

SİCİL

İŞ HUKUKU DERGİSİ

MART '13 • Yıl 8 • Sayı 29

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

Av. Mesut ULUSOY

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

ISSN 1306-6153

Baskı Tarihi

27 Mart 2013

M E S S**Türkiye Metal Sanayicileri
Sendikası**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

Görüşler yazarlara aittir.
Kaynak gösterilerek alıntı
yapılabilir.**BİREYSEL İŞ HUKUKU***İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi* 5
Prof. Dr. Erol AKI*İş Sağlığı ve Güvenliği Kurullarının Kuruluş ve İşleyişi* 13
Prof. Dr. Tankut CENTEL*İşyeri Devrinin, Türk Ticaret Kanunu m.178 ve İş Kanunu m.6 Hükümleri Çerçevesinde
İş İlişkilerine Etkisi* 24
Prof. Dr. E. Tuncay Kaplan SENYEN*İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetlerinde Devlet Desteği* 40
Prof. Dr. Ercan AKYİĞİT*6331 Sayılı Kanun'un İş Sağlığı ve Güvenliği Anlayışı ve
Risklerden Korunma İlkelerinin (m.5) İşlevi* 61
Yrd. Doç. Dr. Mahmut KABAKCI*İşçinin İşe Başlatılmamasının Fesih Olarak Değerlendirilmesi Sorunu* 77
Şahin ÇİL*İşe İade Davalarında İhtiyati Tedbir Yoluyla veya Duruşma Açılmadan İşe İadeye
Karar Verilip Verilemeyeceği Meselesi* 98
Durmuş ÖZCAN**KARAR İNCELEMELERİ***İş Güvencesi Koşulu Olarak Altı Aylık Sürenin Hesaplanmasında
"Birleştirilmenin" Değerlendirilmesi* 108
Doç. Dr. Serkan ODAMAN*Geçersiz Fesih ve İşe İade Davalarında, Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin
Bulunduğu Durumlarda Davalı Yönünden Şekli Bakımdan Mecburi Dava Arkadaşlığı* . 115
Yrd. Doç. Dr. İştah (Urhanoglu) CENGİZ*İşe İade Kararı Sonrasında İşe Başlatılma Kavramı ve Koşulları* 122
Av. Derya KARADEMİR**TOPLU İŞ HUKUKU***İnsan Haklarına İlişkin Uluslararası Çalışma Sözleşmeleri Işığında Türk Hukukunda
Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakları* 135
Prof. Dr. Metin KUTAL*İşyeri Sendika Temsilcisinin Güvencesi* 145
Prof. Dr. Fevzi ŞAHLANAN*Kamu Çalışanları Toplu Sözleşme Hakkı ve Toplu Sözleşme Görüşmelerine İlişkin
Değerlendirme* 151
Doç. Dr. Aydın BAŞBUĞ

KARAR İNCELEMESİ

Toplu İş Sözleşmesinden Doğan Alacaklarda Temerrüt Faizi 159
Doç. Dr. H. İbrahim SARIOĞLU

SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU

Kamu İdarelerinde Çalışanların Sigortalı Sayılma Koşulları 169
Resul ASLANKÖYLÜ

Yapı Denetim Kuruluşlarının, İş Kazalarından Doğan Tazminat Sorumluluğu 177
Dr. Halil YILMAZ

Yargı Kararları Işığında 5510 Sayılı Yasa'nın 56/Son Maddesi Boşandığı Eşiyle Birlikte Yaşayanın Gelir ve Aylığının Kesilmesi İncelemesi 192
Halil ÖZDEMİR

Sigortalılık Süreleri ile 18 Yaş Altında Geçen Hizmetlerin Değerlendirilmesi 207
Murat UĞUR

MALİ HUKUK

İşverenlerin İşçilere Yaptıkları Ödemelerin Gelir Vergisi Kanunu ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Karşısındaki Durumu 215
Turgut ÖZCAN

ÇALIŞMA CEZA HUKUKU

6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda İdari Para Cezaları 231
Arş. Gör. Pelin PULAT

İş ve Çalışma Hürriyetinin İblali Suçu Çerçevesinde Mobbing 248
Av. Okay SADAY

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU

Avrupa Birliği'nde Mesleki Anlamda Ödünç Çalışma İlişkisi ve Türkiye için Değerlendirmeler 253
Prof. Dr. Alpay HEKİMLER

KARAR İNCELEMESİ

Masrafları İşveren Tarafından Karşılanan Havayoluyla Gerçekleşen İş Amaçlı Seyahatlerden Kazanılan Mil Puanlar Kime Aittir? 266
Av. Vahap ÜNLÜ



Geç gelen adalet, adalet değildir!

Ülkemizde mahkemelerin üzerindeki iş yükünün ağırlığı bilinen bir gerçektir. Mahkemelerin ve Yargıtay'ın iş yükü, 4857 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle, özellikle fesih geçersizliğine dayanan davaların -diğer bir deyişle işe iade davalarının- açılmasıyla birlikte daha da artmış ve bu durum, ciddi bir tıkanıklığa ve yargı üzerinde yoğun bir baskıya yol açmıştır. İş yükünün artması, davaların sonuçlandırılmasını geciktirmekte, bu da adaletin geç gelmesi anlamına gelmektedir. Resmi verilere göre; temel görevi iş hukuku olan Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 2013 yılına devir eden dosya sayısı 44.021, yine temel görevi iş hukuku olan Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin 2013 yılına devir eden dosya sayısı ise 10.089 olmuştur. 2013 yılı itibarıyla Yargıtay 7. Hukuk Dairesi de, her iki Daire'ye ilave olarak iş hukukuna ilişkin dosyaları paylaşacaktır.

Yargıdaki iş yükünü artıran nedenlerden birisi de, İş Kanunu'ndaki hükümlerin yetersiz olması ve uygulanabilirliğinin olmamasıdır. Örneğin; 4857 sayılı İş Kanunu'nun "Fesih Bildirimine İtiraz ve Usulü" başlıklı 20. maddesinde, iş sözleşmesinin feshine itiraz halinde, tarafların anlaşması durumunda uyuşmazlığın aynı sürede özel bakeme götürülebileceği düzenlenmiş, söz konusu bu hükümün gerekçesi olarak ise iş mahkemelerinin çok fazla olan dava yükü gösterilmiştir. Ancak aynı maddenin son fıkrasında yer alan özel bakemin oluşumu, çalışma esas ve usullerinin çıkarılacak bir yönetmelikle belirleneceğine dair düzenleme, Anayasa Mahkemesi'nce ip-

tal edilmiştir. Söz konusu düzenleme uyarınca ilgili maddeden doğan ve özel bakeme götürülen uyuşmazlık sayısı yok denecek kadar azdır. Öte yandan İş Kanunu'nda açık bir hüküm olmamakla birlikte, Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlarla şekillenen ve artık yerleşmiş içtihat haline gelen bazı hususlar ise iş güvencesinin amaçlarıyla bağdaşmamaktadır ve bunlar artık gerek öğreti gerekse Yargıtay tarafından tartışılmaya başlanmıştır.

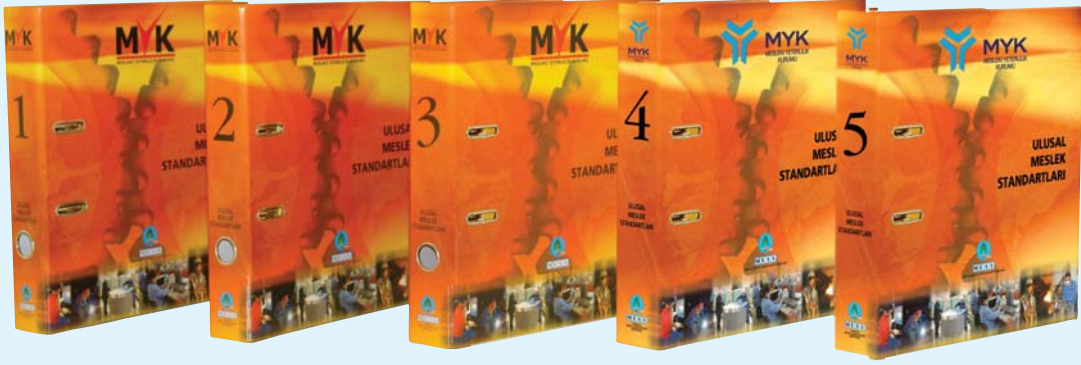
Dergimizin 29. sayısındaki bazı konu başlıklarımız şöyle: işyeri devrinin iş sözleşmelerine etkisi, iş sağlığı ve güvenliği kurullarının kuruluş ve işleyişi, işçinin işe başlatılmamasının fesih olarak değerlendirilmesi sorunu, işyeri devrinin Türk Ticaret Kanunu m. 178 ve İş Kanunu m. 6 hükümleri çerçevesinde iş ilişkilerine etkisi, işe iade davalarında ihtiyatî tedbir yoluyla veya duruşma açılmadan işe iadeye karar verilip verilemeyeceği meselesi, işyeri sendika temsilcisinin güvencesi, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda idari para cezaları, Avrupa Birliği'nde mesleki anlamda ödünç çalışma ilişkisi ve Türkiye için değerlendirmeler, insan haklarına ilişkin Uluslararası Çalışma Sözleşmeleri ışığında Türk hukukunda örgütlenme ve toplu pazarlık hakları.

Gündemi takip eden makaleler ve karar incelemelerinin yer aldığı dergimizin 29. sayısını siz değerli okuyucularımızın bilgilerine sunarız.

Saygılarımla,
Av. İsmet Sipahi

Ulusal Meslek Standartları

Ulusal Meslek Standartları sektörün ihtiyacı olan nitelikli işgücüne erişimi hızlandıracak.



Metal Sanayisinde 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.

Bugüne kadar Sendikamızın hazırladığı toplam 63 Ulusal Meslek Standardı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiş bulunuyor. Sendikamız MESS, Ulusal Meslek Standartları'nın ulaşılabilirliğini artırmak ve arşivlenmesini kolaylaştırmak amacıyla yayımlanan standartları ilgili tüm kurum ve kuruluşlar ile sosyal paydaşlara dağıttı. Sendikamız, meslek standartlarının hazırlanması alanındaki çalışmalarını sektörün önde gelen temsilcileri olan üyeleri ile eşgüdümlü olarak sürdürüyor.

Yayın Talebi İletişim:

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. Erol AKI

Emekli Öğretim Üyesi

İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi

İşyeri devirlerinin iş sözleşmelerine etkileri, iş ilişkileri geliştikçe yeni örneklerle tekrar gündeme gelmekte; bu konuda açılan davalar nedeniyle gerek mahkemeler gerekse Yargıtay hukuki açıdan çözüm aramakta; hukukçular da ortaya çıkan sorunlara teorik yorumları ile çözüm önerileri sunmaktadırlar.

Biz de bu incelememizde işyeri devirlerini ve bu devirlerin iş sözleşmelerini nasıl etkilediğini, işçi ve işverenlerin tutumlarını, mahkemelerin kararlarını ve doktrinin tavsiyeleri ile nihayet kendi görüşlerimizi ortaya koymaya çalışacağız.

1- İŞYERİNİN DEVRİ

Hukukumuzda 1475 sayılı İş Kanunu'nun yürürlükte bulunduğu dönemde işyeri devrinin, işverenin değişmesi konusu ile birlikte incelendiği görülmektedir¹. 4857 sayılı yeni İş Kanunu'nun "işyerinin devri" konusunu ayrı bir madde halinde ele almasından sonra işyeri devri, hukuken üzerinde daha çok tartışılan bir konu haline gelmiştir. Her işyeri

devrinin işverenin şahsında değişiklik yaratmasına karşılık, her işveren değişikliğinde mutlaka işyerinin de devri söz konusu olmayabilir. Örneğin işyeri sahibi olan bir ticaret şirketinin tür değiştirmesi, bir ticari şirketin diğer bir şirkete katılması, bir ticari şirketin ortağı olan diğer bir şirketin ortaklıktan ayrılması işyeri devrini gerektirmeyebilir. Ancak bir işyeri devri her zaman işveren değişikliğini de beraberinde gündeme getirmektedir. Diğer yandan işyerinin mülkiyetinin başkasına geçmesini gerektirmeyen işveren değişiklikleri de vardır. Örneğin bir işyerinin kiralınması veya intifa hakkı kurulması hallerinde mülkiyet kiralayanda kalmak üzere işyerinde mal ve hizmet üretimi yapan kiracı ya da intifa hakkı sahibi hukuken o işyerinin işvereni konumuna gelmektedir.

Bir özel işyerinin devletleştirilmesi ya da bir kamu işyerinin özelleştirilmesi, bir işyerinin cebri icra yoluyla satışı, işyerinin hukuki bir işlemle satışı veya bir bölümünün alt işverene verilmesi gibi işveren değişikliği ile

ilgili daha başka örnekler de verilebilir.

İşyerinin bir başkasına devri, işçi ve işverenlerin devir nedeniyle hak ve borçları, devir eden ve devir alan işverenlerin sorumlulukları konuları ilk kez 22 Mayıs 2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun "İşyerinin veya bir bölümünün devri" başlığı altındaki 6'ncı maddesinde oldukça ayrıntılı olarak ele alınmıştır². Bundan önce yürürlükte bulunan 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinde iş sözleşmesi feshedilen işçinin tazminata esas olacak kıdeminin belirlenmesinde, "İşyerinin devir veya intikali yahut herhangi bir suretle bir işverenden başka bir işverene geçmesi" halinde işçinin kıdeminin, işyeri veya işyerlerindeki hizmet akitleri sürelerinin toplamı üzerinden hesaplanacağı belirtilmişti. Bu alanda ortaya çıkan uyuşmazlıklar gerek doktrin gerekse yargı kararları ile Borçlar Kanunu'nun "Bir mamelekin veya bir işletmenin devralınması" hakkındaki 179 ve "Bir işletmenin diğeriyle birleşmesi ve şeklini değiştirmesi" ile ilgili 180. maddeleri ile 320 ve 347. maddelerinden de yararlanılmak suretiyle doldurulmaya çalışılmıştır³.

İş Kanunu'nun altıncı maddesinin birinci fıkrasında; işyeri veya işyerinin bir bölümü, hukuki bir işlemle başkasına devredildiğinde, devir tarihinde mevcut iş sözleşmelerinin, bütün hak ve borçları ile birlikte devir alana geçeceği bildirilmektedir. İşyerinin devri, herhangi bir taşınmaz malın satım, kiralama vd. herhangi bir hukuki tasarrufla başkasına devrinden farklıdır. Çünkü her şeyden önce ortada İş Kanunu'nda yer alan tanıma uygun bir işyeri bulunmalıdır. Nitekim İş Kanunu'nun (İş K.) 2/1 maddesine göre; "İşveren tarafından mal ve hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime işyeri denir." Şu halde devir işlemine konu olan şeyin, öncelikle İş K.'nin anılan maddesinde belirtilen nitelikte bir işyeri olması gerekmektedir. Yoksa ileride işyeri olarak kullanılmaya elverişli yer olsa da, İş K. md.2/1'de yer alan tanıma uymayan taşınır veya taşınmazın, hukuki bir tasarruf ile başkasına devri, İş K.'nin altıncı maddesi anla-

mında bir işyeri devri sayılmayacaktır⁴. Çünkü İş K.'nin 2/1'inci maddesinde belirtilen işyeri kavramı, ancak belirli bir yerde mal ve hizmet üretimi yapan işçileri ile bütünleşerek anlam kazanmaktadır⁵.

O halde bir işveren işçilerinin tamamını İş Kanunu'nun 29. maddesi uyarınca toplu olarak işten çıkardıktan bir süre sonra fabrikasını satmış olsun. Bu durum, işyeri devri olmayıp, işyerinin kapatılıp mal ve hizmet üretimine son verildikten sonra fabrika binasının içindeki taşınır mallarla ya da boş olarak bir başka gerçek veya tüzel kişiye satılması anlamına gelecektir⁶. Böyle bir durumda devir alan gerçek ya da tüzel kişi işveren sıfatını kazanamaz. Buna karşılık işyerini işçileriyle birlikte bir bütün olarak devir alan kişi böylece, belki de ilk kez, işveren sıfatını kazanmış olurken, devreden kişi de, devrettiği işyeri bakımından işveren sıfatını yitirmiş olacaktır⁷.

Ayrıca İş K.'nin 6/5 maddesine göre; devreden veya devralan işverenler, işçilerin iş sözleşmelerini, sırf işyerinin veya bir bölümünün devrinden dolayı feshedemezler. Ayrıca işyerinin başka bir kişiye devir işlemi, işçi yönünden iş sözleşmesini haklı nedenle fesih sebebi oluşturmaz. Eğer işçi bu sebeple iş sözleşmesini feshederse, gerek devreden gerekse devralan işverenlerden kıdem tazminatı talep edemez. Ancak devir dışında kalan bir haklı sebebi varsa ve tazminata esas hizmet süresi de yeterliyse o takdirde kıdem tazminatı almaya hak kazanabilecektir.

Diğer taraftan bir işyerinde üretilen mal ve hizmet ile niteliği bakımından bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen işyerine bağlı yerler ile yemekhane, dinlenme, hasta muayene ve bakım odası, mesleki eğitim yeri, avlu gibi eklentiler ile işyeri araçları, işyerinden sayılmaktadır (md.2/2). O halde işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile asıl işyeri, işyeri organizasyonunun içinde yer almaktadır (md.2/3). İşyerinin bütünüyle devri, asıl işyeri ile birlikte işyerinden sayılan yerler ile eklentileri de içine alacaktır.

İş Kanunu, işyerinin yalnızca bir bölümünün devrini de mümkün görmektedir. İşyeri

İşyeri devirlerinin büyük çoğunluğu alım satım sözleşmesi ile gerçekleşmektedir.

maddi olan ve maddi olmayan unsurları ve işçileri ile bir bütündür. İşyerinin bir bölümünün devrinin mümkün olabilmesi herhalde devir konusu bölümün, bağımsız olarak mal ve hizmet üretimi yapabilecek bir işyeri özelliğine sahip olmasına bağlıdır. Bir başka deyişle işyerinin bir bölümü, işyerinin teknik amacını oluşturan mal ve hizmet üretiminin bir parçası niteliğinde, yaşayan bir organizma olmalıdır⁸. Bu nedenle asıl işyeri faaliyetini terk etmiş olsa bile bu durumun işyerinin bir bölümünün varlığına herhangi bir engel teşkil etmemesi gerekir. Aksi söz konusu olduğunda, işyeri devrinden değil ancak TBK. md.202 anlamında bir malvarlığının aktif ve pasifiyle birlikte devrinden söz edilebilecektir.

4857 sayılı İş Kanunu'ndan önce yürürlükte olan 1475 sayılı İş Kanunu, işyeri devri ile ilgili bir düzenlemeye yer vermediği için; o dönemde (yukarıda değinildiği üzere), işyeri devri konusunda 818 sayılı önceki Borçlar Kanunu'nun 179. maddesi hükmü uygulanmaktaydı⁹. Anılan maddeye göre; "Bir mameleki veya bir işletmeyi aktif ve pasifleriyle birlikte devralan kimse, bunu alacaklılara ihbar veya gazetelerde ilan ettiği tarihten itibaren mamelekin veya işletmenin borçlarından mesul olur." 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 202. maddesi, önceki 818 sayılı Kanun'un 179. maddesinin yerini almıştır. Maddenin birinci ve ikinci fıkralarına göre; "Bir malvarlığını veya bir işletmeyi aktif ve pasifleri ile birlikte devralan, bunu alacaklılara bildirdiği veya ticari işletmeler için Ticaret Sicili Gazetesi'nde, diğerleri için Türkiye genelinde dağıtım yapılan gazetelerden birinde yayımlanacak ilanla duyurduğu tarihten başlayarak, onlara karşı malvarlığındaki veya işletmedeki borçlardan sorumlu olur. Bununla birlikte, iki yıl süre-

le önceki borçlu da devralanla birlikte müteselsil borçlu olarak sorumlu kalır. Bu süre, muaccel borçlar için, bildirme veya duyuru tarihinden; daha sonra muaccel olacak borçlar için ise, muacceliyet tarihinden işlemeye başlar." Bildirme veya ilanla duyurma yükümlülüğü, devralan tarafından yerine getirilmedikçe, iki yıllık süre işlemeye başlamaz (TBK m. 202/4).

İş K. md. 2/1'e göre işyeri maddi ve maddi olmayan unsurlardan meydana gelmektedir. O halde işyeri devrinde bu iki unsurun birlikte devir edilmiş olması gereklidir. İşyerinin maddi olmayan unsurları ekonomik açıdan maddi unsurlardan daha değerli olsa bile, maddi unsurlar hariç tutularak bir işyeri devri elbette düşünülemez. Keza işçilerin sözleşmeleri feshedildikten sonra yapılan devir işlemi de 6. madde kapsamında bir işyeri devri sayılmayacaktır. O halde devirden önce ve devirden sonra işyerinde yürütülen faaliyetin aynı veya benzer nitelikte olması, tümüyle ya da ağırlıklı olarak devreden işverenin işçileriyle yapılması, aynı veya benzer müşterilere hitap etmesi¹⁰, böylece devir işleminden sonra da işyerinin faaliyetinin durmamış olması gerekir¹¹.

İşyeri devirlerinin büyük çoğunluğu alım satım sözleşmesi ile gerçekleşmektedir. Kanun hükmü uyarınca mal varlığının aktif ve pasifiyle tüm olarak mirasçılara intikali hariç olmak üzere, gerek idari veya yargı kararı ile olsun işyerinde işveren değişiklikleri birer hukuki işleme dayanmaktadır. Hukuki işlem bir kişinin ya da karşılıklı iki kişinin belirli bir hukuki sonucu doğurmak amacı ile iradelerini açıklamaları ve hukuk düzeninin de söz konusu hukuki sonucu, açıklanan irade veya iradelere bağlamasıyla gerçekleşmektedir¹².

İşyeri devri de, devreden ve devralan arasında gerçekleştirilen iki taraflı bir hukuki işlemidir. Yapılan hukuki işlemin her zaman satım sözleşmesine dayanması şart değildir. Yapılan hukuki işlemle işyerinin maddi varlığının, makine ve tesisatının mülkiyetinin yeni işveren üzerine intikal etmeden de işyeri devri mümkündür. Nitekim işyerinin

kiralanması halinde, kira konusu mecurun mülkiyeti kiraya verenden, kiracıya geçmektedir. Kiracı bu hukuki işlemle işveren sıfatını elde ederken, işyerini kiraya veren tarafın işverenlik sıfatı sona erer. Bu durumda kiraya verenin, kira ilişkisi devam ettiği süre içinde, kiracı tarafından çalıştırılan işyerinde iş sözleşmesiyle çalışan işçilere talimat verme, onları işten çıkarma veya işyerine yeni işçi alma gibi işverenlik hak ve yetkileri ve bu yetkilerin kullanılması ortadan kalkmış olmaktadır.

İş K.'nın 6/f.3 maddesine göre; bir hukuki işleme dayanarak işyerini devreden ile devralan taraflar devirden önce doğmuş olan ve işyerinin devri tarihinde ödenmesi gereken borçlardan birlikte sorumludurlar. Kanun devreden bu sorumluluğunu, devir tarihinden itibaren iki yıl süreyle sınırlı tutmuştur¹³. İş K.'nın bu maddesi ile ilgili gerekçede, bu hükmün AB Müktesebatına uyum sağlamak için konulduğu belirtilmiş ise de, işyerini devreden tarafın devir alanla birlikte devir tarihinden itibaren 2 yıl süre ile sınırlı olarak müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulmasındaki asıl amacın, alacaklıların haklarının korunmasına yönelik olduğunu düşünmekteyiz¹⁴.

İşyerinin bir bölümünün devri uygulamalarını yoğun olarak asıl işveren-alt işveren ilişkilerinde görmekteyiz. Bu ilişkide asıl işveren ile alt işveren arasında asgari iki ayrı sözleşme yapılmaktadır. Bunlardan biri, işyerinin bir bölümünün ve fiziki mekânın alt işverene devir ve teslimi hakkında olup bu sözleşmenin bir örneği, İş K. md.3 ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu md.11 uyarınca ilgili kurumlara yapılacak bildirimlere eklenecektir. Bu bildirimlerden birisi Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Bölge Müdürlüğü'ne, diğeri ise Sosyal Güvenlik Kurumu İl Müdürlüğü'ne verilmektedir. Tarafların yapacakları diğer sözleşme ise, işyerinin devredilen bölümünde alt işverenden yapması istenen işin ne olduğu, süresi, tarafların karşılıklı hak ve borçları, alt işverenlik sözleşmesi kapsamına girecek işçiler ve diğer ayrıntıları kapsayacaktır. Alt işve-

İşyeri devrinin o işyerinde çalışan işçilerin işçilikten doğan hak ve alacaklarını ne şekilde etkileyeceği İş K.'nın 6. maddesinde ele alınıp düzenlenmiş bulunmaktadır.

renin çalıştıracığı işçiler ile alt işveren arasında yeniden iş sözleşmesi yapılmasına gerek olmadan bu işçilerin asıl işveren ile yapılmış olan iş sözleşmeleri, kanun hükmü uyarınca doğrudan alt işverene intikal etmektedir. Bu nedenle devir sırasında bu işçilerin oluru almaya gerek kalmamaktadır.

Taraflar arasında yapılan bu sözleşmeler dolayısı ile asıl işveren tarafından işyerinin alt işverene devredilen bölümü ve işçiler üzerinde, asıl işveren olarak evvelce sahip olduğu hak ve yetkileri devir işlemiyle birlikte alt işverene geçecektir. Aksi söz konusu olduğunda yani asıl işverenin, işyerinin bir bölümünü alt işverene devretmesine rağmen işverenlik hak ve yetkilerinin devam ettiği bir durumda taşeronluk sözleşmesi muvazaa-lı duruma düşecektir. Bunun somut örnekleri, belediyeler tarafından, güvenlik hizmetleri hariç olmak üzere alt işverenlere devredilen diğer işlerde, işin yönetimine belediye yetkililerin doğrudan karıştıkları durumlarda açıkça görülmektedir¹⁵.

II- İŞYERİ DEVRİNİN İŞ SÖZLEŞMELERİ ÜZERİNDEKİ ETKİLERİ

İşyeri devrinin hükmü: İşyeri devrinin o işyerinde çalışan işçilerin işçilikten doğan hak ve alacaklarını ne şekilde etkileyeceği İş K.'nın 6. maddesinde ele alınıp düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu hükme göre bir işyerinin veya işyerinin bir bölümünün devrinde; devir tarihinde mevcut olan iş sözleşmeleri tüm hak ve borçlarıyla birlikte devralan işverene geçmektedir. Bunun için iş sözleşmelerinin devri konusunda, işçilerle taraflar arasında

buna dair ayrı bir işlem yapılmasına ihtiyaç yoktur. Başka bir ifadeyle işyerinin devriyle birlikte iş sözleşmelerinin de bütün hak ve borçları ile birlikte yeni işverene devri eski bir hukuki tabirle “hasbel kanun” yani kanun hükmü uyarınca kendiliğinden gerçekleşmektedir.

Devir tarihinden önce doğmuş olup devir tarihinde ödenmesi gereken borçlar bakımından devreden işveren ile devralan işverenin birlikte sorumlu oldukları ve devreden işverenin bu sorumluluğunun, devir tarihinden itibaren iki yıl süreyle sınırlı olduğu maddenin üçüncü fıkrasında bildirilmiştir. İşbu iki yıllık süre içinde işçi, önceki işveren yanında çalıştığı süre içinde hak kazanıp da alamamış olduğu haklarının aynı veya parasal karşılıklarını devreden ve devralan işverenlerin her ikisinden birlikte talep edebilecektir¹⁶.

Yıllık İzin Ücreti: İşçinin işyerindeki çalışma süresine bağlı olarak elde ettiği haklardan birisi de yıllık ücretli izin hakkıdır. İş K.’nın 53. maddesine göre işçinin yıllık izne hak kazanması için işe başladığı günden itibaren işyerinde en az bir yıl çalışmış olması gerekir. İşçi, yıllık izne hak kazandığı tarih üzerinden çalışarak bir tam yıl daha geçmeden ikinci yıl ücretli iznine hak kazanamaz (md.54). İşçi çalıştığı son yıla ait izin hakkını henüz elde etmeden işyeri devredilecek olursa, işçi izne hak kazanması için eksik kalan çalışma süresini, işyerini devir alan işverenin emrinde tamamladıktan sonra tekrar yıllık izin hakkını elde etmiş olacaktır. Çünkü işyerinin devri, işçinin iş sözleşmesini sona erdirmez. İşçinin, çalıştığı işyerini devralan işverenle, devir tarihinden sonra yeni bir iş sözleşmesi yapmasına gerek bulunmamaktadır. İşyerinin devriyle birlikte, devredilen işyerinde çalışmakta olan işçilerin iş sözleşmeleri, 6’ncı madde gereğince bütün hak ve borçları ile birlikte işyerini devralan işverene geçmiş olmaktadır.

Kıdem Tazminatı: Kıdem tazminatı bakımından devreden ve devralan işverenlerin sorumluluğu, İş K.’nın 120. maddesi uyarınca mülga 1475 sayılı İş Kanunu’nun halen yürürlükte olan 14. maddesi hükmüne göre şe-

killenecektir. Anılan maddeye göre işyerinin devri durumunda, iş sözleşmeleri devredilen işçilerin kıdemleri, o işyerinde devirden önce ve devirden sonra geçen hizmet akitleri sürelerinin toplamı üzerinden hesaplanacaktır. Ancak işyerini devreden işverenin sorumluluğu, işçiyi çalıştırdığı sürelerle ve devir esnasında işçinin aldığı ücret seviyesiyle sınırlı olacaktır.

İşyerini devir etmek isteyen işveren, önce çalışan kadrosundaki fazlalığı azaltarak satışı cazip hale getirdikten sonra işyerini devrederse, devirden önce işten çıkarılan işçilere karşı olan borçlar doğrudan devreden işvereni ilgilendirdiğinden, ödenmeyen kıdem tazminatından da kendisi sorumludur. Çünkü bu işçilerin iş sözleşmeleri bütün hak ve borçlarıyla birlikte devralan işverene intikal etmemiştir. 6. maddenin üçüncü fıkrasına göre işyerinin devri halinde ancak, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan her iki işverenin birlikte sorumluluğu söz konusudur.

İşyerini mevcut işçileri ile birlikte devreden işveren, bu işçilerden bazılarını daha önce işten çıkarıp tekrar işe almış olsun, bu işçilerin hak edip de henüz alamadıkları kıdem tazminatlarından ötürü sorumluluğu ne kadar devam edecektir? Diğer bir ifadeyle işyerini devreden işverenin İş K.’nın 6/3 maddesindeki hüküm uyarınca kıdem tazminatından doğan bu borçları, devir tarihi üzerinden iki yıl geçtikten sonra sona erecek midir? İş K.’nın 6. maddesi, mülga 1475 sayılı Kanun’un halen yürürlükte olan 14. maddesine göre genel nitelikte bir hükümdür. 1475 s. K.’nın 14. maddesi ise kıdem tazminatı hakkı ile ilgili özel bir hükümdür. Böyle bir durumda kural olarak yasanın özel hükmü, aynı konudaki genel hükümden önce uygulanacağından, devreden işverenin, kendi dönemi ve devir tarihinde işçinin almakta olduğu son ücreti üzerinden hesaplanacak kıdem tazminatından, zamanaşımı süresine bağlı olarak sorumluluğu söz konusu olacaktır. Yargıtay’ın da belirttiği gibi, 1475 s. K.’nın 14/2 maddesinde devreden işverenin sorumluluğu bakımından bir süre öngörülmemiş-

tir¹⁷. İşyerini devreden işveren, devir tarihinden önce işten çıkarıp tekrar işe aldığı işçileri bildirim süresine uymadan işten çıkarmış ve bildirim süresi ücretini de ödemişse, ihbar tazminatına dönüşen bu borçlardan her iki işveren, devir tarihinden itibaren 2 yıl süre içinde birlikte sorumlu olacaklardır.

Hizmet süresine bağlı olan diğer haklar: İş sözleşmesi uyarınca tarafların karşılıklı hak ve borçları, devirden sonra da aynen devam edeceğinden, hizmet süresine bağlı diğer haklar bakımından işyerinde işçinin önceki dönem çalışmasının her zaman göz önünde tutulması gerekecektir. Örneğin, fesih bildirim süresi ve bu süre içinde yer alan iş arama izni süreleri, işe iade davası açılabilmesi için aranan işyerinde en az çalışma süresi buna göre hesaplanacaktır. İşçilerin toplu iş sözleşmesine göre kademe ve derece ilerlemesi, işyerinde acemi işçilikten ustalık ve onun da üstü bir göreve yükselebilmek için aranan çalışma sürelerinin hesaplanmasında, işçinin devreden işverenin emrinde geçen hizmet süresi ile devralan işverenin yanındaki çalışma süresi birlikte göz önünde bulundurulacaktır.

Devir tarihinden sonra işten çıkarılan işçilerin ihbar tazminatlarından, ya da o tarihe kadar işçiye kullanılmamış olan yıllık izin ücretlerinden doğrudan devralan işverenin sorumlu olacağı konusunda bir duraksama söz konusu değildir.

İşyeri Uygulamaları: Önceki işveren döneminde ortaya konulup düzenli olarak tekrarlanan, işçilere ikramiye ödenmesi ve çeşitli sosyal yardımlar yapılması vb. işyeri uygulamaları birer iş koşulu haline gelmiş olacağından, işyeri devrinden sonra hem çalışanları hem de işyerini devralan işvereni bağlayacaktır¹⁸. İşyerinde işverenin değişmesi, devirden önce birer iş koşulu haline gelmiş olan işyeri uygulamalarının kaldırılmasını haklı kılmak bir hukuki neden değildir.

İşverenin Ölümü: İşverenin ölümü halinde, 4721 sayılı TMK'nın 599. maddesi uyarınca, maddi varlığı aktif ve pasifiyle bir bütün olarak mirasçılara intikal edeceğinden, eğer miras bırakanın mameleki arasında sa-

İş K.'nın 6/5 maddesine göre işyeri devri, iş sözleşmelerinin feshi anlamına gelmediği gibi işçi yönünden de haklı fesih nedeni oluşturmaz.

hip olduğu bir işyeri de varsa, bu işyeriyle ilgili tüm borçlarından (müteveffadan kalan miras payını red etmeyen), mirasçuları sorumlu olacaklardır.

İşverenin şahsında meydana gelen hukuki değişiklik: İşyeri önceden gerçek kişiler tarafından işletilmekte iken, daha sonra şirketleşmeye gidilmesi halinde işyerinde çalışmakta olan işçilerin iş sözleşmeleri, yeni kurulan şirket nezdinde aynen devam edecektir. Nitekim Yargıtay, işyerinin gerçek kişiler tarafından işletilmekte iken şirketleşmeye gidilmesini işyeri devri olarak kabul etmektedir. Yargıtay'a göre: "Öncelikle belirtmek gerekir ki, gerçek şahıs tarafından işletilen işyerinde işverenin de ortak olduğu bir şirket kurularak işyerinin yeni kurulan şirket tarafından işletilmeye başlanması halinde işçinin iş sözleşmesinin feshedildiği sonucuna varılması doğru değildir. Dairemizin kararlılık kazanmış olan uygulamasına göre bu tür bir ilişkide 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesinde sözü edilen işyeri devrinin kuralları uygulanmalıdır. İşyerinde çalışmakta olan işçilerin iş sözleşmeleri tüm haklarıyla birlikte devralan işverene geçeceğinden ve asıl önemlisi bir fesihten söz edilemeyeceğinden gerçek şahıs yanında geçen süre bakımından kıdem tazminatına dair hüküm kurulması doğru değildir. Somut olayda davacı işçinin gerçek şahıs ve ardından şirket yanında geçen hizmetleri, tazminat yönünden bir bütün olarak kabul edilmelidir."¹⁹

Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nun işletmeye el koyması: TMSF'nin kendi mevzuatına göre örneğin bir bankaya el koyması o banka yönetimine müdahale niteliğini taşımaktadır. Ancak böyle bir durumun İş K.'nin 6. maddesi bakımından işyeri devri sayılma-

sı mümkün olmasa da²⁰, eğer el koymadan sonra bankacılık faaliyeti yine de sürdürülüyorsa, o bankanın işyerlerinde çalışanların iş sözleşmeleri de devam edecektir. Buna karşılık tamamı kamuya ait bir işyerinin özelleştirme işlemi sonucu başka bir gerçek veya tüzel kişi işverene geçmesi işyeri devri olarak kabul edilebilecektir.

İş K.'nın 6/5 maddesine göre işyeri devri, iş sözleşmelerinin feshi anlamına gelmediği gibi işçi yönünden de haklı fesih nedeni oluşturmaz. Ancak işyerinin devrinden sonra örneğin çalışma koşulları eskiye kıyasla ağırlaşmış ve iş koşulları değiştirilmiş ise, işçi bu duruma itiraz ederek işverenden durumun düzeltilmesini isteyebilir. Bundan bir sonuç çıkmadığı takdirde işçi, iş sözleşmesini haklı sebeple feshederek şartları varsa tazminat talebinde bulunabilecektir.

İşyerinin bir bölümünün alt işverene devri: 4857 sayılı İş K.'nin 2/5 maddesinde: "Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir." Günümüzde pek çok işverenin, işyerinin bir bölümü hatta birkaç bölümünü alt işveren veya işverenlere devrettiklerine tanık olunmaktadır. İşyerinin devredilen bu bölümleri yukarıda belirtildiği gibi asıl işyerine benzer fakat ondan bağımsız, işyeri niteliğinde ayrı birer organizasyondur. Alt işveren kendisine devredilen bu işyerinin bir bölümünde mal veya hizmet üretiminde bulunmaktadır. İşyerinin bir bölümü, yasal tanımda belirtildiği gibi; işyerinin teknik amacını oluşturan mal veya hizmet üretiminin bir parçası ya da ona etkinlik kazandıran kısmı olabileceği gibi işyerinde yardımcı işlerin görüldüğü bir bölüm niteliğinde de olabilecektir²¹.

İşyerinin bir bölümünün alt işverene devredilmesi sonucunda iş sözleşmelerinin olumsuz biçimde etkilenmesi olayları,

ağırlıklı olarak belediye, devlet ve üniversite hastaneleri başta olmak üzere diğer bazı kamu işyerlerinde ortaya çıkmaktadır. İşyerinin bir bölümünde yapılan işin alt işverene ihale yolu ile devredilmesi halinde alt işverenin çalıştıracağı işçiler (asıl işyeri ve bölümlerinin güvenlik hizmetleri hariç olmak üzere), ya asıl işverenin daha önce bu işyeri bölümünde çalışan işçileri olmakta veya alt işveren bu işçileri hariçten kendisi sağlamaktadır.

Alt işverenler, devir aldıkları işyeri bölümünde çalıştırmaya başladıkları işçilerle ihale süresi kadar ve genellikle bir yıl süre ile belirli süreli iş sözleşmeleri yapmaktadırlar. İhaleyi kaybettikleri takdirde bu işçileri işyerinde bırakarak ayrıldıklarında, ihaleyi kazanan yeni alt işveren bu işçiler yerine başkalarını işe alıp çalıştırmakta bazen de bir kısmı ile yeniden belirli süreli iş sözleşmeleri yapmaktadırlar. Bu durumda kendilerine iş verilmeyen işçiler, asıl işverene, önceki alt işverene ve sonraki alt işverenlere karşı işe iade davası açmaktadırlar. Davanın devam ettiği sürede hatta işe iade kararına rağmen İş Kurumu'ndan işsizlik ödemelerini alamayınca bu sefer de İş Kurumu'na karşı da dava açmak zorunda kalmaktadırlar.

Diğer bir durum da; ihale süresi sona erdiğinde açılan yeni ihaleyi kazanamayan alt işverenin, işyerini terk etmek zorunda kalmasıyla yaşanan sıkıntılardır. Özellikle hastane işyerlerinde işin aksamaması gerektiğinden, hukuki durumdan haberi olmayan işçiler hiç ara vermeden çalışmaya devam etmektedirler. Yeni ihalenin gerçekleşeceği tarihe kadar çalışan işçilerin hak kazandıkları ücretlerini gerek asıl işverenden gerekse ihaleyi kazanan alt işverenden almaları mümkün olmamaktadır. Bu konuda iş mahkemelerinde dava açarken peşinen harç ve mahkeme masrafı ödeyen işçiler, dava sonuçlanıp kesinleşinceye kadar yıllarca ekonomik sıkıntı çekmekte, üstelik vekil tutmaya güçleri yetmeyenler, yanlış açılan davalarını usulden ya da esastan kaybederek bir de karşı tarafa vekâlet ücreti ödemeye mahkûm olmaktadır²². Kamu işyerlerinde yaşanan bu sıkıntılar

rın, ancak devlet tarafından adil bir çözüme ulaştırılabileceğini düşünmekteyiz.

DİPNOTLAR

- 1 Ali Güzel, İşverenin Değişmesi-İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi, İstanbul 1987, s. 53, 71, 97; Fevzi Şahlanan, "İşverenin Değişmesi-İşyerinin Devri ve İş Hukukuna İlişkin Sonuçları", TÜHİS, C.16, S. 4-5, s. 14-24.
- 2 İşyerinin veya bir bölümünün devri
MADDE 6 - İşyeri veya işyerinin bir bölümü hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer.
Devralan işveren, işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklarda, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlüdür.
Yukarıdaki hükümlere göre devir halinde, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan işveren birlikte sorumludurlar. Ancak bu yükümlülüklerden devreden işverenin sorumluluğu devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlıdır.
Tüzel kişiliğin birleşme veya katılma ya da türünün değişmesiyle sona erme halinde birlikte sorumluluk hükümleri uygulanmaz.
Devreden veya devralan işveren iş sözleşmesini sırf işyerinin veya işyerinin bir bölümünün devrinden dolayı feshedemez ve devir işçi yönünden fesih için haklı sebep oluşturamaz. Devreden veya devralan işverenin ekonomik ve teknolojik sebeplerin yahut iş organizasyonu değişikliğinin gerekli kıldığı fesih hakları veya işçi ve işverenlerin haklı sebeplerden derhal fesih hakları saklıdır.
Yukarıdaki hükümler, iflas dolayısıyla malvarlığının tasfiyesi sonucu işyerinin veya bir bölümünün başkasına devri halinde uygulanmaz.
- 3 Nuri Çelik, İş Hukuku Dersleri, 14. Bası, İstanbul 1998, s. 55-58; Güzel, İşverenin Değişmesi, İstanbul 1987, s. 13-15, 25-28, 281-283, 314.
- 4 Gülsüm Sönmez Tatar, İşyeri Devrinin Kazanılmış Haklara Etkisi, TÜHİS Yayın No. 74, Ankara 2011, s. 35.
- 5 Devrim Ulucan, "İşyeri Devrinin İş İlişkilerine Etkisi ve Devir Nedeni ile Yapılan Fesihlerin Hukuki Sonuçları", SİCİL, Haziran 2009, s. 40.
- 6 Karş. Ulucan, "İşyeri Devrinin İş İlişkilerine Etkisi ve Devir Nedeni ile Yapılan Fesihlerin Hukuki Sonuçları", SİCİL, Haziran 2009, s. 41,42.
- 7 Bak., Güzel, İşverenin Değişmesi, İstanbul 1987, s. 26.
- 8 Münir Ekonomi, "İşyerinin Bir Bölümünün Devri (Kısmi Devir) ve İş İlişkilerine Etkisi", KAMU-İŞ C.5, Nisan 2000, S. 3, s. 340 vd.; Centel de; işyeri kavramının madde unsurlarının, işin görüldüğü fiziki mekandan soyutlanamayacağını, aksi takdirde işverenin işçiyi, rızasını

- almadan istediği her yerde çalıştırılabileceğini belirtmektedir. Bak. Tankut Centel, "İşyerinin Bir Bölümünün Devri'nde Fiziki Mekan" SİCİL, Mart 2008, S. 9, s. 8.
- 9 Çelik, İş Hukuku Dersleri, 14. Bası, s. 55, dn. 13.
- 10 Bak., Kübra Doğan Yenisey, İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, İstanbul 2007, s. 194-198.
- 11 Şahlanan, "İşverenin Değişmesi", TÜHİS, C. 16, S. 4-5, s. 16.
- 12 Zahit İmre, Medeni Hukuka Giriş, İstanbul 1976, s. 205-207; Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, Medeni Hukukun Umumi Esasları, İstanbul 1948, s. 322.
- 13 İşletmeyi aktif ve pasifiyle birlikte devir alan kişinin yanında devreden tarafın mevcut borçlardan devralanla birlikte sorumluluğunun; devir keyfiyetinin alacaklılara bildirildiği veya gazete ile ilan edildiği tarihinden itibaren iki yıl süre ile sınırlı oluşu konusunda TBK. md. 202 ve İş K. md. 6 hükümleri arasında benzerlik bulunmaktadır.
- 14 İş K.'nın 6. maddesinin gerekçesinde; AB müktesebatına uyum sağlamak açısından; işyeri veya bir bölümünün devri halinde, devirden önce doğmuş ve devir tarihinde ödenmesi gereken haklardan dolayı önceki ve sonraki işverenin sorumluluğuna yer verildiği belirtilmektedir. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil 01/ss73m.htm>.
- 15 Osman Güven Çankaya/Şahin Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara 2006, s. 23.
- 16 İşyeri devrinin hukuki sonuçları ile ilgili olarak Y9. HD.'nin 17.01.2012 tarihli ve E.2009/27247, K.2012/560 sayılı ilke kararı için bak., Çalışma ve Toplum, S. 35, 2012/4, s. 370.
- 17 YHGK.'nin 07.12.2011 tarihli ve E.2011/9-589, K.2011/740 sayılı Kararı, Çimento İşveren, C. 26, S. 6 Kasım 2012, s. 31-33.
- 18 Çelik, İş Hukuku Dersleri, 23. Bası, İstanbul 2010, s. 112-115; Y9. HD.'nin, 28.01.2003 tarihli ve E.2002/12289, K.2003/845 sayılı Kararı, Çalışma ve Toplum, 2004/1, s. 174.
- 19 Y9. HD.'nin 22.07.2008 tarihli ve E.2007/20491, K.2008/21645 sayılı Kararı için bak, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Prog. Yüksek Mah. Kararları.
- 20 Yargıtay'a göre, "bu halde işyeri devredilmemekte sadece yönetime müdahale edilmektedir." YHGK.'nin, 07.12.2011 tarih ve E.2011/9-589, K.2011/740 sayılı kararı, Çimento İşveren, C. 26, S. 6, Kasım 2012, s. 32.
- 21 Ekonomi, İşyerinin Bir Bölümünün Devri, KAMU-İŞ C. 5, Nisan 2000, S. 3, s. 340-344; Çankaya/Çil, Üçlü İlişkiler, s. 17 vd.; Sarper Süzek, İş Hukuku, 8. Baskı, İstanbul 2012, s. 152 vd.
- 22 Daha ayrıntılı bilgi için bak. Ekonomi, İşyerinin Bir Bölümünün Devri, s. 350-361; Süzek, s. 176-183.

Prof. Dr. Tankut CENTEL

Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İş Sağlığı ve Güvenliği Kurullarının Kuruluş ve İşleyişi

I. Giriş

İş sağlığı ve güvenliğinin işyeri düzeyinde örgütlenmesi konusunda, iş sağlığı ve güvenliği kurullarının oluşturulması öngörülmüş (İSG Kanunu m. 22/I tümce 1) ve bunların oluşturulması ile işleyişine ilişkin olarak da, yakın zamanda “İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulları Hakkında Yönetmelik”¹ çıkarılmıştır.

Ancak, iş sağlığı ve güvenliği kurulunun oluşturulması tüm işyerleri için söz konusu olmayıp, sadece belli koşulları yerine getirecek işyerleri bakımından kurul oluşturmak zorunludur.

Diğer yandan, İSG Kanunu m. 22'nin, taşeron çalıştıran işyerlerine ayrı ve özel bir önem verdiği görülür. Nitekim, işyeri çalışan sayısının saptanması konusunda, asıl ve alt işverenlerin çalıştırdıkları bir bütün olarak ele alınıp (İSG Kanunu m. 22/II bent ç), aynı coğrafi alan içinde bulunan işyerinin iş sağlığı ve güvenliği kurulundan yoksun kalmamasına çalışılmaktadır.

İSG Kanunu, daha önce iş sağlığı ve güvenliği kurulunu düzenlemiş bulunan İş K. m. 80 hükmünü yürürlükten kaldırıp (m. 37/I bent ç), söz konusu kurulu yeniden düzenlemiştir. Böylece, iş sağlığı ve güvenliği kurulunun oluş-

turulması, sadece İş K.'nin uygulama alanına giren işler ile işyerleri değil, tüm işyerleri ve giderek tüm çalışanlar için öngörülmektedir. Ayrıca, son dönemde taşeron işyerlerinde iş kazalarının sıklıkla ortaya çıkması üzerine, İSG Kanunu m. 22'de bunlar için daha önce bulunmayan özel düzenlemelerin getirilmesi de, bir diğer önemli değişikliktir.

Bu bağlamda, aşağıda ilkin, işverenin iş sağlığı ve iş güvenliği oluşturma yükümü üzerinde durulacak ve daha sonra da, söz konusu kurulların oluşumu ve işleyiş biçimleri irdelenecektir.

II. İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulu Oluşturma Yükümü

İş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturma yükümü, işveren için öngörülmesine karşın; her işveren, söz konusu yükümlülüğe tabi bulunmamakta ve sadece belli koşulları yerine getiren işyerleri için işveren, böyle bir yükümlülük altına girmektedir.

Diğer yandan, aynı coğrafi alanda faaliyet gösteren asıl işveren ile alt işveren, taşeron bulunmayan işyerlerinden ayırdedilmekte; ancak, taşeron bulundurmamayan işyerlerinin, iş sağlığı ve güvenliği kurulu olmaksızın çalışmasına,

Faaliyetin altı aydan kısa sürmesi veya asıl işveren ile alt işveren çalışanlarının toplam sayısının 50'den az olması halinde, iş sağlığı ve güvenliği kurulunun varlığı aranmayabilecektir.

mümkün olduğunca olanak tanınmamaktadır. Bu konudaki duyarlılığın ise, ülkemizdeki taşeronlara ait işyerlerinde ortaya çıkan ve ölümlü sonuçlanan iş kazası sayısının, son dönemde artmış bulunmasından kaynaklandığını söylemek olanaklıdır.

1. İş sağlığı ve güvenliği kurulunun oluşturulması

“Elli ve daha fazla sayıda çalışanın bulunduğu ve altı aydan fazla süren sürekli işlerin yapıldığı işyerlerinde” işveren, iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili çalışmalarda bulunmak üzere, “iş sağlığı ve güvenliği kurulu” oluşturmakla yükümlüdür (İSG Kanunu m. 22/I tümce 1; İş SGKYön. M. 4/I tümce 1).

Daha önce İş K. m. 80/I sadece “sanayiden sayılan” işlerin yapıldığı işyerlerini temel almışken; İSG Kanunu, esas itibariyle tüm işyerlerini uygulama alanı içine aldığı için, böyle bir ayırıma gitmemektedir. Buna göre, sadece sanayi işyerleri değil, sanayi işlerinin dışındaki işlerin yapıldığı işyerlerinde de, adı geçen kurulun oluşturulması söz konusudur.

İSG Kanunu m. 22/I hükmü, işyerindeki “çalışan” sayısını dikkate almakta; 50 (50 dahil) ve daha çok sayıda çalışanın bulunduğu işyerlerinde, birer iş sağlığı ve güvenliği kurulunun oluşturulmasını öngörmektedir. Buna göre, 50'den az sayıdaki çalışanın bulunduğu işyerleri, söz konusu yükümlülükten uzak tutulmaktadır.

50 çalışanın, aynı işverene ait işyerleri bakımından, neye göre hesaplanacağı konusunda yasal bir açıklığa rastlanmamaktadır. Buna karşılık, İş SGKYön. m. 5/I, “işverene bağlı, fabrika, müessese, işletme veya işletmeler grubu gibi birden çok işyeri bulunduğu hallerde elli

ve daha fazla çalışanın bulunduğu her bir işyerinde ayrı ayrı kurul kurulur” hükmüne yer vermektedir. Böylece, çalışan sayısının, her bir işyerine göre ayrı biçimde belirlenmesi söz konusudur.

İş sağlığı ve güvenliği kurulunun oluşturulması konusunda, “sürekli işlerin yapıldığı işyerleri” (İSG Kanunu m. 22/I tümce 1), yani nitelikleri bakımından 30 iş gününden çok süren işlerin (İş K. m. 10/I) görüldüğü işyerleri esas alınmakla birlikte; bunlardan sadece “altı aydan fazla sürekli işlerin yapıldığı işyerleri”nin işvereni, kurul oluşturma yükümlülüğü altına sokulmuştur.

2. Asıl işveren ile alt işverenin kurul oluşturulması

İSG Kanunu, işyerindeki aynı coğrafi alan üzerinde faaliyet gösteren asıl işveren ile alt işvereni dikkate alarak, her ikisinin de çalışmalarını altı aydan çok sürdüğü takdirde bunların oluşturacakları kurulları bir bütün olarak değerlendirmiş ve herhalükarda, birinden birinde iş sağlığı ve güvenliği kurulunun bulunmasını gözönünde bulundurmıştır. Buna göre, ancak faaliyetin altı aydan kısa sürmesi veya asıl işveren ile alt işveren çalışanlarının toplam sayısı 50'den az olduğu takdirde, iş sağlığı ve güvenliği kurulunun varlığı aranmayabilecektir.

Bu bağlamda, İSG Kanunu m. 22/II, “altı aydan fazla süren asıl işveren-alt işveren ilişkisinin bulunduğu haller”i esas almaktadır. Altı aydan daha kısa sürecek asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulduğu durumlarda ise, anılan hükmün uygulanması söz konusu olmayacaktır.

Taşeron ilişkisinin altı aydan az veya çok sürmesine bakılması eleştirilerek, böyle bir ayırımın haklı gerekçesini bulmanın güç olduğu belirtilmektedir². Ancak, alt işverenin de sonuçta bir işveren olması ve İSG Kanunu m. 22/II'nin ilk fıkrayla birlikte ele alınması zorunlu karşılarında, altı aydan daha kısa süreyle ortaya çıkacak taşeron işyerlerinde kurul oluşturma yükümlününün bulunmayışını olağan karşılamak gerekir. Bu anlamda, söz konusu ayırımın, yasanın kendi mantığı ve düzenleme biçimiyle uyumlu olduğu görülmektedir.

50'den az çalışanın bulunduğu işyerinde iş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturma yükümünün olmayışı ise, anılan işyerinin sağlık ve güvenlikten yoksun kalacağı anlamını taşımamaktadır. Çünkü, söz konusu işyeri, çalışan sayısı itibarıyla sadece iş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturmaktan uzak tutulmaktadır.

a.) Ayrı kurulan kurulların eşgüdümü

Hem asıl ve hem de alt işverene ait işyerindeki çalışan sayısı ellilerden fazla olduğu takdirde, her iki işveren de aynı coğrafi alan üzerindeki işyeri için iş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturacaktır. Bunların ayrı ayrı kurul oluşturmaları durumunda, "faaliyetlerin yürütülmesi ve kararların uygulanması" konusunda gerekli işbirliği ve eşgüdüm, asıl işverence sağlanacaktır (İSG Kanunu m. 22/II bent a; İş SGKYön. m. 4/II bent a).

Söz konusu düzenlemenin amacı, aynı coğrafi alan üzerinde oluşturulmuş iki kurulun birbirinden habersiz ve kopuk biçimde faaliyet göstermesini ve karar alıp uygulamasını önlemektir. Çünkü, aynı konuya yönelik iki kurulun gereken eşgüdüm olmaksızın faaliyet göstermesi, bunların etkin olmalarına engel oluşturur.

Diğer yandan, gerekli işbirliği ve eşgüdümü sağlama görevinin, alt işverenin yerine asıl işverene yüklenmesi, doğru ve yerinde olmuştur. Çünkü, asıl işveren, coğrafi alan bakımından, işyeriyle ilgili sağlık ve güvenlik konularını alt işverenden daha iyi bilebilecek durumdadır. Nitekim, alt işveren, asıl işverenin kendisine iş vermesi üzerine işyerinin coğrafi alanına sonradan katılmakta ve asıl işverene ait işyeriyle ilgili tüm konuları bilmesi, kendisinden beklenmemektedir.

b.) Sadece asıl işverenin kurul oluşturması

İSG Kanunu m. 22/I tümce 1'in aradığı koşullar bakımından altı aydan çok süren sürekli bir işin yapılmasına karşın, sadece asıl işverenin iş sağlığı ve güvenliği oluşturması gerekiyor ve alt işverenin ise kurul oluşturması gerekmiyorsa, "koordinasyonu sağlamak üzere vekaleten yetkili bir temsilci" alt işveren tarafından atanacaktır (İSG Kanunu m. 22/II bent b; İş SGKYön.

m. 4/II bent b). Söz konusu hükmün anlam ve gereğini anlamak güçtür.

Gerçekten, asıl işverene ait bir iş sağlığı ve güvenliği kurulu işyerinde varsa, artık kurul oluşturması gerekmeyen alt işverenin eşgüdüm temsilcisine gerek kalmamaktadır. Söz konusu temsilcinin görevi "koordinasyonu sağlamak" olarak belirlenmesine karşılık, kendisinin neyin eşgüdümünü sağlayacağı belirsizdir. Nitekim, eşgüdüm (koordinasyon), iki kurul arasında söz konusudur. Ortada iki kurul bulunmadığı takdirde ise, artık eşgüdümden söz edilmemek gerekir. Bu itibarla, söz konusu düzenlemenin; olsa olsa yasakoyucunun, kurul oluşturması gerekmeyen taşeronun, iş sağlığı ve güvenliği konusunda kendi başına (başiboş) kalacağı endişesinden kaynaklanmış olacağı söylenebilir.

c.) Sadece alt işverenin kurul oluşturması

İSG Kanunu m. 22/I tümce 1'in aradığı koşullar bakımından altı aydan çok süren sürekli bir işin yapılmasına karşın, sadece alt işverenin iş sağlığı ve güvenliği oluşturması gerekiyor ve asıl işverenin ise kurul oluşturması gerekmiyorsa, "işbirliği ve koordinasyonu sağlamak üzere vekaleten yetkili bir temsilci" asıl işveren tarafından atanacaktır (İSG Kanunu m. 22/II bent c; İş SGKYön. m. 4/II bent c). Söz konusu hükmün anlam ve gereğini anlamak, tıpkı sadece asıl işverenin kurul oluşturma yükümünün bulunduğu halde olduğu üzere, son derece güçtür.

d.) Birlikte kurul oluşturulması

Asıl işveren ile alt işverenin 50'den az çalışanlarının bulunmaması yüzünden bunların kurul oluşturmaları gerekmediği hallerde; toplam çalışan sayısı 50'den çok olduğu takdirde ise, asıl işveren ve alt işveren tarafından birlikte bir iş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturulacaktır. Bu durumda, eşgüdüm, asıl işveren tarafından yürütülecektir (İSG Kanunu m. 22/II ç; İş SGKYön. 4/II bent ç).

Birlikte kurul oluşturma düzenlemesi, ne işyeri temelinde iş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturulması (m. 22/I tümce 1) ve ne de taşeron çalışanlarının işyerinin asıl işveren işyerinin

İş sağlığı ve güvenliği kurulunun oluşturulması yeterli olmayıp, söz konusu üyelerin ayrıca iş sağlığı ve güvenliği konularında bilgi sahibi olmaları gerekir.

olmaması esasıyla bağdaşmaktadır. Bu konuda, yasakoyucu, salt aynı coğrafi alan üzerinde faaliyet gösterilmesi olgusuna bakarak, bir yerdeki toplam çalışan sayısını temel almaktadır. Bunun ise, iş hukukunun bilinen genel esaslarıyla bağdaştırılması, son derece güçtür. Nitekim, birlikte kurul oluşturma yükümünde olduğu (İSG Kanunu m. 22/II bent ç) üzere her işverenin çalışan sayısının 50'yi bulması gözönünde tutulmadığında, İSG Kanunu m. 22/I tümce 1 hükmünün asgari 50 çalışanın varlığını aramasının bir anlamı kalmamakta; her iki yasal düzenleme, mantıken kendi içlerinde çelişmektedir.

Diğer yandan, alt işveren çalışanlarının işyeri, gerçek anlamdaki taşeron uygulamaları bakımından, hukuken asıl işverenin işyeri değildir. Bu yüzden, geçmişten beri Yargıtay, asıl işverenin işyeri için yapılmış toplu iş sözleşmesinden taşeron işçisinin yararlanamaması esasını kabul etmektedir. Aynı esasın, iş sağlığı ve güvenliği konusunda da geçerli olması gerekir. Nitekim, belirtilen esastan ayrılmayı gerektiren, hukuken haklı görülebilecek bir nedenin varlığına rastlanmamaktadır.

3. Kurul üyelerine iş sağlığı ve güvenliği eğitiminin sağlanması

İş sağlığı ve güvenliği kurulunun oluşturulması yeterli olmayıp, söz konusu üyelerin ayrıca iş sağlığı ve güvenliği konularında bilgi sahibi olmaları gerekir. Bu kurula seçilecek veya atanacak kişiler ise, iş sağlığı ve güvenliği konularında gerekli eğitimi almamış olabilir. Bunu gözönünde bulunduran İş SGKYön. m. 7, iş sağlığı ve güvenliği kurulu üyeleri ile bunların yedeklerine iş sağlığı ve güvenliği konularında eğitim verilmesinin işverence sağlanmasını öngörmektedir. Taşeron uygulamasında

ortak kurul oluşturulduğunda da, verilecek eğitimden her iki işveren birlikte sorumlu tutulmaktadır (İş SGKYön. m. 7/II).

Bu bağlamda, söz konusu eğitim; iş sağlığı ve güvenliği kurulunun görev ve yetkileri, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin ulusal mevzuat ve standartlar, sıklıkla rastlanan iş kazaları ve tehlikeli vakaların nedenleri, iş hijyeninin temel ilkeleri, iletişim teknikleri, acil durum önlemleri, meslek hastalıkları, işyerlerine ilişkin özel riskler ve risk değerlendirmesi konularını, asgari olarak içermek zorundadır (İş SGKYön. m. 7/I).

III. İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulunun Oluşumu

İş sağlığı ve güvenliği kurulunun kimlerden oluşacağı, İSG Kanunu m. 22'de gösterilmiş değildir. Bu bağlamda, İSG Kanunu m. 30/I bent f, iş sağlığı ve güvenliği kurulunun oluşumunun Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenmesini öngörmüş ve söz konusu yönetmelik çıkarılıncaya kadar da, daha önceki söz konusu yönetmelik çıkarılıncaya kadar da, daha önce İş K. m. 80 uyarınca çıkarılmış "İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulları Hakkında Yönetmelik"³ hükümlerinin İSG Kanunu'na aykırı bulunmayan hükümlerinin uygulanmasına devam olunmuştur (İSG Kanunu geç. m. 2).

Bu konuda, yeni çıkarılan İş SGKYön. m. 6/I, iş sağlığı ve güvenliği kurulunu oluşturacak kişileri, tek tek göstermektedir. Buna göre, anılan hükümde sayılmamış kişilerin iş sağlığı ve güvenliği kuruluna katılarak, anılan kurulun oluşum biçiminin genişletilmesi, hukuken mümkün değildir.

Buna göre, iş sağlığı ve güvenliği kurulunu:

- İşveren veya işveren vekili,
- İş güvenliği uzmanı,
- İşyeri hekimi,
- İnsan kaynakları, personel, sosyal işler veya idari ve mali işleri yürütmekle görevli bir kişi,
- Varsa sivil savunma uzmanı,
- Varsa formen, ustabaşı veya usta,
- Çalışan temsilcisi (İSG Kanunu m. 20), işyerinde birden çok çalışan temsilcisi olması

durumunda baş temsilci, oluşturacaktır.

Bunlardan iş güvenliği uzmanı ve işyeri hekimi ile insan kaynakları, personel, sosyal işler veya idari ve mali işleri yürütmekle görevli kişi ve varsa sivil savunma uzmanı, işveren veya işveren vekili tarafından atanmak suretiyle görev yapacaktır (İş SGKYYön. m. 6/III). Bu bağlamda, asıl işveren işveren ile alt işverenin birlikte kurul oluşturması halinde, söz konusu atamalar her iki işverenin ortak kararıyla gerçekleştirilecektir (İş SGKYYön. m. 4/II bent ç, 6/VII).

Yine, formen, ustabaşı veya usta olarak kurulda görev yapacak kişi (İş SGKYYön. m. 6/I bent e) de; o işyerindeki formen, ustabaşı veya ustaların yarısından fazlasının katılacağı toplantıda açık oyla seçilecek ve bu kişinin, seçimle belirlenmemesi durumunda ise, işveren tarafından atanması söz konusu olacaktır (İş SGKYYön. m. 6/VI). Buradaki seçimin gizli oy yerine açık oyla yapılmasının gerekçesini anlamak ise, son derece güçtür.

Diğer yandan, işyerinde birden fazla iş güvenliği uzmanı ile işyeri hekiminin bulunması durumunda, işveren tarafından yapılacak görevlendirmede o işyerinin tehlike sınıfına uygun uzmanlar arasından birisinin görevlendirilmesi söz konusudur (İş SGKYYön. m. 6/IV).

Nihayet, iş sağlığı ve güvenliği kurulunun başkanlığı, işveren veya işveren vekili ve sekreterliği de, iş güvenliği uzmanı tarafından yürütülecektir. Ancak, iş güvenliği uzmanının tam zamanlı çalışma zorunluluğunun olmadığı işyerlerinde kurul sekreteryası; insan kaynakları, personel, sosyal işler veya idari ve mali işleri yürütmekle görevli bir kişi tarafından yürütülme durumundadır (İş SGKYYön. m. 6/II).

IV. İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulunun Görev ve Yetkileri

Oluşturulacak iş sağlığı ve güvenliği kurulunun görevlerinin nelerden ibaret olacağı, İSG Kanunu m. 22 hükmünde gösterilmiş değildir. Bu bağlamda, İSG Kanunu m. 30/I bent f, iş sağlığı ve güvenliği kurullarının görev ve yetkilerinin Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenmesini öngörmüş; söz konusu yönetmelik

çıkartılıncaya kadar da, daha önce İş K. m. 80 uyarınca çıkarılmış “İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulları Hakkında Yönetmelik” hükümlerinin İSG Kanunu’na aykırı bulunmayan hükümlerinin uygulanmasına devam olunmuştur (İSG Kanunu geç. m. 2).

Bu bağlamda, yeni çıkarılan İş SGKYYön. m. 8/I, iş sağlığı ve güvenliği kurullarının görev ve yetkilerini tüketici nitelikte (sınırlı sayıda) sayma yolunu seçmiştir.

1. İç yönerge taslağının oluşturulması

İş sağlığı ve güvenliği kuruluna verilen görevlerden ilki, “işyerinin niteliğine uygun bir iş sağlığı ve güvenliği iç yönerge taslağı hazırlamak, işverenin veya işveren vekilinin onayına sunmak ve yönergenin uygulanmasını izlemek, izleme sonuçlarını rapor haline getirip alınması gereken tedbirleri belirlemek ve kurul gündemine almak”tır (İş SGKYYön. m. 8/I bent a). Bu konuda, iş sağlığı ve güvenliği kurulu, salt iç yönergenin oluşturulmasıyla yetinmeyecek; ayrıca, söz konusu yönergenin uygulanmasını da izleyecek ve gerekli önlemlerin alınması için çaba gösterecektir.

2. Çalışanlara yol göstermek

İş sağlığı ve güvenliği konularında, çalışanların yönlendirilmesi gereklidir. Çünkü, çalışanların belirtilen konularda yeterince bilgisi olmayabilir. Bu durumda, iş sağlığı ve güvenliği kurulu, “iş sağlığı ve güvenliği konularında o işyerinde çalışanlara yol göstermek”le görevlidir (İş SGKYYön. m. 8/I bent b).

3. Tehlike ve önlemleri önceden değerlendirmek

İşyerinde iş sağlığı ve güvenliğini ilgilendirecek tehlikeler ortaya çıkabilir. Bunun üzerine, söz konusu tehlikelerle ilgili olarak, önlem alınması gerekir. Bu bağlamda, anılan tehlike ve önlemleri önceden değerlendirme ve alınacak önlemleri belirleyip, işverene veya işveren vekiline bildirimde bulunma görevi, iş sağlığı ve güvenliği kurullarına verilmiştir (İş SGKYYön. m. 8/I bent c). Böylece, işyeri yönetimi, ortaya çıkan tehlikelerden haberdar edilmiş olacaktır.

4. Tehlike halinde araştırma yapmak

İş sağlığı ve güvenliği kurulu; işyerinde gerçekleşen her iş kazası veya meslek hastalığında veya zarar verici bir olası olayda ya da iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin bir tehlike durumunda, gerekli araştırma ve incelemeleri yapmak ve alınması gereken önlemleri bir raporla belirleyip, işverene veya işveren vekiline vermekle görevlidir (İş SGK Yön. m. 8/I bent ç).

5. Eğitim ve öğretimi planlamak

İş sağlığı ve güvenliği eğitimi ve öğretimi hakkında gerekli programların hazırlanıp, bunların uygulanmasının izlenmesi ve eksiklik halinde geri bildirimde bulunulması, iş sağlığı ve güvenliği kuruluna verilmiş görevler arasındadır. Bu bağlamda, iş sağlığı ve güvenliği kurulu, konuya ilişkin hazırlıklarını işverene veya işveren vekiline sunacak ve bunlardan onay bekleyecektir (İş SGK Yön. m. 8/I bent d).

6. Bakım ve onarım için güvenlik önlemlerini planlamak

İşyerindeki mal ve/veya hizmet üretimine ilişkin faaliyetler gibi tesislerde yürütülecek bakım ve onarım çalışmaları da, güvenli bir ortam içinde yapılmak durumundadır. Bu anlamda, bunlarla ilgili güvenlik önlemlerinin planlanması ve anılan önlemlerin uygulamalarının kontrol edilmesi görevi, iş sağlığı ve güvenliği kuruluna bırakılmıştır (İş SGK Yön. m. 8/I bent e).

7. Yangın ve dış tehlike önlemlerini değerlendirmek

İşyerinde ortaya çıkacak yangın, doğal afet, sabotaj ve benzeri dış tehlikelere karşı daha önce alınmış önlemlerin yeterli olup olmadığının ve buna ilişkin ekip çalışmalarının izlenmesi görevi, iş sağlığı ve iş güvenliği kuruluna verilmiş görevler arasındadır (İş SGK Yön. m. 8/I bent f).

8. Yıllık rapor hazırlamak

İş SGK Yön. m. 8/I bent g; iş sağlığı ve

Zararlandırıcı olay sonunda ortaya çıkan kayıpların giderilmesi yerine, bunları önlemeye yönelik çalışmaların yapılması, çok daha önemlidir.

güvenliği kurulunun, işyerinin sağlık ve güvenlik durumuyla ilgili yıllık bir rapor hazırlamasını, o yılki çalışmalarını değerlendirmesini, tecrübeye göre ertesi yılın çalışma programında yer alacak hususları ve gündemi saptamasını ve bunlar için işverene öneride bulunmasını öngörmüştür. Bu bağlamda, iş sağlığı ve güvenliği kurulu, ayrıca planlanan gündemin yürütülmesini sağlayacak ve bunun uygulanmasını değerlendirecektir.

9. Tehlike hakkında karar vermek

İşyerinde iş sağlığı ve güvenliği açısından işçinin sağlığını bozacak veya vücut bütünlüğünü tehlikeye sokacak ciddi ve yakın tehlikeyle karşılaşan çalışanlar, iş sağlığı ve güvenliği kuruluna, kurulun bulunmadığı işyerlerinde de işverene başvurarak, durumun tespit edilmesini ve gerekli önlemlerin alınmasına karar verilmesini isteyebilir (İSG Kanunu m. 13/I tümce 1). Buna göre, iş sağlığı ve güvenliği kurulu, belirtilen talep gerçekleştiğinde, acilen toplanmak ve karar vermekle görevlidir (İş SGK Yön. m. 8/I bent g).

Bu durumda, iş sağlığı ve güvenliği kurulunun alacağı karar, ilkin, işçi tarafından ileri sürülen tehlikenin “ciddi ve yakın tehlike” (İSG Kanunu 13/I tümce 1) niteliğinde olup olmadığına yönelecek ve daha sonra da, söz konusu tehlikenin varlığı halinde, önlem alınmasının gerekip gerekmediğini belirleyecektir. Bu bağlamda, iş sağlığı ve güvenliği kurulu çalışanın talebi yönünde karar verdiği takdirde, çalışan gerekli önlemler alınıncaya kadar işgörme edimini yerine getirmekten, yani çalışmaktan kaçınabilir (İSG Kanunu m. 13/II tümce 1). Buna ilişkin kararların acilen toplanılıp verilmesi görev ve yetkisi ise, işçi sağlığı ve güvenliği kurulundadır (İş SGK Yön. m. 8/I bent g).

10. Önleme siyasetine yönelik çalışmalar yapmak

Zararlandırıcı olay sonunda ortaya çıkan kayıpların giderilmesi yerine, bunları önlemeye yönelik çalışmaların yapılması, çok daha önemlidir. Bu konuda, iş sağlığı ve güvenliği kurulları, “işyerinde teknoloji, iş organizasyonu, çalışma şartları, sosyal ilişkiler ve çalışma ortamı ile ilgili faktörlerin etkilerini kapsayan tutarlı ve genel bir önleme politikası geliştirmeye yönelik çalışmalar yapmak”la görevli kılınmışlardır (İş SGKYön. m. 8/I bent h).

V. İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulunun Çalışma Usulü

1. Kurul toplantıları

İş sağlığı ve güvenliği kurulu, olağan olarak, en az ayda bir toplanacak ve gündem konularını görüşecektir. Ancak, iş sağlığı ve güvenliği kurulu; işyerinin tehlike sınıfını dikkate alarak, tehlikeli işyerlerinde bu sürenin iki ay, az tehlikeli işyerlerinde de üç ay olarak belirlenmesine karar verebilir (İş SGKYön. m. 9/I bent a). Ölümlü, uzuv kaybı veya ağır iş kazası hallerinde veya özel bir önlemi gerektiren önemli durumlarda ise, kurul üyelerinden herhangi biri kurulu olağanüstü toplantıya çağırabilir (İş SGKYön. m. 9/I bent c).

Toplantının gündemi ile yeri, günü ve saati toplantıdan en az 48 saat önceden kurul üyelerine bildirilir. Bu bağlamda, gündem, sorunların ve varsa iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin projelerin önem sırasına göre belirlenecektir. Ancak, kurul üyelerinin gündemde değişiklik istemesi ve bu isteğin de kurulca uygun görülmesi üzerine, gündemde değişiklik yapılması olanaklıdır (İş SGKYön. m. 9/I bent b).

Günlük çalışma saatleri içinde yapılması asıl olan kurul olağan toplantılarının süresi, daha önce toplam olarak ayda 24 saatle sınırlanmışken, yeni yönetmelik herhangi bir sınırlamayı öngörmemektedir. Bu bağlamda, kurul toplantılarında geçecek süreler, günlük

çalışma süresinden sayılır (İş SGKYön. m. 9/I bent ç).

İş sağlığı ve güvenliği kurulu, üye tamsayısının salt çoğunluğuyla toplanacak ve toplantıya katılanların salt çoğunluğuyla kararlarını alacaktır. Oyların eşitliği durumunda ise, başkanın oyu kararı belirleyecektir (İş SGKYön. m. 9/I bent d tümce 1 ve 3).

Her toplantıda, görüşülen konularla ilgili alınan kararları içeren bir tutanak düzenlenecek ve söz konusu tutanak, toplantıya katılanlar tarafından imzalanacaktır. Alınan kararlardan gereği yapılmak üzere işverenin veya işveren vekilinin haberdar edilmesi konusunda İş SGKYön. m. 9/I bent e, “imza altına alınan kararlar herhangi bir işleme gerek kalmaksızın işverene bildirilmiş sayılır” (tümce 3) hükmünü getirmiş; böylece, daha önceki dönemde geçerli olan “işverene kararları bildirme esası” bırakılmıştır. Kurulun işverenin veya işveren vekilinin başkanlığında toplandığı (İş SGKYön. m. 9/I bent d tümce 1) gözönünde bulundurulacak olduğunda, bunun olumlu bir gelişme olduğu söylenebilir.

Buna karşılık, daha önceki yönetmelikten gelme alışkanlıkla İş SGKYön. m. 9/I bent f’de, “toplantıda alınan kararlar gereği yapılmak üzere ilgililere duyurulur” (tümce 1) hükmüne yer verilmesi, yerinde olmamıştır. Çünkü, toplantıda alınacak kararların gereğini yapacak olan kişi, yine işveren veya işveren vekilidir. Böylece, İş SGKYön. m. 9/I bent e tümce 3 ile aynı yönetmelik m. 9/I bent f tümce 1 hükümlerinin, kendi aralarında çelişkiye düştükleri görülmektedir.

Ayrıca, çalışanlara duyurulması yararlı görülen konular, işyerinde ilan edilecektir (İş SGKYön. m. 9/I bent f tümce 2).

2. Kararların uygulanması

İş sağlığı ve güvenliği kurulu tarafından alınacak kararlar, işveren tarafından uygulanmak durumundadır. Nitekim, İSG Kanunu m. 22/I tümce 2, “işveren iş sağlığı ve iş güvenliği mevzuatına uygun kurul kararlarını uygular” hükmünü taşımaktadır. Bunun gibi, İş SGKYön. m. 4/IV, “işverenler, iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına uygun kurul kararlarını

İşveren, iş sağlığı ve güvenliği kurulu tarafından alınmış ve “iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına uygun” kararları yerine getirmekle yükümlü kılınmaktadır.

uygular” ve İşSGKYön. m. 9/II de, “kurulca işyerinde ilan edilen kararlar işverenleri ve çalışanları bağlar” hükümlerini içermektedir.

Bu bağlamda, işveren, iş sağlığı ve güvenliği kurulu tarafından alınmış ve “iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına uygun” kararları yerine getirmekle yükümlü kılınmaktadır. Söz konusu hükmün karşıt anlamından, sanki adı geçen kurulun iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına uygun olmayan kararları da alabileceği gibi, doğru ve yerinde olmayan bir yanıltıcı anlam çıkmaktadır. Oysa, burada kastedilen, iş sağlığı ve güvenliği kurulunun görevi dahilindeki aldığı kararların işverence uygulanması olsa gerektir.

İş sağlığı ve güvenliği kurulu tarafından alınacak kararlar, işveren tarafından uygulanacak olmalarına karşın, hukuken “icrai karar” niteliğinde değildir. Buna göre, anılan kararların kendiliğinden (başkaca bir işleme gerek kalmaksızın) uygulanmaları söz konusu olmayıp, uygulanmaları işverenin (veya işveren vekilinin) bu yoldaki işlemini gerektirmekte ve işveren, bunları uygulamayacak olduğunda, idari para cezasıyla karşılaşmaktadır (İSG Kanunu m. 22/I bent i).

VI. İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulları Arasında Eşgüdüm

1. Aynı çalışma alanındaki işverenlerin bilgilendirilmesi

İSG Kanunu m. 22/III ile İş SGKYön. m. 4/III, “aynı çalışma alanında birden fazla işverenin bulunması ve bu işverenlerce birden fazla kurulun oluşturulması halinde işverenler, birbirlerinin çalışmalarını etkileyebilecek kurul kararları hakkında diğer işverenleri bilgilendirir” hükmünü taşımaktadır. Bununla, grup şirketlere bağlı olarak çalışanların, aynı coğrafi alan üzerinde faaliyet göstermeleri kastediliyor olsa gerektir. Başka bir deyişle, burada kastedilen, alt işverenin asıl işverene ait işyerinde faaliyet göstermesi değildir. Çünkü, alt işverenler konusunda, İSG Kanunu m. 22/II’de ayrı olarak düzenlemeye gidilmiştir. Nitekim, İş SGKYön. m. 4/III, düşük bir tümeceyle de olsa, “asıl işveren alt işveren ilişkisi bulunmayan” birden fazla işverenin aynı çalışma alanında olmasından söz etmektedir.

Bu bakımdan, burada söz konusu olan, aynı sermaye grubuna giren şirketlerin aynı çalışma alanında faaliyet göstermeleri ve bunların çalışanlarının da coğrafi olarak aynı yerde çalışmalarınıdır. Buna göre, tüzel kişilikler farklı olmakla birlikte aynı gruba bağlı olarak kurulan şirket işyerlerinde, birden çok iş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturulacak olmasına karşın, bunların etkin olabilmele için, işverenlerin kurul kararları hakkında birbirlerini bilgilendirmeleri esas kabul edilmektedir.

Ancak, her kurul kararının işverenler arasında dolaşması söz konusu olmayıp, sadece birbirlerinin çalışmalarını etkileyebilecek nitelikteki kurul kararları bilgilendirmeye esas oluşturacaktır. Böylece, aynı alandaki iş sağlığı ve güvenliği kurullarının birbirlerinden habersiz ve giderek etkin olmayacak bir çalışma içine düşmeleri önlenmek istenmektedir.

Diğer yandan, İş SGKYön. m. 5/II, kendisine “bağlı, fabrika, müessese, işletme veya işletmeler grubu gibi birden çok işyeri bulunan” işverenin (İş SGKYön. m. 5/D); söz konusu işyerlerinin her birinde kurulmuş olan iş sağlığı ve güvenliği kurullarının çalışma usullerini düzenlemek ve bunlar arasında iş ve görüş birliğini sağlamak amacıyla, söz konusu işyerlerine ait iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili raporları, en az üç ayda bir, ilgili teknik eleman ve uzmanlarını toplamak suretiyle incelemesini öngörmektedir. Bu bağlamda, işveren, söz konusu raporları gözönünde tutarak, alınması gereken önlemleri saptayacak ve bunların uygulanmasını sağlayacaktır.

2. Aynı çalışma alanındaki işverenler arasında işbirliğine gidilmesi

Aynı çalışma alanını paylaşan işverenler; iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin uygulanmasında işbirliği yapacak ve yapılan işin yapısı gözönüne alınarak mesleki risklerin önlenmesi ve bu risklerden korunulması çalışmalarını eşgüdüm içinde gerçekleştirip, birbirlerini ve çalışan temsilcilerini anılan riskler konusunda bilgilendireceklerdir (İSG Kanunu m. 23/I). Bu bağlamda, iş sağlığı ve güvenliği konusundaki eşgüdüm; birden fazla işyerinin bulunduğu iş merkezi, iş hanı, sanayi bölgesi veya sitesi gibi yerlerde, yönetim tarafından sağlanacaktır. Nitekim, anılan yerlerdeki yönetim, işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği yönünden diğer işyerlerini etkileyecek tehlikeler hakkında gerekli önlemleri almaları için işverenleri uyaracak ve bu uyarılara uymayan işverenleri Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na bildirecektir (İSG Kanunu m. 23/II).

VII. Karşılıklı Yükümlülükler

İş SGKYön., iş sağlığı ve güvenliği kurullarının yaşama geçirilmesini ve etkin kılınmasını sağlamak amacıyla, taraflara İSG Kanunu'nda yazılı olmayan bazı yükümlülükler öngörmektedir. Bunların, genel hükümlerden çıkarılması mümkün bulunmakla birlikte, İş SGKYön. m. 10-12'de ayrıntılı ve açık bir biçimde düzenlenmiş bulunması yerindedir.

1. İşverenin veya işveren vekilinin yükümlülüğü

a.) Toplantı yeri ile araç ve gereçleri sağlama yükümü

İşveren veya iş sağlığı ve güvenliğini sağlamakla görevli işveren vekili, oluşturulacak olan iş sağlığı ve güvenliği kurulunun toplantı yapabilmesi için gerekli olan yer ile araç ve gereçleri sağlamakla yükümlü kılınmıştır (İş SGKYön. m. 10/I). Bu bağlamda, işveren (veya işveren vekili), sadece toplantı yerini alan olarak sağlamak zorunda olmayıp; aynı zamanda, gösterilecek yerin toplantı yapıl-

ış sağlığı ve güvenliği kurulu, maliyeti işyerinin ekonomik gücünü aşacak veya sarsacak bir önlemi almasını işverenden bekleyemeyecektir.

maya uygun bir durumda hazır bulundurulmasıyla da yükümlüdür.

b.) Kurul evrakını hazır bulundurma yükümü

İşveren (veya görevli işveren vekili), işyerinin denetimi sırasında iş müfettişi tarafından inceleme yapılmasını sağlamak üzere, kurul evrakını işyerinde hazır etme yükümü altındadır. Burada söz konusu olan kurul evrakı; iş sağlığı ve güvenliği kurulu tarafından hazırlanan toplantı tutanakları ve işyerine ait kaza ve diğer vakalara ilişkin inceleme raporları ile kurulun denetim sonuçlarını içerecek kurul raporlarıdır (İş SGKYön. m. 10/II).

Bu bağlamda, anılan kurul evrakı, işveren (veya işveren vekili) tarafından işyerinde muhafaza edilmek durumundadır. Bunların işveren veya işveren vekili tarafından işyerinin dışına çıkarılıp çıkarılmayacağı konusunda, herhangi bir yasaklayıcı düzenlemeye ise rastlanmamaktadır.

2. İş sağlığı ve güvenliği kurulunun yükümlülüğü

a.) Mevcut durumu göz önünde bulundurma yükümü

İş sağlığı ve güvenliği kurulu, sağlık ve güvenlik önlemlerinin alınması için, önerilerde bulunacak ve buna ilişkin kararlar alacaktır. Söz konusu teklif ve tavsiyeleri içeren kararların alınması sırasında ise, iş sağlığı ve güvenliği kurulunun, "işyerinin durumunu ve işverenin olanaklarını" gözönünde bulundurması gerekir (İş SGKYön. m. 11/I). Böylece, iş sağlığı ve güvenliği kurulu, maliyeti işyerinin ekonomik gücünü aşacak veya sarsacak bir önlemi almasını işverenden bekleyeme-

yecektir. Ancak, alınması gerekli önlemin işverene mali yük getirecek olması, iş sağlığı ve güvenliği kurulunun karar almasını engellemez. Çünkü, her iş sağlığı ve güvenliği önleminin, az ya da çok bir maliyeti vardır. Burada söz konusu olan ise, işyerinin durumuna uymayacak ve işverene yüksek bir mali yük getirecek önlemin alınmasını kararlaştırmaktan kaçınılmasıdır.

b.) İşyeri sırlarını saklama yükümü

İş sağlığı ve güvenliği kurulunun üyeleri, görevleri nedeniyle öğrendikleri “işyerlerinin yapım ve üretim teknikleri, ticari sırları ve ekonomik durumları” gizli tutma yükümü altına sokulmuştur (İş SGKYön. m. 11/II). Burada söz konusu olan, işverenin rakibi durumunda olan kişilerin öğrenmesi halinde haksız rekabet ortamı yaratacak olan ve herkes tarafından bilinmeyip sır niteliğini taşıyan hususların, iş sağlığı ve güvenliği kurulunun üyelerince saklanması ve dışarıya açıklanmamasıdır.

Gerçekten, kurul üyeleri, iş sağlığı ve güvenliği yönünden gerekli araştırma ve incelemeyi yaparken, üretime ilişkin teknik ve yöntemlerden haberdar olacak ve bunları bilebilecek durumda olabilecektir. Bunların dışarıda özellikle rakip firmalarca öğrenilmesi ise, işverenin rekabet gücünü olumsuz yönde etkiler. Bu yüzden, kurul üyeleri, görevleri nedeniyle öğrenmiş oldukları teknik ve yöntemler ile işyerinin ekonomik durumunu gizli tutmakla yükümlü kılınmıştır.

Ancak, bu durum, iş sağlığı ve güvenliği kurulu üyelerinin, iş sağlığını ve güvenliğini ilgilendiren işyerindeki tüm durumları açıklayamayacakları anlamını taşımamaktadır. Çünkü, buradaki gizli tutulacak hususlar, “işyerlerinin yapım ve üretim teknikleri, ticari sırları ve ekonomik durumları”yla sınırlıdır (İş SGKYön. m. 11/II). Nitekim, iş sağlığı ve güvenliği kurulu üyelerinin, işyerindeki sağlık ve güvenlik yönünden eksik bulunan hususlar hakkında dışarıya karşı açıklamalar yapmaları, belirtilen kapsamda sayılmaz.

c.) Denetime yardımcı olma yükümü

İş sağlığı ve güvenliği kurulu, işyerinin

sağlık ve güvenlik ortamını denetleyen iş müfettişlerinin işyerinde yapacağı çalışmalarını kolaylaştırmak ve onlara yardımcı olmakla yükümlüdür (İş SGKYön. m. 11/III).

Gerçekten, iş sağlığı ve güvenliği denetimi konusunda yetkili iş müfettişi, işyerinde devlet adına denetimde bulunmak üzere, araştırma ve incelemeyi içerecek çalışmalarda bulunacaktır. Bu çalışmaların yapılması sırasında, iş sağlığı ve güvenliği kurulunun yapacağı katkı ve yardımlar, son derece önemlidir. Nitekim, iş sağlığı ve güvenliği kurulunun vereceği bilgi ve yönlendirmeyle, iş müfettişinin denetim faaliyeti kolaylaşacak ve etkin duruma gelecektir.

Kurulun özellikle işverence atanmış üyelerinden gelebilecek bu yoldaki çalışmalarını güçleştirecek veya önleyecek olası faaliyetler ise, iş müfettişinin yapacağı denetimi güçleştirecek ve belki de olanaksız kılacaktır. Bunu önlemek üzere İş SGKYön. m. 11/III, iş sağlığı ve güvenliği kurullarına iş müfettişlerine yardımcı olma yükümünü öngörmektedir.

3. Çalışanların yükümlülüğü

a.) Karar ve önlemlere uyma yükümü

İş sağlığı ve güvenliği kurulunun bulunduğu işyerindeki çalışanlar, işyerlerinde “sağlık ve güvenliğin korunması ve geliştirilmesi amacıyla iş sağlığı ve güvenliği kurullarınca konulan kurallar, yasaklar ile alınan karar ve tedbirlere uymak”la yükümlüdürler (İş SGKYön. m. 12/I).

Bu bağlamda, İş SGKY. m. 12/I'deki “iş sağlığı ve güvenliği kurullarınca konulan” anlatımı, hukuken başarılı değildir. Çünkü, burada söz konusu olan kural, yasak, karar ve önlemler, iş sağlığı ve güvenliği kurulunun alacağı kararı uygulamak üzere işveren tarafından getirilecek olup, bu yönde kurulun kural veya yasak koyma ya da önlem alma yönünde, herhangi bir icrai yetkisi söz konusu değildir. Nitekim, bunlar, iş sağlığı ve güvenliği kurulunun almış bulunduğu kararın işveren tarafından uygulanması üzerine ortaya çıkmaktadır.

b.) Kurulla işbirliği yapma yükümü

Çalışanlar, işyerindeki iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin belirlenmesi, uygulanması ve alınacak önlemlere uyulması konusunda, iş sağlığı ve güvenliği kuruluyla işbirliği yapma yükümü altındadır (İş SGKYön. m. 12/II). Söz konusu işbirliği, özellikle alınacak önlemlere uyulması konusunda ortaya çıkar. Bunun dışında, çalışanlar, doğrudan kendi temsilcileri aracılığıyla, gerekli önlemlerin belirlenmesi ve uygulanması için etkili olabilecek ve gerekli işbirliğini sağlayabileceklerdir.

c.) Kurula bilgi verme yükümü

İş SGKYön. m. 12/III, çalışanları uygulamada karşılaştıkları güçlükler hakkında, iş sağlığı ve güvenliği kuruluna bilgi vermekle yükümlü tutmuştur. Bununla anlatılmak istenen, gerek önlem alınması gereken konular ve gerekse alınmış önlemlerin uygulanması hakkında işçilerin iş sağlığı ve güvenliği kurulunu haberdar etmeleri ve gerekli bilgiyi vermeleridir. Böylelikle, iş sağlığı ve güvenliği kurulu, gerek alınacak önlemler ve gerekse alınmış önlemlerin uygulaması hakkında işçiler yoluyla bilgi sahibi olacaktır.

VIII. Sonsöz

İSG Kanunu uyarınca oluşturulacak iş sağlığı ve güvenliği kurullarının kuruluş ve işleyişinin, birkaç önemli değişikliğin dışında, daha önce İş Kanunu uyarınca kurulmuş bulunanlarındakinden çok farklı bir konseptte sahip buldukları görülmektedir. Nitekim, yeni çıkarılan İş SGKYön., önemli ölçüde, önceki yönetmeliğin hükümlerine aynen yer vermiştir. Bunun gibi, daha önce İş Kanunu uyarınca kurulmuş iş sağlığı ve güvenliği kurullarınca alınmış kararların geçerliliğinin devam etmesi esaslı da, İş SGKYön. tarafından kabul edilmiş durumdadır (geç. m. 1/I).

Bunun dışında, işverenin kurul kararlarına uyma ve bunları yerine getirme yükümü idari para cezası (İSG Kanunu m. 26/I bent i) yoluyla cezai yaptırım alınarak, iş sağlığı ve güvenliği kurullarına işlerlik kazandırılmak istenmiştir. Ancak, sorunun çözümü, idari para

cezaları yoluyla caydırıcı olmak yerine, işveren kesiminde ve işyerlerinde gerekli sağlık ve güvenlik bilincinin yaratılmasına bağlıdır. Bu anlamda, İSG Kanunu, çalışanların eğitimine (m. 17) ağırlık vermektedir.

Bunun yararlı olacağı, şimdiden söylenebilir. Nitekim, iş sağlığı ve güvenliği eğitimi yoluyla bilgilendirilmiş bir çalışan topluluğu karşısında, işverenlerin ve de işyeri yönetimlerinin hala önlem almamakta çok fazla direnmeleri mümkün görünmemektedir. Kaldı ki, çalışanlara işgörme edimini yerine getirmekten kaçınma hakkı tanınmıştır (İSG Kanunu m. 13).

Bütün bunların ışığında; iş sağlığı ve güvenliği kurullarının işletilmesi başarısı, giderek iş kazaları ile meslek hastalıklarının önleme başarısı anlamını taşıyacaktır. Bu kurulların çalışanlarla, denetim elemanlarıyla, işveren ve işyeri yönetimiyle işbirliği içinde faaliyet göstermesi, işyerlerinde sağlıklı ve güvenli bir çalışma ortamının doğmasına yardımcı olabilecektir. Bu yolda, gerekli hukuki altyapı, halen oluşturulmuş durumdadır. Buna göre, belirtilen hukuki altyapının uygulamayı olumlu yönde etkilememesi için, şu anda herhangi bir nedenin söz konusu olmadığı söylenebilir. Ancak, Türkiye'deki işyerlerinin ve de çalışanların sağlık ve güvenlik sorunu, salt iş sağlığı ve güvenliği kurullarına işlerlik kazandırılmasına bağlı bir sorun olarak görülmemektedir.

DİPNOTLAR

- 1 RG. 18.1.2013, No. 28532.
- 2 Bkz. Şükran Ertürk, "İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda İşverene Getirilen Yükümlülükler", Sicil VII, 27 (Eylül 2012), 23.
- 3 RG. 7.4.2004, No. 25426.

Prof. Dr. E. Tuncay Kaplan SENYEN

Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

İşyeri Devrinin, Türk Ticaret Kanunu m.178 ve İş Kanunu m.6 Hükümleri Çerçevesinde İş İlişkilerine Etkisi

I. Giriş

Ekonomik gelişmelerin, işletmelerin bünyesinde meydana getirdiği değişiklikler işyerlerinin veya bir bölümünün yahut işletmenin devrini zorunlu kılmakta, bu durum ise bir takım hukuki sorunları da beraberinde getirmektedir. Özellikle, eski işveren ile yeni işverenin ekonomik hedefinin değişik olmasının işçi açısından önem arzemesi, işçinin korunmasına yönelik düzenlemeler yapılmasını gerekli kılmıştır. İşyeri veya işletmenin devrinin mevcut ferdi iş sözleşmeleri üzerindeki hukuki sonuçlarına ilişkin olarak Avrupa Birliği tarafından hazırlanan ilk yönerge, 14 Şubat 1977 tarihli ve 77/187/EEC sayılı “İşletme ve İşyerinin Tümüyle ve Kısmen Devrinde İşçi Haklarının Korunması Konusunda Üye Ülkelerin Mevzuatlarının Uyumlaştırılmasına Dair Yönerge”dir. Bu yönergede 29 Haziran 1998 tarihli ve 98/50/EC sayılı Yönerge ile değişiklik yapılmış, 12 Mart 2001 tarihli ve 2001/23/EC sayılı Yönerge ile, önce çıkarılan iki yönergenin hükümleri

birleştirilmiştir. Yönergenin gerekçesinde, işçilerin işyeri veya işletmenin devrinde işveren değişikliği nedeniyle korunması gereğinden hareketle, iş ilişkisinin devamlılığının güvence altına alınması için gerekli düzenlemelerin yapılmasının zorunlu olduğu ifade edilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu’nun 6. maddesinde, 2001/23/EC sayılı Yönerge dikkate alınarak işyeri veya bir bölümünün hukuki bir işleme dayalı olarak başkasına devri halinde, işyerinde çalışmakta olan işçilerin iş sözleşmelerinin devralana geçeceği, bunun hüküm ve sonuçları düzenlenmiştir.

Türk Ticaret Kanunu’nun 178. maddesinde de “iş ilişkilerinin geçmesi” madde kenar başlığı altında “tam veya kısmî bölünmede”, işçilerle yapılan hizmet sözleşmelerinin “işçi itiraz etmediği takdirde, devir gününe kadar bu sözleşmeden doğan bütün hak ve borçlarla devralana” geçeceği hükme bağlanmıştır. Kanunun genel gerekçesinde “AET’nin birleşmelere ilişkin 78/855 ve bölünmelere ilişkin 82/891 sayılı Yönergeleri, AB ülkelerinde birleşmele-

rin, bölünmelerin ve tür değiştirmelerin ayrıntılı bir tarzda düzenlenmesine yol açtığı (m. 55), “şirketlerin birleşmeleri, bölünmeleri ve tür değiştirmelerinin ayrıntılı bir şekilde ve AT yönergelerine uygun olarak düzenlendiği”, bu düzenleme ile alacaklılar ve “diğer hak ve menfaat sahiplerinin korunduğu” ayrıca işçilerin devralan şirkete geçişleri, hakları ve sorumluluklarının da ayrıntılı olarak hükme bağlandığı ifade edilmiştir (m. 114).

İş K. m. 6, TTK. m. 178’de getirilen hükümler incelendiğinde, işçinin itiraz hakkı, bölünme, birleşme ve tür değiştirme durumlarında işverenin sorumluluğu, işçilerin alacaklarının teminat altına alınması konusunda önemli farklılıklar olduğu görülmektedir.

İncelememizde, TTK. m. 178 ve İş K. m. 6’daki kavramlar üzerinde durularak, maddeler arasındaki farklı düzenlemeler değerlendirilecektir.

II. İşyerinin Devrinde İş İlişkilerinin Geçişine İlişkin Olarak TTK. m. 178’de Öngörülen Düzenleme

TTK. m. 178’de, tam ve kısmî bölünmede, iş ilişkilerinin yeni işverene geçmesi düzenlenmiş, ancak kanunun birleşmeye ilişkin 158. maddesinin 4. fıkrasında ve tür değiştirmeye ilişkin 191. maddesinde iş ilişkileri hakkında 178. madde hükümlerinin uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

“İş İlişkilerinin Geçmesi” madde başlığı altında 178. maddede getirilen düzenlemeye göre;

1. Tam veya kısmî bölünmede, işçilerle yapılan hizmet sözleşmeleri, işçi itiraz etmediği takdirde, devir gününe kadar bu sözleşmeden doğan bütün hak ve borçlarla birlikte devralana geçer.

2. İşçi itiraz ederse, hizmet sözleşmesi kanuni işten çıkarma süresinin sonunda sona erer, devralan ve işçi o tarihe kadar sözleşmeyi yerine getirmekle yükümlüdür.

3. Eski işveren ile devralan, işçinin bölünmeden evvel muaccel olmuş alacakları ile hizmet sözleşmesinin normal olarak sona ereceği veya işçinin itirazı sebebiyle sona erdiği tarihe

kadar geçen sürede muaccel olacak alacaklarından müteselsilen sorumludur.

4. Aksi kararlaştırılmadıkça veya halin gereğinden anlaşılmadıkça, işveren hizmet sözleşmesinden doğan hakları üçüncü bir kişiye devredemez.

5. İşçiler, muaccel olan ve birinci fıkrada öngörüldüğü şekilde muaccel olacak alacaklarının teminat altına alınmasını isteyebilirler.

6. Devreden şirketin bölünmeden önce şirket borçlarından dolayı sorumlu olan ortakları, hizmet sözleşmesinden doğan ve intikal gününe kadar muaccel olan borçlarla, hizmet sözleşmesi normal olarak sona ermiş olsaydı muaccel hale gelecek olan veya işçinin itirazı sebebiyle hizmet sözleşmesinin sona erdiği ana kadar doğacak olan borçlardan müteselsilen sorumlu olmakta devam ederler.

