarfında dava açma sürelerinin geçmesi durumunda, artık psikolojik tacizin varlığına ilişkin Kurulca yapılmış tespit hukuki açıdan bir önemi kalmayacaktır. Bu nedenle söz konusu hüküm şahısların konuya ilişkin dava açma haklarının zayi olmaması açısından oldukça önem taşımaktadır.

Psikolojik taciz olaylarının tespiti sadece şikayete tabi değildir. Kurulun ayrımcı uygulamalardan herhangi bir şekilde haberdar olması ya da ayrımcılık şüphesinin bulunması durumunda re'sen harekete geçme yetkisi mevcuttur (m. 8/4). Ayrıca belli bir kişiye ayrımcılık uygulandığı ya da kurumsallaşmış ayrımcılık uygulamalarının olduğu iddiasıyla mağdur adına, söz konusu ayrımcılık alanında faaliyet gösteren dernek, vakıf, sendika, meslek örgütleri veya kamu kurum ve kuruluşlarının da Kurula başvuru hakkı mevcuttur (m. 8/5). Ancak bu iki durumda, ayrımcı uygulamanın mağdurunun şahsen belirlenebilir olması halinde ilgili rızasının alınması şarttır (m. 8/6).

Kurula yapılacak başvurularda, vesayet ya da koruma altında olanların, çocukların ve ta-

lepleri üzerine mağdur ya da mağdurların, kimlik bilgileri gizli tutulacaktır (m. 8/7).

2-Kurulun Yapacağı İşlemler ve İspat Yükü

Mağdurun işyerinde bu Kanun kapsamında ayrımcılık olarak nitelendirilebilecek bir sebeple psikolojik tacize uğradığı iddiasıyla Kurula yaptığı başvuru, başkan tarafından görevlendirilecek uzmanca raportör sıfatı ile incelenecektir. Raportör yaptığı inceleme sonucunda düzenlediği raporunu en geç bir ay içinde başkana sunar. Söz konusu rapora binaen başkan başvurunun kabulü ya da reddi şeklinde bir ön karar verir (m.9/1). Kurul, başkan tarafından kabul edilen başvuruları, başvuru tarihinden itibaren en geç altı ay içinde sonuçlandıracaktır. Söz konusu süre, Kurul tarafından bir defaya mahsus olmak üzere en fazla üç ay uzatılabilir (m.9/2).

İşyerinde psikolojik tacize uğradığını iddia eden kişinin başvurusunun kabul edilmesi halinde görevlendirilecek uzman, soruşturmacı sıfatıyla şikâyet edilen tarafın savunmasını isteyecektir. Şikâyet edilen taraf, savunmasını Kurula kendisinden istenilmesinden sonraki onbeş gün içinde, elden ya da posta yolu ile ulaştırmalıdır. Savunma, kurula ulaşmasının ardından şikayetçiye tebliğ edilecek ve görüşünü en geç on beş gün içinde Kurula sunması istenecektir (m. 9/3).

Tasarı taslağı ile getirilen önemli yeniliklerden birisi taraflar arasında "uzlaştırma" yoluna gidilmesidir. Başkan, savunma ve şikâyetçinin görüşünün alınmasından sonra, re'sen veya talep üzerine tarafları uzlaşmaya davet edebilecektir. Uzlaşma en geç bir ay içinde sonuçlandırılacak olup psikolojik tacize yol açan ayrımcı uygulamaya son verilmesi veya mağdur açısından bu sonucu sağlayacak çözümleri içerebileceği gibi, mağdura belli bir tazminatın ödenmesi biçiminde de olabilecektir (m.9/4). Uzlaşma yoluyla sonuçlandırılmayan başvurular hakkında ise uzman soruşturmacı, konuya ilişkin düzenlemiş olduğu raporunu iki ay içinde Kurula sunacak ve bunun üzerine Kurul, ayrımcılık yapıp yapılmadığına ilişkin nihai kararını verecektir (m. 9/5).

Tasarı taslağı ile yetkilendirilen Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kurulu bir yargı mercii değildir.

Tasarı taslağının m. 10 hükmü ispat yükü açısından da özel bir düzenlemeye yer vermektedir. Buna göre; ayrımcılık suretiyle psikolojik tacize uğradığı iddiasıyla Kurula, adli veya idari yargı organlarına yapılan başvurularda ispat yükü, iddianın açıkça dayanaktan yoksun bulunduğu veya başvuru hakkının kötüye kullanıldığı haller dışında, ayrımcılık yaptığı iddia edilen kişi veya kuruma aittir. Ancak ispat yüküne ilişkin bu hüküm ceza yargılamasında uygulanmayacaktır. Söz konusu hüküm ile ispat yükü yer değiştirilmek suretiyle yumuşatılmakta; psikolojik taciz gibi ispatı çok zor hatta bazen imkansız olan bir olgu ispat edilebilir hale getirilmektedir⁹. İspat yükünün yer değiştirmesine ilişkin bu hüküm sadece Kurula yapılan başvuruların ispatı için değil konuya ilişkin adli ve idari yargı organlarına yapılan başvuruların ispatı için de geçerlidir.

V- YAPTIRIMLAR

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, tasarı taslağı ile yetkilendirilen Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kurulu bir yargı mercii değildir. Bu nedenle Kurulun yargı kararı niteliği taşıyan ve tarafları bağlayan, yaptırımlar içeren bir karar vermesi de mümkün değildir. Ancak başkanın tarafları uzlaşmaya davet ettiği durumlarda taraflar, psikolojik tacize son verilmesi veya mağdur açısından bu sonucu sağlayacak çözümler üzerinde uzlaşabilecekleri gibi mağdura belli bir miktar tazminat ödenmesi sonucu üzerinde de uzlaşabileceklerdir.

Kurul iddialara ilişkin kararlarını gerekçeli olarak kaleme alıp Kurulun internet sitesinde de yayımlayacaktır. Kurul kararlarında, ilgili kişilerin bu kararlara karşı hangi yasal yollara başvurabilecekleri süreleri ile birlikte belirtilir (m.9/6). Ayrıca Kurul, tespit ettiği ayrımcı uygulamalarla ilgili suç duyurusunda da bulunacaktır (m. 9/7). Mağdurun Kurul tarafından

sonuçlandırılan şikâyete ilişkin olarak açtığı davalarda, yargı yerleri Kurulun kararını bilir-kişi raporu olarak değerlendirebilecektir (m. 9/8).

Tasarı taslağı kapsamında Kurula tanınan önemli yetkilerden birisi de m. 23 hükmü uyarınca idari para cezası verme yetkisidir. Buna göre, Kurul, ayrımcı uygulamanın etki ve sonuçlarının ağırlığını, tarafların maddi gücünü ve çoklu ayrımcılığın ağırlaştırıcı etkisini dikkate alarak, gerçek kişiler, şahıs şirketleri ve diğer özel hukuk tüzel kişiliği olan kurumlar için 1.000 TL'den 5.000 TL'ye, sermaye şirketleri için 2.500 TL'den 15.000 TL'ye kadar idari para cezası uygulayabilecektir. Kurul verdiği idari para cezasını bir defaya mahsus olmak üzere uyarı cezasına dönüştürebilir. Hakkında uyarı cezası verilen kişi veya kurumun psikolojik taciz niteliği taşıyan ayrımcı fiilini tekrarlaması halinde alacağı ceza yüzde elli oranında arttırılacak ancak bu artış ceza üst sınırını aşamayacaktır. Kamu kurum ve kuruluşları tarafından ödenen idari para cezaları için, bu cezaya esas oluşturacak uygulamaya kasıt, kusur, ihmal veya tedbirsizliği sonucunda sebebiyet veren kamu görevlisine rücu edilecektir.

SONUÇ

İçişleri Bakanlığınca hazırlanan "Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kanunu Tasarı Taslağı"nda ayrımcılık kapsamında işyerinde psikolojik tacize ilişkin düzenlemelere de yer verilmiştir:

İşyerinde meydana gelen bir davranışın tasarı taslağı kapsamında psikolojik taciz olarak nitelendirilebilmesi için "cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, etnik köken, felsefi ve siyasi görüş, sosyal statü, medeni hal, sağlık durumu, özür-lülük, yaş gibi" ayrımcılığa ilişkin bir takım unsurlar kullanılmak suretiyle gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir. Aksi halde failin davranışı tasarı taslağı kapsamında psikolojik taciz olarak nitelendirilemeyecektir. Böyle bir durumda ise mağdur ancak doğrudan işçinin kişiliğinin korunmasına ilişkin BK. m. 417 hükmü uyarınca kendisine uygulanan psikolojik tacize son verilmesini ve Borçlar Kanunu'nun sözleşmeye aykırılığa ilişkin hükümleri kapsamında kişilik haklarının ihlaline bağlı zararlarının tazmin

edilmesini talep edebilecektir. Ayrımcılık kapsamında değerlendirilemeyen psikolojik taciz fiili işverenin sadece “işçiyi gözetme borcuna aykırılık” oluşturacaktır.

İşyerinde ayrımcılık olarak nitelendirilebilecek bir sebeple psikolojik tacize uğradığını iddia eden herkes Ayrımcılık Mücadele ve Eşitlik Kurulu'na yazılı, sözlü ya da elektronik posta ile başvurma hakkına sahiptir. Ayrıca, şikayetçilerin Kurula bütün operatörlerden doğrudan ulaşabilmelerini sağlayacak ücretsiz bir telefon başvuru hattı da tahsis edilecektir. Kurulun ayrımcı uygulamalardan herhangi bir şekilde haberdar olması ya da ayrımcılık şüphesinin bulunması durumunda re'sen harekete geçme yetkisi de mevcuttur.

Tasarı taslağı ile getirilen önemli yeniliklerden birisi taraflar arasında “uzlaşma” yoluna gidilebilmesidir. Başkan, re'sen veya talep üzerine tarafları uzlaşmaya davet edebilecektir. Uzlaşma en geç bir ay içinde sonuçlandırılacak olup psikolojik tacize yol açan ayrımcı uygulamaya son verilmesi veya mağdur açısından bu sonucu sağlayacak çözümleri içerebileceği gibi, mağdura belli bir tazminatın ödenmesi biçiminde de olabilecektir. Uzlaşma yoluyla sonuçlandırılmayan başvurular hakkında Kurul, uzman soruşturmacının düzenleyeceği rapor doğrultusunda, ayrımcılık yapıp yapılmadığına ilişkin nihai kararını verecektir.

Tasarı taslağı ispat yükü açısından özel bir düzenlemeye yer vermektedir. Buna göre; ayrımcılık suretiyle psikolojik tacize uğradığı iddiasıyla Kurula yapılan başvurularda ispat yükü, iddianın açıkça dayanaktan yoksun bulunduğu veya başvuru hakkının kötüye kullanıldığı haller dışında, ayrımcılık yaptığı iddia edilen kişi veya kuruma aittir. Ancak ispat yüküne ilişkin bu hüküm ceza yargılamasında uygulanmayacaktır. Söz konusu hüküm ile ispat yükü yer değiştirilmek suretiyle yumuşatılmakta; psikolojik taciz gibi ispatı çok zor hatta bazen imkansız olan bir olgu ispat edilebilir hale getirilmektedir. İspat yükünün yer değiştirmesine ilişkin bu hüküm sadece Kurula yapılan başvuruların ispatı için değil, konuya ilişkin adli ve idari yargı organlarına yapılan başvuruların ispatı için de geçerlidir.

Tasarı taslağı ile yetkilendirilen Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kurulu'nun bir yargı merci olmaması sebebiyle yargı kararı niteliği taşıyan ve tarafları bağlayan yaptırımlar içeren bir karar vermesi de mümkün değildir. Ancak mağdurun Kurul tarafından sonuçlandırılan şikâyete ilişkin olarak açtığı davalarda, yargı yerleri Kurulun kararını bilirkişi raporu olarak değerlendirebilecektir. Ayrıca Kurul, tespit ettiği ayrımcı uygulamalarla ilgili suç duyurusunda bulunacaktır.

Tasarı taslağı kapsamında Kurula tanınan önemli yetkilerden birisi de idari para cezası verme yetkisidir. Buna göre, Kurul, ayrımcı uygulamanın etki ve sonuçlarının ağırlığını, tarafların maddi gücünü ve çoklu ayrımcılığın ağırlaştırıcı etkisini dikkate alarak, gerçek kişiler, şahıs şirketleri ve diğer özel hukuk tüzel kişiliği olan kurumlar için 1.000 TL'den 5.000 TL'ye, sermaye şirketleri için 2.500 TL'den 15.000 TL'ye kadar idari para cezası uygulayabilecektir.

Tasarı taslağı ile getirilen hükümler doğrultusunda; mağdura sağlanan ispat kolaylığı, psikolojik tacizin varlığının resmi bir kurul raporuyla tespit edilmesi, taraflara uzlaşma yolunun açılması ve faile uygulanacak idari para cezaları şüphesiz ki bu konuda yapılmış önemli düzenlemelerdir. Ancak bu haliyle, tasarı taslağının mağdur için öngördüğü koruma tedbirlerinin yeterli olduğunu söylemek mümkün görünmemektedir. Kurulun psikolojik tacizin varlığına ilişkin kararı sadece durumun tespiti niteliğinde olup bir yaptırıma bağlanmamaktadır. Sürecin yaptırımla sonuçlanması ise Kurulun tespit ettiği psikolojik tacizin varlığına ilişkin karara binaen mağdurun Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümleri ve İş Kanunu'nun dolaylı hükümleri uyarınca yargı yoluna başvurusu ile mümkün olacaktır. Söz konusu yargı sürecinde Kurul kararı, sadece mahkemece bilirkişi görüşü olarak nitelendirilebilecek bir delil niteliği taşımaktadır. Tasarı taslağında, işverenin işyerinde psikolojik tacize karşı hiç ya da yeterli derecede önlem almıyor olması halinde, tacize uğrayan mağdurun süreç içinde korunmasını sağlamaya yönelik olarak, herhangi bir ücret kaybına uğramaksızın çalışmaktan kaçınmasına ilişkin bir

düzenleme öngörülmemiştir. Yine tasarı taslağı ile, işyerinde psikolojik taciz uygulamak suretiyle ayrımcılık yasağını ihlal eden işveren için mağdurun maddi ve manevi zararlarını tazminine ilişkin herhangi bir düzenleme de mevcut değildir.

DİPNOTLAR

- 1 Güzel, Ali/Ertan, Emre, "İşyerinde Psikolojik Tacize (Mobbinge) Hukuksal Bakış: Avrupa Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukuk", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı 14, 2007, 511; Demircioğlu, Reyhan, "Kişilik Hakkı İhlalinin ve Borca Aykırılığın Bir Türü Olarak İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.1-2, C. 11, 2007, 115; Ergin, Hediye, "Oldukça Eski, fakat Yeni İfade Edilen Bir Olgu: İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)", Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan, C. 1, İstanbul 2010, 245; Özgün, Kemal, Altuğ, "İşyerinde Mobbing ve Mobbingin Hukuki Değerlendirilmesi", Türk Hukuk Sitesi, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_1293.htm (erişim tarihi: 17.02.2012).
- 2 Bununla birlikte 4857 sayılı İş Kanunu'nda, psikolojik taciz niteliği taşıyan bazı hukuka aykırı davranışları yaptırma bağlayan ve işçinin maruz kalacağı bu tip davranışlar karşısında işverenin sorumluluğunu öngören düzenlemeler getiren dolaylı hükümler mevcuttur. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için Bkz. Tınaz, Pınar/Bayram, Fuat/Ergin, Hediye, Çalışma Psikolojisi ve Hukuki Boyutlarıyla İşyerinde Psikolojik Taciz (mobbing), İstanbul 2008, 87 vd.; Savaş, Burcu Fatma, İşyerinde Manevi Taciz, İstanbul 2007, 91 vd.; Bayram, Fuat, "Türk İş Hukuku Açısından Psikolojik Taciz (Mobbing)", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı 14, 2007, 551-574.
- 3 Genelge 2011/2, RG. 19.03.2011 Tarih, Sayı 27879. Genelgede söz konusu taciz, "Kastlı ve sistematik olarak belirli bir süre çalışanın aşağılanması, küçümsenmesi, dışlanması, kişiliğinin ve saygılığının zedelenmesi, kötü muameleyle tabii tutulması, yıldırılması ve benzeri şekillerde ortaya çıkan psikolojik taciz" şeklinde ifade edilmiştir.
- 4 Genelgede öngörülen tedbirler sırasıyla şöyledir:
 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 değerlendirilecek her türlü eylem ve davranışlardan uzak duracaktır.
 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 Ç

İş 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 şikayetlerini titizlikle inceleyip en kısa sürede sonuçlandırılacaktır.

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.

- 5 İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Çözüm Önerileri Komisyon Raporu, Yayın No. 6, Nisan 2011, http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/docs/komisyon_rapor_no_6.pdf (Erisim tarihi: 28.02.2012).
- 6 05.07.2006 tarih ve 2006/54/EC sayılı Yönerge (<http://eur-lex.europa.eu>).
- 7 Ayrıntılı bilgi için bkz. Centel, Tankut, Türk İş Kanunu'nda Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı 24, Aralık 2011, 13 vd.; Tuncay Kaplan, Emine, Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre İş İlişkisinde İşçinin Kişilik Haklarının Korunması, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı 24, Aralık 2011, 49.
- 8 Bayram, 554, 556; Bayram, Fuat, Türk İş Hukukunda İşverenin İşçinin Kişilik Hakkını Koruma Borcu, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2003, 421; Çelik, Nuri, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 24. Bası, İstanbul 2011, 180; Sözek, Sarper, İş Hukuku, Yenilenmiş 4. Baskı, İstanbul 2008, 651; Centel, İş Hukuku C.I, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 1992, 159-160; Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim, Bireysel İş Hukuku, Yenilenmiş 3. Bası, İstanbul 2006, 147; Narmanlıoğlu, Ünal, İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Bası, İzmir 1998, 245-247.
- 9 Yine Eşit davranma ilkesi başlıklı İş K. m. 5/f 7 hükmünde de işverenin eşit davranma borcuna aykırı davrandığı durumlarda ispat yükü işçiye ait olmakla beraber, işçinin aykırılığın varlığı olasılığını güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyması halinde artık ispat yükü yer değiştirecek; işveren, aykırılığın var olmadığını kanıtlamak durumunda kalacaktır. Bkz. Özdemir, Erdem, İş Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları, İstanbul 2006, 218; Özdemir, Erdem, İşyerinde Cinsel Taciz, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2006/4, S.11, 93; Savaş, 111.

Asıl İşverenin İş Güvencesi Hükümleri Yönünden Sorumluluğu

1. ASIL İŞVEREN ALT İŞVEREN İLİŞKİSİ KAVRAMI

İşverenler uzmanlık ihtiyacı ya da başka zorunlu nedenlerle bazı işlerini işyerinde başka işverenlere gödürebilmektedirler. Bazı işverenler ise başka bir işverenin yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı ya da asıl işin bir bölümünde iş alarak faaliyetlerini sürdürmektedirler. Çalışma hayatının zorunlu kıldığı bu durumun kötüye kullanılmaması ve alt işverenlerin çoğunlukla maddi yönden güçsüz olmaları nedeniyle işçilerin haklarının korunması için asıl işverenin işlerini başka işverene gödürmesinin belirli bazı koşullara bağlanması ihtiyacı hissedilmiş ve bu amaçla kanuni düzenlemeler yapılmıştır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinin 7. fıkrasında "Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görev-

lendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir." hükmü ile görünüşte yalnızca asıl işveren-alt işveren ilişkisi tanımlanmış gibi görünmekte ise de aslında birden çok tanıma yer verilmiş bulunmaktadır. Sözü edilen hükümden yola çıkılarak asıl işvereni, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerini veya işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirmesi halinde asıl işin bir bölümünü diğer bir işverene o işverenin bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde çalıştırması koşuluyla gödüren işveren; alt işvereni ise; bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran işveren olarak tanımlamak mümkündür.

Asıl işveren-alt işveren ilişkisi istisna, kira

veya nakliye sözleşmesine dayanabilir¹. Keza acentelik sözleşmesi de asıl işveren-alt işveren ilişkisi doğurabilir. Alt işverenle asıl işveren ilişkisi iş sözleşmesine dayanmadığı için aralarında çıkan uyuşmazlıkların çözüm yeri iş mahkemeleri değil, genel mahkemelerdir².

Alt işveren uygulamada taşeron, müteahhit, alt müteahhit, yüklenici olarak da adlandırılmaktadır. Ancak, kanunda belirtilen koşulların bulunması asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığı için yeterli olup, tarafların alt işvereni ne şekilde adlandırdıklarının bir önemi yoktur.

4857 sayılı Kanun'un yukarıda belirtilen düzenlemesine göre asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesi ancak işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirmesi halinde mümkün olabilecektir. Aksi halde asıl işveren-alt işveren ilişkisinin geçerli olarak kurulduğundan söz edilemeyecek ve bu işte çalıştırılan işçi başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görecektir.

Kanunun açıkça düzenlediği diğer bir sınırlama muvazaaya ilişkindir. İşK.m.2 f.8'e göre "Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz. Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler". Bu sınırlama, gerek asıl işin bir bölümünün, gerekse yardımcı işlerin alt işverene verilmesinde söz konusudur.

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin geçerli olarak kurulabilmesi için aranan diğer bir koşul ise alt işverenin işçilerini sadece asıl işverenden alınan işte çalıştırmasıdır. Bu işçilerin asıl işverenin işyeri için tahsis edilmiş olması; alt işverenlik sözleşmesine göre iş tamamlanincaya kadar alt işveren tarafından başka işverenlere ait işyerlerinde çalıştırılmamaları gerekir³.

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulması bakımından asıl ve yardımcı iş ayırımı yapılmadığı gibi, asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesi için ayrı bir koşul da öngörülmemiştir. Bir işverenden, iş-

yerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin bir işte veya bir işin bölümü veya eklenmelerinde, iş alan ve bu iş için görevlendirdiği sigortalıları çalıştıran üçüncü kişinin varlığı yeterli görülmüştür.

Alt işveren, asıl işverene ait işyerinde çalıştırdığı işçi veya sigortalının işverenidir⁴. Bu nedenle İş Kanunu'nda asıl işveren için öngörülen her türlü sorumluluk ve zorunluluklar alt işveren hakkında da uygulanır⁵. Geçerli bir asıl işveren-alt işveren ilişkisinde alt işveren işçisi, işyerinde çalışması nedeniyle asıl işverenin işçisi olarak kabul edilemez ve toplu iş sözleşmesi düzeni bakımından işyeri işçisi sayılamaz.

Alt işverenin gerek kendi işçisine gerekse asıl işverene karşı sorumluluğu sözleşmeden (istisna, kira, taşıma, acente vs.) kaynaklanmaktadır. Asıl işveren-alt işveren ilişkisi, asıl işveren-alt işveren, asıl işveren-alt işveren işçisi, alt işveren-işçi arasında iş hukukuna özgü bir üçlü ilişki doğurmaktadır⁶.

II. ASIL İŞVERENİN ALT İŞVEREN İŞÇİLERİNE KARŞI SORUMLULUĞU

1. Sorumluluğun Niteliği

4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. fıkrasında asıl işveren-alt işveren ilişkisinde asıl işverenin, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumlu olduğu belirtilmiştir. Benzer bir düzenleme 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 12/6. maddesinde mevcuttur. Anılan hükme göre "...Sigortalılar, üçüncü bir kişinin aracılığı ile işe girmiş ve bunlarla sözleşme yapmış olsalar dahi, asıl işveren, bu Kanunun işverene yüklediği yükümlülüklerden dolayı alt işveren ile birlikte sorumludur".

Asıl işverenin alt işveren işçilerine karşı alt işverenle birlikte sorumlu tutulmasının nedeni, alt işverenlerin üstlendikleri işlerin genellikle süreli ve geçici işlerden olması, alt işverenleri takipteki güçlük ve alt işverenlerin ekonomik

Asıl işveren ile alt işverenin sorumluluklarının kaynağı farklı olduğu için aralarında eksik teselsül hükümlerinin uygulanması gerekir.

bakımından zayıf olmalarıdır⁷. Böylece alt işveren işçilerinin hakları güvence altına alınmak istenmiş ve bu suretle asıl işverenlerin iş verdikleri alt işverenlerin seçiminde daha dikkatli davranmaları amaçlanmıştır⁸. Kanuna göre asıl sorumluluk işçi ile sözleşme yapmış olan alt işverenin ise de yukarıda belirtilen sosyal nedenlerle asıl işverenin de birlikte sorumlu olması gerektiği öngörülmüştür.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 60. maddesinde birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde müteselsil sorumluluk hükümlerinin uygulanacağı öngörülmüştür. İş Kanunu'nun 2/7. maddesinde yer alan asıl işverenin alt işveren işçisine karşı sorumluluğu müteselsil sorumluluk olup, alt işveren işçileri iş sözleşmesinden ve kanundan doğan haklarını alt işveren ve asıl işverenden birlikte isteyebileceği gibi, dilerlerse, bunlardan sadece birisinden talep edebilirler⁹. Alt işveren işçisinin, önce kendi işverenine başvurma zorunluluğu söz konusu değildir.

Asıl işverenin alt işverenle birlikte müteselsil sorumluluğu aynı sebepten kaynaklanmadığından (asıl işverenin sorumluluğu kanundan kaynaklandığı için) alt işverenin kusurundan asıl işveren sorumlu ise de, asıl işverenin kusurundan alt işverenin sorumlu tutulması mümkün değildir¹⁰. Yargıtay bir kararında asıl işveren ile alt işveren arasında tam teselsül ilişkisinin bulunduğu karar vermiştir. Öğretide de bu yönde görüş bulunmakta ise de, bize göre asıl işveren ile alt işverenin sorumluluklarının kaynağı farklı olduğu için aralarında eksik teselsül hükümlerinin uygulanması gerekir¹¹.

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulması ile asıl işveren yönünden ilişkinin diğer tarafı olan alt işverene ve alt işverenin işçisine karşı olmak üzere iki tür sorumluluk ortaya çıkmaktadır. Alt işverene karşı sözleşmeden doğan sorumluluk olduğu halde, alt işverenin işçisi-

ne karşı sorumluluğu sözleşmeden değil, kanundan doğan bir sorumluluktur. Gerçekten asıl işveren ile alt işverenin işçisi arasında bir sözleşme bulunmamaktadır. Bu nedenle asıl işveren ile alt işverenin işçisi arasındaki uyumsuzlukların kanundan doğan kusursuz sorumluluk hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerekir¹².

Asıl işverenin sorumluluğunun kanundan kaynaklanmasının diğer bir sonucu asıl işverenin alt işverene rücu imkânının bulunmasıdır. Asıl işveren kusuru ile sebep olduğu zararlar hariç olmak üzere alt işveren işçisine ödemek zoruna kaldığı miktarı alt işverene rücu edebilir. Buna karşılık, alt işveren asıl işverenin kusuru ile verdiği zarar dışında işçisine ödemekle yükümlü olduğu alacak veya tazminatı asıl işverene rücu edemez. Çünkü işçinin işvereni asıl işveren değil, alt işverendir.

Alt işverenin işçisine karşı asıl işverenin alt işverenle birlikte sorumluluğu, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin geçerli olarak kurulmasına veya muvazaaya dayanmamasına bağlıdır. Asıl işveren-alt işveren ilişkisi kanuna uygun kurulmamış veya muvazaaya dayanıyorsa alt işverenin işçisi başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem göreceğinden asıl işveren tek başına sorumlu olacaktır. Başka bir anlamıyla bu halde asıl işverenin müteselsil sorumluluğundan söz edilemeyecektir. Alt işverenin işçilerini sadece bu işte çalıştırmadığı ihtimalinde ise asıl işverenin ne birlikte ne de tek başına sorumluluğundan söz edilecektir.

Asıl işverenin alt işveren işçisine karşı müteselsil sorumluluğunun kanundan kaynaklanması ve emredici nitelik taşıması nedeniyle asıl işveren ile alt işveren arasında yapılan sözleşmede asıl işverenin alt işveren işçilerine karşı sorumlu olmayacaklarına veya sorumluluğu daraltmaya ilişkin hükümler alt işveren işçisini bağlamaz. Böyle bir hüküm ancak sözleşmenin tarafları arasında etkili olabilir¹³. Bununla birlikte alt işveren işçisi lehine asıl işverenin sorumluluğunu genişleten hükümlere yer verilmesi mümkün olmalıdır¹⁴.

İş Kanunu'nun 2/7. maddesinde belirtilen asıl işverenin sorumluluğu sadece hukuki yönden söz konusudur. Cezaların şahsiliği ilkesi

Asıl işverenin sorumluluğu, alt işveren işçilerinin, kendine ait işyerlerinde çalışmalarını ve o işyerinde çalıştıkları süre ile sınırlıdır.

gereğince cezai sorumlulukta asıl işverenin birlikte sorumluluğundan söz edilemez¹⁵.

İş Kanunu'nun 36. maddesinde de kamu makamlarının ve asıl işverenlerin hakedişlerinden ücret kesme yükümlülüğü öngörülmüştür. Buna göre genel ve katma bütçeli dairelerle mahalli idareler veya kamu iktisadi teşebbüsleri yahut özel kanuna veya özel kanunla verilmiş yetkiye dayanılarak kurulan banka ve kuruluşlar; asıl işverenler müteahhide verdikleri her türlü bina, köprü, hat ve yol inşası gibi yapım ve onarım işlerinde çalışan işçilerden müteahhit veya taşeronlarca ücretleri ödenmeyenlerin bulunup bulunmadığının kontrolü ya da ücreti ödenmeyen işçinin başvurusu üzerine, ücretleri ödenmeyen varsa müteahhitten veya taşerondan istenecek bordrolara göre bu ücretleri bunların hakedişlerinden öderler (f.1).

Hakediş ödeneceği, ilgili idare tarafından işyerinde şantiye şefliği işyeri ilan tahtası veya işçilerin toplu bulunduğu yerler gibi işçilerin görebileceği yerlere yazılı ilan asılmak suretiyle duyurulur. Ücret alacağı olan işçilerin her hakediş dönemi için olan ücret alacaklarının üç aylık tutarından fazlası hakkında adı geçen idarelere herhangi bir sorumluluk düşmez (m.36/f.2).

Görüldüğü üzere İş K. m.36 kamu kurumlarına ve asıl işverenlere sadece yetki vermemekte, işçilerin ücret alacaklarının korunması amacıyla aynı zamanda yükümlülük getirmektedir¹⁶. İş K. m.36/son gereğince asıl işverenin müteselsil sorumluluğu bu yetkinin kullanılmasına engel teşkil etmez.

2. Sorumluluğun Kapsamı

Asıl işverenin alt işveren işçisine karşı sorumluluğunun kapsamı 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/7. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre, asıl işverenin alt işveren işçisine karşı sorumlulu-

ğu, alt işverenin yükümlülüğünün kaynağı ve asıl işverenin işyeri ile sınırlandırılmıştır. Asıl işveren, alt işveren işçisinin bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur. Bu noktada İş Kanunu'nda yer almayan örneğin, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'ndan doğan haklardan da (sendikal tazminat gibi) asıl işverenin birlikte sorumlu olup olmayacağı tartışmaya açık bir konudur. Yargıtay asıl işverenin, alt işveren işçisine karşı sendikal tazminattan da alt işveren ile birlikte sorumlu olduğuna karar vermektedir¹⁷. Düzenlemenin ihdas amacından hareket edildiğinde uygulamanın isabetli olduğu söylenebilir. Ancak alt işveren işçisinin alt işveren ile arasındaki iş sözleşmesi dışında başka sözleşmelerden (ödünç sözleşmesi, satım sözleşmesi vb.) kaynaklanan hak ve alacaklarından da asıl işverenin sorumlu tutulması mümkün değildir.

Asıl işverenin sorumluluğu, alt işveren işçilerinin, kendine ait işyerlerinde çalışmalarını ve o işyerinde çalıştıkları süre ile sınırlıdır¹⁸. Bu sınırlama 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinin gerekçesinde açıkça belirtilmiştir. Asıl işverenin müteselsil sorumluluğu, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulmasıyla başlar ve ilişkisinin bitimi ile de sona erer¹⁹. Bu nedenle, asıl işverenin alt işverene iş vermeden önce doğan işçilik alacaklarından sorumlu tutulması mümkün olmadığı²⁰ gibi, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin doğduğu işyeri ile ilgili olmayan işlerde çalışan işçiye karşı da sorumlu olduğundan söz edilemeyecektir²¹. Asıl işverenin sorumlu tutulması için alt işveren işçisinin talebinin, asıl işverenden alınan ve sadece o işte çalışmasından kaynaklanması, alacağın asıl işveren-alt işveren ilişkisi döneminde doğmuş bulunması gerekir²². Bu nedenle asıl işveren-alt işveren ilişkisinden önce doğmuş veya bu ilişki devam ederken doğmamış olan bir alaktan asıl işverenin sorumlu tutulması mümkün değildir. Örneğin, asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulmadan önce işçiye ödenmemiş olan ücretlerden ya da asıl işveren-alt işveren ilişkisi döneminde altı ay çalışan bir alt işveren işçisinin daha sonraki bir tarihte kıdem tazminatına

Her ne kadar asıl işveren alt işveren işçisine karşı müteselsil sorumlu ise de, kanuna göre asıl sorumluluk işçi ile iş sözleşmesi yapmış olan alt işverenindir. Bu nedenle, asıl işveren işçiye ödediği miktarı gerçek borçluya rücu etme imkânına sahip olduğu halde, alt işverenin işçisine ödediği miktarı asıl işverene rücu hakkı bulunmamaktadır.

hak kazanacak şekilde iş sözleşmesinin sona ermesi halinde asıl işveren-alt işveren ilişkisi dönemine tekabül eden kıdem tazminatından asıl işverenin sorumluluğuna gidilmemelidir²³. İş sözleşmesinin sona ermesine bağlı ihbar tazminatı ve yıllık izin ücreti bakımından da aynı sonuca gidilmelidir²⁴. Belirtilmelidir ki, kural olarak, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin sona ermesi alt işveren işçisinin iş sözleşmesinin sona erdiği anlamına gelmez.

Asıl işverenin sorumluluğu miktar itibariyle ile de sınırlıdır. Buna göre alt işveren işçileri, asıl işveren-alt işveren ilişkisi nedeniyle kendi işverenlerinden isteyebilecekleri miktardan daha fazlasını asıl işverenden isteyemezler²⁵.

Asıl işverenin alt işveren işçilerine karşı sorumluluğunun alt işverenin sorumluluğuna bağlı olması nedeniyle asıl işveren, alt işverenin işçisine karşı ileri sürebileceği itiraz ve defileri ileri sürme hakkına sahiptir²⁶. Davanın her iki işverene karşı birlikte açıldığı durumlarda, birinin itiraz niteliğindeki savunması diğeri için de geçerli ise de²⁷, kanımızca defilerin diğeri için etkili olup olmayacağı konusunda ikili bir ayırım yapılması gerekir. Buna göre esas sorumlunun alt işveren olması ve asıl işverenin sorumluluğunun alt işverenin sorumluluğu ile sınırlı bulunması nedeniyle alt işveren tarafından ileri sürülen defilerden asıl işverenin de yararlanması gerekir. Buna karşılık, asıl işveren tarafından ileri sürülen definin alt işveren ba-

kımından da geçerli olması mümkün olmamaktadır.

Her ne kadar asıl işveren alt işveren işçisine karşı müteselsil sorumlu ise de, kanuna göre asıl sorumluluk işçi ile iş sözleşmesi yapmış olan alt işverenindir. Bu nedenle, asıl işveren işçiye ödediği miktarı gerçek borçluya (alt işverene) rücu etme imkânına sahip olduğu halde²⁸, alt işverenin işçisine ödediği miktarı asıl işverene rücu hakkı bulunmamaktadır.

III. İŞ GÜVENCESİ HÜKÜMLERİ

1. İş Güvencesi Hükümleri ve Kapsamı

158 sayılı ILO Sözleşmesi'nin ülkemiz tarafından 1994 yılında 3999 sayılı Kanunla onaylanmasından sonra 1475 sayılı İş Kanunu'nun 13. maddesini değiştiren ve maddeye bazı fıkralar ekleyen, 15.8.2002 gün ve 24847 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 4773 sayılı Kanun ile Türk iş hukukunda iş güvencesi hükümleri 15.3.2003 tarihi itibariyle uygulanmaya başlanmıştır. 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesi dışında yürürlükten kaldıran ve 10.6.2003 tarihi itibariyle yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu'nda da bazı değişikliklerle birlikte iş güvencesi hükümlerine yer verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde iş güvencesi hükümlerinin kapsamı düzenlenmiştir; birinci fıkrasında; "Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır. Altı aylık kıdem hesabında bu Kanunun 66 ncı maddesindeki süreler dikkate alınır..." hükmüne yer verilmiş, son fıkrasında ise; "İşçinin altı aylık kıdemi, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen süreler birleştirilerek hesap edilir. İşverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısı, bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirlenir. İşletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları ile işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiyi

işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri hakkında bu madde, 19 ve 21 inci maddeler ile 25 inci maddenin son fıkrası uygulanmaz.” denilmek suretiyle işveren vekili ve yardımcılarının iş güvencesi hükümlerinin kapsamı dışında olduğu belirtilmiştir.

İş Kanunu'nun belirtilen düzenlemesine göre otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan ve işveren vekili veya yardımcısı olmayan işçinin iş sözleşmesinin feshi geçerli nedene dayanmalıdır. İş Kanunu geçerli neden gösterilmesi zorunluluğundan başka bazı şekil koşullarını da öngörmek suretiyle iş güvencesinin kapsamını genişletmiştir. Buna göre fesih bildirim yazılı olmalı, fesih nedeni açık ve kesin bir şekilde belirtilmiş olmalı, işçinin davranışlarına veya yetersizliğine dayanılacaksa fesihten önce savunmasının istenmesi gerekir (m.19). Ancak 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25. maddesinin (II) numaralı bendi şartları gerçekleşmiş, işveren buna göre bildirimsiz (derhal) fesih hakkını kullanabilecek ise, işçiden savunma alması 19/2 ve 25/son uyarınca zorunlu değildir.

İş Kanunu'nun 18. maddesinin gerekçesinde işverenin feshe son çare olarak bakması gerektiği ifade edilmiştir. İş güvencesi hükümlerine göre işverenin bildirimli fesih hakkını kullanırken öncelikle fesihle elde edilmek istenen sonuca daha hafif önlemlerle ulaşması mümkün ise sözleşmeyi feshetme yoluna gitmemesi ilke olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle geçerli sebep kavramı çerçevesinde yorum yaparken işveren, fesihten kaçınma imkânının olup olmadığını araştırmalıdır²⁹. Aksi halde feshin geçerli nedene dayanmadığı kabul edilir.

2. Fesih Bildirimine İtiraz

4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesinde fesih bildirimine itiraz ve usulü düzenlenmiştir. Buna göre, “İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dava açabilir. Taraflar anlaşılırsa uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme götürülür.

Feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür.

Dava seri muhakeme usulüne göre iki ay içinde sonuçlandırılır. Mahkemece verilen kararın temyizi halinde, Yargıtay bir ay içinde kesin olarak karar verir.”

Bir aylık dava açma süresi niteliği itibariyle hak düşürücü süre olduğundan mahkemece re'sen dikkate alınmalıdır.

Yargıtay bir aylık dava açma süresinin fesih bildiriminden işçiye sözlü veya yazılı ulaştığı tarihten itibaren başladığına, sözleşmenin ihbar öneli verilerek feshedilmesi halinde de ihbar süresinin bitiminden itibaren değil, bildirim işçiye ulaştığı tarihten itibaren dava açma süresinin başladığına karar vermiştir³⁰.

Yargıtay hakem sözleşmesinin ise sözleşmesinin sona ermesinden sonra yapılması halinde geçerli olacağı yönünde karar vermiştir³¹.

3. Geçersiz Feshin Sonuçları

Geçersiz feshin sonuçları 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre işçi, mahkemenin feshin geçersizliğine ilişkin kesinleşen kararının tebliğinden itibaren 10 işgünü içinde işverene işe başlatılmak için başvurmalı, işveren de işçiyi bir ay içinde işe başlatmalıdır. Yargıtay'a göre, işçinin işe iade sonrasında başvurusuna rağmen işe başlatılmaması halinde, işe başlatılmayacağı sözlü ya da eylemlerle açıklandığı tarihte veya bir aylık başlatma süresinin sonunda iş sözleşmesi işverence feshedilmiş sayılır³².

İşveren işçiyi belirtilen süre içinde işe başlatmazsa, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur. Mahkeme veya özel hakem, feshin geçersizliğine karar verdiğinde, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını da belirler. Kanun hükmü bu yönde olmasına rağmen Yargıtay, kısa süre içinde sonuçlandırılması gereken işe iade davalarında ücret miktarı konusundaki uyuşmazlıkların yargılamayı uzatacağı düşüncesiyle tazminat miktarının ay olarak belirtilmesi (dört aylık ücret tutarı gibi) ile yetinilmesine, işçinin işe başla-

tilmaması halinde, tazminatın, işe başlatmamak suretiyle gerçekleşen fesih tarihindeki emsal ücrete göre hesaplanması gerektiğine karar vermiştir. Ancak hangi tarih esas alınırsa alın-sın sözü edilen tazminatın işverenin işçiyi işe başlatmama eyleminin yaptırımı olduğu açıktır.

Geçersiz feshin ikinci sonucu ise kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarının ödenmesidir (m.21/f.3). Geçersiz sayılan fesih tarihinden sonra boşta geçen en çok dört aylık sürede işçinin çalışması devam ediyormuş gibi ücret ve diğer haklar belirlenmelidir. Boşta geçen süreye ait en çok 4 aya kadar ücret ve diğer haklar için geçersiz sayılan feshi izleyen dönem ücretlerine göre hesaplama yapılmalıdır. Boşta geçen en çok 4 aya kadar süre içinde ücret zammı ya da yeni bir toplu iş sözleşmesi yürürlüğe girdiğinde, her iki dönem için ayrı ayrı hesaplamaya gidilmelidir³³.

İş K. m.21/4'te geçersiz feshin bir başka sonucu düzenlenmiştir. Buna göre, işçinin işe başlatılması halinde, peşin olarak ödenen bildirim süresine ait ücret ile kıdem tazminatı işçiye çalıştırılmadığı en çok dört aylık süre için ödenen ücret ve diğer haklardan mahsup edilir. Aynı fıkrada işe başlatılmayan işçiye bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemiş ise, bu süreler için ücret tutarı ayrıca ödenir. Yargıtay önceki kararlarında işçiye daha önce ihbar öneli verilmiş veya önele ait ücret peşin olarak ödenmiş olsa bile sözleşmenin işe başlatmama ile feshedildiğini kabul ederek ihbar tazminatının buna göre yeniden ödenmesi gerektiğine karar vermiş³⁴ iken son kararlarında m.21/4 hükmünden hareketle, işçiye daha önce usulüne uygun önel verilmiş ise işe başlatılmadığı tarihte yeniden önel verme zorunluluğunun bulunmadığı görüşünü benimsemiş ve işçinin ihbar tazminatı isteğini reddetmiştir³⁵.

IV. İŞE İADE DAVASINDA ASIL İŞVERENİN TARAF SIFATI

Müteselsil borçlular arasında ihtiyari dava arkadaşlığı söz konusu olduğundan, alt işveren işçisi, tazminat ve alacakları yönünden asıl işveren ve alt işverene karşı birlikte dava

açabileceği gibi, bunlardan yalnızca biri hakkında da dava açabilir. Fesih bildirimine itiraz davasında (işe iade davası) ise durum farklıdır. İşe iade davasının mutlaka iş sözleşmesini fesheden işverene karşı açılması gerekir. Bu nedenle iş sözleşmesi feshedilen alt işveren işçisi yalnızca asıl işverene işe iade davasını açamaz. Uygulamada asıl işverenin işe iade kararının mali sonuçlarından müteselsil sorumlu olduğu gerekçesi ile işe iade davasının alt işverenle birlikte asıl işverene karşı açılabileceği kabul edilmektedir³⁶.

İşe iade davasının yalnızca alt işverene veya muvazaa iddiasıyla sadece asıl işverene karşı açıldığı durumlarda, mahkemece asıl işveren ilişkisinin kanuna uygun kurulmadığı veya muvazaaya dayandığı sonucuna varıldığı takdirde taraf sıfatı yokluğu nedeniyle davanın reddine karar verilmektedir. Bu durumda işçi, gerçek işvereni hakkında dava açabilmek için, çoğunlukla bir aylık süreyi kaçırmaktadır. Öte yandan, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kanuna uygun kurulup kurulmadığı veya muvazaaya dayanıp dayanmadığının incelendiği bir yargılamada bu ilişkinin bir tarafının davada yer almaması düşünülemez. İşçinin korunması düşüncesi ve hukuki dinlenilme hakkı³⁷ işe iade davalarında işverenler arasında şekli anlamda zorunlu dava arkadaşlığını kabul etme zorunluluğunu ortaya koymaktadır. Nitekim, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, işe iade davalarında, asıl işveren ile alt işveren arasında şekli anlamda zorunlu dava arkadaşlığı bulunduğunu belirterek davanın her iki işverene karşı birlikte açılması gerektiğine karar vermiştir³⁸.

Uygulamada asıl işveren ve alt işverene karşı birlikte açılan alacak veya işe iade davasında, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kanuna uygun kurulmadığı veya muvazaaya dayandığı sonucuna varılması durumunda, alt işveren gibi gösterilen kişi hakkında davanın taraf sıfatı yokluğu nedeniyle karar verilmektedir³⁹. Ancak bu halde, hakkında dava reddedilen tarafın kanuna aykırı ilişki içerisine girerek, kendini işveren gibi göstermek suretiyle aleyhine dava açılmasına sebebiyet verdiği düşüncesi ile lehine vekalet ücretine hükmedilmemektedir⁴⁰.

V. ASIL İŞVERENİN İŞE İADE DAVASININ SONUÇLARINDAN SORUMLULUĞU

1. İşe Başlatma Yönünden

Alt işveren işçisinin iş sözleşmesini fesheden kişi, kendi işverenidir. İşçi itiraz davasını alt işverenin fesih bildirimine karşı açar ve feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığı alt işveren yönünden ele alınarak incelenir. Yargılama sonucunda geçersizliğine karar verilen işlem alt işverenin işlemidir. Öyleyse işçi, işe iade davasında fesih bildirimini geçersiz kabul edilen işverene (alt işverene) başvurarak işe başlatılmasını istemelidir. Bu bakımdan asıl işverene yapılan başvuru geçerli kabul edilemez.

İşçi kendi işverenine (alt işverene) başvurmak zorunda olduğuna göre işe başlatma yükümlülüğü de alt işverene ait olmalıdır. Asıl işverenin alt işveren işçisini işe başlatma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Yargıtay da bu konuda görüşünü "...Feshin geçersizliği ve işe iade davasının alt ve asıl işveren ilişkisinde, her iki işverene birlikte açılması halinde, davacı işçi alt işveren işçisi olup, iş sözleşmesi alt işveren tarafından feshedildiğinden, feshin geçersizliği ve işe iade yükümlülüğü alt işverenindir. Asıl işverenin iş ilişkisinde sözleşmenin taraf sıfatı bulunmadığından, asıl işverenin işe iade yönünde bir yükümlülüğünden söz edilemez. Asıl işverenin işe iade kararı sonrası işçinin işe başlamak için başvurması ve alt işverenin iş almamasından kaynaklanan işe başlatmama tazminatı ile dört aya kadar boşta geçen süre ücretinden yukarıda belirtilen hüküm sebebi ile alt işverenle birlikte sorumluluğu vardır..." şeklinde ifade etmiştir⁴¹. Gerçekten, asıl işverenin alt işveren işçisine karşı yönetim hakkı veya işin ifasını isteme hakkı söz konusu değildir⁴².

Yargıtay da geçerli bir asıl işveren-alt işveren ilişkisinin bulunduğu durumlarda iş sözleşmesi feshedilen alt işveren işçisinin açtığı işe iade davasında, feshin geçersizliğine karar verildikten sonra işe iade hükmünün alt işveren hakkında kurulması gerektiğine karar vermektedir⁴³. Yargıtay'ın hükmün infazında uyuşmazlık çıkmasını önlemek amacıyla hareket ettiği gö-

rülmektedir. Kanımızca fesih bildirimine itiraz davası, niteliği itibarıyla tespit davası olduğundan, mahkemece feshin geçersizliğine karar verilmeyle yetinilmesi gerekir. İşçinin işe iadesine veya hangi davalıya ait işyerine iade edildiğinin belirtilmesi yönünde kurulan hüküm tespit davasının niteliği ile bağdaşmamaktadır. İşçinin işe iadesi veya iade edildiği işyerinin belirlenmesi kararın infazı ile ilgili bir husustur.

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kanuna uygun kurulmadığı veya muvazaaya dayandığı sonucuna varıldığı takdirde, işçinin gerçek işvereni asıl işveren gibi gösterilen kişi olacağından işe başlatma yükümlülüğü de bu işverene ait olmalıdır.

2. Boşta Geçen Süre Ücreti ve Diğer Haklar Yönünden

Geçersiz feshin sonuçlarından biri işçinin çalıştırılmadığı süre için en çok dört aylık ücret ve diğer haklarının (boşta geçen süre ücreti ve diğer haklarının) işverence ödenmesidir. Yargıtay'a göre işçinin boşta geçen süre ücretine hak kazanması için işe başlatılmak amacıyla süresinde işverene başvurması yetmemekte, ayrıca işverenin davetine icabet etmesi gerekmektedir. İşçinin haklı neden olmadan işverenin davetine icabet etmemesi feshi geçerli hale getirir⁴⁴. Çoğunlukla boşta geçen en çok dört aylık ücret ve diğer haklarının muacceliyet tarihi daha sonra olmasına rağmen, işçinin çalıştırılmadığı en çok dört aylık sürenin geçersiz sayılan fesih tarihinden itibaren başladığı kabul edilmektedir⁴⁵.

İş sözleşmesinin feshi asıl işveren-alt işveren ilişkisinin sona ermesinden sonra gerçekleşmişse asıl işverenin geçersiz sayılan feshin sonuçlarından sorumlu tutulması mümkün değildir. Çünkü bu tarihte asıl işveren-alt işveren ilişkisi bulunmamaktadır. Ancak iş sözleşmesi, asıl işveren-alt işveren ilişkisi ile aynı tarihte veya asıl işveren-alt işveren ilişkisinin bitiminden sonra feshedilmişse asıl işverenin boşta geçen süre ücreti ve diğer haklardan sorumlu olup olmayacağı önemli bir hukuki sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

Boşta geçen dört aylık sürenin tamamının asıl işveren-alt işveren ilişkisi dönemine rastla-

ması halinde asıl işverenin dört aylık ücret ve diğer haklardan müteselsilen sorumlu tutulacağı açıktır. Ne var ki, işçinin çalıştırılmadığı en çok dört aylık süre, çoğunlukla, asıl işveren-alt işveren ilişkisi dönemi ile çakışmamaktadır.

Yargıtay, boшта geçen dört aylık sürenin asıl işveren-alt işveren ilişkisi dönemi ile çakışıp çalışmadığına bakmaksızın asıl işverenin boшта geçen dört aylık ücret ve diğer haklardan sorumluluğuna karar vermektedir⁴⁶.

Boшта geçen süre ücreti niteliği itibarıyla tazminat değil, ücrettir. Ücret kural olarak çalışmanın karşılığı olmakla birlikte, İş K. m.21/3'te işçinin en çok dört aylık sürede çalıştığı varsayılarak ücret ve diğer haklarının hüküm altına alınması amaçlanmıştır. Ancak, yukarıda da belirtildiği gibi, asıl işverenin sorumluluğu alt işveren işçisinin, kendine ait işyerinde çalıştığı süre ve işlerle sınırlıdır. Bu nedenle çalışılmış varsayılan süre asıl işveren-alt işveren ilişkisi dönemine rastlamıyorsa asıl işverenin sorumluluğundan söz edilmemelidir. İşçinin çalıştırılmadığı sürenin asıl işveren-alt işveren ilişkisine kısmen rastlaması durumunda çakışan dönem ücret ve diğer haklardan asıl işverenin sorumluluğuna gidilmelidir⁴⁷.

3. İş Güvencesi Tazminatı Yönünden

İşe iade davalarının kabulüne ilişkin hükümlerde süresi içinde başvuran işçinin işe başlatılmaması halinde işverence ödenmesi gereken tazminatın belirtilmesi zorunluluğu bulunmaktadır. İşçinin işe iade davası sonrasında süresinde işverence başvurusu üzerine işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde mahkemece belirtilen iş güvencesi tazminatının işçiye ödenmesi gerekecektir.

Her ne kadar iş güvencesi tazminatı için mahkemece feshin geçersizliğine ilişkin karar verilmesi ön koşul ise de, gerek kanunda gerekse mahkeme kararında sözü edilen tazminatta hak kazanma süresi içinde başvuran işçinin işverence işe başlatılmamasına bağlanmıştır. Buna göre iş güvencesi tazminatı (işe başlatmama tazminatı) geçersiz feshin sonucu değil, işverenin "işe başlatmama" şeklinde zuhur eden davranışının yaptırımı olarak karşımıza çıkmaktadır.

Alt işverenin işe başlatmamaya yönelik davranışı asıl işveren-alt işveren ilişkisinin devamı sırasında meydana gelmişse asıl işverenin sözü edilen tazminattan sorumlu olması İşK. m.2/7 gereğidir. Ne var ki, alt işverenin işe başlatmama eylemi çoğunlukla asıl işveren-alt işveren ilişkisinin bitiminden sonra gerçekleşmektedir. Bu halde asıl işverenin iş güvencesi tazminatından sorumlu tutulup tutulmayacağı önemli bir hukuki sorundur.

Yargıtay bugüne kadarki uygulamalarında asıl işveren-alt işveren ilişkisinin sona ermesinden sonra alt işverenin işçiye işe başlatmaması nedeniyle doğan iş güvencesi tazminatından asıl işverenin sorumluluğuna karar vermiştir⁴⁸.

Asıl işverenin alt işveren işçisine karşı sorumluluğu, alt işverenin asıl işveren-alt işveren ilişkisinin devamı sırasındaki İş Kanunu'na, toplu iş sözleşmesine veya bireysel iş sözleşmesine aykırı davranışlarından doğmaktadır. Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin devamı sırasında asıl işveren, alt işverenin bazı davranışlarını denetleme (ücretinin ve sigorta primlerinin ödenip ödenmediğini, iş sağlığı kurallarına uyulup uyulmadığını denetleme gibi) ve gerektiğinde önleyici tedbirler alma (hakedişinden kesme veya teminat mektubunu paraya çevirme gibi) imkânına sahiptir. Asıl işveren-alt işveren ilişkisi sona erdikten sonra asıl işverenin alt işvereni çalıştırdığı işçilerin hakları yönünden denetim altında tutması ve gerekli tedbirleri alması zor, hatta imkânsızdır. Asıl işverenin, asıl işveren-alt işveren ilişkisi bittikten sonra kontrolü dışında olan başka bir işverenin davranışlarından sorumlu tutulması İş Kanunu'na aykırı olduğu gibi hakkaniyete de uygun düşmez. Bu nedenle, asıl işveren-alt işveren ilişkisi sona erdikten sonra alt işverenin işçisini işe başlatmamasından doğan iş güvencesi tazminatından asıl işverenin sorumlu tutulmaması gerekir. Öğretide asıl işveren-alt işveren ilişkisi sona erdikten sonra doğan iş güvencesi tazminatından asıl işverenin sorumlu tutulmasının mevcut sistem açısından mümkün olmadığı, ancak olması gereken hukuk bakımından Yargıtay uygulamasının adil olduğu ileri sürülmüştür⁴⁹.

VI. SONUÇ

Asıl işverenin alt işveren işçisine karşı sorumluluğunun sınırları 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinin 7. fıkrasında belirtilmiştir. Buna göre asıl işveren-alt işveren ilişkisinde asıl işverenin alt işveren işçisine karşı sorumluluğu, alacağın bu iş/işyerinde hak kazanılması ve bu ilişkisi sırasında doğmuş olmasına bağlıdır. İşe iade davasının sonuçları olan boşta geçen süre ücreti ve iş güvencesi tazminatından asıl işverenin sorumluluğu da bu ilke çerçevesinde değerlendirilmelidir. Boşta geçen en çok dört aylık sürenin asıl işveren-alt işveren ilişkisinin sona erdiği tarihten sonrasına tekabül eden kısmına ilişkin ücreti bakımından asıl işverenin sorumluluğuna gidilmemelidir. Diğer yandan, asıl işveren, asıl işveren-alt işveren ilişkisi bittikten sonra bilgi ve kontrolü dışında gerçekleşen diğer bir işverenin (alt işverenin) davranışlarından sorumlu tutulmamalıdır. Bu nedenle alt işverenin işe başlatmama eylemi asıl işveren-alt işveren ilişkisi sona erdikten sonra gerçekleşmişse asıl işverenin, iş güvencesi tazminatından sorumlu tutulmaması gerekir.

DİPNOTLAR

- 1 AKYİĞİT, Ercan; İş Kanunu Şerhi, 2.Baskı, Cilt I, Ankara 2006, s.86.
- 2 ÇENBERCİ, Mustafa; İş Kanunu Şerhi, 6. Bası, Ankara 1986, s. 150; AKYİĞİT, s.123; Yargıtay 9.HD. 10.10.2005, 31330-33063 (ÇİL, Şahin; İş Kanunu Şerhi, 2.Baskı, Ankara 2007, Cilt I, s. 192).
- 3 MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi; İş Hukuku, 3.Bası, Ankara 2008, s. 175.
- 4 NARMANLIOĞLU, Ünal; İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri, 3.Bası, İzmir 1998, s.115.
- 5 ÇENBERCİ, s. 149.
- 6 AKYİĞİT, s.109.
- 7 SUBAŞI, İbrahim; İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, Prof.Dr.Sarper Süzek'e Armağan, Cilt I, İstanbul 2011, s. 162.
- 8 1475 sayılı İş Kanunu'nun 2/son maddesinin gerekçesinden.
- 9 ÇENBERCİ, s.149; NARMANLIOĞLU, s. 116; ÇELİK, Nuri; İş Hukuku Dersleri, 18.Baskı, İstanbul 2005, s.47; SÜZEK, Sarper; İş Hukukunun Genel Esasları, 1.Bası, Ankara 1998, s. 204; AKYİĞİT, s.115; ŞAHLANAN, Fevzi; Alt İşveren İşçisine Karşı Asıl İşverenin Müteselsil Sorumluluğunun Sınırları, Karar İncelemesi, Tekstil İşveren Dergisi, Sayı: 370, Ocak 2011. s. 4; SÜMER, Hadi; İş Hukuku, 16.Baskı, Konya 2011, s.4; Yargıtay 9.HD. 23.02.1998, 1997/21408-

- 1998/2275 (GÜNAY, Cevdet İlhan; İş Kanunu Şerhi, 3.Baskı, Ankara 2009, Cilt I, s. 206).
- 10 NARMANLIOĞLU, s. 116.
- 11 Tam teselsülde faillerden her biri kusura katılmakta ve ortaklaşa zarara sebep olmaktadır. Oysa eksik teselsülde ortak kusuru bulunmayan birden çok kişi, aynı zarardan, ayrı ayrı hukuki sebepler yüzünden sorumlu tutulmaktadır (TUNÇOMAÇ, Kenan; Borçlar Hukuku, 4.Bası, 1.Cilt, İstanbul 1969, s. 356-357).
- 12 ENGİN, Murat; Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Birlikte Sorumluluğun Kapsamı, İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu ve Galatasaray Üniversitesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, 2008 Yılı 12.Toplantı Notları, 06-07.06.2008, s. 19.
- 13 CANBOLAT, Talat; Türk İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri, İstanbul 1992, s. 71-72; AKYİĞİT, s. 117.
- 14 AKYİĞİT, s.117.
- 15 SÜMER, s. 21; SUBAŞI, s. 165.
- 16 SÜZEK, Genel Esaslar, s. 207.
- 17 Yargıtay 9.HD. 05.10.2006, 29181-32488 (ÇİL, s. 161-162).
- 18 MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 175; EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş/ULUCAN, Devrim; Bireysel İş Hukuku, 3.Bası, İstanbul 2006, s.45.
- 19 ŞAHLANAN, s. 4.
- 20 ENGİN, s. 19
- 21 ŞAHLANAN, s. 4.
- 22 GÜNAY, Cevdet İlhan; Geçersiz Feshin Hukuki Sonuçlarına İlişkin Yargıtay Uygulaması, Yargıtay Kararları Işığında İş Güvencesi, Yargıç Güven Çankaya'ya Armağan Semineri, Ankara 2008, 133; ŞAHLANAN, s. 4; ÖZKARACA, Ercüment; "İş Güvencesi Sistemine Eleştirel Bakış", İstanbul Barosu İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Komisyonu ve Galatasaray Üniversitesi İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri Semineri, 03 Haziran 2011, s. 130; Yargıtay 9.HD. 19.07.2005, 22035-26438 sayılı karar: "...31.12.2001 tarihinde davalılar arasında asıl işveren-alt işveren ilişkisi sona erdiğinden bu tarihten sonra davacının doğan alacaklarından E...A.Ş.'nin sorumlu tutulması mümkün değildir. Bu nedenle Mart 2002 ayı ücret alacağından davalı E...A.Ş.'nin sorumlu tutulması yerinde görülmemiştir. Diğer taraftan hizmet akti ilişkisi alt işverenlik sözleşmesinin sona ermesinden üç ay sonra hizmet akdinin tarafı olan L...Ltd.Şti. tarafından sona erdirilmiştir. İhbar tazminatı, kıdem tazminatı ile yıllık ücretli izin alacağı dava hakkının doğduğu tarihte alt işverenlik sözleşmesi mevcut olmadığından E...A.Ş. bu alacaklardan sorumlu tutulamaz. Zira alt işverenlik sözleşmesi sona erdiği 31.12.2001 tarihinde somut olayda 1475 sayılı Yasanın 14/2 ve 53. maddesinin koşulları oluşmamıştır. Başka bir anlatım ile işyeri veya işyerinin el değiştirmesi koşulları oluşmamıştır..." (ÇİL, s. 200).
- 23 Yargıtay 9.HD. bu durumda asıl işverenin kıdem tazminatından kendi dönemi ile sınırlı olarak sorumlu olacağına, buna karşılık ihbar tazminatı ve yıllık ücretli izin alacağından sorumlu tutulmayacağına karar vermiştir (25.01.2010,

- 2009/32292-2010/1149, *Tekstil İşveren Dergisi*, Sayı: 370, Ocak 2011, *Hukuk Eki*, s. 2-4).
- 24 ŞAHLANAN, s. 5; Yargıtay 9.HD. 11.05.2004, 1126-11275 (GÜNAY, *İş Kanunu Şerhi*, 3.Baskı, s.178-180).
- 25 ÇENBERCİ, s. 150; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.174.
- 26 CANBOLAT, s. 72 vd.; AKYİĞİT, s. 118.
- 27 CANBOLAT, s. 73; AKYİĞİT, s. 118.
- 28 MOLLAMAHMUTOĞLU, s.174.
- 29 Yarg.9.HD. 29.12.2003, 2003/23204-22988 sayılı kararı: "... Somut olarak açıklanan bu maddi olgulara göre, feshin iş-letmenin ve işyerinin gereklerine dayandığından söz edilemez. Fesih en son çare olarak düşünülmelidir. İstihdam fazlası olmadığına ve yeni işçi alımı söz konusu olduğuna göre, öncelikle üretimi ve verimliliği artırıcı önlemler alınmalı, teknolojik gelişmeler takip edilmeli, işyerinde fazla mesai uygulamaları kaldırılmalı, personel yetersizliği gerekçesi ile izin verilmemesi uygulamasına son verilmelidir. Davalı kuruluş bu tür uygulamalara başvurmamış aksine işçi istihdamından kaynaklanmayan gider artırıcı uygulamalara neden olmuştur..." (Kişisel Arş.).
- 30 Yargıtay 22.HD. 31.01.2012, 2011/5632-2012/873 sayılı kararı: "... İş sözleşmesinin önel verilerek feshi halinde, dava açma süresi önelin sona ereceği tarihte değil, işverenin fesih bildirimini tebliğ ettiği tarihten başlar..." (Kişisel Arş.); aynı yönde Yargıtay 22.HD. 03.02.2012, 2011/5771-2012/1136 sayılı kararı: "...İşe iade davalarında dava açma süresi önelli fesihlerde fesih bildirim tarihinde başlar. Dosyadaki bilgi ve belgelere göre davacının iş sözleşmesi ihbar öneli kullanılarak feshedilmiş ve fesih bildirimini 05.07.2010 tarihinde yapmıştır. Fesih bildiriminin baskı altında geçmiş tarihli belge imzalandığına ilişkin iddia kanıtlanmış değildir. Bildirim tarihine göre davanın 1 aylık hak düşürücü süre geçtikten sonra 28.09.2010 tarihinde açıldığı ve böylece dava süresinin geçmiş olduğu belirlendiğinden süresinde açılmayan davanın reddine karar verilmesi gerekirken bu yön üzerinde durulmaksızın yazılı şekilde kabulü hatalıdır" (Kişisel Arş.).
- 31 Yargıtay 22. HD. 28.06.2012, 11-14852 sayılı kararı: "...Gerek metodoloji, gerek taraflar arasındaki hukuki ilişkinin niteliği, işe iade davalarının özel hakeme götürülmesinin ancak iş sözleşmesinin feshinden sonra anlaşma-sözleşme ile mümkün olacağı sonucuna götürür. Aksi halde, işçinin iradesi dışında kendisinin yabancı olduğu bir yapılaşma sürecine zorlanması söz konusu olur. Yasanın amacı dışında bir sonuç doğar.... Somut olayda, 05.02.2010 tarih ve "ibraname ve feragatname" başlıklı her iki tarafın da imzasını içeren belgede, sözleşmenin feshi ve işe iade istemi ile dava açılması halinde söz konusu uyuşmazlığın halli bakımından özel hakeme gidilmesi konusunda tahkim sözleşmesi yaptıkları ve sözleşmenin tarihinin fesih ve davacıya tebliğ tarihinden sonra olduğu anlaşılmaktadır. Fesihden sonra yapılan özel hakem sözleşmesi geçerlidir. Böyle olunca, özel hakem sözleşmesi uyarınca dava dilekçesinin görev yönünden reddi gerekirken, yazılı gerekçe ile kabulü hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir." (Kişisel Arş.).
- 32 Yargıtay 22. HD. 10.10.2011, 6989-2506 sayılı kararı: "... İşçinin işe iade sonrasında başvurusuna rağmen işe başlatılmaması halinde, işe başlatılmayacağına sözlü ya da eylemli olarak açıklandığı tarihte veya bir aylık başlatma süresinin sonunda iş sözleşmesi işverence feshedilmiş sayılır..." (Kişisel Arş.); Aynı yönde Yargıtay 9.HD. 22.01.2010, 2009/13227-2010/834 sayılı kararı: "...İşçinin işe iade sonrasında başvurusuna rağmen işe başlatılmaması halinde, işe başlatılmayacağına sözlü ya da eylemli olarak açıklandığı tarihte veya bir aylık başlatma süresinin sonunda iş sözleşmesi işverence feshedilmiş sayılır. Bu fesih tarihine göre işverence ihbar ve kıdem tazminatı ödenmelidir. Hesaplama dikkate alınacak ücret, işe başlatılmadığı tarihteki son ücret olup, kıdem tazminatı tavanı da aynı tarihte göre belirlenmelidir. İşe iade davasında kararın kesinleşmesine kadar geçecek olan en çok 4 aya kadar süre hizmet süresine eklenmeli, ihbar ve kıdem tazminatı ile izin hakkı bakımından çalışılmış gibi değerlendirilmelidir." (Kişisel Arş.).
- 33 Yargıtay 9.HD. 28.12.2009 34595-37899 (Kişisel Arş.).
- 34 Yargıtay 9.HD. 04.02.2009, 2007/36071-2009/1496 sayılı kararı: "...4857 sayılı İş Kanununun 21. maddesinin 4. fıkrasında "işe başlatılmayan işçiye bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu sürele ilgili ücret tutarı ayrıca ödenir" hükmüne yer verilmiş olup, anılan kurala göre de geçersiz sayılan fesih öncesinde verilen bildirim önelinin geçerliliğini koruduğu sonucuna varılması doğru olmaz. Düzenleme, açık biçimde "bildirim süresi verilmemiş" olma halini ele almış olup, böyle bir durumda işçinin işe başlatılmadığı tarihte ihbar tazminatının ödenmesi gerektiği tartışılmazdır. Anılan maddede de bu husus düzenlenmiştir. Sözü edilen hükümde "bildirim süresi verilmemiş" işe başlatılmama tarihine göre ihbar tazminatı ödeme yükümünün olmadığı düzenlenmiş değildir. İlgili hükmün karşıt anlamından yola çıkılarak, geçersiz sayılan fesihler öncesinde bildirim süresi verildiği hallerde sözü edilen ihbar önelinin geçerliliğini koruduğu şeklinde bir yorum İş Hukukunun kurallarına uygun düşmemektedir. Gerçekten fesih geçersiz sayılarak ortadan kalktığına göre, daha önce tanınmış olan ihbar öneli de bir anlam ifade etmez..." (Kişisel Arş.).
- 35 Yargıtay 22.HD. 23.02.2012, 2011/17469-2012/2581 sayılı kararı: "... 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında işçinin işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat belirtilmiş; üçüncü fıkrasında ise kararın kesinleşmesine kadar işçinin çalıştırılmadığı en çok dört aylık ücret ve diğer haklar düzenlenmiştir. Maddenin dördüncü fıkrasında işçinin işe başlatılması halinde varsa peşin ödenen ihbar ve kıdem tazminatının işçiye yapılması gereken ödemelerden mahsup edileceği belirtildikten sonra devamında "İşe başlatılmayan işçiye bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu sürele ilgili ücret tutarı ayrıca ödenir" hükmüne yer verilmiştir. Buna göre işçiye geçersiz sayılan fesih bildirimini ile bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse ihbar tazminatının ödenmesi gerekecektir. Bir başka anlatımla, ihbar öneli verilmemiş veya öneli ait ücret peşin ödenmiş ise ihbar tazminatının ödenmesi gerekmemektedir. Geçersizliğine karar verilen fesih bildirimini ile işçiye daha önce usulüne uygun olarak verilmiş olan ihbar önellerine geçerlilik tanınması İş Kanunu'nun sözü edilen açık hükmü gereğidir. Bu nedenle davacı işçinin ihbar tazminatı talebinin yerindeliği

- kabul edilemez. Gerçekten mahkeme veya özel hakem tarafından belirlenen tazminatı ödemeyi göze alıp, işçiyi işe başlatmama yolunu tercih eden işverene ihbar öneli tanınmasını istemek işin mahiyeti ile bağdaşmamaktadır.” (Kişisel Arş.).
- 36 Yargıtay 22.HD. 04.05.2012, 2283-8717 sayılı kararı: “... Feshin geçersizliği ve işe iade davasının alt ve asıl işveren ilişkisinde, her iki işverene birlikte açılması halinde, davacı işçi alt işveren işçisi olup, iş sözleşmesi alt işveren tarafından feshedildiğinden, feshin geçersizliği ve işe iade yükümlülüğü alt işverenindir. Asıl işverenin iş ilişkisinde sözleşmenin taraf sıfatı bulunmadığından, asıl işverenin işe iade yönünde bir yükümlülüğünden söz edilemez. Asıl işverenin işe iade kararı sonrası işçinin işe başlamak için başvurması ve alt işverenin işe almamasından kaynaklanan işe başlatmama tazminatı ile dört aya kadar boşa geçen süre ücretinden yukarıda belirtilen hüküm sebebi ile alt işverene birlikte sorumluluğu vardır...” (Kişisel Arş.).
- 37 Hukuki Dinlenme Hakkı Hakkında Daha Fazla Bilgi İçin Bkz. ÖZEKES, Muhammet, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenme Hakkı, Ankara 2003.
- 38 Yargıtay 22.HD. 10.05.2012, 2011/17726-2012/9499 sayılı kararı: “...4857 sayılı Kanun’un 2. maddesinin altıncı ve yedinci fıkralarına göre asıl işveren-alt işveren ilişkisinin geçerli olup olmadığı veya muvazaaya dayanıp dayanmadığına yönelik re’sen yapılması gereken yargısal denetim, ilişkinin taraflarının, yani asıl işveren ve alt işverenin davada yer almalarını ve kendi hukuklarını koruyacak açıklama ve ispat haklarını zorunlu kılmaktadır. Aksine bir düşünce Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkına ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 27. maddesinde öngörülen hukuki dinlenme hakkına aykırılık teşkil eder. Buna göre, işe iade davalarına özgü olarak, asıl işveren alt işveren ilişkisinin söz konusu olduğu davalarda, davalı taraf yönünden bir çeşit şekli (usûlî) bakımdan mecburi dava arkadaşlığının mevcut olduğu kabul edilmelidir...” (Kişisel Arş.).
- 39 Yargıtay 22.HD. 09.05.2012, 2011/11438-2012/9302 sayılı kararı: “...asıl işveren-alt işveren ilişkisinin geçersiz veya muvazaaya dayanması nedeni ile feshin geçersizliğine yönelik karar gerçek işveren hakkında kurulmalı, geçersiz veya muvazaaya dayalı ilişkinin diğer tarafı hakkında sıfat yokluğu nedeniyle davanın reddine karar verilmelidir...” (Kişisel Arş.).
- 40 Yargıtay 22.HD. 09.05.2012, 2011/11437-2012/9301 sayılı kararı: “...asıl işveren-alt işveren ilişkisinin geçersiz veya muvazaaya dayanması nedeni ile feshin geçersizliğine yönelik karar gerçek işveren hakkında kurulmalı, geçersiz veya muvazaaya dayalı ilişkinin diğer tarafı hakkında sıfat yokluğu nedeniyle davanın reddine karar verilmelidir. Ancak, 6100 sayılı Kanun’un 327. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca taraf sıfatı olmadığı halde, davacıyı, davalı sıfatı kendisine aitmiş gibi yanıltarak kendisine karşı dava açılmasına sebebiyet verdiği için, davanın sıfat yokluğu nedeni ile hakkındaki davanın reddine karar verilen taraf lehine vekâlet ücreti takdiri edilmemelidir...” (Kişisel Arş.).
- 41 Yargıtay 22.HD. 10.07.2012, 13200-16490 (Kişisel Arş.).
- 42 AKYİĞİT, s. 109.
- 43 Yargıtay 22.HD. 27.03.2012, 2011/13147-2012/5753 sayılı kararı: “...Dosyadaki mevcut olgulara göre davalı işverenler arasında geçerli ve muvazaaya dayanmayan bir asıl işveren-alt işverenlik sözleşmesi bulunduğu anlaşılmaktadır. Davalı işyerleri arasında alt işverenlik ilişkisinin varlığı halinde işçinin alt işverene ait işyerine iade edilmesi ve işe iadenin fer’i sonuçlarından davalı işverenlerin birlikte sorumluluğuna hükmedilmesi gerekir...” (Kişisel Arş.); Aynı Dairenin 22.06.2012, 2011/18319-2012/14296 sayılı kararı: “...Mahkemece feshin geçersizliğine karar verilmesi yerindedir. Ancak davacı işçi alt işveren işçisi olup, iş sözleşmesi alt işveren tarafından feshedildiğinden, feshin geçersizliği ve işe iade yükümlülüğünün alt işverenin olduğu, asıl işverenin iş ilişkisinde sözleşmenin taraf sıfatı bulunmadığından, asıl işverenin işe iade yönünde bir yükümlülüğünden söz edilemeyeceği kuralı dikkate alınmadan, HMK 297. maddesine muhalefet edilerek infazda sorun oluşturacak şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirir...” (Kişisel Arş.).
- 44 Yargıtay 22.HD. 08.03.2012, 2011/18509-2012/3659 sayılı kararı: “...İşçinin işe iade yönündeki başvurusu samimi olmaldır. İşçinin gerçekte işe başlamak niyeti olmadığı halde, işe iade davasının sonuçlarından yararlanmak için yapmış olduğu başvuru geçerli bir işe iade başvurusu olarak değerlendirilemez. İşçinin süresi içinde işe iade yönünde başvurusunun ardından, işverenin daveti üzerine işe başlamamış olması halinde, işçinin gerçek amacının işe başlamak olmadığı kabul edilmelidir. Başka bir anlatımla, işçi işverene hiç başvurmamış gibi sonuca gidilmelidir. Bu durumda işverence yapılan fesih, 4857 sayılı Kanun’un 21/5. maddesine göre geçerli bir feshin sonuçlarını doğurur. Bunun sonucu olarak da, işe iade davasında karara bağlanan işe başlatmama tazminatı ile boşa geçen süreye ait ücret ve diğer hakların talebi mümkün olmaz. Ancak, geçerli sayılan feshe bağlı olarak işçiye ihbar ve koşulları oluşmuşsa kıdem tazminatı ödenmelidir...”(Kişisel Arş.); Aynı yönde Yargıtay 9.HD. 07.06.2010,2008/32407-2010/16839 (Kişisel Arş.).
- 45 Yargıtay 22.HD. 26.02.2012,10053-14302 (Kişisel Arş.).
- 46 Yargıtay 22.HD. 28.06.2012, 14-14855 (Kişisel Arş.).
- 47 ÖZKARACA, s. 131.
- 48 Yargıtay 9.HD. 21.06.2010, 2008/33641-2010/19487; Yargıtay 22.HD. 27.03.2012, 2011/13147-2012/5753 (Kişisel Arş.).
- 49 ÖZKARACA, s. 133.

İşe İade Davası Lehine Sonuçlanan İşçinin İşe Başlatılmaması Durumunda Kıdem Tazminatı

1. GENEL GİRİŞ

15 Mart 2003 tarihinde yürürlüğe giren 4773 sayılı Yasa ile 1475 sayılı İş Yasası'na monte edilerek uygulamaya giren iş güvencesi hükümleri 10 Mart 2003 tarihinde yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Yasası'nda da mevcudiyetini korumuştur.¹ 4857 sayılı İş Yasası'nın 18, 19, 20 ve 21. maddeleri iş güvencesi konusundaki temel düzenlemeleri oluşturmaktadır, ancak iş güvencesini düzenleyen hükümler bunlardan ibaret değildir. İş Yasası'nın birçok maddesi ve özellikle de çalışma koşullarında esaslı değişikliği düzenleyen 22. madde, işverenin haklı nedenle derhal fesih hakkını düzenleyen 25. madde ve toplu işçi çıkarmayı düzenleyen 29. madde de iş güvencesi ile yakından ilgili hükümler içermektedir. Ayrıca Sendikalar Yasası'nın işyeri sendika temsilcilerinin teminatını düzenleyen 30. maddesi ile sendikaya üye olup olmama özgürlüğünü düzenleyen 31. maddesinin de konu ile ilgisini unutmamak gerekir. 5953 sayılı Basın İş Yasası'nın 116. maddesi de basın ça-

lışanlarını iş güvencesi kapsamına alan önemli bir düzenlemedir.

1. İş güvencesinden yararlanma koşullarını şu şekilde sayabiliriz;

2. İşçi 4857 sayılı İş Yasası veya 5953 sayılı Basın İş Yasası kapsamında olmalıdır.

3. İşçi belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan bir işçi olmalıdır.

4. İşçi, işverenin aynı iş kolunda 30 veya daha fazla işçi çalıştırdığı bir işyerinde çalışıyor olmalıdır.

5. İşçinin kıdemi aynı işyerinde kesintili de olsa 6 aydan az olmamalıdır.

6. İşçi, işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili veya yardımcısı olmamalıdır.

İşçi, işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekili niteliğinde bir işçi olmamalıdır.

Bu koşullar, dava koşullarıdır. Koşulları taşımayan işçinin açacağı işe iade davasında işin esasına girilmeden dava koşullarının mevcut

olmaması nedeniyle davanın reddine karar verilmesi gerekir. Koşulları taşıyan işçinin açacağı işe iade davasında ise işin esasına girilerek feshin geçerli sebeple yapılıp yapılmadığının araştırılarak saptanması gerekir. Geçerli fesih sebepleri İş Yasası'nın 18. maddesinde genel ifadelerle şu şekilde sayılmıştır;

1. İşçinin yetersizliğinden kaynaklanan sebepler.

2. İşçinin davranışlarından kaynaklanan sebepler.

3. İşletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan sebepler.

Kural olarak geçerli sebebin varlığı halinde işe iade davasının reddi gerekir. Ancak bazı biçim koşullarına uyulmamış olması halinde, geçerli sebep olsa dahi işe iadeye karar verilecektir. Şöyle ki, işçinin davranışı veya verimsizliği nedeniyle yapılan fesihlerde işçinin mutlaka savunmasının alınması gerekmektedir (İş Kn. md. 19/1). Bu nedenlerle yapılan fesihlerde

tiğimizde “haklı neden”in işçinin daha ağır bir kusurlu davranışı için kullanıldığını, “geçerli neden”in ise haklı neden kadar ağır olmayan bir davranışı için kullanıldığını söyleyebiliriz. Bu konuda bazı yorumcular haklı nedenin geçerli nedeni de kapsayan daha geniş bir kavram olduğunu ve her haklı nedenin aynı zamanda bir geçerli neden olarak da kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedirler. Bu durumda her geçerli nedenin haklı neden olduğu söylenemez, ancak her haklı nedenin geçerli neden olduğu söylenebilir. İş Yasası'nın 25/II. maddesinde sayılan haklı nedenler işçinin daha ağır bir davranışı ile ilgili iken, 18/1. maddede sayılan geçerli nedenler işçinin daha hafif bir davranışını ifade etmektedir. Ancak bazı durumlarda işçinin davranışının 25/II. maddesindeki haklı nedeni mi, yoksa 18/1. maddesindeki geçerli nedeni mi oluşturduğunu saptamak oldukça güçleşmektedir. Bu nedenle 25. maddenin 158 sayılı ILO Sözleşmesi ve karşılaştırmalı hukuk-

İşe iade davası sonucunda feshin geçerli olduğu kararı verilir ise, işçinin işe iade davasından elde edebileceği herhangi bir şey yoktur.

işçinin savunması alınmamış ise yargıcın işin esasına girmeden sadece savunma alınmadığı için feshin geçersizliğine ve işçinin işe iadesine karar vermesi gerekir. Yukarıda saydığımız üç adet geçerli sebepten biri nedeniyle iş sözleşmesini fesheden işveren fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır (İş Kn. md. 19/1). Somut olayda geçerli sebep olsa dahi, işveren feshi yazılı yapmamış ise veya yazılı yapmış olmakla birlikte fesih sebebini açık ve kesin olarak belirtmemişse yargıcın işin esasına girmeden feshin geçersizliğine ve işe iadeye karar vermesi gerekir.

Bu arada hatırlatılması gereken bir husus da İş Yasası'nın 25. maddesindeki işverene haklı nedenle derhal fesih hakkı veren sebeplerden dolayı yapılan fesihlerde de işçinin işe iade davası açma hakkının olduğudur (İş Kn. md. 25/son). Bu durumda “haklı neden” kavramı ile “geçerli neden” kavramının mukayesesini yap-

tan da yararlanılarak daha çağdaş bir anlayışla yeniden düzenlenmesi gerektiğine öğretilmiş de dikkat çekilmektedir.² Hemen belirtelim ki, 25/II'ye göre yapılan fesihlerde işçinin savunmasının alınması zorunluluğu olmadığı gibi (İş Kn. md. 19/2), feshin yazılı yapılması ve fesih sebebinin açık ve kesin olarak belirtilmesi zorunluluğu da yoktur (İş Kn. md. 25/son).

İşe iade davasının fesih bildiriminden itibaren bir aylık hak düşürücü süre içerisinde açılması zorunlu olup (İş Kn. md. 20/1), yargıcın bir dava koşulu olan bir aylık süreyi resen araştırması ve süresinde açılmadığı sonucuna ulaşırsa, başka hususları araştırmadan işe iade davasının reddine karar vermesi gerekir.

İşe iade davası sonucunda feshin geçerli olduğu kararı verilir ise, işçinin işe iade davasından elde edebileceği herhangi bir şey yoktur. İşçi fesih tarihi itibarıyla geçerli feshin sonuçlarına göre, varsa alacaklarını talep edebilecektir. Bu husus özellikle feshin geçerli ancak haksız

Ücreti ödenen 4 aylık süre işçinin ihbar ve kıdem tazminatı ile senelik izin hesabında da dikkate alınacağından, işçinin kıdem tazminatı miktarı değişecek, ihbar tazminatı farkı ile senelik izin ücreti farkı da doğabilecektir.

olduğu bir durumda daha da önem kazanacaktır. Çünkü geçerli ancak haksız fesihlerde işçinin kıdem ve ihbar tazminatı hakkı vardır.

İşe iade davası sonucunda feshin geçersizliğine ve işçinin işe iadesine karar verilmesi halinde işçinin işe iade davasından hak elde edebilmesi için davalı tarafın (işçinin) bazı koşulları yerine getirmesi gerekmektedir. Kesinleşen işe iade kararının kendilerine tebliğinden itibaren işçinin (veya vekilinin) 10 işgünü içerisinde işe başlamak amacıyla işverene başvuru yapması zorunludur. Bu başvurunun yapılmaması halinde fesih geçerli hale gelecek ve hukuksal sonuçlar geçerli feshе göre doğacaktır. İşçinin süresinde yaptığı başvuruya işveren de bir aylık süre içerisinde cevap vererek işçiyi işe davet ederse işçi buna uymak zorundadır. Davate uymayarak işbaşı yapılmaması halinde yine geçerli feshin sonuçları söz konusu olacaktır.

İşe iade davasını kazanan işçinin işe başlatılması halinde fesih geçersiz hale gelmiş demektir ve çalıştırılmadığı sürenin 4 aylık kısmının ücret ve diğer haklarının işçiye ödenmesi gerekir. Bu durumda fesih geçersiz hale geldiğinden, işçiye daha önceden ihbar ve kıdem tazminatı ödemesi yapılmış ise işçinin işe başladıktan sonra bunları iade etmesi gerekecektir. Ancak işçinin de 4 aylık ücret alacağı olduğundan, 4 aylık ücret ile bu tazminatlar mahsup işlemine tabi tutulacak ve borçlu kalan taraf borcunu karşı tarafa ödeyecektir.

İşe iade davasını kazanan işçinin yasal süre içerisindeki başvurusuna rağmen işe başlatılmaması halinde ise işçiye hem çalıştırılmadığı 4 aylık sürenin ücret ve diğer hakları ödenecek ve hem de işe başlatmama (iş güvencesi) tazminatı ödenecektir. Ücreti ödenen 4 aylık süre

işçinin ihbar ve kıdem tazminatı ile senelik izin hesabında da dikkate alınacağından, işçinin kıdem tazminatı miktarı değişecek, ihbar tazminatı farkı ile senelik izin ücreti farkı da doğabilecektir.

Yargıtay'a göre, koşulların mevcut olması halinde işçiye ödenecek olan 4 aylık ücret ve işe başlatmama tazminatının işe iade davasının dilekçesinde talep edilmesine gerek yoktur.³ Öğretide ise dava dilekçesinde işe başlatmama tazminatını talep etmeye gerek olmadığı, ancak boşta geçen 4 aylık süre ücretinin talep edilmesi gerektiği görüşü baskındır.⁴

Bu arada hatırlatalım ki, iş sözleşmesinin devamı sırasında, fesih anında veya fesihten sonraki bir aylık işe iade davası açma süresi içerisinde işçinin "işe iade davası açmayacağı" yönündeki feragat beyanının geçerli bir feragat olarak kabul edilmemesi gerekir.⁵ Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir.⁶

İşçinin işe iade davasını kazanıp kazanmaması veya kazandığı takdirde işe başlatılıp başlatılmaması ihtimallerine göre isteyebileceği bu parasal hakların işveren tarafından süresinde rızaen ödenmemesi halinde işçinin başvurabileceği hukuksal yollar icra takibi veya alacak davası açmaktır. İcra takibine itiraz edilmesi halinde de işçi yine ya alacak davası açacak veya itirazın iptali davası açacaktır.

İş güvencesinin pratikteki ismi olan işe iade davaları işçiler için çok önemli bir kazanım olmakla birlikte, yukarıdaki açıklamalarımızdan da anlaşılacağı üzere, sorunu nihai olarak çözmekten uzaktır. Mevcut yasal düzenleme bir takım sorunları da beraberinde getirmekte⁷ ve işe iade davasından sonra icra takipleri veya yeni davaların açılmasını zorunlu kılmaktadır. Bu çalışmanın amacı da işe iade davasını kazanıp süresinde işverene başvurduğu halde işe başlatılmayan işçinin kıdem tazminatının durumunu ayrıntılı şekilde incelemektir.

2. İŞE BAŞLATILMAYAN İŞÇİNİN KIDEM TAZMİNATI

A. İşe Başlatılmayan İşçinin Kıdem Tazminatını Etkileyen Unsurlar

İşe iade davası, davacı işçinin kıdem tazmi-

İşçi geçersiz sayılan fesih tarihinde kıdem tazminatını almış olsa dahi işe başlatılmadığı takdirde dört ayın ilave edilerek kıdem tazminatının yeniden hesaplanması gerekecektir.

natını da etkileyecektir. Çünkü işvereni işçiyi işe başlatmaması ihbar ve kıdem tazminatına hak kazandıracak bir fesihdir.⁸ İşe iade davası lehine sonuçlanan işçi süresinde işverene başvuru yapmasına rağmen işe başlatılmamış ise kıdem tazminatı, geçersiz sayılan fesih tarihindeki tazminata göre değişecektir. Geçersiz sayılan fesih tarihinde kıdem tazminatı ödenmiş olsa dahi bu defa kıdem tazminatı farkının ödenmesi gerekir.⁹ Bu artışı sağlayan üç unsur mevcuttur. Bunlar;

- Dört aylık sürenin kıdemden sayılması,
- Ücretin artmış olması,
- Kıdem tazminatındaki tavan artışıdır¹⁰

a. Dört Aylık Sürenin Kıdem Tazminatına Etkisi

Gerek öğretide ve gerekse Yargıtay kararlarında ücreti ödenen dört aylık süre işçinin kidedinden (hizmetinden) sayılmaktadır.¹¹ İşe iade davası lehine sonuçlanan ve süresinde işverene başvurduğu halde işe başlatılmayan işçi, geçersiz sayılan fesih tarihinden itibaren dört ay daha ücret almakta ve bu dört aylık sürenin işçinin hizmetine eklenmesi gerekmektedir. Buna “işe başlatılmamanın süre yönünden etkisi” de denilmektedir.¹² Öğretide kıdem tazminatı açısından boşta geçen sürenin tamamının dikkate alınması gerektiği görüşü¹³ varsa da; ağırlıklı görüş dört aylık sürenin kıdeme esas süreye ilave edilmesi gerektiği şeklindedir.¹⁴ Yargıtay kararlarında da ağırlıklı görüş doğrultusunda dört aylık sürenin ilave edilmesi istenmektedir. Nitekim ilke kararlarında Yargıtay “işe iade davasının yargılması sırasında en çok 4 aya kadar olan sürenin hizmet süresine ekleneceği konusunda Dairemiz kararları istikrar kazanmıştır” demektedir.¹⁵ Yine aynı doğrultudaki kararlarda “işe iade davasında kararın kesinleşmesine kadar geçecek olan

en çok 4 aya kadar süre hizmet süresine eklenmeli, ihbar ve kıdem tazminatı ile izin hakkı bu bakımdan çalışılmış gibi değerlendirilmelidir” denilmektedir.¹⁶ Bu durumda işçinin kıdem tazminatına esas hizmet süresi dört ay artmış olmaktadır.¹⁷ Bu nedenle dört aylık süre daha önce geçersiz sayılan fesih tarihindeki kıdem tazminatını artırıcı bir unsur olmaktadır. İşçi geçersiz sayılan fesih tarihinde kıdem tazminatını almış olsa dahi işe başlatılmadığı takdirde dört ayın ilave edilerek kıdem tazminatının yeniden hesaplanması gerekecektir. Yeniden yapılan hesaplamada varsa önceki (geçersiz sayılan fesih tarihinde almış olduğu) kıdem tazminatı düşülerek hesaplama yapılması gerekir.¹⁸ Bu düşme işlemi yapılırken, önceki miktara (düşülen miktara) işçi aleyhine faiz yürütülmeyecektir.¹⁹ Çünkü işçinin temerrüdü söz konusu değildir. İşe iade davasının kesinleşmesine kadar geçen sürenin sadece 4 aylık kısmı kıdeme esas süreden kabul edilecek, 4 ayı aşan kısmı bir tür askı hali olarak kabul edileceğinden, askıda geçen süre dikkate alınmayacaktır.²⁰

b. Ücretin Artmış Olmasının Kıdem Tazminatına Etkisi

İşe iade davasında kıdem tazminatını artıran unsurlardan biri de işe başlatılmama tarihine kadar olan süre içerisinde ücretin artmış olmasıdır. Öğretide buna “ücret yönünden etki” denilmektedir.²¹ Asgari ücret değişikliği, toplu iş sözleşmeleri ve ya da başkaca sebeplerle ücret artmış olabilir.²² Her ne kadar kıdeme esas süreye sadece geçersiz sayılan feshi izleyen ilk dört aylık süre ilave edilse de, kıdem tazminatının hesabına esas olacak ücret, dört ayın sonundaki ücret değil, işçinin işe başlatılmadığı tarihteki ücrettir.²³ Bu husus öğretide ve Yargıtay kararlarında kabul görmüş bir uygulamadır. Nitekim bir Yargıtay kararına konu olan olayda işe iade davası devam ederken davacı işçi sendikaya üye olur ve işe iade davası işçinin lehine sonuçlandığında işe başlatılmayınca ihbar ve kıdem tazminatları ile yıllık izin ücretini işe başlatılmadığı tarihte yürürlükte olan TİS'deki ücret üzerinden talep eder. Yerel mahkemenin reddettiği davayı Yargıtay “fesih tarihindeki hakların toplu iş sözleşmesine göre hesaplan-

İşçiye geçersiz sayılan fesih tarihinde kıdem tazminatı ödemesi yapılmış ise, bu ödemenin işe başlatmama tarihine göre yapılan hesaptan düşülerek kıdem tazminatı farkının işçiye ödenmesi gerekir.

rak kabul edilmesi gerektiği” gerekçesi ile davacı işçi lehine bozmuştur.²⁴ Kararı inceleyen Aydın, Yargıtay’ın yorum ve çözümlerine katıldığını ifade etmiştir.²⁵ Yargıtay’ın bu konudaki ilke kararlarında da “işçinin işe alınmayacağına açıklandığı veya bir aylık işe başlatma süresinin sonu, fesih tarihi olarak kabul edilmelidir. Bu nedenle fesih tarihindeki kıdem tazminatı tavanı gözetilmelidir. Aynı şekilde tazminata esas alınacak ücretin de, 1475 sayılı Yasanın 14. maddesi hükmü gereği fesih tarihindeki ücret olması gerekir” denmektedir.²⁶ Benzer bir karar ise “işçinin işe iade sonrasında başvurusuna rağmen işe başlatılmaması halinde, işe başlatılmayacağına sözlü ya da eylemlerle olarak açıklandığı tarihte veya bir aylık başlatma süresinin sonunda iş sözleşmesi işverence feshedilmiş sayılır. Bu fesih tarihine göre işverence kıdem tazminatı ödenmelidir” şeklindedir.²⁷

İşe iade davası lehine sonuçlanan işçinin kıdem tazminatı hem dört aylık süreden ve hem de ücret artışından dolayı artmış olacağından, geçersiz sayılan fesih tarihinde kıdem tazminatını almış olsa dahi bu sebeplerden dolayı kıdem tazminatının yeniden hesaplanması gerekmekte ve daha önce (geçersiz sayılan fesih tarihinde) almış olduğu kıdem tazminatının son hesaplamadan (işe başlatmama tarihindeki hesaplamadan) düşülmesi gerekir. Bu düşme işlemi yapılırken düşülen kıdem tazminatının da faizsiz olarak düşülmesi gerekir.²⁸ Burada işçi aleyhine faiz yürütülemez, çünkü işçinin temerrüdü söz konusu değildir.

c. Kıdem Tazminatı Tavanındaki Artışın Kıdem Tazminatına Etkisi

İşe iade davası sonunda işe başlatılmayan işçinin kıdem tazminatını artıran unsurlardan

biri de kıdem tazminatı tavanının artmış olmasıdır. Bu durum kıdem tazminatının tavadan ödendiği durumlarda söz konusu olacaktır. İşçinin ücretinin tavanın altında kaldığı durumda bu unsurun bir işlevi olmaz. Öğreti ve Yargıtay kararlarında işe başlatmama tarihindeki tavanın dikkate alınması istenmektedir.²⁹ Yargıtay ilke kararlarında “işçinin işe alınmayacağına açıklandığı veya bir aylık işe başlatma süresinin sonu, fesih tarihi olarak kabul edilmelidir. Bu nedenle fesih tarihindeki kıdem tazminatı tavanı gözetilmelidir. Aynı şekilde tazminata esas alınacak ücretin de, 1475 sayılı yasanın 14. maddesi hükmü gereği fesih tarihindeki ücret olması gerekir” denilmekte³⁰ ve başka kararlarda da “hesaplama dikkate alınacak ücret, işe başlatılmadığı tarihteki son ücret olup, kıdem tazminatı tavanı da aynı tarihe göre belirlenmelidir” denmektedir.³¹ Geçersiz sayılan fesih tarihindeki tavadan ödeme yapılmış bir işçinin işe başlatılmadığı tarihe kadar olan sürede tavan artışının olması ihtimali çok yüksektir. Çünkü uygulamada her altı ayda tavan yükselmesi olmakta, ancak işe iade davalarının sonuçlanması bu altı ayın içinde mümkün olmamaktadır. Bu nedenle de işe başlatmama tarihine kadar birden fazla tavan artışı olmaktadır. İşe başlatmama tarihindeki tavadan hesap yapılırken hem tavan artışı ve hem de dört aylık sürenin hizmet süresine eklenmiş olması kıdem tazminatının artmasına neden olacaktır. İşçiye geçersiz sayılan fesih tarihinde kıdem tazminatı ödemesi yapılmış ise, bu ödemenin işe başlatmama tarihine göre yapılan hesaptan düşülerek kıdem tazminatı farkının işçiye ödenmesi gerekir. Bu hesaplamada, geçersiz sayılan fesih tarihinde yapılmış olan kıdem tazminatına (işçi aleyhine) faiz yürütülemez. Çünkü burada işçinin temerrüdü söz konusu değildir.

B. İşçinin Hizmet Süresine Göre Kıdem Tazminatının Durumu

İşçinin hizmet süresine göre bir ayırım yaparak açıklama yapmak, işe iade davasından doğan kıdem tazminatını daha anlaşılır hale getirecektir. Bu nedenle geçersiz sayılan fesih tarihine göre hizmet sürelerini 3 kategoriye ayırıyoruz;

- Geçersiz sayılan fesih tarihindeki hizmeti 8 aydan az olan işçinin durumu,
 - Geçersiz sayılan fesih tarihindeki hizmeti 8 ay ile 12 ay arasında alan işçinin durumu
 - Geçersiz sayılan fesih tarihindeki hizmeti 12 aydan fazla olan işçinin durumu
- Bu üç ayrı kategoriye ayrı ayrı inceleyelim;

a. Geçersiz Sayılan Fesih Tarihindeki Hizmeti 8 Aydan Az Olan İşçinin Kıdem Tazminatı Açısından Durumu

1475 sayılı İş Yasası'nın 14. maddesine göre kıdem tazminatına hak kazanabilmek için işçinin kıdemini (hizmet süresinin) en az bir yıl olması gerekmektedir. Bu nedenle geçersiz sayılan fesih tarihindeki hizmeti 8 aydan az olan işçi geçersiz sayılan fesih tarihinde kıdem tazminatı alamaz. İşe iade davası sonrasında işe başlatılmadığı takdirde kıdemine dört aylık sürenin eklenmesi halinde de toplam hizmeti yine bir yıldan az olacaktır. Bu durumda bu işçinin işe iade davası sonrasında işe başlatılmaması halinde de kıdem tazminatı hakkı olmayacaktır. Çünkü geçersiz sayılan fesih tarihindeki 8 aydan daha az olan süreye 4 ay ilave edildiğinde toplam süre bir yıldan az olacaktır. Kıdemi bir yıldan az olan işçinin de kıdem tazminatı hakkı yoktur. Bunu örneklerle açıklamak konuyu daha anlaşılır hale getirecektir. Bilindiği üzere işçinin işe iade davası açabilmesi için hizmet süresinin en az 6 ay olması gerekir. Tam altı aylık iken iş sözleşmesi feshedilen bir işçinin açmış olduğu işe iade davasının lehine sonuçlandığını ve başvurusuna rağmen işe başlatılmadığını varsayarsak, bu işçinin 6 aylık kıdemine 4 ay ilave edildiğinde toplam kıdemi 10 ay olacak, yani bir yılın altında kalacaktır.³² Ya da kıdemi 7 ay 29 gün olan bir işçinin işe iade davası sonunda kıdemine 4 ay ilave edildiğinde toplam kıdem süresi 11 ay 29 gün olacak ve bir yılı doldurmadığından yine kıdem tazminatına hak kazanamayacaktır.

b. Geçersiz Sayılan Fesih Tarihindeki Hizmeti 8 Ay ile 12 Ay Arasında Olan İşçinin Kıdem Tazminatı Açısından Durumu

İşçinin geçersiz sayılan fesih tarihindeki hiz-

meti 8 ay veya 8 aydan fazla, ancak 12 aydan da az ise, geçersiz sayılan fesih tarihinde kıdem tazminatı alma hakkına sahip değildir. Ancak işe iade davası sonrasında başvuru yaptığı halde işe başlatılmadığı için önceki hizmetine 4 ay ilave edileceğinden toplam hizmet süresi bir yılı bulacak veya bir yılı geçecektir. Bu durumda işçinin kıdem tazminatı hakkı "ilk kez" doğacaktır.³³ Önceki feshin işveren tarafından İş Yasası'nın md. 25/II'ye göre haklı sebeple yapılmış olmasının da bir önemi kalmayacaktır, çünkü işverenin "haklı sebep" dediği fesih, işe iade davasında "geçersiz fesih" haline gelecektir. Önceki süre ile işe iade davasından kaynaklanan 4 aylık süre toplanacak ve işe başlatma tarihindeki ücret ve ekleri dikkate alınarak hesaplama yapılacaktır. İşe başlatmama tarihindeki ücret ve ekleri toplamı kıdem tazminatı tavanını aşıyor ise işe başlatmama tarihindeki tavana göre hesaplama yapılacaktır. Önceki dönem bir yıldan az olduğu için işçiye önceki dönemde kıdem tazminatı ödemesi yapılmamıştır. Bu nedenle de işe başlatmama tarihine göre hesaplanan kıdem tazminatından tenzilat söz konusu olmayacaktır. İşe başlatmama tarihi son fesih tarihi olduğu için kıdem tazminatına işletilecek en yüksek mevduat faizinin de işe başlatmama tarihinden başlatılması gerekir. Çünkü fesih tarihi olan işe başlatmama tarihi kıdem tazminatı açısından hem muacceliyet ve hem de temerrüt tarihidir.

c. Geçersiz Sayılan Fesih Tarihindeki Hizmeti 12 Aydan Fazla Olan İşçinin Kıdem Tazminatı Açısından Durumu

Geçersiz sayılan fesih tarihindeki hizmeti en az 12 ay veya 12 aydan fazla olan işçinin geçersiz sayılan fesihle birlikte o dönem için kıdem tazminatını almış olma ve almamış olma ihtimallerine göre konuyu irdelemekte yarar var.

İşveren, geçersiz sayılan feshi haklı sebep iddiası ile yapmış ise kıdem tazminatı da ödemiş demektir. Bu durumdaki işçinin ilk fesih "haklı sebeple fesih" olmaktan çıkacak ve "geçersiz sebeple yapılmış fesih" haline gelecektir. İşverene başvurduğu halde işe başlatılmadığı için hizmet süresine de 4 ay ilave

edileceğinden toplam hizmet süresine göre işe başlatmama tarihindeki ücret üzerinden kıdem tazminatı hesabı yapılacaktır. Bu ihtimalde toplam kıdem tazminatından önceki dönemle ilgili herhangi bir tenzilat söz konusu olmayacaktır. Çünkü zaten önceki dönemde (işveren haklı sebep iddiası ile feshettiğinden) kıdem tazminatı ödemesi yapılmamıştır.

Örnek: İşe giriş tarihi 14.05.2001 olan işçinin işine İş Yasası'nın 25/II. maddesine göre haklı sebeple (tazminatsız) 22.08.2006 tarihinde son verildiğini, işe iade davasının lehine sonuçlandığını ve kesinleşmiş kararın işçiye (veya vekiline) 17.03.2008 günü tebliğ edildiğini, 18.03.2008 günü işçi tarafından işverene işe başlamak için başvuru yapıldığını ve bu başvurunun işverene 20.03.2008 günü ulaştığını, işverenin bir aylık süre sonu olan 20.04.2008 gününe kadar işçiye işe başlaması yönünde bir açıklama yapmadığını ve işçinin işe başlatılmadığı tarih olan 20.04.2008 günündeki aylık giydirilmiş brüt ücretinin de 1.200 TL olduğunu varsayalım. Bu olayda işçinin ilk fesih tarihine göre hizmet süresi 14.05.2001 - 22.08.2006 tarihleri arası (5 yıl 3 ay 8 gün) iken, işe başlatılmadığı için hizmetine dört ay ilave edilecek ve toplam hizmet süresi 14.05.2001 - 22.12.2006 tarihleri arası (5 yıl 7 ay 8 gün) olacak ve bu toplam sürenin kıdem tazminatı işe başlatmama tarihi olan 20.04.2008 tarihindeki aylık giydirilmiş brüt ücreti olan 1.200 TL üzerinden hesaplanacaktır. Sonuçta 6.726,30 TL olarak bulunan toplam kıdem tazminatından damga vergisi kesilecektir. Önceki fesih tarihi olan 22.08.2006 tarihinde kıdem tazminatı ödemesi yapılmadığı için toplam kıdem tazminatından önceki döneme ilişkin bir indirim yapılmayacaktır.

Diğer bir ihtimal de işverenin ilk feshi (geçersiz sayılan feshi) geçerli sebeple (tazminatlı) yapmış olması, ancak kıdem tazminatını ödemiş olmasıdır. Bu durumda da işçinin önceki hizmetine dört ay ilave edilecek ve işe başlatmama tarihindeki ücret üzerinden kıdem tazminatı hesaplanacaktır. Önceki dönemin kıdem tazminatı ödenmemiş olduğundan, yapılan hesaplamadan düşme olmayacaktır. (Yukarıda verdiğimiz örneği buraya da uyarlayabiliriz.)

Üçüncü ihtimal ise geçersiz sayılan feshin işveren tarafından geçerli sebep iddiası ile yapılmış olması ve o tarihte de kıdem tazminatının ödenmiş olması ihtimalidir. Bu durumda işe başlatılmayan işçinin kıdemine dört aylık süre ilave edilerek işe başlatmama tarihindeki ücret (veya tavan) üzerinden kıdem tazminatı hesaplaması yapılması ve önceki ödemenin faizsiz olarak düşülmesi gerekir. Burada önemle hatırlatalım ki, önceki dönemin kıdem tazminatı ödendiği için dört aylık sürenin toplam süreden ayrılarak sadece dört ay için yapılacak bir hesaplama yanlış ve işçi aleyhinedir. Yapılması gereken, dört aylık sürenin önceki süreye eklenmesi ve toplam sürenin hesabının işe başlatmama tarihindeki ücret (veya tavan) üzerinden yapılarak, çıkan sonuçtan önceki ödemenin düşülmesidir. Düşülecek (geçersiz sayılan fesih tarihinde ödenmiş olan) kıdem tazminatının avans niteliğinde olmadığını ve buna işçi aleyhine faiz yürütülemeyeceğini de hatırlatmakta yarar var. Çünkü burada borçlunun (işçinin) temerrüdü söz konusu değildir. Bunu iki örnekle izah edelim;

Örnek 1 (Kıdem Tazminatı Tavan Artısından ve 4 Aylık Sürenin İlave Edilmesinden Kaynaklanan Artışa Örnek): İşçinin ilk fesihteki ücretinin 3.000 TL ve sonraki fesihte ise 3.500 TL ücreti olduğunu varsayarsak, her iki tarihte de bu ücret miktarı kıdem tazminatı tavanının üstünde olduğundan, hesaplamada ücret miktarı değil, tavan dikkate alınacaktır. Ancak ilk fesihteki tavanla ikinci fesihteki tavan da zaman içinde artmış olacaktır. Bu durumda her iki dönem için tavandan hesaplamının yapıldığı bu örnekteki verilerin aşağıdaki gibi olduğunu kabul edelim;

Geçersiz sayılan fesih tarihinde ödenmiş olan kıdem tazminatı hesabı;

- İşe giriş tarihi: 01.01.2000
- Geçersiz sayılan fesih tarihi: 25.10.2008
- Geçersiz sayılan fesih tarihindeki ücret: 3.000,00 TL
- Geçersiz sayılan fesih tarihindeki kıdem tazminatı tavanı: 2.260,05 TL
- Geçersiz sayılan fesih tarihine kadar olan kıdem tazminatına esas süre (01.01.2000 - 25.10.2008 arası) : 8 yıl 9 ay 25 gün

- Hesaplanan kıdem tazminatı (brüt) : 19.930,29 TL

- Aynı işçinin işe başlatmama (ikinci fesih) tarihine göre yapılan kıdem tazminatı hesaplaması:

- İşe giriş tarihi: 01.01.2000
- Geçersiz sayılan fesih tarihi: 25.10.2008
- Kıdeme eklenmesi gereken dört aylık sürenin sonu: 25.02.2009

- Kıdem tazminatına esas süre (01.01.2000 – 25.02.2009 arası): 9 yıl 1 ay 25 gün

- Kesinleşen işe iade kararının işçiye (veya vekiline) tebliğ tarihi: 14.05.2010

- İşçinin işverene başvuruyu noter veya postaya verdiği tarih: 15.05.2010

- Başvurunun işverene ulaştığı tarih: 18.05.2010

- İşverenin işçiye cevap veremeden geçirdiği bir aylık sürenin sonu: 18.06.2010

- İşe başlatmama (ikinci fesih) tarihi: 18.06.2010

- İşe başlatmama (fesih) tarihindeki ücret: 3.500,00 TL

- İşe başlatmama (fesih) tarihindeki kıdem tazminatı tavanı: 2.427,04 TL

- Hesaplanan kıdem tazminatı miktarı: 22.052,26 TL

Bu örnekte ilk fesih olan geçersiz sayılan fesih tarihinde işçiye 19.930,24 TL kıdem tazminatı ödenmiştir.

İşçinin işe iade davasını kazandığı ve işverene başvurduğu halde işe başlatılmadığı için, işe başlatmama (fesih) tarihine göre yapılan hesaplamada ise işçinin kıdem tazminatı alacağı 22.052,26 TL olarak hesaplanmıştır.

Hesaplanan miktarın 19.930,24 TL kısmı daha önce ödendiği için, bu meblağın son meblağ olan 22.052,26 TL'den düşülmesi sonucunda işe iade davasından doğan fark kıdem tazminatı olarak 2.122,02 TL'nin işçiye ödemesi gerekmektedir. (Daha önce de belirttiğimiz üzere, 22.052,26 TL'den düşülen 19.930,24 TL'ye faiz yürütülmeden düşme işlemi yapılacaktır, çünkü işçi temerrüt durumunda değildir).

Örnek 2 (Ücret artışından ve dört aylık sürenin ilave edilmesinden kaynaklanan artışa örnek): Yukarıdaki örneğin aynısını,

işçinin asgari ücretle çalıştığı ve başka bir ek ücretinin ve sosyal hakkının olmadığı varsayımı ile yapalım;

Geçersiz sayılan fesih tarihinde ödenmiş olan kıdem tazminatı hesabı;

- İşe giriş tarihi: 01.01.2000
- Geçersiz sayılan fesih tarihi: 25.10.2008
- Geçersiz sayılan fesih tarihindeki ücret (asgari ücret): 638,70 TL

- Geçersiz sayılan fesih tarihine kadar olan kıdem tazminatına esas süre (01.01.2000 – 25.10.2008 arası): 8 yıl 9 ay 25 gün

- Hesaplanan kıdem tazminatı (brüt): 5.632,38 TL

Aynı işçinin işe başlatmama (ikinci fesih) tarihine göre yapılan kıdem tazminatı hesaplaması:

- İşe giriş tarihi: 01.01.2000
- Geçersiz sayılan fesih tarihi: 25.10.2008
- Kıdeme eklenmesi gereken dört aylık sürenin sonu: 25.02.2009

- Kıdem tazminatına esas süre (01.01.2000 – 25.02.2009 arası): 9 yıl 1 ay 25 gün

- Kesinleşen işe iade kararının işçiye (veya vekiline) tebliğ tarihi: 14.05.2010

- İşçinin işverene başvuruyu noter veya postaya verdiği tarih: 15.05.2010

- Başvurunun işverene ulaştığı tarih: 18.05.2010

- İşverenin işçiye cevap veremeden geçirdiği bir aylık sürenin sonu: 18.06.2010

- İşe başlatmama (ikinci fesih) tarihi: 18.06.2010

- İşe başlatmama (fesih) tarihindeki ücret (asgari ücret): 729,00 TL

- Hesaplanan kıdem tazminatı miktarı: 6.670,78 TL

Bu örnekte ilk fesih olan geçersiz sayılan fesih tarihinde işçiye 5.632,38 TL kıdem tazminatı ödenmiştir.

İşçinin işe iade davasını kazandığı ve işverene başvurduğu halde işe başlatılmadığı için, işe başlatmama (fesih) tarihine göre yapılan hesaplamada ise işçinin kıdem tazminatı alacağı 6.670,78 TL olarak hesaplanmıştır.

Hesaplanan miktarın 5.632,38 TL kısmı daha önce ödendiği için, bu meblağın son meblağ olan 6.670,78 TL'den düşülmesi sonucunda işe

İlk ödenen kıdem tazminatına mahsup tarihine kadar faiz işletilmemelidir. Öğretide bunun gerekçesi olarak ilk ödenen miktarın nitelik değiştirdiği ve artık tazminat olarak kabul edilemeyeceği belirtilmektedir.

iade davasından doğan fark kıdem tazminatı olarak 1.038,40 TL'nin işçiye ödenmesi gerekmektedir. (Daha önce de belirttiğimiz üzere, 6.670,78 TL'den düşülen 5.632,38 TL'ye faiz yürütülmeden düşme işlemi yapılacaktır, çünkü işçi temerrüt durumunda değildir).

Örnek 3 (Ücretin sabit kaldığı ve sadece dört aylık sürenin ilave edilmesinden kaynaklanan artışa örnek): Yukarıdaki örneğin aynısını, işçinin ücretinin ilke fesih (geçersiz sayılan fesih) tarihinde 1.000,00 TL ve ikinci fesih (işe başlatmama) tarihinde de 1.000,00 TL olduğunu varsayarak yapalım;

Geçersiz sayılan fesih tarihinde ödenmiş olan kıdem tazminatı hesabı;

- İşe giriş tarihi: 01.01.2000
- Geçersiz sayılan fesih tarihi: 25.10.2008
- Geçersiz sayılan fesih tarihindeki ücret:

1.000,00 TL

• Geçersiz sayılan fesih tarihine kadar olan kıdem tazminatına esas süre (01.01.2000 – 25.10.2008 arası): 8 yıl 9 ay 25 gün

• Hesaplanan kıdem tazminatı (brüt): 8.818,49 TL

Aynı işçinin işe başlatmama (ikinci fesih) tarihine göre yapılan kıdem tazminatı hesaplaması:

- İşe giriş tarihi: 01.01.2000
- Geçersiz sayılan fesih tarihi: 25.10.2008
- Kıdeme eklenmesi gereken dört aylık sürenin sonu: 25.02.2009

• Kıdem tazminatına esas süre (01.01.2000 – 25.02.2009 arası): 9 yıl 1 ay 25 gün

• Kesinleşen işe iade kararının işçiye (veya vekiline) tebliğ tarihi: 14.05.2010

• İşçinin işverene başvuru noter veya postaya verdiği tarih: 15.05.2010

• Başvurunun işverene ulaştığı tarih: 18.05.2010

• İşverenin işçiye cevap veremeden geçirdiği bir aylık sürenin sonu: 18.06.2010

• İşe başlatmama (ikinci fesih) tarihi: 18.06.2010

• İşe başlatmama (fesih) tarihindeki ücret: 1.000,00 TL

• Hesaplanan kıdem tazminatı miktarı: 9.151,82 TL

Bu örnekte ilk fesih olan geçersiz sayılan fesih tarihinde işçiye 8.818,49 TL kıdem tazminatı ödenmiştir.

İşçinin işe iade davasını kazandığı ve işverene başvurduğu halde işe başlatılmadığı için, işe başlatmama (fesih) tarihine göre yapılan hesaplamada ise işçinin kıdem tazminatı alacağı 9.151,82 TL olarak hesaplanmıştır.

Hesaplanan miktarın 8.818,49 TL kısmı daha önce ödendiği için, bu meblağın son meblağ olan 9.151,82 TL'den düşülmesi sonucunda işe iade davasından doğan fark kıdem tazminatı olarak 333,33 TL'nin işçiye ödenmesi gerekmektedir. (Daha önce de belirttiğimiz üzere, 9.151,82 TL'den düşülen 8.818,49 TL'ye faiz yürütülmeden düşme işlemi yapılacaktır, çünkü işçi temerrüt durumunda değildir).

C. Faiz ve Zamanaşımı

Kıdem tazminatına en yüksek mevduat faizi uygulanacaktır (1475 sayılı Kn. md. 14/11). Kıdem tazminatında iş sözleşmesinin fesih tarihi hem muacceliyet ve hem de temerrüt tarihidir.³⁴ İşe iade davası sonunda işçinin işverene başvurusuna rağmen işe başlatılmaması halinde işe başlatmama tarihi fesih tarihi olarak kabul edilmektedir. Bu durumda işe başlatılmayan işçiye ödenecek kıdem tazminatına da işe başlatmama tarihinden itibaren en yüksek mevduat faizinin uygulanması gerekecektir.³⁵

Nitekim Yargıtay, işe iade davası sonrasında kıdem tazminatına ilişkin bir alacak davasından faizi, ücreti ödenen 4 aylık sürenin sonundan başlatan yerel mahkeme kararını bozarak, "Dairemizin istikrar kazanmış uygulamasına göre hizmet aktinin feshi işe iade davasının kabul edilmesinden sonra davacının işverence işe başlatılmadığı tarihtir. Mahkemece kıdem taz-

minatı faiz başlangıcının dört aylık çalışılmadan geçen sürenin sona erdiği 5.9.2004 olarak kabul edilmesi hatalıdır. Kıdem tazminatı faiz başlangıcı 18.4.2005 olarak kabul edilmek üzere kararın bozulması gerekmiştir” demiştir.³⁶ Benzer bir karar ise “dava konusu fark kıdem tazminatına; işçinin işe iade sonrasında başvurusuna rağmen işe başlatılmaması halinde, işe başlatılmayacağına sözlü ya da eylemli olarak açıklandığı tarihte veya bir aylık başlatma süresinin sonundan itibaren, boşta geçen süre ücretine ise işçinin işe iade için başvurduğu andan itibaren faize karar vermek gerekirken yazılı olduğu şekilde geçersiz sayılan ilk fesih tarihine dört aylık süre eklenmek suretiyle bulunan tarihten itibaren faize karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir” şeklindedir.³⁷ Benzer bir kararda da “hizmet akdi davalı işverenin davacıyı başvurusuna rağmen işe başlatmadığı tarihte feshedilmiş sayılacağından kıdem tazminatı faizine bu tarihten itibaren hükmedilmesi gerektiği halde, işvereni işe başlatmama tarihi belirlenmeden 30.1.2005 olan geçersiz fesih tarihine dört ay eklenerek bulunan 31.5.2005 den itibaren faiz yürütülmesi de yerinde değildir” denilmektedir.³⁸ Yargıtay’ın bir başka kararında da konu “işe iade davası sonrasında işçinin süresi içinde başvurusuna rağmen işverence işe başlatılmadığı tarih fesih tarihi olmakla, kıdem tazminatı bakımından faiz başlangıcı da, işçinin işe alınmayacağına açıklandığı tarih ya da bir aylık işe başlatma süresinin sonudur” şeklinde ifade edilmiştir.³⁹

Yukarıdaki örneklerde de izah edildiği üzere, geçersiz sayılan fesih tarihinde ödenen kıdem tazminatı miktarı işe başlatmama tarihindeki kıdem tazminatı miktarından mahsup edilirken, işçi lehine olacak şekilde faizsiz olarak mahsup yapılmalıdır. Yani ilk ödenen kıdem tazminatına mahsup tarihine kadar faiz işletilmemelidir. Öğretide bunun gerekçesi olarak ilk ödenen miktarın nitelik değiştirdiği ve artık tazminat olarak kabul edilemeyeceği belirtilmektedir.⁴⁰ Kanımızca da bu miktara faiz işletilmemesi gerekir, çünkü bu ödeme avans niteliğinde bir ödeme olmadığı gibi, borçlu (işçi) temerrüt halinde değildir.

Kıdem tazminatında 10 yıllık zamanaşımı

söz konusu olup, zamanaşımının başlangıcı da fesih (işe başlatmama) tarihidir.