TTK.’nın 178. madde gerekçesinde; hükmün ilk dört fıkrasının İsviçre Borçlar Kanunu’nun 333. maddesinden alındığı, İsviçre Şirketlerin Birleşmesi ile ilgili Federal Kanun (Fusiongesetz) m. 49’un anılan hükme gönderme yaptığı belirtilmiştir. Gerekçede belirtilen İsviçre’nin 3 Ekim 2003 tarihli Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG) Birleşme, Bölünme, Tür Değiştirme ve Malvarlığı Devrine İlişkin Federal Kanun’un 49. maddesinde, iş ilişkilerinin devrinde İsviçre Borçlar Kanunu’nun 333. maddesinin (Obligationenrecht Art. 333) uygulanacağı öngörülmüştür. TTK. m. 178 hükmü İsviçre Birleşme Kanunu’nun (FusG) birleşme halindeki devirde iş ilişkilerinin geçmesine dair 27, bölünme halinde iş ilişkilerinin geçişine dair 49 ve malvarlığının devrine dair 76. maddesinin atıfta bulunduğu İsviçre Borçlar Kanunu’nun 333. maddesinden (Art. 333 OR) alınmıştır.¹

III. Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Kavramları ve Bu Kavramların İşyeri Devri ile İlişkisi

1. Birleşme

TTK.’nın birleşmeye ilişkin 136 ile 158.

maddelerinin uygulamasında, kabul eden şirket “devralan”, katılan şirket “devrolunan” diye adlandırılmıştır. Madde 136 hükmüne göre, şirketlerin birleşmesi bir şirketin değerini devralması yani “devralma şeklinde birleşme” (absorption–annexion) veya yeni bir şirket içinde bir araya gelmeleri yani “yeni kuruluş şeklinde birleşme” (kombination) şeklinde olabilir (f.1/a.b.)

Birleşme, devrolunan şirketin malvarlığı karşılığında, bir değişim oranına göre devralan şirketin paylarının, devrolunan şirketin ortaklarınca kendiliğinden (ipso iure) iktisap edilmesiyle gerçekleşir (f.3.).

Maddede külli halefiyet ilkesine yer verilmiştir. Nitekim birleşmeyle, devralan şirket devrolunan şirketin malvarlığını bir bütün halinde devralır ve devrolunan şirket sona erer ve ticaret sicilinden silinir (f.4). Böylece infisah ile terkinin aynı anda yapılmasına ilişkin bir sistem getirilmiştir (136.m. gerekçesi s.449).

Birleşmenin ticaret siciline tescili ile, birleşme geçerlilik kazanır ve tescil anında devrolunan şirket bütün aktif ve pasifi ile kendiliğinden devralan şirkete geçer (m. 153/I).

2. Bölünme

Bölünme, sermaye şirketlerinin ve kooperatiflerin malvarlıklarını tamamen veya kısmen kendilerinden ayırarak, tasfiyesiz olarak ve kısmî halefiyet yoluyla başka sermaye şirketlerine ve kooperatiflere devretmeleri ve bunun karşılığında bölünen ortaklığın ortaklarının devralan şirketlerde ortak konumunu kendiliğinden (ipso iure) elde etmeleridir (TTK. m. 158 gerekçesi s.460).

TTK. m. 159’da getirilen düzenlemeye göre, bir şirket tam veya kısmî bölünebilir (f.1). Tam bölünmede, şirketin tüm malvarlığı bölümlere ayrılarak diğer şirketlere devrolunur. Bölünen şirketin ortakları, devralan şirketleri paylarını ve haklarını iktisap ederler. Tam bölünüp devrolunan şirket sona erer ve unvanı da ticaret sicilinden silinir (m. 159.f.1.a).

Kısmî bölünmede ise, bölünen şirketin malvarlığının tamamı değil, bir veya birden fazla bölümü bölünmeye tabi tutulur ve diğer

şirketlere devrolunur. Bölünen şirketin ortakları devrolan şirkette ortak olurlar ve devralan şirketlerin paylarını ve haklarını iktisap ederler. Bölünen şirket ortadan kalkmaz, elinde kalan malvarlığı ile faaliyetine devam eder. Gerek tam, gerek kısmî bölünmede devredilen malvarlığı bölünme sonucunda kısmî külli halefiyet yolu ile devralan ortaklara geçer, aynî sermaye konulması söz konusu olmaz (Gerekçe s.461).

Kısmî bölünmenin bir diğer şekli de, yavru şirket oluşturmaktır. Bölünen şirket devredilen malvarlığı bölümlerinin karşılığında devralan şirketlerdeki payları ve hakları elde ederek yavru şirketini oluşturur (m. 159, 1.b.).

3. Tür Değiştirme

Tür değiştirme bir işletmenin hukuki kişilik (tüzel kişiliğini) şeklini başka bir hukuki kişiliğe (tüzel kişiliğe) değiştirmesidir. Tüzel kişilik sona ermez, yeni şekli ile aynen devam eder. Malvarlığının bütünlüğünü koruması, hukuki açıdan ekonomik ve ayniyet ve devamlılığın sürdürülmesi şarttır.²

TTK. m. 180’de getirilen düzenlemeye göre, bir şirket hukuki şeklini (tipini) değiştirilebilir ve yeni türe (tipe) dönüştürülen şirket eskisinin devamıdır (m. 180/1). Tür değiştirme ile tür değiştiren şirketin hukuki ilişkileri değişmez (Gerekçe m. 180).

181. maddede ise, bir sermaye şirketinin başka türde bir sermaye şirketine veya bir kooperatife dönüşebileceği ifade edilerek, geçerli tür değiştirme şekilleri de sayılmıştır. Örneğin, bir kollektif şirket bir sermaye şirketine, bir kooperatif bir sermaye şirketine dönüşebilir.

Ticaret hukukunda, tür değiştirmenin biçim (şekil) değiştirici ve devredici olmak üzere iki şekilde olduğu kabul edilmektedir. Biçim (şekil) değiştirici tür değiştirmede, tek bir hukuk süjesi olduğundan malvarlığının devredilmesi söz konusu olmaz. Çünkü, devir için en az iki süje gerekir.³ Bunun neticesinde tür değiştiren şirketin hak ve borçlarının da devri gerekmez. TTK. m. 180’de biçim (şekil) değiştirici tür sistemi (yöntemi) kabul edilmiştir.⁴

Devredici tür değiştirmede ise, türü değiştirilmek istenen şirket tasfiye edilmeden bütün malvarlığı ile yeni tür ortaklığa devredilmektedir. Devir işlemi tamamlanınca eski türün feshi tescil edilir ve unvanı ticaret sicilinden silinir. Tasfiye edilmeden mal varlığı geçtiği için külli halefiyet ilkesi geçerlidir. İş sözleşmeleri de kendiliğinden yeni işverene geçer.⁵

IV. Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirmenin İş İlişkilerine Etkisi

TTK. m. 178'de tüm ve kısmi bölünmede işyeri ve işletmenin devrinde işçinin itiraz hakkı ve sonuçları, devrin iş sözleşmelerine etkisi, eski işveren ve devralanın ve ortakların müteselsil sorumluluğu ve işçinin muaccel alacaklarının teminat altına alınmasını talep hakkı hükme bağlanmıştır.

1. İşçinin İtiraz Hakkı

Tam veya kısmî bölünmede; işçilerle yapılan hizmet sözleşmeleri, işçi itiraz etmediği takdirde devir gününe kadar bu sözleşmeden doğan bütün hak ve borçlarla devralana geçer (m. 178/1). Birleşme (m. 158) ve tür değiştirmeye (m. 190) ilişkin düzenlemede iş ilişkileri açısından 178. maddeye atıfta bulunulmuştur. Yine Fusion G.'de İsviçre Borçlar Kanunu'nun 333. maddesine atıfta bulunulduğu için, birleşme ve tür değiştirmede de işçinin reddetme hakkını kullanabileceğini kabul etmek gerekir.

İş ilişkisinin alacak ve borçları ile yeni işverene geçmesi, ancak işçinin buna itiraz etmemesi, yani zımnen kabul etmesi halinde mümkündür (Art. 333/I OR). İş sözleşmesinin kişisel ilişki kuran bir sözleşme olması nedeniyle işçi mesleğini, kendisinin seçmediği bir işverenle devam etmeye zorlanamaz. Diğer bir deyimle, iş sözleşmesini, devralan işverenle devam ettirmek zorunda değildir. Bu nedenle iş ilişkisinin devrini sözlü veya yazılı olarak reddedebilir.⁶ Ancak yazılı olarak yapılması ispat açısından kolaylık sağlar.

Kanunda, işçiye reddetme hakkını kullana-

bilmesi için herhangi bir süre belirtilmemiştir. İşçiye, işyerinin devrini öğrendiği tarihten itibaren düşünme süresi verilmesi gerekir. İsviçre öğretisi ve uygulamasında deneme süresinde öngörülen bir aylık bir sürenin yerinde olduğu savunulmaktadır⁷ (Art. 335 b.I OR).

Diğer bir görüşe göre işveren, işçiye daha kısa süre örneğin 14 günlük bir düşünme süresi vermeye yetkilidir.⁸ İşçiye, makul bir sürenin, örneğin bir ay gibi, verilmesi yerinde olur.⁹ İtiraz hakkı, devir hakkında işçinin bilgilendirildiği tarihten başlar. Bilgilendirilmemişse, devri öğrendiği tarihten itibaren işçinin itiraz hakkını kullanması gerekir. İtiraz süresinin kullanılmaması, itiraz hakkını kullanmaktan vazgeçtiği şeklinde anlaşılmalıdır.¹⁰ İtiraz hakkı, işçinin kabul ettiğine ilişkin açıklaması ile düşer.¹¹

İşçinin devri reddetmek hususunda yerinde bir karar verebilmesi için İsviçre Borçlar Kanunu'nun 333a maddesinde getirilen düzenlemeye göre, işveren tarafından devrin nedeni, işçi açısından hukuki, iktisadi ve ekonomik yönden tesirleri hakkında zamanında yani devrin icrasından veya mümkün ise devir sözleşmesinden önce işçi temsilcisinin, yoksa işçinin bilgilendirilmesi gerekir. İşçinin bilgilendirilmeyi talep hakkı vardır.¹² Yine devir sonunda işçiye yönelik olarak öngörülen tedbirler hakkında da, işçi temsilcisi yoksa işçi ile, alınacak tedbirlere ilişkin olarak görüşme yapılacağı maddede öngörülmüştür.¹³

İsviçre Borçlar Kanunu'nun 333. maddesi tercüme edilerek düzenlenen TTK. m. 178 (f.1,2,3,4)'de, İBK m. 333a da öngörülen işverenin işçiyi devir hakkında bilgilendirme yükümlülüğünün yer almaması eksiklidir. Zira işçinin itiraz hakkını yerinde kullanabilmesi için, devir hakkında bilgisinin olması gerekir. Ayrıca işverenin devir hakkında işçiyi bilgilendirme yükümlülüğü işçiyi koruma ve gözetme borcunun bir gereğidir.¹⁴

Alman Medeni Kanunu'nun 613a paragrafının 5. fıkrasına göre de, yeni işveren (devralan) veya eski işverenin (devreden) devirden önce etkilenen işçilere, devrin zamanını veya devir için planlanan zamanı, devrin sebebi-

İşçinin ret açıklaması, işyerinin devrine engel teşkil etmez; ancak iş sözleşmesinin kanuni bildirim sürelerinin sonuna kadar devam etmesi sonucunu hasıl eder.

ni, devrin işçiler açısından hukuki, iktisadi ve sosyal sonuçlarını ve işçiler için alınması öngörülen önlemleri yazılı olarak bildirmelidir (BGB § 613 a/5).

İtiraz hakkının kime karşı kullanılacağı hususunda m. 178/1'de (Art. 333 Abs 1 OR) bir açıklık yoktur. Alman Medeni Kanunu'nun 613a paragrafının 6. fıkrasında ise, 5. fıkrada belirtilen esaslara göre yapılacak bildirimden itibaren bir ay içinde işçinin iş ilişkisinin devrine yazılı olarak yeni veya eski işverene itiraz edebileceği öngörülmüştür (BGB § 613a/6). O halde işçi isterse devreden işverene, isterse devralan işverene karşı itiraz hakkını kullanabilir.¹⁵

Kural olarak iş ilişkisinin değişiklik yapılmadan devri, işçinin menfaatinedir. Zira izin talep hakkı, işçinin iş değişikliği durumunda alacağı ücret, kıdem tazminatı, fesih bildirim süreleri devam eden iş ilişkisine bağlıdır.¹⁶ Ancak işçi bazı durumlarda devri reddetmekte haklı olabilir. Eğer işçi reddetme hakkını kullanırsa, kanuni fesih bildirim sürelerinin sonunda iş sözleşmesi sona erer.¹⁷ Bu kural belirsiz süreli iş sözleşmeleri ve belirli süreli iş sözleşmeleri için de geçerlidir. Taraflar arasında bildirim süreleri kararlaştırılmışsa veya toplu iş sözleşmesinde başka bir bildirim süresi kararlaştırılmış olsa da, kanuni fesih bildirim süreleri geçerli olur.¹⁸

İşçinin devre itiraz etmesi durumunda, devralan ve işçi kanuni bildirim sürelerinin sonuna kadar sözleşmeden doğan yükümlülükleri yerine getirmekle yükümlüdür (m. 178/2; Art.333. Abs.3 OR). İşçinin ret açıklaması, işyerinin devrine engel teşkil etmez; ancak iş sözleşmesinin kanuni bildirim sürelerinin sonuna kadar devam etmesi sonucunu hasıl eder.¹⁹ Bu durumda iş sözleşmesi kanun gereği sona ermektedir; yani işçi veya işveren tarafından ya-

pılmış bir fesih söz konusu değildir.

İşçinin devre itiraz hakkını kullanması neticesinde iş sözleşmesinin sona ermesi durumunda kıdem tazminatına hak kazanıp, kazanmayacağı konusunda 178. maddede bir düzenleme yoktur. 178. maddenin düzenleniş amacı, iş ilişkilerinin devralana geçişinde işçi haklarını korumak olduğuna göre, işçinin kıdem tazminatı açısından hak kaybına uğramasının önlenmesi gerekir. İşçiye tanınan itiraz hakkının nedeni, sözleşme yapma özgürlüğü gereğince, işçinin istemediği bir işverenle çalışmak zorunda bırakılmamasıdır. Sırf bu hakkını kullanması nedeniyle kıdem tazminatı hakkından yoksun bırakılması maddenin amacıyla bağdaşmaz. Bu nedenle işçiye kıdem tazminatının da, diğer alacak hakları gibi, ödenmesi gerekir.²⁰

2. Müteselsil Sorumluluk

TTK. m. 178/3'e göre "Eski işveren ile devralan, işçinin bölünmeden önce muaccel olmuş alacakları ile hizmet sözleşmesinin normal olarak sona ereceği veya işçinin itiraz sebebiyle sona erdiği tarihe kadar geçen sürede muaccel olacak alacaklarından müteselsilen sorumludur" (Art. 333 Abs.3 OR). Müteselsil sorumluluğun getirilmesindeki amaç, işçiyi ekonomik açıdan işverene karşı korumaktır. Eski işverenin hukuki sorumluluğu işyerinin devrinden sonrada devam eder. Sorumluluk açısından belli bir süre getirilmemiş, iş sözleşmesinin sona erme tarihine bağlanmıştır. Nitekim, işçinin devirden önce muaccel olmuş alacakları ile hizmet sözleşmesinin normal olarak veya işçinin devre itiraz hakkını kullanması nedeniyle sona erdiği tarihe kadar, muaccel olacak alacaklarından eski işveren ile devralanın müteselsil sorumluluğu kabul edilmiştir. Devralan devredenle, borçları üstlenemeyeceğine ilişkin olarak anlaşmış olsa bile müteselsil sorumluluk devam eder.²¹ Zira işçinin korunmasına ilişkin TTK. m. 178/3 hükmü, relatif (nispi) emredici bir hükümdür.

Alman Medeni Kanunu'nda getirilen düzenlemeye göre ise, devreden işveren yeni işverenle birlikte, devirden önce doğmuş bulunan ve devri takip eden bir yıl içinde doğacak

olan işçi alacaklarından müteselsilen sorumludur. Devirden sonra muaccel olan alacaklardan, devreden işveren, işçinin kendisine bağlı olarak çalıştığı süreyle orantılı olarak sorumlu olacaktır (BGB § 613a/2).

Birleşmeye ilişkin m. 158/a'da, tür değiştirmeye ilişkin 190. maddede, 178. maddeye yollamada bulunulduğu için, bölünme, birleşme ve tür değiştirmelerinde müteselsil sorumluluk uygulanacaktır. Ancak m. 178/3, gerek birleşmede gerekse tür değiştirmede yapısal değişiklik bölünmeden farklı olması nedeniyle uygulanabilirliği ölçüde uygulanacaktır. Zira birleşmede, birleşmenin ticaret siciline tescil edilmesiyle, devrolunan ortaklık infisah eder (m. 152/4). Tür değiştirmede de şekil değiştiren bir tüzel kişi vardır, yani devrolunan ve devralan iki tüzel kişi yoktur. Bu durumda 178/3'de öngörülen müteselsil sorumluluk, alacakların teminat altına alınmasında dikkate alınacaktır. Ancak kısmî bölünmede müteselsil sorumluluk uygulanacaktır.²² Kısmî bölünmede, bir şirket malvarlığının bir veya birden fazla bölümünü diğer şirketlere devreder. 176. maddeye göre, bölünme sözleşmesi veya bölünme planıyla kendisine borç tahsis edilen şirket, bu suretle birinci derecede sorumlu bulunan şirket, alacaklılar alacaklarını ifa etmezse, bölünmeye katılan diğer şirketler, ikinci derecede sorumlu şirketler, müteselsilen sorumlu olurlar.

178. maddenin 6. fıkrasında ortakların müteselsil sorumluluğuna ilişkin bir düzenleme getirilmiştir. Bu düzenlemeye göre, "Devreden şirketin bölünmeden önce şirket borçlarından dolayı sorumlu olan ortakları, hizmet sözleşmesinden doğan ve intikal gününe kadar muaccel olan borçlarla, hizmet sözleşmesi normal olarak sona ermiş olsaydı muaccel hale gelecek olan veya işçinin itiraz sebebiyle hizmet sözleşmesinin sona erdiği ana kadar doğacak olan borçlardan müteselsilen sorumlu olmakta devam ederler".

Ortakların kişisel sorumluluklarına ilişkin 158. maddeye göre, devrolunan şirketin borçlarından birleşmeden önce sorumlu olan ortakların sorumlulukları, birleşmeden sonra da devam eder. Ancak bu borçların birleşme

kararının ilanından önce doğmuş olması veya borçları doğuran sebeplerin bu tarihten önce oluşması gerekir (m. 158/1).

Bu hüküm kollektif, komandit gibi ticaret ortaklıklarının ve m. 194 uyarınca ticari işletmenin bir ticaret ortaklığı ile birleşmesinde uygulanacaktır. Eğer, ticari işletme bir adi ortaklık tarafından işletiliyorsa m. 158 ve 178/5 uygulanacaktır.²³

Devrolunan şirketin borçlarından doğan, ortakların kişisel sorumluluğuna ilişkin işlemler, birleşme kararının ilanı tarihinden itibaren üç yıl geçince zamanaşımına uğrar. Ancak, alacak ilan tarihinden sonra muaccel olursa, zamanaşımı süresi muacceliyet tarihinden başlar. Bu sınırlama devralan şirketin borçları dolayısıyla şahsen sorumlu olan ortakların sorumluluklarına uygulanmaz (m. 158/2).

3. İş Sözleşmesinden Doğan Hakların Devri

TTK. m. 178/4'de getirilen düzenlemeye göre, aksi kararlaştırılmadıkça veya halin gereğinden anlaşılmadıkça, işveren hizmet sözleşmesinden doğan hakları üçüncü bir kişiye devredemez. Örneğin, kural olarak iş edimini talep etme hakkını, işyerinin değiştirilmesine ilişkin hakkını üçüncü kişiye devredemez. İşçinin onayı olmadan devir Söz konusu olmaz. Malvarlığı cinsinden olan taleplerini, örneğin alacağı paraların ve hizmet aracının geri istenmesi talebini üçüncü şahsa devredebilir.²⁴

Ancak işveren geçici olarak bir işçiyi başka bir işverene iş görme edimini yerine getirmek üzere ve onun yazılı rızasını alarak devredebilir. Madde de "aksinin kararlaştırılmadıkça" veya "halin gereğinden anlaşılmadıkça" işverenin hizmet sözleşmesinden doğan hakları üçüncü kişiye devredemeyeceği öngörülmüştür.

4. Muaccel Olacak İşçi Alacaklarının Teminat Altına Alınması

TTK. m. 178/5'de, işçilerin muaccel olan ve birinci fıkrada öngörüldüğü şekilde muaccel olacak alacaklarının teminat altına alınma-

sını isteyebilecekleri öngörülmüştür. Ayrıca alacakların teminat alınmasına ilişkin 174 ve 175. maddelerde ve 157. maddede düzenleme getirilmiştir. İsviçre Borçlar Kanunu'nun 333. maddesinde bu düzenleme yer almamıştır. Ancak İsviçre Birleşme Kanunu'nun 27 ve 49. maddelerinde düzenleme getirilmiştir.

Madde 157/1'e göre, birleşmeye katılan şirketlerin alacaklıları birleşmenin hukuken geçerlilik kazanmasından itibaren üç ay içinde istemde bulunurlarsa, devralan şirket bunların alacaklarını teminat altına alır. 157. maddenin 3. fıkrasında ise, devralan şirketin, alacağı birleşme dolayısıyla tehlikeye düşmediğini bir işlem denetçisi raporuyla ispat etmesi durumunda, teminat verme yükümlülüğünün ortadan kalkacağı öngörülmüştür.

175. maddede de, bölünmeye katılan şirketlerin 174. maddede öngörülen ilamların yayımı tarihinden itibaren üç ay içinde, istemde bulunan alacaklıların alacaklarını teminat altına almak zorunda olduğu hükme bağlanmıştır (m. 175/D). 175. maddenin 2. fıkrasında da, m. 157/3'e benzer bir düzenleme getirilerek alacaklıların alacaklarının tehlikeye düşmediğinin, bir işlem denetçisinin raporuyla ispatı halinde, teminat alma yükümlülüğünün ortadan kalkacağı hükme bağlanmıştır.

Getirilen düzenlemeye göre, bölünme ve birleşme halinde, devralan ortaklıklar, alacaklılar ve işçilerin birleşmenin hukuken geçerlilik kazanmasından, bölünmede 174. maddedeki öngörülen ilamların yayımı tarihinden itibaren üç ay içinde istemde bulunmaları halinde, talepte bulunanların alacaklarını teminat almakla yükümlüdür. Ancak "sadece devrolunan ticaret ortaklıklarının işçilerinin (alacaklılarının) böyle bir talepte bulunma" hakları vardır. Zira devrolunan ortaklıkların iş ilişkileri devralan ortaklığa geçer.²⁵

V. İşyerinin Devrinde İş İlişkilerinin Geçişine İlişkin Olarak İş K.m. 6.'da Öngörülen Düzenleme

İş Kanunu'nun 6. maddesinde getirilen düzenlemeye göre;

"İşyeri veya işyerinin bir bölümü hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer.

Devralan işveren, işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklarda, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlüdür.

Yukarıdaki hükümlere göre devir halinde, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan işveren birlikte sorumludurlar. Ancak bu yükümlülüklerden devreden işverenin sorumluluğu devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlıdır.

Tüzel kişiliğin birleşme veya katılma ya da türünü değiştirmesiyle sona erme halinde birlikte sorumluluk hükümleri uygulanmaz.

Devreden veya devralan işveren iş sözleşmesini sırf işyerinin veya işyerinin bir bölümünün devrinden dolayı feshedemez ve devir işçi yönünden fesih için haklı sebep oluşturamaz. Devreden veya devralan işverenin ekonomik ve teknolojik sebeplerin yahut iş organizasyonu değişikliğinin gerekli kıldığı fesih hakları veya işçi ve işverenlerin haklı sebeplerden derhal fesih hakları saklıdır.

Yukarıdaki hükümler, iflas dolayısıyla malvarlığının tasfiyesi sonucu işyerinin veya bir bölümünün başkasına devri halinde uygulanmaz."

1. İşyerinin veya Bir Bölümünün Devri

İş Kanunu'nun 6. maddesinde işyeri veya işyerinin bir bölümünün hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devredilmesinin hüküm ve sonuçları öngörülmüştür. "İşyeri" "işyerinin bir bölümü" ve "işyerinin devri" kavramları üzerinde kısaca durmakta yarar vardır.

a. İşyeri Kavramı

İş Kanunu'nda "işyeri"; "işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla madde olan olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birim" olarak tanımlanmıştır.

Ayrıca işverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağlı yerler) ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve mesleki eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlar da işyerlerinden sayılır. “İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür” (m. 2. I, II, III).

Tanımda belirtildiği üzere bir işyeri, maddi olan ve olmayan unsurlar ve işçilerin belirli bir teknik amacın gerçekleştirilmesi amacıyla organize edildiği bir birimdir. Burada belirgin unsur “teknik amacın” gerçekleştirilmesidir. Bir işyeri bina, makine, malzeme gibi maddi unsurlar ile, patent, alacak, marka gibi haklar, tecrübe, buluş, müşteri ilişkileri gibi maddi olmayan unsurlar ve işçi (emek) unsurunun birlikte örgütlenmesi ile oluşur. Her işyeri organize edilmiş bir birliktir.

İşyeri sadece iktisadi veya sınai amaca yönelik yerleri değil, belli bir hizmet amacının gerçekleşmesi için organize edilmiş örneğin, mali müşavirlik, doktor muayenehanesi ve avukat bürosunu da kapsar.²⁶

İşyeri bölümü ise, kendine has teknik amacı olmayan, ancak işyerinin teknik amacının gerçekleştirilmesinde ve iş organizasyonu içinde yer alan bölümdür.

O halde işyerinin bir bölümünü, işyerinin teknik amacının gerçekleşmesinde işlevi olan, işyerinden ayrıldığı zamanda bu işlevini bağımsız olarak sürdürebilen iş organizasyonu birimi olarak tanımlamak mümkündür.²⁷

b. İşletme Kavramı

İşletme kavramına, İş Kanunu’nda yer verilmemiştir. Avrupa Müktesebatı’na uyum çalışmaları çerçevesinde 6. maddenin hazırlanmasında dikkate alınan Avrupa Birliği’nin, 2001/23/EC sayılı Yönergesi’nde,²⁸ işletmenin, işyerinin veya işletmenin ve işyerinin bir bölümünün devri öngörülmüş, ancak işyeri ve işletme kavramlarına yer verilmemiştir. İşletme iktisadi bir kavram olup, işyerine nazaran daha geniş kapsamlıdır. Zira, işletme kapsamına tek bir işyeri dahil olabilece-

ği gibi birden çok işyeri de işletme içinde bulunabilir. İşyerinin teknik amacına karşı işletmenin iktisadi amacı söz konusudur. O halde işletme, iktisadi bir amacın gerçekleştirilmesi için bir işverene bağlı bir veya birden fazla işyerinin organize edilmesi ile oluşan bir bütündür.²⁹ 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nda işyerinin veya bir bölümünün devrine ilişkin 38. maddesinde işyeri deyimini kullanılmıştır.

c. İşyerinin Devri Kavramı

İş K. m. 2’de getirilen işyeri tanımına ve m. 6’da getirilen düzenlemeye göre, işyerinin devri, işveren tarafından mal ve hizmet üretmek amacıyla maddi olan olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği işyerinin bir başkasına hukuki işlemle devridir. 2001/23/EC sayılı Yönerge’de, işyeri veya işletmenin veya bir bölümünün başka bir kimseye hukuki bir işleme dayalı olarak devrinde, bu Yönerge’nin tatbik edileceğinden bahisle, işyeri veya işletmenin veya bölümlerinin devrinin söz konusu olabilmesi için, işyeri veya işletmenin ekonomik bütünlüğünün (kimliğinin) ve niteliğinin muhafaza edilerek devrinin gerektiği öngörülmüştür (m. 1.b).

77/187 sayılı Yönerge’nin, 98/50 sayılı Yönerge’nin 2. maddesi ile değiştirilen şeklinde, öngörülen işyeri devri tanımında, Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın içtihadı³⁰ esas alınmıştır. Bu iki Yönergenin hükümlerinin birleştirilerek, yenilenmesi ile düzenlenen 2001/23/EC sayılı Yönerge’de de bu tanım yer almıştır (m. 1.b).

Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından işyeri, işletme veya bir bölümünün devrinde ekonomik birliğin korunmasında esas alınacak kriterlerde belirlenmiştir. İşyeri devrinin değerlendirilmesinde işletme ve işyerinin türü, maddi unsurların devredilip edilmediği, devir anında maddi olmayan unsurların değeri, işçilerin çoğunluğunun ve müşterilerin devredilip devredilmediği, devir öncesi ve sonrası faaliyetlerde benzerlik derecesi dikkate alınacaktır.³¹

Yargıtay da 2009 yılında verdiği bir kararında,³² Adalet Divanı’nın içtihadında yer

alan işyerinin devrinde esas alınacak kriterlere yer vermiştir. Yargıtay söz konusu kararında, “kimliğini muhafaza edecek bir ekonomik bütünlüğün devredilip edilmediğinin, her somut devir olayında ayrı ayrı incelenmesi” gerektiğini, bu kriterlerin “bir veya birkaçının faaliyetin türü, üretim ve işletme metodlarına göre farklı ağırlıkta önemli” olabileceğini belirtmiştir. O halde, kriterlerin bütün olarak değerlendirilerek, somut olayda her kriterin ağırlığının dikkate alınması gerekir.³³ Zira, bazen işyeri kimliğini belirleyen unsur maddi unsurlar olabileceği gibi, işgücü de olabilir. Nitekim Yargıtay’a göre, “işletmenin maddi ve gayrimaddi malvarlığı unsurlarının devri, işletmenin devrinin kabulü için önem teşkil edecektir. Ancak bu unsurların devir kapsamında yer almaması, işletme devrinin reddi sonucuna götürmemelidir. Ağırlıklı olarak işgücünün önem arzettiği bazı hizmetlerde işçilerin tamamı, ekonomik bütünlüğü oluşturabilir.” Yine bir ilaç fabrikasının serum bölümü, ilaç üretimi yapan bir işveren tarafından devralınabileceği gibi, bir fabrikanın müşteri hizmetleri ve satış bölümü de devredilebilir. Burada önemli olan devralanın da aynı tür ekonomik faaliyeti devam ettirmesidir.³⁴ Yargıtay da kararında, işgücünün önem arzettiği bazı işyerlerinde işgücünün büyük bir kısmının devrinde, yeni işletme sahibinin eskisinin icra ettiği faaliyetleri aynen sürdürmesi ve önceki işverenin ilgili faaliyet için kullandığı işçilerin sayı ve uzmanlık itibarıyla önemli sayılabilecek bir kısmını devralarak çalışmayı devam ettirmesi durumunda, devralınan ekonomik bütünlüğün kimliğini koruduğunu böyle bir devrin, işyeri bölüm devrini oluşturabileceğini kabul etmiştir.³⁵

2. İşyeri Devrini Ortaya Çıkaran Hukukî Durumlar

İşyeri devri; bağış, satış, trampa, kiralama, intifa hakkının tesisi vb. gibi hukuki işlemlerle³⁶ gerçekleştirilebileceği gibi, işyerinin özelleştirilmesi, işyerine el konulması, işverenin ölümü halinde de gerçekleştirilebilir. Yine ticaret şirketlerinin bölünmesi, birleşmesi veya

tür değiştirmesinde de işyerlerinin devri söz konusudur.

a. Hukuki İşlemlerle İşyerinin Devri

İş K. m. 6’da, işyeri veya işyerinin bir bölümünün “hukuki işleme dayalı olarak başka birisine devri” öngörülmüştür. Söz konusu hükmün gerekçesinde de belirtildiği üzere, işyeri veya bir bölümünün satış sözleşmesi ile kesin ve sürekli biçimde devrinde İş K.m. 6 hükmü uygulanacaktır. Ancak işyeri üzerindeki mülkiyet hakkının devralan işverene geçmesi zorunlu değildir.³⁷ Bu nedenle işyeri kira sözleşmesi ile devredilebilir.³⁸ Nitekim 6. maddenin gerekçesinde, hükmün işyerinin kira sözleşmesine göre geçici ve süreli olarak başkasına devri halinde de uygulanabileceği ifade edilmiştir.

İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında imalat araçlarının kullanılması ve yararlanılmasının devrinin hasılat kirası sözleşmesi ile yeterli olacağına karar vermiştir.³⁹

Yargıtay’ın hasılat kirasına ilişkin verdiği bir karara göre, “Sözleşmeyle katlı otoparkta işletme hakkı devredilmiştir. İşletme hakkının devri hasılat kirasının bir türüdür. Bilindiği gibi hasılat kirasının konusu mallar, genellikle semere getiren mallardır. Ticari işletmelerin ve hakların hasılat kirasında ise daha çok medeni semerelerden yararlanma söz konusudur.”⁴⁰

İşyeri üzerinde intifa hakkı tesisi veya işyerinin bağışlama, ölünceye kadar bakma, trampa sözleşmeleri ile işyerinin devredilmesi mümkündür.⁴¹ Özelleştirme⁴² ile kamuya ait işyerlerinin kısmen veya tamamen bir başkasına devri de işyeri devridir.

Yargıtaya göre; “Özelleştirme işlemi sonucu kamuya ait hisselerin devri işyeri devri olarak değerlendirilemez. Özelleştirmede işyeri aynı tüzel kişilik altında faaliyetini sürdürmekte, sadece kamuya ait hisselerin bir kısmı ya da tamamı el değiştirmektedir. Bununla birlikte tamamı kamuya ait olan bir işyerinin özelleştirme işlemi sonucu başka bir işverene geçmesi işyeri devri niteliğindedir.”⁴³

Tüzel kişiliği olan ortaklıklarda, ortaklardan birinin paylarını devretmesi işyerinin

devri değildir.⁴⁴ Zira payların devrinde iş ilişkileri devam eder. İşverenin tüzel kişiliği sona ermez. Örneğin yavru şirketin hisselerinin ana şirket tarafından satışı işyerinin devri değildir. Bir bankanın hisselerinin el değiştirmesi durumunda da işyeri devri söz konusu değildir.⁴⁵

Kamu makamlarınca işyerine el konulması da bir hukuki işlem niteliğinde olmakla beraber, işverenin hukuki kişiliği sona ermediği için işyerinin devri değildir. Ancak, işyerine el konulduktan sonra işyerinin veya bir bölümünün, başka birine devredilmesi halinde işyerinin devri söz konusudur.⁴⁶ Yargıtay bir kararında, işyerine Bankalar Kanunu hükümleri çerçevesinde Bankacılık Denetleme ve Düzenleme Kurumu tarafından el konulmasının işyeri devri niteliğinde olmadığını, bu durumda yönetim hakkına müdahale edilmekte olduğunu ve bankacılık faaliyetlerinin askıya alındığını kabul etmiştir.⁴⁷

Ticaret şirketlerinin bölünmesi, birleşmesi⁴⁸ veya tür değiştirmesinde bazı durumlarda işyerinin devri söz konusu olabilir.

Yargıtay'a göre, işyerinin önceleri gerçek kişi ya da kişilerce işletilmesinin ardından şirketleşmeye gidilmesi durumunda, bu işlem de bir tür işyeri devri sayılmalıdır. Önce gerçek kişi olan işverenlerin devralan tüzel kişi ortakları olması bu devir ilişkisini ortadan kaldırmaz.⁴⁹ Aynı şekilde daha önce tüzel kişi şirket olan işverenin işyerini bir gerçek şahsa devretmesi de mümkündür. Devralanın şirketin hissedarlarından biri olması da sonucu değiştirmez. Adi ortaklardan bir ya da bazılarının hisselerinin devri de sorumlulukların belirlenmesi noktasında işyeri devri olarak işlem görmelidir.⁵⁰

b. İşverenin Ölmesi ile İşyerinin Devri

İşverenin ölmesi durumunda miras, mirasçılara kanun gereği külli halefiyet esasına göre geçer (MK.m. 599/1). Kanun hükmü gereği işyeri de mirasçılara geçer ve işyerinin devrine ilişkin hüküm uygulanır. Mirasın ölüm ile otomatikman geçişinin istisnası, iş sözleşmesinin işverenin kişiliğinin dikkate

Yargıtay'a göre, işyerinin önceleri gerçek kişi ya da kişilerce işletilmesinin ardından şirketleşmeye gidilmesi durumunda, bu işlem de bir tür işyeri devri sayılmalıdır.

alınarak yapıldığı durumlarda söz konusudur. Bu durumda işverenin ölümü ile iş sözleşmesi kendiliğinden sona erer. Ancak işçi, iş sözleşmesinin süresinden önce sona ermesi nedeniyle uğradığı zarar için, mirasçılardan hakkaniyete uygun bir tazminat talebinde bulunabilir (TBK.m. 441/II).

VI. İş K. m. 6'da Getirilen Düzenleme Gereği İşyeri veya Bir Bölümünün Devri

Avrupa Birliği'nin 2001/23/EC sayılı Yönergesi dikkate alınarak hazırlanan İş Kanunu'nun 6. maddesinde, işyeri veya bir bölümünün hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmelerinin bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçeceği öngörülmüştür (TBK. m. 429/I; Art. 333 OR).

Madde gereğince, işyerinin veya bir bölümünün devrinde, devir tarihinde iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile devralana kendiliğinden geçer. İş ilişkilerinin otomatikman devralana geçişinden, devre kadar geçerli koşulların değişmeyeceği anlamı çıkarılmamalıdır. Daha sonra kanuni veya sözleşmede kararlaştırılan bildirim süreleri ve hakkın kötüye kullanılması yasağı çerçevesinde değişiklik yapılabilir.⁵¹ İş sözleşmelerinin otomatikman geçişi ile, işverenin değişmesi durumunda işçinin hakları ve talepleri açısından kayba uğramaması ve işçiyi korumak amaçlanmıştır.

Ancak işçinin devre itirazına ilişkin bir düzenleme maddede yer almamıştır. Gerçi 2001/23/EC sayılı Yönerge'de de itiraz hakkı

düzenlenmemiş olmakla birlikte, Avrupa Birliği Adalet Divanı⁵² işçinin devredenle olan iş ilişkisinin geleceği hakkında karar vermenin üye ülkelerin takdirine bırakıldığını, işçiye itiraz hakkının üye ülkelerce kabulünün Yönergeye aykırılık teşkil etmeyeceğine karar vermiştir. Diğer taraftan Yönergede devralan ve devreden işverenlerin, işyeri devrinin etkileri hakkında işçi temsilcilerini, yoksa işçileri işyeri devri hakkında bilgilendirme yükümlülüğü öngörülmüştür (m. 7/I.1). Ancak 6. maddede bilgilendirme konusunda bir düzenleme yapılmamıştır.

1. Devrin İşçi Alacaklarına Etkisi

İş K.'nın 6/2. maddesine göre işveren, işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklarda, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlüdür. Bu düzenlemeye göre, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, yıllık ücreti izin gibi haklarda işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarih esas alınacaktır.⁵³ Kıdem tazminatının hesabında 4857 sayılı İş K.'nın 120. maddesi hükmüne göre yürürlükte olan mülga 1475 sayılı Kanun'un 14. maddesinde yer alan işyerinin devrinde kıdem tazminatına hak kazanma, hesaplama yönteminin uygulanması gerekir. Kıdem hesabında işyeri veya işyerlerindeki iş sözleşmeleri sürelerinin toplamı dikkate alınır. Ancak, işyerini devralan işverenlerin bu sorumlulukları, işçiyi çalıştırdıkları sürelerle ve devir esnasında işçinin aldığı ücret seviyesiyle sınırlıdır.⁵⁴ İş K. m. 14/II'de devreden işverenin sorumluluğu açısından bir süre öngörülmediğinden, 4857 sayılı İş K.'nın 6. maddesinde devreden işveren için öngörülen iki yıllık süre sınırlaması, kıdem tazminatı için söz konusu olmaz.

O halde kıdem tazminatı devirden önce ve sonra geçen sürenin tamamı için hesaplanmalıdır. Ancak, devreden işveren ve devralan işveren, kendi dönemleri ve devir tarihindeki ücretle sınırlı olarak sorumlu olacaklardır.⁵⁵

Yargıtay, bir kararında işyerini devreden işverenin kendi dönemini tasfiye etmek için işçilerin iş sözleşmelerini feshederek kıdem tazminatını ödemesi nedeniyle, devirden son-

ra yeni bir iş sözleşmesi ile çalışan ve iş akdi feshedilen işçilerin kıdem tazminatı hesabında, devirden önceki döneme ait sürelerin dikkate alınmayacağını kabul etmiştir.⁵⁶

Yıllık ücretli izin hakkı bakımından, işçinin devreden ve devralan işverenler yanında çalıştığı tüm hizmet süresi dikkate alınacaktır. İhbar tazminatının hesabında da, işçinin devreden ve devralan işveren dönemindeki hizmet süresine göre belirlenecek bildirim süresine ilişkin ücret esas alınacaktır.

2. Birlikte Sorumluluk (Müteselsil Sorumluluk)

Avrupa Birliği'nin 2001/23/EC sayılı Yönergesinde, devir anında mevcut bir iş sözleşmesinden doğan hak ve borçların devralan işverene geçeceği öngörülmüştür. Ancak, devreden işveren ile devralan işverenin mevcut iş sözleşmelerinden müteselsilen sorumluluğu hakkında bir düzenleme yoktur. Devreden işverenin müteselsil sorumluluğu üye devletlerin takdirine bırakılmıştır. Üye devletler devirden önce doğmuş ve devir tarihinde ödenmesi gereken iş sözleşmesi veya iş ilişkisinden doğan borçlardan, devreden ve devralanın müteselsilen sorumlu olacaklarına ilişkin hükümler getirebilirler (m. 3/1-2).⁵⁷

İş Kanunu'nun 6. maddesinde getirilen düzenlemeye göre, devir halinde devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan, devreden ve devralan işveren birlikte sorumludur.⁵⁸ Ancak devreden işverenin sorumluluğuna bir sınırlama getirilerek, devir tarihinden itibaren iki yıl olarak belirlenmiştir (İş K.m. 6/III; TBK.m. 428/III; Art.333 OR). O halde devreden ve devralanın devir halinde birlikte sorumluluğu, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlara ilişkindir. Bu borçlara örnek olarak işçilerin devirden önce hak kazandıkları kanun, iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesinden doğan alacaklar ücret, ikramiye, prim, fazla çalışma ücreti, yakacak yardımı, hafta tatili, bayram ve genel tatil ücreti gösterilebilir.⁵⁹ Devir tarihinden sonra doğmuş ve muaccel olmuş olan alacaklar bakımından devreden işverenin birlikte so-

rumluluğu kıdem tazminatı hariç söz konusu olmaz.⁶⁰

İşyerini devralan işveren devir nedeniyle iş sözleşmeleri kendisine geçen işçilerin, devir tarihinden sonra doğmuş ve muaccel olan alacaklarından sorumludur. Örneğin, devirden sonraya ait ücret, fazla çalışma, hafta tatili çalışması, bayram ve genel tatil ücreti gibi, işçilik alacaklarından devralan işveren tek başına sorumlu olacaktır. Yine feshe bağlı diğer haklar olan ihbar tazminatı ve kullanılmayan izin ücretlerinden sorumluluk ise son işverene ait olmakla devreden işveren bu işçilik alacaklarından sorumlu olmaz. Devralan işveren ihbar tazminatı ile kullandırılmayan izin ücretlerinden sorumludur.⁶¹

Diğer taraftan, devir tarihinden önce iş sözleşmeleri sona eren işçilerin hakları bakımından devralan işveren sorumlu olmaz.⁶² Zira m. 6/I hükmü gereği devir tarihinde işyerinde ve bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri devralan işverene geçer.

Tüzel kişiliğin birleşme veya katılma ya da türünün değişmesiyle sona erme halinde birlikte sorumluluk hükümleri uygulanmaz (İş K.m. 6/IV). Bu durumlarda işverenin tüzel kişiliği sona erdiğinden işçilik haklarından sorumluluğu söz konusu olmaz.

3. İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerinin Feshine Etkisi

Avrupa Birliği'nin 2001/23/EC sayılı Yönergesi'nin 4. maddesine göre, işletmenin veya işyerinin veya bölümünün devri, devreden ve devralan işveren açısından fesih için bir neden değildir. Ancak bu hüküm, ekonomik, teknolojik veya iş organizasyonu nedenlerine dayalı olarak yapılacak feshlere engel teşkil etmez (m. 4/1).

Devir nedeniyle, çalışma koşullarında işçi aleyhine esaslı değişiklik meydana gelmesi nedeniyle iş sözleşmesi veya iş ilişkisinin sona erdirilmesi söz konusu olursa, feshin işveren tarafından yapıldığı kabul edilmelidir (m. 4/2). Bu düzenlemenin amacı işçinin işveren değişikliğinde haklarını korumaktır.

Bu Yönergenin hükümleri dikkate alınarak düzenlenen İş K.m. 6/5'de, işyerinin veya bir

bölümünün devrinin, işveren bakımından bir fesih nedeni oluşturmayacağı öngörülmüştür. Nitekim, getirilen düzenlemeye göre, devreden veya devralan işveren iş sözleşmesini sırf işyerinin veya bir bölümünün devri nedeni ile feshedemez ve devir işçi yönünden fesih için haklı neden olmaz. Ancak devreden veya devralan işveren, ekonomik ve teknolojik sebeplerin yahut iş organizasyonu değişikliğinin gerekli kıldığı durumlarda iş sözleşmesini feshedebilir. Ayrıca işçi ve işverenlerin haklı sebeplerden fesih hakkı da saklı tutulmuştur. Devir öncesi ve devir sonrası devir nedeniyle fesih yasaklanmış olmakla birlikte, devir sonrasında işverene fesih hakkı tanınmıştır. Bu nedenle yapılan feshin devir nedeniyle veya geçerli nedenlere dayanarak yapılan bir fesih olup olmadığının belirlenmesi önem arz eder.⁶³

İş Kanunu'nun 6. maddesinde getirilen düzenlemenin amacı, işçinin korunması, devir neticesinde iş ilişkisinin devamının sağlanmasıdır. Ancak işyerinin devrinden önce işverenin ekonomik veya teknolojik nedenlerle yahut yeniden yapılanma nedeniyle bazı işçilerin iş sözleşmelerini feshetmesi, fesih yasağına aykırılık teşkil etmez.⁶⁴ Burada kural, devir nedenine dayalı olarak fesih yapılmamasıdır. Ekonomik nedenlerle işyerinin kapatılması nedeniyle yapılan feshin geçerli nedene dayandığının kabulü gerekir.⁶⁵ Ancak işyerinin kapatılması ve daha sonra işyerinin devri durumunda, işverenin işyeri devrinde iş güvencesi hükümlerinin uygulanmasını engellemek amacıyla bu yolu tercih ettiği düşünülebilir.⁶⁶

Bu durumda devredilen işyerinin ekonomik bütünlüğünün (kimliğinin) koruyup korumadığının tespiti gereklidir.⁶⁷ Burada önemli olan iş sözleşmelerinin feshinin amacının tespitidir.⁶⁸

Diğer taraftan devreden ve devralan işyeri devri sözleşmesinde, iş sözleşmelerinin feshi konusunda anlaşabilirler. Yeniden yapılanma nedeniyle işgücü fazlalığının ortaya çıkması nedeniyle bu yolu seçebilirler. Ancak işyerindeki bazı ücretlerin yüksek olması nedeniyle iş sözleşmelerinin feshedilmesi işletme ge-

reklerine dayalı geçerli bir fesih olarak kabul edilemez. Eğer yeniden yapılanma nedeniyle, işçi veya işçilerin çalıştığı bölüm ortadan kalkmışsa işyeri gereklerine dayalı bir fesih yapılabilir.⁶⁹

Devir işleminden sonra devralan işveren ekonomik ve teknolojik sebeplerle yahut iş organizasyonunun gerekli kıldığı durumlarda geçerli nedenle iş sözleşmelerini feshedebilir. O halde geçerli nedenlerin varlığı (İş K.m. 18) halinde işveren bildirimli fesihle iş sözleşmesini feshedebilir.

2001/23/EC sayılı Yönerge'de devir işleminin işçi aleyhine çalışma koşullarında değişikliğe yol açması iş sözleşmesinin sona erdirilmesine neden olmuşsa, iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedildiği kabul edilerek, sonuçlarından işverenin sorumlu olacağına ilişkin bir düzenleme öngörülmüştür (m. 4/2).

Çalışma koşullarında değişiklik tarafların anlaşması ile her zaman mümkündür. Ancak işçi aleyhine neticeler doğuracak değişikliklerin, örneğin ücretlerde indirim yapılmasının, işçi tarafından kabul edilmesi mümkün değildir. Nitekim İş K. m. 22'ye göre çalışma koşullarında yapılacak esaslı bir değişikliğin işçiye yazılı olarak bildirilmesi gerekir. İşçi tarafından altı iş günü içinde kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz.

İşveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin olduğunu yazılı olarak açıklayarak bildirim sürelerine uyarak işçinin iş sözleşmesini feshedebilir. İşçi bu durumda İş K. 17 ila 21. madde hükümlerine göre dava açabilecektir. İşçi, İş Kanunu'nun 24/II-(e), (f) maddesine göre de çalışma koşullarında aleyhine esaslı değişiklik yapılması halinde iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir. Burada önemli olan, işyeri devrinin çalışma koşullarını ağırlaştırıp ağırlaştırmadığının tespitidir. Nitekim Yargıtay'da, işyerinin devrinin işverenin yönetim hakkının son aşaması olduğuna, işyeri devrinin çalışma koşullarında değişiklik anlamına da gelmeyeceğini, dairenin kökleşmiş kararlarına göre işyeri devrinin işçiye haklı nedenle fesih hakkı tanımadığını, işyeri dev-

rinin çalışma koşullarını ağırlaştırıcı bir yönünün olup olmadığının belirlenmesi gerektiğine karar vermiştir.⁷⁰

İşçi veya işveren işyeri devrinden sonra haklı nedenlerle (İş K. m. 24, 25) iş sözleşmesini feshedebilirler. Yeni işverenin özellikle işletmenin ekonomik hedefini değiştirmesi ve başka haklı nedenler iş ilişkisinin zamanla çekilmez hale gelmesine neden olabilir.⁷¹ İş K. m. 24 ve 25'de sayılan nedenler, uygulamada en sık rastlanılan olaylar dikkate alınarak öngörülmüş olup, sınırlı sayıda değildir. Bu nedenle dürüstlük kurallarına göre, iş münasebetini devam ettiremeyecek derecede çekilmez hale getiren sebepler de haklı sebep kabul edilmelidir. Bu sebepler taraflara ilişkin olabileceği gibi, onların dışında oluşan olgu ve olaylardan kaynaklanabilir. Art. 337 OR'e göre; dürüstlük ve doğruluk kuralına göre, iş ilişkisinin devamını fesheden bakımından beklenemeyecek duruma getiren her olay, haklı sebep sayılır. Böyle durumların varlığına hakim takdir hakkını kullanarak karar verir.

İş münasebetinin taraflarca çekilemeyecek hale gelmesinin tespitinde işin çeşidi, tarafların sosyal durumları, sözleşmenin süresi, karışı tarafın tutumu gibi değişik kıstaslar ve özel durumlar dikkate alınmalıdır. Örneğin, işyerinin devri ile yeni işveren ile işçi arasındaki itimat ilişkisi sarsılabilir. Bu durum özellikle sadakat borcunun hizmet akdinin en önemli unsurunu teşkil ettiği ve işçinin yönetici pozisyonunda bulunduğu büyük işyerlerinde Söz konusu olabilir. Yeni işletme sahibi, işletmenin kilit noktalarına, yönetici işçilerin yerine, mevcut iş sözleşmelerine bakmaksızın kendi güvenilir adamlarını yerleştirebilir. Böyle istisnai durumlarda da yönetici durumundaki işçiler için haklı nedenin varlığını kabul ederek işletmenin devri halinde haklı nedenle fesih hakkının doğduğunun kabulü gerekir.⁷²

4. İflasın Devre Etkisi

Avrupa Birliği'nin 2001/23/EC sayılı Yönergesi'nin 5. maddesinin 1. fıkrasında, üye devletler aksini öngörmedikçe Yönergenin 3. ve 4. maddesinin devreden işveren

hakkında borç ödeme güçlüğü nedeniyle iflas veya benzer bir prosedürün bir yetkili kamu makamının gözetimi altında yürütülüp, o kişinin malvarlığının tasfiyesinin amaçlandığı durumlarda uygulanmayacağı kabul edilmiştir.⁷³

İş K.'nın 6. maddesinin son fıkrasında da, iflas nedeniyle işverenin malvarlığının tasfiye edilmesi sonucu, işyerinin tamamının veya bir bölümünün başkasına devredilmesi halinde, devre ilişkin bu hükmün uygulanmayacağı öngörülmüştür.

Sonuç

İş ilişkilerinin devrine ilişkin olarak TTK. m. 178'de ve İş K. m. 6'da getirilen düzenlemelere bakıldığında, özellikle, işçinin itiraz hakkı devreden ve devralan işverenlerin birlikte sorumluluğu, işçi alacaklarının teminat altına alınması konularında farklı düzenlemeler getirildiğini söyleyebiliriz.

İş K. m. 6'da, işyeri veya işyerinin bir bölümünün hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devredilmesinin hüküm ve sonuçları öngörülmüştür. TTK. m. 178 de ise, tam veya kısmî bölünmede iş ilişkilerinin yeni işverene geçmesi düzenlenmiş, ancak Kanununun birleşmeye ilişkin 158. maddesinin 4. fıkrasında ve tür değiştirmeye ilişkin 191. maddesinde iş ilişkileri hakkında 178. madde hükümlerinin uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

İş K.'nın 6. maddesinin 5. fıkrasına göre; "Tüzel kişiliğin birleşme veya katılma ya da türünün değişmesiyle sona erme halinde birlikte sorumluluk hükümleri uygulanmaz." TTK.'nın 178. maddesinde ise eski işveren ile devralanın, işçinin bölünmeden evvel muaccel olmuş alacakları ile hizmet sözleşmesinin normal olarak sona ereceği veya işçinin itiraz nedeniyle sona erdiği tarihe kadar geçen sürede muaccel olacak alacaklarından müteselsilen sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Birleşmeye ilişkin m. 158/4 ve değiştirmeye ilişkin 190. maddede; 178. maddeye gönderme yapılması nedeniyle, şartlara uyduğu ölçüde bu durumlarda müteselsil sorumluluk uygulanacaktır. Madde 178/3 hükmü bu iki durumda alacakların teminat altına alınmasında dikkate alınacaktır. Ancak kısmî bölünmede

Şirketlerle ilgili devirlerde TTK. m. 178 hükümleri uygulanacak, hukuki işleme dayalı devirlerde ise İş K. m. 6 hükmünün uygulanması gerekecektir.

m. 178/3 hükmünde yer alan müteselsil sorumluluk tam uygulanabilecektir.⁷⁴

Görüldüğü üzere m. 178'de; ticari şirketlerin bölünme, birleşme (m. 158/4) ve tür değiştirmelerinde (m. 190) iş ilişkilerinin devralan işverene geçişini düzenleyen özel bir düzenleme getirilmiştir. TTK. m. 178 bütün işyerleri devirlerinde değil, sadece ticari şirketlerin bölünme, birleşme ve tür değiştirme yoluyla gerçekleşen devirleri konu alan düzenlemesi nedeniyle, İş K. m. 6'ya göre özel bir düzenleme niteliğindedir. İki madde arasında bir ihtilâf çıktığında şirketlerle ilgili devirlerde TTK. m. 178 hükümleri uygulanacak, hukuki işleme dayalı devirlerde ise İş K. m. 6 hükmünün uygulanması gerekecektir. TTK. m. 178'de yer almayan konular hakkında ise, İş K. m. 6 uygulanacaktır.⁷⁵

Diğer taraftan TTK. m. 178'de işçinin itiraz hakkı, işçi alacaklarının teminat altına alınmasına ilişkin düzenleme getirilmiş ancak, işverenin işçiyi bilgilendirme yükümlülüğüne yer verilmemiştir.

İsviçre Borçlar Kanunu'nun 333. maddesinde getirilen düzenlemeye göre iş ilişkisinden doğan alacak ve borçların yeni işverene geçmesi, ancak işçinin itiraz etmemesi halinde mümkündür. Ancak itiraz hakkının süresine ilişkin bir düzenlemeye madde hükmünde yer verilmemiştir. 333/a maddesinde de işverenin işçiyi devrin nedeni, işçi açısından hukuki, iktisadi ve ekonomik yönden devrin icrasından veya mümkün ise devir sözleşmesinden önce, herhangi bir süre öngörülmeden bilgilendirme yükümlülüğü düzenlenmiştir.

Alman Medeni Kanunu'nun § 613a paragrafının 5. fıkrasına göre; yeni işveren (devralan) veya eski işverenin (devreden) devirden önce etkilenen işçilere, devrin zamanını veya devir için planlanan zamanı devrin sebebinin, devrin

işçiler açısından hukuki, iktisadi sonuçlarını ve işçiler için alınması öngörülen önlemleri yazılı olarak bildirmesi gerekmektedir. Aynı hükmün 6. fıkrasında ise; 5. fıkrada belirtilen esaslara göre yapılacak bildirimden itibaren bir ay içinde işçinin iş ilişkisinin devrine yazılı olarak itiraz edebileceği öngörülmüştür. Ayrıca itiraz hakkının süresine ilişkin bir düzenlemede TTK. m. 178/1'de yer almamıştır.

İş K. m. 6'da ise, işçiye itiraz hakkı ve işverenin işçiyi bilgilendirme yükümlülüğü ile ilgili bir düzenleme getirilmemiştir.

İsviçre Borçlar Kanunu m. 333 ve 333a. maddeleri ve Alman Medeni Kanunu'nun § 613a paragrafının 5 ve 6. fıkralarında getirilen düzenlemeler çerçevesinde, TTK. m. 178'de bilgilendirme yükümlülüğü, İş K. m. 6'da ise işçilerin devre itiraz hakkına ve işverenin işçiyi devir hakkında bilgilendirme yükümlülüğüne ilişkin yeni düzenlemelerin yer alması gerekir. İşçiye sadece itiraz hakkının tanınması yeterli değildir. Zira işverenin işçiyi bilgilendirme yükümlülüğü gereği, devir hakkında işçiyi bilgilendirmesi neticesinde, işçinin itiraz hakkını zamanında kullanması hukuken mümkün olabilecektir.

DİPNOTLAR

- 1 Vischer, Frank; Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Zürich 2004, Art. 27/I, Art. 49/I, Art. 76/I.
- 2 Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin: Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 10. Bası, İstanbul 2010, s.106, 107.
Özkaraca, Ercüment, İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2008, s.72.
Güzel, Ali, İşverenin Değişmesi-İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi, İstanbul 1987, s.46.
- 3 Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s.107.
- 4 Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s.108.
- 5 Tekinalp/Poroy, Çamoğlu, s.107; Güzel, s.48; Özkaraca, s.73.
- 6 Brunner, Christiane/Bühler, Jean-Michel/Waeber Jean-Bernard; Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht 2.Aufl. Basel 1997, Art. 333 N.8.
- 7 Obergericht Basel Land (Oger BL) JAR 1991 S.224; Brühwiler, Art. 333 N.2; Honsell- Vogt-Wiegand (Hrsg.). Basler Kommentar Obligationenrecht. Art. 1. 529 OR 3 Aufl., Basel 2003, Art. 333 N.10.
Astarlı, Muhittin; Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Huku-

- kunda İşyeri Devrinde İşçinin İş İlişkisinin Devralan İşverene Geçişine İtiraz Hakkı, Çalışma ve Toplum, 2013/1, s.92.
- 8 Brühwiler Jurg, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, OR Art. 319-343 2. Aufl. Bern-Stuttgart, Wien 1996, Art. 333 N.2.
 - 9 Bkz. Süzek, Sarper, İş Hukuku, 8. Bası, İstanbul 2012 s.215; Alp, Mustafa, Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirmenin İş İlişkilerine Etkisi (TTK. 178; 158; 190), Çalışma ve Toplum, 32. 2012/1 s.72.
 - 10 Brühwiler, Art. 333 N.2.
 - 11 Rehbinder, Manfred, Schweizerisches Arbeitsrecht 14. Aufl. Bern. 1999. s.132.
 - 12 Rehbinder, s.131.
 - 13 Brunner, Bühler, Waeber; Art. 333a, N.3,4; Brühwiler, Art. 333a, N.1,2; Rehbinder, s.131;
 - 14 Aktay, Nizamettin/Arıcı, Kadir/Kaplan, Emine Tuncay, İş Hukuku, Ankara 2013, Kaplan (Aktay, Arıcı, Kaplan) s.119 vd.
 - 15 Süzek, s.215; Alp, s.62; Astarlı, s.92.
 - 16 Rehbinder, s.132.
 - 17 OR. Art. 333 Abs.3'de "Kanuni fesih süreleri sonunda" ibaresi, maddenin tercümesi olan TTK. m. 178/2 de "kanuni işten çıkarma süresi sonunda" olarak yer almıştır.
 - 18 Brunner, Bühler, Waeber, Art. 333. N.9.; Honsell -Vogt -Wiegand, Art. 333/N.9; Vischer, s.217, Portmann, Wolfgang; Individualarbeitsrecht, Zürich 2000, s.182.
 - 19 Brühwiler. Art. 333 N.4.
 - 20 Bkz. Süzek, s.217; Alp-Bölünme, s.66.
 - 21 Honsell-Vogt-Wiegand (Hrsg.), Art. 333 N.11.
 - 22 Tekinalp, Ünal; Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Sosyal Plan, İş Dünyası ve Hukuk, Prof. Dr. Tankut Centel'e Armağan, İstanbul 2011, s.1091.
 - 23 Tekinalp, s.1091.
 - 24 Brühwiler, Art. 333 N.6; Rehbinder s.130.
 - 25 Tekinalp, s.1090.
 - 26 Çelik, Nuri, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2012, s.58; Eyrenci, Öner-Taşkent, Savaş-Ulucan, Devrim, Bireysel İş Hukuku 3. Ba. İstanbul 2006, Taşkent (Eyrenci, Taşkent, Ulucan) s.46.
 - 27 Ekonomi, Münir, İşyerinin Bir Bölümünün Devri (Kısmî Devir) ve İş İlişkilerine Etkisi, Kamu-İş, Ankara 2000, s.325; Özkaraca s.17.
 - 28 İren, Ertan, Avrupa Birliği Yönergeleri Karşısında 4857 Sayılı İş Kanunu'nun Durumu, Ankara 2008, s.175 vd.
 - 29 Ekonomi, Münir; İş Hukuku, C.I, Ferdi İş Hukuku 3. Bası, İstanbul 1984, s.64; Aydınli, İbrahim, Türk İş Hukukunda İşyeri İşletme, Ankara 2001, s.190.
 - 30 ATAD, 14.4.1994, 392/92 Schmidt, para.17, <http://eur-lex.europa.eu>. Diğer divan kararları hakkında bkz. Özkaraca, 22 vd.

- 31 Yenisey, Doğan Kübra; İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri, İşyerinin Devri Çerçevesinde “İşyeri” ve “İşyeri Bölümü” Kavramları, s.141 vd.
- 32 Y. 9HD., 6.4.2009, 13501/9655. Cil. Şahin, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, Ankara 2009, B3. Ankara 2011. s.116.
- 33 Yenisey, s.142 vd., Alpagut, Gülsevil, İş İlişkilerinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Devredilmesi Açısından Yargıtayın 2010 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara 2012, s.37; Özkaraca, 22 vd.
- 34 Ekonomi, Kısmî Devir, s.343; Vischer, s.216.
- 35 Alpagut, Gülsevil, İşyerinin Devri ve İş Sözleşmesinin Feshi, İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri, İstanbul 2009, s.297.
- 36 Brunner/Bühler/Waeber, Art. 333 N.1.
- 37 Güzel, s.29; Ekonomi, (Kısmi Devir) s.347; Reisoğlu, Seza, İşyerinin Bir Diğer İşverene Devrinin Hizmet Akitlerine Etkisi, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, s.1283.
- 38 Y.9 HD. 7.3.2005 E.2005/802 K.2005/7443, Çankaya, Osman Güven-Çil, Şahin; İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara 2006 s.211.
- 39 BGE 129 III 335. E. 21 Vischer, Frank; Der Arbeitsvertrag, Basel 2005, s.216.
- 40 Y.13HD., 25.6.1992 E. 1992/4326, K.1992/5714. Özkaraca, s.53 dipn.185.
- 41 Güzel, s.27. 28; Ekonomi, (Kısmi Devir) s.347;
- 42 Ayrıntılı bilgi için bkz. Özkaraca, s.55.
- 43 Y.9HD., 8.7.2008 E. 2008/25370, K.2008/19682 (Y 9HD. 17.01.2012 E. 2009/27248 K.2012/561, www.hukukturk.com
- 44 Güzel, s.58; Özkaraca, s.58, 59.
- 45 Vischer, s.216 dipn.7.
- 46 Y. 9HD., 11.7.2005, E.2005/21402, K.2005/24448 Özkaraca, s.59, dipn. 209.
- 47 Y. 9HD., 17.01.2012, E. 2009/27248, K.2012/561, www.hukukturk.com
- 48 Çankaya/Çil, s.122
- 49 Y. 9HD., 22.7.2008, E.2007/20491, K.2008/21645
- 50 Y. 9HD., 17.01.2012, E.2009/27248, K.2012/561, www.hukukturk.com
- 51 Brunner/Bühler/Waeber, Art. 333. N.4.
- 52 EuGH. 16.12.1992.C.132/91, Astarlı, s.94 dipn. 86.
- 53 Eyrenci-Taşkent-Ulucan, (Eyrenci-Taşkent-Ulucan) s.112, Çelik, s.63; Süzek, s.207; Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin, İş Hukuku, İstanbul 2012, s.241; Özkaraca, s.213, 214.
- 54 Y. 9HD., 28.04.2011, E.2009/10941, K.2011/12589, www.hukukturk.com
- 55 Y. 9HD., 17.01.2012, E.2009/27248, K.2012/561, www.hukukturk.com.
- 56 Y. 9HD., 24.09.2008, E. 2007/2764, K. 2008/24648; Çalışma Hayatı ile İlgili Yargıtay Kararları, 2008,2009 Kamu İş, Ankara 2010, s.144.
- 57 İren, s.177.
- 58 Güzel, s.430, Süzek, 8. Ba. s.206; Çankaya/Çil, s.192; Ulucan (Eyrenci-Taşkent-Ulucan) s.113; Özkaraca, s.350, 351.
- 59 Özkaraca, s.350; Y 9HD., 17.01.2012, E.2009/27248, K.2012/561, www.hukukturk.com
- 60 Özkaraca, s.350, 351.
- 61 Y. 9HD., 23.04.2011, E.2009/10941, K.2011/12589, www.hukukturk.com.
- 62 Y. 9HD., 21.6.2010, E.2008/33748 K.2010/20389, www.hukukturk.com.
- 63 Ulucan, Devrim; İşyeri Devrinin İş İlişkilerine Etkisi ve Devir Nedeni ile Yapılan Fesihlerin Hukuki Sonuçları, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi. 30. Yıl Armağanı, s.72.
- 64 Ulucan, s.76
- 65 Ulucan, s.77; Manav Eda; İşyeri Devrinde İş Güvencesi, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, 11. İstanbul 2011, s.1361.
- 66 Çankaya/Çil, s.399.
- 67 Alpagut, İşyerinin Devri, s.164; Manav, s.1364.
- 68 Ulucan, s.80.
- 69 Ulucan, s.81.
- 70 Y. 9HD., 27.10.2008, E.2008/29715, K.2008/28944, Y9.HD., 17.01.2012, E.2009/27248, K.2012/561, www.hukukturk.com
- 71 Kaplan, Emine Tuncay; “İşyerinin ve İşletmenin Devrinin Tarafların Fesih Hakkına Etkisi”, Kamu-İş. C.3, S.1. Temmuz 1991, s.13.
- 72 Kaplan, agm. s.15.
- 73 Ulucan, s.78; İren, s.181; Bkz. Mollamahmutoğlu/Astarlı, s.248.
- 74 Tekinalp s.1091; Mollamahmutoğlu/Astarlı, s.252.
- 75 Süzek, s.215; Mollamahmutoğlu/Astarlı, s.250; Alp, 58; Bkz. Ekmekçi, Ömer; Şirketin Bölünmesi, Birleşmesi ve Tür Değiştirmesinin İş İlişkilerine Etkisi İş Kanunu/Türk Borçlar Kanunu-Türk Ticaret Kanunu Çelişkisi, Sicil, Aralık 11, S. 24, s. 158, 159.

İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetlerinde Devlet Desteği

1. GİRİŞ

Bilindiği üzere 20.06.2012'de TBMM'de kabul edilerek 30.06.2012 tarihli RG'de yayımlanan ve hükümleri için değişik yürürlük tarihleri içererek en erken 01.01.2013'de bazı hükümleri yürürlüğe giren 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu (İSGK), iş sağlığı ve güvenliği konusunda tüm iş yasaları kapsamında uygulanan genel bir yasa niteliği taşımaktadır (İSGK 2/1). Anılan Yasa iş sağlığı ve güvenliği alanında işverene¹, devlete ve çalışanlara klasik denilebilecekler yanında yeni bir takım ödev ve sorumluluklar da getirmiştir². Bunlardan işverene düşen yüküm ve sorumluluklardan birisini iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin sağlanması oluşturmaktadır (İSGK 6). İSG hizmetlerini Yasa açıkça düzenlediği (İSGK 6) gibi, keza bununla ilgili olarak "İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliği" (İSGHY) adıyla bir de Yönetmelik çıkarılarak yürürlüğe koyulmuştur (RG. 29.12.2012). İşte gerek Yasa ve gerekse de

anılan Yönetmelik hükümleri incelendiğinde İSG hizmetlerinin "mesleki risklerin önlenmesi ve bu risklerden korunulmasına yönelik çalışmalarını da kapsayacak" biçimde belirlenen olgulardan oluşacağı Yasada açıkça belirtilmiştir (İSGK 6/1). Bunun içine işyerinde işyeri hekimi ve diğer sağlık personeli bulundurma girdiği gibi, iş güvenliği uzmanı bulundurulması da girmektedir (İSGK 6/1, İSGHY 5/1). Bu arada, iş güvenliği uzmanlarının görev ve sorumluluklarına dair bir Yönetmelik de çıkarılarak yürürlüğe girmiş (RG. 29.12.2012), ama işyeri hekimleri için henüz böyle bir yönetmelik çıkarılmamıştır. Gerçi işverenlerin işyeri hekimliği ve iş güvenliği uzmanı bulundurma hizmetini değişik yollarla karşılaması mümkündür³. Örneğin, ilgili işveren anılan noktalarda eğitime ve gerekli sertifikaya sahipse, isterse bu hizmetleri bizzat kendisi çalışarak sunabilir (İSGK 6/1-a, c.2; İSGHY 5/1, c.2). Keza işyerinde zaten bu niteliklere ve sertifikaya sahip çalışanı varsa, onları işyeri hekimliği ve/veya iş güvenliği uzmanı ola-

rak görevlendirme yoluna gidilerek de anılan hizmetlerin sunulması mümkündür (İSGK 6/1-a, c.1; İSGHY 5/1, c.1). İşyerinde bunlardan hiçbirisi yoksa veya anılan niteliklere sahip işveren ve/veya personel bulunsa da anılan hizmetlerde görevlendirme işverence bizzat yerine getirme gerçekleşmemişse, artık başvurulacak son yöntem, bu hizmetlerin kısmen veya tamamen Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimleri (OSGB) tarafından sağlanması için onlardan hizmet almaktır (İSGK 6/1-a, c.1; İSGHY 5/2). Anılan hizmetlerin bizzat aranan nitelik, eğitim ve sertifikaya sahip işverence yerine getirilmesi şıkkı seçildiğinde, işverenin Yönetmelik ekindeki (Ek-6) örneğine uygun olarak iki nüsha halinde “çalışma taahhütnamesi” düzenlemesi ve bunun bir nüshasını 5 işgünü içinde İSG Genel Müdürlüğü’ne bildirmesi gerekir (İSGHY 14/4). Yönetmelik bu belgelerin onaylanmasından söz etmemektedir. Eğer bir gözden kaçma değilse, işverenin çalışma taahhüdünün ve ilgili sertifika vs. belgelerinin incelenmemesi, ilginç gözükmektedir. Anılan hizmetlerin bizzat aranan nitelik, eğitim ve sertifikaya sahip işverence yerine getirilmesi şıkkının işletilmesi halinde, şüphesiz, işveren bu hizmetler için kimseye bir ücret, masraf vs. ödememekte, sadece, muhtemelen başka şekilde değerlendirerek gelir elde edebileceği kendi işgücünü harcamaktadır. Buna karşın, zaten işyerinde çalışan ve aranan eğitim ve sertifikaya sahip bir personeli bu işlerde görevlendirmeye kalkıştığında; (personelin daha olumsuz koşullarda çalışıyor olması hariç), ilgili personelin bu görev için olurlarını almak zorunda kalabilecektir. Üstelik Yönetmelikten anlaşıldığına göre, bu olur, anılan personel ile işveren arasında bu hizmete/hizmetlere dönük çalışacağı yönünde içerik taşıyan ve formu bizzat ÇSGB’ce belirlenen bir sözleşme yapılması gerekmektedir. Ayrıca bir de görevlendirme belgesi düzenlenmelidir. Sözleşmenin ve görevlendirme belgelerinin üçer nüsha düzenlenip birisi personele, diğeri işverene ve sonuncusu da işverence ÇSGB İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü’ne gönderilir (İSGHY 14/1, 3-b). İşçi niteliğine sahip personel için durum ilke

İş güvenliği uzmanlarının görev ve sorumluluklarına dair bir Yönetmelik çıkarılarak yürürlüğe girmiş ama, işyeri hekimleri için henüz böyle bir yönetmelik çıkarılmamıştır.

olarak böyledir ama memur vs. gibi işçilik dışı bir konumda kamu işyerlerinde çalışanlar için durum farklılık gösterebilir, diye düşünmek akla gelse de, Yönetmelik bunlarla da işverenin sözleşme yapmak zorunda olduğundan söz etmektedir (İSGHY, 5/3-c). Kamuya ait işyerlerinde 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’na (DMK) tabi olarak işçilik dışı konumda çalışan personelin, örneğin memurun bu hizmetler için sözleşme yapıldığında, konumu değişip, işçi mi olmaktadır sorusuyla karşılaşılabilecektir. Ayrıca şimdi denebilir ki; işveren İSG hizmetleri için zaten işyerinde çalışan personeli/personelleri sözleşmeyle böylece görevlendirdiğinde, muhtemelen, onların o ana dek aldıkları ücret vs. işçilik/personel haklarında bir indirim değil, artırım yaşanacaktır. Ödediği GİDER kalemine bu kişiler için ödediği tüm ücretin mi yoksa o ana dek aldığı ücretle arasındaki fark ücretin mi yansıtılacağı önem taşır. Gerçekten önemli bu konuya aşağıda tekrar değineceğiz.

Eğer işveren İSG hizmetlerini OSGB’den hizmet alımı yoluyla sağlamak isterse, bu kez ilgili OSGB ile işveren arasında bu hizmetlerin sağlanmasını hedefleyen bir sözleşme imzalanması gerekir (İSGHY 14/1, 3-a). İSG hizmetlerinin OSGB’den alınmasının ya da onlar kanalıyla sunumunun bir sözleşme ile gerçekleşeceği açıksa da, bu sözleşmenin hukuki niteliğinin ne olabileceği noktası netlik içermektedir. Bir ihtimal, kanımca bunun hukuki niteliği tarafların seçimine bağlı olarak değişir. Eğer taraflar da hemfikirse, bir ihtimal, bunun bir alt işverenlik sözleşmesi/ilişkisi (İşK. 2/6 vd.; SSGSSK 12/son fıkra) oluşturabileceğidir. Bunun bizzat kendisi işyeri hekimliği ve/veya iş güvenliği uzmanlığıyla uğraşmayan işyerle-

ri bakımından, o işyerindeki birer yardımcı iş oluşturacağı söylenebilir. Fakat bizzat kendisi işyeri hekimliği ve/veya iş güvenliği uzmanlığı konusunda faaliyet gösteren işyerleri (ki bunlar da İSG hizmeti sağlama yükümünden istisna edilmemiştir) içinse, artık bu faaliyetlerin asıl işe girdiği, onun bir bölümünü oluşturduğu açıktır. Gerçi İSG hizmeti kendisinin asıl işi olan bir işyerinin bu hizmeti bir başkasından (OSGB'den) almasının mantıklı bir yanı yoktur. Hatta böyle bir şey, kendisinin uzmanlığının da sorgulanmasına ve onu piyasada tartışılır hale sokarak prestij kaybına yol açabileceği gibi, ona bu hizmetleri sunmayı üstlenen OSGB'nin alt işverenliğinde de (hiç değilse İşK. açısından) ciddi sıkıntılara yol açabilir ve alt işverenliğin gerekli uzmanlık vs. koşulu oluşmadığından geçersizliğine götürebilir. Şüphe yok ki, İSG hizmetlerinin OSGB'den alınmasının da işveren açısından bir mali portresi olacaktır ve bunun mali boyutu ilgili OSGB ile işveren arasında sözleşmeye ve belgeye dökülmek zorundadır. En azından asıl konumuz olan devlet desteği bakımından durum böyledir, denilebilir.

Bu arada belirtilecek bir husus; işverenlerin İSG hizmetlerini ister kendilerindeki personeli görevlendirerek, isterse de OSGB'den alsınlar, işyeri hekiminin ve iş güvenliği uzmanının sözleşmeleri ve görevlendirmelerinin İSG-Katip üzerinden veya yazılı olarak ve bu yolu kullanmadan ÇSGB İSG Genel Müdürlüğü'ne bildirecekleri ve

a) İSG-KATİP üzerinden bildirilen ve gerekli şartları taşıdığı anlaşılmanın üç işgünü içinde onaylanıp ilgililere bildirileceği,

b) İSG-KATİP yerine normal yazılı yol ile bildirilenlerden aranan koşulları taşıdığı anlaşılarsa 15 gün içinde onaylanarak ilgililere bildirileceği (İSGHY 14/5) ve

c) Yapılan inceleme sonucu sözleşmeleri ve görevlendirmeleri İSG Genel Müdürlüğü'nce onaylanmayan işyeri hekimi, iş güvenliği uzmanı ve diğer sağlık personeli İSGK kapsamındaki görevlerine başlatılamazlar ve bunlar bu bağlamdaki yetkilerini kullanamazlar (İSGHY 14/6). Herhalde bunun anlamı; anılan kişilerle yapılan sözleşmelerin geçersizliği

Yasa İSG hizmetleri dahil, tüm İSG kurallarının işyerleri ve işverenler bakımından yasal kimi istisnalar dışında hiçbir ayırım yapmadan tüm işyerleri ve işverenler için uygulanacağını belirtmiştir.

değil, tarafların seçimine göre, sözleşmenin onay anına kadar askıda kalması yahut zaten işyerinde çalışıyorsa, o ana kadarki çalışmasının devam edeceği veya sözleşmenin haklı feshi için haklı neden oluşturacağı gibi bir anlam taşıyabilir.

İSG hizmetlerini bizzat kendileri sunduğunda, işverenlerin zaten kendi eylem ve işlemlerinden dolayı sorumlu olmalarının doğallık içerdiği açıktır. Fakat işverenler anılan hizmetleri zaten kendilerinde çalışan bir personeli bu işlerde görevlendirerek veya OSGB'den alma yoluna giderek sağlamaları durumunda da, bu işin sorumluluğundan kaçamayacaklardır (İSGHY 5/6).

Buraya dek söylenenlerin sonucu; İSG hizmetlerinin işverenlere ve işyerlerine belli ölçüde maliyet yükleyeceğidir. Anılan mali külfetin işverenin durumuna göre, onun ekonomik yönünü sıkıntıya sokup sokmayacağı ayrı bir durumdur ama Yasa İSG hizmetleri dahil, tüm İSG kurallarının işyerleri ve işverenler bakımından yasal kimi istisnalar (İSGK 2/2) dışında hiçbir ayırım yapmadan tüm işyerleri ve işverenler için uygulanacağını belirtmiştir (İSGK 2/1). Yani, anılan İSG hizmetleri ve bunlar için işverenin yapacağı masraf, çalıştırdığı işçi sayısı ve işyerinin girdiği tehlike sınıfı ne olursa olsun, işyeri hangi İş Yasası kapsamında faaliyet gösterirse gösterecek, tüm işyerleri için bu hizmetler yasal bir yüküm olarak getirilmiştir. Oysa İSG hizmetlerinin işverenlere ve işyerlerine belli ölçüde maliyet yükleyeceği ve bu mali külfetin işverenin durumuna göre, onun ekonomik yönünü sıkıntıya sokup sokmayacağı hususunun dikkatlice değerlendirme ihtiyaç duyacağı gerçektir. Nitekim söz konusu yüklerin

mali yönden güçlü, büyük işyerleri ve işverenler açısından çok da hırpalayıcı bir yanı yoktur, denilebilir. Fakat aynı şeyi küçük ve orta ölçekli işyerleri ve hele de esnaf işyerleri için söylemek, ülkemiz gerçekleri karşısında çoğu kez hayalden öteye geçemez. İşte bu esastan hareket ettiği düşünülebilecek yasa koyucu; belli özellikleri taşıyan işyerlerinde İSG hizmetlerinin devletçe destekleneceğini de öngörmüş bulunmaktadır (İSGK 7) ve bu incelemenin konusunu da söz konusu devlet desteği oluşturmaktadır⁴.

II. İSG HİZMETLERİNDE DEVLET DESTEĞİNİN ESASLARI

Yukarıda da vurgulandığı üzere, 6331 sayılı İSGK'nın çok küçük bir grup istisna dışında, hangi İş Yasası'na bağlı olduğuna bakmaksızın tüm işyerlerine ve dolayısıyla da işverenlere yüklediği önemli bir yük, İSG hizmetlerinin sunulmasıdır ve bunun değişik yol ve yöntemleri vardır. Ancak bunun aslında her işyeri ve işveren için getirdiği mali yük azımsanır gibi değilse de, özellikle küçük işyerleri için ciddi bir sıkıntı nedeni olacağı da gözden ırak tutulmamalıdır. İşte bu esastan hareket ettiği düşünülebilecek yasa koyucu; belli özellikleri taşıyan işyerlerinde İSG hizmetlerinin devletçe destekleneceğini de öngörmüş bulunmaktadır (İSGK 7). Devlet desteğinin ayrıntılarının ve uygulanma detaylarının Maliye Bakanlığı'nın da görüşü alınarak ÇSGB'ce çıkarılacak Yönetmelik(ler)le belirleneceği söylenmesine (İSGK 7/2) rağmen, bu inceleme kaleme alınırken henüz böyle bir Yönetmelik yayımlanmış değildir. Bu yüzden de söz konusu devlet desteği ile ilgili açılımında, mevcut Yasa hükümlerine ve ulaşabildiğimiz yorum vs.'de kapsayan verilere göre şunları söylemek mümkündür:

1- Destek Hükümünün Yürürlüğe Girmesi ve Başlangıcı

6331 sy. İSGK 30.06.2012 tarihli RG'de yayımlanmış olsa da, hemen yürürlüğe girme-yip bazı hükümleri 30.12.2012'den itibaren yürürlüğe girerken, İSG hizmetlerinde devlet

desteğine ilişkin hükmün (İSGK 7) biraz farklı bir tarihte yürürlüğe girmesi öngörülmüştür. Şüphesiz aşağıda sunacağımız bu yürürlüğe giriş tarihi, her gereğinin aynı gün sağlandığı varsayıldığında, somut olarak bir işyerinin/işverenin anılan destekten yararlanabileceği en erken tarih olarak da gündeme gelebilecektir. Ayrıntısı aşağıda sunulan devlet desteğinden yararlanabilmek, her işyeri için aynı tarihte gerçekleşmez. Çünkü, işyerlerinin (niteliğine ve çalışan sayısı ile girdiği tehlike sınıfı) durumuna göre anılan devlet desteğinin yürürlüğe gireceği/başlayacağı tarih değişebilir. Bu açıklamadan sonra diyebiliriz ki anılan devlet desteği öngören yasal düzenleme;

A- Bazı işyerlerinde hiç yürürlüğe girmez: Gerçekten Yasaya göre, bazı işyerleri İSGK'dan tümünden dışlandığından (İSGK 2/2), bu gruba giren işyerlerinde zaten Yasanın hiçbir hükmü gündeme gelmeyecek ve İSG hizmetlerindeki devlet desteği de (işyeri özel sektöre ait olsa dahi) bundan nasibini alacaktır. Yasal düzenlemeye göre bunlar;

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 faaliyetleridir (İSGK 2/).

B- Kamu kurumlarında destek uygulanmaz: Yasadan tümüyle dışlananlar içine girmeyen kamu kurum ve kuruluşları bakımından Yasa, çalışan sayısı ve işyerinin girdiği tehlike sınıfı ne olursa olsun 30.06.2014'den itibaren yürürlüğe girebilir (İSGK 38/1-a). Fakat bunun yanlışlıkla konulan bir hüküm olduğu söylenmelidir. Çünkü; bizzat Kanun, kamu kurum ve kuruluşlarını devlet desteğinden dışlamıştır (İSGK 7/1-a).

C- Özel sektör işyerlerinde ise: Destek zaten asıl, İSGK'dan tümünden dışlanmamış bu-

lunan (İSGK 2/2) özel sektör için getirilmiş olup, bu kez bu işyerlerinde çalışan sayısına ve işyerinin girdiği tehlike sınıfına bakılarak bir işyerinin anılan destekten en erken yararlanabileceği ilk tarihin (veya destek hükümünün yürürlüğe gireceği tarihin) ne olduğu saptanır. Öyle ki;

a) Desteğin yer aldığı hükmün, çalışan sayısı 50'den az olup da az tehlikeli sınıfa giren işyerlerinde, Yasanın RG'de yayımı tarihinden itibaren iki yıl sonra yani 30.06.2014'de yürürlüğe girebileceği görülür (İSGK 38/1-a-1).

Yalnız az tehlikeli sınıfa giren işyerlerinden çalışan sayısı 10-40 arası olanlar için destek 30.06.2014'den başlayabilecektir. Eğer az tehlikeli sınıfa giren işyerinin çalışan sayısı 10'dan az ise; bunlar için destek hemen 30.06.2014 tarihi gelse de kendiliğinden yürürlüğe girememekte; bunun için onların da yararlanmasına izin veren bir Bakanlar Kurulu kararının da alınıp yürürlüğe konulmuş olması gerekmektedir (İSGK 7/1-a). Aksi halde destekten yararlanamazlar. Bakanlar Kurulu'nun böyle bir kararı alıp almayacağı ise belli ve kesin değildir. Bakanlar Kurulu'nun takdirine bağlıdır. Bakanlar Kurulu öyle bir kararı alıp almamakta, aldığını dilediği bir süreyle sınırlayıp sınırlamamakta ve dilediği zaman yürürlükten kaldırıp kaldırmamakta serbesttir. Onu bağlayan bir kural bulunmamaktadır.

b) Çalışan sayısı 50'den az olan ama tehlikeli veya çok tehlikeli sınıfa giren işyerlerinde Yasanın RG'de yayımından itibaren bir yıl sonra yani 30.06.2013'den itibaren desteğin yer aldığı hüküm yürürlüğe girebilecektir (İSGK 38/1-a,2).

c) Diğer işyerlerindeyse (yani 50 veya daha çok çalışanı olan işyeri) hangi tehlike sınıfına girerse girsin, desteğin bulunduğu Yasa hükmü Yasanın RG'de yayımından başlayarak altı ay sonra yani, 30.12.2012'den itibaren devlet desteği hükmü yürürlüğe girmiştir (İSGK 38/1-a-3).

d) Ancak devlet desteğiyle ilgili yasal düzenleme incelendiğinde, yukarıda söylenenlerin sadece Yasanın ilgili hükmünün genel olarak yürürlüğe giriş tarihi olduğu, buna karşın yukarıda anılan kimi işyerleri için des-

teğin ya hiç gündeme gelmeyeceği ya da bu tarihte gündeme gelmeyeceği anlaşılmaktadır. Şöyle ki;

* Bir kere destek sadece çalışan sayısı 10'dan az olan işyerlerinde gerçekleştirilebileceğinden (İSGK 7/1-a), işyerinin en az 10 çalışanı varsa, zaten destek (bir yasa değişikliği yapılmadığı sürece) hiçbir zaman gündeme gelmeyecektir. Bunun için, işyerinin girdiği tehlike sınıfının da önemi yoktur. O yüzden, Yasanın yürürlükle ilgili maddesinde 50'den az çalışanı olan işyerleri için tehlike sınıfına göre şu veya bu tarihte, 50 veya daha fazla çalışanı olan işyerleri içinse 6 ay sonra (30.12.2012'de) yürürlüğe girer demek (İSGK 38/1-a) pek anlamlı düşmez. Çünkü, örneğin hangi tehlike sınıfına girerse girsin 50 veya daha çok çalışanı bulunan işyerleri için güya desteğin yer aldığı hüküm 30.12.2012'den itibaren yürürlüğe girmiştir (İSGK 38/1-c). Ama destek 10'dan az işçi çalıştıran işyerleri için getirildiğine göre, bu işyerleri için destek (yasa değişikliği yaşanmadıkça) hiçbir zaman gündeme gelmeyecektir. Kanımca, onun yerine, mademki destek 10'dan az çalışanı olan işyerlerine getirildi, 10'dan az çalışanı olan ve şu veya bu tehlike sınıfına giren işyerlerinde destek hükmü şu tarihte yürürlüğe girer demek, daha isabetli olurdu. Bu nokta Yasa hazırlanırken, biraz gözden kaçmış gibi görülmektedir.

** İkincisi, işyerinde 10'dan daha az sayıda çalışan bulunduğu hallerde ise, bu kez işyerinin hangi tehlike sınıfına girdiği önem kazanır. Eğer işyeri tehlikeli veya çok tehlikeli sınıfa giriyorsa, destek hükmü 30.06.2013'den itibaren yürürlüğe girecektir. Fakat işyerinde çalışan sayısı 10'dan az da olsa, az tehlikeli sınıfa giren işyerlerinde destek hükmü, Yasanın bu haliyle ancak 30.06.2014'de yürürlüğe girecekse de, bu işyerleri için, sadece bu tarihin gelmesi yetmemekte, ayrıca Bakanlar Kurulu'nun bunların da destekten yararlanacağı yönünde karar alması da gerekmektedir. Anılan karar ne zaman alınır ve RG'de yayımlanıp yürürlüğe girerse, bu tür işyerleri için destek hükmü de ancak o tarihten itibaren yürürlüğe girecek demektir. Eğer Ba-

kanlar Kurulu 30.06.2014'den evvel böyle bir karar alır ve onlar için başka bir tarih de göstermezse, bunlar bakımından da Yasanın 30.06.2014'den başlayarak yürürlüğe gireceği söylenebilir.

2- Desteğin İşyerleri İçin Başlangıcı

Yukarıda, 10'dan az işçi çalıştıran işyerleri bakımından devlet desteğinin yürürlüğe girebilmesi için söylenen tarihler, bir işyeri destek için aranan koşulları sağlasa da (bir yasa değişikliği yaşanmadığı sürece) destekten erken yararlanabileceği tarihleri de anlatır.

a) Fakat anılan tarih geldiğinde bile; her firmanın o tarihte otomatik olarak destekten yararlanması söz konusu değildir. Zira o işyeri, destek için aranan yasal koşulları ne zaman sağlar ve yetkili mercie başvurur ve başvurusu uygun görülürse; sadece o andan itibaren yararlanmaya başlar. Bu an; Yasanın bu işyerinin kendi grubundaki işyerleri için yürürlüğe girdiği tarih olabileceği gibi (yürürlükte kaldığı), daha sonraki bir tarih de olabilecektir. Destekten ilk kez yararlanma/uygulanma böyle gerçekleşebilecektir.

b) Lakin bir kez yararlanmaya başlayan işyerinin/işvereninin destekten hep yararlanacağı da söylenemez. Çünkü, onun destek koşullarını kaybettiği için desteğin kesilmesi mümkündür. Keza bir işyerinin destek için aranan şartları sağlasa bile (bir yaptırım olarak da) destekten geçici bir (üç yıl) süre ile yararlanması engellenmiş olabilir (İSGK 7/1-ç). İşte böylesi hallerde, yeniden tüm koşulları sağlayarak veya yasak süreyi doldurarak destekten yeniden yararlanması mümkündür. Şüphesiz bunun gibi sonraki evrelerde destekten yeniden yararlanmak; ancak aranan bütün koşullar sağlandığında yasal prosedüre uygun olarak gerçekleşebilecektir.

3- Destek Verilecek İşyerleri/İşverenler

İSG hizmetlerindeki devlet desteğinin hangi işyerlerine/işverenlere verileceği de önemli olup, bunu "Destek hangi işyerlerine/işverenlere verilir?" sorusuyla da anlatmak mümkündür.

Belirtilsin ki, mevcut yasal düzenleme hükümleri incelendiğinde İSG hizmetlerindeki devlet desteğinin tüm işyerlerini (ve dolayısıyla da işverenleri) kapsamadığı görülür. Zira; anılan destek;

a) Kanundan tümüyle dışlanan işyerleri (İSGK 2/2); kamuya ait olsa da özele ait bulunsa da, çalışan sayısı ve işyerinin girdiği tehlike sınıfı ne olursa olsun, Yasa bunlara tümüyle uygulanmayacağından, destek hükmü de uygulanamayacaktır.

b) Yasanın genel olarak kapsamındaki kamu işyerlerine gelince; çalışan sayısı ve işyerinin girdiği tehlike sınıfı ne olursa olsun kamu kurum ve kuruluşlarına İSG hizmetleri için devlet desteği verilmez (İSGK 7/1-a). Bunun için ilgili kamu işyerinin bağımsız bir kamu tüzel kişiliğine sahip olması (örneğin üniversiteler, SGK, İş Kurumu gibi) veya tüzel kişiliğinin bulunmaması (Bakanlıklar, İl Müdürlükleri vs. gibi) arasında fark yoktur. Fakat kanımca dikkat edilecek bir husus; devlet-özel birlikte sahipliğini içeren karma işyerlerinde devlet desteğinin belli özellikler aranarak tanınmasında yarar vardır. Örneğin bir kısım payı devlete diğer kısmı da özele ait olan, devlet-özel ortaklığındaki bir işyerindeki durum böyledir. Yalnız böylesi karma işyerlerinde tanınacak desteğin tüm çalışanlar için mi tanınacağı, yoksa, devlet payı oranındaki pay destek dışı bırakılıp yalnızca özel kesime ait pay oranında mı destek sağlanacağı şu an net değildir. Bununla birlikte; yine de "Kamu Kurum ve Kuruluşları hariç" deyiminin (İSGK 7/1-a), devlet-özel ortaklığındaki işyerlerinde özele ait kısmının özeline payı oranında bir desteği hak ettiği; kamu payı oranında desteğin verilmeyeceği akla yatkın bir çözümdür. Ancak destekten dışlananın sadece tümünden kamuya ait bir kurum veya kuruluş işyeri olduğu, bu niteliğin bulunmadığı hallerde, desteğin de tümünden sağlanacağını savunmak da mümkün gözükmemektedir. Kısacası, böylesi karma işyerlerinde durum tartışmaya açıktır. En isabetli yöntem, bir kanun değişikliğiyle, bu konudaki net tavrın ortaya konulmasıdır.

c) Yasa kapsamındaki özel kesime ait iş-

yerlerinden hangilerinde Devlet desteğinin sağlanacağı; bu tür işyerleri için devlet desteği ilgili işyerinin girdiği tehlike sınıfı ve çalışan sayısı dikkate alınarak saptanmıştır. Buna göre;

aa) Çalışan sayısı 10'dan az olan ve tehlikeli veya çok tehlikeli sınıfa giren işyerlerinde (Bakanlar Kurulu vs.'nin kararına gerek kalmadan) Yasa gereği destek sağlanacaktır. (İSGK 7/1-a). Demek ki bu konumdaki işyerleri anılan destekten yararlandırılacaktır. Aslında İSG Kanun Tasarısı'nda tehlikeli sınıfa giren işyerleri, Yasaca destek dışında bırakılmıştı. Onlara (ve az tehlikeli sınıfa girenlerle) desteğin tanınıp tanınmayacağı Bakanlar Kurulu'nun bu yönde alacağı karara bırakılmıştı. Bu ise, o haliyle bile hem finansman ve hem de yeterli personel/uzman bulunamayacağı kaygısıyla karşılanmıştı⁵.

Şimdi yürürlükte olan yasal düzenleme tehlikeli sınıfa girenleri doğrudan kapsamaktadır ve böylece tasarıdan ayrılmış gözükmektedir. Fakat şunu belirtmeli ki; özel sektöre ait bir işyeri tehlikeli veya çok tehlikeli sınıfa girse de, çalışan sayısı 10 veya daha fazla ise onlara destek verilmeyecektir. Böylece, hem çalışanı belli miktardan az ve hem de belli tehlike sınıfına giren işyerlerinde, herhalde onların gücünün İSG hizmetlerinin mali boyutu karşısında sıkıntıya düşebileceği düşünülerek, bir miktar destek sağlanması düşünülmüştür. Ama bu kez aynı imkanın neden az tehlikelilerde tanınmayıp, bunun için ayrıca bir de Bakanlar Kurulu kararının varlığının arandığını anlamak zorlaşır.

bb) Çalışan sayısı 10'dan az olan ama az tehlikeli sınıfa giren işyerleri ise, ilke olarak destekten yoksun bırakılmışlardır. Onlar, diğer koşulları sağlasalar bile, Yasa gereği hemen destekten yararlanamayacaktır. Zira onların anılan destekten yararlanabilmesi, ancak ve ancak onların da bundan yararlandırılacağı yönünde bir Bakanlar Kurulu kararının varlığına bağlıdır. Böyle bir karar yoksa, yararlanma da mümkün değildir. Fakat Bakanlar Kurulu kararı varsa; bu durumda ancak anılan karardaki koşullarla yararlanmak mümkün görülecektir. Şüphesiz Bakanlar Kurulu kararı; baş-

ka ek koşul aranmadan ve diğerleriyle aynı oranda yararlanmayı öngörebileceği gibi, belki kimi koşullar aramak ve/veya yararlanmanın diğerleriyle tam değil de onlara göre belli bir oranda gerçekleşeceği yönünde de kabul içinde olabilir. Kanımca, Bakanlar Kurulu'nun bu konulardaki yetkisi sıkı kayıtlara bağlı olmayıp, bazı esneklikler taşıması mümkündür. Fakat Bakanlar Kurulu'nun 10'dan az çalışanı olanları dışlayıp; ancak 50'den veya 20'den az çalışanı olan ve az tehlikeli sınıfa giren işyerlerinde destek sağlanacağına karar verme yetkisi yoktur. Çünkü; Yasanın ona tanıdığı yetki; yalnızca az tehlikeli sınıfa giren işyerlerinin tümünden dilediğine bu imkanı tanımak tarzında değil, 10'dan az sayıda çalışanı bulunan işyerlerinde kullanılabilecek bir yetkidir.

Ancak, bu düzenleme öğretilerinde, bir yandan 10'dan az çalışanı bulunan ve az tehlikeli sınıfa giren işyerlerinin neden Yasayla doğrudan desteğe kavuşturulmadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir⁶. Oysa diğer yandan, metin henüz Tasarı halindeyken, bu tür işyerlerinin Bakanlar Kurulu kararıyla bile destek kapsamına alınması tereddütle karşılanmaktaydı⁷.

Eleştirilen bir diğer nokta da, bir işyerinin girdiği tehlike sınıfının bizzat Kanun'da düzenlenmek yerine Tebliğ'e bırakılmış olmasıdır⁸.

Buraya dek sunulanlardan anlaşılacağı üzere, İSG hizmetlerindeki devlet desteğinden (İSG hizmetleri -Yasadan dışlananlar hariç her işyerinde zorunlu olduğu halde) her işyeri yararlanamayacaktır. Bunun ne derecede adil ve hakkaniyete uygun olduğu tartışılabilir. Fakat (hiç değilse şimdilik) devletin yasal tercihi böyledir. Bilindiği üzere, yasa koyucu iş güvencesini ilkin, en az 10 işçi çalıştıran işyerlerinde tanıırken, 10.06.2003'de 4857 sy. İşK. ile birden bire (ve belki hukuken haklı bir gerekçesi de yokken) en az 30 işçisi olan işyerlerinde uygulamaya geçmiştir. İşte bu tutum da dikkate alındığında, belki İSG hizmetlerinde 30'dan az çalışanı olan işyerlerinin desteklenmesi daha mantıklı ve tutarlı olurdu. Böylece, yasa koyucunun şimdiye dek kullanmadığı 10 sayısına itibar etmesinin, bizde biraz keyfilik taşıdığını söylemek yanlış

olmaz. Bununla birlikte, 30'dan az sayıda çalışanı olan işyerlerine devlet desteğinin sağlanması durumunda, ülkemizde 30 ve daha fazla sayıda işçi çalıştıran işyerlerinin toplam işyerleri içindeki oranının oldukça düşüklüğü dikkate alındığında; devletin bu kadar işyerine desteği nasıl bulacağı da ciddi merak ve endişe konusu olabilecektir. Bu yüzden, yine de 10'dan az işçi çalıştıran işyerlerine özgülemek, ortalama bir çözümmüş gibi gelmektedir.

Bu arada önemle belirtilecek bir husus; bir işyerindeki çalışanların sayısının nasıl ve neye göre saptanacağıdır. Bu konuda mevcut düzenlemeden hareketle şunlar söylenebilir.

- Öncelikle "çalışan" kavramının Yasaya göre; "kendi özel kanunlarındaki statülerine bakılmaksızın kamu veya özel işyerlerinde istihdam edilen gerçek kişiyi" anlattığı belirtilmelidir (İSGK 3/1-b). Hal böyle olunca, bunun içine, bir işyerinde istihdam edilen işçi, memur ve işçi niteliği bulunmayan sözleşmeli personelin gireceğinden kuşku yoktur. Anılan kimselerin işyerindeki konumunun alt düzeyde alelade bir çalışan yahut genel müdür dahil, işveren vekili olmasının İSGK ve devlet desteği bakımından farklılığa yol açıp açmayacağı üzerinde de durulmalıdır. Yasanın "İşveren adına hareket eden, işin ve işyerinin yönetiminde görev alan işveren vekilleri, bu Kanunun uygulanması bakımından işveren sayılır" biçimindeki sözleri (İSGK 3/2) manidardır. Yasanın işveren vekillerinin görev ve yetkileri ve işyerindeki konumlarına hiç bakmadan, tüm işveren vekillerini işveren sayan bu anlatımına körü körüne bağlı kalırsa; işveren sayılan kişiyi çalışan sayamayacağımıza göre, hiçbir işveren vekili çalışan konumuna sahip olamayacaktır. Bunun, İSG hizmetlerinin özüne aykırılığı bir yana, hukuken isabetli olmadığı da açıktır. Bir ustabaşı veya kısım şefi de işveren vekili ve neticede işveren sayılacağına göre, İSG hizmeti ve eğitimi vs. kime sunulacaktır? Çalışan sayısı da işverenin sayıyı azaltmak istemesi halinde, çalışanlarına vereceği basit bir işveren vekilliği ile otomatik olarak azalacak, belki de yüzlerce çalışanı olduğu halde, sırf küçük bir

işveren vekilliği yetkisi verilmek yoluyla çalışan sayısı oldukça azaltılacak ve hatta işveren bu yüzden belki de devlet desteği bile alabilecektir! Kanımca isabetsizliği bariz bu hükmün bir an evvel değiştirilmesi ve işletmenin veya işyerinin tümünü yöneten işveren vekilinin Yasa bakımından işveren sayılacağı yönünde düzenleme yapılması gereklidir. Bu yapılan kadar da yargı ve uygulamanın bu önerilen çerçevede gelişmesi beklenmelidir.

O halde işveren vekili olmayan ve/veya üst düzey işveren vekili olmayan personelin işyerinde çalışan konumuna sahip bulunduğu tartışmasızdır. Fakat bunların hukuken personeli oldukları işyerinde çalışan sayımlarının gerçekten ve fiilen kendi işverenlerinin işyerinde mi çalışıyor olması gerektiği belli değildir. Şüphesiz böylece kendi işverenine ait işyerinde/onun iş organizasyonunda onun emir ve talimatlarına bağlı biçimde çalışan personelin, fiilen çalışsa da, o esnada izinli/raporlu vs. nedeniyle fiilen çalışmasa da çalışan sayılacağına tereddüt olmamalıdır. Ancak başkasına ödünç verilen ve/veya başkasından ödünç alınan personelin bu ödünç ilişki esnasında hangi işyerinde çalışan sayılacağı belli değildir. Eğer sırf o personel ile arasında iş ilişkisi bulunmaya bakılırsa, bunun ödünç verenin işyerinde çalışan olacağı açıktır. Fakat bu kişinin ödünç sırasında ödünç alanın işyerinde çalıştığı ve Yasaya göre de, ona iş sağlığı ve güvenliği risklerine karşı gerekli eğitimi vermenin ödünç alana yükleyen hükmü (İSGK 17/6) dikkate alınır, bu işçinin ödünç alanın (geçici iş ilişkisi kurulan işverenin) işyerinde çalışan sayılmasının gerektiği açıktır. Kaldı ki, zaten Yasa da ödünç işçiden, ödünç alana karşı "çalışan" diye söz etmektedir (İSGK 17/6).

İşyerinde faaliyet gösteren çırak ve stajyerin de çalışan sayılıp sayılmayacağı tartışmaya açıktır. Çırakların işyerinde çalışan sayısına katılmayacağı yönündeki hüküm (MEK 11) ile kendi özel yasalarındaki konumuna bakmadan işyerinde istihdam edilen herkesi çalışan sayan Yasa hükmünün (İSGK 3/1-b) nasıl değerlendirileceği de bu noktada önem taşır. Kanımca İSGK hükmüne nazaran MEK'in

özel kanun olduğu ve bu yüzden de çırakların/aday çırakların çalışan sayısına katılmayacağı savunması mümkün olduğu gibi, tam tersine, İSGK'nın, ona karşı özel yasa olduğu ve MEK 11 düzenlemesinin İSGK karşısında uygulanmayacağı da söylenebilir.

- Yukarıda çalışan sayılacakları kesin olduğu belirtilen kişilerin gerçekten orada çalışıp çalışmadıkları ve çalışan sayısına dahil edilip edilmeyecekleri noktasında her şeyden önce; SGK kayıtlarının esas alınacağı açıktır (İSGK 7/1-c). SGK kayıtlarında gözükmeyen personel fiilen ve hukuken o işyerinde çalışıyor olsa da, SGK'ya sigortalılıkları bildirilmeyen bu kimselerin hukuken çalışan sayısına katılmayacağı sonucu ortaya çıkmaktadır. Ayrıca çalışan konumuna giren personelini SGK'ya kaydettirmeden (kayıt dışı) istihdam ettiği anlaşılan işverenin destekten yararlanması düşünülemeyecektir (İSGK 7/1-c).

- Ancak öyle anlaşılıyor ki; desteğe esas sayıyı saptamada baz alınacak SGK kayıtlarının da destek sağlanacağı anda ve destek süresince ilgili işyerindeki fiili ve hukuki durumu gerçekten yansıtıyor olması şarttır.

Eğer ilgili işyerinin yetkililerce denetimi veya mahkeme kararı sonucu, SGK'ya bildirildiğinden çok kişi istihdam ettiği belirlenmişse; anılan işyeri kendisi için kararlaştırılan destekten (henüz başlamadıysa) baştan yararlanamayacak veya başladıysa artık yararlanamayıp destek kesilecektir. Hatta ilgili işverenin üç yıl süre ile destekten yararlanamaması da gündeme gelecektir. Böylesi hallerde, desteğin/yararlanmanın kesilmesi, baştan itibaren olacaktır. Yoksa durumun sonradan fark edildiği tarihten ileriye için değildir. Yasanın gerçek durumu böylece “tespit edilen işverenlerden, tespit tarihine kadar yapılan ödemeler yasal faizi ile birlikte Sosyal Güvenlik Kurumu'nca tahsil edilir” biçimindeki hükümünün de (İSGK 7/1-c) bunu anlattığı söylenmelidir.

Yalnız üç yıllık destekten yasaklılıktaki/yoksunluktaki üç yılın başlangıcının hangi tarih olacağı da önemlidir ve görüldüğü kadarıyla bu nokta Yasada sessiz geçmiştir. Bu yüzden sorunun çözümü tartışmaya açıktır.

Öyle ki;

* Bir fikir olarak, bu konuda Yasaya aykırı durumun tespiti anının baz alınması düşünülebilir. Kanımca akla yatkın ve işin doğasına uyan çözüm tarzı da budur.

** Fakat tespit sonradan yapılmakla birlikte, desteğin baştan kesildiği dikkate alınır; üç yıllık sürenin de (geçersiz kılınan) bu yararlanmanın başladığı tarihten başlatılması da akla gelebilir. Lakin durumun, örneğin yararlanma başlangıcından bu yana zaten üç yıl geçtikten sonra tespiti halinde; ileriye dönük bir yasağın bulunmadığı; isterse hemen o gün bile (üç yıl geçtiğinden) yeniden yararlanmanın başlama olasılığına verilecek tatminkar bir cevap yoktur. Böylesi hallerde yasak; sadece geçmiş yararlanmanın geri alınması sonucunu doğurur ama ileriye dönük bir engel oluşturmaz. Bunun, tespite dek henüz üç yıl geçmediği hallerde; destek verilen kısmın parasının iade yoluyla, üç yıla ulaşana dek geri kalan kısmınınsa, yararlanmayı (ilerisi için de) engellemek biçiminde yaşanarak gerçekleştirileceği söylenebilir. Aslında, yasağın amacı, o işvereni üç yıl süre ile devlet desteğinden yoksun kılmak olduğundan; bu ihtimalde de destekten yoksunluğun (kısmen/tümden) parası geri alınarak gerçekleştirildiği düşünülebilir. Fakat böylesi hallerde hiçbir süre sınırlaması içermeden, “tespit tarihine kadar yapılan ödemeler geri alınır” diyen kanun hükmüne anlam vermek zorlaşır. Çünkü; yasaklı süreyi yararlanmanın başından başlatırsak, yararlanmanın başlangıcından tespite dek geçen sürenin 3 yıldan fazla olduğu hallerde (örneğin 5 yıl olduğunda), sadece geçmiş 3 yılın parası alınıp, 3 yılı aşan sürenin alınamayacak ve üstelik yararlanma da kaldığı yerden devam edebilecektir. Böylesi hallerde ise, tespite dek geçen sürede verilen desteğin tümden geri alındığını söylemek mümkün olmaz. Bu yüzden, bu konularda sorun çıkması kaçınılmaz gözükmektedir.

* İlgili işyerindeki çalışan sayısı bakımından SGK kayıtlarına itibar edileceği kuralı, (ancak aksi kanıtlanmadığı sürece) geçerlidir anlamında bir ifade tarzıdır. Bu bağlamda çalışan sayısına, o işyerinin bizzat kendi perso-

Devlet desteğinin özü; yasaca aranan koşulları taşıyan işyerlerindeki İSG hizmetleri için işverenlerin yapacakları giderleri devletin finanse etmesidir.

nelinin o esnada fiilen orada çalışıyor veya izinli/istirahatli olduğuna bakmaksızın hesaba katılacağı açıktır. Hatta bunların iş sözleşmeleri önel verilerek feshe gidilmişse önel bitene dek yine o işyerinin işçisi sayılacakları açıktır. Aynı şey işe iade davası açıldığı ve işçinin işe iadesine karar verilip de işe başlatımı için başvurduğu tarihten itibaren (en çok bir ay boyunca) işverenin işçiyi işe başlatmadığı açıklanana dek geçen süredeki durum için de söylenmelidir. Çünkü bu olasılıkta sözleşmenin işverence işe başlatmamanın açık/örtülü açıklandığı tarihte böylece feshedilip, o vakte dek devam edeceği benimsenmektedir. Fakat bu olasılıkta da ilgili işçinin işe başlatılmama tarihine dek geçen sürenin (sadece en çok 4 aylık kısmının ücret ve diğer haklarının ödeneceği dikkate alınır) boştaki sürenin sadece ilk 4 ayında mı, yoksa tümünde mi oranın çalışanı/işçisi sayısına katılacağı sorusuyla karşılaşılır. Gönül, tüm sürenin kıdeme eklenmesini ve böylece anılan tüm sürede işçinin o işyerinin işçisi sayılıp hesaba katılmasını arzu etmektedir. Lakin işyerindeki çalışanların sayısında SGK kayıtları baz alınacağından; bu işçi için ancak (geçersiz sayılan) fesihden itibaren ilk 4 ayın sosyal sigorta primi yatacağından; herhalde, mahkemece geçersiz kılınan fesih tarihinden başlayan ilk 4 ayın katılması, Yargıtay uygulaması ve yasal sistemle daha tutarlı görülecektir.

Peki, işveren bu sürenin sosyal sigorta primlerini yatırmazsa ne olacaktır? Kanımca bu esnada SGK kayıtlarına girmese de mahkeme kararıyla durum saptandığından; kayda geçmese de, işçinin, geçersiz kılınan fesih tarihinden itibaren en çok bu ilk 4 ay boyunca oradaki işçi/çalışan sayısına bakılması gerekir.

İşverenin, işçiyi işe başlatması halinde,

durum yine ilginçtir. Yine baştaki sürenin en çok 4 ayı için, ona ücret vs. ödeneceğinden sadece bu ilk 4 ayı hesaba katmak ve işçiyi sadece bu sürede çalışan sayısına dahil etmek akla gelebilir. Fakat tüm sürede hiç kesintiye uğramamışçasına iş sözleşmesinin bu esnada (tüm boşta geçen sürede) devam ettiği gerçeği nasıl aşılacaktır? Durumun sıkıntılı olduğu açıktır.

Keza işçi işe başlatılırsa, tüm boştaki sürede; başlatılmazsa da en çok ilk 4 aylık sürede (çalışan sayısı, bu işçi dahil 10'a ulaşmıyorsa) bu işçi için de SGK destek verecek midir? Anılan süreler için sosyal sigorta primi de sonradan yatırılacağına göre; anılan işçi geçmişe dönük de olsa, bu evre için SGK kayıtlarına girecektir. Durum böyle olunca; anılan işçi bağlamında da destek sağlanması akla gelir. Fakat devlet, işyerinde İSG hizmetleri alınıp da bunun için gerçekten ve fiilen harcanan parayı/gideri destek olarak ödeyeceğine göre; o evrede yapılmamış bir ödemenin finansmanından söz etmek de anlamsızlaşır.

4- Devlet Desteği Hangi Konuda Sağlanacaktır?

Bilindiği üzere 6331 sayılı İSGK işyerlerine ve işverenlere İSG konusunda çok ve çeşitli yükümler getirmiştir. İSG konusundaki genel yükümlülükler, risk değerlendirmesi ve kontrol, eğitim ve bilgilendirme vs. gibi. Ancak destek, bunların tümünde değil, sadece "iş sağlığı ve güvenliği hizmetleri" (İSG hizmetlerinde) söz konusudur (İSGK 7). İSG hizmetleri ise "mesleki risklerin önlenmesi ve bu risklerden korunulmasına yönelik çalışmaları da kapsayacak genişlikteki faaliyetlerdir (İSGK 6/1). Bunun içine işyeri hekimi ve İG uzmanı bulundurmak; diğer sağlık personeli görevlendirmek, gerekli tedbirleri almak, teçhizatı bulundurmak, ilgili kimseleri bilgilendirmek gibi olguların girebileceği söylenebilir (İSGK 6/1). Herhalde bunlar dışında; personele İSG eğitimi vermek, İSG kurulu kurmak, ilgili makam ve yerleri iş kazası vs. konusunda bilgilendirmek vs. gibi bütün iş sağlığı ve güvenliği konularının girdiğini söylemek, Yasanın amacını taşıyan bir tutum olur.

Öğretide sadece, işyeri hekimi-iş güvenliği uzmanı ve diğer sağlık personelinin vereceği hizmetin bedeliyle sınırlı tutulacağı yönünde bir anlayışın da varlığı belirtilmelidir⁹.

Neticede; devlet desteğinin özü; yasaca aranan koşulları taşıyan işyerlerindeki İSG hizmetleri için işverenlerin yapacakları giderleri devletin finanse etmesidir. O halde İSG hizmetlerindeki devlet desteği, sadece işverenlerin İSG hizmetleri konusunda yaptıkları giderlerin onlara devletçe ödenmesi tarzında gerçekleşecektir (İSGK 7/1-b). Yoksa; devletin İSG hizmetleri için ilgili işyerlerine işyeri hekimi ve İG uzmanı ve hatta diğer sağlık personeli göndermesi gibi fiilen ve hukuken bir hizmet sunma biçiminde desteği hedeflenmemiştir. Destek; sadece İSG hizmetleri için ilgili işyerlerinin yapacakları giderleri (parasal çıktıyı) karşılamaya yönelik olarak (en çok) o miktarda para ödemek biçiminde gerçekleşecek bir parasal destektir. Yasa ve İSG Hizmetleri Yönetmeliği devletçe karşılanacak İSG hizmetleri giderinin, işyerlerinin gerçekten yaptığı ve belgelendirdiği giderin tümünü mü yoksa belli bir kısmını mı kapsayacağı noktasında, hiç netlik içermemektedir, denilebilir.

Şüphesiz desteğin ayrıntıları bu konuya yönelik olarak ayrıca çıkarılacak yönetmelikle belirlenecektir (İSGK 7/2) ama söz konusu yönetmelik bu satırlar yazılırken hâlâ çıkarılmıyş değildir. Bununla birlikte bir süre sonra muhakkak çıkarılacak ve devlet, desteğin gerçek giderini ne oranda karşılayacağı konusunda bir tavır almak durumunda kalacaktır. Herhalde bu tavrın ortaya konulmasında, ülkemizde 10'dan az çalışanı olan işyerlerinin sayısı, desteğin finansmanının yapılacağı ilgili sosyal sigorta kollarında ne miktar paranın bulunduğu vs. gibi olgular belirleyici olmalıdır. Kanımca devletin tavrı belirlenirken, sosyal sigortaların içini boşaltmak gibi bir eğilime gidilmemesi kadar, ilgili işyerlerine destek mi yoksa sadaka mı olduğu tartışılacak derecede komik rakamlar/oranlar da seçilmemelidir. Belirtilsin ki, desteğin detaylarını gösteren Yönetmelik henüz yayımlanıp yürürlüğe konulmamıştır. Bu tutum, destek

Desteğin detaylarını gösteren Yönetmelik henüz yayımlanıp yürürlüğe konulmamıştır.

esaslarını belirlemek durum ve zorunda olan ÇSGB'nin hem zaman kazanmasına ve hem de öğretide yapılacak değerlendirmelerde ortaya çıkabilecek aksaklıkları görüp ona göre tavır belirlemesinde olumlu bir etki yapabilir. İşte bu noktada, dikkate değer bir husus; işverenin bizzat kendisinin veya zaten çalışan bir elemanını işyeri hekimi veya/ve İG uzmanı yahut diğer sağlık personeli olarak görevlendirdiği hallerde de kendisine bunun için destek sağlanıp sağlanmayacağıdır. Yoksa, destek sadece dışarıdan (OSGB'den) İSG hizmeti alma durumunda onlara ödenen paralar bağlamında mı verilecektir? Kanımca, bu konunun her bir somut olayda Bakanlığın takdirine bırakılması (İSGK 7/1-d) yerine, hiç değilse çıkarılacak yönetmelikte açıklığa kavuşturulması isabetli olacaktır.

5- Destek Kim Tarafından ve Nasıl Sağlanacaktır?

İSG hizmetlerindeki devlet desteğinin kim/hangi merci veya kurum tarafından ve nasıl sağlanacağı da önemlidir. Fakat Yasa bu konuda ayrıntılı ve net hükümler getirmeyip, detayın ÇSGB tarafından konuyla ilgili olarak çıkarılacak yönetmeliklerle düzenleneceğinden söz etmektedir (İSGK 7/2). Bununla birlikte, detay içerecek yönetmelik(ler) henüz yayımlanıp yürürlüğe konulmadığından, mevcut Yasa hükümleri çerçevesinde konuya bakıldığında şunlar söylenebilir:

* İSG hizmetleri bağlamında verilecek devlet desteğinin Devlet'in herhangi bir birimince değil, Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) tarafından sunulacağı anlaşılmaktadır (İSGK 7/1-ç). Ancak bunun SGK'daki kayıtları SGK'ca kendiliğinden incelenip aranan koşulları taşıdığı anlaşılan her işyerine/işverene otomatikman (talep yokken) SGK'ca kendiliğinden ödeneceği/sağlanacağı söylenemez. Yasada herhangi bir açıklık olmasa da, herhalde bunun

için, ilgili işverenin destek sağlanması talebiyle SGK'nın o işyeri bakımından yetkili birimine başvurması gerekir. Başvurunun yazılı olması ve işyeri ile işyerinde çalışan sayısına, girdiği tehlike sınıfına, işverenin destekten yasaklı bulunup bulunmadığına dair bilgileri de içermesi beklenir. Çıkarılacak yönetmelikte bu başvuru için bir form geliştirilip bizzat elden yahut posta/kargo veya elektronik ortamda başvuru imkanının (aynı formatta ama) seçimlik olarak öngörülmesi düşünülmelidir.

Şüphesiz destekle ilgili yasal imkan var olduğu sürece, bu destek için başvuru her zaman yapılabilir. Fakat aynı işyeri/işveren için destekten yoksunluk yaptırımını uygulaniyorsa, bu üç yıllık yasak süresi dolmadan başvuru hakkının olmadığını söyleyebiliriz. Henüz yasak dolmadan başvuruya imkan tanıyıp da, bunun ancak yasak süresi bittikten sonra işlerlik kazanması imkanının getirilip getirilememesi, çıkarılacak yönetmelikle düzenlenebilir.

* Başvuruyu alan SGK'nın buna hemen olumlu cevap verip destek sağlanması kararı alarak uygulamaya geçmesi de beklenemez. Kanımca, SGK'nın ilgili biriminin yapılan başvuruyu; başvuru ve yararlanma koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediği noktalarında incelemesi gerekir. İncelemede ilgili işyerinin halen faal olup olmadığı; girdiği tehlike sınıfı; az tehlikeli sınıfa giriyorsa, Bakanlar Kurulu'nun onların da destekten yararlanmasına yönelik bir kararı bulunup bulunmadığı; ilgili işyerinde çalıştırılan kişilerin 10'dan az mı fazla mı olduğunun SGK kayıtlarına göre incelenmesi; işyeri/işveren hakkında destekten yasaklılık bulunup bulunmadığı vs. gibi hususları araştırıp netliğe kavuşturması gerekir. Bunlar için bir süreye ihtiyaç duyulacağı da açıktır ama herhalde, keyfilikle eş anlamlı görülebilecek abartılı bir sürenin tanınmaması gerektiği de ortadadır. Yasa devlet desteği bağlamında SGK kayıtlarının uygulamada esas alınacağını söylese (İSGK 7/1-c) de; kanımca, yetkili makamın işyerinde fiilen inceleme/kontrol yapıp da ondan sonra bir karara varması da mümkün olmalıdır. Böyle bir tutum, şimdi yanlışlık yapıp sonra (fark edi-

lirse) düzeltilmek ve yaptırım uygulamaktansa; yanlışlığı daha baştan önleme sonucunu doğuracağından, daha isabetlidir, denilebilir.

* Başvuruyu tüm yönleriyle inceleyip değerlendiren ilgili SGK birimince ya başvuruyu yasal esaslara uygun bulup "destek sağlanması" ya da uygun bulmayıp "başvurunun reddi" yönünde karar verilmesi ve bu kararının ilgili işverene tebliğ edilmesi gerekir.

Karar başvurunun reddi yönünde ise; ilgili işverenin buna veya ÇSGB'nin kararına itiraz etmesi mümkündür.

Ancak itirazın nereye ve nasıl yapılacağı konusunda Yasa, tartışmaya açık ilginç bir hüküm içermektedir. Buna göre; devlet desteği konusunda uygulamayı yönlendirmeye ve "doğabilecek sorunları çözmeye Bakanlık (ÇSGB) yetkilidir" (İSGK 7/1-d).

Bunun, İSG hizmetleri bağlamındaki devlet desteğine dair uyuşmazlıklarda ÇSGB'nin yargı yetkisiyle donatılacağı ve uyuşmazlığı kesin olarak çözebileceği anlamında alınmaması gerekir. Olsa olsa, anılan konudaki uyuşmazlığın, ilgili işverence kendisine iletiildiğinde ÇSGB tarafından yalnızca "idari bakımdan" çözülebileceği manasında yorumlanabilir. Aksine anlayış; Anayasa'nın yargı ile ilgili hükümlerine ve idarenin her türlü eylem ve işleminin yargı denetimine tabiliğini öngören düzenlemesine (AY 125) aykırı düşer. Ancak SGK'nın ilgili biriminin kararı için ÇSGB'ye idari yönden itirazın nasıl ve hangi sürede yapılacağı; çözüm süresi vs.'nin de belli olmadığı belirtilmelidir. Keza başvurusu SGK'nın yetkili birimince reddedilen işverenin bu karara karşı idari yönden ÇSGB'ye itirazının ve konuyu onun incelemesine götürmesinin, işveren için mutlaka izlenmesi gereken bir yol mu, yoksa doğrudan yargıya başvurmayı engellemeyen bir alternatiften mi ibaret bulunduğu da belli değildir. Eğer bu idari yönden itiraz olgusu, mutlaka işletilecek bir yol sayılırsa, işverenin SGK biriminin kararına karşı doğrudan yargıya gitmesini engelleyecektir. Fakat böyle değil de, istenirse işletilebilecek bir mekanizma olduğu benimsenirse, işveren ÇSGB'ye başvurmadan da konuyu yargıya taşıyabilecektir. Yasanın dev-

let desteği konusunda uygulamayı yönlendirmeye ve “doğabilecek sorunları çözmeye Bakanlık (ÇSGB) yetkilidir” şeklindeki sözleri (İSGK 7/1-d), konunun önce idari yönden ÇSGB'nin değerlendirmesine sunulması gerektiği tarzında yorumlanmaya elverişli gözükmektedir, denilebilir.

Hal böyle olunca; ÇSGB'nin konuya dair kararının da yargı denetimine tabiliği açıktır. Yasada belirtilmese de, Anayasa'nın “İdarenin her türlü eylem ve işlemi yargı denetimine tabidir” diyen hükmünden (AY 125) bu sonuca varılmalıdır. Ancak, bu durumda da, anılan karara yönelik itirazın hangi yargı yerine/yoluna yapılacağı sorusuyla karşılaşılır. Maalesef 6331 sy. İSGK bu konuda suskundur. İSGK anlamındaki devlet desteğinin de 5510 sy. SSGSK'nın uygulanmasından doğduğu söylenebilirse, görevli ve yetkili mahkemenin iş mahkemesi olacağı söylenebilir (SSGSK 101). Şüphesiz HSYK'nın Aralık 2012'de aldığı kararla iş mahkemesinin sosyal güvenlik alanındaki yetkilerini bazı yörelerde kurduğu, sosyal güvenlik mahkemelerine (SGM) bıraktığı da gözden ırak tutulmamalıdır.

Ancak İSGK'daki devlet desteğiyle ilgili hususların SSGSK'dan doğduğunu söylemek pek isabetli gözükmez. Sorun işçiyle işveren veya işveren vekili arasında iş sözleşmesinden doğan bir uyuşmazlık (İş MhK. 1/1) olmadığı gibi; sigortalıyla SGK arasındaki bir uyuşmazlık da değildir. Hal böyle olunca; kanımca, destekten red kararı aleyhine; onun bir idari işlem olduğu da düşünülerek idare mahkemesinde dava açılması gerekir¹⁰. Bunun, işin/uyuşmazlığın doğasına uygun düşmediği açık ise de, maalesef mevcut yasal çerçeve böyledir. Kanımca, bu konuda İSGK'ya veya İş MhK.'ya bir yasayla hüküm eklenerek, bu uyuşmazlığın iş mahkemesinde görülmesi sağlanmalıdır. Henüz çıkarılmayan yönetmeliklere bu yönde bir hüküm koyarak şu veya bu yargı yerinin öngörülmesi, kanımca bir yönetmeliğin yapabileceği şey değildir. Bu yüzden de aksine tutumun Anayasa'ya aykırı olacağını düşünüyoruz.

* İtiraz üzerine ilgili yargı yerince verilen karar itirazın reddini haklı bulursa, bu baş-

vuru için artık yapacak bir şey yoktur. Red kesinleşir. İlgili işveren, gerekli koşulları sağladıktan sonra yeniden destekten yararlanma başvurusunda bulunabilir.

* Fakat yargı kararı itirazı haklı görürse; Bu durumda SGK'nın desteğin reddi kararını ve onu onaylayan ÇSGB'nin itirazın reddi kararını iptal edecektir. İlgili işverene de artık anılan desteğin sağlanması gerekir.

* Böylece başvurusu zaten SGK'ca reddedilmeyip olumlu bulunan veya reddedilip de mahkemece ret kararı iptal edilerek destekten yararlanacağı saptanan işverene İSG hizmetleri gideri olarak devlet desteğinin sağlanması gerekir.

* Devlet desteğinin SGK tarafından SGK'nın veya devletin herhangi bir gelir veya bütçesinden istenildiği gibi karşılanması söz konusu değildir. Desteğin sadece SGK'nın yalnızca “iş kazası ve meslek hastalığı bakımından kısa vadeli sigorta kolları için toplanan primlerden kaynak aktarılmak suretiyle sağlanması” zorunludur (İSGK 7/1-B). Fakat ülkemizdeki işyerlerinin genelde 10'dan az çalışana sahip küçük ölçekli işyerleri olduğu düşünülünce; SGK'nın iş kazası ve meslek hastalığı için toplanan kısa vadeli sigorta primlerinden bunu karşılamada zorlanmayacağını söylemek biraz zordur. Üstelik, bırakınız böyle desteği, iş kazası ve meslek hastalığındaki olumsuzluklar ve bunlara dair sayı bakımından uluslararası sıralamanın hep üst sıralarında yer aldığımız gerçeği de ortadayken, SGK topladığı ilgili alandaki primleri gerçekten yaşanan iş kazası ve meslek hastalıklarında da kullanmak zorunda olduğuna göre; desteğin SGK'ca böylece sağlanması hususunun bir daha gözden geçirilmesi akla uygun bir çaba olarak görülür. Kanımca genel bütçeye veya SGK'nın bütçesine sırf bunun için, özel bir kalem ödenek konulması daha doyurucu olur. Böylece devlet; anılan desteği SGK'a yalnızca işverence ödenen kısa vadeli sigorta primi yoluyla, işverenin omuzlarına yüklememiş; ilgili sigortalılara iş kazası ve meslek hastalığında yapılacak yardımlar da (neticede) böylece azaltılmamış olur.

* İSG hizmetleri çerçevesinde sağlanma-

sı gereken devlet desteğinin süresi, miktarı, destekten yararlanacak işyerlerinin belirlenmesi amacıyla ÇSGB'nin Maliye Bakanlığı'nın da görüşünü alarak yönetmelik çıkarması gerekmektedir (İSGK 7/2). Ayrıca devlet desteğinde etkinlik ve sürekliliğin sağlanması amacıyla Sağlık Bakanlığı, Bilim-Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı ve ilgili meslek kuruluşlarıyla ÇSGB'nin işbirliği yapması da gereklidir (İSGK 7/3). Bunları boyutlarının ne olacağı konusunda şimdiden bir şey söylemek, mümkün gözükmemektedir. Ama makul ve işin doğasına uyan bir işbirliğinin yaşanması; meslek örgütlerinin ciddiyet taşıyan önerilerine ve tespitlerine önem verilmesi gerekir. Onları birer figüran ve tespit ve önerilerini ise önemsiz görmek yoluna gidilmemelidir.

* İSG hizmetleri için devlet desteğinde uygulamada yaşanan tereddütleri gidermede; uygulamayı yönlendirmede ve doğabilecek sorunları çözmede ÇSGB yetkilidir (İSGK 7/1-D). Herhalde bundan Bakanlığın yönetmelik ve tebliğ yayımlama, başvuru üzerine görüş açıklama, hatta yönetmelik çıkararak kanuna aykırı olmamak koşuluyla devlet desteği uygulamasını yönlendirmesi amaçlanmıştır. Bakanlığın bu konuda SGK ve işverenler arasındaki uyuşmazlığı çözeceğinden de söz edilmesi, yukarıda da söylendiği üzere, ona yargılama ve kesin çözüm yetkisi verildiği, anlamını vermez, vermemelidir. ÇSGB'nin yargı yetkisiyle donatılması Anayasa'ya aykırıdır. Bu yüzden, anılan hüküm ancak, ÇSGB'nin sorunu idari açıdan inceleyip sonuçlandırma konusunda yetkili/görevli olduğu manasını verebilir. ÇSGB'nin somut uyuşmazlığa dair bu kararı aleyhine ise devlet mahkemelerinde (idare mahkemesinde) yargılama/itiraz yolu işletilebilir. Çünkü, idarenin her türlü eylem ve işlemi yargıya tabidir (AY 125).

6- Desteğin Süresi

İSG hizmetlerinde işverenlere sağlanacak devlet desteğinin ne kadar süreyle tanınacağı hususunda yasada belli bir süreyle kayıtlama yoluna gidilmemiştir. Bu yüzden de (farklı yönde bir kanun değişikliği yaşanmadıkça) ilgili işverenin yasal koşulları taşıdığı sürece

anılan destekten yararlanması gerektiği söylenebilir. Yeter ki, destekten yasaklanmış olmasın.

7- Desteğin Kesilmesi

Devlet desteği, bunu bir kez alanlara/almaya hak kazananlara artık ebediyen verilecek değildir. Gerçi Yasada desteğin süresine dair bir sınırlama yoktur ve çıkarılacak ilgili Yönetmeliklerle süre sınırlaması getirilip getirilmeyeceği (ve getirilince de yasaya uygunluk taşıyıp taşımayacağı) bilinmemektedir. Fakat bu durum, devlet desteğinin ancak destekten yararlanma koşulları sağlandığı sürece mümkün olduğu anlamından öteye gitmez. Bu yüzden de, destekten yararlanmanın çeşitli nedenlerle sona ermesi/kesilmesi mümkündür. Yasal düzenleme dikkate alındığında, devlet desteğinden yararlanmanın sona ermesine/kesilmesine götüreceği kimi olguların bulunduğu görülür. Bunları şöylece sunabiliriz.

Gerek İSGK ve gerekse diğer yasalar (örneğin İşK., SSGSSK) çerçevesinde yetkililerce yapılan kontrol ve denetimlerde, destekten yararlanan bir işverenin istihdam ettiği kişilerin sigortalılık bildiriminde bulunmadığı saptanırsa, o işverene sunulan destek kesilir (İSGK 7/1-ç).

Anılan hükümden anlaşıldığına göre; desteğin kesilebilmesi için, öncelikle halihazırda destekten yararlanan veya yararlanmasına karar verilen bir işveren bulunmalıdır. Bunun koşulları daha önce sunulduğundan, burada tekrara girmiyoruz.

Sonra, bu işverenin istihdam ettiği kişilerin sigortalılık bildiriminde bulunmadığı saptanmalıdır.

Buradaki sigortalılığın bildirimini, özel sigortalar bağlamında değil, 5510 sy. SSGSSK anlamındaki resmi ve zorunlu sosyal sigortalılıktır ve bunun bildirimini yapılmayıştır. Bilindiği üzere bir işveren çalıştırdığı/çalıştıracığı sigortalıları işe başlayacakları tarihten önce SGK'ya "sigortalı işe giriş bildirgesi" ile bildirmek zorundadır (SSGSSK 7/a ve 8). Eğer işyeri kuruma ilk defa işyeri bildirgesi verecekse, ilk defa sigortalı çalıştırmaya başlanı-

lan tarihten itibaren bir ay içinde çalışmaya başlayanlar için, çalışmaya başladıkları tarihten itibaren en geç söz konusu bir aylık sürenin dolduğu tarihe dek sigortalı bildiriminde bulunulması gerekir (SSGSSK 8/b).

İşte desteğin kesilmesi için, Yasaya göre sigortalı olarak bildiriimi gereken ve bu işyerinde istihdam edilen kişilerin sosyal sigortalılık bildirimlerinin o ana dek hiç yapılmayışının desteği kesmeye yeteceği açıktır. Ancak, bildirim yapılmakla birlikte, kaç gün çalıştırılıyorsa, ona göre gerçeğe uygun bir bildirim olması da aranır. Örneğin, her ay tam (30 gün üzerinden) çalışanın ayda birkaç gün (kısmi süreli) çalışıyor biçimde gerçeğe aykırı bildiriminden gerçekten bu madde (İSGK 7/1-ç) anlamında bildirme veya bildirmeme sayılıp sayılmayacağı tartışılabilir gözükmektedir. Kanımca bildirim yükümünü, o işyerinin kendi işçisi/personeli bağlamında düşünmek gerekir. Bunun dışında, başkasından ödünç/geçici aldığı işçiyi bildirme yükümünü ve buna aykırılığın bu madde anlamında düşünülmesi gerekir.

O işyerinde bulunan çırak ve stajyerin durumuna gelince; Yasa istihdam edilenin bildiriminden söz edip, bunun hangi statüde gerçekleşeceğine bu hükümde (İSGK 7/1-ç) değinmemektedir. Fakat, tanımlar maddesinde çalışan tanımlanırken; bunların kendi özel kanunlarındaki statülerine bakılmaksızın işyerinde istihdam edilen gerçek kişi olduğu söylenmektedir (İSGK 3/1-b). Sigortalı bildirimini ise yine SSGSSK 7/a'da sayıldığı üzere iş sözleşmesiyle çalışanlar (SSGSSK 4/a) için gerektiği belirtilmektedir. Hal böyle olunca, desteğin sona ermesine götürecektir istihdam edilenlerin sigortalılığını bildirmemenin, çırak/stajyer ve mesleki eğitim bağlamında işyerinde bulunan öğrencilerin bildiriimiyle ilgili olmadığı söylenebilir. Kaldı ki, işyerindeki çırak ve aday çırakların o işyerindeki çalışan sayısına katılmayacağı yönündeki yasal buyruğunu (MEK 1) göz ardı etmemek gerekir.

Keza geçerli bir alt işverenlikte sigortalı bildirimini alt işverence; fakat asıl işverenden iş muvazaalı/geçersiz alındıysa asıl işverence yapılması gerekir. Alt işverenin çalış-

tırdığı işçileri bildirdiği ve fakat sonradan alt işverenliğin muvazaalı olduğu anlaşıldığında, anılan sigortalıların baştan beri asıl işverenin işçisi ve sigortalısı sayıldığı (İŞK. 3) hallerde, bu işçiler için bildiriimi yapılmış mı, yoksa yapılmamış mı sayacağız? Sanırım, paravan alt işveren işyeri bağımsız olmadığından veya bağımsız da olsa bazı işçiler bakımından alt işverenlik geçersiz sayıldığından; alt işverenin onlar için yaptığı bildiriimi alt işveren işyeri bağlamında geçersiz saymak gerekir. Eğer o işçiler dışlandığında, geriye bağımsız bir alt işverenlik ve ona ait işyeri kalıyorsa, bu alt işverenin sırf bu yüzden, aldığı/alacağı devlet desteği kesilemez. Zira, Yasa desteğin; sigortalı bildiriminde bulunmadığında kesileceğinden söz etmektedir, bildirimde bulunulduğunda değil. Fakat bunu da; ancak, muvazaalı alt işverenlikte alt işverenliğin tümünden değil de sadece birkaç işçi bakımından geçersiz görülüp, o işçilerin baştan beri asıl işverenin işçisi sayıldığı hallere özgülemek gerekir. Ancak, muvazaalı/geçersiz alt işverenlikte geriye alt işverenlik ve ona ait işyeri kalmamışsa; ortada alt işverene ait bir işyeri bulunmadığından, orası için desteğin kesilmesi ve o ana dek ödenenlerin de geri alınması gerekir.

Yasa desteğin kesilmesini sigortalı bildirimini yapılmayışına özgülediğinden; sigortalılığın bildirilmesine rağmen sosyal sigorta primlerinin ödenip ödenmemesi (Yasanın bu haliyle) desteğin kesilmesini sağlamayacaktır. Fakat, neticede desteğin de ödenen sosyal sigorta primlerinden sağlanacağı (İSGK 7/1-ç) dikkate alınınca, bunun isabetinde kuşku doğuracaktır. Kanımca, kendi yasal görevi olan SGK primini tam ve doğru olarak yatırmayarak, sosyal sigorta ilişkisinde sigortalıya ve SGK'ya karşı yükümüne aykırı davranan bir işverenin devlet desteğiyle ödüllendirilmesi isabetli değildir. Anılanlara ya hiç destek sağlanmamalı ya da hakettiği destek kendisine teslim edilmeyip SGK prim borçlarından mahsup edilmeli, artanı varsa kendisine verilmelidir. Hiç değilse, çıkarılacak Yönetmelikte konunun netlik içinde düzenlenmesi beklenir.

* Keza desteğin, istihdam edilen kişilerin

tümünün mü yoksa birinin/birkaçının sigortalılığının bildirilmediğinde mi kesileceği belli değildir. Oysa bu konu önemlidir. Yasal tercihe bağlı olarak, bir kişinin bile sigortalılığının bildirilmemesinin böylesi kesintiye imkan vereceği yönünde hüküm getirilebilir.

* Desteğin kesilmesine götürecek aykırılık (istihdam edilen kişilerin sigortalılığını bildirmeme), SGK'nın kendi keyfi tutumuyla değil, söz konusu aykırılığın yasal çerçevede o işyerinde yetkili merciler ve kişilerce yapılan kontrol ve denetimlerde ortaya çıkıp, yetkililerce saptanmalıdır. Bunun genellikle iş müfettişlerince veya sosyal güvenlik müfettişleri ve denetmenlerince veya Maliye Bakanlığı vs. gibi birimlerin yetkililerinin denetim ve kontrollerinde ortaya çıkması beklenir. Fakat anılan aykırılığı ortaya çıkarıp saptayacak veya denetleyecek kişiler bunlarla sınırlı değildir. Herhangi bir Kanun'un kendilerine ilgili işyerini kontrol ve denetim yetkisi verdiği kişinin/yetkilinin çevresi, her bir yasa hükmü çerçevesinde farklılık gösterebilir. İSGK 7/1-ç anlamında önemli olanı; o aykırılığın herhangi bir yasaya göre orayı kontrol ve denetime yetkilinin (yetkililerin) kontrol ve denetim esnasında saptamış bulunmasıdır. Şüphesiz bu, önce bir kontrol/denetim tutanağı ve raporu şeklinde gerçekleşir. Bunun ilgili işverene tebliği ile işverenin buna itiraz hakkının tanınması uygun olur. Yoksa, ilgili yetkilinin iki dudağı arasına ve (nasıl işleyeceği bilinmeyen) vicdanına işvereni terk etmek sonucu doğurur ki, buna katılmak mümkün gözükmez. Ancak, desteğin kesimi kararının tebliğiyle birlikte, hem denetim ve kontrol sonrası saptanan aykırılığa dair rapora ve hem de buna dayalı olarak alınan desteğin kesilmesi kararına birlikte itiraz yolunun yeterli görülmesi de akla gelebilir. Bununla birlikte, anılan aykırılığın hep yetkili denetim görevlisince yapılan kontrol ve denetimde ortaya çıkmasını tek ortaya çıkış yolu görmemek gerekir. Çünkü; örneğin bir davada mahkeme tarafından da bu durumun saptanması mümkündür. Üstelik mahkemenin tespiti, denetim yetkilisinin tutanağından daha bağlayıcı ve kesinlik taşıyacaktır. Hal böyle olunca; sigor-

talılığın bildirilmediğinin kesin mahkeme kararıyla saptanması halinde de, mahkemenin bu yöndeki kesinleşmiş kararından SGK'nın haberdar olması üzerine desteğin kesilmesi/başlatılmaması gerektiğini söyleyebiliriz.

Desteğin kesilmesine götürecek tek olgunun bu aykırılıktan (istihdam ettiği sigortalıları SGK'ya bildirmemekten) ibaret olduğu da sanılmamalıdır. Kanımca, o işyerinin çalıştırdığı çalışan sayısının 10 veya daha çok sayıya ulaşması; işyerinin tehlikeli veya çok tehlikeli sınıftan az tehlikeli sınıfa girmesi ve Bakanlar Kurulu'nun bunlar için destek kararının bulunmaması; ilgili işyerinin kesin ve temelli kapatılması vs. hallerde de devlet desteği kesilmelidir. İşin doğası bunu gerektirir. Ancak, bu olgulara dayalı yapılacak kesintilerin Yasadaki olasılıktan (istihdam ettiği sigortalılığını bildirmemeden) farklı yanı; o ana dek ödenmiş desteğin geri alınmasına ve geçici yasaklanmaya imkan vermeyiştir. Çünkü; bu sayılanların istihdam edilenlerin sigortalılığının bildirişiyle ilgisi olmadığı bir yana, destekte kesintiye götürecek (ve yaptırım gerektirir) bir durum da sayılamayacağı açıktır.

8- Desteğin Kesilmesinin Sonuçları

Desteğin kesilmesi, sigortalılık bildirimini yapılmadığının tespiti halinde ilgili işverene/işyerine uygulanacak yaptırım birkaç çeşit olarak karşımıza çıkar. Şöyle ki;

A-Desteğin İadesi: Öncelikle, anılan aykırılığı saptanan işverenin, o ana (aykırılığın tespiti anına) kadar sağlanan desteğin yasal faiziyle birlikte SGK'ya iade etmesi/ödemesi gerekir. Şüphesizdir ki; bu, o ana dek sağlanan desteğin (faiziyle birlikte) SGK'ya iadesi yükümü; anılan desteğin bir süredir kendisine hukuken ve fiilen (ödenerek) sağlandığı işverenler bakımından gündeme gelebilir. Hatta onlarda bile ancak çalıştırdığı kişilerin sigortalılık bildirimini yapmadığı için desteği kesilenlere yöneliktir. Yoksa, örneğin devlet desteği alırken tercihini o yönde kullanıp işyerini kapatan işverenler için, o ana dek aldığı devlet desteğini iade yükümünden söz edilemez. Çünkü; devlet desteği işverenin mutlaka belli bir süre işyerini çalıştırmasına

bağlanmamıştır. Aslında az tehlikeli sınıfa giren ve Bakanlar Kurulu'nun onlara dönük destek kararı bulunmayan işyerlerine SGK'ca yanlılıkla sağlandığı anlaşılan desteğin daha sonra durum farkedilince kesilmesi doğal ise de, herhalde geçmiş dönem için iadenin faiziyle olacağını söylemek her olaya uymayabilir. Çünkü; böylesi hallerde, o ana dek yapılan ödemelerin ancak sebepsiz zenginleşme yoluyla ve sebepsiz zenginleşen işverenin durumuna da bakılarak sağlanması gerekir. Keza, hakkında destek kararı verilen ve fakat henüz hukuken ve fiilen bir destek ödemesi yapılmayan işveren için de iade yükümü uygulanmaz. Zira, bir kimsenin almadığı (olmayan) bir şeyi iadesi yükümünden söz edilemez. Fakat kendisine o ana dek hukuken ve fiilen destek sağlanan işverenin de aldığı desteği iade etmesi zorunludur.

Desteği Kanunun öngördüğü nedenle kesilen işverenin iade borcunun, aykırılığın tespiti anına dek yapılan tüm destek ödemelerini ve onun yasal faizini kapsadığı açıktır. Desteği bir süredir alan ama yaşadığı aykırılık sonucu desteği kesilen işverenden o ana dek aldığı desteklerin SGK'ya faiziyle iadesi sağlanırken, bunun tahsilini SGK'nın yapması gerekir (İSGK 7/1-ç). Tahsilatın işverenin kendiliğinden yaptığı ödemeyle mi, yoksa karşılıklı anlaşma veya zorla mı yapıldığı, bu noktada önemsizdir. Fakat yasal faizin hangi tarihten başlatılarak yürütüleceği belli değildir. Bu noktada desteğin başladığı tarihten itibaren mi (yani baştan mı) yoksa aykırılığın tespiti tarihinden mi veya aykırılığı saptayan ve iadeyi öngören SGK kararının tebliğinden başlayarak mı faiz uygulanacağı tartışılabilir. Hatta, anılan sigortalılığı bildirmemenin yaşandığı andan itibaren mi faiz yürütülmesinin isabetli olacağı da zihinleri meşgul edebilir. Bununla birlikte anılan iade borcuna uygulanan faizin gecikme faizi değil, yasal kapital faizi (anapara faizi) olduğu düşünülünce, faizin aykırılığın gerçekleştiği andan veya aykırılığın tespiti tarihinden başlayarak uygulanmasının daha isabetli gözüktüğü söylenebilir.

Eğer ödeme/iade, SGK'ca yapılan ödeme isteği ve ihtarına rağmen ihtarda/istekte be-

lirtilen tarihte yapılmazsa gecikmiş demektir. İşte bu tarihten itibaren, iadesi gereken tutara gecikme faizi uygulanması da gündeme gelecektir. SGK'nın bu alacağı bir kamu alacağı olduğundan, gecikme faizi olarak Amme Alacaklarının Tahsil Hakkındaki Kanun uyarınca gecikme faizi yürütülür (SSGSSK 88/16, 18).

SGK'nın isteği üzerine anılan destek iadesi ve faiz ödemesi gerçekleşmezse, SGK bunun için mahkemeye başvurabilir. Kanımca, bu uyuşmazlıkta görevli ve yetkili mahkeme, SGK'nın (bu işverenden) alacaklı biriminin bulunduğu yerdeki iş mahkemesidir (SSGSSK 88/19). Böylesi hallerde SGK'nın mahkeme yerine ÇSGB'ye (Yasadaki yetkilendirmeden dolayı) başvurarak, ondan bu uyuşmazlığı çözmesini beklemek anlamsızdır. ÇSGB'ye, İSG hizmetlerine dair devlet desteği konusunda uygulamada yaşanan sorunları çözme yetkisi veren hükmün (İSGK 7/1-d) anlamsız bir yanı da işte burada karşımıza çıkmaktadır.

B- Desteğin Kesilmesi ve Destekten Yasaklanma: İSG hizmetleri bağlamında sağlanan devlet desteğinden yararlanan işverenin istihdam ettiği kişilerin sigortalılığını bildirmeme nedeniyle karşılaşacağı sonuçlar sadece o ana dek sağlanan desteğin kesileceği ve SGK'ya faiziyle birlikte iadesi değildir. Gerçekten, Kanun sadece, aykırılığın tespiti anına dek yapılan ödemelerin geri ödenmesinden söz etmemektedir. Böyle bir aykırılık tespiti durumunda, o işverene artık destek verilmemesi, mevcut desteğin kesilmesi de gerekir. Aksi halde, geçmiş destek tutarını iade eden işverenin, ilerisi için hâlâ destek almaya devam etmesi gibi tuhaf bir durumla karşılaşılırdı. Nitekim Yasa, bunu; "Bu durumdaki işverenler sağlanan destekten üç yıl süreyle faydalanamazlar" diyerek anlatmıştır (İSGK 7/1-ç) denilebilir. Ancak Yasanın bu ifadesinden sağlanan desteğin bu aykırılık (istihdam ettiği kişilerin sigortalılığını bildirmeme) nedeniyle kesileceği ve aykırılık giderilince yeniden başvuru üzerine destek verileceği, kesilen desteğin tekrar işlemeye başlayacağı sonucu çıkarılamaz. Zira Yasa, anılan tür aykırılık yaşayan işverenin sadece bu aykırılık giderilinceye dek desteğinin kesileceği biç-

minde bir içeriğe sahip değildir. Yasal anlamdan, belirtilen tür aykırı davranan işverenin aldığı devlet desteğinin hem kesin olarak kesileceği ve hem de bu işverenin destekten yasal yararlanma koşullarını sağlasa bile üç yıl süreyle asla destekten yararlanamayacağı sonucu ortaya çıkmaktadır. Bunun kanunen öngörülmuş bir yaptırım olduğu kesindir. Deyim yerindeyse bir yasaklık söz konusudur.

Bizce; destekten üç yıl süreyle yararlanamama, sadece, bir süredir bu destekten geçekten ve fiilen yararlanan işverenler için değil; aynı zamanda haklarında destek kararı alınıp da henüz destek ödemesinin yapılmadığı işverenler için de geçerli görülmelidir. Yasada buna dair netlik yok ise de, işin doğası, böyle bir çıkarımı haklı kılabilir. Çünkü; evvelden beri desteklenen yasak şeyin, aynı aykırılığı saptanan ama desteklenme kararı verilip de henüz fiilen desteğin başlatılmadığı işveren için de geçerli olması gerekir. Fakat destek için başvurup da hakkında destek kararı verilmeyen ve aykırılık saptanan işverene böyle bir yasak düşünülemez. Sadece onun talebi reddedilir ve ancak aykırılık giderildiğinde, şartları varsa, yeniden başvurusu önerilir. İstenirse, bu konuda süre verilmesi de düşünülebilir.

* Üç yıllık yasak sanırsız otomatikman kanun gereği gerçekleşir. SGK'nın ve/veya diğer bir makamın bu noktada bir yetkisi yoktur. Keza yasaklamanın süresi de Yasada üç yıl diye net bir rakam/süre olarak dile getirilmiş, SGK'nın takdirine göre her somut olayda miktarı değişecek şekilde taban ve tavan miktar öngörülmemiştir. O halde yasaklık süresinin miktarında mevcut verilere göre SGK'nın ve hatta ÇSGB'nin herhangi bir takdir yetkisi bulunmamakta, sürenin herkese fiks/kesin olarak uygulanması gerekmektedir. Bu yüzdendir ki; bunun yönetmelikle takdire bağlı bir taban ve tavan süreye bağlanması da (mevcut Yasa buna izin verir bir içerik taşımadığından) bizzat Yasaya aykırı olur. Çok isteniyorsa, ancak yapılacak bir kanun değişikliğiyle bu yola gidilmesi önerilir.

* Üç yıllık yasaklığın ilgili işverenin sadece bu işyeri için mi, yoksa tehlike sınıfı

aynı veya farklı olan diğer işyerleri bakımından da mı geçerli olacağı Yasada net cevabı bulunan bir soru gibi gözükmemektedir. Gerçi Yasa "Bu durumdaki işverenler sağlanan destekten üç yıl süreyle yararlanamazlar" demektedir (İSGK 7/1-ç) ama bundan, o işverenin artık her işyeri bakımından (aldığı destekleri iade edeceği ve) üç yıl süreyle de artık destek alamayacağı sonucunu çıkarmak, isabetli olmaz. Çünkü; Yasa desteği işverenin kişiliğine değil, onun sahip olduğu her bir işyeri bakımından, işyerinin girdiği tehlike sınıfına ve orada istihdam edilen çalışan sayısına bakılarak verilmektedir. Dolayısıyla (desteğin iadesi ve) destekten üç yıl süreyle yasaklığı da aykırılığın yaşandığı işyerine özgülemek, daha isabetli gözükmemektedir. En azından bizim düşüncemiz böyledir. Gerçekten de Yasa, anılan aykırılık halinde, o ana dek verilen desteğin işverenden alınacağını ve "bu durumdaki işverenin" destekten yararlanmasının engelleneceğini söylemektedir (İSGK 7/1-ç). Kanımca, Yasanın bu tutumu suç ve cezada kişisellik ilkesine uygun gibi gözükse de; desteğin işyerine ve işyerindeki SGK hizmetleri bağlamında sağlandığı gerçeğine aykırı düşer. Ayrıca, çeşitli varyasyonlarla dolanılmaya da müsait gözükür. Gerçekten de anılan ifadeye bağlı kalınırsa; işyerinde işveren değişikliği olursa, işyerinin yeni işvereni destek yasağından etkilenmeyip, destek için başvurarak şartları varsa, destek alabilecektir. Buna karşın yasaklanan işveren, bir başka işyeri açsa veya yasaksız bir işyerini devralsa da, eski işyerinde aldığı yasak devam edecektir, sonucu ortaya çıkabilecektir. Hatta bu işverenin birden çok işyeri varsa ve tehlike sınıfları aynı veya farklı da olsa, bir işyerindeki aykırılık nedeniyle gündeme gelen desteğin iadesi ve yasaklık olgusunun onun tüm işyerlerini kapsayacağı sonucu da ortaya çıkacaktır ki, böyle bir şeyin, arzulandığını sanmıyoruz. Zira, bu eğilimi isabetli görmek mümkün değildir. Desteğin sadece somut her bir işyeri bağlamında ayrı ayrı düşünülmesi ve verilmesi, her bir işyerinin girdiği tehlike sınıfının farklı olabileceği, çalışan sayısının yine her bir işyeri kapsamında değerlendiril-

mesi, desteğin iadesinin ve destekten üç yıl süreyle yasaklılığın da ancak her bir somut işyeri çerçevesinde uygulanacağına götürecektir.

* Üç yıllık yasağın hangi tarihten başlatılacağı, yukarıda da dile getirildiği gibi, tartışmaya elverişli gözükmemektedir. Gerçekten bu noktada destekten yararlanmanın başladığı/başlayacağı tarihin mi, yoksa ilgili aykırılığın tespiti tarihinin veya SGK'nın geçmiş desteklerin iadesi talebinin işverene tebliği tarihinin mi esas alınacağı konusu ciddi tartışmaları davet edici niteliktedir. Yasada sessiz geçilen bu noktada şunları söyleyebiliriz.

* Bir fikir olarak, bu konuda Yasaya aykırı durumun tespiti anının baz alınması düşünülebilir. Kanımca akla yatkın ve işin doğasına uyan çözüm tarzı da budur.

** Fakat tespit sonradan yapılmakla birlikte, desteğin baştan kesildiği dikkate alınır; üç yıllık sürenin de (geçersiz kılınan) bu yararlanmanın başladığı tarihten başlatılması da akla gelebilir. Lakin durumun, örneğin yararlanma başlangıcından bu yana zaten üç yıl geçtikten sonra tespiti halinde; ileriye dönük bir yasağın bulunmadığı; isterse hemen o gün bile (üç yıl geçtiğinden) yeniden yararlanmanın başlama olasılığına verilecek tatminkar bir cevap yoktur. Böylesi hallerde yasak; sadece geçmiş yararlanmanın geri alınması sonucunu doğurur ama ileriye dönük bir engel oluşturmaz. Bunun, tespite dek henüz üç yıl geçmediği hallerde; destek verilen kısmın parasının iade yoluyla; üç yıla ulaşana dek geri kalan kısmınınsa, yararlanmayı (ilerisi için de) engellemek biçiminde yaşanarak gerçekleştirileceği söylenebilir. Aslında, yasağın amacı, o işvereni üç yıl süre ile devlet desteğinden yoksun kılmak olduğundan; bu ihtimalde de destekten yoksunluğun (kısmen/tümden) parası geri alınarak gerçekleştirildiği düşünülebilir. Fakat böylesi hallerde hiçbir süre sınırlaması içermeden, "tespit tarihine kadar yapılan ödemeler geri alınır" diyen kanun hükmüne anlam vermek zorlaşır. Çünkü; yasaklı süreyi yararlanmanın başından başlatırsak, yararlanmanın başlangıcından tespite dek geçen sürenin 3 yıldan fazla olduğu hallerde (örneğin

5 yıl olduğunda), sadece geçmiş 3 yılın parası alınıp, 3 yılı aşan süreninki alınamayacak ve üstelik yararlanma da kaldığı yerden devam edebilecektir. Böylesi hallede ise, tespite dek geçen sürede verilen desteğin tümden geri alındığını söylemek mümkün olmaz. Bu yüzden, bu konularda sorun çıkması kaçınılmaz gözükmemektedir.

*** SGK'nın mevcut desteğin kesilmesi ve işverene üç yıllık destek yasağı konusundaki kararının işverene tebliği de zorunludur ve tebliğ ile bundan haberdar olan işverenin söz konusu karara karşı idari yönden ÇSGB'ye itiraz etmesi mümkün olduğu gibi, bu yola gidince ÇSGB'nin olumsuz kararına veya bu yola gitmeden doğrudan mahkemeye başvurarak itiraz edebilir. Görevli yargı yerinin de idari yargı olacağı sonucuna varılır. Fakat yapılacak bir Yasa değişikliğiyle uyumsuzluğun iş mahkemesinde çözümlenmesi sağlanmalıdır.

C- Cezai Yaptırım Durumu; Çalıştırdığı kişilerin sigortalılığını bildirmeyen, işverene İSGK herhangi bir idari para cezası öngörmemiştir. Onun için idari para cezasının İSGK'dan bağımsız olarak 5510 sy. SSGSSK'da düzenlendiği belirtilmelidir (SSGSSK 102/a-1, 2).

III. DESTEĞİN SONA ERMESİ

İSG hizmetlerinin finansmanında belli koşullarla sağlandığını yukarıda gördüğümüz Devlet desteğinin çeşitli olgulara bağlı olarak sona ermesiyle karşılaşılabılır. Mevcut yasal düzenlemeden ve işin doğasından hareketle bu konuda şunlar söylenebilir.

1- Destek, bundan yararlanan işverenin çalıştırdığı kişilerin sigortalılığını bildirmediğinin yetkililerce saptanması üzerine SGK'ca kesilmiş olabilir (İSGK 7/1-ç). Burada destekten yararlanan işverenin Yasaya aykırı bir tutumu nedeniyle desteğin yetkili makam/merci tarafından sonlandırılması söz konusudur. Üstelik bu olasılıkta; sadece desteğin sona ermesi değil, o ana dek yapılan destek ödemelerinin SGK'ya faiziyle iadesi ve ilgili işverene üç yıl süreyle desteklenme yasağı da getirilmesi durumu vardır.

2- Destekten yararlanan işveren işyerini

İşyeri aynı şekilde faaliyetine devam ettikçe işverenin (miras/devir vs. gibi yollarla) değişmesi, desteğin kesilmesini gerektirmez.

temelli ve kesin olarak kapatmış olabilir. Faaliyette bulunmayan/gerçekte artık olmayan bir işyerinin (ve işverenin) hâlâ desteklenmesi düşünülemez. Bu olasılıkta destek işverenin girişim özgürlüğü ve çalışma özgürlüğü çerçevesindeki tamamen yasal bir tutumuyla iradi olarak desteğin sona ermesi söz konusudur. Böylesi sona ermede işverene o vakte kadar yapılan destek ödemelerinin iadesi ve destekten yasaklılık gündeme gelmez.

3- Destekten yararlanan işyeri tehlikeli veya çok tehlikeli sınıftayken az tehlikeli konuma geçmişse ve bu tür işyerlerinin desteği konusundaysa Bakanlar Kurulu kararı bulunmuyorsa, yine destek kesilmelidir. Yasada belirtilmese de işin doğası bunu gerektirir. Burada da desteğin işverenin iradi bir tutumuyla sonlandırılması söz konusudur ama işverene/işyerine desteklenme yasağı getirilemeyeceği gibi, o ana dek verilen desteğin faiziyle birlikte işverenden geri alınması da mümkün değildir.

4- İşyeri az tehlikeli sınıfa girip de mevcut bir Bakanlar Kurulu kararıyla destekten yararlanırken, bir süre sonra bu Bakanlar Kurulu kararının yürürlükten kalkması da desteğin sona ermesini sonuçlamalıdır. Ama o tarihe dek ödenen desteğin iadesi ve destekten yasaklılık düşünülemez.

5- Keza işyerindeki çalışan sayısının 10 veya daha fazla bir miktara ulaşması da desteğin kesilmesi sonucunu doğurur ama o zamana kadar alınan desteğin iadesi ve destekten yasaklılık gündeme gelmez. Sonra çalışan sayısı 10'dan aşağı düşünce yine destekten yararlanmak mümkün olabilecektir.

6- Yasada her ne kadar (desteğin geri alınması destekten yasaklılık bakımından) destekle ilgili konularda "işveren"den söz edilmiş

(İSGK 7/1-ç) ise de, aslında destek işyerine sağlanır. Bu yüzden de, işyeri aynı şekilde faaliyetine devam ettikçe işverenin (miras/devir vs. gibi yollarla) değişmesi, desteğin kesilmesini gerektirmez. İşyerine sağlanan destek devam etmelidir. Miras ve devirle ilgili hükümlerden (İŞK. 6, TBK 428) kıyasen yararlanarak bu sonuca varabiliriz. Tabii desteğin işyerindeki işveren değişikliğinden etkilenmemesi; işyerinde sigortalılığı bildirmeme olgusu, destek kesintisi ve geçici yasaklılık hallerinde; bu yasağın da işyerine mi yoksa o aykırılığı yaşatan işverene mi yöneldiği sorununu beraberinde getirir. Yasa, anılan aykırılık halinde, o ana dek verilen desteğin işverenden alınacağını ve "bu durumdaki işverenin" destekten yararlanmasının engelleneceğini söylemektedir (İSGK 7/1-ç). Kanımca, Yasanın bu tutumu suç ve cezada kişisellik ilkesine uygun gibi gözüktüğü de; desteğin işyerine ve işyerindeki SGK hizmetleri bağlamında sağlandığı gerçeğine aykırı düşer. Ayrıca, çeşitli varyasyonlarla dolanılmaya da müsait gözüktür. Gerçekten de anılan ifadeye bağlı kalınırsa; işyerinde işveren değişikliği olursa, işyerinin yeni işvereni destek yasağından etkilenmeyip, destek için başvurarak şartları varsa, destek alabilecektir. Buna karşın yasaklanan işveren, bir başka işyeri açsa veya yasağı bir işyerini devralsa da, eski işyerinde aldığı yasağı devam edecektir, sonucu ortaya çıkabilecektir. Hatta bu işverenin birden çok işyeri varsa ve tehlike sınıfları aynı veya farklı da olsa, bir işyerindeki aykırılık nedeniyle gündeme gelen desteğin iadesi ve yasaklılık olgusunun onun tüm işyerlerini kapsayacağı sonucu da ortaya çıkacaktır ki, böyle bir şeyin, arzulandığını sanmıyoruz. Zira, bu eğilimi isabetli görmek mümkün değildir. Desteğin sadece somut her bir işyeri bağlamında ayrı ayrı düşünülmesi ve verilmesi, her bir işyerinin girdiği tehlike sınıfının farklı olabileceği, çalışan sayısının yine her bir işyeri kapsamında değerlendirilmesi, desteğin iadesinin ve destekten üç yıl süreyle yasaklılığın da ancak her bir somut işyeri çerçevesinde uygulanacağına götürecektir.

7- İşverenin destekten vazgeçmesi; Kanım-

ca desteklenen işyeri ve işveren ile çalışan sayısı aynı kaldığı halde, işveren isterse, desteğin sağlanmaya devam edildiği herhangi bir evrede destekten vazgeçebilir. Çünkü; bir kez kendisine destek kararı alınan ve desteklenmeye başlayan işverenin (destek için aranan koşullar devam ettiği sürece) destekten yararlanmasının ve desteği almasının zorunlu olduğu söylenemez. Gerekli koşulları taşıdığı halde, destek için hiç başvurmama (onu hiç gündeme getirmeme) imkanına sahip bir işverenin, almaya başladığı bir destekten istediği an vazgeçmesinin de mümkün bulunduğu kanısındayız. Böylesi hallerde de işverenden o ana kadar verilen desteğin iadesi istenemeyeceği gibi, destekten yasaklılık da gündeme gelmez.

IV. SONUÇ

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu sistemimizde bir ilk olarak İSG konusunu tüm iş yasaları bakımından uygulanır biçimde düzenlemekte ve işyerlerine/işverenlere şimdiye dek rastlanmamış bazı önemli yükümler getirmektedir. Yasaca öngörülen kimi istisnalar dışında her işvereni/işyerini hedefleyen bu yükümlülüklerin işyerlerine/işverenlere hiç de azımsanmayacak mali külfet getireceği de açıktır. Özellikle de küçük işyerlerinin/esnaf işyerlerinin bundan olumsuz etkileneceği gözlemlenmektedir. Kanun koyucu da bunu farketmiş olmalı ki, yine hukuk sistemimizde bir ilk olarak İSG hizmetlerinde belli koşullara sahip işyerlerine Devlet tarafından finansal destek sağlanacağını da öngörmüş bulunmaktadır. Fakat anılan destek ile ilgili Yasa hükmü incelendiğinde, konunun yeterli düzeyde doyuruculuktan uzak biçimde düzenlendiği görülmektedir. Henüz detay hüküm içeren ikincil mevzuat (yönetmelik vs.) çıkarılıp yürürlüğe konulmamışken, kanun hükmünün de gözden geçirilerek murad edilen amaca uygun değişiklikler yapılmalı ve sıkıntılı noktalara açık çözümler getirilmelidir. Bu arada destek için aranan en çok 9 çalışanı olmak kuralı da bir daha düşünülebilir. Aksi halde, çok da fazla çalışanı olmayan ama 10 veya biraz fazla çalışanı bulunan işverenlerin

Yasaca öngörülen kimi istisnalar dışında her işvereni/işyerini hedefleyen bu yükümlülüklerin işyerlerine/işverenlere hiç de azımsanmayacak mali külfet getireceği de açıktır.

yasal destekten yararlanabilmek için çalışan sayısını azaltma yoluna gitmeleri yadsınamaz bir gerçek olarak karşımıza çıkabilecektir. Çünkü; her İş Yasamızda iş güvencesi bulunmadığı gibi, güvence olanda da işyerinde en az 30 işçi çalıştırılması arandığından, destek sağlanan işyerlerinde (sözleşmesel olarak öngörülmedikçe) iş güvencesi de gündeme gelmeyecek ve böylece işçiler destek uğruna işlerini kaybedebileceklerdir. Anılan destek hükümlerinin amacı, herhalde istihdamı teşvik edip desteklemek yerine kösteklemek veya engellemek/azaltmak değildir, olmamalıdır. Aksi halde devlet “Dimyat’a pirince giderken evdeki bulgurdan olmak” riskiyle karşı karşıya kalabilecektir.

DİPNOTLAR

- 1 Ş. Ertürk, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda İşverene Getirilen Yükümlülükler, Sicil/Eylül 2012, 13 vd.
- 2 E. Akyiğit, İş Hukuku, 9. Bası, Ankara 2013, 313 vd.
- 3 S. Orhan, 100 Soruda İş Sağlığı ve Güvenliği Yasası, Ankara 2012, 19 vd. S. Bayram, Yeni İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ve Uyuşmazlık Konularıyla İş Kanunu, Ankara 2012, 16-18, 20 vd.
- 4 Akyiğit, İş Hukuku, 331 vd.
- 5 Bkz. U. Aydın, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı Üzerine, Sicil/Haziran 2012, 15.
- 6 Bkz. Ertürk, 18.
- 7 Bkz. Aydın, 15.
- 8 Bkz. Ertürk, 18.
- 9 Bayram, 19.
- 10 Krş. Orhan, 60.

Yrd. Doç. Dr. Mahmut KABAKCI

Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi

6331 Sayılı Kanun'un İş Sağlığı ve Güvenliği Anlayışı ve Risklerden Korunma İlkelerinin (m.5) İşlevi

1. Giriş

İş sağlığı ve güvenliği, çalışanların yaşam hakkının güvencesi olarak iş hukukunda ayrı bir yere ve öneme sahiptir. İş hukuku hakkındaki karma hukuk dalı niteliğine karşın, iş sağlığı ve güvenliğine dair normlar kamu hukuku niteliklidir¹. Dolayısıyla iş sağlığı ve güvenliği mevzuatı, işverenin iş sözleşmesinden doğan salt bir borcu değildir, esas olarak kamu hukuku nitelikli mutlak emredici bir yükümlülüklerdir. Konunun bu öneminin bilincinde olan kanun koyucu, işverenin iş sağlığı ve güvenliğini sağlama yükümlülüğünü ele alan bugüne kadarki tüm düzenlemelerde, yükümlülüğün sınırı olarak “gerekli” olan her şeyin yapılması olarak tespit etmiştir (1475 sK. m.73, 4857 sK. m.77). AB'nin iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili temel düzenlemesi olan 89/391 sayılı Çerçeve Yönergesi esas alınarak hazırlanan yeni İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda da, benzeri bir sınır vardır (m.4/1, a). “İşveren, çalışanların

işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlü olup bu çerçevede; ... her türlü tedbirin alınması ... için çalışmalar” yapmakla yükümlüdür.

İş sağlığı ve güvenliği yükümlülüğünün sınırı, bu şekilde gerekli, her türlü önlemin alınması olarak belirlendiğinde, bunun uygulamada nasıl somutlaştırılacağı, içeriğinin doldurulacağı önemli bir soru olarak karşımıza çıkmaktadır. Bildiği üzere, 1475 sayılı Kanun döneminde iş kazalarında kusur hakkında alınan bilirkişi raporlarında, öncelikle İşK m.73'deki genel kural, ardından İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü m.4 tespit edildikten sonra, dava konusu iş kazasının oluş şekline göre, Tüzüğün özel düzenlemeleri veya ilgili diğer tüzükler çerçevesinde değerlendirme yapılmakta idi. Çünkü bu dönemde uygulanan iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili çoğu tüzük şeklindeki özel düzenlemelerin dikkati çeken yönü, işverenin iş sağlığı ve güvenliğini sağlama yükümlülüğü kapsamında alacağı tedbirlerin somut olarak tek tek hükme

bağlanmış olmasıdır. Örneğin işyerindeki kapıların ebatları, açılış yönü, tavan yüksekliği, havalandırmanın teknik şartları gibi. 4857 sayılı İşK m.77’de de iş sağlığı ve güvenliği ni sağlama borcu, m.73’teki içerikte düzenlendiği halde, bu dönemde kabul edilen yönetmelikler, AB’nin konuyla ilgili yönergeleri esas alınarak hazırlanmıştır. AB İş Hukuku sisteminde aşağıda inceleneceği üzere, somut olarak hangi önlemlerin alınmasından ziyade, işverenin “gerekli” önlemleri nasıl tespit edip uygulayacağı sürecine odaklanılmıştır. Bu nedendir ki, 4857 sayılı İşK m.77’nin yürürlükte kaldığı dönemde dahi, bilirkişilerce iş kazalarında kusur oranları, 1475 sayılı Kanun m.73 uyarınca çıkarılan İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü ve ilgili diğer tüzük ve yönetmelikler esas alınarak belirlenmiştir.

Açıklamaya çalışılan çerçevede yeni İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, iş sağlığı ve güvenliği alanında ulaşılmaması gereken hedef bakımından değil, ancak bu hedefin nasıl temin edileceği açısından, önceki mevzuata kıyasla önemli bir değişimi beraberinde getirmektedir. 4857 sayılı İşK m.77, 78 döneminde çıkarılan yönetmeliklerde olduğu üzere, yeni Kanun uyarınca kabul edilecek özel düzenlemelerde de, iş sağlığı ve güvenliğini sağlama yükümlülüğünün maddi içeriğinin ne olması, somut hangi önlemlerin alınması gerektiğinden ziyade, işverence içeriğin nasıl, hangi usulde doldurulacağı sorusu belirleyici olacaktır. Bu açıdan yeni mevzuat, uygulamacıların alışageldiği, işverenlerin hangi somut önlemleri alması gerektiği sorusuna bir yanıt vermeyecektir. Yeni Kanun döneminde işverenler, somut olarak alması gereken tedbirleri m.10’daki risk değerlendirmesi uygulayarak belirleyecekse de, kanun koyucu m.5’teki risklerden korunma ilkeleri ile risk değerlendirmesinin içeriği hakkında, işvereni bağlayıcı ilke ve sınırları çizmiştir.

Bu çalışmada, yeni İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu sisteminde, işverenin iş sağlığı ve güvenliğini sağlama yükümlülüğü kapsamında hangi somut önlemleri alması, işlemleri yapması gerektiğini belirlerken uygulayacağı risk değerlendirmesinde, kendisini bağla-

yan yasal sınırlar olarak m.5’teki risklerden korunma ilkelerinin ne gibi bir işleve sahip olduğu incelenecektir. Ancak bundan önce işverenin temel yükümlülükleri ile yeni Kanunun iş sağlığı ve güvenliği anlayışı üzerinde durulacaktır.

II. İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliğiyle İlgili Temel Yükümlülükleri

1475 ve 4857 sayılı Kanunlarda işverenin iş sağlığı ve güvenliğinden sorumluluğu ile bu sorumluluk kapsamında yükümlülükleri iç içe, tek maddede düzenlenmiştir (1475 m.73 ve 4857 m.77). Yeni Kanunda ise, işverenin genel yükümlülüğü başlıklı m.4’de, önce işverenin iş sağlığı ve güvenliğini sağlamaya ilişkin sorumluluğu hakkında temel ilke ortaya konulmuş (f.1) ve ardından bu sorumluluğun içeriğini dolduran esaslı yükümlülükler yer verilmiştir. Her ne kadar hükmün başlığında tekil bir ifade kullanılarak, işverenin genel yükümlülüğü ifadesine yer verilmişse de, burada esasen birden fazla temel yükümlülük öngörülmüştür: İş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alması, bunları bir süreç dahilinde uygulaması, işyeri uygulamasında etkinliklerini kontrol etmesi, gerekli hallerde uyarılması ve son olarak bu önlemler bağlamında bir işyeri organizasyonu oluşturması. Buna göre işverenin iş sağlığı ve güvenliği kapsamındaki temel yükümlülükleri, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmasıyla ilgili olanlar ve iş sağlığı ve güvenliği organizasyonu oluşturma şeklinde iki ayrı başlık altında incelenebilir:

1. İş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması ve uygulanması

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m.4’ün hareket noktası, işverence gerekli iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmasıdır. İşverenin diğer tüm yükümlüklerinin, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması yükümlülüğüyle bağlantılı, alt yükümlülükler olduğunu söylemek hatalı olmayacaktır. Hükme

göre işverenlerin çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlama sorumluluğu kapsamındaki ilk yükümlülüğü, “mesleki risklerin önlenmesi, eğitim ve bilgi verilmesi dâhil her türlü tedbirin alınması”dır. Kanun m.3'teki “İşyerinde yürütülen işlerin bütün safhalarında iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili riskleri ortadan kaldırmak veya azaltmak için planlanan ve alınan tedbirlerin tümü” şeklindeki önleme tanımı dikkate alındığında, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin işçilerin sağlık ve güvenlikleri üzerinde yük oluşturan, doğrudan ya da dolaylı tüm etkenler göz önünde bulundurularak alınması gereği anlaşılır.

Hükümdeki iş sağlığı ve güvenliği önlemleriyle ilgili ikinci yükümlülük, “sağlık ve güvenlik tedbirlerinin değişen şartlara uygun hale getirilmesi”dir. Böylelikle işyerinde daha önceden tespit edilmiş ve uygulamaya başlanmış iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin, uygulamadaki etkinliklerinin denetlenmesi ve gerekli hallerde değişen şartlara uyarlanması konusunda bir yükümlülük kabul edilmiş olmaktadır. Bu yükümlülük ile iş sağlığı ve güvenliği bakımından önlemlerin bir defa alınmasıyla yetinilemeyeceği açıkça vurgulanmaktadır².

Kanun'un 4. maddesindeki iş sağlığı ve güvenliği önlemleri hakkındaki üçüncü ve son temel yükümlülük ise, “mevcut durumun iyileştirilmesi için çalışmalar” yapılmasıdır. Buna göre, işverenin işçilerin sağlık ve güvenlik şartlarının iyileştirilmesi çabası içinde olması gerekir. İş sağlığı ve güvenliği önlemlerine ilişkin ilk iki yükümlülük dikkate alındığında, hukuki sistematik açısından bu üçüncü yükümlülük ile en uygun hale getirme şartı düzenlenmiştir. Ancak bu şart, başlı başına bağımsız bir yükümlülük olmayıp, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması, daha sonra bunların etkinliklerinin denetlenmesi ve gerekli hallerde uyarlanması yükümlülüklerinin yerine getirilmesinde göz önünde bulundurulması gereken yönlendirici bir hedeftir. En uygun hale getirme şartıyla, işverence her halükarda yerine getirilmesi gereken bir yükümlülük söz konusu değildir. Kanun koyucunun bu ilke ile amacı, iş sağlığı

ve güvenliği şartlarıyla ilgili mevcut durumun sürekli olarak iyileştirilmesidir. Konunun doğası gereği, işverenin en uygun hale getirme şartıyla ilgili bir takdir hakkı, başka deyişle bağımsız biçimde karar verebilmesi için bir hareket alanı vardır. Ancak işverene tanınan bir takdir hakkının varlığı, keyfiliği anlamına gelmez. Bu, işverenin mevcut durumun sürekli olarak iyileştirilmesi çabası içinde olmasının, kendisi için bir yükümlülük oluşturduğu gerçeğini ortadan kaldırmaz.

İş sağlığı ve güvenliği önlemleriyle ilgili Kanun m.4 hükmünden tespit edilen bu yükümlülükler hakkında bazı tespitlerde bulunmak mümkündür.

a) İş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasında işverenin garantör rolü

Kanun m.4/1 hükmünde, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasından ve böylelikle iş kazaları ve meslek hastalıklarının önlenmesinden asli sorumlu kimse olarak işveren gösterilmiştir. Hükümde bu surette, önce işverenin iş sağlığı ve güvenliğinden sorumluluğu ve ardından bu sorumluluk kapsamındaki temel yükümlülükleri düzenlenmiştir³. Bu düzenleme şekliyle yeni Kanun, İş Kanunu m.77'deki işverenin iş sağlığı ve güvenliğinden sorumluluğu ve bu sorumluluk kapsamındaki yükümlülüklerini birlikte düzenleyen sistematikten farklıdır. Yeni Kanun bu şekilde genel bir sorumluluk ilkesine yer vermek suretiyle, işvereni iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili mevzuattaki tüm yükümlülüklerin garantörü haline getirmektedir⁴.

Hükümde işverenin iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasındaki garantör rolü düzenlendikten sonra, hemen ardından işverenin iş sağlığı ve güvenliği konusunda, işyeri dışındaki uzman kişi ve kuruluşlardan hizmet almasının, bu konudaki sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı esasına yer vermiştir (m.4/2). Kanunda, bununla da yetinilmemiş, işçilerin iş sağlığı ve güvenliği konusundaki yükümlülüklerinin, işverenin sorumluluğu ilkesini etkilemeyeceği açıkça vurgulanmıştır (m.4/3).

b) Önleme odaklı bir iş sağlığı ve güvenliği

Hükümdeki “işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlü olup, bu çerçevede ...her türlü tedbirin alınması”⁵ ifadesinden hareket ile işverenin en temel yükümlülüğünün, işçilerin işyerinde yaptıkları iş nedeniyle karşı karşıya buldukları sağlık ve güvenlikle ilgili tehlikelere karşı kapsamlı bir koruma sağlamak olduğu söylenebilir. Buna göre 4. maddedeki yükümlülükler, işvereni iş sağlığı ve güvenliği konusunda pasif koruma değil, aktif önleme odaklı yönlendirmektedir⁶. Çünkü hükümdeki “işle ilgili” ve “her türlü” ifadeleri ile m.5’teki risklerden korunma ilkeleri⁷ birlikte değerlendirildiğinde, yeni Kanun’un iş sağlığı ve güvenliği anlayışında iş kazaları ve sağlıkla ilgili tehlikelerden korunmadan başka, önleme odaklı olarak işin insan unsurunun gereklerine uygun yapılandırılması da güvence altına alınmak istenmektedir⁸. Yukarıda belirtildiği üzere m.4, aynı zamanda iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin en uygun hale getirilmesi kuralını da içerdiğinden, iş sağlığı ve güvenliğinin işyerinin ve dolayısıyla işverenin sürekli, kesintisiz bir görevi olarak da nitelendirilebiliriz⁹.

Kanun’un önleme odaklı yönü, amaç başlıklı birinci maddesinde somut olarak vurgulanmıştır: “Bu Kanunun amacı; işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması ve mevcut sağlık ve güvenlik şartlarının iyileştirilmesi için işveren ve çalışanların görev, yetki, sorumluluk, hak ve yükümlülüklerini düzenlemektir”. Buna göre, amaç, işçilerin sağlık ve güvenliklerinin korunması, işten kaynaklı tehlikelerin önlenmesi, kaza faktörlerinin ortadan kaldırılması ve işyerlerinde sağlık ve güvenlik şartlarının sürekli olarak iyileştirilmesi için alınacak önlemlerin düzenlenmesidir.

Bu bakış açısında, Kanun m.4/1’deki iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine ilişkin yükümlülüğün amacı, birinci maddede ortaya konulan iş sağlığı ve güvenliğine dair genel koruma hedefinin, maddi hukuk kapsamında bağlayıcı bir yükümlülük olarak hüküm altına alınmasıdır. Ancak aynı hükümde birbirini

izleyen aşamalara yer verildiği, bu nedenle hükmün usuli bir niteliğinin olduğu da gözden kaçırılmamalıdır. Yeni Kanun bu yönü ile 4857 sayılı Kanun m.77’den ayrılmaktadır. İş Kanunu 77. maddede konu salt maddi içeriğiyle ele alınmış, gerekli iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin ne şekilde alınması gerektiğine dair usuli yönden bir açıklığa yer verilmemiştir. Buna karşın yeni Kanun’da hangi önlemlerin, ne şekilde ve hangi usulde alınacağı başka deyişle iş sağlığı ve güvenliği usulü düzenlenmiştir.

c) Uygulamanın yönlendirilmesi ve bağımsız karar verme

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m.4/1’e usuli açıdan bakıldığında, hükümdeki yükümlülükler hakkında temel iki esas formüle edilebilir. İlki, işverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini kendi sorumluluğunda, bağımsız biçimde tespit ederek uygulaması. İkincisi ise, iş sağlığı ve güvenliğinin bir görev olarak işyerinde sürekli olarak güncel tutulmasıdır. Bu iki esas, hükmün düzenleme amacıyla ilgilidir.

Yeni Kanun’da hangi iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınacağı, etkinliklerinin nasıl kontrol edileceği ve hangi somut hallerde uyarılma önlemlerinin alınmasının gerekli olduğu konusunda somut bir kurala yer verilmemiştir. Düzenlemede maddi bir yükümlülük olarak, İş Kanunu m.77/1 hükmünde olduğu üzere, sadece gerekli önlemlerin alınması kuralı yer almıştır. Bu nedenle Alman öğretisinde işverenin yükümlülükleriyle ilgili bu içerikte bir hükmün, genel şart karakterinden söz edilmektedir¹⁰.

Hükümde iş sağlığı ve güvenliği önlemleriyle ilgili maddi şartların sadece örtülü bir biçimde ortaya konulmasına karşılık, işverenin ne şekilde hareket edeceği konusu, görece detaylı düzenlenmiştir. Öngörülen usulü özetlemek gerekirse, iş sağlığı ve güvenliği önlemleri bir risk değerlendirmesi uygulamak suretiyle alınacak; daha sonraki aşamada işçilerin sağlık ve güvenliklerinde iyileştirme çabası içinde olmayla paralel, alınan önlemlerin etkinlikleri kontrol edilecek ve son olarak ge-

rekli hallerde mevcut iş sağlığı ve güvenliği önlemleri uyarlanacaktır. Böylelikle işveren tarafından işyerinde iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili çalışmalarda dikkate alınması gereken belirli bir süreç hüküm altına alınmış olmaktadır. Bundan hareketle iş sağlığı ve güvenliğinin, işyerinde özel bir süreç dahilinde yürütülmesi yükümlülüğünden söz edilebilir¹¹.

Buraya kadar tespit ettiğimiz, iş sağlığı ve güvenliğinin işyerinin sürekli bir ödevi olması ve önleyici tedbirlerin işverenin kendi sorumluluğunda bağımsız biçimde tespit edilmesi, iş sağlığı ve güvenliğinin belirli bir süreç dahilinde uygulanması esası ile tutarlı şekilde değerlendirilebilir. M.4'te hüküm altına alınan uygulama sürecinin aşamaları, işyerinde işveren ve buradaki diğer aktörler¹² tarafından iş sağlığı ve güvenliğinin sürekli bir ödev olarak izlenebilmesi için gerekli usuli çerçeveyi çizmektedir. Uygulama sürecinin aşamaları, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin sistematik, kamu denetim kurumunun doğrudan müdahalesine, yaptırımına gerek kalmadan, bağımsız bir biçimde tespiti ile uygulanması usulünü belirlemektedir. Bu bakış açısından hükmün esaslı amacı, iş sağlığı ve güvenliği için özel bir uygulama usulü oluşturmaktır. Hükümdeki uygulamaya dair usuli kurallar, işverenin kendi sorumluluğunda ve kesintisiz olarak işletilen bir iş sağlığı ve güvenliği düzeni için hukuki bir araç oluşturmaktadır¹³.

Hükmün salt usuli nitelikte olduğunu söylemek de hatalı olacaktır. Hüküm aynı zamanda maddi hukuk çerçevesinde bir içeriğe sahiptir. Bu içerik, İş Kanunu m.77'deki maddi amaç ile örtüşmektedir. Bu noktada hem yeni Kanun hem de İş Kanunu m.77/1 açısından özellikli dayanak noktası, önlemler tespit edilirken göz önünde tutulması gereken ölçüttür: "Gereklilik". Maddi hukuk kapsamında değerlendirilebilecek bu ölçütün sınırları, m.10'daki risk değerlendirmesiyle ilişkilendirmek suretiyle çizilebilir. Çünkü risk değerlendirmesiyle işveren, somut olarak hangi iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin gerekli olduğunu belirleyebilir¹⁴. İş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmasında tipiklik unsuru olarak 'gerekliliğin' dikkate alınması, dolayısıyla

risk değerlendirmesine yüklenen usuli önemi de vurgulamaktadır. Buna göre, risk değerlendirmesi usuli anlamda bir uygulama aracıdır; iş sağlığı ve güvenliğinin maddi hukuk kapsamındaki koruma amaçlarının ve bunları sağlamaya dönük önlemlerinin sistematik bir biçimde tespitini hedefler¹⁵.

2. Organizasyon oluşturma

Yeni Kanunun işverenin genel yükümlüğü başlıklı 4. maddesine yer verilen bir başka temel yükümlülük, iş sağlığı ve güvenliği organizasyonu oluşturmaktır. Hükmün düzenleme şekli nazara alındığında, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması yükümlülüğünün içinde "organizasyonun oluşturulması" şeklinde kısaca ifade edilen bu yükümlülüğün, önlemlerin alınmasından bağımsız düşünülmemelidir. Bu yükümlülüğün, sadece iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması bağlamında geçerli olduğu söylenebilir. Başka bir deyişle organizasyon oluşturma yükümlülüğü başlı başına bir yükümlülük olmayıp, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması ve uygulanması yükümlülüğünün yerine getirilmesinde adeta bir araçtır.

Organizasyon oluşturma yükümlülüğü, ilk olarak önlemlerin planlanması ile uygulamaya konulmasını kapsar. Kanunda önlemlerin önce planlanması ve ardından uygulanması yükümlülüğü hakkında bir açıklık yoksa da, risk değerlendirmesine ilişkin m.10/2'deki "İşveren, yapılacak risk değerlendirmesi sonucu alınacak iş sağlığı ve güvenliği tedbirleri ile kullanılması gereken koruyucu donanım veya ekipmanı belirler" hükmü, bu şekilde bir uygulamayı gerektirir.

Madde 4'te genel bir organizasyon oluşturma yükümlülüğü yanında, bağlantılı bir kurala daha yer verilmiştir: "İşyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerine uyulup uyulmadığını izler, denetler ve uygunsuzlukların giderilmesini sağlar" (m.4/1, b). Bu surette işveren, alınan iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin işyerinde ya da işletmede yürütülen tüm faaliyetlerde ve buranın idari yapılanmasının her kademesinde uygulanabilir olmasını sağlamak için gerekli tedbirleri almakla yüküm-

lüdür. Buna göre, iş sağlığı ve güvenliği işyerindeki hiyerarşik yapının tüm kademelerini (dikey bütünleşme) ve buradaki tüm faaliyetleri (yatay bütünleşme) kapsamı gereken bir konudur. Örneğin işveren öyle tedbirler almalıdır ki, işçiler iş sağlığı ve güvenliğine katılma hak ve yükümlülüklerini (m.18, 19) kolaylıkla kullanabilsinler.

Özetle, iş sağlığı ve güvenliği organizasyonu oluşturma yükümlülüğünün iki yönü vardır: İlk olarak iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin planlanması ve uygulanmasını, daha açık deyişle fiilen hayata geçirilmesini sağlamaya yönelik alt bir yükümlülüktür. İkinci olarak, işçilerin iş sağlığı ve güvenliğine iştirak hak ve yükümlülükleri için gerekli tedbirlerin alınmasıdır. Bu iki tespitten hareket ile organizasyon yükümlülüğü hakkında bazı tespitlerde bulunmak mümkündür.

a) Organizasyonel bakış açısının önemi

İşveren tarafından iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin planlanması ve bir süreç dahilinde uygulanmasıyla ilgili uygun bir organizasyon oluşturulması, öğretilerde iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili somut görevlerin gerçekleştirilmesini güvence altına alan bir araç olarak nitelendirilmiştir¹⁶. Gerçekten iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili bilimsel bilgilerden, işyerinde ya da işletmede iş sağlığı ve güvenliğinin, sadece teknik nitelikteki önlemlerle değil, aynı zamanda özel ölçütler dahilinde etkili bir güvenlik organizasyonu yoluyla gerçekleştirilebileceği anlaşılmaktadır. Hükümde organizasyon oluşturma yükümlülüğüne, önlemlerin alınması ile gerekli araçların temin edilmesi yükümlülükleri arasında yer verilmiş olmasından, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin planlanması ve uygulanmasının, organizasyon yükümlülüğünün objektif bağlama noktasını oluşturduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Buna göre, organizasyon oluşturma yükümlülüğü, genel işyeri organizasyonunun bütününe ilgilendirmemekte, aksine salt işçilerin sağlık ve güvenliklerinin güvence altına alınmasıyla ilgili alanı ilgilendirmektedir¹⁷.

Alman öğretilerinde bazı yazarlar, iş sağlığı

ve güvenliği organizasyonu oluşturma yükümlülüğünün asli bir iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüğü olmayıp, sadece önlemlerin alınması yükümlülüğü için yardımcı bir işleve sahip bulunduğunu belirtmişlerdir¹⁸. Bu yazarlar, organizasyon oluşturma yükümlülüğünün iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin planlanmasına ve uygulanmasına dayandığını, bu nedenle önlemlerin alınması gibi maddi hukuk kapsamında değerlendirilebilecek diğer iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerinin, organizasyon yükümlülüğünün hukuki yönden objektif hedefini tayin ettiğine işaret etmektedirler. Ancak bu gerekçelerden, işyerinde iş sağlığı ve güvenliği organizasyonu oluşturma asli bir yükümlülük olmadığı sonucuna ulaşılamaz. İşyeri gibi işbölümü temeline dayanan organizasyonlar, örneğin iş sağlığı ve güvenliği önlemleri gibi hedefleri kendiliğinden gerçekleştiremezler. Bu hedeflerin fiiliyatta mevzuatta öngörüldüğü şekilde gerçekleştirilebilmeleri için, özellikle bir yetki-sorumluluk düzeni oluşturulması, tek tek görevlerin dağıtımı ve koordinasyon gibi organizasyonel önlemler vasıtasıyla işyerinde bazı düzenlemelere gidilmesi kaçınılmazdır. Bu nedenle iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için alınacak önlemler hakkında profesyonel bir kararlaşırma, ancak organizasyonel bir bakış açısıyla mümkündür.

Ortaya konulmaya çalışılan nedenlerle bize göre organizasyon oluşturma, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması yükümlülüğünden bağımsız bir yükümlülüktür. Organizasyonun yardımcı bir işlev olarak düzenlenmesi ilke olarak reddedilemez ise de, onun tali nitelikte olması, iş sağlığı ve güvenliğinin etkili bir biçimde sağlanmasındaki olmazsa olmaz yerinin görmezden gelinmesini gerektirmez.

Aynı hükümde işverenin ayrıca gerekli araç ve gereçleri hazır bulundurmasından söz edilmesinin amacı, teknik koruma önlemlerinin, bunların yerine getirilmesi için gerekli fiili şartların, organizasyon oluşturma yükümlülüğü sayesinde karşılandığı takdirde etkili olabileceğini vurgulamaktır. Buradaki anlamda gerekli fiili şartlar, iş sağlığı ve güvenliğiyle

ilgili özellikle maddi ve finansal kaynaklardır. Örneğin kişisel koruyucu donanımlar, eğitimlere ilişkin gerekli malzeme, ölçüm araçları gibi¹⁹.

b) Kapsamlı bir koruma anlayışı bakımından araç niteliği

Organizasyon oluşturma yükümlülüğünün esaslı işlevlerinden biri, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması yükümlülüğünün yerine getirilmesinin organize edilmesidir. Önlemlerin alınması yükümlülüğünün organize edilmesi ise, ilk aşamada kaçınılmaz olarak bir planlama faaliyetini gerektirir. Bu nedenledir ki, planlama, temel yükümlülüklerin düzenlendiği m.4'te değil, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmasında işverenlerce dikkate alınması gereken ilkelerin düzenlendiği m.5'te yer almıştır. Burada geçen genel bir önleme politikasının geliştirilmesi ve dolayısıyla planlama, işverenin temel yükümlülüklerinin anlam ve amacı bakımından önemlidir.

Genel bir önleme politikasının geliştirilmesi, özünde bir planlama faaliyetidir. Planlama ise, genel olarak geleceğe yönelik bir yapısal stratejidir. Bu strateji, işçilerin iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması amacına ulaşma bakımından tek tek hedeflerin tespit edilmesini ve bunların hayata geçirilmesini, şansa ya da sezgiye bırakmak yerine, sistematik ve rasyonel bir taslağın yardımı ile sağlamaktır. Bu çerçevede genel bir önleme politikası geliştirilmesinin yasal amacı, işyerinde ya da işletmede iş sağlığı ve güvenliği için kapsamlı ve makul bir anlayışın oluşturulması gereğinde yatmaktadır. Bu şekilde bir yapısal stratejinin yerindeliği ve gerekliliği, iş sağlığı ve güvenliği önlemleri hakkında alınacak kararların, işverenin kâr amacı ile iş sağlığı ve güvenliğinin amaçları arasındaki menfaat çatışmasıyla bağlantılı olmasından anlaşılır. İşte bu menfaat çatışması, ancak bir planlama süreci dahilinde oluşturulacak makul bir çözüm ile dengelenebilir.

Öyle ki, işyerinin her bir bölümünde, birbirinden bütünüyle farklı iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin dikkate alınması gerekebilir.

Ya da benzer şartlar nedeniyle işyerinde az ya da çok sayıda bölümü kapsayacak şekilde ortak hareket etme ihtiyacı doğabilir. Özellikle bu son ihtimalde planlama, işyerinde gerçekten tehlikeli bulunan hususlara yönelmeyi sağlayan bir koruma anlayışının kararlaştırılmasına olanak tanır. Böyle bir kararlaştırma sayesinde iş sağlığı ve güvenliği önlemleri, zamanlama açısından kısa-orta-uzun vadeli şeklinde bir derecelendirmeye tabi tutularak tespit edilebilir. Bu şekilde, sadece hemen halledilmesi gereken problemlerin çözülmesi güvence altına alınmış olmaz. Aynı zamanda işyerinde iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili uzun zamandan beri var olan problemlerin görmezden gelinmesi de önlenmiş olur. Buna göre, organizasyon oluşturma yükümlülüğü çerçevesinde planlamanın amacı, sistematik, kesintisiz bir iyileştirmeyi hedef alan bir iş sağlığı ve güvenliği amacının işler hale getirilmesidir²⁰.

c) Bir yönetim görevi olarak iş sağlığı ve güvenliği

Yukarıda tespit edilen iş sağlığı ve güvenliğinin iş organizasyonunun yukarıdan aşağı her düzeyinde dikkate alınmasını sağlama yükümlülüğü, işverenin işyerinin somut şartları hakkında yapacağı değerlendirme sonucunda alacağı önleyici tedbirler ile seçeceği çalışma şekli ve üretim yöntemlerinin, işyerinin idari yapılanmasının her kademesinde uygulanabilir olmasını gerektirir. Bu surette amaç, iş sağlığı ve güvenliğinin işyerinin bir yönetim ödevi olarak düzenlenmesini ve işyerinin yönetim kademelerinin en alttan en üste kadar tüm hiyerarşik noktalarında buna riayet edilmesini sağlamaktır²¹. Bu çerçevede işyeri güvenlik örgütlenmesini, işyeri iş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturulması ve işyeri hekimi ile iş güvenliği uzmanı başta olmak üzere diğer uzman kimselerin görevlendirilmesiyle sınırlı gören bir anlayışın, yeni Kanun'un bakiş açısı ile uyuşması mümkün değildir²².

d) İşyerinin tüm üyelerinin ödevi olarak iş sağlığı ve güvenliği

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m.4/2 uya-

rınca, işverenin işyeri ya da işletmenin tüm faaliyetlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin dikkate alınmasını sağlamak için gerekli önlemleri alma yükümlülüğü vardır. Bu yükümlülükle yukarıdan aşağıya hiyerarşik kademelenme yanında, iş sağlığı ve güvenliğinin işyeri ya da işletmedeki tüm faaliyetlerde ve buralarda görevli herkes tarafından dikkate alınan bir ödev haline getiren yatay bir organizasyon hedeflenmiştir²³. Buna göre, yatay organizasyonun birincil amacı, iş sağlığı ve güvenliğinin yapılan iş veya görevli olan kişi itibarıyla işyerinin tüm noktalarında işlevsel hale getirmek, mümkün olan en geniş temele oturtmaktır. İş sağlığı ve güvenliğinin önleyici ve etkin bir biçimde uygulanması, işyerinde tehlikelerle tepkisel biçimde mücadele edilmesiyle değil, örneğin daha iş araçlarının ya da hammaddelerin temininde tehlikeli etkenlerin göz önünde bulundurulması veya üretim sürecinin yapılandırılmasında, iş sağlığı ve güvenliğinin şartlarının dikkate alınmasıyla mümkün olabilecektir²⁴.

III. Yeni Kanunun İş Sağlığı ve Güvenliği Anlayışı: Somut Önlem Odaklı Bir Anlayıştan Süreç Odaklı Bir Anlayışa Yönelim

1. İşverene işyeriyle ilgili tanınan takdir hakkı

Yeni Kanun'da işverene iş sağlığı ve güvenliği konusunda işyeriyle ilgili sınırları mevzuat ile çizilmiş, bu sınırlar dahilinde bir takdir hakkı kullanabileceği bir alan tanınmıştır. Bu, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğini temin için oluşturulan işyeri içi süreçlerinin güçlendirilmesi anlamına gelir. Bir başka deyişle işverene iş sağlığı ve güvenliği kapsamında tanınan alan, işyeri içi uygulama usulünü ve işyerinde aktörler arası etkileşimi ön plana çıkarmaktadır.

2. Hukuki yönden değerlendirme ölçütü olarak süreç

İş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasında

uygulama süreciyle ilgili kuralların önemi, doğru tek bir iş sağlığı ve güvenliği önleminin değil, aksine doğru tek bir işyeri iş sağlığı ve güvenliği koruma anlayışının bulunmasından anlaşılır. Bilim ve teknikte ulaşılan bilgi düzeyi dikkate alındığında, tehlikelerin önlenmesi için her halükarda az ya da çok takdir hakkı kullanılabilir bir alanda, hukuken kabul edilebilir birden fazla çözüm bulunmaktadır. Bu, iş sağlığı ve güvenliğinin ele aldığı konu itibarıyla karmaşık bir alanı ilgilendirmesine dayanmaktadır. İş sağlığı ve güvenliğinde sadece teknik açıdan karmaşık olmakla kalmayan, bununla birlikte, iş organizasyonu, çalışma şartları, sosyal ilişkiler ve çalışma ortamı (m.5/f) gibi hep birlikte değerlendirmeye tabi tutulması gereken birçok belirleyici unsurun bulunduğu sorunlar bulunmaktadır. Buradaki zorluklar, bilhassa tek tek işçilerin ya da işçi gruplarının korunmaya değer çıkarlarının hesaba katılması, üretim sürecinin gereklerinin göz önünde bulundurulması ya da belirli önlemlerin muhtemel sonuçlarının daha planlanma aşamasında dikkate alınması zorunlulukları gibi, önceliklerin tespitinde ortaya çıkmaktadır²⁵.