DİPNOTLAR

- 1 İş güvencesi hakkında geniş bilgi için bak; KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, İş Güvencesi Hukuku, Legal Yayınevi, 1. Baskı, İstanbul 2007; ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Yetkin Basımevi, Ankara 2005; KAR, İş Güvencesi ve Uygulaması, Yetkin Basımevi, Ankara 2009; AKYİĞİT, Türk İş Hukukunda İş Güvencesi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007; MANAV, Eda, İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Sonuçları, Turhan Kitabevi, Ankara 2009; SARIBAY, Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü Feshe İtiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları, Legal Yayınevi, İstanbul 2007; GÜZEL, “İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi (Yasal Esaslar)”, (Tebliğ metni) İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2004 Yılı Toplantısı, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2004; SOYER, “Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları”, (Tebliğ metni), İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, Legal Yayınevi, İstanbul 2005; BİLGİLİ, İş Güvencesi Hukuku İşe İade Davaları, Karahan Yayınevi, 2. Baskı, Adana 2005; AKI/ALTINTAŞ/BAHÇIVANCILAR, Uygulamada İş Güvencesi, Legal Yayınevi, 1. Baskı, İstanbul 2005
- 2 GÜZEL, 40, 41; SOYER, 45
- 3 Yargıtay 9. HD. 11.09.2003 T., E.2003/14994, K.2003/14267 (BİLGİLİ, 191, 192)
- 4 SOYER, 63; EKMEKÇİ, “Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı, Dava Süreci ve Olası Uygulama Sorunları, Mercek, Temmuz 2003, sh. 136; EKMEKÇİ, “Yargıtay’ın İşe İade Davalarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi”, Legal İHSGHD, Sayı: 2004/1, sh. 178; ÖZEKES, “İş Kanununun 20 ve 21. Maddelerinin Medeni Yargılama ve İcra Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, 485; TUNCAY, Karar İncelemesi, Çimento İşveren, Mart 2004, sh. 60; BİLGİLİ, sh. 191, 192
- 5 SÜZEK İş Hukuku, Beta Yayınevi, 4. Baskı, İstanbul 2008, sh. 563 -566; TUNCAY, A. Can, Karar İncelemesi, Legal İHSGHD, Sayı: 2004/2, sh. 536; GÜNAY, Cevdet İlhan, İş Kanunu Şerhi, Cilt: 1, sh. 664; TAŞKENT, “Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay’ın 2004 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi (Değerlendirme)”, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara 2006, sh. 63, 64; BİLGİLİ, 148; KAPLAN, Emine Tuncay, “İşçinin İbraname İle “4857 sayılı İş Kanununun 17, 18, 19, 20, 21, 22. Maddeleri İle İş Kanunundan Doğan Talep ve Dava Haklarından” Feragatının Geçerli Olup Olmadığı Sorunu (Karar İncelemesi)”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006, sh. 323 vd.; AKI, Erol, “İş Sözleşmesinin Feshi, Feshe İtiraz ve Geçersiz Nedenle Yapılan Feshin Sonuçları (Fesih)”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006, sh. 318; AKI/ALTINTAŞ/BAHÇIVANCILAR, 164; UŞAN, “Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davaları-

- nın Sonuçları”, Kamu İş Dergisi, Cilt:10, Yıl: 2008, Sayı: 1, 43, 44; SARIBAY, 266 – 268; MANAV, Eda, 321 vd.
- 6 Yargıtay 9. HD. 11.11.2004 T., E.2004/9480, K.2004/25643 (BİLGİLİ, 149, 150); Yargıtay 9. HD. 26.05.2004 T., E.2004/1424, K.2004/12595 (BİLGİLİ, 150, 151); Yargıtay 9. HD. 26.01.2005 T., E.2004/30599, K.2005/1515 (KAPLAN, 323, 324)
- 7 Mevcut iş güvencesi sistemine ilişkin sorunlar ve öneriler için bak; ÖZKARACA, Ercüment, “Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Güvencesi Sisteminde Yaşanan Sorunlar ve Yeni Bir Model Önerisi”. Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Yıl: 2012, Cilt: 8, sayı: 91-92, Sh. 78 vd.
- 8 KÖSEOĞLU, Geçersiz Nedenle Fesih, 94
- 9 DEMİR, Fevzi, Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir 2003, sh. 150
- 10 UÇUM, Uygulama Sorunları, 54
- 11 KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, 486; UŞAN, 40; EKONOMİ, 35; KAR, 756; KÖSEOĞLU, Geçersiz Nedenle Fesih, 94; AKI/ALTINTAŞ/BAHÇIVANCILAR, 162
- 12 GÜNAY, Geçersiz Fesih, 140
- 13 MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, 939; GÜVEN/AYDIN, 157
- 14 ÇİL, 57; ÇİL, Hizmet Süresi, 22, 23; UŞAN, 10; AKI, Fesih, 309; ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 262
- 15 Yargıtay 9. HD. 13.07.2010 T., E.2010/26391, K.2010/23205 (karar arşivimizdedir); Yargıtay 9. HD. 29.12.2010 T., E.2009/1600, K.2010/41897 (karar arşivimizdedir)
- 16 Yargıtay 9. HD. 09.03.2009 T., E.2007/38672, K.2009/6095 (ÇİL, İlke Kararları, 724)
- 17 DURAN, İşe İade Ertesi, sh. 342
- 18 KÖSEOĞLU, Geçersiz Nedenle Fesih, sh. 94
- 19 GÜNAY, Geçersiz Fesih, 141; DURAN, İşe İade Ertesi, sh. 344
- 20 ÇİL, Hizmet Süresi, 22,23
- 21 GÜNAY, Geçersiz Fesih, 140
- 22 DURAN, İşe İade Ertesi, sh. 343
- 23 ÇİL, 57; UŞAN, 41; DURAN, İşe İade Ertesi, sh. 343; ALPAGUT, “İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi”, III. Yılında İş Yasası (Seminer Notları), 21 – 25 Eylül 2005, Bodrum, sh. 248; SARIBAY, 264; KÖSEOĞLU, Geçersiz Nedenle Fesih, sh. 96; UÇUM, Uygulama Sorunları, 53; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, 939
- 24 Yargıtay 9. HD. 28.04.2009 T., E.2008/28644, K.2009/11827 (Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2009, Sayı: 16, Ufuk Aydın’ın karar incelemesinde)
- 25 AYDIN, Ufuk, “İşe İade Davası Sürerken Sendikaya Üye Olan İşçinin Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanması, Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2009, Sayı: 16, sh. 144 - 152
- 26 Yargıtay 9. HD. 13.07.2010 T., E.2010/26391, K.2010/23205 (karar arşivimizdedir); Yargıtay 9. HD. 29.12.2010 T., E.2009/1600, K.2010/41897 (karar arşivimizdedir)
- 27 Yargıtay 9. HD. 10.09.2008 T., E.2008/26673, K.2008/22597 (karar arşivimizdedir)
- 28 GÜNAY, Geçersiz Fesih, 141; DURAN, İşe İade Ertesi, 344
- 29 KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, 486; ÇİL, 57; UŞAN, 40; DURAN, İşe İade Ertesi, sh. 343; AKI, Fesih, 309; AKI/ALTINTAŞ/BAHÇIVANCILAR, 162; ALPAGUT, 248; ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, 262; SARIBAY, 264; KÖSEOĞLU, Geçersiz Nedenle Fesih, sh. 96; UÇUM, Uygulama Sorunları, 53; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, 939
- 30 Yargıtay 9. HD. 13.07.2010 T., E.2010/26391, K.2010/23205 (karar arşivimizdedir); Yargıtay 9. HD. 29.12.2010 T., E.2009/1600, K.2010/41897 (karar arşivimizdedir)
- 31 Yargıtay 9. HD. 09.03.2009 T., E.2007/38672, K.2009/6095 (ÇİL, İlke Kararları, 724)
- 32 ÇİL, Hizmet Süresi, 23
- 33 ÇİL, 58
- 34 BİLGİLİ, “İş Hukukunda Faiz Uygulaması Açısından Muacceliyet ve Temerrüt Kavramları”, Sarper Süzek’e Armağan, Cilt: 2, sh. 1574
- 35 UŞAN, 42; DURAN, İşe İade Ertesi, sh. 344
- 36 Yargıtay 9. HD. 25.05.2006 T., E.2005/35469, K.2006/15339 (karar arşivimizdedir)
- 37 Yargıtay 9. HD. 10.09.2008 T., E.2008/26673, K.2008/22597 (karar arşivimizdedir)
- 38 Yargıtay 9. HD. 27.03.2008 T., E.2007/14057, K.2008/6618 (Çalışma ve Toplum Dergisi, Sayı: 18, 2008/3, sh. 281, 282)
- 39 Yargıtay 9. HD. 06.12.2010 T., E.2008/40137, K.2010/36101 (Yargı Dünyası, Sayı: 188, Ağustos 2011, sh.88 – 91)
- 40 GÜNAY, 1224, AKYİĞİT, 344

KAYNAKLAR

- AKI/ALTINTAŞ/BAHÇIVANCILAR, Uygulamada İş Güvencesi, Legal Yayınevi, 1. Baskı, İstanbul 2005
- AKI, Erol, “İş Sözleşmesinin Feshi, Feshe İtiraz ve Geçersiz Nedenle Yapılan Feshin Sonuçları (Fesih)”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006
- AKYİĞİT, Ercan, Türk İş Hukukunda İş Güvencesi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007
- ALPAGUT, Gülsevil, “İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi”, III. Yılında İş Yasası (Seminer Notları), 21 – 25 Eylül 2005, Bodrum
- AYDIN, Ufuk, “İşe İade Davası Sürerken Sendikaya Üye Olan İşçinin Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanması”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2009, Sayı: 16
- BİLGİLİ, Abbas, İş Güvencesi Hukuku İşe İade Davaları, Karahan Yayınevi, 2. Baskı, Adana 2005
- BİLGİLİ, Abbas, “İş Hukukunda Faiz Uygulaması Açısından Muacceliyet ve Temerrüt Kavramları”, Sarper Süzek’e Armağan, Cilt: 2
- ÇANKAYA, Osman Güven – GÜNAY, Cevdet İlhan - GÖKTAŞ, Seracettin, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Yetkin Basımevi, Ankara 2005

- ÇİL, Şahin, “Kesinleşen İşe İade Davasının Sonuçları”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 66, Sayı: 1, Kış 2008
- ÇİL, Şahin, “Kıdem Tazminatına Hak Kazanma ve Hesap Yönlerinden Hizmet Süresi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Eylül 2008, Sayı: 11
- ÇİL, Şahin, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, Turhan Kitabevi, 2. Baskı, Ankara 2010
- DEMİR, Fevzi, Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir 2003
- DURAN, Abdurrahman, “Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Ertesinde Açılan Alacak Davaları (İşe İade Ertesi)”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006
- EKMEKÇİ, Ömer, “Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı, Dava Süreci ve Olası Uygulama Sorunları, Mercek, Temmuz 2003
- EKMEKÇİ, Ömer, “Yargıtay’ın İşe İade Davalarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi”, Legal İHSGHD, Sayı: 2004/1
- EKONOMİ, Münir, Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi, Çimento İşveren Dergisinin Mart 2003 Sayısının Özel Eki
- GÜNAY, Cevdet İlhan, İş Kanunu Şerhi, Cilt: 1
- GÜNAY, Cevdet İlhan, “Geçersiz Feshin Hukuki Sonuçlarına İlişkin Yargıtay Uygulaması” Yargıtay Kararları Işığında İş Güvencesi, Ankara 2008
- GÜVEN, Ercan - AYDIN, Ufuk, Bireysel İş Hukuku, Nisan Kitabevi, 2. Baskı, Eskişehir 2007
- GÜZEL, Ali, “İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi (Yasal Esaslar)”, (Tebliğ metni) İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2004 Yılı Toplantısı, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2004
- KAPLAN, Emine Tuncay, “İşçinin İbraname İle “4857 sayılı İş Kanununun 17, 18, 19, 20, 21, 22. Maddeleri İle İş Kanunundan Doğan Talep ve Dava Haklarından” Feragatının Geçerli Olup Olmadığı Sorunu (Karar İncelemesi)”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006
- KAR, Bektaş, İş Güvencesi ve Uygulaması, Yetkin Basımevi, Ankara 2009
- KILIÇOĞLU, Mustafa - ŞENOCAK, Kemal, İş Güvencesi Hukuku, Legal Yayınevi, 1. Baskı, İstanbul 2007
- KÖSEOĞLU, Ali Cengiz, “İş Sözleşmesinin Geçersiz Nedenle Feshinin İhbar ve Kıdem Tazminatına Etkisi” (Geçersiz Nedenle Fesih), Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2010, Sayı: 20
- MANAV, Eda, İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Sonuçları, Turhan Kitabevi, Ankara 2009
- MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, İş Hukuku, Turhan Kitabevi, 4. Baskı, Ankara 2011
- ÖZEKES, Muhammet, “İş Kanununun 20 ve 21. Maddelerinin Medeni Yargılama ve İcra Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004
- ÖZKARACA, Ercüment, “Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Güvencesi Sisteminde Yaşanan Sorunlar ve Yeni Bir Model Önerisi”. Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Yıl: 2012, Cilt: 8, sayı: 91-92
- SARIBAY, Gizem, Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü Feshe İtiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları, Legal Yayınevi, İstanbul 2007
- SOYER, Polat, “Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları”, (Tebliğ metni), İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, Legal Yayınevi, İstanbul 2005
- SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, Beta Yayınevi, 4. Baskı, İstanbul 2008
- TAŞKENT, Savaş, “Bireysel İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay’ın 2004 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi (Değerlendirme)”, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara 2006
- TUNCAY, A. Can, Karar İncelemesi, Çimento İşveren, Mart 2004
- TUNCAY, A. Can, Karar İncelemesi, Legal İHSGHD, Sayı: 2004/2
- UÇUM, Mehmet, “İşe İade Sonucuna Bağlı Olarak Doğan Haklara İlişkin Uygulama Sorunları” Legal İSGHD, 2008
- UŞAN, Fatih, “Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları”, Kamu İş Dergisi, Cilt:10, Yıl: 2008, Sayı: 1

Prof. Dr. Hakan KESER

Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

4857 Sayılı İş Kanunu Yürürlüğe Girmeden Önceki Dönemde İşverence Tek Taraflı Olarak İkramiye Uygulamasına Son Verilmesine İlişkin Yargıtay Kararının İncelenmesi

T.C. YARGITAY

9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2008/24929

Karar No : 2010/11706

Tarihi : 21.04.2010

DAVA

Davacı, kıdem, ihbar tazminatı, ikramiye, yol yardımı, izin, 4 aylık tazminatı, fazla çalışma, masraf ve maaş ile son ay ücreti alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

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

KARAR

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

2- Davacı işçi, iş sözleşmesinde düzenlenen yılda iki maaş üzerinden ödenen ikramiyenin işverenin tek taraflı tasarrufu ile yılda bir maaş ikramiyeye düşürülerek eksik ödediğini ileri sürerek ikramiye alacağı talep etmiştir.

Davalı işveren, 2000 yılında yaşanan ekonomik kriz nedeniyle, yılda iki maaş ödenen ikramiyenin 2001 yılından itibaren yılda bir maaşa indirilerek ödenmeye devam edildiğini, yılda iki ikramiye ödeme hususunun iş koşulu olmaktan çıkarıldığını savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, yılda iki brüt maaş üzerinden ödenen ikramiyenin, ekonomik kriz ne-

deniyle yılda bir maaşa indirilerek ödenmeye devam edildiğini, bu durumun iş koşulu haline geldiği gerekçesiyle davacının ikramiye alacak isteği reddedilmiştir.

Karar davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Çalışma koşullarında işçi aleyhine esaslı değişiklik olup olmadığı konusunda taraflar arasında uyuşmazlık söz konusudur.

İş Hukukunun en tartışmalı alanlarından biri, çalışma koşullarının tespiti ile bu koşulların uygulanması, değişiklik yapılması, en nihayet işçinin kabulüne bağlı olmayan değişiklik ile işverenin yönetim hakkı arasındaki ince çizginin ortaya konulmasıdır.

İş Hukuku, işçi hakları yönünden sürekli ileriye yönelik gelişimci bir karaktere sahiptir. Bu anlayıştan hareket edildiğinde, işçinin haklarının iş ilişkisinin devamı sırasında daha ileriye götürülmesi, iş hukukunun temel amaçları arasındadır. En azından çalışma koşulları bakımından geriye gidişin işçinin rızası hilafına yapılamaması gerekir.

Çalışma koşullarının değişikliğinden söz edebilmek için öncelikle bu koşulların neler olduğunun ortaya konulması gerekir. İş ilişkisinden kaynaklanan ve işin yerine getirilmesinde tabi olunan hak ve borçların tümü, “çalışma koşulları” olarak değerlendirilmelidir.

.....

4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesinde çalışma koşullarında esaslı değişiklik sebebiyle işçinin iş sözleşmesini haklı olarak feshedebileceği öngörülmemiştir. Bununla birlikte çalışma koşullarının değiştirilmesi, aynı zamanda koşullarının uygulanmaması anlamına geldiğinden aynı yasanın 24/II-f bendinde belirtilen hal, işçinin haklı fesih nedenleri arasında sayılmıştır. Bu durumda işçinin ihbar tazminatı talep hakkı doğmaz-

sa da, kıdem tazminatı ödenmelidir. Bununla birlikte, çalışma koşullarında esaslı değişikliği kabul etmeyen işçinin iş sözleşmesinin işverence feshi halinde, ihbar ve kıdem tazminatlarını talep hakkı doğar.

Somut olayda, taraflar arasında yapılan iş sözleşmesinin G/1-b maddesinde “yılda toplam iki brüt ikramiye” ödeneceği kararlaştırılmıştır. Yukarıda anılan normlar kuralı gereğince, iş sözleşmesinde işçi lehine düzenlenen yılda iki maaş ikramiye ödemesinin, işverenin tek taraflı tasarrufu ile yılda bir ikramiyeye düşürülmesi mümkün değildir. Nitekim aynı mahkemece verilen ve dairesimiz incelemesinden geçen 9. Hukuk Dairesinin 2006/30029 Esas, 2007/17573 Karar; 2006/33742 Esas, 2007/21774 Karar; 2007/26293 Esas, 2008/26010 Karar; 2007/34719 E, 2009/640 K sayılı kararlarında da ikramiye alacağına hükmedilmiştir. Dosyada mevcut Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Müfettişi raporunda da yılda iki maaş tutarında ödenen ikramiyenin, işverenin tek taraflı tasarrufu ile 2001 yılından itibaren yılda bir maaşa indirilerek ikramiyenin eksik ödendiği belirlenmiştir.

Bütün bu nedenlerle, bilirkişi raporunda hesaplanan ikramiye alacağı mahkemece bir değerlendirmeye tabi tutularak, ikramiye alacağı hüküm altına alınması gerekirken, mahkemece yazılı şekilde bu isteğin reddedilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten bozulmasına, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 21.04.2010 gününde oybirliği ile karar verildi.

KARARIN İNCELENMESİ

1- Genel Olarak

İnceleme konumuz olan Yargıtay kararında;

- Davacı işçinin davalı işverenin işyerinde uzun yıllar çalışmış olduğu,
- Yılda iki maaş tutarında ödenen ikramiyenin, işverenin tek taraflı tasarrufu ile 2001 yılından itibaren yılda bir maaşa indirilerek ikramiyenin eksik ödendiği,

- Davacı işçinin de yıllar sonra bu eksik ödemeleri talep ettiği görülmektedir.

Davalı işveren, 2000 yılında yaşanan ekonomik kriz nedeniyle, yılda iki maaş ödenen ikramiyenin 2001 yılından itibaren yılda bir maaşa indirilerek ödenmeye devam edildiğini, yılda iki ikramiye ödeme hususunun iş koşulu olmaktan çıkarıldığını savunarak davanın reddini istemiştir.

Dava konusu yapılan ve birçok işyerinde ortaya çıkabilecek söz konusu bu uyuşmazlık kanımızca uygulamada da çok önem taşıyan bazı temel iş hukuku prensiplerinin kullanılmasyla çözümlenebilecektir.

1) İş sözleşmelerinin yürürlük sürelerinin farklı İş Kanunları dönemlerine denk gelmesi durumunda ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümü,

2) İşverenin ikramiye uygulamasından vazgeçmesi durumunda ortaya çıkabilecek hukuki sonuçlar,

3) İşçilik haklarının talep edilmesinde dürüstlük kuralı,

4) İbranelerin geçerliliği.

II- İş Sözleşmelerinin Yürürlük Sürelerinin Farklı İş Kanunları Dönemlerine Denk Gelmesi Durumunda Ortaya Çıkan Uyuşmazlıkların Çözümü

Hukukun temel amaçlarından biri olan "bireylere hukuki güvence sağlama" amacının gerçekleştirilebilmesi için, her şeyden önce hukuk kurallarının istikrarlı bir biçimde uygulanması ve her an değişebilir bir nitelik taşımaması gerekmektedir. Zira kişiler mevcut hukuk kurallarına göre plan ve projeler yaparlar ve hukuk kurallarının yürürlükte kalacağı ümit ve beklentisiyle birtakım işlem ve eylemlerde bulunurlar.

Mevcut hukuk kurallarına göre yapılan bir işlemin, ileride çıkacak yeni bir kanunla bir anda değişebilmesi ya da bazı sorunlar yaşanmasına sebebiyet vermesi hukukun güvenilirliği açısından bir tehdit olarak kabul edilebilecektir.

Ancak tabii ki, ekonomik ve sosyal ya-

şamın değişimlerine ve ihtiyaçlarına uygun olarak hukuk kurallarının değiştirilmesi de kaçınılmaz olacaktır. Fakat bu yapılırken, bireylerin hukuka olan güven duygularını sarsıcı düzenlemelere gidilmemesi gereklidir. Bunu sağlayan kurallardan birisi de hukuk kurallarının geçmişe etkili olmaması yani, kanunların geriye yürümemesi kuralıdır¹.

Bilindiği üzere, bu ilke gereğince bireyler önceki kanunlara göre kazandıkları hak ve hukuki statülerini, sonradan kabul edilecek yeni kanunlarda yer alan kurallar sebebiyle kaybetmezler. Yani yeni hukuk kuralı, geçmiş kanun döneminde kazanılmış bir hakkı, edinilmiş bir durumu tıpkı kendi döneminde kazanılmış gibi tanır².

Gerçekten de aksi kabul edildiğinde, bir Kanun döneminde farklı bir anlam taşıyan bir davranış, daha sonra değişik kanun dönemlerinde yeni getirilen kurallar gereği başka bir anlam taşıyor hale gelirse ve bu yeni kural eski olaylara uygulanırsa ciddi hukuki problemlerinin doğması söz konusu olabilecektir. Bu yüzden, kişi davranışlarını, fiillerini ve işlemlerini, gerçekleştikleri tarihte yürürlükte olan hukuk kurallarına göre değerlendirmek, hukukun güvenilirliği açısından büyük önem taşıyacaktır.

Yeni kanunların yürürlüğe girmeleri ile görülmekte olan tüm uyuşmazlıklara uygulanması gerektiği, başka bir anlatımla yeni kanunun yürürlüğe girdiği andan itibaren derhal tesirini göstereceği tartışmasız olacak ancak, bu gibi durumlarda kanunların geriye yürümesi değil, zaman içerisindeki ani etkileri söz konusu olacaktır³.

Nitekim uygulamada Yargıtay da uyuşmazlıkların çözümünün, kanunların zaman bakımından uygulanmasına ilişkin kuralların incelenmesine bağlı olduğunu belirtmektedir. Yargıtay, kanunların geriye yürümemesi kuralının istisnaları arasında; kazanılmış hakları ihlal etmemek kaydıyla kanunun; yargılama hukukunu düzenlemesini, kamu düzeni ve genel ahlaka ilişkin olmasını ve beklenen hakları saymıştır. Yargıtay'a göre, anılan istisnalardan olmayan bir kanun maddesinin geriye yürüyeceğine ilişkin bir düzenleme

yok ise, söz konusu kanun geriye yürümeyecektir. Gerçekleşmiş hukuki durumları yeni kanun veya düzenleyici kuralın etkilememesi ve onlar üzerinde hukuki sonuç doğurmaması, kazanılmış hakları saklı tutma amacı taşımaktadır⁴.

Yargıtay vermiş olduğu birçok kararda da kanunların, metinlerinde belirtilen tarihte yürürlüğe gireceğini ve buna bağlı olarak hukuksal sonuçlarını yürürlüğe girdiği tarihten sonrası için doğurmaya başlayacaklarını belirtmektedir.

Kanunların yürürlüğe girmelerinden önceki olayları etkileyip etkilemeyecekleri yani, geçmişe etkili olup olmadıkları ile ilgili mevzuatımızda genel bir hüküm olmadığını da belirten Yargıtay, ancak, “toplum barışının temel dayanağı olan hukuka ve özellikle kanunlara karşı güveni sağlamak ve hatta kanun koyucunun keyfi hareketlerine engel olmak için, öğretide kanunların geriye yürümemesi esasının kabul edildiğini, hukuk güvenliğinin bunu gerektirdiğini; buna göre;

- Gerek özel hukuk ve gerekse kamu hukuku alanında, kural olarak her kanunun, ancak yürürlüğe girdiği tarihten sonraki zamanda meydana gelen olaylara ve ilişkilere uygulanacağını;

- O tarihten önceki zamana rastlayan olaylara ve ilişkilere uygulanmayacağını ifade etmektedir⁵.

Yargıtay ayrıca, hukuk devletinin hukuki güvenlik ilkesinin, herkesin bağlı olacağı hukuk kurallarını önceden bilmesi, tutum ve davranışlarını buna göre güvenle düzenleyebilmesi anlamına geldiğini; kişilerin davranışlarını düzenleyen kuralların onlara güvenlik sağlaması gerektiğini; bu güvenliğin sağlanabilmesinin, her şeyden önce, devletin kendi koyduğu hukuk kurallarına kendisinin de uymasına bağlı olduğunu belirttikten sonra; kanunları uygulama durumunda bulunanların da, başta mahkemeler olmak üzere, onları geriye yürür sonuçlar doğuracak yolda yorumlamamakla yükümlü olduklarının altını çizmiştir⁶.

Yargıtay, kanunların geriye yürürlüğüne ilişkin belirtmiş olduğu bu genel prensipler

yanında iş hukukuna ilişkin birçok uyuşmazlıkta da bu prensibe uygun kararlar vermektedir. Örneğin fazla mesai alacaklarına, İş Kanunu'nun kapsamına, ücrete uygulanacak faiz oranına, iş sözleşmesi devrine ve yıllık ücretli izne ilişkin verilen birçok kararda farklı kanun dönemlerinde geçen iş sözleşmeleri ilgili oldukları dönemdeki kurallar göz önüne alınarak değerlendirilmiştir: Örneğin;

- “Fazla mesai alacağının dava edildiği sürenin bir kısmı eski İş Kanunu, diğer bir kısmı ise yürürlükte olan yeni İş Kanunu dönemine rastlamaktadır. Yeni İş Kanunu fazla mesai yönünden yeni düzenlemeler getirdiğinden, dava konusu uyuşmazlığın her iki kanun yönünden ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir”⁷.

- “Davacının yukarıda 507 ve 5362 sayılı Yasalar döneminde de çalışma iddiası vardır. Bu konuda çözümlenmesi gereken nokta 507 ve 5362 sayılı Yasanın yürürlükte olduğu çalışma döneminde davalının esnaf olup olmadığıdır. Anılan yasalardaki esnaf tanımının farklılık arz etmesi karşısında 507 sayılı Yasanın yürürlükte olduğu dönemde davalının geçimini münhasıran bu işten temin edip etmediği hususu önem taşımaktadır”⁸.

- “10.06.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4857 sayılı Yasada ücret alacağının ödenmesinde temerrüt hâlinde mevduata uygulanan en yüksek faizin yürütüleceği hüküm altına alınmıştır. Somut olayda ek davaya konu ve hüküm altına alınan ücret alacağına temerrüt tarihinden yasanın yürürlüğe girdiği tarihe kadar 3095 sayılı Yasa gereğince yasal faiz, 4857 sayılı Yasanın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren ise bu tarihte henüz ücret alacağı ödenmediğinden mevduata uygulanan en yüksek faiz yürütülmesine karar verilmesi gerekir”⁹.

- “Somut olay, 1475 sayılı İş Kanununun yürürlük döneminde gerçekleşmiştir. İşyeri devrine ilişkin sorunlar, 1475 sayılı Kanun döneminde Borçlar Kanunu kapsamında ele alınmaktadır. Ödünç iş ilişkisi ise 1475 sayılı İş Kanunu döneminde Yasada düzenlenmesine karşın, içtihat yoluyla uygulama olanağı bulmuştur”¹⁰.

- “Davacının çalışmasının bir bölümü 1475, bir kısmı da 4857 sayılı Kanun döne-

minde gerçekleşmiştir. Gerektiğinde bilirkişiden ek rapor alınmak suretiyle izin belgeleri ve davacının çalıştığı süre zarfında yürürlükte bulunan 1475 ve 4857 sayılı İş Kanunlarının ilgili maddeleri yeniden bir değerlendirilmeye tabi tutularak davacının izin alacağı konusunda yeniden bir karar verilmelidir”¹¹.

III- İşverenin İkramiye Uygulamasından Vazgeçmesi Durumunda Ortaya Çıkabilecek Hukuki Sonuçlar

Bilindiği üzere, asıl ücrete ek olarak ödenen ikramiye, temelde işverenin yapılan işten duyduğu memnuniyeti ve işçi-işveren bağlılığını gösteren bir anlam taşımaktadır. Bir başka anlatımla, işçinin işyerine olan katkıları sebebiyle işverenin memnuniyetini ifade etmek üzere bir defada veya dönemsel olarak belli zaman dilimlerinde ya da işçiyi ilgilendiren doğum, ölüm, evlenme gibi nedenlere bağlı olarak yapılan ücretin eki niteliğindeki ödemeler ikramiye olarak ifade edilirler¹².

İkramiyenin ödeme günü taraflarca açıkça kararlaştırılmamışsa Borçlar Kanunu'nun 101. maddesi uyarınca temerrüt için işçinin ihtarına gerek vardır¹³. İkramiye, kanundan ya da bireysel iş sözleşmesi ile işyeri uygulamalardan doğmaktaysa gününde ödenmeyen ikramiye için 4857 sayılı İş Kanunu'nun 34. maddesinde öngörülen bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faiz uygulanmalıdır.

1475 sayılı Yasa döneminde doğan ikramiye bakımından temerrüt tarihinden 4857 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 10.6.2003 tarihine kadar yasal faize, bu tarihten sonrası için ise bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faize karar verilmelidir. İkramiye alacağı, Borçlar Kanunu'nun 126. maddesinin 3. fıkrasına göre 5 yıllık zamanaşımına tabidir¹⁴.

İkramiye, bir kanun veya sözleşme hükmüyle düzenlenebileceği gibi, işveren tarafından tek taraflı olarak da ödenebilecektir. Bir kanun veya sözleşme hükmüne dayanmadıkça veya işveren tarafından tek taraflı olarak verilen ikramiyeler işyeri uygulaması haline gelmedikçe, işverenler ikramiye ve-

rip vermemekte veya dilediği şekillerde ya da bazı kayıt ve şartlarla ikramiye vermekte serbesttirler. Buna karşılık ikramiye ödemesi ardı ardına uygulamalarla işyeri uygulaması haline geldiği takdirde, artık çalışma koşullarından biri niteliğini kazanacağından işvereni yükümlülük altına sokabilecektir.

“Çalışma koşulları” iş ilişkisinden kaynaklanan ve işin yerine getirilmesinde tabi olunan hak ve borçların tümü olarak, işçinin iş görme borcu ile bunun karşılığında işverenin ücret ödeme borcundan başlayan, işin nerede ve ne zaman görüleceğinden, işyerinde çalışma süresinin belirlenmesine, izin sürelerinin tespitinden, ödenecek ücretin eklerine, ara dinlenmesinden, evlenme, doğum, öğrenim, gıda, maluliyet ve ölüm yardımı gibi sosyal yardımlara, belirli süreyi tamamlayan çalışanlara kıdem teşvik primi ödenmesinden belli konumda olan işçilere özel sağlık sigortası yaptırılmasına kadar iş ilişkisinden kaynaklanan tüm hak ve borçlar olarak tanımlanabilmektedir¹⁵. Bu anlamda ikramiye ödemelerinin de çalışma koşulları kavramı içerisinde yer aldığı açıktır.

Bilindiği üzere 4857 sayılı İş Kanunu'ndan önceki dönemde yürürlükte bulunan 1475 sayılı İş Kanunu'nda çalışma koşullarına ve bunların işverence değiştirilmesine yönelik spesifik bir düzenleme bulunmamaktaydı. Bu dönemde, işverence çalışma koşullarında yapılabilecek esaslı bir değişiklik karşısında, işçiye iş sözleşmesini dilerse kıdem tazminatını da alarak feshetme hakkı verilmişti. Nitekim 1475 sayılı İş Kanunu'nun 16. maddesinin II. bendinin (e) alt bendinde, işçinin bildirimsiz fesih hakkı düzenlenirken, işçiye “ yahut iş şartları esaslı bir tarzda değişir, başkalaşır veya uygulanmazsa; (sözleşmelere bu fıkradaki haller hakkında başka türlü kayıt konmamak şartıyla)” iş sözleşmesini feshetme imkanı verilmişti.

Yani 1475 sayılı İK. döneminde uygulamada çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik olduğunda işçi bunu kabul etmez ise, ancak iş sözleşmesini haklı nedenle bildirimsiz olarak feshedebiliyordu. Bu durumda iki ihtimal ortaya çıkıyordu. İşçi ya değişikliği kabul

ediyor ya da iş sözleşmesini haklı sebeple bildirimsiz feshediyordu. Yani bir başka ifade ile işçi değişiklik karşısında iş sözleşmesini feshetmediği takdirde, değişikliği kabul etmiş sayılıyordu. Bu uygulama işçi aleyhine bir uygulama olsa da 1475 sayılı Kanun içeriğine uygundu. Nitekim Yargıtay da 1475 sayılı Kanun dönemine ilişkin olarak bu konuda çıkan uyuşmazlıklarda, yapılan esaslı değişikliğe karşın, işçi tarafından 6 iş günü içinde sözleşmenin feshedilmemiş olmasını, işçi tarafından değişikliğin kabul edilmiş olması olarak değerlendirmekteydi¹⁶.

Buna karşın 4857 sayılı İK. çalışma koşulları konusuna ayrı bir önem vermiş ve bu konuda spesifik düzenlemeler getirmiştir. İK. m.22 de bir anlamda çalışma koşullarından neyin kastedildiği ifade edilmiştir. Zira söz konusu madde, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yö-

gibi, eşit konumda olan bir ya da birkaç işçiye yönelik de olabilecektir. Ancak burada unutulmaması gereken, işverenin Kanun'un aksine bir uygulamaya gitmesinin işyeri uygulaması ve dolayısı ile çalışma koşulu haline dönüşmeyeceğidir¹⁹.

İşçi ile işveren arasındaki iş sözleşmesinden doğan iş ilişkisi süresince, işçinin haklarının daha ileriye götürülmesi, iş hukukunun işçi hakları bağlamında sürekli ileriye yönelik gelişimci karakterinin bir sonucudur²⁰. Ancak çalışma hayatının zorlukları, işletmelerin karşılaşılabilecekleri riskler ve işletmesel değişiklikler, zaman zaman bu esasın aksine uygulamaları da güdeme getirebilmekte ve iş ilişkisi sürerken işçilerin çalışma koşullarında bazen geriye gidişler yaşanması söz konusu olabilmektedir. Uygulamada bu tür değişiklikler işçinin çalışma koşullarında esaslı değişiklik olarak ifade edilmektedir.

1475 sayılı İK. döneminde uygulamada çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik olduğunda işçi ya değişikliği kabul ediyor ya da iş sözleşmesini haklı sebeple bildirimsiz feshediyordu.

netmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşulları ifadesini kullanarak işçi ve işveren ilişkilerinin tümünü çalışma koşulları kavramı altında toplamıştır¹⁷. İşveren çalışma koşullarında işçi lehine değişiklik yapabilecek, buna karşın işçi aleyhine olan bir uygulamaya gidemeyecektir.

Çalışma koşullarının belirlenmesinde uygulamada önem taşıyan diğer bir durum da işyeri uygulamalarıdır. Nitekim, işverenler zaman zaman kanuni bir zorunluluk bulunmamasına ve iş sözleşmesinde yer almamasına rağmen işyerinde işçilerin lehine bazı uygulamalar, bir takım fiili davranışlar gerçekleştirilmektedirler. Bu tür fiili uygulamalar ve fiili davranışlar işyeri uygulamaları olarak ifade edilmektedir¹⁸. Bu tür uygulamalar işyerindeki tüm işçilere yönelik olabileceği

Çalışma koşullarında esaslı değişiklik kavramının ne anlama geldiği İş Kanunu'nda açıklanmamıştır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesinin ikinci fıkrasında, çalışma koşullarının, tarafların karşılıklı uzlaşmaları ile değiştirilmesinin her zaman mümkün olduğu belirtilmiştir. Çalışma koşullarında değişikliğe dair sözleşmenin de kural olarak yazılı biçimde yapılması gerekmeyecektir. Yargıtay yazılı kabul olmasa bile, işçinin değişikliği kuşkuyla yer vermeyecek biçimde kabul anlamına gelen davranışlar içine girmesi halini, söz konusu 22. maddenin 2. fıkrası anlamında çalışma koşullarında anlaşma yoluyla değişiklik yapılması olarak değerlendirmektedir²¹.

İK.m.22 uyarınca çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapabilmek için işverence değişiklik teklifinin yazılı olarak yapılması,

işçinin de bu teklife yazılı olarak onay vermesi gerekmektedir. İşçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamayacaktır. Bu durumda işveren, değişikliğin geçerli bir sebebe dayandığını veya fesih için başka bir geçerli sebebin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilecektir²².

Görüldüğü 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesinde çalışma koşullarında esaslı değişiklik sebebiyle işçinin iş sözleşmesini doğrudan feshetmesi öngörülmemiştir. Bununla birlikte çalışma koşullarının değiştirilmesi, aynı zamanda çalışma koşullarının uygulanmaması anlamına geldiğinden, söz konusu bu durumun Kanununun m.24/II-f bendi uyarınca işçiye bildirimlessiz fesih hakkı da verdiği söylenebilecektir²³.

Ancak, işçi çalışma koşullarında esaslı değişikliği kabul etmez ve işyerinde çalışmaya devam ederse, değişiklik gerçekleşmemiş ve sözleşme eski şartlarla devam ediyor olacaktır. Bu durumda işveren, değişiklik teklifinden vazgeçerek sözleşmenin eski şartlarda devamını kabul edebilecek ya da çalışma koşullarında değişikliğin geçerli bir sebebe dayandığını veya fesih için başka bir sebebin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak koşulu ile sözleşmeyi feshedebilecektir²⁴. Bu durum değişiklik feshi olarak ifade edilmektedir.

İnceleme konusu olan Yargıtay kararı açısından olaya bakıldığında, 4857 sayılı İK. döneminde, ikramiyelerin tek taraflı olarak işverence ortadan kaldırılması ya da azaltılması mümkün olmayacaktır. İkramiyeler yönünden işçi aleyhine çalışma koşullarında değişiklik, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesi kapsamında gerçekleştirilmelidir²⁵. Yani işverenin bu durumu işçiye yazılı olarak bildirmesi ve işçinin 6 işgünü içinde yazılı kabulü olmalıdır. İşçinin bu yazılı kabulü olmaması durumunda ise, ikramiyelerin işverence tek taraflı olarak kaldırılması söz konusu olamayacaktır.

Diğer yandan, ikramiyenin gününde ödenmemesi halinde işçinin 4857 sayılı İş

Kanunu'nun 24/II (e) bendi uyarınca iş sözleşmesini haklı olarak feshetmesi de mümkündür²⁶. Ayrıca ikramiyenin 20 gün ve daha fazla süreyle ödenmemiş olması, İK.'nın 34. maddesine göre işçiye iş görmekten kaçınma hakkı da verecektir.

İnceleme konusu olan Yargıtay kararında olduğu gibi, uygulamada en fazla problem, farklı Kanun dönemlerinde geçen iş ilişkilerinde yaşanan, ikramiye ödemelerine son verilmesi durumlarının değerlendirilmesinde çıkmaktadır.

Nitekim 1475 sayılı Kanun döneminde işverence son verilen ikramiye ödemesine, o dönemde yürürlükte olmayan 4857 sayılı İK.'nın 22. maddesinin uygulanması gerektiği yıllar sonra işçi tarafından ileri sürüldüğünde taraflar arasında uyuşmazlıklar yaşanmaktadır.

İş sözleşmesinin 1475 sayılı İK. döneminde başlaması ve 4857 sayılı Kanun döneminde sona ermesi halinde, ikramiye ödemesine işverence 2003 yılı ve sonrası itibarıyla son verilmesi durumlarında 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesinin devreye gireceği ve işçinin yazılı oluru olmaksızın bunun yapılamayacağı hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Nitekim bu konuda Yargıtay da aynı görüşü belirtmektedir²⁷.

Buna karşılık, iş sözleşmesinin 1475 sayılı İK. döneminde başlaması ve 4857 sayılı Kanun döneminde sona ermesi halinde, ikramiye ödemesine işverence 2003 yılı öncesinde son verilmesi durumunda ise, hukuk güvenliği ilkesi uyarınca, işverence ikramiye ödemesine tek taraflı olarak son verilmesi tarihinde yürürlükte olan 1475 sayılı İK. hükümlerinin dikkate alınarak olaya uygulanması yerinde olacaktır.

Yani 1475 sayılı İK. döneminde uygulamada çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik olduğunda işçi ya değişikliği kabul ediyor ya da iş sözleşmesini haklı sebeple bildirimlessiz feshediyordu. Yani bir başka ifade ile işçi değişiklik karşısında iş sözleşmesini feshetmediği takdirde, değişikliği kabul etmiş sayılıyordu. Buna göre ikramiyenin kaldırıldığı için işçi tarafından öğrenilmesinden itibaren,

işçi tarafından 6 iş günü içinde sözleşmenin feshedilmemiş olması, işçi tarafından değişikliğin kabul edilmiş olması olarak değerlendirilmekteydi²⁸. Bu anlamda böyle bir kabulün varlığı o gün yürürlükte bulunan Kanun hükümlerince yapılmaktaydı.

Bu konuda Yargıtay incelemekte olduğumuz kararında olduğu gibi²⁹, “.....iş sözleşmesinde işçi lehine düzenlenen yılda iki maaş ikramiye ödemesinin, işverenin tek taraflı tasarrufu ile yılda bir ikramiyeye düşürülmesi mümkün değildir. Dosyada mevcut Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Müfettişi raporunda da yılda iki maaş tutarında ödenen ikramiyenin, işverenin tek taraflı tasarrufu ile 2001 yılından itibaren yılda bir maaşa indirilerek ikramiyenin eksik ödendiği belirlenmiştir...” diyerek o dönemde yürürlükte olan 1475 sayılı İş Kanunu'nun hükümlerinin uygulanması gerektiğini göz ardı etmiş olmasına rağmen, daha sonraki tarihlerde birden çok kararında ise,

- “Kabule göre de işçinin 1475 sayılı Kanun döneminde ikramiye uygulamasına itiraz etmediği, kaldırıldığı tarih itibariyle ve devam eden sürece itiraz edilmemesi sebebiyle bunun iş şartı haline geldiği anlaşılmaktadır. Bu sebeple kaldırılan ikramiyenin kabulüne karar verilmesi ve giydirilmiş ücrette dahil edilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir³⁰.”

- “.....Davacının 1995 yılında işe girerken imzaladığı hizmet akdinde yılda iki brüt maaş tutarında ikramiye ödeneceği yazılıdır..... davacının 19.11.2004 de açtığı dava ile 24.11.1999-24.11.2004 arası ikramiye alacağı hüküm altına alınmış ve bu karar dairemizce 2007 yılında onanmıştır. 2004 yılında aynı davalıda çalışanların aynı taleplerle açtığı bir kısım davalarda, davalı vekili davayı kabul ettiğinden kabul ile sonuçlanan bu davalar onanmış, kabul bulunmayan ve reddedilen davalar da yine 2007 yılında dairemizce onanmıştır. Şimdi davacılar açıkları bu davalarla 2004-2007 arası için ikramiye isteğinde bulunmaktadırlar. Açılan davalardan ikramiyenin davalı işyerinde 1998 Ocak ayından 2007 yılına kadar 9 yıl uygulanmadığı izle-

mini doğmaktadır. Davacı bu durumu haklı fesih nedeni yapmamıştır.

9 yıl süren bu durum işyeri uygulaması için yeterli bir süredir. İşyeri uygulaması bu şekilde ise sürekli açılan davaların bu uygulamayı geçersiz kılması mümkün değildir..... ikramiye uygulamasının gerçekten kaldırıldığı ve 9 yıldır uygulanmadığı saptandığında davanın reddine karar verilmelidir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurularak davanın kabulüne karar verilmesi hatalıdır³¹.” görüşünü ifade ederek, 1475 sayılı İK. döneminde tek taraflı olarak kaldırılan ikramiye uygulamasının fesih için haklı sebep yapılmamasını ön plana çıkartarak, fiilen ödeme yapılmayan dönemlerin varlığının tespiti halinde bunun da bir işyeri uygulaması olduğunu belirtmiştir.

Yargıtay işyeri uygulaması haline gelen ikramiye ödememe durumuna, ikramiye sebebiyle açılan davaların bile bir etki yapmayacağını, yani ikramiye ödememe şeklinde oluşan işyeri uygulamasını geçersiz kılmayacağını açık ve net bir biçimde bildirmiştir.

IV- İşçilik Haklarının Talep Edilmesinde Dürüstlük Kuralı

Bilindiği üzere, dürüstlük kuralı geçmişten günümüze birçok hukuk sisteminde yer alan bazen tanımlayıcı ve düzeltici, bazen de borçlunun yükünün belirlenmesi amacıyla kullanılan bir kriter olarak karşımıza çıkmaktadır. Hukuk sistemlerinin genel amacı, sadece “doğru” ve kurallara uygun olanı korumak olmayıp, bu kurallar uygulandığı zaman başkalarının haksızlığa uğramayacağı ve başkalarının zarar görmeyeceği sonuçları da sağlamak olduğundan, dürüstlük kuralı, hakkın kullanılmasına ve borcun yerine getirilmesine bağlı bir düzeltici-düzenleyici norm ödevi görmektedir³².

Diğer yandan, dürüstlük kuralı, sadece hukuki işlemlerden doğan hakların kullanılmasında ve borçların yerine getirilmesinde değil, uygulama alanı genişletilerek kanundan doğan hakların kullanılmasında ve bunların ifasında da dikkate alınmaktadır³³.

Dürüstlük kuralı, güven ilkesinin de da-

yandığı temel bir belirleyici olarak ortaya çıkmaktadır. Bu anlamda, alacaklının borçlusundan neleri talep edebileceğı, borçlunun alacaklısına neleri ifa edeceği konularında dürüstlük kuralı belirleyici bir rol oynayacaktır. Yani hukuki işlemlerin tamamlanmaları ve yorumlanmalarının dürüstlük kuralına göre yapılması gerekecektir³⁴.

Türk hukukunda da, konunun ele alınmış olduğu Medeni Kanun'un "Dürüst davranma" başlıklı 2. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorunda olacaktır. Aynı maddenin ikinci fıkrası uyarınca da, bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumayacaktır (4721 sy. MK)³⁵.

Dürüstlük kuralı ancak ve ancak zorunluluk halinde uyuşmazlığa müdahale etmeli, somut bir haksızlığı, açık bir hakkaniyet ihlâlini belli olayda önlemek için kullanılmalı, genel ve soyut uygulamadan kaçınılmalıdır. Hakkın kötüye kullanılması ise, bir kanun hükmünden veya bir sözleşmeden doğan bir hakkın amacı dışında kullanılmasını ifade etmektedir. Dürüstlük kuralı, hakkın kötüye kullanılması yasağının hukukî temelini oluşturmaktadır³⁶.

Bir hak, o hakkın tanınmasındaki amaca aykırı olarak kullanılırsa ve bu kullanmada kullanan bakımından hukukun öngördüğü menfaat yoksa veya çok aşıldı ise ya da çok küçük bir menfaat varsa, bu takdirde o hakkın kullanılmasından değil, hakkın kötüye kullanılmasından bahsedilebilecektir³⁷.

Hangi tür davranışların hakkın kötüye kullanımını olarak değerlendirileceğı uygulamada gerçekten büyük önem taşımaktadır. Kişinin önceki davranışı ile çelişkili bir biçimde hareket etmesinin hakkın kötüye kullanımını olarak değerlendirip değerlendirilemeyeceğı, bunun dürüstlük kuralına uygun olup olmadığı hususları önem taşımaktadır.

Bir kimsenin önceki davranışlarının, daha sonra Kanunun kendisine vermiş olduğu hakları kullanmasında etkisinin olup olmadığı konusu gerçekten önemli bir konudur. Zira kanunlarla kişilere tanınmış olan hak-

lar genelde davranış şartlarına bağlı olmayan objektif nitelikte haklardır. Gerçekten de, bir kişinin önceki davranışlarının daha sonraki hak kullanması ve borç yerine getirmesi bakımından kural olarak etkili olmaması gerektiğı kabul edilebilecektir. Ancak, burada önem taşıyan husus, uyuşmazlığın karşı tarafında bir güven uyandırdıktan sonra, kişinin davranışını değiştirmek veya yeni ve fakat öncekinden tamamen farklı bir davranışta bulunmak suretiyle karşı tarafı hukuken elverişsiz duruma sokmasının, hukuk düzeni tarafından kabul edilip edilemeyeceğı hususudur.

Önceki davranış ile sonraki davranış arasında çelişki, iki davranış arasında zıtlık yani terslik anlamını taşıyacaktır. Bir hakkın uzun süre kullanılmamasının, bu haktan feragat edildiğı şeklinde yorumlandığı durumlarda da, aksine hareket edildiğinde çelişkili davranıştan söz edilebilecektir. Gerçekten de bir hakkını uzun süre kullanmayarak hareketsiz kalan tarafın bu hareketsizliği yorum yolu ile, o haktan feragat ettiği, vazgeçtiğı yolunda zımni bir irade açıklaması olarak yorumlanabilecektir. Nitekim, uzun süre hareketsiz kalan tarafın, bu susmasına o hakkı kullanmaktan feragat ettiği anlamı, dürüstlük kuralına göre verilmektedir. Bu anlamda, karşı çıkarların bulunduğu bir ilişki içinde taraflar birbirlerine karşı münferit alacaklarını, uzun süre talep etmemişlerse, artık dürüstlük kuralına göre ileride de talep etmeyecekleri, bu haktan vazgeçtikleri kabul edilebilecektir³⁸.

Bunun gibi, hak sahibi daha önceki davranışı ile bir hakkını kullanmayacağını açıklamışsa veya davranışından bu sonuç çıkıyorsa, daha sonra, bu davranışı ile çelişir biçimde o hakkı kullanırsa, hakkını kötüye kullanmış olacaktır³⁹.

Böyle bir durumda, kişinin karşı tarafta güven uyandırdıktan sonra, davranışını değiştirerek veya yeni ve fakat öncekinden tamamen farklı bir davranışta bulunarak, karşı tarafı hukuken elverişsiz duruma sokmasını hukuk düzeninin korumayacağı ifade edilebilecektir. Zira, karşı tarafın güvenini boşa çıkarmak, sonraki davranışı ile önceki dav-

ranışını ve sonuçlarını tamamen ortadan kaldırmak bir anlamda hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilecektir⁴⁰.

Yargıtay da vermiş olduğu kararlarda, Medeni Kanun'da yer alan dürüstlük ilkesinin genel bir hukuk ilkesi olduğunu, usul hukukunda da geçerli olduğunu belirtmekte ve Devletin bir kurumu olan mahkemelerin haksız, hileli ve kanuna aykırı şekilde bir yargılama ile uyuşmazlığı çözümlemesinin düşünülmemeyeceğini ifade etmektedir. Yargıtay'ca dürüstlük kuralı, kamu yararı açısından da dikkate alınmayı gerektirmekte zira, davanın usul ekonomisine uygun şekilde sonuçlanması, ancak dürüstlük kuralının medeni usul hukukunda da geçerli olması ve hakim tarafından kendiliğinden nazara alınmasıyla mümkün olmaktadır⁴¹.

Zira, bir hakkını uzun süre kullanmayarak hareketsiz kalan kişinin bu hareketsizliği yorum yoluyla dürüstlük kuralına göre, o haktan feragat ettiği, vazgeçtiği yolunda zımni bir irade açıklaması olarak yorumlanabilecektir.

V- İbranamelerin Geçerliliği

Bilindiği üzere, ibra sözleşmesi ya da yaygın kullanımıyla "ibraname", mevcut bir alacağı ortadan kaldırmayı amaçlayan bir sözleşmedir. Bu anlamda İş Kanunu'nda düzenlenmeyen ve fakat uygulamada çok kullanılan ibranameler, genel olarak işçinin alacaklarını aldığını, ve herhangi bir alacağı kalmadığını gösteren belgeler olarak tanımlanabilmektedir.

İş hukuku uygulamasında önemli bir yere sahip olan ibraname, borcu sona erdiren hallerden biri olarak gerek doktrinde gerekse uygulamada kabul edilse de, söz konusu belgelerin geçerlilik koşullarının varlığı Yargıtay'ca çok ayrıntılı bir biçimde denetlenmektedir.

Kural olarak, ibra, alacak ve borcu doğrudan doğruya ve kesin olarak ortadan kaldırmaktadır. Tam ibrada borcun tamamı, kısmi ibra da ise borcun ibra edilen kısmı sona ermektedir. Bunun sonucunda da borçlu borcundan kısmen veya tamamen kurtulmakta-

dır. Ancak Yargıtay, işçinin emeği karşılığında aldığı ücret ve diğer parasal hakların işçinin kendisinin ve ailesinin geçimini sağlaması ve bu açıdan bakıldığında, bir işçinin nedensiz yere işvereni ibra etmesinin hayatın olağan akışına uygun düşmeyeceği düşüncesinden hareketle iş hukukunda ibra sözleşmelerini oldukça dar yorumlamaktadır. Yani borcun sona erme şekillerinden biri olan ibra sözleşmelerine, iş hukuku açısından sınırlı biçimde değer verilmektedir⁴².

Yargıtay'a göre, her şeyden önce iş ilişkisi devam ederken düzenlenen ibra sözleşmeleri geçersiz olacaktır. Zira işçi bu dönemde tamamen işverene bağımlı durumda olduğundan bir kısım işçilik alacaklarına bir an önce kavuşabilmek için iradesi dışında ibra sözleşmesi imzalamaya yönelmiş sayılabilecektir⁴³. Bunun gibi, ibranamenin tarih içermemesi ve içeriğinden de fesih tarihinden sonra düzenlendiğinin açıkça anlaşılabilmesi durumunda ibranameye değer verilemeyecektir⁴⁴.

Diğer yandan, ibranamenin geçerli olup olmadığının irade fesadı yönünden de değerlendirilmesi gereklidir. Yani, ibra sözleşmesi yapılırken taraflardan birinin esaslı hataya düşmesi, diğer tarafın veya üçüncü şahsın hile ya da korkutmasıyla karşılaşması halinde ibra iradesine değer verilemeyecektir. Bunun gibi, aşırı yararlanma (gabin) ölçütünün de ibra sözleşmelerinin geçerliliği noktasında değerlendirilmesi gereklidir⁴⁵.

İbranamedeki irade fesadı hallerinin Borçlar Kanunu'nda öngörülen bir yıllık hak düşürücü süre içinde ileri sürülmesi gerekecek⁴⁶ ancak, işe girerken alınan matbu nitelikteki ibranameler bakımından iş ilişkisinin devam ettiği süre içinde bir yıllık süre işlemeyecektir.

Diğer yandan, ibra sözleşmesi, varlığı tartışmasız olan bir borcun sona erdirilmesine dair bir yol olmakla, varlığı şüpheli ya da tartışmalı olan borçların ibra yoluyla sona ermesi de mümkün olmayacağından, işveren tarafından işçinin hak kazanmadığı ileri sürülen bir borcun ibraya konu olması düşünülmemeyecektir. Savunma ve işverenin diğer kayıtları ile çelişen ibra sözleşmeleri de geçersiz sayılacaktır⁴⁷.

Miktar içeren ibra sözleşmelerinde ise alacağın tamamen ödenmiş olması durumunda borç ifa yoluyla sona ermiş olacak, buna karşın kısmi ödeme hallerinde ibraya değer verilmeyecek ve yapılan ödemenin makbuz hükmünde olduğu kabul edilecektir⁴⁸. Miktar içeren ibranamenin çalışırken alınmış olması ise makbuz etkisini ortadan kaldırmayacaktır⁴⁹.

Miktar içermeyen ibra sözleşmelerinde ise irade fesadı denetiminin uygulanması ve somut olayın özelliklerine göre ibranamenin geçerliliği konusunun incelenmesi gerekmektedir⁵⁰. Buna göre, fesihten sonra düzenlenen ve alacak kalemlerinin tek tek sayıldığı ibranamede irade fesadı halleri ileri sürülüp kanıtlanmadığı sürece ibra iradesi geçerli sayılacaktır⁵¹. Ancak, işçinin ibranamede yasal haklarını saklı tuttuğuna dair ihtirazi kayda yer vermesi ibra iradesinin bulunmadığını gösterecektir⁵².

İbranameye yer almayan işçilik alacakları bakımından borcun sona erdiğinden söz edilemeyecek ve ibranamede yer alan işçilik alacaklarının bir kısmı yönünden savunma ile çelişkinin varlığı ibranameyi bütünüyle geçersiz kılmayacaktır⁵³.

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Yukarıda ayrıntılı olarak ele alınan ve incelenen temel hukuki esaslar ışığında, kanımca 4857 sayılı İş Kanunu yürürlüğe girmeden önceki dönemde işverence tek taraflı olarak ikramiye uygulamasına son verilmesine ilişkin Yargıtay Kararına aşağıdaki hususlar dikkate alındığında katılmak mümkün olmayacaktır:

- İkramiye uygulamasına son verilen tarihte yürürlükte olan 1475 sayılı İş Kanunu hükümlerinin mevcut olaya uygulanarak, davacı tarafından iş sözleşmesinin feshedilmemesinin, davacı tarafından bu değişikliğin kabul edilmiş olduğu şeklinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Nitekim Yargıtay da son kararlarında bu yönde görüş bildirmektedir⁵⁴.

- Diğer yandan, uzun yıllar bu konuda bir talepte bulunmadan iş sözleşmesinin emeklilik sebebiyle feshedilmesi ve kıdem tazmi-

natının alınmasından sonra, bu yönde bir talebin ileri sürülmesinin de; "işçilik haklarının talep edilmesinde dürüstlük kuralına uyma ilkesine" uygun olup olmadığı konusu da değerlendirilmelidir.

- Yargıtay ve doktrinin üzerinde uzlaşmış olduğu yukarıda sözü edilen bir ibranamenin geçerlilik koşulları dikkate alındığında, iş sözleşmesinin feshinde alınmış olan bir ibranamenin, iş sözleşmesi devam ederken alınmış ya da irade fesadı sonucu alınan bir ibraname olmaması durumunda koşulları varsa geçerli bir ibraname olarak değerlendirilmesi de mümkün olabilecektir. Nitekim, sözü edilen ibraname işçinin el yazısı ile alınan, alacak kalemlerinin miktar verilmeden sayıldığı, işçinin yasal haklarını saklı tuttuğuna ilişkin herhangi bir ihtirazi kayıt içermeyen Yargıtay'ın aradığı geçerlilik koşullarına uygun bir ibraname ise geçerli sayılabilecektir.

DİPNOTLAR

- 1 DEMİR, Fevzi: Hukukun Temel Kavramları, İzmir 2007, s. 35; AKI, Erol: Hukukun Temel Kavramları, İzmir 2010; BİLGE, Necip: Hukuk Başlangıcı, 14. Bası, Ankara 2000, s. 193.
- 2 DEMİR, s. 35; AKI, s. 43; BİLGE, s. 193.
- 3 Yarg. 21. HD. 20.11.2006 t. E. 2006/14147, K. 2006/12826, Yarg. HGK. 09.03.1988 t. E. 1987/860, K. 1988/232, Legalbank.
- 4 Yarg. 10. HD. 11.04.2011 t. E. 2010/11282, K. 2011/5042, Yarg. 10. HD. 24.02.2011 t. E. 2011/913, K. 2011/2328, Yarg. 21. HD. 20.11.2006 t. E. 2006/14147, K. 2006/12826, Legalbank.
- 5 Yarg. 10. HD. 11.04.2011 t. E. 2010/11282, K. 2011/5042, Yarg. 10. HD. 24.02.2011 t. E. 2011/913, K. 2011/2328, Yarg. 21. HD. 20.11.2006 t. E. 2006/14147, K. 2006/12826, Legalbank; Ayr. Bkz. BİLGE, s. 193 GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref; Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, 18. Bası, Ankara 2003, s. 73.
- 6 Yarg. 10. HD. 11.04.2011 t. E. 2010/11282, K. 2011/5042, Yarg. 21. HD. 20.11.2006 t. E. 2006/14147, K. 2006/12826, Yarg. HGK; 09.03.1988 t. E. 1987/2-860, K. 1988/232, Yarg. HGK 13.10.2004 t. E. 2004/10-528, K. 2004/533, Yarg. HGK 06.04.2005 t. E. 2005/10-183. K. 2005/241, Yarg. HGK 14.03.2007 t. E. 2007/3-121 K. 2007/128, Legalbank.
- 7 Yarg. 9. HD. 22.01.2007 t. E. 2006/9766, K. 2007/98, Yarg. 9. HD. 15.12.2008 t. E. 2007/30201, K. 2008/33618, Yarg. 9. HD. 14.03.2008 t. E. 2007/13055, K. 2008/4869, Yarg. 9.HD. 09.04.2007 t. E. 2006/25606, K. 2007/9866, Yarg. HGK. 19.09.2007 t. E. 2007/9-588, K. 2007/597, Yarg. 9. HD. 15.12.2008 t. E. 2007/30201, K. 2008/33618.

- 8 Yarg. 9. HD. 04.02.2011 t. E. 2009/3474 K. 2011/2487.
- 9 Yarg. 9. HD. 27.10.2004 t. E. 2004/8507, K. 2004/24281.
- 10 Yarg. HGK. 01.03.2006 t. E. 2006/9-51, K. 2006/27.
- 11 Yarg. 9. HD. 05.02.2010 t. E. 2008/14961, K. 2010/2320.
- 12 Yarg. 9. HD. 30.03.2011 t. E. 2009/9793, K. 2011/9481.
- 13 Yarg. 9. HD. 30.03.2011 t. E. 2009/9793, K. 2011/9481, Yargıtay 9. HD. 21.01.2009 t. E. 2007/ 34591, K. 2009/604.
- 14 Yarg. 9. HD. 30.03.2011 t. E. 2009/9793, K.2011/9481, Yargıtay 9. HD. 21.01.2009 t. E. 2007/ 34591, K.2009/604.
- 15 TAŞKENT, Savaş: İşverenin Yönetim Hakkı, İstanbul 1981 s. 12; ŞEN, Murat: İş Hukukunda Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik, Ankara 2005 s. 24, 25; EKONOMİ, Münir: Çalışma Şartlarının Belirlenmesi ve Değişen İlkelere Uyumu, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, Ankara 1997, s. 158; TEZEL, Şevket: İşçinin Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklikten Kaynaklanan Fesih İşlemi ve Sonuçları, Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi, Şubat 2008, S: 50 s. 235-242. İşçiye özel sağlık sigortası yapılması ya da işverence primleri ödenmek kaydıyla bireysel emeklilik sistemine dahil edilmesi de çalışma koşulları kavramı içinde yer alacaktır. Yarg. 9. HD. 27.10.2008 T. E. 2008/29715, K. 2008/28944, Yarg. 9. HD. 02.04.2009 t. E. 2007/41138, K. 2009/9238.
- 16 "...İş şartları işçi aleyhine olarak esaslı biçimde değiştirilmiş, ancak, davacı işçi 6 iş günü içerisinde iş sözleşmesini feshetmemiştir. Böyle olunca davacı işçinin yeni personel yönetmeliği hükümlerini kabul etmiş sayılacağı sonucuna varılmalıdır..." Yarg. 9. HD. 17.02.2004 t. E. 2003/10843 K. 2004/2582, Yarg.HGK 02.07.2003 t. E. 2003/9-427, K. 2003/453, Yarg. 9. HD. 07.10.2003 t. E. 2003/3161, K. 2003/16343, Yarg. 9. HD. 12.11.2003 t. E. 2003/6542 K. 2003/19153.
- 17 Yarg. 9. HD. 23.12.2008 t. E. 2008/13026, K. 2008/33685, Yarg. 9. HD. 02.04.2009 t. E. 2007/41138, K. 2009/9238.
- 18 MOLLAMAHMUTOĞLU s. 69.
- 19 Yarg. 9. HD. 23.12.2008 t. E. 2008/13026, K. 2008/33685, Yarg. 9. HD. 02.04.2009 t. E. 2007/41138, K. 2009/9238, Yarg. 9. HD. 13.12.2010 E. 2009/39668 K. 2010/37397.
- 20 MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi: Toplu İş Sözleşmesi Düzeninde Kazanılmış Hak, Kazanılmış Avantaj Kavramları, Esener'e Armağan, Ankara 2000, s. 563.
- 21 Yarg. 9. HD. 23.12.2008 t. E. 2008/13026, K. 2008/33685, Yarg. 9. HD. 02.04.2009 t. E. 2007/41138, K. 2009/9238, Yarg. 9. HD. 13.12.2010 E. 2009/39668 K. 2010/37397, Yarg. 9. HD. 23.09.2010 t. E. 2010/26258, K. 2010/25387.
- 22 Yarg. 9. HD. 23.12.2008 t. E. 2008/13026, K. 2008/33685, Yarg. 9. HD. 02.04.2009 t. E. 2007/41138, K. 2009/9238.
- 23 "4857 sayılı İş Kanununun 22 nci maddesinde çalışma koşullarında esaslı değişiklik sebebiyle işçinin iş sözleşmesini haklı olarak feshedebileceği öngörülmüştür. Bununla birlikte çalışma koşullarının değiştirilmesi, aynı zamanda çalışma koşullarının uygulanmaması anlamına geldiğinden, söz konusu bu durumun Kanunun m.24/II-f bendi uyarınca işçiye bildirmsiz fesih hakkı da verdiği söylenebilecektir. Bu durumda işçinin ihbar tazminatı talep hakkı doğmazsa da, kıdem tazminatı ödenmelidir.
- Bununla birlikte, çalışma koşullarında esaslı değişikliği kabul etmeyen işçinin iş sözleşmesinin işverence feshi halinde, ihbar ve kıdem tazminatlarını talep hakkı doğacaktır." Yarg. 9. HD. 23.12.2008 t. E. 2008/13026, K. 2008/33685, Yarg. 9. HD. 02.04.2009 t. E. 2007/41138, K. 2009/9238.
- 24 Yarg. 9. HD. 04.12.2006 t. E. 2006/23970, K. 2006/31976, Yarg. 9. HD. 23.12.2008 t. E. 2008/13026, K. 2008/33685, Yarg. 9. HD. 02.04.2009 t. E. 2007/41138, K. 2009/9238.
- 25 Yarg. 9. HD. 30.03.2011 t. E. 2009/9793, K.2011/9481, Yargıtay 9. HD. 22.1.2009 t. E. 2007/ 34717, K. 2009/ 638, Yarg. 9. HD. 08.04.2011 t. E. 2009/10393, K. 2011/10581.
- 26 Yarg. 9. HD. 30.03.2011 t. E. 2009/9793, K.2011/9481, Yargıtay 9. HD. 22.1.2009 t. E. 2007/34717, K. 2009/638, Yarg 9. HD. 17.10.2008 t. E.2007/28997, K. 2008/27421.
- 27 Yarg. 9. HD. 30.03.2011 t. E. 2009/9793, K. 2011/9481, Yargıtay 9. HD. 22.1.2009 t. E. 2007/34717, K. 2009/638, Yarg. 9. HD. 08.04.2011 t. E. 2009/10393, K. 2011/10581.
- 28 "...İş şartları işçi aleyhine olarak esaslı biçimde değiştirilmiş, ancak, davacı işçi 6 iş günü içerisinde iş sözleşmesini feshetmemiştir. Böyle olunca davacı işçinin yeni personel yönetmeliği hükümlerini kabul etmiş sayılacağı sonucuna varılmalıdır..." Yarg. 9. HD. 17.02.2004 t. E. 2003/10843 K. 2004/2582, Yarg. HGK 02.07.2003 t. E. 2003/9-427, K. 2003/453, Yarg. 9. HD. 07.10.2003 t. E. 2003/3161, K. 2003/16343, Yarg. 9. HD. 12.11.2003 t. E. 2003/6542 K. 2003/19153.
- 29 Yarg. 9. HD. 21.04.2010 E. 2008/24929, K. 2010/11706.
- 30 Yarg. 9. HD. 15.10.2010 t. E. 2008/37044, K. 2010/29214.
- 31 Yarg. 9. HD. 14.06.2010 t. E. 2008/28983, K. 2010/18169.
- 32 AKYOL, Şener: Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul 1995, s. 3; KESER, Leyla: Dürüstlük Kuralı ve Konkordato Mühleti Bakımından Önemi, Prof. Dr. Mahmut Tevfik BİRSEL'e Armağan İzmir 2001, s. 253-267.
- 33 Ayrıntı için bkz. EDİS, Seyfullah: Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Basıdan Tıpkı Basım, Ankara 1993 s. 299-300; ÖZSUNAY, Ergun: Medeni Hukuka Giriş, Gözden Geçirilmiş 5. Bası, İstanbul 1986, s. 345 vd.; TEKİNAY, Selahattin Sulhi: Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, Gözden Geçirilmiş İlaveli 6. Bası, İstanbul 1992, s. 164, 166 vd.; ZEVLİLER, Aydın: Medeni Hukuk-Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku 4. Bası, Ankara 1995, s. 243.
- 34 Yarg. 13. HD. 23.09.2002 t. E. 2002/6964, K. 2002/9369.
- 35 RG. 08.12.2001 No: 24607.
- 36 STAUDINGER/WEBER, § 242, N. A. 2, aktaran AKYOL, s. 21.
- 37 AKYOL, s. 21.
- 38 DESCHENAUX, in Schweiz. Privatrecht II, s. 184, dn. 27, BGE 81 II, s. 634; MünchKomm-ROTH, § 242, N. 327; Aktaran AKYOL, s. 57.
- 39 AKYOL, s. 57-60.
- 40 DESCHENAUX in Schweiz Privatrecht II, s. 183/184, Aktaran AKYOL, s. 52.

- 41 Yarg. 10. HD. 29.01.2008 t. E. 2007/5188, K. 2008/645, <http://www.legalbank.net/belge.aspx?id=06072&ara=>; PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet: Medeni Usul Hukuku, 6. Bası, Ankara 2007. s. 275-277.
- 42 Yarg. 9. HD. 05.05.2011 t. E. 2009/13934, K. 2011/13452, Yarg. 9. HD. 27.01.2011 t. E. 2010/51681, K. 2011/1079.
- 43 Yarg. 9. HD. 15.10.2010 t. E. 2008/41165, K. 2010/29240, Yarg. 9. HD. 05.05.2011 t. E. 2009/13934, K. 2011/13452, Yarg. 9. HD. 27.01.2011 t. E. 2010/51681, K. 2011/1079.
- 44 Yarg. 9. HD. 5.11.2010 t. E. 2008/37441, K. 2010/31943, Yarg. 9. HD. 05.05.2011 t. E. 2009/13934, K. 2011/13452, Yarg. 9. HD. 27.01.2011 t. E. 2010/51681, K. 2011/1079.
- 45 Yarg. 9. HD. 05.05.2011 t. E. 2009/13934, K. 2011/13452, Yarg. 9. HD. 05.05.2011 t. E. 2009/13934, K. 2011/13452, Yarg. 9. HD. 27.01.2011 t. E. 2010/51681, K. 2011/1079.
- 46 Yarg. 9. HD. 26.10.2010 t. E. 2009/27121 K. 2010/30468, Yarg. 9. HD. 05.05.2011 t. E. 2009/13934, K. 2011/13452, Yarg. 9. HD. 27.01.2011 t. E. 2010/51681, K. 2011/1079.
- 47 Yarg. 9. HD. 04.11.2010 t. E. 2008/37372, K. 2010/31566, Yarg. 9. HD. 27.01.2011 t. E. 2010/51681, K. 2011/1079, Yarg. 9. HD. 05.05.2011 t. E. 2009/13934, K. 2011/13452.
- 48 Yarg. 9. HD. 21.10.2010 t. E. 2008/40992, K. 2010/39123, Yarg. 9. HD. 27.01.2011 t. E. 2010/51681, K. 2011/1079, Yarg. 9. HD. 05.05.2011 t. E. 2009/13934, K. 2011/13452.
- 49 Yarg. 9. HD. 24.6.2010 t. E. 2008/33748, K. 2010/20389, Yarg. 9. HD. 27.01.2011 t. E. 2010/51681, K. 2011/1079, Yarg. 9. HD. 05.05.2011 t. E. 2009/13934, K. 2011/13452.
- 50 Yarg. 9. HD. 27.06.2008 t. E. 2007/23861, K. 2008/17735, Yarg. 9. HD. 27.01.2011 t. E. 2010/51681, K. 2011/1079, Yarg. 9. HD. 05.05.2011 t. E. 2009/13934, K. 2011/13452.
- 51 Yarg. HGK. 21.10.2009 t. E. 2009/396, K. 2009/441, Yarg. 9. HD. 27.01.2011 t. E. 2010/51681, K. 2011/1079, Yarg. 9. HD. 05.05.2011 t. E. 2009/13934, K. 2011/13452.
- 52 Yarg. 9. HD. 04.11.2010 t. E. 2008/40032, K. 2010/31666, Yarg. 9. HD. 27.01.2011 t. E. 2010/51681, K. 2011/1079, Yarg. 9. HD. 05.05.2011 t. E. 2009/13934, K. 2011/13452.
- 53 Yarg. 9. HD. 24.6.2010 t. E. 2008/33597, K. 2010/20380, Yarg. 9. HD. 27.01.2011 t. E. 2010/51681, K. 2011/1079, Yarg. 9. HD. 05.05.2011 t. E. 2009/13934, K. 2011/13452.
- 54 Yarg. 9. HD. 15.10.2010 t. E. 2008/37044, K. 2010/29214, Yarg. 9. HD. 14.06.2010 t. E. 2008/28983 K. 2010/18169.

KAYNAKLAR

- AKI, Erol; Hukukun Temel Kavramları, İzmir 2010.
- AKYOL, Şener; Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasası, İstanbul 1995.
- BİLGE, Necip; Hukuk Başlangıcı, 14. Bası, Ankara 2000.
- ÇELİK, Nuri; İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 22. Bası, İstanbul Eylül 2009.
- DEMİR, Fevzi; Hukukun Temel Kavramları, İzmir 2009.
- DEMİR, Fevzi; En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, 5. Bası, İzmir Ocak 2009.

- EDİS, Seyfullah; Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Basıdan Tıpkı Basım, Ankara 1993.
- EKONOMİ, Münir; Çalışma Şartlarının Belirlenmesi ve Değişen İkelere Uyumu, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, Ankara 1997.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref; Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, 18. Bası, Ankara 2003.
- KESER, Leyla; Dürüstlük Kuralı ve Konkordato Mühleti Bakımından Önemi, Prof. Dr. Mahmut Tefvik BİRSEL'e Armağan İzmir 2001.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi; Toplu İş Sözleşmesi Düzeninde Kazanılmış Hak, Kazanılmış Avantaj Kavramları, Esener'e Armağan, Ankara 2000.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi; İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş Yenilenmiş 3. Bası, Ankara 2008.
- ÖZSUNAY, Ergun; Medeni Hukuka Giriş, Gözden Geçirilmiş 5. Bası, İstanbul 1986.
- PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet; Medeni Usul Hukuku. 6. Bası. Ankara 2007.
- ŞEN, Murat; İş Hukukunda Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik, Ankara 2005.
- TAŞKENT, Savaş; İşverenin Yönetim Hakkı, İstanbul 1981.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi; Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, Gözden Geçirilmiş İlaveli 6. Bası, İstanbul 1992.
- TEZEL, Şevket; İşçinin Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklikten Kaynaklanan Fesih İşlemi ve Sonuçları, Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi.
- ZEVKİLİLER, Aydın; Medeni Hukuk-Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku 4. Bası, Ankara 1995.
- LEGALBANK Elektronik Hukuk Bankası, <http://www.legalbank.net/>

Yrd. Doç. Dr. N. Binnur TULUKÇU

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ara Dinlenmesinde Yapılan Çalışmanın Ücretlendirilmesi

T.C. YARGITAY

9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2005/13812

Karar No : 2005/16497

Tarihi : 12.05.2005

DAVA

Davacı, ara dinlenme alacağının ödenmesine karar verilmesini istemiştir. Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır. Hüküm duruşmalı olarak davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş ise de; HUMK.'nun 435. maddesi gereğince duruşma isteğinin süreden reddine ve incelemenin evrak üzerinde yapılmasına karar verdikten ve temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR

Davacı işçi, davalıya ait işyerinde vardiyalı

olarak çalıştığını, işyerinin konumu nedeniyle iş mahallinden ayrılmasının mümkün olmadığını, toplu iş sözleşmesinin 61. maddesinde vardiyalı işlerde çalıştırılan işçilerin yarım saatlik ara dinlenmelerini iş mahallinde geçirdiklerini, iş mahallinde geçirilen yarım saatlik ara dinlenme süreleri için bir saatlik normal çalışma ücretinin % 50 arttırılmak suretiyle ödenmesi gerektiği belirtilmesine rağmen ödenmediğini belirterek ara dinlenme alacağının hüküm altına alınması isteğinde bulunmuştur.

Davalı işveren, bu konuda öncelikle toplu iş sözleşmesinin tarafı sendikaca yorum davası açılması gerektiğini, alacağın zamanışımına uğradığını, toplu iş sözleşmesinin anılan hükmünün 2822 sayılı Kanununun 5 ve Borçlar Kanununun 19. maddesi uyarınca geçersiz olduğunu, vardiyalı çalışan işçilerden ara dinlenmesi sırasında zorunlu olarak işbaşında işe amade bulunması gereken işçilere ara dinlenmesi ücretinin verildiğini,

ara dinlenmelerini işyeri mahallinde veya dışında serbestçe kullanabilme imkânına sahip işçilerin ise salt toplu iş sözleşmesindeki düzenlemeden hareketle zamlı ara dinlenme ücretine hak kazanamayacağını savunmuştur.

Mahkemece davacının ara dinlenmesi zamanını işyerinde geçirdiği, yapılan işin niteliği, ara dinlenmenin işyerinin dışında geçirilmesinin fiziki ve sosyal olarak mümkün bulunmaması ve ara dinlenme saatlerinde bile çalışmaya devam olunması zorunluluğunun söz konusu olduğu gerekçesiyle isteğin kabulüne karar verilmiştir.

Taraflar arasındaki uyuşmazlık toplu iş sözleşmelerindeki düzenlemeler uyarınca vardiyalı çalıştırılan davacı işçiye işyerindeki vardiyalı ve fiili çalışma şekline göre zamlı ara dinlenme ücretinin ödenip ödenmeyeceği noktasında toplanmaktadır. Davalı işveren vardiyalı çalışan işçilerden ara dinlenmesi sırasında zorunlu olarak işbaşında bulunması gereken işçilere ara dinlenmesi ücretinin verildiğini, ara dinlenmelerini işyeri mahallinde veya dışında serbestçe kullanabilme imkânına sahip işçilerin ise salt toplu iş sözleşmesindeki düzenlemeden hareketle zamlı ara dinlenme ücretine hak kazanamayacağını savunmaktadır. Davacı tanıkları davacının ara dinlenme sırasında dinlenemediğini, davalı tanıkları ise davacı ve arkadaşlarının ara dinlenmede çalışmadıklarını açıklamışlardır. Mahkemece davacı tanıklarının beyanlarına ne gibi sebeple üstünlük tanındığı gerekçe de belirtilmemiştir.

Toplu iş sözleşmesinin anılan hükmü,

vardiyalı işçi çalıştırılan işyerlerinde ve işçinin ara dinlenmesini işin niteliği gereği fiilen çalışarak geçirmesi halinde uygulanma olanağına sahiptir. İşçinin salt ara dinleme sırasında işyerinde bulunması önemli olmayıp, bu süre içinde ara dinlenme yokmuş gibi çalışıyor olması da gerekir. İşçinin ara dinlenme sırasında kendi isteği ile veya başka bir yere gitme imkânının o sırada fiziken mümkün olmaması nedeniyle işyerinde bulunması halinde söz konusu alacağa hak kazanması mümkün değildir. Bu nedenle öncelikle işçinin vardiyalı çalışıp çalışmadığı, ara dinlenmesini işyerinde işin niteliği gereği fiilen çalışarak geçirip geçirmediği belirlenmelidir. İşyerinde gerekirse keşif yapılmak ve tanık anlatımları ile birlikte değerlendirme yapılmak suretiyle davacının yaptığı işin niteliği gereği ara dinlenme sırasında fiilen çalışarak işyerinde bulunmasının gerekip gerekmediği belirlenmeli sonucuna göre karar verilmelidir. Eksik inceleme ile hüküm kurulması hatalıdır.

Öte yandan, kabule göre de, davalının birliktir raporuna karşı yaptığı somut itirazların ve ıslah ile arttırılan miktarlar yönünden zamanaşımı defininin dikkate alınmamış olması da doğru değildir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 12.05.2005 gününde oy birliği ile karar verildi.

1. KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Taraflar arasındaki uyuşmazlık toplu iş sözleşmelerindeki düzenlemeler uyarınca vardiyalı çalıştırılan davacı işçiye işyerindeki vardiyalı ve fiili çalışma şekline göre zamlı ara dinlenme ücretinin ödenip ödenmeyeceğine ilişkindir.

Davalı işveren vardiyalı çalışan işçilerden ara dinlenmesi sırasında zorunlu olarak işbaşında bulunması gereken işçilere ara dinlenmesi ücretinin verildiğini, ara dinlenmelerini işyeri mahallinde veya dışında serbestçe kullanabilme imkânına sahip işçilerin ise salt toplu iş sözleşmesindeki düzenlemeden hareketle zamlı ara dinlenme ücretine hak kazanamayacağını

Dinlendirilmeksizin ve ara vermeksizin işçilerin çalıştırılması, öncelikle işçinin fiziksel ve ruhsal sağlığının bozulmasına, dolayısıyla işletme maliyetlerinin artmasına ve işverenin zarara uğramasına yol açar.

savunmaktadır. Mahkeme, davacının ara dinlenmesi zamanını işyerinde geçirdiği, yapılan işin niteliği, ara dinlenmenin işyerinin dışında geçirilmesinin fiziki ve sosyal olarak mümkün bulunmaması ve ara dinlenme saatlerinde bile çalışmaya devam olunması zorunluluğunun söz konusu olduğu gerekçesiyle isteği kabul etmiştir.

Yargıtay ise, toplu iş sözleşmesindeki hükümün, vardiyalı işçi çalıştırılan işyerlerinde ve işçinin ara dinlenmesini işin niteliği gereği fiilen çalışarak geçirmesi halinde uygulanabileceğini, işçinin salt ara dinleme sırasında işyerinde bulunmasının önemli olmadığını, bu süre içinde fiilen çalışması gerektiğini ve ara dinlenmesinde işçinin kendi isteğiyle veya başka bir yere gitme imkânının o sırada fiziken mümkün olmaması nedeniyle işyerinde bulunması halinde ise söz konusu alacağa hak kazanmasının mümkün olmadığını, işçinin işyerinde fiilen çalışmasının olup olmadığına ilişkin eksik inceleme yapıldığını ifade ederek, bozma kararı vermiştir.

Ara dinlenmesi sırasında işçinin işyerinde kalarak, fiilen çalışmaya da işverenin gözetiminde çıkacak işi bekleyerek geçirdiği sürelerin ara dinlenmesinden sayılmasına ilişkin uygulamada uyuşmazlıkların çıkması ve Yargıtay'ın bu konuda daha yeni tarihli bir kararının olmaması sebebiyle, Yargıtay'ın 12.05.2005 tarih, 2005/13812 Esas ve 2005/16497 Karar sayılı Kararı esas alınarak, ara dinlenmesi kavramı ve amacı, ara dinlenmesine ilişkin hükmün hukuki niteliği, uygulanması ve bunun içinde ara dinlenmesi süresi, ara dinlenmesinin işçiler arasında nöbetleşe veya topluca kullanılması ve ara dinlenmesinde serbestlik esası hakkın-

daki konulara ilişkin Yargıtay kararları ışığında değerlendirme yapılarak bilgi verilecektir.

A. Ara Dinlenmesi Kavramı ve Amacı

İş sözleşmesinde işçinin iş görme borcu, kesintisiz bir fiil veya davranışla ifa edilen ve işçiyi devamlı bir uyma yükümlülüğü altında bırakan edimdir. Sözleşmenin belirli süreli ya da işin süreksiz olması, iş ediminin devamlılık niteliğini ortadan kaldırmaz. İşin işçinin emeği ile yerine getirilmesi ve aradaki iş ilişkisinin kişisel ilişki kurması, işçinin kişiliğinin korunmasını gerekli kılar. Bu nedenle işçinin fiziki bütünlüğünün ve ruhi iyilik halinin görülen işten, iş ve işyeri koşullarından kaynaklanabilecek her türlü iş kazası ve meslek hastalığı gibi tehlikelere karşı etkin olarak korunması gerekir. Ancak işçinin korunması sadece bununla sınırlı değildir; işçinin yaptığı iş sebebiyle devamlı olarak çalışması halinde ortaya çıkabilecek yorgunluk, gerginlik, dikkat dağılması, yemek, içmek gibi doğal ihtiyaçlarının giderilmesi gereği sebepleriyle de korunması gerekir. Bunun için çalışma sürelerinin belirli saatlerle sınırlandırılması ve düzenlenmesi, çalışmanın aralıklı olması ve bu aralarda ihtiyaçlarını giderebilmesi, sürekli çalışmadan kaynaklanan motivasyon eksikliğinin dinlenerek engellenmesi amaçlarına yönelik olarak işçiye ara dinlenmesi verilmesi zorunludur¹.

Bu zorunluluk, çalışma sürelerinin kanuni düzenleme ile getirilen asgari ara dinlenmelerinin göz önünde tutularak düzenlenmesi sonucunu ortaya çıkarır². Her ne kadar iş ilişkisi devamlı iş sözleşmesine dayansa da, bu devamlılık sözleşmeden doğan işgörme borcunun devamlılığını ifade eder; aksi halde sözleşmenin konusu insan emeği olduğu için, dinlendirilmeksizin ve hiç ara vermeksizin çalışma saatlerinin devamı boyunca işçinin sürekli olarak çalışması düşünülemez. Bu sebeple iş sürelerinin belirlenmesi ve belirli sınırlar dahilinde düzenlenmesi kapsamında, dünyada olduğu gibi ülkemizde de ara dinlenme süreleri 4857 sayılı İş Kanunu'nun 68. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, "Günlük çalışma süresinin ortalama bir zamanında o yerin gelenekleri ve işin gereğine göre ayarlanmak suretiyle işçilere; a.

Dört saat ve daha kısa süreli işlerde on beş dakika, b. Dört saatten fazla ve yedi buçuk saate kadar (yedi buçuk saat dahil) süreli işlerde yarım saat, c. Yedi buçuk saatten fazla süreli işlerde bir saat ara dinlenmesi verilir. Bu dinlenme süreleri en az olup aralıksız verilir. Ancak bu süreler, iklim, mevsim, o yerdeki gelenekler ve işin niteliği göz önünde tutularak sözleşmeler ile aralı olarak kullanılabilir. Dinlenmeler bir işyerinde işçilere aynı veya değişik saatlerde kullanılabilir. Ara dinlenmeleri çalışma süresinden sayılmaz.”³

Hazırlama, Tamamlama ve Temizleme İşleri Yönetmeliği'nin⁴ “Dinlenme Zorunluluğu” başlığını taşıyan 10. maddesinde de benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, “4857 sayılı İş Kanununun 68 inci maddesinde belirtilen ara dinlenmeleri hakkındaki hükümler saklı kalmak koşuluyla, işyerinde yürütülen asıl işin bitmesinden sonra hazırlama, tamamlama ve temizleme işlerini yapacak olan işçilerin, bu işlere başlamadan önce haklarını kullanmaları, asıl işin bitmesinden sonra böyle bir çalışma aralığı bırakılmasının herhangi bir teknik sakınca doğurmaması koşuluna bağlıdır. Sözü edilen dinlenmeler, çalışma süresinden sayılmaz.”

Haftalık İş Günlerine Bölünemeyen Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nin⁵ “Ara Dinlenmesi” başlığını taşıyan m.7 hükmünde de “İşçilere 4857 sayılı İş Kanununun 68 inci maddesindeki esaslara uygun olarak ara dinlenmesi verilir. Hareket halindeki taşıtlarda çalışan işçilerin ara dinlenmeleri, genel olarak duraklama yerlerinde verilir. Kalkış-varış yerleri arasında duraklama yeri bulunmayan veya duraklama yerleri bulunmakla birlikte işin niteliğinin gereği olarak bu yerlerde ara dinlenmesi verilemeyen durumlarda ara dinlenmesi taşıt içerisinde verilir.” ifadesine yer verilmiştir.

Konut Kapıcıları Yönetmeliği'nin⁶ “Çalışma Süresi ve Ara Dinlenmesi” başlıklı 7. maddesinde de, ara dinlenmesi hükme bağlanmıştır. Buna göre, “Çalışma süresi genel olarak haftalık 45 saattir. Bu süre çalışma biçimine göre sözleşme ile azaltılabilir. Ayrıca, İş Kanununun 63 üncü maddesindeki süreyi aksatmamak koşuluyla yoğunlaştırılmış çalışma ilişkisi de kurulabilir. Çalışma süresi, kapıcının işte geçirdiği

zamandır. Kapıcı konutu tahsis edilmiş işyerinde çalışma biçimine göre günlük çalışma süresi en çok dörde bölünebilir. Ara dinlenmesi çalışma süresinden sayılmaz. Çalışma saatleri, yaz ve kış saat uygulamaları ve iklim şartları dikkate alınarak düzenlenebilir.”

Postalar Halinde İşçi Çalıştırılarak Yürütülen İşlerde Çalışmalara İlişkin Özel Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'te de ara dinlenmesi düzenlenmiştir⁷. Buna göre, “Postalar halinde işçi çalıştırılarak yürütülen işlerde, işçilere, 4857 sayılı İş Kanununun 68 inci maddesindeki esaslar uyarınca ara dinlenmesi verilir. İşin niteliği, bir işyerinin aynı bölümündeki bütün işçilere aynı saatte ara dinlenmesi verilmesine olanak bırakmıyorsa, bu dinlenme, işçilere, gruplar halinde arka arkaya çalışma süresinin ortalarından başlayarak İş Kanunu ve bu Yönetmelikteki esaslara göre verilir.” (m.10)

İş Kanunu'ndaki ara dinlenmesine ilişkin hüküm gereğince, ara dinlenmesini kavram olarak günlük iş süresi içinde işin gereğine ve o yerin geleneklerine göre düzenlenmek suretiyle günlük çalışma süresinin ortalama bir zamanında işçiye verilen dinlenme zamanı olarak tanımlamak mümkündür⁸. İşveren devam eden günlük çalışma süresi içinde uzun süre çalışan veya devamlı bir yerde bulunan işçinin dinlenmesini sağlamak için ara dinlenmesi vermek zorundadır⁹. Dinlendirilmeksizin ve ara vermeksizin işçilerin çalıştırılması, öncelikle işçinin fiziksel ve ruhsal sağlığının bozulmasına, dolayısıyla işletme maliyetlerinin artmasına ve işverenin zarara uğramasına yol açar¹⁰. Nitekim doğal ihtiyaçlarını gidermeksizin, aşırı yorgun bir şekilde işgörmeye zorlanması, işçinin dikkatsizliğine, kendisine veya çevresine zarar vermesine yol açar¹¹.

Ara dinlenmesinin işçinin bedeni ve ruhi ihtiyaçları nedeniyle vazgeçilemez bir hak olduğu ve işçinin devam eden çalışma süresi içinde ara dinlenmesi yapmadan çalışmasının mümkün olmadığı Yargıtay kararlarında da ifade edilmiştir¹².

B. Ara Dinlenmesine İlişkin Hükümün Hukuki Niteliği

İş sözleşmesine dayanarak çalışan işçilerin

Yargıtay'a göre, işyerinde günlük on saatin üzerinde çalışma yapılıyorsa, ara dinlenmesinin 1,5 saat olarak belirlenmesi gerekir.

devam eden iş ilişkisine dayanarak günlük çalışması içinde dinlendirilmesi amacıyla ara dinlenmesini düzenleyen İşK.m.68 hükmü, nispi emredici niteliktedir. Nitekim hükümde belirlenen sürelerin en az olduğu, dolayısıyla tarafların anlaşmak suretiyle iş veya toplu iş sözleşmesi ile işçinin lehine olarak bunun üstünde ara dinlenme süresi kararlaştırabilmeleri imkânı verilmiştir¹³. İş hukukunun işçiyi koruma ilkesi gereğince, bu hükmün bu özelliğinin mutlak suretle göz önünde tutulması gerekir. Böylece sözleşmelerle işçinin rızası dahi alınsa, Kanun ile belirlenen ara dinlenmesine ilişkin asgari sürelerin altında kararlaştırılması mümkün değildir; aksine düzenlemeler geçersizdir¹⁴. Nitekim İş Kanunu tarafından günlük çalışma süresine göre belirlenen ara dinlenme sürelerinin altında bir sürenin toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmesi ile tespiti mümkün değildir. Asgari sürelerin kısaltılması veya tamamen ortadan kaldırılmasına ilişkin tarafların yapacakları herhangi bir anlaşma geçerli sayılmaz¹⁵. Ayrıca, ara dinlenmesine ilişkin m.68 hükmünü uygulamayan işveren veya işveren vekiline m.104 gereğince para cezası verilir¹⁶.

Ara dinlenmesine ilişkin esaslar maddede düzenlendikten sonra, son fıkrada ara dinlenmesinin çalışma süresinden sayılmayacağı belirtilmiştir. Bunun sonucu olarak işveren ara dinlenmeleri için işçiye ücret ödemekle yükümlü değildir¹⁷. Ara dinlenmesi verilmesinin temel amacı işçinin çalışma arasında dinlendirilmek suretiyle korunması olduğu için, bu hükmün de emredicilik niteliğinin mutlak olmadığı kabulü gerekir¹⁸. Dolayısıyla, taraflar iş veya toplu iş sözleşmesi ile ara dinlenmesinin çalışma süresine dahil edileceğini ve çalışılmış gibi ücretlendirileceğini kararlaştırılabilir¹⁹. Bu durumda işçiye ara dinlenmesi süresine ilişkin normal ücreti üzerinden ödeme yapılır. Kanun'da öngörülen ara dinlenmelerinin dışında ücret kesintisi yapılmaksızın işçile-

re sigara, çay vb. sebeplerle mola veriliyorsa, bu şekildeki dinlenme süreleri, aksi sözleşme ile kararlaştırılmamışsa, çalışma süresinden sayılır²⁰. Bunların süresi ve amacı, yine sözleşme ile belirlenir.

C. Ara Dinlenmesine İlişkin Hükümün Uygulanması

a. Ara Dinlenmesi Süresi

Ara dinlenmelerinin asgari süresi, İşK.m.68/1'de düzenlenmiştir. Buna göre işçilere 4 saat ve daha kısa süreli işlerde 15 dakika, 4 saatten fazla ve 7,5 saat kadar (7,5 saat dahil) süreli işlerde yarım saat, 7,5 saatten fazla süreli işlerde bir saat ara dinlenmesi verilir. Kanunda öngörülen süreler asgari süreler olup, bu süreler azaltılamaz. Ancak toplu iş sözleşmeleri veya iş sözleşmeleri ile bu sürelerin üstünde ara dinlenmesi belirlenebilir. Yargıtay'a göre, işyerinde günlük on saatin üzerinde çalışma yapılıyorsa, ara dinlenmesinin 1,5 saat olarak belirlenmesi gerekir²¹. Çalışma saatleri ile birlikte ara dinlenmeleri de işyerinde asılacak levhalar ile ilan edilmelidir (İşK.m.67).

Ara dinlenmelerinin kural olarak aralıksız kullandırılması gerekir. Ancak taraflar iş veya toplu iş sözleşmesinde ara dinlenmelerinin iklim, mevsim ve o yerdeki örf ve gelenekler veya işin niteliği göz önünde tutularak aralıklı kullanılabilmesini kararlaştırabilirler (İşK.m.68/2,3). Ara dinlenmesi günlük çalışma süresinin ortalamaya bir zamanında verilir. İşyerinin bulunduğu yerdeki gelenekler ve işin gereği dikkate alınarak ara dinlenmesinin verileceği ortalama zaman ayarlanır (İşK.m.68/1). Ayrıca ara dinlenmesinin bütün işçilere aynı zamanda kullandırılması zorunluluğu yoktur; Kanun'a göre bir işyerinin işçilerine aynı ya da farklı saatlerde kullandırılabilir (İşK.m.68/3)²². Dolayısıyla işveren eşit davranma borcuna uygun bir şekilde²³, yönetim hakkına dayanmak suretiyle, ara dinlenmesinin işyerinde farklı bölümlerde çalışan ve farklı işler yapan işçiler arasında nasıl uygulanacağına karar verir. Bu uygulamanın, iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi, işyeri iç yönetmelikleri, işyeri uygulamaları veya işverenin talimatları ile belirlenmesi mümkündür.

Dinlenme süresi içinde işçinin fiilen iş yapmasa dahi, çıkabilecek bir aksaklığa müdahale edebilmek için hazır beklemesi, üretim sürecini izlemesi, gerçek anlamda dinlenme olarak kabul edilemez.

b. Ara Dinlenmesinde Serbestlik Esası

İşçilerin günlük çalışma süresi içinde dinlenmelerini ve doğal ihtiyaçlarını karşılamalarını sağlamaları için düzenlenen ara dinlenmesi sırasında çalışma zorunlulukları yoktur ve kural olarak serbesttirler; iş veya toplu iş sözleşmesi ile aksi yönde bir hüküm getirilemez²⁴. İşveren bir hak olarak tanınan ara dinlenmesi süresi içinde işçiye çalışmasına dair talimat veremez; aksi takdirde işçi bu talimatlara uymakla yükümlü değildir. Bu durumda işveren, işçinin emir ve talimatlara uyma borcuna aykırı davrandığı gerekçesi ile iş sözleşmesini haklı sebeple feshetmesi mümkün değildir. Ayrıca, bildirimli feshetmesi halinde de, fesih hakkının kötüye kullanılmasından bahsedilebilir²⁵.

Ara dinlenme süresini işçinin işyerinde geçirme zorunluluğu olmamasına rağmen²⁶, ara dinlenmesi sırasında işyerinden ayrılması, işyerinin ve işin özelliği nedeniyle güçlük arz ediyorsa, işçinin ara dinlenmesini işyerinde geçirmesine ilişkin uygulama Kanuna aykırılık teşkil etmez²⁷. Öğretide işverenin talimatı çerçevesinde ara dinlenmesi sırasında işçi işin başında bulundurulursa ve çıkacak iş için bekletilirse, ara dinlenmesinin doğrudan iş süresinden sayılacağı ileri sürülmektedir²⁸.

Gerçekten, İş Kanunu'nun 66. maddesinin c bendinde, işçinin, işinde ve işverenin her an buyruğuna hazır bir biçimde bulunmakla birlikte çalıştırılmaksızın ve çıkacak işi bekleyerek boşa geçirdiği sürelerin iş süresinden sayılacağı belirtilmiştir. Yine aynı maddenin (d) bendinde, işçinin asıl işi olmamakla birlikte işveren tarafından başka bir görevle meşgul edilmesi halinde de bu sürenin iş süresinden sayılacağı düzenlenmiştir. İş.K.m.68 hükmündeki ifadeye göre ise, ara dinlenmesi çalışma süresinden sa-

yılmamakla beraber, tarafların anlaşmak suretiyle aksini kararlaştırmaları mümkündür. Yani işçi ara dinlenmesi sırasında çalışmadığı halde, bu sürenin çalışılmış gibi hesapta göz önünde tutulmasına taraflar sözleşme ile karar verebilirler. Ancak bu şekilde bir anlaşma olmamasına rağmen, işçinin ara dinlenmesi sırasında fiilen çalıştırılmamakla beraber, işin veya makinenin başında çıkacak iş için veya arıza veya tehlike anında derhal müdahale için bekletilmesi halinde, ara dinlenmesinin gerçek amacına ulaştığı söylenemez; bu durumda ara dinlenmesi olarak kabul edilen sürelerin de iş süresinden sayılması ve ücretlendirilmesi gerekir²⁹. Ara dinlenmesinde çalıştırılan ve bu süre çalışma süresi olarak kabul edilen işçiye, günlük olarak dinlenmesinin sağlanması amacıyla ayrıca bir ara dinlenmesi verilmesi de zorunludur³⁰.

Örneğin, arıza ihtimaline karşın bilgisayarlı otomatik bir makinenin başında derhal müdahale edebilmek için bekleyen işçinin aynı zamanda yemek yemesi, onun ara dinlenmesi sırasında serbest olduğu ve bu haktan faydalandığı anlamına gelmez. Nitekim ara dinlenmesi sürelerinin kullanılmasının serbestlik esasına dayanması, işçinin bu süreyi nerede ve ne şekilde geçireceğine serbestçe karar verebilmesini sağlar³¹; bu süre içinde işçi çalışmayla ilgili olarak her türlü zihinsel ve bedensel faaliyetten uzak durabilmelidir.

Buna karşılık Yargıtay, ara dinlenmesi sırasında çıkacak aksaklık ve noksanlıkları gözetmek ve bunlara müdahale etmek için işyerinden ayrılmayıp yemeğini orada yemek suretiyle ara dinlenmesini iş başında geçiren işçinin ara dinlenmesinde geçirdiği sürenin, çalışma süresi ve fazla çalışma olarak kabul edilemeyeceğine ilişkin kararı³² öğretide eleştirilmektedir³³. Nitekim, ara dinlenmesine ilişkin düzenlemenin amacı, işçinin emeğini kullandığı süre içinde belirli bir zaman dilimi içinde fiziksel ve ruhsal olarak dinlenmesinin sağlanmasıdır. Bu amacın gerçekleştirilebilmesi için de tam olarak işin sorumluluğundan veya yükünden uzak kalması, bu anlamda kendini özgür hissetmesi ve çalışma gücünü yenileyebilmesi imkanına sahip olması gerekir³⁴.

Dinlenme süresi içinde işçinin fiilen iş yap-

masa dahi, çıkabilecek bir aksaklığa müdahale edebilmek için hazır beklemesi, üretim sürecini izlemesi, gerçek anlamda dinlenme olarak kabul edilemez³⁵. Bu şekilde geçirilen ara dinlenmesi sürelerinin çalışma süresinden sayılması ve ücretlendirilmesi; işçinin ara dinlenmesi sırasındaki çalışması ile çalışma süresi normal haftalık çalışma süresini aşıyorsa fazla çalışma sayılması³⁶ ve işçinin zamlı ücrete veya serbest zaman talebine hak kazanması gerekir³⁷. Yargıtay'a göre ise, toplu iş sözleşmesinde ara dinlenmesinin iş süresinden sayılacağına dair hüküm bulunsa bile, işçi ara dinlenmesinde çalıştırılmamışsa, bu sürenin fazla çalışma sayılmayacağı ve zamlı ücret istenemeyeceği, işçiye sadece normal ücretinin ödenmesi gerektiği kabul edilmektedir³⁸. Ayrıca Yargıtay'ın, işçinin ara dinlenmesi sırasında fiilen çalıştığını ispat etmesi halinde fazla çalışma ücretine hak kazanacağına ilişkin kararları da vardır³⁹.

Ara dinlenmesi sırasında iş ile ilgili olarak herhangi bir yükümlülüğü olmamakla beraber, ara dinlenme süresinin işyerinde geçirilmesi halinde ise Yargıtay, bu sürenin çalışma süresinden sayılmayacağına karar vermiştir⁴⁰. Gerçekten böyle bir durumda işçinin yemeğini işyerinde yemeyi tercih etmesi, hava koşullarının dışarıya çıkmaya uygun olmaması, işyerlerinin yerleşim yerlerine uzak olması gibi sebeplerle işçinin ara dinlenmesi sırasında işyerinde kalması halinde, işçinin bu hakkını kullanmadığı kabul edilemez ve bu süreler çalışma süresinden sayılamaz.

Ara dinlenmesindeki serbestlik esasına ilişkin olarak, genç işçilerin korunması açısından farklılık yoktur; aynı hükümler geçerlidir⁴¹. Dinlenme hakkının işçinin fiziksel ve ruhsal olarak korunmasını sağlamak amacıyla tanındığı göz önünde tutulduğunda, ara dinlenmesi konusunda yıllık ücretli izin sürelerinin düzenlendiği m.53'de olduğu gibi 18 ve daha küçük yaştaki işçilerin ayrı tutulup, bunlara daha uzun ara dinlenmesi sürelerinin tanınması gerekir.

Ara dinlenmesinin kullanılması bakımında gece veya gündüz vardiyası arasında da bir ayırım yapılmamıştır. Ancak işçinin gece vardiyasındaki ihtiyaçları ile gündüz vardiyasındaki ihtiyaçları arasında farklılık olmamakla bera-

ber, gece çalışmasının gündüz çalışmasına göre daha fazla dikkat gerektirmesi ve bu anlamda işçiyi fiziksel ve ruhsal olarak daha fazla zorlaması açısından, farklı bir düzenlemenin yapılması da düşünülebilirdi⁴².

Somut olay açısından değerlendirdiğimiz zaman, öncelikle taraflar arasındaki uyuşmazlık çerçevesinde toplu iş sözleşmelerindeki düzenlemeler uyarınca vardiyalı çalıştırılan davacı işçiye işyerindeki vardiyalı ve fiili çalışma şekline göre zamlı ara dinlenme ücretinin ödenip ödenmeyeceği hususunun çözüme kavuşturulması gerekir. İşveren vardiyalı çalışan işçilerden ara dinlenmesi sırasında zorunlu olarak işbaşında bulunması gereken işçilere ara dinlenmesi ücretinin verildiğini, ara dinlenmelerini işyeri mahallinde veya dışında serbestçe kullanabilme imkanına sahip işçilerin ise salt toplu iş sözleşmesindeki düzenlemeden hareketle zamlı ara dinlenme ücretine hak kazanamayacağını savunmaktadır. Toplu iş sözleşmesinde düzenlenen m.61 ile vardiyalı işlerde çalıştırılan işçilerin yarım saatlik ara dinlenmelerini iş mahallinde geçirmeleri halinde iş mahallinde geçirilen yarım saatlik ara dinlenme süreleri için bir saatlik normal çalışma ücretinin %50 arttırılmak suretiyle ödenmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. Davacı işçi, davalıya ait işyerinde vardiyalı olarak çalıştığını, işyerinin konumu nedeniyle iş mahallinden ayrılmasının mümkün olmadığını, toplu iş sözleşmesi hükmü gereğince zamlı ücret ödenmediğini belirterek ara dinlenme alacağına hüküm altına alınması isteğinde bulunmuştur.

Toplu iş sözleşmesindeki hüküm, vardiyalı işçi çalıştırılan işyerlerinde ve işçinin ara dinlenmesini işin niteliği gereği fiilen çalışarak geçirmesi halinde uygulanabilir. İşçinin salt ara dinlenmesi sırasında işyerinde bulunması önemli olmayıp, bu süre içinde ara dinlenme yokmuş gibi çalışıyor olması da gerekir. İşçinin ara dinlenmesi sırasında kendi isteği ile veya başka bir yere gitme imkânının o sırada fiziken mümkün olmaması nedeniyle işyerinde bulunması halinde söz konusu alacağına hak kazanması mümkün değildir. Bu nedenle öncelikle işçinin vardiyalı çalışıp çalışmadığı, ara dinlenmesini işyerinde işin niteliği gereği fiilen çalış-

şarak geçirip geçirmediği ve işyerinde bulunmasının gerekip gerekmediği belirlenmelidir. Nitekim Yargıtay haklı olarak eksik inceleme nedeniyle bozma kararı vermiştir.

İşçilerin günlük çalışma süresi içinde çalışmaya ara vermek suretiyle dinlenmelerini sağlamak için düzenlenen ara dinlenmesinde işçiler kural olarak çalışmak zorunda değildir; bu süreler çalışma süresinden sayılmadığı için de işçiye buna ilişkin ücret ödenmez. İşçinin korunması ilkesi çerçevesinde, iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile bunun aksinin kararlaştırılması mümkün değildir. Ancak taraflar buna rağmen ara dinlenmesinde işçinin çalışmasına ilişkin bir düzenlemeye toplu iş sözleşmesinde yer vermişlerse, hukuka aykırı bile olsa iş hukukuna hâkim olan genel ilkeler çerçevesinde işçinin çalışmasına sonuç bağlanmak zorundadır; sözleşmedeki hükme göre yaptığı çalışmanın ücretlendirilmesi gerekir.

II. SONUÇ

Somut olayda işçi gerçekten vardiyalı işçi ise ve ara dinlenmesi sırasında iş ile ilgili olarak herhangi bir yükümlülüğü olmamakla beraber, ara dinlenme süresini işyerinde geçiriyorsa, bu süre çalışma süresinden sayılmaz ve toplu iş sözleşmesindeki hüküm gereğince de ücretlendirilemez. Ancak vardiyalı işçi ara dinlenmesinde fiilen iş yapmasa dahi, çıkabilecek bir aksaklığa müdahale edebilmek için işin başında hazır bekletilirse bu şekilde geçirilen ara dinlenmesi sürelerinin çalışma süresinden sayılması ve toplu iş sözleşmesinde belirlenen esasa göre ücretlendirilmesi; işçinin ara dinlenmesi sırasındaki çalışması ile çalışma süresi normal haftalık çalışma süresini aşıyorsa fazla çalışma sayılması ve işçinin zamlı ücrete veya serbest zaman talebine hak kazanması gerekir. Nitekim ara dinlenmesine ilişkin düzenlemenin amacı, işçinin emeğini kullandığı süre içinde belirli bir zaman dilimi içinde fiziksel ve ruhsal olarak dinlenmesinin sağlanmasıdır. Bu amacın gerçekleştirilebilmesi için de tam olarak işin sorumluluğundan veya yükünden uzak kalması, bu anlamda kendini özgür hissetmesi ve çalışma gücünü yenileyebilmesi imkânına sahip olması gerekir. Dolayısıyla işçi, işverenin tali-

matı üzerine ara dinlenmesi sırasında işyerinden ayrılmamış ve bu süreyi her an çıkabilecek işi yapmak üzere geçirmişse, işçinin bu şekilde pasif emeğinin de ücretlendirilmesi ve karşılığının verilmesi gerekir.

Davacı işçinin, davalıya ait işyerinde vardiyalı olarak çalıştığına ve işyerinin konumu nedeniyle iş mahallinden ayrılmasının mümkün olmadığına; dolayısıyla ara dinlenmesi sırasında da işverenin gözetimi altında olduğuna ilişkin iddialarının kabulü halinde, toplu iş sözleşmesinde yer alan ara dinlenmesindeki fiili çalışmaya ilişkin ücretlendirme esasının bu işçiye de uygulanacağı kabul edilmelidir. Yargıtay'ın kararını, işçinin ara dinlenmesindeki fiili çalışmasının ve işyeri dışına çıkıp çıkmadığının belirlenmesine ilişkin eksik inceleme olarak kabul edilmesini uygun bulmakla beraber; toplu iş sözleşmesinin “zamlı ara dinlenmesi ödeneceğine” ilişkin hükmünün, vardiyalı işçi çalıştırılan işyerlerinde ve sadece işçinin ara dinlenmesini işin niteliği gereği “fiilen çalışarak” geçirmesi halinde uygulanabileceğine ilişkin gerekçesini haklı bulmak kanaatimizce mümkün değildir. Nitekim işçi ara dinlenmesi sırasında fiilen çalışmasa dahi, işyerinde çıkacak işi bekleyerek geçirmesi halinde, bu sürenin çalışma süresinden sayılması ve ücretlendirilmesi gerekmektedir. Bu durumda işçinin ara dinlenmesi süresini fiziken dışarıda geçirmemesinin mümkün olmaması sebebiyle, bu süreyi de işyerinde geçirmesi sırasında, fiilen çalışmasa dahi işverenin gözetimi altında ve işin başında çıkabilecek işi bekleyerek geçirip geçirmediğinin de eksik inceleme kapsamında değerlendirilmesi gerekir. İşçinin ara dinlenmesindeki serbestlik esası bu şekilde sınırlandırılmışsa, bunun fiili çalışma yapılmış gibi değerlendirilerek, ara dinlenmesinin de çalışma süresinden sayılması gerekir.

DİPNOTLAR

- 1 Kenan, TUNÇOMAĞ/Tankut CENTEL, İş Hukukunun Esasları, 5.B., İstanbul 2008, s.155; M. Polat SOYER, “Ferdî İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 1997 Yılı Kararlarının Değerlendirmesi”, Yargıtay'ın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1997, İstanbul 1999, s.44; Mustafa ÇENBERCİ, İş Kanunu Şerhi, 5.B., Ankara, 1984, s.677; Memduh YELEKÇİ/İlhami YELEKÇİ, İş Kanunu Şerhi, Ankara 2001, s.753. Uygula-

- mada ara dinlenmesine genellikle “öğlen tatili” veya “yemek paydosu” denilmektedir. Yasin ULU-SOY, 4857 Sayılı İş Kanunu Açısından Ara Dinlenmesi, <http://web.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/DergiMiz7-ozel/PDF/ulusoy14.pdf> (ET.11.07.2012); Fevzi DEMİR, Sorularla İş Hukuku, C.I, TBB. Yayını, İstanbul 2006, s.112.
- 2 Nuri ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, 24.B., İstanbul 2011, s.360,361; Sarper SÜZEK, İş Hukuku, 4.B., Ankara 2008, s.762, 763; Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, Ankara 2004, s.694; A.Nizamettin AKTAY/Kadir ARICI/E. Tuncay KAPLAN SENYEN, İş Hukuku, 2.B., Ankara 2007, s.248; Münir EKONOMİ, İş Hukuku, C.I, Ferdi İş Hukuku, 3.B., İstanbul 1984, s.316; Ünal NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, 3.B., İzmir 1998, s.513, 514; Öner EYRENCİ/Savaş TAŞKENT/Devrim ULUCAN, Bireysel İş Hukuku, 3.B., İstanbul 2006, s.243.
- 3 İş Kanunu'na tabi olmayan işyerlerinde ara dinlenmeleri, 02.03.1954 tarih ve 6301 sayılı “Öğle Dinlenmesi Kanunu” ile düzenlenmektedir. Kanun'un 1. maddesine göre, “Nüfusu on bin ve daha fazla olan şehir ve kasabalardaki fabrika, imalathane, mağaza, dükkân, yazıhane, büro ve bunların benzerleriyle bilümm ticari ve sınai müesseselerde çalıştırılan işçilere ve diğer müstahdemlere bir saatten aşağı olmamak üzere öğle dinlenmesi verilmesi mecburidir. Dinlenme devresinin başlama ve bitme saatleri, mevzumlara göre, o mahallin Belediye Meclisi tarafından tespit ve ilan olunur.” Bunun dışında, “Dinlenme devresinin devamı müddetince işyerlerinin kapalı kalması şarttır. Bu devre içinde müstahdem ve işçiler serbest olup, isterlerse, iş yerlerinden ayrılabilirler.” (m.2), “Birinci maddede yazılı yerlerden: a) Halkın yeme ve içmesiyle alakalı maddeleri satanların, b) Eczanelerin, umumun yıkanıp temizlenmesine, yatıp kalkmasına veya eğlenmesine mahsus bulunanlarla her nevi lokanta, gazino, kahvehane ve benzerlerinin, c) Garaj, akaryakıt satış istasyonları gibi seyrüseferle alakalı olanların, öğle dinlenmesini hangi saatlerde ve ne şekilde tatbik edecekleri 1 inci maddede yazılı makam tarafından tespit ve ilan olunur. Bu maddenin (b) ve (c) fıkralarında gösterilen yerlerin dinlenme devresinin devamı müddetince kapalı kalmaları mecburiyeti olmayıp ancak, buralarda çalışan işçi ve müstahdemlerin öğle dinlenmeleri, münavebe suretiyle temin olunur.” (m.3), “İş Kanununa tabi bulunan iş yerlerinde çalışan “işçiler” hakkındaki öğle dinlenmelerinin tatbikına bahsi geçen kanunda yazılı hükümler dairesinde devam olunur.” (m.4), “Bu kanun hükümlerinin tatbiki müstahdem ve işçi kazançlarının ve bu kimselere ait sair hakların daha aşağı hadlere indirilmesi için sebep tutulamaz.” (m.5), “Bu Kanunda yazılı bulunan hükümler işçi ve müstahdemlere öğle dinlenmesi verilmesi hakkında daha elverişli hak ve menfaatler sağlayan kanun, mukavele, adet ve teamüllerden doğan haklara hâlel getirmez.” (m.6) hükümlerine de yer verilmiştir. RG.08.03.1954 T., 8652 S.
- 4 RG.28.04.2004 T., 25446 S.
- 5 RG.06.04.2004 T., 25425 S.
- 6 RG.03.03.2004 T., 25391 S.
- 7 RG.07.04.2004 T., 25426 S.
- 8 TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.244; Müjdat ŞAKAR, İş Hukuku Uygulaması, İstanbul 2005, s.164, 165.
- 9 Nuri ESEN, Türk İş Hukuku, Ankara 1944, s.45; ÇELİK, s.297; M. Polat SOYER, “İş İlişkinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 1991 Yılı Kararlarının Değerlendirmesi”, Yargıtay'ın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1991, İstanbul 1993, s.20; Tankut CENTEL, İş Hukuku Bireysel İş Hukuku, C.2, İstanbul 1994, s.244.
- 10 1961 Anayasası'nın 44. maddesinde her çalışanın dinlenme hakkına sahip olduğu belirtilmiş, 1982 Anayasası'nın aynı hükme yer veren 50. maddesine (f.3) ilişkin gerekçesinde de dinlenmenin çalışanlar bakımından bir hak olduğu ve bunun hem çalışanın bedenlen korunması hem de dinlenme sonrası çalışmasının verimliliği açısından gerekli bulunduğu ifade edilmiştir.
- 11 EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.184; ŞAKAR, s.123; NARMANLIOĞLU, s.512; İhsan ERKUL, Türk İş Hukuku Dersleri, Ankara 1970, s.266; Münir EKONOMİ, İHU 1975 Karar İncelemesi, İş Kanunu m. 64 (No:1), s.2; Kenan TUNÇOMAĞ, Türk İş Hukuku, C.I, İstanbul 1979, s.244; Cevdet İlhan GÜNAY, Şerhli İş Kanunu, 2.B., Ankara 2001, s.2899; Ferit Hakkı SAYMEN, Türk İş Hukuku, İstanbul 1954, s.302; Ercan AKYİĞİT, İş Hukuku, 5.B., Ankara 2006, s.237; Kadir ARICI, Çalışma Sürelerinin Hukuki Gelişimi ve Yeterliliği Açısından 1475 Sayılı İş Kanunu'nda Çalışma Süreleri, Ankara 1992, s.109; Fevzi DEMİR, Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, 3.B., İzmir 2003, s.112; M. Polat SOYER, “İş Hayatındaki Önemli Bir Sorun Üzerine Not-İşverenin Yıllık Ücretli İzin Hakkını Kullanmaması”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof.Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, S.1, İstanbul 2002, s.292.
- 12 “Dosyadaki bilgi ve belgelere göre davacının çalıştığı işyerinde üçlü vardiya yapılmaktadır. Her bir vardiyanın günlük çalışma süresinin 8 saatle sınırlı kaldığı görülmekte olup bu 8 saatlik dinlenme içinde tabi ihtiyaçların karşılanması için yarım saatlik ara dinlenmesinin yapıldığının kabulü gerekir. Dairemizin kararlılık kazanmış uygulaması da bu doğrultudadır...”, Y9HD., 18.11.1996 T., 12719/21294, Tekstil İşveren Dergisi, Ocak 1997, S.207, s.20; “...günlük normal mesai saatlerinde çalışan bir işçinin ara dinlenmesi yapmaması hayatın olağan akışına ve gerçeğe uymaz. Yemek, çay içmek ve diğer tabii ihtiyaçlar için bir zamanın kullanılması zorunludur... davacı ara dinlenmesinde fiilen çalıştığını da ispat edememiştir...”, YHGK 14.10.1992, 385/577, Tekstil İşveren Dergisi, Temmuz-Ağustos 1993, s.43-44.
- 13 TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.155; ÇENBERCİ, s.679; YELEKÇİ/YELEKÇİ, s.754; DEMİR, s.112-113.
- 14 EKONOMİ, s.315; TUNÇOMAĞ, s.244; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.155; Cevdet İlhan GÜNAY, Şerhli İş Kanunu, 2.B., Ankara 2001, s.2899; NARMANLIOĞLU, s.512; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.184, 185; DEMİR, s.112.
- 15 ERKUL, s.267; CENTEL, s.244; TUNÇOMAĞ, s.244.
- 16 Cevdet İlhan GÜNAY, Şerhli İş Kanunu, 2.B., Ankara 2001, s.2900.
- 17 Y.9.HD., 06.06.1986, 4931/5981, İş ve Hukuk Dergisi, S.226, Mayıs 1992, s.29-31.
- 18 MOLLAMAHMUTOĞLU, s.695
- 19 Nurşen CANİKLİOĞLU, 4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre Çalışma Süresi ve Bu Sürenin Günlere Bölünmesi, Toprak İşveren Dergisi, Haziran 2005, s.7, 8; SOYER, 1991, s.23; DEMİR, s.113.

- 20 İş Dairesi'nin 23.06.1938 tarih ve 149-2139 sayılı Tamim'ine göre çalışma süresine dahil olmayan dinlenmeler, ara dinlenme süreleridir; bunun dışında verilecek dinlenmeler çalışma sürelerinden sayılır. MOLLAMAHMUTOĞLU, s.695, dn.99. Yargıtay'a göre, toplu iş sözleşmesinin, sigara içilmesi yasak olan yerlerde çalışan işçilere tanıdığı sigara molasından, yaptıkları işin niteliği bakımından her zaman sigara içme imkanına sahip işçilerin yararlanması mümkün değildir. Y9HD., 20.10.1975, 24847/47252, EKONOMİ'nin İncelemesi, İHU, İş K. 64, No.2. "...istihlal ve imalat işleri dışında ve sigara içme yasağı olmayan yerlerde çalışan işçilerin sigara paydosunu buldukları yerlerde kullanacakları, sigara paydosunun münhasıran imalatta ve istihlalde çalışanları bu ihtiyaçlarını gidermek için verileceği...", YHGK. 09.06.1978, 1977/144 E., 1978/643 K., YKD., Eylül 1978, C.5, S. 9, s.1433. Yargıtay ile aynı görüşü paylaşan ÇELİK'e göre, toplu iş sözleşmesinde sigara içilmesi yasak olan yerlerde çalışan işçiler için kabul edilmiş olan sigara molasının bütün işçilere uygulanması istenemez. Toplu iş sözleşmesindeki sigara molası, sigara içilmesi yasak olan yerde çalışıp sigara içme olanağına sahip olmayan işçiler için kabul edilmiştir. Sigara içme yasağının söz konusu olmadığı yerlerde çalışanlar için mola verilmemesi eşitlik esasına aykırı değildir. Çalıştığı yerde sigara içebilenlerle sigara içemeyenler arasında bu konuda eşitlik durumu olmadığına göre, sigara molasında eşitlik esasının uygulanmadığının söylenemeyeceği açıktır. Nuri ÇELİK, "Toplu İş Sözleşmesi Açısından Yargıtay'ın 1975 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtay'ın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1975, Eskişehir 1976, s. 188. Ancak çalışma yerinde sigara içilip içilemediğine göre yapılan bir ayrımın yanı sıra aynı işyerinde olup sigara alışkanlığı olmayan işçilerin konumuna da bir açıklık getirilmesi gerekir. Bu durumda işverenin işçileri arasında ayrımı haklı bir sebebin varlığından söz edilemez. Nitekim günümüzde kapalı mekanlarda sigara içme yasağı olduğu için, sigara içenlere mola verilmesi ve dinlendirilmesi, içmeyenlerin ise bu haktan yararlanamaması kabul edilemez. Bütün işçilerin bu moladan yararlanabilmesi gerekir. Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlardan ise, özel anlaşma ve amaçla tanınan ara dinlenmelerinden, bu amaç ve anlaşmanın dışında kalan işçilerin yararlanamayacakları kanaatinde olduğu anlaşılmaktadır. EKONOMİ, s.315; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.156; AKTAY/ARICI/KAPLAN SENYEN, s.248.
- 21 Y9HD., 08.05.2007, 27506/14555, Cevdet İlhan GÜNAY, Fazla Saatlerle Çalışmanın Hukuki Sonuçları, SİCİL İş Hukuku Dergisi, 2007/6, s.15, dn.37; Y9HD., 12.05.2005 T., 13812/16497, Ali GÜZEL, "Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2005 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2005, Ankara 2007, s.64.
- 22 1475 sayılı İş Kanunu'nun 64/2. maddesinde kural olarak bir işyerinin aynı kısmındaki işçilere ara dinlenmesinin aynı saatte uygulanacağı esasına, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 68. maddesinde yer verilmemiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU, s.695.
- 23 A. Can TUNCAY, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul 1982, s. 137 vd.
- 24 Y9HD., 01.05.1992, 4610/4911, YKD., C.18, S.10, Ekim 1992, s.1554-1556.
- 25 EKONOMİ, İHU, s.2-b.
- 26 Hareket halindeki taşıtlarda çalışan işçilerin ara dinlenmeleri, genel olarak duraklama yerlerinde verilir. Kalkış ve varış yerleri arasında duraklama yeri yoksa veya duraklama yeri bulunmakla beraber işin niteliği gereği, bu yerlerde ara dinlenmesi verilemeyen durumlarda ara dinlenmesi taşıt içinde verilir. (Haftalık İş Günlerine Bölünemeyen Çalışma Süreleri Yönetmeliği m.7).
- 27 Ünal NARMANLIOĞLU, İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 1986 Yılına Ait Bazı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay'ın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1986, İstanbul 1988, s.18, 19; CENTEL, s.245; EKONOMİ, s.316; NARMANLIOĞLU, s.513; TUNÇOMAĞ, s.166; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.243. Yargıtay konuya ilişkin bir kararında, "Toplu iş sözleşmesinde dinlenme sırasında işçilerin işyerlerini terk edemeyecekleri doğrultusunda kayıt ara dinlenmesi kavramının anlam ve amaçlarını sınırlayıcı ve bu hakkın özünü zedeleyici bir kayıt olarak düşünülemez. Olsa olsa çok kısa süre içerisinde işçilerin dinlenmeden sonra işe zamanında devamını sağlamaya yönelik bir tedbir olarak düşünmek icap eder. Bu nedenle yasa ve tüzüklerde ve işyerinde uygulanan Toplu İş Sözleşmesinde açıkça iş süresinden sayılmayacağı belirtilen ve işçilere ara dinlenmesi olarak verildiği tartışmasız olan bu sürenin yasa ve sözleşmeler hilafına sadece işyerini terk edemeyeceklerine dair kayda dayanılarak iş süresinden sayılıp fazla mesai şeklinde değerlendirilmesinin hatalı" olduğunu hükme bağlamıştır. Y9HD., 06.06.1986, 4931/5981, Yargıtay Kararları I, s.285, 286. Kararın eleştirisi için bkz. NARMANLIOĞLU, Yargıtay'ın 1986, s.18, 19. İş Dairesi'nin 14.12.1937 T. ve 14/3337 S. Mütalahasına göre, "...Ancak ara dinlenmesinde işçi sayısının çokluğu bunların çıkışlarında ve işyerine dönüşlerinde kontrollerini güçleştirecek ve bunun için çok zamana ihtiyaç gösterecek bir mahiyet arz ediyor ve işyerinde dinlenme ve yemek yeme yerleri ve imkanları hazırlanmış bulunuyorsa veya madenlerde ve alüminyum yeryüzü ilerinde olduğu gibi işçilerin çalıştıkları yerlerden dinlenme müddeti zarfında dışarıya çıkarılıp dinlendikten sonra tekrar çalışma yerlerine nakledilmeleri imkansız bulunuyorsa, alakadarların müracaatı üzerine bu vaziyetlerin bölgelerde tespitinden sonra işyerlerinde ara dinlenmelerini ona göre tanzim etmek imkanı verilmesi muvafık olur." Bkz. Özlem KESKİN, Türk Hukukunda İşçinin Dinlenme ve Tatil Hakkı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2008, s.10, dn.32.
- 28 ÇELİK, s.361; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.255; SÜZEK, s.763; EKONOMİ, s.316; Haluk Hadi SÜMER, İş Hukuku Uygulamaları, 3.B., Konya 2009, s.313, 314.
- 29 EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.243; ÇELİK, s.330; EKONOMİ, s.317. Aynı doğrultuda bkz. Y9HD., 25.05.1971, 970/13115, İşveren Dergisi, Ocak 1972, s.16,17.
- 30 "... Günlük normal mesai saatleri içinde çalışan işçinin ara dinlenmesi yapmaması hayatın olağan akışına ve gerçeğe uymaz. Yemek, çay içmek ve diğer tabii ihtiyaçlar için bir zamanın kullanılması zorunludur." Y9HD., 17.10.1991, 13727/18182, Türk Kamu-Sen Dergisi, Aralık 1991, s.18, 19.
- 31 GÜNAY, s.2899; DEMİR, s.90; CENTEL, s.245; SOYER, 1991, s.20; SOYER, 1997, s.45.

- 32 Y9HD., 26.10.1987, 9437/9596, Tühis Dergisi, Kasım 1987, s.17-19.
- 33 Karara ilişkin olarak SOYER'in değerlendirmesi, Türk Kamu-Sen Dergisi, Mart 1989, s.8-10; KUTAL'ın değerlendirmesi, "Ferdi İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 1987 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtay'ın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1987, İstanbul 1989, s.18, 19; SÜZEK, s.764; CENTEL, s.246, 247. Yargıtay bir başka kararında da toplu iş sözleşmesinin "... ara dinlenmesini makinenin başında yemek yemek suretiyle geçiren işçiye yarım saatlik ücret mesaili olarak ödenir." şeklindeki hükmünü geçersiz kabul etmiştir. Buna göre, "1475 sayılı Kanununun 64. maddesine göre ise işçilere ara dinlenmesinin fiilen verilmesi gerekmektedir. Buna aykırı düzenlemeler yasaya aykırı olur. Hizmet akitleriyle ve TİS. ile bu yolda bir hüküm getirilemez. Buna göre TİS.nin 28. maddesi yasaya aykırıdır." Y9HD., 01.05.1992, 4610/4911, İş Hukuku Dergisi, C.2, S.2, Nisan-Haziran 1992, s.295,296. Yargıtay önceki görüşünü sürdürerek, ara dinlenmesi sırasında çıkacak aksaklık ve noksanlıkları gözletmek ve bunlara müdahale etmek için işyerinden ayrılmayıp yemeğini orada yemek suretiyle ara dinlenmesini işbaşında geçiren işçinin fazla çalışma talebinin kabul edilmemesi, ancak toplu iş sözleşmesinde bu durum için öngörülen tazminatın ödenmesi görüşündedir. Y9HD., 12.05.2005, 13812/16497, Çalışma ve Toplum, 2005/4, s.228-230.
- 34 İş Dairesi'nin, 3008 sayılı İş Kanunu'nun ara dinlenmesini düzenleyen 40. maddesine ilişkin 12.11.1937 tarihli ve 84-2917 sayılı Mütalaa'sına göre, "İşverenin ihtiyarına bırakılmış olan cihet, ancak işin ortalama zamanındaki dinlenmenin başlama saatini mahalli adete ve işin icabına göre tespit etmek keyfiyettir... dinlenme müddetleri zarfında işçinin dilediği takdirde işyerini terk edebilmek için serbest olması ve hiçbir vechile işverenin emrinde alıkonulmuş bulunmaması şarttır." MOLLAMAHMUTOĞLU, s.696, dn.104.
- 35 Murat DEMİRCİOĞLU, Sorularla Yeni İş Yasası, İTO, İstanbul 2003, s.133; ÇELİK, s.298; EKONOMİ, s.316; NARMANLIOĞLU, s.513, 514. "Görülen işin itfaiye işi olması ve ara dinlenmesinin işyerinde geçirilmesi ara dinlenmesinin kullanılmadığı anlamına gelmez." Y9HD., 17.10.1991, 13727/13602, Mustafa KILIÇOĞLU, İş Kanunu Şerhi, 2.B., Ankara 2002, s.798.
- 36 "Buna karşılık işçi ara dinlenmesinde işyerinde kalıyor ve çalıştırılıyorsa veya işverenin talimatı ile işin başında bulunduruluyor ve çıkacak iş için çalışmaya hazır durumda bekletiliyorsa, ara dinlenmesi süresi iş süresinden sayılır. Bu durumda işçinin o hafta içinde çalıştığı sürelerle ara dinlenmelerinde çalıştığı süreler toplam olarak 45 saati aşarsa, aşan kısım kadar fazla çalışma ücretine hak kazanır. Haftalık normal çalışma süresi sözleşmelerle 45 saatin altında kararlaştırılmışsa ve işçinin toplam çalışma süresi bu süreyi aşarsa, işçi 45 saate kadar olan kısımlar için fazla sürelerle çalışma ücreti talep edebilir.", SÜZEK, s.763.
- 37 EKONOMİ, s.317; ÇELİK, s.330; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.243; AKTAY/ARICI/KAPLAN SENYEN, s.249. "Davacının gördüğü işin fazla mesaiyi gerektirip gerektirmediği, gerektiriyorsa miktarı bilirkişi aracılığıyla incelenir İş Kanunu'nun 64. maddesinde öngörülen ara dinlenmesi de dikkate alınmak suretiyle hasil olacak sonuç uyarınca bir karar vermek gerekirken ... ara dinlenmesi nazara alınmadan günde dört saat fazla mesai ücretine karar verilmesi isabetsizdir." Y.9.HD., 01.04.1982, 1981/1361 E., 1981/3852 K., GÜNAY, Şerh, s.1837.
- 38 Y9HD., 31.01.1991, 747/794, Türk Kamu-Sen Dergisi, Mart 1991, s.9,10. Kararın haklı eleştirisi için bkz. SO-YER'in İncelemesi, İHD, Ekim-Aralık 1992, s.612-615; Y9HD., 09.07.2010, 31993/22653, Legal İHD, S.28, 2010, s.1531, 1538.
- 39 YHGK., 14.11.2007 T., 9-815/842, Legal İHD., Nisan 2008, s.1305-1307; Y9HD., 14.09.2009, 2319/22546, Legal İHD., Mart 2010, s.1693, 1694. Yargıtay'ın önceki tarihli kararlarında, günlük çalışma süresinde, yemek vb. ihtiyaçlarını gidermeden kesintisiz çalışmasına ilişkin iddialarını yaşamın normal akışına ve insan takadına aykırı bulmakta ve bu yöndeki fazla çalışma iddialarını reddetmekteydi. YHGK., 27.02.1976 T., 9-881/692, YKD., Ocak 1977, s.23-25; Y.9.HD., 27.10.1989, 8877/8634, Tekstil İşveren Dergisi, Mart 1990, s.19; YHGK., 14.10.1992, 9-385/577, Tekstil İşveren Dergisi, Temmuz-Ağustos 1993, s.43, 44. Ayrıntılı bilgi için bkz. SÜZEK, s.764.
- 40 Yargıtay, yemeğin işyerine getirilmiş ve işyerinde yenmiş olmasının işçinin ara dinlenmesinden yararlanmadığı anlamına gelmeyeceğini kabul etmektedir. Karara göre, "Salt işçinin ara dinlenmesi sırasında işyerinde bulunması önemli değildir. Gerçekten bu süre içinde işçinin ara dinlenme yokmuş gibi çalışıyor olması da gerekir. İşçinin ara dinlenme sırasında başka bir yere gitme imkanının fiziken mümkün olmaması, anılan alacağa hak kazanılması için yeterli değildir." Y9HD., 05.12.2007, 31491/36852, Tekstil İşveren Dergisi, Ağustos 2008, S.341, s.6.
- 41 Necati KAYHAN, Türk Çalışma Hayatında Çalışan Çocukların Sorunları, Ankara 1997, s.112, Tankut CENTEL, Çocuklar ile Gençlerin İş Güvenliği, İstanbul 1982, s. 164-165.
- 42 "...davacı gündüz vardiyasında yarım saatlik ara dinlenmesini nasıl kullanıyorsa gece vardiyasında aynı şekilde kullanabileceği düşünülmelidir. Gece vardiyasında da ihtiyaçlar sadece yemek yemeden ibaret değildir. Diğer tabii ihtiyaçlarının bulunacağı da tabidir...", Y9HD. 26.09.1988, 6192/8587, Tekstil İşveren Dergisi, Aralık 1988, s.17; TÜHİS, C.XI, Kasım 1987, S.3, s.17-18.

Yrd. Doç. Dr. Mahmut KABAKCI

Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Her Yıl İşverenin Takdirine Bağlı Olarak Değişen Tutarda Ödenen İkramiyenin İş Şartı Niteliği

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2008/38755

Karar No : 2010/39429

Tarihi : 23.12.2010

ÖZET

İşçinin işyerine olan katkıları sebebiyle işverenin memnuniyetini ifade etmek üzere bir defada veya dönemsel olarak belli zaman dilimlerinde ya da işçiyi ilgilendiren doğum, ölüm, evlenme gibi nedenlere bağlı olarak yapılan ücret eki niteliğindeki ödemeler ikramiye olarak adlandırılabilir. İşçinin başarısına bağlı olarak ödenen primden farklı olarak ikramiye genel bir nitelik taşır ve uygulamadan işyerinde çalışan tüm işçiler yararlanır.

... Somut olayda davalı işveren tarafından ödenen ikramiye (başarı primi) daimi nite-

likte olmayıp, her yıl yönetim kurulu kararı ile değişkenlik gösterip, süreklilik arz etmemektedir. Bu nedenle davalı işveren tarafından yapılan ödemenin yukarıda belirtilen esaslar doğrultusunda işverence tek tarafı olarak düzenli şekilde yapılan ve iş şartı oluşturur nitelikteki ikramiye olduğu kabul edilemez. Dolayısı ile yapılan bu ödemenin kıdem tazminatı hesabında giydirilmiş ücrette edilmesi doğru değildir.

KARAR

Davacı, davalıya ait işyerinde çalışmakta iken, yılbaşında ödenen bir maaş tutarındaki ikramiyenin ödenmediği iş akdini haklı olarak feshettiğini ileri sürerek kıdem tazminatı, ikramiye alacağı, ücret alacağı, yol yardımı ile fazla çalışma, yıllık izin ücreti alacaklarının hüküm altına alınmasını istemiştir.

Davalı, davacının taleplerinde iyi niyetli olmadığını, ikramiye ödemesi olmadığını,

ancak düzenli olmamakla birlikte çalışanlara F. Sağ. A.Ş. olarak gösterilen dönemde şirket kurulu kararı ile kârlılık ölçüleri dikkate alınarak takdiri prim ödendiğini, sağlık primleri döner sermaye ile yürütüldüğünden ve birikmiş para olmadığından bu hususun haklı feshi nedeni olamayacağını, isteğin yerinde olmadığını, savunmuştur.

Mahkemece, 2006 yılı sonunda ödenmesi gereken bir maaş tutarındaki ikramiyenin ödenmemesi nedeni ile iş akdinin davacı işçi tarafından haklı olarak feshedildiği kanaati ile alacağının kabulüne, diğer isteklerin reddine karar verilmiştir.

Taraflar arasında uyuşmazlık, ikramiye ödetilmesi noktasında toplanmaktadır.

4857 Sayılı İş Kanunu'nda 32. maddenin ilk fıkrasında, genel anlamda ücret, bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutar olarak tanımlanmıştır. Yasada ücretin ekleri düzenlenmemiş olsa da, 5754 Sayılı Yasa'yla değişik 32. maddede ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her türlü ödemelerin banka hesabına yatırılması öngörülmüş olmakla, ikramiye ücretin eki olarak İş Kanunu'nda ifadesi bulunmuştur.

İşçinin işyerine olan katkıları sebebiyle işverenin memnuniyetini ifade etmek üzere bir defada veya dönemsel olarak belli zaman dilimlerinde ya da işçiyi ilgilendiren doğum, ölüm, evlenme gibi nedenlere bağlı olarak yapılan ücret eki niteliğindeki ödemeler ikramiye olarak adlandırılabilir. İşçinin başarısına bağlı olarak ödenen primden farklı olarak ikramiye genel bir nitelik taşıyor ve uygulamadan işyerinde çalışan tüm işçiler yararlanır. Başka bir anlatım ile işveren tarafından ayrımı haklı kılan geçerli nedenler olmadığı sürece ikramiye uygulaması yönünden eşit davranma borcuna uygun davranmalıdır.

İşçinin ikramiyeye hak kazanması için iş yerinde ikramiye ödemesi gerektiren dönemin sonuna kadar çalışılmış olması gerek-

mez. İşyerinde çalışılan süreyle sınırlı olmak üzere işçinin ikramiye talep hakkı vardır.

6772 Sayılı Yasa'da kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan işçiler yönünden ikramiye ödenmesi yasal bir yükümlülük olarak öngörülmüştür.

İkramiye bireysel ya da toplu iş sözleşmeleri ile de kararlaştırılabilir. İş sözleşmesinde kararlaştırılmamış olsa da, işverence tek taraflı düzenli şekilde yapılan ikramiye ödemesi, işyeri uygulamasına dayanan bir iş şartı oluşturur. Bu durumda ikramiyelerin tek taraflı olarak işverence ortadan kaldırılması ya da azaltılması mümkün değildir. İkramiyeler yönünden işçi aleyhine çalışma koşullarında değişiklik, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesi kapsamında gerçekleştirilmelidir. (Yargıtay 9.HD. 22.1.2009 gün 2007/34717 E, 2009/638 K.) Toplu İş Sözleşmesi ile öngörülen ikramiyeler yönünden değişiklik ise, işçinin bireysel feragati ile dahi geçerli değildir. Toplu iş sözleşmesini imzalamaya yetkili kişilerce bu yönde yapılabilecek değişiklik, ancak ileriye dönük olarak hüküm ifade eder.

İşçinin işe iade kararı üzerine çalıştırılmadığı 4 aya kadar boşta süreye ait yasadaki geçen "diğer haklar" kavramına ikramiye de dâhildir, bir anlatımda işçinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinin 3. fıkrasında sözü edilen çalışmadığı en çok 4 aya kadar süre için ikramiye talep hakkı vardır. (Yargıtay 9.HD. 14.10.2008 gün 2007/29383 E. 2008/27243 K.)

Asıl işveren alt işveren ilişkisinde işçinin ödenmeyen ikramiye alacaklarından her iki işveren birlikte sorumludur.

Geçici iş ilişkisinde işçiye ödenmeyen ikramiyelerden ödünç alan ve ödünç veren işverenler bir-likte sorumlu tutulmalıdır. (Yargıtay 9.HD. 16.12.2008 gün 200 E. 2008/33761 K.)

İkramiyenin gününde ödenmemesi halinde işçinin 4857 sayılı İş Kanunu 24/II (e) bendi uyarınca iş sözleşmesini haklı olarak feshetmesi mümkündür (Yargıtay 9.HD.

17.10.2008 gün 2007/28997 E., 2008/27421 K.). Yine ikramiye alacağı'nın 20 gün ve daha fazla süreyle ödenmemiş olması, aynı yasanın 34. maddesine göre işçiye işi görmekten kaçınma hakkı sağlar.

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinin 3. fıkrasında, işverenin işçiler arasında sendikal nedenle ikramiye ödemeleri konusunda bir ayırımı gitmesi yasaklanmış olup, aksine uygulama diğer yasal koşulların da varlığı halinde sendikal tazminatı gerektirir (Yargıtay 9. HD. 2.2.2009 gün 2008/10999 E., 2009/1019 K.).

İkramiyelerin ödendiğinin ispat yükü işveren üzerindedir. 4857 Kanunu 5754 Sayılı Yasa'yla değişik 32. maddesine göre, 10 ve daha fazla işçisi bulunan işyerleri bakımından ikramiye ödemeleri işçi adına açılan banka gerçekleştirilmelidir (Yargıtay 9.HD. 5.2.2009 gün 2007/34175 E., 2009/1681 K.).

İkramiyenin ödeme günü taraflarca açıkça kararlaştırılmamışsa Borçlar Kanununun 101. maddesi uyarınca temerrüt için işçinin ihtarına gerek vardır (Yargıtay 9.HD. 21.1.2009 gün 2007/34591 E., 2009/604 K.).

İkramiye yasadan ya da bireysel iş sözleşmesi ile işyeri uygulamalardan doğmaktaysa gününde ödenmeyen ikramiye için 4857 Sayılı Kanunu'nun 4. maddesinde öngörülen bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faiz uygulanmalıdır. 1475 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 10.06.2003 tarihine kadar yasal faize, bu tarihten sonrası için ise bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faize karar verilmelidir.

Toplu iş sözleşmesinden doğan ikramiye alacaklarında ise, 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununun 61. maddesinde sözü edilen en yüksek işletme kredisi faizi uygulanır. Bununla birlikte, süresi sona eren toplu iş sözleşmesinin ardından yenisi imzalanıncaya kadar iş sözleşmesi hükmü olarak uygulanmaya devam eden ikramiye uygulamasında, en yüksek işletme kredisi faizi geçerli olmaz (Yargıtay 9.HD.

7.10.2008 gün 2008/2654 E., 2009/25720).

4857 Sayılı İş Kanunu'nun 25 II (ı) bendinde sözü edilen 30 günlük ücret kavramına ikramiyeler dâhil değildir (Yargıtay 9.HD. 10.10.2008 gün 2007/27614 E., 2008/26208 K.).

Kıdem tazminatına esas alınacak olan ücretin tespitine İş Kanunu'nun 32. maddesinde sözü edilen asıl ücrete ek olarak işçiye sağlanan para veya para ölçülebilen menfaatler göz önünde tutulur. Buna göre ikramiye ödemeleri kıdem tazminatı hesabında dikkate alınır (Yargıtay 9.HD. 10.10.2008 gün 2007/27615 E., 2008/26209 K.).

İkramiye alacağı, Borçlar Kanunu'nun 126. maddesinin 3. fıkrasına göre 5 yıllık zamanaşımına tabidir.

Somut olayda davalı işveren tarafından ödenen ikramiye (başarı primi) daimi nitelikte olmayıp, her yıl yönetim kurulu kararı ile değişkenlik gösterip, süreklilik arz etmemektedir. Bu nedenle davalı işveren tarafından yapılan ödemenin yukarıda belirtilen esaslar doğrultusunda işverence tek tarafı olarak düzenli şekilde yapılan ve iş şartı oluşturur nitelikteki ikramiye olduğu kabul edilemez. Dolayısı ile yapılan bu ödemenin kıdem tazminatı hesabında giydirilmiş ücrette edilmesi doğru değildir.

3) Dava konusu edilen dönem için ikramiye (başarı primi) alacağı 18.12.2006 tarihli yönetim kurulu kararı ile 15 günlük ücret olarak belirlenmesine rağmen hesaplamanın 1/2 aylık ücret yerine 1 aylık ücret olarak hesaplanması da hatalıdır.

4) Davalı Üniversitenin 2547 Sayılı Yasa'nın 56/a b maddesi yollaması ile Harçlar Yasasının 13/j maddesi uyarınca harçtan muaf hükmedilmiş olması da ayrı bir bozma nedenidir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, 23.12.2010 gününde oybirliği ile karar verildi¹.

KARARIN İNCELENMESİ

I. Giriş

Günümüz şartlarında işletmeler üzerindeki rekabet baskısı, her geçen gün daha da artmaktadır. Bu baskı, işverenleri devamlılıklarını koruyabilmek için tedbirler almaya sevk etmektedir. Bu tedbirlerin önemli bir kısmı, zorunlu olarak işletmede çalışan işçilere ilişkindir. Üretimle ilgili hammadde, alt yapı, teknoloji gibi diğer unsurlar olabilecek en iyi düzeyde olsa bile, işletmede optimal bir performans, iş organizasyonunda görev alan işçilerin başarısına bağlıdır. Buna karşın, işçinin iş görme yeterliği mevcut performansının üzerinde bir hizmete elverişli olsa bile, aylık maktu ücret ile çalışan işçinin, insanın doğası gereği elinden gelen en iyi düzeyde performans ile çalışması, bu konuda teşvik edilmesine bağlıdır. Aynı işte çalışan ancak biri aylık maktu ücret ve diğeri de parça başına ya da performans esaslı başkaca bir ücret alan iki işçinin, aynı düzeyde iş çıkarmaları beklenemez. Yine işletmenin personel yapısında devamlılığın sağlanması, işçilerin işyeri ile olan bağlarının güçlendirilmesini gerektirir.

İşçileri, yüksek performans ile çalışmaya teşvik ve işyeri ile olan bağlarının güçlendirilmesinde en etkili ve çalışma hayatında en sık rastlanan tedbir, aylık ücret dışında, buna ilaveten bazı ücret eklerinin ödenmesidir². Amaçları ve hak kazanma şartları farklı olan birçok ücret eki bulunmakla birlikte, İş Kanunu m.32/2'de banka kanalı ile ödenmesi zorunluluğu getirilen ödemelerden olarak prim ve ikramiye, en çok bilinen ve uygulanan ücret ekleridir. Yaygın uygulanmasına rağmen, bu alacakların nitelikleri, hak kazanılması ve diğer şartlarını düzenleyen yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. 01.07.2012'de yürürlüğe giren Türk Borçlar Kanunu (TBK) m.405'de ikramiye ele alınmışsa da, hüküm konuya tüm yönleri ile bir açıklık getirmekten uzaktır. Mevzuatta prim ve ikramiye hakkında ayrıntılı bir düzenleme bulunmaması, olağan görülmelidir. Çünkü TBK m.405'de ifade edildiği üzere, ikramiye (ve prim) talep hakkı "...bu konuda anlaşmanın veya çalışma şartının ya da işverenin tek taraflı

taahhüdünün varlığı hâlinde doğar". Bu şekilde işçi ile işverenin iradelerinin belirleyici olduğu bir alanda, alacağın niteliği ve hak kazanma koşulları bakımından genel geçer bir düzenleme güç gözükmemektedir.

Yüksek Mahkemenin "ilke kararı" olarak da nitelendirilebileceğimiz inceleme konusu kararı, ikramiyeyi hak kazanılması ve ödenmesiyle ilgili tüm yönleriyle ele almıştır. Ancak dava konusu olay ile ilgili olan ve bizim de burada ele almak istediğimiz yönleri, ücret eki olarak prim ile ikramiyenin ayrıştırılması ve asıl olarak, ikramiyenin işyeri uygulaması ile iş şartı haline gelen bir ücret eki niteliği kazanması şartlarıdır. Aşağıda ilk olarak inceleme konusu karardaki iddia, savunma, yerel mahkeme kararı ile Yargıtay görüşü tespit edilecek, ardından ücret eki olarak prim ve ikramiye arasındaki farklar incelenecektir. Daha sonra, işyeri uygulamasının hukuki niteliği ile ortaya çıkması koşulları ikramiye özelinde incelenerek, ödeme tutarının her sene işverenin takdirine bağlı olarak değişmesinin, işyeri uygulaması ile iş şartı halini almasını engelleyip engellemeyeceği sorusuna cevap aranacaktır.

II. Karara konu olay ve hukuki çekişme

Dava konusu olayda işçi, işyerinde yılbaşlarında bir aylık ücret tutarında ikramiye ödemesi uygulamasının bulunduğunu, 2006 yılı için bu alacağının ödenmemesi sebebiyle iş sözleşmesini bildirimsiz olarak feshettiğini iddia ile kıdem tazminatı ve ikramiye alacağı talep etmiştir. Davalı ise, işçilere her sene düzenli olmamakla birlikte, şirket yönetim kurulu tarafından kârlılık ölçüleri dikkate alınarak takdir edilen bir prim ödemesinin bulunduğunu, ikramiye ödemesi olmadığını savunmuştur. Yerel mahkeme, her sene sonunda bir aylık ücret tutarında ikramiye uygulamasını kabul ile davacının 2006 yılına ait ödemenin yapılmadığı gerekçesine dayanan feshini, İş Kanunu m.24/II'ye uygun bulmuş, kıdem tazminatı ile ikramiye taleplerini hüküm altına almıştır.

Yüksek mahkeme, ikramiye iddiasına karşın davalının prim savunması nedeniyle, öncelikle ikramiyeyi tanımlamış, bir cümle ile primden

olan farkını tespit etmiştir. Kararda ikramiye ile prim arasındaki farkın bir cümle ile de olsa tespit edilmesi, isabetlidir. Prime hak kazanma ve miktarı ile işçinin gördüğü işin düzeyi arasındaki neden-sonuç ilişkisi, primler hakkında birçok noktada ikramiyeden farklı değerlendirmeyi gerektirmektedir. Yargıtay, dolaylı ifadeler ile somut olayda her yıl başında yapılan ödemenin “başarı primi” isimlendirmesine rağmen, ikramiye niteliğinde olabileceğini belirttikten sonra, bu ödemenin işyeri uygulaması ile iş şartı halini almadığını, başka deyişle işverenin tek taraflı bir sosyal kazandırması olduğunu kabul etmiştir.

Karara göre, ortada işverenin tek taraflı, düzenli şekilde yapılan ve bu açıdan süreklilik arz eden bir ödemesi bulunmamaktadır. Ödemenin ilgili yılda yapılıp yapılmayacağı ve yapılacaksa miktarı, şirket yönetim kurulunun takdirindedir. Ödeme bazı yıllarda yapılmayabildiği gibi, miktarı yıllar itibarıyla değişebilmektedir. İşveren yönetim kurulu, bunda şirketin geçmiş yıl cirosunu dikkate almaktadır. Tüm bu nedenlerle ikramiye ödenmesi konusunda, işyeri uygulaması ile ortaya çıkan bir iş şartından söz edilemez.

Yargıtay, kararın sonunda, davalı şirket yönetim kurulunun 18.12.2006 tarihli kararı ile 2006 yılı için 15 günlük ücret tutarında ikramiye (başarı primi) ödenmesine karar verdiği halde, yerel mahkemece bu alacağın 15 günlük ücret yerine, bir aylık ücret olarak hüküm altına alınmasının hatalı olduğu belirtmiştir. Yüksek Mahkemenin bu tespiti ilk bakışta hemen üst paragrafta yer verilen davalı işyerinde ikramiye uygulaması bulunmadığı görüşü ile çelişkili gözükmekteyse de, ortada bir çelişki yoktur. Burada, 15 günlük ücret tutarında ikramiyeden (başarı priminden) söz edilmesi, Yargıtay’ca işverenin 18.12.2006 tarihli yönetim kurulu kararına dayanan ödemesinin ikramiye niteliğinde kabul edildiğini göstermez. Öğretide haklı olarak belirtildiği üzere, işverence aylık ücrete ilaveten yapılan ödemelerin niteliği belirlenirken, bunlar için taraflarca kullanılan isimlendirmeden ziyade, alacağına hak kazanma ve talep şartlarından hareket ile bir değerlendirme bulunulmalıdır³. Yargıtay, her yılbaşında bir aylık ücret düzeyinde ikramiye uygulamasının bu-

lunmadığını ve bu nedenle davacının feshinin haksız olduğunu kabul etmiş, kıdem tazminatı istemini reddetmiştir. Buna göre onbeş günlük ücret tutarında hüküm altına alınması gereken alacak ikramiye olmayıp, işverenin tek taraflı tasarrufuna dayanan, iş şartı oluşturmayan bir sosyal yardımdır.

Bu tespitlerden, Yargıtay’ın ödeme yapılıp yapılmayacağını ve yapılacak ise, miktarının işverenin takdirinde bulunduğu hallerde, her sene değişen tutarlarda bir ödeme bulunsa dahi, bunun işyeri uygulaması ile iş şartı haline gelmeyeceği görüşünde olduğu söylenebilecektir. Ancak Yüksek Mahkeme, bu görüşüyle ilgili ayrıntılı hukuki gerekçeler ortaya koymamıştır. Diğer taraftan öğretilerde aksine görüşler bulunmaktadır. Süzek’e göre, işyeri uygulamasının kabulü için edimin sürekli olarak aynı koşullarla sağlanması gerekirse de, bu şart katı biçimde uygulanmamalıdır: “İşverence aynı nedene bağlı olarak yıllar içinde devamlı bir uygulama yapılmışsa, bazı yıllar bu ödemenin tutarının farklı olması işyeri uygulamasının oluşmadığı anlamına gelmez”⁴.

III. Ücret eki olarak prim ile ikramiyenin ayırt edilmesi

Karşılıklı edimleri içeren ve mameleki nitelikte bir hukuki ilişki olarak iş sözleşmesinde, işçinin iş görmesinin karşılığını, işverenin ücret ödeme borcu oluşturur. İlke olarak işverenin, en geç ayda bir kararlaştırılan aylık maktu ücreti ya da parça başına veya yüzde usulü ücret gibi performans esaslı bir ücret sisteminin uygulandığı hallerde de, işçinin ilgili dönemde ürettiği iş düzeyine karşılık gelen ücreti ödemesi, ifa olarak yeterlidir. Ancak uygulamada işçilere asıl ücretleri dışında, başkaca ödemelerin yapılması yaygındır.

Kamu işverenliklerine ilişkin 6772 sayılı Kanun’dan doğan ikramiye yükümlülüğü dışında, işverenlerce uygulamada en sık prim ve ikramiye olarak ödenen ancak bunun dışında çok farklı şekillerde uygulanabilen ücret eklerinin ödenmesi, farklı amaçlarla olabilir: İş görme ile ücret karşılıklı edimleri arasındaki denkleğin sağlanması, işletmenin üretkenlik düzeyinin optimum seviyeye çıkarılması, işçi-

Prim, hak kazanma ve miktarı açısından genellik arz etmeyip, işçinin bireysel şartlarına bağlı olduğu halde, ikramiyeler Yargıtay'ın inceleme konusu kararında vurguladığı gibi, genel bir nitelik taşır ve uygulamadan işyerinde çalışan tüm işçiler aynı düzeyde yararlanır.

nin üstün çaba göstererek başarılı bir şekilde yaptığı işin ödüllendirilmesi, gelecekte işçiyi daha iyi çalışmaya teşvik gibi⁵. Örneğin aynı işi yapan diğer işçilere göre daha yüksek performans ile çalışan işçilerini ödüllendirmek isteyen işverenin, dini bayramlarda tüm işçilere birer aylık ücret tutarında ikramiye ödemesi, amaç bakımından çelişki oluşturur. Böyle bir amaç için en uygun araç, ödeme miktarları açısından işçilerin somut performans düzeyleri itibarıyla bir ayırtırmaya gidilmesi, başka deyişle prim ödenmesidir.

İşte amaç ile ödeme türü arasındaki bu yakın ilişki nedeniyle, her somut olayda ödemeye hak kazanma koşullarının sağlıklı biçimde belirlenebilmesi, ödemenin niteliğinin tespiti gerektirir. Ücret ekleri hakkında mevzuatta kapsamlı bir düzenleme bulunmamakla, bunlara ilişkin hukuki değerlendirme, her somut olayın kendi şartlarından hareket ile yapılacaktır. En sık uygulanan ücret ekleri prim ve ikramiye olduğu halde, bunların çoğu zaman karıştırıldığı dikkate alınarak⁶, ikramiye ile primin ayırt edilmesinde bazı dayanak noktalarına ihtiyaç bulunmaktadır. Uygulamada Yargıtay'ın ücret ekleriyle ilgili sadece prim ve ikramiye ayrımını nazara alması, ikramiye dışındaki tüm ücret eklerini, üst kavram olarak prim şeklinde nitelendirmesi⁷, ücret eklerine ilişkin ayırtırmanın önemini bir göstermektedir.

Konuyla ilgili Alman hukukunda dikkate alınan en yaygın ölçüt, ödeme ile işçinin gördüğü işin düzeyi arasında doğrudan bir neden sonuç ilişkisinin olup olmadığıdır⁸. Buna göre,

- Görülen işin karşılığı olarak ve miktarı görülen işin düzeyi esas alınarak belirlenen ödemeler (Sondervergütung mit reinem Entgeltcharakter),

- İşçiyi ödüllendirme, daha iyi çalışmaya teşvik amacıyla yapılan ve düzeyinin tespitinde görülen işin düzeyinin tek başına belirleyici olmadığı ödemeler (Sondervergütung zur Belohnung der Betriebstreue) ve

- Karma nitelikte ödemeler (Sondervergütung mit Mischcharakter)

ayrımı yapılmaktadır. Alman hukukundaki bu ayırmada primler, görülen işin karşılığı olarak ödenen bir ücret eki olduğu halde, ikramiyeler öngörülen hak kazanma şartlarına bağlı olarak ikinci ya da üçüncü grup ücret ekinin konusu olabilmektedir. Dolayısıyla prim, hak kazanma ve miktarı açısından genellik arz etmeyip, işçinin bireysel şartlarına bağlı olduğu halde, ikramiyeler Yargıtay'ın inceleme konusu kararında vurguladığı gibi, genel bir nitelik taşır ve uygulamadan işyerinde çalışan tüm işçiler aynı düzeyde yararlanır. İşyerindeki görevi ya da diğer şartlar bakımından ikramiye ödemesi yapılan grubun içinde olmasına rağmen, bu işçiler arasında bir ayrıma gidilerek bazılarının ödenmediği durumda, bu artık ikramiye değil, işverenin bağış amaçlı yaptığı bir kazandırma olur⁹. Böyle bir ihtimalde kendisine ödeme yapılmayan işçiler açısından bir talep hakkı, eşitlik ilkesinden hareket ile söz konusu olabilir¹⁰.

1. Prim

Üst kavram olarak prim, işçinin üstün bir çaba göstererek, nitelik ve nicelik açısından başarılı şekilde yapmış olduğu işin karşılığında, baştan somut olarak belirlenen objektif ve sübjektif şartların gerçekleşmesine bağlı olarak ödenir, aracılık ücreti (TBK m.404), işin sonucundan pay alma (TBK m.403) gibi ücret eklerinin tamamını kapsar. Bu çerçevede ödenen ücret eklerinin tamamında amaç, işçiyi daha iyi ve verimli çalışmaya teşviktir.

Ancak prim her zaman ücret eki olarak uygulanmaz. Aylık maktu ücret sisteminde ister vasat isterse de yüksek performans ile çalışsın işçinin eline geçecek ücret düzeyi aynı olduğundan, işçileri daha yüksek performans ile

çalışmaya teşvik etmek isteyen işverenler, performans esaslı ücret sistemi olarak işçinin asıl ücretini prim olarak ödeyebilirler. Böyle bir uygulamada iki sınır, işçinin iş sağlığı ve güvenliği şartlarının ihlal edilmemesi¹¹ ve aylık prim tutarının yasal asgari ücretin ya da örneğin toplu iş sözleşmesinde kararlaştırılan garanti ücretin altında kalmamasıdır.

Ancak dar anlamda prim bir ücret ekidir ve hak kazanma ve ödeme şartları çok farklı şekillerde öngörülebilir. Prime hak kazanma koşulu olarak, belirli bir sürede, belirli bir sayıda ve miktarda üretim veya satış yapma ya da projeyi bitirme¹² gibi objektif şartların veya işçinin işe sadakati¹³, işverenin görülen işten memnun olması gibi sübjektif şartların ya da objektif ve sübjektif şartların bir arada öngörülmesi mümkündür. Yine ödenecek primin miktarı açısından, benzer şekilde işçinin işverene sağladığı menfaatin belirli bir oranı veya aylık ücretin belirli bir katı gibi objektif ya da işverenin “işletmenin kârlılığına göre takdir edeceği bir tutar” gibi sübjektif şartların kararlaştırılması mümkündür. Buna göre, dar anlamda prim, çok farklı ihtimallerde ortaya çıkabilecektir. Bu değişken içeriği nedeniyle dar anlamda prim hakkında, mevzuatta bir düzenleme yoktur.

Belirtilmelidir ki, doğrudan görülen işin karşılığı olmayan, miktarı ile işçinin ürettiği iş arasında bir doğru orantı bulunmayan ödemeler, teknik anlamda prim değildir¹⁴. Örneğin ağır ve tehlikeli işlerde çalışanlara ödenen güçlük primi, inşaat işlerinde verilen şantiye primi ya da üst düzey personelin işletme ile olan bağlarını güçlendirmek için ödenen liyakat primi gibi.

Prim görülen işin karşılığı olmakla, Yargıtay'ın inceleme konusu kararda tespit ettiği üzere, bundan tüm işçiler aynı düzeyde yararlanmaz. İşyeri yönetmeliğinde tüm işçileri kapsayan bir prim hükmüne yer verilmiş olsa da, her bir işçinin alacağı prim düzeyi, ilgili dönemde gördüğü işin, baştan belirlenen ve “normal performans” düzeyi olarak isimlendirilen nitel ve nicel şartları karşılama oranına göre değişecektir. Yine primin görülen işin karşılığı olmasının bir diğer sonucu, üretim olmayan bir işyerinde işçinin prime hak kazanması da, mümkün değildir¹⁵.

2. İkramiye

TBK m.405'deki tanımdan hareket ile ikramiye, işverence işçilere bayram, yılbaşı ve doğum günü gibi belirli günler dolayısıyla ve “bu konuda anlaşmanın veya çalışma şartının ya da işverenin tek taraflı taahhüdünün varlığı hâlinde” talep edilebilen bir ücret ekidir. Prim ile ikramiye, verilmesi amacı itibarıyla çakışabilir. Hem ikramiye hem de prim ödemesinde, işverenin üretilen işten duyduğu memnuniyeti ve işçiyi motive ederek işe bağlılığını ödüllendirme amacı vardır¹⁶.

Bu açıdan her iki hakkın ayırt edilmesinde en önemli unsur, hak kazanılmasıyla ilgilidir. Buna göre, prime hak kazanılması işçinin baştan açıkça öngörülen düzeyde iş görmesine ya da işletmenin belirli bir düzeyde başarı elde etmesine bağlıdır. Buna karşın ikramiyede, hak kazanma şartları, işçinin sübjektif şartlarına değil, belirli objektif vesilelerin gerçekleşmesine bağlıdır¹⁷.

İkramiye, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanmasa, işverenin takdiri ile işyeri uygulaması şeklinde ortaya çıksa dahi, işverenin tek taraflı bir sosyal kazandırması (hediyesi) olmayıp, bağlayıcı bir çalışma koşulu olan ücret ekidir¹⁸. Toplu ya da bireysel iş sözleşmesine dayanmayan, örneğin işyeri uygulamasına dayanan ikramiyelerde, bunun işverenin tek taraflı bir sosyal kazandırması mı, yoksa bağlayıcı bir iş şartı mı olduğu noktasındaki tereddütlerde, işçi lehine yorum ilkesi geçerli olup, belirsiz hallerde işveren aleyhine bağlayıcı iş şartı niteliği kabul edilmelidir¹⁹.

İkramiyenin asıl ücretin eki olma niteliği mutlak, başka deyişle prim gibi asıl ücret olarak ödenmesi mümkün değildir.

İkramiyenin primden ayrılan bir diğer önemli yanı, hak kazanma ve miktarı ile işçinin gördüğü işin veya işletmenin cirosu arasında, doğrudan bir neden sonuç ilişkisinin bulunmamasıdır²⁰. İşçinin prime hak kazanması ve miktarı, gördüğü somut iş düzeyinin, baştan ifanın nitel ve nicel şartları bakımından belirlenmiş “normal performans” düzeyini karşıladığı orana bağlıdır. Bunun doğal sonucu, prime hak kazanma bakımından aynı şartlara tabi olsalar bile, bazı işçilerin prime hak kazanamama-

Öğretideki tanımlardan hareket ile işyeri uygulaması, işçinin, işverenin düzenli olarak benzer içerikte tekrarladığı davranışı ile kendisine ilgili ödemeyi veya imkanı, bağlayıcı iş şartı olarak sürekli biçimde sağlama iradesinde olduğunu çıkartmakta haklı olduğu durumlarda söz konusu olur.

sı, kazananların da farklı tutarlarda prim elde edebilmesi mümkündür. Başka deyişle primde genellik ilkesi geçerli değildir. Buna karşın ikramiyede, ödemeyi gerektiren olgu(lar) işçinin kişiliği dışındadır; objektif neden (vesile ya da tarih) gerçekleşmekle, bir istisna olmaksızın kapsamındaki tüm işçiler aynı miktarda yararlanabilir. Bu hali ikramiyede, işin sonucundan pay alma söz konusu değildir. İşverenin ikramiye miktarını, işletmenin cirosunu, kârlılığını dikkate alarak belirlemesi, primdeki gibi görülen işin karşılığı olarak işin sonucundan pay alma anlamına gelmez.

3. Somut olaydaki ödemenin niteliği

Yargıtay'ın inceleme konusu karara konu olaydaki ödemenin niteliğine ilişkin değerlendirmesine katılmamak mümkün değildir. Yüksek Mahkeme, kararında, somut olayda tarafların başarı primi isimlendirmesini dikkate alarak, öncelikle ödemeyi prim ve ikramiye ayrımına göre incelemiştir. Karardan, ödemenin hak kazanma ve ödeme tutarı bakımından işyerindeki tüm işçiler arasında bir ayrıma gidilmeksizin ödendiği anlaşılmakla, bunun ikramiye niteliğinde olabileceği açıktır. Miktarının şirket yönetim kurulu tarafından geçmiş yıldaki kârlılık dikkate alınarak belirlenmesi, bu ödemeye prim vasfı vermez.

Kararda üzerinde durulması gereken esas çekişme, ödeme yapılıp yapılmayacağı ve yapılacaksa tutarının her sene şirket yönetim kurulunun takdirine göre belirlenmesinin, bunun işyeri uygulaması ile bağlayıcı iş şartı halini

almasını önleyip önlemeyeceğidir. Daha açık deyişle, işyerindeki tüm işçilere ve aynı tutarda ödendiği halde, ödeme tutarının işverenin takdirine bağlı olarak her sene değişebilmesi, bir işyeri uygulamasının kabulüne engel olur mu?

IV. İkramiyenin işyeri uygulaması ile iş şartı haline gelmesi

İşyeri uygulaması, mevzuatımıza ilk defa İş Kanunu m.22 ile giren bir kurumdur. İş şartlarında işçi aleyhine esaslı değişiklik usulünün düzenlendiği hükümde, iş şartlarının yer alabileceği kaynaklar arasında işyeri uygulaması da sayılmış ancak burada ya da başkaca bir yasal düzenlemede işyeri uygulaması ele alınmamıştır. Buna rağmen işyeri uygulamalarının iş hukukunda kaynak niteliği, karşılaştırmalı hukukta olduğu üzere, Türk hukukunda da tartışmasızdır²¹.

Öğretideki tanımlardan hareket ile işyeri uygulaması, işçinin, işverenin düzenli olarak benzer içerikte tekrarladığı davranışı ile kendisine ilgili ödemeyi veya imkanı, bağlayıcı iş şartı olarak sürekli biçimde sağlama iradesinde olduğunu çıkartmakta haklı olduğu durumlarda söz konusu olur²². İşverenin iş sözleşmesinde düzenlenebilecek bir konuda, mevzuat ile bireysel ve toplu iş sözleşmesindeki kurallara aykırı olmayan ve aynı içerikte süreklilik arz eden tek taraflı davranışları, sonradan kendiliğinden, işçi tarafından talep edilebilir, bağlayıcı iş şartı halini almaktadır. Sözleşme serbestisi ilkesi uyarınca bireysel iş sözleşmesinin konusu olabilecek her husus, işyeri uygulamasının konusu olabilir.

Uygulama ile ortaya çıkan bir hukuki kurum olarak işyeri uygulamasının hukuki niteliği tartışmalıdır. Hukuki niteliğin belirlenmesi, ortaya çıkma, bağlayıcı hale gelme koşulları açısından önem arz ettiğinden, burada kısaca konu üzerinde durulacaktır. İşyeri uygulamasının hukuki niteliğini, belirli bir işyeri ile sınırlı örf ve adet kuralı olarak açıklayan görüşe karşın, konu daha ziyade sözleşme teorisi ve dürüstlük kuralı bağlamında ele alınmaktadır.

İşyeri uygulamasını örf ve adet kuralı ile açıklayan görüş, haklı olarak eleştirilmiştir²³. Gerçekten işyeri uygulamasının kabulü için örf

ve adet hukukunda olduğu üzere, çok uzun yıllardan beridir uygulanagelme (maddi/objektif unsur) ve toplumun genelinde buna uyulması yolunda hukuki zorunluluk bulunduğu genel inancının (manevi/sübjektif unsur) gerçekleşmesi aranmaz. Bu açıdan işyeri uygulamasını sözleşme teorisi ile açıklayan görüş akla yakındır. Türk hukukunda baskın öğreti görüşü ve Yargıtay uygulaması, İş Kanunu m.22/1'de işyeri uygulamasının iş sözleşmesinin eki niteliği tespitine de işaret edilmek suretiyle, ek iş sözleşmesi olduğu kabul edilmektedir²⁴.

Sözleşme teorisinden hareket edildiğinde, işyeri uygulaması örtülü irade açıklamaları ile ortaya çıkan ek iş sözleşmesidir. Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur ve irade açıklaması, açık veya örtülü olabilir (TBK m.1). Bu açıdan işverenin süreklilik arz eden davranışları, işçinin zımni irade açıklaması ile sözleşme kuruluşu olarak değerlendirilir. Ancak sözleşme teorisi bakış açısında önemli olan, işçi ile işverenin gerçek iradeleridir. Sözleşmelerin yorumuna ilişkin TBK m.18'e göre, "Bir sözleşmenin ... içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların ... gerçek ve ortak iradeleri esas alınır". Dolayısıyla sözleşmenin kuruluşu için karşılıklı olarak uyuşması gereken, tarafların gerçek ve ortak iradeleri olmakla, işyeri uygulamasının kabulü bakımından soru işaretleri ortaya çıkmaktadır. Çünkü işyeri uygulaması ile işverenin davranışlarının dış dünyada, işçiler tarafından objektif şartlarda nasıl değerlendirildiği, kabul edildiği belirleyicidir, yoksa işverenin gerçek iradesi değil. Burada işverenin iradesine değil, irade açıklamasına değer verilmektedir. İşverenin işyeri uygulamasına konu davranışında, her zaman iş şartı olarak sürekli borç altına girme iradesinde olduğu söylenebilir²⁵. Buna karşın Süzek tarafından haklı olarak tespit edildiği üzere, "İşverenin uygulamayı yaparken bunun gelecekte bağlayıcı olmasını gerçekten düşünmüş olması aranmaz. İşçilerin, işverenin davranışından böyle bir isteği olduğu sonucunu, dürüstlük kurallarına uygun olarak çıkarmış bulunmaları yeterlidir"²⁶.

İşte sözleşme teorisinin yetersiz kaldığı bu noktada, öğretilerde işyeri uygulamaları, güvenin

korunması bağlamında (§ 242 BGB) dürüstlük kuralı (MK m.2) ile açıklanmaya başlanmıştır²⁷. Hanau/Adomeit, burada korunan güvenin, hukuki işleme (sözleşmeye) değil, devam eden edimin sürekliliğine olduğunu belirtmektedir²⁸. Bu açıdan işyeri uygulaması, hukuki işlem değil, hukuki işlem benzeri niteliktedir²⁹.

İşyeri uygulamasının hukuki niteliği ister sözleşme teorisi, isterse de güvenin korunması, dürüstlük kuralı ile açıklansın, bağlayıcı iş şartı halini alması bazı unsurların gerçekleşmesine bağlıdır. Buna göre, uygulama genel bir nitelik taşımalı, devamlı olmalı, aynı koşullarla sağlanmalı ve bununla bağlantılı olarak herhangi bir koşula tabi tutulmamış bulunmalıdır³⁰. Örneğin doğum yapan kadın işçilerden birine ödemede bulunulması, sonradan diğer işçiler açısından talep edilebilir bir hak halini almaz. Aksine belirli bir süreçte, istisnasız doğum yapan işçilerin tamamına ödeme yapılması, diğer şartların varlığı halinde işyeri uygulaması olarak değerlendirilebilir.

İşyeri uygulaması sözleşme icabına dayanmadığından, işçinin işverenin davranışına olan güveninin korunması söz konusu olduğundan, bir defa yapılan ya da birden fazla olmakla birlikte düzensiz olarak tekrarlanan davranışa dayalı olarak işverenin örtülü bir taahhüdüne olan güvenden söz edilemez. Bu konuda ikramiyeler açısından karşılaştırmalı hukukta ve Türk hukukunda, ödemenin üç dönem tekrarlanması, uygulamanın devamlılığı açısından yeterli görülmektedir³¹. Ancak bu sayı karene olarak değerlendirilmeli, her somut olayda genel geçer uygulanmamalıdır. Alman öğretisinde Preis, haklı olarak işçi açısından görece önemsiz konularda daha fazla sayıda tekrar gerekirken, başta parasal konular olmak üzere önemli konularda daha az sayıda tekrarın, işyeri uygulaması çerçevesinde yeterli olabileceğine işaret etmiştir³².

İşyeri uygulamasının temelinde, işverenin genellik ve süreklilik arz eden davranışlarıyla ilgili, işçilerde ortaya çıkan güvenin korunması esas olduğuna göre, işverenin farklı konuları ilgilendiren, birbirlerinden bağımsız davranışlarıyla ilgili veya aynı konuda olmakla birlikte, aynı koşullarda ve içerikte tekrarlanmayan

davranışlarına, işçilerin korunmaya değer haklı güvenlerinden söz edilemez. Yine işveren, aynı konuda tekrarlanan davranışını, açık ya da zımni olarak belirli koşulların gerçekleşmesi şartına bağlamış ise, yine işyeri uygulamasının kabulü için korunmaya değer haklı güvenden söz edilemez. Örneğin işveren daha en baştan uygulamadan vazgeçme, geri alma hakkını saklı tutmuşsa ya da her defasında söz konusu ödemenin ya da imkânın bağlayıcı olmadığını açık ya da örtülü biçimde vurgulamışsa, artık ilgili davranışın buna rağmen işyeri uygulaması halini aldığından söz edilemez³³. Çünkü bu surette, işçide söz konusu davranışın bağlayıcı bir iş şartı olarak devamlılığı noktasında bir güven oluşması önlenmiş olmaktadır.

İşyeri uygulamasıyla ilgili işçinin korunmaya değeri güveni hakkındaki bu tespitlerimiz karşısında, inceleme konusu kararda olduğu üzere, kapsamı itibariyle işverenin genellik arz eden bir uygulamasının, ödeme yapılıp yapılmayacağı ve yapılacak ise, miktarının kendi takdirinde bulunduğu hallerde, bunun işyeri uygulaması ile iş şartı haline gelip gelmeyeceği sorusu sorulabilir. Acaba ödeme yapılması ve miktarıyla ilgili işverenin takdir hakkını saklı tuttuğu bir uygulama hakkında, takip eden yıllarda değişen tutarda da olsa bir ödeme yapılacağı yolundaki güven korunmaya değer mi?

Yargıtay, inceleme konusu kararında bu soruya olumsuz cevap vermiştir. Yüksek Mahkeme, eski tarihli bir kararında da, yine inceleme konusu karardaki sonuca ulaşmıştır. Buna göre, “İşyerinde her yıl devamlı olarak 20 gün üzerinden verilmekte olan ikramiye, bu yıl davacıya 15 günlük ücret verildiği cihetle noksan ödenen miktarın talep edildiği, ancak bu ikramiyenin sözleşme veya kanunla tayin edilen ikramiye olmayıp, devamı ve çalışmayı teşvik ikramiyesi olduğu, ikramiyenin işverenin takdirine vabeste bulunduğuna göre bu çeşit ikramiyelerin, bir kaç yıl üst üste verilse dahi teamül haline gelmez...”³⁴.

Öğreti ise, Yargıtay içtihadından farklı yöndedir. Yukarıda da tespit edildiği üzere, Süzek’e göre, işyeri uygulamasının kabulü için edimin sürekli olarak aynı koşullarla sağlanması gerekirse de, bu şart katı biçimde uygulanmamalı-

dır: “İşverence aynı nedene bağlı olarak yıllar içinde devamlı bir uygulama yapılmışsa, bazı yıllar bu ödemenin tutarının farklı olması işyeri uygulamasının oluşmadığı anlamına gelmez”³⁵. Narmanlıoğlu da, ikramiye özelinde, ödemenin miktarının belirli olması gerektiğini ancak bu konuda zamanla veya başka şartların gerçekleşmesi halinde verilecek ikramiyenin belirli nitelikte değişiklik göstermesinin önemli olmadığı, miktarı belirlenebilecek nitelikte olan ikramiyelerin ücret eki olarak kabul edilmesi gerektiği görüşündedir³⁶. Şen, böyle bir durumda ödeme tutarının farklı olmasına değil, aynı davranışın aynı nedenler karşısında tekrarlanmış olmasına değer verilmesi gerektiğini belirtmiştir³⁷. İsviçre hukukunda Rehbinder benzer görüştedir³⁸. Yazara göre, işveren geri alma hakkını ya da bağlayıcı olmama iradesini açıkça ortaya koymadığı takdirde, ikramiye tutarının dönemler itibariyle değişmesi, bunun iş şartı halini gelmesine engel olmaz, çekişme halinde ödenecek tutar hakkaniyete göre belirlenir.

Alman Federal İş Mahkemesi ve öğretisinde, Yargıtay ile benzer bir görüş ön plandadır. Alman hukukunda bu konu, işverenin geri alma hakkı ya da bağlayıcı olmama kayıtları bağlamında değerlendirilmektedir. Alman hukukunda, bağlayıcı olmama kayıtlarının dar yorumlanmaması gerektiği, açık bir irade açıklaması olmasa dahi, somut olayın şartlarından işverenin geri alma hakkını saklı tuttuğu, uygulamasında bağlayıcı olmama arzusunda olmadığı anlaşılabilirse, işçinin uygulamanın devamıyla ilgili korunmaya değer haklı güveninden söz edilemeyeceği görüşü hakimdir. İşverenin konuyla ilgili çekincesi, belirli bir şekil şartına tabi değildir. Örneğin somut olayın şartlarından, ödemenin sadece ilgili yıla özgü olduğu anlaşılabilirse ya da ödeme tutarları, işverenin takdirine bağlı olarak her dönemde değişiyorsa, artık bunun işyeri uygulaması ile bağlayıcı olduğu söylenemez³⁹. Federal İş Mahkemesi, bu şekilde uygulamaları işverenin işyeri uygulamasına karşı çekinceleri olarak değerlendirmektedir. Ödeme tutarının her yıl değişmesi, dolaylı olarak işverenin her sene konu hakkında yeniden değerlendirme hakkını saklı

tuttuğu anlamına gelir⁴⁰. Bu noktada işçilerin ödemenin devamlılığı noktasında korunmaya değer mutlak bir güveni kabul edilemez.

V. Sonuç

İşyeri uygulaması ile bağlayıcı hale gelen iş şartlarında belirleyici olan, işçinin uygulamanın devamlılığına olan güveninin dürüstlük kuralı ışığında korunmaya değer olup olmadığıdır. TBK m.18 uyarınca, “Bir sözleşmenin ... içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların ... gerçek ve ortak iradeleri esas alınır”. Bu nedenle ilke olarak gerçek ve ortak iradeye dayanmayan hukuki işlemlere bir değer atfedilemez. Ancak özel hukuktaki güven nazariyesi dikkate alındığında, belirli objektif durumlarda işçinin işyeri uygulamasından doğan iş şartına olan güveni korunmalıdır. Buna göre, işverenin tekrarlanagelen davranışını, dürüstlük kuralı uyarınca işçinin bağlayıcı iş şartı olarak değerlendirmesi haklı görülebiliyorsa, burada işyeri uygulamasına olan güven korunmalıdır. İşverenin somut olayın şartları itibarıyla dış dünyaya yansımaya değer iradesi aksi yönde olsa bile. Bu nedenle Yargıtay kararındaki görüşe karşın, öğretide savunulan ödeme tutarlarının farklı olmasına değil, aynı davranışın aynı nedenler karşısında tekrarlanmış olmasına değer verilmesi gerektiği görüşüne katılmamak mümkün değildir.

Ancak her halükârda önemli olan, işçinin işyeri uygulamasına olan güveninin haklı görülebmesidir.

Alman hukukunda savunulduğu üzere, işverenin açık bir irade beyanı olmasa dahi, dışarıdan objektif bir bakış açısında, somut olayın şartları itibarıyla, işverenin davranışları ile geri alma hakkını saklı tuttuğu, bağlayıcı olmama iradesinde olduğu anlaşılabiliriyorsa, artık dürüstlük kuralı uyarınca işçide korunmaya değer bir güvenin ortaya çıkması mümkün değildir. Bu konuda bir değerlendirme katı olmamalı, olabildiğince objektif davranılmalıdır. Örneğin Alman hukukunda verilen örneklerden, somut olayın şartlarından, ödemenin sadece ilgili yıla özgü olduğu anlaşılabiliriyorsa ya da ödeme tutarları, işverenin takdirine bağlı olarak her dönemde değişiyorsa, artık işverenin diğer

yıllarda ödeme yapıp yapmama ve yapacaksa miktarını belirleme konusundaki yetkiyi saklı tuttuğu kabul edilmelidir. Bu ihtimalde, artık işyeri uygulamasının kabulünü gerektiren bir güvenden söz edilemez.

İşçinin güveninin korunmaya değer olup olmaması ölçütü dikkate alındığında, Türk öğretisindeki görüş ile Alman hukukundaki uygulamanın çelişmediği anlaşılmaktadır. Çünkü Türk öğretisinde savunulan görüşte dahi, korunmaya değer güvenin varlığı belirleyici olup, bunun her somut olayın şartlarından hareket ile değerlendirilmesi gerekir. Bu tespitler ışığında inceleme konusu Yargıtay kararına döndüğümüzde, karardan dosyaya ilişkin ayrıntılar anlaşılammakla birlikte, genel bir bakış açısından varılan sonucun isabetli olduğunu düşünüyorum. Somut olayda yılbaşlarında yapılan ödeme, şirket yönetim kurulu tarafından takdir edilmekle ve bunda şirketin önceki yıldaki karlılığı göz önünde bulundurulmakla, artık işverenin bazı yıllarda ödemediği, ödediği yıllarda da tutarı değişiklik gösterebilen uygulamaya, işçilerin iş şartı olarak korunmaya değer haklı güveni kabul edilmemelidir. İşveren uygulaması ile zımni olarak ödeme yapıp yapmama ve yapacaksa tutarını her sene yeniden belirleme hakkını saklı tutmuş olmaktadır.

DİPNOTLAR

- 1 Karar İstanbul Barosu Dergisi, 2011, C. 85, S. 5, s. 323-325'de yayımlanmıştır.
- 2 Ücret eklerinin amaçları hakkında bkz. Süzek, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 4. Baskı, İstanbul 2008, s. 311-312; Çelik Nuri: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 24. Bası, İstanbul 2011, s. 150-151; Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin: İş Hukuku, 4. Bası, Ankara 2011, s. 550; Narmanlıoğlu, Ünal: İş Hukuku I, Ferdi İş İlişkileri, 3. Bası, İzmir 1998, s. 224; Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim: Bireysel İş Hukuku, Yenilenmiş 4. Bası, İstanbul 2010, s. 126.
- 3 Preis, Ulrich: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, herausgegeben von Müller-Glöge/Preis/Schmidt, 11. Auflage, München 2011, § 611 BGB, Rn. 528; Brors, Christiane: AnwaltKommentar Arbeitsrecht, herausgegeben von Hümmelich/Boecken/Düwell, Band 1, Bonn 2008, § 611 BGB, Rn. 668, 686.
- 4 Süzek, s. 68. Benzer görüş için bkz. Çelik, s. 116; Narmanlıoğlu, s. 225 dn. 81, 227; Şen, Murat: İş Hukukunda Çalışma Koşullarında Değişiklik, Ankara 2005, s. 48; Rehbinder, Manfred: Schweizerisches Arbeitsrecht, 14., neu bearbeitete Auflage, Bern 1999, s. 85.

- 5 Çelik, s. 151; Narmanlıoğlu, s. 228.
- 6 Narmanlıoğlu, s. 228.
- 7 “Somut olayda, taraflar arasında prim ödemesi noktasında tartışma bulunmaktadır. Dosyaya davacı işçi tarafından sunulan iş sözleşmesinde, ihracat cirosundan % 2 prim ödeneceği kararlaştırıldığı görülmektedir.... mahkemeye davacının prim alacağına hak kazandığı yönünde verilen karar yerindedir. Ancak, davacı işçinin iş sözleşmesi 01.09.2006 tarihinde sona erdiği halde 2006 yılının tamamında çalışılmış gibi hesaplamaya gidilerek prim isteğinin hüküm altına alınması hatalı olmuştur. 2006 yılı için fiilen çalışılan süreyle sınırlı olarak hesaplamaya gidilmeli ve buna göre istekle ilgili bir karar verilmelidir” (Yarg.9.HD, 07.12.2010, E. 2008/41679, K. 2010/36460, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası). Karara konu olaydaki ciro üzerinden belirli bir oranda ödeme koşulu dikkate alındığında, ücret eki olarak bu kazandırma Yargıtay’ın belirttiği gibi prim değil, Türk Borçlar Kanunu m. 403’deki deyim ile “işin sonucundan pay alma”dır.
- 8 Preis, § 611 BGB, Rn. 534; Brors, § 611 BGB, Rn. 698-702; Schoof, Christian: Arbeitsrecht Handbuch für die Praxis, Herausgegeben von Kittner/Zwanziger, 4. Auflage, Nördlingen 2007, § 54, Rn. 15 vd.
- 9 Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 550-551.
- 10 İkramiye alacağının hukuki dayanağı olarak eşitlik ilkesi hakkında bkz. Schoof, § 54, Rn. 11; Brors, § 611 BGB, Rn. 671-673; Preis, § 611 BGB, Rn. 535-536.
- 11 Bu nedenle Alman hukukunda, hamile ve anne işçilere, genç işçilere ve şoför olarak çalıştırılan işçilere performans esaslı ücret sistemi uygulanması ve bu arada asıl ücret olarak prim ödenmesi yasaklanmıştır (Preis, § 611 BGB, Rn. 395).
- 12 “İş sözleşmesinde prime hak kazanmak için belli sayıda proje bitirilmesi şartı öngörülmüş, davacı taraf bu yönde dosyaya delil ibraz etmemiştir. Davalı ise, temyiz dilekçesi ekinde prime dair bazı belgeler sunmuştur. Prime hak kazanılıp kazanılmadığı yönünden de işveren delilleri getirilmeli, gerekirse işveren kayıtları üzerinde de incelemeye gidilerek sonucuna göre karar verilmelidir” (Yarg.9.HD, 17.04.2007, E. 2007/2942, K. 2007/11129).
- 13 “...davacının liyakat primine hak kazanabilmesi için liyakat sahibi olması gerekir. Dosya içindeki bilgi ve belgelere göre davacı işçi Yatırımlar Servis Müdürü olarak çalıştığı işyerinde, tedarikçi bir firmadan bu firma ile daha fazla iş yapılması karşılığında menfaat temin etmiş(tir)... Gerçekten davacının bahsi geçen davranışı ile soruşturma sırasında istifa etmiş olması dikkate alındığında, prime layık olmadığı anlaşılmaktadır... İşyerinde belli bir kurala tabi olmaksızın tamamen yönetim kurulunun inisiyatifine ile birkaç işçiye liyakat primi ödemesi yapıldığı görülmektedir. Bu durum, davacı işçiye liyakat primi ödemesi yapılmasını gerektirmemektedir.” (Yarg.9.HD, 03.07.2007, E. 2007/14473, K. 2007/21553).
- 14 Preis, § 611 BGB, Rn. 395; Brors, § 611 BGB, Rn. 703.
- 15 “Prim istihsal yapılan işyerinde verimliliği arttırmak için yapılan bir uygulamadır. İşyerinde uzun yıllardır istihsal yapılmadığı dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Bu nedenle toplu iş sözleşmesinin tüm düzenlemeleri nazara alındığın-
- da, davacıların prim alacakları isteklerinin reddi gerekir.”, Yarg.9.HD, 03.03.2003, E. 2002/16222, K. 2003/2821, Çimento İşveren, Mayıs 2003, s. 42-43.
- 16 Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 126.
- 17 Junker, Abbo: Grunkurs Arbeitsrecht, 7. Auflage, München 2008, § 4, Rn. 244.
- 18 Rehbinder, s. 84; Preis, § 611 BGB, Rn. 527; Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 550.
- 19 Rehbinder, s. 85; Preis, § 611 BGB, Rn. 532.
- 20 Rehbinder, s. 84;
- 21 Çelik, s. 114 vd.; Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 70 vd.; Süzek, s. 66 vd.; Şen, s. 44; Rehbinder, s. 35; Preis, § 611 BGB, Rn. 220 vd.; Junker, § 1, Rn. 79 vd.
- 22 Süzek, s. 68; Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 70; Preis, § 611 BGB, Rn. 220; Thüsing, Gregor: Arbeitsrecht Kommentar, Herausgegeben von Henssler/Willemsen/Kalb, 4. Auflage, Köln 2010, § 611 BGB, Rn. 228.
- 23 Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 71; Süzek, s. 70-71; Şen, s. 47.
- 24 Süzek, s. 66, 70; Çelik, s. 114; Şen, s. 47. Yarg.9.HD, 27.09.2004, E. 2004/5272, K. 2004/20002, Legal İHSGHD, S. 2005/2 (6), s. 783-784.
- 25 Thüsing, § 611 BGB, Rn. 228.
- 26 Süzek, s. 66. Benzer yönde Çelik, s. 114-115; Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 72.
- 27 Preis, § 611 BGB, Rn. 220a; Thüsing, § 611 BGB, Rn. 228; Hanau, Peter/Adomeit, Klaus: Arbeitsrecht, 14. Auflage, Neuwied 2007, Rn. 777.
- 28 Hanau/Adomeit, Rn. 777.
- 29 Thüsing, § 611 BGB, Rn. 229.
- 30 Ayrıntılı bilgi için bkz. Süzek, 67-69; Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 72-73; Şen, s. 47-49; Thüsing, § 611 BGB, Rn. 229; Preis, § 611 BGB, Rn. 220e.
- 31 Yarg. HGK, 05.02.2003, E. 2003/9-11, K. 2003/54, Legal İHSGHD, S. 2004/2 (2), s. 622-624. Süzek, s. 68; Çelik, s. 115; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 29. Alman hukukunda, Preis, § 611 BGB, Rn. 220b; Brors, § 611 BGB, Rn. 674.
- 32 Preis, § 611 BGB, Rn. 220b.
- 33 Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 73; Süzek, s. 69; Çelik, s. 115; Thüsing, § 611 BGB, Rn. 230; Preis, § 611 BGB, Rn. 222; Hanau/Adomeit, Rn. 778; Junker, § 1, Rn. 83.
- 34 Yarg.9.HD, 07.08.1969, E. 1968/91938, K. 1969/640 (Çelik, s. 116; Süzek, s. 68).
- 35 Bkz. dn. 4.
- 36 Narmanlıoğlu, s. 225 dn. 227.
- 37 Şen, s. 48.
- 38 Rehbinder, s. 85.
- 39 Alman hukukunda öğreti görüşleri ve Federal İş Mahkemesinin kararları için bkz. Schoof, § 54, Rn. 10; Preis, § 611 BGB, Rn. 222.
- 40 BAG, 16.04.1997, NZA 1998, s. 423; BAG, 28.02.1996, NZA 1996, s. 758.

Durmuş ÖZCAN

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Tetkik Hakimi

İş Güvencesi Tazminatı ile Ayrımcılık Tazminatının Birlikte İstenilip İstenilemeyeceğine Dair Karar İncelemesi

**T.C. YARGITAY
9. HUKUK DAİRESİ**

Esas No : 2010/13065
Karar No : 2012/23353
Tarihi : 18.06.2012

DAVA

Davacı, ayrımcılık tazminatının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği hüküm altına almıştır.

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

YARGITAY KARARI**A) Davacı İsteminin Özeti:**

Davacı, doğum izninin bitiminde işyerine

gittiğini ve işveren tarafından işten çıkarıldığını, açtığı işe iade davasını kazanmasına rağmen işe başlatılmadığını, iş güvencesi tazminatı, boşta geçen süre ücreti ile kıdem ve ihbar tazminatının ödendiğini, ancak fesihin hamilelik nedeniyle yapıldığını, bu hususun işe iade davasında tespit edildiğini iddia ederek İş Kanunu 5. maddesi uyarınca ayrımcılık tazminatına hükmedilmesini istemiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı, davacının çalıştığı bölümün kapatıldığı için ekonomik nedenlerle işine son verildiğini ve ayrımcılık yapılmadığını savunmuştur.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, işyerinde işten çık-

rılan 17 işçiden 5 tanesinin hamile olduğu, işe iade davası dosyasında dinlenen tanıkların da feshin hamilelik nedeniyle yapıldığını söylediği, işe iade davasında feshin hamilelik nedeniyle ve feshin son çare olması ilkesine aykırı olarak yapıldığının kesinleşmesiyle işverenin ayrımcılık yaptığı sabit olduğundan, 2 aylık ücret tutarındaki ayrımcılık tazminatı hüküm altına alınmıştır.

D) Temyiz:

Kararı davalı temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

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

2- Taraflar arasında, iş güvencesi tazminatı ile ayrımcılık tazminatının birlikte hüküm altına alınıp alınamayacağı noktasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

Uyuşmazlığın normatif dayanağı 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5, 18 ve 21. maddeleridir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18/3-d bendinde işçinin hamileliğinin fesih için geçerli neden oluşturmayacağı düzenlenmiştir.

Yasanın 21. maddesinde, işverenin yaptığı feshin geçersizliğine ve işçinin işe iadesine karar verilmesine rağmen işçiyi işe başlatmayan işverenin, en az 4 aylık en çok 8 aylık ücret tutarındaki tazminatı, işçiye ödemesi gerektiği hüküm altına alınmıştır.

Aynı yasanın 5. maddesinde ise, iş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yapılamayacağı, buna aykırı davranan işverenin, işçinin 4 aya kadarki ücreti tutarında tazminat ile yoksun bırakılan haklarını ödemesi gerektiği, Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesi hükümlerinin saklı olduğu belirtilmiştir.

Somut olayda, davacı işçinin iş sözleşmesi, İş Kanunu'nun 18. maddesine göre eko-

nomik nedenler gerekçe gösterilerek işveren tarafından feshedilmiştir.

Davacı işçinin açtığı ve Dairemiz incelemesinden geçerek kesinleşen işe iade davası sonucunda, feshin hamilelik nedeniyle ve son çare olma ilkesine aykırı olarak yapıldığından, davacının işe iadesi ile işe başlatılmaması halinde, İş Kanunu madde 21'deki tazminat ve alacakları hüküm altına alınmıştır.

İşe iade kararının kesinleşmesine ve işçinin işe başlatılma başvurusuna rağmen işverence işe başlatılmamış; ancak kıdem ve ihbar tazminatı ile iş güvencesi tazminatı, boшта geçen süre ücreti işçiye ödenmiştir.

Davacı işçi açtığı bu davada, fesih işlemi kötü niyetle ve hamilelik nedeniyle yapıldığından, İş Kanunu'nun 5. maddesi uyarınca ayrımcılık tazminatı istemektedir.

Hamilelik nedeniyle yapılan fesih işlemi, işe iade davasında İş Kanunu'nun 18/3-d maddesi uyarınca geçersiz sayılıp, işçinin işe iadesi ile işe başlatılmaması halinde 21. madde uyarınca iş güvencesi tazminatına hükmedilmiştir. İşverenin yaptığı fesih işlemi, ayrıca ayrımcılık yasağını ihlal etse bile, yine de sonuç değişmeyecek ve feshin geçersizliği ile işçinin işe iadesine karar verilecektir. Yasanın 21. maddesindeki özel düzenleme nedeniyle işe iade davasına bakan mahkeme, feshin geçersizliğinin tespitine ve işe iade ile işe başlatılmama tazminatına hükmedecek, işe başlatılmama tazminatı yanında ayrıca ayrımcılık tazminatına hükmedemeyecektir. Üstelik 21. maddedeki tazminat en az dört aya kadarki ücret tutarında, 5. maddedeki tazminat ise en çok 4 aya kadarki ücret tutarında olup 21. madde işçi lehinedir. Aksinin kabulü halinde, ayrımcılık yasağının gündeme geldiği her işe iade davasında, davayı kabul eden mahkeme, hem iş güvencesi tazminatına hem de ayrımcılık tazminatına hükmetmek zorunda kalacaktır.

İşçinin işe başlatılma başvurusunun işverence reddedilmesi, Dairemizin 14.10.2008 tarih, 2008/29383 Esas, 2008/27243 Karar

sayılı kararında ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 23.12.2009 tarih, 2009/9-526 Esas, 2009/583 Karar sayılı kararında ve Dairemizin yerleşik kararlarında belirtildiği gibi yeni bir fesih sayılmaktadır. Dolayısıyla burada ayrımcılık söz konusu olmayıp kanundan doğan sonuç gerçekleşmektedir. Müeyyidesi ise yasanın 21. maddesinde iş güvencesi tazminatı şeklinde düzenlenmiştir. Bu nedenle burada, ayrıca 5. maddedeki ayırım yasaklarının tartışılması da mümkün değildir.

Somut olayda, davalı işveren, işe iade da-

vasını kazanan davacıyı işe başlatmamış ve iş güvencesi tazminatını ödediğinden uygulama yeri olmayan ayrımcılık tazminatının reddi yerine hüküm altına alınması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı nedenlerden dolayı BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 18.06.2012 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

1. KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

1. İş Hukukunda Ayrımcılık Tazminatı

Ayrımcılık tazminatı öğretide, işverenin eşit işlem yapma borcuna aykırı davranmasının müeyyidesi olarak tanımlanmaktadır¹. İş Kanunu'nun 5. maddesine göre, iş ilişkisi sürerken veya sona ermesinde, işverenin eşit işlem yapma borcuna aykırı davranması halinde işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki tazminatı ve yoksun bırakıldığı haklarını talep edebilir. Bu hükmün Anayasal dayanağı ise, Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesidir. İş hukukunda eşitlik ilkesi, hem ayrımcılık yasağını hem de eşit işlem yapma borcunu kapsar². Yasada, tazminat miktarı yönünden alt sınır öngörülmemiştir. Tazminat miktarına ilişkin düzenleme nisbi emredici nitelikte olduğundan, sözleşme ile işçi lehine artırılabilir³. Ayrımcılık yasağına aykırı davranan işverenin karşılaşacağı diğer yaptırımlar, İş Kanunu'nun 99. maddesindeki idari para cezası ile, işverenin gerçek kişi olması halinde, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 122. maddesindeki cezalardır⁴.

Ayrımcılık tazminatı, zarar koşuluna bağlı olmayan, götürü bir tazminattır⁵. İş ilişkisi devam ederken veya sözleşmenin feshiyle birlikte doğabilir ve istenebilir. Ayrımcılık tazmina-

tı hesabına esas alınacak ücret, işçinin çıplak brüt ücretidir. Çünkü kötüniyet tazminatı gibi İş Kanunu'nun 17. maddesinden değil, Yasanın 5. maddesinden doğmaktadır. Tazminat miktarı, ihlal edilen hakkın ağırlığı, işçinin kıdemi, işverenin kusuru dikkate alınarak, dört aylık ücret tutarını geçmemek üzere hakim tarafından takdir edilecektir⁶. Ayrımcılık tazminatı, tazminat niteliğinde bir alacak olduğu için, gelir vergisi ve damga vergisine tabidir. Ancak sosyal güvenlik primi kesintisi yapılmamalıdır.

Ayrımcılık tazminatı, ücret niteliğinde bir alacak olmadığı için, 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 146. maddesi (818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 125. maddesi) uyarınca 10 yıllık zamanaşımı süresine tabidir. İş Kanunu'nun 5. maddesinde faize ilişkin bir düzenleme olmadığından, ayrımcılık tazminatına, temerrüt tarihinden itibaren yasal faiz uygulanır. Mahkemece, hesaplanan brüt tutar üzerinden hüküm kurulmalıdır. Ancak davacı net tutar üzerinden hüküm kurulmasını istemiş ise, talep aşamaz.

Ayrımcılık tazminatı, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesi uyarınca belirsiz alacak davasına veya kısmi davaya konu olabilir. Çünkü yasada, tazminat miktarının alt sınırı belirtilmemiş ve miktar konusu mahkemenin takdirine bırakılmıştır. Ayrıca işçinin aldığı ücret miktarı taraflar arasında çekişmeli ise, bu durum da ayrı bir belirsizlik hali sayılacaktır.

2. İş Hukukunda Kötüniyet Tazminatı ve Sendikal Tazminat

Kötüniyet tazminatı, İş Kanunu'nun 17. maddesinde düzenlenmiş ve yasada tanımı yapılmamıştır. Kötüniyet tazminatı, belirsiz süreli iş sözleşmesi işveren tarafından bildirimli olarak feshedilen ve iş güvencesi hükümlerine tabi olmayan işçinin, işverenin yaptığı bu feshin Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesindeki dürüstlük kuralına aykırı olduğunu öne sürerek istediği tazminattır. İşverenin, bildirimli fakat kötüniyetli olarak yaptığı feshin yaptırımıdır. İşverenin yaptığı bildirimli fesih, aynı zamanda usulsüz bir fesih ise, yani fesih sırasında ihbar öneli verilmemiş veya peşin ödeme yoluyla fesihte, yapılan ödeme tutarı yanlış hesaplanmış ise, işçi hem ihbar tazminatı hem de kötüniyet tazminatı isteyebilir⁷. Sözleşmesi işveren tarafından bildirimli ve kötüniyetle feshedilen işçi, iş güvencesi hükümlerine tabi ise, İş Kanunu'nun 21. maddesi uyarınca iş güvencesi tazminatı istemesi gerekir. Öğretideki görüş ve Yargıtay kararlarına göre, aynı fesih nedeniyle hem kötüniyet tazminatı hem de iş güvencesi tazminatı istenemez⁸. Çünkü kötüniyet tazminatı İş Kanunu'nun 17. maddesinde düzenlenmiş olup bu madde, iş güvencesi hükümlerine tabi olmayan işçilerin belirsiz süreli sözleşmesinin bildirimli feshini düzenlemektedir. İşverenin, İş Kanunu'nun 25. maddesi uyarınca yaptığı bildirimsiz feshin haksız olması ve sözleşmenin belirsiz süreli olup işçinin iş güvencesi kapsamında olmaması halinde de kötüniyet tazminatı istenebilir. Çünkü her haksız fesih, belirsiz süreli iş sözleşmeleri yönünden aynı zamanda usulsüz bir fesih sayılır. Bu durumda kötüniyet tazminatı hakkının doğması için, feshin hem haksız olarak hem de kötüniyetle yapılmış olması gerekir.

İş Kanunu'nun 17. maddesinde, hangi hallerin kötüniyetli fesih olduğu belirtilmemiştir. Yasanın 17. maddesinin gerekçesi, 158 sayılı ILO Sözleşmesi'nin 5. maddesi ve Yargıtay kararlarına göre; işçinin sendikaya üye olması veya sendikal faaliyette bulunması nedeniyle işine son verilmesi, işçinin şikayet hakkını kullanması ya da sosyal güvenlik mevzuatından doğan

bir hakkını istemesi nedeniyle işten çıkarılması, çok sayıda işçi çıkarılıp yerlerine başka işçiler alınması, evli kadının sırf hamileliği nedeniyle aldığı rapor sonrasında işten çıkarılması hallerinde kötüniyet tazminatı istenebilir⁹. İşçinin istirahat raporu aldığı dönemde iş sözleşmesinin feshinde, Yargıtay'a göre kötüniyet tazminatının koşulları oluşmaz¹⁰.

İş güvencesi kapsamı dışındaki işçinin iş sözleşmesi, eğer sendikal nedenle ve kötüniyetle feshedilirse, bu durumda kötüniyet tazminatının yerini, Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinde düzenlenen sendikal tazminat alır. Sendikal tazminat, sadece sendikal nedenle yapılan fesihlerde değil, sendikal faaliyette bulunma özgürlüğüne aykırılık nedeniyle yapılan fesihlerde de uygulanır. Sendikal tazminatın miktarı, işçinin bir yıllık ücreti tutarından az olamaz. Kötüniyet tazminatı davasında ispat yükü işçide iken, sendikal tazminat davasında ispat yükü işverendedir¹¹. Hem kötüniyet tazminatı hem de sendikal tazminat alacakları, 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 146. maddesi (818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 125. maddesi) uyarınca 10 yıllık zamanaşımına tabidir. Her iki alacağa da, temerrüt tarihinden itibaren yasal faiz uygulanır¹².

Kötüniyet tazminatı, işçinin son giydirilmiş brüt ücreti üzerinden hesaplanırken, sendikal tazminat son çıplak brüt ücret üzerinden hesaplanmalıdır¹³. Her iki alacak da sosyal güvenlik hukuku açısından prime esas kazançta dahil edilmez. Mahkemece, hesaplanan brüt tutar üzerinden hüküm kurulur. Ancak davacının isteği net tutardan ise, talep aşılıamaz. Kötüniyet tazminatı ve sendikal tazminatın hesaplanan brüt tutarından gelir vergisi ve damga vergisi kesilerek net tutar bulunur.

İşçinin aldığı ücret miktarı, sözleşmeyi kimin feshettiği, fesih tarihi, işçinin çalışma süresi, işçinin iş güvencesi hükümlerine tabi olup olmadığı taraflar arasında çekişmeli ise, kötüniyet tazminatı ve sendikal tazminat alacakları, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesi uyarınca belirsiz alacak davasına veya kısmi davaya konu olabilir. Ayrıca, Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinde sendikal tazminatın alt sınırı belli olup üst sınır öngö-

rülmediğinden ve miktarı mahkemece belirlendiğinden, ayrı bir belirsizlik durumu daha söz konusudur¹⁴.

3. İş Hukukunda İş Güvencesi Tazminatı (İşe Başlatmama Tazminatı)

İş güvencesi tazminatı, İş Kanunu'nun 21. maddesinde düzenlenmiş ve yasada tanımlanmamıştır. İş güvencesi hükümlerine tabi bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesinin, İş Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca işveren tarafından bildirimli olarak feshedilip, işçinin açtığı işe iade davasında mahkemece, feshin geçersizliğinin tespitine ve işçinin işe iadesine karar verilmesi halinde, bunun yanında işverenin işçiyi işe başlatmamasının güvencesi olarak en az dört aylık ücret tutarında hükmedilen ve zarar koşuluna bağlı olmayan bir tazminattır. İşveren tarafından yapılan bildirimsiz fesihlerde de, İş Kanunu'nun 25/son maddesi uyarınca koşullarının varlığı halinde işe iade davası açılabilir ve iş güvencesi tazminatı istenebilir. Ancak bu halde, işe iade davasına bakan mahkemece, fesih bildiriminin yazılı ve gerekçeli olması, fesihten önce savunma alınması, 6 işgünlük süre içinde feshin yapılmış olması koşulları araştırılmaz; feshin haklı nedenle yapılmış yapılmadığına ya da işçinin feshe neden olan davranışının en azından geçerli neden oluşturacak ağırlıkta olup olmadığına bakılır.

İş güvencesi tazminatının miktarı, en az dört, en çok sekiz aylık ücret tutarında olmak üzere işçinin kıdemi, fesih sebebi ve kusurun ağırlığına göre mahkemece belirlenir¹⁵. İş Kanunu'nun 21/1,2,3 fıkraları mutlak emredici nitelikte hükümler olduğundan, buna aykırı olarak yapılan sözleşmeler geçersizdir.

İş Kanunu'nun 21. maddesine göre, mahkemenin işe iade kararının kesinleşmesi üzerine işçi, kararın kesinleşme tarihinden itibaren 10 işgünü içinde işe başlamak için işverene başvurmaması halinde, işverenin yaptığı fesih geçerli hale geleceğinden, bu durumda iş güvencesi tazminatı istenemez. İşçi, kararın kesinleşme tarihinden itibaren 10 işgünü içinde işverene başvurmuş ve işveren de 1 aylık süre

çinde işçiyi işe başlatmış ise, yine iş güvencesi tazminatı hakkı doğmaz. İşçinin süresi içinde işe başlamak için işverene başvurup, işverenin 1 aylık süre içinde işçiyi işe başlatmayacağını bildirmesi veya bu süre içinde sessiz kalması halinde, işverenin bu tutumu, öğretide çoğunluk görüş ve Yargıtay kararlarına göre yeni bir fesih sayılmaktadır. İşverenin, işçiyi işe başlatmayacağını bildirdiği tarihte veya 1 aylık süre sonunda, iş güvencesi tazminatı alacağı muaccel hale gelecektir. Alacak bu tarihte muaccel olsa da, faize hak kazanmak için, kural olarak işverenin temerrüde düşürülmesi gerekir. İşçinin işe iade başvurusunda, işe alınmadığı takdirde iş güvencesi tazminatının ödenmesini de talep etmesi halinde, işverenin ayrıca temerrüde düşürülmesi gerekmeyip, faiz bu tarihten itibaren işlemeye başlar¹⁶.

İş güvencesi tazminatı, işe başlatmamanın kesinleştiği tarihteki çıplak brüt ücret üzerinden, işe iade kararında belirlenen 4-8 ay arasındaki süreye göre hesaplanmalıdır. Hesaplanan brüt tutardan damga vergisi kesilerek net tutar bulunur. İş güvencesi tazminatı, gerçek anlamda bir gelir olmadığından, bulunan brüt tutardan gelir vergisi ve sosyal güvenlik primi kesilmez¹⁷. Mahkemece, hesaplanan brüt tutar üzerinden hüküm kurulmalıdır. Ancak davacının isteği net tutara göre ise, talep aşılacağından, net tutar üzerinden hüküm kurulmalıdır. İş güvencesi tazminatı alacağı, 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 146. maddesindeki (818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 125. maddesi) 10 yıllık zamanaşımı süresine tabi olup, gecikme faizi olarak temerrüt tarihinden itibaren yasal faiz uygulanır.

İşçinin işe başlatılmadığı tarihin çekişmesiz olması ya da bu durumun ücretle ilgili bir fark yaratmaması, fesih (işe başlatmamanın kesinleştiği tarih) tarihindeki ücret miktarının çekişmesiz olması halinde, iş güvencesi tazminatı belirli durumda olacağından, bu halde iş güvencesi tazminatı alacağı için, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesi uyarınca belirsiz alacak davası veya kısmi dava açılmaz. Yukarıdaki unsurlar belirsiz veya çekişmeli ise, davacı, belirsiz alacak davası ya da kısmi dava ile iş güvencesi tazminatı isteyebilir.

4. Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlarla Birlikte İstenip İstenemeyeceği Sorunu

a. Ayrımcılık Tazminatı ve Kötüniyet Tazminatı

Ayrımcılık tazminatı, iş ilişkisinin devamı veya sözleşmenin feshinden sonra istenebilen bir alacak iken, kötüniyet tazminatı sadece işveren tarafından dürüstlük kuralına aykırı olarak yapılan fesihlerde istenebilir. Bu nedenle her iki tazminatın birlikte istenebileceği tartışması, ancak işveren tarafından yapılan fesihlerde yapılabilecektir. Yine, kötüniyet tazminatını, iş güvencesi hükümlerine tabi veya belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler talep edemeyeceğinden, her iki tazminatın birlikte olarak iş güvencesi kapsamındaki işçilere yönelik fesihlerde yahut belirli süreli iş sözleşmelerinde gündeme gelmesi söz konusu olmayacaktır.

O halde, belirsiz süreli iş sözleşmesi ile ve iş güvencesi kapsamı dışında çalışan bir işçinin iş sözleşmesinin işverence feshedilmesi ve yapılan bu feshin hem kötüniyetli olması, hem de İş Kanunu'nun 5. maddesine göre ayrımcılık yasağını veya eşit işlem yapma borcunu ihlal etmesi halinde, işçinin her iki tazminatı da birlikte isteyip isteyemeyeceği sorunu karşımıza çıkmaktadır.

Öğretide; İş Kanunu'nun 5. ve 17. maddelerindeki sebepler arasında hiçbir farklılık olmamasına rağmen, ispat kuralları ve tazminat miktarları konusunda farklılıklar olduğu, kötüniyeti oluşturan sebeplerle, ayrımcılığı oluşturan sebeplerin aynı olduğu¹⁸ savunulduğu gibi, kötüniyet tazminatına vücut veren sebeplerin, ayrımcılık tazminatına hak kazandıran sebepleri de kapsadığı, ancak bu sebeplerin tamamen aynı olmadığı da savunulmuştur¹⁹. İşveren, kendisini bölge çalışma müdürlüğüne şikayet eden işçilerin tamamını bu nedenle işten çıkarırsa, bu durumda yapılan fesih işlemi kötüniyetli bir fesih olacaktır. Ancak işveren bu fesihle herhangi bir ayırım yapmadığı için, ayrımcılık tazminatı gündeme gelmeyecektir. Fakat aynı olayda, işverenin, kendisini bölge çalışma müdürlüğüne şikayet eden işçilerden sadece ka-

dın olanları işten çıkarması halinde, bu fesih işlemi hem kötüniyetli hem de ayrımcılık yasağını ihlal kapsamında olacak ve her iki tazminatın birlikte istenmesi gündeme gelecektir.

Öğretide, bu gibi durumlarda her iki tazminatın da birlikte istenebileceğini kabul eden görüşler olduğu gibi, aksini savunan görüşler de bulunmaktadır. Her iki tazminatın birlikte istenebileceğini savunan görüş gerekçe olarak, İş Kanunu'nun 5. maddesinde sadece Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesine atıf yapıp 17. maddeye atıfta bulunulmamasına dayanarak bu konuda bir yasal boşluk olduğunu, hakimin bu boşluğu meydana gelen ihlalin ağırlığına göre doldurup her iki hak ihlalinin de cezalandırması gerektiğini öne sürmüştür²⁰. Aksi görüş ise, her iki tazminatın da aynı davranışların yaptırımı olup, işverenin aynı eylemden dolayı iki kez cezalandırılmayacağına dayanmıştır²¹. Yargıtay da aynı gerekçe ile, her iki tazminatın birlikte istenemeyeceği görüşündedir²².

İş Kanunu'nun 5. maddesi, Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesine atıf yaptığından, iş güvencesi hükümlerine tabi olmayan bir işçi, sendikal nedenlerle bir ayırma maruz kaldığında, ayrımcılık tazminatı değil sendikal tazminat isteyebilecektir.

b. Ayrımcılık Tazminatı ve İş Güvencesi Tazminatı

Ayrımcılık tazminatı, iş ilişkisinin devamı veya feshi sırasında istenebilen bir alacak iken, iş güvencesi tazminatı sadece işveren tarafından geçersiz olarak yapılan fesihlerde istenebilir. Bu nedenle, her iki tazminatın, birlikte istenebileceği tartışması, ancak işveren tarafından yapılan fesihlerde yapılabilecektir. Yine iş güvencesi tazminatını, iş güvencesi hükümlerine tabi olmayan işçiler talep edemeyeceğinden, her iki tazminatın birlikte istenebilmesi sorunu, iş güvencesi kapsamı dışındaki işçilere yönelik fesihlerde yahut belirli süreli iş sözleşmelerindeki fesihlerde gündeme gelmeyecektir.

O halde somut olayda olduğu gibi, iş güvencesi kapsamında çalışan bir işçinin iş sözleşmesinin işverence feshedilmesi ve yapılan bu feshin, geçersiz fesih olup aynı zamanda İş Kanunu'nun 5. maddesine göre ayrımcılık ya-

Ayrımcılık tazminatı ile iş güvencesi tazminatının birlikte istenip istenemeyeceği tartışmasına yönelik görüşümüz yasada özel hüküm bulunmadığından her iki tazminatın birlikte istenemeyeceği şeklindedir.

sağını veya eşit işlem yapma borcunu da ihlal etmesi halinde, işçinin her iki tazminatı da birlikte isteyip isteyemeyeceği sorunu karşımıza çıkmaktadır.

Öğretide, her iki tazminatın birlikte istenip istenemeyeceğine dair farklı görüşler vardır. İki tazminatın birlikte istenemeyeceğini savunan görüşe göre²³, işverenin aynı davranışının iki kez yaptırımı bağlanması adil olmayacağından, işe iade davasıyla sadece iş güvencesi tazminatı istenebileceğidir. Her iki tazminatın birlikte istenebileceğini savunan görüş ise, tazminatların koruduğu hukuki yararların farklı olduğunu, iş güvencesi tazminatının sadece işe iade etmemenin yaptırımı olup, ayrımcılık yasağına aykırılığı yaptırimsız bıraktığını, hem geçersiz hem de ayrımcılığa dayalı fesihlerin daha ağır yaptırımlara tabi olması gerektiğini öne sürmüştür²⁴. Yargıtay ise, yukarıdaki içtihatla belirtilen kuralı doğrultusunda, her iki tazminatın birlikte istenemeyeceğine karar vermektedir.

II. SONUÇ

Ayrımcılık tazminatı ile kötüniyet tazminatının aynı olayda birlikte istenip istenemeyeceği konusundaki görüşümüz, yasada özel hüküm bulunmadığından bu iki tazminatın birlikte istenemeyeceği, yasanın mevcut haline göre bu konuda işçinin seçimlik hakkı olup, işçi hangisini istemiş ise o alacağın hüküm altına alınması gerektiği şeklindedir. Türk hukuk sisteminde yaptırımlar belirlenirken, bir kimsenin aynı eyleminden dolayı iki kez cezalandırılmayacağı, eylemin birden fazla hukuk kuralını ihlal etmesi halinde, yaptırımı ağır olan kuralın uygulanması gerektiği genel kural olarak benimsenmiştir. Örneğin, Türk Ceza Kanunu'nda ve Kabahatler

Kanunu'nda da bu kriter esas alınmıştır. Her iki tazminat türü de İş Kanunu'nda düzenlendiğinden, yasa koyucu bu genel kuralı gözeterek, konuyu özel hükümle düzenlemeyip, genel kurala bağlı kalmıştır. Sendikalar Kanunu, İş Kanunu'na göre özel kanun olduğundan, İş Kanunu'nun 5. maddesinde sadece bu yasaya atıfta bulunmakla yetinilmiştir. Yasa koyucu, her iki tazminatın da birlikte istenebileceğini düşünseydi, bu kuralı özel olarak düzenlemesi gerekirdi. Çünkü asıl kural, aynı eylemden dolayı birden fazla yaptırımın uygulanmamasıdır. Genel kuralın dışına çıkılabilmesi için, yasada özel düzenleme gerekmektedir. Sonuç olarak, her iki tazminatın birlikte istenebilmesinin ancak işverenin yaptığı kötüniyetli feshiden önce bir ayrımcılık yasağını ihlal etmesi halinde mümkün olabileceğini düşünmekteyiz. Kötüniyet tazminatı ile ayrımcılık tazminatının çakıştığı durumda, işçinin ayrımcılık tazminatını seçmesi halinde, mahkeme feshin aynı zamanda kötüniyetle yapıldığını da gözetip alt sınırdan uzaklaşarak yasadaki bu boşluğu giderebilir ise de, kötüniyet tazminatı için yasada alt sınır-üst sınır öngörülmediğinden kötüniyet tazminatının tercihi halinde böyle bir imkân bulunmaması ve diğer sakıncalar gözetilerek, bu konuda yasal düzenlemeye ihtiyaç bulunmaktadır.

Ayrımcılık tazminatı ile iş güvencesi tazminatının birlikte istenip istenemeyeceği tartışmasına yönelik görüşümüz ise, yasada özel hüküm bulunmadığından her iki tazminatın birlikte istenemeyeceği şeklindedir. İşçinin, iş güvencesi tazminatı isteyebilmesi için, "feshin geçersizliğinin tespiti ile işe iade" davası açması ve feshin geçerli olmayan nedenle yapıldığının mahkemece tespit edilip işverenin, işçiyi işe başlatmaması gerekmektedir. İş güvencesi hükümlerine tabi olan bir işçi, işe iade davası açmak yerine, kötüniyet tazminatı dışındaki hakları ve ayrımcılık tazminatı için alacak davası açabilme hakkına sahiptir. Çünkü ayrımcılık tazminatı, kötüniyet tazminatından farklı olarak, hem iş güvencesi hükümlerine tabi işçiler hem de bu güvenceye tabi olmayan işçiler için istenebilen bir haktır. İşçinin böyle bir tercihte bulunması halinde, ayrımcılık tazminatı ile iş güvencesi tazminatının birlikte istenebilme-

si gündeme gelmeyip, mahkeme, 5. maddenin koşullarına göre ayrımcılık tazminatı talebini değerlendirecektir. Mahkeme, her iki hakkın da ihlal edildiğini gözeterek, ayrımcılık tazminatı miktarını alt sınırdan uzaklaşarak belirlemelidir.

İşçinin işe iade davası açması halinde mahkemece yapılacak araştırmalar, yasanın 18. ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Feshin İş Kanunu'nun 18. maddesine göre yapılması halinde işe iade davasına bakan mahkeme; feshin geçerli nedenle yapılıp yapılmadığı, yazılı ve gerekçeli fesih bildiriminde bulunulup bulunmadığı, işçinin davranışları veya yetersizliği nedeniyle yapılan fesihte, fesihten önce işçinin savunmasının alınıp alınmadığı, işçinin iş güvencesi hükümlerine tabi olup olmadığı ve davanın süresinde açılıp açılmadığına yönelik sınırlı bir denetim yapmaktadır. Feshin İş Kanunu'nun 25. maddesine göre yapılması halinde ise; maddedeki haklı nedenlerin bulunup bulunmadığı, davanın süresinde açılıp açılmadığı, işçinin iş güvencesi hükümlerine tabi olup olmadığı, haklı neden bulunmasa bile feshe neden olan davranışın fesih için geçerli neden oluşturup oluşturmadığını araştıracaktır. Mahkeme işe iade davasında, feshin kötüniyetle yapılıp yapılmadığı veya ayrımcılık yasağının ihlal edilip edilmediğini araştırmayacaktır. Bu nedenle, işverenin yaptığı geçersiz veya haksız feshin, aynı zamanda kötüniyetli veya ayrımcılık yasağını ihlal niteliğinde olması, işe iade davasının sonucunu değiştirmeyecektir. Üstelik iş güvencesi tazminatı, miktar yönünden ayrımcılık tazminatına göre işçi lehinedir. Somut olayda olduğu gibi, işverenin hamilelik nedeniyle yaptığı fesih işlemi, hem yasanın 18. maddesine hem de 5. maddesine aykırı olsa da, mahkemenin vereceği karar yine işe iade ile iş güvencesi tazminatının hüküm altına alınmasından ibaret olacaktır. Ancak, eylemin her iki kuralı da ihlal etmesi nedeniyle mahkemenin, 4 ay ile 8 ay arasındaki iş güvencesi tazminatına esas süreyi belirlerken, alt sınırdan uzaklaşması hakkaniyete uygun olacaktır.

İşe iade davasının niteliği nedeniyle, bu davada ayrıca ayrımcılık tazminatı veya kıdem

ve ihbar tazminatı ile diğer alacakların birlikte görülüp hükme bağlanması mümkün değildir. Böyle bir dava açılması halinde, mahkemenin alacak taleplerine ilişkin davaları ayırıp, işe iade davasının sonucunu beklemesi gerekir. İşe iade davasında mahkeme, ayrımcılık yasağının ihlalini değerlendirmemiş ise, ayrımcılık tazminatı davasının yine de reddedilmesi gerekir. Çünkü bu durumda da karşımıza, yasada özel düzenleme olmadığından, aynı eylemden dolayı iki kez ceza verilemeyeceği kuralı çıkacaktır.

Mahkemenin işe iade kararına rağmen, işverenin işçiyi işe başlatmamasının sonuçları İş Kanunu'nun 21. maddesinde düzenlenmiştir. İşverenin işçiyi işe başlatmaması, gerçek anlamda bir fesih olmayıp, kanundan doğan bir sonuçtur ve işe başlatıp başlatmama yönündeki seçimlik hakkın kullanılmasıdır. Müeyyidesi ise, iş güvencesi tazminatıdır. İşverenin işçiyi işe başlatmaması ile iş güvencesi tazminatı muaccel hale gelmektedir. İşverenin işçiyi işe başlatmama eylemi, bir ayrımcılık yasağı ihlali de olmadığından, bu ihtimalde işçinin ayrımcılık tazminatı talep hakkı doğmayacaktır.

Sonuç olarak, ayrımcılık tazminatı ile birlikte kötüniyet tazminatı ya da iş güvencesi tazminatının istenebilmesi için yasada özel düzenlemeye ihtiyaç olduğu, İş Kanunu'ndaki mevcut düzenlemelere göre bu imkânın bulunmadığı görüşündeyiz.

DİPNOTLAR

- 1 YILDIZ Gaye Burcu, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Ankara 2008 baskı, Yetkin Yayınları, s. 328; Mollamahmutoglu bu tazminatı, uğranılan zararın karşılığı için öngörülmuş gerçek bir tazminat olmayıp, götürü nitelikte bir tazminat, medeni bir ceza olarak tanımlamıştır, (MOLLA-MAHMUTOĞLU Hamdi, İş Hukuku, 2. baskı, Ankara 2005, s.441,442).
- 2 YILDIZ, S.329; Yarg. 9.HD, 18.09.2007 tarih, 28933/26947 E.K (YILDIZ, s.330).
- 3 YILDIZ, s.330; SÜZEK Sarper, İş Hukuku, 2. baskı, İstanbul 2005, s.368.
- 4 YILDIZ, s.342-343.
- 5 SÜZEK, s.368.
- 6 YILDIZ, s.329.
- 7 ÇELİK Nuri, İş Hukuku Dersleri, 23. baskı, İstanbul 2010, Beta Yayıncılık, s.206.

- 8 Yargıtay 9. HD, 28.09.2011 tarih, 20784/33779 E.K; ÇELİK, İş Hukuku, s.206.
- 9 Yargıtay 9. HD, 09.05.2008 tarih, 12847/11903 E.K.
- 10 Yargıtay 9. HD, 09.05.2008 tarih, 12847/11903 E.K.
- 11 Yargıtay 9. HD, 12.10.2010 tarih, 26836/28653 E.K.
- 12 Yargıtay 9. HD, 04.06.2012 tarih, 14007/19391 E.K.
- 13 ŞAKAR Müjdat/ŞAKAR YİĞİT Ayşe, İşçiye Ödenecek Tazminatlar, Ankara 2010 Baskı, Yaklaşım Yayıncılık, s.106-110.
- 14 ÇİL Şahin/KAR Bektaş, İş Yargısında Belirsiz Alacak Davası ve Kısmi Dava, Ankara 2012, Yetkin Yayınları, s.54.
- 15 AKYİĞİT Ercan, İş Güvencesi, Ankara 2007 Baskı, Seçkin Yayıncılık, s.327; Yargıtay 9. HD, 05.06.2006 tarih, 11496/16238 E.K; Yargıtay 9. HD, 21.07.2008 tarih, 11572/20918 E.K.
- 16 ÇANKAYA Osman Güven/GÜNAY Cevdet İlhan/GÖKTAŞ Seracettin, İşe İade Davaları, 2. Baskı, Ankara 2006, Yetkin Yayınları, s.307; Yargıtay 9. HD, 05.12.2008 tarih, 29659/33704 E.K.
- 17 Yargıtay 9. HD, 05.05.2010 tarih, 27695/12571 E.K; Danıştay 3. Dairesi, 15.02.2007 tarih, 3799/414 E.K.
- 18 BAKIRCI Kadriye, İş Güvencesi Kapsamındaki İşçilerin Doğrudan Tazminat Talep Hakları ve Kötüniyet veya Sendikal Tazminat ile Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2006, Sayı 2, s.116.
- 19 YILDIZ, s.331.
- 20 SÜZEK, s.368; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.442; YILDIZ, s.333.
- 21 ÇELİK Nuri, İşçilerin İşten Çıkarılmalarında İhbar ve Kıdem Tazminatları Dışında İsteyebilecekleri Tazminatlara İlişkin Sorunlar, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt 4, Sayı 14, s.489; YENİSEY Kübra Doğan, İş Kanunu'nda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), Cinsel Taciz, Eşitlik İlkesi ve Ayrım Yasağı Semineri, Çalışma ve Toplum, Sayı 11, 2006/4, s.80; ÇİL Şahin, Karar İncelemesi, Sendikal Tazminat, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt 2, Sayı 6, s.676; BAKIRCI, s.119.
- 22 Yargıtay 9. HD, 21.02.2005 tarih, 14422/5811 E.K; Yargıtay 9. HD, 25.09.2006 tarih, 22213/24598 E.K.
- 23 TUNCAY A. Can, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Galatasaray Üniversitesi İstanbul Barosu 2006 Yılı Toplantısı, İstanbul 2007, s.36; ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.57; ÇELİK, Tazminat Sorunları, s.493.
- 24 SÜZEK, s.485; YILDIZ, s.335; BAKIRCI, s.117; YENİSEY, s.78.

dikal Tazminat ile Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi, Sicil İş Hukuku Dergisi.

- ÇANKAYA Osman Güven/GÜNAY Cevdet İlhan/GÖKTAŞ Seracettin, İşe İade Davaları, 2. Baskı, Ankara 2006, Yetkin Yayınları.
- ÇELİK Nuri: İş Hukuku Dersleri, 23. Baskı, İstanbul 2010, Beta Yayıncılık (Anılış: İş Hukuku).
- ÇELİK Nuri: İşçilerin İşten Çıkarılmalarında İhbar ve Kıdem Tazminatları Dışında İsteyebilecekleri Tazminatlara İlişkin Sorunlar, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt 4, Sayı 14 (Anılış: Tazminat Sorunları).
- ÇİL Şahin: Karar İncelemesi, Sendikal Tazminat, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt 2, Sayı 6.
- ÇİL Şahin/KAR Bektaş: İş Yargısında Belirsiz Alacak Davası ve Kısmi Dava, Ankara 2012, Yetkin Yayınları.
- MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi: İş Hukuku, 2. baskı, Ankara 2005.
- SÜZEK Sarper: İş Hukuku, 2. baskı, İstanbul 2005.
- ŞAKAR Müjdat/ŞAKAR YİĞİT Ayşe: İşçiye Ödenecek Tazminatlar, Ankara 2010 Baskı, Yaklaşım Yayıncılık.
- TUNCAY A. Can: İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Galatasaray Üniversitesi İstanbul Barosu 2006 Yılı Toplantısı, İstanbul 2007.
- YENİSEY Kübra Doğan: İş Kanunu'nda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), Cinsel Taciz, Eşitlik İlkesi ve Ayrım Yasağı Semineri, Çalışma ve Toplum, Sayı 11, 2006/4.
- YILDIZ Gaye Burcu: İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Ankara 2008 Baskı, Yetkin Yayınları.

KAYNAKLAR

- AKYİĞİT Ercan: İş Güvencesi, Ankara 2007 Baskı, Seçkin Yayıncılık.
- BAKIRCI Kadriye: İş Güvencesi Kapsamındaki İşçilerin Doğrudan Tazminat Talep Hakları ve Kötüniyet veya Sen-

Av. Mustafa AVCI

Ankara Barosu

Sulhen Sonuçlanan ve İşe Başlatmama Tazminatının Belirlenmediği İşe İade Davasında, Anlaşmaya Aykırı Olarak İşçinin İşe Başlatılmaması

T.C. YARGITAY 22. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2012/2658

Karar No : 2012/4940

Tarih : 20.03.2012

ÖZET

İşe iade davası devam ederken arasında düzenlenen protokolle işçinin işe başlatılması konusunda anlaşmaya varılmışsa da işe başlatılmama durumunda ödenmesi gereken tazminat miktarının belirlenmediği, aksi işverenlik davranışının yaptırımına yer verilmediği gibi mahkemece anılan protokole dayalı olarak kurulan hükümde feshin geçersizliğine ve işe iadeye karar verilmeyle yetinilmiş, işe başlatılmama durumuna ilişkin bir yaptırım veya belirlemeye gidilmemiştir. İşverenin protokoldeki taahhüdüne aykırı davranarak başvuruda bulunan

davacıyı işe başlatmaması durumunda genel hükümlere göre tazminatla yükümlü tutulması adalet ve hakkaniyet gereğidir.

DAVA

Davacı, işe başlatmama tazminatı, boşa geçen süre ücreti alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde taraflar avukatlarıncaya temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi K. Keleş 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 olan hükmün ONANMASINA, aşağıda yazılı temyiz giderinin 2,75 TL'nin davacıya arta kalanın davalıya yükletilmesine, 20/03/2012 gününde oybirliği ile karar verildi.

YEREL MAHKEME KARARI

KONYA 1. İŞ MAHKEMESİ

Esas No : 2011/189

Karar No : 2011/710

Tarihi : 27/12/2011

Yukarıda tarafları yazılı davanın mahkemizde yapılan yargılaması sonunda,

GEREĞİ DÜŞÜNÜLDÜ / Davacı vekili dilekçesiyle; müvekkilinin işe iade davası devam ederken işverenlik ile sendika arasında düzenlenen protokolün mahkemeye ibrazı üzerine mahkemece anlaşmanın onaylandığı yönünde karar verildiği, hükmün kesinleşmesi sonrasında işçilerin işverene işe başlama yönünde başvuruda bulduklarını, davalı işverenin başvuruları almamakta direnmesi üzerine bu durumun Konya 3. İş Mahkemesinin 2011/2 D. İş sayılı dosyasıyla tespit edildiğini, işverenin buna karşın bir aylık süre içinde işe başlatılmadığını belirterek, müvekkilinin fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak, 8 aylık ücret tutarı işe başlatmama tazminatı 500,00 TL ve 4 aylık boşta geçen süreye ilişkin olarak 500,00 TL olmak üzere toplam 1.000,00 TL'nin faiziyle birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili cevabıyla; Uyuşmazlık konusuyla ilgili kesin hüküm bulunduğunu, Konya 1. İş Mahkemesinin 2010/435-727 sayılı kararın temyiz edilmemek suretiyle kesinleştiğini, mahkemece sadece işe iade yönünde hüküm kurulduğu, kesin hüküm itirazlarının bulunduğunu, işçilerin kendilerinden istenen birtakım belgeleri ibraz etmedikleri, bu nedenle işe başlamak konusunda samimi olmadıklarını belirterek, davanın reddini istemiştir.

Toplanan delillerden, davacının davalı işyerinde çalışırken işyerinin özelleşmesi sonucunda iş akdinin haksız olarak feshedildiği, davacının işe iade davası açtığı, yargılama aşamasında taraflar arasında sulh protokolü yapılarak davanın sonlandırıldığı, kararda davacının işe iade talebinin kabul edildiği, kabul yanında tazminat taleplerinin hüküm altına alınmadığı, ancak protokole aykırı davranılmasının müeyyidesi gösterilmediği, davalı tarafın bilahare davacıyı işe başlatmadığı görülmüştür.

Protokole yazılan ve hükme geçerek tarafların arasında kesinleşen düzenlemeye göre davacının boşta geçen sürelerine dair 4 aylık süreye ilişkin ücret ve diğer haklarının talep edilemeyeceği anlaşıldığından bu konudaki talebi reddedilmiştir. Fakat davalı tarafın kötü niyetli olarak davacıyı hiçbir haklı sebep olmaksızın işe başlatmamasında davacının bir zararının olduğu açıktır. Bu zararın da davacının takdiren 4 aylık ücretinin davalıdan alınarak davacıya verilmesi şeklinde giderilmesi hakkaniyete uygun olduğundan bu konudaki talebin, taleple bağlı kalınarak kabulü gerekmiş ve aşağıdaki hüküm kurulmuştur.

HÜKÜM / Gerekçesi yukarıda açıklanan nedenlerle;

1- Davacının boşta geçen süreye karşılık 4 aylık ücret ve diğer haklarına yönelik taleplerinin REDDİNE,

2- Davacının işe başlatmama tazminatının taleple bağlı kalınarak KABULÜ ile 500,00 TL'nin dava tarihinden işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsili ile davacıya ödenmesine, bu konudaki fazla haklarının saklı tutulmasına,

Harçlar Kanunu gereğince alınması gerekli bakiye 11,30 TL ilam harcının davalıdan tahsiline,

Karar tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi gereğince 1.200,00 TL avukatlık ücretinin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,

Davacı tarafından yapılan toplam 284,40 TL yargılama giderinin kabul ve ret oranına

göre 142,20 TL'sinin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,

Karar tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi gereğince reddedilen miktar üzerinden hesaplanan 1.200,00 TL avukatlık ücretinin davacıdan alınarak

davalıya verilmesine,

İş Mahkemeleri Kanununun 8. maddesi uyarınca tefhimden itibaren 8 gün içerisinde, Yargıtay yolu açık olmak üzere, taraf vekillerinin yüzlerine karşı 27/12/2011 tarihinde verilen karar açıkça okunup usulen anlatıldı.

Kararın İncelenmesi

İş güvencesine ilişkin düzenlemelerin on yıla yaklaşan uygulaması, maddi hukuk yanında usul hukuku açısından da bir takım sorunlar yaşandığını göstermekte, konunun başlangıçta bütünlük içinde ele alınmamasının zaman içinde bir takım yeni sonuçları ve görünümüleri ortaya çıkabilmektedir.

Yargıtay onamasına konu yerel mahkeme kararı, iş güvencesine ilişkin düzenlemelerin ortaya çıkardığı bir takım uygulama sorunlarına genel hükümler çerçevesinde çözüm üretmenin tipik örneklerinden birisi olarak değerlendirilebilir.

Somut uyuşmazlığa konu alacak davası öncesinde taraflar arasında bir takım sorunlar ve yargılama süreçleri yaşandığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla işbu dava bakımından sağlıklı bir sonuca varabilmek için uyuşmazlığın önceki aşamalarının da ortaya konulması zorunluluğu bulunmaktadır.

Davalı işyerinde özelleştirme uygulaması sonrasında davacının da aralarında bulunduğu çok sayıda işçinin iş sözleşmesinin 26.04.2010 tarihinde feshedilmesi üzerine işçilerin üyesi bulunduğu/ TES-İş Sendikası'nca 21.05.2010 tarihinde feshin geçersizliği ve işe iade, işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre ücretinin belirlenmesi istemleriyle dava açıldığı, anılan dava devam ederken davalı işverenlikle TES-İş Sendikası arasında 28.12.2010 tarihli protokol düzenlendiği (onama ilamı ve yerel mahkeme kararına yansımamış olmakla birlikte anılan protokol içeriğinin .. Konya ..İş Mahkemelerinde görülmekte olan davaların sulh yolu sona erdirildiği, Medaş tarafından uyuşmazlığa konu 183 işçiye, tebliğ tarihinden itibaren 10 gün içinde işbaşı yapmaları için no-

terlik veya bizzat imzaları karşılığı işe yeniden dönmeleri yönünde davette bulunulacağı, adres temini ve işçilerin haberdar edilmelerinde TES-İş Sendikası'nın yardımcı olacağı, işçilerin tebellüğden itibaren on gün içinde eski işlerine döneceği, kıdem/ihbar tazminatının iadesi konusunda yasal hükümlerin uygulanacağı, mahkemeye müracaat edilerek Medaş'ın iadeyi kabul ettiği, davanın konusuz kaldığı hususunun bildirileceği, davacı işçilerin boşta geçen süreleri olmadığından boşta geçen süre ile ilgili bir ödeme yapılmayacağı, yapılan davete rağmen işe dönmeyenlerin herhangi bir nam altında..boşta geçen süre/işe başlatmama vs.. hak ve alacakları olmadığı beyan ve kabul edildiği, tarafların işbu protokol çerçevesinde mahkemelerce verilecek olan kararları temyiz etmeyecekleri, kesinleşmeye ilişkin gerekli işlemlerin yapılacağı ..şeklinde olduğu öğrenilmiştir), mahkemece.. tarafların 28.12.2010 tarihli protokolü ibrazla sulh olduklarını beyan etmeleri nedeniyle davanın kabulüne karar verilmesi kanaatine varılarak.. 28.12.2010 tarihli protokol gereğince feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine .. temyiz yolu açık olmak üzere karar verildiği, kararın taraflarca temyiz edilmeksizin kesinleştiği, bir takım tartışmalar ve yorum farklılıkları yaşanmakla birlikte sonuç olarak davacı işçinin işverenlikçe işe başlatılmadığı anlaşılmaktadır.

Yargıtay onamasına ve incelememize konu işbu davada ise; davacı taraf işverenlikçe protokol ve işe iadeye ilişkin yargı kararlarına aykırı davranıldığından bahisle 8 aylık ücret tutarı işe başlatmama tazminatı, 4 aylık boşta geçen süreye ilişkin ücret ve diğer haklardan (grup dosyalarından bazılarında kıdem tazminatı far-

kı vb... alacaklar) oluşan alacakların faizleriyle tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı taraf savunmalarında genel olarak; uyuşmazlık konusuyla ilgili kesin hüküm bulunduğunu, ilk davanın 29.12.2010 tarihinde sonuçlandığını ve temyiz edilmemek suretiyle kesinleştiğini, anılan davada feshin geçersizliği ve işe iade ile işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre ücreti talepleri bulunmasına karşın mahkemece sadece işe iade yönünde hüküm kurulduğunu, aynı talepler için yeniden dava ikamesinin mümkün olmadığını/kesin hüküm itirazları bulunduğunu, imzalanan protokol ve temyiz edilmeksizin kesinleşen karar sonrası işe başlatmama tazminatı, boşta geçen süre ücreti/buna bağlı olarak fark kıdem tazminatı talep edilemeyeceğini ileri sürmüştür.

Yargıtay incelemesinden geçerek kesinleşen yerel mahkeme kararında ise (.. işyerinin özelleştirilmesi sonucunda iş akdinin haksız olarak feshedildiği, davacının işe iade davası açtığı, yargılama aşamasında taraflar arasında sulh protokolü yapılarak davanın sonlandırıldığı, kararda davacının işe iade talebinin kabul edildiği, kabul yanında tazminat taleplerinin hüküm altına alınmadığı, protokole aykırı davranılmasının müeyyidesinin gösterilmediği, davalı tarafın bilahare davacıyı işe başlatmadığı görülmüştür. Protokole yazılan ve hükme geçerek tarafların arasında kesinleşen düzenlemeye göre davacının boşta geçen sürelerine dair 4 aylık süreye ilişkin ücret ve diğer haklarının talep edilemeyeceği anlaşıldığından bu konudaki talebi reddedilmiştir. Fakat davalı tarafın kötü niyetli olarak davacıyı hiçbir haklı sebep olmaksızın işe başlatmamasında davacının bir zararının olduğu açıktır. Bu zararın da davacının takdiren 4 aylık ücretinin davalıdan alınarak davacıya verilmesi şeklinde giderilmesi hakkaniyete uygun olacağından bu konudaki talebin, taleple bağlı kalınarak kabulü gerekmiş ve aşağıdaki hüküm kurulmuştur.) gerekçelerine dayalı olarak 4 aylık boşta geçen süre ücreti ve diğer haklara ilişkin istem reddedilirken, taleple bağlı kalınarak 4 aylık ücret tutarı işe başlatmama tazminatının -dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle- kabulüne karar verilmiştir.

Yukarıda ortaya konulmaya çalışılan yargılama süreçleri ve dosya kapsamı karşısında varılan sonucun usul hükümlerine, adil ve hakkaniyete uygun bir çözüm olduğu, mevzuatla çelişir bir yönünün bulunmadığı değerlendirilmektedir.

1- Öncelikle, temyiz edilmeksizin kesinleşen feshin geçersizliği ve işe iadeye ilişkin hükmün işbu davaya konu davacı talepleri bakımından kesin hüküm oluşturup oluşturmayacağı üzerinde durmak gerekecektir. Kesin hükmü düzenleyen HMK 303. madde "...(1)Bir davaya ait şekli anlamda kesinleşmiş olan hükmün, diğer bir davada maddi anlamda kesin hüküm oluşturabilmesi için, her iki davanın taraflarının, dava sebeplerinin ve ilk davanın hüküm fıkrası ile ikinci davaya ait talep sonucunun aynı olması gerekir. (2) Bir hüküm, davada veya karşılık davada ileri sürülen taleplerden, sadece hükme bağlanmış olanlar hakkında kesin hüküm teşkil eder." şeklinde olup kesin hükümden söz edebilmek için her iki davanın konusunun (talep sonucunun) aynı olması gerekmektedir. Somut uyuşmazlık bakımından kesinleşen ilk davadaki talep, feshin geçersizliğinin tespiti ve işe iade iken, işbu davada taraflar arasındaki protokol ve yargı kararındaki yükümlülüğe uyulmamasına dayalı olarak alacak isteminden ibarettir (işbu davanın da feshin geçersizliği ve işe iade istemiyle açılması durumunda ancak kesin hükümden söz edilebilecektir).

2- Somut uyuşmazlık açısından taraflar arasında düzenlenmiş protokolde, talep halinde davacı (ve diğer işçilerin) işe başlatılacakları hükmüne yer verilmişken, işe başlatılmama ihtimalindeki hukuki sonuçlara yer verilmemiş, mahkemece de aynı şekilde işe iadeye ilişkin hüküm kurulmasıyla yetinilmiş, başlatılmama durumunda ortaya çıkacak sonuçlara değinilmemiştir. Tartışmaya açık olmakla birlikte, tarafların feshin geçersizliği ve işe iade konusunda anlaşmaları nedeniyle mahkemenin işin niteliği gereğince bu konuda talep olmasa da işe başlatılmama durumunda ödenmesi gereken işe başlatmama tazminatı miktarını belirlemesi gerekeceği, anılan mahkeme kararının bu haliyle hatalı olduğu ileri sürülebileceği gibi tarafların üzerinde serbestçe tasarrufuna konu

olabilecek bu hususta mahkemenin sulh sözleşmesinin içeriğine müdahale edemeyeceği, bu yönüyle mahkeme kararının isabetli olduğu, bu şekliyle tarafların uyuşmazlığın olası sonuçlarını genel hükümlere bıraktığının kabul edilmesi yönünde de değerlendirme yapılabilir ki ikinci bakış açısının usul hükümlerine daha uygun ve isabetli olduğu kanısındayız.

Bütün bu tartışmalar bir yana, anılan mahkeme kararı kesinleşmiş olmakla, karara dayalı olarak -teknik anlamda- işe başlatmama tazminatı ve diğer sonuçlarının talep edilebilmesinin mümkün olmayacağı, davalı işverenliğin 28.12.2010 tarihli Protokol ve aynı doğrultudaki mahkeme kararında üstlendiği yükümlülüklerini yerine getirmemiş olmakla genel hükümler ve özellikle güven teorisi/işe başlatılacağı yönünde davacıda oluşturulan güvenin boşa çıkarılmasından kaynaklı davacı zararını tazminle yükümlü olması gerekeceği değerlendirilmektedir. Davacı işçi, davalı işverenliğin yukarıda ortaya konulmaya çalışılan taahhüt ve mahkeme kararına aykırı davranışı sonucu hak kazanabileceği işe başlatmama (kıdem tazminatı farkı vb.) tazminatından mahrum kalmıştır. Aksi yöndeki savunmanın tipik bir hakkın kötüye kullanımı oluşturacağı değerlendirilmektedir. Anılan zararın kapsamının belirlenmesinde talebe konu işe başlatmama tazminatı (kıdem tazminatı farkı vb... miktarlar) ölçüt olarak alınabilecektir. Diğer yandan mahkemenin, tazminat miktarını 4 aylık ücret tutarı olarak belirlerken herhangi bir açıklamaya yer vermemiş olması karşısında kararın bu yönüyle tartışmaya açık olduğu değerlendirilmekle birlikte, somut olayın özelliklerine göre çalışma süresi, fesih sebebi, işçinin emekliliğe hak kazanıp kazanmadığı gibi ölçütlerden yararlanılması gerekeceği de açıktır.

Sonuç olarak; özellikle, henüz yargılama aşaması tamamlanmamış ve kesinleşmemiş bütün uyuşmazlıklara uygulanması zorunluluğu bulunan yeni HMK'nın son derece açık düzenlemeleri karşısında, temyiz edilmeksizin kesinleşen feshin geçersizliği ve işe iadeye ilişkin önceki hükmün -her iki davadaki taleplerin farklı olması nedeniyle- işbu dava bakımından kesin hüküm oluşturması mümkün değildir.

Diğer yandan, ortada 4857 sayılı İş Kanunu m.21 çerçevesinde, geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçlarına ilişkin bir yargı kararı bulunmadığından teknik anlamda işe başlatmama tazminatı vb... yaptırımlardan söz edilemeyecektir. Ancak, davalı işverenliğin protokol ve aynı doğrultudaki mahkeme kararıyla verdiği güveni boşa çıkararak, işe başlamak için başvuruda bulunan işçiyi -taahhüdüne aykırı davranarak işe başlatmaması- durumunda bunun yaptırımsız kalması da düşünülemez. Davalı işverenliğin genel hükümlere göre işe başlatmama sonucu ortaya çıkacak davacı zararından sorumlu tutulması, zararın belirlenmesinde 21. maddedeki ölçütlerden yararlanılması gerekeceği, somut olaydaki genel hükümlere dayalı çözümün -tartışmalara açık olmakla birlikte- isabetli olduğu değerlendirilmektedir.

Uygar BOSTANCI

MESS Müşavir Avukatı

Geçersiz Fesih Öncesi Kullanılan İhbar Önelinin Hukuki Durumu

T.C. YARGITAY 22. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2011/10824**Karar No** : 2011/6789**Tarihi** : 06.12.2011

DAVA

Davacı, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, fazla mesai ücreti, TİS ve devlet ikramiyesi alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

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

KARAR

1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle

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

2- Davacı işçi, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedilmesi üzerine açtığı işe iade davasının lehine sonuçlandığını, davalı işverene süresinde başvurduğu halde işe başlatılmadığını belirterek ihbar tazminatının davalıdan alınmasına karar verilmesini isteminde bulunmuştur.

Davalı işveren, davacının iş sözleşmesinin usulüne uygun önel verilerek feshedildiğini, işe başlatmama tazminatının ödendiğini belirterek davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece feshin geçersizliğine ilişkin verilen kararın kesinleşmesinden sonra davacının süresinde başvurusuna rağmen işe başlatılmadığını, davacıya daha önce ihbar öneli kullanılmış ise de, işe iade kararı ile yapılan feshin geçersiz sayılması nedeni ile

ihbar önelinin hükümsüz kaldığı gerekçesi ile ihbar tazminatı isteğinin kabulüne karar verilmiştir.

Karar davalı işveren tarafından temyiz edilmiştir.

İhbar öneli verilerek iş sözleşmesi feshedilen ve fesih bildirimine itiraz davası lehine sonuçlandığı halde işe başlatılmayan işçiye ihbar tazminatının ödenmesinin gerekip gerekmediği uyuşmazlık konusudur.

4857 sayılı İş Kanununun “Geçersiz Feshin Sonuçları” başlığını taşıyan 21. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında işçinin işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat belirtilmiş; üçüncü fıkrasında ise kararın kesinleşmesine kadar işçinin çalıştırılmadığı en çok dört aylık ücret ve diğer haklar düzenlenmiştir. Maddenin dördüncü fıkrasında işçinin işe başlatılması halinde varsa peşin ödenen ihbar ve kıdem tazminatının işçiye yapılması gereken ödemelerden mahsup edileceği belirtildikten sonra devamında “İşe başlatılmayan işçiye bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu süreler ait ücret tutarı ayrıca ödenir” hükmüne yer verilmiştir. Buna göre işçiye geçersiz sayılan fesih bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse ihbar tazminatının ödenmesi gerekecektir.

Bir başka anlatımla, ihbar öneli verilmiş veya önele ait ücret peşin ödenmiş ise ihbar tazminatının ödenmesi gerekmeyecektir.

Geçersizliğine karar verilen fesih bildirimini ile işçiye daha önce usulüne uygun olarak verilmiş olan ihbar önellerine geçerlilik tanınması İş Kanununun sözü edilen açık hükmü gereğidir. Bu nedenle davacı işçinin ihbar tazminatı talebinin yerindeligi kabul edilemez. Gerçekten mahkeme veya özel hakem tarafından belirlenen tazminatı ödemeyi göze alıp, işçiye işe başlatmama yolunu tercih eden işverene ihbar öneli tanınmasını istemek işin mahiyeti ile bağdaşmamaktadır.