Hukuken haklı olan her bir menfaatin ve bunlarla ilgili koruma amaçlarının, basit bir öncelik sonralık ilişkisi içinde olmaksızın yan yana bulunmasından kaynaklan karmaşık yapı, iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için, bunlar hakkında kararlaştırmaların önceden salt sınırları çizen, adeta programlayan hukuk normlarına olan ihtiyacı ortaya koymaktadır. Klasik hukuk anlayışında kural olarak, baştan belirli şartlara bağlanan program normlar söz konusudur. Bu normlar normalde açık, yoruma gerek bulunmayan bir kararlaştırmayı mümkün kılar²⁶. Örneğin şu şartlar var ise, alınması gereken karar şudur; şayet şu unsur eksik ise, diğer esasa yönelmelidir gibi. Hukuki yönden yerindelik denetiminde bu şekilde bir hareket noktası, uygulama süreciyle ilgili hususların olsa olsa yardımcı bir işlev olarak kabul edildiği bir anlayışta tutarlı olacaktır. Bu görüş benimsendiği takdirde, ilke olarak uygulama sürecine ilişkin kurallara uyulup uyulmaması fark et-

mez. Belirleyici olan, doğru ya da yanlış olabilen sonuçtur.

İş sağlığı ve güvenliği ile çevre hukuku gibi teknik hukuk kapsamındaki birçok yeni düzenlemede²⁷ ise, altı çizildiği şekilde tam olarak belirli bir sonucu hedefleyen açık ve zorlayıcı bir yönlendirici etkiden uzaklaşmaktadır. Bunlarda sonuçtan ziyade, sonuçtan önceki aşama olan uygulama sürecine odaklanılmaktadır. Dikkati çeken bir başka yön, kapsamlı hukuki kavramlar kullanmak ya da somut olaylarda hayata geçirilmesi gereken amaçlar ve genel şartlar formüle etmek yerine, bunlarda uyumlaştırma ile en uygun hale getirmenin esas olmasıdır. Başka deyişle maddi sonuç yerine, uygulama sürecine odaklanılmaktadır. Somut ve sınırlayıcı içerikte belirli şartlara bağlı program normlarda ise, çoğunlukla öngörülen belirli sonuç için uygulamayla ilgili yönlendirici etki, en iyi ihtimalle sınırlı bir etki olarak kalmaktadır. Uygulama süreci hakkında bu şekilde sınırlı kurallarda, bunu yürütenin serbest hareket edebileceği, takdir hakkı kullanabileceği bir alan bulunmamaktadır.

Ortaya konulmaya çalışılan nedenlerle, iş sağlığı ve güvenliği gibi, hakkında karar alınacak konuların karmaşıklığı, hukuken tek doğru kararlaştırma olabileceği anlayışından uzaklaşılması gereğini ortaya çıkarmaktadır²⁸. Buna göre, iş sağlığı ve güvenliği önlemleriyle ilgili bir kararın hukuki yönden değerlendirilmesi, artık sadece sonucun doğruluğunda hareket ile değerlendirilemez. Zira sonuç, takdir hakkının daha önceden belirlenmiş sınırlara uygun kullanıldığı sürece, hukuken kabul edilebilecektir. Ancak salt takdir hakkının yasal sınırlara uygun olarak kullanılmış olması, zorunlu olarak bu sonucun doğru olduğu anlamına gelmez.

İş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili bu şekilde bir anlayışta, uygulama sürecine ve korumayla ilgili maddi amaçlara ilişkin kurallar arasında bir öncelik sonralık ilişkisi yoktur; her iki tür kural hukuki yönden iş sağlığı ve güvenliği için eşit değerdedir. Çevre ile iş sağlığı ve güvenliği gibi konularda, disiplinler arası teknik nitelikleri nedeniyle ilgili şartların,

dolayısıyla hukuki çerçevenin baştan somut bir biçimde saptanması mümkün değildir. Zayıf bir hukuki çerçevenin ise, ilgili kimseleler bakımından doğrudan yönlendirici etkisi yetersiz olacaktır. Bu durumun uygulama süreci hakkında kurallar yoluyla dengelenmesi mümkündür. Böylelikle uygulama süreci, ilgili faaliyetlerin doğruluk güvencesini oluşturacaktır. Bunun anlamı, örneğin işverenin iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili kararlaştrırmaları, artık sadece sonucundan değil, aksine esaslı olarak bunun temelinde yatan uygulama sürecinden meşruiyet kazanacaktır²⁹.

Uygulama sürecini düzenleyen usuli kurallara ilişkin bu açıklamalar, yeni Kanun'daki sisteme uyarlandığında, burada uygulama sürecine ve organizasyona ilişkin öngörülen kuralların değeri ve sonuçları ortaya çıkmaktadır. Gerekli iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin araştırılmasında bir araç olarak önemli bir işlevi olan risk değerlendirmesi (m.4/1 c, m.10), kararlaştırma için gerekli bilgilerin toplanması sürecine, bir ön aşama olarak dahil olacaktır. Gerekli iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin tespitinde dikkate alınması gereken risklerden korunma ilkeleri (m.5), hukuken dikkate alınması zorunlu olan farklı maddi amaçları ortaya koymaktadır. Buna göre m.4'deki usuli kurallara uyulması, işverenin işyeriyle ilgili oluşturduğu koruma anlayışının, hukuki yönden doğruluğunun temel ölçütünü oluşturmaktadır.

3. Yapısal bir ilke olarak katılım

İş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasında uygulama sürecine odaklanan bakış açısının, göz ardı edilemez önemi vardır. Bu çerçevede süreçle ilgili ön plana çıkan bir unsur, işyeri düzeyinde katılımıdır. Belirttiğimiz üzere iş sağlığı ve güvenliği ve çevre gibi teknik güvenlik hukukunun konusu olan alanlarda, karmaşık şartlar bulunmaktadır. Örneğin iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili işverence yapılacak kararlaştrırmaların yerindeliliği ve amaca uygunluğu zorunlu olarak işyerinde fiilen var olan şartların mümkün olduğunca kapsamlı aydınlatılmasını zorunlu kılar. Buna göre kararlaştrıma öncesinde, çözülmesi gereken

sorunlarla ilgili elde edilen bilgilerin en iyi biçimde değerlendirilmesi suretiyle yerinde bir kararlaştırma yapılabilir.

Ayrıntıları hakkında birçok tereddütten söz edilebilecekse de, iş sağlığı ve güvenliği hakkında yapılacak bir kararlaştırmanın uygunluğu açısından ilgili herkesin mutabakatı, ilke olarak onların kararlaştırma sürecine dahil edilmesiyle mümkündür. Bu çerçevede yeni Kanun'da, işçilerin sadece dinlenme, görüş bildirme hakları değil, aynı zamanda acil durumlarda müdahale etme gibi diğer katılım hakları da düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler, hukuki yönden katılım ilkesini yansıtmaktadır. Kanun'un 18-19. maddelerinde, özellikle işçilerin katılımı ve işbirliği konusu detaylı biçimde hüküm altına alınmıştır. Bu hükümler ile işçiler, iş sağlığı ve güvenliği konusunda haklar ve yükümlülükler ile donatılmışlardır. Kanun'un m.18 hükmü ile işçilerin iş sağlığı ve güvenliğine iştirak etme hak ve yükümlülüklerini kullanabilmeleri için işverenin organizasyonel nitelikte önlemleri alması gereğine işaret edilerek, işçilerin katılımının önemi açıkça vurgulanmıştır. Çünkü işçilerin işyerinde iş sağlığı ve güvenliği faaliyetlerine katılımı tesadüflere bırakılamaz.

İşçilerin katılımı ilkesinin hangi karaktere sahip olması, ne içerikte olması gerektiği sorusu konumuz için önemlidir. Burada ilkesel açıdan iki esaslı temele dayanmak mümkündür. İlk olarak katılımın amacı, iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili kararlaştırmalara hazırlık olarak, mümkün olduğunca kapsamlı bilgilerin toplanmasıdır. İşyerinde konuyla ilgili kişiler olarak işçilerin rolleri, tecrübeye dayanan özel bilgilerine ihtiyaç olduğunda, gerekli desteği sağlamaları biçiminde özetlenebilir. İkinci olarak katılım sayesinde işçiler, yaşam ve sağlık haklarıyla ilgili kendi çıkarlarının dikkate alınmasını sağlayabilirler. Buna göre katılımın işlevi, işletme veya işyeri organizasyonunun işçilerin kendi esaslı menfaatleri için etkide bulunabilecekleri şekilde yapılandırılması ve böylelikle onların aktif olmalarının sağlanmasıdır³⁰. Bu nedenle, işçiler sadece bilgi tedarik eden kişiler olarak görülemez.

İşyeri düzeyinde katılım odaklı bir bakış açısından hareketle yeni Kanun'un amacı, işçilerin kendi çıkarlarının dikkate alınmasını sağlayabilmeleri için aktif bir katılımın şartlarını somutlaştırmaktır. İşçilerin iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili menfaatlerinin teminatı olarak altı çizilen bu aktif katılım, uygulamada devletin kontrol faaliyetleriyle ön plana çıkarılabilir.

Yeni Kanun'un işyeri düzeyinde katılım anlayışının³¹ altında yatan hukuki nedenler, iş sağlığı ve güvenliği anlayışında işverenlerin temel yükümlülüklerinin odak noktası olarak uygulama sürecinin ön plana çıkarılması ile ilgilidir. İşçilerin aktif katılımı, m.4'teki planlama, risk değerlendirmesi, etkinlik kontrolleri ve en uygun hale getirme önlemleri süreçlerinin, gereğine uygun bir biçimde işletilebilmesi için kaçınılmaz bir unsurdur. Diğer yandan aynı hükümdeki organizasyon oluşturma yükümlülüğü, işyerindeki süreçlerin yönlendirilmesine odaklanan bir iş sağlığı ve güvenliğinin önemini ortaya koymaktadır. Çünkü işyeri organizasyonunun, uygun bir katılım düzeni için gerekli şartları karşılama işlevi vardır. Buna göre, işyerinde başta işçiler olmak üzere, işyeri hekimleri ve iş güvenliği uzmanları gibi tüm aktörler öyle organize edilmelidir ki, onlar haklarının ve yükümlülüklerinin bilincinde olarak hareket etsinler. Kısacası organize olmak, uygulama sürecinin organize edilmesi anlamına gelmektedir.

IV. İş Sağlığı ve Güvenliği Uygulamasında İşverenin Takdir Hakkının Sınırları: Risklerden Korunma İlkeleri

Yeni Kanun'da, uygulama süreci odaklı iş sağlığı ve güvenliği anlayışının sonucu olarak önlemenin genel esasları sayılmıştır (m.5). Bu esaslar, risk değerlendirmesinde tespit edilen tehlikeli etkenlerin değerlendirilmesinde dikkate alınması gereken temel hukuki ölçütlerdir. Söz konusu hükümde iş sağlığı ve güvenliğinin temel amaçları ve yapısal prensipleri hüküm altına alınmıştır³². İşvereni iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini planlama ve uygula-

ma için gerçekleştireceği risk değerlendirmesinde bağlayıcı sınırlar olarak niteleyebileceğimiz risklerden korunma ilkeleri,

a) Risklerden kaçınmak.

b) Kaçınılması mümkün olmayan riskleri analiz etmek.

c) Risklerle kaynağında mücadele etmek.

ç) İşin kişilere uygun hale getirilmesi için işyerlerinin tasarımı ile iş ekipmanı, çalışma şekli ve üretim metodlarının seçiminde özen göstermek, özellikle tekdüze çalışma ve üretim temposunun sağlık ve güvenliğe olumsuz etkilerini önlemek, önlenemiyor ise en aza indirmek.

d) Teknik gelişmelere uyum sağlamak.

e) Tehlikeli olanı, tehlikesiz veya daha az tehlikeli olanla değiştirmek.

f) Teknoloji, iş organizasyonu, çalışma şartları, sosyal ilişkiler ve çalışma ortamı ile ilgili faktörlerin etkilerini kapsayan tutarlı ve genel bir önleme politikası geliştirmek.

g) Toplu korunma tedbirlerine, kişisel korunma tedbirlerine göre öncelik vermek.

ğ) Çalışanlara uygun talimatlar vermek”.

Risklerden korunma ilkelerinin temelinde, ilke olarak iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine dair bir sıralama, hiyerarşi yatmaktadır, “korumanın hiyerarşisi” ilkesi olarak isimlendirmek mümkündür³³. Buna göre, en başta, tehlikelerin tamamıyla ya da bu mümkün olmadığı takdirde azami düzeyde ortadan kaldırılması (minimize edilmesi) esastır. Tehlikeler tamamıyla ortadan kaldırılamadığı takdirde, bunlarla kaynağında mücadeleyi mümkün kılan, teknik koruma önlemlerine başvurulması gerekir. Bundan sonraki aşama olarak kolektif nitelikte koruma önlemlerinin, özellikle teknik ve organizasyonel yapıdaki diğer tedbirlerin dikkate alınması gerekir. Düşünce olarak kişisel koruma önlemlerine (kişisel koruma donanımı gibi) ancak son aşamada başvurulabilir³⁴. Bunun altında yatan, kişisel koruma önlemlerine hiç gerek olmaksızın işçilerin sağlık ve güvenliklerine yönelen tehlikelerin ortadan kaldırılması hedefidir. Çünkü kişisel koruma önlemleri, nitelik açısından aktif önleme odaklı değil, pasif bir korunmadır. Bu ise, yeni Kanun’un iş sağlığı ve gü-

venliği anlayışıyla uyuşmaz.

1. Risklerden kaçınma ya da kaçınılması mümkün olmayan riskleri minimize etme

Korumanın hiyerarşisi ilkesi çerçevesinde birincil sırada, örneğin işyerinde daha başka makinelerin ya da hammaddelerin kullanılması yoluyla, tehlikelerin tamamıyla önlenmesinin ya da bu mümkün olmadığı takdirde asgari düzeye çekilmesinin denenmesi, kontrol edilmesi gerekir. Bu hükümde, “Risklerden kaçınmak” ve “Kaçınılması mümkün olmayan riskleri analiz etmek” iki şekilde ayrı bentte düzenlenmişse de, m.3’deki risk tanımında geçen “iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili riskleri ortadan kaldırmak veya azaltmak” amacı, ilkesidir. Başka deyişle iki ayrı bentte, tek bir ilke düzenlenmiştir.

Mülga İşK m.77 döneminde kabul edilen Patlayıcı Ortamların Tehlikelerinden Çalışanların Korunması Hakkında Yönetmelik m.5’te, benzer şekilde bir derecelendirmeye yer verilmiştir: “Patlamaların önlenmesi ve bunlardan korunmayı sağlamak amacıyla işveren, aşağıda belirtilen temel ilkelere ve verilen öncelik sırasına uyarak, yapılan işlemlerin doğasına uygun olan teknik ve organizasyona yönelik önlemleri alacaktır:

* Patlayıcı ortam oluşmasını önlemek,

* Yapılan işlemlerin doğası gereği patlayıcı ortam oluşmasının önlenmesi mümkün değilse patlayıcı ortamın tutuşmasını önlemek,

* İşçilerin sağlık ve güvenliklerini sağlayacak şekilde patlamanın zararlı etkilerini azaltacak önlemleri almak.

Bu önlemler, gerektiğinde patlamanın yayılmasını önleyecek tedbirlerle birlikte alınacaktır. Alınan bu tedbirler düzenli aralıklarla ve işyerindeki önemli değişikliklerden sonra yeniden gözden geçirilecektir.”

Korumanın hiyerarşisi ilkesinde kısıtlayıcı tipiklik unsuru, “mümkün” değildir. Böylelikle, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin belirlenmesinde işveren açısından bir takdir hakkı hesaba katılmış olmaktadır. Bu çerçevede işverenin her halükarda önlemeyle ilgili olası

tüm seçenekleri ortaya koyması gerekir. Tehlikeli etkenlerin tamamen ortadan kaldırılması ve bu mümkün olmadığı takdirde asgari düzeye çekilmesiyle ilgili işverenin takdiri değerlendirmesi, sadece somut ve objektif tespitlere dayanması koşuluyla uygun görülebilir ve makul biçimde gerekçelendirilebilir, yoksa burada öngörülen keyfilik değildir.

2. Risklerle kaynağında mücadele

Bu ilkede hareket noktası, alınacak iş sağlığı ve güvenliği önleminin tehlikeyi tamamıyla ortadan kaldırması yahut kaçınılmayan hallerde olumsuz sonuçları minimize amacını teminen, önleyici bir iş sağlığı ve güvenliğinin başarılmasıdır³⁵. Yeni Kanun'un koruma anlayışında işçilere, yahut iş sağlığı ve güvenliğini ihlal edecek tehlikenin kendisine değil, işçilerin iş sağlığı ve güvenliği üzerinde yük oluşturan tehlikeli etmenlere, başka deyişle tehlike potansiyeline odaklanılmıştır. Buna göre işyeri öyle düzenlensin, öyle bir iş organizasyonu oluşturulsun ki, işçilerin hata yapıp yapmaları riskinden bağımsız olarak, işyeri tehlikesiz hale gelsin, kaza potansiyeli sıfıra indirilsin. Bu amaç, işyeri özelinde yapılacak kapsamlı risk değerlendirmesi ile potansiyel tehlikelerin tam olarak tespit edilebilmesine bağlıdır.

Risklerle kaynağında mücadele edilmesi, işte kullanılacak makine, hammadde seçimi, başka deyişle teknik iş sağlığı ve güvenliği ile yakından ilgilidir³⁶. Ancak risklerle kaynağında mücadele, işte kullanılacak teknik donanım ile sınırlı olmayıp, iş organizasyonu ile de yakından ilişkilidir. Buna göre işyerinde çalışma şartları organize edilerek, işte insan unsuru dikkate alınmalı, örneğin stres gibi kaza faktörlerinin ortaya çıkmasını önleyecek bir çalışma düzeni kurulmalıdır.

3. İşte insan unsurunun dikkate alınması

İşin kişilere uygun hale getirilmesi için işyerlerinin tasarımı ile iş ekipmanı, çalışma şekli ve üretim metotlarının seçiminde özen gösterilmeli, özellikle tekdüze çalışma ve üre-

tim temposunun sağlık ve güvenliğe olumsuz etkileri önlenmeli, önlenemiyor ise en aza indirilmelidir. Başka deyişle işin yürütümünde insan unsuru dikkate alınmalıdır.

İşin insan unsurunun gereklerine uygun yapılandırılması önlemleri, genel olarak işin gerçekleştirilmesinde etkili bulunan şartların iyileştirilmesini amaçlar³⁷. Bununla öncelikli çaba, işin ve iş şartlarının, bedeni ve ruhi özellikleri dikkate alınarak insana uyumlaştırılması; insancıllaştırılmasıdır. Böylelikle iş ve çalışma şartları, insanın bedeni, ruhi özelliklerine ve yeteneklerine uygun hale getirilmiş olur. Bu şekilde tehlikelerden tepkisel bir korunma değil, aksine iş şartlarının önleyici biçimde yapılandırılması suretiyle, tehlikelerin kaynağı etkenlerin hiçbir iş sağlığı ve güvenliği riski ortaya çıkaramayacak hale sokulması söz konusu olur³⁸. İnsan sağlığı üzerinde olumsuz etkisi olan asgari ya da azami sınırların dışındaki bedeni ve ruhi yüklerden korumak³⁹, daha işyerinin yapılandırılması, iş araçlarının seçilmesi ve iş sürecinin organize edilmesi aşamasında mümkün olabilecektir. Bu aşamada söz konusu yüklerden kaçınma için en uygun seçeneklerin dikkate alınmasıyla baştan bir koruma sağlanacaktır⁴⁰.

İnsan sağlığı üzerinde bazı yükler, her olay için zorunlu olmamakla birlikte, ilke olarak işçilerin sağlıklarının bozulmasına neden olacak niteliktedir⁴¹. Örneğin işyeri binasının ya da buradaki çalışma alanlarının ergonomik donanımı, ağır ve tehlikeli işlerde çalışmanın içeriğinin arttırılmak suretiyle yoğunlaştırılması, ara dinlenmesi yaptırılmaması gibi işçilerin sağlıkları üzerinde yük oluşturan çalışma biçimlerinin uygulanması, belirtilen kapsamdadır. Yine işçilerin kişisel sorumluluklarının arttırılması, gece veya vardiya çalışmalarını sınırlandırmamak suretiyle, çalışma saatlerinin uygunsuz yapılandırılması, genç ve çocuk işçi olmak, hamilelik veya sakatlık gibi kişisel şartların dikkate alınmaması da sayılabilir.

İşin insan unsurunun gereklerine uygun olarak yapılandırılması ile işten kaynaklanan ve sağlığı bozucu etmenlerin azaltılmasının yanında, iş ilişkisinde kişiselliğin desteklenmesi ön plana çıkarılmaktadır. Başka deyişle

işçilerin insan olmalarından kaynaklanan zayıf yönlerinin dikkate alınarak, bilgi ve beceri düzeylerine uygun şartlarda çalışmalarının sağlanması amaçlanmaktadır. Bir insan olarak işçinin aykırı bir obje olarak görülmemesi ve onun ahlak ve etik değerler açısından yönlendirmek ve ona kişisel olarak eğilmek suretiyle, sağlığı bozucu etkenler daha ortaya çıkmadan önlenilecektir.

4. Teknik gelişmelere uyum sağlama

Bu ilke, işverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almasına ilişkin m.4/1'teki sağlık ve güvenlik tedbirlerinin değişen şartlara uygun hale getirilmesi ve mevcut durumun iyileştirilmesi için çalışmalar yapılmasının gereğidir. Buna göre, bilim ve teknikteki gelişmelerin sonucunda ortaya çıkan iyileştirilmiş koruma olanakları dikkate alınmalı ve bunlar çerçevesinde risk değerlendirmesi güncellenmelidir⁴². Bu kapsamda gerekli uyarılma önlemlerinin alınması nedeni, genellikle bilim ve teknikteki yeni bilgilere istinaden işyerindeki mevcut iş sağlığı ve güvenliği önlemleri hakkında yenilenmiş bir risk değerlendirmesidir. Bu bağlamda uyarılma önlemlerinin işlevi, iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili hukuki şartların bilim ve teknikte güvenlikle ilgili ortaya çıkan gelişmelerle bağdaştırılması, ilişkilendirilmesidir⁴³.

Bu ilke yeni İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu öncesi dönemde geçerli olan anlayışın devamıdır. Çünkü bilim ve teknikteki gelişmelere uyum sağlanması esası, bugüne kadar "hakim olan tekniğin kabul görmüş kurallarının göz önünde bulundurulacağı" anlayışının yerine geçmiştir. Bu yeni esas uyarılma yükümlülüğü bağlamında her zaman için ucu açık bir ölçütü ortaya koymaktadır. Bu ilke ile teknik gelişmelere uyum sağlanması, zamanlama açısından teknik gelişmelerin arkasına değil, önüne geçmektedir. Buna bağlı olarak işyerinde koruma düzeyinde etkin bir dinamizm söz konusu olacaktır. Bu dinamizm, işverenin özellikle bilim ve teknikteki yenilikleri kendi işyerinde hayata geçirmesi bakımından, önceki düzenlemelere göre oldukça erken bir aşamada yükümlendirilmesi sonucunu do-

ğurmaktadır⁴⁴.

Bilim ve teknikte iş sağlığı ve güvenliği ni ilgilendiren yeni bilgilerin ortaya çıkması biçimindeki değişen şartlar, somut olarak örneğin işyerinde risk değerlendirmesinin yardımıyla ortaya çıkarılmış tehlikeli etkenlere karşı, güvenlikle ilgili teknikteki gelişmelerden daha iyi bir koruma düzeyine ulaşılması şeklinde söz konusu olabilir⁴⁵. Bu çerçevede mevcut koruma anlayışında söz konusu gelişmeler göz önünde tutularak yapılacak bir değerlendirme, hali hazırda işyerinde uygulanmakta olan iş sağlığı ve güvenliği önlemleriyle ilişkilendirilmektedir.

Bilim ve teknikteki gelişmelere uyum sağlanması anlamında yeni bilgiler, işten kaynaklanan tehlikelerin yeni bir bakış açısı altında değerlendirmesini gerektirebilir. İşyerinde belirli şartların çoktan var olmasına rağmen, esasında tehlike olarak ilk defa algılanması söz konusu olabilir ya da bunların risk potansiyeli hakkında yeni bilgilere ulaşılabilir. Belirtelim ki, bu ikinci grup etkenlerin, yeni teknolojiler ve iş organizasyonunun yeni biçimleri bağlamında işyerleri için özel bir değeri vardır. Çünkü bu iki durumda da ilk defa meydana çıktıkları tarih itibarıyla doğaları gereği sağlıkla ilgili olumsuz etkileri hakkında henüz sınırlı bir bilgi vardır ya da hiç bulunmamaktadır. Uyarılma yükümlülüğü bu açıdan, zamanla şaşırtıcı biçimde ortaya çıkan teknolojik ve organizasyonel gelişmelerin işyerlerinde sebebiyet verdiği problemlerin üstesinden gelmesinde vazgeçilmez bir araçtır. Bu bakımdan iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin uyarlanması yükümlülüğü, genel olarak iş sağlığı ve güvenliği hukukunun sosyal politikayla ilgili temel amaçlarına ulaşmada önemli katkılarda bulunacaktır⁴⁶.

İşyerinde mevcut iş sağlığı ve güvenliği önlemleri, bilim teknikteki gelişmelere uygun bir düzeyde olduğu sürece, uyarılma gereğinden söz edilemez. Önlemlerde bir uyarılmanın hesaba katılıp katılmayacağı sorusunun değerlendirilmesi, bu nedenle ilk aşamada teknikteki gelişmelerin tamamıyla biliniyor olmasını gerektirir. Buna göre belirtilen nitelikte gelişmeler için uyarılma ge-

reğinin araştırılması, teknikle ilgili önceden bilinen bilgilerden sonraki bir tarihte ortaya çıkan gelişmelere ilişkin bilgilerin elde edilmesini gerektirir. Bununla, işyeri uygulamaları için büsbütün zor bir görev⁴⁷ söz konusudur. Çünkü bilim ve teknikteki güvenlikle ilgili gelişmeler hakkında her zaman için bir görüş birliğinin bulunmasını beklemek gerçekçi değildir⁴⁸.

5. Tehlikeli olanı, tehlikesiz veya daha az tehlikeli olanla değiştirme

Bu ilke, risklerden kaçınma ya da kaçınılması mümkün olmayan riskleri minimize etme ile risklerle kaynağında mücadele edilmesinin bir sonucudur. Tehlikeli olan, riskin kaynağıdır ve bu nedenle kaynağında yok edilmelidir. Bu surette risklerden tamamıyla kaçınma veya daha riskin minimize edilmesi mümkün olacaktır.

6. Genel bir önleme politikası geliştirilmesi

Teknoloji, iş organizasyonu, çalışma şartları, sosyal ilişkiler ve çalışma ortamı ile ilgili faktörlerin etkilerini kapsayan tutarlı ve genel bir önleme politikası geliştirilmesi kuralı ile iş sağlığı ve güvenliğinin çok yönlü yapısı göz önünde bulundurulmuş olmaktadır. Bu ilke, iş sağlığı ve güvenliğinin ele aldığı konu itibarıyla karmaşık bir alanı ilgilendirmesine dayanmaktadır. İş sağlığı ve güvenliğinde sadece teknik açıdan karmaşık olmakla kalmayan, bununla birlikte, temelinde aynı anda hep birlikte dikkate alınması gereken birçok belirleyici unsurun bulunduğu karmaşık bir ilişkiler ağından oluşan sorunlar bulunmaktadır. Buradaki zorluklar, bilhassa tek tek işçilerin ya da işçi gruplarının korunmaya değer çıkarlarının hesaba katılması, üretim sürecinin gereklerinin göz önünde bulundurulması ya da belirli önlemlerin muhtemel sonuçlarının daha önlemlerin planlanması aşamasında dikkate alınması zorunlulukları gibi önceliklerin tespitinde söz konusu olmaktadır.

Hükümde iş sağlığı ve güvenliği üzerinde etkili unsurlar olarak, teknoloji, iş organizas-

yonu, çalışma şartları, sosyal ilişkiler ve çalışma ortamı ile ilgili faktörlere atıfta bulunulmuşsa da, bunlar sınırlayıcı değildir. Bunlar risk değerlendirmesinde tek tek değerlendirmeye tabi tutularak, işin yürütümünde işçilerin sağlık ve güvenliği üzerinde ne gibi sonuçlarının olabileceği araştırılmalı, bu faktörler birbiriyle öyle kombine edilmelidir ki, işin yürütümü tehlikesiz hale gelsin.

7. Toplu korunma tedbirlerine, kişisel korunma tedbirlerine göre öncelik verme

Önlemenin kapsamı, etkinliği açısından kolektif önlemlerin, bireysel önlemlere göre önceliği, iş sağlığı ve güvenliğinin doğası gereğidir. Bu aynı zamanda, ilk ilke "risklerden kaçınma ya da kaçınılması mümkün olmayan riskleri minimize etme"nin doğal sonucudur. Çünkü koruma baretleri, kulaklık, kemer vs. bireysel önlemler, niteliği gereği son aşamada başvurulması gereken koruma araçlarıdır. Öncelik tehlikelerle kaynağın mücadele ile iş sağlığı ve güvenliği risklerin bütünüyle bertaraf edilmesidir. Oysa kişisel koruma donanımı, tehlikenin kaynağında ortaya çıktığı ancak bunun işçi üzerindeki olumsuz etkide bulunmasını önleyen pasif tedbirlerdir.

Kollektif nitelikte önlemler, hem iş sağlığı ve güvenliğinin işyerinde kullanılacak makine, donanım gibi teknik yönüyle hem de iş organizasyonu ile ilgili olabilecektir. Örneğin işçilerin gürültüden korunması için kendilerine kulak tıkacı vermek yerine, gürültüsüz makinenin tercih edilmesi ya da mevcut makinede ses izolasyonuna gidilmesi yahut, bir defada uzun ara dinlenmesi yerine, kısa süreli çok sayıda ara dinlenmesi ile gece çalışmasında işçinin uykusuzluğun verdiği kaza riskinden korunması.

8. Çalışanlara uygun talimatlar vermek

Her insanın iş görme yeterliği, bedeni, fikri ve mesleki yetkinliklerine göre değişir. Bu nedenle işçilere talimat verirken, iş görmeye ilgili özellikle bedeni yeterliklerinin dikkate

alınması gerekir. Mevzuatta gece çalışmasıyla ve genç işçilerin çalıştırılmasıyla ilgili getirilen sınırlandırmalar, işçilerin çalışma şartlarının bedeni ve mesleki yeterliklerine uygun olmasını sağlama kaygısındanadır. Örnek ile açıklamak gerekirse, özürlü işçiden, sağlıklı bir işçiden beklenen performans düzeyi beklenemez. Bu ilke, işte insan unsurunun gereklerinin dikkate alınmasının bir yansıması olup, iş sağlığı ve güvenliği şartlarının gerektiği ölçüde bireyselleştirilmesi söz konusudur.

V. SONUÇ

Yeni İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun önleme odaklı iş sağlığı ve güvenliği anlayışının etkin kılınması, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması, etkinliklerinin denetlenmesi ve gerekli hallerde uyarlanmasına ilişkin işveren yükümlülüğüne usuli bir bakış açısı ile mümkündür. Kanun koyucu işverene kendi işyeri özelinde uygulayacağı önlemlere karar verebilmesi için bir takdir hakkı tanımışsa da, bu keyfiyet anlamına gelmez. İşveren önlemlerin belirlenmesi aracı olarak, risk değerlendirmesi uygulamak zorundadır. İşte risk değerlendirmesi uygulamasında işvereni önlemleri belirlemede bağlayıcı sınırlar olarak, m.5'teki risklerden korunma ilkeleri, alınacak iş sağlığı ve güvenliği önlemleriyle yasal çerçeveyi çizer. İlgili resmi kurumların denetiminde ya da bir iş kazası durumunda yapılacak araştırmada, işverence alınan önlemlerin uygunluğu ve dolayısıyla kusur durumu, risklerden korunma ilkeleri uyarınca değerlendirilecektir. Bu nedenle uygulamada risklerden korunma ilkelerinin ilgili herkes tarafından benimsenmesi için çalışmalar yapılması hayati öneme sahiptir. Aksine bu ilkeler dikkate alınmadan yapılacak risk değerlendirmesi ve diğer işlemler, iş sağlığı ve güvenliğini sağlama amacına hizmet etmeyecek, yasal bürokratik şartların şekli olarak karşılanmasından başka bir anlamı olmayacaktır.

DİPNOTLAR

1 Mahmut Kabakçı, İş Sağlığı ve Güvenliğinin Hukuk Sistemindeki Yeri, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 86,

Ocak-Şubat 2010, s. 249 vd.

- 2 Heilmann, Joachim/Aufhauser, Rudolf: Arbeitsschutzgesetz - Handkommentar, 2. Auflage, Baden Baden 2005, ArbSchG, § 1, Rn. 2; Kollmer, Norbert/Vogl, Markus: Das Arbeitsschutzgesetz - Darstellung der Rechtslage für Arbeitgeber, Beschäftigte und Fachkräfte für Arbeitssicherheit, 2. Auflage, München 1999, Rn. 71; Alpagut, Gülsevil: İş Sağlığı ve Güvenliği Yasa Tasarısı Taslağı, İş Sağlığı ve Güvenliği Yasa Tasarısı - Akademik Görüşler & Eleştiriler, İstanbul 2008, s. 45.
- 3 AB iş sağlığı ve güvenliği sisteminde işverenin sorumluluğu ve bu sorumluluk kapsamındaki yükümlülükleri bakımından ayırımı dikkate alan düzenleme şekli ve yerindeliği hakkında bak. Koll, Michael/Janning, Rita/Pinter, Harald: Arbeitsschutzgesetz, Gesetz zur Umsetzung der EG-Rahmenrichtlinie Arbeitsschutz und weiterer Arbeitsschutz-Richtlinien/Rechtsverordnungen aufgrund des Arbeitsschutzgesetzes - Kommentar für die betriebliche und behördliche Praxis, Stuttgart, Berlin, Köln 1996-2007, § 3, Rn. 2; Kittner, Michael/Pieper, Ralf: Arbeitsschutzrecht - Kommentar für die Praxis zum Arbeitsschutzgesetz, Arbeitssicherheitsgesetz und zu den anderen Arbeitsschutzvorschriften, 3.Baskı, Frankfurt am Main 2006, ArbShG, § 3, Rn. 1; Bücken, Andreas/Feldhoff, Kerstin/Kohte, Volfhard: Vom Arbeitsschutz zur Arbeitsumwelt - Europäische Herausforderungen für das deutsche Arbeitsrecht, Neuwied, Krefeld, Berlin 1994, Rn. 249; Brandes, Heike: System des Arbeitsschutzrechts, Frankfurt/Main, Bern, Brüssel, New York, Wien 1999, s. 184 vd.
- 4 Nöthlichs, Matthias: Arbeitsschutz und Arbeitssicherheit - Ergänzbare Kommentar zum Arbeitsschutzgesetz und zum Arbeitssicherheitsgesetz, Berlin 1997-2007, ArbSchG, § 3, Anm. 1, 2.1; Bücken/Feldhoff/Kohte, Rn. 249.
- 5 Öğretide bu ifade, taslak aşamasında belirsiz içerikte bulunduğundan bahisle eleştirilmiştir. (Alpagut, 44; Ekmekçi, Ömer: İş Sağlığı ve Güvenliği Yasa Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, Sicil, Mart 2007, s. 23).
- 6 Brock, Gabrielle: Arbeitsschutzgesetz - ArbSchG, Textausgabe mit einer systematischen Darstellung und einer Übersicht zum Stand der Umsetzung weiterer Einzelrichtlinien der EU, Neuwied, Krefeld, Berlin 1997, s. 18; Alpagut, s. 38, 45.
- 7 Bilhassa "İşin kişilere uygun hale getirilmesi için işyerlerinin tasarımı ile iş ekipmanı, çalışma şekli ve üretim metotlarının seçiminde özen göstermek, özellikle tekdüze çalışma ve üretim temposunun sağlık ve güvenliğe olumsuz etkilerini önlemek, önlenemiyor ise en aza indirmek" (ç) ve "sosyal ilişkiler ve çalışma ortamı ile ilgili faktörlerin etkilerini kapsayan tutarlı ve genel bir önleme politikası geliştirmek" (f).
- 8 Wank, Rolf: Kommentar zum technischen Arbeitsschutz, München 1999, ArbSchG, § 3, Rn. 2; Kittner/Pieper, ArbSchR, ArbSchG, § 3, Rn. 1; Kollmer/Vogl, Rn. 64.
- 9 Praxiskommentar Arbeitsschutzgesetz - mit Arbeitsschutzverordnungen, Hrsg. Kollmer, Norbert, München 2005, Prax.-Kommentar-Seeger, ArbSchG, § 3, Rn. 12;

- Kollmer/Vogl, Rn. 71; Alpagut, s. 32.
- 10 Wank, ArbSchG, § 3, Rn. 3; Prax.-Kommentar-Kollmer, ArbSchG, § 1, Rn. 36.
- 11 Scheel, Kurt-Christan: Die Richtlinie zum Schutz von Gesundheit und Sicherheit der Arbeitnehmer vor der Gefährdung durch chemische Arbeitsstoffe bei der Arbeit, DB 1999, s. 1654.
- 12 Aktör ifadesi, işveren, işveren vekili, işçi, işyeri hekimi, işyeri hemşiresi, iş güvenliği uzmanı gibi, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğiyle doğrudan ya da dolaylı ilgili olan herkes için kullanılmıştır.
- 13 Burada özetlenen uygulama kuralları, işletme bilimindeki yönetim sistemlerinin sistematik işleyiş düzeniyle benzerlikler göstermektedir. Bu, "PDCA" ilkesi olarak ifade edilmektedir (Plan-Do-Check-Act=planla-yap-kontrol et-harekete geç). Bu ilkeden hareket edildiğinde, m.4/1'in yeniden şu şekilde formüle edilmesi mümkündür: önlemlerin planlanması (P), alınması (D), etkinliklerinin kontrol edilmesi (C) ve uyarlanması (A); Scheel, s. 1654. Aynı şekilde Özkılıç, Özlem: İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetim Sistemleri ve Risk Değerlendirmesi Metodolojileri, Ankara 2005, s. 30-31.
- 14 Özkılıç, s. 23.
- 15 Heilmann/Aufhauser, § 5, Rn. 1.
- 16 Wank, ArbSchG, § 3, Rn. 9; Kittner/Pieper, ArbSchG, § 3, Rn. 3; Nötlich, ArbSchG, § 3, Anm. 3.1.1; Süzek, Sarper: İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Konusunda Somut Çözüm Önerileri, Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Sorunlar ve Çözüm Önerileri (İstanbul Barosu ile Galatasaray Üniversitesi), İstanbul 2001, s. 144.
- 17 Koll/Janning/Pinter-Koll, ArbSchG, § 3, Rn. 16; Prax.-Kommentar-Seeger, ArbSchG, § 3, Rn. 58.
- 18 Kollmer/Vogl, Rn. 72; Wank, ArbSchG, § 3, Rn. 9; Nötlich, ArbSchG, § 3, Anm. 3.11.
- 19 Koll/Janning/Pinter-Koll, ArbSchG, § 3, Rn. 19; Kittner/Pieper, ArbSchG, § 3, Rn. 7; Nötlich, ArbSchG, § 3, Anm. 3.2; Wank, ArbSchG, § 3, Rn. 11.
- 20 Yeni Kanun sisteminde iş sağlığı ve güvenliğinin en belirgin özelliği, sürekli iyileştirme anlayışıdır (Alpagut, 45; Bayram, Fuat: Yeni İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatımıza Hakim Olan İlkeler, İHSGHD, 7/2005, s. 1110-1111).
- 21 Wank, ArbSchG, § 3, Rn. 12; Kollmer/Vogl, Rn. 74.
- 22 Kohte, Wolfhard: Arbeitsschutzrahmenrichtlinie, Europäisches Arbeits- und Sozialrecht (EAS) – Rechtsvorschriften, systematische Darstellungen, Entscheidungssammlung (Hrsg. Oetker, Hartmut/Preis, Ulrich), Heidelberg 1994-2008, Rn. 64.
- 23 Koll/Janning/Pinter-Koll, ArbSchG, § 3, Rn. 21; Kollmer/Vogl, Rn. 73.
- 24 Koll/Janning/Pinter-Koll, ArbSchG, § 3, Rn. 23; Kittner/Pieper, ArbSchG, § 3, Rn. 12; Nötlich, ArbSchG, § 3, Anm. 3.4.
- 25 Hoffmann-Riem, Wolfgang: Ökologisch orientiertes Verwaltungsverfahrenrecht – Vorklärungen, AÖR 2001, s. 609.
- 26 Hoffmann-Riem, s. 596.
- 27 Bu kapsamda 4857 sayılı İş Kanunu 78. madde uyarınca çıkarılan yönetmeliklere ve Çevre Kanunu'nda 26.4.2006 tarih ve 5491 sayılı Kanun (RG. 13.05.2006, 26167) ile yapılan değişikliklere ve bu değişiklikler çerçevesinde çıkarılan yeni yönetmeliklere işaret edebiliriz. Ancak itiraf etmek gerekir ki, bizde söz konusu esaslı değişimler uygulamada ortaya çıkan dinamiklerin zorunlu sonucu olarak değil, salt AB mevzuatına uyumun sağlanması hedefinin ürünüdür. Bu da haklı olarak söz konusu modern düzenlemelerin, ülkemiz uygulamasında amacından sapan, gerçek anlamlarına ters düşen yönelimleri ortaya çıkarabileceği kaygısını doğurmaktadır.
- 28 Hoffmann-Riem, s. 596.
- 29 Hoffmann-Riem, s. 591.
- 30 Hoffmann-Riem, s. 623.
- 31 Bayram, s. 1123-1125.
- 32 Genel ilkelerin işlevleri hakkında bak. Brock, s. 20; Koll/Janning/Pinter-Koll, ArbSchG, § 4, Rn. 4 vd; Kittner/Pieper, ArbSchG, § 4, Rn. 1; Alpagut, 45-46; Bayram, s. 1104 vd.
- 33 Kittner/Pieper, ArbSchG, § 4, Rn. 5.
- 34 Teknik, organizasyonel ve kişisel koruma önlemleri arasındaki hiyerarşi hakkında bak. Kohte, Arbeitsschutzrahmenrichtlinie, Rn. 51; Bücken/Feldhof/Kohte, Rn. 252; Wank, ArbSchG, § 4, Rn. 11; Kollmer/Vogl, Rn. 109a.
- 35 Prax.-Kommentar-Wilhelm, ArbSchG, § 4, Rn. 12; Heilmann/Aufhauser, ArbSchG, § 4, Rn. 4.
- 36 Kittner/Pieper, ArbSchG, § 4, Rn. 6.
- 37 Kittner/Pieper, ArbSchG, § 2, Rn. 9.
- 38 Prax.-Kommentar-Kohte, ArbSchG, § 2, Rn. 24.
- 39 Örneğin insan takatının kaldırmayacağı çalışma süreleri, aşırı gürültü ya da titreşim, monoton çalışma düzeni vs.
- 40 Bücken/Feldhof/Kohte, Rn. 48.
- 41 Bücken/Feldhof/Kohte, Rn. 48.
- 42 Kollmer/Vogl, Rn. 70; Wank, ArbSchG, § 3, Rn. 7; Koll/Janning/Pinter-Koll, ArbSchG, § 3, Rn. 10; Nötlich, ArbSchG, § 3, Anm. 2.8.
- 43 Kohte, Arbeitsschutzrahmenrichtlinie, Rn. 14; Kittner/Pieper, ArbSchG, § 3, Rn. 5.
- 44 Kollmer/Vogl, ArbSchG, Rn. 84; Heilmann/Aufhauser, ArbSchG, § 4, Rn. 6.
- 45 Wank, ArbSchG, § 3, Rn. 7; Kittner/Pieper, ArbSchG, § 3, Rn. 4; Koll/Janning/Pinter-Koll, ArbSchG, § 3, Rn. 10.
- 46 Prax.-Kommentar-Kollmer, ArbSchG, § 3, Rn. 26.
- 47 Kohte, Stand der Technik, 88 vd.
- 48 Wank, ArbSchG, § 4, Rn. 6; Prax.-Kommentar-Wilhelm, ArbSchG, § 4, Rn. 12.

Şahin ÇİL

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Tetkik Hakimi

İşçinin İşe Başlatılmamasının Fesih Olarak Değerlendirilmesi Sorunu

A- GENEL OLARAK

Türk iş hukukunda iş güvencesi yaklaşık on yıldır mevcuttur. İş güvencesi uygulamasının, işçinin iş ilişkisinin devamlılığı anlamında beklenen faydayı sağladığı söylenemez. Kesinleşen işe iade kararlarının ardından işe başlatılan işçi sayısı son derece sınırlıdır. Esasen işçinin açtığı davada temel amacın, her zaman işe iadesini sağlamak olduğu da söylenemez. İşe başlatmama anını fesih tarihi ve işe başlatmama olayını da fesih sayan görüşler ve bu yönde Yargıtay uygulamasının yansıması olarak, işe iade davaları çoğunlukla tazminat ve işçilik alacaklarının farklarına hak kazanabilmek için açılmaktadır.

İşçinin işverence işe başlatılmadığı tarihin iş sözleşmesinin feshi olarak değerlendirilmesi şeklinde uygulama, temelde işçi yararına gibi görülse de iş güvencesinin amaçlarıyla bağdaşmamaktadır. Sözü edilen uygulama, ilki işe iade davası, ardından işe başlatılmamanın sonuçlarına dair tazminat ve boшта geçen süre ücreti davası ve son olarak da işe başlatmama tarihindeki ücret ve kıdem tazminatı tavanı esas alınarak dört aya kadar boшта geçen sürenin de hizmet süresine eklenmesiyle oluşacak fark isteklere dair üç ayrı davayı gündeme getirmiştir.

Bu durum iş mahkemelerinin ve Yargıtay'ın iş dairelerinin dosya yükünü telafisi güç şekilde artırmıştır. Her bir davanın kesinleşmesine kadar geçen sürenin birkaç yılı bulabildiği¹ dikkate alındığında varılan çözüm işçinin alacağına kavuşması için yaklaşık beş yıl beklemesi gerektiğini ortaya koymaktadır. Belirtilen süre içinde şirketler iflas edebilmekte veya tasfiye sürecine girebilmektedir. Bu da yıllar süren çaba sonucu hak kazanılan alacakların infazını olumsuz etkilemektedir.

Öte yandan işverenler uzun yıllar bir dizi dava baskısıyla karşı karşıya kalmakta ve özellikle kurumsal yapıya sahip şirketler yönünden açıklanan belirsizlik, gelecek planlamalarında sorunlara neden olabilmektedir.

Sözü edilen sakıncalar, akademi ve uygulama çevrelerince dile getirilmekte ancak çözüm için yasal düzenleme ihtiyacına dikkat çekilmektedir. İş güvencesi hükümlerinde değişiklik yapılması bizim de önerilerimiz arasında olsa da, mevcut yasal düzenlemelerin, işe başlatılmamanın fesih olmadığı yönündeki görüşümüzü desteklediği düşüncesindeyiz. Zira İş Kanunu'nda işe başlatılmamanın, iş sözleşmesinin feshi olarak değerlendirilmesini gerektiren hiçbir hüküm bulunmamaktadır.

Bu çalışmanın amacı, Yargıtay'ın yaklaşık on yıllık uygulamasının sakıncalarını ortaya koymak ve işe başlatmamanın fesih niteliğinde olmadığı şeklinde bir görüşü tartışmaya açmak ve iş güvencesi uygulamasına daha işlevsel bir görünüm kazandırmaya çalışmaktır.

Çalışmamızda, konuyla ilgili kavramlar ve iş güvencesiyle ilgili yasal düzenlemeler incelendikten sonra işe başlatmamanın fesih olarak değerlendirilmesine bağlı uygulama sorunları alt başlıklar halinde ele alınacak, daha sonra da işe başlatmamanın fesih niteliğinde olmadığı temel varsayımının iş güvencesine ve genelde iş hukukuna olumlu katkılarına değinilecektir.

B- KAVRAMLAR

a- Fesih

Genel olarak iş akdini fesih hakkı, hak sahibine karşı tarafa yöneltilmesi gereken tek taraflı bir irade beyanıyla iş akdini derhal veya belirli bir sürenin geçmesiyle ortadan kaldırılabilecek yetkisi veren bozucu yenilik doğurucu haktır².

Fesih bildirim, bir yenilik doğuran hak niteliğini taşıdığından ve karşı tarafın hukuki alanını etkilediğinden açık ve belirgin biçimde yapılmalıdır. Yine aynı nedenle kural olarak şarta bağlı fesih bildirim yapılamaz³.

Fesih bildiriminde bulunma hakkı kural olarak her iki tarafa da tanınmıştır. Fesih bildirimine ilişkin irade beyanının karşı tarafa ulaşması yeterli olup beyanın geçerliliği, karşı tarafın kabulüne bağlı değildir⁴.

Yenilik doğuran haklar bir kez kullanıldıktan sonra geri alınamazlar, kullanılmakla tüketilirler, iki kez üst üste kullanılamazlar⁵. Fesih hakkı bir kez kullanılmakla ortadan kalkar⁶.

Karşı tarafa bildirilmiş bir fesih beyanının diğer tarafça öğrenilmesinin ardından feshin hükümlerinin ortadan kaldırılması, ancak tarafların anlaşmasıyla mümkündür. Geri alma anında sözleşme henüz varlığını devam ettiriyorsa (bildirim süreli fesihte), sözleşmenin devam ettiği, aksi halde yeni bir sözleşmenin meydana geldiği kabul edilir⁷.

Feshin bozucu yenilik doğuran etkisi, haklı nedene dayanan/dayanmayan, geçerli nedene dayanan/dayanmayan, fesihlerde de ortaya çı-

kar. Başka bir anlatımla feshin geçerli nedene dayanmaması ve mahkemece bu yönde yapılacak bir tespit, daha önce gerçekleşen feshi ortadan kaldırmaz.

Feshin geçersizliğinin tespiti davasında işveren feshinin geçerli bir nedene dayanmadığı yönünde varılan sonuç, daha önceki işveren feshini ortadan kaldıran ve iş ilişkisini kendiliğinden kuran inşai bir etkiye sahip değildir.

Ancak Yargıtay'ın bir kararında, geçersiz sayılan feshin mahkeme kararıyla ortadan kalktığı ve bu durumda geçersiz fesihte tanınan ihbar önelinin bir değerinin olmadığı açıklanmıştır⁸.

Buna karşın Yargıtay kararlarında istikrarlı biçimde mahkemece işe iadeye dair verilecek kararın tespit niteliğinde olduğu vurgusu yapılmaktadır⁹.

İşçi ve işveren arasında tek bir iş sözleşmesi vardır ve o da geçersiz sayılan feshle sonlanmıştır. Zira bir sözleşmenin ancak bir kez feshi olur. Mahkeme kararı sadece fesihte geçerli bir neden olmadığını tespit niteliğindedir. Zira iş ilişkisinin devamı için kesinleşen karar sonrasında işçinin yasal süresi içinde işverene başvurusu ve yine işverenin işçiyi yasal sürede işe başlatması gerekir. İşçi süresi içinde başvurmadığında önceki feshin geçerli feshine dair sonuçları doğuracağı yasa da açıkça düzenlenmiştir¹⁰. Bunun anlamı işçiye önceki feshine göre ihbar tazminatı ile koşulları varsa kıdem tazminatının ödenmesidir. Yasa koyucu işe iade için başvurmayan işçi yönünden önceki feshin türünü "geçerli fesih" şeklinde belirlemiştir. Yoksa maddenin aksi yorumundan işçinin yasal süresi içinde başvurması halinde önceki feshin yok sayılacağı sonucu çıkarılmamalıdır.

Öğretide, geçersizliğin tespiti üzerine işçinin işe başlamak için başvurusuyla geçersizlik yaptırımının hüküm ve sonuç doğuracağı ve bu halde iş ilişkisinin devam ettiğinin kabul edileceği, işverenin işçiyi başlatmamasının yeni bir fesih işlemi olduğu ileri sürülmüştür¹¹. Esasen işe başlatmamayı fesih sayan Yargıtay uygulaması da aynı varsayımına dayalıdır¹².

Bize göre temel sorun, feshin geçersizliğinin tespiti ya da bu tespit üzerine işçinin işe başlamak için işverene başvurusu ile daha önceki işveren feshinin bir anda ortadan kalktığına

İşe başlatmama hangi yolla gerçekleşirse gerçekleşsin niteliği itibariyle fesih değildir.

kabulüdür. Yasal süresi içinde başvurmayan işçi yönünden önceki fesih geçerli feshin sonuçlarını doğururken, işçinin işe başlamak için başvurusuna amacını aşan bir anlam yüklenmesi ve bu başvurunun, işveren feshini ortadan kaldıran bir işlem olarak değer görmesi, yenilik doğuran hakların nitelikleri ile bağdaşmamaktadır.

b- İşe Başlatmama

Feshin geçersizliğinin tespitine dair kesinleşen karar üzerine işçinin işe başlatılmaması, uygulamada üç şekilde gerçekleşebilir. İlk olarak işveren bir aylık başlatma süresi içinde veya sonunda işçiyi işe başlatmayacağını bildirir. İkinci olarak bir aylık yasal başlatma süresi suskun olarak geçirilir ve işçi bir aylık sürenin sonunda işe başlatılmamış sayılır. Son olarak işveren işçiyi işe davet eder ve işçinin davete icabet etmesiyle işçi, işe başlatılmış gibi görünür ancak verilen iş eski iş değildir ve gerçek amaç işçiyi işe başlatmak yönünde değerlendirilemez.

İşe başlatmama hangi yolla gerçekleşirse gerçekleşsin niteliği itibariyle fesih değildir. Belirtilen yöntemlerden biriyle işçinin işe başlatılmayacağı ortaya konulmuş olur.

İşe başlatmama fesih niteliğinde olsaydı, işverenin bildirimli fesih hakkının da varlığı kabul edilmeliydi. İşveren işe başlatmayacağını açıkladığı anda işçiye bildirim süresi tanıyarak bir fesih yapabilmeliydi. Zira işverenin yasaya göre bildirim sürelerine ait ücreti peşin ödeyerek derhal fesih hakkı olduğu gibi bildirim süresi vererek önelli fesih yoluna gitmesi de mümkündür¹³. Ancak işe başlatılmayan işçiye, işverenin bildirim öneli tanımak suretiyle bir fesih bildiriminde bulunması imkansızdır.

İşverence işçinin işe başlatılmış gibi gösterilmesine rağmen gerçekte başlatılmadığı örneklerde durum daha da karışıktır. Örneğin müdür konumunda olan işçinin eski işi yerine

koridora çıkarılan bir masada görev yapmasının istenmesi, bilgisayar ve internet imkanının sağlanmaması, hiçbir iş verilmemek suretiyle bezdirme taktiği uygulanması halinde işveren gerçek anlamda işçiyi başlatmış sayılmamaktadır. İşverenin gerçek niyetinin belli bir süre (birkaç hafta veya bir ay gibi) bir süre sonra anlaşılması halinde işe başlatmama tarihi (mevcut uygulamadaki kabule göre fesih tarihi) ne şekilde belirlenecektir? Bir aylık başlatma süresinin sonunda feshin gerçekleştiği kabul edildiği taktirde, işverenin çağrısı üzerine işçinin işe gidip gelmek suretiyle geçirdiği hizmetler ayrı bir iş sözleşmesi olarak mı değerlendirilmelidir? İşe başlatmamanın fesih olarak değerlendirilmesi iş güvencesine olumsuz etkilerde bulunmaktadır.

Yapılan açıklamalara göre işe başlatmama açık, örtülü, eylemli hiçbir şekilde fesih niteliğinde değerlendirilmemelidir¹⁴.

C- YASAL DÜZENLEMELER

a- İş K. m. 21/1

Yasal düzenleme, mahkemece feshin geçersizliğine karar verileceği yönündedir. Feshin geçersiz sayılması, daha önceki feshin iptali ile ortadan kaldırılması anlamında değildir. Her ne kadar Yasada işçinin işverene başvurmak zorunda olduğu ve işverenin de işçiyi işe başlatma zorunluluğundan söz edilmiş ise de her iki halde de alternatif sonuçlar düzenlendiğine göre temelde işçinin de işverenin de seçimlik hakları söz konusudur.

İşçi yasal süresi içinde işe başlama iradesini açıklamayabilir ve bu halde önceki fesih geçerli feshin sonuçlarını doğurur. İşçi işe iade için başvurursa da işveren bir aylık süre içinde başlatmayabilir ve bu halde işe başlatmama tazminatı öder.

Şu hale göre yasal düzenleme çerçevesinde feshin geçersizliğinin tespiti tek başına hiçbir anlam ifade etmemektedir. Kesinleşen karar sonrasında önce işçinin ardından işverenin iş ilişkisinin devamı yönünde adımlar atmaları gerekir. Yasada yer alan işçinin işverene başvuruda bulunma zorunluluğu ile işverenin işçiyi işe başlatma zorunluluğu bağlayıcı gibi görünse

de taraflara başvurma ya da başvurmama veya başlatma ya da başlatmama yönlerinden seçimlik hak tanımaktan öte bir anlam ifade etmezler. İşverenin mahkeme kararına rağmen işçiyi işe başlatmama özgürlüğü bulunduğu ileri süren yazarlar dahi vardır¹⁵.

Bu durumda mahkemece verilecek kararın tespitten başka bir anlam içermediği, bozucu yenilik doğuran hakkın kullanımıyla gerçekleşen feshi ortadan kaldırmadığı kabul edilmelidir¹⁶.

İşe iade davasının kabulü halinde mahkemenin verdiği kararda, "işçinin işe iadesi"nin yer almakta oluşu işe iade davasını bir eda davası haline getirmez¹⁷.

b- İş K. m. 21/2

İşe başlatmamanın fesih niteliğinde olmadığı yönündeki değerlendirmeye alınması gereken bir başka kural, İş Kanunu'nun 21/2. maddesi hükmüdür. Düzenlemeye göre feshin geçersizliğine karar veren mahkeme veya özel hakem, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını da belirlemelidir. O halde işe başlatmama tazminatının ikinci bir uyuşmazlığa mahal verilmeksizin feshin geçersizliğine dair kararlar birlikte tespiti gerekir. Bu durumda işe başlatmama tazminatı işe başlatmama anındaki ücret yerine geçersiz sayılan fesih tarihindeki ücret üzerinden hesaplanmalıdır. Zira feshin geçersizliğine karar veren mahkemenin ileride gerçekleşecek olan işe başlatmama tarihini bilmesi ve buna göre bu tarihteki ücreti tazminata esas alması imkansızdır.

Feshin geçersizliğine karar verilmiş olsa da işe başlatmama tazminatının dahi geçersiz sayılan fesih tarihindeki ücrete göre hesaplanacak oluşu, iş ilişkisinin geçersiz fesih tarihinde sonlandığını göstermektedir.

Buna rağmen Yargıtay'ın işe başlatmama tarihini fesih sayan görüşünün bir yansıması da işe başlatmama tazminatının işe başlatmama anındaki ücret üzerinden hesaplanması sonucunu doğurmaktadır.

İşe başlatmama tazminatının yasada yer aldığı üzere feshin geçersizliğinin tespiti davasında miktar olarak belirlenmesi ise iş güvencesine çok olumlu katkılar sağlayacaktır. İşveren işe başlatmamanın parasal yaptırımını ile doğrudan

En çok dört aya ait ücret ve diğer haklar, çalışma karşılığı olmadığından işçinin zararının kısmen giderilmesine dair bir tazminat olarak kabul edilmelidir.

karşı karşıya kalacak ve yeni bir yargı süreci gerekmeksizin sorun çözümlenebilecektir. İşe başlatmama tazminatının derhal ödenecek oluşu da işçinin işe başlatılması noktasında olumlu bir etki yaratabilecektir.

c- İş K. m. 21/3

İş Kanunu'nun 21/3. maddesinde işçiye kararın kesinleşmesine kadar en çok dört aylık ücret ve diğer hakların ödeneceği öngörülmüştür. Yasa koyucu feshin geçersizliğinin tespiti ile feshin ortadan kalktığı ve iş ilişkisinin aramaksızın devam ettiğini kabul etmiş olsaydı, ücret ve diğer haklarının herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın istenebilmesi gerekirdi. Hatta ücret ve diğer hakların istenmesi yönünde bir hükme dahi gerek olmaksızın işveren temerrüdü kapsamında çalışılmayan süre ücret ve diğer haklarının talebi mümkün olabilecekti. Yasa koyucunun boşta geçen süreye dair sınırlamaları, iş ilişkisinin belirtilen süre içinde devam etmediğine işaret etmektedir.

En çok dört aya ait ücret ve diğer haklar ise çalışma karşılığı olmadığından işçinin zararının kısmen giderilmesine dair bir tazminat olarak kabul edilmelidir. Böylece boşta geçen süreye ait ücret ve diğer hakların aynı dönemde işçinin başka işyerinde çalışmasına bağlı olarak gelişebilecek çakışan sigortalılık, işçinin emekliliğinin ardından ödenen primlerin emekliliğin iptaline neden olması gibi sorunlar ortadan kalkmış olabilecektir.

d- İş K. m. 21/4

İşe başlatmamanın fesih niteliğinde olmadığına en kuvvetli kanıt, İş Kanunu'nun 21/4. fıkrasında yazılı olan "İşe başlatılmayan işçiye bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu süreler

ait ücret tutarı ayrıca ödenir.” şeklindeki hükümdür. Yasa koyucu işe başlatılmamayı fesih olarak değerlendirmiş olsaydı işe başlatmama anına göre bildirim süresine ait ücretlerin ödeneceğinin öngörülmesi gerekirdi. Bunun aksine işe başlatılmayan işçi yönünden daha önceki geçersiz sayılan feshe bağlı sonuçlara değer verilmiştir.

Konuyu bir örnekle ele almak gerekirse, işyerinde iki yıl on ay süreyle çalışmış bir işçinin iş sözleşmesinin geçerli nedene dayanmaksızın işverence 01.01.2010 tarihinde feshedildiğini varsayalım. İşveren bu fesih öncesinde usulüne uygun şekilde yasa gereği altı haftalık bildirim öneli tanımış olsun. Feshin geçersizliğinin tespiti davası kesinleşinceye kadar iki yıllık süre geçtiği kabul edildiğinde, işverence işe başlatılmayan işçi yönünden yasanın çok açık hükmü gereği yeniden ihbar tazminatı ödenmesi gerekmektedir. Oysa katılmadığımız mevcut uygulamaya göre işe başlatmama fesih niteliğinde olmakla dört aya kadar hizmet süresi eklendiğinde işçinin hizmet süresi fiili olarak üç yıl iki ay olmakla ihbar öneli sekiz hafta olarak kullandırılmalıydı. İhbar önelinin bölünmezliği kuralı gereği eksik önel kullanımı geçersiz olmakla, işçiye sekiz hafta tutarında ihbar tazminatı ödenmesi gündeme gelir. Ancak varılan sonuç yasanın 21/4. maddesine aykırı olmaktadır.

Aynı örnekte işveren geçersiz sayılan fesih önel tanımayıp altı hafta tutarında ihbar tazminatı ödediğinde de yasa gereği işe başlatmama anında ihbar tazminatı ödemesi gerekmez. Ancak işe başlatmama fesih olarak değerlendirilirse, işe başlatılmayan işçiye bu defa sekiz haftalık ücret tutarında ihbar tazminatı ödenmesi gerekecektir. Tazminata esas ücret de işe başlatmama anındaki ücret olacaktır.

İş Kanunu'nun 21/4. maddesinde sadece geçersiz fesih öneli düzenlenmemiş, aynı fesih öneli bildirim sürelerine ait ücretin ödenmiş olması halinde de işe başlatmama haline göre bir ödeme yapılmayacağı öngörülmüştür. O halde mahkemece feshin geçersizliğine dair bir tespit kararı verilmiş olsa da belirtilen fesih öneli peşin ödenen ihbar tazminatı da borcu tamamen sona erdirmektedir. Bu durum-

da işe başlatmamanın fesih niteliğinde olmadığı sonucuna varılmalıdır. Zira işe başlatmama anına göre işçinin ücretinin artmış olması kuvvetle muhtemel olduğu halde yasa koyucu daha önce ödenen bildirim süresi ücretini yeterli görmüştür.

Maddede açıkça işe başlatılmayan işçiye hangi durumda ve ne ödeneceği düzenlenmiştir. İşçiye geçersiz sayılan fesih öneli verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, “bu süreler için ücret tutarı ayrıca” ödenecektir. Yasada geçen “bu süreler için ücret tutarı” ifadesinden, geçersiz sayılan fesih öneli bildirim süresi tanınmış olsaydı bildirilmesi gereken süreye göre hesaplama yapılacağı sonucu çıkarılmaktadır. Dört aya kadar boşta geçen sürenin etkisinden hiç söz edilmemiştir.

Öte yandan yine yasa da yer alan “bu süreler için ücret” sözcüklerinden de işe başlatılmayan işçiye, işveren feshinin yapıldığı tarihteki ücret üzerinden hesaplama yapılarak ödemeye gidilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. İşe başlatmama anındaki ücret üzerinden bildirim sürelerine ait ücretlerin hesaplanacağı öngörülmüş değildir.

e- İş K. m. 21/6

Maddede, yasa koyucu 21. maddenin ilk üç fıkrasının kamu düzenini ilgilendirdiğini ve aksine sözleşme yapılamayacağını düzenlemiştir.

Yukarıda açıklanan hükümlerin mutlak emredici oluşu, işe başlatmama tazminatının dört-sekiz ay ile ve boşta geçen süre ücretinin dört ayla sınırlandırılmasından daha fazla anlam ifade eder. Emredici hükümlerin yasa da yer aldığından farklı şekilde yorumlanamaması da gündeme gelir. Örneğin ilk fıkrada feshin geçersizliğine karar verileceği belirtilmiş olup hükmün feshin iptali olarak değerlendirilmesi mümkün değildir.

Yine ikinci fıkrada işe başlatmama tazminatının miktarının belirlenmesi gerekliliği emredici nitelikte olup, tazminatın süre olarak belirlenmesi ile nihai çözümün ikinci bir uyuşmazlığa ertelenmesi bize göre yasaya açık aykırılık oluşturur.

Son olarak feshin geçersizliği sonrasında bağlı düzenlemelerin yer aldığı ilk üç fıkrada

işe başlatılmayan işçiye nelerin ödeneceği emredici şekilde öngörülmüştür. Dört aya kadar boşta geçen sürenin hizmetten sayılacağı ve aynı sürenin eklenmesiyle kıdem, varsa ihbar farkları ile yine koşulları oluşmuşsa yıllık izin ücreti ödeneceği şeklinde bir düzenleme yer almamıştır. Bu açıdan da işe başlatmamayı fesih sayan yaklaşımla işe başlatmamaya bağlı ilave ödemelere hükmedilmesi, 21. maddenin bütünü içinde değerlendirildiğinde dayanaksız kalmaktadır. Hatta sözü işe başlatmama tarihine ve ücrete göre fark işçilik alacaklarının kabulü yasaya aykırı olarak dahi değerlendirilebilir.

Bunun aksine 4. fıkrada geçersiz sayılan fesihle tanınan ihbar öneline değer verilmiş oluşu, işe başlatmamanın fesih niteliğinde değerlendirilemeyeceğini açıkça ortaya koymaktadır.

D- İŞE BAŞLATMAMANIN FESİH OLARAK DEĞERLENDİRİLMESİ ŞEKLİNDEKİ UYGULAMANIN SONUÇLARI

a- İhbar ve Kıdem Tazminatlarının İşe Başlatmama Anına Göre Belirlenmesi

On yıla yaklaşan uygulamada, genellikle işe başlatmama anı fesih olarak değerlendirilmekte ve sözü edilen feshe göre ihbar ve kıdem tazminatlarının ödenmesi gerektiği kabul edilmektedir¹⁸.

Ancak fesih tarihi işe başlatmama anı olarak kabul edilmekle birlikte kıdem tazminatının feshi izleyen dört ayın sonundaki ücrete göre hesaplanması gerektiğine dair Yargıtay kararlarına da rastlanmıştır. Yargıtay'ca 2005 yılına kadar bir dönem verilen kararlarda, kıdem tazminatı tavanının işe başlatmama anına göre belirleneceği ancak feshi izleyen dört ayı aşan kısım bir tür askı hali olarak değerlendirilerek kıdem ve ihbar tazminatı hesabının feshi izleyen dört ayın sonundaki ücrete göre yapılacağı kabul edilmiştir¹⁹.

Yine Yargıtay'ın bir kararında en çok dört

İşçinin işe başlatılmadığı anda emsal kıdem ve unvanda çalışan işçi olmaması halinde, tazminata esas ücretin tespiti daha da güç olabilmektedir.

aya kadar hizmet süresi için iş sözleşmesinin devam ettiği vurgusunun yapıldığı görülmektedir²⁰. Aynı kararda işe başvurmasına rağmen işveren daveti üzerine işe başlamayan işçi yönünden geçersiz sayılan önceki feshin sonuç doğurduğu kabul edilmiştir.

Ancak daha sonra tazminata esas ücretin de fesih tarihi olan işe başlatmama anına göre belirlenmesi gerektiği Yargıtay'ca kabul edilmiştir²¹.

Tazminata esas ücretin işe başlatmama anına göre belirlenmesi, birkaç yılı bulabilen yargılama sürecinin sonunda işe başlatmama anındaki ücretin ispat sorunlarını beraberinde getirebilmektedir. İşçinin işe başlatılmadığı anda emsal kıdem ve unvanda çalışan işçi olmaması halinde tazminata esas ücretin tespiti daha da güç olabilmektedir.

Kıdem tazminatı tavanı işe başlatmama anına göre belirlenmekte, ücretin tavanı aştığı hallerde bu durum her zaman bir kıdem farkı hakkı doğurmaktadır. Öyle ki sözü edilen tavan artışlarının devreye girmesi veya işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesi hükmüne göre ücret artışlarından yararlanmak için işe iade yargılaması aşamalarının bilerek geciktirilmesi de imkan dahilindedir. En azından işe başvuru süresini başlatacak olan kesinleşen işe iade kararının işçiye tebliği aşaması masraf verilerek geciktirilebilir ve bu yolla yaklaşan bir tavan artışı ya da ücret artışından yararlanma hedeflenebilir.

İşe başlatmama fesih olarak değerlendirildiğinde ihbar ve kıdem tazminatı haklarının da işe başlatmama anında doğduğu kabul edilmiştir. Bu görüşün yansıması olarak da geçersiz sayılan fesihle işverence daha önce ödenen ihbar ve kıdem tazminatlarının sebepsiz yere ödendiği sonucu ortaya çıkar. Zira feshin ge-

İşe başlatmamayı fesih saymak, zamanaşımı süresinin de işe başlatmama anında başlayacağı sonucunu doğurur.

çersizliğinin tespiti ile fesih ortadan kalkmışsa işverence ödenmiş olan ihbar ve kıdem tazminatları da sebepsiz zenginleşme hükümlerine tabi olmalıdır. Bu durumda işçiye daha önce ödenen tazminatların işe başlatmama yoluyla gerçekleştiği ileri sürülen feshin göre ödenecek tazminattan yasal faizi ile mahsubu gündeme gelmelidir. Zira işçi dava açarak feshi iptal ettirmiş olmakla daha önce aldığı ihbar ve kıdem tazminatlarını işverene derhal iade etmelidir.

Bir diğer sorun tazminata esas ücretin tespitinde ortaya çıkmaktadır. Yargıtay'a göre son bir yıl içinde ödenen parasal hakların toplamının 365'e bölünmesi suretiyle bir güne düşen miktar belirlenmektedir²². İşçinin işe başlatılmadığı ana kadar boşta geçen sürenin dört ayı çok aşması imkan dahilindedir. Bu durumda işçinin sadece dört aylık süre yönünden ücret ve diğer hakları söz konusudur. Bu dört ayın dışında kalan boşta geçen süre için bir alacak talebi yasa gereği olamayacaktır. Tazminata esas ücret tespitinde son bir yılda ödenen ikramiye ve benzeri yardımlar esas alındığında ise dört aydan sonraya ait ve ödemenin söz konusu olamayacağı dönem de bir yıl içinde kaldığından tazminata esas ücretin çok düşük olarak belirlenmesi gündeme gelecektir. Hatta boşta geçen sürenin bir yıl dört ay olduğu bir örnekte, işçiye son bir yıl içinde para ile ölçülen hiçbir sosyal yardım ödenmediğinden tazminata esas ücrete bu kalemlerin yansımaları da olmayacaktır.

İlk çözüm olarak dört aya kadar boşta geçen süreye ait bu tür işçilik haklarının parasal tutarının toplamının yine bu dört aydaki gün sayısına bölünmesi suretiyle bir güne düşen tutar belirlenmesi ilk yöntem olarak düşünülebilir.

İkinci olarak da ücret dışındaki parasal haklar yönünden fesihden geriye doğru son bir yıl yerine, ödemelerin devam ettiği son bir yıl dikkate alınabilir. Bir başka anlatımla işçiye boşta

geçen süre ne kadar uzarsa uzasın son olarak ödeme yapılması gereken tarih, boşta geçen sürede dört ayın bitimidir. Bu tarihten geriye doğru gidilerek son bir yıl içinde yapılan ödemelerin 365'e bölünmesi, bir çözüm tarzı olabilir.

Son olarak, dört aylık sürenin dışında kalan dönem için de sanki ödeme devam ediyormuş gibi bir hesap yönteminden söz edilebilir.

Kıdem tazminatı ile ilgili olarak bir başka sorun da iş sözleşmesinin fesih tarihi olarak işe başlatmama tarihi kabul edildiği halde, hesaplama en çok dört aylık sürenin esas alınmasıdır²³. Bu konu öğretilerde eleştiri konusu olmuştur²⁴. Yazara göre işe başlatmama anı fesih tarihi olmakla kıdem tazminatına esas alınacak süre dört ayla sınırlı tutulmamalı, işe başlatmama anına kadar hesaplanmalıdır.

İşe başlatmamayı fesih saymak, zamanaşımı süresinin de işe başlatmama anında başlayacağı sonucunu doğurur. Bu durumda 2007 yılında yapılan bir feshin geçerli nedene dayanmadığının belirlendiği, kararın kesinleşmesinin ardından işe başlatmama yoluyla feshin 2012 yılında gerçekleştiği bir örnekte, işe başlatmama ya bağlı kıdem ve ihbar farkı gibi istekler 2022 yılına kadar yargılama konusu yapılabilecektir. Çalışma yaşamında bu kadar uzun süreyle dava baskısının hissedilmesi, neden olacağı belirsizlik sebebiyle olumsuz bir durum olarak değerlendirilmelidir.

Görüldüğü üzere işçinin iş sözleşmesinin devamlılığını hedef alan iş güvencesi, amacından uzaklaşmış ve fark menfaatlerin aracı haline gelmiştir. İşe başlatmamayı fesih sayan görüşün bir yansıması olarak, iş güvencesi uygulaması yasada öngörülmeleyen karmaşık sorunlara neden olmuş ve yeni yargılamaları ve ispat sorunlarını beraberinde getirmiştir.

b- İşe Başlatmama Tazminatının İşe Başlatmama Anına Göre Belirlenmesi

Yargıtay uygulamasına göre işe başlatmama tazminatının, işe başlatmama (fesih) anındaki ücret üzerinden hesaplanarak ödenmesi gerekir²⁵.

Oysa İş Kanunu'nun 21/2. maddesine göre feshin geçersizliği davasında verilen kararda işçinin işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının da belirlenmesi gerekir. Düzenlemenin emredici nitelikte olduğu aynı maddenin 6. fıkrasında vurgulanmasına rağmen Yargıtay, işe başlatmama tazminatının miktar olarak belirlenmesini ve terditli şekilde tahsile dair karar verilmesini uygun bulmamakta ve sadece kaç aylık olduğu yönünde tespit niteliğinde karar verilmesi gerektiğini kabul etmektedir²⁶.

Öğretide işe başlatmama tazminatının miktar olarak belirlenmesi gerektiği vurgusu yapılmıştır²⁷.

Gerçekten işe başlatmama tazminatının feshin geçersizliği davasında miktar olarak belirlenmesi iş güvencesine çok olumlu katkılar sağlayacaktır. Aynı ilamda işçinin işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarı yazılı olduğunda, sözü edilen tazminat ilamı icraya konu olabilecek ve işe başlatmamanın yaptırımını derhal uygulama alanı bulabilecektir. İşe başlatılmayan işçinin yıllarca sürebilecek yeni bir dava açması zorunluluğu ortadan kalkacaktır. İşverenin işe başlatmamanın yaptırımını derhal bir ödeme yapması zorunluluğu, işçinin işe başlatılması yönünde işveren üzerinde baskı oluşturabilecektir.

İş Kanunu'nun 21. maddesinin gerekçesinde işverenin hukuka aykırı davranışının ağırlığı ile fesih nedeni ve şekli esas alınarak tazminat miktarının belirleneceği açıklanmıştır. O halde işverenin işe başlatmama anındaki davranışları ve hatta işçinin kıdem süresi bu noktada belirleyici olmamalıdır.

Ancak Yargıtay bu noktada da neredeyse sadece kıdem süresini esas alarak altı ay - beş yıl arasında hizmeti olanlar için dört ay, beş-onbeş yıl arasında hizmeti olanlar için beş ay, onbeş yılı aşan çalışanlar için altı ay ve emeklilik hakkının kazanılması halinde yine dört aylık ücret tutarında işe başlatmama tazminatı öngörmektedir²⁸.

Oysa işe başlatmama tazminatı mevcut yasal düzenlemeler karşısında feshin geçersizliğinin tespiti davasında ve geçersiz sayılan fesih tarihindeki ücret üzerinden miktar olarak belirlen-

melidir. Zira daha ileride gerçekleşecek olan işe başlatmama anındaki ücretin mahkemece önceden bilinmesi ve buna göre tazminat hesabı mümkün değildir.

Öte yandan feshin geçersizliğinin tespiti davasında ücretin tartışmalı olması halinde işe başlatmama tazminatının belirlenmesinin yargılamanın uzamasına neden olabileceği varsayımına da katılmadığımızı belirtmek isteriz. Sorun, gerekli bordroların getirilmesi ya da meslek örgütünden ücret araştırması yapılması hatta tanık dinlenmesi yoluyla fazladan bir veya birkaç oturum ile çözülebilir. Aynı konu için yıllarca sürebilecek yeni bir dava açılmasının usul ekonomisine uygun düşmeyeceği açıktır.

İşçinin ücreti belirlendikten sonra işe başlatmama tazminatının miktarının tespiti ise bilirkişiden hesap raporu alınmasını gerektirmemektedir. Zira hakim tarafından resen hesaplama yapılabilmesi mümkündür.

c- Dört Aya Kadar Boşta Geçen Sürenin Hizmet Süresine Eklenmesi

1- Kıdem ve İhbar Tazminatlarının Hesabında Dikkate Alınması

İşe başlatmama fesih olarak değerlendirildiğinde, boşta geçen en çok dört aya kadar olan süre hizmet süresine eklendiğinden ücret ve kıdem tazminatı tavanı değişmediğinde dahi sözü edilen sürenin tazminat hesaplarında dikkate alınmasıyla, her zaman kıdem farkı doğmaktadır. Ayrıca dört aya kadar boşta geçen sürenin eklenmesiyle ihbar tazminatı dilimi değişebilir ve bu durum da fark ihbar tazminatına neden olabilir.

İşe başlatmamanın fesih olarak değerlendirilmesi ve her daim sözü edilen feshe göre kıdem farkı doğması yine ihbar farkı ortaya çıkma ihtimali, işverenin sözü edilen işçilik haklarını ödeme konusunda da isteksizliğe yöneltmektedir. İşveren feshinin ardından işçinin işe iade davası açma ihtimali mevcut olduğundan yapılan ödemelerin ihbar ve kıdem tazminatı yönlerinden borcu sona erdirmeyebileceği, işçinin işe başlatmama tarihine göre yine aynı istekler yönünden dava açabileceği bilindiğinden, ilk

İşe başlatmamanın fesih olarak değerlendirilmesi ciddi bir sorun olup iş yargısını birçok yönden olumsuz etkilemektedir.

fesihte bu yönde ödemeler yapılmayabilmektedir.

Bazen de işveren iş güvencesinin kendisi hakkında uzun zamana yayılan birkaç davadan ibaret hak taleplerini ortadan kaldırmak için iş sözleşmesinin ikale (bozma sözleşmesi) ile sonlanmasını dayatmakta ve bu yolla işçinin iş güvencesinden yararlanmasına engel olabilmektedir. Halbuki işe başlatmama fesih tarihi olarak değerlendirilmemiş olsa, işçi işe iade davası açsın ya da açmasın işveren feshinin geçersizliğinin tespitine karar verilsin ya da verilmesin fesih tarihi değişmeyeceğinden, fesih tarihinde ihbar ve kıdem tazminatı ödenmesi sözü edilen borçları sona erdirebilecektir. Feshin geçersizliğinin tespiti üzerine işçinin işe başlatılmaması ise sadece "işe başlatmama" niteliğinde olmakla başlatmamaya bağlı sonuçlar ortaya çıkacak, bu durumun daha önce ödenen ihbar ve kıdem tazminatına bir etkisi olmayacaktır.

İş sözleşmesi işçinin işe başlatılmadığı tarihe kadar devam ettiği takdirde, işçinin geçersiz sayılan fesih ile işe başlatmama tarihi arasında bir dönemde yaşlılık aylığı için Kuruma başvurusu ve Kurumca tahsis yapılması halinde feshin işçi tarafından gerçekleştirildiği kabul edilmelidir. Şu hale göre kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan işçinin askerlik borçlanması süresinin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması gerekir. Yine aynı durum işçinin ihbar tazminatına hak kazanamaması sonucunu doğurur. İşverence daha önce geçersiz sayılan fesihte ihbar tazminatı ödenmiş ya da ihbar öneli kullanılmıyorsa mahsubun yapılması gerekip gerekmediği ve ne şekilde yapılacağı sorunu ortaya çıkabilecektir.

Görüldüğü üzere işe başlatmama tarihinin fesih sayılması ve dört aya kadar olan boşta geçen sürede çalışma olmadığı halde aynı sürenin hizmet süresine eklenmesi, artçı çok sayıda soruna neden olmaktadır.

2- Yıllık İzin Süresine Etkisi

İşe başlatmamayı fesih sayan görüşler ve uygulamanın bir yansıması olarak, en çok dört aya kadar boşta geçen sürenin izin hakkı yönünden de bir etkisi ortaya çıkabilir. Gerçekten boşta geçen en çok dört aya kadar olan sürenin eklenmesi ile işçinin işe giriş tarihi dikkate alındığında son bir yıllık izin hakkının ortaya çıkması halinde bu ücretin de ödenmesi gerekecektir. İzin ücretinin de son ücretten hesaplanacağı yine yasa hükmüdür²⁹.

İşçinin iş sözleşmesinin işverence feshedildiği tarihte son yıl için çalışmasının sekiz ay olması sebebiyle son yıl iznine hak kazanmadığını düşünelim, mevcut ve katılmadığımız uygulamaya göre dört aylık boşta geçen süre hizmetten sayıldığından işe başlatmama anına göre son yıl izin hakkı da doğmuş olur.

İşverenin geçersiz sayılan fesihte yıllık izin ücretlerini tam olarak ödemiş ve dört aya kadar boşta geçen süre eklendiğinde artık yıl iznine hak kazanılmadığında dahi, yıllık izin son ücretten ödeneceğinden işe başlatmama anındaki ücrete göre hesaplama yapılması ve daha önce ödenen yıllık izin ücretinin mahsubu gerekecektir. Bu durum da işvereni yıllık izin ücretlerini ödemekten alıkoyabilmektedir. İlerde açılacak bir davanın sonucuna göre fesih tarihinin değişmesi varsayımına bağlı olarak yıllık izinlerin yeniden hesaplanarak ödenecek oluşu ve daha önce yapılan ödemenin faizsiz olarak mahsup edilmesi şeklindeki uygulamanın belirtilen etkiyi yaratacağı açıktır.

İşe başlatmamayı fesih sayan uygulama sonucu olarak feshin geçersizliğinin tespiti davası açmış olan işçinin dava devam ederken yıllık izin ücreti talebi yasal değildir. Yıllık izin istekli bir dava açılmışsa işe iade davasının sonucunun beklenmesi gerektiği kabul edilmektedir³⁰.

Mevcut uygulamaya göre yıllık izin istekli dava, feshin geçersizliğinin tespitine dair davanın sonucunu beklemekte, şayet feshin geçerli nedene dayanmadığı hükme bağlanırsa yıllık izin davasına devam edilmektedir. Feshin geçerli nedene dayandığı belirlendiğinde ise işçinin yasal süresi içinde başvuruda bulunup bulunmadığı beklenmekte, işçi işe iade için başvurmazsa davaya yine devam edilmektedir.

İşçi işe iade için başvurmuşsa bu defa da işverenin işe başlatıp başlatmayacağı beklenmekte ve işe başlatılırsa yıllık izin istekli dava iş ilişkisi devam ettiği için reddedilmektedir. Bu durumda işçi, yargılama giderleri ve avukatlık ücreti ödeme zorunda kalabilmektedir.

İşveren işçiyi işe başlatmazsa bu durum Yargıtay tarafından fesih olarak değerlendirildiğinden, yıllık izin hakkı bu tarihte doğacağından yine daha önce açılmış olan yıllık izin davasının dava tarihinde feshin gerçekleşmediği gerekçesiyle reddi gerekmektedir.

Yıllık izin istekli davada davacının ıslah yoluyla dava konusu taleplerini artırması ve ıslah tarihinin işe başlatmama yoluyla gerçekleşen fesihten sonraya ait olması halinde ise yıllık izin istekli davanın ıslah edilen bölümü kabul edilebilmektedir.

İşe başlatmamanın fesih olarak değerlendirilmesi ciddi bir sorun olup iş yargısını birçok yönden olumsuz etkilemektedir. İşveren feshinin her durumda varlığını koruması ve işe başlatmamanın fesih olarak değerlendirilmemesi seçeneğinde ise yıllık izin talebi feshin geçersizliğinin tespiti davasından bağımsız olarak görülebilecektir. Üstelik yıllık izin işverence yapılan fesih tarihindeki süre ve ücret üzerinden belirlenerek ispatla ilgili bir çok sorun da ortadan kalkacaktır.

3- SGK Primi Ödenmesi

Yargıtay'a göre boşta geçen ücret yönünden talep olmasa dahi işe iadenin sonucu olan bu yönden mahkemece resen karar verilmelidir³¹. Öğretide haklı olarak işe başlatmama tazminatı yönünden taleple bağlılık kuralının aranması gerektiği ifade edilmiştir³². İşe iade davasında talep edilmemiş ve mahkemece de bu yönde bir karar verilmemiş olması da sonradan bahsi geçen alacağın istenmesine engel değildir³³.

İşçinin talep etmediği bir konuda karar verilmesi ve bu sürenin fiili hizmet süresine eklenmesi, işverenin aynı süre için SGK primi ödeme yükümünün ortaya çıkmasının temel bir hukuk usulü kuralı olan taleple bağlılık ilkesine aykırı olduğu düşünülmelidir.

Öğretide işçinin diğer bir işyerinde elde ettiği gelirlerin bu dört aylık ücret ve diğer hak-

lardan indirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür³⁴. Buna karşın işverenin çalıştırmadığı süre için yasa gereği ödenmesi gereken bu ücret ve diğer hakların, işçi başka yerde çalışsın veya çalışmasın işçiye tam olarak ödenmesi gerektiği de belirtilmiştir³⁵. Bu ikinci görüş ağırlık kazanmış ve mahsup yoluna gidilirse, dava sürecinde işçinin çalışma hakkının dolaylı olarak bundan etkilenmiş olacağı belirtilmiştir³⁶. Bizce de, işçinin boşta geçen süre içinde bir başka işyerinde çalışmış ve bu işinden gelir elde etmiş olması, işverenin dört aya kadar ücret ve diğer hakları ile ilgili yükümlülüğünü etkilememelidir.

Dört aya kadar boşta geçen süre ücret ve diğer hakların SGK primine tabi olup olmayacağı tartışılması gerekir. Yasada "ücret" tabiri kullanılmış ise de çalışma karşılığı ödenmediği açıktır. İşçinin boşta kaldığı süre için belli bir ödeme öngörülmüş olmakla, dört aya kadar ücret ve diğer hakların tazminat niteliğinde olduğu kabul edilmelidir.

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 80/b. maddesinde sayılan istisnalar arasında boşta geçen süreye ait ücretlerle diğer haklar açıkça sayılmadığına göre sigorta primi ödenmesi gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır. Dört aya kadar boşta geçen süreye ait ücret ve diğer hakların istisna kabul edilen ödemelerden herhangi birine benzemediği de açıktır. Bu yüzden sigorta primi ödenmesi gerektiği noktasında kuşku duymamak gerekir. Ancak bu durum dört aya kadar boşta geçen süreye ait ücret ve diğer hakların niteliği itibarıyla tazminat olduğu görüşümüzü etkilememektedir. Zira 5510 sayılı Yasa'nın 80. maddesinde kazancın niteliğinin alacak veya tazminat olarak ayrımı yapılmış değildir. İstisna kapsamı dışında kalan tazminatlar için de sigorta primi ödenmelidir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, boşta geçen süreye ait olan ve en çok dört aya kadar talep edilebilen bu ücretler için sigorta primi ödenmesi gerektiği Sosyal Sigortalar Kurumu'nun yazısında ifade edilmiştir³⁷. Primlerin ödenme şekliyle ilgili Kurum bir genelge yayımlamış³⁸ ve genelgenin yasa ile bağdaşmayan yönlerinin olduğu haklı olarak öğretide ileri sürülmüştür³⁹.

Anılan Genelgeye göre, mahkeme kararının

İşçiye geçersiz sayılan fesihle tanınan ihbar önelinin geçerliliği tartışmaları, işe başlatmamanın fesih niteliğinde olup olmadığı noktasında son derece belirleyicidir.

temyiz edilmemesi halinde işe iade kararının kesinleştiği, temyiz edildiğinde ve Yargıtay tarafından onandığında onama kararının işverene (veya vekiline) tebliğ edildiği, onama ilamı taraflara tebliğ edilmemişse dosyanın ilk derece mahkemesi kalemine intikal ettiği tarihi takip eden ayın sonuna kadar prim bildirelerinin verilmesi ve aynı süre içinde ödenmesi gerekmektedir. Aksi halde idari para cezasının uygulanması gündeme gelecektir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Genelgede Yargıtay'ın onama kararından söz edilmiş ancak yerel mahkeme kararının bozularak ortadan kaldırılması ve Yargıtay tarafından resen hüküm kurulması halinde ne olacağı açıklanmamıştır. Bu durum bir uygulama sorununu gündeme getirebilir.

Genelgede kesinleşen karar üzerine işçinin işe başlamak için başvurusundan hiç söz edilmemesi çok haklı olarak eleştiri konusu olmuştur⁴⁰. Gerçekten en çok dört aya kadar boşta geçen süre ücreti ve diğer hakların doğumu için işçinin başvurusu şarttır. Hakkın doğmadığı ve işverenin henüz ödeme yükümlülüğü olmadığı bir dönem için prim ödeme zorunluluğunun getirilmesi yerinde olmamıştır. Öte yandan işçinin işe iade için başvurmaması da ihtimal dahilindedir. Bu halde esasen prim ödenmesi gerekmektedir.

Yine işçinin işe iade davasının yargılaması sırasında işe alınması halinde Yargıtay tarafından karar verilmesine yer olmadığına dair hükümler kurulmakta ve sadece boşta geçen süreyle ilgili karar verilmektedir. Bu noktada, işe başvuru şartı aranmaksızın boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklar doğmak-

tadır. İşçi işe başlatıldığına göre bu tarihten itibaren sigorta prim belgelerinin verilmesi ile ilgili sürenin başlaması gerekir. Kararın kesinleşmesi, tebliği gibi aşamalar çok daha sonra gerçekleşecektir.

İşçinin dört aya kadar boşta geçen süreye ait ücret ve diğer hakları için yukarıdaki esaslar dahilinde SGK primi ödenmesi gerekmele birlikte, aynı sürenin işçilik hakları hesabında fiili hizmet süresine eklenmesi temel bir sorunu oluşturmaktadır. İşçinin feshin geçersizliği davasının yargılaması sırasında yaşlılık aylığı için tahsis talebinde bulunarak yaşlılık aylığı bağlatması imkan dahilindedir. Çoğu kez uzun süren yargılama aşamasında yeni bir iş bulamamış ya da açmış olduğu dava sebebiyle böyle bir çaba içine girmemiş olan işçinin koşulları mevcutsa emekliliğini talep etmesi, olağan bir durumdur. Ancak yaşlılık aylığının tahsisinin ardından feshin geçersizliğinin tespiti davasının sonucuna göre dört aya kadar süre için ödenmesi gereken ücret ve diğer haklara dair sigorta primi Kuruma ödendiğinde iş ilişkisinin sonlanmadığı şeklindeki bir uygulama ile Kurumca emeklilik işlemi iptal edilmekte ve dört aylık süre hizmet süresinden sayılmaktadır. İşçinin yaşlılık aylığı tahsis kararına göre almış olduğu ödemelerin iadesi istenebilmekte ve dört ayın fiili hizmet süresine eklenmesiyle yeniden tahsis talebinde bulunabileceği bildirilmektedir.

İşçinin boşta geçen süre içinde geçimini temin etmek için başka bir işverene bağlı olarak çalışması halinde, zorunlu olarak sigorta primi ödenmesi gerektiğinden daha sonra dört aya kadar boşta geçen süre için sigorta primi ödenmesi gündeme geldiğinde çakışan sigortalılık durumları ortaya çıkabilecek ve her iki sürenin birlikte sigortalılık süresinden sayılıp sayılamayacağı, sayılamayacaksa çakışan sigortalılıkta tavanı aşan primin kime iade edileceği sorunları ortaya çıkabilecektir.

Uygulamanın ciddi sorunlara yol açtığı açıktır. Dört aya kadar boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklar için yasal zorunluluk sebebiyle sigorta primi ödenmesi gerekse de, sözü edilen prim ödemelerinin ne işçilik ala-

cakları ne de sigortalıkta geçen fiili hizmet süresine etki etmediği görüşündeyiz. Böylelikle emeklilik ve çakışan sigortalılık sorunları ortaya çıkmayacaktır.

4- Geçersiz Sayılan Fesihle Tanınan İhbar Öneli ve İş Arama İzinlerinin Geçerliliği Tartışmaları

İşçiye geçersiz sayılan fesihle tanınan ihbar önelinin geçerliliği tartışmaları, işe başlatmamanın fesih niteliğinde olup olmadığı noktasında son derece belirleyicidir. Gerçekten önel verilerek yapılan fesih geçersiz sayıldığında dahi ihbar öneli sonuç doğurmakta ise iş sözleşmesinin fesih tarihinin mahkeme kararı ile değişmediği kabul edilmelidir.

Mahkemenin feshin geçersizliğinin tespiti-ne dair kararı, işveren feshini ortadan kaldırmakta ise geçersiz bir feshe ilişik ihbar önelinin bir sonuç doğurmaması gerekir. Yine aynı ihbar süresi içinde işçiye verilmiş olan iş arama izinlerinin amaca uygun olarak kullanımı söz konusu olamaz. İşçi fesih bildirimini izleyen bir aylık süre içinde -belki de ihbar öneli bitmeden- işe iade davası açtığına göre asıl amaç eski işine dönmek olmakla, yeni iş ara izni kullanmasına gerek yoktur. Eğer fesih işe başlatmama yoluyla gerçekleşecekse, işçinin, yeni iş arama iznine, işe başlatılması halinde ihtiyacı vardır.

Şu halde geçersiz sayılan fesihle tanınan ihbar öneli bir sonuç doğurmakta ise, bağlı olduğu feshin de varlığı kabul edilmelidir. Bu da işe başlatmamanın fesih olmadığı sonucunu ortaya koyar.

Düşüncemize göre bir yandan geçersizliğin mahkemece tespiti üzerine önceki feshin ortadan kalktığı ve iş sözleşmesinin hiç feshedilmemiş gibi işlem görmesi gerektiği görüşü ile⁴¹ aynı feshe bağlı ihbar önelinin sonuç doğurması gerektiği şeklindeki değerlendirme⁴² birbiriyle çelişir.

Konu Yargıtay tarafından çok kez ele alınmış ve birbirinden farklı şekilde çözüme gidilmiştir. İlk olarak geçersiz sayılan feshe bağlı ihbar önelinin de geçerli olmadığı yönünde karar verilmiş⁴³, ilk derece mahkemesinin direnmesi üzerine Hukuk Genel Kuru-

lu direnme kararını, özel daire gerekçesiyle bozmuştur⁴⁴. Karşı oy yazısında ise haklı olarak yasal düzenlemeye dikkat çekilmektedir. Yargıtay'ın sözü edilen kararı, işe başlatmamanın fesih olduğu varsayımından yola çıkıldığında kendi içinde tutarlıdır. Zira iş sözleşmesinin feshi işe başlatmama yoluyla gerçekleştiği kabul edildiğinde, önceki fesih geçersiz olmakla tümünden ortadan kalkıyorsa, aynı feshe bağlı önelin de bir değerinin olmaması gerekir.

Öte yandan varılan sonuç çok açık biçimde yasaya da aykırıdır.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi ise aksi yönde bir karar vermiş, geçersiz sayılan fesihle ihbar öneli tanınan işçi yönünden işe başlatılma anına göre ihbar tazminatı hakkının olmayacağını kabul etmiştir⁴⁵.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de 2012 yılı sonlarında verdiği kararında önceki görüşünden döndüğünü belirtmiştir⁴⁶. İlgili Dairenin son kararına göre, geçersiz sayılan fesihle tanınan ihbar öneli geçerlidir ve işe başlatılmayan işçiye işe başlatmama tarihine göre ihbar tazminatı ödenmesi gerekmez. Yargıtay'ın sözü edilen karar değişikliği düşüncemize göre yasaya uygun olmakla yerindedir. Ancak iş sözleşmesinin feshinin işe başlatmama yoluyla gerçekleştiği yönündeki uygulama ile açık şekilde çelişmektedir. Bize göre işe başlatmamanın fesih niteliğinde olmadığı kabulü ile çelişki giderilmiş ve yasaya uygun bir çözüm bulunmuş olur.

Son olarak Yargıtay'ın iş dairelerinin benimsediği çözüm Yasaya uygun olmakla birlikte, işe başlatmama fesih olarak değerlendirilmeye devam ettiği sürece sözü edilen feshe göre ihbar tazminatı ödenmesi gerekip gerekmeyeceği en azından yukarıda C-d bölümünde verilen örnekte olduğu gibi iki haftalık fark ihbar tazminatı ödenmesinin gerekip gerekmediği tartışma konusu olmaya devam edecektir.

Yargıtay'ın konuyla ilgili bir kararına konu örnekte, işveren işçiye fesih tarihinde 42 gün olarak ihbar önelini usulüne uygun şekilde kullandırmış ancak işçinin açtığı davada feshin geçerli nedene dayanmadığı tespit

İşe başlatmamanın fesih olarak değerlendirilmesi, yaklaşık on yıllık iş güvencesi uygulamasında istikrar kazanmıştır.

olunmuştur. İşçinin yasal süresi içinde başvurusuna rağmen işveren işe başlatmamıştır. Davacı işçi işe başlatmamayı fesih olarak nitelendirerek ihbar tazminatı talep etmiş, mahkemece 14 günlük fark ihbar tazminatına hükmedilmiştir. Yargıtay, ihbar önelinin bölünmezliğine dayanarak, geçersiz sayılan fesih öncesindeki ihbar öneline değer atfetmemiş ve 56 günlük süreye göre hesaplanacak olan ihbar tazminatının kabulüne karar verilmesi gerektiği yönünden kararı bozmuştur⁴⁷.

İşe başlatmama fesih olarak değerlendirilmediğinde ise geçersiz fesihle tanınan ihbar öneli sonuç doğuracak ve işverence ikinci kez ihbar tazminatı ödenmesi gerekmektedir. Yasanın 21/4. maddesindeki düzenleme, işe başlatmamanın fesih niteliğinde olmadığını göstermektedir.

Yargıtay iş dairelerinin, daha önceki Hukuk Genel Kurulunun aksine geçersiz sayılan feshe bağlı ihbar önelinin geçerliliği yönünde karar vermeleri yerinde ancak yeterli değildir. İşe iade davasında verilen kararın, bozucu yenilik doğuran bir hakka dayalı olarak gerçekleşen feshi ortadan kaldırmadığı, sadece fesih nedeninin geçerli olmadığı yönünde bir tespit içerdiği, işe başlatmamanın da fesih niteliğinde olmadığı kabul edilmelidir. Zira aynı iş sözleşmesi iki kez feshedilemez.

E- ÇÖZÜM OLARAK İŞE BAŞLATMAMANIN FESİH OLDUĞU GÖRÜŞÜNÜN TERKEDİLMESİ

İşe başlatmamanın fesih olarak değerlendirilmesi, yaklaşık on yıllık iş güvencesi uygulamasında istikrar kazanmıştır. Ancak İş Kanunu'nda feshin geçersizliğinin tespiti ne dair verilen kararın önceki feshi ortadan

kaldırdığı yönünde bir düzenleme yer almadığı gibi aynı sonucu doğurabilecek dolaylı bir hüküm de bulunmamaktadır. Aksine 21. madde hükümleri ve özellikle 4. fıkrada geçersiz sayılan feshe yapışik ihbar önelinin geçerli olduğunun kabulü aynı feshin de varlığını sürdürdüğüne işaret etmektedir. Aynı fıkrada, bildirim süresine ait ücretin peşin ödenmesi halinde de işe başlatılmayan işçiye ihbar tazminatı ödenmeyeceği açıklanmış olmakla işe başlatmamanın fesih olmadığına işaret edilmiştir.