Somut olayda, davalı işverence daha önce davacıya usulüne uygun olarak ihbar öneli verilmiş olup, feshin geçersizliğine karar verildikten sonra işe başlatılmayan davacıya İş Kanununun 21. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca tekrar ihbar öneli verilmesine gerek olmadığından ihbar tazminatı isteğinin reddi yerine yazılı gerekçe ile kabulü hatalı olmuştur.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten (BOZULMASINA), peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 06.12.2011 gününde oybirliği ile karar verildi.

1- İnceleme Konusu Uyuşmazlık ve Yargı Kararları

02.06.2011 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan, Yargıtay Büyük Genel Kurulu’nun 12.05.2011 tarih ve 2011/1 sayılı kararı ile iki yeni hukuk dairesi ve dört yeni ceza dairesi kurularak, dairelerin işbölümleri yeniden belirlenmişti. Yeniden belirlenen işbölümüyle birlikte, daha önce 9. Hukuk Dairesi tarafından görülen,

- İşveren tarafından iş sözleşmesinin feshi üzerine feshin geçersizliğinin tespitine ve işçinin işe iadesine ilişkin davalar (İş Kanunu m. 18, 19, 20)

- Feshin geçersizliğine rağmen işe başlatılmayan işçi tarafından açılan iş güvencesi tazminatı ile boştaki geçen en çok dört aylık süre ücreti ve aynı süreye ait İş Kanunu’nun 21/3. maddesinde sözü edilen diğer haklara ilişkin davalar (bu isteklerle birlikte diğer işçilik alacaklarının talep edildiği tüm davalar dahil olmak üzere)

yeni kurulan dairelerden 22. Hukuk Dairesi tarafından görülmeye başlanmıştır. 18.02.2012 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan 09.02.2012 tarih ve 2012/1 sayılı Yargıtay Büyük Genel Kurul Kararı’ndan sonra ise 22. ve 9. Hukuk Dairelerinin bakacağı dava türlerinin tamamen

aynı olmasına ve paylaşımın dava türü olarak değil, sayısal olarak yapılmasına karar verilmiştir.

Bu gelişmeler sonrasındaki süreç iş hukukunda içtihat farklılıkları yaşanması beklenen bir süreçti. İnceleme konusu yaptığımız karar da, bu içtihat farklılıklarından birine örnek teşkil etmektedir. Zira Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin incelediğimiz kararı, daha önce 9. Hukuk Dairesi ve Hukuk Genel Kurulu'nca farklı şekilde çözümlenmiş bir uyuşmazlıktır.

A- Karara Konu Olay

Karara konu olayda, davacı işçi, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedilmesi üzerine açtığı işe iade davasının lehine sonuçlandığını, davalı işverene süresinde başvurduğu halde işe başlatılmadığını belirterek; ihbar tazminatının davalıdan alınmasına karar verilmesi isteğinde bulunmuştur. Davalı işveren, davacının iş sözleşmesinin usulüne uygun önel verilerek feshedildiğini, işe başlatmama tazminatının ise ödendiğini belirterek, davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir. Uyuşmazlık, usulüne uygun önel verilerek gerçekleştirilen feshin geçersiz sayılması durumunda, ihbar tazminatı ödenmesinin gerekip gerekmediği noktasındadır.

B- Yerel Mahkemenin ve Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin Kararı

- Yerel Mahkemenin Kararı:

Bursa 4. İş Mahkemesi¹ tarafından feshin geçersizliğine ilişkin verilen kararın kesinleşmesinden sonra, davacının süresinde başvurusuna rağmen işe başlatılmadığı, davacıya daha önce ihbar öneli kullandırılmış ise de işe iade kararı ile yapılan feshin geçersiz sayılması dolayısıyla ihbar önelinin hükümsüz kaldığı gerekçesiyle ihbar tazminatı isteğinin kabulüne karar verilmiştir.

- Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin Kararı

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinde yer alan "İşe baş-

latılmayan işçiye bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu sürelerle ait ücret tutarı ayrıca ödenir" hükmüne göre işçiye geçersiz sayılan fesih bildiriyle bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse ihbar tazminatının ödenmesinin gerekeceğini, ihbar öneli verilmiş veya önele ait ücret peşin ödenmiş ise ihbar tazminatının ödenmesinin gerekmeyeceğini belirterek, geçersizliğine karar verilen fesih bildiriyle işçiye daha önce usulüne uygun olarak verilmiş olan ihbar önelilerine geçerlilik tanınmasının İş Kanunu'nun sözü edilen açık hükmü gereği olduğuna; mahkeme veya özel hakem tarafından belirlenen tazminatı ödemeyi göze alıp işçiyi işe başlatmama yolunu tercih eden işverenden ihbar öneli tanımını istemenin işin mahiyetiyle bağdaşmayacağı gerekçeleriyle feshin geçersizliğine karar verildikten sonra, işe başlatılmayan davacıya İş Kanunu'nun 21. maddesinin 4. fıkrası uyarınca tekrar ihbar öneli verilmesine gerek olmadığına ve dolayısıyla ihbar tazminatı hakkının da doğmayacağına karar vererek yerel mahkeme kararını bozmuştur.

C- Yargıtay'ın Önceki Kararları

İnceleme konusu olan kararla aynı noktadaki uyuşmazlık, daha önce de Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin ve Hukuk Genel Kurulu'nun önüne gelmiş, mesele öğreti tarafından da irdelenmiştir. 9. Hukuk Dairesi'nin bu konudaki kararı birçok dosyada da tekrar edilmiş ve istikrar kazanmıştır.²

- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin ve Hukuk Genel Kurulu Kararı

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun da incelediği 2009 tarihli aynı konuyla ilgili kararda³, işe iade kararının kesinleşmesine ve işçinin usulüne uygun olarak işe başlama yönündeki talebine rağmen işverence süresi içinde işe başlatılmayan işçinin, ihbar tazminatı isteği İzmir 6. İş Mahkemesi⁴ tarafından feshin daha önce ihbar öneli tanınmak suretiyle gerçekleştirildiği gerekçesiyle reddedilmiştir.

Davacı işçinin temyizi üzerine 9. Hukuk Dairesi'nin önüne gelen dosyada⁵ Yargıtay özet-

le, işçinin ihbar öneli içinde iş görme edimini yerine getirmiş ve bunun karşılığı olarak ücrete hak kazanmış olduğu; ihbar öneli içinde işçi ve işverenin karşılıklı edimlerini yerine getirmiş olmakla sözü edilen ihbar önelinin daha sonra doğan bir işçilik alacağından mahsup edilmesi ya da alacağı ortadan kaldırmasının düşünülemeyeceği; İş Kanunu'nun 21. maddesinin 4. fıkrasında "İşe başlatılmayan işçiye bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu süreler için ücret tutarı ayrıca ödenir." hükmüne yer verilmiş olduğu; anılan kurala göre geçersiz sayılan fesih öncesinde verilen bildirim önelinin geçerliliğini koruduğu sonucuna varılmasının doğru olmayacağı; düzenlemede açık biçimde "bildirim süresi verilmemiş" olma halinin ele alınmış olup, böyle bir durumda işçinin işe başlatılmadığı tarihe göre ihbar tazminatının ödenmesi gerektiği hususunun düzenlendiği; "bildirim süresi verilmemiş" işe başlatılmama tarihine göre ihbar tazminatı ödeme yükümünün olmadığı düzenlenmediği; ilgili hükmün karşıt anlamından yola çıkılarak geçersiz sayılan fesihler öncesinde bildirim süresi verildiği hallerde sözü edilen ihbar önelinin geçerliliğini koruduğu şeklinde bir yorumun iş hukukunun kurallarına uygun düşmeyeceği; fesih geçersiz sayılarak ortadan kalktığına göre daha önce tanınmış olan ihbar önelinin de bir anlam ifade etmeyeceği gerekçeleriyle yerel mahkeme kararını bozmuştur.

Yerel mahkeme ilk kararında direnmiş, Hukuk Genel Kurulu ise 9. Hukuk Dairesi'nin gerekçeleriyle direnme kararını oy çokluğuyla bozmuştur.

Hukuk Genel Kurulu Kararı'na muhalif olan üyeler, karşı oy şerhlerinde özetle, geçersiz feshin sonuçlarını düzenleyen İş Kanunu'nun 21. maddesinde işçiye daha önce ödenen ihbar tazminatının nasıl bir değeri varsa, işçiye ihbar öneli tanınmasının da bir değerinin olduğu; işveren ihbar önellerine uymuş, usulsüz bir fesih gerçekleştirilmemişse ihbar tazminatından söz edilemeyeceği; İş Kanunu'nun 21. maddesinin geçerli nedene ya da şekil şartına aykırı feshin sonuçlarını, 17. maddesinin ihbar önellerine aykırılığın sonuçlarını düzenlediği, her iki müessesenin ve yaptırımın dayandığı te-

mellerin, koruma alanlarının birbirinden farklı olduğu ve birbiriyle karıştırılıp iç içe geçemeyeceği; çoğunluğun kabulünün aksine görüşlerinin 21. maddenin 4. fıkrasının son cümlesinin karşıt anlamından yola çıkılarak ulaşılan bir yorum olmayıp, bizatihi hükmün kendisi olduğu; iş hukukunun genelde işverenin fesih hakkını sınırlayan müesseseleri, özelde süreli feshine ilişkin düzenlemelerin esasen, işçiye daha çok para alacağı sağlamayı değil, iş sözleşmesini olabildiğince ayakta tutmayı hedeflediği; çoğunluğun ulaştığı sonucun pek çok işvereni geçerli nedene dayanmayan feshin yanında usulsüz feshine de teşvik edebileceği; 4. fıkranın son cümlesinde öngörülen iki hal mevcut değilse, işe başlatılmayan işçinin tekrar ihbar tazminatı alacağına hak kazanmayacağı, aksi sonucun yasanın 21. maddesine de açıkça aykırı olacağı kanaatiyle yerel mahkeme hükmünün ihbar tazminatı taleplerinin reddi yolundaki direnme kararının onanması gerektiğini belirtmişlerdir.

- Önceki Karara İlişkin Görüşler

Söz konusu Hukuk Genel Kurulu Kararı'nı inceleyen Şen⁶, İş Kanunu'nun 21. maddesinin 4. fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "... İşe başlatılmayan işçiye bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu süreler için ücret tutarı ayrıca ödenir." şeklindeki hükmü, hukukun genel hükümlerine aykırı bulduğunu belirtmiş, ne var ki, iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesinin sonucu olarak ihbar tazminatına yönelik özel bir düzenleme getirmekte olduğu gerekçesiyle HGK kararına katılmamış, karşı oyu isabetli bulmuştur.

Aynı HGK kararı Hakim Durmuş Özcan tarafından da incelenmiştir⁷. Özcan da, ihbar tazminatının, fesih bildirimünün usulsüz olması halinde kabul edilen bir tazminat olduğunu; ihbar tazminatının koşullarının yasanın 17. maddesinde düzenlenip 21. maddeye de bir atıf yapılmadığını; işverenin işçiyi tekrar işe başlatmamasının sözleşmeyi devam ettirmeme iradesi ve hakkının kullanılması olduğunu; bu iradenin gerçek anlamda yeni bir fesih olmayıp yasadan doğan hukuki bir sonuç olduğunu; ayrıca işverenin bu iradesi yeni bir fesih bildiri-

sayılsa bile, işçiye tekrar önel verilmesi anlamına gelmeyeceğinden ve kanundan doğup 17. maddenin koşullarına tâbi olmadığından ihbar tazminatı ödemeyi gerektirmeyeceğini belirterek HGK kararına katılmamıştır. Karşı oydaki görüşleri isabetli bulan yazara göre davalı işveren, akdi feshederken başlangıçta fesih bildiriminde bulunmuş ve bundan sonra da bu iradesini değiştirmemiştir. Yerel Mahkeme'nin verdiği feshin geçersizliği ve işe iade kararı, feshi geçersiz saysa da işverenin sözleşmeyi sona erdirme iradesini değiştiremez. Aynı şekilde böyle bir durumda da ihbar tazminatına hükmedilmesi gerektiği düşünülmüş olsaydı 21. maddeye doğrudan hüküm ekleneceğine değinerek, kanun koyucunun bu hususu unuttuğunun düşünülmemeyeceğini belirtmiştir.

Yargıtay'ın bir başka kararı vesilesiyle aynı konuyu inceleyen Öztürk⁸ “kanun koyucunun, bir taraftan işe iade davası neticesinde işveren tarafından yapılan feshi geçersiz sayması, diğer taraftan 21/4-son hükmünde geçersiz saydığı bu fesih sırasında kullanılan bildirim süresine geçerlilik tanınacağı anlamına gelebilecek ifadeye yer vermesi çelişkiden ibarettir. Yargıtay ‘geçersiz sayılan fesihte kullanılan ihbar önelinin işe başlatmama suretiyle gerçekleşen feshi etkisi olmayacağını’ belirterek, bu çelişkiyi, iş hukukunun genel ilkelerini ve iş güvencesi kurumunun bütününe dikkate alarak gidermiş görünmektedir. Fakat Kanun’un bu hükmünün açık ve kesin bir dille kaleme alındığı, bu sebeple geçersiz sayılan fesihte bildirim süresinin verilmiş olması halinde artık ayrıca bildirim sürelerine ait ücret tutarının ödenmesi gerekmediğini iddia edebilecek görüşe karşı, hükümden bu ifadenin çıkarılması uygun olacaktır” şeklindeki ifadeleriyle Yargıtay görüşünü isabetli bulmuştur.

2- Feshin Geçersiz Sayılması ve Sonuçları

Feshin geçersiz sayılması ve sonuçları, İş Kanunu'nun 21. maddesinde, “Geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçları” başlığı altında düzenlenmiştir. Madde metni şöyledir:

“İşverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece

veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur.

Mahkeme veya özel hakem feshin geçersizliğine karar verdiğinde, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını da belirler.

Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir.

İşçi işe başlatılırsa, peşin olarak ödenen bildirim süresine ait ücret ile kıdem tazminatı, yukarıdaki fıkra hükümlerine göre yapılacak ödemeden mabsup edilir. İşe başlatılmayan işçiye bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu sürelerle ait ücret tutarı ayrıca ödenir.

İşçi kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. İşçi bu süre içinde başvuruda bulunmaz ise, işverence yapılmış olan fesih geçerli bir fesih sayılır ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur.

Bu maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkraya hükümleri sözleşmeler ile hiçbir suretle değiştirilemez; aksi yönde sözleşme hükümleri geçersizdir.”

Görüldüğü üzere, feshin mahkeme ya da özel hakem tarafından geçersiz sayılmasının sonuçları iki temel ihtimale göre değişecektir. Bu ihtimaller, işçinin işveren tarafından işe başlatılması ya da başlatılmaması ihtimalleridir. Kanun koyucu her iki ihtimalde işçiye hangi hakların ödeneceğini veya daha önce yapılan ödemelerin akibetinin ne olacağını belirtmiştir. Yasa maddesi gayet açık gibi görünse de, uygulamada sıklıkla karşılaşılan davalardan da anlaşılmaktadır ki, feshin geçersiz sayılması sonrasında karşılaşılabilecek tüm ihtimaller kanunda öngörülmüş değildir.⁹ Keza tüm ihtimallerin öngörülmüş olması da beklenemez.

İnceleme konusu uyuşmazlıktaki durumun kanunda öngörülmüş bir durum olup olmadığı

ğına ilişkin görüşümüzü aşağıda açıklayacağız. Ancak öncesinde, kanunda öngörülmuş olan ve feshin geçersiz sayılması sonucu ödenmesi gündeme gelebilecek ödemelere kısaca değinmekte fayda var.

Kanunun birinci fıkrasının son cümlesinde geçen “İşçiye başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur.” şeklindeki ifade, feshin geçersizliği sonucu gündeme gelebilecek ilk ödeme kalemidir. Uygulamada “işe başlatmama tazminatı” denen bu ödeme, hakimin, fesih sebebine ve işçinin kıdemine göre belirlediği tazminattır. İşe başlatmama tazminatı miktar olarak belirlenmez ve sadece kaç aylık ücret olarak ödeneceği belirtilir.¹⁰ İşe başlatmama tazminatı, işçinin brüt çıplak ücreti üzerinden hesaplanarak ödenir ve bu ücretten sadece damga vergisi kesintisi yapılır.¹¹

Kanunun 3. fıkrası ise uygulamada “boşta geçen süre ücreti” olarak adlandırılan ödemeye ilişkindir. Buna göre işçi, şayet geçersiz sayılan fesih hiç gerçekleşmemiş olsaydı ve çalışmaya devam ediyor olsaydı, kararın kesinleşmesine kadarki sürenin en fazla 4 ayında elde edebileceği gelir ne olacaktıysa, bu ücretlere hak kazanacaktır. Kanunun 32. maddesi, ücretin bir “iş karşılığında” ödenen tutar olduğunu belirtmişse de, boşta geçen süre ücreti, bir iş karşılığı olmamasına rağmen, tam olarak ücretin tâbi olduğu hukuki statüye sahiptir. Bu itibarla, gelir vergisi, SGK kesintileri ve damga vergisi uygulanan bu alacak kalemi 5 yıllık zamanaşımı süresine tabiidir ve işe başvuru tarihinden itibaren mevduata uygulanan en yüksek faiz uygulanır. Boşta geçen süre ücreti, işçi işe başlatılsa da, başlatılmasa da ödenen bir alacaktır.¹²

“Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir” şeklindeki 3. fıkrada geçen “ve diğer haklar” ibaresi de üzerinde durulması gereken bir ayrıntıdır. Yasanın salt lafzına bağlı kalarak bu ifadeden ne anlaşılması gerektiği konusunda bir tereddüt yaşamak mümkün olabilir. Ancak gerek istikrar kazanmış yargı kararlarından ge-

rek fikir birliği sağlanmış öğreti görüşleriyle, bu ifadenin altı tereddüde yer bırakmayacak şekilde doldurulmuştur. Buna göre “ücret ve diğer haklar”dan anlaşılması gereken şudur: İşçiye en fazla dört aylık süre için sadece çıplak ücreti ödenmeyecek, giydirilmiş ücrete o döneme isabet eden prim, ikramiye vs. ödemeleri de dikkate alınacaktır. “Diğer haklar” içinde değerlendirilebilecek bir diğer hak ise işçinin kıdemindeki artış ve ücretlerin geldiği seviye sebebiyle daha önce yapılan ödemelerden oluşacak farklardır. Örneğin, geçersiz sayılan fesih sırasında işçiye ödenen yıllık izin ücreti, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı gibi ödemeler işe başlatılmayan işçi için 4 aylık kıdem eklenerek ve ücretin geldiği seviye gözetilerek yeniden hesaplanacak ve önceki miktarlara göre farkları da ödenecektir.

Yasa metninde son olarak bahsi geçen ödeme kalemleri ise peşin olarak ödenen bildirim süresine ait ücret ile kıdem tazminatıdır. Kanuna göre, işçi şayet işe başlatılırsa ve geçersiz fesih sırasında zikredilen ödemeler yapılmışsa, işçinin boşta geçen süre ücreti ile diğer haklarından bu ödemeler mahsup edilecektir. Kanun işçinin işe başlatılmama halinde ise işçiye bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu süreler için ücret tutarının ayrıca ödeneceğini belirtmiş; kıdem tazminatına ilişkin ise bir ayrıca hükme yer vermemiştir.

Görüldüğü üzere kanunda, şayet fesih sırasında ödendiye yıllık izin ücretinin akıbetinin ne olacağı ya da prim, ikramiye ve sair diğer ödemelerle ilgili nasıl bir hesaplama yapılacağına dair sarıh düzenlemeler yapılmış değildir.

3- Süreli Fesih Bildirimi, Ücreti ve Tazminatı

Sözleşme serbestisi, sözleşme yapma serbestisini ifade ettiği gibi, sözleşmenin sona erdirilmesi serbestisini de ifade eder. İş sözleşmeleri, sürekli olarak karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerdendir. Her ne kadar belirli süreli iş sözleşmeleri yapılması da imkân dahilindeyse de, iş hukukunda aslolan belirsiz süreli iş sözleşmeleridir. Belirli süreli sözleşmeler, belirlenen süre sonunda kendiliğinden sona erer.

Belirsiz süreli iş sözleşmeleri ise kural olarak taraflardan birinin fesih iradesiyle sona erer. Fesih, karşı tarafa ulaşmakla hüküm ve sonuçlarını doğuran bozucu yenilik doğuran bir haktır. İş Kanunu bu hakkın kullanımını birtakım usul kurallarına bağlamakla bir anlamda sınırlandırmıştır. Genel kural fesih beyanının karşı tarafa ulaşmakla sonuç doğurmasıyken, İş Kanunu 17. maddesiyle bu genel kurala bir istisna getirmiştir. Zira İş Kanunu'nun 17. maddesinin amir hükmü gereğince, belirsiz süreli iş sözleşmelerinin feshinden önce durumun diğer tarafa bildirilmesi gerekmektedir. Sözleşme, fesih iradesinin karşı tarafa ulaşmasından ve buna ilaveten kanunda belirlenen süreler geçtikten sonra sona erecektir.¹³

Fesih bildirim süreleri, İş Kanunu'nun 17. maddesinde, işçinin kıdemine göre iki haftayla sekiz hafta arasında değişen süreler olarak belirtilmiştir. Bu süreler asgari süreler olup, sözleşmelerle artırılabilir. Kanun koyucu, genel kuralı ve asgari süreleri belirttiğinden sonra, bu kuralın istisnasını ve müeyyidesini de belirtmiştir. Belirsiz süreli iş sözleşmelerinin bildirim süresi sonunda sona ermesinin istisnası, sözleşmenin işveren tarafından bildirim süresine ait ücretin peşin olarak ödenmesi suretiyle sona erdirilmesidir.¹⁴ Bu hak yalnızca işverene tanınmıştır ve işçinin bu şekilde sözleşmeyi sonlandırma hakkı bulunmamaktadır.¹⁵ Bildirim süresine ait ücretin peşin ödenmesi suretiyle sona erdirilen sözleşme, bildirim süresi sonunda değil, derhal sona erer.¹⁶

İstisnası, işverenin bildirim süresine ait ücreti peşin ödemesi olan kuralın müeyyidesi, bildirim süresine ait ücret kadar tazminat ödemesidir. Söz konusu müeyyide hem işçi için hem de işveren için geçerlidir. İhbar tazminatı olarak adlandırılan bu tazminat, uygulamada bildirim süresine ait peşin ödenen ücretle karıştırılmaktadır. Gerek öğretide gerek içtihatla bu ikisinin farkı konusunda fikir ayrılığı olmamasına rağmen, bazen yargı kararlarında ve bilimsel incelemelerde, ihbar tazminatı tabirinin, bildirim süresine ait peşin ödenen ücret yerine kullanıldığına rastlanabilmektedir.¹⁷ Öyle ki, uygulamada "ihbar tazminatının peşin ödenmesi"nden dahi bahsedilebilmektedir.¹⁸

Kanaatimizce, İş Kanunu'nun 21. maddesindeki "İşe başlatılmayan işçiye bildirim süresi ve ödenmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu süreler ait ücret tutarı ayrıca ödenir." ifadesinde dahi ihbar tazminatının mı, yoksa bildirim süresine ait ücretten mi bahsedildiği yeterince açık değildir. Oysa iki kavramın çok farklı olduğu tartışma götürmez bir gerçekliktir.¹⁹ İkisi arasındaki tek benzerlik, miktarlarının birbirine yakın olmasıdır. Bildirim süresine ait ücretin peşin ödenmesi işverene tanınmış seçimlik bir haktır. İhbar tazminatı ise iş sözleşmesini süreli feshetmesi gereken ve fakat bu kurala usule uygun şekilde uymayan işçi veya işverenin bu ihlal sebebiyle katlanmak zorunda oldukları bir yaptırımdır. İşe başlatılmayan işçiye bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, işçiye ayrıca ödenecek olan tutar ücret değil, ihbar tazminatı olmalıdır.

4- Değerlendirme

Yukarıda belirtildiği üzere ihbar tazminatı, uyulması gereken bir kurala uymamış olmanın yaptırımıdır. İhbar tazminatı, iş hukukuna özgü bir tazminat türüdür ve zarar koşulu da bulunmamaktadır.²⁰ Kusursuz sorumluluk halleri bir tarafa bırakılırsa, genel hukuk kuralları gereğince bir tazminat ödeme yükümlüğünün doğması için tazminat sorumlusunun uyması gereken ve uyması fiilen mümkün olan bir kuralı ihlal etmiş olması gerekir. İş sözleşmesini feshetmiş olan ve açılan işe iade davası sonucunda işçiyi işe başlatmamayı tercih etmiş işverenin, bildirim sürelerine uyması fiilen imkânsızdır. Salt bu fiili imkânsızlık dahi, tazminat ödeme yükümlüğünün olamayacağını açıklamaya yetmelidir.

İş Kanunumuzdaki iş güvencesine ilişkin düzenlemeler çalışma hayatındaki neredeyse tüm hukuki konuları etkilemektedir. Ne var ki, konunun yalnızca birkaç küçük maddede düzenlenmiş olması ve iş güvencesi kavramının ülkemizde görece yeni olması sebebiyle yoğun tartışmalar ve fikir ayrılıkları yaşanmaktadır. Kanaatimizce bu konularda çok fazla sorun yaşanmasının sebeplerinden ilki, kanuni düzenlemenin, devam etmeyen sözleşmenin devam ediyormuş gibi kabul edilerek farazi bir durum

yaratmayı zorunlu kılmasıdır. Sebeplerden ikincisi ise yargılama sürelerinin uzun sürmesinden dolayı sistemin kanunda öngörüldüğü şekilde işlememesi ve bunun yarattığı mağduriyetlerin yargı tarafından bertaraf edilmeye çalışılmasıdır.

Esasen işçinin işe başlatılması ya da başlatılmaması ihtimallerinde yapılacak ödemelerin hesabı yeterince açıktır. Sorun, işçinin 4 ay daha çalışmış “farz edilmesi” noktasında artmaktadır. Oysa bu hükmün amacı, işçinin kararın kesinleşmesine kadar en fazla 4 aylık süredeki haklarını korumak olsa gerektir; aksine, fiili bir gerçekliği yok saymak değil. Bu itibarla, salt işçinin boşta geçen süredeki haklarını hesaplamak yerine, işçiyi o sürede fiilen çalışmış, işvereni de sözleşmeyi feshetmemiş farz etmek, kanunun sistematığıyla uyum sağlamamaktadır.

Kanun, bildirim sürelerine hangi hallerde uyulması gerektiğini ve bu kuralın muhataplarını ve de müeyyidesini belirtmiştir. Belirsiz süreli iş sözleşmesini, haklı bir neden olmaksızın fesheden taraf bu sürelere uymak zorundadır. İşveren için bildirim süresine ait ücreti peşin ödeme imkânı da tanınmıştır. Bildirim süresine uymayan işveren peşin ödeme de yapmadıysa; bildirim süresine uymayan işçi ise her halükârda, ihbar tazminatı ödemekle yükümlü olacaktır.

Feshin geçersiz sayılmasının sonuçları ise çok daha farklı düzenlemelerdir. İşe iade başvurusu sonrasında seçimlik hakkını işçiyi işe başlatmama ve bunun tazminatını ödeme olarak kullanan işveren, sözleşmeyi bu tarih itibarıyla son erdirdiğini, bu tarih itibarıyla “bildirmiş” olmaz. Sadece bazı hesaplamalarda bu tarih dikkate alınır. Aksini hukuki tutarlılık içinde savunmak, davete rağmen işe başlatmayan işçiden de ihbar tazminatı talep edilmesini gerektirir.

Öte yandan, kanunların hangi hallerde yorumlanacağı ve işçi lehine yorum ilkesinin sınırları izahtan varestedir. Kanunun açık ve amir hükmünün, hakkaniyete uygun olmadığından bahisle, yorum yoluyla uygulanmaması hukuken açıklanabilir bir durum değildir. Kanunun yanlışlığı, kanunun değişmesiyle giderilir. Kanaatimce kanun açıktır. Bu durumda, çeşitli yorum yöntemlerine başvurmak gereksiz,

hakimin hukuk yaratması da imkânsızdır. Bir yargı kararının kanuna açıkça aykırı olduğunu ve fakat neticesi itibarıyla hakkaniyete uygun ve doğru bir karar olduğunu hukuk devletinde söyleyememek gerektir.

Kaldı ki, mevcut kanuni düzenlemenin, hukukun genel ilkelerine ve hakkaniyete aykırı olduğu yönündeki düşünceye de katılamıyorum. Fesih bildirimimin amacı, tarafların fesih sonrası duruma kendilerini hazırlamalarıdır. Geçersiz fesih sonrası işe başlatılmamış olan işçi, işe başlatılmadığı anda birden bire, hazırlıksız bir şekilde işsiz kalan bir işçi durumunda değildir. Aksine fesihten aylar, belki de yıllar önce haberdar olmuştur ve işe başlatılmama ihtimali de kanunda belirtilen bir ihtimaldir. Keza, işverenin işçiyi işe başlatmama iradesini açıkladığı anda, bildirim süresi tanıyarak, bu tazminattan kaçınabilmesi fiilen imkânsızdır. Kanunun açık hükmü gereği, işveren şayet geçersiz fesih öncesinde ihbar öneli kullandırmadıysa, ihbar tazminatı ödemek zorunda kalacaktır. Bildirim süresine ait ücreti peşin olarak ödeyen işverenin yapması gerekebilecek olan ek ödeme ise sadece “diğer haklar” kavramı gereğince yapılacak hesaplamadan kaynaklanacak olup, ihbar önelinin/tazminatının bölünmezliği ilkesiyle çelişen bir durum değildir.

5- Sonuç

Görüldüğü üzere, hukuki tartışma başladığı andan itibaren, iki temel görüş ortaya çıkmıştır. Gereçlerinin birebir aynı olduğunu söyleyebilmek imkânsız olsa da, bu görüşlerinden birinin 9. Hukuk Dairesi'nin HGK tarafından da benimsenen görüşü; diğerinin ise HGK'da yer alan karşı oylardaki görüş olduğunu söylemek mümkündür.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesi, feshin geçersiz sayılması durumunda, fesih bildiri mi ve ihbar tazminatı konusunda nasıl hareket edileceğini açıkça düzenlemiştir. Buna göre, işe başlatılmayan işçiyi bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu süreler için ücret tutarı ayrıca ödenir. İşe iade davası sonrasında, işe başlatılmayan işçinin işverenden ihbar tazminatı alabilmesi için kanun şart koşmuştur. İşveren işçiyi bildirim süresi vermiş ise bu şart gerçekleşmemiş

olacaktır. Bu şart gerçekleşmeden, ihbar tazminatı ödenmesini öngören 9. Hukuk Dairesi (ve HGK) kararına katılmıyorum. İnceleme konusu 22. Hukuk Dairesi'nin kararını HGK kararındaki karşı oy gerekçelerine de, katılarak isabetli buluyorum.

Son olarak şunu da belirtmek gerekir ki, 22. Hukuk Dairesi'nin kurulmasıyla birlikte, daha önce hukukun diğer alanlarında da yaşanan içtihat aykırılıkları sorunuyla iş hukuku da tanışmış bulunmaktadır. İki daire arasında, başka diğer konularda da içtihat ayrılıkları yaşandığı gözlemlenmektedir. Bu durum, hukuki belirsizlik ve güvensizlik yaratmaktadır. 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun 16/5 maddesi gereğince, Hukuk Genel Kurulu ile bir hukuk dairesi arasındaki içtihat uyumsuzluklarını gidermek ve içtihatları birleştirmek Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nun görevleri arasında sayılmıştır. Yine aynı kanunun 45. maddesi gereğince de, içtihadı birleştirme kararları benzer hukukî konularda Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlayacaktır. Bu sebeple, hukuki istikrarın sağlanması açısından, bu çözümlere de başvurulmasının yararlı olacağı kanısındayım.

DİPNOTLAR

- 1 Bursa 4. İş Mahkemesi 06.10.2009 Tarih, 2007/1012 E., 2009/645 K.
- 2 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 23.12.2009 Tarih, 2009/9-524 E., 2009/581 K.; 9. Hukuk Dairesi 01.6.2009 Tarih, 2008/1017 E., 2009/15182 K.; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 05.01.2009 Tarih, 2007/34347 E., 2009/1626 K.; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 12.03.2009 Tarih, 2007/41150 E., 2009/6661 K.
- 3 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 23.12.2009 Tarih, 2009/9-526 E., 2009/583 K.
- 4 İzmir 6. İş Mahkemesi, 13.06.2007 Tarih, 2006/922 E., 2007/314 K.
- 5 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 04.02.2009 Tarih, 2007/36071 E., 2009/1496 K.
- 6 "Geçersiz Fesihle İşçinin İşe Başlatılmaması Halinde Bildirim Süresi Kullanılabilirliği", Doç. Dr. Murat Şen, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı 17, s. 160.
- 7 "İşe İade Davasının Kabulü İle Feshin Geçersizliğinin Tespitine Karar Verilmesinin, Fesih Sırasında Usulüne Uygun Olarak Verilen İhbar Önelini De Geçersiz Kılıp Kılmayacağına Dair Karar İncelemesi", Durmuş Özcan, <http://www.karamanbarosu.org.tr/Detay.aspx?ID=9467&Tip=Duyuru> (Erişim tarihi: 03.08.2012)

- 8 Yrd. Doç. Dr. M. Onat Öztürk, "Karar İncelemesi" (9. Hukuk Dairesi 12.03.2009 Tarih, 2007/41150 Esas, 2009/6661 Karar), Çalışma ve Toplum Dergisi, Sayı 23, s. 155.
- 9 Uygur Bostancı, "İşçinin İşe İade Yönündeki Başvurusunun Samimi Olması ve Boşta Geçen Süre Ücreti Konusunda Yargıtay'ın Yeni Görüşü", Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı 16, s. 124.
- 10 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 06.07.2009 Tarih, 2009/20151 E., 2009/19851 K.
- 11 16.06.2009 tarihinde yürürlüğe giren 5904 sayılı Yasa ile 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nda değişiklik yapılmıştır. Değişiklik öncesinde bu ödemedeki gelir vergisi kesintisi de yapılmaktaydı.
- 12 Yargıtay son kararlarında işçinin başvurusu ve işverenin işe başlatılması için davet etmesine rağmen işçi işe başlamaz ise geçersizliği saptanan feshin geçerli hale geleceğine karar vermiştir. Bu itibarla, işçinin işe başlasa da başlamasa da başvurmakla boşta geçen süre ücretine hak kazanacağı kuralına bir istisna gelmiştir. Bkz. 9. dipnottaki karar ve inceleme.
- 13 Benzer hükümler 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 431 ve devamı maddelerinde de yer almış ve bu Kanun kapsamındaki hizmet sözleşmeleri için de sınırlandırmalar getirilmiştir.
- 14 4857 sayılı İş Kanunu'nun 24 ve 25 ile 1475 sayılı Kanunun 14. maddelerinde belirtilen bazı nedenlerle sözleşmenin bildirimden önce sona erdirilmesi halleri ayrık tutulmuştur.
- 15 Basın İş Kanunu, peşin ödemeye fesih hakkını işçiye de tanımıştır: Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun, madde 5.
- 16 Yargıtay'ın görüşü bu yönde olmakla birlikte, öğretilerde bu halde de iş sözleşmesinin derhal değil, bildirim sürelerinin sonunda sona ermiş sayılacağı baskın şekilde savunulmaktadır. Bkz. Nuri Çelik, İş Hukuku Dersleri, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2009, 22. baskı, s. 200 ve aynı yerdeki dipnotlar.
- 17 Basın İş Kanunu yapılan peşin ödemeyi de tazminat olarak adlandırmıştır. Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun, madde 5.
- 18 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 21.01.2009 Tarih, 2007/34315 E., 2009/567 K. "Belirsiz süreli iş sözleşmesinin taraflarca ihbar öneli tanınmak suretiyle ya da ihbar tazminatı ödenerek her zaman feshi mümkün ise de, bu hakkın da her hak gibi Medeni Kanunun 2. maddesi uyarınca dürüstlük ve objektif iyi niyet kurallarına uygun biçimde kullanılması gerekir."
- 19 "Peşin ödeme, sözleşmenin usulsüz feshinde ödenen ihbar tazminatı değildir. Çalışma olmadan hak kazanılan ücret olduğundan, tazminat niteliği yoktur. Dolayısıyla ücrete ilişkin 5 yıllık zaman aşımı, temlik, haciz ve takas yasağı gibi ücrete ilişkin kurallara tabidir." Dr. Mustafa Kılıçoğlu, Doç. Dr. Kemal Şenocak, İş Kanunu Şerhi, Ankara, 2008, c.1, s. 311.
- 20 "İhbar tazminatı, götürü ve zarar koşuluna bağlı olmayan bir tazminattır." Prof. Dr. Ercan Akyiğit, İş Hukuku, Ankara, 2003, s. 173.

Prof. Dr. Ünal NARMANLIOĞLU

Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi

19.03.2012 Tarihli Toplu İş İlişkileri Kanunu Tasarısının Getirdikleri

1. GİRİŞ

1961 Anayasası'nın buyruğu doğrultusunda hazırlanan 274 sayılı Sendikalar Kanunu ile 275 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu mevzuatımızda sendika hakkı, toplu iş sözleşmesi hakkı ve grev hakkını birlikte hayata geçirmiş, bu kanunlar 12 Eylül 1980 tarihine kadar yürürlükte kalmıştır.

12 Eylül 1980 olağanüstü döneminde¹ yapıp yürürlüğe konan 2821 sayılı Sendikalar Kanunu ile 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu bir tepki Anayasası niteliği taşıyan 1982 Anayasası'nın şekillendirdiği normları yansıtmaktaydı². Bu katı çerçeveli hükümlerin uygulamada doğurduğu olumsuz yansımalar zaman içinde sözü edilen kanunlarda değişiklik yapılması ihtiyacını doğurmuş; önce Anayasanın elverdiği ölçüde bir takım değişiklikler yapılmış daha sonra da Anayasanın değiştirilen hükümleri dolayısıyla da yeni bir takım düzenlemelere gidilmiştir.

Nitekim 4.4.1995 tarihli ve 4101 sayılı "Sen-

dikalar Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi, Bazı Hükümlerinin Kaldırılması ve Bu Kanuna Bir Ek Madde Eklenmesi Hakkında Kanun'la Sendikalar Kanunu'nun bir kısım hükümleri değiştirilmiş; 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nda ise 27.5.1988 tarihli 3451 sayılı Kanun'la önemli değişiklikler yapılmış; kanunlara ilişkin gerekçelerde toplu iş hukukunun bir bölümünü oluşturan 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nda Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) normlarına uygun değişikliklerin yapılması çalışmalarını çerçevesinde, sosyal taraflardan belirli ilkeler ışığında değişiklik önerileri yapmaları talep edilmiş ve sosyal taraflarca önerilen değişikliklerin değerlendirildiği ve gözönünde tutulduğu kaydedilmiştir. Kısaca söylersek bu değişikliklerin amacının 2821 ve 2822 sayılı Kanunların uygulanması sırasında ortaya çıkan aksaklıkları gidermek ve ILO'nun ülkemizce de onanan 98 ve 87 sayılı Sözleşmeleri'ne intibakını (uygunluğunu) sağlamak olduğu kaydedilmiştir.

Diğer taraftan Avrupa Birliği ilerleme rapor-

Tasarının sendikaların “Türkiye çapında faaliyette bulunma” amacıyla kurulacağına ilişkin mevcut kanuna ilişkin hükmüne yer vermemiş olması, uygulamada birtakım sorunlara yol açabilecektir.

larında da Sendikalar Kanunu'nun, Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nun bazı konularda “müktesebata” uymadığı, bunların düzeltilmesi gereğine işaret ediliyordu. Bu sebeplerle 2821 ve 2822 sayılı Kanunlarda değişiklik yapılması ihtiyacını karşılamak üzere 2001 yılından başlayarak birçok taslak ortaya çıkmıştır.

Gerçekten çeşitli tarihlerde yapılan değişiklikler uygulamayı ve ILO'yu tatmin etmekten uzak kaldığı için konuya bütünüyle yaklaşmak gereği doğmuştur. Daha önce parça parça ya da kısmen yapılan değişiklikler kanunların insicamını bozmuş; yeniden bir kanun yapılması arzusu doğrultusunda birden çok taslak hazırlanmış, nihayet en sonunda sendikalar ile toplu iş sözleşmesi, grev ve lokavtı düzenleyen kanunların birleştirilmesi yoluna gidilmiştir. TBMM'ye sunulması kararlaştırılan “Toplu İş İlişkileri Kanunu Tasarısı” ile 2821 sayılı Sendikalar Kanunu ile 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu birleştirilerek tek bir kanun olarak ele alınmaktadır. Tasarının birinci maddesinde kanunun amacının “işçi ve işveren sendikaları ile konfederasyonların kuruluşu, yönetimi, işleyişi, denetlenmesi, çalışma ve örgütlenmesine ilişkin usul ve esaslar ile işçilerin ve işverenlerin karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumları ile çalışma şartlarını belirlemek üzere toplu iş sözleşmesi yapmalarına, uyuşmazlıkları barışçı yollarla çözümlenmelerine, grev ve lokavta başvurmalarına ilişkin usul ve esasları” düzenlemek olduğu belirtilmektedir.

Tasarının yürürlükteki kanun hükümlerini genelde bünyesine aldığı; bazılarının dışarıda bırakıldığını; bazılarının değiştirildiğini ve

birtakım da yeni düzenlemeler yapıldığını görmekteyiz. Tamamı 83 maddeden oluşan kanun tasarısının birinci bölümü “amaç ve tanımlar”a, ikinci bölümü “kuruluş esasları ve organlar”a, üçüncü bölümü “üyelik”e, dördüncü bölümü “güvenceler”e, beşinci bölümü “faaliyetler”e, altıncı bölümü “kuruluşların gelirleri, denetimi ve kapatılması”na, yedinci bölümü “toplu iş sözleşmesinin genel esasları”na, sekizinci bölüm “toplu iş sözleşmesinin yapılması”na, dokuzuncu bölüm “toplu iş uyuşmazlıklarının çözümü”ne, onuncu bölümü “Yüksek hakem kurulunun kuruluşu ve çalışma esasları”na, onbirinci bölüm “grev ve lokavt”a, onikinci bölüm ise “çeşitli ve son hükümler”e tahsis edilmiştir.

Bu incelememizde tasarı ile getirilen değişikliklere genelde kısaca değinilerek önemli bazı yeni hükümler üzerinde ayrıca duracağız.

II. KAVRAMLARA İLİŞKİN DEĞİŞİKLİKLER

Kanun tasarısında birtakım kavram ve kurumlar tanımlanmakta: “kuruluş”un sendika ve konfederasyonları kapsadığı; “üst kuruluş” ile de konfederasyonların ifade edildiği belirtilmiş; “yönetici” sözcüğünün ise kuruluşun ve şubesinin yani sendikaların, şubelerin ve konfederasyonların yönetim kurulu üyelerini istihdaf ettiği kaydedilmiştir.

Tasarıda, işveren adına işletmenin bütününe yönetenlerin “işveren vekili” sayılacakları, bu kanun uygulanması bakımından da bunların işveren olarak kabul edilecekleri belirtilmiştir. Öte yandan “işçi, işveren” ve “işyeri” kavramları 4857 sayılı İş Kanunu'na atıfta bulunarak düzenlenmiş, böylece İş Kanunu'ndaki tanımların toplu iş ilişkileri bakımından da gözönüne alınması gereği kabul edilmiştir. Bununla beraber Tasarı, “işçi sayılacaklar”ın kapsamında iş sözleşmesi dışında ücret karşılığı iş görmeyi taşıma (nakliye), eser (istisna), vekalet, yayın, komisyon ve adi şirket sözleşmelerine göre bağımsız mesleki faaliyet olarak yürüten gerçek kişilerin, sendikal ilişkiler bakımından işçi sayılacaklarını öngörerek kavramı genişletmiştir. Hemen belirtelim ki taşıma, eser, vekalet, yayın, komisyon ve adi şirket sözleşmelerine göre çalışanlar (iş görenler) ücret karşılığında

ve bağımsız bir mesleki faaliyet olarak yürütme-leri halinde sendikal ilişkiler bakımından işçi sayılacaktır³. Öte yandan İş Kanunu'nda-ki "işyeri" kavramının toplu iş ilişkilerinde de aynen geçerli olacağına ilişkin Tasarıdaki dü-zenlemenin uygun olmadığı; bazı hususlarda sorun yaratacağı; toplu ilişkilere özgü bir işyeri tanımının benimsenmesinin daha doğru olaca-ğı⁴ doktrinde haklı olarak dile getirilmiştir.

III. SENDİKALAR ALANINDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

1. Kuruluşa ve Kuruculara İlişkin Değişiklikler

Tasarıda işkolları sayısı 28'den 18'e düşü- rülmüştür. Bu değişikliğin uygulamada güçlü sendikacılığı sağlayacağı düşünülürse isabetli olduğu sonucuna varılacaktır. Tasarıda "bir iş- koluna giren işlerin, işçi ve işveren konfede- rasyonlarının görüşü alınarak ve uluslararası normlar göz önünde bulundurularak Bakan- lıkça çıkarılacak bir yönetmelikle belirleneceği öngörülmektedir. Ancak bu işin Tüzük yerine yönetmelikle düzenlenmesi 1980 öncesi uygu- lamada ortaya çıkan sakıncaların geriye dön- mesi ihtimalini kuvvetlendirmektedir. Tüzüğe göre yapılması ve değiştirilmesi çok daha ko- lay olan yönetmelikle, siyasi iktidarların kö- tüye kullanacakları bir imkana kapı açılacak; KUTAL'ın⁵ kaydettiği gibi siyasi iktidarlar dile- dikleri sendikayı bu yoldan destekleyebilecek veya cezalandırabileceklerdir. Tasarıda işkolu barajı tümünden kaldırılmamış ülkenin özel du- rumu göz önüne alınarak düşürülmüş; işletme düzeyinde yapılacak iş sözleşmesinde sendika- ların kolayca yetki alabilmesi için oran aşağıya çekilmiştir. Tarım ve ormancılık ve balıkçılık işkoluna tasarı ekindeki bir nolu sırada yer ve- rilmiş ancak herhangi bir farklılık yaratılmamış- tır. Belki de işkolu barajının aşağıya çekilmiş olması dolayısıyla istisna (ayrık durum) yaratıl- masına gerek duyulmamıştır. Tasarının beşinci maddesinin 2 nolu fıkrasında yeni bir toplu iş sözleşmesi için yetki süreci başlamış ise işko- lu değişikliği tespitinin bir sonraki dönem için geçerli olacağı hükmü getirilmekte, izleyen fik-

rada ise işkolu değişikliğinin yürürlükteki toplu iş sözleşmesini etkilemeyeceği belirtilmektedir.

Tasarının sendikaların "Türkiye çapında faa- liyette bulunma" amacıyla kurulacağına ilişkin mevcut kanuna ilişkin hükmüne yer vermemiş olması, uygulamada birtakım sorunlara yol aç-abilecektir.

Öte yandan kurucular için "Türk vatandaşı olma, Türkçe okur yazar olma ve sendikanın kurulacağı işkolunda fiilen çalışır durumunda bulunmayı zorunlu kılan yürürlükteki kanun hükmü metinden çıkarılmış; kuruculuk için tüzükte öngörülen şartlarla yetinileceği belirtilmiş, böylece AB'nin işçilerin serbestçe dolaşımı esasına ve ILO'nun standartlarına uyum sağlan- maya çalışılmıştır. Öte yandan, kuruluşa kuru- luş işlemi sadeleştirilmiş, tüzük ve kuruculuk koşullarına sahip olduklarına ilişkin kurucular tarafından yapılacak yazılı beyan idari başvuru için yeterli sayılmıştır.

Böylece yürürlükteki kanunda kuruculuk için aranan bazı koşullar Avrupa Sosyal Şartı ve Serbest Dolaşım İlkesi karşısında temelsiz (da- yanaksız) kaldıkları için Türk vatandaşı olmak, Türkçe okur yazar olmak ve sendikanın kuru- lacığı işkolunda fiilen çalışır olmak şeklindeki koşullar tasarı metnine alınmamış, sadece "fiil ehliyetine sahip gerçek ve tüzel kişilerin" ku- rucu olabileceği hükmüne yer verilmiştir. Aynı şekilde yürürlükteki hükümde mevcut olan listeye göre daha az sayıdaki bazı suçlardan hüküm giyenlerin kurucu olamayacakları belir- tilmektedir. Başka bir söyleyişle Tasarı hükmü kuruculuğa engel olacak suçları azalttığı gibi hükmedilen cezaların miktarına ilişkin bir sınır da koymamıştır⁶. İşveren sendikası kurucusu- nun tüzel kişi olması halinde bu koşullara tüzel kişiyi temsil eden gerçek kişi için de bulunması zorunluluğu ayrıca tasrih edilmiştir.

Kuruluş usulüne gelince "Kuruluşa uygula- nacak usul" başlığını taşıyan Tasarının yedinci maddesi: Kurucuların kanuni şartları haiz bu- lduklarını gösteren ya da doğrulayan yazılı beyanları ile kuruluş tüzüğünün bir dilekçe ile kuruluşun merkezinin bulunacağı ilin valiliğine vermeleri ile tüzel kişiliğin kazanılacağını; üst kuruluşlar için ilgili genel kurul kararlarının tev- di edilmesi gerekeceğini de tasrih etmektedir.

Sadece aynı işkolunda kısmi süreli olarak çalışanların farklı sendikalara üye olabilme hakkı söz konusu olabilecektir.

Valiliğin tüzük ve kurucuların listesini on beş gün içinde Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına göndermesi, Bakanlıkça kuruluşun adını, merkezini ve tüzüğünü on beş gün içinde resmi internet sitesinde ilan etmesini düzenlemekte; tüzük ve belgelerde kanuna aykırılığın tespit edilmesi ya da kanuni kuruluş şartlarının sağlanmadığının anlaşılması durumunda Valiliğin aykırılık ve noksanların giderilmesi için bir aylık süre vereceği, bu süre içinde aykırılığın veya eksikliğin giderilmemesi halinde Bakanlık veya ilgili Valiliğin konuyu yargıya götüreceğini; mahkemenin gerek görürse kurucuları da dinleyerek üç işgünü içinde kuruluşun faaliyetinin durdurulmasına karar verebileceği ve kanuna aykırılık ya da noksanlığın giderilmesi için altmış günlük bir süre vereceğini; tüzük ve belgelerin kanuna uygun hale getirilmesi halinde mahkemece durdurma kararının kaldırılacağı, aksi halde yani aykırılıkların veya noksanlıkların giderilmemesi halinde mahkemece kuruluşun kapatılmasına karar verileceği düzenlenmiştir.

2. Organlara İlişkin Değişiklikler

Tasarı, sendika organlarına ilişkin yürürlükteki kanun hükümlerini benimseyerek bünyesine almış; sadece “genel kurul dışında yapılan delege seçimlerinin üyeler tarafından serbest, eşit, gizli oy, açık sayım ve döküm esasına ve tüzük hükümlerine göre yapılacağını; genel kurul dışında yapılan delege seçimlerinin, seçim sonuçlarının ilanından sonra iki gün içinde yapılacak itirazların mahkeme tarafından kesin olarak karara bağlanacağını; delege seçiminin mahkeme tarafından iptal edilmesi halinde seçimlerin on beş gün içinde yenileneceğini düzenleyen yeni bir hükme isabetli olarak yer vermektedir.

3. Üyeliğe İlişkin Değişiklikler

Tasarıda üyelik yaşı onaltıdan onbeşe indi-

rilmektedir. Diğer taraftan aynı işkolunda ve aynı zamanda farklı işletmelere ait işyerinde çalışan işçilere birden çok sendikaya üye olabilme imkanı getirilmektedir. Bu imkan işverenin aynı işkolundaki işyerleri için olup aynı işverenin farklı bir işkolundaki işyerinde çalışmaya başlayan işçinin sendika üyeliği kanun gereği kendiliğinden son bulacaktır. Böylece sadece aynı işkolunda kısmi süreli olarak çalışanların farklı sendikalara üye olabilme hakkı söz konusu olabilecektir. Başka bir söyleyişle aynı işkolunda aynı zamanda farklı işverenlerin farklı işyerlerinde kısmi süreli sözleşme ile çalışan bir işçinin iki ayrı sendikaya üye olabilmesi mümkün olabilecektir.

Asıl önemlisi Tasarı, sendika üyeliğinin kazanılması ve kaybedilmesi konularında halen uygulanmakta olan noter aracılığını terk etmekte bu konuda Bakanlıkça ihdas edilecek “elektronik başvuru sistemi”ni getirmektedir. Böylece Tasarı kanunlaştığında üyeliğin kazanılması, üyelikten çıkma, çekilme ve çıkarılma (ihraç) elektronik sistem dahilinde gerçekleştirilebilecektir. Diğer taraftan Bakanlıkça sağlanacak elektronik başvuru sistemine e-devlet kapısı üzerinden yapılacak üyelik başvurusu, sendika tüzüğünde belirlenen yetkili organın kabulü ile yine e-devlet kapısı üzerinden kazanılacaktır. Tasarıdaki hükme göre her üye e-devlet kapısı üzerinden çekilme bildiriminde bulunmak suretiyle üyelikten çekilebileceği, e-devlet kapısı üzerinden yapılan çekilme bildiriminin elektronik ortamda eş zamanlı olarak Bakanlığa ve sendikaya ulaştırılacağı; çekilmenin sendikaya bildirim tarihinden itibaren bir ay sonra geçerlilik kazanacağı esaslarına yer verilmiştir. Çekilen üyenin bir aylık süre içinde başka bir sendikaya üye olması halinde yeni üyelik bu sürenin bitiminde kazanılmış sayılacaktır. Yine Tasarıdaki hükmün devamına göre sendika üyeliğinden çıkarılma kararı genel kurulca verilir. Karar e-devlet kapısı üzerinden Bakanlığa elektronik ortamda bildirilir ve çıkarılma kararı yazı ile tebliğ edilir. Çıkarılma kararına karşı üye kararın tebliğinden itibaren otuz gün içinde mahkemeye itiraz edebilir. Mahkeme iki ay içinde kesin olarak karar verir; üyelik çıkarılma kararı kesinleşene kadar devam eder. İşkolunu

değiştiren kişinin sendika üyeliği de kendiliğinden sona erer⁷.

Öte yandan 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nda üyelik aidatı konusunda mevcut olan sınırlamalar Tasarı ile terkedilmekte; üyelik aidatlarının "tüzükte belirtilen usul ve esaslar dahilinde genel kurul tarafından kararlaştırılacağı" öngörülmektedir. Tasarıda herhangi bir miktardan söz edilmemektedir. Böylece aidatın kanunla belirlenmesine karşı çıkan Uluslararası Çalışma Teşkilatı'nın isteği de karşılanmış olmaktadır. Ayrıca Tasarı üye aidatının tahsiline ilişkin usul ve esasların Bakanlıkça çıkarılacak bir yönetmelikle düzenlenmesini öngörmektedir⁸.

4. İşyeri Sendika Temsilcisinin Güvencesi

İşçilerin ve sendikanın işyerinde menfaatlerini korumak zorunda bulunan temsilcilerin işveren tarafıyla bu yüzden ters düşmesi çoğu kez kaçınılmaz olduğundan, işveren veya işveren vekili muğber oldukları temsilcileri bir bahane bularak işten çıkarabileceklerdir. Böylece işyeri sendika temsilcisi üstlendiği görevi yaparken işini kaybetme tehlikesiyle karşılaşacak ve bu endişe onun temsilcilik görevini layıkıyla yapmasına engel olacaktır. İşte görevini yaparken birçok güçlüklerle karşılaşacak olan, özellikle işverenin veya vekilinin farklı veya zararlı işlemlerine maruz kalması muhtemel bulunan temsilci için özel bir koruma sağlama gereği bu nedenlerden dolayı ortaya çıkmış, sendika temsilcilerine diğer işçilerden daha fazla güvence sağlanması gerekli görülmüştür.

Ülkemizde 1992 yılında onaylanan 135 sayılı ILO Sözleşmesi, temsilcileri "işten çıkarma dahil kendilerine zarar verebilecek ve işçi temsilcisi sıfatını taşımalarında veya bu sıfatla faaliyette bulunmalarından, sendika üyesi olmalarından veya sendikal faaliyetlere katılmalarından ileri gelebilecek her türlü işleme karşı etkili bir korumadan" yararlanacaklarını öngörmektedir. Türkiye tarafından 1994 yılında onaylandığını bildiğimiz 158 sayılı ILO Sözleşmesi'nde de "işçinin işçi temsilciliği yapmış olması veya temsilcilik görevini sürdürmesi veya işçi temsilciliğine talip olması" durumlarında işine son

verilemeyeceğini bu durumların haklı veya geçerli sebep sayılamayacağı esasına yer verilmektedir.

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 4101 sayılı Kanunla değişik 34. madde hükmü, işyeri sendika temsilcileri atama yetkisini toplu iş sözleşmesi yapmak üzere yetkisi kesinleşen sendikaya vermiş; 9.08.2002 tarihli ve 4773 sayılı Kanunla değiştirilmeden önceki dönemde temsilciliğin amacına ve fonksiyonuna uygun düşen ayrı ve açık bir koruma (iş güvencesi) sağlayan bir düzenleme yapmıştı. Buna göre işverenin işyeri sendika temsilcisinin iş sözleşmesinin haklı bir sebep olmadıkça ve sebebini açık ve kesin şekilde belirtmedikçe feshedemeyeceğini; bu esaslara aykırı olarak sözleşmesi feshedilen işçinin kendisinin veya atayan sendikanın süresinde başvurmaları halinde mahkemece işine iade edileceği şeklinde bir düzenleme yapılmıştı. Ancak sözü edilen konuda 4773 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle temsilcilerin avantajlı durumu değişik hükümle kaldırılmış; "işyeri sendika temsilcilerinin belirsiz süreli hizmet akdinin işveren tarafından feshinde İş Kanununun ilgili hükümleri"nin uygulanacağı belirtilmiş; sadece temsilcinin iş sözleşmesinin "temsilcilik faaliyetlerinden dolayı" feshedilmesi halinde İş Kanunu'nun 21. maddesine göre ödenecek tazminatın asgari tutarının temsilci işçinin bir yıllık ücreti tutarında olacağına işaret edilmiştir. Aynı hükümde ayrıca işverenin, temsilcinin yazılı muvafakati olmaksızın çalıştığı işyerini değiştiremeyeceği veya çalışma şartlarında (işinde) esaslı bir tarzda değişiklik yapamayacağı, aksi takdirde değişikliğin geçersiz sayılacağı belirtilmiştir.

İncelemekte olduğumuz Tasarının "İşyeri sendika temsilciliğinin güvencesi" başlığını taşıyan 24. maddesinde "işverenin işyeri sendika temsilcilerinin iş sözleşmelerinin haklı bir neden olmadıkça ve nedenini yazılı olarak açık ve kesin şekilde bildirmedikçe feshedemeyeceğini, sözleşmesi feshedilen temsilci ya da üyesi bulunduğu sendikanın fesih bildirimini tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde dava açabilecekleri; mahkemece temsilcinin işine iade edilmesine karar verilmişse feshin baştan beri geçersiz sayılacağını ve temsilcilik süresini

aşmamak kaydıyla fesih tarihinden kararın kesinleşmesi tarihi arasındaki ücret ve diğer haklarının ödeneceği ancak bunun için temsilcinin kararın kesinleşmesinden itibaren altı işgünü içinde işverene başvuruda bulunması gerekeceği; usulünce ve süresinde başvuruya rağmen işverenin altı işgünü içinde temsilci işçiyi işe başlatmaması halinde iş ilişkisinin devam ettiği kabul edilerek ücreti ve diğer haklarını temsilcilik süresince ödemeye devam edileceğini; bu hükmün yeniden temsilciliğe atanma halinde de uygulanacağı belirtilmektedir. Kurumun amaç ve fonksiyonuna uygun olarak getirilen düzenlemenin isabetli olduğu kuşkusuzdur.

5. Yöneticinin Güvencesi

İşçi kuruluşlarında yöneticilik görevi olarak işlerinden ayrılan işçilerin işsiz kalmak endişesine düşmemelerini, yönetici oldukları kuruluşlarda rahatlıkla görev yapabilmelerini sağlamak için kendilerine kanunen bir güvence sağlanmasına öteden beri Türk mevzuatında da yer verilmiş olmakla beraber; kanunda cezai yaptırım dışında açıkça hukuki bir yaptırım öngörülmemiş olması dolayısıyla üzerinde en çok durulan; doktrinde ve yargı kararlarında değişik düşünce ve çözümler öne sürülmesine yol açan bir konu olmuştur. Halen yürürlükteki Sendikalar Kanunu, işçi sendikası ve konfederasyonların yönetim kurullarında ve başkanlığında görev alan ve kendi isteği ile çalıştıkları işyerlerinden ayrılan işçilerin, görevlerinin belirli sebeplerle sona ermesi halinde diğer isteklilere tercihen işveren tarafından o andaki şartlarla eski işlerine veya eski işlerine uygun bir işe alınacaklarını düzenlemektedir. Böylece işverenin kanuni yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde taraflar arasındaki ilişkinin akıbeti hakkında cezai yaptırım dışında açıkça başka bir hükme yer verilmemiştir.

Gerçekten, kanunda belirlenen şartların gerçekleşmesi halinde işverenin yöneticilik görevi sona eren eski işçisiyle sözleşme yapması, onu yeniden işe alması zorunlu tutulmuş, fakat işverenin yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde cezai yaptırımın dışında ayrıca ve açıkça hukuki bir yaptırım öngörülmemiştir.

Genelde işverenin kanunen zorunlu bulun-

masına rağmen eski işçisiyle sözleşme yapmaya yanaşmadığı durumlarda, bu arada Sendikalar Kanunu gereğince yöneticilik görevi sona eren işçiyi yeniden işe almak yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde söz konusu olabilecek hukuki çareler üzerine doktrinde eğilen yazarlar vardır⁹.

Konu Yargıtay'ı da uzun süre uğraştırmış ve Yüksek Mahkeme önce yöneticilik görevi sona eren işçiyi usulünce başvurmasına rağmen yeniden işe almayan, kanuni yükümlülüğünü yerine getirmeyen işverene karşı kanunda cezai müeyyide (yaptırım) dışında başka bir müeyyide konulmadığı yolunda bir içtihat oluşturmuş¹⁰ ise de daha sonraki kararlarında kanunen zorunlu olmasına rağmen eski yönetici işçiyi yeniden işe almayan işverenin hukuki sorumluluğunun "işe alınmama halinde fesihle ilgili hakları isteme sonucunu doğuracağını dile getirmiş, Yüksek Mahkeme kanuni yükümlülüğe uymayan işverene karşı "boşta geçen günler" karşılığının talep edilebileceğini; tazminat miktarının belirlenmesinde Borçlar Kanunu'nun 325. maddesi ile yine aynı Kanunun 41. maddesinin 1. fıkrasının göz önüne alınması gereğine de işaret etmiştir.

Doktrinde Yargıtay'ın cevaz verdiği tazminat talebinin kanuni dayanağının bulunmadığı; BK 325. maddesinin uygulanabilmesi için işe alınmayı talep eden kişi ile işveren arasında hizmet akdi ilişkisinin kurulmuş olması gerektiği; işe alınma talebi işveren tarafından kabul edilmedikçe ya da işverenin kabul beyanı yerine geçecek bir mahkeme kararı alınmadıkça iş ilişkisinin kurulamayacağı¹¹ dile getirilmiştir. Yüksek Mahkeme yöneticinin işe alınması ile yükümlü olan işverenin fesih ile ilgili hakları talep imkanı vereceği yolundaki çözümü, özellikle ortada bulunmayan bir sözleşmenin fesihinin nasıl kabil olacağı sorusunu gündeme getirmiştir. Zira feshe ilişkin hakların talep edilebilmesi ve dava konusu yapılabilmesi geçerli olarak kurulmuş bir iş sözleşmesinin ya da kurulduğu varsayılan bir sözleşmenin bulunması halinde veyahut iş sözleşmesinin yöneticilik süresince askıda kaldığının kabulü halinde söz konusu olabilecektir¹².

Şunu da ekleyelim ki doktrinde öne sürü-

len ancak Yargıtayca işverenin eski yöneticiyi işe almaması halinde iş ilişkisinin mahkemece tesis edilecek bir karara dayalı olarak kurulabileceği kabul edilmediği için; uygulamada sorunun toplu iş sözleşmesine konulan hükümlerle aşılmasına da çalışılmıştır. Ancak kanuni yükümlülüğünü yerine getirmeyen işverenin yöneticinin ücret ve diğer haklarını ödeyeceğini düzenleyen toplu iş sözleşmesi hükümleri de Yargıtayca “cezai şart” olarak nitelendirilerek bu çerçevede hüküm tesis edilmesi gereği vurgulanmış¹³ sendika yöneticisinin bu görevi nedeniyle işten ayrılırken iş sözleşmesinin “yöneticilik süresince askıda” kalacağı; görevinin sona ermesi halinde ise işe alınmasını isteyen eski işçiyi işe başlatmayan işverenin sözleşmeyi feshetmiş sayılacağına ilişkin toplu iş sözleşmesi hükümlerinin de bağlayıcı olmadığına işaret etmiştir¹⁴.

İncelediğimiz Tasarı önceki kanundan farklı ve isabetli olarak, sözleşmenin yöneticilik süresince askıda kalacağını öngördüğü gibi görevi dolayısıyla iş sözleşmesini feshedebileceği ve kıdem tazminatını talep edebileceği; bu durumlar dışında yöneticilik görevi sona eren yöneticiye sona erme anındaki emsal ücrete göre hesaplanacak kıdem tazminatı talep hakkı da tanınmaktadır. Bir başka söyleyişle yöneticinin göreve başladığı zaman ya da yöneticilik görevini sürdürdüğü esnada sözleşmeyi feshedebilmek ve kıdem tazminatı talep edebilmek hakkını da içeren bu hüküm aslında yöneticiye iş sözleşmesinin yöneticilik görevi süresince askıda kalacağını ve görevinin bitiminde işverenin onu işe alma zorunluluğunu düzenlemektedir.

Böylece Tasarı, yönetici seçilen işçinin sözleşmeyi feshedip etmemesi, görevi dolayısıyla iş ilişkisini sonlandırıp sonlandırmaması ihtimaline göre konuyu düzenlemiştir; iş sözleşmesini feshetmeyerek yöneticilik görevini sürdüren işçinin sözleşmesinin askıda kalacağı esasını getirmiştir. Askı süresinin bitiminde yeniden işe alma yükümlülüğü işverene tahmil edilmiştir.

Bu itibarla yöneticilik güvencesi, yönetici seçilen işçinin bu sebeple sözleşmesini feshetmesi halinde gündeme gelemeyecek ancak bu durum diğer şartları da varsa kendisine kıdem tazminatı hakkı sağlayacaktır. İşçinin yönetici-

lik görevini üstlendiği için işyerinden ayrılması, bu görevinin başlangıcında veya yöneticilik görevi süresi içinde de mümkün olabilecektir. Bu sonuncu durumda işçi işyerinde çalışmadığı için kıdem tazminatına esas olacak ücret “fesih tarihindeki emsal ücret” olacaktır. Yöneticilik görevine başlarken iş sözleşmesini fesheden işçinin kıdem tazminatı ise işten ayrıldığı tarihteki son ücretine göre hesap edilecektir.

Tasarının yöneticinin kıdem tazminatı talep hakkını bu hükümle birlikte düzenlenmiş olması yani iş güvencesi hükmü içinde yer vermesi yadırganabilirse de yöneticiye ek (tali) bir güvence olarak kabul edilip, uygulamada ortaya çıkacak tereddütleri giderdiği için yapılan düzenlemenin yerinde olduğu söylenebilecektir.

Getirilen yeni düzenlemeye göre işçi kuruluşunda yönetici olması dolayısıyla iş sözleşmesini feshetmeyerek işyerinden ayrılan işçinin iş sözleşmesinin askıda kalacağını düzenleyen Tasarı hükmünde belirlenen sebeplere (sendikanın tüzel kişiliğinin sona ermesi, yöneticinin seçime girmemesi, yeniden seçilememesi veya kendi isteği ile çekilmesine dayalı olarak) görevi sona eren yöneticinin bu tarihten itibaren bir ay içinde ayrıldığı işyeri işverene işe başlatması için başvuruda bulunabileceğini; sözleşmesi askıda olan yönetici işçiyi işveren talep tarihinden itibaren bir ay içinde eski işine veya eski işe uygun bir diğer işe başlatmakla yükümlü tutmakta; süresinde işe başlatmayan işverenin sözleşmeyi feshetmiş sayılacağı hükmünü getirmektedir.

Tasarıda tasrih edilen nedenler dışında yöneticilik görevi sona eren sendika yöneticisine ise başvurusu halinde işveren tarafından kıdem tazminatı ödeneceği; ödenecek tazminatın hesabında işyerinde çalışılmış sürelerin göz önünde bulundurulacağı ve fesih anında emsalleri için geçerli olan ücret ve diğer haklarının esas alınacağı kaydedilmekte ve işçinin iş kanunlarından doğan haklarının saklı olduğu da belirtilmektedir.

Bu itibarla yönetici olduğu için çalıştığı işyerinden ayrılan işçinin sözleşmesi bu görevini sürdürdüğü müddetçe askıda kalacak; kanunda sayılan durumlardan -ki bunlar sınırlı ve sa-

yılıdır- biriyle görevi sona erince bir ay içinde işe başlamak için başvurması halinde işverenin işe almak yükümlülüğü doğacaktır. İşverenin eski yönetici işçisini bir ay içinde işe başlatması zorunlu bulunmaktadır. İşveren işe başlatmayı olumsuz bir tutum içine girerse sözleşmeyi feshetmiş sayılacak ve feshe ilişkin hukuki sonuçlara katlanacaktır¹⁵.

Güvence ile ilgili olmayan Tasarı hükmünün diğer kısımlarında ise şu durumlardan birisi ortaya çıkacaktır:

a- Yönetici işten ayrıldığı tarihte sözleşmeyi feshederse -ki bildirim süresine uymak zorunlu değil aynı şekilde belirli sürenin sona ermesini beklemek mecburiyetinde değil- kıdem tazminatına hak kazanacaktır.

b- Yönetici yöneticilik süresi içerisinde -ki sözleşme kanun gereği askıdadır- sözleşmeyi feshederse kıdem tazminatına hak kazanacak ve tazminatın hesabının fesih tarihindeki emsal ücrete göre belirlenmesi gerekecektir. Bu durumda yapılacak feshin türü uygulamada sorun çıkartabilecektir.

c- Kanunda sayılan nedenler dışında yöneticilik görevi sona eren sendika yöneticisi başvurusu halinde işyerinde çalıştığı süreler ve fesih sırasındaki emsal ücrete göre hesaplanacak kıdem tazminatına hak kazanacaktır.

6. Sendika Özgürlüğünün Güvencesi

4473 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önce Sendikalar Kanunumuz da genelde eşit davranma borcuna aykırı yönetim hakkını kötüye kullanan işverenin sendika özgürlüğüne riayetini sağlamak amacıyla, sendikal nedenlerle ayırım yapma ve farklı işlemlerde bulunma halleri yanında işçinin sendika üyeliği veya sendikal faaliyeti nedenleriyle sözleşmesinin feshedildiğini kanıtlaması halinde kötüniyet tazminatının özel bir şekli olan, uygulamada ve doktrinde “sendikal tazminat” veya “sendikacılık tazminatı” diye adlandırılan bir tazminatı düzenlemektedir.

Fakat gerek kötüniyet gerekse sendikal tazminat, iş güvencesi hükümlerinin mevzuata dahil edilmesiyle eski muhteva ve konumlarını kaybetmişlerdir. Yapılan yeni kanuni düzenlemelerle sözü edilen tazminatların talep edilebileceği haller sınırlandırılmış; fesih bildirim-

nin geçerli sebebe dayandırılması zorunluluğu getirilerek, geçerli sebebin işveren tarafından ispat edileceği veya özel hakem tarafından tespit edilen fesihler için bazı kayıtlarla bir tazminatın, “iş güvencesi tazminatı” daha doğrusu “işe başlatmama tazminatı” diyebileceğimiz bir tazminatın işveren tarafından ödeneceği öngörülerek yeni bir sisteme geçilmiştir.

Böylece 4773 sayılı Kanunu takiben 4857 sayılı İş Kanunu, fesih ve sonuçları bakımından farklı düzenlemeler getirmiş, işverenin fesih bildirim hakkının amacına aykırı olarak kullanılması halinde, işçinin işverenin kötüniyetli davranışını ispat etmesi şartıyla, bir tür medeni ceza niteliğinde kötüniyet tazminatının ve bunun özel bir şekli olan sendikal tazminatın ödenmesine dayalı sistemi değiştirmiştir. Başka bir söyleyişle Uluslararası Çalışma Teşkilatı'nın 158 sayılı Sözleşmesi'ne uygun olarak, yeni İş Kanunu belirli bir sayının üzerinde işçi çalıştırılan işyerlerinde işveren vekili sıfatını taşımayan ve asgari altı aylık kıdemi olan işçilerin belirsiz süreli iş sözleşmelerinin işveren tarafından fesih bildirim tarzında feshinde “geçerli bir sebep” gösterilmesini zorunlu tutmakta, feshin sonuçlarını çeşitli ihtimallere göre ayrı ayrı düzenlemekte, ayrıca toplu işçi çıkarmalarda işverenin izleyeceği özel prosedürü de belirterek, 1475 sayılı önceki İş Kanunu'ndan farklı bir sistemi çalışma hayatına ithal etmiş bulunmaktadır. Getirilen sistemde iş ilişkisinin devamlılığının sağlanması yanında işletme-işyeri çıkarlarının korunması yönündeki iki zıt yararın bağdaştırılmasına çalışılmıştır.

Sendika üyeliği veya sendikal faaliyeti nedenleriyle sözleşmenin feshinde Sendikalar Kanunu m. 31'in yaptığı atıf dolayısıyla İş Kanunu'nun iş güvencesine ilişkin 18 ve devamındaki hükümlerin uygulanması gerekir. Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinde öngörülen sendikal tazminatı, sözleşmesinin sendika üyeliği veya sendikal faaliyeti dolayısıyla feshedildiğini iddia eden işçilerin talep etmeleri mümkün değildir. Çünkü iş güvencesi kapsamına alınan bu tür fesihler için, işçinin iş güvencesine ilişkin hükümler çerçevesinde hareket ederek, şartları gerçekleştiğinde asgari bir yıllık ücreti tutarında bir tazminata, iş güven-

Çerçeve Sözleşme kanunda sınırlı olarak belirtilen konularda yani “mesleki eğitim, iş sağlığı ve güvenliği, sosyal sorumluluk ve istihdam politikalarına” münhasır olacaktır.

cesi tazminatına (işe başlatmama tazminatına) hak kazanması mümkün olabilecek ve ayrıca, çalıştırılmadığı sürenin dört aylık ücretini de alabilecektir. Özetlersek yürürlükteki hükümlere göre, iş güvencesi kapsamında olan işçilerin kötüniyet tazminatı gibi sendikal tazminat istemeleri ya da talep edebilmeleri mümkün değildir. İş güvencesi tazminatı-sendikal tazminat (ya da kötüniyet tazminatı) işçinin tercihine bırakılmış, seçimlik haklar değildir. Her birini talep edebilme şartları hasren kanunda ayrı ayrı belirlenmiş bulunmaktadır. Özellikle iş güvencesi hükümlerinin kapsamına giren ve sözleşmesi sendika üyeliği ya da sendikal faaliyeti nedeniyle feshedilmiş işçinin, güvence hükümleri çerçevesinde “iş güvencesi” tazminatı (işe başlatmama tazminatı) talebi hakkı vardır.

İş güvencesi tazminatından vazgeçerek sendikal tazminat talep etmek de mümkün değildir. Her birine hak kazanma şartları kanunda ayrıca belirlenmiş olan bu tazminatların birinin diğerinin yerine ikame edildiğini söyleyebilmek imkanı da yoktur. Mevcut pozitif hükümler karşısında işçi, sendika üyeliği veya sendikal faaliyet nedeniyle sözleşmesinin feshedildiğini iş güvencesi hükümleri dışında öne süremez ve buna bağlı olarak da sendikacılık tazminatı isteyemez. İş güvencesi hükümleri kapsamına giren ve sözleşmesinin sendika üyeliği veya sendikal faaliyeti nedenleriyle feshedildiğini öne süren işçi, bu iddiasını ancak iş güvencesine ilişkin prosedürü tüketerek sonuçlandırabilir; bunu yapmazsa, özellikle de dava açma süresini geçirirse -maruz kaldığı feshin kanuna uygun olduğunu- geçerli feshin mevcudiyetini kabul etmiş olur.

Tasarı işçinin 4857 sayılı İş Kanunu hükümleri çerçevesinde dava açmamasını, ayrıca sendikal tazminat talep etmesine engel ola-

mayacağı esasını getirerek; bu konuda önemli hak kaybına yol açan bir konuyu düzenlemekte; sendikal nedenle iş sözleşmesi feshedilen işçinin bu sebeple dava açma hakkına sahip bulunduğu kabul edilerek, sendikal nedenle feshin tespit edilmesi halinde İş Kanunu'nun 21. maddesi çerçevesinde işçinin başvurması halinde işverenin işe başlatıp başlatmamasına bağlı olmaksızın sendikal tazminata hükmedilebileceğini öngörmektedir. İşçinin işe başlatılmaması halinde ayrıca işe başlatmama tazminatına hükmedilemeyecektir. Tasarıda sözleşmenin sendikal nedenle feshedildiği iddiasıyla açılacak davada ispat külfeti işverene tahmil edilmiş, işçinin feshin işverence öne sürülen sebebe dayandığını ileri sürmesi halinde ise sendikal nedenin ispatı işçiye yüklenmiştir.

Tasarının 25. maddesi sendikal tazminat istenecek durumları eskisinden daha geniş olarak düzenlemekte işçilerin işe alınmaları sırasında belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri, belli bir sendikadaki üyeliği sürdürmeleri veya üyelikten çekilmeleri veya herhangi bir sendikaya üye olmaları veya olmamaları şartına bağlı tutulamayacağını; bu durumda da sendikal tazminatın gündeme gelebileceğini düzenlemektedir. İşçiler arasında sendikal saiklerle ayırım yapılması üyelik dolayısıyla veya sendikal faaliyet dolayısıyla işten çıkarılması veya farklı işleme tabi tutulmamasına ilişkin mevcut kanun hükümleri muhafaza edilmiş, bu durumlara aykırı olarak hareket eden işverene işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere sendikal tazminata hükmedileceği belirtmiştir.

Tasarı ile getirilen diğer bir yenilik sendikal nedenlerden dolayı iş sözleşmesinin feshi halinde işçinin, 4857 sayılı Kanununun 18'inci maddesinin birinci fıkrasındaki otuz işçi ve altı aylık çalışma süresi koşulu aranmaksızın, 20 ve 21'inci madde hükümlerine göre dava açma hakkına sahip olduğu; iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğinin tespit edilmesi hâlinde, 4857 sayılı Kanununun 21'inci maddesine göre işçinin başvurusu, işverenin işe başlatması veya başlatmaması şartına bağlı olmaksızın sendikal tazminata karar verileceği; ancak işçinin işe başlatılmaması hâlinde, ayrıca 4857

sayılı Kanunun 21'inci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen tazminata hükmedilemeyeceği; işçinin 4857 sayılı Kanunun yukarıdaki hükümlerine göre dava açmamasının ayrıca sendikal tazminat talebini engellemeyeceği düzenlenmiştir.

Tasarı iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiği iddiası ile açılacak davada, feshin nedenini ispat yükümlülüğünün işverene ait olduğunu; feshin işverenin ispat ettiği nedene dayanmadığını iddia eden işçinin, feshin sendikal nedene dayandığını ispatla yükümlü olduğu belirtilmektedir.

Ayrıca fesih dışında işverenin sendikal ayrımcılık yaptığı iddiasını işçinin ispat etmekle yükümlü olduğu; ancak işçi sendikal ayrımcılık yapıldığını güçlü biçimde gösteren bir durumu ortaya koymuş ise işverenin davranışının nedenini ispat etmekle yükümlü olacağı da kaydedilmiştir. Yapılan bu düzenlemenin isabeti kuşkusuz tartışılmayacaktır.

IV. TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

1. Toplu İş Sözleşmesinin Türleri

2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu hükümleri toplu iş sözleşmelerinin sadece işyeri düzeyinde yapılabileceği esasını benimsemiş bulunmasına rağmen toplu iş sözleşmesinin tek bir işyerine hasredilmesi yani bir tek işyeri ile sınırlı tutulmasını zorunlu kılmamış; birden çok işyerinin çeşitli şekillerde (terkiplerde) bir toplu iş sözleşmesi kapsamına sokulabilmesine de imkan veren bir düzenlemeyi yansıtmıştır. Nitekim sözü edilen Kanunun "bir toplu iş sözleşmesi aynı işkolunda bir veya birden çok işyerini kapsayabilir" yolundaki üçüncü madde hükmü karşısında toplu iş sözleşmesi ya tek bir işyerine ilişkin olabilecek (işyeri toplu iş sözleşmesi) ya da birden çok işyerini kapsayabilecektir. Bu sonuncu durumda da aynı işkolundaki birden çok işyerinin aynı kişiye ait olması halinde (işletme toplu iş sözleşmesi); işyerlerinin işverenlerinin değişik olması halinde (grup toplu iş sözleşmesinden) söz edilecektir. Tasarı ülkemiz endüstri ilişki-

leri sistemine yeni bir sözleşme türü, çerçeve sözleşme ve grup toplu iş sözleşmesi kurumlarını ayrıca düzenlemek yoluna gitmiştir.

a. Çerçeve Sözleşme

Gerçekten Tasarı yeni bir toplu iş sözleşmesi türü getirmekte; "Ekonomik ve Sosyal Konseyde temsil edilen işçi ve işveren konfederasyonlarına üye işçi ve işveren sendikaları arasında işkolu düzeyinde yapılan" sözleşmeye çerçeve sözleşme denileceğini belirtmekte, bu sözleşmenin "mesleki eğitim, iş sağlığı ve güvenliği, sosyal sorumluluk ve istihdam politikalarına ilişkin konuları düzenleyebileceği"ni; çerçeve sözleşmenin taraflarını oluşturan işçi ve işveren sendikasının üyeleri hakkında uygulanacağını; işçi ve işveren sendikalarından birinin çağrısını diğerinin kabul etmesi yani çağrıya olumlu cevap vermesi halinde yapılacak sözleşmenin süresinin de asgari bir, azami üç yıl olacağını; nihayet çerçeve sözleşmelerin -aynen toplu iş sözleşmeleri gibi- Anayasaya ve emredici kanun hükümlerine aykırı düzenlemeler içerebileceğini öngörmektedir.

Görüldüğü gibi sözleşmenin tarafları sadece Ekonomik ve Sosyal Konsey'de temsil edilen işçi ve işveren konfederasyonuna üye olan sendikalarlardır. Bu sözleşmelerin işkolu düzeyinde akdedilmesi gerekmektedir. Sözleşme kanunda sınırlı olarak belirtilen konularda yani "mesleki eğitim, iş sağlığı ve güvenliği, sosyal sorumluluk ve istihdam politikalarına" münhasır olacaktır. Tasarı hükmünde sözleşmenin yapılması herhangi bir prosedüre bağlanmamış, tarafların anlaşmaları yeterli sayılmıştır. Bu sözleşme hükümlerinin iş ilişkilerine nasıl yansıtacağı meselesi de boşlukta kalmıştır. Aynı şekilde hükümleri normatif nitelik taşımayan sözleşmeye, sözleşme hükümlerine riayetsizliğinin (aykırı davranmanın) sonucuna da ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır.

Böylece herhangi bir müesseriyeti olmayacak bir sözleşme görünümü taşıyan bu sözleşmenin uygulanması tarafların tamamen keyfine bırakılmış bulunacaktır. Kısaca akdedilmesi ve uygulanması hususunda belirsizlikler taşıyan bu sözleşme türünü toplu iş sözleşmesinin esaslarıyla açıklamanın güçlüğü, düşünülen

fonksiyonunu peşin olarak engelleyici nitelikte görülmektedir.

b. Grup Sözleşmesi

2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nda açıkça düzenlenmiş olmakla beraber grup toplu iş sözleşmesi doktrinde, aynı işkolunda faaliyette bulunan birden fazla işverene ait işyerlerini kapsayacak grup toplu iş sözleşmesinin ancak işçi sendikası -ki her bir işyerinde yetkili olması kaydıyla- arzu ettiği takdirde ve ancak bir işveren sendikası ile yapılabileceği kabul edilmektedir¹⁶. Böylece mevcut kanun metni çerçevesinde de birden çok işverene ait olup aynı işkolunda faaliyet gösteren işyerlerinin veya işletmelerinin her birinde yetkili olan işçi sendikası ile bu işyerlerinin işverenlerinin üyesi bulunduğu işveren sendikası isterlerse grup toplu iş sözleşmesi yapabileceklerdir. Grup toplu iş sözleşmesi yapılması teklifi sözleşmeye taraf olabilecek işçi sendikası veya işveren sendikası tarafından yapılabilirse de, işveren sendikasının -işçi sendikası bu şekilde bir sözleşme yapmaya yanaşmadıkça- onu buna zorlayacak bir imkana sahip bulunmadığı; buna karşılık işçi sendikasına grev yöntemi ile muhatabını zorlayabilme imkanı bulunduğu dile getiriliyordu.

Buna karşılık Yargıtayımız 2822 sayılı Kanunla "grup sözleşmesi" adı altında bir sözleşme türünün düzenlenmediğini, bu sebeple taraflardan birinin diğerini yasal olarak grup sözleşmesi yapmaya zorlayamayacağını; ancak tarafların anlaşmak suretiyle grup sözleşmesi yapmalarının mümkün bulunduğunu içtihat etmiştir¹⁷. Ancak Yüksek Mahkemenin bu görüşünün kanuna uygun olmadığı doktrinde açıkça ortaya konmuştur¹⁸.

Tasarı bu türden bir sözleşmeye açıkça yer vermekte, toplu iş sözleşmesinin "kapsamı ve düzeyi" başlığını taşıyan 34. maddesinde "bir toplu iş sözleşmesi aynı işkolunda bir veya birden çok işyerini kapsayabilir." esasını koyduktan sonra işletme toplu iş sözleşmelerinden başka grup toplu iş sözleşmelerini de düzenlemekle: "tarafların anlaşması üzerine bir işçi sendikası ile bir işveren sendikası arasında, birden çok üye işverene ait aynı işkolunda kurulu

işyerleri ve işletmeleri kapsamak üzere yapılacağını; ikinci maddenin 4 numaralı fıkrasında da "Grup toplu iş sözleşmesinin işçi sendikası ile işveren sendikası arasında birden çok üye işverene ait aynı işkolunda kurulu işyerlerini ve işletmelerini kapsayan toplu iş sözleşmesi olduğunu belirtmektedir¹⁹."

c. İşletme Toplu İş Sözleşmesi

Tasarı aynen yürürlükteki hükmü benimseyerek: "Bir gerçek veya tüzel kişiye ya da bir kamu kurum veya kuruluşuna ait aynı işkolunda birden çok işyerini kapsayan sözleşmenin işletme toplu iş sözleşmesi olduğu"nu belirtmekte; bu konuda uygulamada çokça sorun yaratan bir boşluğu doldurmaktadır. Gerçekten uygulamada işletme toplu iş sözleşmesi kapsamına giren işyerlerinin birinde veya birkaçında halen yürürlüğünü sürdüren bir toplu iş sözleşmesi varsa, mevcutsa ve süresinin bitimine 120 günden daha çok süre bulunuyorsa yetki başvurusu yapılmasının kabil olup olmadığı dolayısıyla mevcut toplu iş sözleşmesi veya sözleşmelerinin işletme toplu iş sözleşmesi yapılmasını engelleyip engellemeyeceği sorunu ortaya çıkmıştır. Sorun kanunun yürürlüğe girdiği sırada, daha önce zorunlu olmadığı için işletme kapsamına dahil sayılan işyerlerinde bağtlanmış (akdedilmiş) toplu iş sözleşmelerinin mevcudiyeti dolayısıyla çıkmış; daha sonraki yıllarda ise işletme bünyesine devir işlemi ile sonradan giren işyeri ve işyerleri için gündeme gelmiştir.

275 sayılı Kanunda bulunmayan 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu ile mevzuata dahil edilen işletme toplu iş sözleşmeleri için bir intikal hükmü öngörülmediği için bir işyerinde aynı dönem için birden fazla toplu iş sözleşmesi yapılamayacağı ve uygulanamayacağı şeklindeki temeli Anayasada bulunan emredici hüküm karşısında işletmeye dahil işyerlerinin birisinde bir toplu iş sözleşmesi bulunması halinde, o sözleşme sona ermeden bir toplu iş sözleşmesi yapılamayacağı sonucuna ulaşılmıştır²⁰.

Yüksek Mahkeme konu ile ilgili diğer bir kararında kanuni değişiklikten önce toplu iş sözleşmesi safhasına gelmemiş işyeri seviye-

sinde kesinleşmiş olan yetkinin kazanılmış hak teşkil etmeyeceğini ve bu kanuni kuralı ortadan kaldıramayacağını dile getirmiştir. Yargıtayımız aksine düşüncenin işletme toplu iş sözleşmesinin yapılmasını engelleyeceğini, bunun kanunun biraz önce açıklanan emredici hükmüne aykırı olacağını da ilave etmiştir²¹.

Yürürlükteki 2822 sayılı Kanun döneminde bir işletmenin bulunması halinde bu türden bir toplu iş sözleşmesi kamu düzeni ile ilgili olduğu için yani konuyu düzenleyen hüküm mutlak emredici nitelikte bulunduğu için işletmeye dahil işyerlerini birbirinden ayrı (bağımsız) düşünmek kabil olamıyordu. Özellikle yetki için çoğunluk tespitinin işletme bazında yapılması gerekeceğinden işletmeye dahil işyerleri için tek bir sözleşme yapılabilmesi zorunlu bulunuyordu. Böylece işletme toplu iş sözleşmesinin bu niteliği karşısında sözleşmenin akdedilmesinden sonra işletme kapsamına giren ya da kapsam dışına çıkan işyerlerinde toplu iş sözleşmesinin devamı önemli bir sorunu ortaya çıkarmakta; aynı şekilde yetkinin belirlenmesi sırasında vaki değişiklikler işletmenin kapsamına dahil işyerlerinin önceden bilinmesi zorunluluğu karşısında bu konuda yeni düzenleme getirmek gereği duyulmuştur.

İncelediğimiz Tasarı “İşyerinin veya bir bölümünün devri” başlığını taşıyan 38. maddesinde işletme toplu iş sözleşmesi kapsamında olan ya da toplu iş sözleşmesi bulunan bir işyeri veya işyerinin bir bölümünün devrinde, devralan işverenin aynı işkoluna giren işyeri veya işyerlerinde yürürlükte bir toplu iş sözleşmesi var ise; devralınan işyeri veya işyerlerinde uygulanan toplu iş sözleşmelerinden doğan hakların ve borçların iş sözleşmesi hükmü olarak devam edeceğini düzenlemektedir.

Öte yandan devralan işverenin işyeri ya da işyerlerinde uygulanan bir toplu iş sözleşmesi yok ise devralınan işyerinde yürürlükteki toplu iş sözleşmesinden doğan hak ve borçların yeni bir toplu iş sözleşmesi yapıncaya kadar toplu iş sözleşmesi hükmü olarak devam edeceği belirtilmektedir. Ayrıca Tasarıda toplu iş sözleşmesi bulunmayan bir işyerinin işletme toplu iş sözleşmesi tarafı olan bir işverence devralınması durumunda işyerinin, işletme toplu iş

sözleşmesi kapsamına gireceği esasına yer verilmektedir.

2. Teşmil

2822 sayılı Kanunun yürürlükteki hükümlerine göre Bakanlar Kurulunun teşmil işlemini yapabilmesi “bağlı olduğu işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde onunu temsil eden işçi sendikalarından en çok üyeye sahip bulunan sendikanın yapmış olduğu” bir toplu iş sözleşmesinin bulunmasına bağlıdır. Sözü edilen sendikanın teşmile karar verileceği tarihte barajı aşmış olması ve aynı zamanda dahil olduğu işkolunda en çok üyeye sahip bulunması gerekir. Tasarı bu kanuni gereği değiştirmekte ve kurumu ayrıca düzenlemektedir. Başka bir söyleyişle uygulamada ihtiyaç duyulan teşmil yöntemi tasarıda da muhafaza edilmiş ancak konu değişik bir şekilde düzenlenmiştir. Buna göre Bakanlar Kurulu teşmili yapılacak işyerinin kurulu bulunduğu işkolunda en çok üyeye sahip sendikanın yapmış olduğu bir toplu iş sözleşmesinin o işkolundaki işçi veya işveren sendikalarının veya ilgili işverenlerden birinin ya da Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının talebi üzerine Yüksek Hakem Kurulunun görüşünü aldıktan sonra tamamen ya da kısmen ya da zorunlu değişiklikleri yaparak, o işkolunda toplu iş sözleşmesi bulunmayan işyeri veya işyerlerine teşmil edebilecektir. Yüksek Hakem Kurulu bu konudaki görüşünü onbeş işgünü içinde bildirecektir. Yine Tasarıya göre teşmil kararında teşmilin gerekçesi açıklanmak ve yürürlüğe gireceği tarih de belirtilmek suretiyle teşmil kararı Resmi Gazete’de yayımlanır. Ancak yürürlük tarihi Resmi Gazete’de yayım tarihinden önceki bir tarih olarak belirlenemez. Yine madde eski hükmün tekrarı olarak teşmil edilen toplu iş sözleşmesinin sona ermesiyle teşmil kararının da ortadan kalkacağını, Bakanlar Kurulunun teşmil kararını gerekçesini de açıklayarak gerekli gördüğünde yürürlükten kaldırabileceğini; toplu iş sözleşmesinin taraflarının hak ve borçlarını düzenleyen hükümleri ile özel hakeme başvurulmuş hükümlerin teşmil edilemeyeceğini; yetki için başvurulduktan sonra bu işlem tamamlanıncaya kadar veya yetki belgesi alındıktan sonra yetki devam et-

tiği sürece, kapsama giren işyerleri için teşmil kararı alınamayacağını eski kanun paralelinde düzenlemiş, nihayet toplu iş sözleşmesinin teşmil edildiği işletme veya işyerinde her zaman yetki için başvurulabileceğini ve yeni toplu iş sözleşmesinin yapılması ile birlikte teşmil uygulanmasının kendiliğinden sona ereceği şeklinde isabetli bir hüküm getirmektedir.

3. Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma

Tasarı toplu iş sözleşmesinden taraf işçi sendikasının üyelerinin yararlanacağını; sözleşmenin imzalanması halinde taraf sendikaya üye olanların yürürlük tarihinden, imza tarihinden sonra üye olanların ise üyeliklerinin taraf işçi sendikasıca işverene bildirildiği tarihten yararlanacaklarını önceki kanun gibi tekrar etmekte, asıl yeni olarak “toplular iş sözleşmesinin imza tarihi ile yürürlük tarihi arasında iş sözleşmesi sona eren üyelerin de iş sözleşmelerinin sona erdiği tarihe kadar toplu iş sözleşmesinden yararlanacakları hükmünü getirmektedir.

Kanunda açıkça düzenlenmediği için bu konu 275 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu döneminden beri doktrini meşgul etmiştir. Gerçekten 275 sayılı Kanunun yürürlükte bulunduğu dönemde Yargıtay, aksi kararlaştırılmadıkça toplu iş sözleşmesinin imzalandığı tarihte yürürlüğe gireceğini; yürürlüğünün uzatılmış -geriye yürütülmüş- olduğu döneme ilişkin haklardan yararlanmanın toplu iş sözleşmesinin yapılmış olduğu tarihte taraf kuruluşun üyesi olanlara hasredilmiş olması halinde, sözleşmenin yürürlük tarihinin işten ayrılma tarihinden önceye götürülmüş olması durumunda, toplu sözleşme hükümlerinden yararlanılmasının söz konusu olamayacağını kararlaştırmıştır²².

Yüksek Mahkeme aynı dönemde sözleşmeden yararlanabilmek için toplu iş sözleşmesinin “imza tarihinde taraf sendika üyesi bulunmak ve yine aynı tarihte işverene hizmet akdi ile bağlı olmak” kaydını taşıyan toplu iş sözleşmesinden hizmet sözleşmesi imza tarihinden önce bozulan işçinin yararlanamayacağı²³ sonucuna ulaşmış; ancak bu konuda herhangi bir kaydın yer almadığı toplu iş sözleşmesinin yürürlüğü-

nün geriye götürülmesi halinde, imza tarihi ile yürürlük tarihi arasında iş (hizmet) sözleşmeleri sona eren taraf sendika üyelerinin, ölümleri halinde de mirasçılarının bu farklı hükümlerden yararlanabileceklerine ilişkin içtihat oluşturmuştu²⁴.

Bilindiği gibi 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu 9. maddesinde sadece toplu iş sözleşmesinin imzalanması tarihinde taraf sendika üyesi olanların sözleşmenin yürürlük tarihinden, yani geçmişe yayılan toplu iş sözleşmeleri hükümlerinden yararlanacakları düzenlenmektedir. Ancak bu hükmün emredici olup olmadığı, maddedeki düzenlemenin toplu iş sözleşmesinin imzası tarihinden önce işyerinden ayrılan işçiler hakkında tarafların yapacakları anlaşmaları kapsayıp kapsamadığı konusunda doktrinde düşünce ayrılığı bulunmaktaydı²⁵. Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nun 9. maddesinin emrediciliğinin tartışılmayacağı fakat bu buyuruculuğun sözü edilen hükümde belirlenen durumların aksine taraflarca kararlaştırılmasını engellediği; bunun dışında bu maddede düzenlenmeyen konularda özellikle “tarafların imza tarihi ile yürürlük tarihi arasında işten ayrılanların toplu iş sözleşmesinden yararlandırılmaları konusunda anlaşmalarına sözü edilen bu hükmün engel olmadığı görüşünden hareket eden Yargıtayımız toplu iş sözleşmesinin yürürlük başlangıç tarihinin imza tarihinden önceki bir tarihten başlatılmasına ilişkin uygulamayı geçerli saymakta, 275 sayılı önceki Kanun dönemindeki gibi buna hukuki sonuçlar bağlamaktadır.

Yüksek Mahkeme imza tarihinde işyerinde çalışmayan işçinin toplu iş sözleşmesinin geriye götürülen hükümlerinden yararlanmalarının kanunda düzenlenmediğini; fakat toplu iş sözleşmesi ile buna ayırık hükümler getirildiği takdirde imza tarihinden önce sözleşmede kararlaştırılan şartlar içinde ayrılanların başlangıç tarihinden itibaren yararlanmasının mümkün olduğunu dile getirmiştir²⁶.

İşte Tasarı bu görüşü benimseyerek kanun hükmü haline getirmektedir ki, bu düzenleme kuşkusuz mevcut tereddütleri gidereceği için yerindedir.

Dayanışma aidatı konusunda da Tasarı deği-

şik bir hüküm getirmektedir. 2822 sayılı Kanun akdedilmiş ve yürürlüğe konulmuş bir toplu iş sözleşmesine taraf olan işçi sendikasına üyesi olmayan fakat bu sözleşmenin uygulandığı işyerinde çalışan işçilerin dayanışma aidatı ödeyerek sözleşmeden yararlanabileceklerini öngörmekte, “yararlanmanın talep tarihinden itibaren” geçerli olacağına işaret etmekte fakat bu talebin yapılması zamanı konusunda açıkça düzenlenmemektedir. Kanunda talebin ne zaman yapılacağı tasrih edilmese de, kanuni imkan toplu iş sözleşmesinin mevcudiyetine bağlı olarak kullanılabilirliğinden yararlanmanın en erken toplu iş sözleşmesinin hukuki varlık kazanması anının sözleşmenin yürürlüğü anı ya da tarihi olmak gerekir. Başka bir söyleyişle sözü geçen Kanunun 9. maddesinin ikinci fıkrasına dayanarak toplu iş sözleşmesinden yararlanma bir toplu iş sözleşmesinin varlığına bağlandığından, sözleşmenin imzasından önce yapılmış taleplerin imza tarihi itibarıyla yapılmış saymak ve kanundaki “talep tarihinden itibaren yararlanma”yı imza tarihinden sonra yapılan normal taleplere hasretmek gerekmektedir. Nitekim genelde doktrin ve içtihat, dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanmanın başlangıcını -önceden talep yapılmış olsa bile- en erken sözleşmenin imza tarihi olduğu kabul edilmektedir²⁷.

İşte Tasarı bu çözüm doğrultusunda bir düzenleme yapmakta böylece bu husustaki yazılı talebin ancak toplu iş sözleşmesinin imzalanmasından sonra yapılabileceğini öngörmektedir. Buna göre “Dayanışma aidatı ödemek suretiyle toplu iş sözleşmesinden yararlanma talep tarihinden geçerlidir. İmza tarihinden önceki talepler imza tarihi itibarıyla hüküm doğurur.”(m. 39). Getirilen bu hükmün sendika üyeliğinin teşviki bakımından yararlı olacağı kuşkusuzdur. Öte yandan yapılan bu düzenleme kanunun sistemine de uygundur²⁸.

Öte yandan Tasarı “dayanışma aidatının miktarının üyelik aidatından fazla olmamak kaydıyla sendika tüzüğünde” belirleneceğini de öngörmektedir.

Nihayet Tasarı bu kanun anlamında işveren vekilleriyle toplu iş sözleşmesi görüşmelerine işvereni temsilen katılanların toplu iş sözleşme-

sinden yararlanamayacağına da işaret etmektedir. Aynı şekilde grev sonunda yapılan toplu iş sözleşmesinden -kanunen grev ve lokavta katılmayacaklar dışında- işyerinde çalışmış olanların da -aksine hüküm bulunmadıkça- toplu iş sözleşmesinden yararlanamayacaklarını belirtmektedir (m. 39).

4. Toplu İş Sözleşmesinin Yapılması

Tasarı toplu iş sözleşmesi konusundaki barajları muhafaza etmekte ancak yürürlüktekilerden daha aşağıya çekmektedir. İşçi sendikaları AB ile uyum sürecine giren Türkiye'nin, uluslararası zeminde eleştirilmesine yol açan hususlardan biri olan barajın kaldırılmasını istemek; konulan barajın anlamsız olduğunu; yapılan uygulama nedeniyle emekçilerin özellikle de yeni örgütlenmekte olan işçilerin bundan doğrudan olumsuz etkilendiklerini, toplu iş sözleşmesi özgürlüğünü (hakkını) kullanamaz hale geldiğini belirtmektedirler.

Tasarı toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkili işçi sendikasının taşıması gereken özellikleri farklı olarak düzenlemekte, işyeri veya işletme toplu iş sözleşmesi yapacak sendikanın 2000 üyesinin bulunması; kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin asgari yüzde birinin üyesi bulunması²⁹; başvuru tarihinde toplu iş sözleşmesinin kapsamına girecek işyerinde çalışan işçilerinin yarısından fazlasının, işletmede ise yüzde kırkının kendi üyesi bulunması koşulunu getirmektedir.

Öte yandan yine Tasarı işletme toplu iş sözleşmeleri için işyerlerinin bir bütün olarak dikkate alınacağını ve yüzde kırk çoğunluğun buna göre hesaplanacağını; işletmede birden çok sendikanın yüzde kırkının veya fazla üyesi olması durumunda başvuru tarihinden en çok üyeye sahip sendikanın toplu iş sözleşmesi yapma yetkisine haiz olacağını belirtmektedir.

Tasarı işkolunda çalışan işçilerin tespitinin eskiden olduğu gibi Bakanlıkça her yıl Ocak ve Temmuz aylarında yayımlanacak istatistiklerin esas alınacağını ve itiraz usulünü aynen muhafaza etmektedir.

Bakanlıkça yetkili sendikanın belirlenmesinde ve istatistiklerin düzenlenmesinde kendisine gönderilen üyelik ve üyelikten çekilme bildi-

Grev yasaklarından birkaçının kaldırıldığı, grev yapılması yasaklanan yerlerin kapsamında öncekine göre iyileştirme yapıldığı görülmektedir.

rimleri ile sosyal Güvenlik Kurumu'na yapılan işçi bildirimlerinin esas alınacağını; sigortalılığın başlangıcı ile sona ermesine ilişkin bildirimlerin yasal süresi içinde yapılmaması halinde bunların yetkili sendikanın belirlenmesinde gözönüne alınmayacağını düzenlemektedir.

Hemen belirtelim ki yetki tespiti ile ilgili usul ve esasların Bakanlıkça çıkarılacak bir yönetmelikle düzenleneceği de Tasarıda dile getirilmiştir.

Diğer taraftan önceki kanunda bulunmayan ancak uygulamada karşılaşılan olumsuz yetki tespitine itiraz konusu da Tasarıda ayrıca düzenlenmektedir. Bilindiği gibi yetki için başvuran işçi sendikasına çoğunluğa sahip bulunmadığı yolundaki Bakanlığın tespit kararını bildirmesi halinde yapacağı itiraza ilişkin bir düzenlemeye 2822 sayılı Kanunda yer verilmiştir. İtirazı düzenleyen 15. madde hükmü başvuran sendika dışındaki sendikalara ve ilgili işveren yanına bu hakkı tanımıştır. Bununla beraber doktrinde Bakanlığın olumsuz yetki tespitine karşı Bakanlık işleminin yargı denetimi dışında kalamayacağı dile getirilmiş; Bakanlığın yetki için başvuran sendikanın yetkisiz olduğunu belirleyen yazısına karşı yargı yoluna gidilebileceğine haklı olarak işaret edilmiş; “yetkili olduğu iddiasında olan işçi sendikasının Bakanlığa karşı açacağı davanın Bakanlığa tespitini düzeltmeye ve yetki işlemlerinin yürütülmesine devam edilmesini sağlamaya yönelik bir tespit davası” olacağı³⁰ dile getirilmiştir.

Bakanlıkça kendisine yetki şartlarını taşımadığı bildirilen yani olumsuz tespite muhatap olan işçi sendikasının altı işgünü içinde yetkili olup olmadığının tespiti için dava açabileceği; mahkemenin davayı o işkolunda çalışan işçilerin asgari %1'ini üye kaydeden işçi sendikaları ile işveren sendikaları veya sendika üyesi olmayan işverene de bildireceği, mahkemenin

davayı iki ay içinde sonuçlandıracağı, tespit yazısına süresinde itiraz edilmemişse, sürenin bitimini takip eden altı işgünü içinde yapılan itiraz reddedilmişse ya da kendisine yetki şartlarına sahip olduğunu tespit eden kesinleşmiş mahkeme kararının tebliğ edildiği tarihten itibaren altı işgünü içinde Bakanlıkça ilgili sendikaya “yetki belgesi” verileceği belirtilmektedir.

V. BARIŞÇI VE MÜCADELECI YOLLARA İLİŞKİN DEĞİŞİKLİKLER

Tasarı bu konularda genelde yürürlükteki hükümleri bünyesine almış, bazı maddelerde sadeleştirme yapma yoluna gitmiş, esasa ilişkin fazla bir değişiklik yapmamıştır.

Yürürlükteki kanunun öngördüğü ihtiyari-mecburi- (isteğe bağlı zorunlu) arabulucu düzenlemesi Tasarıda kaldırılmış; arabulucunun tayininde mahkemeler devreden çıkarılmıştır. “Uyuşmazlık yazısını alan görevli makam altı işgünü içinde taraflardan en az birinin katılımıyla veya katılım olmazsa resen, resmi listeden bir arabulucuyu görevlendirir. Tarafların resmi arabulucu listesindeki bir arabulucu ismi üzerine anlaşma sağlamaları halinde belirlenen kişi görevli makam tarafından o uyuşmazlıkta arabulucu olarak görevlendirilir. Öte yandan Tasarıda diğer yeni bir hüküm: kanuni grev kararı alınan bir uyuşmazlıkta Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanının uyuşmazlığın çözümü için bizzat arabuluculuk yapabileceği gibi bir kişiyi de arabulucu olarak görevlendireceğinin öngörülmesidir.

Tasarıda Yüksek Hakem Kurulu'nda ILO'nun isteği doğrultusunda üçlü temsil esası getirilmiş bu konuda da yeni bir düzenleme yapılmıştır.

Grev yasaklarından birkaçının kaldırıldığı, grev yapılması yasaklanan yerlerin kapsamında öncekine göre iyileştirme yapıldığı görülmektedir. Gerçekten grev ve lokavtın yasak olduğu işler ve işyerlerinden can ve mal kurtarma işini; cenaze işlerini ve mezarlıklarda; şehir şebeke suyu, elektrik, doğalgaz, petrol üretimi, tasfiyesi ile nafta ve doğalgazdan başlayan petrokimya işlerinde; bankacılık hizmetlerinde; Milli Savunma Bakanlığı ile Jandarma Genel Komu-

tanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığınca doğrudan işletilen işyerlerinde; kamu kuruluşlarında yürütülen itfaiye ve şehir içi toplu taşıma hizmetlerinde ve hastanelerde grev ve lokavt yapılamayacağı Tasarıda belirtilmiş ayrıca Bakanlar Kurulunun grev ve lokavtı “genel hatı önemli ölçüde etkileyen doğa olaylarının gerçekleştiği yerlerde ve bu durumun devamı süresince” yasaklayabileceği, aynı şekilde sözü geçen kurulun grev ve lokavtı erteleyebileceğine ilişkin yürürlükteki hükmü aynen tekrarlamıştır.

Anayasa değişikliği paralelinde “siyasi amaçlı grev ve lokavt, dayanışma grev ve lokavtı, genel grev ve lokavt, işyeri işgali, işi yavaşlatma, verimi düşürme ve diğer direnişlerin” yapılamayacağına ilişkin hüküm de Tasarıya isabetli olarak alınmamıştır.

Öte yandan grev kararı alınmadan önce yürürlükteki kanunun öngördüğü altı işgünlük bekleme süresi metinden çıkarılmış, aynı şekilde belirli sürede grev kararı alınacağı hükmüne de Tasarıda yer verilmemiştir.

Nihayet grev oylaması sırasında greve karar veren sendikanın kusurlu hareketi sonucu grev uygulamasının işyerinde neden olduğu maddi zarardan sendikanın sorumlu olmayacağı; yetkili işçi sendikasının kararı olmadan işçi ya da yöneticilerin bireysel eylemlerinden kaynaklanan zararlardan kusuru olan yönetici ya da işçinin sorumlu olacağı esasına isabetli olarak yer verilmektedir.

VI. SONUÇ

Tasarıya genel bir bakışla yaklaşırsa, yapılan değişikliklerin mevzuatta ve uygulamada karşılaşılan sorunları gidermeye; ayrıca ILO'nun sendikal haklar ve özgürlükler ile serbest toplu pazarlıkla ilgili 87 ve 98 sayılı Sözleşmeleri çerçevesinde ülkemize yönelttiği eleştirileri karşılamaya yönelik olduğu görülmektedir. En çok değişikliğin sendikalar alanında yapıldığı, Tasarı hükümlerinin özellikle toplu iş sözleşmesi yetkisinin belirlenmesi; üyeliğin kazanılması ve kaybedilmesi konularında elektronik ortamı, e-devlet kapısının kullanılmasının uygulamadaki güçlükleri önleyecek şekilde hayata geçirilmesi; siyasi etkilerden uzak, dürüstçe çalışan

bir sistemin işlerliğinin sağlanması halinde toplu iş ilişkilerinin amaca uygun yürütmesi gerçekleştirilebilecektir.

DİPNOTLAR

- 1 Bu olağanüstü dönemde askeri yönetimce bir kısım sendikalar kapatılmış, uygulanmakta olan tüm grev ve lokavtlar ertelenmiştir. Öte yandan grev ve lokavtın ertelendiği işyerlerinde -ahlak ve iyiniyet kuralları ile sağlık sebepleri- dışında kalan sebeplerle işçi çıkartılmasına izin verilmemiş, bu tür işveren tasarrufları yasaklanmıştır. Bu olağanüstü dönemde işçi-işveren ilişkilerini düzenleyen birtakım özel kanunlar çıkarılmıştı. Faaliyetleri durdurulan “Sendika, Federasyon ve Konfederasyonlara Kayyım Tayin Edilmesi”ni düzenleyen 2316 sayılı ve “Anayasa Düzeni Hakkında Kanun” adını taşıyan ve “Süresi Sona Eren Toplu İş Sözleşmelerinin Sosyal Zorunluluk Hallerinde Yeniden Yürürlüğe Konulması Hakkında”ki 2324 sayılı Kanunlar doğrudan iş ilişkileri konularını idare ediyordu.
- 2 1982 Anayasası, 1961 Anayasası'nın aksine çalışma hayatını devletin kontrolü altına almıştır. Sendikal özgürlükler gibi toplu iş sözleşmesi düzeni de sınırlayıcı bir bakışı yansıtıyordu. Bu olağanüstü dönem sonunda ısdar edilen 2821 ve 2822 sayılı Kanunların genel gerekçesinde: “Milli Güvenlik Konseyi 2821 sayılı Sendikalar Kanunu ve 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu ile endüstri ilişkileri sistemini devletin denetimini altına almaya” çalışıldığı kaydedilmiştir.
- 3 Doktrinde bu düzenleme ile aslında birer işçi kuruluşu olan sendikaların işçi niteliği taşımayan ve bağımsız çalışan serbest meslek sahiplerinin meslek kuruluşuna dönüştürüldüğü belirtilerek haklı olarak eleştirilmiştir. Bkz. ULUCAN, D./NAZLI, S.: Sendikalar Kanunu Taslağının Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Sarper SÜZEK'e Armağan, İstanbul 2011, sh. 1665 vd. Kanuna ilişkin gerekçede ise “sendikal özgürlüğün daha geniş bir kesime teşmil edilmesi amacının” sağlanması bu yoldaki düzenlemeyi gerektirdiği şeklinde açıklanmıştır.
- 4 KUTAL M:Toplu İş Hukukunda Yeni Bir Düzenleme, SİCİL, Mart 2012, sh. 159 vd.
- 5 KUTAL, agm, sh. 161.
- 6 26.09.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 53. maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; zimmet, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan mal varlığı değerlerini aklama, kaçakçılık suçlarından birinden mahkumiyeti bulunanlar Tasarıya göre sendika kurucusu olmayacaklardır.
- 7 Sendika üyeliğinin kazanılması ve sendika üyeliğinden çekilme işlemlerinin e-devlet kapısı üzerinden yapılması; bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren birinci yılın sonuna kadar mülga 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 22. maddesinin üçüncü ve beşinci fıkraları ile 25. maddesinin ikinci fıkrası hükümleri ile yapılır (Geçici Madde 4).
- 8 Üyelik aidatına ilişkin kanuni sınırlamaların kaldırılması sendika tüzüklerinin üyelik aidatı dışında üyelere başka

- bir aidat alınmayacağına ilişkin mevcut hükümler; üyelik aidatı dışında toplu iş sözleşmeleri ile işçi ücretlerinden sendikaya ödenmek üzere bir kesinti yapılamayacağına ilişkin mevcut hükümler de Tasarıya alınmamıştır.
- 9 Bkz. EKONOMİ, İş Hukuku (Ferdî İş Hukuku, C.1), B.3, İstanbul 1984, sh. 124 vd.; TUNÇOMAĞ, sh. 103; NARMANLIOĞLU, İHU, sh. 29, No:1.
- 10 Bkz. HGK 21.03.1984 E. 982/9-875 K. 984/281, Tekstil İşveren Haziran 1984, S. 75, sh. 21.
- 11 OĞUZMAN, KOMİTE, 1979-83, sh. 250.
- 12 Bkz. NARMANLIOĞLU, İHU, SENK, 29 (No:1).
- 13 Bkz. 9 HD 11.06.2007 32032/18506, İŞVEREN YARGITAY KARARLARI Şubat 2008, ÖZEL EKİ.
- 14 Bkz. 9 HD 5.04.2007 1324/9484 SİCİL, Mart 2008, sh. 85.
- 15 Yöneticiyi işe almayan iş sözleşmesini devam ettirmeyen işverenin davranışının kanunen "feshih" olarak kabul edilmiş olması; bu feshin güvencesi prosedürüne başvurmayı mümkün kılmayacağı sorulabilir. Kanımızca Tasarıdaki düzenleme eski yönetici işçiye böyle bir imkanı vermese gerektir.
- 16 Bkz. OĞUZMAN İlişkiler, sh. 28, NARMANLIOĞLU, Toplu İlişkiler, sh. 320 vd.
- 17 Bkz. 9 HD 24.4.1986 3377/4325; 9 HD 18.04.1988 4524/4293.
- 18 Bkz. OĞUZMAN, Grup Toplu İş Sözleşmesi; EKONOMİ, M: İşletme Toplu İş Sözleşmeleri ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, KAMU-İŞ, C.I, Temmuz 1987, S.1, sh.8; NARMANLIOĞLU, Ü.: Grev Hakkı, Hukuki Grev Kavramı, Kanuni Grevin Şartları, Ankara 1990, sh. 137 vd.
- 19 Grup toplu iş sözleşmesi yapılmasına ilişkin uyuşmazlıkta grev oylaması talebinin grubun her bir işyerinin bağlı bulunduğu görevli makama yapılacağı "grev oylaması isteyen işçilerin sayısının yeterli orana ulaşmış olmadığına tespiti ile grev oylamasının sonuçlarının her işyeri için ayrıca belirleneceği" Tasarıda isabetli olarak düzenlenmiştir (m. 61). Öte yandan grup toplu iş sözleşmesine ilişkin uyuşmazlıklarda grev kararının uyuşmazlığın kapsamındaki işyerlerinin bir kısmı için alınmış olsa dahi lokavt kararının uyuşmazlığın kapsamındaki başka işyerleri için de alınabileceği Tasarıda belirtilmiştir.
- 20 Bkz. 9 HD 15.06.1984 5714/6632, Karar ve OĞUZMAN'ın incelemesi için bkz. İHU, TSGLK 3, (No:21).
- 21 9 HD 29.12.1986 10755/12024 İHU, TSGLK 3, (No: 3) OĞUZMAN'ın İncelemesi.
- 22 HGK, 12.02.1975 E. 974/9-505 K. 194 İLMİ KAZAİ İÇTİ-HATLAR DERGİSİ, Ağustos 1975, sh. 3686.
- 23 9 HD 23.02.1976 E. 4853 K. 6817, YARGITAY KARARLARI DERGİSİ, C. II, Ekim 1976, S.10, sh. 1432 vd.
- 24 Örneğin bkz. HGK, 1.12.1971 E. 974/9-511 K. 707, İHU, TSGLK, 1, No:6.
- 25 NARMANLIOĞLU, İHU, TSGLK, 9 (No:2).
- 26 Bkz. 9 HD 26.03.1987 2921/3181 İŞVEREN, C. XXV, Mayıs 1987, S. 8, sh. 14; 9 HD 25.12.1986 10427/11716 TEKSTİL İŞVEREN, Haziran 1987, S. 111, sh. 22.
- 27 NARMANLIOĞLU, Ü.: İş Hukuku (Toplu İş İlişkileri), İzmir 2001, sh. 424 vd.
- 28 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. NARMANLIOĞLU, Ü.: Toplu İş Sözleşmesinin Sadece Taraf Sendika Üyelerine Uygulanan Hükümlerine Tabi Olma, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 15. Yıl Armağanı, İstanbul 1991, sh. 218 vd.
- 29 Tasarıya ilişkin geçici maddede bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren beş yıl süre ile; Ekonomik ve Sosyal Konseye üye konfederasyonlara bağlı olmayan işçi sendikaları için bu maddede geçen oran %3 olarak uygulanır; Bakanlar Kurulu bu oranı binde beş ile yüzde üç arasında değiştirmeye yetkilidir.
- 30 OĞUZMAN, İHU TSGLK 13, (No:1).

YENİ YAYINLAR



Doç. Dr. İbrahim Aydın tarafından hazırlanan **“Türk İş Hukukunda Alt İşveren (Taşeron) İlişkisi ve Muvazaa Sorunu”** adlı kitabın geliştirilmiş ve güncellenmiş 2. Baskısı Temmuz 2012 tarihinde yayımlanmıştır.

Eserin ilk bölümünde, muvazaa kurumu, özellikle kanuna karşı hile olmak üzere benzer kurumlarla karşılaştırmalı olarak incelenmiştir.

İkinci bölümde; alt işveren kurumunun etimolojisi, tarihi gelişimi ve alt işveren ilişkisinin tanımı ve unsurları ile doğurduğu sorumluluk sistemi incelenmiştir. Bu bölümde ayrıca yabancı hukuk sistemlerinde alt işveren ilişkisi ve asıl işverenin sorumluluğu hususları ele alınmıştır.

Üçüncü bölümde ise alt işveren ilişkisinin sınırlandırılması, doktrin ve uygulamada muvazaa ölçütleri ve muvazaa nitelemesinin hukuki yerindeliği değerlendirilerek sonuçları incelenmiştir.

Genel değerlendirme ve sonuç bölümünden sonra eserde, konu ile ilgili mevzuata yer verilmiştir.



Prof. Dr. Nurettin Bilici tarafından hazırlanan **“Vergi Hukuku”** adlı eserin güncelleştirilmiş ve geliştirilmiş 28. basısı 2012 yılının Mart ayında yayımlanmıştır.

Eserde vergi hukukunun genel ilkelerinin incelendiği “Genel Hükümler” ve Türk vergi sisteminin incelendiği “Türk Vergi Sistemi” olarak iki ana kısım bulunmaktadır.

Birinci kısım olan “Genel Hükümler”de vergi hukukuna giriş, verginin tarafları, vergilendirme süreci, mükelleflerin ödevleri, vergi denetimi ve süreler, vergi kabahat, suç ve cezaları, vergi alacağının korunması, vergi borcunu ve cezaları sona erdiren veya hafifleten nedenler ile vergi uyumsuzlukları ve çözüm yolları incelenmiştir.

Eserin ikinci kısmı olan “Türk Vergi Sistemi”nde ise gelir üzerinden alınan vergiler, harcamalar üzerinden alınan vergiler ve servet üzerinden alınan vergiler olmak üzere üçlü ayırım altında konular incelenmiştir.

Bölüm sonlarına o bölümle ilgili sorular ve eserin sonuna okuyucunun kendisini kontrol edebilmesi ve okul sonrası çeşitli sınavlara hazırlanabilmesi düşüncesi ile test soruları ilave edilmiştir.

Av. Ender KIZILRAY

MESS Hukuk Müşaviri

Toplu İş Sözleşmesi ile Getirilen Düzenlemelerin Kapsam Dışı Personele Uygulanabilirliği

GİRİŞ

Toplu iş sözleşmesi, işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında, iş sözleşmesinin yapılması, muhtevası ve sona ermesi ile ilgili hükümleri düzenlemek için yapılan, tarafların karşılıklı hak ve borçlarını, toplu iş sözleşmesinin uygulanması ve denetimi ile ilgili uyuşmazlıkların çözüm yollarına ilişkin hükümleri de içerebilen yazılı bir sözleşmedir.¹

2822 sayılı TİSGLK'nın 6. maddesinin ilk fıkrasına göre, toplu iş sözleşmesinde aksi belirtilmedikçe iş sözleşmeleri toplu iş sözleşmesine aykırı olamaz. İş sözleşmelerinin toplu iş sözleşmesine aykırı hükümlerinin yerini toplu iş sözleşmesindeki hükümler alır. Bu hükümler Kanunun 2. maddesinin ilk fıkrasında yer alan, toplu iş sözleşmesinin iş sözleşmesi ile ilgili normatif hükümlerinin etkilerini düzenlemektedir. Bu düzenlemelerle Anayasanın toplu iş sözleşmesi taraflarına tanıdığı, yasa koyucu gibi emredici hukuk kuralları koyabilme özerkliğine uygun olarak, toplu iş sözleşmesinin

normatif kısmının iş sözleşmelerini, kanun gibi doğrudan doğruya ve emredici olarak etkilemesi esası ortaya konulmaktadır.²

İş sözleşmesinde düzenlenmeyen hususlarda toplu iş sözleşmesindeki hükümler uygulanır. Toplu iş sözleşmesinde iş sözleşmelerine aykırı hükümlerin bulunması halinde iş sözleşmesinin işçi lehindeki hükümleri geçerli olacaktır. Toplu iş sözleşmesinden yararlanmanın söz konusu olabilmesi için her şeyden önce uygulama kabiliyeti olan bir toplu iş sözleşmesinin vücut bulmuş olması gerekir. Bir başka ifadeyle işyerinde veya işletmede toplu iş sözleşmesi yapma ehliyeti ve yetkisini haiz işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında bağlanmış bulunan kanunen geçerli bir toplu iş sözleşmesinin varlığı gerekir.

1. TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNDEN YARARLANABİLECEK KİŞİLER

Toplu iş sözleşmesinden taraf işçi sendikasının üyeleri yararlanır (TİSGLK md. 9/1). 2822

sayılı TİSGLK'nın 9. maddesine göre sözleşmenin tarafı sendikanın üyesi olmayan kapsam içi işçiler de muhatap sendikaya dayanışma aidatı ödeyerek yürürlükte olan toplu iş sözleşmesinden yararlanabilirler.

2822 sayılı Kanun'da yararlanmanın kapsamına ilişkin daha fazla bir açıklama yer almamaktadır. Bununla birlikte 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinin üçüncü fıkrasında işverenin, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikaya üye olan işçiler arasında, işin sevk ve dağıtımında, işçinin mesleki ilerlemesinde, ücret, ikramiye ve primlerde, sosyal yardım ve disiplin hükümlerinde ve diğer hususlara ilişkin hükümlerin uygulanması veya çalıştırılmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamayacağı düzenlenmiştir. Aynı maddenin dördüncü fıkrasında ise, ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesi hükümlerinin saklı olduğu hususu düzenlenerek parasal konularda toplu iş sözleşmeleriyle sendika üyesi işçiler lehine getirilen hükümlerin geçerli olacağı hüküm altına alınmıştır. Bu düzenlemenin sonucu olarak toplu iş sözleşmesinin parasal hükümlerinden sadece taraf sendika üyesi işçiler yararlanabilecektir. Ancak 31. maddede belirtilen diğer hususlarda işçilerin sendikalı olup olmamasına göre bir ayırım yapılamaz.

2. KAPSAM DIŞI BIRAKILAN İŞÇİLER

Toplu iş sözleşmesi, tarafların serbest iradesiyle pazarlık sonucu oluşan bir özel hukuk sözleşmesidir. Sözleşme hükümlerinin büyük çoğunluğunun normatif nitelikte olması, bu sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi sayılmasını etkilememektedir. Tıpkı diğer özel hukuk sözleşmeleri gibi, taraflar sözleşmenin kapsamını tayinde ve bazı işçileri kapsam dışı bırakmakta serbesttirler. Toplu sözleşmelerde sayılan işlerde çalışan işçilerin kapsam dışı bırakılabilirleri, esasen taraflar arasındaki pazarlığın tabii sonucudur.³

Toplu sözleşme tarafları, kapsam dışı maddesini kabul ederken, sadece belli işler için bu yola gidebilecekler, örneğin uygulamada oldu-

ğu gibi müdürler, şefler, mühendisler gibi bazı unvanla çalışan işçiler ya da büro personeli gibi belirli bir yerde çalışan işçilerin sözleşmeden yararlanmayacakları kararlaştırılacak yoksa kapsam dışı işçileri ismen saymak suretiyle belirlemeyeceklerdir. Belirli işlerde toplu sözleşme dışında tutulan işçiler "kapsam dışı personel" olarak adlandırılmaktadır.

Tarafların anlaşmasıyla kapsam dışında bırakılan işçiler toplu iş sözleşmesinden yararlanmamaktadırlar. Kapsam dışı işlerde çalışan işçilerin dayanışma aidatı ödemek suretiyle sözleşmeden yararlanmaları da mümkün değildir.⁴

Kapsam dışı personelin çalışma koşulları ve iş sözleşmesinden doğan hak ve yükümlülükleri konusunda işçi ve işveren arasında yapılmış olan iş sözleşmesinde yer alan hükümler uygulanmaktadır. Bununla birlikte toplu iş sözleşmesi ile getirilen birtakım düzenlemelerin kapsam dışı personele de uygulanması hususunda tereddütler olmaktadır. Aşağıda kapsam dışı personelin toplu iş sözleşmesi ile getirilen birtakım düzenlemeler karşısındaki durumu incelenecektir.

3. KAPSAM DIŞI BIRAKILAN İŞÇİLERİN DURUMU

275 ve 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nda bu konuya ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır. Yargıtay, 275 sayılı Kanun döneminde, sözleşmelere konulan bu yoldaki hükümlerin geçerli olacağına ve kapsam dışı bırakılan işçilerin taraf sendikaya üye olsalar dahi sözleşmeden yararlanamayacaklarına karar vermiştir.⁵ Yargıtay aynı görüşünü daha sonraki kararlarında da sürdürmektedir.

Öğretide bazı yazarlar, sözleşme özerkliği çerçevesinde tarafların sözleşmenin kapsamına kimlerin gireceklerini serbestçe kararlaştırabileceklerini, bu nedenle kapsam dışı bırakılanların taraf sendika üyesi olsalar dahi sözleşmeden yararlanamayacakları görüşünderken, aksi görüşte olanlara göre, toplu sözleşme özerkliğine dayanarak, tarafların bu kadar geniş bir hakkı olmadığı, toplu sözleşme sistemimizde kapsam dışı bırakılanlar için ayrı bir sözleşme yapılamadığından bu işçiler kapsam dışı bırakılmakla anayasal hakları olan toplu sözleşme hakkından yoksun kalmaktadırlar.⁶

Bu konuda ileri sürülen diğer bir görüşe göre, toplu iş sözleşmesinin uygulandığı işyerinde çalışan bazı işçiler, toplu iş sözleşmesinin getirdiği ücret artışlarının üstünde ücret ödemek gibi haklı bir nedene dayanılarak kapsam dışı bırakılmaktadır. Bu nedenle, anılan amacın gerçekleştiği durumlarda toplu iş sözleşmesinin kapsam dışı bırakma hükmü geçerlidir. Ancak, kapsam dışı bırakılan işçilere toplu iş sözleşmesiyle getirilen ücret artışlarının altında bir ücret ödemek istenmesi halinde, bu durum işçiler arasındaki eşitliği bozucu nitelikte olup geçersiz sayılmalıdır.⁷

Kanımcıca toplu iş sözleşmelerinde yer alan işyerinde çalışan bazı işçilerin kapsam dışı bırakılmasına ilişkin hükümlerin geçerliliği, tarafların sözleşme özerkliğine dayandırılmaktadır. Buna göre toplu iş sözleşmesiyle bağlı olanlar ile toplu iş sözleşmesinin kişiler bakımından uygulama alanı karıştırılmamalıdır. Sözleşme ile bağlı olanlar kanun ile belirlenirken, sözleşmenin uygulama alanına kimlerin gireceğini taraflar belirlerler. Bu görüş, Alman hukukunda ileri sürülen “toplular sözleşmesi ile bağlı kişiler” ve “sözleşmenin kişiler açısından uygulama alanı” kavramlarının farklılığından doğmaktadır.

Kapsam dışı işçiler genellikle işverene yakın veya üst düzey yönetici konumunda olduklarından, bunların çalışma koşulları esas itibarıyla toplu iş sözleşmesiyle getirilen hakların gerisinde olmamaktadır.

Bununla birlikte kapsam dışı personele toplu iş sözleşmesi ile getirilen ve parasal hükümler içermeyen bazı düzenlemelerin uygulanması veya uygulanmaması konusunda değerlendirme yapılması da zaman zaman sorun veya ihtiyaç olarak ortaya çıkabilecektir.

4. İŞYERİNİN ÇALIŞMA DÜZENİNE İLİŞKİN HÜKÜMLERİN GRUPLANDIRILMASI VE KAPSAMI

a) İşçilerin ortak menfaatleri için getirilen hükümler

İşçilerin tümünü ya da bir kısmının ortak

menfaatlerini ilgilendiren hükümleri aşağıdaki başlıklar altında toplamak mümkündür.

aa) İşçileri Koruyan ve Menfaatlerini Gözetici Hükümler

Bu tür hükümlerin başında özellikle, işyerinde (bölüm veya atölyede) işçilerin sağlığı ve iş güvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerini aşan önlemlerin alınmasını öngören toplu iş sözleşmesi hükümleri gelmektedir. Makinelerde iş kazalarını önleyecek tedbirlere ilişkin hükümlerle ilk önce işçilerin kolektif yararları gözetilmektedir. Belirli bir çalışma yeri için getirilen düzenlemelerde dahi örneğin, belirli bir makinada alınacak koruyucu önlemler, orada o anda tesadüfen çalışan işçinin kimliği ikinci plandadır, dolayısıyla o işçinin toplu iş sözleşmesi ile bağlı olup olmaması önemli değildir.⁸

Bu gruba ayrıca, işçilerin çalışmalarını kolaylaştırıcı ve onların sağlıklı bir ortamda çalışmalarını amaçlayan hükümler de girmektedir. İşyerinde uygun bir havalandırma, ısıtma, ışıklandırma, toz arındırma tesisatı; duş ve banyolar, elbise dolapları ile özellikle inşaat yerlerinde şantiye binaları ve tuvaletler yapılması ve verilmesi yasal zorunluluk olan elbise, ayakkabı, eldiven, başlık gibi donanımlar dışında iş elbisesi verilmesi bu tür hükümlere örnek gösterilebilir.⁹

İşyerinde sosyal amaçlı hizmetler, örneğin, mutfak, kantin, okuma ve dinlenme odaları, çocuk yuvası, spor tesisleri ve otopark gibi tesislerle, işçilere işyerinde belirli nitelikte yemek verilmesi veya servis araçları sağlanması gibi hizmetler de işçilerin ortak yararlarını gözetici hükümlerdir.

Bu hükümlerin uygulanması açısından kapsam içi veya dışı, sendikalı veya sendikasız ayrımının söz konusu olmadığı açıktır.

bb) İşyerinin Organizasyonuna İlişkin Hükümler

İşyerinin organizasyonunda da işçilerin kolektif çıkarlarının varlığı tartışılmaz. Toplu iş sözleşmesi tarafları, işçilerin işyeri organizasyon yapısı içindeki konumlarını düzenlerken halen çalışmakta olan işçilerin ortak yararlarını gözetmektedirler. Burada, işçilerin nitelikleri ve sayısı ile bunların çalışma yerlerine yerleştirilmesi söz konusudur.

İşçilerin niteliklerine ilişkin örneğin, belirli işler için işçilerde bazı nitelikler aranması ve bir üst makama mümkünse halen çalışanlar arasından bir atama yapılması, işçilerin hizmet-içi eğitimden geçirilmeleri, işyerinde belirli nitelikte işçilerin işyeri doktoru, sağlık memuru ve eğitmenlerin çalıştırılması gibi hükümler akla gelmektedir.

İşçilerin sayısı ile ilgili toplu iş sözleşmesi hükümlerine örnek olarak, özellikle hizmet sektöründeki sözleşmelerde yer alan belirli bir orandan fazla emekli veya yine belirli bir oranı aşacak şekilde vasıfsız işçilerle, çırakların çalıştırılmaması gösterilebilir.

Aynı şekilde, işyerinin organizasyonu ile ilgili olarak işyerindeki çalışma düzenini ilgilendiren çalışma süreleri ile günlük çalışma süresinin başlangıç ve bitiş saatleri ve ara dinlenmenin zamanı ve kullanım şekli ile yıllık ücretli izinlerin kullanılma zamanları herkese aynı şekilde uygulanacak hükümlerdir. Burada dikkat edilmesi gereken husus yıllık ücretli izin sürelerinin toplu iş sözleşmeleri ile artırılmış olması durumunda bu hüküm yalnızca toplu iş sözleşmesinden yararlanabilecek işçiler için söz konusu olacaktır.

Bu düzenlemelerde de kapsam dışı personel açısından önem arz eden husus özellikle çalışma sürelerinde kendini göstermektedir.

Toplu iş sözleşmesi kapsamındaki işyerlerinde işverene yoğunlaştırılmış iş haftası uygulama yetkisi toplu iş sözleşmesi ile de tanınabilir. Toplu iş sözleşmesinin normatif nitelikteki bu hükmü o sözleşme kapsamındaki işçileri bağlayacağı gibi bu hüküm aynı zamanda işyerinin çalışma düzenine ilişkin hüküm niteliğinde de olduğundan, Sendikalar Kanunu md.31 f.3 ve 4 hükümleri uyarınca, o işyerinde çalışan ancak toplu iş sözleşmesi ile bağlı olmayan işçiler de, işverenin toplu iş sözleşmesi hükmüne dayanarak yoğunlaştırılmış iş haftası uygulaması yönündeki talimatına uymakla yükümlüdürler.¹⁰

Hizmet akitleri ile veya sonradan alınan yazılı onayı olmaması halinde dahi bu uygulamayı kabul etmeyen kapsam dışı personelin iş sözleşmesi işverence geçerli nedenle feshedilebilecektir.

Burada önemle belirtelim ki, işyerinin organizasyonuna ilişkin hükümler her ne kadar

doğrudan işçilerin kolektif menfaatlerini ilgilendiren hükümler ise de, bunların uygulamaya geçirilmesi bireysel iş ilişkilerini ilgilendiren bir husustur. Bu tür hükümlerle, işverenden bir iş ilişkisi kurmak veya kurmamak, fesih, iş veya işyerinin değiştirilmesi gibi işlemlere başvurulması talep edilmektedir ki bunlar, doğrudan bireysel iş ilişkisi üzerinde etkili olacaktır. Ancak bu, söz konusu hükümlerin niteliğini değiştirmemekte, sadece bunların etkisini göstermektedir.¹¹

cc) İşyerinde Yönetime Katılmaya İlişkin Hükümler

Genel olarak yönetime katılma, organları, hak ve yükümlülükleri ve işveren karşısındaki konumu da kapsayacak şekilde, işyerinde çalışan işçilerin bir bütün olarak hukuki durumunu gösteren bir kurallar manzumesi olarak tanımlanmaktadır. İşyerinde (veya işletmede) alınan ve kendilerini etkileyen kararlara o işyerinde (veya işletmede) çalışan işçilerin söz ya da oy hakkı ile katılmaları, işçilerin bir bütün olarak ortak çıkarlarını işverene karşı savunmalarının bir şekil olarak yönetime katılma ile ilgili toplu iş sözleşmesi hükümleri o işyerinde çalışan bütün işçilerin yararlanacağı hükümlerdir.

Toplu iş sözleşmeleri yoluyla yönetime katılma ülkemizde genellikle, işyerlerinde oluşturulan çeşitli kurul, komisyon ya da komitelere işçi veya sendika temsilcilerinin katılması biçiminde ortaya çıkmakta ve bunlara “uyuşmazlıkları çözme kurulları” “işçi-ışveren kurulları” gibi adlar verilmektedir.

Belirtelim ki, yönetime katılma ile ilgili ve sendikası-sendikasız bütün işçilerin yararlanacağı toplu sözleşme hükümleri, işverenin tek yanlı yapabileceği hukuki işlemleri yönetime katılma yoluyla sınırlayan hükümlerdir. Diğer bir deyişle, biçimsel haklardır. Örneğin, bir toplu iş sözleşmesinde disiplin cezalarının verilebilmesi ve/veya İş Kanunu'nun md.25/II'ye göre hizmet akdinin feshi için kurul kararının gerektiği hüküm altına alınmışsa, sözleşme ile bağlı olmayan bir işçiye, işverenin disiplin cezası vermek ya da İşK. m.25/II uyarınca hizmet akdini feshetmek istiyorsa konuyu kurula sevk edip kurul kararına göre işlem yapması gerekecektir.¹²

Ancak bu düzenlemenin kapsam dışı personel açısından bazı sorunlara neden olacağı açıktır. Toplu iş sözleşmesi kapsamındaki bir işyerinde kurulu olan disiplin kurulunda muhatap sendikanın temsilcileri de bulunacaktır. Bu kişilerin sendika üyesi olmayan ya da kapsam dışı personele verilecek disiplin cezalarında karar verecek mekanizmada yer alması, söz konusu işçiler açısından olumsuz sonuçlar doğurabilir. Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesindeki "disiplin hükümleri" ibaresini dar anlamda yorumlamak, disiplin komisyonlarının sadece sendikalı veya sendika üyesi olmayan kapsam içi işçiler için geçerli olacağını kabul etmek kanun koyucunun amacına uygun düşecektir. Yargıtay'a göre de, toplu iş sözleşmesiyle kapsam dışında tutulan bir personelin, feshin disiplin kurulundan geçirilmesini öngören hükümden yararlanması mümkün değildir.¹³

b) işyerinin düzeni ile ilgili hükümler

İşyerinin formel düzeni ile ilgili hükümleri, işçilerin işyeri organizasyonu içinde uyumlu ve sürtüşmesiz bir şekilde çalışmalarını sağlayan hükümlerdir. Bu hükümler, birey olarak işçiye birtakım yükümlülükler getirir. Muhteva normuna benzeyen etkileri nedeniyle, bu hükümler ilk bakışta işyerinde herkese uygulanacak hükümlerin niteliği ile bağdaşmaz görünüyorsa da, daha yakından incelendiğinde görülecektir ki, burada da söz konusu olan o işyerindeki çalışma düzenidir. Dolayısıyla, ortak ve kalıcı hükümlere ihtiyaç vardır.

Özellikle bu tür düzen hükümlerinde bireysel çıkarlarla, kolektif çıkarların çatışması ortaya çıkabilir; sigara içme yasağında olduğu gibi.

Bu tür hükümler arasında özellikle, işyerinde belli bir düzenin veya güvenliğin sağlanması amacıyla getirilen ve işçilerin davranışlarına ilişkin hükümler yer almaktadır: Sigara içme yasağı, kapı kontrolleri ve işçilerin üstlerinin aranması, işyerine giriş ve çıkışların düzeni, hastalık ve iş kazasına uğrama hallerinde, herhangi bir yangında yapılacak işler, makine ve aletlerin kullanımı, bakımı ve temizliği ile ilgili hükümler, dinlenme odaları, yemekhane ve duşların kullanımı ve ara dinlenmelerinde ça-

lışma yerlerinin terk edileceğine dair hükümler örnek olarak gösterilebilir.¹⁴

Bu hükümlerin de kapsam dışı personele uygulanabilirliği konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır.

SONUÇ

Toplu iş sözleşmesinin tarafları işyerinde çalışan bazı işçilerin kapsam dışı bırakılmasını sözleşme özerkliğine dayanarak kararlaştırabilirler.

Bu şekilde belirlenen işçilerle yapılacak bireysel iş sözleşmeleri ile çalışma koşulları belirlenebilecektir. Ancak yukarıda da görüldüğü üzere çalışma koşulları bu şekilde belirlenmiş olan kapsam dışı personelin de zaman zaman toplu iş sözleşmesi ile getirilen düzenlemelerle bağlantılı konuları ortaya çıkabilmektedir.

Bu konularda çözüm ararken kapsam dışı personele işyerinde yürürlükte olan toplu iş sözleşmesi ile getirilen düzenlemelerin uygulanmasında işyerindeki çalışma barışı ve organizasyonel yapıya olan etkileri esas alınmalıdır.

DİPNOTLAR

- 1 ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, 22 Bası, İstanbul 2009, 504.
- 2 ÇELİK, a.g.e., 508.
- 3 DOĞAN, İlhan, Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma, Sicil Eylül 2010,102-103.
- 4 REİSOĞLU, 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi, Ankara, 1986, 43-44.
- 5 "Toplu İş Sözleşmesinden kapsam dışı bırakılan işçiler yararlanamaz. Davacı kapsam dışı işçi olduğundan uyuşmazlık konusu toplu iş sözleşmesinden yararlanamaz." (Y.9.HD.20.5.1981, E.1981/4600, K.1981/7180, Tekstil İşveren D. Nisan 1983, 22).
- 6 CANBOLAT, Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanamayacak İşçiler, Kamu-İş, C.6, S.4, 2002, 29-32.
- 7 CANBOLAT, a.g.e., 33.
- 8 EYRENCİ, Toplu İş Sözleşmesinin İşyerinde Çalışan Bütün İşçilere Uygulanacak Hükümleri, Kamu-İş, Nisan 1988, sh. 9.
- 9 EYRENCİ, a.g.e., sh.10.
- 10 EYRENCİ-TAŞKENT-ULUCAN, Bireysel İş Hukuku, İstanbul, 2005, 199.
- 11 EYRENCİ, Toplu İş Sözleşmesinin İşyerinde Çalışan Bütün İşçilere Uygulanacak Hükümleri, sh.11.
- 12 EYRENCİ, a.g.e., sh.12.
- 13 Y.9.H.D. 21.12.2004 T., 2004/3453 E., 2004/29040 K.
- 14 EYRENCİ, a.g.e., sh.13.

Yrd. Doç. Dr. Mehmet Onat ÖZTÜRK

Kocaeli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Art Etki ve Ücrete Uygulanan Faiz

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2010/41736

Karar No : 2011/7585

Tarihi : 21.03.2011

DAVA

Davacı, ücret, ilave tediye ve ikramiye farkı alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği hüküm altına almıştır.

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

KARAR

Davacı işçi işyerinde uygulanmış olan 11,

12, 13 ve 14. dönem toplu iş sözleşmesinin ilgili hükümlerine göre ücretlerin ödenmediğini ileri sürerek ücret, ikramiye ve ilave tediye farkı isteklerinde bulunmuştur.

Davalı işveren ödemelerin toplu iş sözleşmesi hükümlerine uygun olarak yapıldığını ileri sürerek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece isteklerin kabulüne karar verilmiştir.

Davalı vekili faiz yönünden kararın hatalı olduğunu belirterek hükmü temyiz etmiştir.

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

2- Mahkemece ücret farkı ile ikramiye alacakları için 2822 sayılı Yasanın 61. maddesinde işletme kredilerine uygulanan en yüksek faizin yürütülmesine karar verilmiştir.

2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununun 6. maddesinde, “Her ne sebeple olursa olsun sona eren toplu iş sözleşmesinin hizmet akdine ilişkin hükümleri yenisi yürürlüğe girinceye kadar hizmet akdi hükmü olarak devam eder” şeklinde kurala yer verilmiştir. Bu durumda anılan toplu iş sözleşmesinin ücret ve ikramiye ödenmesini öngören hükümleri 31.12.2004 tarihinden sonrasında da iş sözleşmesi hükmü olarak geçerliliğini sürdürür. Süresi sona eren toplu iş sözleşmesinde ücret ve ikramiyelerin ödeneceği günü belirleyen hükümler de normatif kurallar olarak uygulanmaya devam eder. Başka bir anlatımla Borçlar Kanununun 101. maddesi uyarınca işverenin ayrıca temerrüde düşürülmesi gerekmez. Kararlaştırılan gün ödenmeyen ücret ve ikramiye açısından faiz hakkı doğar. Mahkemece ücret ile ikramiye alacakları için ödenmesi gereken tarihlerden itibaren kademeli olarak faize karar verilmesi yerinde olmuştur.

2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununun 61. maddesinde, “Toplu iş sözleşmesine dayanan eda davalarında ifaya mahkûm edilen taraf, temerrüt tarihinden itibaren, bankalarca uygulanan en yüksek işletme kredisi faizi üzerinden temerrüt faizi ödemeye de mahkûm edilir” şeklinde kurala yer verilerek uygulanması gereken faiz türü belirtilmiştir. Toplu iş sözleşmesinden doğan istekler bakımından sözü edilen faizin uygulanması yerinde ise de toplu iş sözleş-

mesinin süresinin sona ermesinin ardından iş sözleşmesi hükmü olarak devam eden kurallar gereği ödenen ücret ve ikramiye bakımından 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununun 61. maddesinde öngörülen faizin uygulanması doğru değildir. Toplu iş sözleşmesinin süresinin sona erdiği 31.12.2004 tarihi sonrası için davaya konu ücret farkı ile ikramiye alacakları iş sözleşmesinden doğmakla anılan tarihten sonra doğan alacaklar bakımından yasal faize karar verilmelidir. Davacı vekilinin dava dilekçesi ekinde mahkemeye sunduğu ve delil olarak dayandığı Dairemizin 07.10.2008 gün ve 2008/26533 E, 2008/25710 K. sayılı kararı da bu yönde olduğu halde mahkemece toplu iş sözleşmesinin süresinin sona erdiği tarihten sonrası için de bankalarca işletme kredilerine uygulanan en yüksek faize karar verilmesi hatalıdır. Ücret farkı ile ikramiye alacakları bakımından 31.12.2004 tarihinden daha sonra doğan miktarlar bakımından yasal faize karar verilmek üzere kararın bozulması gerekmiştir.

Bankalarca işletme kredilerine uygulanan en yüksek faize hükmedilen bazı davalarda verilen kararlar faiz açısından açıkça temyiz edilmediğinden onanmıştır.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, 21.03.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KARARIN İNCELENMESİ

1. Karara Bağlı Tespitler:

İncelediğimiz karara konu uyuşmazlıkta davacı işçi Yerel Mahkemeden, işverence ödenmeyen ücret, ilave tediye ve ikramiye farkı alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiş, Yerel Mahkeme isteği hüküm altına almıştır. Karardan, talep edilen ücret farkı ve

ikramiye alacaklarının bir kısmının toplu iş sözleşmesinin yürürlük süresinde doğduğu, bir kısmının ise toplu iş sözleşmesinin süresinin sona ermesinden sonraki ve var ise bir sonraki toplu iş sözleşmesinin yürürlüğe girmesinden önceki döneme ait olduğu anlaşılmaktadır.

Yerel Mahkeme, alacakların ait olduğu dönemler arasında fark gözetmeksizin, ödenmeyen ücret ve ikramiyelerin hiç biri için işverenin ayrıca temerrüde düşürülmesi kuralını

Süresi sona eren toplu iş sözleşmesinin hizmet akdi hükmü olarak uygulanmaya devam ettiği sırada doğan ücret ve ikramiye alacaklarına yasal faiz uygulanır.

uygulamamış, her bir ücret ve ikramiye alacağı açısından toplu iş sözleşmesinde kararlaştırılan ödeme günlerinden itibaren kademeli olarak faiz hakkının doğacağına karar vermiştir.

Yerel Mahkeme benzer biçimde, uygulanacak faiz bakımından da fark gözetmemiş ve işvereni, toplu iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra doğan alacaklar için de temerrüt tarihinden itibaren bankalarca uygulanan en yüksek işletme kredisi faizi ödemeye mahkum etmiştir.

Yargıtay, Yerel Mahkemenin her bir alacak bakımından faizin başlaması için, borçlu işverenin ayrıca temerrüde düşürülmesi gerektiği yönündeki kararına katılmakla birlikte, toplu iş sözleşmesinin sona ermesinden sonraki döneme ait işçi alacaklarına uygulanması gereken faizin, yasal faiz olması gerektiğini söyleyerek Yerel Mahkeme'nin görüşünden ayrılıp kararı bozmuştur.

Böylece Yargıtay'a göre;

1. Ödeme günü toplu iş sözleşmesiyle kararlaştırılan ücret ve ikramiye alacakları için faiz, sözleşmede kararlaştırılan tarihte başlar. İşverenin ayrıca temerrüde düşürülmesi gerekmez.

2. Süresi sona eren toplu iş sözleşmesinde ücret ve ikramiyelerin ödeneceği günü belirleyen hükümler, hizmet akdi hükmü olarak uygulanmaya devam eder. O halde bu döneme ait ücret ve ikramiye alacakları için de faiz sözleşmede kararlaştırılan gün başlar. İşverenin ayrıca temerrüde düşürülmesi gerekmez.

3. Ücret ve ikramiye alacaklarının toplu iş sözleşmesinin yürürlük süresinde doğanlarına, bankalarca işletme kredilerine uygulanan en yüksek faiz uygulanır.

4. Süresi sona eren toplu iş sözleşmesinin hizmet akdi hükmü olarak uygulanmaya devam ettiği sırada doğan ücret ve ikramiye alacaklarına yasal faiz uygulanır.

Kararda ifade edilen görüşler, aslında

Yargıtay'ın önceki kararlarıyla aynı doğrultudadır. Ancak kararın son cümlesinden, toplu iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra doğan ücret ve ikramiye alacakları için bankalarca işletme kredilerine uygulanan en yüksek faize hükmedilen bazı davalarda verilen kararların, faiz açısından açıkça temyiz edilmediğinden onandığı da anlaşılmaktadır.

II. Kararla İlgili Maddeler ve Hukuk Kuralları:

A. Faizin Başlangıcıyla İlgili Borçlar Hukuku Kuralları:

Kararda anılan mülga 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 101'inci maddesi;

“Muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtariyle mütemerrit olur.

Borcun ifa edileceği gün müttefikan tayin edilmiş veya muhafaza edilen bir hakka istinaden iki taraftan birisi bunu usulen bir ihbarda bulunmak suretiyle tesbit etmiş ise, mücerret bugünün hitamı ile borçlu mütemerrit olur.”

şekindedir. Bu kural, 01 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 117'nci maddesinde şu şekilde ifade edilmiştir:

“Madde 117 - Muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer.

Borcun ifa edileceği gün, birlikte belirlenmiş veya sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanarak taraflardan biri usulüne uygun bir bildirimde bulunmak suretiyle belirlemişse, bu günün geçmesiyle; haksız fiilde fiilin işlendiği, sebepsiz zenginleşmede ise zenginleşmenin gerçekleştiği tarihte borçlu temerrüde düşmüş olur. Ancak sebepsiz zenginleşenin iyiniyetli olduğu hallerde temerrüt için bildirim şarttır.”

Yargıtay, anılan maddeye dayanarak ücret ve ikramiye alacaklarına uygulanacak faiz bakımından kural olarak işverenin temerrüde düşürülmesi gerektiğini benimsemiştir. Bu yüzden uygulamada çoğu zaman işçi önceden ihtarda bulunmadan dava açtığından, ‘borçlunun temerrüdü koşullarının’ düzenlendiği maddede gösterilen şekilde ödeme günü tespiti yapılmış değil ise, dava ve ıslah tarihinden itibaren faize hükmedilebilmektedir.

Toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesinin üzerinde yer alan kural kaynağıdır ve iş sözleşmelerini yasa gibi etkiler.

Borçlar hukukunda borcun muaccel olmasıyla ile borçlunun temerrüde düşmesi aynı anlama gelmez. Bu yüzdendir ki bir borcun eceli (vakti-zamanı) geldiğinde (borç doğduğunda) hemen alacaklının mütemerrit (temerrüde düşmüş, borcu yerine getirmekte gecikmiş) olduğu düşünülmez. Doğmuş alacağın borçlusunun gecikmiş sayılabilmesi için, kural olarak alacaklının borcu yerine getirmesi konusunda uyarılması gerekir. Yine, ‘temerrüt faizi’ borcun doğmasına değil, borçlunun gecikmesine bağlandığından, borcun doğmasıyla faiz işlemeye başlamaz. Borcun doğduğu anın tespiti zamanı açısından önemliken (BK md. 128 – TBK md. 149), faizin işlemesi bakımından ‘borcun yerine getirilmesi gereken zamanın tespiti’ önem taşır.

Diğer taraftan muacceliyet ile temerrüdün aynı güne rastlamaları mümkündür. Borçlar Kanunu madde 101’de yer alan; “borcun ifa edileceği günün sözleşmenin taraflarınca birlikte belirlenmiş olması halinde, borcun ifa gününün geçmesiyle borçlunun temerrüde düşmüş olacağı kuralı”, Yargıtay’a göre iş sözleşmesinden doğan ücret ve ikramiye alacakları bakımından bu sonucu doğurmaktadır. Ödeme günü taraflarca belirlenmişken, ücret kararlaştırılan gün doğar ve ödenmemişse işveren aynı günün sonunda temerrüde düşer.¹ Böylece faiz, ayrıca işvereni ihtar ile temerrüde düşürmek gerekmez, zamanaşımının da başladığı, borcun doğduğu ödeme gününden itibaren işlemeye başlar.²

B. Faizin Başlangıcıyla İlgili Toplu İş Hukuku Kuralları:

İncelediğimiz karara konu olayda ücret ve ikramiye alacağında işverenin temerrüdü ve faizin başlangıcı bakımından önemli bir başka kural, 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu’nun ‘Toplu İş Sözleşmesinin

Hükmü’ başlıklı 6’ncı maddesinin 3’üncü fıkrasında yer almaktadır. Bu maddeye göre;

“Toplu iş sözleşmesinde aksi belirtilmedikçe hizmet akitleri toplu iş sözleşmesine aykırı olmaz. Hizmet akitlerinin toplu iş sözleşmesine aykırı hükümlerinin yerini toplu iş sözleşmesindeki hükümler alır. Hizmet akdinde düzenlenmeyen hususlarda toplu iş sözleşmesindeki hükümler uygulanır.

Toplu iş sözleşmesinde hizmet akitlerine aykırı hükümlerin bulunması halinde hizmet akdinin işçi lehindeki hükümleri geçerlidir.

Her ne sebeple olursa olsun sona eren toplu iş sözleşmesinin hizmet akdine ilişkin hükümleri yenisi yürürlüğe girinceye kadar hizmet akdi hükmü olarak devam eder.”

Toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesinin üzerinde yer alan kural kaynağıdır ve iş sözleşmelerini yasa gibi etkiler. Öyle ki bu etki zayıflamakla birlikte, toplu iş sözleşmesi sona erdikten sonra da devam etmektedir. Esas olarak bir sözleşmenin bütünü ve bundan doğan her bir kural, tarafları ‘yürürlükte olduğu müddetçe’ bağlar. Aksi halde sözleşme için süre belirlenmesinin ya da sözleşmenin sona ermesinin anlamı olmaz. Bu genel kural toplu iş sözleşmesi bakımından da geçerli olmakla birlikte kanun koyucu normatif hükümlerin etkisini, toplu iş sözleşmesinin sona ermesinden sonraki dönemde de taşımıştır. Buna “Art Etki” denilmektedir.³

Sistemimizde iş sözleşmesinin tarafları işçi ve işverenken, toplu iş sözleşmesinin tarafları işçi sendikası ve işveren veya işveren sendikasıdır. Sendika üyesi olan işveren tek başına toplu iş sözleşmesinin tarafı olamayacağı gibi bu sözleşmenin işçi tarafında işçi sendikası dışında bir veya birden fazla işçinin yer alması da mümkün değildir. Toplu iş sözleşmesinin tarafları yani işçi sendikası ile işveren sendikası yahut işçi sendikası ile işveren, sözleşme ile doğrudan birbirlerine karşı borç doğurabilecekleri gibi, iş sözleşmesine ilişkin esasları düzenleyerek, iş sözleşmesinin taraflarını, yani işveren ve her bir işçiyi karşılıklı olarak bağlayacak kurallar da yaratmaktadırlar. Bunlardan ilkinde, toplu iş sözleşmesinin tarafları arasında borç doğurduğundan ‘Borç Doğuran Hüküm-

Ücret ve eklerinin miktarı ve ödeme gününe ilişkin toplu iş sözleşmesi hükümleri, iş sözleşmesinin içeriğine ilişkin normatif hükümlerdir.

ler', ikincisine ise iş sözleşmesini düzenleyerek iş sözleşmesinin taraflarını bağlayacak nitelikte yasa gibi kural yaratıldığından 'Normatif Hükümler' denilmektedir. Benimsenen görüşe göre, toplu iş sözleşmesi borç doğuran hükümler olmadan da yapılabilir⁴ ancak normatif hükümler olmadan toplu iş sözleşmesinin varlığından bahsedilemez. Çünkü 2822 sayılı Kanun'un 2'nci maddesine göre, toplu iş sözleşmesi, hizmet akdinin yapılması, muhtevası ve sona ermesi ile ilgili hususları düzenlemek üzere yapılan sözleşmedir ve tarafların (toplu iş sözleşmesi taraflarının) karşılıklı hak ve borçlarını, sözleşmenin uygulanmasını ve denetimini, uyuşmazlıkların çözümü için başvurulacak yolları düzenleyen hükümleri de ihtiva edebilir. Kısaca normatif hükümler zorunlu, borç doğuran hükümler ihtiyaridir.⁵

Toplu iş sözleşmelerinde yer alan normatif hükümler, iş sözleşmesiyle ilgili olduğundan, iş sözleşmesinin yapılmasına, içeriğine ve sona ermesine ilişkin kurallardan oluşur. İş sözleşmesinin yapılmasına dair kurallarla uygulamada, iş sözleşmesinin şekline, kiminle yapılacağına ya da nadiren kiminle yapılamayacağına dair kurallar olarak karşılaşılmaktadır. Benimsenen görüşe göre, bu tip normatif hükümler (iş sözleşmesinin yapılmasına ilişkin hükümler), sözleşme sona erdiğinde borç doğuran hükümlerle birlikte bağlayıcılığını kaybeder. Bu yaklaşımın belirgin gerekçesi, sona eren toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerinin, iş sözleşmesi taraflarınca serbestçe düzenlenebilecek hükümler haline gelmesidir. Toplu iş sözleşmesi sona erdiğinde, üst hukuk kaynağı olma özelliğini yitirmiştir. O halde iş sözleşmesi hükmü olarak korunacak normatif toplu iş sözleşmesi hükümleri, iş sözleşmesinin içeriği ve sona ermesine ilişkin olanlardır⁶ ve sadece

sona erme anında var olan ve bu sırada toplu iş sözleşmesinden yararlanan iş sözleşmeleri için geçerli olacaktır⁷. Yeni iş sözleşmesi yapılırken taraflar bunun yapılması, içeriğinin belirlenmesi ve sona erdirilmesi bakımından yasal sınırlar içinde serbesttirler.⁸

Sözü edilen tüm bu sonuçlar, kanun koyucunun ifade biçiminden kaynaklanmaktadır ve ifadenin hükmün amacına uygun olduğu benimsenmektedir. Hükümde toplu iş sözleşmesinin iş sözleşmesine ilişkin hükümlerinin 'yeni yürürlüğe girene kadar yürürlükte kalacağı' değil, 'iş sözleşmesi hükmü olarak devam edeceği' söylenmiştir.

Ücret ve eklerinin miktarı ve ödeme gününe ilişkin toplu iş sözleşmesi hükümleri, iş sözleşmesinin içeriğine ilişkin normatif hükümlerdir. Bu sebeple toplu iş sözleşmesi sona erdiğinde, iş sözleşmesi hükmü olarak uygulanmaya devam eder. Böylece ödeme günü, iş sözleşmesi taraflarınca kararlaştırılmış sayılır. Yargıtay, iş sözleşmesi taraflarınca yapılan kararlaştırmanın da temerrüt için aranan ihtar şartını kaldıracığını BK. 101/2'nci maddeye dayanarak benimsediğinden, toplu iş sözleşmesi sona erdikten sonraki dönemde gününde ödenmeyen ücret ve ikramiye alacakları için de ödeme gününden sonra faizin başlatılacağını kabul etmektedir.

III. Faizin Miktarı:

Karara göre ücrete ve ücret eki olarak geniş anlamda ücret içinde sayılan ikramiyeye uygulanacak faiz, yasal faizdir.⁹ 4857 sayılı İş Kanunu'nun 34'üncü maddesindeki faizin (mevduata uygulanan en yüksek faiz) iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınma haliyle sınırlı uygulanacağı tartışılmaktayken¹⁰, Yargıtay ücret ve eklerine (kullanılmayan yıllık izin ücreti dışında), diğer hallerde de mevduata uygulanan en yüksek faiz uygulanacağı yönünde kararlar verilmiştir.¹¹

2822 sayılı Kanun'un 61'inci maddesinde faiz yönünden farklı bir kurala yer verilmiştir. Eda Davası başlıklı bu maddeye göre;

"Toplu iş sözleşmesine dayanan eda davalarında ifaya mahkûm edilen taraf, temerrüt tarihinden itibaren, bankalarca uygulanan en

Karara göre ücrete ve ücret eki olarak geniş anlamda ücret içinde sayılan ikramiyeye uygulanacak faiz, yasal faizdir.

yüksek işletme kredisi faizi üzerinden temerrüt faizi ödemeye de mahkûm edilir.

Aynı taahhüdünü yerine getirmeyen veya eksik yerine getiren taraf derhal ifaya mahkûm edilir. Tarafların tazminat hakları saklıdır.”

Maddenin ilk fıkrasında yer alan “toplu iş sözleşmelerine dayanan eda davalarında” ifadesi, ücret ve ikramiyeye alacakları bakımından Yargıtay’ca, “toplu iş sözleşmesinden doğan” ve giderek “toplu iş sözleşmesinin yürürlük süresi içinde doğan” biçiminde anlaşılmaktadır. Süresi sona eren toplu iş sözleşmesinin ücret ve ikramiyeye dair hükümlerinin iş sözleşmesi hükmü haline dönüştüğü kabulüyle birleştirildiğinde, toplu iş sözleşmesi sona erdikten sonra doğan ücret ve ikramiyeye alacaklarının “iş sözleşmesinden doğduğu” düşünülmekte, böyle olunca 61’inci maddedeki faizin uygulanması doğru bulunmamaktadır.

Böylece Yargıtay yasal dayanaklarıyla,

1. Toplu iş sözleşmesi sona erdikten sonra ödeme gününe dair toplu iş sözleşmesi hükümleri “iş sözleşmesi hükmü haline dönüştüğünden” işvereni temerrüde düşürmek için ayrıca ihtar aramadan faizi başlatarak işçi lehine hüküm kurmakta,

2. Diğer taraftan yine aynı sebeple, yani toplu iş sözleşmesi sona erdikten sonra ücrete dair toplu iş sözleşmesi hükümleri “iş sözleşmesi hükmü haline dönüştüğünden”, işverenin bankalarca uygulanan en yüksek işletme kredisi faizi değil, yasal faiz ödeyeceğine hükmederek işveren lehine karar vermektedir.¹²

IV. Karar Sonucuna İlişkin Değerlendirmeler:

İncelediğimiz kararın mevcut maddeler karşısında kanuna aykırı olduğunu söylemek mümkün değildir. Diğer taraftan sonuçları nedeniyle karardan hareketle bazı konular tartışılabilir.

Bunlardan ilki, toplu iş sözleşmesi sona erdikten sonra doğan ücret ve ekine farklı faiz uygulanmasıdır. Oysa bu, toplu iş sözleşmesi sona ermeden önce doğan ücretle tümüyle aynıdır. 2822 sayılı Kanun’un 61’inci maddesindeki faiz, işverenin de eda davası açmasına engel bulunmamakla birlikte¹³ aslında hak grevi yasaklanmışken toplu iş sözleşmesinin etkin uygulanması için işverene karşı yaptırım olarak düşünülmüştür.¹⁴ Bu arada borcun zamanında yerine getirilmesini, zamanında yerine getirilmezse alacaklının (olayda işçinin) en az zarar görmesini sağlamak, borçlunun geç ödemeyi tercih etmesini engellemek amacı da taşımaktadır. Faizin işletme kredilerine uygulanan faiz miktarında belirlenmesi yoluyla işverenin banka kredisi yerine faiz ödemeden işçi alacaklarını kullanması ihtimali de önlenmektedir.¹⁵ Kararla, ücret alacağı bakımından kanuni dayanaklarla bu amaçlardan uzaklaşmıştır. Aslında toplu iş sözleşmesi sona erdikten sonra iş sözleşmesi hükmü olarak devam etse bile ücretin ödeme günü ve miktarı toplu iş sözleşmesi taraflarınca kararlaştırıldığından, eda davasının 61’inci maddenin 3’üncü fıkrasındaki gibi toplu iş sözleşmesine dayandığını iddia etmek de pekala mümkündür.

Burada, süresi sona eren toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerinin, yeni bir toplu iş sözleşmesi yapılanaya kadar iş sözleşmesi hükmü olarak uygulanıyor olması da eleştirilebilir. Hiç şüphesiz bu hükümlerle öncelikle, toplu iş sözleşmesi sona erdikten sonra işçilerin, toplu iş sözleşmesi yapılmadan önceki çalışma koşullarına dönmesi engellenmek istenmektedir. Daha sonra, toplu iş sözleşmesinin sona ermesiyle yenisinin yapılması arasında geçecek zamanda doğacak boşluk doldurulmak suretiyle, kurulmuş olan çalışma barışının bozulma ihtimali kaldırılmak ve böylece dolaylı olarak işveren için de yarar sağlamak amaçlanmaktadır. Bize göre bu ikincil amaçtır. Sözünü ettiğimiz kural, toplu iş sözleşmesinin sona erdiği, belki de yetki kaybedildiğinden bir daha yapılamayacağı döneme aittir. Bu yüzden kural, işçi ve işverenin karşı karşıya kaldığı süreçte açıkça işçiyi korumaya yöneliktir. Fakat Yargıtay’ın uyguladığı biçimiyle hüküm, ücrete uygulanacak

Faizin işletme kredilerine uygulanan faiz miktarında belirlenmesi yoluyla işverenin banka kredisi yerine faiz ödemedeki işçi alacaklarını kullanması ihtimali önlenmektedir.

faiz bakımından işçinin kazandığı hakkı koruyamamaktadır. Yine yeni iş sözleşmeleri bakımından normatif hükümler bağlayıcı olmaktan çıkarıldığından ve eski iş sözleşmeleri de işveren baskısıyla değiştirilebilir hale geldiğinden, çalışma barışını koruyabilmekten uzaktır.

Kararda yer alan ve 2822 sayılı Kanun'un 6/3'üncü maddesinin işçiyi koruma amacıyla uyumlu tek sonucu, ödenmeyen ücret ve ekleri için, toplu iş sözleşmesinin sona ermesinden sonraki dönem için Borçlar Kanunu'na dayanarak ihtarla temerrüde düşürmenin aranmamış olmasıdır. Oysa ücret alacağı için ihtar ile temerrüt aramak, borcun muaccel olduğu günle temerrüt gününü ayırmak zaten iş ilişkisinin gerçekleriyle uyumlu değildir. Aslında İş Hukuku tam da bu çeşit sonuçları yüzünden iş sözleşmesini konusu yapıp kendi ilkelerini yaratarak Borçlar Hukukundan ayrılmıştır.

İşçiler çalıştıkları sürece işlerini kaybetmek korkusuyla hatta feshe bağlı alacaklarını alabilmek için sözleşme sona erdikten sonra bir süre daha işverene karşı ihtar çekememekte, dolayısıyla işvereni temerrüde düşürüp faizi başlatmamaktadırlar. Üstelik İş Kanunu'nda ücretin ödeme gününde veya ödeme gününden 20 gün geçtikten sonra¹⁶ ya da hiç değilse sözleşmenin sona erdiği günde¹⁷ temerrüde düşüldüğü sonucuna varılabilecek çeşitli hükümler mevcuttur.¹⁸ Bu sonuçlara varmak için İş Kanunu'nun 32'nci maddesinde yer alan; "ücret en geç ayda bir ödenir. İş sözleşmeleri veya toplu iş sözleşmeleri ile ödeme süresi bir haftaya kadar indirilebilir. İş sözleşmelerinin sona ermesinde, işçinin ücreti ile sözleşme ve Kanundan doğan para ile ölçülmesi mümkün menfaatlerinin tam olarak ödenmesi zorunludur." hükmünden ya da 34'üncü maddedeki "ücreti ödeme günün-

den itibaren yirmi gün içinde mücbir bir neden dışında ödenmeyen işçi, iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınabilir... Gününde ödenmeyen ücretler için mevduata uygulanan en yüksek faiz oranı uygulanır." hükmünden yararlanılabilir.¹⁹

Sonuç olarak; ödenmeyen ücretlere faiz uygulanmasının genel olarak ihtarla temerrüde düşürmeye bağlanmasının, ücrete toplu iş sözleşmesi sona erdikten sonra farklı faiz uygulanmasının iş hukukunun amaç ve ilkeleriyle uyumlu olmadığı, ayrıca, sona eren toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerinin iş sözleşmesi hükmü olarak korunmasının hükümden beklenen amaca yeterince hizmet etmediği görüşündeyiz.

DİPNOTLAR

- 1 Yarg. 9.HD., E: 2008/30042, K: 2008/28994 ve T: 28.10.2008, KILIÇOĞLU, M. (2009) s: 610.
- 2 Yarg. 9.HD., E: 2009/15187, K: 2009/ ve T: 28.04.2009, ÇİL Ş. (2009), s: 512, 231 sıra sayılı karar.
- 3 SUR, M. (2006), s: 258 vd.
- 4 "... sadece teorik olarak mümkündür." AKTAY, N. ve ARIÇI, K. ve SENYEN/KAPLAN, E. T. (2011), s: 408.
- 5 AKTAY, N. (Haziran 2009), s:221.
- 6 ÇELİK, N. (2011), s: 555.
- 7 ÇELİK, N. (2011 s: 554) ve dn 31'de gösterilen diğer kaynaklar; NARMANLIOĞLU, Ü. (2001), s: 477.
- 8 TUNÇOMAĞ, K. ve CENTEL, T. (2005), s: 411.
- 9 "İş Kanunu'nun 34üncü maddesinin 1. Fıkrası uyarınca gününde ödenmeyen ücretler için yasal faiz değil mevduata uygulanan en yüksek faiz uygulanır." SÜZEK, S. (2006), s: 299.
- 10 Bu faizin ücrete ve eklerine her durumda uygulanması gerektiği, iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınma şartına bağlandığını ileri sürmenin Kanun'un amacına aykırı olacağı görüşü. DEMİR, F. (2011), s: 149.
- 11 MOLLAMAHMUTOĞLU, H. (2004), s: 266; ŞAKAR, M. (2009), s: 459 ve devamındaki kararlar: Ücret alacağına uygulanacak faize ilişkin açıklamalar için ÇİL, Ş. (Eylül 2009), s: 78 vd.
- 12 İşveren lehine sayılması faiz oranlarına bağlıdır. Genel temerrüt faizi-mevduat faizi arasında benzer durum için getirilen öneri "... Ancak işin ilginç yanı bazen genel temerrüt faizinin (3094 syK 1vd) mevduat faizini aşabileceğidir. Bu durumda getirilen mevduat faizi kuralının temel esprisi dikkate alınarak, ondan daha yüksek olan genel temerrüt faizinin yürütümü uygun olur." AKYİĞİT, E. (2006), s: 162, yazarın dn.157'deki açıklaması. Farklı görüş "... mevduat faizi oranından az olsa dahi, işletme kredisi faizi söz konusu olur" ÇİL, Ş. (Eylül 2009), s: 79.

- 13 NARMANLIOĞLU, Ü. (2001), s: 514.
- 14 “Bu hüküm toplu iş sözleşmesinin uygulanmasını güvence altına almaktadır.” GÜNAY, C. İ. (1999), s: 1034.
- 15 AKTAY, N. ve ARICI, K. ve SENYEN/KAPLAN, E. T. (2011) s: 490.
- 16 DEMİR, F. (2011), s: 149.
- 17 “Faizin başlangıcı, gecikmeye zorlayıcı sebep yol açtığında 21’inci gün, diğer hallerdeyse ödenmesi gereken son günü izleyen gündür.” AKYİĞİT, E. (2006), s: 162, yazarın dn.157’deki açıklaması.
- 18 Aksi görüş: “İşverenin temerrüde düştüğü tarih İş Yasalarında bir düzenleme bulunmadığından Borçlar Kanunu hükümlerine göre belirlenecektir.” GÜNAY, C. İ. (1999), s: 1032
- 19 Daha fazla gerekçeyle aynı görüş: ÇİL, Ş. (Eylül 2009), s: 80.

KAYNAKLAR

- AKTAY, N. (Haziran 2009) “Toplu İş Sözleşmesinin Bitimi ile Hizmet Akdi Hükümü Olarak Uygulanmaya Devam Edilen Alacaklara İlişkin Faiz”; SİCİL İş Hukuku Dergisi, Yıl: 4, Sayı: Haziran 14, İstanbul: MESS (Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası).
- AKTAY, N. ve ARICI, K. ve SENYEN/KAPLAN, E. T. (2011) İş Hukuku/Bireysel İş Hukuku, Sendikalar Hukuku, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Hukuku; Yenilenmiş 4. Baskı, Ankara: Gazi Kitabevi.
- AKYİĞİT, E. (2006) Yeni Mevzuata Göre Hazırlanmış İş Hukuku; 5. Baskı; Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- GÜNAY, C. İ. (1999) Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Hukuku, Açıklamalar, Kararlar, İlgili Mevzuat; Ankara, Turhan Kitabevi.
- ÇELİK, N. (2011) İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 24’üncü Bası; İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş.
- ÇİL, Ş. (2009) İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları 9. Hukuk Dairesi 2008-2009 Yılları, Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları.
- ÇİL, Ş. (Eylül 2009) “Yargıtay Kararlarına Göre İşçinin Ücreti”; SİCİL İş Hukuku Dergisi, Yıl: 4, Sayı: Eylül 15, İstanbul: MESS (Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası).
- DEMİR, F. (2011) En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, 6ncı Baskı, İzmir: Albi Yayınları.
- GÜNAY, C. İ. (1999) Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Hukuku, Açıklamalar, Kararlar, İlgili Mevzuat; Ankara, Turhan Kitabevi.
- KILIÇOĞLU, M. (2009) İlke Kararları Işığında İş Hukukunda Temel Kavramlar, Ankara: Turhan Kitabevi.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, H. (2004) İş Hukuku, Ankara: Turhan Kitabevi.
- NARMANLIOĞLU, Ü. (2001), İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri; İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını.
- SUR, M. (2006) İş Hukuku Toplu İlişkiler; Ankara Turhan Kitabevi.

- SÜZEK, S. (2006) İş Hukuku; 3. Bası (Tıpkı Basım); İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş.
- ŞAKAR, M. (2009) Gerekçeli ve İçtihatlı İş Kanunu Yorumu, Yenilenmiş 4. Baskı; Ankara: Yaklaşım Yayıncılık.
- TUNÇOMAĞ, K. ve CENTEL, T. (2005) İş Hukukunun Esasları/Genel Kavramlar, İş Sözleşmeleri, Sendikalar, Toplu İş Sözleşmesi, Arabuluculuk ve Tahkim, Grev ve Lokavt; İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş.

Av. Hakkı KIZILOĞLU

TİSK Hukuk Müşaviri

Bir İşyerinin Girdiği İşkolunun Tespitinde İşyerinde Yürütülen Faaliyet Hangi Teknik Amacı Taşıyorsa Asıl İş Odur. Alt İşverenin İşkolu Tespiti Asıl İşverenden Ayrı Olarak Yapılmalıdır. (Karar İncelemesi)

T.C. YARGITAY**9. HUKUK DAİRESİ****Esas No** : 2011/15435**Karar No** : 2011/12313**Tarih** : 26.04.2011**ÖZET**

İşyerindeki 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 işkolu tespiti için asıl iş ve yardımcı iş kavramına yer verilemez. Alt işverenin işkolu tespiti, asıl işverenden ayrı olarak yapılmalıdır.

DAVA

Davacı, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın 03.07.2009 tarih ve 27277 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 29.06.2009 karar tarihli 2009/35 Karar nolu ve 48068.33.B.M.Dosya nolu İşkolu Tespiti Kararının iptaline karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

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

Davacı vekili, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından işyerinde yapılan faaliyetin, İşkolları Tüzüğü'nün 22 sıra numaralı "Ardiye ve Antrepoculuk" işkoluna girdiği yönünde tespitte bulunulduğunu, işyerinde

yapılan işin kara taşıtları ve iş makinelerinin yapımı, onarımı ve bakımı olduğundan, İşkolları Tüzüğü'nün 13 sıra numaralı "Metal" işkoluna girdiğini belirterek, Bakanlığının 3.7.2009 tarih ve 27277 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 29.6.2009 tarih ve 2009/35 karar numaralı İşkolu Tespit Kararı'nın iptaline karar verilmesini istemiştir.

Müdahale dilekçesinde Liman-İş Sendikası vekili, davacı şirket ile M... Uluslararası Liman İşletmeciliği A.Ş. arasında asıl işveren-alt işveren ilişkisi bulunduğunu, alt işveren olarak faaliyet gösteren davacı şirketin, Mersin Limanı'nda limancılık hizmetlerinde kullanılan ekipmanların bakım ve onarımını yerine getirdiğini, asıl işten ayrılacak nitelikte olmadığını belirterek davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Davalı bakanlık vekili, yapılan incelemede, şirkete ait Mersin Limanı İş Makineleri Tamir Bakım Onarım İş unvanlı işyerinde, asıl işveren olan ve liman hizmetleri işi yapan M. İşverenliğine ait vinç ve ekipmanlarının tamir bakım işlerinin yapılması nedeniyle "İşkolları Tüzüğü'nün 22 sıra numaralı "Ardiye ve Antrepoculuk" işkolunda yer aldığı tespit edildiğini, Bakanlık incelemesinin doğru ve yerinde olduğunu belirterek davanın reddine karar verilmesi istenmiştir.

Mahkemece, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının 29.6.2009 tarih ve 2009/35 Sayılı İşkolu Tespit Kararı'nın iptali ile davacı şirkete ait Mersin Liman İş Makineleri, Tamir, Bakım ve Onarımı unvanlı işyerinin İşkolları Tüzüğü'nün 13 sırasında kayıtlı "Metal" işkolunda yer aldığının tespitine karar verilmiştir.

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

KARAR

3.7.2009 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan İş Kolu Tespit Kararı'nda M... Makine

Servis Hizmet Ticaret A.Ş.'de yapılan incelemede; şirkete ait "Mersin Limanı İş Makineleri Tamir Bakım Onarım İş" unvanlı işyerinde, asıl işveren olan ve liman hizmetleri işi yapan MIP işverenliğine ait vinç ve ekipmanlarının tamir-bakım işlerinin yapılması sebebiyle "İşkolları Tüzüğü'nün 22 sıra numaralı "Ardiye ve Antrepoculuk" işkolunda yer aldığı tespit edilmiştir.

Uyuşmazlık, 2821 Sayılı Sendikalar Kanunu'nun 4. ve 60. Maddeleri uyarınca işkolu tespitine itiraza ilişkindir.

Öncelikle, 2821 Sayılı Sendikalar Kanunu'nun 4. Maddesi'ndeki "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 tespite karşı ilgililer iş davalarına bakmakla görevli mahalli mahkemede on beş gün içinde dava açabilirler" ifadesinde "ilgililer" sözcüğü açıklanmadığı gibi bu davanın kimin aleyhine açılacağı da belirlenmemiştir. İlgililerden genelde işveren, o işkolunda kurulu veya kurulu olduğunu iddia eden sendika anlaşılabilir. Açılan dava ile işyerinin işkolu tespitinin değişmesi söz konusu olduğundan işveren ve işkolunda kurulu sendikalar itiraz hakkını kaybedecektir. Somut olayda olduğu gibi yapılan yargılama sonunda verilen karar aynı işkolunda faaliyet gösteren diğer sendikaları da ilgilendirdiğinden davaya bu sendikaların da dahil edilmesi gerekir. Mahkemece yapılacak iş, tespit kararından etkilenecek işyerinde örgütlenmiş veya işkolu tespit kararında işyerinin girdiği işkolu olarak gösterilen işkolunda faaliyet gösteren sendikaların davaya dahil edilerek, göstereceği deliller ve karşı delilleri toplamak suretiyle değerlendirme yapmak olmalıdır. Bakanlık tespiti "22 No'lu İş Kolu" şeklinde olduğu için bu işkoluna giren yani kurulu bulunan sendikaların bu dava sonucunda verilecek karar bakımından hukuki menfaatleri bulunmaktadır. Dairemizin istikrar kazanan görüşü de

bu doğrultudadır (Y.9.H.D.'nin 2009 tarih ve 2009/41655 E, 2009/32246 K. Y9.H.D.'nin 16.6.2005 tarih ve 2005/16985 E., 2005/21462 K., Y9.H.D.'nin 9.7.1997 tarih ve 1997/12370 E., 1997/14286 K. Sayılı İçtihatları).

İşkolu tespitinde dairemiz kararlarında belirtildiği üzere aşağıdaki ilkeler dikkate alınmalıdır.

Türk Toplu İş Hukuku'ndaki 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 Bakanlığı'nca yapılacaktır. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nca yapılan tespit ile ilgili kararın Resmi Gazete'de yayımlanmasını müteakip bu tespite karşı ilgililerin, iş davalarına bakmakla görevli mahalli mahkemede on beş gün içinde dava açabileceği belirtilmiştir. Belirtilen süre hak düşürücüdür.

İşçi ve işveren sendikalarının kurulabilecekleri işkolları Sendikalar Kanunu'nun 60. maddesi'nde gösterilmiştir. Anılan maddede, bir işyerinde yürütülen asıl işe yardımcı işlerin 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 normlar da 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'nun (Toplu GLK) 3'üncü Maddesi'nde "Bir toplu iş sözleşmesi aynı işkolunda bir veya birden çok işyerini kapsayabilir" tümcesi ile esas olarak işyeri toplu iş sözleşmesini esas almıştır.

Anılan maddenin 2. fıkrasına göre, bir gerçek ve tüzel kişiye veya bir kamu kurumu 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 fıkrada ayırık bir düzenlemeye de yer verilerek, kamu kurum ve kuruluşları için tek bir işletme toplu iş sözleşme yapılabilmesine olanak tanınmıştır.

İşkolu kavramı sendikaların faaliyet alanlarını belirleyen temel bir ögedir. 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. maddesi'nin gerekçesinde iş yeri 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 sunulması yönünden çok yönlü bir yapısal değişikliği gerektirmesi sebebiyle bir işyerinin amacının gerçekleşmesinde işlerin görülmesi iş yerinin 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 genişlemek gereksinimi duyulmuştur. Bu

bağlamda 2. Madde'de "işyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür" hükmü getirilmiştir (Bu konuda ayrıntılı bilgi için Bkz. Esener, Turhan İş Hukuku Bası 8 Ankara 1978 sh. 83-84, Ekonomi, Münir: İş Hukuku, Ferdi İş Hukuku C.1, İstanbul 1987 sh.59; Çelik, Nuri, İş Hukuku Dersleri Bası 21, İstanbul 2008 sh.56-57; Narmanlıoğlu, Ünal, İş Hukuku II Ferdi İş İlişkileri Bası 3 İzmir 1998 sh. 121; Süzek Sarper, İş Hukuku Bası 4 Ankara 2008 sh. 173-178; Mollamahmutoğlu Hamdi İş Hukuku Bası 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 yahut 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 maddi olmayan öğelerin yanında emeğin varlığını da içinde barındırır.

Aynı işverene ait iki üretim birimi aynı teknik amacı elde etmek için örgütlenmişse yahut bu yerlerde aynı teknik amacın farklı üretim amaçları gerçekleşiyorsa amaçta birlik sağlanmıştır.

Üretim birimlerinin tek bir işyeri sayılması için aynı arazi sınırları içinde bulunmaları gerekmemektedir. Fakat birimler arasındaki uzaklık işlerin tek elden yürütümünü engelleyecek boyutta olmamalı çünkü farklı birimler arasında amaçta birlik bulunsa dahi yönetimde birliğin sağlanmasının zorluğu tartışmasızdır.

Toplu İş Hukuku anlamında işyerinin, işçilerin dayanışmadan kaynaklanan ortak menfaatleri oluşmasına olanak sağlayan ve faaliyetlerini sürdürebileceği bir sürekliliğe

sahip ve işverene de asıl işin girdiği işkolunda sendikal muhatap yaratacak bir birim olması gerekmektedir. Alman ve Fransız Hukuku'nda işyerinin neresi olduğu ve sınırların 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. İşletmenin mutlaka ekonomik bir amaç gütmesi gerekmez, işyeri işletmenin genel olarak bağımsız bir bölümü olarak düşünülmelidir. Ticaret Hukuku'ndaki işletmeden farklı bir amaç gütmektedir. Çünkü ticari işletmelerde işçi çalıştırma zorunluluğu bulunmamaktadır.

İşyeri ve işletme ayrımında organizasyon kavramıyla bir ayrıştırmaya 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 İş Hukuku'na yansımamasıdır. İşletme ve işyeri ayrımının 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, işletme işkolu 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 bellediyeler ve Milli Savunma Bakanlığı’nca işletilen işyerleri, yukarıda belirlenen kriterlere tabi değildir.

Bundan başka, M... Servis Hizmetleri Tic. A.Ş. ile M... Uluslararası Liman İşletmeciliği A.Ş. (MİP) arasındaki sözleşmeler getirilip incelenerek, asıl işveren alt işveren ilişkisi olup olmadığı ortaya konulmalıdır. İş kolu tespit davalarında her işverenin, bağımsız işyeri olarak kabul edilip o işyerinde yapılan işlerin niteliği itibarıyla işkolu tespiti gerekir. Alt işverenin işkolu tespiti asıl işverenin yaptığı işe göre belirlenmez. Alt işverenin işkolu tespiti asıl işverenden ayrı olarak yapılmalıdır. Alt işverene ait işyerinde yapılan işlerin, asıl işverene ait işyerinde yapılan işlere yardımcı iş olarak değerlendirilmesi de doğru olmaz. 2821 Sayılı Kanun’un 60/2 Maddesi’nde öngörülen ve “bir işyerinde yürütülen asıl işe yardımcı işler de asıl işin dahil olduğu işkolundan sayılır” kuralı, bir işyeri sınırları ve organizasyonu içerisinde yürütülen işler için önem taşır. Yoksa birbirinden ayrı işyerlerinde farklı işkoluna giren

işler yapıyorsa, “asıl iş-yardımcı iş” kavramı geçerli olmaz. İşkolu tespitinde işletme bünyesindeki işyerleri de ayrı ayrı dikkate alınır. Çünkü işkolu tespitinde birim olarak “işyeri” esas alınır, işyeri organizasyonu içerisinde asıl işin gerçekleşmesini sağlayan diğer işler ise yardımcı işlerdir. İşletme işkolu tespiti içinde asıl iş ve yardımcı iş kavramına yer verilemez.

O halde somut olayda yukarıda yapılan açıklamalar dikkate alınarak, İzmir veya İstanbul Üniversiteleri İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Ana Bilim Dalı öğretim üyelerinden oluşacak üç kişilik bilirkişi heyetinden, gerektiğinde mahallinde keşif yapılmak sureti ile rapor alınarak karar verilmesi gerekir iken eksik inceleme ve araştırma sonucu yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten bozulmasına, peşin alınan temyiz harcının istenmesi halinde ilgiliye iadesine, 26.04.2011 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

KARARIN İNCELENMESİ

1. İşyerinin Girdiği İşkolu Tespitinde Teknik Amaç Kavramı

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin yukarıda belirtilen kararına mesnet oluşturan dava konusu olayda Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca işyerinin “Ardıye ve Antrepoculuk” işkoluna girdiğine ilişkin verilen işkolu tespit kararına karşı açılan davada, mahkemece işyerinin “metal” işkolunda yer aldığına tespitine karar verilmiş ve bu karar Bakanlık ve işçi sendikası tarafından temyiz edilmiştir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ise “eksik inceleme” gerekçe-

siyle verdiği “bozma” kararında işkolu tespit işlemlerinde Mahkemeler ve Bakanlık tarafından göz önünde bulundurulması gereken isabetli kriterler belirleyerek, uygulamada yaşanan belirsizliklerin önüne geçmek istemiştir.

Kararda isabetli biçimde, işkolu kavramını düzenleyen 2821 sayılı Sendikalar Kanunu’nun 3., 4. ve 60. maddeleri ile birlikte işkollarının hangi işleri kapsadığına ilişkin çıkartılan “İşkolları Tüzüğü”nün konuya ilişkin önemli normatif düzenlemeler olduğu belirtilmektedir.

Özellikle 2821 sayılı Sendikalar Kanunu’nun 60. maddesi ve İşkolları Tüzüğü’nde bir işyerinde yürütülen asıl işe yardımcı işlerin de asıl işin dahil olduğu işkolundan sayılacağı belirtilerek, bir işyerinin hangi işkoluna gireceği

Aynı işverene ait iki üretim biriminin aynı teknik amacı elde etmek için örgütlenmesi yahut bu yerlerde aynı teknik amacın farklı üretim amaçlarının gerçekleştirilmesi amaçta birliği sağlar.

konusunda işyerinin “teknik amacı”nın dikkate alınması gerektiği vurgulanmaktadır.

Kararda isabetli biçimde;

- İşyerinin özelliğini veren temel öğenin “teknik amaç” olduğu;

- Mal ve hizmetin kazanç amacıyla yahut başka bir amaçla üretilmesi arasında bir fark bulunmadığı;

- Başka bir anlatımla hizmet üretimi veya mal üretiminin tek başına teknik bir amaç olabileceği;

- İşyerinin teknik bir amacı gerçekleştiren temelde örgütsel bir birliktelik olduğu;

- İşyerinin sürekli bir organizasyon içerisinde örgütlenmeyi gerektirdiği;

- Organizasyonun özünde maddi ve maddi olmayan öğelerin yanında emeğin varlığını da içinde barındırdığı;

şeklinde tespit ve ilkelere yer verilmiştir.

Kararda işkolu tespitinde dikkate alınacak diğer kriterlerin ise;

- Aynı işverene ait iki üretim biriminin aynı teknik amacı elde etmek için örgütlenmesi yahut bu yerlerde aynı teknik amacın farklı üretim amaçlarının gerçekleştirilmesinin amaçta birliği sağladığı;

- Farklı üretim birimlerinin tek bir işyeri sayılması için aynı arazi sınırları içinde bulunmalarının gerekmediği;

- Fakat birimler arasındaki uzaklığın işlerin tek elden yürütümünü engelleyecek boyutta olmaması gerektiği, çünkü farklı birimler arasında amaçta birlik bulunsa dahi yönetimde birliğin sağlanması zorluğunun tartışmasız olduğu;

hüküm altına alınmıştır.

Gerçekten 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinde;

- İşveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime işyeri deneyeceği;

- 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 araçların da işyerinden sayılacağı;

- İşyerinin, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütün olduğu;

düzenlenmiştir.

Söz konusu maddenin gerekçesinde işyeri tanımıyla ilgili şu açıklamaya yer verilmiştir:

““İşyeri” tanımı; teknik bir amaca, diğer bir deyişle mal veya hizmet üretimine yönelik ve değişik unsurlardan meydana gelen bir birim olduğu belirtilmek suretiyle verilmiştir. İşyerinin sınırlarının belirlenmesinde “işyerine bağlı yerler” ile eklentiler ve araçların bu birim kapsamında oldukları, önceki hükümden farklı bir ölçüt aranmamış olmakla beraber; özellikle bir işyerinin mal veya 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 şartları gerek yargı kararları ve gerek doktrinindeki görüşlere paralel şekilde düzenlenmiştir. Diğer yandan teknolojik ve ekonomik gelişmeler bir işyeri çerçevesinde mal ve hizmet üretimi, pazarlama ve müşterilere sunulması yönünden çok yönlü ve yapısal değişiklikleri beraberinde getirmiş, bir işyerinin amacının gerçekleştirilmesinde işlerin görülmesi işyerinin kurulu bulunduğu “yerin” dışına taşmış, işveren, kurulan “iş organizasyonu” işçinin evine, bağımsız bir işyeri niteliğinde olmayan irtibat bürolarına veya yurt genelinde (ilaç fabrikası satış elemanları gibi) veya ilin içinde (beyaz eşya bakım ve onarım işlerinde çalışanlar gibi) işlerin yürütüldüğü bir

örgütlenmeye kadar genişletmek gereksinimini duymuştur. Bu olgular dikkate alınarak ve Avrupa Birliğine üye devletlerdeki değerlendirme ve kavramsal gelişmeler göz önünde tutularak maddeye üçüncü fıkra olarak “İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür.” hükmü eklenmiştir.”

Diğer taraftan 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 2. maddesinde;

- İşin yapıldığı yere işyeri deneceği,
- İşin niteliği ve yürütümü bakımından işyerine bağlı bulunan yerlerde, dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden veya mesleği eğitim yerleri ve avlu gibi sair eklentiler ve araçların da işyerinden sayılacağı,

hükmü bulunmaktadır.

Bir yerin işyerine bağlı olması ya da olmasının, İş Kanunu'ndaki işyeri tanımına 2. maddesinde yer veren 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'na göre işyerinin gireceği işkolunun belirlenmesinde ve özellikle 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun uygulanmasında büyük önemi vardır. Bu Kanunda da, sınırları çizilmemekle beraber, işyeri birimi esas alınmıştır. 2822 sayılı Kanuna göre, toplu iş sözleşmesi işyeri veya işyerleri için yahut bazı koşullarla bir işverenin aynı işkolundaki işyerlerini kapsamak üzere yapılır. Bu durum karşısında, özellikle, bir sendikanın işyerinde çalışanların çoğunluğunu temsil edip etmediğinin saptanması gerektiğinde (TSGLK m.12), işyerine bağlı başka yerlerin bulunup bulunmaması önem kazanır¹.

İşyerinin sınırları çizilirken işyerinde üretilen mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerlerin işyerinden sayılacağına ilişkin anlatımdan hareket edilmelidir. Madde gerekçesinde belirtildiği gibi, bu konuda aynı teknik amaç ve aynı yönetimde örgütlenme koşulları aranmalıdır. Bugüne kadar öğretide ve yargı kararlarında bu yönde esasların ortaya konulduğunu belirtmeliyiz. Gerçekten, hukukumuzda yukarıdaki koşullara uygun olarak, işyerinin belirlenmesinde “işin teknik bir amaç için organize edilmesi” üzerinde durulmuştur. Eğer işyeri ile

diğer yer arasında teknik yönden bir bağlılık yoksa, biri ötekini tamamlamıyorsa, bu yeri asıl işyerinden saymayarak bağımsız işyeri olarak kabul etmek gerekir.²

Bir işyerinin girdiği işkolunun tespitinde Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tarafından dikkate alınan ve yukarıda belirtilen ilkelerin gerçekçi bir yaklaşım içerdiğini ve mevzuatla uyumlu olduğunu belirtebiliriz.

2008 yılına ait Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku kararlarının değerlendirildiği Seminer'de konuya ilişkin bir tebliğ sunan Prof. Dr. Öner Eyrenci ise Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin bazı kararlarında bir işyerinden sayılan, ona bağlı işyerleri kavramı ile bağımsız bir işyerinde, o işyerinin girdiği işkolunu belirleme bakımından esas alınacak asıl işin birbirine karıştırıldığını; bunun da İş Kanunu ile Sendikalar Kanunu'ndaki işyeri kavramına ilişkin esaslar ile bağdaşmadığını ifade etmektedir.

2. İşyeri ve İşletme Ayrımı

Kararda, işyeri ve işletme ayrımının sınırları da isabetli biçimde çizilmekte; bu konuda oluşabilecek tereddütler en aza indirilmek istenmektedir.

Yüksek Mahkemenin kararında Türk iş hukukunda işyerinin mutlak ve tartışmasız olarak kabul edildiği, işyeri kavramının fonksiyonel bir kavram olduğu; işletmenin ise genel olarak iktisadi bir amacın gerçekleşmesi için aynı işverene ait birden fazla işyerinin örgütlenmesi ile oluşmuş bir ünite olarak tanımlandığı belirtilmiştir. İşyerini işletmeden ayıran temel ölçütlerden birinin izlenen amaç olduğu; işletmenin mutlaka ekonomik bir amaç gütmemesinin gerekmediği; işyerinin işletmenin genel olarak bağımsız bir bölümü olarak düşünülmesi gerektiği belirtilmiştir. Kararda ayrıca iş hukukunda ticaret hukukundaki işletmeden farklı bir amaç güdüldüğü; çünkü ticari işletmelerde işçi çalıştırma zorunluluğunun bulunmadığı kaydedilmiştir.

İşyeri ve işletme ayrımında organizasyon kavramıyla bir ayırtırmaya gitmenin de mümkün olmadığı belirtilen Kararda, işletmenin de işyerinin de bir organizasyon içerisinde örgütlenmesinin mümkün olduğu belirtilerek; işlet-

Alt işverene ait işyerinde yapılan işlerin, asıl işverene ait işyerinde yapılan işlere yardımcı iş olarak değerlendirilmesi doğru olmaz.

menin işyerine göre büyüklüğü, aynı şekilde organizasyondaki büyüklüğünü gerektireceği için işverenin ötesinde işletmenin profesyonel bir yönetim kadrosu oluşturmasının da zorunlu olduğu hükmüne yer verilmiştir.

Kararda, temel sorunun 4857 sayılı Yasa'daki işyeri kavramının genişliğinin toplu iş hukukuna yansımaması olduğu; işletme ve işyeri ayrımının bu bağlamda sorun çıkarmasının kaçınılmaz olduğu belirtilmiştir.

3. Alt İşverenin İşkolu Tespitinin Asıl İşverenden Ayrı Olarak Yapılması

Yüksek Mahkeme vermiş olduğu kararda işkolu tespitlerinde yaşanan önemli sorunlardan birini oluşturan alt işverenin işkolu tespitiyle ilgili ilkeleri de belirlemiştir. Gerçekten Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından yapılan işkolu tespit işlemlerinde ve konuya ilişkin yargı kararlarında alt işveren-asıl işveren ilişkileri birbirine karıştırılabilmekte, bu durum uygulamada önemli sorunların kaynağını oluşturmaktadır.

Yargıtay kararında isabetli olarak aşağıdaki ilkelere vurgu yapılmış ve;

- Öncelikle dava konusu işlemde asıl işveren alt işveren ilişkisi olup olmadığının ortaya konulması;
- İşkolu tespit davalarında her işverenin, bağımsız işyeri olarak kabul edilip o işyerinde yapılan işlerin niteliği itibarıyla işkolu tespitinin gerektiği,
- Alt işverenin işkolu tespitinin asıl işverenin yaptığı işe göre belirlenmeyeceği,
- Alt işverenin işkolu tespitinin asıl işverenden ayrı olarak yapılması gerektiği,
- Alt işverene ait işyerinde yapılan işlerin, asıl işverene ait işyerinde yapılan işlere yardımcı iş olarak değerlendirilmesinin doğru olmayacağı,

- 2821 sayılı Kanun'un 60/2. maddesinde öngörülen ve "bir işyerinde yürütülen asıl işe yardımcı işlerin de asıl işin dahil olduğu işkolundan sayılacağı"na ilişkin kuralın bir işyeri sınırları ve organizasyonu içerisinde yürütülen işler için önem taşıdığı, yoksa birbirinden ayrı işyerlerinde farklı işkoluna giren işler yapılıyorsa, "asıl iş-yardımcı iş" kavramının geçerli olmayacağı,

- İşkolu tespitinde işletme bünyesindeki işyerlerinin de ayrı ayrı dikkate alınacağı, çünkü işkolu tespitinde birim olarak "işyerinin" esas alınacağı,

- İşyeri organizasyonu içerisinde asıl işin gerçekleşmesini sağlayan diğer işlerin ise yardımcı işler olduğu, işletme işkolu tespiti içinde asıl iş ve yardımcı iş kavramına yer verilemeyeceği;

şeklinde uygulamanın önündeki belirsizlik ve tereddütleri azaltan hükümler oluşturulmuştur.

4. İşkolu Kararına Karşı Açılacak Davalarda Aynı İşkolunda Faaliyet Gösteren Diğer Sendikaların da Dahil Edilmesi

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 4. maddesinde yer alan işkolu tespitine karşı "ilgililer" tarafından dava açılabileceği şeklinde kurulan hükmündeki "ilgililer" ifadesinin neyi kapsadığı, Yüksek Mahkemenin kararında açıklığa kavuşturulmuştur. Kararda, ilgililer ibaresinden genelde işveren, o işkolunda kurulu veya kurulu olduğunu iddia eden sendikaların anlaşılabilceği vurgusu yapılmıştır.

Diğer taraftan bu tip davalarda hukuki menfaati bulunan aynı işkolundaki sendikaların da davaya dahil edilmeleri gerektiği özel olarak vurgulanarak, Dairenin istikrar kazanan görüşünün bu doğrultuda olduğu belirtilmiştir.

Kararda isabetli biçimde 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 4. maddesinde "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 müte-

akip bu tespite karşı ilgililer iş davalarına bakmakla görevli mahalli mahkemede onbeş gün içinde dava açabilirler.” ifadesindeki “ilgililer” sözcüğünün açıklanmadığı gibi bu davanın kimin aleyhine açılacağına da belirlenmediği, ilgililerden genelde işveren, o işkolunda kurulu veya kurulu olduğunu iddia eden sendikanın anlaşılacağı; açılan dava ile işyerinin işkolu tespitinin değişmesi söz konusu olduğundan işveren ve işkolunda kurulu sendikaların itiraz hakkını kaybedecekleri; somut olayda olduğu gibi yapılan yargılama sonunda verilen kararın aynı işkolunda faaliyet gösteren diğer sendikaları da ilgilendirdiğinden davaya bu sendikaların da dahil edilmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır.

Mahkemece yapılacak işin, tespit kararından etkilenecek işyerinde örgütlenmiş veya işkolu tespit kararında işyerinin girdiği işkolu olarak gösterilen o işkolunda faaliyet gösteren sendikaların davaya dahil edilerek, göstereceği deliller ve karşı deliller toplanmak suretiyle değerlendirme yapmak olduğu belirtilen Kararda, işkolunda kurulu bulunan sendikaların bu dava sonucunda verilecek karar bakımından hukuki menfaatleri bulunduğu; dairenin istikrar kazanan görüşünün de bu doğrultuda olduğu ifade edilmiştir.

5. İşkolu Tespitine İtirazda Görevli Mahkeme

İnceleme konumuz Yargıtay kararında açık olarak yer almamakla birlikte Sendikalar Kanunu'nun 4. maddesinde düzenlenmiş bulunan Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nca verilen işkolu tespit kararlarına karşı ilgililerin iş davalarına bakmakla görevli mahalli mahkemede onbeş gün içinde dava açabileceklerine ilişkin hükümdeki “mahalli mahkeme”den anlaşılması gerektiği de uygulamada çözüme kavuşturulması gereken önemli bir konudur.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2008 yılında verdiği bir başka kararda (09.10.2008 tarih ve E.29977 K.25970), Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından verilen işkolu tespit kararlarına karşı itiraz davalarının işyerinin bulunduğu yerdeki iş davalarına bakmakla görevli mahkemede açılması gerektiğine hükmetmiş-

tir. Bu husus öğretilde savunulan görüşle uyusmaktadır.³

Sonuç

Yukarıda açıklanmaya çalışılan gerekçeler ışığında Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin inceleme konumuz olan kararını bir işyerinin girdiği işkolu tespitlerinde dikkate alınması gereken ilkelerin ortaya konulması açısından isabetli bulmaktayız.

DİPNOTLAR

- 1 Prof. Dr. Nuri Çelik, İş Hukuku Dersleri, 21. Baskı, 2008, s.55.
- 2 Prof. Dr. Nuri Çelik, İş Hukuku Dersleri 21. Baskı, 2008, s.57, 58.
- 3 Prof. Dr. Öner Eyrenci, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri, 2008, s.236.

Prof. Dr. Müjdat ŞAKAR

Marmara Üniversitesi İktisat Fakültesi

Kadının Sosyal Güvenliği Yok!

1. GİRİŞ

21. yüzyılda genel olarak insanların sosyal güvenliğinden değil, “kadın”ın sosyal güvenliğinden bahseden bir yazı yazmak durumunda kalmak üzüntü vericidir. Çünkü sosyal güvenlik, kadın ya da erkek ayrımı olmaksızın her insan için ihtiyaçtır. Ancak, erkeklerin egemenliğindeki bir toplumda, ne kadar eşitlikçi yasalar çıkartılsa da, toplumsal gerçek, kadınların çoğunun fiilen sosyal güvenlikten yoksun olduğudur.

Türkiye Cumhuriyeti, kadının toplum içindeki yeri konusunda dünyada özgün bir tarihsel deneyim yaşamıştır. Türkiye Cumhuriyeti'nin kurulduğu 1923 yılını izleyen ilk on yılda Mustafa Kemal Atatürk'ün önderliğinde gerçekleştirilen devrimler, bir yandan kadının yurttaşlık haklarını kazanmasını, diğer yandan Türk toplumunun yeniden yapılanmasını sağlamıştır. Laik hukukun benimsenmesi ile kadınların eğitim, çalışma yaşamı, siyaset gibi kamu alanlarına açılması mümkün kılınmış ve eşitlikçi kamu

politikaları ile devlet bu katılımı özendirmiş ve desteklemiştir¹.

Ne var ki Atatürk döneminden sonra devrimlere yeterince sahip çıkılmadığı için, kadın istihdamı sorununda istenilen noktaya ulaşılamamıştır. Bunca yıl sonra bile kadınların işgücüne katılım oranları düşüktür.

Bu yazımızda ülkemizde kadının sosyal güvenliği konusunda mevzuattaki bazı hükümleri gözden geçireceğiz. Bunların çoğu kadının korunmasına yönelik pozitif ayrımcılık hükümleridir. Ancak maalesef kadın nüfusunun önemli bir bölümü bu hükümlerden fiilen yararlanamamaktadır.

II. KADINLARIN İŞGÜCÜNE KATILMA ORANI AZALİYOR

Ülkemizde kadınların işgücüne katılım oranları düşüktür. Üstelik yıllara göre azalma da göstermektedir. İşgücüne katılma oranı 1990'da % 34,1 civarındayken, 2002 yılında % 26,9, 2004 yılında % 25,4, 2011 yılı için % 28,8'dir². 2011 itibariyle nispi bir artış görülmesinin sebebi, bu

konuda alınan bazı yasal tedbirlerdir. Ancak hâlâ 1990'lar seviyesine ulaşamamıştır.

Kadınların eğitim düzeyi arttıkça, işgücüne katılım olanakları artmaktadır. Kadın emeğine vasıf kazandırabilmek için örgün eğitim yanında bilgi ve beceri geliştirmeye yönelik yaygın eğitime ihtiyaç vardır. Kadınların istihdamının artırılması ve eşit işe eşit ücret imkânının sağlanması amacıyla "Kadın İstihdamının Artırılması ve Fırsat Eşitliğinin Sağlanması" konulu 2010/14 sayılı Başbakanlık Genelgesi 25.05.2010 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Kadın istihdamının artırılması için atılan adımlara 2011'de 6111 sayılı Yasa ile 4447 sayılı "İşsizlik Sigortası Kanunu"na bir geçici madde (Geçici Madde 10) eklenmek suretiyle devam edilmiştir. 31.12.2015 tarihine kadar işe alınan her bir sigortalı için geçerli olmak üzere, 5510 sayılı Kanununun 81. maddesinde sayılan ve 82. maddesi uyarınca belirlenen prime esas kazançları üzerinden hesaplanan sigorta primlerinin işveren hisselerine ait tutarı, işe alındıkları tarihten itibaren İşsizlik Sigortası Fonu'ndan karşılanmaktadır. Bu maddede belirtilen destek unsuru; 18 yaşından büyük ve 29 yaşından küçük erkekler ile 18 yaşından büyük kadınlardan; mesleki yeterlik belgesi sahipleri için kırksekiz ay süreyle, mesleki ve teknik eğitim veren orta veya yüksek öğretimi veya Türkiye İş Kurumu'nca düzenlenen işgücü yetiştirme kurslarını bitirenler için otuzaltı ay süreyle, uygulanacaktır.

III. HER 5 KADINDAN 3'Ü SOSYAL GÜVENLİK SİSTEMİNİN DIŞINDA

1 Mart 1980 tarihinde Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi (CEDAW) üye ülkelerin imzasına açılmış, Türkiye'nin 1985 yılında onayladığı Sözleşme, 19 Ocak 1986 tarihinde yürürlüğe girmiştir. CEDAW Sözleşmesinin 18. maddesi uyarınca; taraf devletler, her dört yılda bir dönemsel ülke raporlarını CEDAW Komitesine sunmak zorundadırlar. Biraz da bu sebeple son yıllarda kadının durumuna ilişkin

araştırmalar ciddiyet kazanmıştır. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı ve bu Bakanlık bünyesindeki Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü'nün hazırladığı raporlar, ülkemizde kadının durumunun yakından izlenmesine hizmet etmektedir.

Ülkemizde 2011 yılı verilerine göre istihdama katılan kadınların % 42,2'si tarım sektöründe, % 15,2'si sanayi sektöründe, % 42,6'sı ise hizmetler sektöründe çalışmaktadır. 100 kadından sadece 12,9'u kendi hesabına ve işveren konumunda çalışmakta, 51,6'sı ücret karşılığında çalışmakta ve 35,5'i ücretsiz aile işçisi olarak çalışma yaşamında yer almaktadır.

Kadın işgücünün en çok istihdam edildiği sektör hizmetler sektörüdür. Sanayi sektörü, özellikle imalat sanayi halen kadın işgücünün oldukça sınırlı olduğu bir sektör olma özelliğini korumaktadır. Oysa aynı sektörde tekstil, gıda, hazır giyim gibi emek yoğun sanayi dalları için kadınlar halen tercih edilen işgücü konumdadır. Her iki sektörde de özellikle kayıt dışı işyerlerinde yoğunlukla kadın ve çocuk işgücü her türlü sosyal hak ve güvenceden yoksun şekilde çalıştırılmaktadır.

İstihdamda yer alan 100 kadından 57,8'i herhangi bir sosyal güvenlik kurumuna kayıtlı olmaksızın çalışmakta, bunların da % 57,9'unu ücretsiz aile işçisi olarak çalışan kadınlar oluşturmaktadır. Ücretli çalışan kadınların % 26,3'ü, kendi hesabına çalışan kadınların % 89,6'sı herhangi bir sosyal güvenlik kurumuna bağlı olmaksızın çalışmaktadır.³

Belli iş ve mesleklerin kadınlara uygun işler olarak toplumsal kabul görmemesi, görev dağılımında adil davranılmaması, ekonomik kriz dönemlerinde önce kadınların işten çıkarılması, özellikle kayıt dışı sektörde ücretlerin düşük tutulması gibi bazı ayrımcılık örnekleriyle karşılaşılmaktadır. Kadınlar ancak geleneksel kadın mesleklerinde yoğunlaşmakta, daha düşük statülü ve ücretli işlerde çalışmaya razı olmaktadır. Bu işler süreli ve geçici çalışmayı, sosyal güvencesizliği beraberinde getirmektedir.

Kadın işgücü ucuz emek olarak emek-yoğun işkolları olan tekstil, gıda, hazır giyim, tütün gibi sanayi dallarında yoğunlaşmıştır. Ancak, asıl çalışma alanı tarım sektörüdür. Tarım sektöründeki kadınlar, çoğunlukla ücretsiz aile

işçisi konumunda olmaları nedeniyle gelir elde etmemeleri ya da gelir azlığı nedenleriyle, yasal bir engel olmamasına rağmen sosyal güvenlik kapsamına büyük ölçüde girememektedirler.

Ülkemizde bir işyerinde çalışmasına rağmen sigortalı olmayan çok sayıda kadın vardır. Ev kadınlarına isteğe bağlı sigortalılık olanağı sağlayan uygulama ise primlerin yüksekliği, prim ödemede eşe bağımlı olma ve yeterli bilgi sahibi olmama gibi nedenlerle sınırlı kalmaktadır.

IV. KADINLARA YÖNELİK BAZI SOSYAL GÜVENLİK DÜZENLEMELERİ

1. Kadınlar Daha Erken ve Daha Kolay Emekli Olabilmektedirler

a) 08.09.1999 Tarihinden Sonra Sigortalanan Kadınların Durumu

Kadınlar, erkeklerden daha uzun yaşamalarına rağmen daha erken emekli olmaktadır. Ülkemizde ortalama hayat süresinin kadınlarda 74, erkeklerde 69 olduğu ifade edilmektedir. 08.09.1999 tarihinden önce işe giren kadınlar erkeklerden 5 yıl, bu tarihten sonra işe girenlerse 2 yıl daha önce emekli olmaktadır. Ancak, tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de bu konuda eşitlik sağlanması sürecine girilmiştir. 2048 ve sonrasında her iki cins için emeklilik yaşı 65 olarak uygulanacaktır⁴.

Emeklilik şartlarında 08.09.1999 ve 30.04.2008 tarihleri önem taşımaktadır. Sigorta başlangıcının hangi tarihte olduğuna göre değişen emeklilik şartları uygulanır.

08.09.1999 – 30.04.2008 tarihleri arasında ilk defa sigortalı olarak çalışmaya başlayanların yaşlılık aylığından yararlanabilmesi için:

- Kadın ise 58, erkek ise 60 yaşını doldurmuş olması ve en az 7000 gün veya
- Kadın ise 58, erkek ise 60 yaşını doldurmuş olması, 25 yıldan beri sigortalı bulunması ve en az 4500 gün MYÖ sigortalı primi ödemiş olmaları şarttır (md. 60/A).

01.05.2008 tarihinden sonra sigortalananlara; kadın ise 58, erkek ise 60 yaşını doldurmuş olmaları ve en az 9000 gün malûllük, yaşlılık ve

ölüm sigortalı primi bildirilmiş olması şartıyla yaşlılık aylığı bağlanır. Ancak, 4/a kapsamında sigortalı sayılanlar için prim gün sayısı şartı 7200 gün olarak uygulanır (md.28).

b) 08.09.1999 Tarihinden Önce Sigortalanan Kadınların Durumu

08.09.1999 tarihinden önce sigortalananmış olanlar için iki temel emeklilik seçeneği vardı. Birincisi, emeklilik yaşı aramayan, kadının 20, erkeğin 25 yıl sigortalı kalması ve 5000 günlük Malullük, Yaşlılık ve Ölüm Sigortalı primine sahip olması şartıyla emekli olabildiği seçenektir. Örneğin, 18 yaşında sigortalı olan bir kadın, en az 5000 gün (13 yıl 10 ay 20 gün) prim ödemişse 20 yıl sonra 38 yaşında iken emekli olabilmektedir. Daha küçük yaşlarda sigortalı olanlar daha da erken yaşlarda “yaşlılık sigortası”ndan aylık alabilmişlerdir. Yaşlılık sigortasının amacına aykırı bu duruma 08.09.1999’den sonra son verilmiştir. 08.09.1999 tarihinden önce sigortalananmış kadınlar için birinci emeklilik seçeneğinde uygulanan emeklilik şartları aşağıda Tablo-1’de gösterilmiştir.

İkinci emeklilik seçeneği, 15 yıldan beri sigortalı olup, kadın ise 50, erkek ise 55 yaşını dolduran ve sigortalılık süresince en az 3600 gün MYÖ sigortalı primi ödemiş bulunan sigortalıların yaşlılık aylığına hak kazanmalarınıdır. 4759 sayılı Kanunla bu emeklilik seçeneği de yeniden düzenlenmiştir. Bu şartları 23.05.2002 tarihinde yerine getiremeyenlerden bu şartları:

- a) 24.05.2002-23.05.2005 tarihleri arasında yerine getirenler kadın ise 52, erkek ise 56 yaşını doldurmuş olmaları,
- b) 24.05.2005-23.05.2008 tarihleri arasında yerine getirenler kadın ise 54, erkek ise 57 yaşını doldurmuş olmaları,
- c) 24.05.2008-23.05.2011 tarihleri arasında yerine getirenler kadın ise 56, erkek ise 58 yaşını doldurmuş olmaları,
- d) 24.05.2011 tarihinden sonra yerine getiren kadınlar 58, 24.05.2011-23.05.2014 tarihleri arasında yerine getiren erkekler 59 yaşını doldurmuş olmaları,
- e) 24.05.2014 tarihinden sonra yerine getiren erkekler 60 yaşını doldurmuş olmaları halinde yaşlılık aylığından yararlanabileceklerdir.

Bu maddeye göre sigortalının yaşlılık aylığına hak kazanacağı kademeli yaş haddi, bu şartlardan (50/55 yaş + 15 yıl + 3600 gün) hangisi en son sağlanmış ise, bunun sağlandığı tarihe göre belirlenecektir.

Örnek: İlk işe giriş tarihi 13.08.1988, doğum tarihi 15.06.1955, 3600 günün tamamlandığı tarih 01.02.1999 olan bir kadın sigortalı, 15 yıllık sigortalı süresini 13.08.2003 tarihinde, 50 yaşını ise 15.06.2005 tarihinde tamamlayacaktır. 3600 gün prim ödeme şartı ise daha önce 01.02.1999 tarihinde yerine gelmiştir. Dolayısıyla, şartlarının tamamının sağlanacağı 15.06.2005 tarihi, Kanunda öngörülen 24.05.2005-23.05.2008 zaman aralığında olduğundan, bu zaman aralığına karşılık gelen 54 yaşını tamamladıktan sonra aylık alabilecektir.

Tablo-1: Kadın Sigortalılar için Kademeli Emeklilik Şartları

İşe Başlama Tarihi	Sigortalılık Süresi (Yıl)	Emeklilik Yaşı	Prim Gün Sayısı
08.09.1981 ve daha öncesi	20	Yok	5000
09.09.1981-23.05.1984	20	40	5000
24.05.1984-23.05.1985	20	41	5000
24.05.1985-23.05.1986	20	42	5075
24.05.1986-23.05.1987	20	43	5150
24.05.1987-23.05.1988	20	44	5225
24.05.1988-23.05.1989	20	45	5300
24.05.1989-23.05.1990	20	46	5375
24.05.1990-23.05.1991	20	47	5450
24.05.1991-23.05.1992	20	48	5525
24.05.1992-23.05.1993	20	49	5600
24.05.1993-23.05.1994	20	50	5675
24.05.1994-23.05.1995	20	51	5750
24.05.1995-23.05.1996	20	52	5825
24.05.1996-23.05.1997	20	53	5900
24.05.1997-23.05.1998	20	54	5975
24.05.1998-23.05.1999	20	55	5975
24.05.1999-08.09.1999	20	56	5975
09.09.1999-30.04.2008	-	58	7000
01.05.2008- 31.12.2035*	-	58	7200

*Bu tarihler arasında 7200 günün tamamlanması halinde

Ancak yaş hadlerinin uygulanmasında belirtilen prim gün sayısı şartının doldurulduğu tarihte geçerli olan yaş hadleri esas alınır. Yani sigortalı primini dolduramazsa emeklilik yaşı 65'e kadar çıkabilir. Yani 5510 sayılı Kanunla yapılan reformda emeklilik yaşının değişmediğini, 1999 reformunda 4447 sayılı Kanunla kadın için 58, erkek için 60 olarak öngörülen yaşlara dokunulmadığını söyleyenler kamuoyunu yanıltmaktadırlar. 60 ila 65 arasında değişen yeni emeklilik yaşlarının 2036'dan sonra ilk defa sigortalı olanlara uygulanacağı yanlış algısı ile kamuoyunun tepkisi engellenmek istenmiştir. Gerçekte ise, bugün sigortalı olanlar 2035 sonuna kadar 7200 gün primi tamamlayamazlarsa, tabi olacakları emeklilik yaşı aşağıda Tablo-2'de gösterildiği gibi 65'e kadar çıkmaktadır.

Tablo-2: Prim Şartını 2035 Yılı Sonuna Kadar Dolduramayanların Tabi Olacağı Emeklilik Yaşları

- 01.01.2036 ilâ 31.12.2037 tarihleri arasında kadın için 59, erkek için 61,
- 01.01.2038 ilâ 31.12.2039 tarihleri arasında kadın için 60, erkek için 62,
- 01.01.2040 ilâ 31.12.2041 tarihleri arasında kadın için 61, erkek için 63,
- 01.01.2042 ilâ 31.12.2043 tarihleri arasında kadın için 62, erkek için 64,
- 01.01.2044 ilâ 31.12.2045 tarihleri arasında kadın için 63, erkek için 65,
- 01.01.2046 ilâ 31.12.2047 tarihleri arasında kadın için 64, erkek için 65,
- 01.01.2048 tarihinden itibaren ise kadın ve erkek için 65 olarak uygulanır

2. Kadınlar Doğum Borçlanması Yoluyla Dört Yıl Erken Emekli Olabilirler

Primsiz geçen analık izin sürelerinin borçlanması ve doğum borçlanması 5510 sayılı Kanunla getirilmiş olumlu bir yenilik olarak alkışlanmalıdır. Ancak SGK başından beri kadın sigortalıların bu yasal hakkını sürüncemede bırakan ve zora sokan kanunsuz uygulamaları ile hem sigortalıları üzmüş hem de mahkemeleri gereksiz yere uğraştırmıştır. Kanun yürürlüğe girdiği halde, bilgisayar programının ve tebliğin hazır olmadığı gerekçesiyle sigortalıları ay-

larca oyalayan SGK yönetimi, arkasından kanuna aykırı genelgeler ile olumsuz tutumunu sürdürmüştür.

Doğum yapan kadınlar borçlanma yaparak dört yıl daha erken emekli olabilmektedirler. 01.10.2008'de yürürlüğe giren 5510 sayılı Kanun ile kadın sigortalılar; ilk defa sigortalı olarak çalışmaya başladıkları tarihten sonra iki defaya mahsus olmak üzere doğum yaptıkları tarihten itibaren geçen en fazla 2 yıllık süreleri, bu sürede adlarına prim ödenmemiş olması kaydıyla ve çocuklarının yaşaması şartıyla borçlanabilmektedirler.

Kanunlar gereği verilen ücretsiz doğum ya da analık izni süreleri ile sadece 4/a kapsamındaki sigortalı kadının, ilk defa sigortalı olarak çalışmaya başladığı tarihten sonra iki defaya mahsus olmak üzere doğum tarihinden itibaren geçen iki yıllık süreyi geçmemek kaydıyla iş sözleşmesine dayanarak işyerinde çalışmaması ve çocuğunun yaşaması şartıyla talepte bulunan süreler borçlanma kapsamına alınmıştır (md.41). Sayın Başbakanın üç çocuk tavsiyesiyle bağdaşmasa da borçlanılacak doğum sayısı ve her doğum için 2 yıldan toplam 4 yılı bulabilen doğum borçlanması sürelerini makul buluyoruz.

4/b'li kadınların borçlanma hakkı, Kanunda zikredilmedikleri için, tanınmamıştır. Kanımızca bu doğrudur. Zira bağımsız çalışan kadın sigortalının doğum sebebiyle prim ödeme imkânından yoksun olduğu söylenemez. 4/c'li kadınlar için de borçlanma söz konusu değildir, çünkü doğum yüzünden primsiz geçen bir süre yoktur.

SGK uygulamasına göre, 4/a'lı kadının doğum nedeniyle çalışmadığı iki yıllık süreyi borçlanabilmesi için;

- Sigortalı kadının doğumdan önce 4/a kapsamında tescil edilmiş olması ve adına kısa ya da uzun vadeli sigorta kolları yönünden prim ödenmiş olması,

- Doğumdan sonra adına prim ödenmemesi ve borçlanacağı sürede çocuğunun yaşaması gerekmektedir.

Kanunda olmadığı halde SGK tarafından 26.12.2008 tarihli ve 2008/111 sayılı Genelge ile aranan "doğumun çalıştığı işinden ayrıldıktan sonra 300 gün içinde gerçekleşmesi" şartı

kaldırılmıştır. İşyerinden belge getirilmesinin istenmesinden, isteğe bağlı sigortalılara borçlanma hakkının kanunsuz biçimde engellenmesinden de 16.09.2010 tarihli ve 2010/106 sayılı Genelge ile vazgeçilmiştir. Ancak, doğum borçlanmasındaki yanlışlar ve adaletsizlikler son bulmuş değildir.

Doğum borçlanmasını askerlik borçlanmasıyla paralel düşünmek gerekir. Gerçekten askerlik yapmaları söz konusu olmayan ama doğum yaptıkları için "doğum borçlanması" yapan kadın sigortalılar ile doğurmaları söz konusu olmadığı, doğum borçlanması yapamayan ama askerlik yaptıkları için "askerlik borçlanması" yapan erkek sigortalılar arasında kadınlar aleyhine, açık kanun hükmüne rağmen yapılan ayırmacılığı onaylamak mümkün değildir. Nasıl ki sigorta başlangıcından önceki askerlik süreleri bile borçlanılabiliyor ve sigorta başlangıç tarihini borçlanılan süre kadar geriye götürerek hem sigortalılık süresini hem de prim ödeme gün sayısını arttırıyorsa, doğum borçlanmasında da aynı esasın uygulanması gerekir. Oysa SGK, sadece doğumdan önce tescil edilmiş olmakla da yetinmeyip adına prim (bildirilmiş bile değil) ödenmiş olmasını şart kılmaktadır. Kanunda açık bir şekilde, sigortalılığın başlangıç tarihinden önceki süreler için borçlandırılma halinde, sigortalılığın başlangıç tarihinin, borçlandırılan gün sayısı kadar geriye götürüleceği belirtilmiş olmasına rağmen, annelere bu hakkı vermemekte ısrar eden SGK hakkında mahkemeye gitmekten başka çare yok gibi gözüküyor.

Doğum borçlanması talebinde bulunan kadın sigortalıların doğum yaptığı tarihten sonra adına prim ödenmiş süreler borçlanma hesabında dikkate alınmayacak, doğum borçlanması yapılacak sürede çocuğun vefat etmesi halinde vefat tarihine kadar olan süreler borçlandırılacaktır. İlk doğumunu yaptıktan sonra iki yıl dolmadan ikinci doğumunu yapan kadın sigortalı, ilk doğumdan ikinci doğuma kadar geçen süre ile ikinci doğum için borçlanabileceği iki yıllık sürenin toplamı kadar geçen süreyi borçlanabilecektir.

Konunun daha iyi anlaşılabilmesi için 2010/106 sayılı Genelge ile verilen örneklerden bazılarını aşağıya alıyoruz:

Örnek 1- 01.05.1993 tarihinde 506 sayılı Kanun kapsamında çalışmaya başlayan sigortalı (A)'nın 25.12.1995 tarihinde zorunlu sigortalılığı sona ermiştir. Sigortalı (A), 12.07.1990 ve 18.06.1997 tarihlerinde doğum yapmış olup sigortalı çalışmaya başladığı tarihten sonra 18.06.1997 tarihinde yapmış olduğu doğumu müracaatı halinde borçlanabilecek, tescil tarihinden önce 12.07.1990 tarihinde yapmış olduğu doğum borçlanma kapsamında değerlendirilmeyecektir.

Örnek 2- 31.12.1988 tarihinde 506 sayılı Kanun kapsamında çalışmaya başlayan sigortalı (B)'nin 01.07.1989 tarihinde sigortalılığı sona ermiş, 06.07.1989 tarihi itibarıyla 1479 sayılı Bağ-Kur Kanunu kapsamında çalışmaya başlamış olup bu kapsamdaki sigortalılığı halen devam etmektedir. Sigortalı 21.11.1986 ve 14.12.2000 tarihlerinde 2 doğum yapmıştır. Doğum borçlanması için müracaatta bulunan sigortalı, birinci doğumunun işe girdiği tarihten önce, ikinci doğumunun ise 1479 sayılı Kanuna tabi sigortalı iken gerçekleşmesi nedeniyle borçlandırılmayacaktır.

3. Malul Çocuğu Bulunan Kadınlar Daha Erken Emekli Olabilmektedirler

Emeklilik veya yaşlılık aylığı bağlanması talebinde bulunan kadın sigortalılardan başka birinin sürekli bakımına muhtaç derecede malûl çocuğu bulunanların, 5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 01.10.2008 tarihinden sonra geçen prim ödeme gün sayılarının dörtte biri, prim ödeme gün sayıları toplamına eklenir ve eklenen bu süreler emeklilik yaş hadlerinden de indirilir (md.28/8).

Malûl çocuğun ölümü veya bakıma muhtaçlığının kalkması halinde, 01.10.2008'den ölüm tarihine veya bakıma muhtaçlığın kalktığına karar verilen Sağlık Kurulu Rapor tarihine kadar geçen hizmetlerin dörtte biri prim ödeme gün sayısına eklenir ve emeklilik yaş hadlerinden indirilir.

“Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliği” 15. maddesinde sigortalıların ve özürülü çocukları-

nın başka birinin sürekli bakımına muhtaç durumda sayılacağı hâller gösterilmiştir⁵.

4. Kadınlar Kaç Yaşında Olursa Olsunlar Ölüm Aylığı/Geliri Bakımından Yetim Sayılmaktadırlar

Ölen sigortalının erkek çocuklarına üniversite okumaları şartıyla en çok 25 yaşına kadar aylık bağlanmaktadır. Bu yaştan sonra aylığının devam edebilmesi için erkek çocuğun malûl sayılmayı gerektirecek kadar işgücü kaybı olması gerekmektedir. Ancak kadınlar evlenmedikleri veya dul ya da boşanmış oldukları sürece kaç yaşında olurlarsa olsunlar ölüm aylığından yararlanabilmektedirler. Ana/babasından dolayı aylık bağlanana Genel Sağlık Sigortası kapsamında Kurumca sağlık yardımı yapıldığından ilerleyen yaşlarda sağlıktan ücretsiz yararlanmanın ne kadar önemli olduğu ortadadır.

5. Bekâr Kız Çocuklar Kaç Yaşında Olursa Olsunlar Genel Sağlık Sigortası Yardımlarından Yararlanabilirler

01.10.2008 günü ve öncesine ana veya babası üzerinden sağlık yardımı alan kızlar yaşları kaç olursa olsun, evlenmedikleri veya işe girmedikleri sürece ölüncüye kadar ana babaları üzerinden prim ödemedi sağlık yardımı alabiliyorlardı. Ancak, bir gün dahi olsa işe girip çıksalar, evlendikten sonra boşanıp baba evine gelseler ana-baba üzerinden sağlık yardımı alma hakları olmuyordu. Kamuoyundan gelen yoğun baskılar sonrasında, TBMM'de kabul gören 6111 sayılı “Torba Kanun” ile 5510 sayılı Kanunun geçici 12. maddesinde şöyle bir değişiklik yapıldı: “Ancak durumlarında değişiklik olduğunda sağlık hizmetlerinden yararlanma koşulları bu Kanun hükümlerine göre yeniden belirlenir.” cümlesinden sonra gelmek üzere “Kız çocuklarının durum değişikliklerinin ortadan kalkması halinde, bu kişiler tekrar ilgili kanunlarına göre bakmakla yükümlü olan kişi sayılır.” cümlesi eklendi. Yeni duruma göre; 01.10.2008 günü ana veya babası üzerinden sağlık yardımı alan kız çocukları bundan

sonra işe girip çıksalar, evlenip boşanıp tekrar baba evine dönseler bile eski kanunlardan yararlanıp, ana-babaları üzerinden sağlık yardımı alabileceklerdir⁶.

Yani anne babası sağ olan ve 01.10.1990'dan önce doğmuş kız çocuklarından 25 yaşını aşmış olanlar için dahi sağlık yardımı alabilmeleri için GSS primi ödemeleri gerekmeyecektir. Ancak 01.10.1990'dan sonra doğanlar için öğrenim ve yaş sınırlarını geçtiklerinde GSS primi söz konusu olacaktır.

6. Koruma Altına Alınan Kadınlar da Genel Sağlık Sigortasından Yararlanabilirler

6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun, şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi bulunan kadınların, korunması ve bu kişilere yönelik şiddetin önlenmesini amaçlamakta ve 19. maddesiyle de bu kişilerin genel sağlık sigortası kapsamına alınmalarını düzenlemektedir.⁷

Bu maddeye göre hakkında koruyucu tedbir kararı verilen kişilerden genel sağlık sigortalısı olmayan ve genel sağlık sigortalısının bakmakla yükümlü olduğu kişi kapsamına da girmeyen veya genel sağlık sigortası prim borcu sebebiyle fiilen genel sağlık sigortasından yararlanamayan ya da diğer mevzuat hükümleri gereğince tedavi yardımından yararlanma hakkı bulunmayanlar; bu hâllerin devamı süresince 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 60. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinin (1) numaralı alt bendi kapsamında, gelir testine tabi tutulmaksızın genel sağlık sigortalısı sayılır demektir. Yani gelir testine tabi tutulmadan, gelirin asgari ücretin üçte birinden az olarak kabul edilmesi ve (eski yeşil kartlılar gibi) tescil edilerek sağlık hizmetlerinden faydalandırılmaları gerekmektedir. Ayrıca, bu Kanun hükümlerine göre hakkında önleyici tedbir kararı verilen kişinin aynı zamanda rehabilitasyonunun veya tedavi edilmesinin gerekli olduğuna karar verilmesi hâlinde, genel sağlık sigortası kapsamında karşılanmayan rehabilitasyon hizmetlerine yönelik giderler ile rehabilitasyon hizmetleri kapsamında verilmesi

gereken diğer sağlık hizmetlerinin giderlerinin Bakanlık bütçesinden karşılanacağı hüküm altına alınmıştır.

7. Kadın Çiftçilerin Sosyal Güvenliklerinin Sağlanmasında Aile Reisi Olmaları Koşulu Kaldırılmıştır

Kendi nam ve hesabına tarımsal faaliyette bulunan kadın çiftçilerin sigorta kapsamında sayılması için aranan aile reisi olmaları koşulunun 24.07.2003 tarihli ve "4956 sayılı Esnaf ve Sanatkârlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanununun ve Tarımda Kendi Adına ve Hesabına Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi, Yürürlükten Kaldırılması ve Bu Kanunlara Geçici Maddeler Eklenmesi Hakkında Kanun" ile 2 Ağustos 2003 tarihi sonrasına uygulanmayacağı hükme bağlanmıştır. Bununla birlikte 26 Ocak 2012 tarihli ve 6270 sayılı "Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" ile söz konusu koşulun 2 Ağustos 2003 tarihi öncesi için de uygulanmayacağı hükme bağlanmıştır.

8. Yurtdışı Hizmet Borçlanması Yapacak Kadınlarda Çalışma Şartı Aranmamaktadır

Erkeklerin yurtdışında geçen süreleri borçlanarak emekli olabilmesi için hizmet akdi kapsamında fiilen bir işte çalışması ve bunu belgelendirmesi gerekirken; kadınlar için böyle bir şart bulunmamaktadır. Kadınlar 18 yaşını doldurduktan sonra yurtdışında geçen sürelerin tamamını veya diledikleri kadarını herhangi bir şart aranmaksızın borçlanabilmektedirler.

9. Ev Kadınları İsteğe Bağlı Sigorta Yoluyla Sosyal Güvenliklerini Sağlayabilirler

Ülkemizde ekonomik ve sosyal nedenlerle pek çok evli veya evlenmemiş kadın çalışma hayatının dışında kalmaktadır. Güzel Türkçemizde "ev kadını" denilen bu kadınlar isteğe bağlı sigortalı olmak için SGK'ya başvurup

primlerini ödeyerek sosyal güvenliklerini sağlayabilirler. Ancak, isteğe bağlı sigortalılık olanağı, primlerin yüksekliği, prim ödemede eşe bağımlı olma ve yeterli bilgi sahibi olmama gibi nedenlerle sınırlı kalmaktadır. Ev kadınları, isteğe bağlı sigortalılık ile hem emeklilik hakkını elde edebilecekler, hem de gerek prim öderken, gerekse emekli olduktan sonra genel sağlık sigortası kapsamındaki tüm sağlık yardımlarından yararlanabileceklerdir.

18 yaşını doldurmuş, Türkiye'de ikamet eden ve çalışmayan tüm ev kadınları (yabancı uyruklu olanlar dahil) isteğe bağlı sigortalı olabilirler. Aylık 300 TL civarında prim ödeyerek sosyal güvenliklerini sağlayabilirler. 1 ay prim ödedikten sonra da sağlık yardımlarından da yararlanmaya başlayacaklardır.

İsteğe bağlı sigortalılık 4/b (eski Bağ-Kur) statüsünde sayılmaktadır. Yani, isteğe bağlı sigortalı ev kadınları, Bağ-Kur sigortalıları için öngörülen şartlarla emekli olabileceklerdir. Örneğin, isteğe bağlı sigortalılığa 2012 yılından itibaren aralıksız prim ödeyen ev kadınları 2037 yılında 59 yaş ve 9000 prim ödeme gün sayısı şartlarını yerine getirerek emekli olabileceklerdir. İsteğe bağlı sigortalılığa prim ödeyen ileri yaştaki ev kadınları 2036 yılına kadar olan sürede 61 yaş ve 5400 prim ödeme gün sayısı (15 yıl) şartlarını yerine getirerek emekli olabileceklerdir. Örneğin, bugün 47 yaşında olan bir ev kadını 2012'den itibaren isteğe bağlı sigortalılığa prim ödemesi durumunda, 15 yıl sonra hem prim gün sayısını (5400 gün), hem de yaşını (61 yaş) doldurmuş olacağından 2027 yılında emekli olabilecektir.

Daha önce az süreli çalışması olup da daha sonra çalışmayan ev kadınlarının emeklilik şartları diğerlerine göre daha uygun şartlara tabidir. Zira, bunların geçmiş yıllardaki çalışmaları 2008 yılı Mayıs ayından önce ise, önceki Kanun hükümlerine göre emeklilik şartları belirlenecektir. Başka bir ifadeyle, yeni kanundaki emeklilik yaş artışlarından etkilenmeyeceklerdir. Ancak, bu durumda olan ev kadınlarından daha önce SSK, Bağ-Kur veya Emekli Sandığı'na tabi olarak çalışmış olanların 4/a (SSK) şartlarına göre emekli olabilmeleri için prim gün sayılarını doldurmalarına 3,5 yıl

kala isteğe bağlı sigortalılıktan ayrılarak, kalan 3,5 yılı bir işverene tabi olarak 4/a statüsünde çalışarak doldurmaları gerekmektedir. Zira, 01.05.2008 tarihinden önce sigortalı çalışması olanların 4/a, 4/b, 4/c statülerinden hangisinden emekli olacaklarının belirlenmesi, emeklilikten önceki primi ödenmiş son 7 yılda en fazla prim ödenen statüye bakılarak yapılmaktadır. İsteğe bağlı sigortaya ödenen primler 4/b (Bağ-Kur) statüsünde kabul edildiğinden ve emeklilik şartları 4/a'ya göre daha zor şartları içerdiğinden, 4/a statüsünden daha kolay şartlarla emekli olabilmek için emeklilikten önceki son 7 yılın 3,5 yılının 4/a sigortalısı olarak prim ödenip tamamlanması gerekmektedir.

Örnek: 1991/Nisan-1993/Aralık döneminde toplam 520 günü bulunan bir ev kadını 2012 yılına kadar çalışmamış ve isteğe bağlı primi de ödememiştir. 2012 yılının Mart ayından itibaren sürekli olarak isteğe bağlı prim ödemesi durumunda, isteğe bağlı sigortaya ödenen primler 4/b, yani Bağ-Kur kapsamında sayılacağından, emeklilik şartları 55 yaş ve 20 yıl (7200 prim ödeme gün sayısı karşılığı) hizmet süresi olacaktır. Bu ev kadını isteğe bağlı sigortaya prim ödemeye başladıktan sonra, prim ödeme gün sayısını doldurmaya 3,5 yıl kala isteğe bağlı sigortadan ayrılıp, son 3,5 yılını SSK kapsamında bir işyerinde çalışırsa, bu defa emeklilik şartları 4/a'ya (eski SSK sigortalılığına) göre belirlenecek ve 20 yıl sigortalılık süresi, 47 yaş ve 5450 prim ödeme gün sayısı tamamlayarak daha kolay emekli olabilecektir⁸.

Daha önce SSK, Bağ-Kur veya T.C. Emekli Sandığı'na tabi olarak çalışmış olan ev kadınlarının, emeklilik için gerekli prim gün sayılarını doldurmalarına 3,5 yıldan az bir süre kalmış ise, bu eksik günlerini isteğe bağlı sigorta yoluyla tamamlayarak, yine 4/a statüsünden emekli olabilmeleri mümkündür. Yeter ki son 3,5 yılda 4/a ağırlıkta olsun.

10. El Sanatları ile Uğraşan Ev Kadınları Daha Az Primle İsteğe Bağlı Sigortalı Olabilirler

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağ-

lık Sigortası Kanunu'nun Geçici 16. maddesine göre hizmet akdiyle herhangi bir işverene tabi olmaksızın sürekli ve kazanç getirici nitelikte evde el sanatları ile uğraşan ev kadınlarının daha az prim ödeyerek isteğe bağlı sigortalılık yoluyla emeklilik hakkını elde etme ve sağlık yardımlarından yararlanma hakları bulunmaktadır. Bu haktan yararlanmak için vergi dairelerinden evde el sanatları ile uğraşıldığına dair belge alınıp Sosyal Güvenlik Kurumu'na ibraz edilmesi ve primlerin her ay ödenmesi yeterlidir.

Bu belgeyi alan ev kadınları her ay 30 gün prim ödemek yerine 2012 yılı için 19 gün, 2013 yılı için 20 gün, 2014 yılı için 21 gün, 2015 yılı için 22 gün, 2016 yılı için 23 gün, 2017 yılı için 24 gün, 2018 yılı için 25 gün, 2019 yılı için 26 gün, 2020 yılı için 27 gün, 2021 yılı için 28 gün, 2022 yılı için 29 gün, 2023 ve sonraki yıllar için 30 gün prim ödeyerek her ay 30 gün sigortalılık hizmeti kazanacaklardır.

İsteğe bağlı sigortalılıkta normalde 30 gün sigortalılık hizmeti için 30 gün üzerinden prim ödenmesi gerekmektedir. Oysa, evde el sanatları ile uğraşan ev kadınları için getirilmiş olan isteğe bağlı sigortalılıkta 2023 yılına kadar daha az miktarda prim ödenerek, emeklilik için her ay 30 gün sigortalılık hizmeti kazanılmaktadır.

11. Hiçbir Sosyal Güvenliği Bulunmayan Ev Kadınları da Genel Sağlık Sigortası Sağlık Yardımlarından Yararlanabilir

Ev kadınları sigortalı eşleri veya çocukları dolayısıyla Genel Sağlık Sigortası yardımları alabilirler ve kendilerinin ayrıca GSS primi ödemesi gerekmez. Çalışmaya başladıklarında ise, kendileri sigortalı konumuna gelecekları için ancak GSS primi ödeyerek sağlık yardımı alabileceklerdir. Bu durumun kadın istihdamını teşvik eden düzenlemelerle çeliştiği söylenebilir. Eşlerinden veya çocuklarından dolayı sağlık yardımlarından yararlanan kadınların, çalışmaya başlasalar dahi, GSS primi ödemediği aynı yardımlardan yararlanmalarının sağlanması yolundaki bir kanun değişikliği, kadın istihdamının artırılmasına hizmet edecektir.

Sağlık yönünden hiçbir sosyal güvencesi bulunmayan, yani eşinden veya çocukların-

dan dolayı sağlık yardımı almayan ev kadınları, genel sağlık sigortası kapsamındaki sağlık yardımlarından, gelir durumlarına göre primleri Devlet veya kendileri tarafından ödenerek yararlanabilirler.

Bu durumda olan ev kadınlarının sağlık yardımlarından yararlanabilmeleri için buldukları yerdeki Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarına müracaat ederek gelir testine tabi tutulmaları gerekmektedir. Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları tarafından ailede yaşayan tüm aile fertlerinin gelir ve harcamaları dikkate alınarak gelir testi yapılacak ve gelir testi sonucunda aile içinde kişi başına düşen gelirin, asgari ücretin 1/3'ünden az olması halinde, sağlık primleri Devlet tarafından karşılanarak sağlık yardımlarından yararlanma hakkını elde edeceklerdir.

-Kişi başına düşen gelirin asgari ücretin 1/3'ü ile asgari ücret arasında olması halinde ise, asgari ücretin 1/3'ü matrah alınarak % 12 oranında genel sağlık sigortası primi ödeyerek,

-Kişi başına düşen gelirin asgari ücret ile asgari ücretin iki katı arasında olması halinde ise asgari ücret matrahı üzerinden % 12 oranında genel sağlık sigortası primi ödeyerek,

-Kişi başına düşen gelirin asgari ücretin 2 katından fazla olması halinde ise, asgari ücretin 2 katı matrah alınarak % 12 oranında genel sağlık sigortası primi ödeyerek, sağlık yardımlarından yararlanabileceklerdir.

Örnek: Gerek kendisi, gerekse eşi çalışmayan, 18 yaşından küçük bir de çocukları olan bir ev kadını 2012 yılında gelir testi için Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfına başvurmuş olsa ve yapılan gelir testi sonucunda da toplam aylık gelirlerinin 700.-TL olduğu tespit edilmiş olsa, kişi başına düşen aylık gelirleri asgari ücretin 1/3'ünden az olacağından, tüm aile fertlerinin GSS primleri Devlet tarafından ödenerek genel sağlık sigortası kapsamındaki sağlık yardımlarından yararlanma hakkı elde edeceklerdir.

12. Ölüm Aylığı Alan Yetim Kızlar Bir Defaya Mahsus Evlenme Ödeneği Alabilirler

Sigortalıların "çeyiz parası" olarak andığı

“evlenme ödeneği”, sosyal güvenlik kapsamında anne veya babasından gelir/aylık alan kız çocuklarının evlenmeleri halinde yapılan parasal yardımı ifade etmektedir. Erkek çocukların böyle bir hakkı bulunmamaktadır. Dul eşlerin de tekrar evlenmeleri halinde evlenme ödeneği alması söz konusu değildir.

Evlenme ödeneğinin miktarı SGK'dan alınmakta olan en son gelir veya aylığının 2 yıllık tutarı, yani 24 katıdır. Bu miktar peşin ve bir defada verilmektedir. Kız çocuğunun evlenmesi halinde SGK'dan almakta olduğu gelir veya aylığı kesilmektedir.

Kız çocuğuna aslında iki yıllık gelir veya aylığı peşin olarak verildiğinden, varsa aynı dosyadan gelir veya aylık alan anne, kardeş ve dede-ninenin gelir ve aylıklarının artma durumu evlenme tarihinden itibaren ikinci yılın sonunda gerçekleşecektir.

Kız çocuğunun boşanması halinde tekrar gelir veya aylığı 2 yıl tamamlandıktan sonra bağlanmaktadır. Çünkü iki yıllık gelir veya aylığını peşin almıştır.

Evlenme ödeneği alan kız çocuğu iki yıl sonra boşanır ve çalışmaya da başlarsa gelir veya aylığı tekrar bağlanır mı? Kız çocuklarına ölüm geliri veya aylık bağlanması şartları arasında “çalışmama” hali de sayıldığından, bu durumda olan kız çocuğuna tekrar gelir ve aylık bağlanmayacak, ancak işten ayrılması durumunda gelir ve aylık bağlanması söz konusu olacaktır.

Evlenme yardımı alan kız çocuğu, eşinden dolayı sağlık yardımlarından yararlanamıyorsa, kendisi üzerinden iki yıl boyunca sağlık yardımlarından da yararlanabilecektir.

Kız çocuklarının evlenme ödeneğinden yararlanabilmeleri için bulunulan yerdeki SGK İl Müdürlüğü veya Sosyal Güvenlik Merkez Müdürlüklerinden yazılı talepte bulunmaları gerekmektedir. Evlenme ödeneği 5 yıl içerisinde talep edilmezse, ödeneğin alınması hakkı kaybolur⁹.

V. SONUÇ

2006'da kaybettiğimiz rahmetli gazeteci-yazar Duygu Asena “Kadının Adı Yok!” demişti. Maalesef kadının sosyal güvenliği de yok! Çünkü kadın istihdamı çok düşüktür ve istihdam-

da yer alan 100 kadından 57,8'i herhangi bir sosyal güvenlik kurumuna kayıtlı olmaksızın çalışmaktadır. Yukarıda kadınlara özgü sosyal güvenlik düzenlemelerini okudunuz. Ancak tüm bunlar işi olan kadınlar içindir. İşgücüne katılması gereken kadın nüfusunun % 70'i iş gücünün dışında iken ve işgücüne katılanların da yarıdan fazlası sigortasız iken, maalesef kadının sosyal güvenliğinin varlığından söz edilemez.