İşçiye geçersiz sayılan fesihle ihbar öneli verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret ödenmemiş ise işe başlatılmaması halinde "bu süreler için ücret ayrıca ödenir." şeklindeki düzenleme de işe başlatmama anındaki ücret ve süre üzerinden bir ödeme yapılması gerektiği yönünde değerlendirilmemelidir. Geçersiz sayılan fesih tarihindeki ücret ve süreye göre belirlenecek olan bildirim süresi ücretinin ödenmesi öngörülmüştür. Bu durum yasada yer alan "bu süreler için ücret" sözcükleriyle açıklanmıştır. Geçersiz sayılan fesihle ödenmesi gereken bildirim süresi ücreti ne ise işe başlatılmayan işçiye ödenmesi gereken tutar da aynı şekilde belirlenmelidir. Aksi halde şu şekilde bir eşitsizlik ortaya çıkacaktır; işverenin işyerinde iki yıl on ay süreyle çalışmış olan iki işçiden birine altı hafta tutarında bildirim süresi tanıyarak fesih yoluna gittiğini, diğer işçiye ise önel tanımadan ve ihbar tazminatı ödenmeden bir fesih yapıldığını varsayalım. Feshin geçersizliğinin tespiti kararı üzerine işe başlatılmayan ilk işçi Yasa ve Yargıtay iş dairelerinin yeni uygulaması gereği ihbar tazminatı alamayacaktır. Diğer işçi ise yine Yargıtay uygulamasına göre işe başlatmama anındaki son ücret üzerinden değişen ihbar öneli dilimine göre sekiz hafta üzerinden ihbar tazminatına hak kazanacaktır.

İşe başlatmamanın fesih niteliğinde olduğu görüşünün terk edilmesiyle yukarıdaki örnekte karşımıza çıkan eşitliğe aykırı durum ortadan kalkacaktır. Geçerli nedene dayanmadığı tespit edilen fesih öncesinde verilmiş olan ihbar öneli geçerli sayılacak ve ihbar

öneli tanınmamış işçi yönünden de aynı tarihteki ücret üzerinden ve altı hafta süre için hesaplanacak olan ihbar tazminatına hak kazanılacaktır.

İşe başlatılmamanın fesih niteliğinde olmadığı kabul edildiğinde, işveren çağrısına rağmen işe başlamayan işçi yönünden başvurunun samimi olmadığı şeklinde zorlama yorumlara ihtiyaç kalmayacaktır. Başvuru ve ardından işveren daveti üzerine işe başlamayan işçi, sadece feshin geçersizliğinin tespitine dair haklardan mahrum kalacak ve geçersizliği yönünde tespit kararı olan feshe göre ihbar ve koşulları varsa kıdem tazminatı ödenecektir. Böylece Yargıtay'ın "samimiyet" yönünden bir değerlendirmeyi içeren çoğunluk görüşü ile çağrıya rağmen başlamayan işçinin kendisinin iş sözleşmesini feshettiği şeklindeki karşı düşünce, tartışma konusu olmaktan çıkacaktır⁴⁸.

İşçinin işe başlatılmaması olgusu üzerine kurguladığımız bu çalışmada işe başlatılmamanın fesih niteliğinde olmadığını, her durumda işveren feshinin sonuç doğuracağını açıklamış bulunmaktayız. Bu durumda kurgunun işçinin işe başlatılması ihtimaline göre geliştirilmesi gerekmektedir. İşçinin feshin geçersizliğinin tespiti, başvurusu ve işveren çağrısı üzerine işe başlaması halinde iş ilişkisinin kaldığı yerden devam ettiği kabul edilmelidir. İşçinin işe başlatılmasıyla işveren feshi, işçinin de iradesiyle yani geri alınmış olmaktadır. Bozucu yenilik doğuran irade açıklaması (fesih), mahkemenin tespiti ile değil, tarafların iradesiyle yani işe başlatma suretiyle eylemli olarak ortadan kaldırılmıştır.

İşçi eski işine başlatılmak zorunda olduğundan işveren çalışma koşullarını yeniden belirleyemez. Fesih tarihinde mevcut haklar korunacağı gibi, boşta geçen sürede emsalleri yönünden gerçekleşen tüm haklar işçiye sağlanmalıdır.

Bu noktada işe başlatılan işçi açısından dört aya kadar boşta geçen sürenin, işe başlatılma ile devam eden hizmet süresine eklenip eklenmeyeceği sorunu gündeme gelebilir. Dört aya kadar ücret ve diğer haklarının niteliğinin tazminat olarak değerlendirilmesi

İşveren feshinin sonuç doğurması düşüncesi, işverenin ihbar ve kıdem tazminatlarının ödenmesi konusunda tereddüdünü ortadan kaldıracaktır.

sonucu olarak bu sürenin, işe başlatılan işçi yönünden de hizmet süresine eklenmemesi gerektiği söylenebilir. Ancak başka bir görüş olarak da 5510 sayılı Yasa gereği sigorta primi ödenen bu sürenin salt işe başlatılan işçiyle sınırlı olmak üzere hizmet süresine eklenmesi gerektiği de ileri sürülebilir. Zira işe başlatılmayan işçi yönünden dört aya kadar sürenin hizmet süresine eklenmemesi şeklindeki görüşümüz, feshi izleyen bir döneme ait olmasından kaynaklanmaktadır. İşçinin işe başlatılması halinde fesih taraflar iradesi ile ortadan kalkmakla, prim ödenmiş olan dört aya kadar sürenin hizmet sürelerine eklenmesi düşüncesi, işe başlatılmamanın fesih niteliğinde olmadığı yönündeki görüşümüze aykırılık oluşturmaz.

F- GEÇERSİZ SAYILAN FESHİN SONUÇLARI

a- İhbar ve Kıdem Tazminatlarının Geçersiz Feshe Göre Hesabı

İşçinin işe başlatılmamasının fesih niteliğinde olmadığı görüşü benimsendiği takdirde geçersizliği yönünde bir tespit kararı olsa da bu kararın inşai etkisi olmadığından aynı feshin sonuç doğurduğu kabul edilmelidir. Mahkeme kararı, feshin geçerli nedene dayanmadığını tespit etmesinin dışında bir anlam ifade etmez.

Belirtilen kabul tarzının sonuçları iş güvenliği kurumuna olumlu katkı sağlar. İlk olarak ihbar ve kıdem tazminatları her zaman geçerli nedene dayanmadığı tespit edilen ancak fesih olarak varlığını sürdüren işveren feshine göre hesaplanır. Kıdeme esas süre fesih tarihindeki hizmet süresiyle sınırlı olmalıdır. Aynı tarihteki kıdem tazminatı tavanı hükme esas alınmalıdır.

Tazminata esas ücretin tespitinde, ücretin eki niteliğindeki diğer parasal haklar da fesihden geriye gidildiğinde son bir yıl içinde ödenenlerin 365'e bölünmesi suretiyle belirlenir.

İşveren kıdem tazminatı ile ihbar tazminatı ödemiş ise daha sonra sözü edilen feshin geçersizliğinin tespitine karar verilmiş olsa dahi, yapılan ödemeler yeterli sayılır ve ücret artışı, tavan artışı, dört aya kadar sürenin ilavesi gibi nedenlerle fark tazminatlara hak kazanılamaz. Bu durum iş güvencesi uygulaması kapsamında rutin hale gelen yeni bir dava açılması yönündeki eğilimi ortadan kaldırır.

İşveren feshinin sonuç doğurması düşüncesi, işverenin ihbar ve kıdem tazminatlarının ödenmesi konusunda tereddüdünü ortadan kaldırabilir. Feshin geçerli nedene dayanmadığının tespitine ilişkin dava ne şekilde sonuçlanırsa sonuçlansın fark tazminatlar oluşmayacağından, tazminatların ödenmesi için işe iade davası açma süresinin beklenmesi ya da dava açılmışsa sonucunun beklenmesi uygulamaları sona erer.

Tazminat hesabında fesih tarihindeki son ücret esas alınarak işe başlatılmama tarihindeki ücretin tespiti ile ilgili belirsizlikler ortadan kalkar.

İş güvencesi uygulaması özellikle ihbar ve kıdem tazminatı farklarını hedef alan yapısından uzaklaşır ve gerçek anlamda işe dönmeyi isteyen işçilerin başvuracağı bir yol olarak hak ettiği değerini alır.

Sonradan geçerli nedene dayanmadığı belirlenen fesih sırasında ihbar ve kıdem tazminatları ödenen işçi, ihbar öneli tanınan işçi veya hiçbir ödeme yapılmayan işçi yönlerinden eşitsizlik ortadan kalkar ve her durumda aynı fesih tarihine göre hesaplamaya gidilir. İşe başlatılmayan işçiye de geçersiz sayılan fesih tarihine göre ihbar ve kıdem tazminatları ödenir.

Tek sorun kıdem tazminatı faizi konusunda ortaya çıkabilir. İşe iade davasının sonunda işçinin işe başlatılmaması ile iş ilişkisinin yeniden aynı işverenle kurulamayacağı ortaya çıkmış olmakla işe başlatılmayan işçinin kıdem tazminatı faizine hangi tarihte hak kazanacağı tartışma konusu olabilir. Düşüncemiz işveren geçerli nedene dayanmamış olsa

da ihbar ve kıdem tazminatlarını yasa gereği peşin ödemekle yükümlü olduğundan, açılan feshin geçersizliğinin tespiti davası bu konuda yasal yükümlülüğü etkilememelidir. Başka bir anlatımla işe başlatılmayan işçi yönünden de kıdem tazminatı faiz başlangıcı, geçerli nedene dayanmadığı belirlenen işveren feshi tarihi olmalıdır. Zira işe başlatılmama fesih niteliğinde değildir. İşveren işçiye işe başlatmış olsaydı kıdem tazminatı ödemesi gerekmecekti. İşe başlatılmayarak daha önce gerçekleşmiş olan fesih tarihine göre kıdem tazminatını ödemek zorundadır. İhbar tazminatı faizi yönünden ise işverenin temerrüde düşürülüp düşürülmediğinin önemi vardır.

Feshe bağlı hakların geçersiz sayılan feshe göre hesabı, işçinin kıdem ve ihbar tazminatı isteklerinin feshin geçersizliğinin tespiti davasından bağımsız olarak davaya konu edilebileceği sonucunu da ortaya çıkarmaktadır. Böylece işçi feshin geçersizliğinin tespiti davasının sonucu beklenmeksizin kıdem ve ihbar tazminatlarını talep edebilir, mahkemelerin de bu hususu bekletici mesele yapmaları gerekmez.

İşçinin işe başlatılması halinde daha önce ödenen ihbar ve kıdem tazminatları, İş Kanunu'nun 21/4. maddesi uyarınca boşa geçen süreye ait ücret ve diğer haklardan mahsup edilerek işverene iade edilir. Kanımızca ihbar ve kıdem tazminatlarının dava yoluyla ödenmiş olması da bu sonucu değiştirmez.

b- Yıllık İzin Ücretinin Fesih Tarihine Göre Hesabı

İşe başlatılmamanın fesih niteliğinde olmadığı görüşü benimsendiğinde, yıllık izin ücreti de geçersizliği tespit edilen fesih tarihine ve aynı tarihteki son ücrete göre hesaplanmalıdır. Esasen işçinin çalışmasının olmadığı dört aya kadar boşa geçen sürenin yıllık izin yönünden çalışılmış süreler eklenmesi yerinde değildir. Yıllık izin yönünden çalışılmış gibi sayılan hallerin düzenlendiği İş Kanunu'nun 55. maddesinde de boşa geçen sürenin yıllık izin hesabında dikkate alınması gerektiği öngörülmüştür.

Yıllık izin ücretinin fesih tarihine göre belirlenmesi ile işe başlatılmama tarihindeki ücret

tin ispatı ile ilgili sorunlar ortadan kalkar. Dört aya kadar boşta geçen sürenin ilavesiyle artık fark yıllık izin ücreti gündeme gelmez. Hatta işyerinde sadece sekiz ay çalışmış olan işçinin açmış olduğu dava sonucunda feshin geçersizliğinin tespiti halinde dört aylık boşta geçen sürenin ilavesiyle ilk defa yıllık izin hakkının doğumu gibi İş Kanunu'nun 55. maddesine aykırı bir sonuç ortaya çıkmaz.

Yıllık izinleri tam olarak kullandırmamış olan işveren işçinin işe iade davasını açıp açmaya-çağını ve açılmışsa davanın sonucunu beklemeksizin fesih tarihindeki ücrete göre ödemeyi yapmak suretiyle borcunu eda etmiş olabilir.

İşçinin işverence işe başlatılması halinde yıllık izinlerin hesabı bir soru olarak akla gelebilecektir: İşçinin işe iade davası sonrasında işe başlatılması halinde iş ilişkisinin kaldığı yerden devam ettiği kabul edilebilir. Bu halde yıllık izin hesabı da aralıklı çalışma esasına göre belirlenir. İşçinin önceki izinlerinin kullanılması veya fesihte karşılığının ödenmesi halinde, yıllık izne esas toplam çalışma süreleri bakımından tüm hizmetler gözetilse de ancak sonraki çalışmaları için yıllık izin hesabı yapılır. Örneğin beş yıl altı ay çalışmış ve iş sözleşmesi geçerli neden olmaksızın feshedilen bir işçiye fesihte yıllık izin hakları ödenmiş olsun, işe iade davası sonrasında işçi işe başlatılırsa işçinin meslek kıdemi beş yılı aşmakla sonraya ait yıllık izinler yirmi gün üzerinden hesaplanır. Üstelik İş Kanunu'nun 54. maddesi hükmü gereği altı aylık artık süre, yeni hizmetlerine eklenir ve işçi, işe iade sonrasında sadece altı ay çalışmakla yıllık izin hakkını kazanır.

c- Dört Aya Kadar Boşta Geçen Süre Ücretinin Tazminat Olarak Değerlendirilmesi

Boşta geçen süre ücret ve diğer haklarının çalışma karşılığı olmaması ve işçinin boşta geçen süreye ilişkin uğradığı zararın giderimine yönelmiş oluşu sebebiyle tazminat olarak değerlendirilmesi yerinde olur. Belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce haklı nedene dayanmaksızın işverence feshinde işçiye ödenmesi gereken bakiye süre ücretine benzetilebi-

li ve aynı bakiye süre gibi dört aya kadar boşta geçen süre de hizmet süresine eklenmemelidir. Aksi halde feshin geçersizliğinin tespiti davası her zaman, işçinin fark istekler için yeni taleplerde bulunması amacına hizmet etmiş olur.

d- Fesihte Tanınan İhbar Öneli ve İş Arama İzinlerinin Yasal Geçerliliği

İşe başlatmama fesih olarak değerlendirilmediğinde, geçerli nedene dayanmadığı saptanan fesihte bildirim süresi tanınmış veya bildirim sürelerine ait ücret peşin ödenmişse işe başlatmama olayına göre ihbar tazminatı ödenmesi gerekmez. Bildirim süresi tanınmışsa verilen iş arama izinleri de geçerliliğini sürdürür. İş arama izinlerinin geçersiz feshi yapılan ihbar öneli içinde kullanıldığı gerekçesiyle geçersiz olduğu ve İş Kanunu'nun 27. maddesine göre zamlı ücretle ödenmesi gerektiği ileri sürülemez. Böylece güncel bir sorun⁴⁹ temelden çözümlenmiş olur ve konuyla ilgili uygulama İş Kanunu'nun 21/4. maddesi hükmüne aykırı olmaktan çıkar.

G- İŞE BAŞLATMAMANIN SONUÇLARI

a- İşe İade Davasında İşe Başlatmama Tazminatının Miktar Olarak Belirlenmesi

Fesih ve işe başlatmamayla ilgili kavramlar yerli yerine oturduktan sonra iş güvencesi uygulamasının gerçek kimliğine bürüneceği düşüncesindeyiz. İşçi işe iadesini talep ediyorsa feshin geçersizliğinin tespiti yönünde davasını açabilecektir. Kıdem ve ihbar tazminatı ile yıllık izin hakları yönünden ilerde fark isteklerin doğabileceği düşüncesi ile sözü edilen tespit davası açılmayacaktır. Böylece iş davaları sayısında yaklaşık 1/3 oranında azalma yaşanabilecek ve bu durum feshin geçersizliğinin tespiti davalarının yasada yer alan sürelerle yakın bir sürede sonuçlanabilmesine imkan sağlayabilecektir.

Asıl önemli fayda, feshin geçersizliğinin tespitine karar verildiğinde işe başlatmama tazmi-

natının da miktar olarak belirlenmesi ile ortaya çıkacaktır. Fesih tarihindeki ücret üzerinden dört-sekiz aylık süreler için (sendikal nedende bir yıldan az olmamak üzere) hesaplama yapılarak işe başlatmama tazminatının miktarının da belirlenmesiyle İş Kanunu'nun 21/2. maddesindeki emredici kurala uygun bir karar verilmiş olacaktır. Bu yolla işe başlatılmayan işçinin, mahkemenin belirlediği miktarı ilamlı icraya konu edebilmesi bir görüş olarak ileri sürülebilecektir.

Mevcut uygulamada yasaya aykırı şekilde miktar yerine süre olarak yapılan tespitten sonra işe başlatılmayan işçi işe başlatmama tazminatını ya da boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklarını ilamsız icra takibine konu edebilmektedir. Borçlu işverenin itirazı üzerine açılan itirazın iptali davalarında daha önce ücret miktarı belirlenmemiş olmakla genelde bir miktar sorunu yaşanmakta ve bu nedenle icra inkar tazminatına hükmedilmemektedir⁵⁰.

İşveren de işe başlatmadığı işçiye derhal bir ödeme yapması gerektiğini bildiğinden işe iade yönünde bir karar almasında bu durum etkili olabilecektir.

Yeri gelmişken belirtmek gerekir ki, mahkemenin kararı feshin geçersizliğinin tespiti şeklinde olmalıdır. İşe iade yönünde bir karar verilmemelidir. Gerçekten İş Kanunu'nda işçinin işe iadesi yönünde karar verileceği düzenlenmemiştir. Mahkemece "feshin geçerli nedene dayanmadığının tespitine, kesinleşen kararın işçiye tebliğinden itibaren işçinin on iş günü içinde işe başlamak için başvuruda bulunması halinde işverence bir ay içinde işe başlatılmadığı takdirde ... TL işe başlatmama tazminatının davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine" şeklinde hüküm kurulmalıdır.

Yargıtay 4773 sayılı Yasa ile 1475 sayılı İş Kanunu'na eklenen hükümler çerçevesinde ilk dönemde verdiği kararlarında da işe başlatmama tazminatının miktarını belirlemiştir. Ancak kısa süre sonra bu uygulamadan vazgeçmiş ve miktar yerine süre olarak belirleme niteliğinde kararlar vermeye başlamıştır⁵¹.

Yargıtay'a göre işe iade davası hukuken tespit niteliğinde olduğu için maktu karar ve ilam harcına tabidir. Öğretide Harçlar Kanunu'nun

15. ve 16. maddeleri çerçevesinde maktu değil nispi harç alınması gerektiği ileri sürülmüştür⁵².

Yine öğretide haklı olarak feshin geçersizliğinin tespiti davasında, karar ve ilam harcının işe iadenin gerçekleşmeme ihtimaline göre işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen en çok dört aylık süre ücret ve diğer haklar tutarı toplamı üzerinden nispi olarak hesaplanması gerektiği ileri sürülmüştür⁵³. Bu durumda harçla ilgili yukarıdaki görüşü paylaşan yazarlar tarafından da, feshin geçersizliğinin tespiti davasında, işe başlatmamanın sonuçlarının miktar olarak hüküm altına alınmasının kabul edildiği izlenimi doğmaktadır.

Yargıtay'ın işe iade kararını bütünüyle tespit hükmü sayan görüşü de öğretide ele alınmış ve eleştirisi konusu olmuştur⁵⁴.

Bize göre davanın tespit hükmü olan kısmı feshin geçersizliğinin belirlendiği bölümdür. İşe başlatmama ihtimaline göre belirlenecek olan işe başlatmama tazminatı ile işçinin başvuru koşuluna bağlı dört aya kadar boşta geçen süre ücretleri yönünde miktar belirtilerek şarta bağlı da olsa tahsil hükmü kurulmalı ve nispi karar ve ilam harcına hükmedilmelidir. İşe başlatmamanın sonuçları yönünden şarta bağlı eda hükmü kurulabilmelidir. Kararın avukatlık ücreti ve yargılama giderleri bölümleri ise tamamen eda hükümleridir⁵⁵. Bu açıdan feshin geçersizliğinin tespiti davası sonuçlarıyla birlikte ele alındığında, tespit, şarta bağlı tahsil ve eda hükümlerini içeren atipik bir dava türüdür.

Öğretide, işe iade davaları bakımından Yargıtay'ın kararlarında geçen feshin geçersizliği, tazminat ve ücret kısımlarının tamamının tespit niteliğinde olduğu belirtilmiştir⁵⁶. Yargıtay'ın kabul ettiği karar formatına göre başka türlü sonuca varmak da mümkün değildir. Bizim görüşümüz, karar formatının yukarıda açıklandığı şekliyle tümüyle değişmesi ve belli şartlara bağlı tahsil hükmü kurularak, ilamın icraya elverişli hale getirilmesi yönündedir.

Bu bölümde son olarak belirtmek gerekir ki, işe başlatmama tazminatı feshin geçersizliği davasında miktar olarak belirlense de faize dair hüküm kurulmamalıdır. Davanın özelliği gereği hüküm tarihinden itibaren faiz uygulanması da söz konusu olmaz. Zira hüküm işçinin işe

başlatılmaması şartına bağlı olarak kurulmuştur ve bu şart gerçekleşmeden tazminatın tahsil kabiliyeti yoktur. Şartın gerçekleşmesine rağmen ödememe halinde ayrıca temerrüde düşürülmeksizin kesinleşen hükmün bir sonucu olarak yasal faiz uygulanması gerektiği düşüncesindeyiz.

b- Dört Aya Kadar Boşta Geçen Süre Ücret ve Diğer Haklarının Hüküm Altına Alınması

Feshin geçerli nedene dayanmadığını tespit eden mahkeme, işe başlatmama halinde ödemesi gereken tazminat miktarını belirledikten sonra kararın kesinleşmesine kadar boşta geçen süreye ait en çok dört ayla sınırlı ücret ve diğer hakları da hüküm altına almalıdır. Hesaplanan da fesih tarihindeki ücret üzerinden yapılması pratik faydalar sağlayacaktır. Diğer haklar da fesih öncesindeki son ay dikkate alınarak belirlenebilecek bir husustur.

Yargıtay uygulamasına göre boşta geçen en çok dört aya ait ücret ve diğer hakların da miktar belirtilerek hüküm altına alınması hatalıdır⁵⁷.

Oysa Yargıtay 4773 sayılı Yasa ile 1475 sayılı İş Kanunu'na eklenen hükümler çerçevesinde ilk dönemde verdiği kararlarında boşta geçen süreye ait ücretlerin tahsiline dair kararlar da vermiştir⁵⁸.

Bu konudaki görüşümüz de ikinci bir uyuşmazlığa mahal verilmemek üzere hüküm fıkrasında miktar belirtilmesi şeklindedir. İşçinin boşta geçen süreye ait ücret ve diğer alacaklara hak kazanması, işe iade yönünde yasal süresi içinde işverene başvurmasına bağlı olduğundan, mahkeme kararında "işçinin yasal süresi içinde işe başlama yönünde başvurusu halinde TL boşta geçen süreye ait ücret ve diğer hakların davalıdan tahsiliyle davacıya verilmesine" şeklinde karar verilmelidir.

Kararda, faize dair hüküm kurulmamalıdır. İşçinin işe başvurması halinde mahkeme kararında geçen şart gerçekleşmiş olmakla işverenin ayrıca temerrüde düşürülmesinin gerekmediği, işçinin işe başlamak için başvurduğu tarihten sonrası için faiz istenebileceği kabul edilmelidir. Yine görüşümüz, boşta geçen süre

ücreti ve diğer haklar çalışma karşılığı olmadığından ve işçinin boşta geçirdiği süredeki zararının kısmen giderilmesini hedeflediğinden, tazminat niteliğinde olan bu istek için de yasal faizin yürütülmesi gerektiği şeklindedir. İşçinin en çok dört aya kadar süre içinde başka bir işverene bağlı olarak çalışması karşılığı elde ettiği ücret ve diğer gelirlerin düşülmemesi de tazminat savını güçlendirmektedir.

SONUÇ

Yargıtay'ın 2011 yılı istatistiklerine göre Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'ne bir önceki yıldan devredilen dosya sayısı 44.049 olup, aynı yıl 55.000 yeni dosya gelmiştir. Bir yıl içinde çözümlü gereken dosya sayısı 99.049 olmuştur. İlgili Daire yıl içinde 17.815 dosyayı incelenmek üzere ilgili Dairelere göndermiş, 32.532 dosya ise karara bağlanmıştır.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi yeni kurulmuş olmasına rağmen aynı yıl içinde 18.698 dosya gelmiştir. Her iki Dairenin yıl içindeki toplam iş yükü 117.747 dosya olmuştur⁵⁹.

İş Kanunu'nun 20/3. maddesinde, feshin geçersizliğinin tespiti davalarının iki ay içinde sonuçlandırılacağı ve Yargıtay'ın bir ay içinde karar vereceği belirtilmektedir. Bu düzenleme, genel olarak çok ağır iş yükü bulunan mahkemeler bakımından gerçekçi değildir⁶⁰.

Yargıtay'ın iş dairelerinin iş yükü 4857 sayılı İş Kanunu'nun özellikle iş güvencesi hükümlerinin uygulanma şeklinden kaynaklanmaktadır.

Feshin geçersizliği davasında işe iadeye karar verilmekle birlikte, işe başlatmama tazminatının miktar olarak belirlenmemesi ve boşta geçen en çok dört aya kadar isteklerle ilgili olarak tahsil hükmü kurulmaması, uyuşmazlığı başka bir yargılamaya ötelemektedir. İşe iade davasının bir an önce sonuçlanması gerektiği açıktır. İşe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süreye ait hakların belirlenmesinin davayı uzatan bir etkisinin olacağı ileri sürülebilirse de, işçinin başvurusunun veya işverenin işe başlatmamasının sonuçları hükme bağlanmamakla ilamın infaz yönü eksik kalmaktadır. İşçinin işe başlatılmaması halinde başlatmamanın sonuçlarının veya boşta geçen süreye ait ücretlerin yeni bir dava ile talep edilmesi gerekliliğinin, hak sahibi ko-

numundaki işçiye açıklanması zor bir durumdur. Feshin geçersizliğinin tespiti davasında verilen ilamın infaz yönünün eksik oluşu da yargıya duyulan güveni zedelemektedir.

İşe başlatmamanın fesih olarak değerlendirildiği uygulamanın, dava sayısının artmasında etkisi vardır. Geçerli nedene dayanmadığı tespit edilen fesihte işverence yapılan ödemeler hiçbir zaman borcu sona erdirmemekte, işçi işe başlatılmadığında, işe başlatmama tarihine ve bu tarihteki ücrete göre her zaman fark tazminat ya da işçilik alacakları talebi gündeme gelmektedir.

İş güvencesi hükümleri yönünden yasa değişikliği ihtiyacı hissedilse de, mevcut yasal düzenlemeler çerçevesinde dahi, öğretinin olumlu katkısı ve Yargıtay'ın birkaç konuda yapabileceği içtihat değişiklikleriyle iş güvencesine ciddi bir ivme kazandırılabilir ve iş yargısını detaylara boğan ve gereksiz davalara neden olan yaklaşımlardan sıyrılabiliriz. Ortaya çıkabilecek sonuçlar işçi ve işveren yararına olacağı gibi iş yargısının yoğun iş yüküne de olumlu yönde katkı sağlayacaktır.

Yargıtay iş dairelerinin her ikisinin de geçersiz sayılan fesihte kullanılan ihbar önelini geçerli saymaları ve işe başlatılmayan işçiye ihbar tazminatı verilmeyeceğini kabul etmeleri⁶¹ ve yasal zemine dayanan bu görüşün öğretide kabul görmesi⁶², işe başlatmamanın fesih niteliğinde olmadığı yönündeki düşüncemizi dolaylı olarak destekler mahiyettedir.

Özellikle Yargıtay'ın son kararında⁶³, "...Fesih geçerli nedenden yoksun olsa ve 20. maddedeki dava neticesinde bu yön tespit edilse dahi hüküm, çözülen iş ilişkisinin fiilen yeniden sürmesini gerçekleştirmeye yeterli değildir. Belirleyici olan işçinin süresi içinde başvurusunun ardından işverenin "azamî" 1 ay içinde nasıl bir tutum sergileyeceğidir..." şeklinde ifadelerle yer vermesi, yukarıda açıkladığımız görüşümüz doğrultusunda değişim umudu vermektedir. Kararda mahkemenin verdiği tespit kararının feshi ortadan kaldırmadığı açıkça ifade edilmiştir.

Yine Yargıtay'ın 2013 yılında verdiği onama kararı ile de geçersiz sayılan fesihte veri-

len ihbar önelinin, dört aya kadar boşa geçen sürenin ilavesiyle artması halinde, artan kısım itibarıyla ihbar tazminatı istenemeyeceği kabul edilmiştir⁶⁴.

DİPNOTLAR

- 1 Bkz. Yargıtay HGK. 17.06.2009 gün, 2009/9-232 E. 2009/278 K. karşı oy yazısı, karar için bkz. Çil, Şahin: Yargıtay İlke Kararları, Ankara 2009, s. 248.
- 2 Süzek, Sarper: İş Hukuku, 8. baskı, İstanbul 2012, s. 529.
- 3 Esener, Turhan: İş Hukuku Bası 3. Ankara 1978, s. 223; Oğuzman, Kemal: Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet "İş" Aktinin Feshi, İstanbul 1955, s. 172; Süzek, Sarper: İş Aktini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, İş Güvencesi Konusunda Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Ankara 1976, s. 106.
- 4 Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri, 25. bası, İstanbul 2012, s. 199.
- 5 Süzek, Sarper: İş Hukuku, 8. baskı, İstanbul 2012, s. 529.; Yenilik doğuran haklar ve fesih konularında ayrıntılı bilgi için bkz. Baycık, Gaye: İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2011, s. 232 ve 381 vd.
- 6 Engin, Murat: İş Sözleşmesinin İşletme Gereklilikleriyle Feshi, İstanbul 2003, s. 10.
- 7 Saymen, Ferit, H.: Türk İş Hukuku, İstanbul 1954, s. 570; ve aynı yönde Tunçomağ, Kenan: Türk İş Hukuku, İstanbul 1971, s. 439.
- 8 Yargıtay 9. HGK, 23.12.2009 gün, 2009/9-256 E, 2009/583 K. Bkz. Çil, Şahin: Yargıtay İlke Kararları, 4. baskı, Ankara 2011, s. 380.
- 9 Yargıtay 9. HD. 07.02.2005 gün, 2005/1606 E, 2005/3297 K. Bkz. Çankaya/Günay/Göktaş: İşe İade Davaları, 2. baskı, Ankara 2006; Yargıtay 9. HD. 03.06.2004 gün, 2004/1531 E, 2004/13357 K. Bkz. Kılıçoğlu/Şenocak: İş Güvencesi Hukuku, İstanbul 2007, s. 1277; Yargıtay 9. HD. 24.12.2010 gün 2009/43415 E, 2010/40486 K. Bkz. Çil, Şahin: Yargıtay İlke Kararları, 4. baskı, Ankara 2011, s. 366.
- 10 İş K. m 21/5.
- 11 Bkz. Baycık, Gaye: İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2011, s. 392 vd.
- 12 Yargıtay 9. HD. 10.10.2005 gün, 2005/2277 E, 2005/32778 K. Bkz. Çil, Şahin, İş Kanunu Şerhi, 2. baskı, Ankara 2007, 2. Cilt, s. 1476.
- 13 İş K m. 17.
- 14 İşe başlatmamanın fesih olduğu yönündeki görüş ve değerlendirmeler için bkz. Süzek, Sarper: İş Hukuku, 8. baskı, İstanbul 2012, s. 655 vd.
- 15 Kılıçoğlu/Şenocak: İş Güvencesi Hukuku, İstanbul 2007, s. 483.
- 16 Mahkemece verilen feshin geçersizliğine dair kararın önceki feshi ortadan kaldırdığı görüşü için bkz. Mollamahmutoğlu, Hamdi: İş Hukuku, 4. bası, Ankara 2011, s. 930 vd.

- 17 Yılmaz, Ejder: İşe İade Başvurusunun Avukat Aracılığıyla Yapılabilirliği, Sicil Haziran 2009, Sayı 14, s. 130.
- 18 Yargıtay 22. HD. 30.04.2012 gün, 2011/4289 E, 2012/8251 K. Bkz. Çil, Şahin: Yargıtay İlke Kararları, 5. baskı, Ankara 2012, s. 426 vd.
- 19 Yargıtay 9. HD. 12.04.2005 gün, 2004/18066 E, 2005/12952 K. Bkz. Çil, Şahin: İş Kanunu Şerhi, 2. baskı, Ankara 2007, 2. Cilt, s. 1501.
- 20 Yargıtay 9. HD. 11.07.2005 gün, 2005/20810 E, 2005/24800 K. Karar ve inceleme için bkz. Aktay, Nizamettin: İşe İade Davası Sonrası İşçinin İşe Davet Edilmesine Rağmen İşe Başlamamasının Sonuçlarına İlişkin Yargıtay Kararı İncelemesi, Sicil Eylül 2006, Sayı 3, s. 103 vd.
- 21 Yargıtay 9. HD. 01.12.2005 gün, 2005/10324 E, 2005/37706 K. Bkz. Çankaya/Günay/Göktaş: İşe İade Davaları, 2. baskı, Ankara 2006, s. 1010.
- 22 Yargıtay 9. HD. 02.07.2012 gün, 2010/18004 E, 2012/25532 K. Bkz. Çil, Şahin: Yargıtay İlke Kararları, 5. baskı, Ankara 2012, s. 974 vd.
- 23 Bkz. Kar, Bektaş: İş Güvencesi ve Uygulaması, 2. baskı, Ankara 2011, s. 1284.
- 24 Bkz. Mollamahmutoglu, Hamdi: İş Hukuku, 4. bası, Ankara 2011, s. 1018.
- 25 Yargıtay 22. HD. 30.04.2012 gün, 2011/14289 E, 2012/8251 K. Bkz. Çil, Şahin: Yargıtay İlke Kararları, 5. baskı, Ankara 2012, s. 426 vd.
- 26 Yargıtay 9. HD. 30.01.2006 gün, 2005/38852 E, 2006/1802 K. Bkz. Çankaya/Günay/Göktaş: İşe İade Davaları, 2. baskı, Ankara 2006, s. 900 vd.
- 27 Bkz. Süzek, Sarper: İş Hukuku, 8. baskı, İstanbul 2012, s. 658.
- 28 Yargıtay 9. HD. 02.05.2012 gün, 2012/13655 E, 2012/15216 K. Bkz. Çil, Şahin: Yargıtay İlke Kararları, 5. baskı, Ankara 2012, s. 419 vd.
- 29 İş K. m. 59.
- 30 Yargıtay 9. HD. 10.12.2005 gün, 2004/29557 E., 2005/109 K.
- 31 Yargıtay 9. HD., 30.05.2005 gün, 2005/16342 E., 2005/19713 K. "...Ayrıca işe başlatmama tazminatı ve boшта geçen süre ücreti talep olmasa da resen dikkate alınmalıdır."
- 32 Ekmekçi, Ömer: Yargıtay'ın İşe İade Davalarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, Legal, İHSGHD Ocak-Mart 2004, s. 178.
- 33 Yargıtay 9. HD. 02.05.2005 gün, 2004/20805 E., 2005/15386 K. "...İşe iade davasında talep edilmediği için belirlenmeyen, çalışılmayan dört aya kadar ücret ve diğer hakların dava veya icra takibi yoluyla "ilamsız takip" davalıdan talep edilmesi mümkündür. Bu davanın açılması bir aylık hak düşürücü süreye tabi değildir."
- 34 Ekmekçi, Ömer: Yargıtay'ın İşe İade Davalarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, Legal, İHSGHD Ocak-Mart 2004, s. 179.
- 35 Eyrenci/Taşkent/Ulucan: Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2004. s. 142.
- 36 Süzek, Sarper: İş Hukuku, 8. baskı, İstanbul 2012, s. 662.
- 37 Kamu-İş Bilgi Bülteni, yıl 7 sayı 49, sayfa 2'de bulunan anılan Kurum yazısı.
- 38 SSK Sigorta İşleri Genel Müdürlüğü Sigorta Primleri Dairesi Başkanlığı 4.3.2004 gün ve 16-330 sayılı Genelgesi.
- 39 Ekmekçi, Ömer: S.S. Kurumu Başkanlığının, İşe İade Kararları İçin Prim Belgeleri Verilmesi ve Primlerin Ödenmesi Sürelerine İlişkin 4.3.2004 Tarih ve 16-330 Sayılı Genelgesi Üzerine, Legal İSGHD, sayı 7, s. 966-972.
- 40 Ekmekçi, Ömer: S.S. Kurumu Başkanlığının, İşe İade Kararları İçin Prim Belgeleri Verilmesi ve Primlerin Ödenmesi Sürelerine İlişkin 4.3.2004 Tarih ve 16-330 Sayılı Genelgesi Üzerine, Legal İSGHD, sayı 7, s. 968.
- 41 Mollamahmutoglu, Hamdi: İş Hukuku, 4. bası, Ankara 2011, s. 936.
- 42 Süzek, Sarper: İş Hukuku, 8. baskı, İstanbul 2012, s. 656 vd.
- 43 Yargıtay 9. HD. 04.02.2009 gün, 2007/36071 E, 2009/1496 K.
- 44 Yargıtay HGK. 23.12.2009 gün, 2009/9-526 E, 2009/583 K. Bkz. Çil, Şahin: Yargıtay İlke Kararları, 4. baskı, Ankara 2011, s. 379 vd.
- 45 Yargıtay 22. HD. 14.05.2012 gün, 2012/6929 E, 2012/9822 K. Bkz. Çil, Şahin: Yargıtay İlke Kararları, 5. baskı, Ankara 2012, s. 280 vd.
- 46 Yargıtay 9. HD. 24.12.2012 gün, 2012/5080 E, 2012/43839 K. "...Fesih geçerli nedenden yoksun olsa ve 20. maddede ki dava neticesinde bu yön tespit edilse dahi hüküm, çözülen iş ilişkisinin fiilen yeniden sürmesini gerçekleştirmeye yeterli değildir. ...Dairemizce yukarıda 2 numaralı bentte açıklandığı somut uyuşmazlıkta, geçersizliğine karar verilen fesihle verilen önelin yasanın açık hükmü karşısında usulüne uygun olduğu kabul edilmiştir."
- 47 Yargıtay 9. HD. 17.06.2008 gün, 2008/12025 E, 2008/16090 K. Bkz. Kar, Bektaş: İş Güvencesi ve Uygulaması, 2. baskı, Ankara 2011, s. 1284.
- 48 Yargıtay 9. HD. 11.07.2005 gün, 2005/20810 E, 2005/24800 K. Karar ve eleştirisi için bkz. Aktay, Nizamettin: İşe İade Davası Sonrası İşçinin İşe Davet Edilmesine Rağmen İşe Başlamamasının Sonuçlarına İlişkin Yargıtay Kararı İncelemesi, Sicil Eylül 2006, Sayı 3, s. 103 vd.
- 49 Bkz. Yukarıda D-c-4 bölümündeki açıklamalar.
- 50 Yargıtay 9. HD. 19.04.2010 gün, 2008/24821 E, 2010/11311 K.; Yargıtay 9. HD. 21.10.2010 gün, 2010/27791 E, 2010/29938 K. Bkz. Kar, Bektaş: İş Güvencesi ve Uygulaması, 2. baskı, Ankara 2011, s. 1314 vd.
- 51 Yargıtay 9. HD. 30.10.2003 gün, 2003/18346 E, 2003/18347 K.; Yargıtay 9. HD. 13.11.2003 gün, 2003/17457 E, 2003/19298 K. Bkz. Çankaya/Günay/Göktaş: İşe İade Davaları, 2. baskı, Ankara 2006, s. 986 vd.
- 52 Yılmaz, Ejder: İşe İade Davalarında Yargılama Usulü İle İlgili Özellikler, Sicil Aralık 2006, Sayı 4, s. 24.
- 53 Özekes, Muhammet: Hukuk Yargılaması ve İcra Hukuku Yönünden İşe İade Davaları ve Uygulama Sorunları, İş

Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Legal İstanbul 2005, 131-170.; Aynı yönde, Çankaya/Günay/Göktaş: İşe İade Davaları, 2. baskı, Ankara 2006, s. 239.

- 54 Özekes, Muhammet: İşe İade Davalarında Hüküm Altına Alınan Alacakların Takibi ve İcra Tazminatları, Sicil Aralık 2006, s. 33 vd.
- 55 Yılmaz, Ejder: İşe İade Davasında Verilen Hükümün İcra Takibine Konulması, Sicil Mart 2010, Sayı 17, S. 51.
- 56 Yılmaz, Ejder: İşe İade Davasında Verilen Hükümün İcra Takibine Konulması, Sicil Mart 2010, Sayı 17, S. 50.
- 57 Yargıtay 22.HD 14.06.2012 gün, 2012/1443 E, 2012/13542 K. Bkz. Çil, Şahin: Yargıtay İlke Kararları, 5. baskı, Ankara 2012, s. 421 vd.
- 58 Yargıtay 9. HD. 30.10.2003 gün, 2003/18346 E, 2003/18347 K. Bkz. Çankaya/Günay/Göktaş: İşe İade Davaları, 2. baskı, Ankara 2006, s. 988 vd.
- 59 Canbolat, Talat: Yargıtay'ın Toplu İş Hukukuna İlişkin 2011 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, yayımlanmamış tebliğ.
- 60 Yılmaz, Ejder: İşe İade Davalarında Yargılama Usulü İle İlgili Özellikler, Sicil Aralık 2006, Sayı 4, s. 26.
- 61 Yargıtay 22. HD. 14.05.2012 gün, 2012/6929 E, 2012/9822 K. Bkz. Çil, Şahin: Yargıtay İlke Kararları, 5. baskı, Ankara 2012, s. 280 vd.; Yargıtay 9. HD. 24.12.2012 gün, 2012/5080 E, 2012/43839 K. kişisel arşiv.
- 62 Süzek, Sarper: İş Hukuku, 8. baskı, İstanbul 2012, s. 657.
- 63 Yargıtay 9. HD. 24.12.2012 gün, 2012/5080 E, 2012/43839 K.
- 64 Yargıtay 9. HD. 14.01.2013 gün, 2012/39270 E, 2013/26202 K. Onama kararı, Kırıkkale 2. İş Mahkemesinin 01.11.2012 gün ve 2012/742 E, 2012/257 K. "...Geçersizliğine karar verilen fesih bildirimini 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. Somut olayda, davalı işverence daha önce davacıya usulüne uygun olarak ihbar öneli verilmiş olup, feshin geçersizliğine karar verildikten sonra ise başlatılmayan davacıya İş Kanunu'nun 21. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca tekrar ihbar öneli verilmesine gerek olmadığından ihbar tazminatı isteğinin reddine karar vermek gerekmiştir."

KAYNAKLAR

- Aktay, Nizamettin: İşe İade Davası Sonrası İşçinin İşe Davet Edilmesine Rağmen İşe Başlamamasının Sonuçlarına İlişkin Yargıtay Kararı İncelemesi, Sicil Eylül 2006, Sayı 3.
- Baycık, Gaye: İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2011.
- Canbolat, Talat: Yargıtay'ın Toplu İş Hukukuna İlişkin 2011

Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, yayımlanmamış tebliğ.

- Çankaya/Günay/Göktaş: İşe İade Davaları, 2. baskı, Ankara 2006.
- Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri, 25. bası, İstanbul 2012.
- Çil, Şahin: İş Kanunu Şerhi, 2. baskı, Ankara 2007, 1., 2. Cilt.
- Çil, Şahin: Yargıtay İlke Kararları, 5. baskı, Ankara 2012.
- Çil, Şahin: Yargıtay İlke Kararları, 4. baskı, Ankara 2011.
- Çil, Şahin: Yargıtay İlke Kararları, Ankara 2009.
- Ekmekçi, Ömer: S.S. Kurumu Başkanlığının, İşe İade Kararları İçin Prim Belgeleri Verilmesi ve Primlerin Ödenmesi Sürelerine İlişkin 4.3.2004 Tarih ve 16-330 Sayılı Genelgesi Üzerine, Legal İSGHD, sayı 7.
- Ekmekçi, Ömer: Yargıtay'ın İşe İade Davalarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, Legal, İHSGHD Ocak-Mart 2004.
- Engin, Murat: İş Sözleşmesinin İşletme Gereklilikleriyle Feshi, İstanbul 2003.
- Esener, Turhan: İş Hukuku 3. Bası, Ankara 1978.
- Eyrenci/Taşkent/Ulucan: Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2004.
- Kamu-İş Bilgi Bülteni, yıl 7 sayı 49, sayfa 2'de bulunan anılan Kurum yazısı.
- Kar, Bektaş: İş Güvencesi ve Uygulaması, 2. baskı, Ankara 2011.
- Kılıçoğlu/Şenocak: İş Güvencesi Hukuku, İstanbul 2007.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi: İş Hukuku, 4. bası, Ankara 2011.
- Oğuzman, Kemal: Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet "İş" Aktinin Feshi, İstanbul 1955.
- Özekes, Muhammet: Hukuk Yargılaması ve İcra Hukuku Yönünden İşe İade Davaları ve Uygulama Sorunları, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Legal İstanbul 2005.
- Özekes, Muhammet: İşe İade Davalarında Hüküm Altına Alınan Alacakların Takibi ve İcra Tazminatları, Sicil Aralık 2006.
- Saymen, Ferit, H.: Türk İş Hukuku, İstanbul 1954.
- SSK Sigorta İşleri Genel Müdürlüğü Sigorta Primleri Dairesi Başkanlığı 4.3.2004 gün ve 16-330 sayılı Genelgesi.
- Süzek, Sarper: İş Hukuku, 8. baskı, İstanbul 2012.
- Süzek, Sarper: İş Aktini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, İş Güvencesi Konusunda Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Ankara 1976.
- Tunçomağ, Kenan: Türk İş Hukuku, İstanbul 1971.
- Yılmaz, Ejder: İşe İade Başvurusunun Avukat Aracılığıyla Yapılabilirliği, Sicil Haziran 2009, Sayı 14.
- Yılmaz, Ejder: İşe İade Davalarında Yargılama Usulü İle İlgili Özellikler, Sicil Aralık 2006, Sayı 4.
- Yılmaz, Ejder: İşe İade Davasında Verilen Hükümün İcra Takibine Konulması, Sicil Mart 2010, Sayı 17.

Durmuş ÖZCAN

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimi

İşe İade Davalarında İhtiyatî Tedbir Yoluyla veya Duruşma Açılmadan İşe İadeye Karar Verilip Verilemeyeceği Meselesi

1. İŞE İADE DAVASININ NİTELİĞİ

1. Genel Olarak

İş sözleşmesinin haksız veya geçersiz ya da usulsüz olarak feshedildiğini düşünen ve iş güvencesi hükümlerine tâbi olan işçi, fesih beyanının kendisine ulaşmasından itibaren 1 aylık hak düşürücü süre içinde, iş mahkemesine başvurup feshin geçersizliğinin tespitini ve işe iadesini isteyebilir¹.

Bir aylık sürenin başlangıcı, kural olarak fesih bildiriminde bulunmuş; ancak bunu işçiye tebliğ etmemiş olmasına rağmen işçi, örneğin işvereni şikâyet ederek, fesih bildirimini yapıldığı tarihi kesin olarak belirleyecek bir işlem yaparsa, dava açma süresi bu tarihte başlar. Bu anlamda işverenin fesih bildirimini tebliğden imtina edildiğine dair tutanakların tutulduğu tarih, tutanak tanzimcilerinin doğrulanması hâlinde, tebliğ tarihi sayılır. Eylemli fesih hâlinde dava açma süresi, eylemli feshin yapıldığı tarihte başlar. Fesih bildirimine karşı idarî itiraz yolu öngören personel yönetmeliği ya da sözleşme hükümleri dava açma süresini kesmeyeceği gibi, işçinin bu süre içinde hastalığı

nedeniyle rapor alması da dava açma süresini durdurmaz. Sözleşmenin ihbar öneli verilerek bildirimli feshi hâlinde dava açma süresi, önel sonunda değil, feshin işçiye tebliğ edildiği tarihte işlemeye başlar². Mevsimlik işlerde, mevsim başında işçi işe davet edilmediği takdirde, işe iade davasının mevsimlik işin başladığı tarihten itibaren 1 aylık süre içinde açılması gerekir. Ancak işe başlama tarihinin mevsimlik işçi tarafından bilinmesi gerekir. İşçi işe başlama tarihini bilmiyorsa, işçinin, işe davet edilmediğini öğrendiği tarihten itibaren veya işçinin işe başlatılması isteminin yerine getirilmemesi hâlinde, isteğin yerine getirilmeme tarihinden itibaren 1 aylık dava açma süresinin başlaması gerekir³. Davacı, açmış olduğu alacak davasını ıslah edip işe iade davasına dönüştürürse, 1 aylık süre yine fesih tarihine göre hesaplanır⁴.

Görevli mahkeme, 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca iş mahkemesidir. İş mahkemesi bulunmayan yerlerde ise asliye hukuk mahkemesidir. Asliye hukuk mahkemesi, işe iade davasına, "iş mahkemesi sıfatıyla" baktığını duruşma başlangıcında (tenzip) ve nihai kararında belirtmelidir. 6100 sayılı HMK m. 20 uyarınca, davanın görevsiz mahkemede açılması hâlinde, görevsizlik kararının

kesinleşmesinden itibaren 2 hafta içinde kararı veren mahkemeye başvurulması durumunda, bu mahkeme dosyayı görevli mahkemeye gönderir ve davaya kaldığı yerden devam edilir⁵. Hak düşürücü olan bu sürenin geçirilmesinden sonra mahkemeye başvurulması hâlinde ise, davanın açılmamış sayılmasına karar verilir.

Yetkili mahkeme, 5521 sayılı Yasa'nın 5. maddesine göre, davalı işverenin ikametgâhındaki veya işçinin iadesini istediği işyerinin bulunduğu yerdeki iş mahkemesidir. Bu yetki kesindir; re'sen dikkate alınır⁶.

Davacı, iş sözleşmesi feshedilen işçidir. Eğer sözleşmede hüküm varsa, sendika temsilcisi de işçi adına dava açabilir⁷. İşveren, birden fazla işçinin sözleşmesini aynı nedenle feshetmiş olsa bile, işçiler işe iade davalarını aynı dilekçe ile açamazlar; aralarında zorunlu dava arkadaşlığı yoktur. Şayet birlikte dava açmışlarsa, mahkeme her bir işçinin davasını ayırıp, yeni bir esasa kaydını sağlamalı ve gerekli harçlar tamamlanmalıdır⁸.

Davalı, kural olarak işçiyi çalıştıran ve işten çıkaran gerçek veya tüzel kişidir. Alt işveren ilişkisi var ve geçerli ise, her iki işveren de hasım gösterilmeli; davanın kabul ile sonuçlanması hâlinde, feshin geçersizliğinin tespiti ve işe iade yönünden sadece alt işveren aleyhine hüküm kurulmalı ve iş güvencesi tazminatı, boşta geçen süre ücreti ve yargılama giderleri yönünden her iki işveren aleyhine hüküm kurulmalıdır⁹. 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminde açılan davalar yönünden, asıl işveren-alt işveren ilişkisi muvazaalı ise, sadece asıl işveren hasım gösterilmeli; görünüşteki alt işveren de hasım gösterilmiş ise bu işveren yönünden dava husumet yokluğu nedeniyle reddedilmelidir¹⁰. Yargıtay'a göre, asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı veya Yasadaki unsurları taşıyıp taşımadığının belirlenebilmesi için; hukuksal ve ekonomik bağımsızlığa sahip iki ayrı işverenin bulunup bulunmadığı, alt işveren işçilerinin sadece asıl işverenden alınan iş kapsamında çalıştırılıp çalıştırılmadıkları, alt işverene verilen işin yardımcı işlerden olup olmadığı, alt işverenin işe uygun yeterli donanım ve tecrübeye sahip olup olmadığı, istihdam edeceği işçilerin nitelikleri-

nin yapılacak işe uygun olup olmadığı, alt işverene verilen işte asıl işverenin işçisinin çalışıp çalışmadığı, yapılan alt işverenlik sözleşmesinin iş hukukunun öngördüğü kamusal yükümlülüklerden kaçınmayı amaçlayıp amaçlamadığı, yapılan alt işverenlik sözleşmesinin işçilerin haklarını kısıtlamaya yönelik olup olmadığı araştırılmalıdır¹¹. İşveren adi ortaklık ise, husumet bütün ortaklara yöneltilmelidir¹². Kural bu olmakla birlikte, fesihden sonra işveren değişikliği yaşanmış ise, ne yapılması gerektiği çeşitli ihtimallere göre değişir. Fesihden sonra gerçek kişi işveren ölmüş ise, mirasçılara karşı dava açılmalıdır. Fesihden sonra tüzel kişi işveren tür değiştirmiş veya başka bir şirketle birleşmiş ise, yeni şirkete karşı dava açılmalıdır. Fesihden sonra işyeri başkasına devredilmiş ise, bir görüşe göre, burada İş K.6'ya göre hareket edilip, davanın devredene karşı açılması gerekir¹³. Ödünç iş ilişkisinde, işçinin ödünç esnasında sözleşmesinin ödünç verence feshedilmesi hâlinde, dava ödünç verene yöneltilmelidir.

Yargıtay'ın 6100 sayılı HMK'nın yürürlüğe girmesinden sonra verdiği kararlara göre, işe iade davalarına özgü olarak, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin söz konusu olduğu davalarda, davalı taraf yönünden bir çeşit şekli (usulî) bakımdan mecburi dava arkadaşlığının mevcut olduğu kabul edilmelidir. Bu çözüm tarzı hem işçi hem de işveren yönünde hukuka uygun, maddî ve usulî bakımdan her iki tarafın haklarını korumasını sağlayan bir çözümdür. Böyle olunca, işe iade davasının yalnızca asıl işveren veya alt işveren aleyhine açılması durumunda mahkemece dava hemen reddedilmemeli, davalı olarak gösterilmeyen asıl işveren veya alt işverene davanın teşmili için davacı tarafa süre verilmeli, verilen süre içinde diğer dava arkadaşına teşmil edilirse davaya devam edilmeli, aksi hâlde dava sıfat yokluğundan reddedilmelidir. Taraf teşkili sağlandıktan sonra işin esasına yönelik olarak yapılacak inceleme sonucunda, 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 yokluğundan davanın reddine karar verilmeli-

dir. Ancak 6100 sayılı HMK m. 327/2 uyarınca taraf sıfatı olmadığı hâlde davacıyı, davalı sıfatı kendisine aitmiş gibi yanılarak kendisine karşı dava açılmasına sebebiyet verdiği için, sıfat yokluğu nedeniyle hakkındaki davanın reddine karar verilen taraf lehine vekâlet ücreti takdir edilmemelidir¹⁴.

İşe iade davası bir tespit davasıdır¹⁵. Bu davada davacı işçi, işverenin yaptığı feshin geçersiz olduğunun tespiti ile işyerindeki işine iadesini, davayı kazanmasına rağmen işveren işe başlatmaz ise, işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süreye ait ücretini istemektedir. Dava, şarta bağlı hüküm olmayacağına dair usul kuralına bir istisna teşkil eder. Davadaki işe iade, boşta geçen süre ücreti, işe başlatmama tazminatı bir bütündür. Bu davada ayrıca taleple bağlılık kuralı da uygulanmaz. Zira davacı dava dilekçesinde, sadece işe iadesini istemiş olsa bile mahkeme feshi geçersiz sayarsa, hem işe iadeye hem de boşta geçen süre ücreti ile işe başlatmama tazminatına re'sen hükmetmelidir¹⁶. İşçi adına işe iade davası açan sendikanın, işveren ile yaptığı protokole göre işe başlatmama tazminatından vazgeçmesi hâlinde hâkim, feshi geçersiz sayıp işe iadeye karar verirse, İş K. m. 21/1, 2, 3 fıkraları emredici nitelikte olduğundan, protokol ile bağlı olmayıp, işe başlatmama tazminatına hükmetmelidir.

Mahkemenin dava sonucunda vereceği işe iade hükmü bir tespit hükmüdür. Şarta bağlı olduğundan ve mahkeme kararında, boşta geçen süre ücreti ve işe başlatmama tazminatıyla ilgili miktar belirtilmediğinden, ilamlı icraya konu edilemez. Ancak işçi dilerse ilamsız takip yoluna gidebilir¹⁷. İşçinin yaptığı işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre ücretine yönelik ilamsız takibe, işverenin süresi içinde itiraz etmesi hâlinde takip duracaktır. Mahkeme ilamının işe iade ile işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre ücretine ilişkin kısmı bir tespit hükmü olduğundan ve şarta bağlı olduğundan işçi, itirazın kaldırılmasını isteyemez; ancak iş mahkemesinde itirazın iptali davası açabilir. İtirazın iptali davasının sonucuna göre, her iki taraf da inkâr tazminatına mahkûm edilebilir¹⁸. Mahkemenin işe iade kararının hüküm kısmındaki yargılama gideri ve vekâlet ücretine

ilişkin hususlar yönünden ise, ilamlı icra yoluna başvurulabilir¹⁹.

İşe iade davası bir tespit davası olduğundan bu davada davacı işçi, hem işe iadesini hem de kıdem ve ihbar tazminatı gibi işçilik alacaklarını birlikte isteyemez. İki davayı birlikte açması hâlinde davanın reddedilmemesi; işçilik alacaklarına ilişkin davanın ayrılarak, ayrılan davada işe iade davasının sonucunun beklenmesi gerekir²⁰. Yargıtay'a göre davacı, açmış olduğu işe iade davasını ıslah ederek ihbar tazminatı ve kıdem tazminatı alacağına dönüştürebilir²¹. Yine işçi, açmış olduğu alacak davasını tümüyle ıslah ederek, işe iade davasına dönüştürebilir. Ancak bu hâlde dâhi bir aylık dava açma süresi, fesih tarihinden itibaren işlemeye başlar²².

6100 sayılı HMK yürürlüğe girmeden önce işe iade davalarında, HUMK m. 501-506 arasında düzenlenen seri yargılama usulü uygulanmaktaydı²³. Burada hüküm bulunmayan hâllerde, sözlü yargılama ve yazılı yargılama usulüne ilişkin hükümler uygulanıyordu²⁴. 6100 sayılı HMK'nın 316 ve 447. maddelerinde ise, bütün iş davalarında basit yargılama usulünün uygulanacağı öngörülmüştür. Bu Yasa'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte artık bütün iş davaları ve dolayısıyla işe iade davalarında da basit yargılama usulü uygulanmaya başlanmıştır. Basit yargılama usulünün uygulanmasıyla birlikte işe iade davasının 2 aylık süre içinde sonuçlanması zorlaşacağından, 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda yasal düzenleme yapılması ihtiyacı daha da artmıştır.

İşe iade davasında mahkeme; iş sözleşmesinin belirsiz süreli olup olmadığını, iş sözleşmesinin kim tarafından ve hangi nedenle feshedildiğini, işverenin bildirdiği geçerli nedenle bildirimli fesih sebebinin gerçekleşip gerçekleşmediğini, bildirim süresine uyulup uyulmadığını, feshin yazılı olarak ve açıkça yapıp yapılmadığını ve usulüne uygun olarak işçiye tebliğ edilip edilmediğini araştırmalıdır. Ayrıca, davacı işçinin; kıdemini, fesih tarihini, işçinin yetersizliği veya davranışından dolayı fesih yapılmış ise, fesihden önce usulüne uygun olarak işçinin savunmasının alınıp alınmadığını araştırmalıdır.

İşe iade davasında işçi; davalı ile arasında

belirsiz süreli hizmet sözleşmesi olduğunu, iş güvencesi kapsamında olduğunu, fesih tarihi itibarıyla işveren yanında en az 6 ay kıdemi olduğunu, fesih sırasında işyerinde en az 30 işçi çalıştığını ve kendisinin işveren vekili olmadığını, davayı süresinde açtığını ispatlamalıdır²⁵.

İşveren ise; fesih bildirimini yazılı, açık ve kesin olarak işçiye tebliğ ettiğini, fesih nedenini bildirdiğini, işçinin yetersizliği veya davranışı nedeniyle fesih hâlinde işçinin savunmasını da aldığı, feshi İş K. m.18'deki geçerli fesih nedenlerinden birine dayandığını ve feshin son çare olması ilkesine uyduğunu, gösterdiği fesih nedeninin gerçekleştiğini ispatlamalıdır²⁶. İşveren sözleşmeyi İş K. m.25 uyarınca feshetmiş ise, bu durumda feshin yazılı olarak yapılmış olması ve fesihden önce savunma alınması koşulları araştırılmayacaktır²⁷. Ayrıca işe iade davasında mahkemece, feshin İş K. m.26'daki 6 işgünü içinde yapılıp yapılmadığı incelenmez; fesih için haklı neden olup olmadığı veya haklı neden bulunmasa bile eylemin fesih için geçerli neden oluşturacak boyutta olup olmadığına bakılır²⁸.

2. Geçersiz Feshin (İşe İade Hükümünün) Sonuçları

Mahkeme, yaptığı yargılama sonucunda, işverenin yaptığı fesihte, İş K. m. 17, 18, 19, 20 ve 21'deki usule veya esasa ilişkin koşulların gerçekleştiğini, davacı işçinin haksız olduğunu belirlerse, davanın reddine karar verir. Gerek usul yönünden gerekse esas yönünden davanın reddine karar verilmiş olsun, bu kararın kesinleşmesi üzerine işçi, iş güvencesi hükümlerine göre bir talepte bulunamaz. Şartları varsa kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ve diğer işçilik alacakları için iş mahkemesinde dava açabilir²⁹.

Mahkemece, feshin geçersizliğinin tespiti ile işçinin işine iadesine karar verilmesi üzerine, tarafların tutumuna göre bu kararın sonuçları da değişir. İşverenin yaptığı feshin geçersizliğinin ve işe iadenin yürürlükte kalabilmesi için işçinin, işe iade kararının kesinleşmesinden itibaren 10 işgünlük hak düşürücü süre içinde işverene başvurması gerekir. Aksi hâlde, fesih geçerli hâlde gelir³⁰.

İşçinin, tekrar işe başlama isteğinin 10 işgünlük süre içinde işverenin hâkimiyet alanına

ulaşması gerekir. Başvuru herhangi bir şekle tâbi değildir. Başlama isteği posta, kargo, noter yoluyla bildirilmiş ise, 10 işgünü içinde bu tebligatın işverene ulaşması gerekir³¹. İşçinin işe başlamak için işverene başvurusu, yeni bir icap (öneri) değil, Kanundan ve mahkeme kararından doğan bir hakkın kullanımudur³². İşçi, bu hakkını kullanıp kullanmamakta serbesttir.

Öğretide bazı yazarlar ve Yargıtay'a göre, işe iade kararı kesinleşip işçinin 10 işgünü içinde işverene başvurması ve işverenin de işçiye işe çağırmasından sonra işçinin işe başlamaması hâlinde, bu durum Yasada düzenlenmediğinden, İş K. m. 21/5 hükmü kıyasen uygulanıp işçi işverene hiç başvurmamış gibi yorum yapılarak, feshin geçerli hâlde geldiği sonucuna ulaşılmalıdır. Bu durumda işçi, koşulları varsa, kıdem tazminatı ve ihbar tazminatı isteyebilir³³. Başka bir görüşe göre, Kanunda açık hüküm olmadığından işçi bu durumda işverene hiç başvurmamış gibi değerlendirilir ve fesih geçerli hâlde gelir. İşçi, iş güvencesi tazminatı ve boştaki geçen süre ücreti isteyemez³⁴. Bazı yazarlara göre, işçinin yaptığı bir usulsüz fesih gibi değerlendirilerek, daha önce ödenmiş işe ihbar ve kıdem tazminatı iade edilmeli ve işçi ihbar tazminatından sorumlu olmalıdır³⁵.

Kanaatimizce, işçinin işverene hiç başvurmadığı sonucuna varılmalı ve feshin geçerli hâlde geldiği kabul edilmelidir. Bu durumda işçi, koşulları varsa kıdem tazminatı ve ihbar tazminatı isteyebilir. Ancak iş güvencesi tazminatı ile boştaki geçen süre ücreti isteyemez. Ayrıca başlangıçta yapılan fesih sırasında usulüne uygun ihbar oneli verilmiş ise, işçi ihbar tazminatı da isteyemez. Burada işçinin usulsüz feshi sonucuna varılırsa, işçi, kötüniyetli işverenlerin işe çağrı teklifini kabul zorunluluğu altına girmiş olur. İşçiye ihbar tazminatı ödeme yükümlülüğü yüklenemez. Çünkü işçi, işverenin teklifini kabul etmek zorunda değildir. İşçi yasal hakkını kullandığından, sözleşmenin başlangıçta işveren tarafından geçerli nedenle bildirilmiş feshedildiği sonucu değişmez.

İşe iade kararının kesinleşmesinden itibaren 10 işgünlük süre içinde işçinin yaptığı başvurunun, 1 aylık süre işlerken işveren tarafından kabul edilerek işçinin işe tekrar başlaması

hâlinde, sözleşme yeniden kurulmuş olmayıp, iş sözleşmesi taraflar arasında hiç kesintiye uğramamış gibi devam eder³⁶. Yapılan fesih geçersiz olduğundan, İş K. m. 21/3 fıkrasındaki mutlak emredici hüküm nedeniyle, işçinin çalıştırılmadığı süreye ilişkin sözleşmeden doğan ücret ve diğer haklarının ödenmesi gerekir. Ancak burada, işçinin çalıştırılmadığı süre 4 aydan fazla da olsa, işçi 4 aylık ücreti ve buna bağlı haklarını isteyebilir. İşçinin çalıştırılmadığı süre 4 aydan az ise, fiilen çalışmadığı süreye göre haklarını alabilir. İşçi, tekrar işe başlatılsın veya başlatılmasın, 4 aylık boşta geçen süreye ilişkin ücret alacağını işverenden isteyebilir.

İşverenin işçiyi işe başlattığından söz edebilmek için, işe başlatmanın şarta bağlanmamış olması gerekir³⁷. İşveren ayrıca işçiyi, en azından eski işiyle aynı koşullarda çalıştırmak zorundadır³⁸. İşçiye, boşta geçen süreye ait ücreti ödenmekle birlikte, işveren, iş sözleşmesini feshederken işçinin ihbar tazminatını ve kıdem tazminatını ödemiş ise (peşin ödeme yoluyla fesih yapmışsa), bu durumda işveren, İş K. m. 21/4 uyarınca ödediği tazminat miktarlarını boşta geçen süre ücretinden mahsup edebilir. Eğer boşta geçen süre ücreti, işverenin daha önce ödediği ihbar tazminatı ve kıdem tazminatından daha az ise, işveren aradaki farkı işçiden geri isteyebilir³⁹.

Mahkemece, işçinin işe iadesine karar verilmiş olup işçi, kararın kesinleşmesinden itibaren 10 işgünü içinde işverene başvurmuş; ancak işveren, 1 ay içinde açıkça işçiye kendisini işe almayacağını bildirmiş veya bu süre içinde sessiz kalmış ya da işçiyi önceki koşullardan daha aleyhine bir koşulla işe davet etmiş ise, öğretideki baskın görüş ve Yargıtay'a göre sözleşme bu yeni duruma göre feshedilmiş olur⁴⁰. Fesih tarihi ise, işverenin işe almama cevabının işçiye bildirildiği tarih veya süre sessiz kalınarak geçirilmiş ise, 1 aylık sürenin bitiminde ya da işverenin daha kötü şartlarda işe başlatma talebinin işçiye ulaştığı tarihtir. İşveren, işçiyi 1 aylık süre içinde işe başlatmak veya başlatmamak şeklinde bir seçimlik hakka sahiptir⁴¹. İlk fesihte, eğer ihbar ve kıdem tazminatı ödenmiş ise, geçersiz sayılan fesih ile işe başlatmama arasında geçen süre dikkate alınarak, oluşan

farkların da işçiye ödenmesi gerekir⁴².

II. 6100 SAYILI HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU'NUN İŞE İADE DAVALARINA ETKİSİ

1. Genel Olarak

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 7. maddesi, iş mahkemelerinde uygulanacak yargılama usulü olarak 1086 sayılı HUMK'da düzenlenen sözlü yargılama usulüne atıf yapmıştır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesi ise işe iade davalarında, 1086 sayılı HUMK'daki seri yargılama usulünün uygulanacağını düzenlemiştir. 1086 sayılı Yasa'nın yürürlükten kalkmış olmasına rağmen, 5521 sayılı Yasa'nın 7. maddesi ve 4857 sayılı Yasa'nın 20. maddesi hâlen yürürlükte olup, 1086 sayılı Yasa'nın yürürlükte olduğu dönemde açılan davalarda bu hükümlere göre yapılan usul işlemleri geçerlidir. 6100 sayılı HMK'nın 447. maddesindeki düzenleme ile birlikte, 6100 sayılı Yasa yürürlüğe girdikten sonra iş mahkemelerinde işe iade davaları da dâhil olmak üzere açılan bütün davalarda artık basit yargılama usulü uygulanmaya başlamıştır.

Basit yargılama usulü, 6100 sayılı HMK'nın 316-322 maddeleri arasında düzenlenmiştir. Basit yargılama usulünde dava açılması veya davaya cevap verilmesi bir dilekçe ile yapılır. Davada taraflar, dilekçeleriyle birlikte tüm delillerini açıkça ve hangi vakıanın delili olduğunu da belirterek bildirmek, ellerindeki delillerini dilekçelerine eklemek ve başka yerden getirtilecek belgeler için de bunların bulunabilmesini sağlayacak bilgilere dilekçelerinde yer vermek zorundadırlar⁴³. Davalı, dava dilekçesinin kendisine tebliğ edildiği tarihten itibaren 2 hafta içinde cevap dilekçesini mahkemeye vermek zorundadır. Mahkeme zorunlu hâllerde, talep üzerine ve 2 haftayı geçmemek üzere bir defaya mahsus ek cevap süresi verebilir. Basit yargılama usulünde cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçesi verme hakkı tanınmamıştır. Bu nedenle dava açılması ile birlikte iddianın değiştirilmesi veya genişletilmesi yasağı ve cevap dilekçesinin verilmesi ile de savunmanın geniş-

letilmesi veya değiştirilmesi yasağı başlar. Bu aşamadan sonra taraflar, iddia veya savunmalarını ancak karşı tarafın rızası veya ıslah yoluyla değiştirebilirler.

Dava dilekçesini alan mahkeme, mümkün olan hâllerde tarafları duruşmaya davet etmeden dosya üzerinden karar verebilir (6100 sayılı HMK m. 320). Dosya üzerinden karar verilemeyecek hâllerde mahkeme, duruşma günü tayin edip tarafları ilk duruşmaya davet eder. Basit yargılama usulünde mahkeme, ayrı bir ön inceleme duruşması yapmaz. İlk duruşma ön inceleme amaçlı yapılır ve duruşmada mahkeme öncelikle dava şartları, ilk itirazlar, hak düşürücü süre, zamanaşımı ve diğer hususlarda tarafları dinler. Tarafların anlaşığı ve anlaşamadığı hususları tespit eder; tarafları sulhe teşvik eder ve sulh olmazsa anlaşamadıkları hususları tutanağa yazar ve tahkikat aşamasına geçer. Mahkeme tahkikatı iki duruşmada tamamlar ve duruşmalar arasındaki süre, zorunluluk olmadıkça bir aydan uzun olamaz. İki taraf da davet edildiği duruşmaya gelmez ise, dosyanın işleminden kaldırılmasına karar verilir. Bu dosya, yenilenmesinden sonra bir kez takipsiz bırakılırsa davanın açılmamış sayılmasına karar verilir.

2. Duruşma Açılmadan Dosya Üzerinden İşe İadeye Karar Verilip Verilemeyeceği Meselesi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesine göre, herkes gerek hukuk davalarında gerek ceza davalarında, kanunen kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davanın, makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve alenî olarak dinlenilmesini isteme hakkına sahiptir. 6100 sayılı HMK m. 27'ye göre, davanın tarafları ve diğer ilgilileri, kendi hakları ile bağlantılı olarak hukukî dinlenme hakkına sahiptirler. Bu ilkelere, adil yargılanma hakkı ve hukukî dinlenme hakkı denir.

Bu ilkelere hareketle davaya bakan mahkeme, dava dosyasındaki her belge ve bilgi hakkında tarafların isteği hâlinde bunlara ulaşmasını sağlamak zorundadır. Taraflar, uyuşmazlık konusu ile ilgili olarak her türlü iddiayı veya savunmayı öne sürme hakkına sahiptirler. Mah-

kemenin taraflara bu imkânı vermesi zorunludur. Mahkeme, Yasada aksi düzenlenmedikçe, kural olarak tarafları duruşmaya çağırarak, tarafların iddia ve savunmalarını tutanağa geçirmek, gösterdikleri delilleri inceleyip değerlendirmek zorundadır. Mahkeme yaptığı yargılama sonucunda verdiği gerekçeli kararında, tarafların iddia ve savunmalarının neler olduğunu ve kurulan hükümde hangisine üstünlük tanıdığını anlaşılır ve doyurucu şekilde açıklamak zorundadır⁴⁴. Bu nedenle adil yargılanma hakkı ve hukukî dinlenme hakkı, yargılama sisteminin vazgeçilmez evrensel ilkeleridir.

Kural olarak, her davada duruşmalı inceleme yapılması zorunludur ve hâkim evrak üzerinden karar veremez (6100 sayılı HMK m. 27). Duruşma açılmadan evrak üzerinden karar verilebilmesi için Kanunda açık hüküm bulunmalıdır. Öğretide bu hâllerin, acele ve geçici nitelikteki işler olabileceği savunulmuştur⁴⁵. Örneğin dava şartları ve ilk itirazlar hakkında (6100 sayılı HMK m. 138), ihtiyatî tedbire (6100 sayılı HMK m. 390), ihtiyatî hacize (İİK m. 258), delil tespitine (6100 sayılı HMK m. 403), mahkemenin görevsiz veya yetkisiz olduğuna mahkemece evrak üzerinden karar verilebilir. Aynı ilkeler diğer usul kanunlarında da benimsenmiştir. Örneğin, adil yargılanma hakkını, savunma hakkını ve hukukî dinlenme hakkını ihlal ettiği gerekçe gösterilerek, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda yer alan "ceza kararnamesi" düzenlemesi yeni ceza yargılaması yasasıyla terk edilmiş, ceza mahkemelerinin evrak üzerinden para cezası veya tedbire hükmedebilmesi Kanunda açıkça öngörülen durumlar için istisna olarak kabul edilmiştir.

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ve İş Kanunlarında, iş mahkemelerinde görülecek davalarda ve işe iade davalarında, evrak üzerinden karar verilebileceğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Kanımızca, iş mahkemesine açılan işe iade davasında; mahkemenin görevsiz veya yetkisiz olduğuna ilişkin görevsizlik veya yetkisizlik kararı, davanın fesihden itibaren 1 aylık hak düşürücü süre geçmesinden sonra açılması üzerine verilecek usulden ret kararı, yine diğer dava şartları bulunmadığından ve-

rilecek usule ilişkin ret kararları, davaya cevap verilmesinden veya cevap süresi geçtikten sonra evrak üzerinden verilebilir. Ancak davanın esasına girilerek verilebilecek kabul (işe iade) veya ret kararları, taraflar usulünce duruşmaya çağırılmadan ve duruşma yapılmadan verilemez. Aksinin kabulü, adil yargılanma hakkının ve hukukî dinlenilme hakkının, savunma hakkının ihlâli anlamına gelir ve hükmün sırf bu sebepten bozulması gerekir.

Bunun yanı sıra işe iade davalarında feshin geçerli veya haklı nedenle yapıldığının ispatı işverene aittir. Davalı işveren, cevap dilekçesinde davayı kabul etmediği sürece, geçerli veya haklı fesih savunmasını ispatlayacak delillerinin duruşmada tartışılması zorunludur. Kaldı ki ön inceleme duruşması niteliğindeki ilk duruşmada veya daha sonraki aşamada davalının davayı kabul etmesi veya tarafların anlaşması da mümkündür. Evrak üzerinden karar verilmesi hâlinde bu imkân da ortadan kalkacaktır. Yine mahkemece işe iadeye karar verilebilmesi için işveren tarafından yapılan feshin geçersiz olduğunun tespiti gereklidir. Feshin geçersiz olduğu tespit edilmeden işe iadeye karar verilemez. Yani işe iadenin ön koşulu işverence yapılan feshin geçersiz sayılmasıdır. Yapılan feshin geçersiz olup olmadığının tespiti ise yargılamayı gerektiren bir konudur.

Yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda, kanımızca, işe iade davalarında duruşma yapılmadan ve taraflar yöntemince duruşmaya çağırılmadan dosya üzerinden davanın kabulü ile işçinin işe iadesine veya davanın esastan reddine karar verilemez. İşe iade davalarında sadece; görevsizlik kararı, yetkisizlik kararı, dava şartlarının bulunmaması gerekçesiyle verilecek usulden ret kararları -taraf teşkili sağlanması koşuluyla- evrak üzerinden verilebilir. Aksinin kabulü hukukî dinlenilme hakkının ve adil yargılanma hakkının ihlali sayılır.

3. İşe İade Davalarında İhtiyatî Tedbir Yoluyla İşe İadeye Karar Verilip Verilemeyeceği Meselesi

İhtiyatî tedbir, 6100 sayılı HMK m. 389-399 maddeleri arasında düzenlenmiştir. İhtiyatî ted-

bir, dava açılmadan önce esas davaya bakmaya görevli ve yetkili olan mahkemeden, esas dava açılmış ise davanın açıldığı mahkemeden istenebilir (6100 sayılı HMK m. 390). Bu yetki kesindir⁴⁶. 6100 sayılı HMK m. 389 uyarınca ihtiyatî tedbir istenebilmesi için, talepte bulunanın mevcut bir hakkının tedbir istendiği sırada elde edilmesinin zorlaşması ve tedbire karar verilmemesi hâlinde ciddi bir zararın doğabilecek olması gerekir. Bu hususu mahkeme takdir eder. Tedbir isteyen taraf, dilekçesinde istediği tedbir türünü ve sebebini bildirmek ve davanın esası hakkında da haklılığını yaklaşık olarak ispat etmek zorundadır. Ancak buradaki ispat tam ispat değildir. Mahkemenin, tedbir isteyen haklılığı ve tedbir istemesindeki makul gerekçesinin olduğu yönünde kanaat edinmesi yeterlidir⁴⁷.

Hâkim kural olarak her iki tarafı da dinleyip ihtiyatî tedbir hakkında kararını verir. Ancak acele hâllerde duruşma yapılmadan da ihtiyatî tedbire karar verilebilir. Mahkeme kural olarak uyumsuzluğun esasını çözecek nitelikte ihtiyatî tedbire karar veremez (6100 sayılı HMK m. 397). Aksi hâlde ihtiyatî tedbir, davanın yerine geçmiş olur ve ihtiyatî tedbir ilişkin hükümlerin ihlal edilmesi sonucunu doğurur⁴⁸.

İhtiyatî tedbir kararı, hacizdeki hükümlere göre icra müdürü veya mahkemenin görevlendireceği yazı işleri müdürü tarafından uygulanır. Uygulama işlemi bir tutanağa bağlanır ve hazır bulunmayan tarafa bir örneği tebliğ edilir. İhtiyatî tedbir kararının uygulanması dolayısıyla verilen mahkeme emrine uymayan veya tedbire aykırı davranan kimse, 6100 sayılı HMK m. 398 uyarınca 1 aydan 6 aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Dava, ceza mahkemesinde iddianame tanzimi yoluyla dava açılması üzerine görülür.

İhtiyatî tedbir kararı dava açılmadan önce verilmiş ise; tedbir isteyen kişi, tedbir kararı verildikten itibaren 1 hafta içinde tedbirin uygulanmasını istemez veya ihtiyatî tedbirin uygulanmasını istediği tarihten itibaren 2 hafta içinde esas hakkındaki davasını açmaz ya da dava açmakla birlikte dava açtığına dair belgeyi tedbir dosyasına koydurmaz ise, ihtiyatî tedbir kendiliğinden kalkar. İhtiyatî tedbir isteyen ta-

raf, 2 hafta içinde esas davasının açarsa, mahkemece aksine bir karar verilmedikçe ihtiyatî tedbirin etkisi nihai kararın kesinleşmesine kadar devam eder (6100 sayılı HMK m. 397).

İş hukuku öğretisinde bazı yazarlarca, işe iade davası devam ederken, davaya bakan mahkemece ihtiyatî tedbir yoluyla işçinin tedbire işine iadesine karar verilebileceği savunulmaktadır. Bu görüşü savunan yazarlar, işçinin uzun sürecek olan davada 4 aylık ücretiyle karşılanamayan döneme ilişkin telafisi imkânsız sonuçların önüne geçilebilmesi, işe iade davasının reddedilmesi hâlinde bile işçi tedbir sürecinde ücret karşılığı çalışacağı için işverenin bir zararının olmayacak oluşu, feshin geçerli sayılıp sayılmayacağına dair verilecek karara tedbirin bir etkisinin olmaması ve bu hâliyle 6100 sayılı HMK m. 397/1'deki "Davanın esasını çözecek biçimde ihtiyatî tedbir kararı verilemez." kuralının ihlal edilmeyeceği gerekçesine dayanmışlardır⁴⁹.

Kanımızca mahkemece bu yönde verilecek tedbir kararı, davanın esasını çözecek nitelikte olduğundan 6100 sayılı HMK m. 397 ve İş K. m. 21'e aykırı olacaktır. İhtiyatî tedbire ilişkin hükümlerin amacı, talepte bulunanın mevcut bir hakkının tedbir istendiği sırada elde edilmesinin zorlaşması ve tedbire karar verilmemesi hâlinde ciddi bir zararın doğabilecek olmasıdır. İş sözleşmesi bir özel hukuk sözleşmesi olup, gerek işçi gerekse işveren, sözleşmeyi her zaman sona erdirebilirler ve bu ilişkiyi devam ettirme zorunlulukları yoktur. İşverenin de işçiyi çalıştırma zorunluluğu yoktur. Mahkemece işe iade davasının kabulü ile işçinin işe iadesine karar verilmiş olsa bile, işveren yine de işçiyi işe başlatmak zorunda olmayıp, işveren bu hâlde sadece İş K. m. 21 uyarınca boşta geçen süre ücreti ile iş güvencesi tazminatından sorumlu tutulabilir. İşe iade davasının kabulü hâlinde dâhi işçiyi tekrar işe başlatma zorunluluğu olmayan işvereni, henüz dava açılmadan veya açılmış dava sonuçlanmadan ihtiyatî tedbir yoluyla işçiyi çalıştırmaya zorlamak mümkün değildir ve yasal olarak da buna imkân yoktur. Kanun koyucu, İş K. m. 21'de açıkça, dava sonucunda verilen işe iade kararı üzerine işverenin işçiyi işe başlatmaması hâlinde iş gü-

vencesi tazminatı ve boşta geçen süre ücretinin hüküm altına alınacağını düzenleyerek, işverenin işçiyi işe başlatmak veya başlatmamak şeklinde bir seçimlik hakkı olduğunu kabul edip, bu hakka müdahalenin sınırını çizmiştir.

Öğreti ve Yargıtay kararlarına göre İş K. m. 21/1, 2, 3'de düzenlenen işe iadenin sonuçları bir bütündür. Mahkeme işe iadeye karar verirken aynı zamanda talep olmasa bile işe başlatmamanın müeyyidesine, yani iş güvencesi tazminatına da hükmetmek zorundadır. İş güvencesi tazminatı ve boşta geçen süre ücretine ise ancak esas davanın yargılaması sonucunda karar verilebilir. Esas davada mahkemenin sadece işe iadeye karar vermesi bozma sebebidir. Bu nedenle ihtiyatî tedbir yoluyla işe iadeye karar verilmesi, neticesi itibarıyla emredici nitelikte olan İş K. m. 21/1, 2, 3 hükümlerinin ihlali anlamına gelecektir.

İşe iade davası açılmadan önce veya dava sırasında ihtiyatî tedbir yoluyla işçinin işine iadesine karar vermek, hukukî dinlenilme hakkının ve adil yargılanma hakkının, usuldeki ihtiyatî tedbire ilişkin hükümlerin ihlali niteliğindedir. Çünkü, işe iade davasında işçinin işe iadesine karar verilebilmesinin ön koşulu, işveren tarafından yapılan feshin geçersiz olduğunun tespit edilmesidir. Dolayısıyla işe iade davası bir tespit davası olup eda hükmü içermemektedir. Şarta bağlı hüküm olamayacağı kuralının istisnasıdır. Feshin geçersiz olduğu tespit edilmeden işe iadeye karar verilemez. Mahkemece işe iadeye karar verilse bile işverenin bu karara uyma zorunluluğu yoktur. İhtiyatî tedbir yoluyla işe iadeye karar verilip bu karara uymayan işverenin 6100 sayılı HMK m. 398 maddesi uyarınca hapis cezası ile cezalandırılması da mümkün değildir. Çünkü, işe iade kararına uymamanın yaptırımını İş Kanunu'nun 21. maddesinde iş güvencesi tazminatı olarak düzenlenmiştir. Bu yüzden ihtiyatî tedbir yoluyla işe iadeye karar vermek, işverenin hataen de olsa ceza davası ile karşılaşması sonucunu doğuracaktır. Üstelik esas dava sonucunda verilen işe iade kararına rağmen işçiyi işe başlatmayan işveren yaptırım olarak iş güvencesi tazminatına mahkûm edilirken, evrak üzerinden ihtiyatî tedbir yoluyla verilen işe iade hükmüne uymayan işveren ise

cezai müeyyide ile karşı karşıya gelmiş olacaktır. Bu nedenlerle ihtiyatî tedbir yoluyla işe iadeye karar verilemeyeceği kanısındayız.

DİPNOTLAR

- 1 Yarg. 9.HD, 18.02.2008 tarih, 42394/208 E.K; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.161; KILIÇOĞLU, s.366.
- 2 Yarg. 9.HD, 18.02.2008 tarih, 42394/208 E.K; Yarg. 22.HD, 18.07.2011 tarih, 20/27 E.K; Yarg. 22.HD, 13.09.2011 tarih, 184/683 E.K; Yarg. 22.HD, 04.06.2012 tarih, 14231/12386 E.K.
- 3 Yarg. 9.HD, 02.07.2007 tarih, 22822/21283 E.K; Yarg. 22.HD, 18.07.2011 tarih, 20/27 E.K; Yarg. 22.HD, 13.09.2011 tarih, 184/683 E.K; Yarg. 22.HD, 04.06.2012 tarih, 14231/12386 E.K.
- 4 Yarg. 22.HD, 04.06.2012 tarih, 6894/12218 E.K.
- 5 Yarg. 9.HD, 14.04.2005 tarih, 11229/13350 E.K.
- 6 Yarg. 9.HD, 06.05.2010 tarih, 16419/12463 E.K.
- 7 AKYİĞİT, s.282.
- 8 AKYİĞİT, s.277; Aynı yönde Yarg. 9.HD, 06.03.2006 tarih, 1999/5479 E.K.
- 9 Yarg. 9.HD, 07.06.2010 tarih, 18207/16763 E.K.; Yarg. 22.HD, 11.10.2011 tarih, 36/2760 E.K; Yarg. 22.HD, 04.06.2012 tarih, 15087/12181 E.K.
- 10 ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.239; aynı yönde Yarg. 9.HD, 03.05.2004 tarih, 22208/10367 E.K; Yarg. 9.HD, 14.04.2005 tarih, 8465/13371 E.K.
- 11 Yarg. 9.HD, 03.05.2010 tarih, 11733/11997 E.K; Yarg. 22.HD, 11.10.2011 tarih, 36/2760 E.K; Yarg. 22.HD, 04.06.2012 tarih, 15087/12181 E.K.
- 12 Yarg. 9.HD, 28.03.2005 tarih, 20810/10375 E.K; Yarg. 9.HD, 28.03.2005 tarih, 20810/10375 E.K.
- 13 AKYİĞİT, s.289.
- 14 Yarg. 22.HD, 16.12.2011 tarih, 362/7556 E.K.
- 15 AKYİĞİT, s.291; Yarg. 9.HD, 08.07.2003 tarih, 12444/13125 E.K.
- 16 Yargıtay'a göre, davacı işçi 4 aydan 8 aya kadarki işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süreye ait ücreti ile ilgili bölümde Yasada öngörülenden daha az talep etmiş ise, örneğin işe başlatmama tazminatını 8 aylık ücrete göre hak etmesine rağmen 6 aylık ücret tutarında istemiş ise mahkeme yine hak ettiği 8 aylık ücret tutarından hüküm vermelidir (Yarg. 9.HD, 10.05.2005 tarih, 12400/15118); AKYİĞİT bunu eleştirmiş ve boşta geçen süre ücretinin miktarı ve işe başlatmama tazminatının miktarı yönünden taleple bağlılık kuralının uygulanması gerektiğini belirtmiştir (AKYİĞİT, s.297).
- 17 Yarg. 12.HD, 24.05.2004 tarih, 8995/13066 E.K.
- 18 MANAV, s.148, 149; Yarg. 9.HD, 22.10.2009 tarih, 3907/28234 E.K.
- 19 PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZKAN/ÖZEKES, s.319; YILMAZ, s.45 vd. (Kesinleşmeden icraya konulmayacak ilamlarda yer alan yargılama gideri ve avukatlık ücreti de asıl ilam kesinleşmeden icraya konulamaz. Yargıtay da aynı görüştedir. İşe iade davası yenilik doğuran bir dava olmayıp bir tespit davasıdır. Hükümde boşta geçen süre ücreti ve işe başlatmama tazminatının da bulunması sonucu değişir. Bu ilamdaki avukatlık ücreti ve yargılama gideri edaya ilişkin olup bu kısım yönünden ilamlı takip yapılabilir. Diğer kısım için ise ilamsız takip yapılabilir); YHGK, 25.06.2008 tarih, 12-451/453 E.K; Yarg. 9.HD, 25.02.2005 tarih, 284/3780 E.K.
- 20 AKYİĞİT, s.297; Yarg. 9.HD, 11.04.2005 tarih, 21249/21 E.K. ve 9.HD, 26.01.2005 tarih, 28416/1498 E.K.
- 21 Yarg. 9.HD, 06.03.2006 tarih, 3711/5542 E.K.
- 22 Yarg. 22.HD, 04.06.2012 tarih, 6894/12218 E.K.
- 23 KAÇAK, s.1300 vd.
- 24 KAÇAK, s.1300 vd; ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.240.
- 25 AKYİĞİT, s.304; ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.241, 242; Yarg. 22.HD, 24.11.2011 tarih, 1760/5885 E.K.
- 26 ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.241, 242; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.164; AKYİĞİT, s.305; Yarg. 22.HD, 24.11.2011 tarih, 1760/5885 E.K.
- 27 CİNOĞLU, s.88; Yarg. 22.HD, 01.06.2012 tarih, 6579/12014 E.K; Yarg. 22.HD, 12.09.2011 tarih, 111/612 E.K; Yarg. 22.HD, 24.11.2011 tarih, 1732/5796 E.K.
- 28 Yarg. 9.HD, 06.12.2004 tarih, 10560/26027 E.K; Yarg. 22.HD, 01.06.2012 tarih, 6579/12014 E.K; Yarg. 22.HD, 12.09.2011 tarih, 111/612 E.K; Yarg. 22.HD, 24.11.2011 tarih, 1732/5796 E.K.
- 29 AKYİĞİT, s.314; SÜZEK, s.581.
- 30 Yarg. 22.HD, 01.06.2012 tarih, 10487/12112 E.K.
- 31 AKYİĞİT, s.318, Yarg. 9.HD, 22.06.2006 tarih, 38631/18287 E.K.
- 32 UÇUM, s.184; SÜZEK, s.582.
- 33 SÜZEK, s.583; Yarg. 9.HD, 11.07.2005 tarih, 20810/24800 E.K.
- 34 NARMANLIOĞLU, s.22 vd.
- 35 UŞAN, s.11; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.763.
- 36 ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.297; SÜZEK, s.583.
- 37 ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.298; AKYİĞİT'e göre, gerçek anlamda işe başlatma, kural olarak işçinin fesih tarihindeki işinde veya ona benzer bir işte çalıştırılmasıyla gerçekleşir. Farklı bir işte veya işyerinde işe başlatma önerisi kural olarak işe başlatmama sayılmalıdır. Örneğin, kısmî süreli çalışanın tam gün süreli işe veya tam gün sürelinin kısmî gün süreli işe çağırılmasında durum böyledir. Ancak işçi kabul ederse, bunun işe başlatma olarak kabulü uygun olur. Zira İş K.22 çerçevesinde böyle bir anlaşma geçerlidir. Aynı şey, işçiyi bir başka işverenin yanında ödünç işçi olarak veya sözleşmesini bireysel devri yoluyla çalıştırmayı öngören açıklama bakımından da geçerlidir. İşçinin işveren tarafından işe başlatılması yeni bir sözleşme olmayıp eskisinin devamıdır (AKYİĞİT, s.321).
- 38 ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.298; SÜZEK, s.583, 584; Yarg. 9.HD, 21.06.2004 tarih, 3377/15404 E.K. sayılı kararına göre "İşverenin işçiye işe başlatmasını boşta geçen

süreyi ücretsiz izinli olarak değerlendirilmesi koşulunu kabul etmesine bağlanmış olup işveren davetinde iyiniyetli olmadığından işçinin bunu kabul etmemesi feshi geçerli hâle getirmez”.

- 39 SÜZEK, s.584; ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.298; aynı yönde Yarg. 9.HD, 15.10.2003 tarih, 16116/17101 E.K.
- 40 ULUCAN, s.85; EKONOMİ, s.16; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.765; SÜZEK, s.585; AKYİĞİT, s.325; Yarg. 9.HD, 12.09.2006 tarih, 16831/22127; Yarg. 9.HD, 24.01.2007 tarih, 21260/689 E.K.; Yarg. 22.HD, 01.06.2012 tarih, 10487/12112 E.K.
- 41 ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.298, 299.
- 42 SÜZEK, s.585; ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.302.
- 43 KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.752.
- 44 KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.349.
- 45 KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.337.
- 46 KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.570.
- 47 KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.570.
- 48 KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.572.
- 49 Geniş bilgi için bkz, ÖZBEK, s.11 vd.

KAYNAKLAR

- AKYİĞİT, Ercan: İş Güvencesi, Ankara 2007 baskı, Seçkin Yayıncılık, (Anılış: AKYİĞİT).
- CİNOĞLU, Şükran: İşe İade Davalarında 4857 Sayılı Yasa'nın 19. maddesinin 1.Fıkrası İle 25. maddesinin Son Fıkrasının Karşılaştırılması, Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2006 (Anılış: CİNOĞLU).
- ÇANKAYA, Osman Güven, GÜNAY, Cevdet İlhan, GÖKTAŞ, Seracettin: İşe İade Davaları, 2. Baskı, Ankara 2006, Yetkin Yayınları (Anılış: ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ).
- EKONOMİ, Münir: Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi, Çimento İşverenleri Dergisi, Mart 2003, C.17, Sayı 2 (Anılış: EKONOMİ).
- EYRENCİ, Öner, TAŞKENT, Savaş, ULUCAN, Devrim: Bireysel İş Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2005, Legal Yayıncılık (Anılış: EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN).
- KAÇAK, Nazif: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, 1. Baskı, Ankara 2002, Seçkin Yayıncılık (Anılış: KAÇAK).
- KILIÇOĞLU, Mustafa: İlke Kararları Işığında İş Hukukunda Temel Kavramlar, Ankara 2009, Turhan Kitabevi (Anılış: KILIÇOĞLU).
- KURU, Baki, ARSLAN, Ramazan, YILMAZ, Ejder: Medenî Usul Hukuku, 23. Baskı, Ankara 2012, Yetkin Yayınları (Anılış: KURU/ARSLAN/YILMAZ).
- MANAV, Hale: İş Sözleşmesinde Feshin Geçersizliğinin Tespiti ve Hukukî Sonuçları, 1. Baskı, İstanbul 2010, On İki Levha Yayıncılık (Anılış: MANAV).
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi: İş Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2008, Turhan Kitabevi (Anılış: MOLLAMAHMUTOĞLU).
- NARMANLIOĞLU, Ünal: İşe İade Kararından Sonra İşçinin İşverene Başvurup İşverenin Kabulünden Sonra İşçinin Vazgeçmesinin Sonuçları, Sicil İş Hukuku Dergisi, Eylül 2010, Sayı 19 (Anılış: NARMANLIOĞLU).
- ÖZBEK, Mustafa Serdar: İşe İade Davasında Davacı İşçinin Tedbiren İşe İadesi, Çalışma ve Toplum, 2012/4 sayısı, sayfa 11-39 (Anılış: ÖZBEK).
- PEKCANITEZ, Hakan, ATALAY, Oğuz, ÖZKAN SUNGURTEKİN, Meral, ÖZEKES, Muhammet: İcra ve İflâs Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2007, Yetkin Yayınları (Anılış: PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZKAN/ÖZEKES).
- SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 2010, Beta Yayıncılık (Anılış: SÜZEK).
- UÇUM, Mehmet: İşe İadede İşverenin Çağrısına Rağmen İşe Başlamamanın Hukukî Sonuçları, Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi, Sayı 2, 2006 Yılı (Anılış: UÇUM).
- ULUCAN, Devrim: İş Güvencesi, İstanbul 2003, Türkiye Toprak Seramik Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası Yayınları (Anılış: ULUCAN).
- UŞAN, M. Fatih: Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davasının Sonuçları, Kamu-İş, C.10, 2008, Sayı 1 (Anılış: UŞAN).
- YILMAZ, Ejder: İşe İade Davasında Verilen Hükümün İcra Takibine Konulması, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2010, Sayı 17 (Anılış: YILMAZ).
- Kişisel Karar Arşivi.

Doç. Dr. Serkan ODAMAN

Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

İş Güvencesi Koşulu Olarak Altı Aylık Sürenin Hesaplanmasında “Birleştirilmenin” Değerlendirilmesi

T.C. YARGITAY 22. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2011/1014

Karar No : 2011/3133

Tarihi : 20.10.2011

ÖZET

İş güvencesi hükümleri kapsamına girmek için en az altı aylık kıdeme sahip olmak gerekir. Mahkemece kıdem süresinin belirlenmesinde işçinin aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde iş ilişkisi hukuken kesintiye uğramış olsa dahi, işçinin o işverene bağlı işyerlerinde geçen hizmet sürelerinin birleştirilmesi gerektiği ilkesi dikkate alınarak hüküm kurulmuş ise de, davacının davalı işverene ait işyerindeki çalışma döneminin sona erdirildiği, bu döneme ilişkin alacak ve tazminatlarının ödendiği, yeniden iş sözleşmesi imzalan-

rak yeni bir çalışma döneminin başlatıldığı, altı aylık kıdem süresinin hesaplanmasında alacak ve tazminatları ödenen önceki dönemin dikkate alınamayacağı gözetilmelidir.

KARAR

Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine 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

Davacı vekili, davacının 10.09.2007 tarihinde bir aylık deneme süreli şoför olarak davalı işverenlikte işe başladığını, süre

sonunda işten çıkarıldığını, 26.10.2007 tarihinde kadrolu şoför olarak tekrar çalışmaya başladığını, 31.03.2009 tarihinde iş akdinin sona erdirildiğini, boşta geçen 2,5 aydan sonra davalı işverenliğin teklifi üzerine yeniden aynı işyerinde işe başladığını, 18.08.2009 tarihinde işten çıkartıldığını beyanla, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan işverence feshedildiğini ileri sürerek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, boşta geçen süre ücret ve diğer haklar ile işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminatın belirlenmesini istemiştir. Beyanla feshin geçersizliğine, işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Davalı vekili, davacının şirketin T... Şantiyesinde işe alındığını, şantiyede işlerin sona ermesi üzerine işine son verildiğini, daha sonra Ü... Şantiyesinde ihtiyaca binaen şoför olarak deneme süreli hizmet akdi ile tekrar işe alındığını ve sözleşme şartlarına uygun olarak 18.08.2009 tarihinde iş akdinin sona erdirildiğini beyanla davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece, davacının davalı işverenlikte 10.09.2007-31.03.2009 tarihleri arasında şoför olarak çalıştığı, iş akdinin davalı işverenlikçe sona erdirildiği, davalı işverenliğin çağırması üzerine 19.06.2009 tarihinde yeniden şoför olarak işe başlatıldığı ve 18.09.2009 tarihinde iş akdinin davalı işverenlikçe sona erdirildiği, davacının davalı işverenlikte toplam kıdeminin yaklaşık 2 yıl olduğu, davacının yaklaşık 18 ay şoför olarak çalıştıktan sonra yeniden işe başlatılması durumunda deneme süreli sözleşme yapılmasını gerektirir objektif neden bulunmadığı, davacının iş akdinin davalı işverenlikçe feshedildiği, haklı ve geçerli fesih iddiasının ispat külfeti kendisine ait olan davalı işverenliğin bu hususu usulünce ispat edemediği gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

Karar davalı vekili tarafından temyiz

edilmiştir.

Taraflar arasında davacının altı aylık kıdeminin bulunup bulunmadığı ve dolayısıyla iş güvencesi hükümleri kapsamına girip girmediği uyuşmazlık konusu olup, normatif dayanağı 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesidir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinin birinci fıkrasına göre iş güvencesi hükümleri kapsamına girmek için en az altı aylık kıdeme sahip olmak gerekir. Aynı maddenin dördüncü fıkrasına göre altı aylık süre aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen süre birleştirilerek hesaplanır. Sözü edilen maddenin ikinci fıkrasına göre altı aylık kıdem hesaplanmasında aynı Kanun'un 66. maddesindeki süreler dikkate alınır. Altı aylık kıdem şartını öngören hüküm nispi emredici olduğundan, daha az kıdem şartını öngören sözleşme hükümleri geçerli kabul edilmektedir.

Altı aylık kıdem işçinin fiilen çalışmaya başladığı tarih ile fesih bildiriminin işçiye ulaştığı tarih arasında geçen süreye göre belirlenir.

Dosyadaki kayıt ve belgelerden, davacının 10.09.2007-30.09.2007, 26.10.2007-31.03.2009, 19.06.2009-18.08.2009 tarihleri arasında şoför olarak davalı şirkete ait işyerinde çalıştığı, iş akdinin iki aylık deneme süresi içinde sözlü olarak 18.08.2009 tarihinde feshedildiği, davacıya 26.10.2007-31.03.2009 tarihleri arasına yönelik alacak ve tazminatlarının ödendiği, bu döneme ilişkin iş akdinin 4857 sayılı Yasa'nın 17. maddesince feshedildiği, 19.06.2009-18.08.2009 tarihleri arasına yönelik tazminat ve alacakların ödenmediği, davacının başka bir işverenin işçisi olduğuna yönelik husumet itirazının ve muvazaa iddiasının bulunmadığı anlaşılmıştır.

Mahkemece kıdem süresinin belirlenmesinde işçinin aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde iş ilişkisi hukuken kesintiye uğramış olsa dahi, işçinin o iş-

verene bağlı işyerlerinde geçen hizmet sürelerinin birleştirilmesi gerektiği ilkesi dikkate alınarak hüküm kurulmuş ise de, davacının davalı işverene ait işyerindeki 26.10.2007-31.03.2009 tarihleri arasındaki çalışma döneminin 4857 sayılı Yasa'nın 17. maddesine sona erdirildiği, bu döneme ilişkin alacak ve tazminatlarının ödendiği, 19.06.2009 tarihinde yeniden iş sözleşmesi imzalanarak yeni bir çalışma döneminin başlatıldığı, altı aylık kıdem süresinin hesaplanmasında alacak ve tazminatları ödenen önceki dönemin dikkate alınmayacağı gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmiş olması hatalı olmuştur.

Belirtilen nedenle, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, hükmün bozulmak suretiyle ortadan kaldırılması ve aşağıdaki gibi karar verilmesi gerekmektedir.

HÜKÜM

Yukarıda belirtilen nedenlerle;

1- Yerel mahkemenin yukarıda tarih ve sayısı belirtilen kararının BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,

2- Davanın REDDİNE,

3- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,

4- Davacının yapmış olduğu yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına, davalının yaptığı 40,00 TL yargılama giderinin davalıdan alınarak davalıya verilmesine,

5- Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 1.100,00 TL vekalet ücretinin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,

6- Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davalıya iadesine, kesin olarak, 20.10.2011 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

KARARIN İNCELENMESİ:

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesine göre;

“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...

İşçinin altı aylık kıdemi, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen süreler birleştirilerek hesap edilir...”.

Görüldüğü üzere, işçinin iş güvencesine sahip olabilmesi için gerekli koşullardan birisi de en az altı aylık kıdeme sahip olmasıdır. Kanunda da belirtildiği üzere, bu süre hesaplanırken hem Kanunun 66. maddesindeki çalışma süresinden sayılan haller dikkate alınacak hem de işçinin aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen çalışma süreleri birleştirilerek hesap yapılacaktır. İşçi

altı aylık kıdemi olmaması durumunda ise iş güvencesinden yararlanamayacaktır. İşçinin iş güvencesine ilişkin hükümlerden yararlanabilmesi için, iş sözleşmesinin feshine ilişkin bildirim tebliğ edildiği tarihte sürenin tamamlanmış olması gerekmektedir¹. Bu durumda, altı aylık kıdemin tamamlanmasına kadar işverenin iş sözleşmesini feshederken geçerli sebep gösterme zorunluluğu yoktur. Yine 17. maddedeki ihbar sürelerinin olduğu gün altı ayın sonrasına denk gelse bile yine de işverenin geçerli sebep göstermesi gerekliliği söz konusu olmayacaktır². Doktrinde altı ayın sona ermesine kısa bir süre kaldığında yapılan bir fesihte, bunun dürüstlük kurallarına aykırılık taşıyacağı gerekçeyle geçersiz olabileceği öne sürülmüştür³. Kanunda son derece açık şekilde ifade edilen altı aylık süreye ilişkin hüküm çerçevesinde, bu şekilde yorum yapmanın mümkün olmadığı düşüncesindeyiz. Böyle bir kanun değişikliğine kesinlikle muhalif olmakla birlikte, eğer iş güvencesinin kapsamı genişletilmek isteniyorsa, bunun doktrindeki yorumla pa-

raley Yargıtay kararları yerine, doğrudan kanunun değişikliğiyle yapılması, hukuk tekniği açısından kanımızca daha uygun olacaktır.

Kanunda altı aylık sürenin kesintisiz olarak geçirilmiş olması şartı aranmamakta ve aynı işverenin bir ya da değişik işyerlerinde geçirilen sürelerin bir bütün olarak değerlendirileceği ifade edilmektedir. Soyer kanımızca da son derece haklı olarak, “bu hükmün isabet derecesini tartışmaya açık” olarak değerlendirmekte, ancak Kanunun mevcut hükmü karşısında fasıllı çalışmalarda da önceki sürelerin dikkate alınacağı sonucuna varmanın doğru olacağını belirtmektedir⁴. Hemen ifade etmek gerekir ki, Kar da Soyer’le aynı yönde görüş bildirerek, işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için fesih bildirimini yapıldığı tarihte aynı işverene bağlı işyeri veya işyerlerinde fasıllı da olsa sürelerin toplamının altı ay olması gerektiğini ifade etmektedir⁵.

Bu düşünceye katılmadığımızı ifade etmeliyiz. Doktrinde Akyiğit tarafından da belirtildiği üzere; kanundaki düzenlemeden böyle bir sonuca doğrudan ulaşılması mümkün değildir. Zira kanun, “tek veya fasıllarla yapılmış birden çok sözleşmeyle geçirilen hizmetten değil, hizmetin geçirildiği işyerinin aynı veya farklı olmasının önemli olmadığından söz etmektedir”. Tam da bu nedenle, kanunda belirtilen altı aylık sürenin tek bir iş sözleşmesiyle bir bütünlük içinde geçmesini aramak isabetli olacaktır⁶.

Ekleme gerekir ki, Alpagut da; Kanunda herhangi bir özel koşul belirtilmediğinden, fasıllı sürelerin de birleştirilmesi gerektiği yönünde bir yorumun ağırlık kazanmakta olduğunu belirtmekte ise de, olması gereken hukuk bakımından, ancak fasılsız sürelerin birleştirilmesi yönündeki bir düzenlemenin isabetli olacağını ifade etmektedir⁷.

Ancak Soyer’in de belirttiği üzere, otuz işçi ölçütünden farklı olarak bu noktada daha önce çalışılan işyerlerinin hangi işkoluna girdiğinin bir önemi olmayacaktır.

Kanunun lafzındaki, “kesintisiz” çalışmayı dikkate almayan ve “işveren değişikliğini” içermeyen ibarenin son derece tartışmaya

Kanunda belirtilen altı aylık sürenin tek bir iş sözleşmesiyle bir bütünlük içinde geçmesini aramak isabetli olacaktır.

açık olduğu kanısındayız. Şöyle ki; Uçum’un da kanımızca isabetli olarak belirttiği üzere, işyerinin devri nedeniyle ortaya çıkan işveren değişikliği, otomatik olarak iş sözleşmelerinin de devrini beraberinde getirdiğinden, işyeri devri çalışmada bir kesinti yaratmayacaktır ve altı aylık sürenin hesabında devirden önceki ve sonraki dönemler doğal olarak birleştirilerek sonuca ulaşılacaktır. Ancak Demir’in de isabetle belirttiği üzere, devirden önce işçinin sözleşmesi sonlandırılmış ve ihbar ile kıdem tazminatları ödenmiş ise, doğal olarak önceki işveren döneminde geçen süre dikkate alınmayacaktır⁸.

Diğer yandan, iş sözleşmesinin devrinde, işçinin de onayıyla sözleşmenin işveren tarafı değişmekte ancak bu durum çalışmada herhangi bir duraksamaya neden olmamakta ve fiilen çalışma devam etmektedir. Bu durumda da iş sözleşmesi kesintisiz olarak devam ettiği için, altı aylık sürenin hesabında her iki dönem birleştirilerek hesaplama yapılacaktır⁹.

Bundan başka, kesintisiz olsun ya da olmasın önceki dönemin ne şekilde sona erdiğini değerlendirme ihtiyacı olduğu düşüncesindeyiz. Şöyle ki; Uçum’un da isabetle belirttiği üzere, işçi tarafından yapılmış fesihlerin, altı aylık çalışmalarda dikkate alınmaması gerekmektedir. Hatta eklemek gerekir ki, İş Kanunu md.24 uyarınca işçi tarafından yapılan haklı sebeplerle fesihle sona ermiş dönemleri de altı aylık sürede dikkate almak gerekmektedir. Zira bu dönemi işçi iradi olarak sona erdirmiştir. Bu fesih sonucunda işçinin kıdem tazminatını almış olup olmamasının da kanımızca bir önemi bulunmamaktadır. Önemli olan işçinin kendi iradesiyle iş sözleşmesini sona erdirmiş ve iş güvencesi hükümlerinden yararlanmamayı göze almış olmasıdır. Eğer kıdem tazminatını ya da olası

Kanunun lafzındaki, “kesintisiz” çalışmayı dikkate almayan ve “işveren değişikliğini” içermeyen ibarenin son derece tartışmaya açık olduğu kanısındayız.

fazla çalışma ücreti, yıllık izin ücreti, hafta tatili ücreti, Ulusal Bayram ve genel tatil ücreti vb. işçilik alacaklarını almamışsa, her zaman bir alacak davası açmak elinde olan bir hak-tır ve bunun inceleme konumuzla karıştırılmaması gerekmektedir.

Önceki dönemdeki iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesinde ise bir ayrıma gitmek isabetli olacaktır. Şöyle ki; Uçum, işveren tarafından yapılan fesih hangi nedenle olursa olsun, geçerli nedene dayanmıyorsa, bu durumda önceki dönemin dikkate alınması gerekliliğini ifade etmektedir. Ancak yazara göre fesih haklı sebeple yapılıyorsa önceki dönemler dikkate alınmayacaktır. Zira hiç kimsenin kendi kusurundan kaynaklanan işlemi neticesinde hak iddia etmesi mümkün değildir¹⁰.

Soyer'e göre, altı aylık kıdem hesaplanmasında, önceki dönemin ne şekilde sona erdiğinin de bir önemi bulunmayacaktır¹¹. Bu görüşe katılmanın mümkün olmadığı düşüncesindeyiz. Zira önceki dönemde örneğin İş Kanunu md.25/II nedeniyle iş sözleşmesi haklı sebeple feshedilen bir işçinin, sonrasında çalıştığı dönemi, bu problemlili döneme eklemek, ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan duruma adeta ödül vermek anlamını taşıyacaktır.

Bundan başka, altı aylık sürenin fasılalı ya da kesintisiz olması durumu fark etmeksizin, kanımızca bu sürenin İş Kanunu anlamında “işçi” olarak geçirilmesi gerekliliği de bulunmaktadır. Ancak önceki sözleşmenin deneme süresi içinde sona erdirilmesinin, altı aylık sürenin hesaplanmasında bir önemi bulunmadığı, bir başka deyişle, o dönemin de fasılalı çalışmalarda dikkate alınması gerekliliği bulunduğu kanısındayız. Aksi yöndeki bir düşünce, işverenin sürekli girdi-çıkıtlarla

işçiyi çalıştırması tehlikesini beraberinde getirebilir. Burada üzerinde durulması gereken husus, işverenin kötüniyeti olup olmadığı, işçinin iş güvencesinden yararlanmasını engelleme amacı taşıyıp taşımadığı noktasında düğümlenmektedir.

İncelememize konu kararda; davacının 10.09.2007-30.09.2007, 26.10.2007-31.03.2009, 19.06.2009-18.08.2009 tarihleri arasında şoför olarak davalı şirkete ait işyerinde çalıştığı, iş sözleşmesinin iki aylık deneme süresi içinde sözlü olarak 18.08.2009 tarihinde feshedildiği, davacıya 26.10.2007-31.03.2009 tarihleri arasında yönelik alacak ve tazminatlarının ödendiği, bu döneme ilişkin iş sözleşmesinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 17. maddesince feshedildiği, 19.06.2009-18.08.2009 tarihleri arası çalışma için tazminat ve alacakların ödenmediği anlaşılmıştır.

Yerel mahkemece kıdem süresinin belirlenmesinde işçinin aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde iş ilişkisi hukuken kesintiye uğramış olsa dahi, işçinin o işverene bağlı işyerlerinde geçen hizmet sürelerinin birleştirilmesi gerektiği ilkesi dikkate alınarak hüküm kurulmuştur. Yargıtay'a göre ise, davacının davalı işverene ait işyerindeki 26.10.2007-31.03.2009 tarihleri arasındaki çalışma döneminin 4857 sayılı Kanun'un 17. maddesince sona erdirildiği, bu döneme ilişkin alacak ve tazminatlarının ödendiği, 19.06.2009 tarihinde yeniden iş sözleşmesi imzalanarak yeni bir çalışma döneminin başlatıldığı, altı aylık kıdem süresinin hesaplanmasında alacak ve tazminatları ödenen önceki dönemin dikkate alınamayacağı gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmiş olması hatalı olmuştur.

Kararı daha önce bir makale¹² vasıtasıyla inceleyen Ekonomi, bu kararın, altı aylık kıdem için birleştirilecek hizmet süreleri hakkında Yargıtay'ın daha önce vermiş olduğu kararlar ile çelişkili bir durum yarattığını ve bir içtihat değişikliği olup olmadığı sorusunu beraberinde getirdiğini, kararın “kaçak” bir karar olarak kalmasının arzu edildiğini belirtmektedir. Yazar Kanunda “altı aylık kıdem” ibaresi kullanılmış olsa dahi, bunun İş

Kanunu'nda ayırık bir hüküm olarak düzenlenen “kıdem tazminatı” ile bir bütünlük içinde görülmesinin, kıdem tazminatına ilişkin kanun hükümlerine ve yerleşmiş içtihatlarla bağlı tutulmasının söz konusu olamayacağını belirtmekte ve “kıdem” yerine “bekleme süresi” deyimini kullanmaktadır.

Öncelikle ifade etmek gerekir ki, Kanundaki “altı aylık kıdem” ibaresiyle kastedilenin “kıdem tazminatına esas süre”ye ilişkin mantıktan farklı bir yönde olduğunu düşünmüyoruz. Bu anlamda, Kanunun lafzı esasen ihtiyacı karşılamaya yetmektedir ve gayet açıktır. İşte tam da bu nedenle, Ekonomi'nin de belirttiği üzere, buradaki “kıdem”, Yargıtay'ın, kıdem tazminatı ödenecek sürelerin hesabında, daha önce aynı işverene ait işyerinde çalıştığı süreler için kıdem tazminatı ödenmiş ise bu sürelerin sonraki çalışma döneminde dikkate alınmayacağına ilişkin görüşünü hatırlatmaktadır.

Yine aynı şekilde, 26.10.2007'de kurulan iş sözleşmesi yaklaşık on yedi ay sürmüş ve sözleşme sona erdirilirken anlaşılıyor ki ihbar süresine ilişkin ücret ve kıdem tazminatı ödenmiştir. Ekonomi'nin ifade ettiğinin aksine, sözü edilen işçinin, bir yıllık süreyi doldurmadan, örneğin 10. ayda iş sözleşmesine son verilseydi, kıdem tazminatı ödenmeyen on aylık süre, daha sonra üçüncü kez işe alındığında, altı aylık sürenin hesabında dikkate alınmayacaktı. Nedenine gelince, Ekonomi yorumunu yaparken sadece kıdem tazminatından yola çıkmaktadır. Oysa ihbar süresine ilişkin ücretin de kıdeme bağlı bir ödeme olduğunu düşündüğümüzde, on aylık çalışmanın daha sonraki çalışmaya eklenecek değerlendirme yapılabilmesi için yazarın belirttiğinin aksine sadece kıdem tazminatı değil, ihbar süresine ilişkin ücretin de ödenmemiş olması gerekecektir. Bu çerçevede ifade etmemiz gerekir ki, adı geçen 10. ayın sonunda kıdem tazminatı ödenmemekle birlikte, ihbar süresine ilişkin ücreti ödenseydi, daha sonraki çalışmaya önceki dönem eklenmeyecekti. Zira 10 aylık çalışmanın sonunda ödenmesi gereken sadece ihbar süresine ilişkin ücrettir ve işveren de bu ödemeyi ya-

Önceki dönemin, işverenin herhangi bir hilesi olmadan sona erdirilerek işçinin işçilik haklarının ödenmesi karşısında, yeni dönemle birleştirilmesi doğru olmayacaktır.

parak dönemi kapatmıştır. Bir başka deyişle, kanımızca Yargıtay'ın incelememize konu kararı bu mantığı doğrulamaktadır. Eklemek gerekir ki, diğer şartlar da yerine gelmişse, 10 aylık çalışmadan sonra işçinin işe iade davası açması ihtimali de her zaman mevcuttur. Bu anlamda, söz konusu davayı da açmamışsa dönem kapanmıştır ve bir sonraki dönemdeki çalışmaya eklenerek hesaplama yapılması yoluna gidilmesi mümkün değildir.

Diğer yandan, Ekonomi, Yargıtay'ın İş Kanunu kapsamı dışında kalan bir süre, hatta kıdem tazminatına hak kazanmadan işten ayrılan işçinin işyerinde geçirdiği süre olsa dahi, altı aylık bekleme süresinde birleştirileceğine ilişkin görüşleri ile bu karardaki görüş ve çözümün nasıl bağdaştırılacağını esasen haklı olarak sormaktadır. Aslında bu sorunun cevabını da yazar yine kendi satırlarında vermekte ve her ne kadar bu kararın “kaçak” bir karar olarak kalmasını temenni etse de mevcut durum kanımızca haklı bir görüş değişikliğini işaret etmektedir.

Nihayet, Ekonomi'nin bu hususta çok önemli bir noktaya temas ettiği kanaatindeyiz. Yazar aynı işte üçüncü defa çalıştırılan işçi ile deneme süresi kararlaştırılmasının hukuken uygun olup olmadığını haklı olarak sormaktadır. Gerçekten de, son derece isabetli bulduğumuz bu sorunun ayrıntılarını irdelediğimizde, işverenin üçüncü kez yapılan sözleşmede deneme süresinin bitimine bir gün kala iş sözleşmesini feshettiği görülmektedir. Ekonomi'nin de isabetle belirttiği üzere, davacı işçi ile üçüncü defa aynı işte çalıştırılmak için sözleşme yapıldığına göre, bu sözleşmede artık deneme süresi kararlaştırılması mümkün olmamalıdır. Ne var ki

yazar, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin, dürüstlük kuralına aykırılığı hiç şüphe bırakmayan olgulara hukuken geçerlik tanıyan bir davranışa girmesinin, hukuki açıdan önemli bir geriye gidiş tehlikesi yaratacağından endişe duyduğunu belirtmiştir. Biz de defalarca Yargıtay'ın 22. Hukuk Dairesi'nin muhtelif kararlarını eleştirmiş olmakla birlikte, bu defa Yüksek Mahkeme'nin vermiş olduğu kararda esas aldığı noktanın söz konusu deneme süresi olmadığını düşünmekteyiz. Zira üçüncü kez yapılan sözleşme işveren tarafından deneme süresi olan ikinci ayın son günü değil de, örneğin dördüncü ayında feshedilmiş olsaydı da sonuç değişmeyecekti.

SONUÇ:

Önceki dönemin iş sözleşmesinin İş Kanunu md. 17 çerçevesinde sona erdirilmiş olması sonrasında, işverenin aynı veya değişik işyerlerindeki çalışmalarına ilişkin kıdeminin birleştirilmesine dair hükmün, her halükarda ve istisnasız geçerli olacağını savunmanın dayanağı olmayacağı kanaatindeyiz. Önceki dönemin, işverenin herhangi bir hilesi olmadan sona erdirilerek işçinin işçilik haklarının ödenmesi karşısında, yeni dönemle birleştirilmesi doğru olmayacaktır. Yargıtay kararı kanımızca isabetlidir.

DİPNOTLAR

- 1 Yargıtay 9.HD., 18.10.2005, E.2005/30929, K.2005/33949
- 2 Yargıtay 9.HD., 01.05.2006, E.2006/5853, K.2006/12215
- 3 Çelik, N.: İş Hukuku Dersleri, 25.Bası, İstanbul, 2012, s.231
- 4 Soyer, P.: "Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Çerçevesinde Uygulama Sorunları", İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, İstanbul, 2005, s.34
- 5 Kar, B.: İş Güvencesi ve Uygulaması, Ankara, 2009, s.114
- 6 Akyiğit, E.: Türk İş Hukukunda İş Güvencesi (İşe İade), Ankara, 2007, s.233
- 7 Alpagut, G.: "İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi", Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, III.Yılında İş Yasası, Bodrum, 2005, s.207-208
- 8 Demir, F.: "İşe İade (Feshin Geçersizliği) Hükümlerinden Yararlanma Koşulları ve Uygulama Sonuçları", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.19, 2008, s.888

- 9 Uçum, M.: Yeni İş Kanunu Seminer Notları, İstanbul, 2003, s.135-136
- 10 Uçum, s.136-137; Bilgili ise bu yorumun, kanunun lafzı karşısında tartışmaya açık olduğunu belirtmektedir. Bkz. Bilgili, A.: İş Güvencesi Hukuku-İşe İade Davaları, Adana, 2004, s.23
- 11 Soyer, s.34
- 12 Ekonomi, M.: "İş Güvencesinde Yararlanma Şartı Olarak İşçinin Altı Aylık Kıdemi (Bekleme Süresi)", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C.9, S.34, 2012, s.3-32

KAYNAKLAR

- AKYİĞİT, Ercan: Türk İş Hukukunda İş Güvencesi (İşe İade), Ankara 2007.
- ALPAGUT, Gülsevil: "İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi", Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, III. Yılında İş Yasası, Bodrum 2005.
- BİLGİLİ, Abbas: İş Güvencesi Hukuku-İşe İade Davaları, Adana 2004.
- ÇELİK, Nuri: İş Hukuku Dersleri, 25. Bası, İstanbul 2012.
- DEMİR, Fevzi: "İşe İade (Feshin Geçersizliği) Hükümlerinden Yararlanma Koşulları ve Uygulama Sonuçları", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.19, 2008.
- EKONOMİ, Münir: "İş Güvencesinde Yararlanma Şartı Olarak İşçinin Altı Aylık Kıdemi (Bekleme Süresi)", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C.9, S.34, 2012.
- KAR, Bektaş: İş Güvencesi ve Uygulaması, Ankara 2009.
- SOYER, Polat: "Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Çerçevesinde Uygulama Sorunları", İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, İstanbul 2005.
- UÇUM, Mehmet: Yeni İş Kanunu Seminer Notları, İstanbul 2003.
- Legalbank Elektronik Hukuk Bankası: www.legalbank.net

Yrd. Doç. Dr. İştar (Urhanoğlu) CENGİZ

Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Geçersiz Fesih ve İşe İade Davalarında, Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin Bulunduğu Durumlarda Davalı Yönünden şekli Bakımdan Mecburi Dava Arkadaşlığı

T.C. YARGITAY

22. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2011/4205

Karar No : 2011/7310

Tarihi : 13.12.2011

DAVA

Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için tetkik hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra, dosya incelendi, gereği konuşulup düşünöldü:

KARAR

Davacı vekili, müvekkilinin iş sözleşmesinin geçerli bir neden olmadan feshedildi-

đini ileri sürerek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, boşta geçen süre ücret ve diğer haklar ile işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminatın belirlenmesini istemiştir.

Davalı vekili, ... Ltd. şti.'nin ... Ltd. şti.'ye sağladığı insölin kalem eğitimi hizmet sözleşmesi kapsamında insölin kalem eğitmeni pozisyonunda çalıştığını, mesai saatlerine özen göstermemesi ve uyarılara rağmen düzelmemesi nedeniyle davacının iş sözleşmesinin geçerli olarak feshedildiğini belirterek davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece işverence davacının iş akdinin geçerli nedene dayanılarak feshedildiğinin ispat edilememesi gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

Karar davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Alt işveren işçisi tarafından, feshin geçersizliğine karar verilmesi istemiyle yalnızca alt işveren hakkında veya geçersizlik yahut

muvaaza iddiasıyla sadece asıl işveren aleyhine açılan davalarda, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin geçersiz veya muvaazaaya dayandığının belirlenmesine bağlı olarak, davalı olarak gösterilen kişinin işçinin gerçek işvereni olmadığının belirlenmesi halinde taraf sıfatı sorunu ortaya çıkmaktadır. Davanın taraf sıfatı yokluğu nedeni ile reddedilmesi halinde, gerçek işverene karşı açılacak davada işçi, çoğunlukla, işe iade davaları için öngörülen bir aylık dava açma süresini kaçırma tehlikesi ile karşılaşmaktadır. Böyle bir sonuç işçiyi mağdur edeceği gibi, bir aylık süre geçmemişse yeni bir dava açılmasını gerektirmesi nedeni ile usul ekonomisine de uygun düşmez. Gerek daha önce işe iade davalarına bakan Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi'nce ve gerek Dairemiz tarafından davanın temsilcide yanıldığı veya taraf sıfatında maddi hataya düştüğü kabul edilmek suretiyle taraf değişikliği konusunda mülga 1086 sayılı HMK'nın katı kuralları aşılarak sorun çözülmeye çalışılmıştır.

Ne var ki, işe iade davası asıl işveren ve alt işverene karşı birlikte açıldığında asıl işveren hakkında taraf sıfatı yokluğu gerekçesi ile davanın reddine karar verilmezken, sadece asıl işveren hakkında dava açılmışsa taraf sıfatının bulunmadığı ve taraf sıfatında yanlgı olduğunun kabulüne karar verilmesi sözü edilen çözümün çelişkisi olarak dikkat çekmiştir.

Öte yandan, 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Kanun'un 124. maddesinde kabul edilebilir yanlgıya dayanan iradi taraf değişikliği taleplerinin mahkemece kabul edilmesi yönünde düzenleme yapılmıştır. Ancak sözü edilen düzenlemede taraf değişikliğinin talep şartına bağlanması karşısında, hâkim tarafından bu hususta taraflara hatırlatmada bulunulması mümkün değildir. Bu nedenle talep olmadığı halde, taraf sıfatında maddi hataya düşüldüğünden söz edilmek suretiyle mahkeme kararının bozulmasına yönelik uygulamaya devam edilmesinin, kanunun belirtilen açık düzenlemesi karşısın-

da, mümkün olmadığı görülmektedir.

Hal böyle olunca, Dairemizde yukarıda belirtilen içtihadın yeniden gözden geçirilerek değerlendirilmesi ihtiyacı doğmuştur.

Mahkemece verilecek hükmün etkisi bakımından mecburi dava arkadaşlığı, maddi bakımdan mecburi dava arkadaşlığı ve şekli (usuli) bakımdan mecburi dava arkadaşlığı olarak ikiye ayrılmaktadır. Maddi bakımdan mecburi dava arkadaşlığı, 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 zorunlu hallerde söz konusu olur (6100 sayılı HMK m. 59). Şekli (usuli) bakımdan mecburi dava arkadaşlığı ise, kanunun özel hükümleri ve davanın niteliğinden kaynaklanan, birden fazla kişiye karşı dava açılmasının ve yürütülmesinin zorunlu olduğu hallerde oluşan dava arkadaşlığına denir (PEKCANITEZ Hakan/ATALAY Oğuz/ÖZEKES Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 12. Bası, Ankara 2011, s. 223). Şekli dava arkadaşlığı, gerçeğin tam olarak ortaya çıkarılması ve taraflar arasındaki ilişkinin doğru karara bağlanmasını sağlamak için kabul edilmiştir. Bu durumda, dava konusu hukuki ilişki hakkında bütün dava arkadaşlarına yönelik tek ve aynı doğrultuda bir karar verme zorunluluğu yoktur. Ayrıca dava arkadaşlarının yaptıkları usuli işlemler birbirinden bağımsızdır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinin altıncı ve yedinci fıkralarına göre asıl işveren-alt işveren ilişkisinin geçerli olup olmadığı veya muvaazaaya 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 Sözleşmesi'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkına ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 27. maddesinde öngörülen hukuki dinlenilme 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 (usuli) bakımdan mecburi dava arkadaşlığının mevcut olduğu kabul edilmelidir.

Görüldüğü üzere, bu çözüm tarzı hem işçi hem de işveren yönünden hukuka uygun olup, maddi ve usuli bakımdan her iki tarafın haklarını korumasını sağlayan bir çözümdür.

Böyle olunca, işe iade davasının yalnızca asıl işveren veya alt işveren aleyhine açılması durumunda, mahkemece, dava hemen reddedilmemeli, davalı olarak gösterilmeyen asıl işveren veya alt işverene davanın teşmili için davacı tarafa süre verilmeli, verilen süre içinde, diğer dava arkadaşına teşmil edilirse davaya devam edilmeli, aksi halde dava sıfat yokluğundan reddedilmelidir.

Taraf teşkili sağlandıktan sonra işin esasına yönelik olarak yapılacak inceleme sonucunda, 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 davanın reddine karar verilmelidir. Ancak, HMK'nın 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 yok-

luğu nedeni ile hakkındaki davanın reddine karar verilen taraf lehine vekâlet ücreti takdir edilmemelidir.

Dosya içerisinde yer alan fesih bildirim içeriği dikkate alındığında davalı ... Ltd. Şti. ile ... Ltd. Şti. arasında insülin kalem eğitimi hizmet sözleşmesi olduğu, davacının kayden davalı şirket çalışanı olarak gözüktüğü dikkate alındığında davalı şirket ile ... Ltd. Şti. arasında düzenlenen hizmet alım sözleşmesinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6-7 maddesi yönünden incelenmesi gerektiği açıktır. Sözleşmenin İş Kanunu'nun hükümleri uyarınca geçerliliği veya muvazaaya dayanıp dayanmadığına yönelik yapılacak yargısal denetim sözleşmesinin diğer tarafını yani ... Ltd. Şti.'nin hak alanını da etkileyeceğinden, davanın adı geçen şirkete de teşmili için davacıya usulüne uygun süre verilmeli, dava teşmil edilirse yargılamaya devam edilerek sonucuna göre bir karar verilmelidir. Taraf teşkili sağlanmadan ve eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmiş olması hatalı olmuştur.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten (BOZULMASINA), peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 13.12.2011 gününde oybirliği ile karar verildi.

KARARIN İNCELENMESİ

1. Hukuki Sorun

Uyuşmazlığa konu olan somut olay, alt işveren işçisi tarafından, feshin geçersizliğine karar verilmesi istemiyle yalnızca alt işveren hakkında veya geçersizlik yahut muvazaa iddiasıyla sadece asıl işveren aleyhine açılan davalarda, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin geçersiz veya muvazaaya dayandığının belirlenmesine bağlı olarak, davalı olarak gösteri-

len tarafın işçinin gerçek işvereni olmadığının belirlenmesi halinde taraf sıfatı sorununun ortaya çıkması ile ilgilidir.

Belirtilen durumlarda davanın taraf sıfatı yokluğu nedeni ile reddedilmesi halinde, gerçek işverene karşı açılacak davada işçi çoğunlukla, işe iade davaları için öngörülen bir aylık dava açma süresini kaçırma tehlikesi ile karşılaşmaktadır. Bir aylık dava açma süresinin geçmediği durumlarda ise yeni bir dava açılması gerekmekte ve bu durum usul ekonomisine uygun düşmemektedir. Bu ne-

denlerle Yargıtay tarafından asıl işveren alt işveren ilişkisinin bulunduğu durumlarda davacının temsilcide yanıldığı veya taraf sıfatında maddi hataya düştüğü kabul edilmek suretiyle taraf değişikliği konusunda mülga 1086 sayılı HMK'nın katı kuralları aşılarak sorun çözülmeye çalışılmıştır¹.

01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "Taraf İradi Değişiklik" kenar başlığını taşıyan m.124'de yer alan "(1) Bir davada taraf değişikliği, ancak karşı tarafın açık rızası ile mümkündür. (2) Bu konuda kanunlarda yer alan özel hükümler saklıdır. (3) Ancak, maddi bir hatadan kaynaklanan veya dürüstlük kuralına aykırı olmayan taraf değişikliği talebi, karşı tarafın rızası aranmaksızın hâkim tarafından kabul edilir. (4) Dava dilekçesinde tarafın yanlış veya eksik gösterilmesi kabul edilebilir bir yanılığa dayanıyorsa, hâkim karşı tarafın rızasını aramaksızın taraf değişikliği talebini kabul edebilir. Bu durumda hâkim, davanın tarafı olmaktan çıkarılan ve aleyhine dava açılmasına sebebiyet vermeyen kişi lehine yargılama giderlerine hükmeder." hükmü uyarınca kabul edilebilir yanılığa dayanan iradi taraf değişikliği taleplerinin mahkemece kabul edilmesi mümkündür. Ancak söz konusu düzenlemede taraf değişikliği talep şartına bağlanmıştır ve bu nedenle hâkim tarafından bu hususta taraflara hatırlatmada bulunulması mümkün değildir².

Yargıtay'ın 1086 sayılı Kanun döneminde geliştirmiş olduğu ve talep olmadığı halde, taraf sıfatında maddi hataya düşüldüğünden söz edilmek suretiyle mahkeme kararının bozulmasına yönelik uygulamaya devam edilmesi 6100 sayılı Kanun'un açık düzenlemesi karşısında artık mümkün değildir³.

Tüm bu nedenlerle işe iade davalarına özgü olarak, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin söz konusu olduğu davalarda, davalı taraf yönünden bir çeşit şekli bakımdan mecburi dava arkadaşlığının bulunduğu kabul edilmelidir.

2. Değerlendirme

Usul hukukunda aynı yargılama içinde

İş yargısında husumetin çözümlenebilmesi için öncelikle davanın taraflarının tespit edilmesi gerekir.

davaların yığılması sonucunda davacı veya davalı yanda birden fazla tarafın bulunması durumunda "dava arkadaşlığı" söz konusu olur. Dava arkadaşlığı tek bir yargılama sınırları içinde birden fazla davacının bir veya birden fazla davalı karşısında veya bir davacının birden fazla davalı karşısında bulunması halinde mevcuttur⁴. Dava arkadaşlığı ihtiyari ve mecburi olmak üzere iki şekilde gerçekleştirilir⁵. Dava konusu olan hukuki ilişki birden fazla kişi arasında ortak ise ve bu hukuki ilişki hakkında mahkemece bütün kişiler için aynı şekilde ve tek bir karar verilmesi gerekiyorsa maddi mecburi dava arkadaşlığı söz konusu olur (6100 sayılı HMK md.59). Şekli bakımdan mecburi dava arkadaşlığı ise yalnız davalılar bakımından söz konusu olup kanunun özel hükümleri ve davanın niteliğinden kaynaklanan, birden fazla kişiye karşı dava açılmasının ve yürütülmesinin zorunlu olduğu hallerde oluşan dava arkadaşlığına denir. Gerçeğin daha iyi ortaya çıkması ve taraflar arasındaki hukuki ilişkinin daha iyi karara bağlanmasını sağlamak için birden fazla kişiye dava açılması durumunda şekli mecburi dava arkadaşlığı söz konusu olur⁶.

Şekli dava arkadaşlığında dava arkadaşlarının yaptıkları usuli işlemler birbirinden bağımsızdır. Şekli bakımdan mecburî dava arkadaşlığında, dava arkadaşları arasında maddî bakımdan bir ilişki söz konusu olmadığından, dava arkadaşları davada birlikte hareket etmek zorunda değildirler. Şekli bakımdan mecburi dava arkadaşlığında mahkeme, bütün dava arkadaşları hakkında aynı şekilde karar vermek zorunda değildir. Dava arkadaşları arasında maddî bakımdan bir ilişki söz konusu olmadığından mahkeme, her dava arkadaşı hakkında başka şekilde karar verebilir. Şekli dava arkadaşlığı, gerçeğin tam olarak ortaya çıkarılması ve taraflar arasındaki

ilişkinin doğru karara bağlanmasını sağlamak için kabul edilmiştir⁷.

İş yargısında husumetin çözümlenebilmesi için öncelikle davanın taraflarının tespit edilmesi gerekir⁸. Günümüzde taraf kavramı usuli bir kavram olarak kabul edilmektedir⁹. İki taraf prensibi gereğince, her davada mutlaka taraf ehliyetine sahip, bir davacı ve bir davalı olmak üzere iki tarafın bulunması şarttır¹⁰. Davanın zorunlu unsurlarından olan “taraf” kavramı, bir davada kendi adına hukuki koruma isteyen (dava açan-davacı) ve kendisine karşı hukuki koruma istenen (dava açılan-davalı) kişidir¹¹ ve bir iş davasının dolayısıyla somut olay bağlamında feshin geçersizliği davasının tarafları da aralarında iş sözleşmesi ilişkisi bulunanlardır¹².

Aralarında iş sözleşmesi ilişkisi bulunanların yani işçi ve işverenin kimler olduğunu ve 4857 sayılı İş Kanunu’nun kapsamında bulunup bulunmadığı bir maddi hukuk meselesidir ve “sıfat”a ilişkin bir sorundur. Sıfat kavramı tarafın maddi hukuk ilişkisinin süjesi olup olmadığı hususu ile ilgilidir. “Sıfat”ın mevcut olup olmadığı ise davanın esasına girildikten sonra esas hakkında verilecek hükümle belli olacaktır¹³. Yargılama esnasında hâkim tarafından re’sen nazara alınması gerekir¹⁴.

Feshin geçersizliği davasında davacı taraf, iş güvencesinden yararlanan işçidir. Söz konusu davada davalı taraf ise iş güvencesi kapsamındaki işçiyi çalıştıran işverendir¹⁵. İş hukukunda ve sosyal güvenlik hukukunda işveren sıfatının kazanılabilmesi işçi çalıştırma koşuluna bağlanmıştır ve 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu anlamında işçi çalıştıran herkes işveren olarak kabul edilmektedir¹⁶. Feshin geçersizliği ve buna bağlı olarak işe iade davasında davalı konumunda bulunan işveren, davacı işçiyi çalıştıran ve buna bağlı olarak ücretini ödeyen kişidir. Bu bağlamda feshin geçersizliği ve işe iade davalarında gerçek işverenin tespiti önem taşımaktadır¹⁷.

Üçlü iş ilişkisi olarak adlandırabileceğimiz asıl işveren-alt işveren ilişkisinin bulunması halinde ise; işe iade davaları özellik arz etmektedir. İşçinin feshin geçersizliği davası açtığı işverenin, aynı zamanda bir asıl

işveren-alt işveren ilişkisinde alt işveren tarafını oluşturması durumunda meselenin irde-lenmesi gerekmektedir¹⁸.

Bu tür bir davada hem yapılan feshin geçerli bir sebebe dayanıp dayanmadığı meselesinin hem de davada husumetin kime yöneltileceği meselesinin çözümlenmesi gerekmektedir. Ayrıca mahkemenin feshin geçersizliğine ve işçinin işine iadesine karar vermesi durumunda da farklı olasılıklar söz konusu olmaktadır¹⁹.

Alt işverenlik kurumu 4857 sayılı İş Kanunu’nun 6. maddesinde düzenlenmiştir. Madde hükmü ile asıl işveren, 4857 sayılı İş Kanunu’ndan, iş sözleşmesinden ve alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerden sorumlu tutulmuştur. Bu düzenleme ile asıl işverenin sorumluluğu genişletilmiş ve ihbar, kıdem, kötüniyet ve işe iade sonucu işe başlatmama tazminatları ile ücret, fazla çalışma, hafta tatili, bayram ve genel tatil, yıllık izin, ikramiye, pirim, yemek yardımı, yol yardımı gibi tüm işçilik haklarından birlikte sorumluluk esas kabul edilmiştir²⁰.

Söz konusu sorumluluk nedeni ile feshin geçersizliği ve işe iade davasında, asıl işveren-alt işveren ilişkisi bulunduğu durumlarda her iki işverene birlikte dava açılmasında fayda bulunmaktadır.

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin bulunduğu durumlarda, yasal süresi içerisinde alt işveren işçisi tarafından açılan feshin geçersizliği ve işe iade davasında, şayet muvazaa iddiası söz konusu değil ise, işçi davasını kendi işvereni olan alt işverene yöneltebileceği gibi İş Kanunu m. 22’de yer alan birlikte sorumluluk kuralından hükmen yararlanabilmek için alt işveren ile birlikte asıl işvereni de hasım gösterebilmektedir. Böyle bir davada mahkemenin vereceği kararın feshin geçersizliği ve işçinin işine iadesi yönünde olması durumunda, işe iade kararının gereğini yerine getirmek ve işçiyi işe başlatmak yükümlülüğü alt işverene ait olurken, feshin geçersizliğine bağlanan işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre ücreti yönünden yükümlülük asıl işveren ve alt işverenin birlikte sorumluluğunda olacak-

tır. Ancak asıl işveren aleyhine, 4857 sayılı İş Kanunu'nda yer alan birlikte sorumluluk kuralına dayanarak, parasal sonuçlara ilişkin hüküm kurulabilmesi için davada taraf olarak gösterilmesi gerekir. Aksi halde asıl işverenin birlikte sorumluluğuna hüküm fıkrasında yer verilemez²¹.

Muvazaa iddiasının hiç söz konusu edilmediği yargılama sürecine ilişkin yukarıda belirtilen durum muvazaa iddiasına rağmen, mahkemenin olayda muvazaanın bulunmadığı sonucuna varması halinde de söz konusudur. Böyle bir durumda feshin geçersizliği ve işe iade davasının asıl işverene yöneltilmesi zaten mümkün değildir²². Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin bulunduğu durumlarda davanın sadece asıl işverene karşı açılması halinde husumette yanılmanın varlığı kabul edilmeli iş ilişkisinin tarafı olmayan asıl işveren yönünden dava husumetten reddedilmiştir²³.

Ancak davada muvazaa²⁴ iddiası var ise davaya asıl işveren bakımından devam edilmeli ve iddia açıklığa kavuşturulmalıdır. Muvazaa iddiasının yer aldığı bir işe iade davasında asıl işverenin de hasım gösterilmesi nedeniyle mahkeme muvazaayı tespit ederse dava alt işveren açısından husumet nedeniyle reddedilecek ve doğrudan hem işe iade hem de parasal sonuçları açısından asıl işveren hakkında hüküm kurulacaktır²⁵.

3. Sonuç

Şekli bakımdan mecburi dava arkadaşlığına ilişkin olarak yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalar, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin söz konusu olduğu durumlarda işe iade davaları açısından, ortaya çıkan birçok soruna çözüm getirecek niteliktedir.

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin söz konusu olduğu durumlarda açılan işe iade davalarında, davalılar arasında mecburi dava arkadaşlığının varlığı kabul edildiğinde davacı işçi davasını her iki işverene karşı birlikte açmak zorundadır. Davacı işçi davasını yalnızca asıl işveren veya alt işveren aleyhine açmış olması halinde dava hemen reddedilmeyecek²⁶, davalı olarak gösterilmeyen asıl işveren veya

alt işverene de teşmili için davacı tarafa 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 119. maddesi uyarınca bir haftalık kesin süre verilecek, verilen süre içerisinde, dava diğer dava arkadaşına teşmil ettirilirse davaya devam edilecek aksi halde açılmış olan dava taraf sıfatı yokluğundan reddedilecektir.

Taraf teşkili sağlandıktan sonra işin esasına yönelik olarak yapılacak inceleme sonucunda, 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 yokluğundan davanın reddine karar verilmelidir. Buna karşılık geçerli ve muvazaanın söz konusu olmadığı bir alt işveren ilişkisinin varlığı sonucuna varılır ise işçinin alt işverendeki işine iadesine, parasal sonuçlarından sorumluluğuna; asıl işveren hakkında da kanundan doğan müteselsil sorumluluğunun gereği olarak, işe iadenin parasal sonuçlarından müteselsilen sorumluluğuna karar verilmelidir.²⁷

Kanaatimizce, işe iade davalarına özgü olarak, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin söz konusu olduğu davalarda, davalı taraf yönünden bir çeşit şekli bakımdan mecburi dava arkadaşlığı vardır.

Yukarıda açıklanan nedenlerle inceleme konumuz olan Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin ilgili kararı, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun belirtilen hükümleri karşısında isabetli bir sonuca ulaşmaktadır.

DİPNOTLAR

- 1 Fevzi Şahlanan, "Alt İşveren İşçisinin Açtığı İşe İade Davasında Mecburi Dava Arkadaşlığı", Karar İncelemesi, Tekstil İşveren, Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası, Sayı 390, Kasım-Aralık 2012, s.5, (http://www.tekstilisveren.org/ttsis/images/stories/dergi/aralik12/hukuk_kasim2012.pdf, 10.02.2013).
- 2 Şahlanan, Mecburi Dava Arkadaşlığı, s.5.
- 3 Şahlanan, Mecburi Dava Arkadaşlığı, s.5; Öte yandan 4857 sayılı İş Kanunu'nca asıl işverenin müteselsil sorumluluğunu öngören düzenlemeye dayanılarak, alt işveren aleyhine açılan işe iade davasında, davada taraf gösterilmeyen asıl işveren hakkında işe iade davasının parasal sonuçlarına ilişkin hüküm kurulması Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkına ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 27. maddesinde öngörülen

- hukuki dinlenilme hakkına aykırılık teşkil edecektir (Şahlanan, Mecburi Dava Arkadaşlığı, s.5).
- 4 H. Yavuz Alangoya/M. Kâmil Yıldırım/Nevhis Deren-Yıldırım, Medenî Usul Hukuku Esasları, Genişletilmiş Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, İstanbul 2009, s.130.
 - 5 Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özekes, Medeni Usul Hukuku, 12. Bası, Ankara 2011, s. 223; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, a.g.e., s.130 vd.
 - 6 Şahlanan, Mecburi Dava Arkadaşlığı, s.5; Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, Medeni Usul Hukuku, 22. Baskı, Ankara 2011, s.494 vd.; Pekcanitez/Atalay/Özekes, a.g.e., s.223.
 - 7 Şahlanan, Mecburi Dava Arkadaşlığı, s.5; Kuru/Arslan/Yılmaz, a.g.e., s.494 vd.; Pekcanitez/Atalay/Özekes, a.g.e., s.223.
 - 8 Bektaş Kar, İş Güvencesi ve Uygulaması, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s.505.
 - 9 Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, a.g.e., s.112.
 - 10 Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, a.g.e., s.113-114.
 - 11 Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, a.g.e., s.112.
 - 12 Kar, a.g.e., s.505; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, a.g.e., s.116; ayrıca bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, Tarih: 21.03.2002, 3041/4000.
 - 13 Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, a.g.e., s.121.
 - 14 Kar, a.g.e., s.505.
 - 15 Kar, a.g.e., s.506.
 - 16 Hamdi Mollamahmutoğlu/Muhittin Astarlı, İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2012, s.163; Kar, a.g.e., s.507.
 - 17 Kar, a.g.e., s.507.
 - 18 Şahlanan, Mecburi Dava Arkadaşlığı, s.4.
 - 19 Şahlanan, Mecburi Dava Arkadaşlığı, s.4.
 - 20 Kar, a.g.e., s.507-508; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarih: 01.12.2008, Esas No: 2008/6287, Karar No: 2008/32597; Kanunun kullandığı birlikte sorumluluk ifadesi tam teşelsülü yani müşterek ve müteselsil sorumluluğu ifade etmektedir (Kar, a.g.e., s.507-508).
 - 21 Şahlanan, Mecburi Dava Arkadaşlığı, s.4; Kar, a.g.e., s.508; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarih: 06.02.2006, Esas No: 2005/17213, Karar No: 2006/2266.
 - 22 Şahlanan, Mecburi Dava Arkadaşlığı, s.4.
 - 23 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarih: 01.12.2008, Esas No: 2008/6287, Karar No: 2008/32587.
 - 24 Alt işveren ilişkisinde muvazaa, tarafların gerçekte bir alt işveren ilişkisi kurmayı amaçlamamakla birlikte salt işverenin iş ilişkisinden kaynaklanan bazı yükümlülüklerden kaçması amacıyla görünürde bir alt işveren ilişkisi kurmalarıdır (Mollamahmutoğlu/Astarlı, a.g.e., s.195 vd.; Ercan Akyiğit, İçtihatlı Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, 3. Baskı, Cilt 1, 2008, s.119; Gülsevil Alpagut, "Alt İşveren İş Sağlığı ve Güvenliği ile İdari Para Cezalarına İlişkin Düzenlemeler, İstihdam Paketive Sosyal Güvenlikteki Yeni Düzenlemeler İşletmelere Ne

- Getiriyor?" Semineri, 16 Temmuz 2008, İstanbul, s.37; Gülsevil Alpagut, "Alt İşverenlik Yönetmeliği'nin Hukuka Aykırılığı Üzerine", İşveren, C.47, S.2, Kasım 2008, s.61).
- 25 Şahlanan, Mecburi Dava Arkadaşlığı, s.4; Kar, a.g.e., s.508-509; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarih: 06.05.2004, Esas No: 2003/22208, Karar No: 2004/10367; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarih: 21.04.2008, Esas No: 2007/30780, Karar No: 2008/9222; ayrıca bkz. Fevzi Şahlanan, "Alt İşverene Verilen Yardımcı İşte Muvazaa İddiası ve İşe İade Davasında Sorumluluk", Karar İncelemesi, Tekstil İşveren, Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası, Mart 2007.
 - 26 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarih: 04.04.2008, Esas No: 2007/29931, Karar No: 2008/7460; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarih: 21.07.2008, Esas No: 2008/17318, Karar No: 2008/20937.
 - 27 Şahlanan, Mecburi Dava Arkadaşlığı, s.6.

KAYNAKLAR

- Akyiğit, Ercan, İçtihatlı Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, 3. Baskı, Cilt 1, 2008.
- Alangoya, H. Yavuz/Yıldırım, M. Kâmil/Deren-Yıldırım, Nevhis, Medenî Usul Hukuku Esasları, Genişletilmiş Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, İstanbul 2009.
- Alpagut, Gülsevil, "Alt İşveren İş Sağlığı ve Güvenliği ile İdari Para Cezalarına İlişkin Düzenlemeler, İstihdam Paketi ve Sosyal Güvenlikteki Yeni Düzenlemeler İşletmelere Ne Getiriyor?" Semineri, 16 Temmuz 2008, İstanbul, s.32-56.
- Alpagut, Gülsevil, "Alt İşverenlik Yönetmeliği'nin Hukuka Aykırılığı Üzerine", İşveren, C.47, S.2, Kasım 2008, s.58-62.
- Çankaya, Osman Güven/Çil,Şahin, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara 2006.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin, İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2012.
- Kar, Bektaş, İş Güvencesi ve Uygulaması, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.
- Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder, Medeni Usul Hukuku, 22. Baskı, Ankara 2011.
- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 12. Bası, Ankara 2011.
- Şahlanan, Fevzi, "Alt İşveren İşçisinin Açtığı İşe İade Davasında Mecburi Dava Arkadaşlığı", Karar İncelemesi, Tekstil İşveren, Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası, Sayı 390, Kasım-Aralık 2012, (http://www.tekstilisveren.org/ttsis/images/stories/dergi/aramlik12/hukuk_kasim2012.pdf, 10.02.2013). (Mecburi Dava Arkadaşlığı)
- Şahlanan, Fevzi, "Alt İşverene Verilen Yardımcı İşte Muvazaa İddiası ve İşe İade Davasında Sorumluluk", Karar İncelemesi, Tekstil İşveren, Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası, Mart 2007. (Muvazaa İddiası)

Derya KARADEMİR

TİSK Müşavir Avukatı

İşe İade Kararı Sonrasında İşe Başlatılma Kavramı ve Koşulları

**T.C. YARGITAY
9. HUKUK DAİRESİ**

Esas No : 2012/10519
Karar No : 2012/8818
Tarihi : 19.03.2012

DAVA

Davacı vekili, davacı işçinin işe iade kararı sonrası işe başlatılmadığını belirterek, kıdem ve ihbar tazminatı ile işe başlatmama tazminatının davalı işverenden tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiştir.

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

KARAR**A) Davacı İsteminin Özeti:**

Davacı vekili, davalı işyerinde çalışan ve iş sözleşmesi feshedildiği için feshin geçersizliği ve işe iade kararı alan davacının işe başlatılması için başvurduktan sonra daha önceki bölümünde görevlendirilmediğini, bu nedenle davacının gerçek anlamda işe başlatılmadığını belirterek, kıdem ve ihbar tazminatı ile işe başlatmama tazminatının davalı işverenden tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, davacının kesinleşen işe iade kararına dayanarak şirket nezdinde işe başlamak amacıyla başvuruda bulunduğunu şirketin yapılan bu başvuruyu kabul ederek mahkeme kararını yerine getir-

diğini ve davacıyı işe başlattığını, davacının 19/03/2010 tarihinde işbaşı yaptığını, ilk gün çalıştıktan sonra çeşitli bahaneler ileri sürerek kendisine verilen işi yapmadığını, bu durumu tespit ettirdiklerini, davacının kendisine başka bir iş verildiği yönündeki iddiaların yersiz olduğunu, davacının şirketin bütün iyiniyetli yaklaşımlarını reddedererek işi bıraktığını, 3 gün üst üste işe gelmediğini, bunun üzerine iş akdinin şirket tarafından İş Kanunu'nun 25/II maddesi hükümleri gereğince devamsızlık nedeniyle haklı olarak feshedildiğini, davacının tazminat alabilmek için kötüniyetli olarak işbu davayı açtığını, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece yapılan yargılama sonunda davacı tanık anlatımlarına itibar edilerek, kesinleşmiş işe iade kararı üzerine davacı işçinin yasal süresi içinde davalı işveren nezdinde işe başlamak amacıyla başvuruda bulunduğu, davalı işverenin yapılan başvuruyu kabul ederek davacıyı işe başlattığı, ancak davalı işverenin davacı işçiyi aynı koşullarla eski işine başlatmak zorunda olduğu halde davacıyı daha ağır çalışma koşulları içeren başka bir işe verdiği, davalı işverenin işe davetinin samimi ve ciddi olmadığı, işe davetin yasanın aradığı koşullarda yapılmadığı, davalı işverenin süresinde yapılan işe iade başvurusunu geçersiz kılmak için bu yola başvurduğu, bu nedenle davacının talep edilen tazminatlara hak kazandığı gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Karar davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

E) Gerekçe:

Kural olarak işçi, feshin geçersizliği ve işe iade kararı sonrası işe başlatılmak için başvurduğunda işveren tarafından geçer-

sizliği tespit edilen fesih tarihinde çalıştığı işyerinde ve önceki görevi ile ilgili işte işe başlatılmalıdır. Kural bu olmakla birlikte, karardan sonra işe başlamak için işverene başvuran işçinin önceki işe veya işyerine işe iade olanağı kalmadığı için, işveren öncelikle iş şartlarında esaslı değişiklik olanağı yaratmadan iş teklifi yapmalı, bu olanak yoksa o zaman 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesi uyarınca değişiklik teklifinde bulunmalıdır. İşçinin işverenin yeni iş teklifini kabul etmemesi durumunda, eğer iş şartlarında esaslı değişiklik yoksa işçinin kural olarak başvurmadığı ve geçersiz sayılan feshin geçerli hale geldiği kabul edilmelidir. İşverenin yeni iş teklifi iş şartlarında esaslı değişiklik yaratıyor ise, bu durumda işveren 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesi uyarınca hareket etmelidir.

Diğer taraftan davalı aleyhine dava açanlar tanık olarak dinlenmiş ise bu işçilerin tanıklıklarına kural olarak itibar edilmemesi gerekir. Bu beyanların diğer yan delillerle birlikte değerlendirilmesi gerekir.

Dosya içeriğine göre davacının feshin geçersizliği ve işe iade kararı sonrası işe başlatılması için işverene başvurduğunda davalı işveren tarafından önceki bölümünde işe başlatılmadığı, davacının bir gün bu bölümde çalıştıktan sonra ertesi gün verilen işin ağır olduğu gerekçesi ile önceki bölümde çalışacağını belirttiği ve davalı işveren tarafından bunun kabul edilmediği, davacının birkaç gün işe gelip, bekleme odasında beklediği, davalının görevlendirilen yerde çalışmasında ısrar ettiği, davacının daha sonra işe gelmediği ve iş sözleşmesinin davalı işveren tarafından feshedildiği anlaşılmaktadır.

Mahkemece aynı türden davası olan işçiler davacı tanığı olarak dinlenmiş ve tanık beyanlarına göre sonuca ulaşılmıştır.

Yukarda belirtildiği gibi davalı aleyhine davası bulunan tanıkların beyanı diğer yan delillerle birlikte değerlendirilmesi gerekir.

Davacının işe başlatılması için başvur-

duktan sonra daha önceki bölüm dışında görevlendirildiği bölümdeki çalışmasının iş şartlarında esaslı değişiklik olup olmadığı, işyerinde uzman bilirkişi ile keşif yapılarak rapor alınması sonucu ortaya çıkacak bir olgudur. Mahkemece bu yönde araştırılma yapılmadan, üstelik tanıklıklarına kural olarak itibar edilemeyecek tanık beyanları ile yetinilerek eksik incele-

me ile karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 19.03.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

1. UYUŞMAZLIĞA KONU OLAY VE KARAR

İnceleme konusu kararda, kesinleşmiş işe iade kararı üzerine yasal süre içinde başvuru yapan ve başvurusu işverence kabul edilerek işe başlatılan işçinin, başlatılmış olduğu işin niteliği üzerinde durularak;

- İşçinin, kural olarak işveren tarafından geçersizliği tespit edilen fesih tarihinde çalıştığı işyerinde ve önceki görevi ile ilgili işte işe başlatılması gerektiği;
- Kural bu olmakla birlikte, işe başlamak için işverene başvuran işçinin önceki işe veya işyerine işe iade olanağı kalmadığı için, işverenin öncelikle iş şartlarında esaslı değişiklik olanağı yaratmadan iş teklifini yapması gerektiği,
- Bu olanak olmadığı takdirde 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesi uyarınca değişiklik teklifinde bulunması gerektiği,
- Bu teklifin işçi tarafından kabul edilmesi halinde, bu kez sunulan teklifin iş şartlarında esaslı değişiklik yaratıp yaratmadığının incelenmesinin gerektiği,
- Esaslı değişiklik söz konusu değil ise işçinin kural olarak başvurmadığı ve geçersiz sayılan feshin geçerli hale geldiğinin kabul edilmesi gerektiği,
- Yeni iş teklifinin iş şartlarında esaslı değişiklik yaratması halinde ise, işverenin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesi uyarınca hareket etmesi gerektiği yönünde hüküm kurulmuştur.

Kararda ayrıca, davada dinlenen tanıkların,

davalı aleyhine dava açmış kişiler olduğu ve bu işçilerin tanıklıklarına kural olarak itibar edilmemesi gerektiği, beyanlarının diğer yan delillerle birlikte değerlendirilmesi gerektiği vurgulanmıştır.

Yerel mahkeme kararı, davacının daha önce çalıştığı bölüm dışında görevlendirildiği, bu bölümdeki çalışmasının iş şartlarında esaslı değişiklik olup olmadığının belirlenmesi için işyerinde uzman bilirkişi ile keşif yapılması ve beyanlarına kural olarak itibar edilemeyecek tanık beyanları ile yetinilerek eksik inceleme yapıldığı gerekçesi ile bozulmuştur.

2. İŞ GÜVENCESİ KAVRAMI VE KAPSAMI

Karara konu olay, iş güvencesi kapsamı içinde yer alan bir işçiye ilişkin olup öncelikle iş güvencesi kavramı ve güvencenin kapsamı konusunda bazı tespit ve tanımların vurgulanmasında yarar görülmektedir.

Farklı bakış açıları ve kapsamlarla farklı yorumlar yapılmakla birlikte, iş güvencesi; işçinin kurallara uygun çalıştığı sürece, işini yitirmemesi ve işverenin keyfi biçimde iş sözleşmesini sona erdirmesi karşısında, esas olarak yargı tarafından korunması¹ olarak tanımlanabilir.

İş ilişkisinde, her iki tarafın da (işçi-işveren) sözleşmeyi fesih yetkisi mevcut olmakla birlikte, bu yetkiye işveren açısından bazı sınırlamalar getirilmesi işçiyi koruma ilkesinin ve ona bağlı olarak gelişen iş güvencesi kavramının bir sonucudur.

İş güvencesi bakımından söz konusu olan,

işverenin iş sözleşmesini sona erdirme (fesh) hakkının elinden alınması yerine, bu hakkın sınırlandırılmasıdır. Nitekim, çalışma hakkı, iş sözleşmesinin işverenin haklı nedenle feshetme olanağını ortadan kaldırmaz. Çünkü, çalışma hakkına tanınacak böylesine geniş kapsamlı bir içerik, Anayasa'nın (m.48/1) güvencesi altındaki sözleşme özgürlüğü esasını anlamsız kılacaktır. Bu yüzden, çalışma hakkının salt keyfi sona erdirmeleri önleyecek bir iş güvencesi anlayışı içerdiğini kabul etmek gerekir².

Ancak, işverenin girişim özgürlüğü ve yönetim yetkisi ile işçilerin işten çıkarmalara karşı korunması arasında belirli bir dengenin gözetilmesi zorunluluğu, günümüzdeki ekonomik ve teknolojik koşulların bir gereği olarak ortaya çıkmış, bu gereksinim iş güvencesinin mutlak biçimde uygulanmasını engellemiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun "Geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçları"nı düzenleyen 21. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinde yer alan "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 ibarenin Anayasaya aykırılığı, "feshin geçersiz olduğuna karar verildiğinde işverene, işçiye işe başlatmayıp 4 ilâ 8 aylık ücreti tutarında tazminat ödeme seçeneği sağladığı, bunun iş güvencesini etkisiz hale getirdiği, bu nedenlerle kuralın, Anayasa'nın 2., 5., 11., 13., 48., 49. ve 53. maddelerine aykırı olduğu" gerekçeleri ile ileri sürülmüş ve bunun üzerine Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu kararda ise aşağıdaki değerlendirmelerle iptal isteminin reddi sonucuna varılmıştır³.

"21. maddenin birinci fıkrasının birinci tümcesine göre, işçinin iş akdinin feshinde, işverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiği durumlarda işveren, işçiye bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. Birinci fıkranın iptali istenilen son tümcesindeki kurala göre, işçiye başvurusu üzerine işveren, süresi içinde işe başlatmaz ise işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü

kılınmaktadır.

21. maddenin birinci fıkrasının iptali istenilen son tümcesindeki, 4 ilâ 8 aylık tazminatın nasıl belirleneceği maddenin gerekçesinde, "Bu tazminat, iş sözleşmesinin sona erdirilmesi ve işverenin işçiye işe başlatmama sebepleri göz önünde tutularak, ... mahkeme veya özel hakem tarafından takdir edilecektir." şeklinde belirtilmiştir.

Anayasa'nın 48. ve 49. maddelerinde öngörülen özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlamak, işçi ve işveren arasındaki dengenin kurularak çalışma barışını korumak Devletin görevleri arasında sayılmıştır. İş ilişkisinde kişisel yapı ön planda olup işverenden zorla bir kişiyi çalıştırmasını istemek beklenemez ise de, işçi ve işverenin hak ve yükümlülükleri arasında aranılan ölçülü ve makul bir dengenin, işverene tazminat ödeme yükümlülüğü getirilmek suretiyle kurulduğu anlaşıldığından kuralda Anayasa'ya aykırılık görülmemiştir.

Bu nedenlerle kural Anayasa'nın 13., 48. ve 49. maddelerine aykırı değildir, iptal isteminin reddi gerekir."

Karar gerekçesinde yer verilen "işçi ve işveren arasındaki dengenin kurularak çalışma barışını korumanın Devletin görevi olduğu" ve ayrıca "işçi ve işverenin hak ve yükümlülükleri arasında ölçülü ve makul bir dengenin kurulmasının arandığı" şeklindeki ifadeler kanımızca önem taşımaktadır.

Gerek öğretide gerek yargı kararlarında iş hukukuna hakim olan ilkelerden birinin "işçi yararına yorum" ilkesi olduğu sıkça gündeme gelmekte, söz konusu ilke, karar ve değerlendirmelerin belirleyici unsurunu oluşturmaktadır.

İşçi lehine yorum ilkesi, 1958 tarihli bir Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nda; "Kanun koyucuya İş Kanunlarını kabul ettiren tarihi sebepler ve bunlar arasında iktisadi durumca zayıf olan işçiye iktisadi durumu daha kuvvetli olan işverene karşı özel şekilde koruyacak içtimai muvazeneyi ve cemiyetin sükununu sağlama hedefi ve hukuk hükümlerinin tefsirinde lafzın gayenin ışığı altında manalandırılmasının ge-

rektiği göz önünde tutulunca, iş hukukuna ait hükümlerin tefsirinde tereddüt halinde işçinin lehine olan hal şeklinin kabul edilmesi, iş hukukunun ana kaidelerinden olduğu neticesine varılır. Zaten mahkemelerin iş hukuku tatbikatında bu esas benimsenmiş bulunmaktadır⁴.” şeklinde ifade edilmiştir.

1958 yılı ve hatta daha öncesinde benimsenmiş olan bu yaklaşım bugün de geçerliliğini korumakta ve hatta daha da gelişerek varlığını sürdürmektedir.

İşçi lehine yorum iş hukukuna özgü bir yorum yöntemi olmakla birlikte, bunun her durumda geçerli ve mutlak bir yöntem olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Yasa hükmünün ruhunun araştırılması asıl olması gerektirir ve bu durum onun amacının belirlenmesini zorunlu kılar⁵.

İşçi lehine yorum, ilkesinin önem ve gerekliliği bilinmektedir. Ancak söz konusu ilkeye başvurulma sıklığı artarken ve kapsamı giderek genişletilirken, bu yorumla çalışma ilişkisinin diğer tarafını oluşturan işverenin sahip olduğu ve zaten sınırlı biçimde var olabilmiş anayasal ve kanuni haklar arasında “ölçülü ve makul bir denge kurulması” ihtiyacı da giderek daha fazla hissedilmektedir.

Nitekim, sözü edilen “denge” arayışının aynı zamanda “hassasiyet” gerektirdiği ifade edilmekte, ancak bunun çalışma mevzuatına ve uygulamalarına yansımaları sınırlı kalmaktadır.

Her ne kadar iş hukukunda hareket noktası işçilerin korunması ise de, işçinin ekonomik ve sosyal durumunun düzeltilmesine ilişkin çabaları sınırsız bir biçimde genişletmek mümkün değildir. Çünkü iş hukukunun da son amacı tüm diğer hukuk dallarında olduğu gibi toplum yararındır. İşçilerin mümkün olduğu kadar korunması yönündeki çabalar ekonominin bu yükü taşıyabilme olanakları ile sınırlıdır. Ülke ekonomisi açısından olduğu kadar işletmeler düzeyinde de sosyal yükler, işletmenin ekonomik ve mali durumunu sarsacak boyutlara ulaşmamalıdır. İş hukukunda işçinin korunması bir temel ilke oluşturmakla birlikte, işletmenin ekonomik, mali ve teknik zorunluluklarının, üretim ve verimlilik gereklerinin de göz ardı edilmesi mümkün bulunmamaktadır. İş huku-

kunda işçinin korunması ilkesine mutlak bir geçerlilik tanınmamakta “sosyal olan” ile “ekonomik olan” arasında bir dengenin kurulması da gerekmektedir⁶.

Dengenin kurulmak yerine bozulmakta olduğu, Yargıtay’ın 2009 yılında vermiş olduğu ve iş hukuku ve sosyal güvenlik hukukuna ilişkin kararlarının değerlendirildiği toplantıda, “İş Kanunu’nun 18’inci maddesinde öngörülen geçerli sebebe dayanan işverenin yaptığı fesih işleminin, ayrıca Alman hukukunda öngörülen birtakım ilke ve kavramlar çerçevesinde geçerlilik denetimine tabi tutulması” vesilesi ile gündeme getirilmiş ve bu denetimin uygun görülemeyeceği belirtilerek; “Sözü edilen ilkeler ve önlemler her olayda birlikte arandığı için, bu konuda işverene getirilen yükümlülük insaf ölçülerini de aşmaktadır. Bu durumda, işverenin Anayasa’nın 48. maddesinden kaynaklanan sözleşmeyi fesih özgürlüğünün yine Anayasa’nın 13. maddesinde yer alan “ölçülülük ilkesi”ne aykırı olarak sınırlandırıldığı” sonucuna varılmıştır.

İşçiyi koruma ilkesinin sonuçlarından biri olarak gelişen iş güvencesi, yine aynı ilke doğrultusunda genişletilmekte ve inceleme konusu karara olmasa bile pek çok Yargıtay kararına ve akademik değerlendirmeye dayanak teşkil etmektedir. Bu süreçte ise, Anayasa Mahkemesi kararında da ifade edilen, ölçülü ve makul bir dengenin kurulması ihtiyacı giderek daha fazla kendini hissettirmektedir.

3. İŞE İADE SONRASINDA İŞE BAŞLATMA KAVRAMI VE KOŞULLARI

4857 sayılı İş Kanunu’nun 21. maddesinin birinci fıkrasına göre, mahkemece veya özel hakemce feshin geçersizliğine karar verilmesi halinde, işveren işçiyi bir ay içinde işe başlatmakla yükümlü tutulmuş, bu yükümlülüğe uymayan işverenin işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücret tutarında tazminat ödemekle yükümlü olacağı belirtilmiştir.

Maddenin diğer fıkralarında ise kararın kesinleşmesine kadar işçiye, çalıştırılmadığı süre için en çok dört aya kadar doğmuş bulunan

ücret ve diğer haklarının ödeneceği, işe başlatılmayan işçiye bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücreti peşin ödenmemişse, bu sürelerle ait ücret tutarının ayrıca ödeneceği belirtilmiştir.

Madde hükmüne göre işe iade sonrasında 3 durum ortaya çıkabilecektir. Bunlar;

İşçinin, işe iade kararının kesinleşmesinden sonra,

- Süresi içinde işverene başvurmaması,
- Süresi içinde işverene başvurması ve işveren tarafından işçinin işe başlatılmaması,
- Süresi içinde işverene başvurması ve işveren tarafından işçinin işe başlatılması.

Üç olasılığın her birine farklı hukuki sonuçlar bağlanmıştır. Olasılıklar, Yasada öngörülen durumlardır. Öte yandan haklı nedenle yapılan feshin mahkemece geçerli kabul edilmesi gibi, dava devam ederken ya da sonuçlandıktan sonra işçinin ölmesi, işverenin eski işinden farklı bir işte ya da işyerinde çalışmasını istemesi gibi birçok durum yaşanmakta ve tartışılmaktadır. Yasaların, ortaya çıkabilecek her somut olaya ilişkin hüküm içermesi elbette beklenemez⁸. İnceleme konusu karar, son olasılık çerçevesinde ortaya çıkan bir uyumsuzluğun çözümüne yönelik olmakla birlikte, işçinin eski işinden farklı bir işte çalışıp çalışmadığının belirlenmesi ve bunun sonuçlarına yöneliktir.

İş Kanunu'nun 21. maddesine göre mahkemece veya özel hakemce feshin geçersizliğine karar verilmesi halinde, işverene işçiye işe iade veya tazminat ödeme konusunda bir seçim hakkı tanınmıştır⁹.

İşe iade kararı ve işçinin başvurusu sonrasında işverenin seçimini; sözlü, eylemli veya yazılı olarak yapması mümkündür. Nitekim, Yargıtay bir kararında¹⁰ "İşçinin iade sonrasında başvurusuna rağmen işe başlatılmaması halinde, işe başlatılmayacağına sözlü ya da eylemli olarak açıklandığı tarihte veya bir aylık başlatma süresinin sonunda iş sözleşmesinin işverence feshedilmiş sayılacağını, somut olayda davacının işe iade başvurusunun davalıya tarihinde tebliğ edildiğini, davalının tarihli yazı ile işe başlatmayacağını açıkladığını" belirtmiştir.

İşverenin işe iade yükümlülüğünün başlan-

gıcını mahkeme ya da özel hakem kararı oluşturmakla birlikte, bu yükümlülük esas itibariyle kararın tebliğinden itibaren on işgünü içinde işçinin işe başlamak üzere işverene başvurusuna bağlı olarak ortaya çıkmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinin beşinci fıkrasına göre, işçinin bu sürede başvuruda bulunmaması halinde işverence yapılmış olan fesih geçerli hale gelmekte ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu tutulmaktadır.

Yargıtay'ın çeşitli kararları ile işçinin işe iade başvurusunun geçerliliği açısından bazı esaslar belirlenmiştir. Bu kararlarda başvuru zamanı, avukata yapılmış olan tebligatın sürenin başlamasına etkisi, süre başlamadan önce yapılan başvurunun yasal bir başvuru olarak kabul edilemeyeceği, tebligattaki gecikmelerin sonuca etkisi, başvurunun şekli, kim tarafından¹¹, kime ve nasıl yapılacağı ile başvurunun samimi olması¹² gibi esaslar ortaya konulmuştur.

İşçi tarafından yapılacak geçerli bir başvuru üzerine, işveren talep doğrultusunda bir ay içinde bir işlem tesis etmek durumundadır.

İşçinin işe iade başvurusunda olduğu gibi, işverenin işe başlatması konusunda da Yargıtay'ca ortaya konulmuş esaslar bulunmaktadır.

Bunlardan biri, işçinin iade başvurusunda¹³ olduğu gibi işverenin de işe başlatma konusunda samimi olması gerektiğidir. İşverenin işe başlatma yönündeki iradesinin samimi olmadığının bir kanıtının işçinin önceki işine veya işyerine iade edilmemesi olduğu ifade edilmektedir¹⁴.

Öte yandan Yargıtay "kapatılan bölümde çalışan işçinin işe iadesinde işçinin işverence en uygun işyerine daveti samimi olarak değerlendirilmelidir" sonucuna varmıştır¹⁵.

Ayrıca kararlarda işe başlatmanın herhangi bir şarta bağlanmaması gerektiği de ifade edilmektedir¹⁶.

İnceleme konusu kararda sorun, "işe başlatma" kavramı noktasında toplanmaktadır. Kanun sadece işe başlatmadan söz etmekte, hukukumuzdaki diğer örneklerin bazılarında yer aldığı gibi "benzer iş" kavramına yer vermemektedir. Bu durumun iş güvencesi kavramı ve

işçiyi koruma yaklaşımı ile açıklanabilir gerekçeleri bulunmakla birlikte, geçersiz olduğu kararlaştırılan feshe konu iş ilişkisinin dayandığı “iş”e, işçinin iade edilmesinin yargılama sürelerinin uzunluğu dikkate alındığında fiilen kolay olmadığı da gözardı edilmemelidir.

Karara esas teşkil eden olayda, davacı işçinin işe iade davası sonrası 19.3.2010 tarihinde işe başlatıldığı, işe başlatılmaya yönelik açılan davanın ise temyiz incelemesinin 19.3.2012 tarihinde yani iki yıl sonra sonuçlandığı görülmektedir. Geçersizliğine mahkemece karar verilen fesih işleminin ise 19.3.2010 tarihinden iki yıl önce gerçekleşmiş olabileceğini varsayarsak işverenin “dört yıl önceki” işi, davacı işçi için muhafaza etmesi gibi bir fiili gereklilik ortaya çıkmaktadır.

Yargıtay diğer kararlarında da işverenin işçiyi “eski işine” yahut bu kararda ifade olunduğu gibi “önceki görevi ile ilgili işte” işe başlatması gereğini vurgulamaktadır. Ancak bu noktada “eski iş” kavramı ile “önceki görevi ile ilgili iş” kavramlarının farklı değerlendirilebileceği, ikinci kavramın birincisine göre daha geniş yorumlanabileceği düşünülmekte, hatta yukarıda açıklanan fiili gereklilik çerçevesinde, bunun hayatın olağan akışına daha uygun bir yaklaşım olacağı değerlendirilmektedir.

4. ESKİ İŞ, BENZER İŞ KAVRAMLARI VE İŞ HUKUKUMUZDAKİ DÜZENLEMELER

Kararda önem taşıyan unsurlar arasında işçinin iade edildiği işin niteliği gelmektedir.

Karar, işe başlatma konusunda fesih tarihinde çalıştığı işyerinde ve önceki görevi ile ilgili işte başlatılması gerektiğini ve bunun kural olduğunu vurgulamaktadır.

Eski iş, benzeri iş, eski işine uygun bir diğer iş kavramları iş mevzuatımızda farklı alanlarda düzenlemelere konu olmuştur.

4857 sayılı İş Kanunu’nun “Özürlü ve eski hükümlü çalıştırma zorunluluğu” başlıklı 30. maddesi ve “Askerlik ve kanundan doğan çalışma” başlıklı 31. maddesinde “ eski işleri veya benzeri işler” ifadeleri yer almakta, 6356 sayılı

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun “İşçi kuruluşu yöneticiliğinin güvencesi” başlıklı 23. maddesinin ikinci fıkrasında “eski işlerine veya eski işlerine uygun bir diğer iş”; 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun’un “Akdin tatbik edilmediği hallerde fesih” başlıklı 12. maddesinin ikinci fıkrasında ise “eski iş” ifadelerine yer verilmektedir.

İncelememize konu olan kararın dayanağını oluşturan 4857 sayılı İş Kanunu’nun “Geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçları” başlıklı 21. maddesinin birinci fıkrasında ise “ .. feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır...” denilmektedir.

İş Kanunu’nun 21. maddesindeki diğer fıkralarda da “işe başlatma” kavramı tekrarlanmıştır.

Mevzuatımızın işe iade ile ilgili hükümlerine genel olarak bakıldığında maddelerde “işe başlatma” yahut “eski iş” veya “benzeri işler, eski işlerine uygun bir diğer iş” ibarelerine yer verildiği görülmektedir.

Yargıtay, 2008 yılında benzer bir olay çerçevesinde vermiş olduğu kararda¹⁷ “eski iş” kavramı üzerinde durmuş, mahkemece feshin geçersizliğinin tespiti ile işçinin işe iadesine karar verilmesi halinde işverenin işçiyi eski işe başlatması gerektiği, mahkemece işyerinde keşif yaptırılarak iş güvenliği uzmanı bilirkişiden alınan rapor çerçevesinde, davacı işçiye işe iade sonrası verilen işin eski işine göre farklı çalışma koşullarına haiz olduğunun tespit edildiği belirtilerek, işverenin işe davetinin samimi olmadığı sonucuna varmıştır.

Söz konusu karar, metinden anlaşılabilirdiği kadarıyla, iş güvenliği uzmanı olan bir bilirkişinin verdiği eski işine göre farklı çalışma koşullarında çalışma olgusunu esas almaktadır.

Ancak işe iade sonrası işverence işçinin başlatılmış olduğu işin farklı çalışma koşullarını taşıyıp taşımadığının belirlenmesi, daha da önemlisi farklı çalışma koşullarının esaslı değişiklik oluşturup oluşturmadığının belirlenmesi, işyeri ortamının iş sağlığı ve güvenliği kuralları açısından değerlendirilmesi konusunda uzmanlığa sahip iş sağlığı ve güvenliği uzmanı bir kişi tarafından tek başına değerlendirilebilecek

bir husus değildir.

Aynı kararda farklı çalışma koşullarının belirlenmesinde ifade olunduğu üzere, iş sağlığı ve güvenliği uzmanının raporuna itibar edilmiş, inceleme konusu kararda da işyerinde keşif yapılması ve uzman bilirkişiden rapor alınması gereği üzerinde durulmuştur. Uzman bilirkişiye yapılan atfın, iş sağlığı ve güvenliği boyutunun dışında, işyeri organizasyonunun bütünü, genel olarak işin yürütümü ve yargılama sürecinde işyerinde meydana gelmiş olan değişiklikler dikkate alınarak işçinin önceki işiyle teklif edilen iş arasında işçi aleyhine bir ağırlaştırmanın olup olmadığı yönlerinden çalışma şartlarında esaslı değişikliğin var olup olmadığının değerlendirilmesi şeklinde anlaşılması ve uzmanlığın bu kapsamda belirlenmesi uygun olacaktır.

Nitekim çalışma şartlarında değişikliğin iş hukukunun en tartışmalı alanlarından biri olduğu Yargıtay'ın bir kararında şu şekilde ifade edilmiştir: "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"¹⁸.

Bilirkişilik uygulamalarının yargılama sürecinin sorunlu alanlarından biri olduğu bilinmekte, söylenmekte ve yaşanmaktadır. Yargıtay'ın son dönemde verdiği kararlar aksini gösterse de konuyla ilgili olarak yalnızca yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 266'da, "hukuk konusunda bilirkişilik" olmayacağını (HUMK m.275'e oranla) daha da vurgulanması amacıyla, mahkemenin "çözümü hukuk dışında, özel ve teknik bilgiyi gerektiren hallerde" bilirkişiye başvuracağını¹⁹ ifade eden görüşlere atıf yapmakla yetinilecektir.

Çalışma şartlarında esaslı değişiklik kavramının hangi bölümlerinin iş hukuku alanında kaldığı, hangi bölümlerinin hukuk dışında özel ve teknik bilgiyi gerektirdiği, hakim tarafından titizlikle ayrıştırılması gereken bir husus olarak değerlendirilmektedir.

5. ÇALIŞMA KOŞULLARINDA DEĞİŞİKLİK

İnceleme konusu kararda işverenin öncelikle

iş şartlarında esaslı değişikliğe sebep olmadan iş teklifi yapması, buna olanak yoksa o zaman İş Kanunu'nun 22. maddesi uyarınca değişiklik teklifinde bulunması gerektiği belirtilmektedir. Kararda ayrıca, işçinin işverenin yeni iş teklifini kabul etmemesi durumunda, eğer iş şartlarında esaslı değişiklik yoksa işçinin kural olarak başvurmadığı ve geçersiz sayılan feshin geçerli hale geldiğinin kabul edileceği, yeni iş teklifi esaslı değişiklik yaratıyor ise bu durumda 22. madde uyarınca hareket edilmesi gerektiği vurgulanmaktadır.

Kararda, işçinin önceki işe veya işyerine iade olanağının kalmaması ihtimaline yer verilmiş olması isabetlidir.

Ayrıca, inceleme konusu kararda 2008 yılı kararından farklı ve açık biçimde "değişiklik teklifi" kavramına ve bunun sonuçlarına yer verilmesinin kural olarak doğru olduğunu belirtmek gerekmektedir. Ancak bu kuralın ya da doğruluğun aşağıda ifade edilmeye çalışılacak çekiçler çerçevesinde de değerlendirilmesinde yarar görülmektedir.

İş Kanunu'nun Gerekeçesi'nde 22. maddenin konuluş amacı şu şekilde açıklanmıştır: "Bu Kanunda benimsenen önemli bir yenilik, işverene belirli koşullarla iş sözleşmesi veya bu sözleşmenin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulaması ile oluşan çalışma şartlarında esaslı değişiklik yapma yetkisinin tanınmış olmasıdır. İşveren çalışma koşullarında değişiklik yapmak istediğinde, bunu yazılı olarak işçiye bildirecektir. İşçi değişiklik önerisini altı işgünü içinde yazılı olarak kabul ederse, iş ilişkisi bu yeni koşullarla devam edecektir. İşçi değişiklik önerisini kabul etmez ise, işveren değişiklik isteğinin nedenini yazılı olarak açıklamak ve bildirim sürelerine uymak kaydıyla iş sözleşmesini feshedebilecektir. Kuşkusuz işveren, başka bir geçerli nedene dayanarak da sözleşmeyi feshedebilir. İşçi ise, bu Kanunun 17-21 inci maddeleri uyarınca feshin geçersizliğini öne sürebilecektir. Çalışma şartlarında yapılacak değişiklik geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulamayacaktır.

Madde ile amaçlanan, belirli olumsuz koşulların varlığında, işçinin sözleşmesinin doğrudan feshedilmesi yerine, çalışma koşullarında

belirli değişiklikler yapılması yoluyla, iş ilişkisinin sürdürülmesinin sağlanmasıdır.”

Gerekçeden de görüleceği üzere iş güvencesinde olduğu gibi burada da esas amaç, iş ilişkisinin sürdürülmesidir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin çalışma koşullarında esaslı değişiklik kavramını ayrıntılarıyla incelediği bir kararında²⁰ çalışma koşulları kavramının içeriğine nelerin dahil olduğu konusunda açıklamalar yapılmıştır. Buna göre;

“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. Çalışma koşulları bakımından geriye gidişin işçinin rızası hilafına yapılamaması gerekir.

İş ilişkisinden kaynaklanan ve işin yerine getirilmesinde tabi olunan hak ve borçların tümü, “çalışma koşulları” olarak değerlendirilmelidir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesinden de yola çıkılarak, Anayasa, yasalar, toplu ya da bireysel iş sözleşmesi, personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ile işyeri uygulamasından doğan işçi ve işveren ilişkilerinin bütünü, çalışma koşulları olarak değerlendirilmelidir.

İş sözleşmesinin esaslı unsurları olan işçinin iş görme borcu ile bunun karşılığında işverenin ücret ödeme borcu, çalışma koşullarının en önemlileridir. Bundan başka, işin nerede ve ne zaman görüleceği, işyerindeki çalışma süreleri, yıllık izin süreleri, ödenecek ücretin ekleri, ara dinlenmesi, evlenme, doğum, öğrenim, gıda, maluliyet ve ölüm yardımı gibi sosyal yardımlar da çalışma koşulları arasında yerini alır. İşçiye özel sağlık sigortası yapılması ya da işverence primleri ödenmek kaydıyla bireysel emeklilik sistemine dahil edilmesi de çalışma koşulları kavramına dahildir (Yargıtay 9. HD. 27.10.2008 gün 2008/ 29715 E, 2008/ 28944 K.).

Çalışma koşullarında değişiklik, işverenin yönetim hakkı ile doğrudan ilgilidir. İşveren işyerinin karlılığı, verimliliği noktasında işin yürütümü için gerekli tedbirleri alır. İş görme ediminin yerine getirilmesi şeklini ve zamanını, hizmetin niteliğini işveren belirler. İşverenin yönetim hakkı, taraflar arasındaki iş sözleşmesi

ya da işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinde açıkça düzenlenmeyen boşluklarda uygulama alanı bulur.”

Söz konusu Karar, çalışma koşulları kavramının içeriği konusunda çok ayrıntılı açıklama ve tespitler içermektedir. Bunlara bir bütün olarak bakıldığında çalışma koşulları kavramına dahil olmayan iş ilişkisi unsurlarının son derece sınırlı kaldığı ya da neredeyse kalmadığı görülmektedir.

İş Kanunu'nun 22. maddesi kapsamında devam etmekte olan bir iş ilişkisinde değişiklik yapılmasının esasları ortaya konulmuştur. Oysa ki inceleme konusu karara esas olan iş ilişkisinin en azından fiilen -hukuki geçerliliği konusundaki tartışmalara girmeksizin- iki yıldan daha uzun bir süre önce sona erdiği unutulmamalıdır. Bu süre içinde işyerinde önemli değişiklikler meydana gelmesi, iş pozisyonlarının, üretim süreçlerinin, kullanılan teknoloji ve malzemelerin ya da iş unvanlarının değişmiş olması muhtemeldir. Diğer yandan işe iade edilecek işçinin geçmişte yaptığı işin artık bir başkası tarafından yerine getirilmesi gündeme gelmiş yahut o iş değişen koşullar çerçevesinde farklı biçimde yürütülmeye başlanmış olabilir.

Aradan geçen ve özellikle işyerleri açısından hiç de kısa sayılmayacak bu sürelerin işyerleri üzerinde yarattığı değişim, yeni iş ortamı ve koşulları değerlendirilmeden yahut hiç dikkate alınmadan, işe iade kararı sonrasında münhasıran işçinin iade edildiği işin koşullarının 22. madde çerçevesinde ve fesih tarihindeki koşullarla sınırlı ele alınması hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilecektir.

6. SAYILARIN SÖYLEDİKLERİ

Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği tarafından yapılan araştırma sonuçlarına göre, Türkiye'de şirketlerin yüzde 65'i ilk beş yıl içerisinde, yüzde 20'si ise kuruluşlarının ilk yılında kapanmaktadır. Kurulduktan sonra 5 ila 10 yıl arasında kapanan Türk şirketlerinin toplam sayı içindeki oranı ise yüzde 24 seviyesindedir²¹.

TİSK'e üye işveren sendikalarının üyesi işyerleri arasında yapılmış olan Çalışma İstatistikleri ve İşgücü Maliyeti araştırmasının 2011 yılı sonuçlarına göre²²; araştırma kapsamındaki

işyerlerinde çalışan tüm personelin yıllar itibarıyla kıdemleri incelendiğinde, 15 işkolunun oluşturduğu genel toplam içinde, 6-10 yıl kıdemli personelin % 21,1 ile en yüksek oranda olduğu görülmektedir. Öte yandan çalışanların % 45,7'si 5 ve daha az yıl kıdeme sahiptir. Ancak bu sonuçların, ülkemizin kayıt içinde yer alan, orta ve büyük ölçekli, ağırlığını sendikali ve toplu iş sözleşmesi düzeninde bulunan işletmelere ait kıdem ortalamaları olduğu dikkate alınmalıdır.

Yargının iş hukukuyla ilgili uyuşmazlıklarına bakıldığında ise şu sonuçlar ortaya çıkmaktadır.

2011 yılı itibarıyla hukuk mahkemelerinin genelinde 214 gün olan ortalama yargılama süresi, iş mahkemelerinde 488 gündür²³.

Yargıtay Hukuk Dairelerinin iş ve sosyal güvenlikle ilgili uyuşmazlıklarına bakan dairelerinden²⁴ en fazla dosyası olan ve incelemeye konu kararı veren 9. Hukuk Dairesi'nde 2011 yılı itibarıyla bir davanın ortalama görülme süresi 455 gündür. Yargıtay'ın tüm dairelerinde ortalama dava görülme süresi ise 214 gündür.

Şirketlerin %65'inin ilk beş yıl içinde kapandığı, çalışanların yaklaşık yarısının 5 yıl ve daha az kıdeme sahip olduğu, iş ve sosyal güvenlik alanında açılan bir davanın ise yaklaşık 2,5 yılda sonuçlandığı dikkate alındığında, uyuşmazlıkların çalışma süresine eşit, ona yakın yahut hatta kimi durumlarda çalışma süresinden çok daha uzun süreleri kapsayabildiği görülmektedir.

Çalışma ilişkilerinin, işyerlerinin verimlilik, kapasite kullanımı ve rekabet gücü açısından taşıdığı önem dikkate alındığında ise bu sonuçların tüm taraflar için (işyerleri, çalışanlar ve yargı organları açısından) fayda-zarar etkisinin daha dikkatle ve hassasiyetle değerlendirilmesi gerektiği ortadadır.

7. SONUÇ

Yukarıda yer verilen hususlara ilaveten belirtmek gerekir ki, incelenen Karar'da davalı aleyhine davası bulunan tanıkların beyanlarına kural olarak itibar edilmemesi ve bu beyanların diğer yan delillerle birlikte değerlendirilmesi gereğinin vurgulanmış olması isabetlidir.

Ayrıca karar metninden anlaşıldığı kadarıyla, davacı birkaç gün işe gelmiş, bekleme odasında beklemiş, davalının görevlendirilen yerde çalışması yönündeki ısrarı üzerine daha sonra işe gelmemiş ve iş sözleşmesi davalı işveren tarafından İş Kanunu'nun 25/II maddesi uyarınca devamsızlık nedeniyle haklı sebeple feshedilmiştir. Kararda işçinin devamsızlığı ve işverenin ikinci feshi üzerinde durulmamıştır. Bunu, henüz mahkemece geçersiz sayılan ilk fesih işlemi üzerine tesis edilen işe başlatma olgusunun hukuki sonuçlarının belirlenmemiş olması ile açıklamak mümkün olmakla birlikte böylesi bir fiili ve hukuki bir durumda işverenin İş Kanunu'nun 22. maddesi çerçevesinde fiilen nasıl bir işlem tesis edebileceği de belirsizliğini korumaktadır.

Netice itibarıyla, inceleme konusu kararda varılan sonuç, mevzuatımızın mevcut hükümleri itibarıyla yerindedir. Bu yerindediliğe rağmen taşınan bazı endişeler ise, yukarıda özetlenmeye çalışılmıştır.

İşe iade davaları genel olarak değerlendirildiğinde, mevzuatın mevcut hükümlerinin inceleme konusu kararda olduğu gibi yeni dava ve uyuşmazlıkları beraberinde getirdiği, işçi ve işveren tarafları üzerindeki belirsizliği ve yargının yükünü her geçen gün biraz daha arttırdığı görülmektedir.

Bu genel görünüm içinde ise çözümün ancak hayatın olağan akışına uygun, iş ilişkisinin tarafları arasında ölçülü ve makul dengeyi gözetilen mevzuat düzenlemeleri ile sağlanabileceği değerlendirilmektedir.

DİPNOTLAR

- 1 Tankut CENTEL, İş Güvencesi, Ekim 2012, s. 10-11.
- 2 Tankut CENTEL, İş Güvencesi, s. 11.
- 3 Anayasa Mahkemesi'nin 19.10.2005 tarih ve Esas:2003/66, Karar:2005/72 sayılı Kararı (Karar, 24 Kasım 2007 tarih ve 26710 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.).
- 4 Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu Kararı, E. 1957/15, K. 1958/5, T. 27.5.1958 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).
- 5 Sarper SÜZEK, İş Hukuku, Yenilenmiş 8. baskı, İstanbul 2012, s.23 (İş Hukuku); Bektaş KAR, İş Hukukunda Yorum, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2012, sayı 28, s.80.
- 6 Sarper SÜZEK, İş Hukuku, s.18.

- 7 Savaş TAŞKENT, İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2009, Ankara 2011, s.186-187.
- 8 Uygur BOSTANCI, İşçinin İşe İade Yönündeki Başvurusunun Samimi Olması ve Boşta Geçen Süre Ücreti Konusunda Yargıtay'ın Yeni Görüşü, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2009, sayı 16, s.123-124 (Karar incelemesi).
- 9 Sarper SÜZEK, İş Hukuku, s. 650.
- 10 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E.2007/38730, K.2009/7345, T.18.3.2009 (Kararın incelemesi için bkz. Uygur BOSTANCI, Karar İnceleme, s.120 vd.).
- 11 İşe iade başvurusunun işçi adına vekili tarafından yapılması imkan dahilindedir. (Yargıtay HGK, 17.6.2009 gün, 2009/9-232 E., 2009/278 K.); Şahin ÇİL, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, Ankara 2011, s.385 vd. (İlke Kararları).
- 12 İşçinin başvurusunun ve işverenin başlatma isteğinin samimiyeti, 10 günlük başvuru süresinde postadaki gecikmelerden işçinin sorumlu olamayacağı, işverenin işe başlatma kararının bir ay içinde işçiye bildirilmesi gerekmele birlikte, bildirim işçiye bir aylık süreden sonra ulaşması halinde tebligat sorunlarından işverenin sorumlu tutulmayacağı, bir aylık işe başlatma süresi aşıldıktan sonra işçinin bildirim alması halinde işçinin makul süre içinde işe başlaması gerektiği, makul sürenin işçinin işe daveti içeren bildirim anında işyerinin bulunduğu yerde ikamet etmesi durumunda en fazla iki gün, işçinin tebligatı işyerinin bulunduğu yerden farklı bir yerde alması halinde ise en fazla 4 gün olarak değerlendirilebileceği hususları için bkz. Yargıtay 9 HD., 10.12.2009 gün, 2009/18159 E., 2009/34209 K.; Şahin ÇİL, İlke Kararları, s.392 vd.
- 13 Fevzi ŞAHLANAN, İşçinin İşe İade Başvurusunun Samimi Olması ve Boşta Geçen Süre Ücreti, Tekstil İşveren, Ocak-Şubat 2013, Sayı 391, Hukuk 76, s.2-5 (Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin E. 2011/18310, K. 2012/313 sayı ve 20.01.2012 tarihli kararı hakkında).
- Aynı konuda verilmiş bir başka karar, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin E. 2011/6908, K. 2011/2518 sayılı ve 10.10.2011 tarihli kararıdır; "İşçinin işe iade yönündeki başvurusu samimi olmalıdır. İşçinin gerçekte işe başlamak niyeti olmadığı halde işe iade davasının sonuçlarından yararlanmak için yapmış olduğu başvuru geçerli bir işe iade başvurusu olarak değerlendirilemez.
- Somut olayda; davacının işverene işe başlama talebiyle 18.9.2006 tarihinde başvurduğu, işverenin 16.10.2006 tarihinde başlatılacağı yolunda ihtar gönderdiği dosya kapsamından sabittir. Davacının 16.10.2006 tarihinde işyerine avukatıyla birlikte gittiği, işyerine alınan diğer doktorla birlikte çalışmayacağı, masasının değiştirildiği, verilen masanın hemşire masası olduğu iddiasıyla işe başlamadığı işyerinde düzenlenen tutanak ve davacı tanıklarının beyanlarından anlaşılmaktadır. Öte yandan davacının aynı tarihte Sağlık Müdürlüğünde part time olarak işe gireceğine dair dosyaya sunulmuş yazı da mevcuttur. Davacının masasının değiştirildiği, hemşirenin kullandığı masanın kendisine verildiği iddiası iş şartlarında değişiklik ya da ağırlaştırma olarak kabul edilemez, işyerinde başka bir hekimin daha istihdam edilmesi de ihtiyaçla ilgili bir durum-

dur, iki doktorun bir arada çalışmasında hukuka aykırı bir durum yoktur.

Tüm olaylar birlikte değerlendirilip davacının aynı gün Sağlık Müdürlüğü'nde işe başlayacağına dair yazı da dikkate alındığında davacının işe başlama başvurusunun samimi olmadığı, gerçekte işe başlamak niyeti olmadığı halde işe iade davasının parasal sonuçlarından yararlanmak için başvuruda bulunduğu açık olduğundan davanın reddi gerekirken kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir."

- 14 Yusuf YİĞİT, İş Hukukunda Geçersiz Fesih Kavramı ve Geçersiz Fesih Üzerine İşe İade Başvurusu Yapan İşçinin İşe Başlatılmamasının Sonuçları, Sarper Süzek'e Armağan, Cilt II, Ekim 2011, s.1172.
- 15 Şahin ÇİL, İlke Kararları, s.392 vd.; Yargıtay 9 HD., 10.12.2009 gün, 2009/18159 E., 2009/34209 K. kararına göre; "Somut olayda davacının daha önce çalıştığı T... işyerinin kapandığı, davalı tarafın bu işyeri dışında İstanbul'da başka işyerlerinin de bulunduğu sabittir. Davacı işçi süresi içerisinde işe başlatılmak için işverene başvurmuştur. Davalı işveren 10 günlük süre içerisinde yapılan işe davette davacının daha önce yaptığı iş belirtilerek İstanbul'da ona en uygun olan işe davet edildiği açıkça belirtilmektedir. Mahkemece davalı işverenin davetinde teklif ettiği iş koşullarının mahiyeti konusunda bir açıklık getirmediği, bu nedenle iyiniyetli olmadığı yönündeki değerlendirmesi hatalıdır. Davalı tarafça yapılan işe davette davacının daha önce yaptığı işe göre kendisine en uygun olan işe davet edilmiştir. Davacı işçi işe başlama konusunda samimi değildir. Davacı işçi işe davete rağmen işe başlamadığından boşta geçen sürelerle ilişkin ücret alacağı ve işe başlatmama tazminatı talebinde bulunamaz."
- 16 Yargıtay 9 Hukuk Dairesi, E. 2004/3377, K. 2004/15404, 21.6.2004; "Davalı işveren boşta geçen sürenin ücretsiz izinli sayılmasını kabul etme koşuluna bağlı olarak davacıyı işe başlatmak istemiştir. Davacı 8.9.2003 günü işyerine gitmiş saat 16.00'ya kadar işyerinde çalışmadan bekletilmiş sonra işverenin söz konusu şartını duyunca ayrılmış ve bir daha işe gelmemiştir. Burada yasanın aradığı anlamda bir işe başlatmadan söz edilemez."
- 17 Yargıtay 2008 yılında benzer bir olay çerçevesinde vermiş olduğu kararda "eski iş" kavramı üzerinde durmuştur. (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi; E. 2007/42521, K. 2008/12221, T. 13.5.2008) "Dosya içindeki bilgi ve belgelere göre, davacı işçinin iş sözleşmesi işverence 24.6.2005 tarihli bildirimle 23.8.2005 tarihinden itibaren feshedilmiş, davacının açmış olduğu işe iade davasında feshin geçersizliğinin tespiti ile işe iadeye dair karar verilmiştir. Davacı işçi yasal süresi içinde işverene başvurmuş ve işverence 3.8.2006 tarihinde işe başlaması bildirilmiştir. Davacının belirtilen günde iş başı yapmak üzere işyerine gittiği tartışmasızdır. Davacı işçi daha önce lojistik şefliğine bağlı yedek parça ve satın alma sorumlusu olarak çalıştığı halde, işe iade sonrasında atölyeler ve yardımcı tesisler müdürlüğüne bağlı bakım onarım departmanında depo sorumlusu olarak görevlendirilmiştir. Mahkemece feshin geçersizliğinin tespiti ile işçinin işe iadesine karar verildiğine göre işverence yapılması gereken 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesi hükmüne uygun olarak eski işine başlatılmasıdır. Davacının işe başlama yönündeki yazısına cevaben

işverence noterde düzenlenen 28.7.2006 tarihli işe davet yazısında da davacının eski işine başlatılacağı bildirilmiştir. Buna rağmen davacı işbaşı yapmak üzere işyerine gittiğinde, farklı bir birimde ve daha ağır çalışma koşullarında iş görmesi istenmiştir. Mahkemece işyerinde keşif yapılmış ve iş güvenliği uzmanı bilirkişiden rapor alınmıştır. Davacı işçinin işe iade öncesi ve sonrası yapmış olduğu işler bakımından gerekli araştırmaya gidilmiş ve davacı işçiye işe iade sonrası verilen işin eski işine göre farklı çalışma koşullarını haiz olduğu tespit olunmuştur.