DİPNOTLAR

- 1 T.C. AİLE VE SOSYAL POLİTİKALAR BAKANLIĞI, Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, Türkiye'de Kadının Durumu, Ankara Nisan 2012, s.1.
- 2 Türkiye'de Kadının Durumu, s.24.
- 3 Türkiye'de Kadının Durumu, s.25.
- 4 Geniş bilgi için bkz. Müjdat ŞAKAR, Sosyal Sigortalar Uygulaması, 10. Baskı İstanbul 2011, s.260 vd.
- 5 Kuadrupleji, parapleji, dipleji ve sigortalının yaşamını kendi başına yürütmesine engel hemipleji veya merkezi sinir sisteminin sfinkter bozuklukları ile birlikte olan diğer hastalık ve arızalar; süreli veya sürekli ruh sağlığı ve hastalıkları kliniğinde kalmayı gerektiren ve tedavi edilemeyen psiko-tik hastalıklar; iki gözde de yüzde yüz (tam) görme kaybı. İki elin kaybı. Bir kolun omuzdan ve bir bacağın kalçadan kaybı. Her iki bacağın alttan en az 1/3'ünün kaybı. Tedavisi olanaksız bir hastalıktan ileri gelen ağır beslenme bozuklukları ve kaşeksiler.
- 6 Bkz. Ali TEZEL, “Eski Kızlar Kurtuldu Yeni Kızlar Kurtulamadı”, <http://www.aliteznel.com/tezel/index.php?sid=yazi&id=4328.%2810.02.2011%29>
- 7 RG.20.03.2012 - 28239.
- 8 Bkz. Celal ÖZCAN, “Ev Kadınları Sosyal Güvenliklerini Nasıl Sağlayabilir?” <http://t24.com.tr/yazi/ev-kadinklari-sosyal-guvenliklerini-nasil-saglayabilir/4761>
- 9 Bkz. Celal ÖZCAN, “10 Soruda Evlenme Ödeneği (Çeyiz Parası)”, <http://t24.com.tr/yazi/10-soruda-evlenme-odeneği-ceyiz-parası/5456>

Murat UĞUR

İstanbul/ Gaziosmanpaşa Sosyal Güvenlik Merkezi Müdür Yardımcısı

5510 Sayılı Kanuna Göre İşverenlerin Ödemesi Gereken Prime 4447 Sayılı Kanunun Geçici 10. Maddesi ile Getirilen Teşvikten Yararlanabilme Şartları

1- GİRİŞ

Ülkemizde kadınların ve gençlerin işgücüne katılımını ve istihdamını artırmak, yeni istihdam yaratılmasını teşvik etmek ve çalışanların vasıflarını yükselterek, mesleki ve teknik eğitimi özendirmek, kalite ve etkinliğini artırmak amacıyla çeşitli tarihlerde yapılan çok sayıda yasal düzenlemelerle, çoğu birbiriyle örtüşecek şekilde istihdam teşvik ve destekleri getirilmiştir. Bu destek ve teşviklere bakıldığında;

- Bir kısmının geçici süre ile yürürlükte olduğu, bir kısmının ise devamlı olduğu,

- Bir kısmı sosyal güvenlik mevzuatında düzenlenmişken, bir kısmının da başka mevzuatta düzenlenmiş olduğu görülmektedir. Bu durum mevzuatın hem izlenmesini güçleştirmekte, hem de yapılacak tercihleri zorlaştırmaktadır.

Ancak;

6111 sayılı Torba Kanun'la gelen çok önemli bir düzenleme olan Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun

ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile;¹ 4447 sayılı Kanun'a, yeni bir sigorta primi işveren hissesi desteğinin yer aldığı geçici 10 uncu madde eklenmiş olup, yapılan bu düzenlemeler 1/3/2011 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiş bulunmaktadır. Yapılan bu düzenleme sonucu 4447 sayılı Kanun'un geçici 10 uncu maddesinde yer alan işveren hissesi sigorta prim desteğinden Yasada belirtilen kapsamdaki kişileri 1.3.2011 tarihinden itibaren 31.12.2015 tarihine kadar iş alan işverenlere, sigorta primi işveren payı, iş aldıkları kişiye bağlı olarak değişen sürelerle İşsizlik Sigortası Fonu'ndan karşılanacaktır. Yapılan bu düzenleme sonucu yukarıda belirtilen tarihlerde işe alınan bu sigortalıların 18 yaşından büyük olması, işe alındığı tarihten önceki altı aylık dönemde Sosyal Güvenlik Kurumu'na verilmiş olan aylık prim ve hizmet belgelerinde kayıtlı olmaması, fiilen çalışması, özel sektör işverenlerine (4447 sayılı Kanun'un geçici 10 uncu maddesinde öngörülen sigorta primi işveren hissesi desteğinden, ihale konusu işyerleri

hariç olmak üzere, özel sektör işverenlerine ait işyerlerinde çalışan sigortalılardan dolayı yararlanılabilecektir. Destekten genel bütçeye dahil daireler, katma bütçeli idareler, döner sermayeler, fonlar, belediyeler, il özel idareleri, belediyeler ve il özel idareleri tarafından kurulan birlik ve işletmeler, sosyal güvenlik kurumları, bütçeden yardım alan kuruluşlar ile özel kanunla kurulmuş diğer kamu kurum, kurul, üst kurul ve kuruluşları, kamu iktisadi teşebbüsleri ve bunların bağlı ortaklıkları ile müessese ve işletmelerinde ve sermayesinin %50'sinden fazlası kamuya ait olan diğer ortaklıklara ait işyerlerinde çalıştırılan sigortalılardan dolayı ve 2886 sayılı Devlet ihale Kanunu ve 4734 sayılı Kamu ihale Kanunu kapsamındaki alım ve yapım işleri, 4734 sayılı Kanun'dan istisna olan alım ve yapım işleri ile uluslararası anlaşma hükümlerine istinaden yapılan alım ve yapım işlerinde/işyerlerinde çalıştırılan sigortalılardan dolayı, yararlanılması mümkün bulunmamaktadır.) ait işyerlerinde işe başlamış olması, sigortalının başladığı tarihten önceki altı aylık dönemde çalışan sigortalıların ortalamasının üzerinde yani ortalama sigortalı sayısına ilave olarak çalışması, işverenin yasal ödeme süresi geçmiş prim, idari para cezası ve bunlara ilişkin gecikme cezası ve gecikme zammı borcunun bulunmaması, işveren tarafından aylık prim ve hizmet belgelerinin yasal süresi içinde sosyal güvenlik kurumuna verilmiş ve tahakkuk eden sigorta primlerinin yasal süresi içinde ödenmiş olması şartlarının birlikte gerçekleşmiş olması gerekmektedir.

II- TEŞVİKTE FAYDALANAN İŞVERENLERİN AYLIK PRİM VE HİZMET BELGESİNİ VERMESİ

4447 sayılı Kanun'un geçici 10 uncu maddesinde öngörülen sigorta primi işveren hissesi desteğinden yararlanabilmesi için işverenlerin 06111 kanun numarası seçilmek suretiyle düzenlenmiş olan aylık prim ve hizmet belgesinin yasal süresi içinde SGK'ya verilmiş olması gerekmekte olup, 06111 kanun numarası, özel nitelikteki işyeri işverenlerince, 2-7-12-14-19-

20-21-22-23-25-28-41-42-43-44-90-91-92 no.lu belge türü seçilmek suretiyle düzenlenecek olan aylık prim ve hizmet belgeleri için seçilememektedir.

Aylık Prim ve Hizmet Belgesinin Sosyal Güvenlik Kurumuna Verilmesine ve Primlerin Ödenme Sürelerine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğin,² "Aylık prim ve hizmet belgelerinin Kuruma verilme şekli ve süresi" başlıklı bölümünde,

- Toplu iş sözleşmeleri uyarınca geriye yönelik olarak ödenmesine karar verilen ücret farklarına ilişkin ek nitelikteki aylık prim ve hizmet belgelerinin, toplu iş sözleşmesinin imzalandığı tarihi,

- Kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan ve toplu iş sözleşmesi dışında kalan sigortalılar ile özel sektöre ait işyerlerinde sendikalara üye olmamaları sebebiyle toplu iş sözleşmesi kapsamı dışında kalan sigortalılara, geriye dönük ödenmesine karar verilen ücret farklarına ilişkin ek nitelikteki aylık prim ve hizmet belgelerinin, alınan karar tarihini,

- Ücretleri Maliye Bakanlığı'nın vizesine tabi olan personele ödenen ücretlere ilişkin ek nitelikteki aylık prim ve hizmet belgelerinin, vize işleminin gerçekleştiğine ilişkin yazının tarihini,

- Bir aydan fazla istirahat alan sigortalılara Kurum'ca ödenen geçici iş göremezlik ödeneğinin yanı sıra istirahatlarda bulunan süre için işverenlerince toplu iş sözleşmesine dayanılarak ücret ödenmesi hâlinde, bu ücretlere ilişkin ek nitelikteki aylık prim ve hizmet belgelerinin istirahat süresinin sona erdiği tarihi,

- 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21 inci maddesine istinaden iş mahkemelerince veya özel hakem tarafından verilen kararların tebliğinden sonra, on iş günü içinde sigortalı, işe başlamak üzere işverene başvurduğu takdirde, iş mahkemeleri veya özel hakemlerce verilen karar uyarınca ödenmesine karar verilen ücretlere ilişkin ek nitelikteki aylık prim ve hizmet belgelerinin kesinleşen mahkeme kararının sigortalıya tebliğ edildiği tarihi izleyen onuncu iş gününü,

- İdare mahkemesi kararlarına göre görevlerine iade edilen sigortalı personele ödenmesine karar verilen ücretlere ilişkin ek nitelikteki

aylık prim ve hizmet belgelerinin kesinleşen mahkeme kararının idareye tebliğ edildiği tarihi,

- 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4 üncü maddesinin (B) bendi kapsamına giren ve 5510 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde belirtilen sigortalılara enflasyon farkı veya başka ad altında geriye yönelik olarak yapılan ödemelere ilişkin ek nitelikteki aylık prim ve hizmet belgelerinin, ödemenin yapıldığı tarihi,

- Toplu iş sözleşmelerine tabi işyeri işverenlerince veya kamu idarelerince ya da yargı mercilerince verilen kararlara istinaden, hizmet akdinin mevcut olmadığı veya askıda olduğu bir tarihte ödenen ücret dışındaki ödemelere ilişkin ek nitelikteki aylık prim ve hizmet belgelerinin (ücret dışındaki bu ödemeler hizmet akdinin devam ettiği en son ayın kazancına da-

sinin verilme süresi sona erdikten sonra kontrol edilebilmektedir.

Aylık prim ve hizmet belgelerinin verilme süresi sona erdikten sonra yapılan kontroller sonucunda, 4447/Geç.10.md. "Sigortalı Giriş" ekranı vasıtasıyla sisteme tanımladıkları sigortalıları ortalama sigortalı sayısına ilave olarak çalıştırılmadıkları halde, aylık prim ve hizmet belgelerini 06111 nolu Kanun numarasını seçmek suretiyle düzenleyen işverenlerden İşsizlik Sigortası Fonu'ndan karşılanmış olan prim tutarları gecikme cezası ve gecikme zammı ile birlikte geri alınmaktadır. Dolayısıyla, 4447 sayılı Kanun'un geçici 10 uncu maddesinde öngörülen teşvikten yersiz yararlandığı tespit edilen işverenler sonradan 5510 sayılı Kanun'un 81 inci maddesinin birinci fıkrasında öngörülen beş puanlık sigorta prim desteğinden de yararlanamamaktadırlar.

4447 sayılı Kanun'un geçici 10. maddesinde öngörülen teşvikten yersiz yararlandığı tespit edilen işverenler sonradan 5510 sayılı Kanun'un 81. maddesinin birinci fıkrasında öngörülen beş puanlık sigorta prim desteğinden yararlanamamaktadırlar.

hil edilecektir) belirtilen mercilerin kararlarının kesinleşme tarihlerini,

takip eden ayın/dönemin, işyerinin özel nitelikte olması halinde 23'üne, resmi nitelikte olması halinde ise 7'sine kadar, Kurum'a, e-sigorta kanalıyla gönderilmesi veya kağıt ortamında verilmesi halinde yasal süresi içinde verilmiş kabul edileceği öngörülmüştür.

İşverenin aylık prim ve hizmet belgesini süresi içerisinde vererek bu sigorta prim desteğinden yararlanılması sırasında, aranılan şartların sağlanmış olup olmadığı hususu, 06111 nolu Kanun numarası seçilmek suretiyle düzenlenen aylık prim ve hizmet belgesinin onaylanmasından önce sistem tarafından kontrol edilmesine rağmen, sigortalının ortalama sigortalı sayısına ilave olarak çalıştırılıp çalıştırılmadığı hususu aylık prim ve hizmet belgelerinin onaylanmasının ardından, yani aylık prim ve hizmet belge-

4447 sayılı Kanun'un geçici 10 uncu maddesinde öngörülen teşvikten yararlanılması sırasında ortalama sigortalı sayısına ilave olarak çalıştırılıp çalıştırılmadığının aylık prim ve hizmet belgesinin düzenlenmesinden önce işverenlerce kontrol edilmesi ve 4447/Geç.10.md. "Sigortalı Giriş" ekranı vasıtasıyla sisteme tanımlandığı halde, aylık prim ve hizmet belgesinin düzenlendiği dönemde ortalama sigortalı sayısına ilave olarak çalıştırılmayan sigortalıların 06111 nolu Kanun numarası seçilmek suretiyle değil, gerekli şartların sağlanmış olması kaydıyla 05510 nolu Kanun numarası seçilmek suretiyle düzenlenecek aylık prim ve hizmet belgeleri ile Sosyal Güvenlik Kurumu'na bildirimleri gerekmektedir.

İşverenlerin sonradan gecikme cezası ve gecikme zammı ile karşı karşıya kalmamaları için, 4447/Geç.10.md. "Sigortalı Giriş" ekranı vasita-

sıyla sisteme tanımlandıkları sigortalıların ortalama sigortalı sayısına ilave olarak çalıştırılmış olup olmadığını kontrol ederek işlem yapmaları gerekmektedir.

III-ORTALAMA SİGORTALI SAYISININ BELİRLENMESİ

İşverenlerin 4447 sayılı Kanun'un geçici 10 uncu maddesinde öngörülen sigorta prim desteğinden yararlanılabilmesi için aranılan şartlardan birisi de işe alınan sigortalıların, işe alındıkları tarihten önceki altı aylık süreye ilişkin düzenlenen aylık prim ve hizmet belgesinde kayıtlı sigortalı sayısına ilave olarak çalıştırılmalarıdır.

Ortalama sigortalı sayısının tespitinde sigortalının işe başladığı işyerinde işe giriş tarihinden önceki altı ayda asıl ve ek nitelikteki aylık prim ve hizmet belgelerinde kayıtlı sigortalı sayısından, iptal nitelikteki aylık prim ve hizmet belgelerinde kayıtlı sigortalı sayısı düşülmek suretiyle SGK'ya bildirilmiş olan toplam sigortalı sayısının, aynı dönemde SGK'ya bildirim yapılmış ay sayısına bölünmesi suretiyle bulunacaktır. Sigortalıların, ortalama sigortalı sayısına ilave olarak çalıştırılıp çalıştırılmadığının tespiti sırasında, ortalama sigortalı sayısının küsuratlı çıkması halinde, yarıma kadar kesirler dikkate alınmayacak, yarım ve üzerinde olan kesirler ise tama iblağ edilecektir (Ortalama sigortalı sayısının küsurat kısmı 0,01 ila 0,49 arasında ise 0 (sıfır) olarak dikkate alınacak, 0,50 ila 0,99 arasında ise tama iblağ edilecektir.).

Örnek 1- (X) Limited Şirketinin 2012/Nisan ayında (A), (B), (C) ve (D) sigortalılarını işe aldığı ve bu sigortalılardan (A), (B) ve (C) sigortalılarının 4447 sayılı Kanun'un geçici 10 uncu maddesi kapsamına girdiğini kabul edersek, kapsama giren (A), (B) ve (C) sigortalılarından dolayı geçici 10 uncu maddede öngörülen sigorta prim desteğinden, ortalama sigortalı sayısına ilave olarak çalıştırılacakları aylarda yararlanılabilecektir.

Bu sigortalılar yönünden ortalama sigortalı sayısının tespitinde, çalışmaya başladıkları işyerinden işe başladıkları tarihten önce işveren tarafından SGK'ya verilen 2012/Mart, Şubat,

Ocak ve 2011/Aralık, Kasım, Ekim ayları için verilen aylık prim ve hizmet belgesinde kayıtlı sigortalı sayısının ortalaması dikkate alınacaktır. Bu işyerinde;

2012/ Mart ayında	: 8
2012/ Şubat ayında	: 8
2012/ Ocak ayında	: 5
2011/ Aralık ayında	: 4
2011/ Kasım ayında	: 5
2011/ Ekim ayında	: 5

sigortalı çalıştırıldığını varsayarsak, (A), (B) ve (C) sigortalılarının bu sigorta prim desteğinden yararlanması için ortalama sigortalı sayısı;

$$8 + 8 + 5 + 4 + 5 + 5 = 35$$

$35 / 6 = 5,83 = 6$ olacaktır. (Bu hesaplama sırasında, küsurat kısmının 0,01 ila 0,49 arasında olması halinde sıfır olarak dikkate alınmalıdır.)

Örnek 2- Aynı işyerinde 2012/Haziran ayında, şartları taşıyan (E) ve (F) sigortalılarının işe alındığı varsayıldığında, (E) ve (F) sigortalılarına ilişkin ortalama sigortalı sayısı, 2011/Aralık ve 2012/Ocak, Şubat, Mart, Nisan, Mayıs aylarına ait düzenlenen aylık prim ve hizmet belgesinde kayıtlı sigortalı sayısının ortalaması alınmak suretiyle hesaplanacaktır. Söz konusu işyerinde;

2011/Aralık ayında	: 5
2012/Ocak ayında	: 4
2012/Şubat ayında	: 5
2012/ Mart ayında	: 5
2012/Nisan ayında	: 7
2012/Mayıs ayında	: 6

sigortalı çalıştırıldığını varsayıldığında, (E) ve (F) sigortalılarına ilişkin ortalama sigortalı sayısı;

$$5 + 4 + 5 + 5 + 7 + 6 = 32$$

$$32 / 6 = 5,33 = 5$$
 olacaktır.

Örnek 3- Aynı işyerinde 2012/Temmuz ayında, şartları taşıyan (G), (H) ve (L) sigortalıları işe alınmış olsun, (G), (H) ve (L) sigortalılarına ilişkin ortalama sigortalı sayısı, 2012/Ocak, Şubat, Mart, Nisan, Mayıs ve Haziran ayına ilişkin düzenlenen aylık prim ve hizmet belgesinde kayıtlı sigortalı sayısının ortalaması alınmak suretiyle hesaplanacaktır. Bu işyerinde;

2012/Ocak ayında	: 4
2012/Şubat ayında	: 5
2012/ Mart ayında	: 5
2012/Nisan ayında	: 7
2012/Mayıs ayında	: 6
2012/Haziran ayında	: 6

sigortalı çalıştırıldığı varsayıldığında (G), (H) ve (L) sigortalılarına ilişkin ortalama sigortalı sayısı;

$$4 + 5 + 5 + 7 + 6 + 6 = 33$$

$$33 / 6 = 5,50 = 6 \text{ olacaktır.}$$

Bu durumda,

2012/ Nisan ayında işe alınan sigortalılara ilişkin ortalama sigortalı sayısı : 6

2012/ Haziran ayında işe alınan sigortalılara ilişkin ortalama sigortalı sayısı : 5

2012/ Temmuz ayında işe alınan sigortalılara ilişkin ortalama sigortalı sayısı : 6 olacaktır.

Yukarıda belirtilen işyerinde,

maddede öngörülen teşvikten, 2011/Temmuz ayında (G), (H) ve (L) sigortalılarının yalnızca ikisinden dolayı,

yararlanılabilecektir.

Ayrıca;

Yeni işe alınan ve Kanunda aranılan diğer şartlara sahip olan sigortalıların ortalama sigortalı sayısına ilave olarak işe alınmış olup olmadıkları hususu her bir ayda işe alınan sigortalılar için ayrı ayrı belirlenmelidir.

Ortalama sigortalı sayısının tespitine esas olan bazı aylarda sigortalı çalıştırılmamış olması halinde, ortalama sigortalı sayısı, bildirim yapılmış aylardaki toplam sigortalı sayısının bildirimi yapılmış ay sayısına bölünmesi suretiyle hesaplanacaktır.

Kanunun maddesinde aranılan şartlara sahip olan sigortalılar, ortalama sigortalı sayısına ilave olarak işe alınmasalar dahi, sonraki aylarda işyerinde çalışan sigortalı sayısı ortalama

4447 sayılı Kanun'un geçici 10. maddesinde öngörülen sigorta primi işveren hissesi desteğinden alt işverenlerce çalıştırılan sigortalılardan dolayı da yararlanılabilmek mümkündür.

2012/Temmuz ayında 8 sigortalı çalıştırıldığı varsayıldığında;

- 2012/Nisan ayında işe alınan (A), (B) ve (C) sigortalılarına ilişkin ortalama sigortalı sayısının 6 olması ve 2012/Temmuz ayında 8 sigortalı çalıştırılması nedeniyle, geçici 10 uncu maddede öngörülen teşvikten, 2012/Temmuz ayında (A), (B) ve (C) sigortalılarının yalnızca ikisinden dolayı,

- 2012/Haziran ayında işe alınan (E) ve (F) sigortalılarına ilişkin ortalama sigortalı sayısının 5 olması ve 2011/Temmuz ayında 8 sigortalı çalıştırılması nedeniyle, geçici 10 uncu maddede öngörülen teşvikten, 2011/Temmuz ayında (E) ve (F) sigortalılarının her ikisinden dolayı,

- 2012/Temmuz ayında işe alınan (G), (H) ve (L) sigortalılarına ilişkin ortalama sigortalı sayısının 6 olması ve 2011/Temmuz ayında 8 sigortalı çalıştırılması nedeniyle, geçici 10 uncu

sigortalı sayısının üzerine çıktığı takdirde, teşvik kapsamında işe alınan bu sigortalılardan dolayı 4447 sayılı Kanun'un geçici 10 uncu maddesinde öngörülen destekten yararlanılabilecektir.

Ortalama sigortalı sayısının tespitine esas olan altı aylık sürede, gerek işyerinin yeni tes-cil edilmiş olması, gerekse sigortalı çalıştırmaya ara verilmiş olması nedeniyle geriye doğru altı aylık süre içinde sigortalı bildiriminde bulunulmamış olması halinde, sigortalıların, ortalama sigortalı sayısına ilave olup olmadıklarına bakılmayacağından, kapsama giren sigortalıların tamamından dolayı sigorta primi işveren hissesi desteğinden yararlanılabilecektir.

Ortalama sigortalı sayısının tespitine esas olan altı aylık sürede, gerekse destekten yararlanılacak olan aylarda çalışan sigortalı sayısının tespiti sırasında, sosyal güvenlik destek primi-

ne tabi olarak çalışan sigortalılar ile çeşitli nedenlerle ay içinde çalışması bulunmayan ve ücret ödenmeyen (istirahat veya ücretsiz izin gibi nedenlerle aylık prim ve hizmet belgesinde 0 gün ve 0 kazançlı olarak kayıtlı) sigortalılar da hesaplama dahil edilecektir.

1) Alt İşverenlerle İlgili İşlemler

4447 sayılı Kanun'un geçici 10 uncu maddesinde öngörülen sigorta primi işveren hissesi desteğinden alt işverenlerce çalıştırılan sigortalılardan dolayı da yararlanılabilmek mümkündür.

Ancak, bu kapsamda çalıştırılacak sigortalılardan dolayı prim desteğinden yararlanabilmek için, asıl işverenin, hem kendi çalıştırmış olduğu sigortalılardan hem de alt işverenlerin çalıştırmış olduğu sigortalılardan kaynaklanan; her bir alt işverenin ise yalnızca kendi çalıştırmış olduğu sigortalılardan kaynaklanan yasal ödeme süresi geçmiş sigorta primi, işsizlik sigortası primi ve idari para cezası ile bunlara ilişkin gecikme cezası ve gecikme zammı borçlarının bulunmaması ve gerek asıl işverence, gerekse alt işverenlerce çalıştırılan sigortalı sayısının ortalama sigortalı sayısının üzerinde olması gerekmektedir.

(Örneğin: Asıl işverenin 6 aylık sürede SGK'ya 38 sigortalı bildirdiğini, birinci alt işverenin bu altı aylık sürenin 5 ayında 16 sigortalı, ikinci alt işverenin ise bu altı aylık sürenin 2 ayında 25 sigortalı bildirdiğini varsayarsak toplam bildirilen sigortalı sayısının 79 olduğunu ve bu sigortalı sayısının altı aya bölünmesi sonucu $(79/6=13)$ çıkan 13 sigortalıya ilave sigortalı çalıştırılması halinde teşvikten yararlanılabilecektir.)

Aylık prim ve hizmet belgesinin Sosyal Güvenlik Kurumu'na gönderilmesine rağmen, asıl işveren veya alt işverenlerden biri tarafından ödenmesi gereken sigorta primlerinin yasal süresi içinde ödenmemesi halinde, sigorta primlerini süresi içinde ödeyen asıl işveren veya alt işveren ilgili ayda söz konusu destekten yararlanacak, ancak primlerini süresi içinde ödeme-yen asıl işveren veya alt işveren ise yararlanamayacaktır.

2) Destekten Yararlanma Hakkı Bulunmayan Sigortalılar

Bu teşvikten, sosyal güvenlik destek primine tabi çalışanlar, aday çırak, çırak ve öğrenciler, harp malulleri ile 3713 ve 2330 sayılı Kanunlara göre vazife malullüğü aylığı alanlardan yalnızca kısa vadeli sigorta kollarına tabi olanlar, yalnızca işsizlik sigortasına tabi olanlar, yurt dışında çalışanlar, ceza infaz kurumları ile tutukevleri bünyesinde oluşturulan tesis, atölye ve benzeri ünitelerde çalıştırılan hükümlü ve tutuklular, Türkiye İş Kurumu tarafından düzenlenen meslek edindirme, geliştirme ve değiştirme eğitimine katılan kursiyerler ve iş kaybı tazminatı alanlar faydalanmamaktadırlar.

IV-TEŞVİK TEN YARARLANMA SÜRESİ

İşverenler çalıştırmakta oldukları sigortalılar için 4447 sayılı Kanun'un geçici 10 uncu maddesinde öngörülen teşvikten, 18 yaşından büyük olan, işe alındığı tarihten önceki altı aylık dönemde Sosyal Güvenlik Kurumu'na verilmiş olan aylık prim ve hizmet belgelerinde kayıtlı olmayan, fiilen çalıştırılan, özel sektör işverenlerine ait işyerlerinde işe başlamış olan, sigortalının işe başladığı tarihten önceki altı aylık dönemde çalışan sigortalıların ortalama sayısının üzerinde yani ortalama sigortalı sayısına ilave olarak çalıştırılan, işverenin yasal ödeme süresi geçmiş prim, idari para cezası ve bunlara ilişkin gecikme cezası ve gecikme zammı borcunun bulunmaması ve işveren tarafından aylık prim ve hizmet belgelerinin yasal süresi içinde sosyal güvenlik kurumuna verilmiş ve tahakkuk eden sigorta primlerinin yasal süresi içinde ödenmiş olması şartlarının birlikte gerçekleşmiş olması halinde,

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 Kurumu'nca düzenlenen işgücü yetiştirme kurslarını bitirenler için otuzaltı ay süreyle,

3) Mesleki yeterlik belgesi ve mesleki ve

teknik eğitim veren orta veya yüksek öğretimi veya Türkiye İş Kurumu'nca düzenlenen işgücü yetiştirme kurslarına ait belge ve niteliklere sahip olmayanlar için yirmidört ay süreyle,

b) 29 yaşından büyük erkeklerden mesleki yeterlik belgesi sahipleri ve mesleki ve teknik eğitim veren orta veya yüksek öğretimi veya Türkiye İş Kurumu'nca düzenlenen işgücü yetiştirme kurslarını bitirenler için yirmidört ay süreyle,

c) 18 yaşından büyük ve 29 yaşından küçük erkekler ile 18 yaşından büyük kadınların ve 29 yaşından büyük erkeklerden mesleki yeterlik belgesi sahipleri ve mesleki ve teknik eğitim veren orta veya yüksek öğretimi veya Türkiye İş Kurumu'nca düzenlenen işgücü yetiştirme kurslarını bitirenlerin Türkiye İş Kurumu'na kayıtlı işsizler arasından işe alınmaları halinde ilave olarak altı ay süreyle,

ç) 5510 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi 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 yukarıda sayılan şartları taşımayan ancak Türkiye İş Kurumu'na kayıtlı işsizler arasından işe alınmaları halinde altı ay süreyle,

yararlanılabilmektedir.

29 yaşından büyük erkek sigortalılar yönünden;

Geçici 10 uncu maddesinde öngörülen sigorta primi işveren hissesi desteğinden 1/3/2011 ile 31/12/2015 tarihleri arasında işe alınan 29 yaşından büyük erkek sigortalılardan, işe giriş tarihi itibarıyla;

a) Mesleki yeterlik belgesi sahibi veya mesleki ve teknik eğitim veren orta veya yüksek öğretimi ya da Türkiye İş Kurumu'nca düzenlenen işgücü yetiştirme kursunu bitiren ve belgede belirtilen meslek ya da alanlarda işe alınan ve/veya çalıştırılan, ancak Türkiye İş Kurumu'na kayıtlı işsiz olmayanlardan dolayı, yirmidört ay süreyle,

b) Mesleki yeterlik belgesi sahibi veya mesleki ve teknik eğitim veren orta veya yüksek öğretimi ya da Türkiye İş Kurumu'nca düzen-

lenen işgücü yetiştirme kursunu bitiren, mesleği ile ilgili alanda çalıştırılan ve Türkiye İş Kurumu'na kayıtlı işsiz olanlardan dolayı, otuz ay süreyle,

c) Mesleki yeterlik belgesi almamış veya mesleki ve teknik eğitim veren orta veya yüksek öğretimi ya da Türkiye İş Kurumu'nca işgücü yetiştirme kursunu bitirmemiş, ancak Türkiye İş Kurumu'na kayıtlı işsiz olanlardan dolayı altı ay süreyle, yararlanılabilecektir.

V- 4447/10. MADDE UYGULAMA EKCRANINA GİRİŞ

E-Bildirge ekranına giriş yaptıktan sonra söz konusu teşvikten yararlanılabilmesi için, işverenlerce kapsama giren sigortalıların SGK'nın web sitesinde mevcut "4447/Geç.10.md. Sigortalı Giriş" ekranı vasıtasıyla sisteme tanımlanması gerekmektedir.

İşverenlerce, mesleki yeterlilik belgesi sahibi veya mesleki ve teknik eğitim veren orta veya yüksek öğretim okulunu bitirmiş olarak sisteme tanımlanmış sigortalıların diploma/mezuniyet belgelerinin bir aylık süre içinde Sosyal Güvenlik Merkezine ibraz edilmesi gerekmektedir (Bir aylık süre içerisinde ibraz edilmeyen belgelerden dolayı bildirilen bu "Kişi için geçici 10. madde teşvik kapsamına başvurulmuş ve şube tarafından onay beklenmektedir. Dikkat: Gerekli evrakların şubeye 30 gün içerisinde teslim edilmediği tespit edilmiştir." şeklinde bir mesaj verilmektedir. Bu nitelikteki kayıtların da yine "Eğitim Belgesi Yoktur/Uyuşmamaktadır" seçeneği vasıtasıyla girişi yapılmakta, bu seçenek vasıtasıyla da giriş yapılamadığı takdirde, "Reddet" seçeneği vasıtasıyla işveren tarafından yapılan tanımlama ilgili Sosyal Güvenlik Merkezince iptal edilmektedir.)³.

Sigortalıların sisteme tanımlanması sırasında;

a) Altı aylık süre içinde SGK'ya verilen aylık prim ve hizmet belgesinde kayıtlı olup olmadığı,

b) Türkiye İş Kurumu'na kayıtlı işsiz olup olmadığı,

c) 18 yaşından büyük olup olmadığı,

d) 29 yaşından (erkek olması halinde) büyük olup olmadığı,

e) Bahse konu destek kapsamında daha önce bildirilip bildirilmediği,

f) Türkiye İş Kurumu'nca düzenlenen iş gücü yetiştirme kurslarını bitirip bitirmediği,

SGK'nın sistemi tarafından kontrol edilme-
te, ancak;

1) Mesleki yeterlilik belgesi sahibi veya mesleki ve teknik eğitim veren orta veya yüksek öğretim okulu bitirmiş olarak tanımlanmış sigortalıların, mesleki yeterlilik belgesi sahibi olup olmadıkları veya mesleki ve teknik eğitim veren orta veya yüksek öğretim okulunu bitirip bitirmedikleri ya da bu belgelere sahip olmalarına veya mesleki ve teknik eğitim veren orta veya yüksek öğretim okulu bitirmelerine rağmen beyan edilen bilgilerin doğru olup olmadığı,

2) Sigortalının ortalama sigortalı sayısına ila-
ve olarak çalıştırılıp çalıştırılmadığı,

sistem tarafından kontrol edilememektedir. Bu bilgiler manuel olarak kontrol edilerek, işverenlerce yapılan tanımlamaların onaylanması, düzeltilmesi veya iptal edilmesi SGK memurları tarafından yapılabilmektedir.

"4447/Geç.10.md. Sigortalı Giriş" ekranı vasıtasıyla, mesleki yeterlilik belgesi sahibi veya mesleki ve teknik eğitim veren orta veya yüksek öğretim okulunu bitirmiş olarak sisteme tanımlanmış sigortalıların, diploma veya mezuniyet belgelerinin işverenlerce SGK'ya verilmesi gerekmektedir.

SGK tarafından da 4447/Geçici 10. Madde kapsamında tanımlaması yapılan sigortalıların tümü değil, yalnızca mesleki yeterlilik belgesi sahibi veya mesleki ve teknik eğitim veren orta veya yüksek öğretim okulu bitirmiş olarak tanımlanmış sigortalıların kontrolü yapılmaktadır.

Yapılan bu kontroller sırasında; işverenlerce ilgili Sosyal Güvenlik Merkezine ibraz edilen diploma/mezuniyet belgesinde yer alan bilgiler ile "4447/Geç.10.md. Sigortalı Giriş" ekranı vasıtasıyla beyan edilen bilgiler kontrol edildikten sonra hatalı yapılan bildirimler ilgili Sosyal Güvenlik Merkezi tarafından düzeltilmekte veya iptal edilmektedir.⁴

VI- NAKİL OLAN İŞYERLERİNİN TEŞVİKTEN FAYDALANMASI MÜMKÜN MÜ?

4447 sayılı Kanun'un geçici 10 uncu maddesinde öngörülen teşvikten yararlanılmakta olan bir işyerinin farklı bir Sosyal Güvenlik Merkezine nakli halinde, geçici 10 uncu maddede öngörülen teşvikten nakil tarihinden önce yararlanılmış sigortalılardan dolayı, nakil tarihinden sonra da yararlanılması mümkün bulunmaktadır.

Nakil tarihinden önce teşvikten yararlanılmış sigortalılardan dolayı nakil tarihinden sonra da yararlanılabilmesi için işverenlerin işyerinin nakledildiği adresin bağlı bulunduğu Sosyal Güvenlik Merkezine müracaat edilmesi ve ilgili Sosyal Güvenlik Merkezince aktarım işlemlerinin yapılması gerekmektedir.⁵

VII- ÇALIŞIRKEN BELGE SAHİBİ OLAN SİGORTALILAR İÇİN TEŞVİKTEN FAYDALANMA İMKÂNİ VAR MIDIR?

4447 sayılı Kanun'un geçici 10 uncu maddesinde öngörülen destek uygulamasında işe girdiği tarih itibariyle veya çalışmakta iken mesleki yeterlilik belgesi sahibi olanlar veya mesleki ve teknik eğitim veren orta veya yüksek öğretimi bitirenler ile Türkiye İş Kurumu'nca düzenlenen işgücü yetiştirme kurslarını bitirenlerden dolayı sigorta primi işveren hissesi desteği için mesleki yeterlilik belgesine bağlı bir yararlanma olması için mesleki yeterlilik belgesinin Mesleki Yeterlilik Kurumu'ndan alınmış olması gerekmektedir.

Mesleki yeterlilik belgesi sahibi olanlar ile mesleki ve teknik eğitim veren orta veya yüksek öğretimi ya da Türkiye İş Kurumu'nca düzenlenen işgücü yetiştirme kurslarını bitirenlerden dolayı sigorta primi işveren hissesi desteğinden yararlanılabilmesi için, bu sigortalıların bu belgelerde belirtilen mesleklerde ya da alanlarda işe alınmaları ve/veya çalıştırılmaları gerekmektedir.

Dolayısıyla, mesleki yeterlilik sahibi olan veya mesleki ve teknik eğitim veren orta veya yüksek öğretimi ya da Türkiye İş Kurumu'nca düzenlenen iş gücü yetiştirme kursunu bitirmiş olan sigortalıların belgelerindeki meslek veya alanlarda değil de başka bir meslek veya alanda çalıştırılmak üzere işe alınmaları veya meslekleri ile ilgili alanlarda işe alınmalarına rağmen sonradan başka bir meslek veya alanda çalıştırılmaları halinde, bu sigortalılar, mesleki yeterlilik belgesi sahibi olmayan veya mesleki ve teknik eğitim veren orta veya yüksek öğretimi ya da Türkiye İş Kurumu'nca düzenlenen iş gücü yetiştirme kursunu bitirmemiş olan sigortalılar gibi değerlendirilmektedir.

VIII- SONUÇ

İşverenlerin 4447 sayılı Kanun'un geçici 10 uncu maddesinde öngörülen sigorta primi işveren hissesi desteğinden yararlanılabilmesi için, sigortalının işe alındığı işyerinden dolayı SGK'ya yasal ödeme süresi geçmiş sigorta primi, işsizlik sigortası primi, idari para cezası ve bunlara ilişkin gecikme cezası ve gecikme zammı borcunun bulunmaması gerekmektedir.

Geçici 10. madde kapsamına giren sigortalıların, prime esas kazanç alt sınırını aşmış aşmadığı üzerinde durulmaksızın prime esas kazançları üzerinden tahakkuk eden sigorta primlerinin işveren hissesine ait kısmının tamamı, İşsizlik Sigortası Fonu'ndan karşılanmaktadır.

Öte yandan, 5510 sayılı Kanun'un 81 inci maddesinin birinci fıkrasının (1) bendinde yer alan, "Bu fıkra ve diğer ilgili mevzuatla sağlanan sigorta prim desteklerinin aynı dönem için birlikte uygulanması halinde, bu destek öncelikle uygulanır." hükmüne istinaden, işverenler 4447 sayılı Kanun'un geçici 10 uncu maddesi kapsamına giren bir sigortalı için öncelikle 5510 sayılı Kanun'un 81 inci maddesinin birinci fıkrasının (1) bendinde öngörülen beş puanlık prim desteğinden, ardından 4447 sayılı Kanun'un geçici 10 uncu maddesinde öngörülen destekten yararlanılabilmektedir.

İşverenlerin denetimler sonucu sigortasız personel çalıştırdıkları tespit edilirse tutanak tarihini takip eden aydan itibaren bir yıl süre ile teşvikten faydalanmalarının mümkün olmadığı

ayrıca tutulan bu tutanak ve belgelerin SGK'ya geç ulaşmış olması tutulan tutanağın tarihinden sonraki aylarda teşvikten faydalanılmış olması halinde yersiz olarak faydalanılan bu aylara ait tutarlar işverenlerden tahsil edilmektedir.

Sigortalıların çalışmaya başladığı tarihten önceki altı aylık dönemde 4 (b) kapsamında sigortalı gösterilmesi, aday çırak, çırak veya işletmelerde meslekî eğitim görmesi, meslek liselerinde okumakta iken veya yüksek öğrenimleri sırasında staja tabi tutulması nedeniyle ya da asgari ücret üzerinden 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun⁶ 46 ncı maddesine tabi olarak kısmi zamanlı çalıştırılması ve Türkiye İş Kurumu'nca düzenlenen kurslara katılmış olması nedeniyle bildirilen sigortalılıkları çalışılmış gibi dikkate alınmamaktadır.

DİPNOTLAR

- 1 25/2/2011 tarih ve 27857 Mükerrer sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.
- 2 28/09/2008 tarih ve 27011 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.
- 3 6111 sayılı Kanunla yapılan sigorta primi desteği düzenlemeleri konulu 2011/45 nolu SGK Genelgesi.
- 4 4447 sayılı Kanun'un geçici 10 uncu maddesinde öngörülen teşvik konulu 26.12.2011 tarihli yazı.
- 5 Bknz. dipnot 3.
- 6 06/11/1981 tarih ve 17506 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

YENİ YAYINLAR



Yrd. Doç. Dr. Sabahattin Yürekli tarafından hazırlanan **“Türk Borçlar Kanununa Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi”** adlı eser Ekim 2011 tarihinde yayımlanmıştır.

Eserin “Hizmet Sözleşmesi” başlığını taşıyan ilk bölümünde, hizmet sözleşmesi kavramı, Türk Borçlar Kanunu ile İş Kanunu arasındaki uygulanma ilişkisi ve Türk Borçlar Kanunu’nun hizmet sözleşmesinin sona ermesine ilişkin hükümlerinin niteliği konuları incelenmiştir.

“Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi” başlığını taşıyan ikinci bölümde, hizmet sözleşmesinin fesih dışında sona erme halleri ve sonuçları, hizmet sözleşmesinin fesih yoluyla sona erdirilmesi ve işverenin ödeme güçsüzlüğüne düşmesi nedeniyle sözleşmenin sona ermesi konuları incelenmektedir.

Eserin son bölümü “Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesinin Sonuçları” başlığı altında, fesih bildiriyle sona ermenin sonuçları, haklı nedenle feshin sonuçları, haksız feshin sonuçları, işverenin ödeme güçsüzlüğüne düşmesinin sonuçları, hizmet sözleşmesinin sona ermesinin genel sonuçları, Türk Borçlar Kanunu kapsamında çalışanların kıdem tazminatı hakkı ve Türk Borçlar Kanunu’na tabi hizmet sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda görevli mahkeme konuları incelenmiştir.



Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu tarafından hazırlanan **“Türk İş Hukuku’nda Belirli Süreli İş Sözleşmesi”** adlı eser Nisan 2012 tarihinde yayımlanmıştır.

Eserde belirli süreli iş sözleşmeleri, üç bölümde incelenmiştir. Birinci bölümde, belirli süreli iş sözleşmelerine benzerlik gösteren ve iş ilişkisinde sürenin söz konusu olduğu çeşitli sözleşme biçimleriyle belirli süreli iş sözleşmesi karşılaştırılarak aralarındaki benzerlik ve farklılık açıklığa kavuşturulmaya çalışılmıştır. Özellikle belirli süreli süreli iş sözleşmesi ile belirsiz süreli iş sözleşmesi karşılaştırılarak aralarındaki temel farklılıklara değinilmiştir.

İkinci bölümde belirli süreli iş sözleşmesi yapma serbestisine getirilen sınırlamalar başlığı altında, belirli süreli iş sözleşmelerinin sınırlandırılması gereksinimi ve Türk iş hukukunda belirli süreli iş sözleşmelerinin sınırlandırılmasında temel olan objektif koşul kavramı üzerinde durulmuştur.

Üçüncü bölümde ise, belirli süreli iş sözleşmelerinin sona ermesi ve sözleşmenin niteliğinin sona erme bakımından ortaya çıkardığı sonuçlar irdelenmeye çalışılmıştır.

Eserde mümkün olduğunca 99/70 sayılı AB Yönergesi ve Alman hukukundaki belirli süreli iş sözleşmelerine ilişkin düzenlemelere yer verilerek, karşılaştırma yapılmış ve Türk iş hukukuna faydalı olacağı düşünülen önerilerde bulunulmuştur.

Mahmut KOTAN

SGK Başmüfettişi, Kadıköy Sosyal Güvenlik Merkez Müdürü V.

Cari Dönem Primlerini Ödeyemeyenlerin 6111 Sayılı Yasa'ya Göre Prim Yapılandırması Bozulur Mu?

1- GİRİŞ

Amme alacağıın zamanında, tahsil edilmesi gereken süre içerisinde ödenmesi yasal bir zorunluluktur. Aslolan borçlunun cari dönem içerisinde borcunu faizsiz olarak ödemesidir. Kural bu olmakla birlikte değişik tarihlerde ve sık sık çıkarılan sosyal güvenlik affı veya yapılandırması şeklindeki düzenlemelerle kamuoyunda yaratılan olumsuz bir algı ile birlikte borçlar “nasıl olsa bir daha çıkar” mantığı ile zamanında ödenmemektedir. Bu düzenlemelerden sonuncusu 25.02.2011 tarihinde yürürlüğe giren 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”¹ bütün kesimleri ilgilendiren çeşitliliği ile birlikte vatandaşlarımızın büyük bir ilgisine mahzar oldu. Özellikle Sosyal Güvenlik Kurumu'na prim borcu olanlar, söz konusu borçlarını belli bir takvime bağlı olarak SGK'ya ödemek üzere taksidde bağladılar.

Bu makalemizde 6111 sayılı Yasa çerçevesinde yapılandırılan işveren ve sigortalıların, cari dönemlere ilişkin borçlarının süresinde ödenmemesi halinde yapılandırmalarının bozulup bozulmayacağını konu edineceğiz.

II- YAPILANDIRILAN BORÇ YÖNÜNDEN GENEL KURAL

Kural olarak, 6111 sayılı Kanununun 19. maddesinde; “(1) Bu Kanuna göre 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, gecikilen her ay ve kesri için 6183 sayılı Kanununun 51 inci maddesine göre belirlenen gecikme zammı oranında hesaplanacak geç ödeme zammı ile birlikte ödenmesi şartıyla bu Kanun hükümlerinden yararlanır. Süresinde ödenmeyen veya eksik ödenen taksitlerin belirtilen şekilde de ödenmemesi veya bir takvim yılında ikiden fazla taksitin süresinde ödenmemesi veya eksik ödenmesi halinde

Taksit ödeme yükümlülüklerini yerine getirmelerine rağmen, cari aylara ilişkin prim ödeme yükümlülüklerini yerine getirmeyen borçluların, öncelikle çok zor durum halinde olup olmadıklarının SGK tarafından incelenerek tespit edilmesi gerekmektedir.

matrah ve vergi artırımına ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla bu Kanun hükümlerinden yararlanma hakkı kaybedilir. Bu hüküm her bir madde ve alacaklı idareler açısından taksitlendirilen alacaklar için ayrı ayrı uygulanır.

(2) Bu Kanunun ...14 üncü maddesinin üçüncü fıkralarında vadesinde ödenmesi öngörülen alacakların veya taksit tutarının %10'unu aşmamak şartıyla 5 liraya (bu tutar dahil) kadar yapılmış eksik ödemeler için bu Kanun hükümleri ihlal edilmiş sayılmaz.

Bu Kanunun 15 inci ve 16 ncı maddeleri ... hariç olmak üzere bu Kanun kapsamına giren alacakların birinci fıkrada belirtilen şekilde tamamen ödenmemiş olması halinde, bu Kanunun . 14 üncü maddesinin üçüncü fıkrası hükümleri saklı kalmak kaydıyla borçlular ödedikleri tutarlar kadar bu Kanun hükümlerinden yararlanırlar.”

20. maddesinin yedinci fıkrasında ise; “5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin (4) numaralı alt bendi kapsamındaki sigortalılık statüsünden kaynaklanan prim borç yapılandırılmalarında; bu Kanunun 19 uncu maddesinin birinci fıkrasındaki hakları saklı kalmak üzere, bu Kanuna göre ödenmesi gereken taksitlerin, taksitlendirme süresini (son taksiti) takip eden ayın sonu aşılmamak kaydıyla ait oldukları yılın sonuna kadar, gecikilen her ay ve kesri için 6183 sayılı Kanunun 51 inci maddesine göre belirlenen gecikme zammı oranında hesaplanacak geç ödeme zammı ile birlikte ödenmesi halinde bu Kanun hükümlerinden yararlanılır.” hükümlerine yer verilmiş olup bu muvacehede;

Peşin ödeme yolunu tercih etmiş olan borçlular, 6111 sayılı Kanun uyarınca ödemeleri gereken tutarları, en geç, 02.08.2011 tarihine kadar ödemeleri gerekirdi. Belirtilen sürede ödememeleri ve aynı süre içinde peşin ödeme taleplerini taksitle ödeme talebine dönüştürmemeleri halinde 6111 sayılı Kanun hükümlerinden yararlanma hakkını zaten kaybetmişlerdir.

Taksitle ödeme yolunu tercih etmiş bulunanlar yönünden ise, bir takvim yılı içinde yasal süresi içinde ödenmemiş veya eksik ödenmiş ikiden fazla taksidin bulunması ya da bir takvim yılında ikiden fazla olmamakla birlikte ödenmemiş veya eksik ödenmiş taksitlerin en geç son taksidi izleyen ayın sonuna kadar ödenmemesi halinde, ödenmeyen taksitler yönünden 6111 sayılı Kanun hükümlerinden yararlanma hakkı kaybedilmiş olacaktır. Örneğin 6111 sayılı Kanun uyarınca taksitle ödeme yolunu tercih eden ve aylık taksit tutarları ile bu taksitlere ilişkin ödeme vadeleri; 8 taksit şeklinde olan bir borçlu tarafından 2011 yılı içinde ödenmesi gereken aylık taksitlerden birinci ve ikinci taksidin süresi dışında ödenmiş olduğu varsayıldığında, 2011 yılı içinde ödenmesi gereken üçüncü taksidin süresi içinde ödenmesi veya eksik ödenmesi halinde, kalan taksitlerin 6111 sayılı Kanuna göre tahsil edilmesi mümkün olamayacaktır.

III-CARİ DÖNEM PRİMLERİ YÖNÜNDEN YAPILANDIRILAN BORÇLAR

6111 sayılı Yasanın 14. maddesinin son fıkrasında “Bu madde ile 12 nci ve 13 üncü madde hükümlerinden yararlanmak üzere başvuruda bulunan borçluların taksit ödeme süresince tahakkuk eden sigorta primlerini çok zor durum olmaksızın bir takvim yılında ikiden fazla vadesinde ödememeleri ya da eksik ödemeleri halinde, belirtilen madde hükümlerine göre yapılandırılan borçlarına ilişkin kalan taksitlerini ödeme haklarını kaybederler.” hükmüne yer verilmiştir.

Cari aylara ilişkin sigorta primlerini ödeme

SGK tarafından 6183 sayılı Kanunun 48. maddesi etkin bir şekilde işletilerek ödeme aczi içine düşmüş işverenlerin sözkonusu borçlarını daha uygun şartlarda ifa etmelerine yardımcı olunmakta, bu vesileyle Kurum alacağının tahsili mümkün olmaktadır.

yükümlülüğü 2011/Mayıs ayına ilişkin düzenlenen aylık prim ve hizmet belgesinden başlanmaktadır. Buna göre, borçlarını anılan Kanuna göre taksitle ödemek amacıyla başvuruda bulunan borçlularca, ilk taksit ödeme süresinin başladığı ayda ödenmesi gereken primlerden başlanılarak, bir takvim yılı içinde ikiden fazla cari aya ilişkin sigorta primlerinin ve/veya işsizlik sigortası primlerinin, çok zor durum hali olmaksızın ödenmemesi veya yasal süresi dışında ödenmesi ya da eksik ödenmesi halinde, kalan taksitler için bahse konu Kanun hükümlerinden yararlanma hakkı kaybedilmiş olacaktır. Örneğin ilk taksit ödeme yükümlülüğü 30/6/2011 tarihinde başlayan (Z) Limited Şirketinin cari aylara ilişkin sigorta primlerini ödeme yükümlülüğü 2011/Mayıs'ta başladığından, işveren tarafından 2011/Mayıs ayına ilişkin düzenlenen aylık prim ve hizmet belgesinden dolayı tahakkuk eden sosyal güvenlik primlerinden başlanılarak bir takvim yılı içinde ikiden fazla cari aya ilişkin sigorta primi ve/veya işsizlik sigortası primlerinin ödeme yükümlülüğünün çok zor durum hali olmaksızın yerine getirilmemesi veya yasal süresi dışında yerine getirilmesi ya da eksik yerine getirilmesi halinde, taksit ödeme yükümlülükleri düzenli olarak yerine getiriliyor olsa dahi, kalan taksitler için 6111 sayılı Kanun hükümlerinden yararlanma hakkı kaybedilmiş olacaktır.

Yeniden yapılandırılmış taksitlerle ilgili ödeme yükümlülüklerinin yerine getiriliyor olmasına rağmen, bir takvim yılı içinde ikiden fazla cari aya ilişkin primlerin çok zor durum hali

olmaksızın süresi içinde ödenmediğinin veya eksik ödendiğinin tespit edilmesi halinde, 6111 sayılı Kanun hükümlerinden yararlanma hakkı, üçüncü cari aya ilişkin primlerin yasal ödeme süresinin sona erdiği ayı takip eden aydan başlanılarak kaybedilmiş sayılacaktır. Örneğin ilk taksit ödeme yükümlülüğü 30/6/2011 tarihinde başlayan (Z) Limited Şirketince, çok zor durum hali olmaksızın; 2011/Haziran ve Temmuz aylarına ait sigorta primlerinin yasal süresi dışında ödendiği, 2011/Eylül ayına ilişkin işsizlik sigortası priminin ise ödenmediği SGK tarafından tespit edildiğinde, bir takvim yılı içinde ikiden fazla cari aya ilişkin sigorta primlerinin ödeme yükümlülüğünün çok zor durum hali olmaksızın yerine getirilmemiş olması nedeniyle, ödeme vadesi 01/01/2012 tarihinden sonra gelen taksitler yönünden, bu Kanun hükümlerinden yararlanma hakkı kaybedilmiş olacaktır.

Bu bağlamda, taksit ödeme yükümlülüklerini yerine getirmelerine rağmen, cari aylara ilişkin prim ödeme yükümlülüklerini yerine getirmeyen borçluların, öncelikle çok zor durum halinde olup olmadıklarının SGK tarafından incelenerek tespit edilmesi gerekmektedir.

Örneğin (A) Limited Şirketinin 6111 yapılandırmasına başvurduğunu ve 2010/Kasım öncesi borçlarını yapılandırıldığını ve düzenli ödendiğini, ancak yapılandırmaya girmeyen 2010/Aralık ve 2011/Ocak-Şubat-Mart-Nisan-Mayıs-Haziran-Mayıs-Ağustos-Eylül ve Ekim aylarına ait sigorta prim borçlarını SGK'ya ödemediğini varsayar isek; kural olarak işveren her ne kadar yapılandırılan borçlarını düzenli ödüyor olsa bile cari primlerini ödemediği için 6111 yapılandırmasının da bozulması gerekmektedir ise de sözkonusu işveren SGK'ya müracaat ederek mali açıdan çok zor durumda olduğunu ve cari dönem primleri yönünden borçlarının taksitlendirilmesini talep edebilecektir.

IV-ÇOK ZOR HALİNİN TESPİTİ

SGK tarafından 6183 sayılı Kanunun 48. maddesi etkin bir şekilde işletilerek ödeme aczi içine düşmüş işverenlerin sözkonusu borçlarını daha uygun şartlarda ifa etmelerine yardımcı olmakta bu vesileyle de Kurum alacağının tahsili de mümkün olmaktadır. 48. maddeye göre;

“Amme borcunun vadesinde ödenmesi veya haczin tatbiki veyahut haczolunmuş malların paraya çevrilmesi amme borçlusunu çok zor duruma düşürecekse, borçlu tarafından yazı ile istenmiş ve teminat gösterilmiş olmak şartıyla, alacaklı amme idaresince veya yetkili kılacağı makamlarca; amme alacağı 36 ayı geçmemek üzere ve faiz alınarak tecil olunabilir. Şu kadar ki, amme borçlusunun alacaklı tahsil daireleri itibarıyla tecil edilen borçlarının toplamı ellibin Türk Lirasını (bu tutar dahil) aşmadığı takdirde teminat şartı aranılmaz. Bu tutarın üzerindeki amme alacaklarının tecilinde, gösterilmesi zorunlu teminat tutarı ellibin Yeni Türk Lirasını aşan kısmın yarısıdır. Bakanlar Kurulu; bu tutarı on katına kadar artırmaya, yarısına kadar indirmeye, yeniden kanuni tutarına getirmeye ve alacaklı amme idareleri itibarıyla bu hadler arasında farklı tutar belirlemeye yetkilidir. Borcunun tecilini talep eden ancak, talepleri uygun görülmeyle reddedilen borçlular söz konusu borçlarını reddin tebliği tarihinden itibaren idarece 30 güne kadar verilebilecek ödeme süresi içinde ödedikleri takdirde bu amme alacağı ödendiği tarihe kadar faiz alınmak suretiyle tecil olunur... Haciz yapılmışsa mahcuz mal, değeri tutarınca teminat yerine geçer. Tecil edilen amme alacakları ile ilgili olarak daha önce tatbik edilen ve borcun tamamını karşılayacak değerde olan hacizler, yapılan ödemeler nispetinde kaldırılır ve buna isabet eden teminat iade edilir. Ancak, mahcuz malların değeri tecil edilen borç tutarından az, zorunlu teminat tutarından fazla olması halinde, tatbik edilen hacizler, tecil şartlarına uygun olarak yapılan ödemeler neticesinde kalan tecilli borç tutarı mahcuz mal değerinin altına inmediği müddetçe kaldırılmaz. Tecilli borca karşılık alınan teminat ise, tecil şartlarına uygun olarak yapılan ödemeler neticesinde kalan tecilli borç tutarının zorunlu teminat tutarının altına inmesi durumunda, yapılan ödemeler nispetinde kaldırılır.”

6183 sayılı Yasanın 48. maddesinin SGK tarafından işletilebilmesi için, borçlu olan işverenlerin mali açıdan çok zor duruma düşmüş olması şart olup, borçlularca, talep formu ile birlikte “çok zor durum” halinin tespitine iliş-

kin “Mali Durum Bildirim Formu” veya “Serbest Muhasebeci Mali Müşavir veya Yeminli Mali Müşavirlerce Düzenlenen Çok Zor Durum Halinin Tespitine İlişkin Rapor ya da halka açık olan şirketlerin Sermaye Piyasası Kurulu’na verdikleri en son bilançonun verilmesi gerekmektedir.

Söz konusu talep ve ibraz edilen belgeler Kurum yetkilileri tarafından “borçlunun çok zor durum halinin tespiti” yönünden inceleme-ye tabi tutulur. Bu inceleme sonucunda, 6183 sayılı Kanununun 48 inci maddesi uyarınca amme borcunun vadesinde ödenmesi veya haczin tatbiki veyahut haczolunmuş malların paraya çevrilmesi borçluyu çok zor duruma düşürecekse, tecil ve taksitlendirme işlemi yapılabilmektedir.

Bu bakımdan yapılacak tecil ve taksitlendirme işlemlerinde borçlunun “çok zor durum” halinin tespitinde; “Kasa+Banka+Kısa Vadeli Alacaklar/Kısa Vadeli Borçlar” formülü sonucu bulunacak oranın “2” ve altında olması halinde, bu durum borçlu açısından “çok zor durum” hali olarak kabul edilecektir. Rasyonun; “1,5” ve altında olması durumunda tecil ve taksitlendirme işleminin azami 36 aya kadar, “1,51” ile “2,00” aralığında olması halinde tecil ve taksitlendirme işleminin, azami 30 aya kadar, eşit taksitler halinde ödenmesini sağlayacak şekilde idarece ödeme planına bağlanabilecektir.

Yukarıda belirtilen süreler azami tecil ve taksitlendirme süreleri olup, yukarıdaki formülle göre yapılacak hesaplama sonucu bulunacak rasyonun “2,01” ve üzerinde olması halinde ise borçluların tecil ve taksitlendirme talepleri reddedilmektedir.

Borçlunun “çok zor durum” halinin tespitinde;

a) Tecile konu borç toplamı, borç türü bazında 100.000 TL ve altında olan borçlular ile borç miktarı üzerinde durulmaksızın kamu kurum ve kuruluşları ile belediyeler (şirketleri hariç) için, “çok zor durum” halinin tespitinde “Mali Durum Bildirim Formu” ile beyan edecekleri bilgiler esas alınmaktadır. Yani borçlunun beyanına Kurum itibar etmek durumundadır.

b) Tecil ve taksitlendirme başvurusunda bulunan borçluların, herhangi bir borç türü bazında tecile konu borçları toplamının 100.000 TL

üzerinde olması durumunda; “çok zor durum” halinin tespitinde;

1- Halka açık olan şirketlerin Sermaye Piyasası Kurulu'na verdikleri en son bilanço esas alınarak likidite oranı Kurumca hesaplanmaktadır.

2- Bu bendin (1) nolu alt bendi dışında kalan borçlular yönünden ise, 3568 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanununa göre ruhsat almış ve faaliyet belgesine sahip Serbest Muhasebeci Mali Müşavir ve Yeminli Mali Müşavirlerce yukarıdaki formüle göre hesaplanacak likidite oranına göre işlem yapılacaktır. Diğer bir ifade ile Kurumumuza olan borçlarının tecil ve taksitlendirilmesi talebinde bulunan ve tecile konu borç toplamı, borç türü bazında 100.000 TL'nin üzerinde olan borçluların “çok zor durum” hali; Kasa+Banka+Kısa Vadeli Alacaklar/Kısa Vadeli Borçlar” formülüne göre Serbest Muhasebeci Mali Müşavir ve Yeminli Mali Müşavirlerce tespit edilmesi gerekmektedir.

Diğer taraftan, halka açık şirketlerden olmakla birlikte borç miktarı 100.000 TL'nin altında olan şirketlerin çok zor durum hali yukarıda belirtildiği gibi Mali Durum Bildirim Formu ile beyan edecekleri bilgilere istinaden yine SGK tarafından tespit edilecektir.

Ayrıca, cari borçların tecilinde, borçlunun “çok zor durum” halinin tespiti birinci ve ön şart olmakla birlikte, söz konusu borçların taksitli bağlanabilmesi için borçludan teminat alınması 6183 sayılı Kanunun 48. maddesinde sayılan tecil şartları arasındadır. Ancak, söz konusu maddeye 5766 sayılı Kanunla eklenen ikinci fıkrada, “Şu kadar ki, amme borçlusunun alacaklı tahsil daireleri itibarıyla tecil edilen borçlarının toplamı ellibin Türk Lirasını (bu tutar dahil) aşmadığı takdirde teminat şartı aranmaz. Bu tutarın üzerindeki amme alacaklarının tecilinde, gösterilmesi zorunlu teminat tutarı ellibin Türk Lirasını aşan kısmın yarısıdır. Bakanlar Kurulu; bu tutarı on katına kadar artırmaya, yarısına kadar indirmeye, yeniden kanuni tutarına getirmeye ve alacaklı amme idareleri itibarıyla bu hadler arasında farklı tutar belirlemeye

yetkilidir.” hükmüne yer verilmiştir. Buna göre, borçlunun tecil ve taksitlendirmeye konu borç toplamının 50.000 Türk Lirasını (bu tutar dahil) aşmaması şartıyla tecil edilecek borçlar için teminat aranılmayacaktır. Teminat aranılmaksızın yapılacak tecil ve taksitlendirmelerde, 50.000 Türk Lirası sınırı, işyeri ve borç türüne bakılmaksızın borçlunun veya işverenin alacaklı Kurum ünitesine olan borç toplamı esas alınarak belirlenir.

Yine 48. maddeye eklenen ikinci fıkra hükmü uyarınca, tecil ve taksitlendirilecek Kurum alacaklarının toplam tutarının 50.000 Türk Lirasını aşması durumunda gösterilmesi zorunlu olan teminat tutarı 50.000 Türk Lirasını aşan kısmın yarısı kadardır. Örneğin, ABC Ltd. Şti.'nin Pendik Sosyal Güvenlik Merkezine olan ve 35.000 TL sigorta primi, 20.000 TL işsizlik sigortası primi, 5.000 TL idari para cezası ve gecikme cezası ve zammından oluşan toplam 60.000 TL tutarındaki borcunun 18 ay süre ile tecil ve taksitlendirilmesi için başvuruda bulunması halinde, tecil ve taksitlendirme talebinin kabul edilebilmesi için toplam borcun 50.000 TL'nı aşan kısmının (60.000 TL-50.000 TL= 10.000 TL) yarısı kadar (10.000TL/2) 5.000 TL teminat göstermesi gerekmektedir.

Ancak 6111 sayılı Kanunun 20.i maddesinin altıncı fıkrasında, “İl özel idareleri, belediyeler ve bunlara bağlı müstakil bütçeli ve kamu tüzel kişiliğini haiz kuruluşlar hakkında Kanunun 3. maddesinin dokuzuncu fıkrası ve 14 üncü maddesinin üçüncü fıkrası hükümleri uygulanmaz.” hükmü yer almakta olup, Kanunun bu istisnai hükmüne istinaden, il özel idareleri, belediyeler ve bunlara bağlı müstakil bütçeli ve kamu tüzel kişiliğini haiz kuruluşlara ait kapsama giren borçların yeniden yapılandırılması halinde, yalnızca taksitlerle ilgili ödeme yükümlülüklerinin yerine getirilip getirilmediğine bakılacaktır. Dolayısıyla, bahse konu borçlular, taksit ödeme yükümlülüklerini yerine getirdikleri takdirde, ikiden fazla cari aylara ilişkin primlerini ödememiş olsalar dahi yeniden yapılandırma hükümlerinden yararlanmaya devam edebileceklerdir.

V- SONUÇ

Kısaca özetlemek gerekirse 6111 sayılı Yasaya göre yapılandırılan borçları için taksitle ödeme yolunu tercih etmiş olan borçlularca, bir takvim yılı içinde ikiden fazla olmamak kaydıyla, ikişer aylık dönemler itibariyle ödenmesi gereken taksit tutarlarının yasal süresi içinde ödenmemesi veya eksik ödenmesi halinde, söz konusu taksitler son taksit süresini izleyen ayın sonu aşılmamak kaydıyla, ödeme vadesinin sona erdiği tarihten itibaren gecikme zammı ile birlikte ödenebilecektir.

Cari dönem yönünden ise, işverenin prim ödeme aczine düştüğünü belgelemesi veya mali açıdan çok zor halinin tespiti durumunda, gerçekten mali açıdan zorda olan borçluların taksit talebi ile SGK'ya müracaat etmeleri durumunda, iyi niyetli olup olmadıklarının da dosya incelemesi sonucunda tespiti neticesinde (idarece eğer işverenin borcunu düzenli olarak ödeme noktasında iyi niyetli olmadığı kanaatine varılırsa işverenin talebi reddedilebilir) borcun tecil ve taksitlendirilmesine karar verilebilecektir.

Dolayısıyla, cari ay primlerini çok zor durumda bulunmaları nedeniyle ödeyemediği anlaşılan borçlular, kalan taksitlerini 6111 sayılı Kanun hükümlerine göre ödemeye devam edebileceklerdir. Mali Durum Bildirim Formunda beyan edilen bilgiler doğrultusunda rasyonun 2,01 veya üzerinde olduğunun anlaşılması halinde, taksit ödeme yükümlülükleri düzenli olarak yerine getiriliyor olsa dahi, kalan taksitler için 6111 sayılı Kanun hükümlerinden yararlanma hakkı kaybedilmiş olacaktır.

Diğer taraftan, çok zor durum halinin tespitine ilişkin Mali Durum Bildirim Formu, ikiden fazla cari ay priminin ödenmediği her bir takvim yılı için ayrı ayrı düzenmesi gerekmekte olup, bir takvim yılına ilişkin rasyosu 2'nin altında olmasına rağmen, diğer takvim yılına ilişkin rasyosu 2'nin üzerinde olan borçluların, rasyo oranının 2'nin üzerinde olduğu yıllara ilişkin kalan taksitlerini 6111 sayılı Kanun hükümlerine göre ödemeleri mümkün bulunmaktadır.

Bu bağlamda, taksit ödeme yükümlülüklerini yerine getirmelerine rağmen, cari aylara iliş-

kin primler yönünden ödeme yükümlülüklerini bir takvim yılında ikiden fazla yerine getirmeyen borçluların çok zor durumda olup olmadıklarının SGK tarafından öncelikli olarak belirlenmesi gerekmektedir. Söz konusu durum belirlenmeden yeniden yapılandırma anlaşmalarının bozulmaması icap etmektedir.

DİPNOT

1 25.02.2011 tarih 27857 Sayılı Mükerrer Resmi Gazete.

Mustafa AKDAĞ

Sosyal Güvenlik Denetmeni

4-b (Bağ-Kur) Sigortalılığı Kaldırılmalı Mı? 6111 Sayılı Kanun ile Getirilen Düzenlemeler Eşliğinde Son Durum Değerlendirmesi

1- GİRİŞ

4-b sigortalılığı söylemi 5510 sayılı Kanun'la diğer bir deyişle reformla birlikte geldi. Bazıları bu yeni sözcüğe alıştı. Bazıları ise halen Bağ-Kur demeye devam ediyor. 4-b sigortalılığı 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde düzenlendiği için kısaca bu söylem gelişmiştir. Kanunun bu bendinde genel olarak mülga 1479 sayılı Bağ-Kur Kanunu'na göre sigortalı sayılanlar ile 2926 sayılı Kanun'a göre çalışan çiftçiler sigortalı sayılmışlardır. Bunun yanında reformla birlikte isteğe bağlı prim ödeyenler ya da ödemek isteyenler de 4-b sigortalılığına dahil edilmiştir. Hizmet borçlanmalarında ise borçlanmanın yapıldığı sırada en son 4-b statüsünde sigortalı olan kişilerin borçlanması da 4-b sigortalılık statüsünde değerlendirilmektedir.

Primli sosyal güvenlik sisteminin karmaşıklığı ve 4-b sigortalılığından daha fazla, 4-a (SSK) sigortalılığından daha az günle yaşlılık

aylığı bağlandığından emeklilik yaşına gelmiş ya da emekliliği yaklaşmış kişilerin birçoğu 4-b sigortalısı sayılmamak için işyerlerini kapatmak ya da bir başkasına devretmek suretiyle kendilerine göre bir çözüm bulmaktadırlar. 4-b sigortalılığından ayrılmak isteyenlerin bir diğer nedeni de ilk sosyal güvenlik sistemine dahil olduğu tarihten sonra çalışmalarına aralıklı olarak devam eden, diğer bir anlatımla hizmetleri arasında boşluk olan kişilerin 4-a sigortalılık türünden daha erken yaşlarda yaşlılık aylığının bağlanmasıdır.

4-b sigortalılığı ile 4-a sigortalılığı konusunda bir diğer durum da iki statüde aynı anda sigortalı sayılan kişilerin sosyal güvenliklerinin hangisinin geçerli olacağı sorunudur. Reform öncesinde bu sorun bir protokol ile çözüme kavuşturulmuş, reform sonrasında da hangisi önce başlamışsa o statüdeki sigortalılığı kesintiye uğrayıncaya kadar diğer statüde sigortalılığı başlatılmamakta, önce başlayan sigortalılığı geçerli sayılmaktaydı. Bu durum 6111 sayılı torba Kanun ile değiştirilmiş ve 4-b sigortalılığının

önemi azaltılmıştır. Bu makalede 6111 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler ışığında 4-b sigortalılığının son durumu ele alınacaktır.

II- 4-b SİGORTALISI SAYILANLAR

1479 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu'na (Bağ-Kur) göre sigortalı sayılan kişilerden hemen hemen hepsi 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendine göre sigortalı sayılmışlardır. Bunlar;

- Muhtarlar

- Kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlardan ticari kazanç veya serbest meslek kazancı nedeniyle gerçek veya basit usulde gelir vergisi mükellefi olanlar,

- Gelir vergisinden muaf olup, esnaf ve sanatkar siciline kayıtlı olanlar,

- Anonim şirketlerin yönetim kurulu üyesi olan ortakları,

- Sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerin komandite ortakları,

- Diğer şirket ve donatma iştiraklerinin ise tüm ortakları, (kollektif şirketlerin ortakları, adi komandit şirketlerin tüm ortakları, limited şirketlerin ortakları, donatma iştirakleri ortakları)

- 10/7/1953 tarihli ve 6132 sayılı At Yarışları Hakkında Kanun'a tabi jokey ve antrenörlerdir.

Ayrıca, 2926 sayılı Tarımda Kendi Adına ve Hesabına Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanunu gereğince sigortalı olan tarım Bağ-Kur'luları da 5510 sayılı Kanun'la 4-b sigortalısı olarak sayılmışlardır.

1479 sayılı Kanun'da sigortalı sayılan anonim şirketlerin kurucu ortakları (yönetim kurulu üyesi olan ortaklar hariç) 5510 sayılı Kanun'da sigortalı olarak sayılmamışlardır. Reform öncesinden kurucu ortak sıfatıyla sigortalı olan kişilerin olumsuz etkilenmemesi için 5510 sayılı Kanun'un geçici 22 inci maddesiyle bir çözüm bulunmuş, sigortalılıklarını devam ettirmek isteyenlerin bu maddenin yürürlük tarihinden itibaren altı ay içinde yazılı talepte bulunmaları halinde sigortalılıklarını aynen devam ettirilebilmesine olanak sağlanmıştır.¹

III-İSTEĞE BAĞLI SİGORTALILARIN DURUMU

Reform öncesinde SSK'lıların 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 85 inci maddesine göre isteğe bağlı prim ödeme imkanları vardı. Önceleri isteğe bağlı sigortalı olabilmek için kişilerin SSK sigorta numarasının var olması başvuru için yeterliydi.² Fakat 4842 sayılı Kanun'la isteğe bağlı olabilmek koşullarında değişiklik yapılmış ve 1080 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödenmiş olma koşulu getirilerek, kolayca isteğe bağlı sigortalı olabilmeyi önüne geçilmiştir. Yine de kişiler SSK'dan maaş bağlanabilmesi için gerekli olan prim ödeme gün sayılarını isteğe bağlı olarak tamamlayabilmekte, eksik kalan günlerini bu yolla kapatabilmekteydi. Bağ-Kur'da ise zorunlu sigortalılık kapsamında olmayan kişiler, ev kadınları ve Türkiye'de ikamet eden yabancı uyruklular talepleri halinde isteğe bağlı sigortalı olabilmek olanağına sahiptiler. 5510 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesiyle 01.10.2008 tarihinden itibaren 18 yaşını tamamlayıp Türkiye'de ikamet edenler ile Türkiye'de ikamet etmekte iken sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmamış ülkelerdeki Türk vatandaşlarından zorunlu sigortalı olmayı gerektirecek şekilde çalışmayan veya sigortalı olarak çalışmakla birlikte ay içerisinde 30 günden az çalışan ya da tam gün çalışmayan, kendi sigortalılığı nedeniyle aylık bağlanmamış olan kişilere isteğe bağlı sigortalı olabilmek imkânı getirilmiştir.

Reform öncesinde kişiler SSK'dan veya Bağ-Kur'dan malullük ya da yaşlılık aylığı için gerekli prim ödeme gün sayılarını sigortalılık durumlarına göre ödeyebilmekte ve bu yolla aylığa kavuşabilmekteydi. Reform sonrasında isteğe bağlı prim ödeyen kişilerin hepsi ilk önce 4-b kapsamında sigortalı sayılmıştır. Fakat, 6111 sayılı Kanun'la yapılan değişikliklerle ay içerisinde 30 günden az çalışan veya 80 inci madde uyarınca prim ödeme gün sayısı, ay içindeki toplam çalışma saatinin 4857 sayılı Kanun'a göre belirlenen günlük normal çalışma saatine bölünmesi suretiyle hesaplanan sigortalıların aynı ay içerisinde isteğe bağlı

Asıl önemli noktalardan bir tanesi hizmet akdi ile kısmi süreli olarak 30 günden az çalışılan sürelerle 4-b sigortalılık hizmetlerinin çakışmasıdır.

sigortaya prim ödemeleri halinde, primi ödenen sürelerin, 4-a kapsamında sigortalılık süresi olarak kabul edileceği hüküm altına alınmıştır. Bu durumda olan sigortalıların ödemiş olduğu 01.10.2008 ile 24.02.2011 tarihleri arası isteğe bağlı sigorta primleri 4-b kapsamında, 25.02.2011 tarihi ve sonrasında ödenen isteğe bağlı sigorta primleri 4-a kapsamında değerlendirilecektir.³ Kamu idarelerinde çalışıp da iş sözleşmesi askıda olanlardan isteğe bağlı sigortaya müracaat edenlerin ödedikleri primler de 4-b kapsamında sigortalı değerlendirilecektir.⁴

İsteğe bağlı sigortalılıkla ilgili 6111 sayılı Kanunla yapılan bir değişiklik de ülkemiz ile sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmamış ülkelerde iş yapan ve yurt dışındaki bu işyerlerinde çalıştırılmak üzere götürülen Türk işçilerin ödedikleri isteğe bağlı sigorta primlerinin değiştirilmesidir. 01.10.2008 tarihinden sonra bu durumda olan sigortalılar kısa vadeli sigorta ve genel sağlık sigortası yönünden zorunlu sigortalı sayılmışlar, uzun vadeli sigorta kolları yönünden ise isteklerine bağlı olarak isteğe bağlı sigortalı olabilme imkanı sağlanmıştır. Sigortalılık statüsü ise kısa vadeli sigorta kolları ve genel sağlık sigortası açısından 4-a, isteğe bağlı prim ödemeleri halinde ise ödedikleri bu primlerin uzun vadeli sigorta kolları açısından 4-b sigortalısı sayılacağı hüküm altına alınmıştır. Bu uygulamaya 6111 sayılı Kanun'un 24 üncü maddesi ile son verilmiş, isteğe bağlı ödenen bu primlerin 01.10.2008 tarihinden geçerli olarak 4-a sigortalılık statüsünde değerlendirileceği kabul edilmiştir.⁵

IV-HİZMET BORÇLANMASI YAPANLARIN DURUMU

5510 sayılı Kanun'un 41 inci maddesine göre sigortalıların;

“a) Kanunları gereği verilen ücretsiz doğum ya da analık izni süreleri ile 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında ki sigortalı kadının, iki defaya mahsus olmak üzere doğum tarihinden sonra iki yıllık süreyi geçmemek kaydıyla hizmet akdine istinaden işyerinde çalışmaması ve çocuğunun yaşaması şartıyla talepte bulunulan süreleri,

b) Er veya erbaş olarak silâh altında veya yedek subay okulunda geçen süreleri,

c) 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında olanların, personel mevzuatına göre aylıksız izin süreleri,

d) Sigortalı olmaksızın doktora öğrenimi veya tıpta uzmanlık için yurt içinde veya yurt dışında geçirdikleri normal doktora veya uzmanlık öğrenim süreleri,

e) Sigortalı olmaksızın avukatlık stajını yapanların normal staj süreleri,

f) Sigortalı iken herhangi bir suçtan tutuklanan veya gözaltına alınanlardan bu suçtan dolayı beraat edenlerin tutuklulukta veya gözaltında geçen süreleri,

g) Grev ve lokavtta geçen süreleri,

h) Hekimlerin fahrî asistanlıkta geçen süreleri,

i) Seçim kanunları gereğince görevlerinden istifa edenlerin, istifa ettikleri tarih ile seçimin yapıldığı tarihi takip eden ay başına kadar açığa geçirdikleri süreleri,

i) Bu bendin yürürlüğe girdiği tarihten sonraki sürelerle ilişkin olmak üzere, 4857 sayılı Kanuna göre kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan sigortalıların, kısmi süreli çalıştıkları aylara ait eksik süreleri,” borçlanılabilir.

Bu hizmetlerden (c) ve (i) bentleri gereğince borçlanılan süreler 5510 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendine göre sigortalı olarak değerlendirilecektir.

5510 sayılı Kanun'un 41 inci maddesine 6111 sayılı Kanun'un 30 uncu maddesiyle eklenen (i) bendine göre, 4857 sayılı Kanun'a göre kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanların, 25/2/2011 tarihinden sonraki sürelerine ait 30 günden eksik kalan sürelerinin borçlanması durumunda ise yapılacak borçlanmalarla kazanılan sigortalılık süreleri 4-a kapsamında değerlendirilecektir.

Sosyal güvenlik sistemindeki en büyük çarpıklık, kendisini yaşlılık aylığının hesaplanmasında göstermektedir.

Sigortalıların borçlanabileceği bu sürelerden birinci fıkranın (a), (b), (d), (e), (f), (g) ve (h) bentleri gereği borçlananlar, borçlandığı tarihteki 4 üncü maddenin birinci fıkrasının ilgili bendine göre, yani borçlanma başvurusunu yaptığı sırada ya da en son hangi statüde sigortalılığı mevcutsa o statüde sigortalı sayılacaktır.

Reform sonrasında SSK şartlarından yaşlılık aylığı bağlanması için gerekli prim ödeme gün sayılarını borçlanma ile dolduracak sigortalılardan en son isteğe bağlı sigorta primi ödeyenlerle 4-b kapsamında sigortalılığı devam edenler, borçlandıkları sırada ödedikleri primler 4-b kapsamında sayıldığından yaşlılık aylığına hak kazanma şartları 4-b sigortalılığına dönüşmüş ve aylık almaya hak kazanmamışlardır.⁶ Borçlanma tutarının iadesi de mümkün olmadığından bu durum mağduriyet yaşanmasına neden olmuştur. Bu mağduriyet Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'nin 66 ncı maddesine 16/6/2011 tarih, 27966 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin 8 inci maddesiyle eklenen 11 inci fıkra ile giderilmiştir. Bu düzenlemeyle "5510 sayılı Kanunun 41 inci maddesine göre yapılan borçlanmalarda aylık bağlanmamış olması şartıyla borçlanma tutarının tamamı sigortalının talebi halinde bir defaya mahsus olmak üzere iade edilir." hükmü getirilmiş ve bu durumda olan sigortalılar için borçlanmayı iptal ettirip, eski şartlarına geri dönebilme imkanı sağlanmıştır.

V- 4-a SİGORTALILIĞI İLE 4-b SİGORTALILIĞININ ÇAKIŞMASI HALİNDE HANGİSİNİN GEÇERLİ OLACAĞI

Reform öncesi, yani 01.10.2008 tarihinden

önce sigortalının aynı anda SSK ve Bağ-Kur hizmetlerinde bir çakışma olması durumunda SSK'nın 09.02.1993 tarih 16-60 Ek Genelgesi, Bağ-Kur'un 06.08.1993 tarihli ve 1993-1 sayılı talimatı ve 18.09.1998 tarihli Sosyal Güvenlik Kurumlarına Tabi Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesiyle Bu Kurumlar Arasında Diğer İşlemlere İlişkin Protokol'e göre işlem yapılmaktaydı. SSK Genelgesinde, Bağ-Kur talimatında ve Protokol'de, aynı anda SSK-Bağ-Kur çakışması olduğunda hangi statüdeki sigortalılık önce başladıysa o statüdeki sigortalılık kesintiye uğrayıncaya kadar diğer statüdeki sigortalılık devreye girmemekteydi. Böylelikle hem mükerrer sigortalılık engellenmiş, hem de her iki sigortalılık türünün önem dereceleri aynı şekilde korunmuştu.

Kanun koyucu, reform sonrasında da yani 01.10.2008 tarihinden 28.02.2011 tarihine kadar sigortalının, 5510 sayılı Kanun'a göre 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde yer alan sigortalılık hallerinden birden fazlasına aynı anda tabi olmasını gerektirecek şekilde çalışması halinde; öncelikle aynı maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında, (c) bendi kapsamında çalışması yoksa ilk önce başlayan sigortalılık ilişkisi esas alınarak sigortalı sayılacağına hükmetmiştir.⁷ Bu uygulama devam ederken 5510 sayılı Kanun'un 53 üncü maddesinin birinci fıkrası 6111 sayılı Kanun'un 33. maddesi ile değiştirilmiştir. Bu değişikliklerle birlikte "sigortalının 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerinde yer alan sigortalılık statüleri ile (c) bendinde yer alan sigortalılık statüsüne aynı anda tabi olacak şekilde Kanun kapsamına girmesi halinde öncelikle aynı maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında, (a) ve (b) bentlerinde yer alan sigortalılık statülerine tabi olacak şekilde Kanun kapsamına girmesi halinde ise aynı maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılır." hükmü getirilmiştir. Aynı zamanda "sigortalılık hallerinin çakışması nedeniyle Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki sigortalılığı esas alınanlar, yazılı talepte bulunmak ve Kanunun 82 nci maddesine göre belirlenen prime esas kazanç alt sınırı ve üst sınırına ilişkin hükümler saklı

olmak kaydıyla, esas alınmayan sigortalılık statüsü kapsamında talep tarihinden itibaren prim ödeyebilirler. Bu şekilde ödenen primler; iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından sağlanan haklar yönünden, Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında sigorta-

lık statüsünde, kısa vadeli sigorta kollarından sağlanan diğer yardımlar ile uzun vadeli sigorta kollarından sağlanan yardımlar yönünden ise Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalılık statüsünde değerlendirilir.” hükmü de getirilerek bu du-

TABLO I- SSK'YA GÖRE YAŞLILIK AYLIĞI BAĞLANMA ŞARTLARI

İşe Başlama Tarihi	ERKEK SİGORTALILAR			İşe Başlama Tarihi	KADIN SİGORTALILAR		
	Tamamlaması Gereken Sigortalılık Süresi (Yıl)	Tamamlaması Gereken Yaş	Tamamlaması Gereken Prim Ödeme Gün Sayısı		Tamamlaması Gereken Sigortalılık Süresi (Yıl)	Tamamlaması Gereken Yaş	Tamamlaması Gereken Prim Ödeme Gün Sayısı
08.09.1976 ve daha öncesi	25	Yok	5000	08.09.1981 öncesi	20	Yok	5000
09.09.1976-23.05.1979 arasında	25	44	5000	09.09.1981-23.05.1984 arasında	20	40	5000
24.05.1979-23.11.1980 arasında	25	45	5000	24.05.1984-23.05.1985 arasında	20	41	5000
24.11.1980-23.05.1982 arasında	25	46	5075	24.05.1985-23.05.1986 arasında	20	42	5075
24.05.1982-23.11.1983 arasında	25	47	5150	24.05.1986-23.05.1987 arasında	20	43	5150
24.11.1983-23.05.1985 arasında	25	48	5225	24.05.1987-23.05.1988 arasında	20	44	5225
24.05.1985-23.11.1986 arasında	25	49	5300	24.05.1988-23.05.1989 arasında	20	45	5300
24.11.1986-23.05.1988 arasında	25	50	5375	24.05.1989-23.05.1991 arasında	20	46	5375
24.05.1988-23.11.1989 arasında	25	51	5450	24.05.1990-23.05.1991 arasında	20	47	5450
24.11.1989-23.05.1991 arasında	25	52	5525	24.05.1991-23.05.1992 arasında	20	48	5525
24.05.1991-23.11.1992 arasında	25	53	5600	24.05.1992-23.05.1993 arasında	20	49	5600
24.11.1992-23.05.1994 arasında	25	54	5675	24.05.1993-23.05.1994 arasında	20	50	5675
24.05.1994-23.11.1995 arasında	25	55	5750	24.05.1994-23.05.1995 arasında	20	51	5750
24.11.1995-23.05.1997 arasında	25	56	5825	24.05.1995-23.05.1996 arasında	20	52	5825
24.05.1997-23.11.1998 arasında	25	57	5900	24.05.1996-23.05.1997 arasında	20	53	5900
24.11.1998-08.09.1999 arasında	25	58	5975	24.05.1997-23.05.1998 arasında	20	54	5975
09.09.1999-30.04.2008 arasında	25	60	7000	24.05.1998-23.05.1999 arasında	20	55	5975
				24.05.1999-08.09.1999 arasında	20	56	5975
				09.09.1999-30.04.2008 arasında	20	58	7000

TABLO II- BAĞ-KUR'A GÖRE YAŞLILIK AYLIĞI BAĞLANMA ŞARTLARI

ERKEK SİGORTALILAR		KADIN SİGORTALILAR	
01.06.2002 Tarihi İtibariyle 25 Tam Yılın Tamamlanmasına Kalan Süre	Yaş Şartı	01.06.2002 Tarihi İtibariyle 20 Tam Yılın Tamamlanmasına Kalan Süre	Yaş Şartı
2 Tam Yıl veya Daha Az	44	2 Tam Yıl veya Daha Az	40
3 Yıl 6 Ay veya Daha Az	45	3 Tam Yıl veya Daha Az	41
3 Yıl 6 Aydan Fazla, 5 Tam Yıl veya Daha Az	46	3 Tam Yıldan Fazla, 4 Tam Yıl veya Daha Az	42
5 Yıldan Fazla, 6 Yıl 6 Ay veya Daha Az	47	4 Tam Yıldan Fazla, 5 Tam Yıl veya Daha Az	43
6 Yıl 6 Aydan Fazla, 8 Tam Yıl veya Daha Az	48	5 Tam Yıldan Fazla, 6 Tam Yıl veya Daha Az	44
8 Tam Yıldan Fazla, 9 Yıl 6 Ay veya Daha Az	49	6 Tam Yıldan Fazla, 7 Tam Yıl veya Daha Az	45
9 Yıl 6 Aydan Fazla, 11 Tam Yıl veya Daha Az	50	7 Tam Yıldan Fazla, 8 Tam Yıl veya Daha Az	46
11 Tam Yıldan Fazla, 12 Yıl 6 Ay veya Daha Az	51	8 Tam Yıldan Fazla, 9 Tam Yıl veya Daha Az	47
12 Yıl 6 Aydan Fazla, 14 Tam Yıl veya Daha Az	52	9 Tam Yıldan Fazla, 10 Tam Yıl veya Daha Az	48
14 Tam Yıldan Fazla, 15 Yıl 6 Ay veya Daha Az	53	10 Tam Yıldan Fazla, 11 Tam Yıl veya Daha Az	49
15 Yıl 6 Aydan Fazla, 17 Tam Yıl veya Daha Az	54	11 Tam Yıldan Fazla, 12 Tam Yıl veya Daha Az	50
17 Tam Yıldan Fazla, 18 Yıl 6 Ay veya Daha Az	55	12 Tam Yıldan Fazla, 13 Tam Yıl veya Daha Az	51
18 Yıl 6 Aydan Fazla, 20 Tam Yıl veya Daha Az	56	13 Tam Yıldan Fazla, 14 Tam Yıl veya Daha Az	52
20 Tam Yıldan Fazla, 21 Yıl 6 Ay veya Daha Az	57	14 Tam Yıldan Fazla, 15 Tam Yıl veya Daha Az	53
21 Yıl 6 Aydan Fazla, 22 Tam Yıl	58	15 Tam Yıldan Fazla, 16 Tam Yıl veya Daha Az	54
09.09.1999 ila 30.04.2008 Tarihleri Arası Sigortalı Olan	60	16 Tam Yıldan Fazla veya 17 Tam Yıl	55
		09.09.1999 ila 30.04.2008 Tarihleri Arası Sigortalı Olan	58

rumda olan sigortalıların istemesi halinde prim ödemeye devam edebileceği hakkı da tanınmıştır. Fakat primi ister ödesin ister ödemesin her iki koşulda da bu sigortalının uzun vadeli sigorta kolları yönünden sigortalılıklarının 4-a kapsamında değerlendirileceği bir gerçektir. Konuyu farklı bir açıdan ele alırsak 01.03.2011 tarihinden sonra hangi statünün önce başladığının bir anlamı yoktur. Kişi tam zamanlı ya da kısmi zamanlı hizmet akdiyle çalışmaya başlarsa 4-b sigortalılığı sonlandırılacak ve 4-a sigortalılığı başlatılacaktır. Sonuç olarak 4-a sigor-

talılığının önemi artırılmış, 4-b sigortalılığının önemi azaltılmıştır.

Asıl önemli noktalardan bir tanesi de hizmet akdi ile kısmi süreli olarak 30 günden az çalışılan sürelerle 4-b sigortalılık hizmetlerinin çakışmasıdır. 30 günden az veya puantaj kayıtları ile çalışıp, aynı zamanda 4-b kapsamında sigortalı sayılan ve hizmetleri çakışan bir kişinin eksik kalan sürelerini 4-a kapsamında sigortalılığı sona ermedikçe 4-b kapsamında sigortalı sayılmayacağı için ödeyememesidir. Bu durumdaki sigortalılar eksik günlerini ya isteğe bağlı

Sosyal güvenlik sisteminin karmaşıklığı ve aylığa hak kazanma koşullarının farklılığı, kişileri muvazaalı işlemlere sevk etmektedir.

sigortaya müracaat ederek ödeyecekler ya da hizmet borçlanması yapacaklardır.⁸ 6111 sayılı Kanun'un 33 üncü maddesi ile yapılan bu değişiklikten sonra zorunlu sigortalılık kavramı da delinmiş ve zorunlu sigortalılıktan isteğe bağlı sigortalılığa zorunlu bir dönüş olmuştur.

VI-YAŞLILIK AYLIĞI BAĞLANMA ŞARTLARINDA SSK'LILARIN AVANTAJI

Sosyal güvenlik sistemindeki en büyük çarpıklık kendisini yaşlılık aylığının hesaplanmasında göstermektedir. SSK'da gün hesabı ve sigortalılık süresi,⁹ Bağ-Kur'da ise kadın sigortalılarda 20 tam yıl, erkek sigortalılarda ise 25 yıl prim ödenmesi ölçü alınarak yaşlılık aylığı bağlanmaktadır. Bu durumun istisnaları olmakla birlikte genel anlamda konuyu ele alırsak SSK şartlarına göre yaşlılık aylığı bağlanma şartları Tablo I'de, Bağ-Kur şartlarına göre yaşlılık aylığı bağlanma şartları Tablo II'de gösterilmiştir.

Yukarıdaki tablolardan da anlaşılacağı üzere SSK'ya göre işe başlama tarihlerinin önemi büyüktür. İlk işe başlama tarihlerine göre prim ödeme gün sayıları değişmektedir. Bağ-Kur'a göre ise hangi tarihte işe başlanıldığından ziyade erkek sigortalılar için 25 tam yılı, kadın sigortalılar için ise 20 tam yılı hangi tarihte doldurduğunun önemi büyüktür. Hal böyle olunca çalışma hayatına erken başlayan fakat hizmetleri kesintilerle devam eden ve prim ödeme gün sayısı az olan kişilerin SSK'dan daha az prim ödeme gün sayısı ile daha erken yaşlarda aylık almaya başlaması dikkat çekmektedir.

Sosyal güvenlik sisteminin karmaşıklığı ve aylığa hak kazanma koşullarının farklılığı kişileri muvazaalı işlemlere sevk etmektedir. Gerçekte var olmayan yani hizmet akdinin unsurlarını yerine getirmeyen sadece sosyal güvenlik

mevzuatına göre erken ya da daha az prim ödeme gün sayısı ile maaş bağlanabilmesi için yapılan hizmet akdi sözleşmesi muvazaalıdır. Muvazaalı hizmet akdi sözleşmesi neticesinde yapılan 4-a sigortalılığı da geçersizdir. Tabi Kurum'ca tespit edilmesi halinde. Tespit işleminin zorluğu göz önüne alınırsa bir çok kişi gerçekte hizmet akdi ile çalışmadan Kurum'dan SSK şartlarıyla aylığa kavuşmaktadır.

Aynı zamanda 4-a, 4-b sigortalılık ayırımı nedeniyle dolandırıcılık da artmıştır. Bir çok kişi kendisini 4-a kapsamında sigortalı gösterecek işyeri arayışına girmiş ve arayış içindeki bu kişiler sahte işyeri açan çetelerin eline düşmüş ve sahte sigortalı¹⁰ olarak mağdur olmuşlardır. Bu sahte işyerleriyle sadece sigortalılar mağdur edilmemiş, Sosyal Güvenlik Kurumu da zarara uğratılmıştır.

VII- SONUÇ VE ÖNERİLER

Yukarıda genişçe anlatıldığı şekilde artık 4-b sigortalılığının önemi azaltılmıştır. Farklı bir yaklaşımla artık sigortalılar 4-b sigortalılık statüsünden kolayca 4-a sigortalılık statüsüne geçebilmektedirler. Bunun için özel bir çaba harcamaya gerek kalmadan, hiçbir şekilde vergi mükellefliğinden ya da ticari şirket ortaklığından ayrılmadan hatta kısmi süreli bir iş bularak diğer bir ifadeyle esnaflığın, tacirliğin, ya da patronluğun yanında biraz işçi, yani hizmet akdiyle bir başkasının yanında çalışan olursanız 4-b sigortalılık türünden 4-a sigortalılık türüne geçebilirsiniz. 4-b sigortalılık türünün önemi bu kadar azalmışken tümünden kaldırılması herkes için iyi olacaktır. 4-b sigortalılığının kaldırılmasıyla muvazaalı hizmet sözleşmesiyle gerçek dışı 4-a sigortalı bildirimlerin önüne geçilecek, gereksiz yere emek ve zaman kayıpları yaşanmayacak, en önemlisi de 5510 sayılı Kanun'daki karmaşıklık az da olsa giderilecektir. Kurum'un iş ve işlemleri önemli ölçüde azalacak, emeklilik yaşına yaklaşmış kişileri Yasada yeri olmayan arayışlar içine sokmaktan kurtaracak, SSK-Bağ-Kur ayırımından sonra 4-a ve 4-b ayırımına da son verecek, sosyal güvenlik sisteminin birleşmesi biraz daha sağlanmış olacaktır. Ayrıca 4-b sigortalılık statüsünün kaldırılmasıyla kişiler 4-a kapsamında sigortalı olacakları işyeri

arayışına girmeyecek, sahte işyeri açan çetelere de kısmen darbe vurulacak ve bundan dolayı Kurum zararı önlenmiş olacaktır.

Görüldüğü üzere 4-b sigortalılığının kaldırılmasının faydaları saymakla bitmeyecek kadar çoktur. Dolayısıyla 4-b sigortalılığının kaldırılarak, bu kapsamda çalışan kişilerin hizmetlerinin ise belirli bir tarihten sonra 4-a sigortalılık türünden sayılması yönünde yasal bir düzenlemenin yapılması tüm bu sorunları çözecek ve herkesin yararına olacaktır. Bu yasal düzenleme yapılırken dikkat edilmesi gereken husus ise, kişilerin emeklilik şartlarının korunması gerektiğidir.

DİPNOTLAR

- 1 İsa Karakaş, Uygulamalı Sosyal Güvenlik El Kitabı, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara: 2009, s. 416.
- 2 Ali Güzel, Ali Rıza Okur, Nurşen Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik Hukuku, 12. Baskı, Beta Basım, İstanbul: 2009, s. 171.
- 3 Sosyal Güvenlik Kurumu Genelgesi, 05.04.2011 Tarih ve 2011-36 Sayılı, Md. 5.1, s. 28.
- 4 Sosyal Güvenlik Kurumu Genelgesi, 05.04.2011 Tarih ve 2011-36 Sayılı, Md. 5.2, s. 29.
- 5 5510 Sayılı Kanununun 5 inci Maddesinin birinci fıkrasının (g) bendine göre "(Ek: 17/4/2008-5754/3 md.) Ülkemiz ile sosyal güvenlik sözleşmesi olmayan ülkelerde iş üstlenen işverenlerce yurt dışındaki işyerlerinde çalıştırılmak üzere götürülen Türk işçileri 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılır ve bunlar hakkında kısa vadeli sigorta kolları ile genel sağlık sigortası hükümleri uygulanır. Bu sigortalıların uzun vadeli sigorta kollarına tabi olmak istemeleri halinde, 50 nci maddenin ikinci fıkrasındaki Türkiye'de yasal olarak ikamet etme şartı ile aynı fıkranın (a) bendinde belirtilen şartlar aranmaksızın haklarında isteğe bağlı sigorta hükümleri uygulanır. Bu kapsamda, isteğe bağlı sigorta hükümlerinden yararlananlardan ayrıca genel sağlık sigortası primi alınmaz (Ek cümle: 13/2/2011-6111/24 md.). Bu bent kapsamında yurt dışındaki işyerlerinde çalışan sigortalıların, bu sürede ödedikleri isteğe bağlı sigorta primleri 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalılık sayılır."
- 6 2829 sayılı Kanun'da yaşlılık aylığına bağlanmasında hizmeti geçmiş son yedi yıldan hangisi fazla ise o statüden aylık bağlanacağı kararlaştırılmıştır. Bu durumda borçlanılan süre son 4-b hizmetleri ile değerlendirildiğinde son yedi yıllık sürede 3,5 yıldan daha fazla prim ödeme gün sayısı olduğunda 4-b şartları ile aylık bağlanma durumu ortaya çıkmaktadır.
- 7 Müjdat Şakar, Sosyal Sigortalar Uygulaması, 9. Baskı, Beta Basım, İstanbul: 2009, s. 118.
- 8 Sosyal Güvenlik Kurumu Genelgesi, 05.04.2011 Tarih ve 2011-36 Sayılı, Md. 6.1.4.1, s. 35.
- 9 "Sigortalılık süresi, sigortalılığın başlangıcı ile aylık talebinde bulunulan tarih arasında geçen süredir." Mustafa Kurca, Tüm Yönleriyle Emeklilik, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara: 2004, s. 48.
- 10 Bekir Geçer, Sosyal Güvenlik Uygulamaları İşveren Rehberi, Acar Basım (Hesap Uzmanları Derneği Yayını), İstanbul: 2009, s. 100.

Prof. Dr. Murat ŞEN

Melikşah Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Hizmet Tespiti Davalarında Asıl İşverenin Taraf Sıfatı

1. GİRİŞ

Bilindiği üzere sigortalıların, sigortalı olarak çalışmalarının Sosyal Güvenlik Kurumu'na bildirilmemesi halinde, sigortalıya, aylık kazanç toplamlarının ve prim ödeme gün sayılarının belli edilmeleri amacına yönelik olmak üzere, eski hizmetlerini mahkeme yolu ile tespit ettirme hakkı tanınmıştır (mülga 506 sayılı SSK.m.79/10; 5510 sayılı SSGSSK.m.86/8)¹. Böylelikle sigortalı, mahkemeden alacağı ilamda belirtilen aylık kazanç toplamları ile prim ödeme gün sayılarını sosyal sigorta haklarının doğumunda ve hesaplanmalarında saydırma olanağı bulmakta ve ilgili belgelerin zamanında verilmesi halinde bulunacağı hukuksal duruma kavuşmaktadır. Buna uygulamada hizmet tespiti davası adı verilmektedir. Bir olumlu tespit davası olan² hizmet tespiti davası ile, kendileri hakkında prim belgeleri Kuruma verilmemiş olan veya çalışmaları Kurumca tespit edilememiş sigortalılara, sigortalı hizmetlerini tespit ettirmesi imkanı sağlanmaktadır³.

Hizmet tespiti davasının davacısı sigortalı; o

ölmüş ise hak sahipleridir. Davalıları ise işverenler ve Kurumdur⁴. Davalı tarafında yer alan işveren bazen bir başka işverenden aldığı işte işçilerini çalıştırdığında asıl işveren alt işveren ilişkisi ortaya çıkmakta, bu gibi durumlarda da hizmet tespiti davası açılacaksa bunda asıl işverene husumet yöneltilmesi gerekip gerekmeyeceği tartışma konusu olabilmektedir.

İşte bu çalışmada asıl işveren alt işveren ilişkisinin bulunduğu hizmet tespiti davalarında asıl işverene husumet yöneltilmesi gerekip gerekmeyeceği Yargıtay'ın yeni tarihli içtihatları göz önünde bulundurularak ve öğretide ileri sürülen görüşlere de yer verilerek açıklanacaktır. Çalışmada konu, öncelikle Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin yeni tarihli bir kararı esas alınarak incelenecek, bu karar çerçevesinde Hukuk Genel Kurulu ile 10. Hukuk Dairesi'nin içtihatlarına ilişkin değerlendirmeler yapılacaktır.

II. YARGITAY KARARI

"1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillere, hükmün dayandığı gerektirici nedenlere göre

davalı Sosyal Güvenlik Kurumunun tüm temyiz itirazlarının reddine,

2-Davalı T. Elektrik Dağıtım AŞ.'nin temyizine gelince; dava, davacının 20.11.1995-30.11.1999 tarihleri arasında davalı işverenlere ait işyerinde hizmet akdine dayalı olarak geçen ve Kuruma kayıt ve tescil edilmeyen çalışmalarının tespiti istemine ilişkindir.

Mahkemece, davanın kabulü ile davacının 20.11.1995-30.11.1999 döneminde üst işveren T. Elektrik Dağıtım A.Ş ile alt işveren E. Elektrik Elektronik Sanayi Ticaret Ltd. Şti'nde asgari ücretle sürekli olarak çalıştığının kabulüyle davalı Kuruma eksik bildirilen sürelerin tespitine karar verilmiştir.

Davanın yasal dayanağını oluşturan 506 sayılı Yasa'nın 4. maddesinde bu Yasa'nın uygulanmasında 2. maddede belirtilen sigortalıları çalıştıran gerçek veya tüzel kişilerin "işveren" olduğu bildirilmiştir.

Davacının ücretini, sosyal haklarını, sigorta primlerini ödeyen, kendi adına kapsama alınmış işyerinden işe giriş bildirgesini ve prim bildirelerini veren, ihale suretiyle diğer davalı T. Elektrik Dağıtım A.Ş.'den sözleşme kapsamında tanımlanan işi alan davalı E. Elektrik Elektronik San. Tic. Ltd. Şti.'dir.

"Çalıştıran" olgusu, tespiti istenen sürelerle ilişkin hizmet akdinin tarafı konumunda olan ve hizmet akdini düzenleyen "işvereni" ifade etmektedir. Davacı sigortalının taraf olduğu hizmet akdinin davalı alt işveren E. Elektrik Elektronik San. Tic. Ltd. Şti. tarafından düzenlenmiş olması karşısında ise hizmet tespitine yönelik davanın da bu işverene karşı husumet yönelttilerek açılması gerekir.

506 sayılı Yasa'nın 87. maddesinde "bu kanunun işverene yüklediği ödevlerden dolayı, aracı olan üçüncü kişi ile birlikte asıl işverenin de sorumlu olacağı" bildirilmiştir.

506 sayılı Yasa'nın 87. maddesi ile asıl işveren ile alt işveren arasındaki ekonomik ve mali yönden sorumluluk hukukunun sınırlarının belirlendiği, maddede geçen "bu kanunun işverene yüklediği ödevler tanımlamasının asıl işverene, alt işverenin taraf olduğu hizmet sözleşmeleri nedeniyle açılacak hizmet tespiti davalarında" pasif husumet ehliyetini amaçlamadığı anlaşılmaktadır.

506 sayılı Yasa'nın 79/10. maddesinde ifadesini bulan hizmet tespiti davaları kural olarak bu ödevi yerine getirmeyen işverene karşı açılmalıdır.

Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular dikkate alınmaksızın davalılardan T. Elektrik Dağıtım A.Ş. yönünden davanın husumet yokluğundan reddi yerine yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davalı T. Elektrik Dağıtım A.Ş.'nin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, bozma nedenine göre davalı şirketin diğer itirazlarının incelenmesine yer olmadığına, temyiz harcının istek halinde davalılardan T. Elektrik Dağıtım AŞ'ne iadesine, 9.6.2011 gününde oyçokluğuyla karar verildi⁵.

III. KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Yerel Mahkemenin Kararı ve Gerekçesi

Karara konu uyuşmazlık, asıl işverene ait işyerinde alt işverenin işçisi olarak çalışan sigortalıların açtığı hizmet tespiti davalarının alt işverenin yanı sıra asıl işverene karşı da açılıp açılmayacağı (husumet yönelttilip yöneltilemeyeceği) ve bunun sonuçlarına ilişkindir.

Dava konusu uyuşmazlıkta davacı sigortalı 20.11.1995-30.11.1999 döneminde asıl (üst) işveren T. Elektrik Dağıtım A.Ş ile alt işveren E. Elektrik Elektronik Sanayi Ticaret Ltd. Şti'nde asgari ücretle sürekli olarak çalıştığını iddia etmiş, yerel mahkeme de davayı kabul etmiş ve hem alt işverenin hem de asıl işverenin pasif husumet ehliyetinin bulunması yönüyle asıl işverenin bundan sorumlu olduğunu belirterek, davalı Kuruma eksik bildirilen sürelerin tespitine karar vermiştir.

B. Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin Bozma Kararındaki Gerekçeler

Yerel mahkemenin kararı, davalı asıl işve-

ren T. Elektrik Dağıtım AŞ. tarafından temyiz edilmiştir. Özel Daire (21. HD) de yerel mahkemenin kararını, hizmet tespiti davalarının kural olarak bu ödevi yerine getirmeyen (alt) işverene karşı açılması gerektiği, asıl işverene karşı açılmayacağı, asıl işveren T. Elektrik Dağıtım A.Ş.'nin burada (pasif) husumet ehliyetinin bulunmadığı gerekçesiyle oy çokluğuyla bozmuştur.

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi yerel mahkemenin kararını bozarken, 506 sayılı Yasa'nın 4. maddesinde bu Yasa'nın uygulanmasında 2. maddede belirtilen sigortalıları çalıştıran gerçek veya tüzel kişilerin "işveren" olduğunun belirtildiği, asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulduğu çalışma ilişkilerinde asıl işverenden iş alan alt işverenin "çalıştıran" olgusunu taşıdığı ve tespiti istenen sürelerle ilişkin hizmet akdinin tarafı konumunda olan ve hizmet akdini düzenleyen "işvereni" ifade ettiği gerekçelerine dayanmıştır. Sonuç olarak da, davacı sigortalının taraf olduğu hizmet akdinin davalı alt işveren E. Elektrik Elektronik San. Tic. Ltd. Şti. tarafından düzenlenmiş olması karşısında hizmet tespitine yönelik davanın sadece bu işverene (alt işverene) karşı husumet yöneltilerek açılması gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca, 506 sayılı Yasa'nın 87. maddesinde asıl işveren ile alt işveren arasındaki ekonomik ve mali yönden sorumluluk hukukunun sınırlarının belirlendiği ifade edilmiş ve "bu kanunun işverene yüklediği ödevler" tanımlamasının asıl işverene, alt işverenin taraf olduğu hizmet sözleşmeleri nedeniyle açılacak hizmet tespiti davalarında taraf sıfatını (pasif husumet ehliyetini) amaçlamadığına vurgu yapılmıştır.

C. Özel Dairenin Kararına Karşı Oy Yazısında İleri Sürülen Gerekçeler

Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin aldığı karar oy çokluğuyla alınmış olup karara karşı oy yazısında⁶, 506 sayılı Yasanın 87. maddesi ile 5510 sayılı Yasanın 12. maddesindeki düzenlemelerin amacının söz konusu çalışma ilişkisi çerçevesinde asıl işvereni alt işverenin işçilerine karşı bütün ödevlerinden sorumlu tutmak suretiyle gerek sigortalıları ve gerekse sigortalılara verilecek sosyal güvenlik haklarını uygulayan

Sosyal Güvenlik Kurumu'nun hak ve alacaklarını güvenceye almak olduğu belirtilmiştir. Bu çerçevede aylık sigorta primlerinin Kuruma yatırılması, prim bildirelerinin ve aylık sigorta bordrolarının verilmesi gibi ödevlerde bunların yasal sürede yerine getirilmemesi halinde asıl işverenin de davalı Kuruma karşı alt işveren ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu olduğu ifade edilmiş; davanın sonucunda verilen kesinleşmiş hüküm doğrultusunda primlerin Kurumca tahsili söz konusu olacağı için bunun sonuçta asıl işverenin de hak alanını ilgilendirdiği belirtilmiştir.

Bunun dışında, başka bir sigortalının aynı davalılara karşı açtığı Mersin 2. İş Mahkemesi'nin 2009/580 Esas nolu dosyasında görülen davanın 24.12.2009 tarihli kararının Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nce oy çokluğu ile davalı asıl işveren T. Elektrik Dağıtım A.Ş.'ye husumet yöneltilmeyeceği gerekçesiyle bozulduğu, yerel mahkemenin direnmesi üzerine HGK'nın 10.11.2010 tarih ve 2010/21-497 Esas ve 2010/590 Karar sayılı kararı ile davalı asıl işveren T. Elektrik Dağıtım A.Ş.'ye de husumet yöneltilebileceği sonucuna ulaşılarak onandığı ifade edilmiştir.

D. Konuya İlişkin Hukuk Genel Kurulu Kararında Dayanılan Gerekçeler

Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin kararına karşı oy yazısında sözü edilen Hukuk Genel Kurulu kararı, Mersin 2. İş Mahkemesi'nce 19.06.2008 tarih ve 2007/749 Esas, 2008/316 Karar sayılı hizmet tespiti konulu davanın kabulüne dair verilen kararın önce Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nde incelenip bozulması, sonra ise yerel mahkemenin direnmesi üzerine Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nca incelenip onanması şeklinde gerçekleşmiştir⁷.

Mersin 2. İş Mahkemesi'nin kararı, davalı olan SGK ve T. Elektrik Dağıtım A.Ş. vekilleri tarafından temyiz edilmiş, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi de 28.05.2009 tarih ve 2009/256 Esas, 2009/7449 Karar sayılı ilamı ile yerel mahkemenin hükmünü bozmuştur. Hükmü bozarken davalı T. Elektrik Dağıtım A.Ş. vekilinin temyiz itirazlarını dikkate almış ve uyuşmazlığın sadece hizmet tespitine ilişkin olduğu, ortada asıl işverenin hukuki sorumluluğunu gerektirecek

bir alacak veya tazminat davası bulunmadığı ve asıl işveren yanında eylemleri bir çalışmanın varlığının iddia ve ispat edilemediği, HGK ile 21. H.D. ve 10. H.D.'sinin hiç sapma göstermeyen uygulamasının da bu yönde olduğu, onama ile geçen bir Daire kararının emsal içtihat olarak kabul edilemeyeceği gerekçelerine dayanmıştır. Sonuç olarak da davanın sadece davalı alt işveren E. Elektrik ve Elektronik Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi'nde çalıştığına tespitine karar verilmesi gerekirken, asıl işveren T. Elektrik Dağıtım A.Ş. hakkında da hüküm kurulmasını bozma nedeni görmüştür.

Yerel mahkeme, önüne bozularak tekrar gelen uyuşmazlıkta, davanın davalılardan asıl işverene de yöneltilmesi gerektiğine yönelik önceki kararında direnmiş ve "görülen dava sonucunda verilecek kararın asıl işverenin de hak alanını ilgilendirdiği" gerekçesini de ilave etmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu'nun önüne gelen uyuşmazlıkta sorunun; hizmet tespiti davasında ihaleyi veren davalı asıl işveren T. Elektrik Dağıtım A.Ş.'nin taraf sıfatının (pasif husumet ehliyetinin) bulunup bulunmadığı noktasında toplandığına vurgu yapılmıştır.

Öncelikle davanın işveren ve Kuruma karşı açılması gerektiği gerekçelerle açıklanmış; dava ehliyeti ve taraf sıfatı kavramları üzerinde durulmuştur. Medeni hakları kullanma ehliyetinin usul hukukunda büründüğü şekil olan dava ehliyetinin, kişinin bizzat veya vekili aracılığıyla bir davayı davacı veya davalı olarak takip etme ve usulü işlemleri yapabilme ehliyeti olduğu ifade edilmiştir. Dava konusu subjektif hak (dava hakkı) ile taraflar arasındaki ilişkiyi anlatan taraf sıfatı hususunda ise, bir hakkı dava etme yetkisinin (dava hakkının) kural olarak o hakkın sahibine ait olduğunu, bir davada davacı sıfatının tamamen maddi hukuk kurallarına göre belirleneceğini, bir davanın davalısının o dava yönünden davacı sıfatına sahip bulunmadığının belirlenmesi halinde, mahkemece dava konusu hakkın mevcut olup olmadığının incelenemeyeceğini ve sıfat yokluğundan davanın reddine karar verilmek zorunda olduğunu; mahkemenin taraflar arasında dava konusu hakkın esas hakkında bir karar vere-

bilmesi için, bu kişilerin o davada gerçekten davacı ve davalı sıfatlarına sahip olmaları gerektiğini, bir davada taraf olarak gösterilen kişilerden (taraflardan) birinin o davada gerçekten davacı ve davalı sıfatının bulunmaması halinde, davanın esas hakkında bir karar verilemeyeceğini; davanın, sıfat yokluğundan (husumetten) reddedileceğini tespit etmiştir.

Hukuk Genel Kurulu, taraf sıfatı konusundaki genel bir değerlendirmeden sonra somut olaya yönelik olarak da 506 sayılı Kanun'un 87. maddesindeki "aracı" kavramı ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6. maddesindeki "asıl işveren-alt işveren" ilişkisine ilişkin bir takım tespitlerde bulunmuştur.

"Aracı" olarak nitelenen üçüncü kişinin, gerek mevzuatta, gerekse öğreti ve yargı kararlarında alt işveren, taşeron, tali işveren, alt müteahhit, alt ismarlanan vb. adlarla anıldığını; asıl işverenin yanında "taşeron" olarak adlandırılan başka işverenlerden iş alan ve kendi sigortalılarını çalıştıran "asıl işveren-alt işveren" ilişkisinin, 506 sayılı Kanun'un 87. maddesi, mülga 1475 sayılı İş Kanunu'nun 1/son ve yürürlükteki 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6. maddelerinde düzenlendiği üzere, aracının yanında asıl işvereni de sorumlu tutan bir içerik taşıdığını belirlemiştir. 506 sayılı Kanun'un "Üçüncü kişinin aracılığı" başlıklı 87. maddesine göre, "Sigortalılar üçüncü bir kişinin aracılığı ile işe girmiş ve bununla sözleşme yapmış olsalar bile, bu kanunun işverene yüklediği ödevlerden dolayı, aracı olan üçüncü kişi ile birlikte asıl işveren de sorumludur. Bir işte veya bir işin bölümü veya eklentilerinde işverenden iş alan ve kendi adına sigortalı çalıştıran üçüncü kişiye aracı" denildiğini; bu hüküm ile asıl işvereni bu Kanun bakımından söz konusu çalışma ilişkisi çerçevesinde, alt işverenin işçilerine karşı olan bütün ödevlerinden sorumlu tutulmasındaki gayenin de, gerek sigortalıların, gerekse sigortalılara verilecek sosyal güvenlik haklarını uygulayan Sosyal Sigortalar Kurumu'nun hak ve alacaklarını güvenceye almak olduğunu ifade etmiştir.

Bunun yanı sıra, aracı ve asıl işveren-alt işveren ilişkisinden hareketle, işyerinde asıl iş sahibinin de işçi çalıştırıyor olması koşulu arandı-

ğini, sigortalı çalıştırmayan kimsenin “işveren” sıfatını kazanamayacağı için, bu durumdaki kişilerden iş alanların da aracı sayılmayacağını ve anılan madde kapsamında müteselsil sorumluluk doğmayacağını; 4857 sayılı İş Kanunu ile yapılan düzenlemenin ise bu ilişkiyi daraltıcı nitelikte bulunduğunu belirlemiştir.

Bu çerçevede somut olaya ilişkin olarak da değerlendirme yapmış ve davalı T. Elektrik Dağıtım A.Ş.’nin asıl işveren, asıl işin bir bölümü olan “elektrik endeks okuma, bim kurulması, bildirim düzenleme ve elektrik sayacı açma kesme” işini ihale ile alan diğer davalı E. Elektronik San. Tic. Ltd. Şti.’nin de alt işveren (aracı) konumunda bulunduğunu; 506 sayılı Yasa’nın (m. 87) yüklediği ödevlerden dolayı, alt işveren (aracı) ile birlikte asıl işverenin de müteselsilen sorumlu olduğunu; asıl işveren konumundaki davalı T. Elektrik Dağıtım A.Ş.’nin anılan davada taraf sıfatının (pasif husumet ehliyetinin) bulunduğunu; T. Elektrik Dağıtım A.Ş. hakkındaki davanın sıfat (pasif husumet) yokluğu nedeniyle reddine karar verilmesi gerektiğine işaret eden Özel Daire bozmasına karşı yerel mahkemenin, her iki davalının işverenlik sıfatlarının asıl işveren-alt işveren olarak kabulü ile tespit davası yönünden haklarında hüküm kurulmasına yönelik ilk kararında direnmesinin usul ve yasaya uygun olduğunu; ancak davalı T. Elektrik Dağıtım A.Ş. vekilinin işin esasına yönelik diğer temyiz itirazları incelenmediğinden, bu yönde inceleme yapılmak üzere dosyanın Özel Daire’ye gönderilmesi gerektiğini oyçokluğuyla karara bağlamıştır⁸.

E. Hukuk Genel Kurulu Kararı’na Katılmayan Karşı Oy Yazısında İleri Sürülen Gerekçeler

Hukuk Genel Kurulu’nun oyçokluğuyla aldığı karara karşı oy yazısında ise şu gerekçelere yer verilmiştir: “Yerel mahkeme, davacının 18.02.2000-15.06.2002 döneminde üst işveren T. A.Ş ile alt işveren E. Elektrik Elektronik Sanayi Ticaret Ltd. Şti’nde aylık asgari ücretle sürekli olarak çalıştığının tesbitine karar vermiştir.

Dairemizce, Davalı SGK ve E. Ltd. Şti.’nin temyiz itirazları reddedilmiş, hüküm, endeks

okuma-kesme-bağlama ve sayaçların söküm-takım işlerini ihale ile davalı E. Limited Şirketi’ne veren T. Elektrik Dağıtım A.Ş. hakkındaki davanın sıfat (pasif husumet) yokluğu nedeniyle reddine karar verilmesi gerektiği gerekçesi ile oyçokluğu ile bozulmuştur.

HGK. oyçokluğu ile aldığı kararda, üst işverene husumet düşeceğini kabul ederek direnme kararı doğrultusunda karar vermiştir.

Uyuşmazlık; Hizmet tespiti davasında ihaleyi veren davalı T. A.Ş. hakkındaki davanın sıfat (pasif husumet) yokluğu nedeniyle reddine karar verilmesi gerekip gerekmediği, noktasında toplanmaktadır.

Mahkeme kararı ve Dairemizin bozma kararına karşı yazılan karşı oy gerekçelerinde; 4857 sayılı Yasanın 2. maddesindeki tanımlamalardan yola çıkılarak, “bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal ve hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi deneceği, bu ilişkide asıl işverenin, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden asıl işveren ile birlikte sorumlu olacağı, işletmenin ve işin gereği teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl işin bölünerek alt işverenlere verilemeyeceği” hususları vurgulanmıştır.

4857 sayılı İş Yasası’nın 2. maddesi hizmet akdi ile çalışan davacının bu hizmet akdi dolayısıyla İş Yasasından doğan kıdem tazminatı, ücret alacağı vs. kaynaklı davalarda uygulanacağından bu hükümlerden yola çıkılarak bir sonuca varılamayacağı açıktır.

Davamız, sadece 506 sayılı Yasa’nın 79. maddesinden kaynaklanan hizmet tesbiti davasıdır. O halde, öncelikle bu davada 506 sayılı Yasa’nın ilgili hükümleri var olduğu hallerde, İş Yasası’nın uygulama olanağının bulunmadığını kabul etmek gerektiği kuşkusuzdur. Başka bir anlatımla, burada, davaya konu tarihte yürürlükte bulunan 506 sayılı Yasa’nın 87. mad-

desinde yer alan aracı (alt işveren, taşeron) tanımından yola çıkmak gerekir. İhtilaf konusu dönemde yürürlükte bulunan 506 sayılı Yasa'nın 87. maddesinde, "sigortalıların üçüncü bir kişinin aracılığı ile işe girmiş ve bununla sözleşme yapmış olsalar bile, bu Kanunun işverene yüklediği ödevlerden dolayı, aracı olan üçüncü kişi ile birlikte asıl işverenin de sorumlu olacağı, bir işte veya bir işin bölümü veya eklentilerinde işverenden iş alan ve kendi adına sigortalı çalıştıran üçüncü kişiye aracı denir" denmektedir.

Sözü edilen 87. maddeyi incelediğimizde; aracı "kendi adına işçi çalıştıran" gerçek veya tüzel kişidir. Hizmet akdinin bir tarafı sigortalı işçi, diğer tarafı da işveren olan aracıdır. Somut olayda, davacıyı işe alan işverenin, aracı (alt işveren) durumunda bulunan E. Ltd. Şti. olduğu açıktır. Bu Kanunun işverene yüklediği ödevlerden dolayı aracı ile birlikte asıl işverenin de sorumlu olacağı aynı maddede vurgulanmıştır. Burada anlaşılması gereken şudur; Kuruma bildirim ödevini aracı yerine getirecek, SGK'ya işçinin bildirim yapılmaması veya bildirim yapılmasına karşın sigorta primlerinin ödenmemesi halinde, asıl işveren Kuruma karşı prim borçlarından müteselsil olarak sorumlu olacaktır. Yasa maddesi sorumluluğu getirmekle birlikte, bildirim yükümlülüğünü asıl işverene (üst işverene) yüklememiştir. Aksinin kabulü uygulamada da kargaşaya yol açar.

506 sayılı Yasa'nın 79. maddesine göre, "İşveren, bir ay içinde çalıştırdığı sigortalının sigorta primleri ve destek primi hesabına esas tutulan kazançlar toplamı ve prim ödeme gün sayıları ile bu primleri gösteren ve örneği yönetmelikle belirlenen asıl veya ek belgeleri ait olduğu ayı veya dönemi takip eden ayın sonuna kadar Kuruma vermekle yükümlüdür." 506 sayılı Yasa'nın 80. maddesine göre; "İşveren, bir ay içinde çalıştırdığı sigortalıların primlerine esas tutulacak kazançlar toplamı üzerinden bu Kanun gereğince hesaplanacak prim tutarlarını ücretlerinden kesmeye ve kendisine ait prim tutarlarını da bu miktara ekleyerek, en geç ertesi ayın sonuna kadar Kuruma ödemeye mecburdur." Bu madde metinleri bildirim yükümlülüğünü ve primleri keserek ödeme yü-

kümlülüğünü işçinin ücretini ödeyen işverene yüklemiştir. Asıl işveren, alt işverenin sayıç okuma işine hangi işçiyi ne zaman işe aldığını, ne kadar ücret üzerinden sözleşme yaptığını, ne zaman işten çıktığını nereden bilecektir. 506 sayılı Yasa işe giriş bildirgesinin, sigorta primleri bildirgelerinin ve dönem bordrolarının verilmesini işverene yüklemiştir. Bu süreler genellikle çalışmayı izleyen ayın son gününe kadardır. Tek bir bildirgeyi iki yükümlü de mi verecektir? İki davalı aleyhine kesinleşen aynı hizmet söz konusu olacaktır. Hükmün infazı nasıl gerçekleşecektir? SGK kesinleşen mahkeme kararı gereğince aracından bildirgeleri düzenlemesini isteyecektir. Sigortalının ücret bordrosu hatta kimlik bilgileri aracının elindedir. Davalı asıl işveren hakkında doğrudan infaz edilmeyecek mükerrer bir hükmün oluşmasında, davacının hangi hukuki yararının söz konusu olduğu izah edilemez.

Sonuç olarak; hizmet tesbiti davaları doğrudan hizmet akdinin tarafı olan alt işveren ve yasal hasım olan SGK hasım gösterilerek açılmalıdır. Sadece primleri ödemekle müteselsil sorumluluğu bulunan üst işverene husumet düşmemektedir. Üst işverenin primlerden sorumlu olması kendisine husumet yöneltilebileceği şeklinde yorumlandığında başka prim sorumlularına da husumet yöneltilebileceğinin kabulünü gerektirecektir. Örneğin, şirketlerin hatta kamu tüzel kişilerinin 506 sayılı Yasa'nın 80. maddesine göre primlerden sorumlu üst düzey yöneticileri, 506 sayılı Yasa'nın 84. maddesine göre primleri hak edişlerden keserek ödemekle yükümlü ihale makamı, limited şirketlerin 6183 sayılı Yasa'ya göre primlerden hisseleri oranında sorumlu olan ortakları, işyeri devrinde devralan şirket gibi çok sayıda örnekler sayılabilir. Asıl işverenden prim tahsil edilebilmesi için, hizmet tesbiti davasında taraf olması gerekmez. 87. madde gereğince Kurum müteselsil sorumlu olan asıl işverenden her zaman ödenmeyen primleri tıpkı yukarıda sayılan sorumlulardan olduğu gibi tahsil edebilme olanağına sahiptir.

Üst işverene husumetin düşeceği hal sadece, gerçekte üst işverenin hizmet akdinin tara-

fı olduğu halde, prim sorumluluğundan veya başka sorumluluklardan kaçınmak amacı ile gerçekte alt işveren (aracı) olmayan kişinin aracı gibi gösterilerek muvazaalı işlem yapılması halidir.

Ayrıca, somut olayda, davacının hizmeti alt işveren (aracı) ve SGK yönünden tesbit edilmiş ve temyiz itirazları Yüksek 21. Hukuk Dairesince reddedilerek hüküm kesinleşmiştir. Davacı, bu ilamı alarak infaz ettirebilir. Mahkemenin direnme kararı vererek, hizmetin üst işveren yönünden ayrıca tesbit etmesinde davacının hukuki yararı da yoktur.

Yukarıdaki gerekçelerle Yüksek Hukuk Genel Kurulunun kararına esas olan sayın çoğunluğun görüşüne katılamıyorum.”⁹.

F. Taraf Ehliyeti, Dava Ehliyeti, Dava Takip Yetkisi ve Taraf Sıfatı Kavramları

Somut uyuşmazlık açısından sağlıklı bir değerlendirme yapabilmek için taraf ehliyeti, dava ehliyeti, dava takip yetkisi ve taraf sıfatı kavramlarının açıklanması ve bu kavramların asıl işverenin alt işverenle birlikte hizmet tespiti davalarında bulunup bulunmadığının belirlenmesi gerekir.

Bilindiği üzere taraf ehliyeti, davada taraf olabilme, usuli hukuki ilişkinin süjesi olabilme ehliyeti olup bir dava şartıdır (HMK.m. 114)¹⁰. Taraf ehliyetine sahip olmak için medeni hukuktaki hak ehliyetine sahip olmak gerekir¹¹. Belirtmekte yarar vardır ki, tamamen şekli ve usuli bir kavram olan taraf, mahkemenin hukuki korunma talep eden ve kendisine karşı korunma talep edilen kişidir ve maddi hukuktan bağımsız olarak düşünülmalıdır¹². Taraf ehliyeti davanın her aşamasında hakim tarafından incelenebilir, taraflar da davanın sonuna kadar bunu ileri sürebilirler. Bir tarafın o dava yönünden davacı veya davalı olarak taraf ehliyetine sahip bulunmadığının belirlenmesi halinde, dava reddedilir veya verilen hüküm bozulur¹³.

Dava ehliyeti, kişinin bizzat veya vekili aracılığıyla bir davayı davacı veya davalı olarak takip etme ve usulü işlemleri yapabilme ehliyeti olup medeni hakları kullanma ehliyetinin usul

hukukunda büründüğü şekli olup bir dava şartıdır¹⁴. Medeni hakları kullanma ehliyetine (fiil ehliyetine) sahip gerçek ve tüzel kişiler dava ehliyetine de sahiptirler¹⁵.

Dava takip yetkisi, dava konusu hak ya da hukuki ilişkinin tarafı olmak, davayı kimin yürütebileceğine ilişkin olarak hüküm alabilmek anlamına gelir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 53. maddesine göre “Dava takip yetkisi, talep sonucu hakkında hüküm alabilme yetkisidir. Bu yetki, kanunda belirtilen istisnai durumlar dışında, maddi hukuktaki tasarruf yetkisine göre tayin edilir.” Dava takip yetkisi sıfattan ayrı olup davanın yürütülmesi ve karara ulaşılmadaki süreci ifade eder. Bu sürecin sonunda maddi hukuka yönelik sonuç ise sıfatı karşılar. Yani dava takip yetkisi usuli, sıfat ise maddi hukuka yönelik sonuçtur. Örneğin iflas masasını ilgilendiren davalarda iflas idaresi davayı takip yetkisine sahiptir. Dava sonunda hüküm davayı takip yetkisine sahip kişi hakkında değil, asıl taraf hakkında verilir¹⁶. Dava takip yetkisinin arandığı hallerde dava takip yetkisi yoksa dava reddedilir; bu sebeple dava takip yetkisi dava şartlarındandır; sıfat ise dava şartlarından değildir¹⁷. Görüldüğü üzere, dava takip yetkisi sıfattan ayrı olup mahkemece resen araştırılması gerekir; tarafların da yargılamanın sonuna kadar her aşamada dava takip yetkisinin bulunmadığını ileri sürme hakkı vardır¹⁸.

Taraf sıfatı ise, belirli ölçüde taraf ehliyeti ve dava takip yetkisi ile de ilişkisi olan bir kavram olup dava konusu subjektif hak (dava hakkı) ile taraflar arasındaki ilişkiyi anlatır. Taraf sıfatı bir dava şartı değildir¹⁹; çünkü bir kimsenin hak sahibi veya borçlu olup olmadığı davanın esasına girildikten sonra tespit edilebilir. Bu durumda ise dava esastan ret veya kabul edilebilir. Oysa dava şartları davanın esasına girilmesini engelleyen niteliktedir. Bir hakkı dava etme yetkisi (dava hakkı) kural olarak o hakkın sahibine aittir²⁰. Davacı tarafta yer alan taraf için aktif taraf sıfatı, davalı tarafta yer alan taraf için pasif taraf sıfatından söz edilir. Taraf sıfatı yerine uygulamada “husumet” terimi de kullanılmaktadır²¹. Dava dilekçesinde davacı veya davalı olarak gösterilen kişiler şekli taraf kavramına göre o davanın tarafları iseler de bu her

Taraf ehliyeti, dava ehliyeti ve davayı takip yetkisi, davanın taraflarının kişilikleriyle ilgili olduğu halde, taraf sıfatı dava konusu sübjektif hakka ilişkindir.

zaman o kişilerin taraf sıfatına sahip oldukları anlamına gelmez. Çünkü davacı olarak taraf sıfatına sahip olabilmek için dava konusu hakkın sahibi olmak gerektiği gibi, davalı sıfatına sahip olmak için de dava konusu hakkın süjesi olmak gerekir. Başka bir ifadeyle, bir alacak davasında davacı taraf sıfatına sahip olabilmek için o alacak hakkının sahibi olmak, davalı taraf sıfatına sahip olabilmek için de o alacağın gerçek borçlusu olmak gerekir. Mahkmeden, bir hakkın veya hukuki ilişkinin varlığının ya da yokluğunun yahut bir belgenin sahte olup olmadığının belirlenmesinin talep edildiği bir tespit davasında da (HMK.m.106/1), davacı veya davalı taraf sıfatına sahip olabilmek için tespiti istenen hukuki ilişkinin tarafı olmak gerekir. Dolayısıyla bir hizmet tespiti davasında taraf sıfatı, kural olarak hizmet ilişkisinin tarafları olan sigortalı (işçi) ile onu çalıştıran işverendedir. Şu halde, taraf sıfatı bir usul hukuku sorunu olmayıp, dava konusu sübjektif hakkın özüne ilişkin bir maddi hukuk sorunu olduğundan taraf sıfatının yokluğu, davada taraf olarak gözüken kişiler arasında dava konusu hakkın doğumuna engel olur. Bu nedenle bir def'i değil, yargılamanın her aşamasında taraflarca ileri sürülmesi mümkün ve mahkemece de kendiliğinden nazara alınması zorunlu bir itiraz niteliğindedir²².

Görüldüğü üzere, taraf ehliyeti, dava ehliyeti ve davayı takip yetkisi, davanın taraflarının kişilikleriyle ilgili olduğu halde, taraf sıfatı dava konusu sübjektif hakka ilişkindir. Bu nedenle bir kimsenin davacı veya davalı sıfatına sahip olup olmadığı maddi hukuka göre belirlenir²³. Mahkemelerin taraflar arasında dava konusu hakkın esası hakkında bir karar verebilmesi için, bu kişilerin o davada gerçekten davacı ve davalı sıfatlarına sahip olması gerekir. Bir davada taraf olarak gösterilen kişiler, dava ehliyeti-

ne ve davayı takip yetkisine sahip olsalar bile, taraf sıfatına sahip değillerse (davacı ve davalı sıfatı yoksa), davanın esası hakkında bir karar verilemez; dava, esastan (sıfat yokluğundan, husumetten) reddedilir²⁴.

G. Sosyal Sigorta Kanunlarının İşverenlere Getirdiği Yükümlülükler ve Bunlardan Sorumluluk

Somut uyuşmazlık mülga 506 sayılı Kanun döneminde gerçekleştiği için söz konusu kanundaki hükümlerin yanı sıra şimdi yürürlükte bulunan 5510 sayılı Kanun hükümlerinin de göz önünde bulundurularak işverenin yükümlülük ve sorumluluklarının belirlenmesi ve asıl işverenin hizmet tespiti davasındaki taraf sıfatının irdelenmesinde hukuka katkı sağlaması açısından yarar vardır.

Burada sosyal sigorta kanunlarının işverene getirdiği yükümlülük ve sorumlulukları incelemeye önce, uyuşmazlığın çözümü açısından sözü edilen Kanunlardaki hükümlerin göz önünde bulundurulması gerektiği ve İş Kanunu'ndaki hükümlerin ise bu uyuşmazlığın çözümü açısından uygulama alanı bulamayacağı hususuna vurgu yapmakta yarar vardır.

Bilindiği üzere mülga 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 9. maddesinde işverene "Çalıştırılan sigortalıları bildirme" yükümlülüğü getirilmiştir. Buna göre "İşveren çalıştıracığı kimseleri, işe başlatmadan önce örneği Kurumca hazırlanacak işe giriş bildirgelerıyla Kuruma doğrudan bildirmekle veya bu belgeleri iade-li-taahhütlü olarak göndermekle yükümlüdür." Aynı şekilde 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun "Sigortalı bildirimi ve tescili" kenar başlıklı 8. maddesinde "İşverenler, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılan kişileri, 7 nci maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde belirtilen sigortalılık başlangıç tarihinden önce, sigortalı işe giriş bildirgesi ile Kuruma bildirmekle yükümlüdür." düzenlemesine yer verilmektedir.

Görüldüğü üzere 506 sayılı Kanun'da da 5510 sayılı Kanun'da da Sosyal Güvenlik Kurumu'nun sigortalıya, işe başlamasıyla tabi

Yargıtay'a göre Kanun'un kullandığı birlikte sorumluluk deyiminden tam teselsülün, müşterek ve müteselsil sorumluluğun anlaşılması gerekir.

olduğu sigorta kollarına ilişkin yardımları yapabilmesi ve üzerine düşen diğer yükümlülükleri yerine getirebilmesi için sigortalının Kurum'a bildirilmesi öngörülmüştür. Bunların yanı sıra birlikte sorumluluğu gerektiren ödevler arasında işçilerin ücretlerinden primlerin kesilmesi ve Kuruma vaktinde yatırılması, aylık prim ve hizmet belgesinin verilmesi, gerekli kayıt ve defterin tutulması, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili önlemlerin alınması da bulunmaktadır²⁵.

506 sayılı Kanununun 87. maddesinde "Üçüncü kişinin aracılığı" kenar başlığı ile aracı tanımına yer verilmiştir. Buna göre, "Bir işte veya bir işin bölümü veya eklentilerinde işveren iş alan ve kendi adına sigortalı çalıştıran üçüncü kişiye aracı denir." ve "Sigortalılar üçüncü bir kişinin aracılığı ile işe girmiş ve bununla sözleşme yapmış olsalar bile, bu kanunun işverene yüklediği ödevlerden dolayı, aracı olan üçüncü kişi ile birlikte asıl işveren de sorumludur." Bilindiği üzere "aracı" olarak nitelenen üçüncü kişi, gerek mevzuatta, gerekse öğreti ve yargı kararlarında; alt işveren, taşeron, tali işveren, alt müteahhit, alt ismarlanan gibi adlarla anılmaktadır. 5510 sayılı SSGSSK.m.12/son hükmünde de "Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin bir işte veya bir işin bölümü veya eklentilerinde, iş alan ve bu iş için görevlendirdiği sigortalıları çalıştıran üçüncü kişiye alt işveren denir. Sigortalılar, üçüncü bir kişinin aracılığı ile işe girmiş ve bunlarla sözleşme yapmış olsalar dahi, asıl işveren, bu Kanunun işverene yüklediği yükümlülüklerden dolayı alt işveren ile birlikte sorumludur." denilerek 506 sayılı Kanun'un 87. maddesindeki hükümlerle aynı sonuca ulaşacak bir düzenlemeye yer verilmiştir. Her iki hükümlerde de aracının (alt işverenin) işçilerine karşı bütün ödevlerinden dolayı asıl işverenin de alt işverenle (aracı ile) birlikte sorumlu tutulma-

sındaki gayenin, gerek sigortalıların, gerekse sigortalılara verilecek sosyal güvenlik haklarını uygulayan Sosyal Sigortalar Kurumu'nun (Sosyal Güvenlik Kurumu'nun) hak ve alacaklarını güvenceye almak olduğu açıktır. Başka bir söyleyişle, alt işverenler genellikle teknik ve mali açıdan asıl işverenlerden daha zayıf durumda bulunduğu ve sık sık işyeri değiştirdikleri için bu işlerde çalışan sigortalıların ve Kurumun haklarını korumak amacıyla bu düzenlemeye gidilmiştir²⁶.

Buradaki birlikte sorumluluk müşterek ve müteselsil (dayanışmalı) sorumluluk anlamına gelir. Yargıtay'a göre de "Kanun'un kullandığı birlikte sorumluluk deyiminden tam teselsülün, müşterek ve müteselsil sorumluluğun anlaşılması gerekir"²⁷. Sosyal Güvenlik Kurumu da 07.06.2010 tarih ve 2010-71 sayılı Genelgesinde, "birlikte sorumluluk" ifadesinden tam teselsülün dolayısıyla müşterek ve müteselsil sorumluluğun anlaşılması gerektiğini belirtmiştir²⁸. Buradaki sorumluluk hukuki sorumlulukla sınırlı olup ceza sorumluluğunu kapsamamaktadır. Zira ceza sorumluluğu şahsi olduğundan hiç kimse bir başkasının işlediği suçtan dolayı sorumlu tutulamaz. Örneğin, süresi içerisinde Sosyal Güvenlik Kurumu'na bildirim yapılmış olmasından kaynaklanan para cezası, asıl işveren için uygulanmaz²⁹.

Diğer taraftan, aracı ile asıl işveren arasında müşterek ve müteselsil sorumluluğun bulunabilmesi için mutlaka sözü edilen hükümdeki şartların gerçekleşmesi yani asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulmuş bulunması gereklidir³⁰. Eğer asıl işveren-alt işveren ilişkisinin şartları oluşmamışsa birlikte sorumluluk da doğmaz. 4857 sayılı İş Kanunu'nda düzenlenen asıl işveren-alt işveren ilişkisindeki birlikte sorumluluk için İş Kanunu'ndaki; 506 veya 5510 sayılı Kanunlardaki aracı-asıl işveren arasındaki birlikte sorumluluğun söz konusu olabilmesi için de sözü edilen kanunlardaki aracı asıl işveren ilişkisinin kurulma şartlarının gerçekleşmesi gerekir. Bilindiği üzere sosyal sigorta hukukundaki alt işverenliğin unsurları İş Kanunu'ndakinden farklıdır³¹. Örneğin İş Kanunu'ndan farklı olarak 506 sayılı Kanun'da alt işveren sayılabilmek için sigortalıların iş alı-

Hizmet tespiti davasında Kurum dışında davalı olarak gösterilen işveren, kural olarak işçiyi çalıştıran, onunla iş sözleşmesi yapan işverendir.

nan işyerinde münhasıran çalıştırılmaları şartı aranmamaktadır³².

Ayrıca Kanundan doğan ve emredici niteliğe sahip müşterek ve müteselsil (birlikte) sorumluluk, asıl işveren ile alt işverenin aralarında yapacakları sözleşme ile ortadan kaldırılamaz³³.

H. Hizmet Tespiti Davasında Kurum ve Asıl İşverenin Taraf Sıfatı

Hizmet tespiti davası, dava sonucunda verilecek kararı icra edecek ve bu doğrultuda gereken hukuki işlemleri yapacak olan ve hak alanını ilgilendiren Kuruma da yöneltilmesi gereken bir davadır³⁴. Bu açıdan Kurumun davayı takip yetkisinin yanı sıra Yasadan kaynaklanan taraf sıfatı (husumet ehliyeti) de bulunmaktadır. Yargıtay'a göre, alt işveren ile Sosyal Sigortalar Kurumu (Sosyal Güvenlik Kurumu) arasında zorunlu dava arkadaşlığı³⁵ bulunmaktadır³⁶.

Hizmet tespiti davasında Kurum dışında davalı olarak gösterilen işveren, kural olarak işçiyi çalıştıran, onunla iş sözleşmesi yapan işverendir. Ancak sosyal sigorta kanunları (506 sayılı Kanun ve 5510 sayılı Kanun) tarafından prim ödeme yükümlüsü sayılan asıl borçlu ile birlikte müteselsil sorumluluğu söz konusu olan diğer kimselere de bu davanın yöneltilmesi mümkündür. Dolayısıyla işyerinin devri veya intikali halinde (SSGSSK.m.89/I) eski işverenin prim borçlarından dolayı müteselsil sorumlu olan yeni işverenin taraf sıfatı bulunduğu³⁷ gibi alt işverenin prim borçlarından müteselsil sorumlu asıl işverene de (SSGSSK.m.12/son) husumet yöneltilir. Aynı şekilde geçici iş ilişkisinde işçinin ödenmeyen prim borçlarından geçici işverenle birlikte işveren de sorumlu olduğu için (SSGSSK.m.12/II) hizmet tespiti davası geçici işverene de yöneltilir³⁸.

Gerçekten de 506 veya 5510 sayılı Kanunlar

açısından alt işverenin işçilerine karşı asıl işverenin birlikte sorumluluğu, bu kanunların işverene (alt işverene, aracıya) yüklediği yükümlülükler ve ödevler açısından geçerlidir. Sosyal sigorta kanunlarının işverene yüklediği yükümlülüklerden biri de sigortalıyı bildirmek olduğuna ve bildirilmediğinde bu yükümlülüğün yerine getirilmemesinden dolayı asıl işveren alt işverenle (aracı) birlikte sorumlu tutulduğuna göre, bu görevin yerine getirilmemesinden dolayı açılacak hizmet tespiti davasında her iki işverenin de sorumluluğu bulunmaktadır. Sorumlu tutulan kişinin de davayı takip yetkisi ile taraf sıfatının (husumet ehliyetinin) bulunması en tabii hakkıdır³⁹. Hizmet tespiti davası sigortalı açısından olumlu sonuçlandığında tespit edilen çalışma sürelerine ait primlerin her iki işverence Kuruma ödenmesi gerekeceğine göre alt işverenle birlikte sorumlu tutulan asıl işverenin hak alanını da ilgilendiren bu davada asıl işverenlerin de taraf sıfatının bulunduğu kabul edilmelidir. Kaldı ki davacı sigortalının hizmet tespiti davasını alt işverenle birlikte asıl işverene de yöneltilmesinde subjektif hakkı ve hukuki yararı da bulunmaktadır⁴⁰. Davanın asıl işveren ile alt işverene birlikte açılması durumunda hem zaman, emek ve masraftan kazanılacak hem de yargılama kolaylaşmış çelişkili hükümler verilmesinin önüne geçilecektir⁴¹.

Asıl işverene de husumet yöneltilebileceğine göre, alt işverenle asıl işveren arasında ihtiyari dava arkadaşlığı⁴² bulunduğu kabul edilmelidir⁴³. Bu açıdan Kurumla beraber yalnızca aracıya (alt işverene) yönelik açılan davalarda mahkemece taraf teşkili açısından herhangi bir eksikliğin bulunmadığının benimsenmesi, dolayısıyla davacı sigortalıya asıl işverenin de davaya katılımının sağlanması yükümlünün yüklenmemesi, diğer taraftan her iki işverenin taraf olduğu davalarda yargılama sonunda ku-

Asıl işverene de husumet yöneltilebileceğine göre, alt işverenle asıl işveren arasında ihtiyari dava arkadaşlığı bulunduğu kabul edilmelidir.

Kurumla beraber yalnızca aracıya yönelik açılmış davalarda mahkemece taraf teşkili açısından herhangi bir eksiklik bulunmadığı kabul edilmeli, davacı sigortalıya asıl işverenin de davaya katılımının sağlanması yükümü yüklenmemelidir.

rulacak hükümde sigortalıyı çalıştıran işveren (aracı - alt işveren) özellikle belirtilip, sigorta primleri yönünden her iki işverenin teselsül hükümlerine göre sorumlu olduğunun açıklanması gerekir⁴⁴. Yargıtay 10. Hukuk Dairesi de 02.06.2011 tarihli bir kararında “Anılan dava ile sigortalı, çalışma sürelerinin saptanmasının yanı sıra, bu süreler için primlerin de her iki işverence Kuruma ödenmesini amaçladığından ve davada elde edilecek kesinleşmiş hüküm doğrultusunda sigorta primlerinin Kurumca alınması söz konusu olacağından, davanın asıl işverenin de hak alanını ilgilendirdiği belirgin-dir ve sonuç itibarıyla bu tür hizmet tespiti davalarında sigortalıyı çalıştıran aracı - alt işverenle birlikte asıl işverenin de taraf sıfatının (pasif husumet ehliyetinin) varlığı kabul edilmelidir. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun yukarıda değinilen 10.11.2010 gün ve 2010/21-497 Esas, 2010/590 Karar sayılı ilamında da aynı görüşten hareketle bu sonuca ulaşılmıştır. Ancak önemle belirtilmelidir ki; Kurumla beraber yalnızca aracıya yönelik açılan davalarda mahkemece taraf teşkili açısından herhangi bir eksikliğin bulunmadığının benimsenmesi, dolayısıyla davacı sigortalıya asıl işverenin de davaya katılımının sağlanması yükümünün yüklenmemesi, diğer taraftan her iki işverenin taraf olduğu davalarda yargılama sonunda kurulacak hükümde sigortalıyı çalıştıran işveren (aracı - alt işveren) özellikle belirtilip, sigorta primleri yönünden her iki işverenin teselsül hükümlerine göre sorumlu olduğunun açıklanması gerekmektedir.”⁴⁵ gerekçeleriyle asıl işverenin alt işverenle birlikte sorumlu olduğunu

ve asıl işverenin hak alanını da ilgilendirdiği için husumetin asıl işverene de yöneltilebileceğine, dolayısıyla asıl işverenin de pasif taraf sıfatı bulunduğu işaret edilmiştir⁴⁶. Ancak aynı dairenin (10.HD.) 01.04.2003 tarihli bir kararında ise asıl işverenin pasif taraf sıfatı bulunmadığına hükmedilmiştir⁴⁷.

IV. SONUÇ

Görüldüğü üzere, hizmet tespiti davası ile, kendileri hakkında prim belgeleri Kuruma verilmemiş olan veya çalıştıkları Kurumca tespit edilememiş olan sigortalılara, sigortalı hizmetlerini tespit ettirmeleri imkanı sağlanmaktadır. Bu davada davacı sigortalı, eğer o ölmüş ise hak sahipleri; davalılar ise işverenler ve Kurumdur.

Somut uyuşmazlıkta olduğu gibi, eğer davalı tarafında bir asıl işveren alt işveren ilişkisi söz konusu ise, alt işverenle birlikte asıl işverenin de davalı olarak gösterilip gösterilmeyeceği tartışma konusudur. Konuya ilişkin olarak öğretide farklı görüşler ileri sürüldüğü gibi Yargıtay Özel Daireleri ve Hukuk Genel Kurulu da zaman içerisinde içtihat değişikliklerine gitmiştir.

Yargıtay’ın yeni tarihli içtihatları göz önüne alındığında, 21. Hukuk Dairesi’nin yaklaşımının, aracı-asıl işveren (alt işveren asıl işveren) ilişkisinin bulunduğu hizmet tespiti davalarında, asıl işverenin pasif taraf sıfatının (pasif husumet ehliyetinin) bulunmadığı, bu nedenle hizmet tespiti için açılmış davada asıl işverenin taraf olarak gösterilmesinin husumet yönüyle bozmaya sebep olacağı yönünde olduğu görülmektedir. Yargıtay 10. Hukuk Dairesi ise, asıl işveren alt işveren ilişkisinin söz konusu olduğu hizmet tespiti davalarında, davanın alt işverenle birlikte asıl işverene de yöneltilebileceği yani asıl işverenin pasif taraf sıfatının bulunduğu, ancak davada taraf olarak gösterilmesinin zorunlu olmadığı, taraf olarak gösterilmiş ise bunun husumet yönüyle bozma nedeni olamayacağı kanaatindedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da, sonuç itibarıyla Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin görüşünü paylaşmaktadır. Buna göre, asıl işveren alt işveren ilişkisinin söz konusu olduğu hizmet tespiti davalarında asıl işverenin taraf sıfatı (pasif husumet ehliyeti) bulunmaktadır.

Kanaatimizce, aracı-asıl işveren ilişkisine yönelik şartların gerçekleştiği hizmet tespiti davalarında Kurum ve alt işverenle birlikte hukuki yarar bulunduğu için asıl işverene de husumet yöneltilebilir. Ancak Kurumla beraber yalnızca aracıya (alt işverene) yönelik açılmış davalarda mahkemece taraf teşkili açısından herhangi bir eksiklik bulunmadığı kabul edilmeli, davacı sigortalıya asıl işverenin de davaya katılımının sağlanması yükümü yüklenmemelidir. Şayet her iki işveren de taraf olarak gösterilmiş ise, yargılama sonunda kurulacak hükümde sigortalıyı çalıştıran işveren (aracı - alt işveren) özellikle vurgulanmalı, sigorta primleri yönünden her iki işverenin müştereken ve müteselsilen sorumlu bulunduğu açıklanmalıdır.

Davacı sigortalı her iki işverene husumet yöneltirse, dava sırasında aracı-asıl işveren (alt işveren asıl işveren) ilişkisinin kurulup kurulmadığı veya muvazaa gibi sorunların davanın uzamasına sebep olduğu durumlarda hizmet tespiti davası açma süresini kaçırma gibi bir ihtimalden kurtulmuş olacağı gibi asıl işveren bakımından alınan kararın icra edilebilirliğini de kolaylaştırmış olur. Ayrıca ortaya çelişkili kararların çıkması da bu yolla önlenir.

DİPNOTLAR

- 1 Mülga 506 sayılı Kanun'un 79/10 hükmüne göre, "Yönetmelikle tespit edilen belgeleri işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Kurumca tespit edilemeyen sigortalılar, çalıştıklarını hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak 5 yıl içerisinde mahkemeye başvurarak alacakları ilam ile ispatlayabilirlerse, bunların mahkeme kararında belirtilen aylık kazanç toplamları ile prim ödeme gün sayıları nazara alınır." 5510 sayılı SSGSSK.m. 86/8 hükmüne göre de, "Aylık prim ve hizmet belgesi işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Kurumca tespit edilemeyen sigortalılar, çalıştıklarını hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak beş yıl içerisinde iş mahkemesine başvurarak, alacakları ilâm ile ispatlayabilirlerse, bunların mahkeme kararında belirtilen aylık kazanç toplamları ile prim ödeme gün sayıları dikkate alınır."
- 2 Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 106. maddesine göre, "Tespit davası yoluyla, mahkemeden, bir hakkın veya hukuki ilişkinin varlığının ya da yokluğunun yahut bir belgenin sahte olup olmadığının belirlenmesi talep edilir. Tespit davası açanın, kanunlarda belirtilen istisnai durumlar dışında, bu davayı açmakta hukuken korunmaya değer güncel bir yararı bulunmalıdır." Davacının tespitini istediği hukuki ilişkinin mevcut olup olmadığının hemen tespitinde, güncel hukuki bir yararı bulunmalıdır. Hukuki yararın varlığının kabul edilebilmesi için, tehlike yakın ve tehdit

ciddi olmalı, tehdit zarar doğurabilecek nitelikte bulunmalı ve tespit hükmü tehlikeyi ortadan kaldıracak nitelikte olmalı, davacının da hali hazırda hukuken korunma ihtiyacı bulunmalıdır. Tespit davasındaki hüküm kesin hüküm halini aldığı anda herkese karşı hüküm ifade edebilmektedir. Bkz. Bkz. Mehmet Bulut, "Türk Hukuk Sisteminde Hizmet Sözleşmesi Gereği Açılan Hizmet Tespit Davaları", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2011 (97), s. 94; Saim Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, 4. B., İstanbul 1989, s. 275-285; Y7HD., 25.03.2010, E. 2009/7998, K. 2010/1637, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.

- 3 Mustafa Çenberci, Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Ankara 1977, s. 627-628, 630; Ali Güzel/Ali Rıza Okur/Nurşen Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik Hukuku, 13. B., İstanbul 2010, s. 271, 272. Ayrıca bkz. Erkan Ertürk, Sosyal Sigortalar Kanunu Uygulaması, Ankara 1999, s. 509-510.
- 4 Çenberci, s. 629.
- 5 Y21HD., 09.06.2011, E. 2010/4477, K. 2011/5287.
- 6 Karara karşı oy yazısında asıl işveren konumundaki davalı şirket T. Elektrik Dağıtım A.Ş.'nin de hizmet tespiti davasında pasif husumet ehliyeti bulunduğu şu gerekçelere dayandırılmıştır: "Dava, davacının 20.11.1995-30.11.1999 tarihleri arasında davalı E. Ltd. Şirketi'nin diğer davalı T. Elektrik Dağıtım A.Ş.'den ihale ile aldığı "elektrik endeks okuma, BIM kurulması, bildirim düzenleme ve elektrik sayacı açma kesme" işinde hizmet akti ile çalıştığının tespiti istemine ilişkin olup husumet T. Elektrik Dağıtım A.Ş. ve E. Ltd. Şirketi ile birlikte SGK. Başkanlığı'na yöneltilmiştir.

Mahkemece davanın kabulü ile davacının üst işveren T. Elektrik Dağıtım A.Ş. ile alt işveren E. Ltd. Şirketinde 20.11.1995-30.11.1999 tarihleri arasında asgari ücretle çalıştığının tespitine karar verilmiştir.

4857 sayılı Yasa'nın 2. maddesinde bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal ve hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren -alt işveren ilişkisi deneceği, bu ilişkide asıl işverenin, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden asıl işveren ile birlikte sorumlu olacağı, işletmenin ve işin gereği teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl işin bölünerek alt işverenlere verilemeyeceği, ihtilaf konusu dönemde yürürlükte bulunan 506 sayılı Yasa'nın 87. maddesinde sigortalıların üçüncü bir kişinin aracılığı ile işe girmiş ve bununla sözleşme yapmış olsalar bile, bu Kanunun işverene yüklediği ödevlerden dolayı, aracı olan üçüncü kişi ile birlikte asıl işverenin de sorumlu olacağı, bir işte veya bir işin bölümü veya eklentilerinde işverenden iş alan ve kendi adına sigortalı çalıştıran üçüncü kişiye aracı deneceği, 01.10.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5510 sayılı Yasa'nın 12. maddesinde bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal ve hizmet üretimine ilişkin bir işte veya işin bölümü veya eklentilerinde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği sigortalıları çalıştıran üçüncü kişiye alt işveren deneceği sigortalıların üçüncü kişiler aracılığıyla işe girmiş ve bunlarla sözleşme yapmış olsalar dahi, asıl işve-

renin bu Kanunun işverene yüklediği yükümlülüklerden dolayı alt işveren ile birlikte sorumlu olacağı bildirilmiştir.

Yasanın 87.maddesindeki 5510 sayılı Yasanın 12.maddesindeki düzenlemelerin amacı asıl işvereni bu Kanun bakımından söz konusu çalışma ilişkisi çerçevesinde, alt işverenin işçilerine karşı olan bütün ödevlerinden sorumlu tutmak suretiyle gerek sigortalıların gerekse sigortalılara verilecek sosyal güvenlik haklarını uygulayan Sosyal Güvenlik Kurumunun hak ve alacaklarını güvenceye almaktır.

Somut olayda davalı T. Elektrik Dağıtım A.Ş. asıl işinin bir bölümü olan "elektrik endeks okuma, BIM kurulması, bildirim düzenleme ve elektrik sayacı açma kesme" işini ihale ile diğer davalı şirketler E. Ltd. Şirketine vermiş olup gerek 4857 sayılı gerekse 506 ve 5510 sayılı Yasa karşısında asıl işveren konumunda olup aylık sigorta primlerinin kuruma yatırılması, prim bildiregilerinin verilmesi, keza aylık sigorta bordrolarının verilmesi gibi ödevlerde bunların yasal sürede yerine getirilmemesi halinde davalı Kuruma karşı alt işveren ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumludur.

Hizmet tespiti davası ile davacı işçi sonuç olarak tespitini istediği hizmet süresinin primlerinin de alt ve asıl işverence davalı Kuruma yatırılmasını amaçladığının ve bu davanın sonucunda verilen kesinleşmiş hüküm doğrultusunda primlerin Kurumca tahsili söz konusu olmakla dava sonuçta asıl işvereninde hak alanını ilgilendirdiğinden 506 sayılı Yasa'nın 79. ve 87. maddesi hükümleri birlikte değerlendirildiğinde mahkemece her iki davalının işverenlik sıfatlarının asıl işveren-alt işveren olarak kabul edilip tespit davası yönünden haklarında hüküm kurulması usul ve yasaya uygundur.

Başka bir sigortalının aynı davalılara karşı açtığı Mersin 2.İş Mahkemesinin 2009/580 esas nolu dosyasında görülen davada mahkemece verilen 24.12.2009 tarihli karar Dairemizce oyçokluğu ile davalı T. Elektrik Dağıtım AŞ.'ne husumet yöneltilemeyeceği gerekçesiyle bozulmuş, Mahkemece verilen direnme kararı HGK'nun 2010/21-497 Esas,2010/590 K sayılı 10.11.2010 günlü kararı ile onanmıştır.

Yukarıda açıklanan gerekçeye göre Mahkeme kararının onanması görüşünde olduğumdan Sayın Çoğunluğun söz konusu işi ihale ile diğer davalı şirkete veren davalı T. Elektrik Dağıtım A.Ş. hakkındaki hizmet tespiti davasının pasif husumet ehliyeti yokluğundan reddedilmesi gerektiği yönündeki bozma kararına katılmıyorum.", Y21HD., 09.06.2011, E. 2010/4477, K. 2011/5287.

- 7 "Dava: Taraflar arasındaki "Hizmet tespiti" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda Mersin 2. İş Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 19.06.2008 gün ve 2007/749 E. - 2008/316 K. sayılı kararın incelenmesi davalılar SGK. ve T. Elektrik Dağıtım A.Ş. vekilleri tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin 28.05.2009 gün ve 2009/256 E. - 7449 K. sayılı ilamı ile;

(...1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillere, hükmün dayandığı gerekçelere göre SGK. vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddine,

2- Davalı T. Elektrik Dağıtım A.Ş. vekilinin temyiz itirazlarına gelince;

Dava, 18.02.2000-15.06.2002 tarihleri arasında davalılardan E. Ltd. Şti.'in ihale ile aldığı endeks okuma işlerinde davalı

işyerlerinde geçen ve Kuruma kayıt ve tescil edilmeyen çalışmalarının tesbiti istemine ilişkindir.

Mahkemece istemin kabulü ile davacının 18.02.2000-15.06.2002 tarihleri arasında üst işveren T. Elektrik Dağıtım A.Ş. ile alt işveren E. Elektronik San. Tic. Ltd. Şti.'de aylık asgari ücretle sürekli olarak çalıştığının tesbitine, Kuruma bildirilen sürelerin dışlanmasına karar verilmiştir.

Dosyadaki kayıt ve belgelerden; davacının 23.06.2000 tarihinde eski unvanı İçel E. İnşaat Nakliyat Pazarlama Ticaret ve Sanayi Limited Şirketi, yeni unvanı E. Elektrik ve Elektronik Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi olan davalı işyerinde işe girdiğine dair işe giriş bildirgesinin 22.06.2000 tarihinde Kuruma verildiği, 23.06.2000-22.12.2000 tarihleri arasındaki çalışmasının Kuruma bildirildiği, davacının hizmet tesbitini talep ettiği dönemde T. Elektrik Dağıtım A.Ş.'den endeks okuma-kesme-bağlama ve sayaçların söküm-takım işlerini ihale yoluyla aldığı anlaşılan E. Elektrik ve Elektronik Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi'nde çalıştığının bordro tanıklarının beyanları ile kanıtlandığı anlaşılmaktadır. Uyuşmazlık sadece hizmet tespitine ilişkin olup, ortada asıl işverenin hukuki sorumluluğunu gerektirecek bir alacak veya tazminat davası bulunmadığı gibi asıl işveren yanında eylemli bir çalışmanın varlığı iddia ve ispat edilemediğine HGK ile 21. H.D. ve 10. H.D.'sinin bu yöndeki hiç sapma göstermeyen uygulamasının da bu yönde olmasına onama ile geçen bir Daire kararının emsal içtihat olarak kabul edilemeyeceğine göre söz konusu işi ihale ile davalı E. Elektrik ve Elektronik Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi'ne veren T. Elektrik Dağıtım A.Ş. hakkındaki davanın sıfat (pasif husumet) yokluğu nedeniyle reddine karar verilerek, davacının 18.02.2000-15.06.2002 tarihleri arasında davalı işveren E. Elektrik ve Elektronik Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi'nde çalıştığının tesbitine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davalı T. EDAŞ vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.) gerekçesiyle bozularak, bozma nedenine göre T. EDAŞ vekilinin öteki itirazları incelenmeksizin, dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Temyiz eden: Davalı SGK ve T. Elektrik Dağıtım A.Ş. vekilleri

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

K.Dava, 18.02.2000-15.06.2002 tarihleri arasında davalılardan E. Ltd. Şti.'in ihale ile aldığı endeks okuma işlerinde davalı işyerlerinde geçen ve Kuruma kayıt ve tescil edilmeyen çalışmaların tespiti istemine ilişkindir.

Davacı vekili; müvekkilinin, davalı İçel E. İnş. Nak. Paz. Tic. San. Ltd. Şti.'nin T. Elektrik Dağıtım A.Ş.'den (eski adıyla Tedaş Mersin Müessesesi Müdürlüğünden) aldığı endeks okuma ve kesme-bağlama ihaleleri işlerinde 18.02.2000 ila 15.06.2002 tarihlerinde kesintisiz olarak sürekli iş akdi ile çalıştığını, davalı şirketin eski ismini E. Elektrik Elektronik San. Tic. Ltd. Şti. olarak değiştirdiğini, müvekkilinin E. firmasında çalıştığı dönemde hizmet akdine dayalı çalışmalarının Kuruma eksik bildirildiği gibi işe giriş ve çı-

kış tarihlerinin de gerçeği yansıtmadığını, davalı işverenin 15.06.2002 tarihinde hiçbir gerekçe göstermeden müvekkilini işten çıkardığını belirterek, müvekkilinin 18.02.2000 ile 15.06.2002 tarihleri arasında sigortalı sayılmasına karar verilmesini istemiştir.

Davalı Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı (Devredilen Sosyal Sigortalar Genel Müdürlüğü) vekili; davacının, davalı işyerine 23.06.2000 tarihinde kendi imzasını taşıyan işe giriş bildirgesiyle girdiğini, 2000 yılında 179 gün çalıştığını, başkaca bir çalışmasına rastlanmadığını belirterek, davanın reddine karar verilmesini dilemiştir.

Davalı T. Elektrik Dağıtım A.Ş. vekili; davacının, müvekkil kurumun yaptığı endeks okuma ihalesi uhdesinde kalan diğer davalı şirket/müteahhit firma sigortalı olduğunu; müvekkil kurum ile davacı arasında hizmet ilişkisi bulunmadığını, davanın müvekkili kurum yönüyle husumet yokluğu nedeniyle reddi gerektiğini, zira davacının ücretini, sosyal haklarını, sigorta primlerini ödeyen, kendi iş yerinden işe giriş bildirgesini ve prim belgelerini veren, ihale suretiyle müvekkil kurumdan sözleşme kapsamında tanımlanan işi alan diğer davalının işveren olduğunu; ilgili sayaç okuma ihalesi ve eki şartnamelere göre müvekkil kurumun sorumluluğunun, sayaç okuma ihalesi uhdesinde kalan firmanın sayaç/endeks okuma işini taahhüt ettiği şekilde yerine getirip getirmediğini denetleme ve kontrol olduğunu; 506 Sayılı Yasa'nın 4. maddesinde işverenin tanımlandığını, "çalıştıran" olgusunun hizmet akdinin tarafı konumunda olan ve hizmet akdini düzenleyen işvereni ifade ettiğini, aynı Yasanın 79/10. maddesine göre de, bu tür davanın sigortalıyı fiilen çalıştıran işverene yöneltilmesi gerektiğini, anılan Yasanın 87. maddesindeki yüklenen ödevin bu tür davada asıl işverene pasif husumet ehliyetini amaçlamadığını belirterek, esas yönüyle de davanın reddine karar verilmesini savunmuştur.

Davalı E. Elektrik Elektronik San. Tic. Ltd. Şti. temsilcisi; davacı tarafın iş yerinde 2001 yılının sonuna kadar çalıştığını, bu tarihte firma ihaleyi kaybettiği için işine son verildiğini, bu durumda davanın hak düşürücü süreye uğradığını belirterek, davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Yerel mahkemece; istemin kabulü ile "davacının 18.02.2000-15.06.2002 tarihleri arasında üst işveren T. Elektrik Dağıtım A.Ş. ile alt işveren E. Elektronik San. Tic. Ltd. Şti.'de aylık asgari ücretle sürekli olarak çalıştığının tespitine, Kuruma bildirilen sürelerin dışlanmasına" karar verilmiştir.

Davalı SGK. ve T. Elektrik Dağıtım A.Ş. vekillerinin temyizleri üzerine Yüksek Özel Dairece; yukarıda açıklanan gerekçelerle SGK vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddine, diğer davalı T. Elektrik Dağıtım A.Ş. yanına husumet yönüyle karar oyçokluğuyla bozulmuş; mahkemece, önceki karar gerekçelerine ilaveten; "görülen dava sonucunda verilecek kararın asıl işverenin de hak alanını ilgilendirdiği" gerekçesi ile önceki hükümde direnilmiştir.

Direnme hükmünü, davalı SGK ve T. Elektrik Dağıtım A.Ş. vekilleri temyize getirmiştir.

Hukuk Genel Kurulu'ndaki görüşme sırasında işin esasına geçilmeden önce, davalı SGK vekilinin bozma ilamında tüm temyiz itirazlarının reddine karar verilmesi karşısında,

direnme hükmünü temyizde hukuki yararının bulunup bulunmadığı, ön sorun olarak tartışılıp değerlendirilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu'ndaki görüşmede, Yüksek Özel Dairece davalı Kurumun tüm temyiz itirazlarının reddine karar verilmiş olmasının, davacı işçinin hizmet tespiti davasına konu sigortalı çalışma olgusunu kapsadığını; diğer taraftan hizmet tespiti davası ile davacı işçi sonuç olarak tespitini istediği hizmet süresinin primlerinin alt ve asıl işverence davalı Kuruma yatırılmasını da amaçladığından ve bu davanın sonucunda verilen kesinleşmiş hüküm doğrultusunda primlerin Kurumca tahsili söz konusu olacağından, direnme kararını temyizde hukuki yararının bulunduğu sonucuna yapılan görüşmede oyçokluğuyla varılmış ve ön sorun da bu şekilde aşıldıktan sonra, işin esasının incelenmesine geçilmiştir.

İşin esasına gelince;

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; hizmet tespiti davasında ihaleyi veren davalı T. Elektrik Dağıtım A.Ş.'nin taraf sıfatının (pasif husumet ehliyetinin) bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır.

Öncelikle, hizmet tespiti davası hakkında genel bir açıklama yapılmasında yarar vardır: Geçmiş dönem çalışmalarının tespitini isteyen kişi, söz konusu dönemler içinde 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu (SSK) anlamında, sigortalı niteliği taşımaktadır. SSK'nın 2. maddesi, "sigortalı sayılanlar" başlığı altında kimlerin sigortalı olacağına esaslarını belirtmiştir. Anılan maddede sigortalı; "bir hizmet akdine dayanarak bir veya birkaç işveren tarafından çalıştırılan kimse" olarak tanımlanmıştır. Böylece sigortalı olmak için kural olarak, çalışma ilişkisinin hizmet akdine dayanması gerekir.

Bilindiği gibi, çalıştırılanlar SSK. 2. ve 6. maddelerinde öngörülen koşulların oluşmasıyla birlikte kendiliğinden sigortalı sayılırlar. Ancak bu kimselerin SSK'nın 3. maddesinde sayılan istisnalar kapsamında bulunmaması gerekir. Çalıştırılanların, başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın sigortalı niteliğini kazanacakları Yasa gereğidir (SSK. m. 6/1).

İşe alınmalarıyla kendiliğinden sigortalı sayılan çalışanlar, sahip oldukları hak ve yükümlülüklerden vazgeçemezler (SSK. m. 6/1).

Ne var ki, Sosyal Sigortalar Kurumu'nun sigortalıya, işe başlamasıyla tabi olduğu sigorta kollarına ilişkin yardımları yapabilmesi ve üzerine düşen diğer yükümlülükleri yerine getirebilmesi için sigortalının Kurum'a bildirilmesi gerekir. İşverenler, yanında çalıştırdıkları sigortalıları Kurum'a bildirmekle yükümlüdür (SSK. m. 9).

İşverenler, yanında çalıştırdığı işçileri Kurum'a hiç bildirmeyerek, çalışma gün sayısını eksik bildirerek veya prime esas kazanç düzeyini eksik göstererek veyahut hiç çalışmadığı halde eşini dostunu sigortalı göstererek "kayıt dışı işçilik" veya "kaçak işçilik" olgusunun ortaya çıkmasına neden olmakta; deyim yerindeyse uygulamadaki ifadesiyle "kaçak veya gizli sigortalı" çalıştırmaktadırlar (Aslanköylü, Resul: Sosyal Sigortalar Kanunu Yorumu, Ankara 2003, sahife 701; Çenberci, Mustafa: Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Ankara 1977, sahife 627; Duman, Barış: 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununa Göre Hizmetlerin Tespiti, Ankara 2002, sahife 33).

İşte SSK'nın 79/10. maddesi, bu duruma karşı bir önlem olarak sigortalıya -aylık kazanç toplamlarının ve prim ödeme gün sayılarının belli edilmeleri amacıyla yönelik olmak üzere- eski hizmetlerini mahkeme yolu ile tespit ettirme hakkını tanımaktadır. Böylece sigortalı, mahkemeden alacağı ilamda belirtilen aylık kazanç toplamları ile prim ödeme gün sayılarını sosyal sigorta haklarının doğumunda ve hesaplanmalarında saydırma olanağını bulmakta ve anılan belgelerin zamanında verilmesi halinde bulunacağından ayrımsız bir hukuksal duruma kavuşmaktadır.

Hizmet tespiti davasının davalısı, kural olarak işverendir. Söz konusu davanın, tespiti istenilen dönemdeki işveren aleyhine açılacağı doğal ise de, dava sonucunda verilecek kararı icra edecek ve bu doğrultuda gereken hukuki işlemleri yapacak olan Kurumdur. Öyleyse, anılan davanın Sosyal Sigortalar Kurumunun da hak alanını ilgilendireceğinden husumetin yasal hasım olan Kuruma da yöneltilmesi gerekir.

Bu arada, dava ehliyeti ve taraf sıfatı kavramları üzerinde de durulmalıdır:

Dava ehliyeti, kişinin bizzat veya vekili aracılığıyla bir davayı davacı veya davalı olarak takip etme ve usulü işlemleri yapabilmeye ehliyetidir. Dava ehliyeti, medeni hakları kullanma ehliyetinin usul hukukunda büründüğü şekildedir; dolayısıyla, medeni hakları kullanma ehliyetine (fiil ehliyetine) sahip gerçek ve tüzel kişiler dava ehliyetine de sahiptirler.

Taraf sıfatına gelince: Bir hakkı dava etme yetkisi (dava hakkı) kural olarak o hakkın sahibine aittir. Bir hakkın sahibinin kim olduğu, dolayısıyla o hakkı dava etme yetkisinin kime ait olduğu, (o davada davacı sıfatının kime ait olacağı) tamamen maddi hukuk kurallarına göre belirlenir. Ancak, bir davanın davacısının o dava yönünden davacı sıfatına sahip bulunmadığının belirlenmesi halinde, mahkeme dava konusu hakkın mevcut olup olmadığını inceleyemeyeceği ve sıfat yokluğundan davanın reddine karar vermek zorunda olduğu için, taraf sıfatı usul hukukunun da düzenleme alanındadır.

Eş söyleyişle, Sifat, dava konusu subjektif hak (dava hakkı) ile taraflar arasındaki ilişkidir. Taraf ehliyeti, dava ehliyeti ve davayı takip yetkisi, davanın taraflarının kişilikleriyle ilgili olduğu halde, taraf sıfatı dava konusu subjektif hakka ilişkindir (Kuru, Baki-Arslan, Ramazan-Yılmaz, Ejder: Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 1995, 7.baskı, s.231).

O halde, dava konusu şey üzerinde kim veya kimler hak sahibi ise, davayı da bu kişi veya kişilerin açması gerekir. Davayı açabilmek için gerekli sıfat, dava konusu şey üzerinde hak sahibi olan kişiye aittir. Bir kimsenin davacı veya davalı sıfatına sahip olup olmadığı tıpkı hakkın mevcut olup olmadığının tayininde olduğu gibi maddi hukuka göre belirlenir (Kuru, Baki-Arslan, Ramazan-Yılmaz, Ejder: a.g.e., s.231-232; Üstündağ, Saim: Medeni Yargılama Hukuku, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1997, s.307).

Mahkemenin taraflar arasında dava konusu hakkın esası hakkında bir karar verebilmesi için, bu kişilerin o davada gerçekten davacı ve davalı sıfatlarına sahip olmaları gerekir. Bir davada taraf olarak gösterilen kişiler, taraf ve dava ehliyetine ve davayı takip yetkisine sahip olsalar bile, ta-

raflardan birinin o davada gerçekten davacı ve davalı sıfatı yoksa, davanın esası hakkında bir karar verilemez; dava, sıfat yokluğundan (husumetten) reddedilir. Görüldüğü üzere, taraf sıfatı usul hukuku sorunu olmayıp, dava konusu subjektif hakkın özüne ilişkin bir maddi hukuk sorunu olduğundan taraf sıfatının yokluğu, davada taraf olarak gözüken kişiler arasında dava konusu hakkın doğumuna engel olduğu için def'i değil, yargılamanın her aşamasında taraflarca ileri sürülmesi mümkün ve mahkemece de kendiliğinden nazara alınması zorunlu bir itiraz niteliğindedir.

Nitekim aynı ilkeler, Hukuk Genel Kurulu'nun 23.06.2004 gün ve 2004/4-371 E. 2004/375 K.; 18.04.2007 gün ve 2007/5-233 E., 2007/221 K.; 04.03.2009 gün ve 2009/10-34 E. 2009/104 K.; 04.11.2009 gün ve 2009/2-402 E., 2009/484 K.; 03.02.2010 gün ve 2010/4-4 E., 4 K. sayılı kararlarında da benimsenmiştir.

Buraya kadar ki, açıklamalardan sonra "taraf sıfatı"na etkisi bakımından 506 Sayılı Kanunun 87. maddesi ve ilgili kavramların irdelenmesinde yarar vardır.

506 Sayılı Kanunun 87. maddesinde "aracı", 4857 Sayılı İş Kanununun 2/6. maddesinde ise "asil işveren-alt işveren" ilişkisinin tanımına yer verilmiştir.

Hemen belirtilmelidir ki, "aracı" olarak nitelenen üçüncü kişi, gerek mevzuatta, gerekse öğreti ve yargı kararlarında; alt işveren, taşeron, tali işveren, alt müteahhit, alt ismarlanan vb. adlarla anılmaktadır.

Bunlardan; asil işverenin yanında "taşeron" olarak adlandırılan başka işverenlerinde işyerinden iş almaları ve kendi sigortalılarını çalıştırmaları ile uygulama kazanmış olan "asil işveren-alt işveren" ilişkisini Sosyal Sigortalar Kanunu açısından ele alan 506 Sayılı Kanunun 87.maddesi hükmü, tıpkı mülga 1475 Sayılı İş Kanununun 1/son, 4857 Sayılı İş Kanununun 2/6. maddelerinde olduğu gibi, aracının yanında asil işvereni de sorumlu tutan bir içerik taşımaktadır.

506 Sayılı Kanunun "Üçüncü kişinin aracılığı" başlıklı 87. maddesi; "Sigortalılar üçüncü bir kişinin aracılığı ile işe girmiş ve bununla sözleşme yapmış olsalar bile, bu kanunun işverene yüklediği ödevlerden dolayı, aracı olan üçüncü kişi ile birlikte asil işveren de sorumludur. Bir işte veya bir işin bölümü veya eklentilerinde işverenden iş alan ve kendi adına sigortalı çalıştıran üçüncü kişiye aracı denir." hükmünü içermektedir.

Bu hüküm ile asil işvereni bu Kanun bakımından söz konusu çalışma ilişkisi çerçevesinde, alt işverenin işçilerine karşı olan bütün ödevlerinden sorumlu tutulmasındaki gaye, gerek sigortalıların, gerekse sigortalılara verilecek sosyal güvenlik haklarını uygulayan Sosyal Sigortalar Kurumunun hak ve alacaklarını güvenceye almaktır.

506 Sayılı Kanuna göre, aracıdan söz edebilmek ve asil işvereni, aracının borçlarından ötürü sorumlu tutabilmek için, maddenin tanımından ortaya çıkan bir takım zorunlu unsurlar bulunmaktadır. Aracı kavramı her şeyden önce "asil işveren"in varlığını, bir başka işverenin asil işverene ait işin bir bölümünü yapmayı üstlenmesini ve nihayet, asil işverene ait işyerinde veya işyerinin bir bölümünde iş alanın kendi adına sigortalı çalıştırmasını gerektirir. Asil işverenle, aracı arasındaki sözleşmenin hukuki niteliğinin önemi yoktur. Önemli olan yön, asil işverene ait işin aracı tarafından yapımının sağlanmasıdır.

Aracının asıl işverenenden bir bölüm iş alması ve bu işte kendi adına sigortalı çalıştırması, aracı kavramının belirleyici özelliğini oluşturmaktadır.

İşveren kavramı ise; 506 Sayılı Kanununun 4/1. maddesinde, "... bu Kanunun 2.maddesinde belirtilen sigortalıları çalıştıran gerçek yada tüzel kişi...", 4857 Sayılı İş Kanununun 2. maddesinde "Bir iş sözleşmesine dayanarak ... işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişi, yahut tüzel kişiliği olmayan kurum veya kuruluşlar..." olarak tanımlanmakta olup, işveren niteliği işçi çalıştırmanın doğal sonucudur. Yasanın tanımından hareketle, "asıl işveren-alt işveren" ilişkisi için, işyerinde iş sahibinin de işçi çalıştırıyor olması koşulu aranır. Sigortalı çalıştırmayan "işveren" sıfatını kazanamayacağı için, bu durumdaki kişilerden iş alanlar da aracı sayılmayacak ve anılan madde kapsamında müteselsil sorumluluk doğmayacaktır.

4857 sayılı İş Kanununun 2/6. maddesinde asıl işveren-alt işveren ilişkisi "Bir işverenenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir. Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur." şeklinde tanımlanmıştır.

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinde yasa koyucu konuyu işçi yararı yönünden ele almıştır. Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin en önemli sonucu her iki işverenin, alt işverenin işçilerine karşı birlikte sorumlu olmaları ise de, 4857 sayılı İş Kanunu ile yapılan düzenleme bu ilişkiyi daraltıcı niteliktedir.

Nitekim aynı ilkeler, Hukuk Genel Kurulu'nun 2.6.2004 gün ve 2004/21-326 E., 2004/328 K.; 20.12.2006 gün ve 2006/21-796 E., 2006/812 K. sayılı ilamlarında da benimsenmiştir.

Açıklanan bu maddi hukuk kurallarının somut olay ortaya konularak değerlendirilmesi gerekir.

Davalı T. Elektrik Dağıtım A.Ş., asıl işinin bir bölümü olan "elektrik endeks okuma, bim kurulması, bildirim düzenleme ve elektrik sayacı açma kesme" işini ihale ile diğer davalı E. Elektronik San. Tic. Ltd. Şti.'ne verdiği anlaşılmalıdır.

Bu durumda, gerek 4857 Sayılı Yasa, gerekse 506 Sayılı Yasa karşısında davalı T. Elektrik Dağıtım A.Ş. asıl işveren, diğer davalı E. Elektronik San. Tic. Ltd. Şti. ise, alt işveren (aracı) konumundadır.

506 Sayılı Yasanın (m. 87) yüklediği ödevlerden dolayı, alt işveren (aracı) ile birlikte asıl işverenin de sorumlu olduğu belirtildiğine göre, davalı T. Elektrik Dağıtım A.Ş.(asıl işveren), aylık sigorta primlerinin kuruma yatırılması, prim bildirelerinin verilmesi, keza aylık sigorta bordrolarının verilmesi gibi ödevler yönünden, bunların yasal sürede yerine getirilmemesi halinde, davalı Kuruma karşı, diğer davalı E. Elektronik San. Tic. Ltd. Şti. (alt işveren) ile müteselsil sorumludur.

Hizmet tespiti davası ile davacı işçi (sigortalı) sonuç olarak tespitini istediği hizmet süresinin primlerinin de alt ve asıl işverence davalı Kuruma yatırılmasını amaçladığından ve bu davanın sonucunda verilen kesinleşmiş hüküm doğrultusunda primlerin Kurumca tahsili söz konusu olmakla, davanın sonuçta asıl işverenin de hak alanını ilgilendirdiği, belirgindir.

Öyleyse, asıl işveren konumundaki davalı T. Elektrik Dağıtım A.Ş.'nin anılan davada taraf sıfatının (pasif husumet ehliyetinin) bulunduğu kabulü ile husumetin bu davalıya yöneltilmesinde de usul ve yasaya aykırı bir yön yoktur.

Öte yandan, asıl işverenenden alınan iş, onun sigortalı çalıştırdığı işe göre ayrı ve bağımsız bir nitelik taşımaktaysa, işi alan kimse alt işveren değil, bağımsız işverendir. İşyerindeki üretimle ilgili olmayan ve asıl işin tamamlayıcısı niteliğinde bulunmayan bir işin üstlenilmesi halinde, 506 Sayılı Yasa uygulaması yönünden aracıdan söz etme olanağı kalmayacak, ortada iki bağımsız işveren bulunacağından, hizmet tespiti davasında husumetin asıl işverene değil, hizmet akdinin tarafı olan bağımsız işverene yöneltilmesi gerekecektir.

Dosya kapsamına göre; davacının 23.06.2000 tarihinde eski unvanı İçel E. İnşaat Nakliyat Pazarlama Ticaret ve Sanayi Limited Şirketi, yeni unvanı E. Elektrik ve Elektronik Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi olan davalı işyerinde işe girdiğine dair işe giriş bildirgesinin 22.06.2000 tarihinde Kuruma verildiği, 23.06.2000-22.12.2000 tarihleri arasındaki çalışmasının Kuruma bildirildiği, davacının hizmet tespitini talep ettiği dönemde T. Elektrik Dağıtım A.Ş.'den endeks okuma-kesme-bağlama ve sayaçların söküm-takım işlerini ihale yoluyla aldığı anlaşılmalı E. Elektrik ve Elektronik Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi'nde çalıştığına bordro tanıklarının beyanları ile kanıtlandığı anlaşılmaktadır.

506 sayılı Yasa'nın 79 ve 87. maddesi hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, hizmet tespitine konu olan işi ihale ile davalı E. Elektrik ve Elektronik Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi'ne veren T. Elektrik Dağıtım A.Ş. hakkındaki davanın sıfat (pasif husumet) yokluğu nedeniyle reddine karar verilmesi gerektiğine işaret eden Özel Daire bozmasına karşı, yerel mahkemenin, her iki davalının işverenlik sıfatlarının asıl işveren-alt işveren olarak kabulü ile tespit davası yönünden haklarında hüküm kurulmasına yönelik ilk kararında direnmesi usul ve yasaya uygundur.

Ne var ki, Yüksek Özel Dairece bozma nedenine göre, davalı T. Elektrik Dağıtım A.Ş. vekilinin işin esasına yönelik diğer temyiz itirazları incelenmediğinden, bu yönde inceleme yapılmak üzere dosyanın Özel Daireye gönderilmesi gerekir.

Sonuç: Yukarıda açıklanan nedenlerle direnme uygun bulunduğundan, işin esasına yönelik diğer temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın 21.HUKUK DAİRESİNE GÖNDERİLMESİNE 10.11.2010 gününde, oyçokluğu ile karar verildi." YHGK., 10.11.2010, E. 2010/21-497, K.2010/590, Sinerji.

- 8 YHGK, 10.11.2010, E. 2010/21-497, K.2010/590, Sinerji.
- 9 YHGK, 10.11.2010, E. 2010/21-497, K.2010/590, Sinerji.
- 10 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu "dava şartları"nın 114. maddesinde saymıştır. Bunlardan biri de "d" ben-

- inde belirtilen “Tarafların, taraf ve dava ehliyetine sahip olmaları”dır.
- 11 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun “taraf ehliyeti” kenar başlıklı 50. maddesine göre, “Medeni haklardan yararlanma ehliyetine sahip olan, davada taraf ehliyetine de sahiptir.”. Ayrıca bkz. Saim Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, 4. B., İstanbul 1989, s. 245; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özokes, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku, 12. B., Ankara 2011, s. 206, 207.
 - 12 Pekcanitez/Atalay/Özokes, s. 205.
 - 13 Pekcanitez/Atalay/Özokes, s. 207.
 - 14 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 114/d. maddesine göre “Tarafların, taraf ve dava ehliyetine sahip olmaları” da dava şartıdır.
 - 15 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun “Dava ehliyeti” kenar başlıklı 51. maddesine göre, “Dava ehliyeti, medeni hakları kullanma ehliyetine göre belirlenir.” Ayrıca bkz. Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özokes, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku, 12. B., Ankara 2011, s. 208, 209; Saim Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, 4. B., İstanbul 1989, s. 247.
 - 16 Pekcanitez/Atalay/Özokes, s. 211.
 - 17 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 114/e maddesine göre “Dava takip yetkisine sahip olunması” da dava şartlarındandır.
 - 18 Pekcanitez/Atalay/Özokes, s. 211-212.
 - 19 Üstündağ, s. 256; Pekcanitez/Atalay/Özokes, s. 212-213.
 - 20 Pekcanitez/Atalay/Özokes, s. 213; Üstündağ, s. 256.
 - 21 “Sıfat” yerine “husumet” sözcüğünün kullanılması, husumet kelimesinin taraf ve dava ehliyeti için de kullanılması nedeniyle kanışıklığa yol açabilmektedir. Hatta “sıfat” yerine “aktif veya pasif dava ehliyeti” kavramlarının da kullanıldığı görülmektedir. Oysa ki dava ehliyeti dava şartı olan usulî bir durumu, sıfat ise işin esasına ilişkin bir hususu ifade eder. Bkz. Pekcanitez/Atalay/Özokes, s. 212.
 - 22 Pekcanitez/Atalay/Özokes, s. 212-213.
 - 23 Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, Medeni Usul Hukuku, 7. B., Ankara 1995, s. 231-232; Üstündağ, s. 362; YHGK, 10.11.2010, E. 2010/21-497, K. 2010/590, Sinerji.
 - 24 Pekcanitez/Atalay/Özokes, s. 213; YHGK., 03.02.2010, E. 2010/4-4, K. 4; YHGK., 04.11.2009, E. 2009/2-402, K. 2009/484; YHGK., 04.03.2009, E. 2009/10-34, K. 2009/104; YHGK., 18.04.2007, E. 2007/5-233, K. 2007/221; YHGK., 23.06.2004, E. 2004/4-371, K. 2004/375.
 - 25 Can Tuncay/Ömer Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku'nun Esasları, İstanbul 2008, s. 245; Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 192.
 - 26 M. Zafer Erdoğan, “Sosyal Güvenlik Hukukunda Alt İşveren Kavramı”, Kamu-İş, Yargıç Resul Aslanköylü'ye Armağan, S. 3, C. 7, 2004, s. 387; Can Tuncay/Ömer Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 14. B., İstanbul 2011, s. 266; Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 187-188; Çenberci, s. 702.
 - 27 YHGK, 25.05.2011, E. 2011/21-290, K. 2011/361; “...So-
 - mut olayda davalı Petkim A.Ş. asıl işinin bir bölümü olan “merkez bakım ünitesi çeşitli bakım onarım, basınçlı su ile temizlik izalasyon ve taşıma işlerini ihale ile diğer davalı Ruhan Bayındır'a vermiş olup gerek 4857 sayılı gerekse 506 ve 5510 sayılı Yasa karşısında davalı Petkim AŞ. Asıl işveren konumunda olup aylık sigorta primlerinin kuruma yatırılması, prim bildirelerinin verilmesi, keza aylık sigorta bordrolarının verilmesi gibi ödevlerde bunların yasal sürede yerine getirilmemesi halinde davalı Kuruma karşı alt işveren ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumludur. (Y21HD, 26.10.2009, E. 2008/16060, K. 2009/13674); “Davanın yasal dayanaklarından olan 506 sayılı Kanunun 87 nci maddesinin 1 inci fıkrasında “... bu kanunun işverene yüklediği ödevlerden dolayı, aracı olan üçüncü kişi ile birlikte asıl işveren de sorumludur” şeklindeki hükmün kapsamı içinde, sigortalıların işe giriş bildirelerinin Kuruma verilmesi, aylık sigorta primlerinin Kuruma yatırılması ve prim bildirelerinin verilmesi, keza 4 aylık sigorta bordrolarının Kuruma verilmesi gibi ödevler yer almakta olup, bunların yasal sürede yerine getirilmemesi halinde; aracı ile birlikte asıl işveren de müteselsilen sorumlu olmaktadır.”, Y10HD., 15.09.2008, E. 2008/11651, K.2008/10601.
 - 28 Mehmet Bulut, Hizmet Tespit Davaları, Ankara 2011, s. 139-140.
 - 29 Y10HD., 14.09.1998, 5238/5445, YKD, Şubat 1999, s. 197-198; Tuncay/Ekmekçi, Dersler, s. 266; Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 193. Ancak Kurum'un 07.06.2010 tarih ve 2010/71 sayılı Genelgesinde, asıl işverenin ödemesi gereken idari para cezasından da Kuruma karşı birlikte sorumlu olduğu kabul edilmiştir. Bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında da asıl işverenin alt işverenin idari para cezasından da sorumlu olduğu ifade edilmiştir (YHGK, 12.06.1991, E. 10-277, K. 359). Bkz. Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 193.
 - 30 Çenberci, s. 706-707.
 - 31 Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 189.
 - 32 M. Fatih Uşan, Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, Ankara 2009, s. 123; Tuncay/Ekmekçi, Esaslar, s. 243-244.
 - 33 Çenberci, s. 708; Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 192.
 - 34 Coşkun Erbaş, “Hizmet Aktiyle Çalışanların Sosyal Sigortalar Kurumuna Bildirilmeyen Sürelerine İlişkin Tespit Davaları ve Yargılama Süreci”, Kamu-İş, C. 7, S. 3/2004, s. 6; Resul Aslanköylü, Sosyal Sigortalar Kanunu Yorumu, Ankara 2003, s. 755-756.
 - 35 “Bilindiği üzere dava konusu olan hukuki ilişki birden fazla kişi arasında ortak olup da, bu hukuki ilişki hakkında mahkemece bütün ilgililer için aynı şekilde ve tek bir karar verilmesi gereken hallerde, mecburi dava arkadaşlığı söz konusudur. HMK.m.59'a göre “Maddi hukuka göre, bir hakkın birden fazla kimse tarafından birlikte kullanılması veya birden fazla kimseye karşı birlikte ileri sürülmesi ve tamamı hakkında tek hüküm verilmesi gereken hallerde, mecburi dava arkadaşlığı vardır.”; Yargıtay'a göre, “Hizmet tespiti davaları sonuçta, tesbiti istenilen süreye ilişkin sigorta primlerinin tahsili istemini de içerdiğine göre, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 80. maddesinin açık hükmü de dikkate alındığında, bu yolda yapılacak işlemin sonradan işverenin hak alanını da ilgilendireceği açıktır.

Bu durumda, bu tür davalarda işverenin de taraf bulunması doğal ve hatta zorunludur. Yargıtay'ın yerleşik uygulaması da bu doğrultudadır. Nitekim, Hukuk Genel Kurulu'nun 04.10.2000 gün ve E. 2000/21-1241, K. 2000/1236 sayılı kararı da aynı esasları içermektedir.", Y21HD., 22.02.2007, E. 2007/1980, K. 2007/2529, Sinerji.

"Mecburi dava arkadaşları, ancak birlikte dava açabilir veya aleyhlerine de birlikte dava açılabilir. Bu tür dava arkadaşlığında, dava arkadaşları birlikte hareket etmek zorundadır. Ancak, duruşmaya gelmiş olan dava arkadaşlarının yapmış oldukları usul işlemleri, usulüne uygun olarak davet edildiği halde duruşmaya gelmemiş olan dava arkadaşları bakımından da hüküm ifade eder (HMK.m.60/1). Başka bir anlatımla "davalılar arasında (pasif) mecburi dava arkadaşlığı bulunması halinde, davacı bütün davalılara karşı birlikte dava açmak zorundadır. Dava bütün mecburi dava arkadaşlarına karşı değil de bunlardan birine veya bir kaçına karşı açılmış ise bu halde, dava sıfat yokluğundan reddedilemez. Mahkemenin, davayı diğer mecburi dava arkadaşlarına da teşmil etmesi için davacıya bir süre vermesi, davacı bu süre içinde davayı diğer mecburi dava arkadaşlarına da teşmil ederse davaya devam etmesi gerekir. Davanın teşmili müessesesi uygulamada "dahili davalı" olarak nitelendirmekte olup, davayı teşmil eden davacının bu işlem için ayrı bir başvuru harcı ödemesi gerekir. Gerekli harç ödenmez ise mahkeme davacının davanın teşmili talebini inceleme konusu yapamaz ve davanın teşmil edildiği kişi ihbar olunan üçüncü kişi olarak kabul edilir, aleyhine hüküm kurulamaz.", Y21HD., 12.10.2010, E. 2009/13017, K. 2010/9776, Sinerji.

- 36 Aslanköylü, s. 756; "Kurumun, işverenle birlikte zorunlu dava arkadaşı ve yasal hasım konumunda olduğu doktrin ve Yargıtay tarafından kabul edilmiş bir ilkedir...", Y10HD., 26.01.2012, E. 2010/10921, K. 2012/1010; "...5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 86. maddesinin 8. fıkrasına dayalı hizmet tespiti istemine ilişkin olup, hizmet tespiti davalarında işveren ve Sosyal Güvenlik Kurumu arasında (pasif) mecburi dava arkadaşlığı bulunmaktadır...", Y10HD., 24.10.2011, E. 2011/11992, K. 2011/14535, Sinerji; "... Hizmet tespiti davalarında, davacının tespitini istediği çalışmanın geçtiği işyerinin sahibi olan gerçek ya da tüzelkişi işveren, Sosyal Güvenlik Kurumu ile zorunlu dava arkadaşıdır...", Y21HD., 06.02.2012, E. 2010/6170, K.2012/1113, Sinerji; Aksi yönde bkz. Saraç, s. 465.
- 37 Aksi yönde bkz. Aslanköylü, s. 758.
- 38 Karş. Ali Güzel/Ali Rıza Okur/Nurşen Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik Hukuku, 13. B., İstanbul 2010, s. 276.
- 39 Ayrıca bkz. Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 275-276.
- 40 İşe iade davalarının asıl işverene yöneltilip yöneltilmeyeceği hususunda da benzer tartışmalar yaşanmaktadır. Sübjektif hak ve hukuki yarar bulunmadığı için asıl işverene husumet yöneltilmeyeceğini ileri sürülen olduğu gibi aksi kanaatte olanlar da bulunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Çağatay Akyol, "Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi Kapsamında İşe İade Davalarında Taraf Sıfatı (Husumet)", Legal İSGHD, C. 8, S.30, 2011, s. 1053-1058.
- 41 Coşkun Saraç, "Sigortalı Hizmetlerin Hükmen Tespiti", Os-

man Güven Çankaya'ya Armağan, Kamu-İş, Ankara 2010, 460-462.

- 42 Dava arkadaşlığı zorunlu ve ihtiyari dava arkadaşlığı olmak üzere ikiye ayrılır. Alacaklı işçinin, müteselsil borçlu olan asıl işveren ve alt işverene karşı birlikte dava açabilir fakat buna mecbur değildir, borçlulara ayrı ayrı da dava açılabilir için, burada ihtiyari dava arkadaşlığı vardır. Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 349, 354-359. Ayrıca bkz. Üstündağ, s. 298-302. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 57. maddesi "ihtiyari dava arkadaşlığı"ını düzenlemiştir. Buna göre, (1) Birden çok kişi, aşağıdaki hallerde birlikte dava açabilecekleri gibi aleyhlerine de birlikte dava açılabilir: a) Davacılar veya davalılar arasında dava konusu olan hak veya borcun, elbirliği ile mülkiyet dışındaki bir sebeple ortak olması. b) Ortak bir işlemle hepsinin yararına bir hak doğmuş olması veya kendilerinin bu şekilde yükümlülük altına girmeleri. c) Davaların temelini oluşturan vakıaların ve hukuki sebeplerin aynı veya birbirine benzer olması."
- 43 "...506 Sayılı Kanunun 79/10 uncu maddesinde ifadesini bulan hizmet tespiti davaları kural olarak bu ödevi yerine getirmeyen işverene karşı açılmalıdır. Ancak, şayet varsa onunla birlikte müteselsilen sorumlu olan asıl işverene karşı da dava açılabilir. Burada asıl işveren yönünden ihtiyari dava arkadaşlığı söz konusudur...". Y10HD., 15.09.2008, E. 2008/11651, K. 2008/10601. Yargıtay'ın 2003 tarihli bir kararında da aynı görüş ifade edilmiştir. Bkz. Y10HD., 28.02.2003, E. 2002/8427, K. 2003/1323. Saraç, s. 461; Ancak Yargıtay'ın bazı kararlarında isabetsiz olarak (Y10HD. 18.6.1991, 4108/6529, YKD., 1991/12, s. 1824-1825; Y10HD., 29.12.1992. 4320/13317, YKD., 1993/4, s. 536-538; Y.21.HD. 26.1.2004, E. 2003/10564, K. 2004/451) asıl işverenle alt işveren arasında mecburi dava arkadaşlığı bulunduğu belirtilmiştir. Bkz. Saraç, s. 462.
- 44 "...Davada çözümlenmesi gereken bir sorun da, Kurum dışındaki davalılar arasındaki ilişkinin türü ve niteliği ile davalı T... Tarım San. ve Tic. A.Ş.'nin taraf sıfatının (pasif husumet ehliyetinin) bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır...506 sayılı Kanunun 79'uncu maddesinin onuncu fıkrasına dayalı hizmet tespiti davaları yönünden taraf sıfatı (husumet) konusuna gelince; 506 sayılı Kanunun 87'nci maddesinde, bu Kanunun işverene (aracıya - alt işverene) yüklediği ödevlerden dolayı asıl işverenin de sorumlu olduğu belirtildiğine göre, aylık sigorta primlerinin Kuruma yatırılması, aylık sigorta prim bildirelerinin, dört aylık sigorta primleri bordrolarının, aylık prim ve hizmet belgelerinin Kuruma verilmesi gibi ödevlerin yasal süresi içerisinde yerine getirilmemesi durumunda, Kuruma karşı her iki işverenin de teelsül hükümleri gereğince sorumlu tutulacağı açıktır. Anılan dava ile sigortalı, çalışma sürelerinin saptanmasının yanı sıra, bu sürelerle ait primlerin de her iki işverence Kuruma ödenmesini amaçladığından ve davada elde edilecek kesinleşmiş hüküm doğrultusunda sigorta primlerinin Kurumca alınması söz konusu olacağından, davanın asıl işverenin de hak alanını ilgilendirdiği belirgindir ve sonuç itibarıyla bu tür hizmet tespiti davalarında sigortalıyı çalıştıran aracı - alt işverenle birlikte asıl işverenin de taraf sıfatının (pasif husumet ehliyetinin) varlığı kabul edilmelidir. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun yukarıda değinilen 10.11.2010 gün ve 2010/21-497 Esas, 2010/590 Karar sayılı ilamında da aynı görüşten

hareketle bu sonuca ulaşılmıştır. Ancak önemle belirtilmelidir ki; Kurumla beraber yalnızca aracıya yönelik açılan davalarda mahkemece taraf teşkili açısından herhangi bir eksikliğin bulunmadığının benimsenmesi, dolayısıyla davacı sigortalıya asıl işverenin de davaya katılımının sağlanması yükümünün yüklenmemesi, diğer taraftan her iki işverenin taraf olduğu davalarda yargılama sonunda kurulacak hükümde sigortalıyı çalıştıran işveren (aracı - alt işveren) özellikle belirtilip, sigorta primleri yönünden her iki işverenin teselsül hükümlerine göre sorumlu olduğunun açıklanması gerekmektedir..Yukarıdaki açıklamalar ışığı altında inceleme konusu dava değerlendirildiğinde; davalı T... Tarım San. ve Tic. A.Ş. tarafından asıl işin yürütülmesi için sigortalı çalıştırılmakta olup, diğer davalı yüklenici tarafından sözleşme hükümlerine göre yürütülen işler, anonim şirketçe yerine getirilen asıl işin bir parçası niteliğindedir ve dolayısıyla söz konusu davalılar arasında gerek 506 sayılı Kanununun 87., gerek 4857 sayılı Kanununun 2'nci madde hükümleri kapsamında ilişki kurulduğu, davalı anonim şirketin "asıl işveren", davalı limited şirketin "alt işveren - aracı" konumunda yer aldığı belirgin olduğu gibi, taraf sıfatına sahip olan anonim şirket hakkında yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda hüküm kurulması zorunludur.", Y10HD., 02.06.2011, E. 2009/14455, K. 2011/8131, Sinerji; Y10HD., 15.09.2008, E. 2008/11651, K. 2008/10601, Sinerji.

- 45 Y10HD., 02.06.2011, E. 2009/14455, K. 2011/8131, Sinerji.
- 46 Aynı dairenin 15.09.2008 tarihli kararına göre de "...506 Sayılı Kanununun 79/10 uncu maddesinde ifadesini bulan hizmet tespiti davaları kural olarak bu ödevi yerine getirmeyen işverene karşı açılmalıdır. Ancak, şayet varsa onunla birlikte müteselsilen sorumlu olan asıl işverene karşı da dava açılabilir. Burada asıl işveren yönünden ihtiyari dava arkadaşlığı söz konusudur. Zira, hizmet tespiti davası sonunda verilen ilam doğrultusunda primlerin Kurumca tahsili söz konusu olacağından ve 87 nci maddenin açık ve buyurucu hükmü karşısında; prim ödeme yükümlüsü olarak asıl borçlu olan aracı ile birlikte müteselsilen sorumlu olan asıl işverenden de bu primler istenebileceğinden hizmet tespiti davalarında husumetin asıl işverene de yöneltilmesi mümkün olup, sonucu itibarıyla bu dava asıl işverenin de hak alanını ilgilendirmektedir. Kaldı ki bu yaklaşım çelişkili kararların verilmesini önleyeceği gibi, usul ekonomisi ilkesi yönünden de fayda sağlayacaktır." Y10HD., 15.09.2008, E. 2008/11651, K. 2008/10601.
- 47 "Davacı, davalılardan K... Dilligham Ortak Girişimi taşeronu kalemcı Yapı A. Ş.'de 26.07.1996-30.03.2001 tarihleri arasında sigortalı olarak sürekli çalıştığının tespitini istemiştir. Mahkeme, davalılar hakkında yazılı şekilde hüküm vermiştir. Ancak, 506 sayılı kanununun 4 üncü maddesi hükmüne göre, işveren; sigortalıyı Sosyal Sigortalar Kanunu kapsamına giren işlerde hizmet akdine dayalı olarak çalıştıran gerçek yada tüzel kişilerdir. Bu davada ihale ile İzmir Çevre Yolu Aydın Otoyolu inşaatını alan davalı ortak girişimdir. Bu işin Köprü-Menfes inşaatı kısmını davalı K... Yapı A. Ş.'i üstlenmiştir. Davacıyı çalıştıran ve bir kısım çalışmalarını Sosyal Sigortalar Kurumuna bildiren Kalemcı A. Ş.'dir. Yani 506 sayılı kanununun 87 nci maddesi anlamında aracı durumundadır. Asıl işveren ortak girişimle davacı arasında bir çalışma ilişkisi yoktur. Hal böyle olunca K... A.Ş. ile davacı arasında gerçek işveren işçi ilişkisi aşkar

olup bu bağlamda mahkemenin Kalemcı A. Ş.'i hakkında verdiği karar doğrudur. Fakat hizmet tespiti davasının pasif husumet ehliyeti bulunmayan ortak girişim yönünden de kabulü usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir." Y10HD., 01.04.2003, E. 2003/1308, K. 2003/3004. Karara karşı oy yazısında ise "...Burada asıl işveren yönünden ihtiyari dava arkadaşlığı söz konusudur. Zira, hizmet tespiti davası sonunda, verilen ilam doğrultusunda primlerin kurumca tahsili söz konusu olacağından ve 87. maddenin açık ve buyurucu hükmü karşısında prim ödeme yükümlüsü olarak asıl borçlu ile birlikte müteselsilen sorumlu olan asıl işverenden de bu primler istenebileceğinden hizmet tespiti davalarında husumetin asıl işverene de yöneltilmesi mümkündür. Zira sonucu itibarıyla bu dava asıl işverenin de hak alanını ilgilendirmektedir. Kaldı ki bu yaklaşım çelişkili kararların verilmesini önleyeceği gibi, usul ekonomisi yönünden de fayda sağlayacaktır." gerekçelerine yer verilerek asıl işverenin de pasif taraf sıfatı bulunması gerektiği ifade edilmişti. (Y10HD., 01.04.2003, E. 2003/1308, K. 2003/3004).

Yrd. Doç. Dr. Cenker GÖKER

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Sendikalara Ait İktisadi İşletmelerin Vergilendirilmesinde İktisadi İşletme Kavramı

I. Giriş

Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 1. maddesinin (ç) bendi uyarınca dernek ve vakıflara ait iktisadi işletmeler kurumlar vergisinin mükellefleri arasında sayılmaktadır. Dernek veya vakfa ait veya bağlı olup faaliyetleri devamlı bulunan ve sermaye şirketi ve kooperatif niteliği olmayan ticari, sınai ve zirai işletmeler dernek ve vakıfların iktisadi işletmelerini oluştururlar. Kanun'un 2. maddesinde yazan bu özelliklerinden biri de sendikaların Kurumlar Vergisi Kanunu uygulamasında dernek sayılacaklarıdır¹. Bu nedenle bundan sonraki açıklamalarda dernekler değil sendikalara ait iktisadi işletmeler tabiri kullanılacaktır. Kanun'un yine ikinci maddesinin 5. ve 6. bentlerinden çıkarılabilecek ortak sonuçlar, vergilendirme noktasında bunların kazanç amacı gütmemeleri, faaliyetlerinin kanunla verilmiş görevler arasında bulunması, tüzel kişiliklerinin olmaması, bağımsız muhasebelerinin ve kendilerine ayrılmış sermayelerinin veya işyerlerinin bulunmaması mükellefiyetlerini

etkilememektedir. Mal veya hizmet bedelinin sadece maliyeti karşılayacak kadar olması, kâr edilmemesi veya kârın kuruluş amaçlarına tahsis edilmesi bunların iktisadî niteliğini değiştirmemektedir. Sendikalara ait iktisadi işletmeler yukarıda belirtilen nitelikleri taşıdığı sürece iktisadi işletme kabul edilecektir. Dolayısıyla ticari, sınai veya zirai olmayan bir faaliyet bir iktisadi işletme oluşturmayacak ve vergilendirilmeyecektir. Bu noktada önem taşıyan bir husus iktisadi işletmenin oluşup oluşmadığıdır. Sendikalar, Sendikalar Kanunu kapsamındaki görevlerini ifa etmek için iktisadi işletme kurduklarında kurulan işletmenin yukarıdaki hükümler çerçevesinde kurumlar vergisinin mükellefi olacağı açıktır. Bu çalışmada, Kurumlar Vergisi Kanunu'nun bakış açısıyla bir iktisadi işletmenin mevcut olup olmadığının tespiti için işletme kavramı irdelenmeye çalışılacaktır.

II. İktisadi İşletme Kavramı

Sendikalara ait veya tabii olup faaliyetleri devamlı bulunan ve sermaye şirketi ve kooperatif

Sendikalar iktisadi işletme kurduklarından işletme artık sendikadan ayrı olarak değerlendirilmekte ve özellikle ödemesi gereken vergiler ve bunların tahsili ile ilgili hususlarda vergi idaresi ile işletme muhatap olmaktadır.

niteliği olmayan ticari, sınai ve zirai işletmeler sendikaların iktisadi işletmelerini oluştururlar. Bunların kazanç amacı gütmemeleri, faaliyetinin kanunlarla verilmiş görevler arasında bulunması, tüzel kişiliklerinin olmaması, bağımsız muhasebelerinin ve kendilerine ayrılmış sermayelerinin veya işyerlerinin bulunmaması mükellefiyetlerine etkilemez. Mal veya hizmet bedelinin sadece maliyeti karşılayacak kadar olması, kâr edilmemesi veya kârın kuruluş amaçlarına tahsis edilmesi bunların iktisadî niteliğini değiştirmez. Sendikalara ait işletme yukarıda belirtilen nitelikleri taşıdığı sürece iktisadi işletme kabul edilecektir. Dolayısıyla ticari, sınai veya zirai olmayan bir faaliyet bir iktisadi işletme oluşturmayacak ve vergilendirilmeyecektir.

Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 2. maddesinin 5. ve 6. fıkralarından çıkarılan yukarıdaki sınırlamalar, bir işletmenin iktisadi olup olmadığının, dolayısıyla vergilendirilip vergilendirilmeyeceğinin kriterleri oluşmaktadır. Bunları tek tek sıralamak gerekirse şunlar söylenebilir;

- İktisadi işletmenin sendikaya ait veya tabi olması,
- İktisadi işletmenin faaliyetinin devamlı olması,
- İktisadi işletmenin sermaye şirketi veya kooperatif olarak kurulmamış olması,
- İktisadi işletmenin ticari, sınai ve zirai nitelikte olması,

Bu nitelikleri taşıması için ise, gelir sağlamayı amaç edinmesi, faaliyetin devamlı olması, faaliyetlerini bağımsız olarak gerçekleştirmesi ve esnaf faaliyeti sınırlarını aşmış olması gerekmektedir.

Bu sayılanlar dışında Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 2. maddesinin 6. fıkrasında düzenlendiği üzere belirli hususların varlığı veya yokluğu iktisadi faaliyetin kurumlar vergisi bakımından iktisadi işletme niteliğini değiştirmeyecek, dolayısıyla vergilendirilmesini engellemeyecektir. İktisadi işletmenin,

- Kazanç amacı gütmemesi,
 - Faaliyetinin kanunlarla verilmiş görevler arasında bulunması,
 - Tüzel kişiliklerinin olmaması,
 - Bağımsız muhasebelerinin olmaması,
 - Kendilerine ayrılmış sermayelerinin olmaması,
 - İşyerlerinin bulunmaması
- mükellefiyetlerini engellemeyecektir.
- Aynı şekilde, mal veya hizmet bedelinin sadece maliyeti karşılayacak kadar olması,
 - Kâr elde edilmemesi,
 - Kârın kuruluş amaçlarına tahsis edilmesi

bunların iktisadi niteliğini değiştirmeyecektir.

Görüldüğü üzere bir iktisadi faaliyetin oluşumu iktisadi işletmenin varlığını kabul için yeterli görülmektedir. Kuruluş amaçlarını gerçekleştirmek üzere gerekli finans ihtiyacını karşılamak için dernek ve vakıfların yaptığı gibi sendikalar da iktisadi işletmeler kurmakta, bunları işletmekte ve bunlardan elde ettikleri gelirleri faaliyetlerini gerçekleştirmek için kullanmaktadırlar. Bu noktada ne bir hukuk ne de uygulama sorunu bulunmaktadır. Sorun bir sonraki başlıkta inceleneceği üzere bu iktisadi işletmenin faaliyetlerini bir iktisadi işletme bünyesinden değil bir iktisadi oluşum içinde gerçekleştirmesidir. Sendikalar iktisadi işletme kurduklarından işletme artık sendikadan ayrı olarak değerlendirilmekte ve özellikle ödemesi gereken vergiler ve bunların tahsili ile ilgili hususlarda vergi idaresi ile işletme muhatap olmaktadır. Ancak iktisadi faaliyetler bir iktisadi işletme boyutuna ulaşmışsa bu durumda ne olacaktır. Ödenmesi gereken bir vergi söz konusu olduğunda henüz sendika tarafından bir iktisadi işletme kurulma işlemi tamamlanmamış ancak iktisadi faaliyet gerçekleşmiş veya gerçekleşmekte ise bu durumda vergi idaresi

Maliye Bakanlığı ticari, sınai veya zirai faaliyetin devamlı olmasını, faaliyetin bir vergilendirme döneminde birden çok tekrarlanmış olması kriterine bağlamaktadır

kendisine sendikayı muhatap almak zorunda kalacaktır.

Yukarıda sayılan ancak tespiti her olaya göre farklı değerlendirilebilecek birkaç başlığın genişçe açıklanması iktisadi işletme kavramını irdelemek açısından önemlidir.

a. İktisadi İşletmenin Faaliyetinin Devamlı Olması

İktisadi işletmenin unsurlarından biri Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 2. maddesinin 5. fıkrasında ifadesini bulduğu şekliyle, "faaliyetin devamlı bulunması"dır. Devamlılık, faaliyetin tekrarlanarak veya hiç ara vermeden sürdürülmesi anlamında kullanılmaktadır. Devamlılığın iktisadi işletmenin bir unsuru olmasının sebebi, ticari, sınai veya zirai bir faaliyetin piyasa ekonomisine tek bir kez katkı yapmak yerine, sürekli bir gelir elde etmeye yatkın olmasıdır. Devamlılık ile ifade edilmeye çalışılan uzun veya belli olmayan bir zaman için faaliyette bulunmanın iktisadi işletmenin mevcudiyeti için yeterli olmayacağı düşüncesidir. Aynı sebeple Maliye Bakanlığı ticari, sınai veya zirai faaliyetin devamlı olmasını, faaliyetin bir vergilendirme döneminde birden çok tekrarlanmış olması kriterine bağlamaktadır². Devamlılıktan anlaşılması gereken bir vergileme dönemi içinde bir faaliyetin birden çok icra edilmesi midir? Yoksa faaliyetin birbirini takip eden yıllarda birden fazla icra edilmesi midir? Konunun özü, iktisadi işletme sayılarak vergilendirilecek faaliyetin devamlı olup olmadığının belirlenmesinde bir ölçüt koymanın zorluğundan ileri gelmektedir³. Örnek vermek gerekirse, bir sendika yılda bir kez düzenleyeceği bir kermes ile Maliye Bakanlığı'nın ilk kriterini aşabilir, fakat bu kermesi geleneksel hale getirdiğinde ikinci kriteri aşamamaktadır. Maliye Bakanlığı'nın

"...bir takvim yılı veya daha uzun bir zaman diliminde birden fazla borç para verilmesi işleminden elde edilen gelir.." biçimindeki ifadesini her vergileme döneminde bir kez yapılan faaliyetlerin devamlılık arz edeceği, bu sebeple vergilendirilmesi gerektiği şeklinde anlamamak gereklidir. Eğer bir faaliyet bir vergilendirme döneminde bir kez yapılıyorsa bu durumda devamlılıktan söz edilemez⁴. Karıştırılmaması gereken husus, bir vergileme döneminde bir mevsim süren sergilerin, birkaç gün süren fuarların veya turizm mevsiminde otel, pansiyon işletilmesinin devamlılık unsurunu içerdiği'dir. Ayrıca pek tabii olarak sendikalarca işletilen lokantalar, kantinler, düzenlenen dil kursları karşılığında elde edilen gelirler temelde kâr sağlamak amacı olmasa da bunların ilişkin bulunduğu faaliyetin sürekliliği nedeniyle vergiye tabi olacaktır⁵.

Esas itibariyle her olayda işletmenin veya işletme olduğu iddia edilen faaliyetin piyasaya sürekli olarak mal ve hizmet sunmayı amaç edinmesi koşulu devamlılığı belirleyen etmen'dir. Bu sebeple sadece amaçlarına ulaşmak için gelir elde etmeye çalışan sendikaların yılda bir kez düzenledikleri çay, kermes vs. faaliyetlerinin Kurumlar Vergisi Kanunu bakımından devamlılık koşulunu sağlamadığı görüşü kabul edilmelidir.

b. İktisadi İşletmenin Kazanç Amacının Olmaması

Sendikalara ait iktisadi işletmelerin kazanç amacı gütmemeleri mükellefiyetlerine tesir etmemektedir. İktisadi işletme kavramını oluşturan ticari, sınai ve zirai işletmelerin unsurları arasında ise kazanç elde etme amacı mevcuttur. Bu sebeple bir çelişkinin mevcut olduğu düşünülebilir. Fakat bir çelişki mevcut değildir, çünkü vergi hukukunda iktisadi işletme için daha geniş bir kapsama alanı oluşturulmuştur. Buradan hareketle, Kurumlar Vergisi Kanunu'nda düzenlenmiş bulunan iktisadi işletme kavramının kıstaslarının, Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiş bulunan ticari işletmenin kapsadığı alandan daha geniş bir alanı iktisadi işletme kapsamına aldığı anlaşılmaktadır⁶. Buna göre sendikaların örneğin eğitim ve sağlık hizmetleri

Sendikalara ait iktisadi işletmelerin Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 2. maddesinin 6. fıkrası uyarınca işyerlerinin bulunmaması mükellefiyetlerine tesir etmemektedir.

vermek üzere gerekli tesisleri kurarak faaliyette bulunması ve bu hizmetleri bir bedel karşılığı olmaksızın yerine getirmesi halinde bu faaliyetler sendikalara ait iktisadi işletme olarak nitelendirilmeyecektir. Ancak sözü edilen eğitim ve sağlık hizmetlerinin yerine getirilmesi için yapılan masrafların hizmet verilenlerden tahsil edilmesi veya bu kişilerden veya ailelerinden bağış yoluyla alınması veya çok düşük bir bedelin alınması⁷ durumunda, bu faaliyetler, sendikalara ait iktisadi işletme olarak kabul edilecek ve kurumlar vergisine tabi olacaktır⁸.

Sonuç olarak, sendikalara ait iktisadi işletmelerin, faaliyetlerinde kazanç gayesi gütmeleri mükellefiyetlerine tesir etmemektedir. Buna karşın yapılan faaliyet karşılığında ücret, bağış, maliyet katkısı vb. adlar altında herhangi bir bedel alınmaması durumunda iktisadi işletmenin unsurları oluşmadığından, faaliyet bir iktisadi işletme olarak nitelendirilemeyecektir. Bu tür faaliyetlerin kurumlar vergisine tabi olması ise mümkün değildir.

c. İktisadi İşletmenin Bağımsız Muhasebesinin ve Ayrılmış Sermayesinin Olmaması

Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 2. maddesinin 6. fıkrası uyarınca sendikalara ait iktisadi işletmelerin bağımsız muhasebelerinin ve kendilerine ayrılmış sermayelerinin olmaması mükellefiyetlerine etki etmemektedir.

Danıştay kararlarında ve Maliye Bakanlığı özelgelerinde, dernek ve vakıfların Kurumlar Vergisi Kanunu'ndaki iktisadi işletme niteliğine sahip faaliyetleri icra eden ancak bunun aksini savunan dernek ve vakıfların, muhasebelerinin veya kendilerine tahsis edilmiş sermayelerinin olmamasının, bunların kanunda belirtildi-

ği gibi iktisadi işletme olarak kabul edilmesine ve mükellefiyetlerine tesir etmeyeceğine hükmedilmektedir⁹. Kanun bakımından sendikalar dernek hükmünde olduğundan bu düşünceler sendikalar için de geçerli olmaktadır.

d. İktisadi İşletmenin İşyerinin Bulunmaması

Sendikalara ait iktisadi işletmelerin Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 2. maddesinin 6. fıkrası uyarınca işyerlerinin bulunmaması mükellefiyetlerine tesir etmemektedir. Buna göre örneğin yılda birden fazla kermes, çay vb. düzenlenmesi durumunda eksik olan devamlılık koşulunu yerine getiren sendikaların bu faaliyetleri belirli bir işyeri olmadan yaptıkları görülmektedir. İlgili madde hükmü olmasa uygulamada yaşanabilecek karışıklıkları göz önünde bulunduran kanunkoyucunun bu madde hükmü ile yukarıda sayılanların tümünde olduğu gibi vergi kaybının önlenmesini amaçladığı açıktır.

Danıştay, örneğin kitap satış işi ile uğraşan vakfın faaliyetinin bir iktisadi işletme oluşturduğunu belirttiikten sonra, söz konusu faaliyetin ayrı bir işyeri açılmadan vakıf mülkleri içinde gerçekleştirmesinin 2. maddenin 6. fıkrası uyarınca mükellefiyete tesir etmeyeceğini belirtmektedir¹⁰. Aynı şekilde sendikalara ait iktisadi işletmelerin ticari, sınai ve zirai faaliyetleri kapsadığı düşünüldüğünde, bir işyerinin mevcut olup olmamasının mükellefiyete tesir etmemesindeki haklılık görülmektedir.

e. İktisadi İşletmenin Gelirlerinin Kurumların Amaçlarını Gerçekleştirmek İçin Tahsis Edilmesi

Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 2. maddesinin 6. fıkrasında iktisadi faaliyetlerden elde edilen gelirlerin kurumların kuruluş amaçlarına tahsis edilmesinin mükellefiyeti ortadan kaldırmayacağı düzenlenmektedir. Buna göre, sendikaların kuruluşlarındaki amaçladıklarını gerçekleştirmek için yaptıkları faaliyetler mükellefiyetlerine tesir etmeyecektir. İktisadi işletme işlettikleri gerekçesiyle mükellefiyet tesis edilen dernekler konuyu yargıya intikal ettirdiklerinde çeşitli savunmalarla birlikte tüzük-

Devletin, derneklerin, vakıfların, sendikaların iktisadi işletmelerini kurumlar vergisinin mükellefleri arasında saymasının amacının vergi geliri elde etmekten öte, ülkedeki iktisadi hayatı kayıt altında tutmak ve vergi tabanını genişletmek olduğu söylenebilir.

lerindeki amaçlarına uygun hareket ettiklerini de öne sürmektedirler¹¹. Savunmaların özü, tüzüklerindeki amaca uygun hareket etmenin kurumlar vergisi mükellefiyetini engelleyeceği inancıdır. Dernekler – Sendikalar ne kadar üstün manevi amaçları yerine getiriyor olursa olsun eğer Kurumlar Vergisi Kanunu'nda tanımlanan iktisadi işletme faaliyeti mevcutsa mükellefiyet tesis edilecektir.

Faaliyetin kanunla verilmiş görevler için gerçekleştirilmiş olması bile iktisadi işletmenin mükellefiyetine tesir etmezken, amaca uygun hareket etmenin bunu gerçekleştirilmesi düşü- nülemez. Bu doğrultuda Danıştay, “derneğin, tüzüğünde öngörülen amacına uygun faaliyet- te bulunmuş olması faaliyetin ticari ve iktisadi niteliğini ortadan kaldırmayacağından elde edi- len gelirin vergi dışı kalmasını gerektirmez¹²” demektedir.

III. Sonuç

Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 2. maddesinin 5. ve 6. fıkralarında düzenlenen iktisadi işlet- melerin mükellefiyeti, kâr amacı güdülmese ya da bu faaliyette üretilen mal veya hizmet bede- linin sadece maliyeti karşılayacak kadar olsa da ortadan kalkmayacaktır. Bu noktada elbette bir gelir yoksa bir vergi doğmayacaktır. Ne var ki, beyanname vermek gibi şekli ödevlerin yerine getirilmesi aranacaktır. Devletin, derneklerin, vakıfların, sendikaların iktisadi işletmelerini ku- rumlar vergisinin mükellefleri arasında sayma- sının amacının vergi geliri elde etmekten öte, ülkedeki iktisadi hayatı kayıt altında tutmak ve vergi tabanını genişletmek olduğu söylenebi-

li. Bu nedenlerle bu kurumlar, vergi mükellefi sayılmalarına rağmen devletin bu kurumlardan yüksek bir vergi geliri beklentisi olmadığı tek- rar söylenmelidir.

DİPNOTLAR

- 1 Kurumlar Vergisi Kanunu kapsamında sendikaların dernek hükmünde sayılmasının eleştirisi için bkz. Göker, Cenker, “Kurumlar Vergisi Kanunu'nda Sendikalara Ait İktisadi İş- letmelerin Vergilendirilmesine İmkân Sağlayan Düzenle- meye İlişkin Bir Eleştiri” MESS Sicil Haziran 2011, Sayı: 22, s.196-199.
- 2 Maliye Bakanlığı'nın 28.02.2001 tarih ve B.07.0.GEL/0.51/5104-84/12192 sayılı özeldesinde, “Der- nekler tarafından bir vergilendirme döneminde birden faz- la çay, yemek, tiyatro, kermes, konser gibi faaliyetlerin dü- zenlenmesi ve bu faaliyetlerden dolayı gelir elde edilmesi nedeniyle demeklere ait bir iktisadi işletme olduğundan, söz konusu işletmenin kurumlar vergisi mükellefiyetinin tesis edilmesi gerekmektedir” ifadesi yer almaktadır. Ku- rumlar Vergisi Kanunu'nun 2. maddesinin 5. fıkrasındaki bu kanunun uygulamasında sendikalar dernek sayılır hük- mü uyarınca bu görüşün sendikalar için de geçerli olduğu söylenebilir.
- 3 1982 Anayasası'nın 73. maddesi ile ifadesini bulan ver- gilerin yasallığı ilkesi uyarınca, söz konusu kriter Maliye Bakanlığı'nca oluşturulamayacağından bu konuda kanun- koyucunun iradesi etkin olacaktır.
- 4 Danıştay 4. Dairesi derneklerin arızı şekilde bir gazete çı- karmasını, devamlılık unsurunun eksikliği sebebiyle iktisa- di işletme saymamıştır. Danıştay 4. Dairesi 19.04.1956 tarih ve E.1956/1164, K.1956/1390 sayılı kararı.
- 5 Öncel, Muallâ - Kumrulu, Ahmet - Çağan, Nami, Vergi Hu- kuku, Gözden Geçirilmiş ve Değişiklikler İşlenmiş 20. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004, s.334.
- 6 Danıştay İçtihatı Birleştirme Kurulu'nun 16.06.1994 tarih ve E. 1992/2, K. 1994/2 sayılı kararı.
- 7 Danıştay 3. Daire 04.05.1999 tarih ve E. 1998/1779, K. 1999/1696 sayılı kararı, Danıştay Dergisi (DD), Sayı:102. Bu doğrultuda bir düşünce ile turizmin geliştirilmesi ama- cıyla kurulan bir derneğin, belediyelerle yaptığı protokol uyarınca, plajlarda su sporları istasyonları, büfe ve büfe önü tahsisleri yaptığı, park, duş kabini, oturma yerleri oluş- turduğu, ayrıca plajlara yönelik temizlik, güvenlik gibi bir takım hizmetler sunduğu, yapılan tüm bu faaliyetler karşı- lığında da teberru adı altında belli bir bedel aldığı anlaşıldı- ğından yapılan faaliyetlerin iktisadi işletme oluşturduğuna karar verilmiştir.
- 8 Maliye Bakanlığı'nın 09.05.1997 ve B.07.0.GEL.0.49/4904-79.19379 sayılı özeldesini.
- 9 Danıştay 4. Daire 12.01.1987 tarih ve E. 1985/1251, K. 1987/78 sayılı kararı, DD, Sayı: 68-69; 4. Daire 18.04.1988 tarih ve E. 1986/4596, K. 1988/1562 sayılı kararı, DD, Sayı: 72-73; İçtihatı Birleştirme Kurulu 16.06.1994 tarih ve E. 1992/2, K. 1994/2 sayılı kararı, 03.04.1995 tarih ve

22247 sayılı Resmi Gazete; 4. Daire 13.11.1998 tarih ve E. 1997/5022, K. 1998/4139 sayılı kararı, DD, Sayı:99; 3. Daire 04.05.1999 tarih ve E. 1998/1779, K. 1999/1696 sayılı kararı, DD, Sayı: 102; 3. Daire 09.12.1999 tarih ve E. 1998/4749, K. 1999/4403 sayılı kararı, DD, Sayı: 103. Maliye Bakanlığı'nın 09.05.1997 tarih ve B.07.0.GEL.0.49/4904-79/19379 sayılı özelgesi; 04.02.1997 tarih ve B.07.0.GEL/0.51/5104-19/3927 sayılı özelgesi; 28.02.2001 tarih ve B.07.0.GEL/0.51/5104-84/12192 sayılı özelgesi.

- 10 Danıştay 4. Daire 18.04.1988 tarih ve E. 1986/4596, K. 1988/1562 sayılı kararı, DD, Sayı: 72-73.
- 11 “Türk-Amerikan Üniversiteler Derneği Tüzüğü'nün 3. maddesinde sayılan amaçlardan birisinin dil kursları düzenlemek olduğu, bu kurslara katılanlardan faaliyetin devamı için bir ücret alınmasının lisan kursunun derneğe bağlı bir iktisadi işletme oluşturmadığı” tezi, ilgili derneğin savunmasında yer almaktadır. Danıştay 4. Daire 23.12.1991 tarih ve E. 1988/5160, K. 1991/4677 sayılı kararından.
- 12 Danıştay 4. Daire 23.12.1991 tarih ve E. 1988/5160, K. 1991/4677 sayılı kararı.

- Danıştay 4. Daire 23.12.1991 tarih ve E. 1988/5160, K. 1991/4677 sayılı kararı.
- Maliye Bakanlığı Özelgeleri
 - Maliye Bakanlığı'nın 28.02.2001 tarih ve B.07.0.GEL/0.51/5104-84/12192 sayılı özelgesi.
 - Maliye Bakanlığı'nın 09.05.1997 ve B.07.0.GEL.0.49/4904-79.19379 sayılı özelgesi.
 - Maliye Bakanlığı'nın 09.05.1997 tarih ve B.07.0.GEL.0.49/4904-79/19379 sayılı özelgesi;
 - Maliye Bakanlığı'nın 04.02.1997 tarih ve B.07.0.GEL/0.51/5104-19/3927 sayılı özelgesi;
 - Maliye Bakanlığı'nın 28.02.2001 tarih ve B.07.0.GEL/0.51/5104-84/12192 sayılı özelgesi.

KAYNAKLAR

- Göker, Cenker, “Kurumlar Vergisi Kanunu'nda Sendikalara Ait İktisadi İşletmelerin Vergilendirilmesine İmkân Sağlayan Düzenlemeye İlişkin Bir Eleştiri”, MESS Sicil Haziran 2011, Sayı: 22, s.196-199.
- Öncel, Muallâ - Kumrulu, Ahmet - Çağan, Nami, Vergi Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Değişiklikler İşlenmiş 20. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004, s.334.
- Danıştay Kararları,
 - Danıştay 4. Dairesi 19.04.1956 tarih ve E.1956/1164, K.1956/1390 sayılı kararı.
 - Danıştay 3. Daire 04.05.1999 tarih ve E. 1998/1779, K. 1999/1696 sayılı kararı.
 - Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu'nun 16.06.1994 tarih ve E. 1992/2, K. 1994/2 sayılı kararı.
 - Danıştay 4. Daire 12.01.1987 tarih ve E. 1985/1251, K. 1987/78 sayılı kararı.
 - Danıştay 4. Daire 18.04.1988 tarih ve E. 1986/4596, K. 1988/1562 sayılı kararı.
 - Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu'nun 16.06.1994 tarih ve E. 1992/2, K. 1994/2 sayılı kararı.
 - Danıştay 4. Daire 13.11.1998 tarih ve E. 1997/5022, K. 1998/4139 sayılı kararı.
 - Danıştay 3. Daire 04.05.1999 tarih ve E. 1998/1779, K. 1999/1696 sayılı kararı.
 - Danıştay 3. Daire 09.12.1999 tarih ve E. 1998/4749, K. 1999/4403 sayılı kararı
 - Danıştay 4. Daire 18.04.1988 tarih ve E. 1986/4596, K. 1988/1562 sayılı kararı.
 - Danıştay 4. Daire 23.12.1991 tarih ve E. 1988/5160, K. 1991/4677 sayılı kararı.



“SİCİL” / “MERCEK” Abonelik Formu

Ad/Soyad :

Adres :

Tel. :

e-posta :

İmza :

SİCİL / MERCEK dergisine abone olmak istiyorum.

2012 yılı abonelik bedeli olan 66 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
Merkez Mahallesi Geçit Sokak No: 2 34381 Şişli/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.)

Prof. Dr. Rüçhan IŞIK

Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

ILO'nun 14 Haziran 2012 tarihli ve 202 numaralı Sosyal Koruma Ulusal Tabanlarıyla İlgili Tavsiye Kararı Üzerine Bir Not

Uluslararası Çalışma Konferansı, 30 Mayıs-15 Haziran 2012'de Cenevre'de yapılan 101. toplantısında sosyal koruma alanında yeni bir tavsiye kararı kabul etti: 202 numaralı Sosyal Koruma Ulusal Tabanlarıyla ilgili Tavsiye Kararı (The Recommendation Concerning National Floors of Social Protection). Bu, son altmışsekiz yıl içinde Konferansta onaylanan sosyal güvenlik alanındaki ilk bağımsız (autonomous, free-standing) tavsiye kararıdır. Ayrıca ILO en son yirmidört yıl önce, 1988'de sosyal koruma ile ilgili bir hukuki belgeyi hükümetlerin, işveren ve işçilerin tartışmalarına açmıştı.

Uluslararası İş Hukuku'nun kaynaklarını oluşturan ILO Çalışma Sözleşmeleri (Convention) ile Tavsiye Kararları'ndan (Recommendation) herhangi bir alanda düzenleme yapılırken hangisinin tercih edilmesinin doğru olacağı sorusu daima tartışılan bir husustur. Bilindiği gibi aynı konuda, aynı dönemde, aynı oturumlarda hazırlanan bir Sözleşme ile bir Tavsiye'den ikincisi, genellikle sözleşmeleri tamamlayıcı, ek hukuk kaynaklarıdır. Aynı

alandaki Sözleşme hükümlerine Tavsiye ile daha ayrıntılı düzenleme yapılır, daha yüksek standartlar özendirilir.

Bir sözleşme ile bağlantılı olmadan tek başına kabul edilen tavsiyeler ise henüz bir Sözleşme konusu olacak kadar olgunlaşmamış alanlarda kabul edilir ki konumuz olan Tavsiye Kararı bu anlamda bir sözleşmeye bağımlı olmadan tek görüşme ile kabul edilmiştir.

Sözleşme ve/ya tavsiye kararları hazırlanırken ILO'nun yerleşik gelenekleri ve usul kuralları gereği uzun ve yoğun bir hazırlık çalışmaları dönemi vardır. Bu çerçevede üye ülkelerle de genellikle anket ve yazışma yolu ile istişareler yapılır. Sosyal Koruma Ulusal Tabanlarıyla ilgili bu yeni Tavsiye Kararı'nın geri planındaki hazırlıkları sırasında özellikle Afrika bölgesine odaklanmış olan etkinlikler düzenlenmiştir. ILO'nun arka plan çalışmalarını, biraz açıklamak için bu Tavsiye Kararının öncesinde, yoğun masa başı çalışmaları, ofis içi sayısız toplantılar, sayfalarca her kelimenin düşünülecek kullanıldığı ve tartışıldığı raporlara ilaveten

düzenlenen çeşitli toplantılar içinde sadece son yirmi aydakileri hatırlatmak gerekir.¹

14 Haziran 2012'de, Konferansa katılanların 452'sinin oyu ile (1 ret 1 çekimser) kabul edilen 202 numaralı bu Tavsiye Kararı, olumlu oyların sayısından da anlaşılacağı üzere çok etkileyici bir üçlü uzlaşma ile gerçekleşmiştir.

Sosyal koruma tabanları ulusal düzeyde tanımlanacak bir dizi temel sosyal güvenlik garantileri ile o ülkenin yurttaşlarını yoksulluktan, sosyal dışlanmadan, kırılğanlıklardan korumak amacıyla oluşturulmaktadır. Bu ve benzeri temel nitelikte sosyal koruma, yurttaş yaşam boyunca yoksulluktan, eşitsizliklerden, sağlıksız bir yaşamdan koruyacaktır. ILO'nun eski Genel Direktörü Juan Somavia'nın söylemi ile Sosyal Koruma güçlü bir kriz karşıtı önlem olduğunu ispat etmelidir. İnsanları korur ve güçlendirirken ekonominin de iyileşmesine ve kalkınmaya da katkıda bulunacaktır. Sürdürülebilir ve ekonomik büyümeyi içeren temel bir yapılanmayı sağlayacaktır.

Sosyal Koruma Tabanı (SKT), bir sosyo-ekonomik gelişme politikası kavramı ve bir kriz kontrol aracıdır. SKT, ekonomik bir gelişme için sağlam bir taban teşvik etmekte, devam eden yoksulluğa karşı toplumsal bir güvence temin etmekte ve ekonomik şok ve krizlerin etkilerini hafifletmeyi öngörmektedir.

Haklara dayanan bir görüş üzerine kurulmuş olan SKT, devletleri evrensel bir sosyal koruma kapsamı standardı oluşturmaya teşvik etmektedir. Kurumsal kapasite, siyasi ideoloji, maddi kaynaklar, ekonomik yapı ve kültürel değerler bakımından her ülke farklılık gösterdiğinden tabanlar, her bir ülke tarafından kendi koşullarına göre oluşturulmaktadır.

Önceki sosyal koruma programlarından yola çıkarak SKT, ülke tarafından tanımlanmış ve herkes tarafından kullanılabilen birtakım temel sosyal hakların, hizmetlerin ve olanakların temini için daha eşgüdümlü bir tasarımı, sosyal ve çalışma programlarının bir politika çerçevesinde uygulanmasını öngörmektedir.

ILO'nun söz konusu Tavsiye Kararı ülkelerin mümkün olan en kısa zamanda ulusal koruma tabanlarını oluşturmalarını talep etmektedir. Bu ILO'nun gözlemlerine, bulgularına, verileri-

ne göre bir rüya değildir. Asya, Afrika ve Latin Amerika'da bunun pek çok başarılı örnekleri vardır. Tabanın tümü değilse de en azından temel bazı unsurları uygulanmaktadır.

Devamlılığın ve sürdürülebilirliğin sağlanması için geliştirilen stratejiler, mevcut sosyal koruma araçları üzerine kurulmakta ve sosyal, ekonomik ve siyasi içeriğine bağlı olarak katılım payına tabi ve tabi olmayan, hedeflenen ve evrensel, kamusal ve özel araçların karışımından oluşmaktadır. Devletler, ihtiyaçları, tercihleri ve maddi imkanları doğrultusunda daha yüksek sosyal koruma seviyeleri geliştirmeye de teşvik edilir.

Sosyal Koruma Tabanı yaklaşımının nihai amacı, taban seviyeden daha yüksek koruma seviyelerine çıkmaya olanak sağlayan sağlam bir tabanın oluşturulmasıdır. Ekonomiler büyüdükçe ve mali alan oluştukça sosyal koruma sistemleri, Sosyal Koruma Tabanı merdiveninde tırmanabilir ve tırmanmalıdır da. Böylece, sunulan prim ve hizmetlerin kapsamı, seviyesi ve miktarı genişleyecektir.

Bu strateji kapsamında ILO, Sosyal Koruma Tabanını geliştirmek için üye devletlere iki boyutlu bir yaklaşım tavsiye etmektedir:

- yatay kapsam ya da Sosyal Koruma Tabanı: herkesin temel sağlık hizmetlerine erişiminin, çocuklar için gelir güvenliğinin, az çalıştırılanlara, yoksullara ve işsizlere yardımın ve yaşlılar ile engelliler için gelir güvenliğinin temini.

- dikey kapsam: ilk kat üzerine kurulma ve daha kapsamlı ve geniş bir sosyal koruma kapsamı temini.

Bu yeni Tavsiye Kararı açık bir biçimde, kayıt dışında çalışanların da kayıt içindekiler gibi sosyal güvenlikten yararlanmalarını önermekte, kayıt içi istihdamın artmasını, kayıt dışı çalışmaların ise azaltılmasını desteklemektedir.

Bu yeni çalışma normları ile ILO'nun bütün dünyaya vermek istediği önemli bir diğer mesaj da sürmekte olan ekonomik krize rağmen, sosyal koruma sistemlerinin yaygınlaştırılması, kapsama alanlarının genişletilmesidir. Bunun anlamı şudur: Her ülke -kendi koşulları elverdiği ölçüde- bir yandan sosyal koruma standartlarını yükseltmeli, diğer yandan koruma altına alınanların kapsamı genişletilmelidir.

Temel sosyal koruma önlemlerini maddi nedenlerle alamayan ülkeler uluslararası işbirliği ve kendi çabalarını tamamlayacak destekler aramalıdır.

ILO bu kararı ile üye ülkelerin oluşturacakları sosyal koruma tabanlarının, ülkenin ulusal sosyal güvenlik sistemlerinin temel unsuru olmasını ve ülkenin sosyal ve ekonomik kalkınma plan ve programlarının ayrılmaz bir parçasını oluşturmasını istemektedir. Temel sosyal koruma önlemlerini maddi nedenlerle alamayan ülkeler uluslararası işbirliği ve kendi çabalarını tamamlayacak destekler aramalıdır. Gelişmekte olan üye ülkelerin önerisi ile Uluslararası Çalışma Konferansı, Haziran 2012'de bir başka Karar daha alarak, gelişmekte olan ülkeler için teknik işbirliği yapılmasını kabul etmiştir.

Bu Tavsiye Kararı çerçevesinde oluşturulacak ulusal koruma tabanlarının, küresel düzlemde bir sosyal politika aracı oluşturmaları beklenmektedir. Bu tür bir yapılanma, Birleşmiş Milletler'in Binyıl Kalkınma Hedefleri'ne (Millennium Development Goals) ulaşılmasında da temel bir araç olacaktır.

Avrupa Birliği Sosyal Koruma Komitesi de Tavsiye Kararının öngördüğü sosyal koruma tabanlarını 2012 Çalışma Programına almıştır. Bu nedenle Avrupa Birliği açısından da ILO Tavsiye Kararı büyük önem taşımaktadır.

DİPNOT

1 8 Ekim 2010, Yaounde: SKT'nin Uygulanması Hakkında Yaounde Üçlü Bildirge. Bu bildirgenin amacı, Afrika'dan katılan 47 üye devletin hükümetlerinin ve sosyal taraflarının SKT'nin ilkelerini, temel öğelerini ve nasıl uygulanacağını belirlemek ve duyurmaktır. ILO, 2011 yılından itibaren, bu bildirgenin uygulanması ve belirtilen eylemlerin gerçekleştirilmesi için gerekli karşılıkların sağlanmasını teşvik etmektedir.

18-26 Temmuz 2011, Cape Town: 6. Uluslararası Eğitim Dünya Kongresi (6th World Congress of Education International) sırasında dört farklı bölgeden gelen sendikalar tarafından sunulan ve Eğitim ve Dayanışma Ağı (Education and Solidarity Network) tarafından desteklenen bir Sosyal Koruma Eğitimi kararı oybirliği ile kabul edilmiştir.

20 Eylül 2011, Bangkok: ASEAN halklarına evrensel kap-

samlı bir sosyal koruma için 6. ASEAN GO-NGO Sosyal Refah ve Kalkınma Forumu (Forum for Social Welfare and Development) katılımcıları, ASEAN üye devletleri arasında işbirliğinin geliştirilmesi gerektiğine karar vermişlerdir.

26-27 Eylül 2011, Paris: G20 Çalışma ve İstihdam Bakanları, sosyal koruma tabanlarını genişletmek suretiyle sosyal korumayı güçlendirmeye yönelik sözlerini dile getirmişlerdir.

11-14 Ekim 2011, Johannesburg: Sosyal Koruma Tabanının Uygulanması Hakkındaki Yaounde Üçlü Bildirgeye ilişkin olarak Eylem Planı sunulmuştur.

27 Ekim 2011, New-York: Sosyal Koruma Tabanı Danışma Grubu, Sosyal Koruma Tabanının ekonomik kalkınmayı güçlendireceğine ve sosyal birleşmeyi artıracığına ilişkin rapor sunmuştur.

8 Kasım 2011, Cenevre: Avrupa girişimi olarak Adil ve Kapsayıcı Küreselleşme için Sosyal Koruma Tabanı (Social Protection Floor for a Fair and Inclusive Globalization), ILO merkezinde raporlanmıştır.

30 Ocak 2012, New-York: Sosyal Koruma Tabanı Girişimi için dördüncü ajanslar arası teknik toplantı.

30 Mayıs-15 Haziran 2012, Cenevre: 101. Uluslararası Çalışma Konferansı'nda 202 numaralı Sosyal Koruma Ulusal Tabanları ile İlgili Tavsiye Kararı kabul edilmiştir.

Yrd. Doç. Dr. Mehmet Nusret BEDÜK

Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi

ILO Tarafından Kabul Edilen Konsolide Bir Sözleşme “Deniz İş Sözleşmesi” (Maritime Labour Convention, 2006)

GİRİŞ

Gemi adamları, küresel ekonominin en önemli bir parçasını oluşturan deniz ticareti ile uğraşan yolcu ve yük gemilerinde çalışan işçilerdir. Dünya ticaretinin yaklaşık % 80'i uzak yol deniz seferleri (okyanus gemiciliği) yapmak suretiyle gerçekleşmektedir. Bu nedenle, dış ticaretin arzu edilen şekilde gerçekleşmesi kaçınılmaz olarak gemi adamlarının yaptıkları iş ile doğrudan ilişkilidir. Deniz ticaretinde önemli rol oynayan bu insanların çoğunun genelde uygun olmayan iş koşulları altında çalışmakta oldukları ise acı bir gerçektir. Gemi adamlarının kötü çalışma koşulları altında çalışmalarının birçok nedeni vardır. Sefere çıktıkları yabancı bandıralı gemilerin tabi oldukları hukukun olumsuzluğu (yetersizliği), gerekli işyeri denetiminin yapılmaması ve yaptıkları işlerin geçici nitelikte olması gemi adamlarının aleyhine sonuçlar doğuran başlıca nedenlerdir¹.

Çalıştıkları denizcilik sektörünün küresel olma özelliğinden dolayı gemi adamlarının

kendi milli hukuklarının dışında uluslararası alanda korunmasını gerekli kılmıştır. Denizcilik sektöründe çalışanların hukukuna ilişkin Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) tarafından 1920 yılından itibaren gerekli çalışmalar başlatılmış ve bugüne kadar denizcilik alanında toplam 68 Sözleşme kabul edilmiştir. Bu alanda kabul edilen en son sözleşme Deniz İş Sözleşmesi (Maritime Labour Convention 2006)² olmuştur³.

MLC 2006 ile ilgili çalışmalara Ocak 2001 tarihinde başlanılmış ve Sözleşme, 23 Şubat 2006 tarihinde yapılan Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 94. Konferansı'nda, yüzden fazla ülkenin gemi adamları ve gemi sahipleri (işveren) birlikleri ile devlet temsilcilerinin katılımıyla hiçbir itiraz görmeksizin (4 çekimser oy ile birlikte) toplam 314 delege tarafından kabul edilmiştir⁴. Gemi adamlarının “Magna Carta'sı (temel haklar bildirgesi)” olarak belirtilen⁵ MLC-2006, Uluslararası Denizcilik Örgütü'nün (IMO'nun) çevrenin korunması ve gemi emniyeti ve güvenliği konusundaki uluslararası

deniz taşımacılığına ilişkin düzenlemeleri olan SOLAS⁶, STCW⁷ ve MARPOL⁸'den sonra uluslararası deniz hukukunun dördüncü sacayağını oluşturan önemli bir konvansiyondur^{9,10}. Diğer üç sözleşme (SOLAS, STCW ve MARPOL), IMO tarafından kabul edilmiştir. MLC 2006 ise, aynı zamanda diğer uluslararası iş sözleşmelerinde bulunan temel prensipleri benimseyen, hali hazırda tüm uluslararası deniz iş sözleşmesi ve tavsiye kararlarını güncel haliyle bir araya getiren konsolide bir ILO Sözleşmesidir¹¹. Uluslararası deniz hukukunun dördüncü sacayağının oluşmasıyla birlikte artık liman devleti, sadece IMO sözleşmeleri gereğince deniz güvenliğinin sağlanması ve deniz kirliliğinin önlenmesi konusundaki standartları değil, aynı zamanda MLC'de öngörülen çalışma standartlarına uygunluğu da denetleyecektir¹². Üye devletle-

yonu ve Filipinler¹³'in onayı ile birlikte, Sözleşmenin en az 30 ILO üyesi ülke tarafından onaylanması şartı gerçekleşmiştir. Böylece ilk 30 ülke, gemi adamlarına (işçilere) insana yakışır çalışma imkânı sağlamak ve armatörlere (işverenlere) daha nitelikli faaliyet alanı oluşturmak için taahhüt ettikleri yükümlülükleri yerine getirmek üzere Sözleşmeyi onaylamış bulunmaktadır¹⁴.