İşçinin işe başlama yönündeki iradesinin samimi olması gerektiği gibi, işverenin işe davete dair beyanının da ciddi olması gerekir. İşverenin işe başlatma niyeti olmadığı halde işe başlatmama tazminatı ödememek için yapmış olduğu çağrı, gerçek bir işe başlatma daveti olarak değerlendirilemez.

Yapılan bu açıklamalara göre davacı işçi işe iade sonrasında yeni görevlendirildiği işyerinde birkaç gün süreyle çalışmış olmasına rağmen, işverenin işçiyi eski işine iade etmemiş olması sebebiyle 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesine uygun biçimde gerçek anlamda işe başlatmadan söz edilemez. Bu durumda davacı işçinin işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süre ücretine, aynı zamanda kıdem tazminatı farkına hak kazandığına dair mahkeme kararı, açıklanan nedenlerle yerindedir. Bununla birlikte, davacı işçiye geçersiz sayılan fesih öncesinde ihbar öneli tanındığı gerekçesiyle ihbar tazminatı isteğinin reddi hatalı olmuştur. Davacı işçiye 24.6.2005 tarihinde yapılan bildirimle ihbar öneli tanınmak suretiyle bir fesih bildirim yapılmış ise de, sözü edilen feshin geçerli bir nedene dayanmadığı işe iade yargılamasında tespit edilmiştir. Davacı işçinin iş sözleşmesi işverence işe çağrılmış olmasına rağmen eski işine başlatılmamış olması sebebiyle 3.8.2006 tarihinde feshedilmiş sayılmalıdır. Anılan feshin göre de davacı işçiye ihbar tazminatı ödenmesi gerekir. Bu bakımdan geçersiz sayılan fesih öncesinde tanınmış olan ihbar önelinin sonuca bir etkisi bulunmamaktadır. Daha önce davacı işçiye ihbar tazminatı ödenmiş olsaydı, 3.8.2006 tarihinde gerçekleşen fesih sebebiyle hak kazandığı tutardan indirilmesi gerekirdi. Ancak bildirim öneli tanınmak suretiyle gerçekleşen fesih geçersiz sayıldığında, işçi önel içinde işverene olan iş görme borcunu yerine getirmiş olduğundan bildirim sürelerine ait ücretin iadesi ya da mahsubu mümkün değildir.

Mahkemece davacının ihbar tazminatı isteğinin kabulü yerine yazılı şekilde talebin reddi hatalı olup kararın bu yönden bozulması gerekmiştir.”

Söz konusu Karar ayrıca, yasal ihbar sürelerine uyarak işçinin iş akdini fesheden işverenin, işe iade davasını kazanarak işe başlatılma başvurusunda bulunan işçiyi işe başlatmaması halinde ihbar tazminatı ödemekle yükümlü tutulması yönünde vardığı sonuç itibarıyla de eleştirilmiştir. Eleştiriler için; Fevzi ŞAHLANAN, İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2008, Ankara 2010, s.174 vd.; Benzer yöndeki bir başka kararın eleştirisi için: Münir EKONOMİ, Feshin Geçersizliği Kararı Sonucu İşe Başlatılmayan İşçiye İhbar Tazminatı Ödenmesi, Legal Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi, 2008/10, s.305 vd.).

- 18 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E.2007/24548, K.2008/19209, T. 7.7.2008.
- 19 Ejder YILMAZ, Hukuk Muhakemeleri Kanununun Getirdikleri, Ankara Barosu Dergisi, 2011/ 2, s. 244.
- 20 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi; E. 2009/10242, K. 2011/10048, T. 4.4.2011.
- 21 <http://www.dunya.com/elti-kavgasi-sirket-kapattiriyor-166372h.htm>.
- 22 2011 Çalışma İstatistikleri ve İşgücü Maliyeti, TİSK Yayını, Yayın No: 330, s.9-10.
- 23 Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, Adli İstatistikler 2011.
- 24 Yargıtay Hukuk Dairelerinin iş ve sosyal güvenlikle ilgili uyuşmazlıklara bakan dairelerinin sayısı 2013 yılı itibarıyla beşe yükselmiştir. 26 Ocak 2013 tarih ve 28540 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nun 21 Ocak 2013 tarih ve 2013/1 sayılı Kararı ile 2013 yılından itibaren, iş ve sosyal güvenlik davalarının temyiz incelemesinin 7. Hukuk Dairesi tarafından da yapılacağı belirtilmiştir.

YENİ YAYINLAR



Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu tarafından hazırlanan **“İş Hukuku Ferdî İlişkileri I”** adlı eserin yeni mevzuata göre gözden geçirilmiş 4. Baskısı, Kasım 2012 tarihinde yayımlanmıştır.

İki kısımdan oluşan eserin “Genel Bilgiler” isimli ilk kısmının iş hukukuna giriş bölümünde iş hukukunun tanımı, konusu, doğuşu, kapsamı, genel nitelikleri, iş hukuku mevzuatının gelişimine genel bakış ve iş hukukunun kaynakları ele alınmıştır. İkinci bölüm ise, iş hukukunun uygulanacağı işler, kişiler ve yerler konularındaki alt başlıklardan oluşmaktadır.

Eserin “Ferdî İlişkileri” isimli ikinci kısmının “Hizmet (İş) Sözleşmesi” bölümünde; iş sözleşmesi kavramı, iş sözleşmesinin konusu emek (iş) olan diğer sözleşmelerden ayırdedilmesi, iş sözleşmesinin akdedilmesi, iş sözleşmesinin süresi ve geçersizliği (hükümsüzlüğü) konuları ele alınmıştır. “İş Sözleşmesine Taraf Olanların Borçları” başlıklı ikinci bölümünde

işçinin ve işverenin borçları ele alınmıştır. “İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sona Ermenin Sonuçları” başlıklı üçüncü bölüm de ise; fesih dışında iş sözleşmesini sona erdiren sebepler, iş sözleşmesinin fesihle sona ermesi, İş Kanunu’na göre bildirimsiz fesih sebepleri, fesih yetkisinin işveren bakımından sınırlandırılması ve iş sözleşmesinin zorunlu olarak askıda kaldığı bazı durumlar ve iş sözleşmesinin sona ermesinin sonuçları başlıkları ele alınmıştır. “İşin Düzenlenmesi” isimli son bölümde de, çalışma süreleri, fazla çalışmalar, özellik arz eden çalışmalar ve dinlenmeler, dinlenme hakları ve bazı işçi grupları için özel çalışma şartları başlıklarına yer verilmiştir.



Doç. Dr. Serkan Odaman tarafından hazırlanan **“Esneklik Prensipleri Çerçevesinde Yargıtay Kararları Işığında Türk İş Hukukunda Çalışma Süreleri ve Yöntemleri”** adlı eser, Şubat 2013 tarihinde yayımlanmıştır.

Eser, giriş bölümü ile konunun genel olarak özetlendiği sonuç bölümü haricinde üç bölümden oluşmaktadır. Kitabın “Çalışma Süresi Kavramı” başlıklı birinci bölümünde çalışma süresi kavramı ayrıntılı bir biçimde ele alınmıştır. Bu bölümde fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma kavramları da derinlemesine değerlendirilmiştir. Hazırlama, tamamlama, temizleme işlerinde çalışma, haftalık iş günlerine bölünemeyen çalışma süreleri ile gece ve postalar halinde çalışma konuları da açıklığa kavuşturulmaya çalışılmıştır.

“İş Kanununda Esnek Çalışma Süreleri” adlı ikinci bölümde denkleştirme süresi, telafi çalışması ve özellikle kısmi süreli çalışma ile çağrı üzerine çalışma konuları ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

Kitabın “Diğer İş Kanunlarında Normal ve Esnek Çalışma Süreleri” başlıklı üçüncü bölümünde ise Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu’ndaki normal çalışma süreleri, fazla çalışma ve esnek çalışma sürelerine ilişkin düzenlemeler kapsamlı olarak incelenmiş ve birçok noktada eksiklikler vurgulanmıştır.

Prof. Dr. Metin KUTAL

İstanbul Üniversitesi Emekli Öğretim Üyesi

İnsan Haklarına İlişkin Uluslararası Çalışma Sözleşmeleri Işığında Türk Hukukunda Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakları¹

Giriş

İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra insan haklarının önemi daha iyi anlaşılmış; başta Birleşmiş Milletler Teşkilatı olmak üzere birçok uluslararası kuruluş bu konuda bildirgeler, sözleşmeler kabul etmiş ve bunları tüm dünyaya ilan etmişlerdir.

Bu belgelerin önemi, tüm dünya halklarını doğrudan ilgilendirmesi ve zengin bir içeriğe sahip olmalarındandır. Örneğin altmış dört yıl önce (1948) yayımlanan Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinde insanların eşitliğinden, yaşam haklarına; düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne; düşünceyi serbestçe açıklamaktan örgütlenme hakkına kadar onlarca hak ve özgürlük bu belgede yer almıştır.

Birleşmiş Milletler'in bir uzmanlık organı olan Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO), Avrupa Konseyi ve daha sonraları Avrupa Birliği gibi kuruluşlar da bu alanda çok sayıda bildirge veya sözleşmeyi kabul ve ilan etmişlerdir. Bu belgelerin dünya devletlerince onaylanması ve ulusal mevzuata yansması üzerinde önemle durulması gereken bir başka husustur. Kuşkusuz hukuksal çerçevesi açıkça ortaya konulan bu hakların tüm dünyada benimsenerek hayata

geçirilmesi için yapılması gereken daha çok şey vardır.

İnsan hakları çok çeşitli ve zengin bir içeriğe sahip olduğuna göre bir tebliğ çerçevesinde konuya yaklaşırken ister istemez bu hakların sadece bir yönü üzerinde durma zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle tebliğimizi insan haklarından biri olan sendikal örgütlenme ve toplu pazarlık hakkı ile sınırlamayı tercih ettik. Bu durumun bir kaç haklı nedeni olduğunu sanmaktayız:

Gerçekten ILO'nun 87 ve 98 sayılı sözleşmeleri, toplam sayısı iki yüze yaklaşan ILO sözleşmelerinden temel insan hakları ile ilgili yedi sözleşme arasında yer almaktadır. Bu yedi sözleşmenin tümü Türkiye Cumhuriyeti tarafından onaylanmış, ulusal mevzuatımızın bir parçası haline gelmiştir. Özellikle Anayasamızda yapılan (Madde 90) değişiklikten sonra bu sözleşmelerin özel bir önem kazandığı kuşkusuzdur.

Bu konuyu seçmekteki bir başka nedenimiz de Türk mevzuatında son aylarda sendikal örgütlenme ve toplu pazarlık konularında yeni yasal düzenlemelerin yapılmış olmasıdır. Bu yasalar acaba ILO'nun insan hakları ile ilgili sözleşmelerine ne derecede uymaktadır? Bu sorunun cevabını aramaya çalışırken, klasik ayrıma

uyarak önce sendikal örgütlenmeyi daha sonra da toplu pazarlığı ayrı ayrı ele almaya çalışacağız.

1. ILO Normlarında Sendikal Örgütlenme ve Türk Mevzuatında Durum

1. ILO Normlarında Sendikal Örgütlenme

Doksan yılı aşan bir süreden beri faaliyetini sürdüren ILO, Versailles Barış Antlaşması'ndaki ilk statüsünden günümüze kadar hep emeğin bir meta olmadığı ve sürekli bir gelişmenin ancak düşünce özgürlüğü ve serbestçe örgütlenme yoluyla sağlanabileceğine inanmaktadır. Nitekim adı geçen örgüt yayımladığı bildirgelerde, kabul ettiği tavsiye ve sözleşmelerde hep bu ilkeleri dünyaya hâkim kılmaya çalışmıştır.

a. 1948 tarihli 87 sayılı Sözleşme ve içeriği

Birleşmiş Milletler 1948 yılında İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'ni kabul ve ilan etmeye hazırlandığı sırada ILO aynı yılın Temmuz ayında Uluslararası Çalışma Konferansı'nda 87 sayılı Sözleşmeyi kabul etmiştir. "Sendika Özgürlüğü ve Örgütlenme Hakkının Korunması" adını taşıyan bu sözleşmenin aynı yıl kabul edilmesi kuşkusuz bir rastlantının sonucu değildir. Zira adı geçen sözleşmenin başlangıç kısmında hem Philadelphia Bildirgesi'ne, hem de Birleşmiş Milletler genel kurulundaki çalışmalara yollar yapılmıştır.

Sözleşmenin içeriğinde sendika özgürlüğünün öğeleri şöylece açıklanmıştır:

- Çalışanlar ve işverenler önceden izin almaksızın diledikleri kuruluşları kurmak ve bunlara üye olmak hakkına sahiptirler. (Madde 2)
- Sendikal örgütler serbestçe tüzük ve yönetmeliklerini düzenleme, temsilcilerini seçme, yönetim ve etkinliklerini belirleme haklarına sahiptirler. (Madde 3/1) Kamu makamları bu hakları sınırlayıcı müdahalelerden sakınmak zorundadırlar. (Madde 3/2)
- Sendikal örgütler kamu yönetimleri tarafın-

dan feshedilemeyecek, faaliyetten alıkonulamayacaktır. (Madde 4)

- Sendikal örgütler serbestçe üst düzeyde federasyon ve konfederasyonlar kurabilecek, bunlara veya uluslararası sendikal örgütlere serbestçe üye olabileceklerdir. (Madde 5)
- Bu sözleşmede öngörülen hakların silahlı güçlere ve polis mensuplarına ne ölçüde uygulanacağına üye devletler ulusal mevzuatları çerçevesinde karar vereceklerdir. (Madde 9)
- Bu sözleşmeyi onaylayan her üye devlet çalışanların ve işverenlerin örgütlenme hakkını serbestçe kullanmasını sağlamak amacıyla gerekli ve uygun tüm önlemleri almakla yükümlü olacaklardır. (Madde 11)

b. 87 sayılı Sözleşme'nin ILO yetkili organları tarafından yorumu

ILO'nun sözleşmelerinin yorumu çeşitli organları tarafından yapılmaktadır. 87 sayılı Sözleşme açısından kuşkusuz en önemli organ 1952'den beri faaliyet gösteren Sendika Özgürlüğü Komitesidir. Üçlü yapılanma ilkesi çerçevesinde toplam dokuz üyeden oluşan bu komite sendika özgürlüğüne ilişkin şikâyetleri incelemekte ve bunlar hakkında İdare Konseyine raporlar sunmaktadır.

Ayrıca ILO'nun yıllık konferansları sırasında faaliyete geçen Sözleşmeleri İnceleme ve Denetleme Komisyonu'nun verdiği kararlar ve yirmi kişilik Uzmanlar Komisyonu'nun üye devletlerle ilgili olarak hazırladığı ve Konferansa sunduğu raporlar sendika özgürlüğünün içeriği hakkında en önemli kaynaklar niteliğindedir.

Sendika Özgürlüğü Komitesi'nin incelediği şikâyetlerle ilgili kararları, günümüzde yüzlerle ifade edilmektedir. Bunlardan bazıları şunlardır:

a. Sözleşmenin 2. maddesindeki "çalışanlar" deyimini cinsiyet, renk, ırk, inanç, milliyet, siyasi görüş farklarına bakılmaksızın sadece iş sözleşmesiyle çalışanları (işçileri) değil, kamu görevlilerini ve kamuda çalışan diğer personeli de kapsamaktadır.

b. Sözleşmenin 3. maddesindeki sendikaların etkinliklerini "serbestçe düzenleme" özgürlüğü açıkça grev hakkını da içermektedir.

Hatta adı geçen Komite'ye göre grev hakkı, 87 sayılı Sözleşme ile güvence altına alınan sendika özgürlüğünün ayrılmaz bir parçasıdır. Bundan dolayıdır ki Komite, grevlerle ilgili yüzlerce karar vermiştir. Bunlar her beş yılda bir yayımlanmaktadır.

Örneğin 2006 baskısında Komite'nin grevle ilgili olarak yapılan şikâyetlere ilişkin 156 kararı yayımlanmıştır. Özellikle ulusal yasalarla hangi hallerde ve koşullarda grev hakkına sınırlar getirebileceğini bu kararlarda izlemek mümkündür. Komite'nin biraz sonra inceleyeceğimiz Türk hukuku açısından da önem taşıyan grevle ilgili bazı kararları şunlardır:

- Salt siyasal amaçlı grevler sendika özgürlüğü kapsamına girmezler. Ancak sendikaların hükümetin ekonomik veya sosyal politikalarını protesto etmek amacıyla grev hakkını kullanabilmesi gerekir.
- Dayanışma grevleri ile ilgili genel bir yasaklama sendika özgürlüğüne aykırıdır. İşçilerin dayanışma içine girdikleri grev yasal ise dayanışma grevi de yasalır.
- Kamu görevlileri şayet devlet adına doğrudan kamu otoritesini kullanıyorlar ise grev yasağı kapsamına alınabilirler.
- Grev hakkının kısıtlanması ya da yasaklanması dar anlamda temel hizmetlerde çalışanlar için söz konusu olabilir. Temel hizmet bunların kesintiye uğraması halinde halkın tamamının ya da bir kısmının hayatının, sağlığının ya da güvenliğinin yakın ve acil tehlikeye girdiği hizmetlerdir. Örneğin hastaneler, itfaiye, elektrik, su, hava kontrol hizmetleri gibi. Petrol, liman, bankacılık, şehir içi toplu taşımacılık, yapı işleri, eğitim hizmetleri temel hizmetlerden sayılmaz. Çöplerin toplanmasında grev şayet halkın sağlığını ciddi biçimde tehdit edici bir nitelik kazanmışsa temel hizmet sayılabilir.

c. İşletmenin ya da işin yönetiminde görev alanların sendikal örgütlenme hakları

ILO'ya göre bu kişilerin diğer işçilerle birlikte örgütlenmelerinde kesin bir yasak bulunmamaktadır. Bu nitelikteki kişilerin kendilerine özgü bir sendika kurabilmeleri ise bazı koşul-

lara bağlıdır. Birincisi bu kişilerin kendi çıkarlarını korumak amacıyla ayrı bir sendika kurmalarına olanak verilmesi; ikincisi ise bu kişilerin işçi tanımını genişleterek diğer çalışanların sendikalarını parçalamak, zayıflatmak amacını gütmemeleridir.

d. 87 sayılı Sözleşme'nin kapsamı dışında bırakılabilecekler: Silahlı güçler ve polisler

Sözleşmenin 9. maddesi üye devletlere silahlı güçler ve polis mensuplarını sendikal örgütlenmenin kapsamı dışında bırakılabilmesine olanak vermiştir. ILO bu konuda da önemli bazı yorumlar yapmış ve kararlar vermiştir. Buna göre adı geçen her iki kategoriye girenlerin açıkça belirlenmesi ve tüm çalışanları kapsamaması gerekmektedir. Örneğin silahlı güçlere ait işyerlerinde çalışanlar veya orduda çalışan sivil görevlilerin serbestçe sendika kurma ve bunlara serbestçe üye olma hakları vardır.

2. Sendika Özgürlüğü Konusunda ILO Normları ve Türk Mevzuatında Yapılan Son Değişiklikler

Bilindiği gibi bu yasalardan ilki 7 Kasım 2012 tarihinde yürürlüğe giren "Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu" (No: 6356); ikincisi ise 11.04.2012 tarihinde yürürlüğe giren "Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu"dur (No: 6289).

Türk mevzuatında işçilerle kamu görevlilerinin örgütlenmeleri ayrı ayrı yasalarda düzenlendiğinden biz de bunların örgütlenme haklarını ILO normları bakımından ayrı ayrı ele alacağız.

a. Örgütlenme bakımından işçilerin durumu

1983 yılında Milli Güvenlik Konseyi tarafından kabul edilen 2821 sayılı Yasa'da çok sayıda işçinin sendikalara üye olmaları yasaklanmıştı. Bu yasada zaman içinde yapılan değişikliklerle bu yasaklar önce azaltılmış, sonra tamamen kaldırılmıştır. Nitekim yeni yasada da sendikalaşması yasaklanan işçi bulunmamaktadır. Ancak:

aa. Sözleşmeli personel sorunu

Kamuya ait işyerlerinde çalışanların personel rejimi bir türlü sağlıklı esaslara bağlanamadığından, başka bir deyişle işçi-memur-sözleşmeli personel ayrımı açıklığa kavuşturulmadığından, gerçekte işçi oldukları halde 6356 sayılı Yasa kapsamında örgütlenme ve grev hakkından yararlanamayan çalışanlar vardır. Kapsamı ve türleri giderek artan sözleşmeli personelin, özellikle toplu pazarlık ve grev hakkı bakımından ciddi bir sorun olmakta devam ettiği kesindir.

bb. Sendika özgürlüğünün güvencesine getirilen önemli bir kısıtlama (Madde 25)

Önemli bir başka sorun yeni yasadaki sendika özgürlüğünün güvencesini düzenleyen 25. maddeden kaynaklanmaktadır. Yasanın hazırlık aşamasında, hatta yasama organında görüşüldüğü sırada sürekli tartışılan bu konu maalesef sendikal örgütlenme açısından işçileri çok zayıf bir konuma sokmuştur. Gerçekten 25. maddeye göre sendikaya üye olduğundan ya da sendikal faaliyette bulunduğundan dolayı iş sözleşmesi fesih edilen (işten çıkarılan) işçi, İş Kanunu'nun iş güvencesi hükümlerinin kapsamında ise dava açabilecek ve tazminat alabilecektir.

Bilindiği gibi işçilerin iş güvencesinden yararlanabilmeleri çok ağır koşullara bağlanmıştır (İş Kanunu madde 18). Bunlardan en önemlisi işçinin çalıştığı işyerinde en az 30 işçinin bulunmasıdır. Türk ekonomisinde bu niteliğe sahip işyerlerinin sayısının oldukça az olduğu dikkate alındığında sendika özgürlüğünün güvencesinde ciddi bir sorunun ortaya çıktığı açıkça görülmektedir. ILO'nun her yıl yapılan Konferansı'nda, eski yasa dönemindeki uygulamaların bile ağır eleştirilere uğradığı düşünülürse yeni düzenlemeyle Türkiye Cumhuriyeti-ILO ilişkilerinde ciddi sorunlar yaşanacağını şimdiden söyleyebiliriz.

cc. 6356 sayılı yeni Yasa'da, eski yasadaki grev yasaklarından bir kısmı kaldırılmıştır.

Örneğin eğitim/öğretim, çocuk bakım, huzurevleri, noterlik hizmetleri, eczaneler, aşı ve serum üreten işyerleri ile kısa bir süre önce

grev yasağı kapsamına alınan hava ulaştırma hizmetleri yasak kapsamından çıkarılmıştır. Kuşkusuz bu değişiklikler ILO normları açısından isabetlidir.

Ancak yeni yasadaki grev yasaklarının bir kısmı tartışmaların devamına elverişlidir. Örneğin şehir içi toplu taşıma hizmetleri, doğal gaz ve naftadan başlayan petro-kimya işleri ve özellikle bankalardaki yasak devam etmektedir. Yukarıda ILO'nun grev hakkına istisnai olarak konulabilecek sınırlara değinmiştik. Yeni yasadaki bir kısım yasağın ILO normlarına uymadığı açıktır.

Örneğin bankalardaki grev yasağı ILO normları bir yana, dünyadaki uygulamalara bile ters düşmektedir.

dd. Grev oylaması ve hükümetin grev ertelemeleri ile ilgili hükümler

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda grev oylaması (Madde 61) ve hükümetin yasal bir grevi ertelemesi (Madde 63) konularında da, bu hakkı etkisiz bırakabilecek yeni hükümlere yer verilmiştir.

Örneğin grev oylamasında grevin ilan edildiği tarihte işyerinde çalışan işçilerin değil, oylamaya katılan işçilerin salt çoğunluğu esas alınmıştır. Grev oylamalarında işverenlerin etkisi esasen tartışma konusu iken, yapılan bu değişiklik sorunun daha da büyümesine neden olabilecektir.

Bunun gibi hükümetin yasal bir grevi artık bir kararname ile değil, basit bir kararla erteleyebilmesi, buna karşı sendikanın Danıştay'a dava açarak yürütmenin durdurulmasını isteyebilmesi yeni yasadaki yer almamıştır. Bu hususta idare hukukunun ve Anayasa'nın genel hükümlerinin bulunması kanımızca uygulama açısından yeterli değildir.

b. Örgütlenme bakımından kamu görevlilerinin durumu**aa. Sendikal örgütlenme açısından**

Türk hukukunda kamu görevlisi statüsünün tanımında her dönemde belirsizlikler yaşanmıştır. Özellikle 1961 Anayasası'nın işçilerin örgütlenme, toplu pazarlık ve grev haklarında sağlanan güvenceler karşısında, kamuda statü

hukuku çerçevesinde çalıştırılanların, bu sistemin dışında tutulabilmesi için özel bir çaba sarf edilmiş, işçi/memur ayrımı bir türlü açıklığa kavuşturulmamıştır.

Öte yandan kamu görevlilerinin örgütlenmesine de yasa koyucu hep kuşku ile bakmıştır. Bu yüzden ILO'nun 87 sayılı Sözleşmesi, kabul edildiği tarihten 45 yıl sonra onaylanabilmiş, Avrupa Konseyi Sosyal Şartı'nın (1954) bu konudaki hükümlerin ise hep çekince konularak onaylanmıştır (1989).

Türk mevzuatında kamu görevlilerinin örgütlenme hakları 1961 Anayasası'nın belirli bir döneminde güvence altına alınmıştır. 1965-1971 yılları arasında 624 sayılı Kanun çerçevesinde çok sayıda memur sendikası kurulmuştur. Ancak bu yasada sendika sözcüğünün kullanılması bile tartışma konusu olmuştur. Ayrıca bu yasada çok sayıda yasak ve sınırlama da öngörülmüştür. Toplu pazarlık ve grev haklarına ise hiç yer verilmemiştir. Sonunda 12 Mart 1971 döneminde Anayasada yapılan bir değişiklik ile memur sendikacılığına son verilmiş, mevcut sendikalar da kapatılmıştır.

Kamu görevlilerinin örgütlenme hakkı tam otuz yıllık bir aradan sonra ancak 2001 yılında kabul edilen Yasa ile (No: 4688) tanınmıştır. Kamu görevlilerinin toplu pazarlık hakkını elde etmeleri ise 1982 Anayasası'nda yapılan değişiklikten sonra 6289 sayılı Yasa ile 11.04.2012 tarihinde gerçekleşebilmiştir. Grev yasağı ise devam etmektedir.

Hâlbuki kamu görevlilerinin tümü için grev yasağının bulunması ILO normlarına aykırıdır. ILO'ya göre özel/kamu ayrımı yapılmaksızın tüm çalışanlar sendikal örgütlenme hakkına sahiptirler. Üye ülkeler ulusal mevzuatları ile sadece silahlı güçleri ve polis mensuplarını kapsam dışı bırakabilirler. Bu sınırlamanın da yukarıda işaret edildiği gibi, dar anlamda yorumlanması gerektiği ILO yetkili organlarınca belirtilmektedir.

6289 sayılı Yasa ile son biçimi verilen 4688 sayılı Yasa'da ise (Madde 15) oldukça uzun bir liste halinde sendika üyesi olamayacaklar sayılmıştır. Son değişiklikte bunlardan sadece kamu kurumlarındaki özel güvenlik personeli ile yüz veya daha fazla kamu görevlisinin çalıştığı iş-

yerlerinin en üst düzey amirleri ile bunların yardımcılarını yasak kapsamından çıkarılmıştır.

ILO raporlarında birçok kez eleştirilen silahlı güçler kadrolarında çalıştırılan sivil memurlar ise yasak kapsamında bırakılmıştır.

bb. Grev hakkı açısından

Ülkemizde kamu kesiminde işçi statüsü dışında çalışanları tümü için grev yasağı bulunmaktadır. Bu durum doğal olarak ILO normlarına ve yetkili ILO organlarının karar ve yorumlarına aykırıdır.

Gerçi grev hakkına bazı istisnai durumlarda sınırlama, hatta yasak, getirilebileceğini ILO da kabul etmektedir. Yukarıda ILO'nun "temel hizmetler" kavramının içeriğini anlatmaya çalışmıştık. Bunun kamu görevlileri açısından da geçerli olduğu açıktır. Ayrıca ILO'ya göre kamu görevlilerinden bir kısmı grev yasağı kapsamına bazı koşullarla alınabilir. Bunlar devlet adına kamu otoritesini kullanma yetkisine sahip olan kamu görevlileridir.

Türk hukukunda ise kamu kesiminde işçi statüsü dışında çalışanların tümü 4688 sayılı Yasa'nın kapsamına girmekte (Madde 2) ve sonuçta grev hakkından yoksun bulunmaktadır.

II. ILO Normlarında Toplu Pazarlık ve Türk Mevzuatında Durum

1. ILO Normlarında Toplu Pazarlık

87 sayılı Sözleşme'den bir yıl sonra, 1949'da toplanan Uluslararası Çalışma Konferansı'nda bu kez 98 sayılı Örgütlenme ve Toplu Görüşme sözleşmesi kabul edilmiştir. Bu sözleşmenin belirgin özelliği örgütlenme özgürlüğünü güvence altına alması ve bunu toplu pazarlıkla tamamlanmasıdır. Bu nedenle 87 ve 98 sayılı sözleşmeler genellikle bir arada ele alınmaktadır.

a. 98 sayılı Sözleşme'nin içeriği

- Bireysel sendika özgürlüğü kapsamına giren çalışanların hiçbir baskıya uğramadan sendikalara üye olabilmeleri bu sözleşme ile güvence altına alınmaktadır. Sözleşmeye göre işçinin çalıştırılması sendikaya girme-

me, sendikadan çekilme şartına tabi tutulamayacak; işçiler serbestçe sendikal faaliyette bulunabileceklerdir (Madde 1).

- İşçi ve işverenler ve bunların örgütleri birbirlerinin kuruluşuna ve faaliyetine müdahale edemeyeceklerdir. Bu ilke gereğince işverenler veya sendikaları işçi sendikalarını kendi etki alanlarına alma, bu niteliğe sahip sendikalar kurdurma, onlara mali destekte bulunma gibi girişimlerde bulunamayacaklardır. Sözleşmenin 2. maddesi bunları yasaklamaktadır. Üye devletler bu amaçla gerekli önlemleri alacaklardır.
- Sözleşmenin 4. maddesi uyarınca üye devletler çalışanların çalışma koşullarının belirlenmesinde işçi ve işveren örgütleri arasında gönüllü toplu pazarlığı teşvik edecek, bu hususta gerekli önlemleri alacaklardır.
- Bu sözleşmede öngörülen gerek örgütlenme, gerek toplu görüşme haklarının ne gibi hallerde silahlı kuvvetlere ve zabıtaya uygulanacağına üye devletler ulusal mevzuatları çerçevesinde karar verebileceklerdir (Madde 5).

b. 151 sayılı Sözleşme ve içeriği

ILO'nun yasama organı olan Uluslararası Çalışma Konferansı 1978 yılında bu kez sadece kamu hizmetlerinde çalışanların örgütlenme ve istihdam koşullarını belirleme amacıyla 151 sayılı Sözleşme'yi kabul etmiştir.

Sözleşmenin giriş kısmında kabul nedenleri açıklanmaktadır: Birçok ülkede kamu hizmetlerine giren faaliyetlerin kapsamı genişlemiş, böylece kamu mercileri ile kamu görevlilerinin örgütleri arasında daha sağlıklı ilişkilerin kurulması ihtiyacı ortaya çıkmıştır. İkincisi kamu görevlilerine 98 sayılı Sözleşme'nin hükümlerinin uygulamasında bazı yorum güçlükleri olduğu anlaşılmıştır. Böylece açıkça anlaşılmaktadır ki 151 sayılı Sözleşme, 98 sayılı Sözleşme'nin kamu görevlileri ile ilgili kısımlarını tamamlama amacıyla hazırlanmış ve kabul edilmiştir.

• Sözleşmenin uygulama alanı

Sözleşmenin birinci maddesine göre “diğer uluslararası sözleşmelerde daha elveriş-

li hükümler bulunmadığı durumlarda kamu makamları tarafından çalıştırılan herkese bu sözleşme hükümleri” uygulanacaktır. Şu halde kamuda çalışan işçi ya da kamu görevlilerinin diğer uluslararası çalışma sözleşmelerinden kaynaklanan daha elverişli hakları varsa bu sözleşme onların uygulanmasına engel teşkil etmeyecektir.

151 sayılı Sözleşme de tıpkı 87 ve 98 sayılı Sözleşmeler gibi silahlı güçlerin ve polis mensuplarının bu alandaki haklarını ulusal mevzuata bırakmıştır. Ayrıca bu sözleşme bakımından “görevleri izlenecek politikaları belirleme olan üst düzey görevlileri” ile “çok gizli nitelikte görev ifa edenlerin” durumunu ulusal yasalar düzenleyecektir.

• Sendikal örgütlenme hakkı (Madde 4)

Kamu çalışanları sendika özgürlüğüne hallet getirecek her türlü ayrımcılığa karşı yeterli korumadan yararlanacaklardır. Özellikle çalıştırmada bir kamu örgütüne katılmama ya da bundan çekilme koşuluna karşı korunacaklardır. Bunun gibi sendika üyeliği ya da sendikal faaliyet işten çıkarmanın bir nedeni olamayacaktır. Ayrıca kamu görevlileri örgütleri kamu makamları karşısında tamamen bağımsız olacaklardır.

• Kamu görevlileri örgütlerine sağlanacak kolaylıklar (Madde 5)

Bu örgütlerin temsilcilerine çalışma saatleri içinde veya dışında “görevlerini çabuk ve etkin biçimde yapabilmeleri için kolaylıklar sağlanacaktır. Ancak bu kolaylıklar idarenin ve kamu hizmetinin etkin işleyişini etkilemeyecektir.

• Kamu görevlilerinin çalışma koşullarının belirlenmesi (Madde 7)

Çalışma koşullarının belirlenmesi kamu makamları ile kamu görevlileri temsilcileri arasında görüşmeler yoluyla yapılacaktır. Bu katılımın en geniş biçimde geliştirilmesi ve kullanılmasının teşviki için üye devletler, ulusal koşullara uygun, önlemler alacaklardır.

• Uyuşmazlıkların çözümü (Madde 8)

Çalışma koşullarının belirlenmesi sırasında ortaya çıkacak uyuşmazlıklar ise sözleşmenin 8. maddesine göre yine taraflar arasında

görüşmeler yoluyla arabuluculuk, uzlaştırma veya tahkim yolları ile sağlanacaktır. Ancak bu barışçıl yöntemlerin ilgili tarafların güveninin sağlayacak şekilde kurulması ve işleme gerekmektedir.

c. 98 ve 151 sayılı Sözleşmeler'in ILO yetkili organları tarafından yorumu

• *Sözleşmelerin uygulama alanı*

ILO'nun yetkili organları 87 sayılı Sözleşme de olduğu gibi, 98 ve 151 sayılı Sözleşmeler bakımından da şikâyetleri incelerken, yorumlar yapmıştır. Bunlara göre: 98 sayılı Sözleşme'nin uygulama alanı sadece işçiler değildir. Bir kadro karşılığı kamuda istihdam edilenler de bu sözleşmenin kapsamındadırlar.

Bunun tek istisnası silahlı kuvvetler, polis mensupları ile devlet yönetiminde görevli olan kamu görevlileridir. Bu durumda devlet okullarındaki öğretmenler, posta ve iletişimde çalışan memurlar, devlet hastanelerindeki kamu görevlileri, hatta silahlı kuvvetler hizmet veren sivil havacılık teknisyenleri işçi statüsünde olmasalar bile 98 sayılı Sözleşme kapsamına girmektedirler.

• *Toplu pazarlığın içeriği*

ILO'ya göre toplu pazarlığın içeriğinin kamu yönetimlerinde belirli konularla sınırlanması 98 sayılı Sözleşme'ye aykırıdır. Örneğin mevcut bir toplu sözleşmeye aykırı olarak Bakanlığın ücretleri, çalışma saatlerini, dinlenme sürelerini ve diğer çalışma koşullarını düzenleyen bir yasa uygulaması 98 sayılı Sözleşme'nin 4. maddesiyle bağdaşmadığı sonucuna varılmıştır.

Bunun gibi yasal düzenlemeler yanında, çalışanların lehine olmak üzere, ücretlerin, sosyal yardımların, tazminatların, çalışma sürelerinin, yıllık ücretli izinlerin, göreve son verme koşullarının ve bunlara benzer diğer çalışma şartlarının toplu pazarlık dışı tutulması mümkün değildir.

ILO yorumlarında ilgi çeken bir başka noktada 87, 98 ve 151 sayılı Sözleşmeler arasındaki ilişkilere. Özellikle 98 sayılı Sözleşme ile 151 sayılı Sözleşme arasında 30 seneye yakın bir süre bulunmaktadır. Ayrıca yukarıda da işaret edildiği gibi 151 sayılı Sözleşme, 98 sayılı Söz-

leşmenin boşluklarını doldurma, onu tamamlama amacıyla hazırlanmış ve kabul edilmiştir.

ILO'ya göre bu üç sözleşme arasında bir ilişki ve çatışma bulunmamaktadır. Nitekim 151 sayılı Sözleşme'nin birinci maddesinde bu husus açıklanmıştır. Bunun gibi 98 sayılı Sözleşme'nin 6. maddesinde sözü edilen "devlet memurları" deyimini 151 sayılı Sözleşme açıklığa kavuşturmuş ve bunların "görevleri izlenecek politikaları belirleme ve yönetim işlevleri kabul edilen üst düzey görevlileri" ile "çok gizli nitelikte görev ifa edenler" den ibaret olduğu açıklanmıştır. Sözü edilen bu kamu görevlilerinin 87 sayılı Sözleşme uyarınca örgütlenme haklarının bulunduğu da ayrıca yorumlanmıştır.

2. Toplu Pazarlık Konusunda ILO Normları ve Türk Mevzuatında Yapılan Son Değişiklikler

Kamu görevlilerinin toplu pazarlık haklarına ilişkin 98 ve 151 sayılı Sözleşmeler de Türkiye Cumhuriyeti tarafından onaylanmıştır. Kısa bir süre önce Türk mevzuatında yürürlüğe giren yeni yasalara yukarıda işaret etmiştik. Bu yasalardaki hükümlerin toplu pazarlık bakımından işçiler ve kamu görevlileri açısından değerlendirdiğimizde şu sonuçlar ortaya çıkmaktadır.

a. İşçiler bakımından

2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu döneminde (1983-2012) Türkiye Cumhuriyeti ile ILO arasında bunalımlı yılların yaşandığı bilinmektedir. Her yıl toplanan Konferanslarda Aplikasyon Komisyonu'nun gündemine en sık alınan ülkelerden biri Türkiye olmuştur. Bazı yıllarda oldukça aşağılayıcı bir kavram olan "özel paragrafa alınma" yaptırımına da şahit olunmuştur.

Bu eleştirileri önleyebilmek amacıyla son yirmi yıl içinde birçok yeni yasa tasarısı hazırlanmış 2822 sayılı Yasa'nın bir kısım maddesinde değişiklikler yapılmıştır. Kısa bir süre önce kabul edilen 6356 sayılı Yasa ise sendikaları ve toplu pazarlık sistemini tek bir yasa içinde toplamıştır. Konuya yaklaşırken önce Türk toplu pazarlık sisteminde ILO'nun eleştirilerinden

bazılarını hatırlamakta yarar vardır:

aa. Bir işyerinin hangi işkoluna gireceğini idari bir makam olan Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının belirlemesi

Gerçi adı geçen Bakanlığın tespiti yargı denetimine bağlı tutulmuştur. Ancak ILO Uzmanlar Komitesi bu konuda yapılan şikâyetleri ciddi bulmuştur. Yeni yasada (No. 6356, Madde 5) bir işyerinin hangi işkoluna gireceği hususu eski yasadaki biçimiyle düzenlenmiştir. Sadece uygulamada karşılaşılan bazı sorunları önlemek amacıyla yeni bazı hükümler 5. maddeye eklenmiştir.

Bu durumda kanımızca ILO'nun eleştirileri devam edecektir. Üstelik yeni yasada bir işkoluna girecek işlerin belirlenmesi artık eski yasada olduğu gibi bir tüzükle değil, bir yönetmelikle düzenlenecektir. Bu durumun ciddi sakıncaları beraberinde getireceği kanısındayız. Nitekim 1980 öncesi dönemde bu sakıncalar yaşanmış, siyasal iktidarlar işkolları yönetmeliğinde kolayca yaptıkları değişikliklerle kendilerine yakın buldukları sendikaları kayırbilmişlerdir.

Bu nedenle 2822 sayılı Yasa, iş kollarının belirlenmesinde Danıştay'ın vizesinden geçmesi zorunlu olan bir tüzüğün çıkartılmasını zorunlu tutmuştur. Şimdi yeniden yönetmelik dönemine dönülmektedir.

bb. Toplu pazarlıkta yetkili sendikanın belirlenmesinde çifte kriter

İşçi sendikasının yetki alabilmesi için işyeri veya işletmede çoğunluğu temsil etme yanında işkolu düzeyinde de en az yüzde on temsil gücüne sahip olma zorunluluğu ILO'nun Türk mevzuatına yönelttiği ve ısrarla her yıl yinelediği eleştirilerin başında yer almıştır. Bundan dolayı yeni yasanın hazırlığı, hatta parlamentoda görüşüldüğü sırada üzerinde en fazla durulan konu çifte baraj sorunu olmuştur.

ILO'nun yetki tespitinde benimsenen çifte kriteri 98 sayılı Sözleşme'nin 4. maddesine aykırı bularak eleştirmesi kanımızca tartışmasız biçimde doğrudur. Anılan sözleşme, üye devletlere toplu pazarlık sistemini geliştirme ve bunu teşvik etme yükümlülüğünü öngörmüş iken Türk yasasındaki çifte kriteri savunmak

elbette mümkün değildir.

Maalesef bu sorun da sonuç itibariyle yeni Yasa'da çözümlenememiştir. % 10 işkolu barajının % 3'e, işletme toplu sözleşmelerinde ise % 50'den % 40'a çekilmesi ile yetinilmiştir. Yasanın sonuna eklenen geçici maddeler ile de bir kısım işçi sendikasına 2016 yılına kadar % 1, 2018'e kadar % 2 biçiminde işkolu barajının uygulanacağı öngörülmüştür. İşkolu düzeyinde % 1 temsil gücünün bile yeni Yasa'nın getirdiği sistemde özgür toplu pazarlık için ciddi bir engel teşkil edeceği şimdiden bilinmektedir.

Üstelik geçiş hükümlerinin bir kısım işçi sendikasına tanınması ayrıca tartışma yaratacak bir husustur. Şayet yasal düzenleme belirli bir geçiş süresi sonunda işkolu barajının tamamen kaldırılması yönünde olsa idi, kanımızca ILO eleştirileri kısmen önlenmiş olabilirdi.

cc. Toplu iş sözleşmesi türleri ve düzeyi

ILO normlarında ve bunların yorumunda toplu iş sözleşmelerinin hangi tür ve düzeylerde yapılacağına ilgili taraflarca serbestçe kararlaştırılabileceği kabul edilmektedir. Bunun hukuki dayanağı 98 sayılı Sözleşme'nin 4. maddesindeki "özgür ve ihtiyari toplu pazarlık" yapılacağına ilişkin hükümdür. Yapılan yorumlarda toplu pazarlığın hangi düzeyde cereyan edeceğinin yasa ile ya da idari bir kararla belirlenmesinin uygun olmayacağı belirtilmektedir. Hatta ilginç bir kararda "ulusal mevzuatın işkolu düzeyinde toplu pazarlık yapılmasına engel çıkarması kabul edilemez" olarak nitelendirilmektedir.

Türk hukukunda ise toplu pazarlığın hangi düzeylerde yapılabileceği açıkça belirtilmiştir. Özellikle 80 sonrası dönemde işyeri, işletme düzeyi ile toplu pazarlık sınırlanmıştır. Şu husus bir gerçektir ki, 1963-80 döneminde yasada öngörülen işkolu toplu sözleşmeleri gerçek anlamda hiçbir zaman yapılamamış, aksine endüstri ilişkileri sistemimizde birçok sorunun doğmasına neden olmuştur. ILO, bazı ülkelerde rastlanan, toplu sözleşme düzeyini belirleme yetkisinin bağımsız bir organa bırakılmasını ise, bu organın gerçekten bağımsız olması halinde, hoşgörü ile karşılamaktadır.

6356 sayılı Yasa'da (Madde 34) bir toplu iş

sözleşmesinin aynı işkolunda bir veya birden fazla işyerini kapsayabileceği öngörülmüştür. Aynı yasada yeni bir toplu sözleşme türü olarak “çerçeve sözleşmenin” tanımı yapılmıştır. (madde 2/b) Buna göre “Ekonomik ve Sosyal Konsey’de temsil edilen işçi ve işveren konfederasyonlarına üye işçi ve işveren sendikaları işkolu düzeyinde” bu sözleşmeyi yapabileceklerdir. Çerçeve sözleşmenin içeriği ise 33. maddede açıklanmıştır. Bu sözleşmelerin içeriğinde mesleki eğitim, iş sağlığı ve güvenliği, sosyal sorumluluk ve istihdam politikalarına ilişkin hükümler bulunabilecektir.

Ekonomik ve Sosyal Konsey’e üye bir konfederasyonun üyesi olan herhangi bir sendika bu sözleşmede taraf olacak, uyuşmazlık, grev gibi çatışmalar yaşanmayacak ve taraflar işçilerle doğrudan ilişkili olmayan dört konu üzerinde anlaşarak bu sözleşmeyi işkolu düzeyinde imzalayacaklardır. Yasa koyucunun bunlara “toplu iş sözleşmesi” yerine “çerçeve sözleşme” terimini kullanması kanımızca anlamlıdır. Şu halde çerçeve sözleşme yeni yasa uyarınca da yeni bir toplu iş sözleşmesi türü değildir.

Toplu pazarlık düzenimizde nasıl bir işleve sahip olacağını bilemediğimiz çerçeve sözleşmelerinin Batı ülkelerinde konfederasyonlar arasında yapılan genel sözleşmelerle bir benzerliğinin olmadığı kesindir. Ayrıca sendikaların üye kaybettiği, toplu iş sözleşmeleri kapsamındaki işçi sayısının giderek azaldığı bir ülkede çerçeve sözleşmeler ne gibi bir işlevi yerine getireceklerdir? Bu sözleşmelerin örgütlenme ve toplu pazarlık haklarının kullanılmasında istenmeyen bazı gelişmelere yol açabileceğini kaydetmekle yetiniyoruz.

b. Kamu görevlileri bakımından

Anayasa’nın 53. maddesinde (3. fıkra) 2010 yılında yapılan değişiklikle kamu görevlilerine toplu sözleşme yapma hakkının tanınması kuşkusuz önemli bir adımdır. Aynı değişiklikte yapılacak toplu sözleşmelerin kapsamı, istisnaları, sözleşmeden yararlanacaklar, yürürlük süresi, emeklilere yansıtılması gibi hususların yasa ile düzenleneceği hükmü de anayasa hükmü olarak belirlenmiştir. Anayasa’nın bu hükmünün 4688 sayılı Yasa’ya yansıtılması ise 4 Nisan 2012

tarikh ve 6289 sayılı Yasa ile sağlanmıştır.

Gerek Anayasa’ya giren yeni düzenlemeyi, gerek 6289 sayılı yeni Yasa hükümlerini ILO normları açısından irdelediğimizde özgür toplu pazarlık bakımından ve ILO normları açısından iki husus özellikle dikkat çekicidir:

aa. Toplu sözleşmenin içeriğinin Anayasada ve Yasada belirlenmesi

Gerek Anayasa’nın 53. maddesine eklenen fıkrada, gerek yeni Yasa’nın 26. maddesinde, imzalanacak toplu sözleşmenin kapsamı belirlenmiştir. Buna göre mevcut mevzuat hükümleri dikkate alınmak suretiyle kamu görevlilerine uygulanacak katsayı ve göstergeler...ve diğer mali ve sosyal haklar toplu sözleşmede yer alabilecektir. Tek istisna toplu sözleşme ikramiyesidir.

Halbuki ILO’nun 98 ve 151 sayılı Sözleşmelerle ilgili yorumlarında, toplu sözleşmenin içeriğinin taraflarca serbestçe belirleneceği kabul edilmektedir. Örneğin kamu görevlisinin işe alınması, görevine son verilmesi, disiplin hükümleri, çalışma ve dinlenme saatleri, yıllık ücretli izin gibi diğer çalışma koşulları toplu pazarlık konusu olamayacaktır. Bunun gibi yapılacak toplu sözleşmelerde taraflar arasındaki ilişkileri düzenleyen hükümler de yer alamayacaktır.

Yasal düzenlemenin bu tutumunu anlamak zor değildir. Türk idare hukukunda ve Anayasa’da, kamu görevlilerinin statülerinin yasa ile düzenlenmesi ilkesi toplu pazarlık alanını sınırlamaktadır. Ancak olması gereken yasal düzenlemelere göre kamu görevlisinin yararına olmak üzere yeni düzenlemelerin toplu pazarlıkla yapılabilmesidir. Türk mevzuatı şimdilik buna imkân vermemektedir.

bb. Toplu uyuşmazlıkların çözüm organı olan Kamu Görevlileri Hakem Kurulu’nun oluşum biçimi (madde 34)

Kamu görevlilerinin tümü hakkında grev yasağının bulunduğu yukarıda değinmiştik. Toplu pazarlığın uyuşmazlıkla sonuçlanması halinde barışçı bir organın, burada zorunlu olarak tahkimin, devreye girmesinden başka bir çare bulunmamaktadır. Şu halde sözü geçen hakem kurulunun Türk hukukunda özel

bir yeri ve önemi vardır. Nitekim uygulamada da tüm görüşme ve pazarlıklar sonuçta tahkim organına intikal etmektedir.

ILO istisnai durumlarda grevin yasaklandığı hallerde devreye girecek olan barışçı organların bağımsız, tarafsız ve tarafların güvenini tam olarak sağlanmış olma özelliklerini aramaktadır. Son yasa değişikliği ile yeniden düzenlenen 34. maddenin maalesef bu özellikleri taşımadığı kanısındayız. Bunun için Kamu Görevlileri Hakem Kurulu'nun oluşum biçimine göz atmak yeterlidir.

Kamu personeli sendikalarından seçilerek görevlendirilen hakemlerin toplamının sayısı dört iken hükümetin seçtiği hakemlerin sayısı yediyi bulmaktadır. Üstelik hakem kurulunun başkanı da yüksek yargı organlarının başkanları arasından Bakanlar Kurulunca belirlenmektedir. Oyların eşitliği halinde başkanın bulunduğu tarafın çoğunluğu sağlaması yasada ayrıca öngörülmüştür.

Sözü geçen hakem kurulunun bu oluşumu şimdiden uyuşmazlık halindeki taraflara güven vermekten uzak olduğunu göstermektedir. Belirtmeye gerek yoktur ki bu kurulun kararları kesindir ve toplu iş sözleşmesi hükmündedir.

Sonuç

İnsan haklarından olan çalışanların örgütlenme ve toplu pazarlık yapmaları ile ilgili Uluslararası Çalışma Teşkilatı'nın üç sözleşmesi karşısında, Türk mevzuatına kısa bir süre önce giren iki yasaı mercek altına almaya çalıştığımız bu tebliğimizde varılan sonuç özetle şudur:

Gerek örgütlenme gerek toplu pazarlıkta son yasalarla kaydedilen olumlu bazı gelişmelere karşın, yetersiz yönler ve elverişsiz hükümler devam etmektedir. Bu durumun ister istemez Türkiye Cumhuriyeti ile ILO arasındaki ilişkilere yansımaları kaçınılmazdır.

Toplu iş ilişkileri çoğulcu demokrasinin bir ürünü olduğuna göre, siyasal bir rejimde, çoğulcu demokrasi tüm kurum ve kuralları ile ne derecede işlerliğe sahip ise, tüm insan hakları ve bu arada örgütlenme ve toplu pazarlık hakları da aynı düzeyde güvence altına alınmış demektir.

Bunları birbirinden ayrı düşünmek mümkün

olmadığına göre, ülkemizin çağdaş bir demokrasiye ulaşabilmesi için öncelikle insan haklarına ilişkin uluslararası belgelere uyum sağlamak zorunda olduğu unutulmamalıdır.

DİPNOT

- 1 Türkiye Barolar Birliği'nin Ankara'da İnsan Hakları Günü'nde (8 Aralık 2012) düzenlediği panelde sunulan Tebliğ.

Prof. Dr. Fevzi ŞAHLANAN

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İşyeri Sendika Temsilcisinin Güvencesi

İşyeri sendika temsilcilerinin görevleri nedeniyle, iş güvencesi açısından öncelikle korunması gereken kişiler olduğunda kuşku yoktur. Nitekim yürürlükten kaldırılan Sendikalar Kanunu'nun 30 uncu maddesinde henüz ülkemizde iş güvencesine ilişkin yasal düzenlemelerin olmadığı dönemde, 6356 sayılı Kanun'la getirilen güvenceye benzer bir iş güvencesi sistemi ile korunuyorlardı.¹ Temsilcinin iş güvencesine ilişkin 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 30 uncu maddesi, İş Kanunu'nun kapsamına giren işçilere iş güvencesi getiren 4773 sayılı Kanun'la 2002 yılında değiştirilmiş ve Sendikalar Kanunu'ndaki işyeri sendika temsilcisinin güvencesine ilişkin hüküm ile İş Kanunu'nun genel olarak işçilere getirdiği iş güvencesine ilişkin hükümler arasında paralellik kurulmuştu. Daha sonra yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu da Sen.K.md.30'da 4773 sayılı Kanun'la getirilen düzenlemede bir değişiklik (atıf yapılan İş K. hükümlerinin madde numaraları hariç) yapmamıştı. Yürürlükten kaldırılan 2821 sayı-

lı Kanun'un 30 uncu maddesine göre; "İşyeri sendika temsilcisinin belirsiz süreli hizmet akdinin işveren tarafından feshinde İş Kanununun ilgili hükümleri uygulanır (md.30/I). Temsilcinin hizmet akdinin sadece temsilcilik faaliyetlerinden dolayı feshedilmesi halinde, İş Kanununun 21 inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca en az bir yıllık ücreti tutarında tazminata hükmedilir (md.30/II). İşveren, yazılı rızası olmadıkça işyeri temsilcisinin çalıştığı işyerini değiştiremez veya işinde esaslı bir tarzda değişiklik yapamaz. Aksi halde değişiklik geçersiz sayılır." (md.30/III).

Görüldüğü gibi 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nda işyeri sendika temsilcisinin güvencesi İş Kanunu'nun 18-21 inci maddelerinde düzenlenen iş güvencesi sistemine bağlanmıştı. 2821 sayılı Kanun'un, 30 uncu maddesinde 4773 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten önceki düzenlemede haklı bir neden olmaksızın iş sözleşmesinin feshi halinde mahkeme kararıyla feshin geçersiz sayılarak işe iade edilen temsilciye temsilcilik süresinin

sonuna kadar ücretinin ödenmesi öngörül-
müş iken; 4773 sayılı Kanun’la getirilen dü-
zenlemede, iş akdi feshedilen temsilcinin İş
Kanunu’nun iş güvencesine ilişkin 18-21 inci
maddelerdeki düzenlemelere dayanarak aç-
abileceği feshin geçersizliği ve işe iade davası
sonunda feshin geçersizliğine karar verildi-
ğinde, işe başlamak üzere işverene başvuran
temsilciyi işe başlatmayan işverenin temsil-
ciye en az bir yıllık ücret tutarında bir taz-
minat ödemesi öngörülmüştü. Bu düzenleme
ile temsilcilik güvencesi, 4773 sayılı Kanun’la
getirilen düzenlemeyle önceki düzenlemeye
göre geriye götürülmüştür ve işe başlatmama
tazminatının miktarının sade işçiye göre ar-
tırılmış olması dışında temsilci ile sade işçi
arasında, feshe karşı güvence açısından bir
fark kalmamıştır.²

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleş-
mesi Kanunu, işyeri sendika temsilcileri için
temsilcinin iş sözleşmesinin işverence feshi
durumunda genel iş güvencesi sisteminden
(İş K.md.18-21) ayrı ve özel bir güvence dü-
zenlemiştir. STSK.md.24’te yer alan bu dü-
zenlemeye göre “İşveren, işyeri sendika tem-
silcilerinin iş sözleşmelerini haklı bir neden
olmadıkça ve nedenini yazılı olarak açık ve
kesin şekilde belirtmedikçe feshedemez. Fe-
sih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir
ay içinde, temsilci veya üyesi bulunduğu sen-
dika dava açabilir.

Dava basit yargılama usulüne göre sonuç-
landırılır. Mahkemece verilen kararın temyizi
halinde Yargıtay kesin olarak karar verir.

Temsilcinin işe iadesine karar verilirse fe-
sih geçersiz sayılarak temsilcilik süresini aş-
mamak kaydıyla fesih tarihi ile kararın kesin-
leşme tarihi arasındaki ücret ve diğer hakları
ödenir. Kararın kesinleşmesinden itibaren altı
iş günü içinde temsilcinin işe başvurması şar-
tıyla, altı iş günü içinde işe başlatılmaması ha-
linde, iş ilişkisinin devam ettiği kabul edilerek
ücreti ve diğer hakları temsilcilik süresince
ödenmeye devam edilir. Bu hüküm yeniden
temsilciye atanma halinde de uygulanır.

İşveren yazılı rızası olmadıkça işyeri sen-
dika temsilcisinin işyerini değiştiremez veya
işinde esaslı tarzda değişiklik yapamaz. Aksi

halde değişiklik geçersiz sayılır.
...”

Buna göre, temsilcilerin iş güvencesine
ilişkin düzenlemeler aşağıdaki alt başlıklar
altında incelenebilir.

1. Temsilcinin iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesi

STSK madde 24’teki güvencenin işletilebil-
mesi için herşeyden önce temsilcinin iş söz-
leşmesinin işveren tarafından feshedilmesi
gerekir. STSK.md.24’e göre “İşveren, işyeri
sendika temsilcilerinin iş sözleşmelerini haklı
bir neden olmadıkça ve nedenini yazılı olarak
açık ve kesin şekilde belirtmedikçe feshede-
mez.” Yasanın bu açık düzenlemesi karşısın-
da işveren, temsilcinin iş sözleşmesini ancak
haklı nedenle feshedebilecek ve bu tür bir fe-
sihte haklı neden bulunduğu takdirde temsilci
güvenceden yararlanamayacaktır. Buna karşı-
lık işverenin haklı bir neden olmadan ya da
söz konusu haklı neden açık ve kesin şekilde
belirtmedikçe yapacağı fesihler, kural olarak
haksız fesih sayılacak ve temsilci güvenceden
yararlanarak işe iade edilebilecektir. Dolayı-
sıyla, Yasanın bu düzenlemesiyle işverenin
temsilcilerin işine son verebilmesinin kural
olarak İş K.md.25’e göre olabileceği, fesih se-
bebini açık ve kesin şekilde belirtmek kaydı-
yla bunun dışındaki fesihlerde, feshin geçersiz
sayılarak temsilcinin işe iadesine karar verile-
ceği söylenebilecektir. Ancak hemen belirte-
lim ki temsilcinin iş sözleşmesinin haklı ne-
denle feshedilebileceğine ilişkin yasa hükmü
İş K.md.25 ve 6356 sayılı Kanun’un kanundışı
greve ilişkin 70/I inci maddesiyle sınırlı olarak
anlaşılmalıdır. Esasen nelerin haklı neden
sayılabileceğini önceden tahdidi biçimde be-
lirlemek mümkün değildir. Böyle bir anlayış
haklı neden kavramıyla da bağdaşmaz, olayın
özelliğine göre olayda haklı nedenin bulunup
bulunmadığı somut olayda yargıç tarafından
değerlendirilmelidir. Nitekim Türk Borçlar
Kanunu’nun Hizmet Sözleşmesinin feshinde
“Haklı Sebepler” başlıklı 435 inci maddesin-
de haklı sebep kavramı “Sözleşmeyi fesh-

den taraftan, dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşullar, haklı sebep sayılır.” şeklinde tanımlanmıştır. Hal böyle olunca, haklı sebep sayılan hal ve durumların İş K.md.25 ile sınırlı olmadığı açıktır. Öte yandan, gerçekten objektif olarak iş ilişkisinin sürdürülmesinin işverenden beklenemeyeceği bir durum söz konusu olduğu halde işverenin sözleşmeyi derhal fesih yerine, onelli fesih yoluna gittiği durumlarda da, temsilcinin işe iadesine karar verilmemelidir. Örneğin işyerinin tümüyle kapatılması durumu, buna örnek gösterilebilir. Başka bir anlatımla, işyeri tümüyle kapatılırken sendika temsilcisinin iş sözleşmesi İş K.md.17'ye göre feshedildiğinde STSK.md.24'e dayanan feshin geçersizliği ve işe iade talebi reddedilmelidir. Bu gibi özel durumlar dışında aslolan temsilcilerin hizmet akdinin temsilcilik süresince feshedilememesi olduğuna göre, hükmün belirttiğimiz biçimde yorumlanması yasal düzenlemenin amacına daha uygundur. Kaldı ki, temsilcinin iş sözleşmesinin haklı bir neden olmadan feshedilemeyeceğine ilişkin yasal düzenleme, ülkemizde iş güvencesine ilişkin 4773 sayılı Kanun ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun getirdiği iş güvencesi sisteminin ve bu bağlamda iş sözleşmesinin işveren tarafından feshinde “geçerli neden” kavramının öngörülmüş olmasından önce de 2821 sayılı Kanun'un 30 uncu maddesinde (4773 ile yapılan değişiklikten önce) de yer almaktaydı, iş güvencesine ilişkin 4857 sayılı İş Kanunu'nda işverenin iş sözleşmesinin feshi için “geçerli sebep” kavramının yer aldığı bir hukuk düzeninde yürürlüğe konulan 6356 sayılı Kanun'un 24 üncü maddesinde temsilcinin iş sözleşmesinin feshinde “geçerli neden” kavramı değil “haklı neden” kavramına yer verilmiş olması temsilcinin iş sözleşmesinin haklı neden olmadan feshedilmesinin geçersiz olacağı ve işe iadeye yol açacağına açık bir göstergesidir. Öte yandan yasal düzenlemedeki fesih nedenini yazılı olarak “açık ve kesin şekilde belirtmedikçe” sözleri İş K.md.19'daki gibi feshin geçerlik şartı olarak öngörülmüştür. Yasa bu düzenlemesiyle haklı nedenle fesih için yazılı bildirim şartı aramayan ve bu nedenle eleştirilen İş Kanunu'ndaki düzenlemeden isabetli bir şekilde ayrılmıştır.

2. Temsilcinin iş sözleşmesinin feshine karşı açılan işe iade davası ve sonuçları

6356 sayılı Yasa'ya göre fesih bildirimünün tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde, temsilci veya üyesi bulunduğu sendika iş mahkemesinde dava açabilir. Söz konusu bir aylık süre “hak düşürücü süre” olup yargıç tarafından resen gözönünde bulundurulur. Dava basit yargılama usulüne göre sonuçlandırılır. Mahkemenin verdiği kararın temyizi halinde Yargıtay kesin olarak karar verir.

STSK.md.24'teki işverenin fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmesi ve bu sebebin “haklı bir sebep olması” gerektiğine ilişkin yasal düzenleme karşısında, sebebin varlığını ve haklılığını ispat yükünün işverende olduğu söylenebilir. Aynı şekilde işveren fesih beyanında bildirmek zorunda olduğu sebeple bağlı olup bunu dava sırasında değiştiremez. Daha önce bildirmediği başka sebeplere dayanamaz.

Mahkemenin işvereni haklı bulup davayı reddetmesi halinde, yapılan feshin geçerliliğini mahkemenin onayladığı anlamı ortaya çıkacak ve iş sözleşmesinin işverence işçiye fesih beyanının ulaştırıldığı anda ortadan kalktığı söylenebilecektir. Öte yandan mahkemenin bu yolda vereceği bir kararın artık feshin haklılığı konusunda belki davanın konusundaki farklılık nedeniyle bir kesin hüküm oluşturduğu söylenebilir ise de; daha sonra açılacak bir kıdem tazminatı davasında feshin haklı nedeni yapıldığı konusunda bağlayıcı nitelikte bir kesin delil oluşturacağından kuşku duyulmamalıdır.

Buna karşılık mahkemece temsilci işçinin veya temsilcisi olduğu sendikanın açtığı davayı haklı bularak işçinin işe iadesine karar verilirse fesih geçersiz sayılarak temsilcilik süresini aşmamak kaydıyla fesih tarihi ile kararın kesinleşme tarihi arasındaki ücret ve diğer hakları ödenir. Söz konusu ücret ve diğer hakların ödenmesi, işçinin verilen işe iade kararı gereği işe başlatılmak üzere işverene başvurup başvurmaması veya işçi başvuruda bulunmuşsa işverenin temsilci işçiyi işe başlatıp başlatmaması şartına bağlı değildir. Bu nedenle mahkeme kararında temsilcinin söz konusu döneme ilişkin

alacakları hüküm altına alınmalıdır.

İşe iade davasını kazanan işçi kararın kesinleşmesinden itibaren altı iş günü içinde işe başlatılmak üzere işverene başvurması şartıyla işveren de altı iş günü içinde temsilciyi işe başlatmak durumundadır. Bu durumda işveren temsilci işçiyi işe başlatırsa iş sözleşmesi hiç feshedilmemiş gibi bir durum ortaya çıkar. Bir başka anlatımla söz konusu durum, fesih nedeniyle kesintiye uğramamış bir iş ilişkisi olarak değerlendirilmelidir.

İşe iade kararının kesinleşmesinden itibaren altı iş günü içerisinde davayı kazanan temsilci işçi işverene işe başlatılma başvurusunda bulunmalıdır. Söz konusu başvuru, yasada düzenlenen işverenin işçiyi işe başlatma yükümlülüğünün, ve bu yükümlülüğü yerine getirmemesi halinde temsilcilik süresince ücret ve diğer hakları ödeme yükümlülüğünün doğabilmesi için şarttır. Yasa metninde açıkça yer verilen “kararın kesinleşmesinden itibaren temsilcinin işe başvurması şartıyla...” sözleri karşısında yasa başka türlü bir yoruma kapalıdır. Öte yandan, işe başlatılma konusunda işçinin başvurusuna muhatap olan işveren de, temsilci işçiyi altı iş günü içinde işe başlatmak zorundadır. Bu yükümlülüğü yerine getirmeyen işveren temsilcilik süresinin sona ermesine kadar temsilci işçinin ücretini ve diğer haklarını ödemeye devam etmektedir. Yasa, bu ödemelerin hukuki dayanağını “iş ilişkisinin devam ettiği kabul edilerek...” “... temsilcilik süresince...” sözleriyle belirtmektedir. Yasadaki bu düzenlemelerin kaçınılmaz sonucu söz konusu ödemelerin tazminat değil, ücret niteliğinde olduğu, temsilcinin işçilik ve temsilcilik sıfatının temsilcilik süresinin sona ermesine kadar devam ettiğinin kabulüdür. Öte yandan söz konusu durumda işverenin yükümlülüğünün işçinin yeniden temsilciliğe atanması halinde de uygulanacağına ilişkin yasa hükmünün uygulanabilirliğinin mümkün olabilmesi için de iş sözleşmesinin ve işçilik sıfatının temsilcilik süresinin sonuna kadar devam ettiğinin kabulü gerekir. Zira işyerinin işçisi olma sıfatı kalmayan birisinin yeniden temsilci olarak atanması mümkün değildir. Bu nedenle yasanın bu hükmünden iş sözleşmesi feshedilen işçinin yararlandırılmasını isteyen sendika söz konusu

kişiyi temsilcilik süresinin sona ermesine yakın günlerde yeniden temsilci olarak atamalıdır.

Yasal düzenlemeye dayanılarak yapılan yukarıdaki açıklamaların bir sonucu da işe iade davası açan ve dava sonucunda işverenin yaptığı fesih geçersiz sayılarak işe iadesine karar verilen ve süresinde başvurusuna rağmen işverence işe başlatılmayan temsilcinin, temsilcilik süresi sona ermeden iş sözleşmesinin feshine bağlı haklarını (kıdem-ihbar tazminatı gibi) talep etmesi mümkün değildir. Nitekim Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 2821 sayılı Kanun’un (4773 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikten önceki), bugünkü düzenlemeye benzer 30 uncu maddesinin yürürlükte olduğu dönemde verdiği bir kararında da ayrıntılar bir yana bırakılırsa aynı sonuca varmıştır.³

Öte yandan işveren tarafından yapılan fesih temsilcilik süresinin sona ermesi ile kendiliğinden geçerlilik kazanıp kazanmayacağı konusundaki 274 sayılı Yasa döneminde başlayan ve 2821 sayılı Kanun’un 4773 sayılı Kanun’la değiştirilmeden önceki dönemde de sürdürülen tartışmaların, 6356 sayılı Kanun’daki açık düzenleme nedeniyle güncelliğini kaybettiği söylenebilir. Çünkü 6356 sayılı Kanun’un 24 inci maddesinde yer alan “fesih geçersiz sayılarak” ifadesi ve işe iade davasını kazanan temsilcinin işe başlatılmaması halinde “iş ilişkisinin devam ettiği kabul edilerek ücreti ve diğer hakları temsilcilik süresince ödenmeye devam edilir. Bu hüküm yeniden temsilciliğe atanma halinde de uygulanır.” şeklindeki düzenlemeler nedeniyle temsilcilik sıfatının sona ermesi ile işçinin iş sözleşmesinin kendiliğinden sona erdiği de söylenemez. İşverenin, söz konusu işçiyi, iş almaması temsilcilik süresinin sonunda yapılmış bir eylemli fesih olarak kabul edilmeli ve işçinin feshe bağlı işçilik hakları bu tarihe göre belirlenmelidir.⁴

3. Temsilcinin işyerinin veya işinin değiştirilmesi

Sendika temsilciliğinin güvencesi, yukarıda anlatılan işverenin feshine karşı fesih geçersizliği ve temsilcinin işe iadesine ilişkin düzenlemelerden başka temsilcinin işveren tasarrufuyla işyerinin ve işinin değiştirilmesine karşı da ko-

runmuştur. 6356 sayılı Kanun, 24 üncü maddesinde, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nda da yer alan düzenlemeyi aynen muhafaza etmiştir. Söz konusu hükme göre, "İşveren, yazılı rızası olmadıkça işyeri sendika temsilcisinin işyerini değiştiremez veya işinde esaslı bir değişiklik yapamaz. Aksi halde değişiklik geçersiz sayılır." Öncelikle belirtelim ki yasadaki bu düzenleme İş K.md.22'deki çalışma koşullarında esaslı değişikliğe ilişkin düzenlemeden farklı olup, onun koşullarına bağlı olmayıp temsilcilığe ilişkin özel bir düzenlemedir.⁵ Kaldı ki İş K.md.22, İş Kanunu kapsamı dışındakileri kapsamadığı halde temsilcinin iş güvencesine ilişkin 6356 sayılı Kanun'un 24 üncü maddesi; hangi Kanuna tabi olursa olsun tüm sendika temsilcileri için uygulanacaktır.

Kanaatimce maddenin uygulamasında temsilcinin işyerinin değiştirilmesi ile işinin değiştirilmesi arasında güvencenin işletilmesi ile ilgili olarak bir ayırım yapmak gerekir. İşçinin işyerinin değiştirilmesinde Kanundaki temsilcinin iş sözleşmesinin feshine ilişkin yukarıda anlatılan yasal düzenleme aynen uygulanmalı, nakil işleminin geçersizliğine ve işçinin eski işine iadesine karar verilmelidir. Çünkü temsilcinin işyerini değiştirmekle işçinin temsilciliğini de sona erdiren işverenin temsilcinin işyerini değiştiren işleminin, 24. maddedeki feshin geçersizliği ve işe iadeye ilişkin 24. maddedeki güvenceden yararlanamayacağı söylenemez. Bu konuda yasal düzenlemenin bulunmadığı dönemde konu öğretilerde tartışılmış; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi farklı yönde kararlar vermişti.⁶ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi daha sonra verdiği kararlarında konuyu temsilcinin iş sözleşmesinin feshine karşı izlenebilecek yol paralelinde çözmüş ve temsilci işçinin işyeri değişikliği işleminin iptaline ve eski işine iadesi yolunda kararlar vermiştir.⁷

İşverenin temsilci hakkındaki tasarrufu temsilcinin işyerinin değil; aynı işyerinde rızası dışında işinin değiştirilmesi ise, bu değişiklik kural olarak geçersizdir ve işçiyi bağlamaz. Bu değişiklik temsilci tarafından kabul edilmediği ve olayda bu değişikliğe bağlı olarak temsilci, işçi veya işveren tarafından yapılmış bir fesih işlemi de olmadığı takdirde, iş değişikliğini kabul etmeyen temsilci işverenin temerrüdüne ilişkin

Türk Borçlar Kanunu'nun 408 inci maddesi uyarınca işverenin yaptığı iş değişikliğini kabul etmeyerek çalışmadığı sürenin ücretini ve diğer haklarını talep edebilecektir. Sonuç itibariyle iş değişikliğini kabul etmeyen temsilci işçinin bu değişikliğin iptaline ilişkin, bir dava açması kanaatimce mümkün değildir. Buna karşılık değişikliği kabul etmeyen söz konusu durumda ki temsilcinin iş sözleşmesi işveren tarafından feshedilirse, temsilci işçinin Kanununun 24 üncü maddesine dayanan, feshin geçersizliği ve işe iadeye yönelik bir dava açabileceğinde kuşku yoktur. Üstelik böyle bir davada feshin haklı bir sebeple yapılmadığı da açıktır.

DİPNOTLAR

- 1 İşyeri sendika temsilcisinin, iş güvencesine ilişkin 2821 sayılı Kanun'un 30 uncu maddesinin 4773 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten önceki 6356 sayılı Kanun'la getirilen yeni düzenlemeye benzeyen düzenlemesi konusunda ayrıntılı bilgi için bak., F. Şahlanan, Sendikalar Hukuku, İstanbul 1995, sh. 237 vd.
- 2 Bu nedenle Sen.K.md.30'daki temsilcilik güvencesine ilişkin düzenleme öğretilerde yoğun bir biçimde eleştirilmiş, bu düzenlemenin Türkiye'nin 1993 yılında onayladığı temsilcilerin korunmasına ilişkin ILO'nun 135 sayılı sözleşmesi karşısında tartışılır nitelikte olduğu gibi görüşler ileri sürülmüştü (Ö. Ekmekçi, Toplu İş Hukuku Bakımından İş Güvencesi Tasarısının Değerlendirilmesi, Türk İş Hukukunun Güncel Sorunları 2001 Temmuz Toplantısı, İstanbul Barosu, İstanbul 2001, sh. 56; A. Güzel, İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, İstanbul 2004, sh. 133; S. Süzek, İş Hukuku Yenilenmiş 4. Baskı, İstanbul 2008, sh. 595; Ö. Eyrenci, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu ile Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Öngören Kanun Tasarısı Taslağı Hükümlerinin Genel Değerlendirilmesi, İstanbul Barosu 2004 yılı Toplantısı, İstanbul 2004, sh. 209; H. Keser, İşyeri Sendika Temsilciliği Güvencesi, Sicil Eylül 2009, sh. 133; Bak. ve karş., N. Çelik, sh. 432; C. Tuncay, sh. 109. Son iki yazar, temsilcinin güvencesine ilişkin düzenlemeyi, İş Kanunu'ndaki iş güvencesi sistemiyle tutarlı bir yaklaşım olarak değerlendirmişlerdi.
- 3 Y9HD. 24/11/1992, 9340/12779, Çimento İşv. D., Ocak 1993, sh. 29/31; C. Tuncay, Çimento İşv. D., Temmuz 1993, sh. 5; N. Çelik, 1992 kararları değerlendirmesi, sh. 105.
- 4 274 ve 2821 sayılı Kanun'lar dönemine ilişkin tartışmalar için bak. F. Şahlanan, Sendikalar Hukuku, 1995, sh. 243 vd.
- 5 Bak ve karş. C. Tuncay, Toplu İş Hukuku, 2. Bası, sh. 110.
- 6 Tartışmalar ve Yargıtay kararları için bak F. Şahlanan, Sendikalar Hukuku, İstanbul 1995, sh. 239/240.
- 7 Y9HD 30/01/2002 - 16796/1738 YKD Temmuz 2002, sh. 1034; Y9HD 20/11/2003 - 19327/19592 Legal İHD 2004/2, sh. 674-675.

YENİ YAYINLAR



Prof. Dr. A. Can Tuncay, Yrd. Doç. Dr. F. Burcu Savaş ve Arş. Gör. Şebnem Kılıç tarafından hazırlanan “**İş Kanunları**” adlı kitap, Şubat 2013 tarihinde yayımlanmıştır.

Prof. Dr. A. Can Tuncay’ın 1998-2001 yılları arasında 10 bасыna ulaşan “İş ve Sosyal Sigorta Kanunları” adlı yayınının devamı sayılabilecek bu kitapta sosyal sigorta kanunlarına yer verilmemiş, sadece iş mevzuatı ele alınmıştır.

Eserde ayrıca açıklamalara, karşılaştırmalara, uluslararası sözleşmelere, bildirgeler dâhil ilgili mevzuat atıflarına, ilgili Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay içtihadı birleştirme kararlarına da yer verilmiştir.

Hem öğrencilere hem de uygulayıcılara ve araştırmacılara hitap eden bu çalışmanın ilk bölümünde bireysel iş hukukuna ilişkin kanunlar, ikinci bölümünde toplu iş hukukuna ilişkin kanunlar ve üçüncü bölümünde ise

diğer ilgili mevzuat başlığı altında Anayasa ve çeşitli kanunların iş hukuku ile ilgili maddeleri bulunmaktadır.



Doç. Dr. Aydın Başbuğ tarafından hazırlanan “**Toplu İş İlişkileri ve Hukuk**” adlı eser, Aralık 2012 tarihinde yayımlanmıştır.

Eser, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu ile getirilen değişiklikler de göz önüne alınarak, sendikacı ve sendikalı işçilere ve iş hukuku derslerine bir kaynak olmak amacıyla hazırlanmıştır. Bu amaçla, mümkün olduğu kadar sade bir dil kullanılmış ve akademik tartışmalara ihtiyaç olduğu kadar girilmiştir.

Kitabın “Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakkı” adlı ilk bölümü; örgütlenme ve toplu pazarlık hakkının hukuki niteliği, sosyal hak olarak örgütlenme ve toplu pazarlık hakkının anayasal kaynakları, uluslararası hukukta örgütlenme ve toplu pazarlık hakkı ve iş hukukumuzda etkisi konularındaki alt başlıklardan oluşmaktadır.

Kitabın “Sendikalar Hukuku” başlıklı ikinci bölümünden sonra “Toplu İş Sözleşmesi ve Toplu İş Uyuşmazlıkları” başlıklı üçüncü bölümü yer almaktadır. Kitabın dördüncü ve son bölümün de ise “Disiplin Hukuku” başlığı altında disiplinin toplu iş hukukundaki yeri ve disiplin cezaları ayrıntılı bir biçimde ele alınmaktadır.

Doç. Dr. Aydın BAŞBUĞ

Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Kamu Çalışanları Toplu Sözleşme Hakkı ve Toplu Sözleşme Görüşmelerine İlişkin Değerlendirme

Kamu çalışanlarının toplu sözleşme hakkı, uzun bir mücadele sonucunda elde edilmiştir. Ancak ortaya çıkan yasal düzenleme ve uygulama, beklenenlerin çok gerisinde bir sonuç meydana getirmiştir. Bu sonuç bilinen ve beklenen bir durum değildir. Toplu sözleşme hakkı elde edildikten sonra 2012 dönemi içinde ilk toplu pazarlık ve toplu sözleşme gerçekleştirilmiştir. İlk defa yapılması nedeniyle tarafların uzlaşmayla sonuçlandırması beklenen görüşmeler Kamu Hakem Kurulu kararına kalmıştır. Kamu Hakem Kurulu üyesi bulunmam nedeniyle, sonraki gelişmelere katkı sağlamak amacıyla uygulamada aksayan konular aşağıda paylaşılacaktır.

1. Kamu Çalışanlarının Toplu Pazarlık Hakkı ve Kapsamı

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (ILO) 98 sayılı Sözleşmesi, bütün çalışanlara toplu pazarlık hakkı tanımış olmasına rağmen ülkemizin 1952 yılında onayladığı bu sözleşmenin resmi çevirisinde hatalı olarak "işçi" kelime-

si kullanıldığı için bugüne kadar memurların toplu sözleşme hakkına dayanak oluşturacak hukuksal bir metin bulunamamıştır. Oysa Uluslararası Çalışma Örgütü uygulamasında, yaşayan bir sözleşme olan 98 sayılı Sözleşme'nin, işçiler dışında diğer çalışanlara da toplu pazarlık hakkı tanıdığı kabul edilmekteydi. Nitekim 2007 yılında Uluslararası Çalışma Örgütü'nün Türkiye hakkında verdiği kararda, Türkiye'nin memurlara toplu pazarlık hakkı vermemesi nedeniyle 98 sayılı Sözleşmeyi ihlal ettiği kararı alınmıştı. Maalesef bu tarihe kadar Türk hukuk literatüründe bu görüş, birkaç yazar dışında yeterli destek bulamamıştı.

Anayasamızın 90. maddesinde 2001 yılında yapılan değişiklikte konusu insan hakları ile ilgili olan uluslararası antlaşma ile iç hukuk çatıştığında uluslararası antlaşmanın uygulanacağı kabul edilmişti. Anayasamızın 125 ve 128. maddeleri memurların ücret dahil bütün sosyal haklarının kanunla düzenleneceğini belirterek memurlara toplu sözleşme hakkını

tanımamıştı. Bu açık düzenleme karşısında iç hukuktaki düzenleme ile uluslararası sözleşmenin çatıştığı görülmekteydi.

Anayasa'nın 125 ve 128. maddeleri ile 98 sayılı Sözleşmenin çatıştığı açıktı. Bu çatışma karşısında Anayasa'nın 90. maddesi nedeniyle iç hukukta doğrudan doğruya 98 sayılı Sözleşmenin uygulanıp uygulanamayacağı tereddüdü meydana gelmişti.

Bu tartışmaların başında toplu sözleşme hakkının insan hakları ile ilgili olmadığı, Anayasa'nın 90. maddesi ile üstün tutulan uluslararası antlaşmanın Anayasa hükmü dışında diğer mevzuat için söz konusu olduğu gibi yerinde olmayan tartışmalarla zaman kaybedilmişti. Bu sorun somut olarak belediyelerde çalışan kamu çalışanları için yapılan toplu sözleşmelerinin geçerliliği tartışmasında ortaya çıkmıştır. İç hukukumuzda olumsuz sonuç bulunan belediyelerle yapılan toplu sözleşmenin geçerliliği sorunu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ILO'nun 98 sayılı Sözleşmesinin kamu çalışanlarına da toplu sözleşme hakkını tanıdığı, bu hakkın insan haklarının bir parçası olduğu ve 98 sayılı Sözleşmenin Anayasa'dan da üstün olduğu hükmüyle sonuçlanmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de kararında;

“... AİHM, uluslararası hukukta, toplu görüşme hakkının, ILO 98 sayılı Örgütlenme ve Toplu Görüşme Hakkı Sözleşmesi tarafından düzenlendiğini gözlemlemiştir. 1949 yılında kabul edilen ve uluslararası çalışma koşullarına ilişkin en temel hukuki belgelerden biri olan bu belge Türkiye tarafından 1952 yılında imzalanmıştır. 6. maddede, “devletin idare mekanizmasında görevli olan memurların” durumunu kapsamadığı belirtilmektedir. Ancak, ILO Bilirkişiler Komitesi, bu hükmün, sadece, doğrudan devletin yönetimine ilişkin faaliyet gösteren memurları kapsam dışı bıraktığını yorumlamıştır. Bu istisna dikkate alınarak, hükümet, kamu kuruluşları veya otonom kamu kurumları tarafından iş verilen diğer herkes, Komite'ye göre, 98 sayılı Sözleşme'de öngörülen güvencelerden diğer çalışanların yararlandığı şekliyle yararlanma-

lıdırlar ve sonuç olarak maaş konusunun da içinde bulunduğu çalışma koşullarına ilişkin olarak toplu görüşme yapma hakkına sahip olmalıdırlar...” ifadesi ile memurların toplu sözleşme hakkını, sadece ücret ile sınırlı tutmadan kabul etmişti.

Anayasa'da ve iç hukukumuzda bir değişiklik olmamasına rağmen özellikle belediyelerde yapılan toplu iş sözleşmelerinin hukuki geçerliliği, Türk yargısının uluslararası hukuka uygun bu içtihat değişikliğiyle mümkün olabilmektedir. Ancak uygulamada belediyelerde yapılan toplu sözleşmenin geçerliliği korunurken aynı hukuki gerekçelere dayanarak bütün kamu çalışanlarını kapsayan toplu sözleşme Anayasa değişikliği ve yasal düzenleme yapılmadığı için uzun bir süre beklemede kalmıştır.

2010 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile kamu çalışanlarının toplu sözleşme hakkı tanınmıştır. Anayasa'nın 128. maddesi, “Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir. (Ek cümle: 12/9/2010-5982/12 md.) Ancak, malî ve sosyal haklara ilişkin toplu sözleşme hükümleri saklıdır.” hükmünü amirdir. Buna göre toplu sözleşme hakkı sadece kamu çalışanlarının ücret ve sosyal haklara ilişkin konularla sınırlı tutulmuştur. Bu toplu sözleşmenin düzeyi hususunda Anayasa'da bir hüküm yer almış, konu yasal mevzuata bırakılmıştır.

2012 yılında 4688 sayılı Yasa'da yapılan değişiklikle, bütün kamu çalışanlarını kapsayan genel bir toplu sözleşme ile iş kolları düzeyinde toplu sözleşme hakkı tanınmıştır.

Uluslararası hukukta, ILO'nun 98 sayılı Sözleşmesinin grev gibi toplu mücadele araçlarını da hukuken tanıdığı kabul edilmektedir. Oysa 98 sayılı Sözleşmenin lafzına bakıldığında grev hakkı gibi barışçıl direniş haklarına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu gerçek, yukarıda AİHM kararında da belirtildiği gibi, uluslararası sözleşmelerin yaşayan bir hukuk kuralı olduğunu göstermektedir. Buna göre AİHM; “Anayasamızla güvence altına alınan sosyal haklar arasında grev hak-

Sendika hakkının ve toplu pazarlık hakkının kapsamının ve içeriğinin tespitinde, yazılı hukuk metinleri kadar, yaşayan ve gelişen süreci de dikkate almak gerekmektedir.

kı, gibi sadece işçilere tanınmıştır. Memurların grev hakkı halen bulunmamaktadır. Oysa uluslararası hukuk, toplu sözleşme ve toplu mücadele hakkını örgütlenme ve toplu pazarlık hakkının içinde kabul etmiştir. Memur sendikalarının yaptığı toplu görüşmelerde anlaşmazlık çıkması halinde eyleme katılan memurların aldığı idari cezalar karşısında yargı, bu cezaların iç hukuka uygun olduğuna karar vermiştir. Yargı uluslararası hukukun kaynaklarını dikkate almamış, iç hukuka üstün tutmamıştır. Konu AİHM'ye taşındığında mahkeme şu sonuca ulaşmıştır¹; AİHM, grev hakkının mutlak bir niteliği olmadığını kabul etmektedir. Grev hakkı, bazı koşullara bağlı olabilir, söz konusu hakka bazı kısıtlamalar getirilebilir. Dolayısıyla, sendikal özgürlük ilkesi Devlet adına yetki kullanan memurlara grev hakkı yasağı ile bağdaşabilir. Ancak, bazı memur kategorilerine grev yasağı getirilse bile (mutatis, mutandis, Pellegrin-Fransa, başvuru no: 28514/95) grev hakkının yasaklanması mevcut davadaki gibi genel olarak memurları veya Devlet'e ait ticari ve endüstriyel kuruluşlarda görev yapan İşçileri kapsamaz. Grev hakkına getirilen yasal kısıtlamaların, kısıtlamaya konu memur kategorilerini mümkün olduğunca açık ve sınırlayıcı bir biçimde tanımlaması gerekmektedir.

AİHM'nin görüşüne göre, mevcut davada, ihtilaf konusu genelge, AİHS'nin 11. maddesinin 2. paragrafında sıralanan amaçların gerekleri ile dengelenmeden tüm memurlara mutlak şekilde grev hakkını yasaklayan genel ifadelerle kalem alınmıştır. Ayrıca AİHM, dosyada, 18 Nisan 1996 ulusal eylem gününün yasaklandığına dair hiçbir bulgu bulunmadığını kaydetmektedir. Genelge ile sadece söz konusu eylem gününe memurların katılımı yasaklanmaktaydı. Söz konusu eyleme katı-

larak, başvuran sendikanın yönetim kurulu üyeleri yalnızca barışçıl toplanma özgürlüklerini kullanmıştır (Ezelin-Fransa, 26 Nisan 1991 tarihli karar). Dava konusu genelgeye dayanılarak söz konusu kişiler disiplin cezasına çarptırılmıştır.

AİHM, söz konusu cezaların, üyelerinin çıkarlarını savunmak amacıyla eylemlere veya böyle bir greve katılmayı isteyen sendika üyeleri ve diğer kişiler açısından caydırıcı nitelik taşıdığı kanaatindedir (Urcan ve diğerleri ve Karaçay-Türkiye 27 Mart 2007 tarihli karar). AİHM, Hükümet'in demokratik bir toplumda dava konusu kısıtlamanın gerekliliğini ortaya koymadığını belirtmektedir.

Kendi incelemesini yapan AİHM, söz konusu genelgenin kabulü ve uygulanmasının "zorlayıcı bir sosyal gereksinimi" karşılamadığı ve başvuran sendikanın AİHS'nin 11. maddesi ile tanınan hakları etkili bir şekilde kullanmasına yönelik orantısız bir müdahale oluşturduğu sonucuna ulaşmaktadır.

Bu itibarla AİHS'nin 11. maddesi ihlal edilmiştir."

sonucuna varmıştır.

Sendika hakkı ve toplu pazarlık hakkı, temel insan haklarının başında gelen sosyal haklardır. Bu hakların kapsam ve içeriği, tamamlanmamış bir sürece bırakılmıştır. Uluslararası metinlerde ve Anayasalarda belirtilmese dahi, hakkın niteliği gereği gelişmeye ve yeniliklere açık bir yönü daima bulunmaktadır.

Sendika hakkının ve toplu pazarlık hakkının kapsamının ve içeriğinin tespitinde, yazılı hukuk metinleri kadar, yaşayan ve gelişen süreci de dikkate almak gerekmektedir. İşte bu nedenle insan hakları ile ilgili bu uluslararası sözleşmeler, yaşayan bir sözleşme olarak kabul edilmektedir. Bu hukuku yaşatan başta Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları olmaktadır. Bu hakların gelişimi devam edecek ve uluslararası hukuk bize sendika hakkı ve toplu pazarlık hakkı konusunda yeni şeyler öğretecektir.

İç hukuk düzenlenirken, yaşayan bu uluslararası hukuk dikkate alınmak zorundadır.

Bu mecburiyetin arkasında yatan hukuki sebep, insan haklarıdır. Ayrıca Anayasamızın 90. maddesinin amir hükmü de bunu gerektirmektedir. Yine aynı maddenin son fıkrası gereğince konusu insan hakları olan sendika hakkı ve toplu pazarlık hakkı ile, Anayasa dahil iç hukukumuz çatıştığında uluslararası hukukun üstün tutulması gerekliliği de bir Anayasal hükümdür.

Kamu görevlilerinin toplu sözleşme hakkını sadece mali konularla sınırlı tutan ve grev hakkı tanımayan Anayasa hükümlerimiz ile sendika ve toplu pazarlık hakkının temel ilke ve esaslarının çatıştığı açıktır. Böyle bir durumda uluslararası hukukun iç hukukumuzda üstün tutularak memurların toplu sözleşme görüşmeleri sürecinde çalışmama eylemleri yapması ve mali konular dışında çalışma şartlarına ilişkin hususları toplu pazarlık konusu yapmaları mümkün olmaktadır. Hükümetlerin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarıyla da sonuçlanan mevcut hakkı teslim edip gerekli Anayasal ve yasal değişiklikleri yapmak görevleridir.

2. Toplu Sözleşme Hakkının Düzenlenmesine İlişkin Temel Sorunlar

Ülkemizde işçi kuruluşları ile yıllardan beri devam eden toplu pazarlık sisteminden yeterince ders alınmadığı görülmektedir. Bu, hem yasalarda hem de gerçekleştirilen ilk toplu pazarlık sırasında kendini göstermiştir. Kamu çalışanlarının toplu sözleşme hakkının uluslararası hukuka uygun olarak gerçekleştirilebilmesi için aşağıdaki temel sorunlara kısaca değinerek, sorunu ortaya koymaya çalışacağız.

a- Yasal mevzuatın 98 sayılı Sözleşmeye uygunluğu sorunu

Anayasamız, toplu sözleşme kapsamını sınırlandırmış ve “ücret ve sosyal haklar” ile sınırlı tutmuştur. Oysa toplu pazarlık ve toplu sözleşme hakkının kapsamı sadece ücret ve sosyal haklarla sınırlı olmayıp, çalışma ilişkisinden doğan karşılıklı bütün hak ve menfaatleri konu edinmektedir.

Sosyal hakların kapsamını ne olduğu tarafların değişik değerlendirilmelerine açık durumdadır.

Görüşmeler süresince ve Hakem Kurulundaki görüşmelerde memur sendikalarınca sosyal hak, olduğundan geniş kapsamlı değerlendirilerek, çalışma ilişkilerini ilgilendirip ilgilendirmediğine bakılmaksızın kamu çalışanını etkileyen her türlü konu sosyal hak olarak telakki edilmiştir. Buna karşılık kamu heyetince de çalışma ilişkilerini ilgilendirmekle birlikte atama, yükselme, disiplin cezaları, kamu görevine son verme gibi hususlar görüşme dışı tutulmaya çalışılmıştır. Bu konuların büyük bir kısmı kamu çalışanının ekonomik ve sosyal haklarını ilgilendirmesine rağmen sadece mali konu olmadığı gerekçesiyle görüşülme dışında tutulmaya çalışılmıştır. Kamu heyetince toplu sözleşmenin kapsamı, herhangi bir yasal değişiklik gerektirmeyen, mevcut yasalar içinde kalmak koşuluyla sadece para miktarı ile sınırlı görülmüştür.

Örneğin toplu sözleşme görüşmelerinde üniversitede öğretim üyesi olan yardımcı doçentlerin en fazla üçüncü dereceye kadar yükselbilmesinin ve daha üstünü yasaklayan düzenlemenin kaldırılması talep edildiğinde kamu kesimi bunu ücret ve sosyal hakla ilgili olmadığı iddiasında bulunmuştur. Hakem heyetinde yapılan müzakerelerde bu konunun toplu sözleşme hakkını kapsamında olduğu ikna edildikten sonra Türkiye’de 38 bin yardımcı doçent olduğu bu hüküm kabul edildiğinde 25 bininin üçüncü dereceye yükseleceği ve bunun bütçeye yük getireceği gerekçesiyle oylamada kabul edilememiştir.

Yine toplu sözleşme görüşmelerinde memur sendikalarının 98 sayılı Sözleşme ve AİHM kararlarını abartılı bir şekilde anlayarak toplu sözleşme konusu olmayan, istihdam ilişkisinin dışında Anayasa ya da diğer mevzuatta da değişiklik yapan konuları görüşme masasına ve Hakem Kuruluna taşıdıkları görülmektedir. Memur sendikalarının talepleri arasında vatandaşlık hukukundan doğan gelir vergisi mükellefiyetine istisna getirilmesi, vergi kademelerinin sadece memurlar açısından

Toplu iş sözleşmesi karşısında, nispi ilişki kuran iş sözleşmeleri; toplu sözleşme karşısında ise statü ilişkisi bulunmaktadır. Toplu iş sözleşmesi veya toplu sözleşme, konu edindikleri bu ilişkiler üzerinde emredici etki gösterir.

değiştirilmesi; sigortalılık sıfatını düzenlemek üzere, hastane katkı paylarının alınmaması; üçüncü kişilerin haklarını korumak amacıyla Türk Medeni Kanunu'nun 1007. maddesinde öngörülen tapu memurlarının şahsi sorumluluğunun ölüm halinde kaldırılarak mirasçılardan sorumlu tutulmaması gibi çeşitli örnekler sayılabilir. Bütün bu örnekler, personel rejimi ve özlük haklarıyla ilgili olmayan, vatandaşlık hak ve yükümlülüğü, sigortalılık sıfatı, üçüncü kişilerin hakları ile ilgili olmasına rağmen toplu sözleşme görüşmelerine taşınmıştır. Hakem Kuruluna getirilen 541 talep arasında bu şekilde istekler de bulunmaktadır. Kanaatimce Hakem Kurulunun da yetkisinde olmayan bu konular maalesef görüşülmüş ve oylanmıştır. Sonuçta ret edilmiş olmasına rağmen, Hakem Kurulu biraz gayret göstermiş olsaydı Türkiye Cumhuriyetinin ihtiyacı olan Anayasa değişiklikleri de az kalsın gerçekleştirilecekti!

Öncelikle belirtmek gerekir ki 98 sayılı Sözleşme ve AİHM kararının çizdiği kapsam yeterince anlaşılmadan yapılacak yasal düzenleme ve görüşmeler bizi farklı yöne götürecektir. Diğer taraftan Anayasal düzenlemede de değişik anlamlara gelebilecek genel ve soyut ifadelerin kullanılması kanun yapma tekniğine uygun değildir. "Mali ve sosyal haklar" ifadesi, tarafların çok farklı anlam verebileceği geniş bir alanı ifade eder. Ya somut bir düzenleme ile kapsam belirlenmeli ya da tıpkı işçi sendikalarında olduğu gibi çalışma ilişkilerinden doğan hak ve menfaatlerin konu edinildiği ve kapsamının da sosyal gelişmeye ve uluslararası hukukta anlaşıldığı bir toplu sözleşme hakkı tanınması ihtiyacı gerekmektedir.

Yeni anayasal ve yasal düzenlemelere rağmen, tıpkı 2010 öncesi anayasal düzenlemede olduğu gibi, 98 sayılı Sözleşmenin tanıdığı hakkın üstün tutulması ve bu sayede toplu sözleşme görüşmelerinde ücret ve sosyal haklar dışında, çalışma ilişkilerinden doğan bütün hak ve menfaatlerin görüşülebileceğine inanmaktayız. Ayrıca görüşmeler sırasında kamu çalışanlarınca organize edilen gösteri ve eylemlerin de sosyal hak kapsamında meşru ve hukuki bir davranış olduğu da kabul edilecektir.

Esasen uluslararası hukuk ve yargı içtihatları bu hakkın kapsamını belirlemiş iken, yasal eksikliği gidermek amacıyla yapılan değişikliğin kendisi bir sorun olmamalıdır. Maalesef kanunlaştırma faaliyetlerimizde sıklıkla görülen bu süreç, her değişiklikte yeni tartışma ve sınırlandırmaları beraberinde getirmektedir.

b. Dirlik ilkesi ve toplu sözleşmenin emredici etkisi

Toplu iş sözleşmesi veya toplu sözleşme hakkı ile üçüncü kişileri bağlayıcı objektif hukuk kuralları getirilmektedir. Toplu iş sözleşmesi karşısında, nispi ilişki kuran iş sözleşmeleri; toplu sözleşme karşısında ise statü ilişkisi bulunmaktadır. Toplu iş sözleşmesi veya toplu sözleşme, konu edindikleri bu ilişkiler üzerinde emredici etki gösterir.

İş sözleşmesinin düzenlemediği toplu iş sözleşmesi hükümleri bulunabilir. Bu durumda sözleşme, iş sözleşmesi üzerinde emredici objektif hukuk kuralı olarak uygulanır. İş sözleşmeleri ile toplu iş sözleşmesi hükümlerinin çatışması mümkündür. Bu durumda genel hukuk kuralı olan toplu iş sözleşmesi hükümlerinin iş sözleşmesi hükümleri arasında emredici etki kendisini gösterir. Böylece bu iki hukuk kaynağı arasında öncelik sonralık ilişkisi bulunur.

İş sözleşmesi ile toplu iş sözleşmesinin çatışması durumunda kural olarak toplu iş sözleşmesi hükümleri uygulanacaktır. İş sözleşmeleri toplu iş sözleşmesine aykırı olamaz (SveTİSK. m. 36/I). Bu, toplu iş sözleşmesinin objektif bir hukuk kaynağı olmasından kay-

Dirlik ilkesi, bir toplu iş sözleşmesinin emredici etkisinin kendi dönemi ile sınırlı bulunmasını ifade eder. Bu nedenle bir toplu iş sözleşmesi daha sonraki toplu iş sözleşmesine emredici etki gösteremez.

naklanır.

Toplu sözleşme hakkı ile de kamu çalışanın statü hukuku üzerinde emredici etki gösteren düzenlemeler yapılabilir. Hatta statü hukukunun düzenlemediği bir konu, ilk defa toplu sözleşme ile getirilebilir. Bu bakımdan toplu sözleşme statü hukukunun kapsamını düzenleyen ve yasa gücünde olan bir hukuk kaynağı olacaktır.

Toplu iş sözleşmesinin iş sözleşmesi karşısındaki bu emredici etkisi, toplu iş sözleşmesinin yürürlükte bulunduğu sürece geçerlidir. Birden fazla toplu iş sözleşmesi bulunması halinde de her bir toplu iş sözleşmesi kendi yürürlük dönemine emredici etki gösterir. Toplu iş sözleşmesi, kendisinden önceki veya sonraki dönemdeki toplu iş sözleşmelerine ve bu dönemdeki iş sözleşmelerine emredici etki göstermez. Toplu iş sözleşmesinin bu özelliğine dirlik ilkesi denir.