ILO kayıtlarına göre MLC 2006, Liberya, Marshall Adaları, Bahamalar, Panama, Norveç, Bosna-Hersek, İspanya, Hırvatistan, Bulgaristan, Kanada, Saint Vincent ve Grenadinler, İsveç, Benin, Singapur, Danimarka, Antigua ve Barbuda, Letonya, Lüksemburg, Kiribati, Hollanda, Avustralya, Saint Kitts ve Nevis, Tuvalu, Togo, Polonya, Palau, İsveç, Kıbrıs, Rusya, Filipinler olmak üzere toplam 30 ülke tarafından

MLC 2006, istihdam koşulları, çalışma ve dinlenme saatleri, kalacak yer (barınma) ve yiyecek ve içecek sağlama, dinlenme ve eğlenme imkânı, işçi sağlığının korunması, tıbbi bakım, sosyal yardım ve sosyal güvenliğin sağlanması gibi hemen hemen her bakımdan gemi adamlarının çalışma koşullarının asgari gereklerini belirlemektedir.

rin onayı halinde bağlayıcılık kazanacak olan Sözleşme, taraf devletin milli hukuku üzerinde önemli etkiler doğuracaktır.

Sözleşme tüm dünya ülkeleri tarafından oybirliğiyle kabul edildiği halde, öngörülen şartlar sağlanamadığı için henüz yürürlüğe gir(e)memiştir. MLC 2006'nın 4. maddesi uyarınca, bu Sözleşme ancak dünya gemi tonajının (grostonilatosisunun) % 33'üne sahip olan en az 30 üye devlet tarafından kabul edildikten 12 ay sonra yürürlüğe girecektir. Anlaşılacağı üzere, Sözleşmenin yürürlüğü için iki şartın birlikte gerçekleşmesi gerekir. Birinci şart, en az 30 üye devlet bu Sözleşme'ye taraf olmalı, ikincisi, taraf olan devletlerin dünya gemi tonajının en az % 33'üne sahip olmasıdır. Her iki şartın gerçekleşmesi halinde, Sözleşme ancak 12 ay sonra yürürlüğe girecektir.

20 Ağustos 2012 tarihinde Rusya Federas-

onaylanmıştır. Daha önceden, 2009 yılında, dünya gemi filosunun toplam grostonilatosisunun % 33'ünü temsil eden ülkeler Sözleşmeye onay vermiş bulunduğu¹⁵, aranan her iki şart gerçekleşmiş durumdadır.

Hali hazırda 30 ülke, dünya gemi filosunun toplam grostonilatosisunun % 60'ını oluşturmaktadır. Bu 30 ülkenin onayı ile birlikte MLC 2006'da şart koşulan toplam tonaj oranı neredeyse iki katına ulaşmıştır. Bunun sonucu olarak dünyadaki uluslararası gemi taşımacılığı işinde çalışan gemi adam(lar)ının yaklaşık % 50'sinden fazlası Sözleşme kapsamına alınmış bulunmaktadır¹⁶.

MLC 2006'yı kabul eden ülkeler bakımından dikkat çeken husus, dünya ekonomisinin yaklaşık % 65'ini temsil eden G8 (Kanada, Fransa, Almanya, İtalya, Japonya, Rusya, İngiltere ve Amerika) ülkelerinden şimdilik Kanada

ve Rusya, Avrupa Birliği'ne bağlı 27 ülkeden de henüz 9 ülkenin (İspanya, Bulgaristan, Danimarka, Letonya, Lüksemburg, Hollanda, Polonya, İsveç ve G.Kıbrıs'ın) Sözleşmeyi kabul ettikleri görülmektedir. ILO üyesi ülke temsilcilerinin üzerinde konsensüs sağladığı Sözleşmenin yakın zamanda birçok devlet tarafından onaylanması beklenmektedir.

Deniz iş hukuku alanında yaşanan uluslararası gelişmeler yakından takip edilmekle birlikte, Sözleşme henüz Türkiye tarafından onaylanmış değildir. Doğrusunu söylemek gerekir ki, 2003 yılından bu yana iş mevzuatında ciddi değişiklikler yapıldığı halde, Deniz İş Kanunu'na ilişkin bugüne kadar birkaç madde dışında esaslı bir değişiklik yapılmamıştır. Halen 1967 tarihli 854 sayılı Deniz İş Kanunu yürürlüğünü sürdürmektedir. Fakat Kanun, ulusal ve uluslararası alanda yapılan yeni düzenlemeler karşısında giderek güncelliğini yitirmektedir. Yeni bir Deniz İş Kanunu'nun hazırlanması artık zorunlu hale gelmiştir. Bu çalışmamızda yeni Deniz İş Kanunu'na yön vereceği muhakkak gözüken ve Türk delegasyonu tarafından da kabul edilen Deniz İş Sözleşmesi'ne (MLC 2006'ya) dikkat çekerek, ILO üyesi olarak Türkiye'nin de onayına sunulan bu Sözleşme hakkında bilgi vermeye çalışacağız.

1- SÖZLEŞMENİN AMACI

MLC 2006'nın kabulüne ilişkin prosedür Ocak 2001 tarihinden itibaren başlatılarak, gemi sahipleri (armatör) örgütleri ile gemi adamları sendikaları, denizcilik sektörü alanındaki mevcut tüm ILO belgelerini konsolide etmek (birleştirmek) suretiyle, bu alanda yapılan çalışmaları daha ileri seviyelere taşıyacak tek bir belge üzerinde ortak bir kararın altına imza atmışlardır. İlginçtir ki, MLC'nin kabul edilmesi fikri, armatör gruplarından gelmiştir¹⁷. Daha nitelikli faaliyet alanı oluşturmak ve her yerde kaliteli deniz taşımacılığı hizmeti verilebilmek için, her iki tarafın başvurabileceği tek bir belgenin oluşturulmasını bizzat işveren tarafı talep etmiştir. "Adil ekonomik rekabet" ilkesi Sözleşmede kesin olarak yer almamakla birlikte, armatörler arasında faaliyet alanının, gemilerin sicil durumunun, işgücü arzının (düzeltmesi-

nin) belirli bir kurala bağlanması isteği MLC'nin kabulünün altında yatan temel sebeplerdir¹⁸.

MLC 2006, istihdam koşulları, çalışma ve dinlenme saatleri, kalacak yer (barınma) ve yiyecek ve içecek sağlama, dinlenme ve eğlenme imkânı, işçi sağlığının korunması, tıbbi bakım, sosyal yardım ve sosyal güvenliğin sağlanması gibi hemen hemen her bakımdan gemi adamlarının çalışma koşullarının asgari gereklerini belirlemektedir. Genelde gemi adamları için "insan hakları beyannamesi" ("bill of rights") olarak tanımlanan Sözleşme, ayrıca, standartların altındaki gemi faaliyetlerini dışlamak suretiyle, standartlara uyan, nitelikli gemi sahiplerine fırsat eşitliği sağlanmasına yardımcı olmak suretiyle adil rekabetin oluşmasını teminat altına almaktadır.

MLC 2006'nın temel amacı, uluslararası alanda deniz taşıma işkolunda hazırlanmış olan önceki tüm düzenlemeleri bünyesinde bulundurmak suretiyle geniş bir uygulama alanı sağlayarak denizde çalışanların haklarını tek bir sözleşme altında birleştirmektir. Sözleşme, bu alanda 1920-1996 yılları arasında hazırlanan önceki 68 ILO sözleşmesinin tamamını kapsayan ve bunları yenileyen konsolide bir Sözleşmedir. Sözleşme'nin tek amacı sadece uluslararası alanda denizde çalışma standartlarının birleştirilmesi değildir. Yeni Sözleşme; prensip olarak, mevcut ILO belgelerinin geçerliklerini yitirmekte olduğu konusundaki gemi adamı ve armatör birliklerinin ve daha sonra onlara destek veren hükümetlerin ciddi kaygılarını karşılamak üzere tasarlanmıştır. Teknolojik gelişmeler karşısında mevcut çalışma sözleşmelerinin bir kısmının uygulama alanını kaybetmesi, bir kısmının denizcilik sektöründe hiçbir şekilde kabul görmemiş olması, özellikle sözleşmelerde ve diğer düzenlemelerde yer alan bazı kavramların (örneğin, donatan veya gemi kavramının) farklı şekillerde tanımlanması veya bu tanımların bayrak devletinin tabi olduğu milli hukuka bırakılması nedeniyle ortaya çıkan farklılıkların giderilmesi ve nihayet uluslararası alanda etkili olabilecek yeni standartların tek çatı altında toplanması amacıyla hazırlanmıştır¹⁹.

II- SÖZLEŞMENİN YAPISI VE İÇERİĞİ

A) Genel Olarak

Genel şekliyle MLC 2006, Gerekçe (Preamble) ve Madde (Articles) başlıkları ile birlikte 16 maddeden oluşmaktadır. Sözleşmede

1. Madde : Genel Hükümler
2. Madde : Tanımlar ve Uygulama Alanı
3. Madde : Temel Haklar ve İlkeler
4. Madde : Gemi Adamlarının Çalışma ve Sosyal Hakları
5. Madde : Sözleşme Gereklerini Yerine Getirme ve Uygulama Yükümlülüğü
6. Madde : Yönetmelik (Regulations) ve Kod (the Code)'un A ve B Bölümleri
7. Madde : Gemi Sahipleri ve Gemi Adamları Örgütleri ile İstişare
8. Madde : Yürürlük
9. Madde : Sözleşmenin Kaldıracağını Bildirme - Çekilme (Denunciation)
10. Madde : Yürürlüğün Etkisi
11. Madde : ILO Genel Direktörlüğünün Fonksiyonu (Depositary Function)
12. Madde : ILO Genel Direktörlüğünün Fonksiyonu (Depositary Function)
13. Madde : Özel Üçlü Komite (Üçlü Danışma)
14. Madde : Sözleşmenin Değiştirilmesi
15. Madde : Kodun Değiştirilmesi
16. Madde : Sözleşmenin Dil(ler)i konularına ilişkindir.

MLC 2006 alışlagelmiş bir Sözleşme olmaktan ziyade, iki kategoriden oluşan bir temel haklar bildirgesidir. Birinci kategori Sözleşmenin 3. maddesinde düzenlenen “temel hak ve ilkeler”, ikincisi Sözleşmenin 4. maddesinde örneklerle açıklanan “gemi adamlarının çalışma ve sosyal haklarıdır”. MLC 2006’da yer alan temel hak ve ilkeler ile bağlantılı 8 temel ILO Sözleşmesi bulunmaktadır²⁰. Bu Sözleşmeler ile her üye devlet kendi mevzuatında çalışma yaşamına ilişkin temel haklar, örgütlenme ve toplu görüşme hakkı, her türlü zorla çalıştırmanın engellenmesi (kaldırılması), çocuk işçiliğinin yasaklanması, eşit ücret, iş ve meslek bakımından ayrımcılık konularına ilişkin ge-

rekli düzenlemeleri yerine getirmeyi garanti etmektedir. Yalnız MLC 2006’da Sözleşmenin şartlarının yerine getirilmesi ve uygulanmasına ilişkin öngörülen başvuru yolları, temel hakların ihlali için geçerli değildir. Gemi adamları bu durumda ya iç hukuk yollarını tüketecek veya ILO Anayasası’na göre belirlenmiş genel denetim prosedürünü işletmesi gerekecektir. İkinci kategori olan çalışma ve sosyal haklara ilişkin şartların yerine getirilmesi ve uygulanması bakımından ise MLC 2006’da öngörülen mekanizma öncelikli ve büyük öneme sahiptir²¹. Özetle, MLC 2006, gemi adamlarının yaşam ve çalışma koşullarına ilişkin denizcilik sektöründe yaşanan hemen hemen tüm sorunların ele alındığı, madde hükümleri, yönetmelik ve kılavuz hükümleri ile yüzden fazla sayfadan oluşan kapsamlı bir metindir²².

B) Sözleşmenin Yapısı

MLC 2006, bir çatı sözleşmesi olması nedeniyle diğer ILO sözleşmelerinden farklı olarak detaylı ve sistematik, özel bir yapıya sahiptir²³. Sözleşme yapı olarak geleneksel bir ILO sözleşmesinden çok bir IMO sözleşmesine benzemektedir. Normlar arasındaki hiyerarşi çok kesin (açık) olmakla birlikte bunu yorumlayan bir “Açıklama Notu” (Explanatory Note) ile desteklenmektedir²⁴. MLC 2006, birbiriyle ilişkili üç farklı bölümden oluşmaktadır: Sözleşme hükümleri (Articles), Yönetmelik (Regulations) ve Kod (Code). Sözleşme hükümleri (Articles) ve Yönetmelik (Regulations), Sözleşmeye taraf olan devletlerin temel yükümlülüklerinin yanı sıra temel hak ve ilkelerini düzenlemektedir. Bu hükümler ancak ILO Anayasası’nın 19. maddesi çerçevesinde Konferans tarafından değiştirilebilir (MLC 2006 md.14).

Sözleşme, Kod gibi genel hükümleri (prensipleri) içeren 16 maddeden (Articles) oluşmaktadır. Kod, standartlara göre gruplandırılmış belirli hükümleri içeren beş başlık halinde kaleme alınmıştır. Kod, Yönetmeliğin (Regulations) uygulanmasına ilişkin detayları içermektedir. (A) ve (B) Bölümü olmak üzere iki kısımdan oluşmaktadır. (A) Bölümünde zorunlu standartlara ve (B) Bölümünde ise zorunlu olmayan ancak uygulayıcılar için rehber

niteliğindeki Kılavuz Hükümlere (Guidelines) yer verilmiştir. (B) Bölümünde yer alan rehber niteliğindeki standartlar özellikle Yönetmeliğin (Regulations) ve (A) Bölümündeki zorunlu standartların anlaşılabilirliği için gereklidir²⁵. Kod, Sözleşmenin 15. maddesinde belirtilen basitleştirilmiş usuller ile Sözleşme ve Yönetmeliğe (Regulations) uygun şekilde değiştirilebilir²⁶. Diğer bir ifadeyle devletler farklı uygulama önlemleri almakta serbesttir. Yönetmelik'in (Regulations) prensip olarak tam olarak uygulanması gerekir, ancak bir ülkenin sözleşmeyi onaylarken beyan etmek şartıyla "büyük ölçüde eşdeğer" (substantially equivalent) bir düzenlemeyi uygulaması mümkündür²⁷.

Her bir başlık numaralandırılmak suretiyle belli hak veya ilkeye (veya Başlık 5'de yer alan uygulamaya) ilişkin birtakım hükümleri içermektedir. Örneğin Başlık 1'deki birinci grup, Yönetmelik (Regulation) 1.1, Standart A1.1 ve Kılavuz (Guideline) B1.1, asgari yaşa ilişkindir (Açıklama Notu - Explanatory Note 6 prag.)²⁸.

Her yapılan düzenlemenin başında, o kuralın veya standardın veyahut kılavuz hükmünün arkasında yatan özel bir amaç belirtilir. MLC 2006 şekillendirilirken üç ana hedef takip edilmektedir. Birincisi, belirli bir takım hakları şart koşturmak, ikincisi üye devletlere önemli ölçüde esneklik tanımak ve son olarak bu hakların doğru bir şekilde uygulanmasını sağlamaktır²⁹.

C) Sözleşmenin İçeriği

Yukarıda da ifade edildiği üzere, Standart ve Kılavuz Hükümleri (Guidelines) içeren Yönetmelik (Regulations) ve Kod (Code), beş ana başlık altında düzenlenmiştir.

1. Başlık: "*Gemi Adamları İçin Aranılan Asgari Çalışma Şartları*" (Minimum requirements for seafarers to work on a ship). İşe alım ve yerleştirmenin yanı sıra asgari yaş, sağlık raporu, eğitim ve yeterlilik (qualifications) gibi konulara ilişkin şartları ele almaktadır.

2. Başlık: "*Çalışma Koşulları*" (Conditions of employment) Gemi adamlarının iş sözleşmeleri, ücretleri, çalışma ve dinlenme süreleri, işten ayrılma hakları, ülkelerine geri gönderilmeleri (yurda iadeleri), geminin kaybolması veya batması halinde gemi adamının alacağı tazminat,

gemi mürettebatının derecelendirilmesi, mesleki ilerleme ve beceri kazandırılması ve gemi adamlarının çalışma imkânları konularını kapsamaktadır³⁰.

3. Başlık: "*Konaklama (Yatacak ve Kalacak Yer), Sosyal İmkânlar (Dinlenme ve Eğlenme İmkânları) İaşe ve Yemek Hizmetleri*" (Accommodation, recreational facilities, food and catering).

Söz konusu hizmetleri ele almaktadır.

4. Başlık: "*Sağlığın Korunması, Tıbbi Bakım, Sosyal Yardım ve Sosyal Güvenlik Hakkı (Güvencesi)*" (Health protection, medical care, welfare and social security protection). Geminde ve kıyıda tıbbi tedavi ve armatörün ilgili yükümlülükleri, sağlık ve güvenliğin korunması; kazanın önlenmesi, kıyıda konuşlanmış sosyal tesislere erişim ve sosyal güvenlik ile ilgili hükümleri kapsamaktadır.

5. Başlık: "*Şartları Sağlama ve Uygulama*" (Compliance and enforcement). Anılan şartların yerine getirilmesi ve uygulanması. Geminin bayrağını taşıdığı ülkeye karşı yükümlülüklerine ilişkin şartlar, denizcilik çalışma sertifikası ile ilgili yükümlülükler ve çalışma uygunluk belgesi, liman devletinin sorumlulukları ve işgücü arzına ilişkin gereklilikleri düzenlemektedir³¹.

Bu başlıkların içeriklerine ilişkin özet bir bilgi verildiği takdirde, Sözleşmede ele alınan temel konular hakkında genel bir bilgi sahibi olmak mümkündür. O nedenle anılan 5 başlığın içeriklerini kısaca açıklamakta yarar görüyoruz.

1) Geminde Çalışması İçin Gemi Adamları İçin Aranılan Asgari Çalışma Şartları

Kodun (Code) bu bölümünde yer alan asgari şartlar 4 kısma ayrılarak şu şekilde özetlenebilir;

- **Asgari Yaş Şartı:** Asgari yaş sınırı 16'dır. 18 yaşından küçükler gece ve tehlikeli işlerde çalıştırılmaz.

- **Tıbbi (Sağlık bakımından) Yeterlilik:** Yaptıkları iş işçiler için tıbbi açıdan uygun olmalıdır. Ülkeler, STCW'de (veya kullanılan benzer standartta) tanımlandığı gibi sağlık raporu vermelidir.

- **Eğitim:** Personel güvenlik eğitiminin yanı sıra gemi adamlarının yerine getirdikleri görevler için gerekli eğitimlerin verilmesi gerekir.

- **İşe Alma ve Yerleştirme:** Üye devletlerde veya üye devletlerin bayrağını taşıyan gemilerde, uygun işe yerleştirme prosedürü, kayıt işlemi, şikayet prosedürü, personel alımında hukuka aykırılık hallerinde tazminat ödenmesi imkanı bulunmalıdır.

2) Çalışma Koşulları

Çalışma koşulları başlığında, gemideki çalışma şartlarının yanı sıra sözleşme ve ödeme koşulları belirtilmektedir.

- **Sözleşmeler:** Sözleşme açık ve hukuki açıdan uygulanabilir olmalı ve mevcut ise toplu iş sözleşmesinin kapsamına dahil etmelidir.

- **Ödemeler:** Ücretler en azından her ay ödenmelidir. İstenildiği takdirde düzenli olarak gemi adamının ailesine gönderilebilmelidir.

- **Çalışma ve Dinlenme Süreleri:** Dinlenme süreleri milli hukuktaki yasal düzenlemelere göre uygulanır. Bu düzenlemede çalışma saatleri herhangi bir 24 saatlik dönem içinde 14 saati aşamaz ya da asgari dinlenme süresi herhangi bir 24 saatlik dönem içinde 10 saatten ve herhangi bir yedi günlük dönem içinde 77 saatten az olamaz. Ayrıca, hergün en azından 6 saat aralıksız dinlenme süresi verilmelidir.

- **İzin:** Gemi adamlarının karaya çıkma izni yanı sıra yıllık izin hakkı bulunmaktadır.

- **Ülkesine geri gönderme:** Gemi adamlarının yurda iadeleri ücretsiz sağlanmalıdır.

- **Geminin kaybolması veya batması:** Geminin kaybolması veya batması halinde gemi adamlarının işsizlik ödeneği talep hakkı bulunmaktadır.

- **Yeterli Personel seviyesi:** Geminin türü ve tonajına uygun olarak her geminin yeterli düzeyde personeli bulunmalıdır.

3) Barındırma (Yatacak ve Kalacak Yer), Dinlenme ve Eğlence Tesisleri, İaşe ve Yeme-İçme Hizmeti

Bu başlıkta, yeme içme hizmetlerinin yanı sıra barınma, dinlenme ve eğlence tesislerine ilişkin ayrıntılı kurallar belirlenmektedir. Ör-

neğin gemide kalacakları yaşam ve çalışma alanları gemi adamlarının sağlığına ve rahatına uygun olmalıdır. Personel odaları, dinlenme/ eğlence odaları, yatma yerleri gibi çeşitli tipteki odalar için aranan asgari şartlar, uyulması gereken hükümler ile kılavuz hükümlerde ayrıntılı olarak düzenlenmektedir. Su da dâhil gıda kalitesi ve miktarı bayrak devleti tarafından düzenlenmelidir. Ayrıca aşçılar yeterli eğitime sahip olmalıdır.

4) Sağlıkın Korunması, Tıbbi Bakım ve Sosyal Güvenlik Hakkı ve Sosyal Yardım Güvencesi

Gemi çalışanları için en önemli hususların başında sağlık ve huzurları gelmektedir. Çünkü bu çalışanlar çoğu zaman uzun yol deniz seferine çıktıkları için, genelde gemilerinde izole edilmiş durumdadırlar. Vize sorunu olmadığı durumlarda sadece kısa bir süreliğine yabancı limanlarda karaya çıkarak vakit geçirebilmektedirler. Birçok zamanı gemide geçen gemi adamlarının sağlık ve tıbbi yardım ihtiyacı doğduğunda, yanında çalıştığı gemi sahibi tarafından gerekli yardımın karşılanması gerekir³².

Bu başlıkta sağlık, tıbbi bakım (sağlık yardımı), sosyal güvenlik, sosyal yardım ve gemi sahiplerinin sorumluluklarını içeren beş husus ele alınmaktadır;

- **Gemide veya kıyıda sağlık yardımı:**

Gemi adamlarının gemide de kıyıdaki sağlık hizmetleri kalitesinde ve kural olarak ücretsiz şekilde geçici bir süreliğine sağlık yardımından yararlandırılmalıdır. Üye ülkeler kendi karasularından geçen bir geminin ciddi vakalarda tedavi garantisi vermelidir.

- **Gemi sahiplerinin (armatörlerin) sorumlulukları:** Gemi adamları, hastalık, yaralanma ya da çalışmalarına bağlı olarak meydana gelen ölüm olaylarının mali sonuçlarından korunmalıdır. Hastalıktan itibaren en az 16 hafta daha ücret ödemesinin yapılması da buna dahildir.

- **Sağlığın korunması ve iş güvenliğinin sağlanması ve kazanın önlenmesi:** Hem çalışma ve hem de dinlenme süreleri içinde gemi adamlarına güvenli, temiz ve sağlıklı (hijyenik) bir ortam sağlanmalıdır ve iş güvenliği açısın-

dan gerekli güvenlik önlemleri alınmalıdır.

- **Kıyıda sosyal faaliyet ve imkânlara erişiminin sağlanması:** Liman devleti, gemi adamları için kıyıda sosyal, kültürel, eğlence ve dinlenme tesislerine ve danışma gibi hizmetlere kolayca erişimi sağlamalı ve bunlardan yararlanmalarına imkân tanınmalıdır. Bu erişim ırk, cinsiyet, dini inanç ve siyasi düşünce ayrımı yapılmaksızın tüm gemi adamlarına açık olmalıdır.

- **Sosyal güvenlik:** Gemi adamları sosyal güvenlik kapsamında olmalıdır.

5) Sözleşmenin Şartlarının Sağlanması ve Uygulanması

Sözleşmenin şartlarının sağlanması ve uygulanması, bayrak devletinin yükümlülüklerine, özellikle denizcilik çalışma sertifikası (maritime labour certificate) ve denizde çalışmaya uygunluk beyannamesine (declaration of maritime labour compliance) ilişkin koşulları belirlemede, liman devleti ve işgücü arzı temin edenlerin sorumluluklarını düzenlemektedir.

III- SÖZLEŞMENİN UYGULAMA ALANI

Denizcilikle ilgili sözleşmeler açısından MLC 2006 ile ilerleme kaydedilen önemli hususlardan biri Sözleşmenin kapsamıdır. Zira, gemi adamı ve gemi sahibi Sözleşmede daha spesifik olarak tanımlanmaktadır. Sözleşmede yer alan kapsam ve tanımlar, herhangi bir olay karşısında belirli bir gemi, gemi adamı veya tek bir sorumlu işveren için (alt işveren sorumluluğu sözkonusu da olsa) Sözleşmenin uygulanmasına imkan sağlamaktadır³³. MLC 2006, bu Sözleşmenin uygulama alanına giren bir gemide istihdam edilen, herhangi bir görevi icra etmek üzere görevlendirilmiş ya da herhangi bir sıfatla çalışan, tüm gemi adamlarını kapsamaktadır. Sözleşmenin uygulama alanına giren bir gemide istihdam edilen, herhangi bir görevi icra etmek üzere görevlendirilmiş ya da herhangi bir sıfatla çalışan kişilere "gemi adamı" denir (md.2/1-f). Gemi adamının mutlaka geminin işletilmesi veya teknik sevk ve idaresinde yer alması şart değildir. Örneğin bir yolcu gemisinde çalışan kaptandan garsona kadar tüm çalı-

şanlar gemi adamıdır. Gemi sahibi (shipowner) ise, geminin gerçek maliki veya müdür (manager), acenta veya gemi işletme müteahhidi gibi (gemi) işletilmesinden sorumlu gerçek veya tüzel kişiliğe sahip kimselerdir (md.2/1-j)³⁴.

Aksi yönde açık bir hüküm yoksa bu Sözleşme, balıkçılık ya da benzer faaliyetlerde kullanılan gemiler, geleneksel yelkenli tekneler gibi özel üretilmiş gemiler ve donanmaya ait gemiler dışında, kamuya ve özel mülkiyete ait olup olmadığına bakılmaksızın genel olarak ticari faaliyetlerde bulunan tüm gemileri kapsamaktadır (MLC 2006, md.2/4).

IV-SÖZLEŞME İLE YAPILAN YENİLİKLER VE SAĞLANAN AVANTAJLAR

A) Sözleşme ile Yapılan Yenilikler

Sözleşmenin en büyük başarılarından biri, geniş kapsamlı uygulama ve uyumu sağlayan mekanizmalar vasıtasıyla Sözleşmeyi onaylayan devletler arasında işbirliğinin oluşturulmasıdır. Uygulama mekanizmasındaki bu değişiklik ile farklı düzeydeki ulusal yetki, küresel bir ağ içinde bütünleşmiştir. Daha önce de ifade edildiği üzere, MLC 2006, denizcilik sektörü alanındaki mevcut tüm ILO belgelerini konsolide etmek (birleştirmek) suretiyle, bu alanda yapılan çalışmaları daha ileri seviyelere taşıyacak uluslararası bir Sözleşmedir. Gemi adamlarına (işçilere) insana yakışır çalışma imkânı sağlamak ve armatörlere (işverenlere) daha nitelikli faaliyet alanı oluşturmak için taahhüt edilen yükümlülükler, Sözleşmeyi onaylayan devletler tarafından yerine getirilecektir.

MLC 2006, gemilerde Sözleşme şartlarının yerine getirilmesi ve uygulanmasını etkin kılmak üzere belgeleme ve denetim sistemi getirerek devlet sorumluluğu konusunda yeni bir adım atmaktadır³⁵. Her üye devlet, Sözleşme çerçevesinde, bayrağını taşıyan gemilerde bu sorumlulukların yerine getirilmesini sağlamakla yükümlüdür (MLC Reg.5.1.1/1). Ülke bayrağını taşıyan gemilerde görev yapan gemi adamlarının çalışma ve yaşam koşullarının Sözleşmede yer alan standartları karşılmasını ve karşılama-

ya devam etmesini sağlayarak, deniz iş sözleşmesinin şartlarının denetlenmesi ve belgelendirilmesi için etkin bir sistem geliştirecektir (MLC Reg.5.1.1/2). Ülke bayrağını taşıyan gemilerde görev yapan gemi adamlarının çalışma ve yaşam koşullarının denetlenmesi ve sertifikalandırılmasında üye devlet her halde sorumlu olacaktır (MLC Reg.5.1.1/3).

Gerçekten MLC 2006'da dikkat çeken en önemli husus, Sözleşme hükümlerinin uygulanması için öngörülen denetim sistemidir. Sözleşme bayrak devleti, liman devleti, gemi adamı arz eden ülkelere yükümlülükler getirmektedir. Denetim konusunda esas sorumluluk bayrak devletine düşmektedir. Bu nedenle bayrak devleti etkili gemi denetim sistemi oluşturmak zorundadır. MLC 2006'ya göre, bayrak devleti, bayrağını taşıyan gemilere denizcilik çalışma sertifikası (maritime labour certificate) ve denizde çalışmaya uygunluk beyannamesi (declaration of maritime labour compliance) taşımalarını ve yanlarında muhafaza etmelerini zorunlu tutmalıdır (Reg.5.1.3/ 3-4). Bu belgelerin verilmesinden önce bayrak devleti, yaşam ve çalışma koşullarına uygunluğu açısından Ek (Appendix) A5-1'de belirtilen konularda gemiyi denetlemek zorundadır³⁶.

Bugün geminin alıkonulması (tutuklanması) güvenliğe ilişkin konular ile sınırlıdır. MLC 2006 bunu aşarak, ayrıca gemi adamlarının haklarını temin edilmesini sağlamaktadır. Denetçiler, MLC hükümlerinin veya gemi adamlarının temel haklarının ciddi ihlal edilmesi durumunda geminin limandan ayrılmasına engel olabileceklerdir (Standart A5.1.4/7). Örneğin gemi adamlarının ücretleri uzun zamandır ödenmemiş veya çalışma evrakları usulüne uygun düzenlenmemiş veyahut gemi adamları gemide aç ve susuz bırakılmış ise, denetçi gemiyi alıkoyabilecek veya sefere çıkmasına engel olabilecektir.

Sertifika ve beyannamesi bulunan gemilerin, belgesi bulunmayanlara göre ciddi avantajları bulunmaktadır. Çünkü bu iki evrak ibraz edildiğinde, o gemi "prima facie" ilk izlenimde MLC'ye uygun olarak kabul edilir. Diğer bir ifadeyle, MLC kapsamında başka hiçbir denetleme yapılmasına gerek yoktur. Liman devlet-

lerinin limanlarına gelen gemileri denetleme yükümlülüğü bulunmasa da, liman devleti MLC 2006'yı onaylamışsa ve gemiyi denetlemeye karar vermişse, sertifika ve beyannamesi bulunan gemi genelde sadece belgelere bağlı olarak incelenecektir. Liman devleti kontrol görevlisi (PSCO)³⁷ aşağıdaki durumlardan birinin mevcut olduğunu tespit ettiği takdirde detaylı MLC denetlemesi yapılmasına karar verilebilir³⁸:

a) Talep edilen belgelerin hazırlanmaması, muhafaza edilmemesi, hatalı olarak hazırlanması ya da hazırlanan belgelerin Sözleşme çerçevesinde talep edilen bilgileri içermemesi ya da geçersiz olması,

b) Gemideki çalışma ve yaşam koşullarının Sözleşmede öngörülenlere uygun olduğuna inandıracak yeterli dayanak bulunmaması,

c) Geminin Sözleşmeye tabi olmamak amacıyla kasti olarak bayrağını değiştirdiğine kanaat verecek makul sebepler bulunması ve

d) Gemideki belirli çalışma ve yaşam koşullarının Sözleşmenin gerekliliklerine uygun olmadığı yolunda bir şikayetin bulunması.

Böyle bir inceleme, her surette, hatalı olduğu kabul edilen veya iddia edilen çalışma ve yaşam koşullarının gemi adamlarının sağlık ve güvenliğine açık bir tehlike oluşturduğu ya da yetkili memurun bu kusurların Sözleşmenin şartlarını (gemi adamlarının haklarına ilişkin olanlar dahil) ciddi şekilde ihlal ettiğine kanaat getiren dayanakları olduğu durumlarda gerçekleştirilebilir (MLC Standart A 5.2.1/1).

Yetkili memur tarafından daha detaylı bir incelemenin yürütülüp geminin Sözleşmenin gerekliliklerine uygun olmadığı ortaya çıktığı yerlerde ve: (a) gemideki koşulların gemi adamlarının sağlık ve güvenliği için ciddi bir tehlike oluşturması; (b) söz konusu uygunsuzluğun Sözleşmede öngörülen gereklilikleri (gemi adamlarının hakları dahil) ciddi bir şekilde veya tekrarlayan şekilde ihlal etmesi durumunda; yetkili memur, geminin bu paragrafın (a) veya (b) bentleri kapsamında belirtilen her türlü uygunsuzluk düzeltilinceye kadar veya yetkili memur bu tür bir kusuru düzeltecek bir eylem planı kabul edinceye ve bu planın ivedi bir şekilde uygulanacağına ikna oluncaya kadar geminin ilerlememesini sağlayacak adımlar

atacaktır. Geminin seyretmesi engellenirse, yetkili memur derhal bayrak devletini gereğince bilgilendirecek ve eğer mümkünse bayrak devletinden belirli bir süre zarfında cevap vermesini isteyerek bu devletten bir temsilciyi davet edecektir. Yetkili memur, aynı zamanda, incelemenin gerçekleştirildiği liman devletinde bulunan ilgili armatör ve gemi adamı örgütlerini de derhal durumdan haberdar edecektir (MLC Standart A 5.2.1/6).

Her üye, liman devleti sorumluluklarını yerine getirirken, geminin boş yere alıkonulmasını veya geciktirilmesini engellemek için elinden gelen gayreti gösterecektir. Bir geminin haksız yere alıkonulduğu veya geciktirildiği ortaya çıkarsa, mağdur tarafın maruz kaldığı kayıp ya da zarar için tazminat ödenecektir. Her durumda, ispat zorunluluğu şikayet sahibinde olacaktır (MLC Standart A 5.2.1/8).

Buna ilave olarak, her üye, bu Sözleşmenin gerekliliklerinin (gemi adamı hakları dahil) ihlalini iddia eden üyenin topraklarında bulunan bir limana uğrayan gemilerdeki gemi adamlarının, tazminatının hızlı ve pratik bir biçimde ödenmesine olanak sağlamak amacıyla böyle bir şikayeti rapor etme hakkı olmasını sağlayacaktır (MLC Reg.5.2.2).

Yeni Sözleşme (1976), 147 sayılı Deniz Ticaret (Asgari Standartlar) Sözleşmesinde açıklandığı üzere, mevcut standartlarda iki değişiklik yapmıştır. Birincisi, yeni Sözleşme uyarınca, genel kural olarak, liman devleti denetimleri denizcilik çalışma belgesi ve çalışma uygunluğu beyanının incelenmesi ile sınırlı olacaktır (MLC Reg.5.2.1 paragraf 2). İkinci olarak, yeni Sözleşme uyarınca, Sözleşme hükümlerine uygunsuzluk durumunda, gemiler, yalnızca gemide gemi adamlarının sağlık ve güvenliğini açıkça tehdit eden unsurlar bulunduğu gibi (147 sayılı Sözleşmede öngörüldüğü gibi) (147 No'lu Sözleşme, md.4/1), aynı zamanda, bu uygunsuzluk yeni Sözleşmenin hükümleri açısından (gemi adamlarının hakları dahil) ciddi ve tekrarlanan bir ihlal oluşturduğu zaman da liman devleti tarafından alıkonabilirler (MLC Standart A 5.2.1/6).

MLC 2006'da öngörülen en önemli husus

Sözleşmeyi onaylamamış olan ülkelerin gemileri için "daha fazla avantajlı muamele" yapılmamasıdır ("no more favourable treatment"). Limanına gelen Sözleşmeyi onaylayan ülke bayrağını taşıyan tüm gemileri denetleme politikası olan liman devleti, ILO üyesi olsun olmasın Sözleşmeyi onaylamamış olan gemilere de aynı işlemde bulunmak zorundadır³⁹. Bu suretle standart altı gemilerin yol açtığı haksız rekabetin önüne geçilmiş olacaktır.

B) Sözleşme ile Sağlanan Avantajlar

MLC 2006 yürürlüğe girdiğinde tüm ülke gemilerindeki çalışma koşullarını etkileyecektir⁴⁰. Uluslararası Çalışma Örgütü'nün deniz iş hukuku alanında kabul edilen dünya çapında bir referans kaynağı olarak değerlendirdiği bu Sözleşmenin denizcilik sektörü ile ilgili her kesim için büyük avantajlar sağlayacağı öngörülmektedir⁴¹. Sözleşme ile devlet, gemi sahipleri ve gemi adamları için sağlanan avantajlar özetle şu şekilde sıralanabilir⁴²:

1) Devletler Bakımından

- Birden çok sözleşme yerine, tek bir sözleşme ile raporlama yükümlülüğünde kolaylık tanınması,
- Sözleşme ile devletlerin tüm gemiler üzerinde daha geniş yetki sağlaması,
- Denizcilik sektöründe hizmet kalitesinin artması,
- Deniz çevre korumasının artması,
- Sözleşme ile tanınan kesin hakların yanı sıra üye devletlere Sözleşmeyi onaylaması ve uygulamasında esneklik tanınması,
- Belgelendirme sisteminin sadece 500 gros-ton ve üzeri gemiler için zorunlu olması,
- Sözleşmeyi onaylamamış olan ülkelerin gemileri için "daha fazla avantajlı muamele" yapılmaması ("no more favourable treatment") suretiyle standart altı gemilerin yol açtığı haksız rekabetten korunmanın sağlanması,
- Beşinci bölüm dışında yerine getirilmesi zorunlu kılınan şartların "büyük ölçüde eşdeğer" (substantially equivalent) nitelikte düzenlemeler ile yerine getirilmesine imkân tanınması.

2) Gemi Sahipleri Bakımından

- Standartların altında ticari faaliyette bulunan kötü armatörleri marjinalleştirmek (sistem dışı bırakmak) suretiyle, adil rekabetin gerçekleşmesine yardımcı olmak için daha seviyeli bir faaliyet alanı oluşturmak,

- Belgeleme sisteminden yararlanma, özellikle 500 grostondan küçük olan gemilerin donatanlarının talebi halinde dahi bu sistemden yararlanma imkânı tanınması,

- Sosyal açıdan daha sorumlu bir denizcilik sektörünün oluşması,

- Daha etkili ve daha iyi korunan bir işgücünün bulunması,

- Gemilerin daha kaliteli ve güvenli işletilmesine katkıda bulunularak, limanlarda daha az sorun çıkması ve buna bağlı olarak ortaya çıkan gecikmenin azalması,

- Birçok gemi sahibi tarafından kolayca kabul edilebilecek asgari standartlar sayesinde bugünkü denizcilik sektöründe çalışma koşulları açısından ortak bir uyum ve yeknesak bir hukuk düzeninin sağlanması.

3) Gemi Adamları Bakımından

- ILO tarafından kabul edilen temel hakların yanı sıra geniş kapsamlı bir dizi temel denizcilik çalışma ilkeleri ve haklarının düzenlenmesi,

- Gemi adamlarının çalışma haklarının esaslarının çok açık ve net olarak ortaya konulması ve ayrıntılı olarak açıklanması,

- Gemi adamlarının hakları ve alacakları konusunda daha iyi bir şekilde bilgilendirilmesi,

- Gemi adamlarının asgari çalışma ve yaşama koşullarının iyileştirilmesinin sağlanması,

- Gemi adamlarının hem karada hem de gemide iken şikâyet hakkının bulunması.

V- SÖZLEŞMENİN ELEŞTİRİLEN YÖNLERİ

Her ne kadar gemi adamlarının haklarına ilişkin uluslararası hukuk kurallarının güncelleştirilerek tek bir Sözleşme altında birleştirilmesi ile denizcilik sektöründe çok önemli ilerleme kaydedilmiş ise de, MCL'nin yakın gelecekte çözülmesi gereken bazı zayıf noktalarının bulunduğunu da söylemek gerekir. Örne-

ğin, gemi tanımını Sözleşmenin uygulama alanını sınırlamaktadır. Yerel yolculuklarla işgal eden özellikle de iç sularda, yakın komşu, korunaklı sularda veya liman kurallarının uygulandığı yerlerde hareket eden gemiler kapsam dışı bırakılmıştır. Bu tanım doğrudan donanmaya ait gemileri kapsam dışı bırakırken dolaylı olarak da hareket edebilen petrol kulelerini, boru döşeyen mavnaları, uluslararası sefere çıkabilecek büyük göllerde hareket eden gemileri de kapsam dışında bırakmaktadır⁴³.

Sözleşmenin diğer bir zayıf noktası ise, gemi adamlarının sağlık ve huzurları için önemli olan karaya çıkma izin hakkını kullanmalarına ilişkindir. Gemi adamlarının karaya çıkma izni konusu uygulamada problemlili bir konudur ve Sözleşmede bu konuya yeterince yer verilmemiştir. Bunun değişik sebepleri vardır. Örneğin, Avustralya ve Amerika gibi ülkeler gemi adamlarından vize istemektedirler. Vize almak sorun değildir. Asıl sorun, sözleşme başlamadan önce gemi adamının kendi ülkesindeki vizenin veriliş zamanıdır. Masraflar gemi sahibi tarafından karşılandığı için, gemi sahibi, mürettebatın vizeye konu her yere gelip gelmeyeceğini bilmediğinden ilave masraf yapmak istememektedir. Bir diğer husus, gemiler limanlarda sadece birkaç saat veya en fazla bir gün (kadar) durmaktadırlar. Limandaki bu bekleme sırasında, çoğu zaman liman denetimi, gemi yükü ile ilgili işler ve/veya geminin tekrar dolumu gibi işlerle meşgul oldukları için, gemi adamları karaya çıkma izin haklarını kullanmamaktadırlar⁴⁴.

Sözleşme maddeleri arasında atlanan en önemli hususlardan biri de grev hakkını teminat altına alan hiçbir düzenlemeye yer verilmemesidir⁴⁵. Grev hakkının Sözleşmeye dâhil edilmemesi, gemi adamlarını gemideki çalışma ve yaşam koşullarının MLC 2006'da öngörülen koşullara uyumunu sağlayacak en güçlü araçtan mahrum bırakmaktadır⁴⁶. Grev hakkı her işçi için büyük bir öneme sahiptir. Bu nedenle Sözleşmede genel bir grev hakkı dahi tanınmamış olması önemli bir eksikliktir. Öte yandan Sözleşmenin onaylanması ile gemi adamlarının kalacak yerlerinin yenilenmesi, sağlık ve diğer çalışma ve yaşam koşullarına ilişkin gereklerin

yerine getirilmesi zorunluluk haline geldiğinden, bu gereklerin yerine getirilmesi taşımacılık ücretlerinin artmasına neden olacaktır. Taşımacılık ücretlerindeki bu artış ekonomik yönden güçsüz gemi sahiplerini piyasa dışına itecek, ucuz navlundan yararlanan ülkeler ve pahalı lojistik hizmetlerinden yararlanma gücü olmayan gemi işletme müteahhitleri için önemli kayıplara yol açacaktır. Taşımacılık sektörüne yeni giren gemi sahiplerinden belli bir seviyede standartların uygulanması istenildiğinde dünya çapında artan fiyatlar karşısında rekabet de azaltacaktır. Bu nedenle Sözleşme hükümlerinin makul ölçülerde ve uygulanabilir olması önemlidir⁴⁷.

Gemi adamları için uygun çalışma koşulları ve uluslararası standartlar oluşturmadaki MLC'nin muhtemel yetersizliği, uzun vadede gemi adamlarının haklarındaki gelişmelere gölge düşürecektir. Bu nedenle Sözleşmenin sadece yürürlüğe girmesi değil, etkin olarak uygulanabilmesi büyük önem taşır. Bu sebeple Sözleşmenin kapsamlı bir biçimde uygulanmasının bir çözümü, Sözleşme gereklerini ihlal ederek avantaj elde etmek isteyen hiçbir bayrak devletine bu imkânı tanımamakla olur. Bu da liman devleti yetkililerinin de iştiraki ile gerçekleşebilir. Maalesef, liman devletleri sadece ithal malların fiyatlarındaki düşüş ile ilgilenirlerse, bayrak devletlerinin kontrolü ve gemi adamlarının haklarının korunması konusunda bir ilerleme kaydedilemeyecektir. Bu nedenle, üye ülkeler denetim süreci ve uygulama mekanizmasını ciddiye aldıkları sürece, Sözleşmeden beklenen sonuçlar sağlanacak ve elverişli bayrak (FOC) kaydı ile çalışan gemi sahipleri de bu düzenlemelerin kapsamı altına girecektir⁴⁸.

VI-MLC 2006'NIN DİĞER ILO SÖZLEŞMELERİ ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

Belirtildiği üzere MLC 2006, konsolide bir ILO Sözleşmesidir. Hatta "Birleştirilmiş Deniz İş Sözleşmesi" (consolidated Maritime Labour Convention) olarak da adlandırılmaktadır. Söz-

leşmenin kabulü ve değişikliğine ilişkin takip edilen usul bakımından değerlendirildiğinde, bu Sözleşme 37 ILO Sözleşmesi ve bunları tamamlayan 29 Tavsiye Kararını (hükümlerini) değiştirmektedir. MLC 2006 yürürlüğe girdiğinde, 1920 yılından bu yana mevcut denizciliğe ilişkin 37 ILO Sözleşmesi ve bunlara ilişkin Tavsiye Kararlarının yerini alacaktır. Bunun anlamı bu sözleşmeler halen onaylanmamışsa, MLC'nin yürürlüğe girmesiyle onay için kapanacak ve Sözleşmenin (belirli) bir ülke için yürürlüğe girmesi, henüz onaylanmamış olan diğer sözleşmelerin de otomatik olarak onaylanmış olduğu anlamına gelecektir⁴⁹.

MLC 2006'nın 10. maddesine göre, Sözleşmenin yürürlüğe girmesinden etkilenecek olan, başka bir ifade ile Sözleşmeye dâhil olacak (değiştirilen) deniz iş hukukuna ilişkin ILO Sözleşmeleri şunlardır:

1. 7 sayılı Asgari Yaş (Deniz) Sözleşmesi, 1920,
2. 8 sayılı Gemi Kayba Uğraması veya Batması Halinde Ödenecek İşsizlik Tazminatına İlişkin Sözleşme, 1920
3. 9 sayılı Gemi Adamlarının İşe Yerleştirilmelerine İlişkin Sözleşme, 1920
4. 16 sayılı Genç Gemi Adamlarının Zorunlu Sağlık Muayenelerine İlişkin Sözleşme, 1921
5. 22 sayılı Gemi Adamları ile Akdedilen Anlaşma Hükümlerine İlişkin Sözleşme, 1926
6. 23 sayılı Gemi Adamlarının Ülkesine Geri Gönderilmesine (Yurda İadesine) İlişkin Sözleşme, 1926
7. 53 sayılı Ticaret Gemilerinde Çalışan Kaptan ve Gemi Zabitlerinin Mesleki Yeterliliklerinin Asgari Gereklere İlişkin Sözleşme, 1936
8. 54 sayılı Gemi Adamlarının Yıllık Ücretli İznine İlişkin Sözleşme, 1936
9. 55 sayılı Gemi Adamlarının Hastalanması, Yaralanması ya da Ölümü Halinde Armatörün Sorumluluğuna İlişkin Sözleşme, 1936
10. 56 sayılı Gemi Adamlarının Hastalık Sigortasına İlişkin Sözleşme, 1936
11. 57 sayılı Gemide Çalışma Saatleri ve Personel Tahsisine İlişkin Sözleşme, 1936
12. 58 sayılı Deniz İşlerinde Çalıştırılacak Çocukların Asgari Yaş Haddinin Tespitine İlişkin Sözleşme 1936 (revize edilmiş)

13. 68 sayılı Gemi Mürettebatının İaşe ve Yemek Hizmetlerine İlişkin Sözleşme, 1946

14. 69 sayılı Gemi Aşçılarının Sertifikasyonlarına İlişkin Sözleşme, 1946

15. 70 sayılı Gemi Adamlarının Sosyal Güvenliğine İlişkin Sözleşme, 1946

16. 72 sayılı Gemi Adamlarının Ücretli Tatil İznine İlişkin Sözleşme, 1946

17. 73 sayılı Gemi Adamlarının Sağlık Muayenesine İlişkin Sözleşme, 1946

18. 74 sayılı Gemi Adamı Yeterlilik Sertifikasına İlişkin Sözleşme, 1946

19. 75 sayılı Mürettebatın Gemide Barınmasına İlişkin Sözleşme, 1946

20. 76 sayılı Ücretler, Çalışma Saatleri ve Gemi Adamı Tahsisine İlişkin Deniz Sözleşmesi, 1946

21. 91 sayılı Gemi Adamlarının Ücretli Tatil İznine İlişkin Sözleşme, 1949 (revize edilmiş)

22. 92 sayılı Mürettebatın Gemide Barınmasına İlişkin Sözleşme, 1949 (revize edilmiş)

23. 93 sayılı Ücretler, Çalışma Saatleri ve Gemi Adamı Tahsisine İlişkin Deniz Sözleşmesi, 1949 (revize edilmiş)

24. 108 sayılı Gemi Adamlarının Kimlik Belgelerine İlişkin Sözleşme, 1958

25. 109 sayılı Ücretler, Çalışma Saatleri ve Gemi Adamı Tahsisine İlişkin Deniz Sözleşmesi, 1958 (revize edilmiş)

26. 133 sayılı Mürettebatın Gemide Barınmasına İlişkin Sözleşme (İlave Hükümler), 1970 (revize edilmiş)

27. 134 sayılı Gemi Adamlarının İş Kazalarının Önlenmesine İlişkin Sözleşme, 1970

28. 145 sayılı Gemi Adamlarının Çalışmalarının Sürekliliğinin Sağlanmasına İlişkin Sözleşme, 1970

29. 146 sayılı Gemi Adamlarının Yıllık Ücretli İznine İlişkin Sözleşme, 1976

30. 147 sayılı Ticaret Gemilerinde Asgari Standartlara İlişkin Sözleşme, 1976

31. 163 sayılı Gemi Adamlarına Gemi ve Limanda Sosyal İmkanlar Sağlanmasına İlişkin Sözleşme, 1987

32. 164 sayılı Gemi Adamlarının Sağlığının Korunması ve Tıbbi Bakımına İlişkin Sözleşme, 1987

33. 165 sayılı Gemi Adamlarının Sosyal Gü-

venliğine İlişkin Sözleşme, 1987 (revize edilmiş)

34. 166 sayılı Gemi Adamlarının Ülkesine Geri Gönderilmesine (Yurda İadesine) İlişkin Sözleşme, 1987 (revize edilmiş)

35. 178 sayılı Gemi Adamlarının Çalışma ve Yaşam Koşullarının Denetimine İlişkin Sözleşme, 1996

36. 179 sayılı Gemi Adamlarının İşe Alım ve Yerleştirilmesine İlişkin Sözleşme, 1996

37. 180 sayılı Gemi Adamlarının Çalışma Saatleri ve Gemilere Personel Tahsisine İlişkin Sözleşme, 1996

Ekleme gerekir ki, MLC 2006'yı onaylamamış olan ILO üyesi devletler, daha önce onaylamış oldukları Sözleşmeler ile bağlı kalmayı sürdürecektir.

VII- SÖZLEŞMENİN YÜRÜRLÜĞÜ

MLC 2006, 20 Ağustos 2012 tarihi itibarıyla Rusya Federasyonu ve Filipinler ile birlikte toplam 30 ülke tarafından onaylanmış bulunmaktadır. Daha önceden, 2009 yılında, dünya gemi filosunun toplam grostonilatusunun % 33'ünü temsil eden ülkeler Sözleşmeye onay vermiş olduğu için öngörülen iki şart gerçekleşmiştir. Yalnız Sözleşmenin yürürlüğü (etkin hale gelmesi) için anılan şartların yerine getirilmesinin üzerinden bir yıl geçmesi gerekir. Bu nedenle Sözleşme ancak bir yıl sonra, yani 20 Ağustos 2013 tarihinde yürürlüğe girmiş olacaktır⁵⁰.

SONUÇ

Denizcilik sektörünün küresel olma özelliği bu alanda çalışanların haklarının uluslararası düzeyde korunmasını gerekli kılmaktadır. Deniz İş Sözleşmesi (Maritime Labour Convention - MLC 2006), IMO'nun çevrenin korunması ve gemi emniyeti ve güvenliği konusundaki uluslararası deniz taşımacılığına ilişkin düzenlemeleri olan SOLAS, STCW ve MARPOL'dan sonra uluslararası deniz hukukunun dördüncü sacayağını oluşturan önemli bir konvansiyondur. Aynı zamanda diğer uluslararası iş sözleşmelerinde bulunan temel prensipleri benimseyen, hali hazırda tüm uluslararası deniz iş sözleşmesi ve tavsiye kararlarını güncel haliyle bir araya getiren konsolide bir ILO Sözleşmesidir.

23 Şubat 2006 tarihinde tüm dünya ülkeleri tarafından oybirliğiyle kabul edilen Sözleşme, ancak dünya gemi tonajının (grostonilatunun) % 33'üne sahip olan en az 30 üye devlet tarafından kabul edildikten 12 ay sonra yürürlüğe girecektir. 20 Ağustos 2012 tarihinde Rusya Federasyonu ve Filipinler'in onayı ile bu önemli iki şart gerçekleşmiş bulunmaktadır.

MLC 2006'nın temel amacı, uluslararası alanda deniz taşıma işkolunda hazırlanmış olan önceki tüm düzenlemeleri bünyesinde bulundurmak suretiyle geniş bir uygulama alanı sağlayarak denizde çalışanların haklarını tek bir sözleşme altında birleştirmektir. Sözleşme'nin tek amacı sadece bu değildir. Bu Sözleşme; teknolojik gelişmeler karşısında mevcut çalışma sözleşmelerinin bir kısmının uygulama alanını kaybetmesi, bir kısmının denizcilik sektöründe hiçbir şekilde kabul görmemiş olması, özellikle sözleşmelerde ve diğer düzenlemelerde yer alan bazı kavramların farklı şekillerde tanımlanması veya bu tanımların bayrak devletinin tabi olduğu milli hukuka bırakılması nedeniyle ortaya çıkan farklılıkların giderilmesi ve nihayet uluslararası alanda etkili olabilecek yeni standartların tek çatı altında toplanması amacıyla hazırlanmıştır.

MLC 2006, bir çatı sözleşmesi olması nedeniyle diğer ILO sözleşmelerinden farklı olarak detaylı ve sistematik, özel bir yapıya sahiptir. Birbirleriyle ilişkili üç farklı bölümden oluşmaktadır: Sözleşme hükümleri (Articles), Yönetmelik (Regulations) ve Kod (Code). Sözleşme hükümleri (Articles) ve Yönetmelik (Regulations), Sözleşmeye taraf olan devletlerin temel yükümlülüklerinin yanı sıra temel hak ve ilkeleri düzenlemektedir. Bu hükümler ancak ILO Anayasası'nın 19. maddesi çerçevesinde Konferans tarafından değiştirilebilir. Sözleşme, Kod gibi genel hükümleri (prensip) içeren 16 maddeden (Articles) oluşmaktadır. Kod, standartlara göre gruplandırılmış belirli hükümleri içeren beş başlık halinde kaleme alınmıştır. Kod, Yönetmeliğin (Regulations) uygulanmasına ilişkin detayları içermektedir. (A) ve (B) Bölümü olmak üzere iki kısımdan oluşmaktadır. (A) Bölümünde zorunlu standartlar ve (B) Bölümünde ise zorunlu olmayan ancak

uygulayıcılar için rehber niteliğindeki Kılavuz Hükümlere (Guidelines) yer verilmiştir. Anılan beş başlık altında istihdam koşulları, çalışma ve dinlenme saatleri, kalacak yer (barınma) ve yiyecek ve içecek sağlama, dinlenme ve eğlenme imkânı, işçi sağlığının korunması, tıbbi bakım, sosyal yardım ve sosyal güvenliğin sağlanması gibi hemen hemen her bakımdan gemi adamlarının çalışma koşullarının asgari gereklerini belirlenmiştir.

MLC 2006, gemilerde Sözleşme şartlarının yerine getirilmesi ve uygulanmasını etkin kılmak üzere belgeleme ve denetim sistemi getirecek devlet sorumluluğu konusunda önemli bir adım atmıştır. Sözleşme bayrak devleti, liman devleti, gemi adamı arz eden ülkelere yükümlülükler getirmektedir. Denetim konusunda esas sorumluluk bayrak devletine düşmektedir. Bu nedenle bayrak devleti etkili gemi denetim sistemi oluşturmak zorundadır. MLC 2006'ya göre, bayrak devleti, bayrağını taşıyan gemilere denizcilik çalışma sertifikası (maritime labour certificate) ve denizde çalışmaya uygunluk beyannamesi (declaration of maritime labour compliance) taşımalarını ve yanlarında muhafaza etmelerini zorunlu tutmalıdır. Bu belgelerin verilmesinden önce bayrak devleti, yaşam ve çalışma koşullarına uygunluğu açısından Sözleşmede belirtilen konularda gemiyi denetlemek zorundadır.

Bugün geminin alıkonulması (tutuklanması) güvenliğe ilişkin konular ile sınırlıdır. MLC 2006 bunu aşarak, ayrıca gemi adamlarının haklarının temin edilmesini sağlamaktadır. Denetçiler, MLC hükümlerinin veya gemi adamlarının temel haklarının ciddi ihlal edilmesi durumunda geminin limandan ayrılmasına engel olabileceklerdir.

MLC 2006'da öngörülen en önemli husus Sözleşmeyi onaylamamış olan ülkelerin gemileri için "daha fazla avantajlı muamele" yapılmamasıdır ("no more favourable treatment"). Limanına gelen Sözleşmeyi onaylayan ülke bayrağını taşıyan tüm gemileri denetleme politikası olan liman devleti, ILO üyesi olsun olmasın Sözleşmeyi onaylamamış olan gemilere de aynı işlemde bulunmak zorundadır.

Yürürlüğe girdiğinde tüm ülke gemilerin-

deki çalışma koşullarını etkileyecek, ILO'nun deniz iş hukuku alanında kabul edilen dünya çapında bir referans kaynağı olarak gösterilen bu Sözleşmenin denizcilik sektörü ile ilgili her kesim için büyük avantajlar sağlayacağı öngörülmektedir.

MCL'nin yakın gelecekte çözülmesi gereken bazı zayıf noktaları bulunmaktadır. Bazı gemilerin Sözleşmenin uygulama alanı dışında bırakılması, gemi adamlarının karaya çıkma izni konusu sorun olması ve Sözleşmede bu konuya yeterince yer verilmemiş olması, grev hakkını teminat altına alan hiçbir düzenlemeye Sözleşmede yer verilmemiş olması, Sözleşme gereklerinin yerine getirilmesi taşımacılık ücretlerinin artmasına, bunun da ekonomik yönden güçsüz gemi sahiplerini, ucuz navlundan yararlanan ülkeleri ve pahalı lojistik hizmetlerinden yararlanma gücü olmayan gemi işletme müteahhitleri için önemli kayıplara yol açacak olması, önemli eleştiri konularıdır. Bu nedenle Sözleşmenin sadece yürürlüğe girmesi değil, etkin olarak uygulanabilmesi büyük önem taşımaktadır.

MLC 2006 yürürlüğe girdiğinde, 1920 yılından bu yana mevcut denizciliğe ilişkin 37 ILO Sözleşmesi ve bunlara ilişkin Tavsiye Kararlarının yerini alacaktır. Bu sözleşmeler halen onaylanmamışsa, MLC'nin yürürlüğe girmesiyle onay için kapanacak ve Sözleşmenin (belirli) bir ülke için yürürlüğe girmesi, henüz onaylanmamış olan diğer sözleşmelerin de otomatik olarak onaylanmış olduğu anlamına gelecektir. MLC 2006'yı onaylamamış olan ILO üyesi devletler, daha önce onaylamış oldukları Sözleşmeler ile bağlı kalmayı sürdürecektir.

MLC 2006'nın deniz taşıma sektöründe ciddi gelişmelere yol açacağı görülmektedir. Gemi adamlarının çalışma koşullarının iyileştirilmesinin ötesinde, daha çok ucuz işçi ve maliyetlerle standartların altında ticari faaliyette bulunan kötü armatörleri marjinalleştirerek (sistem dışı bırakarak), standartlara uyan, nitelikli gemi sahiplerine fırsat eşitliği sağlanmasına yardımcı olmak suretiyle adil rekabetin oluşmasını teminat altına almayı vaad etmektedir. Bu bakımdan Sözleşme, denizcilik sektöründe yaşanan küresel sorunlara yeni bir ümit kaynağı olmuştur.

MLC 2006, gemicilik sektörünün gidişatını tamamen değiştirebilecek potansiyele sahiptir. Sektör çalışanlarının arzu ettiği bu değişiklik, Sözleşmenin yürürlüğe gireceği 20 Ağustos 2013 tarihi sonrasında birlikte izlenecektir. Tabii, Sözleşmenin başarısı, başta ILO, sosyal taraflar ve üye devletlerin birlikte hareket etmesine bağlıdır. Sözleşme henüz onaylanmamış ise, bir an önce sözleşmeye taraf olunması için gerekli teşebbüsler yapılmalı, onaylayan ülkelerin de sözleşmenin iç hukuk düzenlemeleri ile uyumunun sağlanmasına çalışılmalıdır. Ancak Sözleşme henüz Türkiye tarafından onaylanmamıştır. Halen yürürlükte bulunan, ulusal ve uluslararası alanda yapılan yeni düzenlemeler karşısında giderek güncelliğini yitiren 1967 tarihli 854 sayılı Deniz İş Kanunu, bugün ihtiyaçlara tam olarak cevap verememektedir. O nedenle ILO Sözleşmelerine uygun yeni bir Deniz İş Kanunu'nun hazırlanması artık zorunlu hale gelmiştir.

DİPNOTLAR

- 1 BAUER Paul J., "The Maritime Labour Convention: An Adequate Guarantee of Seafarer Rights, or an Impediment to True Reforms?" Chicago Journal of International Law, Volume.8, No.2, Winter 2008, s.643.
- 2 Bundan sonra MLC 2006 olarak ifade edilecektir.
- 3 DIMITROVA Desislava Nikolaeva, Seafarers' Rights in the Light of the Globalised Maritime Industry, Tilburg University Faculty of Law, Tilburg, the Netherlands 2009, s.94. Bu yüksek lisans tezini bizimle paylaşan Sayın Profesör Roger BLANPAIN'e bu vesileyle teşekkür ederim. Tez, Kluwer Law International tarafından 2010 yılında yayımlanmıştır. Yalnız belirtmek gerekir ki, yapılan atıflar tezin orijinaline göre yapılmıştır.
- 4 Dört çekimser oy, Venezualla ve Lübnan delegasyonlarına aittir. Bkz. BLANCK John Isaac, "Reflections on the Negotiation of the Maritime Labor Convention 2006 at the International Labor Organization" Tulane Maritime Law Journal, Volume.31, No.1, Winter 2006, s.53; DIMITROVA, s.99.
- 5 NEUMANN Thilo/SALOMON Tim René, "ILO Maritime Law Convention, 2006- a 'Magna Carta' for Seafarers?" International Foundation for the Law of the Sea, <http://www.iflos.org/media/96262/mt%202011%20conference%20report.pdf> (ET. 26.08.2012).
- 6 Safety of Life at Sea (SOLAS 1974): Uluslararası Denizde Can Güvenliği Sözleşmesi. Gemilerin yapısına, can kurtarma araçlarına, seyir güvenliğine ve tehlikeli eşya taşınmasına ilişkin kurallar içermektedir. Türkiye, Sözleşmeyi 06.03.1980 tarih ve 8/522 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile onaylamıştır (bkz. 25.05.1980 tarih ve 16998 sayılı RG.).

- Yalnız 1978 ve 1988 yılında yapılan Konferanslarda sözleşmede değişiklik öngören protokoller henüz Türkiye tarafından kabul edilmemiştir.
- 7 Standards of Training, Certification and Watchkeeping (STCW 1978): Gemi Adamlarının Eğitimi, Sertifikalandırılması ve Vardiya Tutma Esasları ile İlgili Uluslararası Sözleşme. Gemilerde uygun nitelikte gemi adamlarının istihdamının sağlanmasına ilişkin kurallar içermektedir. Türkiye, 20.04.1989 tarihli 3539 sayılı Kanun ile Sözleşmeye taraf olmuştur (bkz. 25.05.1980 tarih ve 16998 sayılı RG.).
 - 8 International Convention for the Prevention of Pollution from Ships (MARPOL 73/78): Gemilerden Kaynaklanan Deniz Kirliliğinin Önlenmesi Hakkında Sözleşme. Denizlerin gemilerden kirletilmesini önlemeye ilişkin kurallar içermektedir. Türkiye, Sözleşmeyi 30.05.1990 tarih ve 90/442 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile onaylamıştır (bkz. 24.06.1990 tarih ve 20558 Sayılı RG.).
 - 9 DOUMBIA-HENRY Cleopatra, "Building The Momentum For The ILO's Maritime Labour Convention, 2006 (1)", http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcm_041996.pdf, s.18 (ET. 13.08.2012); ALGANTÜRK LIGHT Didem, "Deniz İş Sözleşmesi 2006" Hakkında İnceleme ve Değerlendirme, EÜHFD, C.XI, S.1-2 (2007), s.270-271.
 - 10 MLC 2006, bir ILO konvansiyonudur. Konvansiyon terimi iş hukuku literatüründe "Sözleşme" olarak ifade edildiği için, Maritime Labour Convention, "Deniz İş Sözleşmesi" olarak tercüme edilmiştir. Yoksa bununla, bir gemi adamının bağımlı olarak iş görmeyi ve gemi sahibinin (işverenin) de ücret ödemeyi üstlendiği bireysel iş hukuku sözleşmesi (labour contract) kastedilmemektedir.
 - 11 Sözleşme, İngilizce, Fransızca, Almanca, İspanyolca, Portekizce, Rusça, Çince ve Arapça dillerine çevrilmiştir. Sözleşme metni için bkz. http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312331 (E.T. 26.08.2012)
 - 12 DIMITROVA, s.95.
 - 13 Filipinler, nerdeyse yarısı yurtdışında (deniz aşırı) çalışan yaklaşık 700.000 gemi adamı ile dünyanın en çok gemi adamı sağlayan ülkesidir. Dünya deniz işgücünün en büyük kaynağı olan Filipinler'de gemi adamlarının yaklaşık % 30'u yabancı bayraklı gemilerde çalışmaktadırlar. Bununla birlikte büyük bir filoya sahip olan Filipinler'de, birçok gemi adamı Filipin(ler) bandıralı gemilerde çalışmaktadır. Sadece 2011 yılı itibarıyla yabancı bayraklı gemilerde istihdam edilen Filipinli gemi adamı sayısı (343.587), dünya gemi filosundaki toplam çalışanların % 30'unu oluşturmaktadır. Şu halde, MLC 2006'nın yürürlüğe girmesinden en çok faydalanacak olanların başında kuşkusuz Filipinliler gelmektedir ("Philippines ratification marks global milestone for decent work for seafarers", http://www.ilo.org/global/standards/maritime-labour-convention/WCMS_187712/lang--en/index.htm ET. 26.08.2012).
 - 14 "Milestone ratifications of seafarers' labour rights charter", http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/press-and-media-centre/news/WCMS_187660/lang--en/index.htm (ET. 28.08.2012).
 - 15 Sözleşmeye onay veren sadece 5 bayrak ülkesi (Panama, Li-berya, Marshall Adaları, Norveç ve Bahama Adaları), dünya gemi filosunun toplam grostonilatosunun % 43'ünü temsil etmektedir ("Panama and Norway ratify Maritime Labour Convention – Germanischer Lloyd Offers ILO Certification" <http://worldmaritimeneeds.com/archives/12536> ET. 26.08.2012)
 - 16 "Milestone ratifications of seafarers' labour rights charter", http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/press-and-media-centre/news/WCMS_187660/lang--en/index.htm
 - 17 BLANCK, s.39.
 - 18 DIMITROVA, s.95.
 - 19 DOUMBIA-HENRY Cleopatra, DEVLIN Dominick / McCONNELL Moira L., "The Maritime Labour Convention, 2006 Consolidates Seafarers' Labour Instruments", American Society of International Law, Volume 10, Issue 23, September 13, 2006, <http://www.asil.org/insights060913.cfm> (ET. 07.08.2012); ALGANTÜRK LIGHT, s.270.
 - 20 29 sayılı Zorla Çalıştırmaya İlişkin Sözleşme (1930); 87 sayılı Sendika Özgürlüğü ve Örgütlenme Hakkının Korunmasına İlişkin Sözleşme (1948); 98 sayılı Örgütlenme ve Toplu Görüşme Hakkı Prensiplerinin Uygulanmasına İlişkin Sözleşme (1949); 100 sayılı Eşit Değerde İş İçin Erkek ve Kadın İşçiler Arasında Ücret Eşitliğine İlişkin Sözleşme (1951); 105 sayılı Zorla Çalıştırmanın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme (1957); 111 sayılı İş ve Meslek Bakımından Ayrımcılığa İlişkin Sözleşme (1958); 138 sayılı İstihdama Kabulde Asgari Yaşa İlişkin Sözleşme (1973) ve 182 sayılı Kötü Şartlardaki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanmasına İlişkin Sözleşme (1999). Bu sekiz Sözleşme Türkiye tarafından onaylanmıştır (bkz. <http://www.ilo.org/public/turkish/region/eurpro/ankara/about/sozlesmeler.htm> ET.10.09.2012).
 - 21 DIMITROVA, s.99-100.
 - 22 DIMITROVA, s.100.
 - 23 ALGANTÜRK LIGHT, s.272.
 - 24 DOUMBIA-HENRY/DEVLIN/McCONNELL, "<http://www.asil.org/insights060913.cfm>
 - 25 ALGANTÜRK LIGHT, s.272-273.
 - 26 PENTSOV Dmitry A., "Standards of the International Labour Organization (ILO)", Maritime Work Law Fundamentals: Responsible Shipowners, Reliable Seafarers (Ed. Iliana Christodoulou-Varotsi . Dmitry A. Pentsov), 2008 Springer-Verlag Berlin Heidelberg, s.301; DOUMBIA-HENRY/DEVLIN/McCONNELL, "<http://www.asil.org/insights060913.cfm>
 - 27 PENTSOV, s.302.
 - 28 BLANCK, s.42; PENTSOV, s.301.
 - 29 DIMITROVA, s.100.
 - 30 Bkz. COUPER Alastair, "The Maritime Labour Convention, Seafarer's Rights International", <http://www.iflos.org/media/81892/presentation%20alastair%20couper%20script.pdf> (ET. 30.08.2012).
 - 31 PENTSOV, s.301.
 - 32 BAUER, s.674.
 - 33 DIMITROVA, s.95.

- 34 ALGANTÜRK LIGHT, s.274.
- 35 DIMITROVA, s.96.
- 36 BLANCK, s.46-47.
- 37 Port State Control Officer
- 38 Bkz. PENTSOV, s.322-323; BLANCK, s.47.
- 39 BLANCK, s.48.
- 40 DOUMBIA-HENRY Cleopatra, "Bulding The Momentum For The ILO's Maritime Labour Convention, 2006 (1)", http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcm_041996.pdf, s.19, (ET. 13.08.2012)
- 41 http://www.ilo.org/global/standards/maritime-labour-convention/WCMS_153450/lang-en/index.htm (ET.10.09.2012)
- 42 Ayrıca bkz., ALGANTÜRK LIGHT, s.271-272.
- 43 BLANCK, s.43;DIMITROVA, s.101-102; BAUER, s.644.
- 44 DIMITROVA, s.102; ayrıca bkz. BAUER, s.653-655.
- 45 BAUER, s.644.
- 46 BAUER, s.655.
- 47 DIMITROVA, s.102-103; BAUER, s.657-658.
- 48 DIMITROVA, s.103.
- 49 DOUMBIA-HENRY/DEVLIN/McCONNELL, "<http://www.asil.org/insights060913.cfm>
- 50 "Philippines ratification marks global milestone for decent work for seafarers", http://www.ilo.org/global/standards/maritime-labour-convention/WCMS_187712/lang-en/index.htm (ET.26.08.2012)

ber 13, 2006, <http://www.asil.org/insights060913.cfm> (ET. 07.08.2012)

- DOUMBIA-HENRY Cleopatra, "Bulding The Momentum For The ILO's Maritime Labour Convention, 2006 (1)",http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcm_041996.pdf, s.18 (ET. 13.08.2012);
- NEUMANN Thilo/SALOMON Tim René, "ILO Maritime Law Convention, 2006- a 'Magna Carta' for Seafarers?" International Foundation for the Law of the Sea, <http://www.iflos.org/media/96262/mt%202011%20conference%20report.pdf>.
- PENTSOV Dmitry A., "Standards of the International Labour Organization (ILO)", Maritime Work Law Fundamentals: Responsible Shipowners, Reliable Seafarers (Ed. Iliana Christodoulou-Varotsi . Dmitry A. Pentsov), Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2008.
- "Philippines ratification marks global milestone for decent work for seafarers", http://www.ilo.org/global/standards/maritime-labour-convention/WCMS_187712/lang-en/index.htm (ET. 26.08.2012).
- "Milestone ratifications of seafarers' labour rights charter", http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/press-and-media-centre/news/WCMS_187660/lang-en/index.htm (ET. 28.08.2012).
- "Panama and Norway ratify Maritime Labour Convention – Germanischer Lloyd Offers ILO Certification" <http://worldmaritimeneeds.com/archives/12536> (ET. 26.08.2012)
- http://www.ilo.org/global/standards/maritime-labour-convention/WCMS_153450/lang-en/index.htm (ET.10.09.2012)

KAYNAKLAR

- ALGANTÜRK LIGHT Didem, "Deniz İş Sözleşmesi 2006" Hakkında İnceleme ve Değerlendirme, EÜHFD, C.XI, S.1-2 (2007)
- BLANCK John Isaac, "Reflections on the Negotiation of the Maritime Labor Convention 2006 at the International Labor Organization" Tulane Maritime Law Journal, Volume.31, No.1, Winter 2006
- BAUER Paul J., "The Maritime Labour Convention: An Adequate Guarantee of Seafarer Rights, or an Impediment to True Reforms?" Chicago Journal of International Law, Volume.8, No.2, Winter 2008.
- COUPER Alastair, "The Maritime Labour Convention, Seafarer's Rights International", <http://www.iflos.org/media/81892/presentation%20alastair%20couper%20script.pdf> (ET. 30.08.2012).
- DIMITROVA Desislava Nikolaeva, Seafarers' Rights in the Light of the Globalised Maritime Industry, Tilburg University Faculty of Law, Tilburg, the Netherlands 2009
- DOUMBIA-HENRY Cleopatra, DEVLIN Dominick/McCONNELL Moira L., "The Maritime Labour Convention, 2006 Consolidates Seafarers' Labour Instruments", American Society of International Law, Volume 10, Issue 23, Septem-

Dr. Linda SHALLCROSS, Dr. Sheryl RAMSAY ve Prof. Dr. Michelle BARKER¹

Çeviren: Ahmet TAŞKIN Yargıtay 22. Hukuk Dairesi Üyesi

Mobbing Sorununa Proaktif Bir Yanıt: İnsan Kaynakları Yöneticileri İçin Bir Rehber² (Proactive Response to the Mobbing Problem: A Guide for HR Managers)

ABSTRACT

This paper introduces the concept of workplace mobbing as a destructive organizational behaviour of psychological assaults perpetrated against the target causing them harm and loss of employment. The discussion is drawn from a three year Australian study of 212 self identified targets of workplace mobbing behaviours. The behaviours are typically covert with informal networks and friendship loyalties providing effective mechanisms for emotional abuse, including those arising from human resource management practices. This paper discusses the manipulation of informal sources of power, with the use of gossip, rumour, hearsay, and innuendo to discredit and demonise those targeted. The study explores some of the systemic reasons for these behaviours and identifies some of the contributing risk factors and suggests management practices that can minimise the harm caused.

Keywords: mobbing, bullying, harassment,

employment, discrimination, and reasonable management action.

ÖZET

Bu makale, işini kaybeden ve zarar gören mağdura karşı yıkıcı örgütsel bir davranış olan işyeri tacizi kavramını ortaya koymaktadır. Görüşme, kendisini mobbing mağduru olarak tanımlamış olan 212 kişi üzerindeki üç yıllık bir Avustralya çalışmasından alınmıştır. Davranışlar, insan kaynakları yönetimi uygulamalarını da kapsayan, duygusal istismar için etkili mekanizmalar sağlayan arkadaşça bağlılıklarla ve genel olarak gayri resmi çevreyle gizlenmiştir. Bu makale, dedikodu, söylenti, ima, kötüleme ve itibarı azaltma amacıyla güç kaynaklarının gayri resmi kullanımını tartışmaktadır. Çalışma, bu davranışlarla ilgili sistemik nedenleri, katkıda bulunan bazı risk faktörlerinin tanımlarını ve zararlı sonuçları minimize edebilen yönetim uygulamaları önerilerini incelemektedir.

Anahtar Kelimeler: mobbing, zorbalık, ta-

Araştırmacılara göre mobbingin sonucunda, mağdurlar işyerinden kovulmakta, çoğu kez psikolojik ve fiziksel zarar görmekte ve mali sıkıntı çekmektedir.

ciz, istihdam, ayrımcılık ve makul yönetim faaliyetleri.

MOBBİNG SORUNU

Bu makale, mobbing hareketlerinin bir sonucu olarak işinden çıkarılan 212 kamu sektörü işçisiyle ilgili bir Avustralya araştırmasından çıkarılan bazı bulguları aktarmaktadır. Makale, kurumsal kültüründe söylenti ve dedikoduyu güvenilir bilgi kaynağı olarak değerlendiren bir yerde çalışan kimselerin yüksek bir risk altında bulunduğunu ortaya koymaktadır. Elde edilen bulgular, kıdem risk altındaki kişilere küçük bir koruma sağladığını ve bazen faillerin insan kaynakları yönetimi uygulayıcılarını, mağdurlara müdahale etmek için kullanabildiklerini göstermektedir³.

Bazı araştırmacılar, mobbingin uzun dönemde psikolojik zarar, travma sonrası stres bozukluğu (PTSD)⁴, işten çıkma, intihar ve adam öldürme ile sonuçlandığını söylemektedir. Adam öldürme eğilimi, Amerika Birleşik Devletleri posta servisinde bir dizi olay sonrasında öfkelenen ve çileden çıkan bir işçinin çalışma arkadaşlarını vurup öldürmesini tarif etmek için “tepesi atma” tabiri ile ifade edilmiştir⁵. Bu tanımlama, davranışlarından dolayı sorumlu olma riskini göze almaksızın insanların birbirini öldürdükleri işyerini psikolojik bir “savaş alanı”na benzetmeye uygundur⁶. Ayrıca diğer çalışmalar, mobbingin, olaya karışmayan ve mağdurları duygusal olarak destekleyen tanıklar ile onların aile mensuplarını da kötü şekilde etkilediğini vurgulamaktadır⁷.

Tanım

Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO), dünya çapında artan bir kaygıyı işçi sorunu olarak görmüş ve işyerinde şiddetin tanımını saldırgan psikolojik eylemleri de kapsayacak şekilde

genişletmiştir⁸. Bu tanıma uygun olarak, işyerinde mobbingi “fail tarafından, mağdurun işten ayrılmasına kadar gizli olarak sürdürülen psikolojik saldırı süreci” şeklinde tarif etmek mümkündür⁹.

Benzer şekilde, işyerinde mobbing, “haksız suçlamalarla, küçük düşürmeyle, genel tacizle, duygusal istismar veya terör yoluyla işyerindeki bir kişiyi işten çıkarmaya zorlayan kötü niyetli bir girişim” olarak da tarif edilir¹⁰. Araştırmacılara göre mobbingin sonucunda, mağdurlar işyerinden kovulmakta, çoğu kez psikolojik ve fiziksel zarar görmekte ve mali sıkıntı çekmektedir¹¹.

Beş Aşama

Mobbing, bazı araştırmacılar tarafından, çözümlenmemiş bir çatışma ile başlayan (birinci aşama), psikolojik saldırı (ikinci aşama), yönetimin çatışmayı tırmandırması (üçüncü aşama), dışlama ve işten çıkarma ile devam ettirilen beş aşamalı bir izolasyon süresi olarak tanımlanmıştır. Dördüncü aşamada mağdur sorundan dolayı suçlanır ve beşinci aşamada işyerindeki konumunu veya işini kaybetmeye zorlanır¹². Ayrıca, ne ölçüde mobbinge maruz kaldığı mobbingin birinci aşamasına kıyasla üç dereceye göre değerlendirilebilir¹³.

Bazı araştırmacılar mobbing ile zorbalık terimlerini benzer olay anlamında birleştiren¹⁴, diğerleri mobbingde zorbalığın daha az olduğunu ileri sürmektedir¹⁵. Zorbalık, bazen basmakalıp olarak algılanmaktadır. Örneğin, medyada yöneticilerin personele yaptığı zorbalık, saldırganlığın doğrudan bir şekli olarak görülmektedir¹⁶. Bunun aksine mobbing, bir mağdura karşı zarar verme niyetiyle diğer çalışanların ortak harekete geçmesi şeklinde adlandırılmaktadır¹⁷.

Mobbingin Unsurları

İnsan kaynakları yöneticilerinin, bir sorunu etkin bir şekilde ele alması için mobbingin hangi objektif faktörlere ihtiyaç duyacağı bazı araştırmacılar tarafından temel olarak belirlenmiştir¹⁸. Örneğin, “haksız ve suçlu” olarak şeytan gibi görülen “zorba”dan korunmak için kendilerini “dürüst ve masum” olarak tasvir

eden mağdurun iddiaları bazen zorbalık sayesinde belirlenmektedir¹⁹. İşçilerin, kendilerini zorbalığa maruz kalmış gibi görmelerine rağmen, karar makamındaki objektif faktörlere dayalı değerlendirme yapmaları mantıklı olup, tarafsızlığa ve adil yargının ilkelerine uygundur²⁰. Mobbing konusundaki literatür araştırmasında, katılımcıların yaşadığı mobbingin derecesini değerlendirmek için 12 temel faktör belirlendiği görülmektedir. Tablo-1'de listelendiği gibi mobbingin 12 faktörü literatürden sentezlenmiştir.

Tablo 1: Mobbingin 12 Faktörü

1) Hedef alınmış bir işçiye karşı, aşağılama, kötüleme ve izolasyon için bir grup işçi arasında sistematik bir işbirliği ve anlaşma yapılır.
2) Mağdura zarar verme kastıyla kötü niyetli gizli bir anlaşma yapılır.
3) Davranış genellikle ayları ve yılları aşan bir süre devam eder ve sık olarak meydana gelir.
4) Güç dengesizliği resmi hiyerarşik iş ilişkileri yoluyla elde edilenden daha sık olarak tabiatında gayri resmi olsa da danışman ve bir altı arasında oluşmakta ve daha güçlü olma eğilimindedir.
5) Failler organizasyonun herhangi bir zemininde mağdura karşı doğrudan istismarda bulunabilir, meslektaşlarını olduğu kadar danışmanlarını ve yöneticilerini de hedef alabilirler.
6) Kadınlar, özellikle kadınların yoğunlukta bulunduğu işyerlerinde, bilhassa diğer kadınların pasif psikolojik saldırganlık şekilleri yüzünden risk altındadır.
7) Mağdurlar, genellikle meslektaşlarına inanan, oldukça başarılı ve vicdanlı, kurumuna sadık ve işiyle güçlü şekilde özdeşleşen birisidir.
8) Küçük çatışma ile başlayıp tırmanan tanımlanabilir bir model bulunmaktadır.
9) Yönetim, mağdura karşı taraf olan grup eğilimini, göz yumulan ya da hoş görülen davranışı belirleyemez.
10) Grup ya da organizasyon istismar veya mağdur edilmiş kişiyi kusurlu birisi olarak tanımlar.
11) Davranış, mağdurun işyerinden çıkartılmasına veya dışlanmasına neden olur.
12) Mağdur, Travma Sonrası Stres Bozukluğu (PTSD), ruhsal bozukluk, zamansız ölüm, intihar veya adam öldürmeyle sonuçlanan ciddi bir zarara uğrar.

Kaynaklar: Davenport vd, 1999; Einarsen vd, 2003; Leymann, 1996; Namie ve Namie, 2000; O'Moore, Lynch ve Nic-Daeid, 2003; Salin, 2002.

Mobbing faktörlerinin belirlenmesine ek olarak, mobbingin değerlendirilen üç aşaması açısından; yani birinci, ikinci ve üçüncü aşama-

nın her biri için, ne kadar katılımcının psikolojik zarar gördüğü belirlenmiştir.

Dedikodu ve Güç

Zorbalık, çoğu kez güç dengesizliğinden ve görev gücünden kaynaklanan örgütsel hiyerarşik yapının olduğu kurumsal hiyerarşide, bir yönetici tarafından diğer personele veya onların nezaretindeki kişilere yönelik istismar olarak tanınır²¹. Bununla birlikte güç kaynaklarının daha az bilinen diğer biçimleri de vardır. Örneğin, işyerinde kıdemin fazla oluşu veya etkili gruplara yakınlık da bir güçtür²².

Bu makale, çoğunluğun gücüne ve etkili iletişime dayanan mobbing davranışlarını bilerek ve planlayarak yapan gayri resmi güç kaynaklarının küçümsenmeyecek kapasitede olduğunu vurgulamıştır²³. Ek olarak, bu sosyal çevreden soyutlanma veya dışlanma mağdur için daha fazla bir risk oluşturabilir²⁴. Bir yönetici, hiyerarşik yapıdaki konumu nedeniyle otorite ve güce sahip olsa da, dedikodu, şayia ve söylenti gibi manipülatif gizli saldırılara karşı kendisini koruyamaz²⁵.

Dedikodu, bir kurumun üyeleri hakkında onların yokluğunda yapılan değerlendirmeci ve resmi olmayan bir konuşma olarak tanımlanabilir²⁶. Bazı araştırmacılar, olumsuz dedikodu yoluyla mağduru tehdit ettiği için gücün arttığını ve beklenen davranışı sergilemeyen kişilerin kötü niyetli dedikodunun mağduru olabileceğini iddia etmektedir. Ayrıca söylenti, standart ve güvenilir kanıtlar olmaksızın, genellikle ağızdan ağıza ve kişiden kişiye geçen belirli bir ifade veya düşünceler şeklinde tanımlanabilir²⁷. Bununla birlikte bu tartışma, gayri resmi güç kaynağının başarılı bir manipülasyonla diğerlerine kasıtlı şekilde zarar verebileceğini ima etmekten ziyade tüm iletişim ağının ve dedikodunun zararlı olduğunu söylemek amacıyla değildir.

Cinsiyet ve Dedikodu

Kadınlarla dedikodu arasında güçlü bir bağlantı olduğunu öne süren araştırmacılar bulunmaktadır. Oysa bunlar deneysel olarak doğrulanmış gerçeklerden ziyade, diğerleri tarafından basmakalıp mitler olarak çıkartılmıştır²⁸. Bu

Kamu sektörü kültürü, işyerinde mobbinge katkıda bulunan önemli bir faktör olarak tanımlanmıştır.

araştırmacılar, dedikodu ve söylentilerle ilgili varsayımlarda bulunmaktan, erkekleri dedikodudan muaf tutma ve dedikoduyu sadece kadınlarla ilişkilendirmekten sakınma konusunda insan kaynakları yöneticilerini uarmaktadır. Destekleyici olan bu uyarıya rağmen, sorunun cinsiyetçi yapısı, kadınların raporlanması ile yine de çalışmada belirgindir. Genel olarak psikolojik saldırılar erkeklerden daha çok diğer kadınlardan gelmektedir. Hemşirelik mesleğinde kadınlar arasında işyeri şiddetini inceleyen diğer araştırmacılar²⁹, kadın şiddetinin daha ustaca yapıldığı ve tıpkı klasik erkek saldırıları gibi kötü amaçlı söylentilerin yayılmasının da zarar verdiği sonucuna varmıştır. Bu görüşler, mobbinge maruz kalan kadınların %84'ünün diğer kadınlar tarafından mağdur edildiğini ortaya koyan ABD Saldırgan İşyeri Araştırması³⁰ ve diğer bazı bulgular ile tutarlıdır. Bu çalışmaların bulguları, kamu sektöründe işyeri çatışmalarıyla ilgili bir cinsiyet boyutunun olup olmadığı konusunda gelecekteki çalışmalar için konuyu gündeme getirmektedir.

MAĞDURLAR VE FAİLLER

Bazı araştırmacılar, mağdurların açıkça yanlış yerde ve yanlış zamanda bulunacağı iddiası ile zorbalığın ve mağdurların kişisel özelliklerinin zorbalık yapmaya veya zorbalığa maruz kalmaya yatkın oldukları şeklindeki tartışmalara karşıdır³¹. Bununla birlikte diğerlerinin de ileri sürdüğü gibi, failer ve mağdurlar tarafından sergilenen karakter özellikleri tartışma konusudur.

Örneğin, bazı iddialara göre mağdurlar, daha az bağımsız ve daha az dışa dönük, daha az kararlı ve mağdur olmayanlara göre daha vicdanlı kişiliğe sahiptirler³². Bu gerekçe, psikolojik saldırıları üzerine çeken mağdur hakkında ne olduğunu ortaya koymaktadır. Failler; otoriter, istismarcı, insanların becerilerini küçümseyen, katı yürekli, zararlı, sadist ve psikopat olarak tanımlanma eğilimindedir³³. Bununla birlikte

diğer araştırmalar faili, olası mağdur gibi işbirliğine açık, coşkulu ve önemli başarılar göstermiş yüksek yetenekli personel olarak tanımlanmaktadır³⁴. Bu çalışma, elde edilen sonuçlarla birlikte bu özelliklerin, iyi niyetle gösterilen saflığın çalışanları kolay mağdur yaptığını ortaya koymuştur.

ÇALIŞMA

Bu araştırma için veri toplama yöntemi, kamu sektöründe çalışan ve yaşadıkları mobbing nedeniyle işlerini terk etmek zorunda kalan işçilerle yapılan görüşmelerden oluşmuştur. Görüşmeleri, mobbinge maruz kaldığı için işinden ayrılanlara yönelik sorular ile epizodik³⁵ mülakat üzerine³⁶ kilit olaylara verilen cevaplar izlemiştir. Görüşmeler nitel veri analiz yazılımları kullanılarak kodlanmış ve kaydedilmiştir. Konular, katılımcıların ortak deneyimlerine dayalı olarak oluşturulmuştur ve bu konudaki literatür ile genel olarak uyumludur. Ayrıca, katılımcılara ait birimle ilgili resmî sağlık kayıtları da irdelenmiş, incelenmiş ve görüşmelerin geçerliliği sulh hâkimi tarafından onaylanmıştır.

Değerlendirme Yöntemi

Her bir katılımcı Tablo 1'de özetlenen 12 faktör karşısında değerlendirilmiştir. Analizler, mobbingin beş evresini işyerinde yaşamış olan çoğu katılımcılar hakkında fikir vermektedir. Sekiz katılımcının deneyimlerine dayanan mobbingin derece ve şiddetine dair liste analizinin bir örneği olarak Ek-1 gösterilmiştir. Davenport ve arkadaşları tarafından (1999) zararın dereceleri birinci, ikinci ve üçüncü derece yanık veya zarar teşhisiyle değerlendirilmiştir.

BULGULAR

Çalıştıkları işyerinden çıkarılmaya zorlandığı belgelenmiş olan katılımcılardan üçüncü derece zarar görmüş olanların yüzde ellisi, psikiyatrik açıdan uzun süreli psikolojik zarar gördükleri için tam günlük bir işe dönememiştir. Katılımcıların % 30'u mobbing nedeniyle ikinci derece zarar görmüştür. Bunların büyük çoğunluğu işyerinden çıkarılmaya zorlanan ve uzun süreli psikolojik zarar gören kimselerden oluşmaktadır. Kalan katılımcıların % 20'si mob-

Bazı araştırmacılar, mağdurların daha az bağımsız, daha az dışa dönük, daha az kararlı ve mağdur olmayanlara göre daha vicdanlı olmak gibi kişilik özelliği sergilediklerini savunmaktadır.

bingin birinci derecede zararına maruz kalmış, mobbinge ilgili 12 faktörden daha az veya 6 kadar faktörünü yaşamışlardır. 212 katılımcıdan 15'inin bildirdiğine göre işyerinde mobbing yatay olarak diğer personelden, gözetimle yükümlü olanlardan ve daha alt personelden gelmiştir.

Kamu Sektörü Kültürü

Kamu sektörü kültürü, işyerinde mobbinge katkıda bulunan önemli bir faktör olarak tanımlanmıştır. Kamu sektörü kültürü, kamu sağlık sistemi içinde bir araştırmadan sonra aşağıdaki sıfatları almıştır. Sistem sonuç olarak "hizipçilik", "tokenistik³⁷ danışma", "güç ve kontrol", "zorbalık", "tehdit, korkutma", "suçlama", "sorumluluktan kaçınma" ve "gereksiz ölüm" şeklinde ortaya çıkmaktadır³⁸. Diğer açıdan, reaktif siyasi kavram da dâhil olmak üzere kamu sektörü kültürü, sorumsuzluk, yöneticilerin günah keçisi olması, geçici personel, minimum kadro düzeyi, işte yüksek rekabet ve kaynakların yetersizliği, bu çalışmada katılımcıların yaşamış oldukları mobbinge katkı olarak belirlenmiştir.

Örneğin, kısa vadeli pozisyonların acilen doldurulmasından dolayı eş, dost ve arkadaş grubundan işe alma terk edilmiştir. Bu çalışmada, yöneticiler de dahil olmak üzere liyakata dayalı işe alma ve atamanın, mobbing nedeniyle risk altına girdiği belirtilmektedir. Çünkü liyakatli olanlar baskın grup kültürünün dışında kalmaktadır. Bazı durumlarda bunlar kültürel değişiklik göstermektedir³⁹. Söz konusu personel, baskın grubun değerlerine uygun değildir. Bu nedenle diğer araştırmacıların bulgularına benzer şekilde, cinsiyet, ırk ya da bozulma temelinde ayrımcılık, aynı zamanda

bir mobbing faktör olarak tespit edilmiştir⁴⁰. Örneğin; baskın grubun kültürel değerlerine uyum sağlamak için ten rengini ve kökenini değiştirmek olanaksızdır ve kabul edilir bir durum değildir. Bu araştırma kapsamında kendisiyle görüşme yapılanlar ya baskın grubun kültürünü paylaşmadılar ya da bazı durumlarda ekipman hırsızlığını görmezlikten gelme gibi zararlı olarak kabul edilen kanunsuz davranışlarına katılmadılar.

Dedikodu ve Güç

Kamu sektöründe dedikodunun güçlü etkisini, bu çalışma sırasında katılımcılardan birisine karşı yapılan bir şikayeti araştıran Kamu Hizmeti Komisyonu'nun şu yorumunda görebiliriz.

Araştırmacı ve iki şikayetçi tarafından ilk görüşmeden başlayarak 18 aya kadar süren ve yönlendirilen görüşmeler, bir işyerinde bulunan insanların diğerlerini ima, dokundurma, söylenti ve dedikodu ile nasıl etkilediğini göstermesi açısından önemlidir. Bir şikayetçinin beyanları aşağıdaki gibi kayda geçirilmiştir:

"Ne yaptığımı veya daha iyi ne yapabileceğimi bilmiyordum. Failer etkilerini artırdılar, benden nefret ettiler ve bu nedenle onlardan korktum."

Bununla birlikte müdüriyet, sorunun nedeni olarak sürekli bu mağduru göstermiş ve sonunda yetersiz yorumlarla onu işten çıkarmıştır. Bu çalışmada bazı yöneticilerin deneyimleri diğer katılımcıların şu önerileri ile belirlenmiştir:

"Zorbanın iftiralara maruz kalan kişilerin hikayelerini nadiren duyuyorduk. Bu insanlar gerçekten dilsizdir. Bunlardan birisi de benim ve zorbanın iftiralara maruz kaldım. Bundan dolayı da travma yaşadım, kendimden şüphelendim, kendime güvenimi kaybettim, depresyona girdim ve kendimi güçsüz hissettim. "Zorba" kelimesini her zaman duyarım ve her duyduğumda travmatik bir tepki gösteririm. Endişeli ve sinirli birisi oldum."

Bu katılımcı daha fazla açıklama yapmış ve failerin, onu yerinden etmek amacıyla asılsız iddialarda bulunduğunu ve çaba sarf ettiğini söylemiştir:

"Zorbanın yanlış bir suçlamada bulunması,

İşyerinde mobbing davranışlarını azaltmak için, kültür, din, politika, cinsel yönelim ve medeni duruma bakmaksızın tüm işçiler için saygı kültürünü yerleştirmeye karar vermek gerekir.

korkutmanın, sarsmanın, çalışan ya da işverence kovmanın oldukça etkili bir aracı olabilir. Araştırmalar genel olarak sindirme hareketi gibi yönetilmiştir. Mevcut yaklaşımlar hakkında yapıcı veya iyileştirici bir şey bulunmamaktadır.”

Risk Altındaki Ara Yöneticiler

Görünüşe bakılırsa bu çalışma, kamu sektörünün üst ve orta kademesindeki yüksek personel değişim oranını, psikolojik istismarın bir nedeni olarak görmüştür ve personel değişim oranını, günah keçisi olarak belirlemiştir. Bu belirlemede katılımcıların önerileri rol oynamıştır. Bu tespit, geçtiğimiz on yılda işyeri sorunları raporlarındaki işlevsiz kültür tanımı ile uyumludur⁴¹. Katılımcılar, kamu sektöründe yaşadıkları kötü niyetli iftira, dedikodu, sürekli eleştiri, psikolojik taciz, izolasyon, marjinalleşme ve korkutucu tehditler sonrasında birden işlerini bırakmak zorunda kaldıklarını iddia etmişlerdir. Dahası, çalıştıkları yerde müdür olan katılımcıların yüzde yedisi, gözetim personelinin toplu saldırısına maruz kaldığını söylemişlerdir.

Hakeden Mağdurlar ve Ahlaki Panik

Bir kısım araştırmacılar bazı durumlarda bu mağdurların hedef olarak algılandıklarını, hedef olmayı hak ettiklerini, yani iyi muameleyi hak etmediklerini belirtmişlerdir. Bu ahlaki dışlama, ahlaken “adalet sınırı”mızın içinde kalırsa bile adaleti hak eden sınır dışında tutma olarak açıklanabilir⁴². Ahlaki dışlama, büyüklükle suçlanan ve 35’i hapsedilip idam edilen çoğu kadın 140 kişinin yer aldığı 1962 Salem sindirme hareketi girişimine benzer şekilde tarif edilmiştir. Geçmişe baktığımız zaman, asılsız suçlamaların aile içi davaları, ekonomiyi, dini,

politikayı ve halkın endişelerini tahrik ettiği kuvvetle muhtemeldir. Sanıkların yanlışlıkla tutuklandığını söylemek bu kimseler için boş bir tesellidir⁴³. Bir kısım literatür, ahlaki paniği, zorbalığı ve hiçbir ayırım yapmadan insanları zorbalıkla suçlama duygusunu harekete geçirmek için “zorbalıkla suçlama potansiyeli” konusunda uyarıda bulunmaktadır⁴⁴. Bunlar potansiyel olarak sindirme hareketine benzer bir davranış olan “kamu tarafından denenmiş davranış” ile itham edilmiştir⁴⁵. Bu uyarı bazı katılımcılar sindirme hareketinde mobbing mağduru olarak kabul edildikleri için söz konusu tartışma ile ilgilidir.

Örneğin, bir katılımcı elektronik ve basılı medyada defalarca alenen aşağılanmaya maruz kalmış ve haksız yere zorbalıkla suçlandıktan sonra mobbing nedeniyle altı ay hapse mahkum olmuştu. Ancak bu katılımcı mobbing faili değil bilakis mobbing mağduru olduğunu hiçbir şekilde kabul ettiremedi⁴⁶. Di Fingleton isimli bu katılımcı Avustralya’nın Queensland Eyaletinin başkanıydı ve bir tanığın suçlaması üzerine “şartlı tahliye önerilmeden” 12 ay hapis cezasına çarptırılmıştı⁴⁷. Tanık bir sulh hakimiydi ve kendisine yönelik disiplin cezası girişimi olmuştu. Katılımcının görevine ilişkin ayrıntılar medyada düzenli olarak yayımlandı ve 2003-2005 yılları arasında defalarca bir zorba gibi kamuoyu önünde küçük düşürüldü. Bu küçük düşürülmenin boyutları ayrıntılı şekilde Brisbane Courier Mail Gazetesinin ön sayfasında yer aldı ve gün boyu yapılan bu açıklama üzerine mahkum edildi:

Mahkûm edilen Di Fingleton’ın hayatı, cezaevinde yapılan aramalarla geçmeye başladı. El ve ayak parmaklarının arası, kulak ve burun delikleri ile saçları, cildinin kıvrımları, göğüsleri, koltuk altları kontrol edildi ve arandı. Daha sonra cezaevi görevlileri tarafından hücrelerinden alınarak Brisbane gözlem evine götürüldü ve kahverengi cezaevi kıyafeti giydirilerek ikinci kez aşağılanmaya maruz bırakıldı⁴⁸.

Di Fingleton, her nasılsa 6 ay hapis yattıktan sonra suçsuzluğu anlaşıldı ve Avustralya Yüksek Mahkemesi tarafından serbest bırakıldı. Di Fingleton’ın açıkça haksızlığa maruz kaldığı bu çalışmaya katılan diğer katılımcılar arasında da

duyulmuştu. Çünkü zorbalık suçlamaları kendilerine karşı yapıldığında onlar görünüşe göre bu mağdurların amansız takipçisi oldular. Bir yazar tarafından, kamu sektöründe üst düzey personelin yaptığı mobbing, gereksiz yere sert bir cezalandırmaya maruz bıraktığı için “terör etkisi”⁴⁹ olarak tanımlanmıştır. Bununla birlikte, hiç kimse herhangi bir durumda gelecekte mağdur olmamak için onun tedavisi hakkında konuşmaya cesaret etmemiştir⁵⁰.

Mağdurlar ve Failler

Bazı çalışmalar, kişilik özellikleri veya türlerinin, mobbing faili veya mağduru olmaya yatkınlık oluşturduğunu iddia etmektedir. Bazı araştırmacılar, mağdurların daha az bağımsız, daha az dışa dönük, daha az kararlı ve mağdur olmayanlara göre daha vicdanlı olmak gibi kişilik özelliği sergilediklerini savunmaktadır⁵¹. Diğer yandan failer, otoriter, çıkarıcı, insani becerileri eksik, katı yürekli, duygusuz, kötü, zararlı, sadist ve psikopat olarak tanımlanmaktadır⁵². Ancak bu çalışmada elde edilen bulgular diğer yazarların söylediklerine uygun düşmektedir. Buna göre, bazı durumlarda işbirliğini seven, istekli ve önemli başarıları olan üstün yetenekteki bir personel de hedef olabilmektedir⁵³. Dahası, bazı mağdurların yanlış yerde ve yanlış zamanda bulunduğu tartışılmıştır⁵⁴.

Bilinçsiz Ayrım

Bu çalışma, cinsiyet olarak kadın olmanın ve⁵⁵ diğer karakteristik özelliklerin, kamu sektöründe mobbing mağduru olma riskini artırdığına dikkat çekmiştir. Bunların içinde, cinsel tercih, ırk, aksan, kültür, medeni durum, sosyal sınıf, bozuk sağlık ve özrürlülük halleri de vardır. Bu karakteristik özellikleri taşıyan insanların mobbing mağduru olma konusunda yüksek risk altında buldukları kuvvetle muhtemeldir. Ancak, bu husus açıkça literatürde görülmemektedir. Konu, ayrımcılıkla mücadele yasaları ile ilgilidir. Nedensellik bağı, işyeri mobbinginin “statü körlüğü” olduğudur. Söz konusu karakteristik özellikleri taşımayan herhangi bir kimse de mobbing mağduru olabilir⁵⁶. Bununla birlikte bu çalışma, söz konusu karakteristik özellikleri taşıyan işçilerin mobbing mağduru

olma konusunda baskın grup karşısında ciddi risk taşıdığını ileri sürmektedir. Yaş grubu, araştırma katılımcıları tarafından mağdur olmanın muhtemel bir sonucu olarak tanımlanmazken, mağdur olanların büyük çoğunluğunun 45 yaş üzeri olduğu ve yüksek risk grubu altında bulunduğu bazıları tarafından kabul edilmektedir⁵⁷. Bu bulgular diğer araştırmacıları desteklemektedir. Söz konusu araştırmacılar bir insanın tercih edilmesinde benzer ifadeler kullanılmasını “tencere yuvarlanmış kapağını bulmuş” şeklinde ifade etmektedir⁵⁸. Bu yazarlara göre diğerlerinin farkı temel bir korkudur ve işyeri kültüründe önemli bir fark yoktur. Bu işyerlerinde “Bana benzemiyorsun, benim gibi giyinmiyorsun, benim gibi düşünmüyorsun; bu yüzden seni anlamak ve bilmek istemiyorum.” şeklinde bir duygu bulunmaktadır⁵⁹.

SONUÇ

Bu makale, mağdur veya failin kişilik özelliklerinden ziyade mobbing davranışının işyerinde yıkıcı ve zehirli bir semptom olduğunu ortaya koymuştur. Söz konusu çalışma, Avusturya genelinde işinden ayrılmak zorunda kalan 212 kamu sektörü çalışanının deneyimi üzerine ortaya konulmuştur. Mobbing davranışları, dedikodu ve söylentinin yayılması, haksız anlamalar ve suçlamaları içermekte ve kamu sektörü kültüründe bozulmanın bir semptomu olarak tanımlanmaktadır. Bir bulgu, birim içindeki çeşitli inceleme ve soruşturma komisyonları ile uyumsuz değildir⁶⁰.

Kamu sektörü kültürünü geliştirme çabalarına rağmen işgücü çeşitliliği, eşit istihdam fırsatı programları ve işyerinde zorbalık politikalarının tanıtımı gibi beklentileri karşılayan politikalar uygulamada nadiren görülmektedir. Söz konusu çalışma, bu hususu vurgulamaktadır. Aksine davranış kuralları olmasına rağmen bu çalışma, suçlama ve günah keçisi bulma kültürünü, ayrımcılığı, işçi alımlarında liyakat eksikliğini ve bozuk soruşturma süreçleri ile adil muameleden mahrumiyeti tanımlamıştır. Yaklaşık 20 yıllık bir uygulamadan sonra bazı eşit istihdam fırsatı ve işgücü çeşitliliği programlarının önemli organizasyonel değişiklikleri tanıtımda başarılı olamadığını göstermiştir⁶¹.

Yüksek oranda personel değişimi ve hareketi, kamu sektöründeki kararsızlık, artan siyasallaşma, devam eden yeniden yapılandırma ve iş güvensizliği bazı araştırmacılar tarafından kültürel değişikliğin başarısı için zararlı bulunmuştur⁶².

Sistemi geliştirmek için yapılanları sürdürme çabaları devam ederken, stratejiler de, iş yerinde mobbingin önlenmesi ile şikâyetlerin ele alınması için adil ve kesin süreçlere ilişkin kuralların uygulanmasını teşvik etmelidir⁶³. İş yerinde mobbing davranışlarını azaltmak için, kültür, din, politika, cinsel yönelim ve medeni duruma bakmaksızın tüm işçiler için saygı kültürünü yerleştirmeye karar vermek gerekir. Bu çalışma, mobbingin etkili bir şekilde ele alınması için, politikalara bağlılığın yenilenmesini ve daha da önemlisi bu politikaların uygulanmasını, istihdamda dürüstlüğü ve adaletin kurulmasını gerekli görmüştür. Sistemde iyi uygulama politikalarına ilişkin örnekler ve programlar bulunmasına rağmen politika veya programları zayıflatmak için dışlayıcı hükümler ya da bazı muafiyetler yasal olarak uygulanamaz. Örneğin, Queensland'da bulunan İşyeri Tacizi Danışma Desteği, zorbalık ve mobbing davranışlarını tasvip etmemekle birlikte "makul yönetim hareketlerini (ya da eylemleri)" bundan ayrı tutmaktadır.

Ahlaki ve etik açıdan makul yönetim faaliyeti içinde yer almayan şüpheli davranışların kapsamı iş mahkemesi sistemi bulunan bazı yerlerde çok tartışmalı bir konudur⁶⁴. Çok sık tartışılmamasına rağmen psikolojik zararların tazmini, iş mahkemeleri tarafından belirlenen davranışların makul yönetim faaliyeti olup olmadığına bağlıdır⁶⁵. Makul yönetim faaliyetlerinin kapsamı, politika ve prosedürler içinde muafıttır. Bu nedenle etkin bir şekilde göz yumma işyerinde mobbing davranışlarını sürdürür. Bir taraftan prosedür, politika ve davranış kurallarında kabul edilemez davranışlar yasaklanmış gibi görünürken diğer taraftan uygulamada biraz görünmektedir.

DİPNOTLAR

1 Griffith University, Brisbane, (Linda.Shallcross@griffith.edu.au), (S.Ramsay@griffith.edu.au), (M.Barker@griffith.edu.au).

- 2 Bu yazı "NZJHRM 2010 General Issue, 10(1), 27-28"de hakemli makale olarak yayımlanmıştır. Söz konusu makalenin orijinal metnine <http://eprints.qut.edu.au/43892/> adresinden ulaşmak mümkündür. Kaynak; Shallcross, L., Ramsay, S., & Barker, M. (2010). A Proactive Response to the Mobbing Problem: A Guide for HR Managers, *New Zealand Journal of Human Resources Management (NZJHRM)*. Vol. 10. no. 1, pp 27-37." şeklindedir. Çok değerli yazarlara çeviri için vermiş oldukları izinden dolayı çok teşekkür ediyorum.
- 3 Davenport, Distler-Schwartz ve Pursell-Elliott, 1999; Shallcross, Sheehan ve Ramsay, 2009; Westhues, 2002.
- 4 Post Traumatic Stress Disorder (çevirmenin notu).
- 5 Westhues, 2006.
- 6 Leymann, 1996: 172-173.
- 7 Hockley, 2002; Vickers, 2006; Meglich-Sespico, Faley ve Erdos-Knapp, 2007.
- 8 Chappell ve Di Martino, 2001.
- 9 Shallcross vd, 2008.
- 10 Zapf ve Leymann, 1996.
- 11 Groeblichhoff ve Becker, 1996; Zapf ve Leymann, 1996.
- 12 Davenport vd, 1999; Zapf ve Leymann, 1996.
- 13 Davenport vd, 1999.
- 14 Zapf ve Einarsen, 2005.
- 15 Leymann, 1996; Schuster, 1996.
- 16 Örnek için bkz. Robinson, 2000.
- 17 Davenport vd, 1999.
- 18 Fox ve Spector, 2005.
- 19 Zapf ve Einarsen, 2003.
- 20 Van-Gramberg ve Teicher, 2006.
- 21 Meglich-Sespico, Faley ve Erdos-Knapp, 2007; Vickers, 2006.
- 22 Breed, 2001; Farrington, 2007; Meglich-Sespico vd, 2007; Zapf ve Einarsen, 2005.
- 23 Breed, 2001; Farrington, 2007; Meglich-Sespico vd, 2007; Zapf ve Einarsen, 2005.
- 24 Westhues, 2002.
- 25 Hockley, 2002.
- 26 Kurland ve Pelled, 2000: 430.
- 27 Brown ve Napier, 2006.
- 28 Michelson ve Mouly, 2000: 339.
- 29 Hockley, 2002.
- 30 Namie, 2000.
- 31 Davenport vd, 1999; Einarsen vd, 2003; Leymann ve Gustaffson, 1996; Zapf, 1999.
- 32 Zapf ve Einarsen, 2003.
- 33 McCarthy, 2000.

- 34 Scutt, 2004b; Westhues, 2006.
- 35 Aralıklarla tekrarlayan veya tekrarlanan (Çevirmenin notu).
- 36 Flick, 2000.
- 37 Tokenizm: Ancak sembolik olarak bir reformu yerine getirme (Çevirmenin notu).
- 38 Forster, 2005: 56.
- 39 Örnek için bkz. Scutt, 2004a.
- 40 Lewis ve Gunn, 2007.
- 41 Örnekler için bkz. Davies, 2005; Forster, 2005; Morris, 2005; Scutt, 2004a.
- 42 Gerson, Woodside ve Opatow, 2005; Keashly ve Jagatic, 2003.
- 43 Sutter, 2000.
- 44 McCarthy, 2003.
- 45 McCarthy, 2003: 242.
- 46 Griffiths, 2005.
- 47 Hunter, 2004: 145.
- 48 Doneman, 2003:1.
- 49 Hunter, 2004.
- 50 Hunter, 2004:152-153.
- 51 Coyne, Seigne ve Randall, 2000; Randall, 2001; Zapf ve Einarsen, 2003.
- 52 McCarthy, 2000.
- 53 Davenport vd, 1999; Westhues, 2002; Zapf, 1999.
- 54 Davenport vd, 1999; Einarsen vd, 2003; Leymann ve Gustaffson, 1996; Zapf, 1999.
- 55 Hunter, 2004.
- 56 Yamada, 2000.
- 57 Elliott & Kirk, 2006.
- 58 Stephenson ve Lewin, 1996.
- 59 Stephenson ve Lewin, 1996:195.
- 60 Örnek için bkz. Davies, 2005; Forster, 2005; Morris, 2005.
- 61 Mor-Barak, 2000; Naff ve Kellough, 2003.
- 62 Colley, 2001; Hunter, 2004; Spry, 2000.
- 63 Örnek için bkz. WorkSafe Victoria, 2003.
- 64 O'Sullivan, 2005.
- 65 Calvey ve Jansz, 2005.

KAYNAKLAR

- Breed, C. (2001). Cultures of secrecy, abuse and bullying: Paradoxes in religious organisations, families and social networks. In P. McCarthy, J. Rylance, R. Bennett & H. Zimmerman (Eds.), *Bullying: From backyard to boardroom* (2nd ed., pp. 44-53). Sydney: Federation Press.
- Brown, M., & Napier, A. (2006). Knowledge transfer and rumour: Have we missed something? [Electronic Version], 2006. Retrieved 15 February 2007, from <http://pascalfroisart.online.fr/3-cache/2004-brown-napier.pdf>.
- Calvey, J., & Jansz, J. (2005). Women's experience of the workers compensation system. *Australian Journal of Social Issues*, 40(2), 285-312.
- Colley, L. (2001). Approaches to the merit principle in Queensland public service recruitment 1859-2000: From rich and dumb to gender discrimination to politicisation. *Australian Journal of Public Administration*, 60 (1), 9-20.
- Coyne, I., Seigne, E., & Randall, P. (2000). Predicting workplace victim status from personality. *European Journal of Work & Organizational Psychology*, 9(3).
- Davenport, N., Distler-Schwartz, R., & Pursell-Elliott, G. (1999). *Mobbing: Emotional abuse in the American workplace*. Ames, IA: Civil Society Publishing.
- Davies, G. (2005). Queensland public hospitals commission of inquiry. Retrieved 28 September 2005. from www.qphci.qld.gov.au/.
- Doneman, P. (2003). Sobs start fateful trip [Electronic Version]. *The Brisbane Courier Mail*, 1. Retrieved 13 September 2007, from Australia New Zealand Reference Centre: Accession Number 200306051001995522
- Elliott, J., & Kirk, J. (2006). Older staff sacked in race to beat age discrimination law. *The Sunday Times*.
- Farrington, E. (2007). Hierarchical dysfunction and mobbing in the academy [Electronic Version]. *Women in Higher Education*, 15, 35-36. Retrieved 14 May from [www.wihe.com/\\$spindb.query.showwhat2.wihe.80](http://www.wihe.com/$spindb.query.showwhat2.wihe.80)
- Forster, P. (2005). Queensland health systems review: Final report. Retrieved. from www.health.qld.gov.au/health_sys_review/final/default.asp.
- Fox, S., & Spector, P. E. (2005). Counterproductive work behavior: Investigations of actors and targets.: American Psychological Association.
- Gerson, J., Woodside, S., & Opatow, S. (2005). From moral exclusion to moral inclusion: Theory for teaching peace. *Theory into Practice*, 44(4), 303-314.
- Griffiths, C. (2005, June 28). I'm a victim of mob justice. *The Courier Mail*.
- Hockley, C. (2002). *Silent hell : Workplace violence & bullying*. Norwood, South Australia: Peacock Press.
- Hunter, R. (2004). Fear and loathing in the sunshine state. *Australian Feminist Studies*, 19(44), 145-157.
- Keashly, L., & Jagatic, K. (2003). By any other name: American perspectives on workplace bullying. In S. Einarsen, H. Hoel, D. Zapf & C. Cooper (Eds.), *Bullying and emotional abuse in the workplace: International perspectives in research and practice* (pp. 31-61). London & New York: Taylor & Francis.
- Kurland, N., & Pelled, L. (2000). Passing the word: Toward a model of gossip and power in the workplace. *The Academy of Management Review*, 25(2), 428-438.
- Lewis, D., & Gunn, R. (2007). Workplace bullying in the public sector: Understanding the racial dimension. *Public Administration: An international quarterly*, 85(3), 641-665.
- Leymann, H. (1996). The content and development of

mobbing at work. *European Journal of Work & Organizational Psychology*, 5(2), 165-184.

- Meglich-Sespico, P., Faley, R., & Erdos-Knapp, D. (2007). Relief and redress for targets of workplace bullying [Electronic Version]. Springer Science + Business Media, LLC 2007.
- Michelson, G., & Mouly, S. (2000). Rumour and gossip in organisations: a conceptual study [Electronic Version]. *Management Decision*, 38, 339-346. Retrieved September 9, 2007, from ABI/INFORM Global database, Document ID: 115922937.
- Mor-Barak, M. (2000). Beyond affirmative action: Toward a model of diversity and organizational inclusion. *Administration in Social Work*, 23(3,4), 47.
- Morris, A. (2005). Bundaberg hospital commission of inquiry. Retrieved from www.thepremier.qld.gov.au/library/pdf/BHCI_interim_report_10_06_05.pdf
- Naff, K. C., & Kellough, J. E. (2003). Ensuring employment equity: Are federal diversity programs making a difference? *International Journal of Public Administration*, 26(12), 1307.
- Namie, G. (2000). US hostile workplace survey 2000 [Electronic Version], from <http://bullyinginstitute.org/home/twd/bb/res/surv2000.html>
- O'Sullivan, P. (2005, August 23). Termination of employment in the public service: Learnings from a case study and 10 practical tips on disciplining public servants. Paper presented at the Legal Seminar, Brisbane.
- Prevention of workplace harassment advisory standard. (2004). Brisbane: Queensland Governmento. Document Number).
- Randall, P. (2001). *Bullying in adulthood: assessing the bullies and their victims*. Hove, England & New York: Brunner- Routledge & Taylor & Francis.
- Robinson, P. (2000, October 11). Bullying bosses: 'causing stress'. *The Age*, p. 1.
- Schuster, B. (1996). Rejection, exclusion, and harassment at work and in schools. *European Psychologist*, 1(4), 293-309.
- Scutt, J. (2004a). Celebrating difference, embracing equality: Fifth annual report 2003-2004. Hobart: Department of Justice, Tasmanian Government.
- Scutt, J. (2004b, October 16). Mediocrity and the 'no change' principle: A recipe for mobbing Paper presented at the Workplace mobbing conference, Brisbane, Australia.
- Shallcross, L., Sheehan, M., & Ramsay, S. (2009). Counterproductive forces at work: Challenges faced by skilled migrant jobseekers. *International Journal of Organisational Behaviour*. *International Journal of Organisational Behaviour*, 13(2), 110-121.
- Spry, M. (2000). Senior public servants, political discrimination and dismissals. *Australian Journal of Public Administration*, 59(2), 95-101.
- Stephenson, K., & Lewin, D. (1996). Managing workforce diversity: macro and micro level HR implications of network analysis. *International Journal of Manpower*, Vol. 17(4/5), 168-197.
- Van-Gramberg, B., & Teicher, J. (2006). Managing neutrality and impartiality in workplace conflict resolution: The dilemma of the HR manager *Asia Pacific Journal of Human Resources*, 44(2), 197-210.
- Vickers, M. (2006). Towards employee wellness: Rethinking bullying paradoxes and masks. *Journal of Employee Responsibilities and Rights* (18), 267-281.
- Westhues, K. (2002). At the mercy of the MOB. *OH & S Canada*, 18(8), 30-34.
- Westhues, K. (2006). Breaking the covenant: Who gets mobbed? Going postal. In *The envy of excellence: Administrative mobbing of high-achieving professors* (pp. 516). New York: Edwin Mellen Press.
- WorkSafe Victoria. (2003). Prevention of bullying and violence at work: guidance note. Melbourne: WorkSafe Victoria.
- Yamada, D. (2000). The Phenomenon of 'Workplace Bullying' and the Need for Status-Blind Hostile Work Environment Protection. *Georgetown Law Journal*, 88(3), 475-536.
- Zapf, D. (1999). Organisational, work group related and personal causes of mobbing/bullying at work. *International Journal of Manpower*, 20(1/2), 70-85.
- Zapf, D., & Einarsen, S. (2003). Individual antecedents of bullying: victims and perpetrators. In S. Einarsen, H. Hoel, D. Zapf & C. Cooper (Eds.), *Bullying and emotional abuse in the workplace: international perspectives in research and practice* (pp. 165-184). London: Taylor & Francis.
- Zapf, D., & Einarsen, S. (2005). Mobbing at work: Escalated conflicts in organizations. In S. Fox & P. Spector (Eds.), *Counterproductive work behaviour: Investigations of actors and targets* (pp. 237-270). Washington, DC: American Psychological Association.
- Zapf, D., & Leymann, H. (1996). Mobbing and victimization at work *European Journal of Work & Organizational Psychology*, 5 (2), 209-322.

ABONELİK SİSTEMİ

“MESS Akıllı Kitap-İş Güvencesi”



4857 sayılı İş Kanunu'nun iş güvencesi ile ilgili hükümlerinin içeriğine ve uygulanmasına yönelik bilgiler ile yerli ve yabancı mahkeme kararlarına yer verilen “MESS Akıllı Kitap-İş Güvencesi” adlı yayıncımız, çalışma yaşamında yaşanan gelişmeleri yakından takip ederek kullanıcılarına yeni bilgileri zamanında ulaştırmayı hedeflemektedir. Bu nedenle, güncel bilgileri içeren föyler “MESS Akıllı Kitap-İş Güvencesi” abonelerine düzenli olarak gönderilmektedir.

MESS Akıllı Kitap-İş Güvencesi'ne abone olabilmek için formu doldurup, MESS Merkez adresimize posta veya faks yoluyla gönderebilirsiniz.

“MESS Akıllı Kitap-İş Güvencesi” Abonelik Formu

Ad/Soyad :

Adres :

Tel. :

Faks :

e-posta :

İmza :

MESS Akıllı Kitap-İş Güvencesi'ne abone olmak istiyorum:

Maliyet bedelini ödedim. Makbuz ektedir.

İletişim bilgileri değişikliklerini 7 gün içinde MESS Merkezine posta veya faks yoluyla iletiniz.

MESS Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası İktisadi İşletmesi

Merkez Mahallesi Geçit Sokak No: 2 34381 Şişli/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.)

Seçkin bir yaşam için
size özel ödeme seçenekleri

VAKIFBANK SARI PANJUR'DA



M E S S

TÜRKİYE
METAL SANAYİCİLERİ
SENDİKASI

MERKEZ

Merkez Mahallesi Geçit Sokak No: 2
34381 Şişli / İSTANBUL
Tel: (212) 232 01 04 (pbx) Faks: (212) 241 76 19
e-posta: mess@mess.org.tr - www.mess.org.tr

ANKARA BÖLGE TEMSİLCİLİĞİ

Beştepeler Mahallesi Nergis Sokak
Via Tower No: 7B/6 D: 10
06330 Yeni Mahalle / ANKARA
Tel: (312) 219 10 80 (pbx) Faks: (312) 219 18 50
e-posta: ankara@mess.org.tr - www.mess.org.tr

BURSA BÖLGE TEMSİLCİLİĞİ

Çekirge Mahallesi Çekirge Caddesi
İntam İş Merkezi No: 101/4 D: 401
16265 Osmangazi / BURSA
Tel: (224) 236 38 62 - 236 38 86 Faks: (224) 236 98 94
e-posta: bursa@mess.org.tr - www.mess.org.tr

İZMİR BÖLGE TEMSİLCİLİĞİ

Akdeniz Mahallesi Şehit Fethi Bey Caddesi
Heris Tower No: 55/6 D: 61
35210 Konak / İZMİR
Tel: (232) 482 25 70 (pbx) Faks: (232) 484 45 80
e-posta: izmir@mess.org.tr - www.mess.org.tr

ISSN 1300-8625