Toplu sözleşmeler de emredici etkisini yürürlük süresinde gösterir. Toplu sözleşmenin kendinden önceki veya kendisinden sonraki dönemi kapsayan diğer toplu sözleşmelere emredici etkisi bulunmamaktadır.

Toplu sözleşmenin bu özelliği gereğince, bir dönemde elde edilen hakkın sonraki dönemde de devam etmesi iki şekilde mümkündür. Ya kamu idaresi toplu sözleşmeye uygun bir yasal değişiklik yapacaktır. Aksi takdirde yasal değişiklik yapılmaz ve sadece toplu iş sözleşmesi gerekçe gösterilerek bir hak uygulanacak olursa, ikinci durumda bu hakkın sonraki yeni toplu iş sözleşmesinde tekrar edilmesi gerektir.

Dirlik ilkesi ve toplu iş sözleşmesinin emredici etkisinin bu özelliği nedeniyle işçi sen-

dikaları, her yeni toplu iş sözleşmesinde daha önce elde ettikleri hakları tekrar toplu iş sözleşmesi metnine dahil etmektedir.

Kamu çalışanları sendikaları da toplu sözleşmede elde edilen bir hakka ilişkin yasal değişiklik yapılmamış ise, elde edilen bir hakkın devamı isteniyorsa yeni toplu sözleşme görüşmelerine de bu konuyu taşımak zorundadır. Aksi takdirde yapılan ödemenin veya idari işlemin hukuki temeli bulunmayacaktır. Örneğin parasal bir gider meydana getirmediği ve sadece emeklilik hakkını ilgilendirdiği için Hakem Kurulunda kabul edilen, havalimanlarındaki itfaiyecilerin meslek grubuna alınması, sadece 2012-2013 yılı için geçerlidir. Bu konuda bir yasal değişiklik yapılmamış ise, aynı konu 2014-2015 dönemi için yapılacak olan toplu sözleşme metninde yer almalıdır. Aksi takdirde 2014-2015 yılında söz konusu itfaiyecileri bu tarihlere meslek sınırında kabul eden idari işlem sakat olacaktır.

Toplu iş sözleşmelerinde normatif kısım yanında sadece tarafların haklarını düzenleyen borç doğurucu kısım da bulunmaktadır. Toplu sözleşmede ise borç doğurucu kısım bulunmamaktadır. Ayrıca sona eren toplu iş sözleşmesinin borç doğurucu kısmı sona ereceği ve iş sözleşmesine ilişkin normatif kısım emredici etkisini kaybedeceği açıkça düzenlenmiştir. Artık objektif bir hukuk kuralı kalmamıştır. Ancak bununla birlikte, borç doğurucu kısım dışındaki emredici etkisini kaybeden bu tür hükümler, yeni toplu iş sözleşmesi yapıncaya kadar iş sözleşmesi hükmü olarak devam eder. SveTİSK.'nın 36. maddesinin ikinci fıkrasında, "sona eren toplu iş sözleşmesinin iş sözleşmesine ilişkin hükümleri yenisi yürürlüğe girinceye kadar iş sözleşmesi hükmü olarak devam eder" demektedir. Peki, toplu sözleşmesinin sona ermesi ile emredici etkisini kaybedecek olan toplu sözleşme hükümlerinin akıbeti ne olacaktır? Bu konuda bir yasal düzenleme bulunmadığı toplu sözleşme ile birlikte sona ereceğini kabul etmek gerekecektir.

Toplu iş sözleşmesi hükümlerinin iş sözleşmesi hükmü olarak devamı, yeni bir toplu iş sözleşmesi yapıncaya kadardır. Yeni bir

toplu iş sözleşmesinin yapılması halinde, dirlik ilkesi gereğince yeni toplu iş sözleşmesinin emredici etkisi başlar. İşçi sendikaları için getirilmiş bu düzenleme ve benzerinin kamu çalışanları sendikalarının muhatap olduğu toplu sözleşme hukukunda da yer alması ihtiyacı bulunmaktadır.

Dirlik ilkesi, bir toplu iş sözleşmesinin emredici etkisini kendi dönemi ile sınırlı bulunmasını ifade eder. Bu nedenle bir toplu iş sözleşmesi daha sonraki toplu iş sözleşmesine emredici etki gösteremez. Bu bakımdan bir toplu sözleşme döneminde elde edilen bir hak, kazanılmış hak olarak değerlendirilememektedir. Nitekim sonraki toplu iş sözleşmesinde bu hak ortadan kaldırılabileceği gibi daraltılabilecektir.

Toplu sözleşmede elde edilen bir hak da kazanılmış hak kavramı içerisinde değerlendirilemeyecektir. Kamu çalışanlarının toplu sözleşme hakkı bakımından sorun ele alındığında dirlik ilkesinin kamu sendikaları ve işverenince yeterince irdelenmediği anlaşılmaktadır. Kamu çalışanları için öngörülen toplu sözleşme de emredici etkiye sahiptir. Bu emredici etki toplu sözleşmenin süresi olan 2 yıl ile sınırlıdır. Dolayısıyla bir toplu sözleşme döneminde elde edilen bir hakkın daha sonraki toplu sözleşme dönemlerine emredici etki göstermesi mümkün değildir. Bir toplu sözleşme döneminde elde edilen bir hakkın daha sonraki dönemlerde de devam etmesi isteniyor ise;

- Toplu sözleşme ile elde edilen hakkın kanun, tüzük, yönetmelik gibi yazılı hukuka dönüştürülmesi,
- Ya da yazılı hukuka dönüştürülmemiş ise yeni dönem toplu iş sözleşmelerinde de bu hakkın tekrar edilmesi ihtiyacı doğacaktır.

Örneğin 657 sayılı DMK'ya göre 4-C'li çalışanlara fazla çalışma ücreti ödenmesi yönündeki toplu sözleşme hükmü emredici etkisini 1.1.2012-31.12.2013 döneminde göstermektedir. Yeni dönem toplu sözleşmesinde yani (1.1.2014-31.12.2015) 4-C çalışanlara fazla çalışma ücreti ödenmesi hükmü yer almadığında, bu dönemde 4-C çalışanlara fazla çalışma yaptıkları halde fazla çalışma ücreti ödene-

meyecektir. Ödenmesi veya bu yöndeki talepler hukuka aykırı olacaktır. Ancak toplu sözleşme dışında Bakanlar Kurulu kararı olarak 4-C çalışanlara fazla çalışma ücreti ödenmesi mümkün olabilecektir. Böyle bir durumda söz konusu değil ise idari işlem hukuki dayanaktan yoksun kalacaktır.

c- Kamu Hakem Kurulunun yapısı ve işleyişine ilişkin sorunlar

Özel hukuk ilişkileri kapsamında gerçekleştirilen toplu iş sözleşmesi, kamu çalışanlarına göre çok az sayıda bir kitleyi ilgilendirmektedir. Ancak bu durumda dahi bir toplu iş sözleşmesi uygulamada ortalama 5-6 ay içinde gerçekleşebilmektedir. Örneğin 500 işçinin çalıştığı bir işyerinde toplu iş sözleşmesi de bu süreyi bulmaktadır. 4688 sayılı Kanun'la 2,5 milyon kamu çalışanı ve 1,5 milyon emekli ile kıdem tazminatı tavanı gibi bu ilişkiyle hiç bir ilişkisi olmayan milyonlarca özel sektör işyerlerini ilgilendiren bir toplu sözleşme görüşmesinin Hakem Kurulu dahil bir aylık süreyle sınırlandırılması, toplu sözleşme düzenini "dostlar alışverişte görsüne!" çevirmektedir.

Kamu Hakem Kurulunun 5 günlük görüşme süresinde de bu derece kapsamlı bir toplu sözleşmeyi karara bağlaması hem mümkün hem de doğru değildir. Kamu Hakem Kurulu üyesi olarak, ilk toplu sözleşmede bulunmam nedeniyle, spekülasyonla değerlendirilmeden kaçınarak sistemin aksayan yönlerine maddeler halinde kısaca değinerek sonraki dönem görüşmeler ve yasal düzenlemeler için görüşlerimi paylaşmak arzusundayım. Buna göre;

1- Kamu Hakem Kuruluna, memur sendikaları toplam 541 madde talep ile gelmiştir. Beş günlük sürede bu kadar talebin görüşülmesi mümkün değildir. Ayrıca doğru da değildir. Süre ve kısıtlılıklar düşünülerek taleplere bir öncelik verilmelidir.

2- Kamu Hakem Kurulu, adı üstünde tarafsız ve bağımsız bir kuruldur. İşleyişi ve kararı mahkeme kararı gibidir. Kurul üyeleri de bir hakemdir; taraf değildir. Kurul, bir görüşme masası da değildir. Maalesef Kurul, başından itibaren hakem heyeti gibi çalışmamış,

görüşme masası gibi faaliyette bulunmuştur. Bu nedenle 541 adet talepten ciddi hiç birisi kabul edilmemiş, sadece parasal yük getirmeyen birkaç madde kabul edilmiştir. Bu maddeler de, “Kuruldan bir şey çıkmadı denilmesin” mantığına dayanmıştır. Böyle bir sonuç, Kurulun kuruluş yapısından kaynaklanmaktadır. Tamamen taraflardan bağımsız yeni bir Kurula ihtiyaç bulunmaktadır.

3- Kurul, sahip olduğu beş günün ilk üç gününü kamu çalışanları sendikalarının taleplerini dinlemek için harcamıştır. Böyle bir karar almaya Kurul yetkili iken, takvim ve davetler yapıldıktan sonra Kurulun onayına (itirazlarımız sonunda) sunulmuştur. Bu durum kamu çalışanları heyet başkanı konfederasyon hariç, diğer konfederasyonlarca uygun görüşmüştür. Böylece kısıtlı olan beş günün üç günü, hiçbir karar alınmadan geçirilmiştir.

4- Kurulda dinlenen kamu çalışanları sendikaları resmi talep dışında da sözlü olarak talepte bulunmuştur. Bu durumun hukuki bir sonuç meydana getirmeyeceği bilindiği halde zaman kaybına yol açmıştır.

5- Kanaatimce, Kurulun kamu heyeti başkanı konfederasyon dışında diğer konfederasyonları dinleme yetkisi yoktur. Ancak Kurul, diğer Konfederasyonları da dinlemiştir. Bu konfederasyonlar da görüşme masasına iletilmeyen ve hakem kuruluna yapılan başvuruda yer almayan hususlara değinmiştir.

6- Kurulun tarafların görüşme aşamasında anlaşmaya vardığı konularda tekrar karar alma yetkisinin olup olmadığı tartışma konusu olmuştur. Kanaatimce Kurulun sadece talep konusu ile sınırlı karar alma yetkisi bulunmaktadır. Tarafların Kurula taşımadığı ve anlaşıldığı hususlarda Kurulun karar alma yetkisi bulunmamaktadır. Hatta tarafların anlaşıldığı metinde imla düzenlemesi yapma yetkisi dahi bulunmamaktadır. Kurulun sahip olduğu beş günlük görüşme süresinin dördüncü günü sadece bu konuyu tartışmakla geçmiştir.

Sonuç

Kamu çalışanlarının toplu sözleşme hakkına ilişkin yaşadığımız gecikme, işçi ve iş-

veren sendikalarından edindiğimiz tecrübeye rağmen pek bir mesafe alınmadığını göstermektedir. Temel insan haklarından olan örgütlenme, toplu sözleşme ve grev hakları gibi sosyal haklara ilişkin anayasal ve yasal düzenlemeler, hakkın kullanılmasının önünde yeni sorunlara yol açacak gelişmeler içindedir. Beklentinin gerisinde, çoğu zaman da “keşke yapılmıyaydı” dedirtecek seviyede olmaktadır. Bürokrasinin, sosyal tarafları dışlayan ve küçümseyen bakışı ve konuya olumsuz, ön yargılı yaklaşımı yasal düzenlemeleri hak karşıtı bir konuma getirmektedir. Sosyal tarafların, özellikle memur sendikalarının bilgi ve tecrübe yetersizliği ile işçi ve işveren sendikalarının tecrübelerinden yararlanmak istememeleri, bürokrasinin küçümseyici bakışını haklı kılmaktadır. Bütün değerlendirmelerden ayrı olarak, ülkemizin kamu çalışanlarını toplu sözleşme hakkının ciddi bir şekilde düzenlenmesi ihtiyacı halen devam etmekte olduğunu söylemekle yetinmekteyim.

DİPNOT

- 1 <http://www.yargitay.gov.tr/aihml/upload/34503-97.pdf> (06.12.2012 tarihi itibarıyla).

Doç. Dr. H. İbrahim SARIOĞLU

İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi

Toplu İş Sözleşmesinden Doğan Alacaklarda Temerrüt Faizi

T.C. YARGITAY

9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2009/43777

Karar No : 2011/49236

Tarihi : 22.12.2011

ÖZET

Davacının talep ettiği alacakların bir kısmı toplu iş sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle anılan alacaklara TİS ile getirilen düzenlemeler uyarınca en yüksek işletme kredisi faizi uygulanması gerektiğinin düşünülmemesi de hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

DAVA

Davacı, izin, fazla çalışma ücreti, hafta tatili ve genel tatil ücreti alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm al-

tına almıştır.

Hüküm süresi içinde taraflar avukatlarıncaya teyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi M. B. T. tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı, davalı belediyede 1995 yılından itibaren çalışmaya başladığını 20.03.2005 tarihinde emekli olduğunu, davacının 1995 yılından beri görev yaptığı içme suyu şebekesinin su gözü istasyonunda bayram tatili, hafta tatili ve gece gözetmeksizin 24 saat nöbet tuttuğunu, fazla mesai yapmasına rağmen bu alacakların ödenmediğini, istasyonda 4 kişinin güvenlik ve talimat gereği ikiserli olarak 24 saat esasına göre iki vardiya nöbet tuttuğunu, ileri sürerek, fazla çalışma,

genel tatil, hafta tatili, yıllık izin ücreti alacaklarının davalıdan tahsilini istemiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı, davacının yıllık izinlerini kullandığını, genel tatil, fazla çalışma, hafta tatili ücreti alacağı olmadığını savunarak, davanın reddini istemiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, alacakların kısmen kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı taraflar temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

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

2- Taraflar arasındaki uyuşmazlık, davacının fazla çalışma, genel tatil, hafta tatili çalışması yapıp yapmadığı ve hükmedilen alacaklara hangi tür faizin uygulanacağı noktalarında toplanmaktadır.

Fazla çalışma yaptığını iddia eden işçi bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Ücret bordrolarına ilişkin kurallar burada da geçerlidir. İşçinin imzasını taşıyan bordro sahteliği ispat edilinceye kadar kesin delil niteliğindedir. Bir başka anlatımla bordronun sahteliği ileri sürülüp kanıtlanmadıkça, imzalı bordroda görünen fazla çalışma alacağının ödendiği varsayılır.

Fazla çalışmanın ispatı konusunda işyeri kayıtları, özellikle işyerine giriş çıkışı gösteren belgeler, işyeri iç yazışmaları delil niteliğindedir. Ancak, fazla çalışmanın yazılı belgelerle kanıtlanamaması durumunda tarafların, tanık beyanları ile sonuca gidilmesi gerekir. Bunun dışında herkesçe bilinen genel bazı vakıalar da bu noktada göz önüne alınabilir. İşçinin fiilen yaptığı işin niteliği ve

yoğunluğuna göre de fazla çalışma olup olmadığı araştırılmalıdır.

İmzalı ücret bordrolarında fazla çalışma ücreti ödendiği anlaşılıyorsa, işçi tarafından gerçekte daha fazla çalışma yaptığının ileri sürülmesi mümkün değildir. Ancak, işçinin fazla çalışma alacağının daha fazla olduğu yönündeki ihtirazi kaydının bulunması halinde, bordroda görünenden daha fazla çalışmanın ispatı her türlü delille yapılabilir. Bordroların imzalı ve ihtirazi kayıtsız olması durumunda, işçinin bordroda belirtilenden daha fazla çalışmayı yazılı belge ile kanıtlanması gerekir. İşçiye bordro imzalatılmadığı halde, fazla çalışma ücreti tahakkuklarını da içeren her ay değişik miktarlarda ücret ödemelerinin banka kanalıyla yapılması durumunda, ihtirazi kayıt ileri sürülmemiş olması, ödenenin üzerinde fazla çalışma yapıldığının yazılı delille ispatlanması gerektiği sonucunu doğurmaktadır.

İşyerinde üst düzey yönetici konumunda çalışan işçi, görev ve sorumluluklarının gerektirdiği ücretinin ödenmesi durumunda, ayrıca fazla çalışma ücretine hak kazanamaz. Bununla birlikte üst düzey yönetici konumunda olan işçiye aynı yerde görev ve talimat veren bir başka yönetici ya da şirket ortağı bulunması halinde, işçinin çalışma gün ve saatlerini kendisinin belirlediğinden söz edilemeyeceğinden, yasal sınırlamaları aşan çalışmalar için fazla çalışma ücreti talep hakkı doğar. O halde üst düzey yönetici bakımından şirketin yöneticisi veya yönetim kurulu üyesi tarafından fazla çalışma yapması yönünde bir talimatın verilip verilmediğinin de araştırılması gerekir. İşyerinde yüksek ücret alarak görev yapan üst düzey yöneticiye işveren tarafından fazla çalışma yapması yönünde açık bir talimat verilmemişse, görevinin gereği gibi yerine getirilmesi noktasında kendisinin belirlediği çalışma saatleri sebebiyle fazla çalışma ücreti talep edemeyeceği kabul edilmelidir.

Satış temsilcilerinin fazla çalışma yapıp yapmadıkları hususu, günlük faaliyet planla-

rı ile iş çizelgeleri de dikkate alınarak belirlenmelidir. Genelde belli hedeflerin gerçekleşmesine bağlı olarak prim karşılığı çalışan bu işçiler yönünden prim ödemelerinin fazla çalışmayı karşılayıp karşılamadığı araştırılmalıdır. İşçiye ödenen satış priminin fazla çalışmaların karşılığında ödenmesi gereken ücretleri tam olarak karşılamaması halinde aradaki farkın işçiye ödenmesi gerekir.

İş sözleşmelerinde fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dahil olduğu yönünde kurallara sınırlı olarak değer verilmelidir. Dairemiz, yıllık ikiyüzyetmiş saatle sınırlı olarak söz konusu hükümlerin geçerli olduğunu kabul etmektedir.

Günlük çalışma süresinin onbir saati aşmayacağı Kanunda emredici şekilde düzenlendiğine göre, bu süreyi aşan çalışmaların denkleştirmeye tabi tutulamayacağı, zamlı ücret ödemesi veya serbest zaman kullanımının söz konusu olacağı kabul edilmelidir.

Yine işçilerin gece çalışmaları günde yedibuçuk saati geçemez (İş Kanunu, Md. 69/3). Bu durum günlük çalışmanın, dolayısıyla fazla çalışmanın sınırını oluşturur. Gece çalışmaları yönünden, haftalık kırkbeş saat olan yasal çalışma sınırı aşılmamış olsa da günde yedibuçuk saati aşan çalışmalar için fazla çalışma ücreti ödenmelidir. Dairemizin kararları da bu yöndedir (Yargıtay 9.HD. 23.6.2009 gün 2007/40862 E, 2009/17766 K).

Sağlık Kuralları Bakımından Günde Ancak Yedibuçuk Saat veya Daha Az Çalışılması Gereken İşler Hakkında Yönetmeliğin 4 üncü maddesine göre, günde yedibuçuk saat çalışılması gereken işlerde çalışan işçinin, yedibuçuk saati aşan çalışma süreleri ile yedibuçuk saatten az çalışması gereken işler bakımından Yönetmeliğin 5 inci maddesinde sözü edilen günlük çalışma sürelerini aşan çalışmalar, doğrudan fazla çalışma niteliğindedir. Sözü edilen çalışmalarda haftalık kırkbeş saat olan yasal sürenin aşılmamış olmasının önemi yoktur.

Fazla çalışma yönünden diğer bir yasal sınırlama da, İş Kanununun 41 inci maddesin-

deki, fazla çalışma süresinin toplamının bir yılda ikiyüzyetmiş saatten fazla olamayacağı şeklindeki hükümdür. Ancak bu sınırlamaya rağmen işçinin daha fazla çalıştırılması halinde, bu çalışmalarının karşılığı olan fazla mesai ücretinin de ödenmesi gerektiği açıktır. Yasadaki sınırlama esasen işçiyi korumaya yöneliktir (Yargıtay 9.HD. 18.11.2008 gün 2007/32717 E, 2008/31210 K.).

Fazla çalışmanın belirlenmesinde, 4857 sayılı Yasa'nın 68 inci maddesi uyarınca ara dinlenme sürelerinin de dikkate alınması gerekir.

Fazla çalışmaların uzun bir süre için hesaplanması ve miktarın yüksek çıkması halinde Yargıtay'ca son yıllarda hakkaniyet indirimi yapılması gerektiği istikrarlı uygulama halini almıştır (Yargıtay 9.HD. 11.2.2010 gün 2008/17722 E, 2010/3192 K; Yargıtay, 9.HD. 18.7.2008 gün 2007/25857 E, 2008/20636 K.). Ancak fazla çalışmanın tanık anlatımları yerine yazılı belgelere ve işveren kayıtlarına dayanması durumunda böyle bir indirimle gidilmemektedir.

Dairemizin önceki kararlarında; fazla çalışma ücretlerinden yapılan indirim, kabul edilen fazla çalışma süresinden indirim olmakla, davalı tarafın kendisini avukatla temsil ettirmesi durumunda reddedilen kısım için davalı yararına avukatlık ücretine hükmedilmesi gerektiği kabul edilmekteydi (Yargıtay 9.HD. 11.02.2010 gün 2008/17722 E, 2010/3192 K.). Ancak, işçinin davasını açtığı veya ıslah yoluyla dava konusunu arttırdığı aşamada, mahkemece ne miktarda indirim yapılacağı işçi tarafından bilenemeyeceğinden, Dairemizce 2011 yılı itibarıyla maktu ve nispi vekâlet ücretlerinin yüksek oluşu da dikkate alınarak konunun yeniden ve etraflıca değerlendirilmesine gidilmiş, bu tür indirimden kaynaklanan ret sebebiyle davalı yararına avukatlık ücretine karar verilmesinin adaletsizliğe yol açtığı sonucuna varılmıştır. Özellikle seri davalarda indirim sebebiyle kısmen reddine karar verilen az bir miktar için dahi her bir dosyada zaman zaman işçinin alacak

miktarını da aşan maktu avukatlık ücretleri ödetilmesi durumu ortaya çıkmaktadır. Yine daha önceki kararlarımızda, yukarıda değinildiği üzere fazla çalışma alacağından yapılan indirim sebebiyle ret vekâlet ücretine hükmedilmekle birlikte, Borçlar Kanununun 161/son, 325/son, 43 ve 44 üncü maddelerine göre, yine 5953 sayılı Yasa'da öngörülen yüzde beş fazla ödemelerden yapılan indirim sebebiyle reddine karar verilen miktar için avukatlık ücretine hükmedilmemekteydi. Bu durum uygulamada hakkaniyete aykırı sonuçlara neden olduğundan ve konuyla ilgili olarak Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinde de herhangi bir kurala yer verilmediğinden, Dairemizce eski görüşümüzden dönülmüş ve fazla çalışma alacağından yapılan indirim nedeniyle reddine karar verilen miktar bakımından, kendisini vekille temsil ettiren davalı yararına avukatlık ücretine hükmedilemeyeceği kabul edilmiştir.

Somut olayda;

Davacının davalı işyerinde çalışma sisteminin 24 saat çalışıp 24 saat dinlenme esasına dayandığı anlaşılmaktadır. 24 saatlik nöbet sistemi uygulanan yerlerde fiili çalışmanın 14 saat kabul edilmesi gerektiği Dairemizin yerleşik uygulamasıdır. (HGK 05.04.2006 tarih ve 2006/9-107 E, 2006/ 144 K s ilamı) Bu nedenle davacının fazla çalışma süresi bu kabule göre ve 1475 sayılı ve 4857 sayılı İş Kanunlarının yürürlükte olduğu dönemler ayrı ayrı hesaplanarak karar verilmesi gerektiği düşünülmeden hüküm kurulması doğru değildir.

3- 4857 sayılı İş Kanunu'nun 46 ncı maddesinde, işçinin tatil gününden önce aynı Yasanın 63 üncü maddesine göre belirlenmiş olan iş günlerinde çalışmış olması koşuluyla, yedi günlük zaman dilimi içinde yirmidört saat dinlenme hakkının bulunduğu belirtilmiş, işçinin hafta tatili gününde çalışma karşılığı olmaksızın bir günlük ücrete hak kazanacağı da 46 ncı maddenin ikinci fıkrasında hüküm altına alınmıştır.

Hafta tatili izni kesintisiz en az yirmidört

saattir. Bunun altında bir süre haftalık izin verilmesi durumunda, usulüne uygun şekilde hafta tatili izni kullandığından söz edilemez. Hafta tatili bölünerek kullandırılmaz. Buna göre hafta tatilinin yirmidört saatten az olarak kullandırılması halinde hafta tatili hiç kullandırılmamış sayılır.

2429 sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tattiller Hakkında Kanunun 3 üncü maddesine göre, hafta tatili Pazar günüdür. Bu genel kural mutlak nitelikte olmayıp, hafta tatili izninin Pazar günü dışında da kullandırılması mümkündür.

Hafta tatili gününde çalıştığını iddia eden işçi, norm kuramı uyarınca bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Ücret bordrolarına ilişkin kurallar burada da geçerlidir. İşçinin imzasını taşıyan bordro sahteliği ispat edilinceye kadar kesin delil niteliğindedir. Bir başka anlamıyla bordronun sahteliği ileri sürülüp kanıtlanmadıkça, imzalı bordroda yer alan hafta tatili ücreti ödemesinin yapıldığı varsayılır. Bordroda ilgili bölümünün boş olması ya da bordronun imza taşınamaması halinde, işçi hafta tatilinde çalışma yaptığını her türlü delille ispat edebilir.

Hafta tatlilerinde çalışıldığının ispatı konusunda işyeri kayıtları, özellikle işyerine giriş çıkışı gösteren belgeler, işyeri iç yazışmaları, yazılı delil niteliğindedir. Ancak, sözü edilen çalışmanın bu tür yazılı belgelerle kanıtlanamaması durumunda tarafların dinletmiş oldukları tanık beyanları ile sonuca gidilmesi gerekir. Bunun dışında herkesçe bilinen genel bazı vakıalar da bu noktada göz önüne alınabilir. Hafta tatili çalışmalarının yazılı delil ya da tanıkla ispatı imkân dahilindedir. İşyerinde çalışma düzenini bilmeyen ve bilmesi mümkün olmayan tanıkların anlatımlarına değer verilemez.

İmzalı ücret bordrolarında hafta tatili ücreti ödendiği anlaşılıyorsa, işçi tarafından daha fazla çalışıldığının ileri sürülmesi mümkün değildir. Ancak, işçinin hafta tatili alacağına bordroda görünenden daha fazla olduğu yönünde bir ihtirazi kaydının bulunması

halinde, hafta tatili çalışmalarının ispatı her türlü delille yapılabilir. Buna karşın, bordroların imzalı ve ihtirazi kayıtsız olması durumunda dahi, işçinin bordroda yazılı olanın dışında hafta tatillerinde çalışmaların yazılı delille kanıtlanması mümkündür. Hafta tatili ücretlerinin tahakkuklarını da içeren her ay değişik miktarlarda ücret ödemelerinin banka kanalıyla yapılması durumunda, ihtirazi kayıt yoksa ödenen tutarın dışında hafta tatili çalışması yapıldığının yazılı delille ispatlanması gerekir.

Hafta tatili çalışmalarının uzun bir süre için hesaplanması ve miktarın yüksek çıkması halinde Dairemizce son yıllarda indirim yapılması gerektiği istikrarlı uygulama halini almıştır. Ancak, hafta tatili çalışmasının takdiri delil niteliğindeki tanık anlatımları yerine, yazılı belgelere ve işveren kayıtlarına dayanması durumunda, böyle bir indirime gidilmemesi gerekir.

Somut olayda;

Davacının 24 saat çalışıp 24 saat dinlenme esasına göre çalışması nedeniyle haftada bir kez yirmidört saat kesintisiz izin kullandığı anlaşıldığından hafta tatili ücreti alacağını reddi gerekirken kabulü isabetsizdir.

4- Davacının davalı işyerinde iki vardiya çalıştığı kabul edilmiştir. Dolayısıyla davacının bu tür çalışma nedeniyle genel tatillerde gün aşırı çalıştığı açık olduğu halde tüm genel tatillerde çalıştığı kabulü de hatalıdır.

5- 4857 sayılı İş Kanunu'nun çeşitli hükümlerinde faiz konusunda düzenlemelere yer verilmiştir. Anılan Yasanın 34 üncü maddesinde, gününde ödemeyen ücretler için mevduata uygulanan en yüksek faizin uygulanacağı hükmü bulunmaktadır. Maddede sözü edilen ücret geniş anlamda ücret olup, çalışma karşılığı ücretler, ikramiye, pirim, jestiyon ve benzeri ödemelerin yanı sıra, çalışma, hafta tatili ile bayram ve genel tatil ücretleri de bu kapsama dahildir. İşe iade davası ile tespit edilen en çok dört aya kadar boşa geçen süreye ait ücret ve diğer haklar için de aynı faiz oranı uy-

gulanmalıdır.

Ücretin toplu iş sözleşmesinden kaynaklanması halinde 2822 sayılı Yasa'nın 61 inci maddesi uyarınca, uygulanması gereken faiz en yüksek işletme kredisi faizi olacaktır.

Ücret alacağına 1475 sayılı Yasa döneminde doğmuş olması durumunda, 10.6.2003 tarihine kadar yasal faiz, bu tarih sonrası ücretler bakımından ise bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faize karar verilmelidir. İşçinin faiz konusundaki talebini "yasal faiz" olarak adlandırmış olması 4857 sayılı Yasa'nın 34 üncü maddesinin uygulanmasına engel olmayıp, işçinin bu talebinin bahsi geçen özel faize yönelik olduğunun değerlendirilmesi gerekir.

Ücret alacağı bakımından faize hak kazanmak için kural olarak işveren temerrüde düşürülmelidir. Ancak, bireysel ya da toplu iş sözleşmesinde açıkça bir ödeme günü kararlaştırılmış ise, belirlenen ödeme tarihi sonrasında faiz işlemeye başlar.

Ücret alacağı için özel banka-kamu bankası ayrımı yapılmaksızın mevduata uygulanan en yüksek faiz oranının belirlenmesi gerekir. Yasada, "uygulanan en yüksek faiz" sözcüklerine yer verildiğinden, söz konusu faiz oranının uygulanıp uygulanmadığı mahkemece kendiliğinden denetlenmelidir. Bankaların belli dönemlerde T.C. Merkez Bankasına uygulayabileceklerini bildirdikleri faiz oranı fiilen uygulanmış olmadıkça ücret yönünden dikkate alınmamalıdır.

Bankaların uyguladıkları faiz oranları bir ya da birkaç aylık veya bir yıllık vadelerle belirlenmektedir. Bunlardan en uzun vade bir yıl olup, en yüksek faiz oranı da bir yıllık mevduata uygulanmaktadır. Bu durumda ücret alacağı için uygulanması gereken faiz, ödeme gününün kararlaştırıldığı ya da temerrüdün gerçekleştiği zamanda bankalarca bir yıllık mevduata uygulanan en yüksek faiz oranıdır. Aynı alacak için ikinci yılın başlangıcındaki en yüksek banka

mevduat faizinin belirlenerek uygulanması, gecikme daha da uzunsa takip eden yıllar için de aynı yönteme başvurulması gerekir. Yıl içinde artan ve eksilen faiz oranları dik-kate alınmaz. Yıllar itibarıyla faiz oranları değişebileceğinden kararda faiz oranının gösterilmemesi gerekir.

Somut olayda;

Davacının talep ettiği alacakların bir kısmını toplu iş sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle anılan alacaklara TİS ile

getirilen düzenlemeler uyarınca en yüksek işletme kredisi faizi uygulanması gerektiğinin düşünülmemesi de hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebeplerden dolayı BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 22.12.2011 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

İncelemeye konu kararında Yüksek Mahkeme, görüşünü uzun uzun açıkladığı olaya ilişkin birçok konuda içtihatlarını sıralamaktadır. Her biri ayrı ayrı karar incelemesine konu olabilecek bu görüşlerinden sadece "Toplu iş sözleşmesi ile getirilen düzenlemeler uyarınca en yüksek işletme kredisi faizi uygulaması gerektiğinin düşünülmemesini" bozma sebebi sayan ve karar özetinde yer alan görüşünü inceleyeceğiz.

Olayda davacı, izin, fazla çalışma ücreti hafta tatili ve genel tatil ücreti alacaklarının kısmen hüküm altına alınmasına ilişkin mahkeme kararını temyiz etmektedir.

1. Toplu İş Sözleşmesinden Doğan Alacak

Bu alacakların kaynağının tespit edilmesinde bir sorun yaşanıp yaşanmadığı Karar'dan anlaşılacakla birlikte hangi ücret alacaklarının Kanun'dan, hangilerinin toplu iş sözleşmesinden doğan alacaklar olduğuna kısaca değinmekte yarar vardır. Kanaatimizce, bazı ücret alacaklarının Kanun'dan doğması, iş sözleşmesinde -hatta toplu iş sözleşmesinde- hiç düzenlenmemesi, bu alacakların 2822 s.lı K. m.61 anlamında ücret alacağı sayılmasına engel değildir. Bireysel iş yasalarıyla getirilen işçilik hakları, hem bireysel hem toplu iş sözleşmelerinin ayrılmaz bir parçasıdır. Özellikle emredici nitelikte olup sözleşmeyle aksi kararlaştırılmayacak türden düzenlemelerden doğan alacaklar sözleşmeden doğan alacaklar

olarak değerlendirilmelidir. Aynı şekilde, toplu iş sözleşmesinde yer almadığı takdirde geçerli bir toplu sözleşmeden söz edilemeyecek türden (normatif) hükümlerden doğan haklar, sözleşmeden doğan haklar olarak kabul edilmelidir; taraflar, Kanun'da yer alan hakları sözleşmede tekrarlayabilecekleri gibi, bunun yerine, bir düzenleme yapmamayı ve kanun maddesine atıfta bulunmayı da tercih edebilirler. Bu tür hükümler, aksi sözleşme ile düzenlenmiş olsa bile kanun hükümlerinin sözleşme hükmünün yerini alacağı hükümlerdir. Nitekim hafta tatili, kanundan doğan bir hak olmasına karşılık, hafta tatili ücretinin ödenmemesi halinde sözleşmeden doğan bir alacak davası açılmaktadır. Aynı alacak, toplu iş sözleşmesi kapsamında bir çalışanın açacağı ücrete ilişkin bir davada, genel anlamda ücret olarak değerlendirilmelidir. Bu çerçevede sadece "iş karşılığı" yapılan ödemelerin (asil ücret) değil, diğer ücret ödemelerinin de m.61 kapsamında olduğunun kabulü gerekir¹.

Kanunkoyucu, kurumsallaşmış ilişkilerde borca aykırılığın yaptırımını ağırlaştırmak eğilimindedir. Nitekim sendikal aidatların ödenmemesinde temerrüt halinde faiz, -tıpkı ücretten kaynaklanan temerrüt faizinde olduğu üzere- en yüksek işletme faizi oranında hesaplanmaktadır (2821 sayılı Sendikalar Kanunu, m.61; 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, m.18/3). Başka bir ifadeyle toplu iş ilişkilerinde sözleşmeye aykırılık, toplu iş sözleşmesinin ister normatif hükümlerine, isterse borç doğuran hükümlerine aykırılık

biçiminde ortaya çıksın, daha ağır bir yaptırımla karşılaşmaktadır. Özetle, sözleşmede yer alsın veya almasın, hafta tatili ücreti, genel tatil ücreti, yıllık ücretli izin gibi Kanun'da düzenlenmiş alacakların talep edilmesi halinde toplu iş sözleşmesi kapsamındaki işçiler “kredi faizinden” yararlanacaklardır. Kategorik biçimde, iş karşılığı olarak yapılan ödemeler yanında, anayasal dinlenme hakkının korunması için ücretli olduğu tartışmasız olan izinler karşılığı yapılacak ödemeler de toplu sözleşme kapsamında ücret alacağı olarak kabul edilecektir.

Toplu iş sözleşmesinden doğan bir alacaktan söz edebilmek için yürürlükte bulunan bir sözleşme olmalıdır. Toplu iş sözleşmesi henüz yürürlüğe girmeden, ileride doğacak alacaklara mahsuben, sözleşme müzakereleri döneminde yapılan avans niteliğindeki ödemelerle ilgili uyuşmazlıklarda, hangi alacağa karşılık ödeme yapıldığına (alacağın kaynağına) bakılmalı ve bu alacağın muaccel olduğu tarihe göre ve -varsa- protokole bağlanan ödeme miktarına göre faiz hesaplanmalıdır. Bu dönemde henüz bir toplu iş sözleşmesi bulunmadığı ve alacağın miktarı muayyen olmadığı için toplu iş sözleşmesine dayanan bir alacaktan dolayı temerrütten de (en azından imza tarihine kadar) bahsedilemez.

Yürürlüğü geriye yürütülen toplu iş sözleşmelerinde alacak, ancak toplu iş sözleşmesinin imza tarihinden sonraki bir tarihte muaccel olabileceği için, geçmişe etkili bir faiz talebinde bulunulamaz. Bu ihtimalde alacağın miktarı ve vadesi toplu iş sözleşmesinin imzası ile belli olmuştur.

“Art etki” halinde toplu iş sözleşmesi hükümleri bireysel iş sözleşmesi hükümleri olarak uygulanacağından, toplu iş sözleşmesinden doğan temerrüt faizi uygulanamaz; sadece ücretin zamanında ödenmemesine ilişkin faiz istenebilir².

Sendikal Aidatta Faiz

(Mülga) 2821 sayılı SK. m.61/2, sendika tüzüğüne göre belirlenmiş aidatları zamanında kesmeyen veya kestiği halde sendikaya bir ay içinde göndermeyen işverenin de toplu

iş sözleşmesinden doğan ücret alacaklarında uygulanan faizle aynı oranda faiz ödemesini öngörmektedir. Burada ücretin korunması amacı dışında bir sebeple, sendikanın mali güvenliği ve işverene karşı bağımsızlığını korumak amacıyla hareket edildiğini söyleyebiliriz. Kanun, toplu iş sözleşmesinin normatif ve borç doğuran hükümlerinden kaynaklanan alacaklar arasında fark gözetmemektedir.

2. Faizin Hesaplanması

Gecikme faizi, para borçlarında sözleşmeye aykırılığın yaptırımlarından biridir ve birçok yasada farklı düzenlenmiştir. Özellikle uygulanacak faiz oranı ve faiz yürütmeye başlama tarihi Yüksek Mahkeme'yi ve doktrini çok meşgul etmiştir. Bireysel işçi alacaklarıyla ilgili 4857 sayılı İşK.'nın 34/II maddesi, gününde ödenmeyen ücret alacakları için mevduata uygulanan en yüksek mevduat faizinin uygulanmasını emrederken, işçinin geç ödeme nedeniyle uğrayacağı menfi zararını karşılamayı hedeflemektedir. (Mülga) 2821 sayılı Sendikalar Kanunu ve 6356 sayılı Kanun gecikme faizini, yasal faizden yüksek belirlerken, bireysel iş ilişkilerinden doğan ücret alacaklarından işverenlerin bunu işletmeleri için ucuz kredi (mevduat faizi oranında) olarak görmelerini ve böylece/bu nedenle çalışma barışının bozulmasını önleme çabasıdadır. Aynı anlayışın, sendikal aidatların ödenmesinin geciktirilmesinde de hâkim olduğunu söyleyebiliriz.

Gerek kanun koyucu, gerekse Yüksek Mahkeme, temerrüde düşülen bu ödemelerde, sözleşmeden doğan menfaatin artık alacaklının mal varlığına ait olduğunu tespit ederek işçinin bireysel tasarrufta bulunma ve mevduat faizi alma imkânına sahip olması nedeniyle en yüksek mevduat faizi ödenmesi görüşünü benimsemiştir. Yargıtay 9CD toplu iş sözleşmesinden doğan aidat alacağını kestiği halde sendikaya ödeyemeyip kredi gibi kullanan işverenin emniyeti suiistimal suçu işlediğine hükmetmiştir.

Uygulanacak faiz oranları konusunda yasalardan net tutumuna karşılık, hangi banka/

bankaların ve hangi tarihte uyguladığı faizlerin dikkate alınacağı meselesi zaman zaman duraksamalara ve görüş ayrılıklarına neden olmuştur. Görüş ayrılıklarının temelinde ise hangi alacağın hangi tarihte muaccel olacağına ilişkin içtihat ayrılıkları yatmaktadır.

a. Temerrüt Tarihi

Ücretin hangi tarihte muaccel olacağına ilişkin İş Kanunu'nda açık bir düzenleme bulunmaması nedeniyle farklı görüşler³ ileri sürülmekle birlikte, her bir alacağın farklı tarihte muaccel olabileceğinde kuşku yoktur. İş K. m.34 kapsamında geniş anlamda ücret için bireysel ve toplu iş sözleşmesi ile bir ödeme günü ve periyodu belirlenmesi halinde, gecikme faizinin bu tarihte işlemeye başladığının kabulü gerekir. Yargıtay uzun yıllardır dava tarihinden önce borçlunun temerrüde düşürülmemesi halinde ancak dava tarihinden itibaren temerrüt faizi istenebileceği görüşünü korumaktadır⁴.

Kısmi dava açılması halinde sadece bu davaya konu alacak bakımından (bu miktarla sınırlı olarak) temerrüdün gerçekleştiği görüşü teknik olarak doğru olmakla birlikte, kısmi dava ile bir maddi vakianın tespit edildiği hallerde, ayrıca temerrüde düşürme gereği olmaksızın faiz talebinde bulunulabilir; borçlu olduğu mahkeme kararıyla kesinleşen dürüst bir insanın tüm borcunu ödeyeceği varsayımından hareket edebiliriz.

İncelememize konu kararında Yargıtay, ücret alacaklarında temerrüt tarihiyle ilgili eski görüşünü tekrarlamaktadır. Bununla birlikte, sözleşmelerle açıkça bir ödeme günü belirlenmesi halinde temerrüt faizinin bu tarihten itibaren işletilmesi gereğini vurgulamaktadır. Yüksek Mahkeme, faiz alacağı için ücret bakımından temerrüdün gerekli ve yeterli olduğu görüşündedir⁵.

Doktrinde ileri sürülen temerrüt başlangıç tarihi ile ödemede temerrüdün işçiye verdiği (seçimlik) ifadan kaçınma yetkisi (4857 sayılı İş Kanunu, m.34) arasında bağ kuran görüşü⁶ benimsemek mümkün gözükmemektedir. Zira iş görmekten kaçınma yetkisinin kullanılması temerrüt başlangıcı olarak yasa-

larda düzenlenmediği gibi, genel hükümler çerçevesinde bir hukuki müeyyideden bahsedebilmek için borçlunun (işverenin) daha önce temerrüde düştüğünün kabulü gerekir. İşveren, ücreti zamanında ödemediği için zaten temerrüde düşmüştür ve bundan dolayı Yasa'nın verdiği bir başka yetkiyi kullanmaktadır. Üstelik mücbir sebep gibi bir istisnai bir durum için öngörülen "işverenin ifayı 20 gün geciktirme yetkisi"nden hareketle genel bir kural üretilemez. Olsa olsa, mücbir sebeple ödemenin geciktiği hallerde temerrüt faizinin mücbir nedenin devamı süresince istenemeyeceği ileri sürülebilir.

Genel kural İş Kanunu'nda ve Borçlar Kanunu'nda vardır ve istikrarlı kararlarında Yargıtay tarafından göz ardı edilmektedir. Bireysel ya da toplu iş sözleşmesi ile belirlenen ödeme tarihinde ücret ödenmezse işveren temerrüde düşer. Bu tarih itibarıyla temerrüdün sonuçları doğar, bu bağlamda faiz işlemeye başlar, bunun için de ayrıca ihtara ve ihbara gerek yoktur; işçinin bu yöndeki işlemleri kurucu nitelikte değildir, noter aracılığıyla gönderilen ihtarların temerrüt başlangıcı bakımından önemi yoktur.

6356 sayılı Kanun, kanunkoyucunun bu yöndeki iradesini açıkça ortaya koymakta ve 18. maddede "bildirim şartı aranmaksızın" temerrüt faizi ödenmesi hükmü yer almaktadır. Bu hükme sadece sendikal aidat alacaklarıyla sınırlı olarak Yasa'da yer verildiği ileri sürülebilirse de, bu çok yüzeysel bir yorum olur. Kanunların asıl amacı işçiyi korumaktır; sendikalara getirilen koruma da bu amaca yöneliktir. Binaenaleyh, sendikaların korunması ve kollektif sendika özgürlüğünü korumayı amaçlayan yüksek oranlı bir faizle ilgili düzenlemenin evleviyetle işçi alacakları için uygulanması gerekir. Kanaatimizce; toplu iş sözleşmelerinin "işçiye yararlılık" ilkesinin sonucu olarak borç doğurucu hükümler için kabul edilen ve temsilcinin haklarını güvenceye kavuşturan bir hükmün, normatif bölümde düzenlenen ve toplu iş sözleşmesinin varlık nedeni olan bireysel iş sözleşmesinin "içeriğine" ilişkin hükümlere (ücret alacaklarına) evleviyetle uygulanması gerekir.

Bu itibarla, ücret alacağında işverenin temerrüdü nedeniyle faiz isteyebilmek için işverenin temerrüde “düşürülmesi” gerektiğine dair Daire görüşünü paylaşmamız mümkün değildir.

Kanunun sistematığı ile ilgili bir hatadan yararlanarak işçi aleyhine sonuca varmak, iş hukukunun temel tercihlerini gözardı etmek anlamına gelecektir. Yeni düzenlemenin özellikle aidat borçları ile ilgili uyuşmazlıkları büyük ölçüde sona erdireceğini söyleyebiliriz. Ancak aynı Kanun’un işçi alacaklarında faizin başlangıç tarihi konusunda bir düzenleme getirmemesi bir süre daha duraksamalara neden olacak gibi görünmektedir.

Aynı şekilde, “bireysel iş ya da toplu iş sözleşmesinde açıkça bir ödeme günü kararlaştırılmış” olmasına da ihtiyaç olmadığını, BK. m. 91-92’nin ödeme gününün belirlenmesinde “yedek hukuk kuralı” olarak devreye gireceğini belirtelim. Kararda yer alan “...işveren temerrüde düşürülmelidir. Ancak bireysel ya da toplu iş sözleşmesinde açıkça bir ödeme günü kararlaştırılmışsa...” görüşünün Borçlar Kanunu’nun “yorumlayıcı” 91 ve 92. maddeleri karşısında geçerli olamayacağını düşünüyoruz. Ücret ödemesi için en çok bir aylık ödeme periyodu öngörülebileceğinden ücret ödeme borcu işçinin işi ifa borcunu yerine getirdiği sürenin (en geç bir ayın) sonunda muaccel olur. Taraflar bir ifa tarihi kararlaştırmamışlar olsalar bile, Borçlar Kanunu’nun tamamlayıcı ve yorumlayıcı hükümleri kendiliğinden uygulanacak ve hâkim tarafından re’sen dikkate alınacaktır.

Ücretin miktarı konusunda taraflar arasında uyuşmazlık çıkması halinde, örneğin ihtirazi kayıtla ödemenin kabul edilmesi durumunda dahi mutad ödeme tarihi itibarıyla temerrüde düşüldüğü söylenebilir. İhtirazi kayıt konmadan ödeme kabul edilmiş –ve örneğin, bir yıl sonra sözleşmenin sona ermesi ile birlikte fazlaya ilişkin iddia ve talepte bulunulmuş- ise, faiz talebi ancak işverenin temerrüde “düşürüldüğü” hallerde (ihtar, dava, ıslah gibi) dinlenebilir.

Kıdem tazminatı ise daha sonraki çalışma süresi ile birleştirilmesi mümkün bir alacak

olduğundan işverenin temerrüde düşmesi için talep/dava edilmesi gerekir.

Her bir alacağın muaccel olduğu tarihi ayrı ayrı belirleme zarureti vardır. Toplu iş sözleşmesi ile artırılmış kanundan doğan ücret alacaklarının tümü toplu iş sözleşmesi kapsamındadır. Toplu iş sözleşmesinin zaman uygulama alanı dikkate alınarak hangi tarihte muaccel olduğu belirlenecektir. Örneğin geçmişe yürütülen toplu iş sözleşmelerinde ücretin miktarı ancak imza tarihinde belli olduğundan, bu tarihten önceki alacakların ödenmesinde temerrüt halinde ancak bu alacağın talep edilebileceği tarihten sonrası için işletme kredilerine uygulanan en yüksek faiz, öncesi için ise mevduata uygulanan en yüksek faiz istenebilecektir.

İş sözleşmesinin sona ermesine bağlı olarak talep edilebilecek yıllık ücretli izne ilişkin ücret için istenecek gecikme faizinde vade, fesih tarihinden başlamalı; buna karşılık yıllık izne çıktığı tarihte işçiye peşin ödeme yapılmamışsa, izin ücretinin ödenmesi yasa gereği olan izne çıkış tarihinden itibaren faiz yürütülmelidir. Daha çok rastlandığı üzere işçiye yıllık izin kullandırılmayıp işyerinde çalıştırılmışsa, yıllık izin hakkını kullanamadan sözleşmenin sona erdiği tarihte bu hak, ücretini isteme hakkına dönüşeceğinden, para alacağının doğduğu tarihten itibaren temerrüt faizi istenebilir. Bu ödemenin bir izin ücreti olduğu ve talep olmadan ödenmesi gerektiği unutulmamalıdır.

İşe iade davalarında mahkemenin işçinin boşta geçen dönemin dört aya kadar kısmı için hükmedeceği ücretin de muaccel olduğu tarihler itibarıyla faiz talebine konu olabileceğine dair Yüksek Mahkeme’nin Karar’daki görüşünü paylaşıyoruz.

Sendikal aidatlar için vade tarihi, aidatın işçiden kesildiği yahut kesilmesi gereken tarihten itibaren en geç bir aydır (6356 sayılı Kanun, m.18/3). Bunun için kimlerden kesintinin yapılacağı işverene bildirilmiş ve kesinti talebinde bulunulmuş olmalıdır. Her bir sözleşme dönemi için talep yenilenmelidir; özellikle dayanışma aidatı ile yararlanma için her dönem yeni bir talepte bulunma zo-

runluluğu nedeniyle bu suretle yararlanacakların listesinin bildirilmesi de önem kazanır. İşveren en çok bir ay içinde kesilen aidatı sendikaya ödemelidir; her bir kesinti bakımından bir aylık süre teorik olarak farklı olabilir. Ancak işyerinde ücret ödemeleri topluca yapıldığından sendikalar tümü için aynı tarihi temerrüt başlangıç tarihi olarak göstermektedirler. Listeler verildiği halde aidat kesilmediği takdirde ise ücretin ödendiği, ücret ödemesi de geciktirildiyse, ücretin ödenmesi gereken (muaccel olduğu) tarihten itibaren bir ayın dolmasıyla temerrüt faizi işlemeye başlayacaktır.

Yeni düzenlemenin en ayırıcı yanı, bildirim şartı aramadan sendikanın faiz talebinde bulunabilmesidir. Ancak gecikme faizinin talebe bağlı bir hak olduğu ve mahkemenin re'sen faiz ödetilmesine karar veremeyeceğini hatırlatalım.

b. Uygulanacak Faiz Oranı

Kararda, 1475 sayılı Yasa dönemine denk gelen ücret alacakları için yasal faiz, 4857 sayılı Yasa dönemi için ise mevduata uygulanan en yüksek faize hükmedilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Toplu iş sözleşmelerinden doğan haklar bakımından bu görüşün geçerli olamayacağı açıktır. 2822 sayılı TİSGLK'nın yürürlükte bulunduğu dönemde, yani toplu iş sözleşmesinden doğan alacaklarda temerrüt faizi işletme kredisi faizi olarak uygulanmalıdır. Bu hatalı görüşün hemen ardından Mahkeme'nin işçinin "yasal faiz" talebini çok isabetli bir şekilde yorumladığı görülmektedir: işçinin yasal faiz talebi, "bahsi geçen özel faize yönelik olarak" değerlendirilmelidir⁷.

Gecikme faizi oranı belirlenirken bunun uygulanan faiz olmasına dikkat edilmelidir. Bankaların vaat ettikleri yüksek faizleri ne ölçüde uyguladıkları araştırılmalıdır. Merkez Bankası (TCMB) borç verme faizleri konusunda en güvenilir bilgi kaynağıdır. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'na göre, bankalar uygulayacakları faiz oranını serbestçe belirleme hakkına sahip olmakla birlikte bunu TCMB'ye bildirmek, değişikliklerden uygulamaya geçmeden- Kurum'u haberdar etmek

zorundadırlar. Buna aykırı işlem yapan bankalar için para cezası söz konusudur. Özetle, TCMB borcun türüne ve vadelerine göre bankaların uyguladığı oranları, takip etmekte ve mahkemenin fiilen uygulanan faiz oranlarının vadelerine ve dönemlerine göre araştırılması gerekmektedir. Yargıtay da Kararı'nda, isabetli olarak, fiilen uygulanmış olmadıkça bankalarca Merkez Bankası'na bildirilen faiz oranlarının temerrüt faizi olarak uygulanamayacağını ifade etmektedir.

Bu çerçevede, örneğin on aylık bir temerrüt için yıllık faiz uygulaması Yasa'ya aykırı olacağı gibi, temerrütün başlangıç tarihinde yeni borçlanmalara uygulanmayan faizin de en yüksek faiz olarak kabulü mümkün değildir.

Faiz hesabında "hangi vade"nin esas alınacağı hususunda Yüksek Mahkeme'nin fiili durumu yansıttığını ve müstakar içtihadını sürdürdüğünü görüyoruz. Bir yıllık faiz oranını uygulamak mümkünse bu oranın uygulanması, bakiye süreleri için altı aylık ve aylık süreler sırayla geçilmesi gerekir. Örneğin, 40 aylık temerrüt faizinde önce iki yıl için, her bir yılın başlangıcındaki bir yıllık faiz oranına göre işlem yapılmalı, sonra altı aylık, daha sonra da birer aylık faiz oranlarına göre toplam faiz hesaplanmalıdır. Bu nedenle, mahkemenin tüm süre üzerinde yıllık faiz yürütülmemesi görüşünü isabetli buluyoruz.

DİPNOTLAR

- 1 Y9HD, 8.3.2011 tarih ve E: 2010/37016, K: 2011/6392.
- 2 Y9HD, 21.3.2011 tarih ve E: 2010/41736, K: 2011/7585.
- 3 Demir F., İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir, 2005, s. 112-114.
- 4 Y9HD, 30.6.2011 tarih ve E: 2009/12799, K: 2011/19609; Y9HD, 17.9.2009 tarih ve E: 2008/6427, K: 2009/23304. Yargıtay'ın yaklaşımının eleştirisi için Demir, Y9HD, 02.02.2005 tarih ve E: 2004/12851, K:2005/2861 no.lu Kararının incelenmesi, "Toplu İş Sözleşmesinden Kaynaklanan Ücret Faizinin Başlangıcı ve Faiz Oranları", TÜHİS, Cilt: 20, Sayı: 4-5, s. 75-76.
- 5 Y9HD, 7.7.2011 tarih ve E: 2009/19267, K: 2011/22935.
- 6 Demir, makale, s. 75.
- 7 Mahkeme her ne kadar 1475 sayılı İş Kanunu'ndaki "özel faizi" kasetde de bunu 2822 sayılı Kanun'un 61. maddesindeki faiz olarak anlamak gerekir.

Resul ASLANKÖYLÜ

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Onursal Başkanı

Kamu İdarelerinde Çalışanların Sigortalı Sayılma Koşulları

1. GENEL OLARAK

Kimlerin sigortalı sayılacağı 5510 sayılı Kanun'un 4. maddesinde tanımlanmıştır. Bu maddenin dördüncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi hizmet akdine, (b) bendi kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlara, (c) bendi ise kamu idarelerinde çalışanlara ilişkin hükümleri içermektedir. Uygulamada bunlara "4-a'lı", "4-b'li" ve "4-c'li" denmektedir. Biz burada sadece "4-c'li"lerin sigortalı sayılma koşullarını açıklamaya çalışacağız.

Hemen belirtmek gerekir ise anılan (4-c) bendi kapsamında sigortalı sayılmak için ilk koşul sigortalının kamu idaresinde çalışmış olmasıdır.

Kamu idaresi kavramının ne anlama geldiği aşağıda açıklanmıştır.

A- Kamu İdaresi Kavramı

Hangi kurum ve kuruluşun kamu idaresi niteliğini taşıdığı 5510 sayılı Kanun'un 3. maddesinin birinci fıkrasının (21) numaralı bendine göre belirlenir. Anılan bentte kamu idareleri tanımlanmıştır. Bu bentte belirtilen kamu idarelerinde çalışmayanlar (4-c) sigortalı sayılamaz.

Acaba o bentte ifade edilen kamu idareleri

sınırlı ve sayılı mıdır? Bize göre, sözü edilen (21) numaralı bentte ifade edilen idareler elbette kamu idaresidir. Ne var ki anılan bendin son cümlesinde, "diğer kamu kurumları" deyimine yer verilmiştir. Bu durumda, (21) numaralı bentte sayılmamış olmakla beraber yasanın diliyle benzer diğer kurumlar da kamu idaresi sayılabilir. Önemle belirtmek gerekir ise (4-c) sigortalısının tespitinde (21) numaralı bent bağlayıcıdır. (21) numaralı bende göre kamu idareleri şunlardır:

1-10.12.2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun 3. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde belirtilen kamu idareleri ve kamu iktisadi teşebbüsleri ile bunların bağlı idare, ortaklık, müessese ve işletmeleri, kurum ve kuruluşların ödenmiş sermayesinin % 50 sinden fazlasına sahip olan ortaklık ve işletmelerden Türk Ticaret Kanunu'na tabi olmayanlarla özel kanunları uyarınca personel çalıştıran diğer kamu kurumlarıdır.

Görüldüğü gibi kamu idaresinin belirlenmesinde 10.2.2003 tarihli ve 5018 sayılı Kanun hükümleri esas alınır. Kamu iktisadi teşebbüslerinin neler olduğu ise kamu iktisadi teşebbüslerine ilişkin ilgili kanun ve KHK hükümlerine göre belirlenir.

(4-c) bendi kapsamında sigortalı sayılmak için ilk koşul sigortalının kamu idaresinde çalışmış olmasıdır.

Diğer taraftan 5018 sayılı Kanun'un 3. maddesinde, kamu idarelerinin belirlenmesinde, özel bir kritere yer verilmiştir. Buna göre, genel yönetim kapsamındaki kamu idareleri, uluslararası sınıflandırmalar uyarınca belirlenmiş olan merkezi yönetim kapsamındaki kamu idareleri, sosyal güvenlik kurumları, mahalli idareler, bu Kanuna ekli (1), (2) ve (III) numaralı cetvelerde yer alan kamu idareleri bünyesinde çalışanlar (4-c) sigortalısı sayılır.

Öbür yandan anılan 3. maddenin (c) bendinde, düzenleyici ve denetleyici kurumlar ile mahalli idareler ayrıca yer almaktadır. Kuşkusuz 5018 sayılı Kanun'a eklenen (IV) numaralı cetvelde yer alan TC. Emekli Sandığı, Sosyal Sigortalar Kurumu, Türkiye İş Kurumu, Ereğli Kömür Havzası Amele Birliği ve Yardım Sandığında çalışanlar da (4-c) sigortalısı sayılabilirler. Ne ki (IV) numaralı cetvelde belirtilen sosyal güvenlik kurumları ortadan kaldırılmış olduğundan ve tek çatı altında birleştirildiğinden (Sosyal Güvenlik Kurumu) anılan cetvelde ifade edilen sosyal güvenlik kurumlarıyla ilgili düzenlemenin pratik bir yararı kalmamıştır. Kuşkusuz yeni kurulan Sosyal Güvenlik Kurumu bir kamu kurumu olup diğer koşullar da oluşmuş ise bu kurumda çalışanlar da (4-c) sigortalısı sayılır¹.

Duran'a göre² kamu idaresi, hükmeden, yasama ve yargı dışında kalan tüm kamusal nitelikteki işleri gören kurum ve kuruluşlardır. Gerçekten de kamu idaresi kavramı düzenli ve çağdaş toplumlarda Devletin veya kamu otoritesinin günlük hayatta her günkü görüntüsüdür.

Keza Duran³, idarenin kuruluşunu, işleyişini, teşkilatlanmasını, ödev ve yetkilerini düzenleyen hukuk dalını dar anlamda "idare hukuku" diye vasıflandırmaktadır. Önemle ifade etmek gerekir ise kamu idarelerinde

çalışanların sigortalı sayılıp sayılmayacaklarının belirlenmesinde mahkemelerin idare hukukunun genel ve özel ilkelerini gözetmesi, ayrıca da incelemesi gerekir.

Kamu idarelerinde çalışanların sosyal güvenliklerine ilişkin uyuşmazlıklar, 5510 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önceki dönemde idari yargı yerinde çözümlenmekte idi. Genelde, kamu idarelerinde çalışanların sosyal güvenlik hakları T.C. Emekli Sandığına karşılanmakta idi. Böyle olunca da Emekli Sandığı İştirakçileri ile Emekli Sandığı arasındaki davalar idare mahkemelerinde ve giderek kararın temyizi halinde Danıştay'da görülmekte idi.

5510 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra, bu Kanunun uygulanması ile ilgili görev sorunun kısaca irdelenmesine gerek görülmüştür. Anılan Kanunun 101. maddesi hükmüne göre bu Kanunun uygulanmasından doğan davalar iş mahkemelerinde görülür. Bize göre artık Emekli Sandığı Kanunu'ndan kaynaklanan uyuşmazlıklar da iş mahkemesinde çözümlenmelidir. Zira Emekli Sandığı 5502 sayılı Kanun'la ortadan kaldırıldığı için bu sandık husumet ehliyetine sahip değildir.

Anılan 101. maddenin açık hükmü karşısında 5510 sayılı Kanun'un uygulanmasından doğan davaların iş mahkemelerinde açılması gerekir. Emekli Sandığı Kanunu'nun uygulanmasından doğan davaların görülmesini idari yargıya, 5510 sayılı Kanun'un uygulanması ile ilgili davaların görülmesini iş mahkemelerine bırakmak sosyal güvenlik hukuku alanında çift başlı görev sorununun ortaya çıkmasına neden olur. Artık yasa koyucu bundan böyle sosyal güvenlik hukukunun uygulanmasından doğan davaların adli yargıda (=iş mahkemesi'nde) görülmesini uygun bulmuştur. Burada görev konusunun detaylarına girilmesine gerek görülmemiştir⁴.

B- Kamu Hizmeti ve Kamu Görevlisi Kavramları

Kamu görevlisinin sigortalılığının saptanması bakımından kamu hizmeti ve kamu görevlisi kavramları, ayrıntılı olarak açıklamayı

gerektirir ise de biz burada konuyu özetle açıklamaya çalışacağız. Özellikle 20. asrın başından İkinci Dünya Savaşı sonuna kadar kamu hizmeti kavramı sadece idare hukukunu değil tüm kamu hukuku alanını ilgilendiren ve vasıflandırılan başlıca ölçü olarak benimsenmiş ve kabul görmüştür.

Buna göre Devletin, kamunun ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla girişmiş olduğu tüm faaliyetler kamu hizmeti niteliğini taşımakta ve giderek özellikle idaresinin yapmış bulunduğu bütün işlem ve eylemler kamu görevi niteliğinde olup idare hukuku alanına girmektedir⁵.

Ne var ki kamu hizmeti kavramının tanımı ve içeriği hakkında tam bir görüş birliğine varılamamıştır. Kuşkusuz kamu idareleri salt kamusal faaliyetlerde bulunmaz. Bunlar yerine göre özel hukuk hükümlerine göre de faaliyette bulunabilirler. Ancak kamu idareleri ağırlıklı olarak toplumun ihtiyaçlarını ve yararını sağlamak ve devam ettirmek amacıyla kamu gücünü elinde tutan ve gerektiği yerde ve belirli ölçüde kullanan büyük bir güçtür. Kuşkusuz bu gücün asıl işlevi topluma kamu hizmeti sunmaktır. Kamu yararı kavramı özel kişilerin değil kamunun gereksinimini ve çıkarlarını üstün tutan bir kavramdır⁶.

Duran, “kamu hizmeti” deyimini üzerinde görüş birliği sağlanamadığını iddia etmekle beraber kamu hizmeti kavramını şöyle tanımlamaktadır: “devletin faaliyet alanının, sadece bireylerin ve toplulukların gücünün yetmediği veya çıkar yol bulmadıkları iş ve girişimleri kapsadığı dönemde, kamu hizmeti idarenin, kamunun ortak ihtiyaçlarını doğrudan doğruya veya buyruğu ve sorumluluğu altında üstün ve ayrıcalıklı yetki ve usuller kullanarak karşılamak için yaptığı çalışmalarıdır. Başka bir deyişle idarenin, kamu yararını sağlamak üzere kamusal yönetim yöntemleri ile yürüttüğü faaliyet, eski anlayışa göre kamu hizmetidir” diye tanımlamaktadır⁷.

Duran’a göre bu tanıma uymayan işler, ya bireylerin ya da toplulukların özel girişimidir veya idarenin özel yönetim çevresinde gerçekleştirdiği işlerdir.

Diğer taraftan Gözübüyük, kamu hizme-

Kamu idaresi kavramı, düzenli ve çağdaş toplumlarda Devletin veya kamu otoritesinin günlük hayatta hergünkü görüntüsüdür.

tini şöyle tanımlamaktadır: “Kamu hizmeti genel olarak öğretide, bir kamu kurumunun ya kendisi tarafından ya da yakın gözetimi altında özel girişimi eliyle kamuya sağlanan hizmetlerdir”⁸. Görüldüğü gibi Gözübüyük öğretiyeye yollamada bulunmakta ve öğretinin tanımını benimsemektedir. Kamu görevlisi kavramının tanımına gelince, Gözübüyük’e göre kamu görevlisi, “kamu yönetiminin insan ögesine kamu görevlisi denir.”⁹ Kamu görevlisine kamu personeli de denmektedir. Kamu görevlisi deyimini biri dar diğeri geniş anlamda ifade edilir. İster dar ister geniş anlamda kullanılmış olsun, herhangi bir kimse- nin kamu görevlisi sayılabilmesi için, kamu kesimindeki bir örgüte bağlı olarak çalışması gerekir¹⁰. Öbür yandan genelde kamu görevi ifa eden herkes kamu görevlisi değildir. Örneğin avukatlık kamu görevi ise de avukat kamu idaresinde çalışmıyorsa idare hukuku anlamında kamu görevlisi sayılmaz¹¹. Ayrıca kamu görevi yapsalar bile kamu görevlisi sayılmaz. Örneğin Devlet memurları kamu görevlisidir. Zira bunlar kamu görevi ifa etmekle beraber çalışmalarında devamlık asıldır¹². İşçiler kamu görevi yapsalar bile kamu görevlisi sayılamaz.

Kamu idareleri mesleki bilgisine uzmanlığına gerek duyulan hallerde sözleşmeli personel de çalıştırabilmektedir. Sözleşmeli personel çalıştırma yetkili makamın iznine bağlıdır. Sözleşmeli personel çalıştırmak için Devlet Personel Dairesi Başkanlığı ile Maliye Bakanlığının olumlu yönde görüş bildirmesi, Bakanlar Kurulunca da karar verilmesi gerekir¹³.

Öbür yönden idare, Devlet Memurları Kanunu’nun, sözleşmeli personele ilişkin hükümlerine bağlı olmaksızın sözleşmeli personel çalıştırabilir. Keza sözleşmeli olarak

Sözleşmeli personel ile geçici personel kamu görevlisi sayılabilir mi? Yargıtay sözleşmeli personeli işçi saymamaktadır. Dolayısıyla bunlar kamu görevlisidir ve (4-a) sigortalısı değil (4-c) sigortalısıdır.

geçici personel dahi çalıştırılabilir. Geçici personel bir yıldan az veya mevsimlik işlerde çalıştırılanlardır. Bilindiği gibi kamu kuruluşlarında çalışan işçilere Devlet Memurları Kanunu hükümleri değil İş Kanunu uygulanır. Bunların (4-a) sigortalısı sayılacakları açıktır. Sözleşmeli personel ile geçici personel kamu görevlisi sayılabilir mi? Yargıtay sözleşmeli personeli işçi saymamaktadır. Dolayısı ile bunlar kamu görevlisidir ve (4-a) sigortalısı değil (4-c) sigortalısıdır. Keza Devlet Memurları Kanunu'na göre de geçici personel işçi sayılmamaktadır¹⁴. Ayrıca Gözübüyük Devlet memurlarının, asli ve sürekli statüde çalışmaları nedeniyle kamu görevlisi sayılacakları görüşünü savunmasına karşın hem sözleşmeli hem geçici çalışanların hem de işçilerin kamu görevlisi sayılmaları gerektiğini iddia etmektedir¹⁵.

a- Kamu İdaresi ile Kamu Görevlisi Arasındaki Hukuksal İlişki

Çağımızda kamu görevlisi ile kamu idaresi arasındaki hukuksal ilişki statü hukukuna dayanmaktadır. Başka bir deyişle kamu personelinin göreve alınması, ifa edeceği görevler, kendisine tanınan hak ve yükümlükler yasa ile belirlenmektedir. Hem kamu idaresi hem de kamu görevlisi ilgili yasa hükümlerine uymak zorundadırlar. Hal böyle olunca kamu görevlisi ile kamu idaresi arasındaki ilişki "atama tasarrufu"na dayanır. Keza kamu idaresi ile kamu görevlisi arasında işe başlamadan önce herhangi bir akit yapılmamaktadır. Ne var ki kamu görevlisi ile kamu idaresi arasındaki ilişki her zaman atama ta-

sarrufuna dayanmayabilir. Örneğin seçimle gelen kimseler atama tasarrufu ile göreve başlamazlar. Sözleşmeli personel çalıştırmak da atama tasarrufuna dayanmaz. Aksi de iddia edilebilir.

Gözübüyük'e göre, eski devirlerde kamu idaresi ile kamu idaresi arasındaki hukuksal ilişkinin hizmet aktine dayandığı kabul edilmekte idi¹⁶.

Öbür yandan, sözleşmeli personel ile kamu idaresi arasındaki ilişki atama tasarrufuna benzemektedir. Zira bunlara iş kanunu hükümleri uygulanmaz. Burada sözleşmeli personel ile idare arasındaki ilişki deyim yerinde ise astlık-üstlük ilişkisidir. Zira kamu idaresinin iradesi daha üstündür. Buradaki ilişki işveren ile işçi arasındaki astlık-üstlük ilişkisine benzemez.

Yukarıda ifade edildiği gibi, eski devirlerde kamu idaresi ile kamu görevlisi arasındaki ilişkinin hizmet aktine dayandığı kabul edilmekte idi. Ne var ki XIX. yüzyılın ilk yarısında egemen olan özel hukuk anlayışı, yerini kamu hukukuna bırakmış; örneğin memur, kamu hukuku kapsamına alınmış böylece idare ile kamu görevlisi arasındaki ilişki "yönetmelik sözleşme" olarak nitelendirilmiştir. Bu görüşe göre kamu görevlisinin işe girmek istemesi "icap", idarenin atamayı gerçekleştirme "kabul" olarak değerlendirilmiştir. Hemen belirtmek gerekir ise yönetmelik sözleşme "hizmet sözleşmesi" niteliğinde değildir¹⁷.

b- Kamu Görevlisi ile İşçi Arasındaki Farklar

Gerek uygulamada gerekse öğretilerde memur ile işçi arasındaki farklar öteden beri tartışılmaktadır. Bu ayırımın günümüzde önem kazanmasının nedeni işçilerin örgütlenebilmeleri, sendika kurmalarının gittikçe yaygınlaşması, zamanla işçilerin memurlara nazaran daha fazla ücret almalarıdır. Hatta 1961 Anayasası'ndan sonra işçilik daha cazip hale geldiğinden memurluktan işçiliğe doğru bir akın başlamıştır. Ne var ki günümüzde düz işçilerin, süreklilik ve iş güvencesi nedeniyle memurluğu daha tercih edilir hale geldikleri görülmektedir. Yüksek

ücret alanlar ise yine işçi statüsünde çalışmak istemektedirler. Memurluğun tercih edilmesinin bir nedeni de işsizliğin artması işten çıkarılmaların yaygın hale gelmesidir. İşsizliğe çare bulunduğu ve tam istihdam yaratıldığı taktirde işçilik daha cazip hale gelebilir.

II. DÖRDÜNCÜ MADDENİN BİRİNCİ FIKRASININ (C) BENDİ KAPSAMINDA SİGORTALI SAYILANLAR

4. maddenin birinci fıkrasının (c) bendine göre, genel olarak kamu idarelerinde çalışanlar sigortalı sayılmıştır. Hangi kuruluşların kamu idaresi sayılacağı, kamu hizmeti ve kamu görevlisi kavramları yukarıda açıklandığından burada tekrardan kaçınılmıştır. Diyelim ki kamu idarelerinde çalışanların sigortalı sayılma koşulları iki ana bölüme ayrılmıştır.

1) (4-a) Bendi Kapsamına Girenler Gibi Sigortalı Olması Öngörülmemiş Olanlar

Bu maddenin (c) bendinin (1) numaralı alt bendine göre (4-c) sigortalısı sayılmak için kişinin öncelikle (kamu idaresinde çalışması ve (4-a) bendi kapsamına girmemiş bulunması gerekir. Şayet hizmet akdi ile çalışıyorsa (4-a) sigortalısı sayılır.

Başka bir deyişle kişinin (4-c) sigortalısı sayılması için kadro ve pozisyonları itibariyle sürekli olarak çalışması, ilgili kanunlarında (4-a) bendi kapsamına girenler gibi sigortalı sayılmaması gerekir. Keza (4-b) bendi kapsamına girenler de (4-c) sigortalısı sayılamaz. Diğer taraftan (4-c) bendi, 5510 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten sonra ilk defa çalışanlara uygulanır¹⁸. Zira anılan yasanın yürürlüğe girdiği tarihten önceki mevzuatta (4-c) bendine koşut bir hüküm bulunmakta idi. Kamu idaresinde çalışanlar T.C. Emekli Sandığı iştirakçisi sayılıyorlardı.

2) Sözleşmeli Personelin (4-c) Sigortalılığı

Bilindiği gibi (4-a) bendi hizmet akti ile ça-

Kişinin (4-c) sigortalısı sayılması için kadro ve pozisyonları itibariyle sürekli olarak çalışması, ilgili kanunlarında (4-a) bendi kapsamına girenler gibi sigortalı sayılmaması gerekir.

alışanların sigortalılıklarına ilişkindir. (b) Bendi ise kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlarla ilgilidir¹⁹. Bu bağlamda (4-a) ve (4-b) bendi kapsamına girmeyipte sözleşmeli olarak çalışıp ilgili kanunlarında (4-a) bendi kapsamına girenler gibi sigortalı sayılması öngörülmemiş olanlar (4-c) sigortalısıdır. İkinci olarak 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 86. maddesi gereğince açıktan vekil atanalar da (4-c) sigortalısı sayılır. Bunlar sadece vekil öğretmenler değildir. Diğer kamu görevlileri de olabilir. Zira anılan bentte sınırlama yapılmamış, vekil olarak atanarlardan söz edilmiştir.

Diyelim ki sözleşmeli personel ile açıktan vekil atanaların sigortalılıkları hakkında bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önceki dönemde belirsizlikler yaşanmakta idi. Sözü edilen (2) numaralı alt bent ile bu belirsizliğin giderilmesi isabetli olmuştur.

III. DÖRDÜNCÜ MADDENİN BİRİNCİ FIKRASININ (C) BENDİNİN AYNI ZAMANDA KİMLERE DE UYGULANABİLECEĞİ

Bu maddenin ikinci fıkrasında (4-a) bendi hükümlerinin aynı zamanda kimlere de uygulanacağı, üçüncü fıkrasında, (4-b) bendine ilişkin hükümlerin keza kimlere de uygulanacağı 4. maddenin dördüncü fıkrasında ise (4-c) bendi hükümlerinin kimlere de uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Konumuzu ilgilendiren dördüncü fıkradır. Dördüncü fıkrada belirtilen bireyler (4-c) sigortalıları gibi sigortalı kabul edilmişlerdir.

(4-c) sigortalısı gibi sigortalı sayılanlar şunlardır:

a- İlgili Kanunlarında Devlet Memuru Gibi Emeklilik Hakkı Tanınmış Olanlardan Hizmet Akti ile Çalışmayanlar

4. maddenin dördüncü fıkrasının (a) bendi hükmüne göre, bir kimsenin (4-c) bendi kapsamında sigortalı sayılabilmesi için öncelikle kuruluş ve personel kanunları veya diğer kanunlar uyarınca seçimle veya atama yoluyla kamu idarelerinde göreve gelmeleri gerekir. İkinci olarak bu şekilde göreve gelenlerden, görevleri nedeniyle kendilerine ilgili kanunlarında, devlet memurları gibi emeklilik hakkı tanınmış olanlardır. Üçüncü olarak da bunların hizmet akdi ile çalışmaları icap eder.

Gerçekten yukarıda da değinildiği gibi daha önce devlet memurları Emekli Sandığı Kanunu'na tabi idiler. Diyelim ki genelde kamu kurum ve kuruluşlarının kuruluş kanunları mevcuttur. Bu kurumlar kendi kuruluş kanunlarına göre yöneltilir. Keza bazı kamu görevlilerinin ayrıca personel kanunları vardır.

Hemen belirtmek gerekir ise anılan dördüncü fıkranın (a) bendinin uygulanması, kuruluş ve personel kanunları veya diğer kanunlar uyarınca seçimle veya atama yoluyla kamu idarelerinde göreve gelenlerden; bu görevleri nedeniyle kendilerine ilgili kanunlarında devlet memurları gibi emeklilik hakkı tanınmış olmasına bağlıdır. Burada seçimle gelenler (4-c) sigortalısı gibi sigortalı sayılmıştır. Oysa dördüncü fıkranın (b) bendinde Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, belediye başkanları, il encümeninin seçimle gelen üyeleri de (4-c)'liler gibi sigortalı kabul edilmiştir. Seçimle gelmek deyimi hem (a) bendinde hem de (b) bendinde kullanılmıştır. Bize göre burada bir tekrar söz konusudur.

Diğer taraftan atama yoluyla kamu idarelerinde göreve gelenler de (4-c) sigortalıları gibi sigortalı sayılmıştır. Esasen atama yoluyla göreve gelenler (4-c) sigortalısıdır. O nedenle atama yoluyla göreve gelenler ibaresine yer verilmiş olması bizce gereksizdir.

b- Başbakan, Bakanlar, TBMM Üyeleri vs.

Başbakan, bakanlar, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, belediye başkanları, il encümeninin seçimle gelen üyeleri de (4-c) sigortalısı gibi sigortalı sayılmışlardır. İl encümeninin seçimle gelmeyen üyeleri bu şekilde sigortalı sayılmazlar. Bunlar yasal koşullar oluşmuş ise 4. maddenin diğer bentleri gereğince sigortalı olabilirler.

c- Sendika ve Konfederasyonlar ile Şube Başkanları ve Yönetim Kuruluna Seçilenlerin Sigortalılığı

(4-c) bendi kapsamında sigortalı olanlar sendika ve konfederasyon kurabilirler. Sendika, konfederasyon ve sendika şube başkanları ayrıca yönetim kuruluna seçilenler aylıksız izne ayrıldıkları takdirde aylıksız izinde geçen süre zarfında (4-c) sigortalısı gibi sigortalı sayılırlar. Böylece bu durumda bulunanlar sosyal güvenceden yoksun bırakılmak istenmemiştir.

d- Harp Okulları ile Fakülte ve Yüksek Okullarda Okuyan Öğrencilerin Sigortalılığı

Dördüncü fıkranın (d) bendine göre, harp okulları ile fakülte ve yüksek okullarda Türk Silahlı Kuvvetleri hesabına okumakta iken askeri öğrenci olanlar ile astsubay meslek yüksek okulları ve astsubay nasbedilmek üzere temel askerlik eğitime tabi tutulan adaylar (4-c) sigortalıları gibi sigortalı sayılır.

Görüldüğü gibi her fakülte ve yüksek okulda okuyan öğrenciler sigortalı sayılmamıştır. Ancak buralarda Türk Silahlı Kuvvetleri hesabına okuyan öğrenciler veya kendi hesabına okumakta iken askeri öğrenci niteliğinde olan öğrenciler (4-c) sigortalısı sayılmaktadır. Bundan başka astsubay meslek yüksek okulları ve astsubay naspedilmek üzere temel askerlik eğitime tabi tutulan adaylar da (4-c) sigortalısı gibi sigortalı sayılmıştır.

Buralarda okuyan öğrencilerin nitelikleri

hakkında uyuşmazlık çıktığı takdirde anılan öğrencilerin tabi oldukları okullar, Jandarma Genel Komutanlığı veya Mili Savunma Bakanlığı gibi kuruluşlardan bilgi alınabilir.

e- Polis Akademisi ile Fakülte Yüksek Okullarda Emniyet Genel Müdürlüğü Hesabına Okuyan Öğrencilerin Sigortalılığı

Polis Akademisi ile fakülte ve yüksek okullarda, Emniyet Genel Müdürlüğü hesabına okuyan veya kendi hesabına okumakta iken, Emniyet Genel Müdürlüğü hesabına okumaya devam eden öğrenciler de (4-c) sigortalısı gibi sigortalı sayılır. Diyelim ki 4. maddenin (d) bendi ile (e) bendi arasında benzerlikler bulunmaktadır. (e) bendinin uygulanmasından doğan bir uyuşmazlık çıktığı takdirde Emniyet Genel Müdürlüğü'nden bilgi alınabilir.

4. maddenin uygulanmasından doğan uyuşmazlıklarda taraflar iddialarını her türlü delil ile kanıtlayabilirler. Diğer taraftan 4. maddenin tüm bentlerinden ve fıkralarından doğan davalarda görev 101. maddeye göre iş mahkemelerine aittir.

f- Okulları Tamamlamadan Ayrılanlar

4. maddenin dördüncü fıkrasının (a) ve (e) bentlerinde belirtilen okulları tamamlamadan ayrılan öğrenciler ile bu okulları bitirmelerine karşın görevlerine başlamadan ayrılanların, bu okullarda geçen eğitim süreleri sigortalılıklarından sayılmaz.

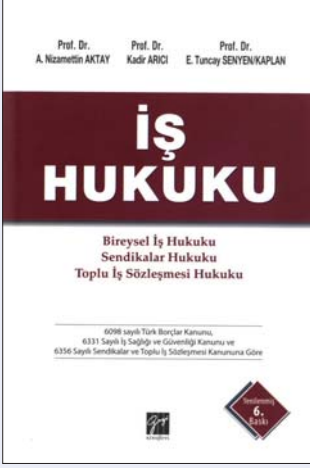
Anılan okulların ülke açısından taşıdıkları önem nedeniyle yükümlüklerini yerine getirmeyen öğrencilere bir nevi medeni ceza verilmek istenmiştir. Diğer taraftan 5510 sayılı Kanun'un kısa vadeli sigorta kollarına ilişkin hükümleri 4. maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında sigortalı olanlara bu kapsamda kaldıkları sürece uygulanmaz. Kısa vadeli sigorta kolları hastalık, analık, iş kazası ve meslek hastalıkları sigortalıdır.

Diğer yandan 4. maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Kurumca çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.

DİPNOTLAR

- 1 Aslanköylü, Resul, SSK ile Karşılaştırmalı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Şerhi, 2010, Ankara, s. 187.
- 2 Duran, Lütfü, İdare Hukuku 1982, İstanbul, s.2.
- 3 Duran, 1982, s. 5.
- 4 Görev konusunda daha geniş bilgi için bkz. Aslanköylü, 2010, Ankara, s.1578.
- 5 Duran, 1982, İstanbul, s.10. s.23.
- 6 Duran, 1982, İstanbul, s. 24.
- 7 Duran, 1982, İstanbul, s. 303.
- 8 Gözübüyük, Şeref, İdare Hukuku, 23.bası, Ekim 2005, Ankara, s. 8.
- 9 Gözübüyük, 2005, Ankara, s. 197.
- 10 Aslanköylü, 2010, Ankara, s. 191.
- 11 Gözübüyük 2005, Ankara, s. 197-1982.
- 12 Gözübüyük, 2005, Ankara, s. 198.
- 13 Gözübüyük, 2005, Ankara s. 198-199.
- 14 Gözübüyük, 2005, Ankara, s. 199.
- 15 Gözübüyük, 2005, Ankara, s. 198.
- 16 Gözübüyük, 2005, Ankara 207.
- 17 Aslanköylü, 2010, Ankara, s. 193.
- 18 Güzel, Ali/Okur, Ali Rıza/Canıklıoğlu Nursen, Sosyal Güvenlik Hukuku, 13. Bası. 2010, İstanbul, s. 116.
- 19 Aslanköylü, Resul, 2010, Ankara, s. 194.

YENİ YAYINLAR



Prof. Dr. A. Nizamettin Aktay, Prof. Dr. Kadir Arıcı ve Prof. Dr. E. Tuncay Senyen/Kaplan tarafından hazırlanan **“İş Hukuku”** adlı eserin 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’na göre yenilenmiş 6. Baskısı Mart 2013 tarihinde yayımlanmıştır.

Üç ayrı kitaptan oluşan eserin “Bireysel İş Hukuku” başlıklı birinci kitabı, iş hukukunun özellikleri ve kaynakları, iş hukukunun temel kavramları ve kapsamı, iş sözleşmesi, işçi ve işverenin iş sözleşmesinden doğan borçları, iş sözleşmesinin askıya alınması ve sona erme sebepleri, işin düzenlenmesi başlıklı altı bölümden oluşmaktadır.

“Sendikalar Hukuku” başlıklı ikinci kitapta ise, sendika kavramı ve sendika hukukunun doğuşu ve gelişimi, sendikal anlayışlar; sendika hürriyeti, sendika hakkı ve korunması, sendikaların kuruluşu, sendikaların organları,

sendika üyeliği, sendikaların teşkilatlanması, sendikaların faaliyetleri, sendikaların gelir ve giderleri ve denetimi, sendikaların ve konfederasyonların faaliyetlerinin durdurulması ve sona ermesi başlıklı dokuz bölüm altında konular ele alınmaktadır.

“Toplu İş Sözleşmesi” başlıklı üçüncü kitap ise toplu iş sözleşmesi ile ilgili genel kavramlar, toplu iş sözleşmesinin hukuki niteliği ve içeriği, toplu iş sözleşmesinin yapılması, toplu iş sözleşmesinin etkileri, toplu iş sözleşmesinin uygulanma alanı, toplu iş uyuşmazlıkları ve çözüm yolları başlıklı altı ayrı bölümden oluşmaktadır.



Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Tetkik Hakimi Durmuş Özcan tarafından hazırlanan **“İş Hukukunda Fesih ve İş Güvencesi”** adlı eser, Şubat 2013 tarihinde yayımlanmıştır.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’na uyarlanmış eserde hem fesih konusunun tamamı, hem de iş güvencesi ve işçilik alacakları konuları, öğretideki görüşler ve Yargıtay kararlarına göre incelenip tartışılmıştır. Kitapta ayrıca, işçilik alacaklarının hesaplanması, hüküm oluşturulması, yargısal denetim, belirsiz alacak davası konularına da yer verilmiş ve uygulamadaki ihtiyaç ve talepler dikkate alınarak kitabın konuyla ilgili herkes için temel bir kaynak olması hedeflenmiştir.

Konuların sonuna Yargıtay’ın yakın tarihli kararları eklenmiş ve kitabın sonuna Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin temyiz denetiminde benimsediği ilke kararları ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararları ilave edilerek, içtihat zenginliği sağlanmıştır.

Eserin birinci bölümünde “Fesih Kavramı ve Türleri”, ikinci bölümünde “Geçerli Nedenle Bildirimli Fesih ve Sonuçları (İş Güvencesi Hükümleri)”, üçüncü bölümünde “İşçilik Alacakları” başlıkları altında ilgili konularla; “İlke Kararları ve HGK Kararları” başlıklı dördüncü ve son bölümü ile de Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin ilke kararlarına ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararlarına yer verilmiştir.

Dr. Halil YILMAZ

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Üyesi

Yapı Denetim Kuruluşlarının, İş Kazalarından Doğan Tazminat Sorumluluğu

1. Genel Olarak

İşyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması, 30.6.2012 tarihinde yürürlüğe giren (bazı maddelerin yürürlüğü değişik tarihlere yayılmıştır), 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile işverene bırakılan yükümlülüklerden biridir. Söz konusu kanunla birlikte, 4857 sayılı İş Kanununa nazaran çok daha ileri seviyede koruma sağlayan iş sağlığı ve güvenliği hükümleri mevzuatımıza girmiştir¹.

İşveren, çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlüdür (m. 4). Bu çerçevede işveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksatsız bulundurmaya zorludur. Bunun yanında, işyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uyulup uyulmadığını izlemek, denetlemek, uygunsuzlukların giderilmesini sağlamak (m. 4/1-b), iş güvenliği önlemleri ve riskleri konusunda işçileri bilgilendirmek (m. 16) ve gerekli iş güvenliği eğitimini alma-

sını sağlamak (m.17) durumundadır. Ayrıca işveren iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili konularda çalışanların veya temsilcilerin görüşlerinin alınmasına, teklif getirmelerine ve bu konulardaki görüşmelerde yer alma ve katkıda bulunmalarına imkan sağlar (m. 18).

İş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması amacıyla yapılması gerekenler, özellikle işverenlerin bu konudaki yükümlülükleri teknolojik gelişmeler ve işyerlerinde ortaya çıkan yeni riskler nedeniyle sürekli değişip gelişmekte; buna bağlı olarak değişimin hayata geçirilmesi için mevzuatta da yeni düzenlemeler yapılmaktadır. Gelişen teknolojiye bağlı olarak iş sağlığı ve güvenliğini düzenleyen normlarda meydana gelen hızlı değişim, genellikle işverenlerin bu konudaki yükümlülüklerini de artırmaktadır. Anılan Kanunun 37. maddesiyle 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2 nci maddesinin dördüncü fıkrası, 63 üncü maddesinin dördüncü fıkrası, 69 uncu maddesinin dördüncü, beşinci ve altıncı fıkraları ile 77, 78, 79, 80, 81, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 95, 105 ve geçici

2 nci maddeleri yürürlükten kaldırılmıştır. Bu arada şu düzenlemeler yapılmıştır:

1. 6331 sayılı Kanunu'nun 30. maddesiyle ilgili olarak, 29.12.2012 tarihli ve 28512 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliği (İSGHY),
2. Aynı tarih ve sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren İş Güvenliği Uzmanlarının Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik (İGUY),
3. İş Sağlığı ve Güvenliği Risk Değerlendirmesi Yönetmeliği (İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 10 uncu ve 30 uncu maddelerine dayanılarak hazırlanmıştır),
4. 18.01.2013 tarih 28532 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu kapsamına giren, elli ve daha fazla çalışanın bulunduğu ve altı aydan fazla süren sürekli işlerin yapıldığı işyerlerini kapsayan İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulları Hakkında Yönetmelik,
5. 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 21 inci maddesine dayanarak hazırlanan Ulusal İş Sağlığı ve Güvenliği Konseyi Yönetmeliği 05.02.2013 tarih 28550 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

İş sözleşmesinin kişisel ve sürekli ilişki kuran niteliği gereği; işçiler sadakat borcu, işverenler ise işçileri gözetme borcu altındadırlar². İş sözleşmesinin zayıf tarafını oluşturan işçi, işverene kişisel olarak bağımlıdır. Bu nedenle işveren, işçinin hayatının, sağlığının ve bedensel bütünlüğünün, işin niteliğinden veya işyeri koşullarından doğan tehlikelere karşı gözetim borcu altındadır. Hem kamu hukukuna (6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 4) hem de özel hukuka (Türk Borçlar Kanunu m. 417) dayanan³ gözetme borcunun sınırını ve kapsamını dürüstlük ve iyi niyet kuralları belirler (TMK m. 2)⁴. Gözetme borcunun kamu hukukundan kaynaklanan dayanağını oluşturan 6331 sayılı Kanun'un 4. maddesi ile özel hukuktan kay-

naklanan dayanağını oluşturan Türk Borçlar Kanunu'nun 417. maddesi arasındaki fark, 417. madde işverenin sorumluluğunu "işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmakla" sınırlandırırken, 6331 sayılı Kanun'un 4/1-a maddesinde bu sınırlandırmanın "her türlü tedbirin alınması" şeklinde ifade edilmiş olmasıdır⁵. İşçiyi gözetme borcu; işçinin sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasını da içeren, kapsamı özellikle yapılan işin tehlikesine göre sürekli gelişerek değişen bir borçtur⁶.

Ülkemizde iş kazası ve meslek hastalıkları, diğer sektörlerle nazaran ne yazık ki inşaat sektöründe çok daha fazla sayıda meydana gelmektedir. İş kazası ve meslek hastalıklarının önlenmesinin en önemli yollarından biri, işverenlerin bu konuda kendilerine düşen ödevleri yerine getirmeleridir⁷. Bu nedenle, işverenin gözetme borcunu gereği gibi yerine getirmiş sayılabilmesi için, sadece önlem alması yeterli olmamakta, organizasyonun yapılması, gerekli araç ve gereçlerin sağlanması, sağlık ve güvenlik tedbirlerinin değişen şartlara uygun hale getirilmesi ve mevcut durumun iyileştirilmesi için çalışmalar yapması da gerekmektedir. İnşaat işvereni bunları yaparken, yapı sahibinin ve kamunun çıkarlarını göz ardı edemez. İnşaat faaliyeti müteahhidin özgür iradesine göre yürüteceği ve şekilleneceği bir faaliyet değildir. İmar mevzuatı hükümlerine uymak zorundadır. Kanun koyucu müteahhidin yapıyı imar mevzuatı hükümleri ile yapı sanat ve tekniğine uygun yapılmasını sağlamak için emredici hükümler getirmiştir.

Ülkemizde yıllardır yürürlükte olan imar mevzuatına rağmen, uygulamada etkili bir yapı denetiminin sağlanamadığı bilinen bir gerçektir. Bu eksikliğin giderilmesi için, yapı denetiminin özel kuruluşlar eliyle yapılmasını sağlamak üzere önce 595 sayılı Kanun Hükmünde Kararname çıkarılmış, bu Kararnamenin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi üzerine 4708 sayılı halen yürürlükte bulunan Yapı Denetimi Hakkında Kanun çıkarılmıştır. Böylece söz konusu kanun ile hukuk düzenimize "yapı denetim kuruluşları"

adıyla yeni bir kuruluş girmiş, bu kuruluşlara tüzel kişilik ve yapıların denetimiyle ilgili yetkiler verilmiştir. Bu çalışmamızda; iş kazalarının sıkça yaşandığı inşaat sektöründe yapı denetim kuruluşlarının, iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasındaki yükümlülükleri ince lenerek iş kazasından kaynaklanan tazminat sorumlulukları belirlenmeye çalışılacaktır.

II. İşverenlere İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Getirilen Yükümlülükler

1. Önlem Alma ve Denetim Yükümlülüğü

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 4. maddesi gereğince, işveren, çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğün kapsamı, anılan maddede, "her türlü tedbirin alınması" (m. 4/1-a) şeklinde ifade edilmiştir. Alınacak önlemlerin kapsamına eğitim ve bilgi vermek, organizasyon yapmak, gerekli araç ve gereçleri sağlamak, sağlık ve güvenlik tedbirlerini değişen şartlara uygun hale getirmek ve mevcut durumu iyileştirmek, işyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerine uyulup uyulmadığını izlemek, denetlemek ve uygunsuzlukların giderilmesini sağlamak, risk değerlendirmesi yapmak veya yaptırmak da girmektedir (m. 4)⁸. Hemen belirtmek gerekir ki, 'her türlü tedbir' ifadesinin içine nelerin gireceği hususu yeterince açık değildir⁹. Bir değerlendirme yapmak gerekirse, her türlü tedbir ifadesi, alınabilecek hiçbir tedbirin dışarda bırakılmaması anlamına gelmektedir. Bu ise kanun, tüzük ve yönetmelikte yer verilmemiş olsa dahi, işverenin o anki bilim, tecrübe ve teknolojinin ulaştığı düzeye göre alınabilecek tüm önlemleri eksiksiz alması anlamına gelmektedir. Kanun bunun sınırını göstermemiştir. O halde işverenlerin tedbir alma yükümlülüğünün sınırı, 'o işyeri için gerekli olma'dır. O işyeri için gerekli olmanın sınırını ancak bilim, tecrübe ve teknolojinin ulaştığı nokta belirleyebilir¹⁰. Bu ne-

denle, işverenin, sadece genel hükümler içeren yönetmelikleri uygulaması, önlem alma yükümlülüğünün yerine getirilmiş olması bakımından yeterli kabul edilemez. Mevzuatta yer verilmiş olsun veya olmasın, önlemlerin alınması tek başına yeterli değildir. Ayrıca alınmış olan önlemlerin etkinliğini artıracak uyarı işaretlerine işyerinde yer verilmeli, tam anlamıyla engellenemeyen risklere karşı işçilere kişisel koruyucu malzemeler verilmeli ve işyerinde kullanılan araç, gereç ve makinanın hatalı kullanımından dolayı herhangi bir kazanın meydana gelmesini engellemek amacıyla bunların kullanımına dair önlemlerin de alınması gerekmektedir¹¹. Yapı denetim kuruluşlarının görev yaptığı inşaat işyerinde, anılan önlemleri almakla yükümlü olan inşaat işvereni de, alması gereken önlemleri belirlemeden önce, işyerindeki kaza ve meslek hastalığı risklerini iş güvenliği uzmanları aracılığıyla tespit etmeli, dolayısıyla risk değerlendirmesi yapmalıdır (6331 s. k. m. 4/1-c). Teknolojinin sürekli geliştiği günümüzde, alınacak önlemlerin sınırının çizilmesi oldukça güç olup, her somut olaya göre değerlendirme yapılmalıdır¹².

İşveren, alınmış önlemlerin, iş kazası ve meslek hastalığı risklerini engellemede etkinlik sağlanması için, iş güvenliği önlemlerine işçilerin uyumunu denetlemekle de yükümlüdür (m. 4/1-b)¹³. İşveren, yönetim hakkının bir parçası olan disiplin cezası uygulayarak¹⁴, işçilerin alınan önlemlere uyumunu sağlayabileceği gibi, işin güvenliğini kasten veya ihmali davranışıyla tehlikeye düşüren işçinin iş sözleşmesini derhal feshetme hakkına da sahiptir (İK m. 25/II-1)¹⁵.

2. Bilgilendirme ve Eğitim Yükümlülüğü

İş sağlığı ve güvenliğinin sağlanabilmesi için, işçileri iş sağlığı ve güvenliği konusunda bilgilendirme ve eğitime ödevi, 6331 sayılı Kanun'un 16. ve 17. maddeleriyle işverenlere yüklenmiştir. İşveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması ve sürdürülebilmesi amacıyla; çalışanları, işin tehlikeleri ile bunlardan doğan risklere karşı alınmış ve alına-

çak tedbirler hakkında derhal bilgilendirmesi gerekir. İşverenin bilgilendirme yükümlülüğü sadece kendi çalışanları ile sınırlı değildir. Kanuna göre; işveren başka işyerlerinden gelen çalışanların da gerekli bilgileri almalarını sağlamak üzere, söz konusu çalışanların işverenlerine gerekli bilgileri vermek zorundadır (m. 16/2). Başka işyerinden çalışmak üzere gelenler kapsamına, geçici iş ilişkisi veya asıl işveren alt işveren ilişkisi çerçevesinde işyerine çalışmak üzere gelenler oluşturacaktır¹⁶. Bunun gibi eser sözleşmesi ile çalışan müteahhit işçileri veya kamu görevlileri bakımından geçici görevle gelenler¹⁷ ve inşaat işlerinde yapının denetimi ile görevli yapı denetim kuruluşu çalışanları da bu kapsamda sayılacaklardır.

İşveren işe başlamadan önce, çalışma ve iş değişikliğinde, iş ekipmanlarının değişmesi veya yeni teknoloji uygulanması halinde, çalışanların iş sağlığı ve güvenliği eğitimi almalarını sağlar (m. 17). Mesleki eğitim de bundan ayrı tutulamaz. Mesleki eğitim alma zorunluluğu bulunan tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işlerde, yapacağı işle ilgili mesleki eğitim aldığını belgeleyemeyenlerin çalıştırılması yasaklanmıştır (m. 17/3). Ancak mesleki eğitimle ne kastedildiği yasa da açıklanmamıştır¹⁸. 6331 sayılı Kanun'un 15/2. maddesine göre "Tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde çalışacaklar, yapacakları işe uygun olduklarını belirten sağlık raporu olmadan işe başlatılamaz". Aynı kanunun 25/1. maddesi ve bakanlığın tebliği ise, yapı işlerini çok tehlikeli sınıfta yer alan işlerden kabul etmiştir. Bu itibarla, inşaat işyerlerinde mesleki eğitim verilmeksizin ve sağlık raporu alınmaksızın işçi çalıştırılmaması gerekir.

3. Örgütlenme Yükümlülüğü

6331 sayılı Kanun'un 22. maddesiyle, elli ve daha fazla çalışanın bulunduğu ve altı aydan fazla süren sürekli işlerin yapıldığı işyerlerinde, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili çalışmalarda bulunmak üzere iş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturma yükümlülüğü getirilmiştir. Bu sayıya dahil kişilerin yalnızca bir işverene ait çalışanlar olması şart değildir. İnşaat işi altı

aydan uzun sürmesi gereken niteliğe sahip bir iş ise ve işyerinde en az elli işçi çalışıyorsa, inşaat işverenin işyerinde iş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturmaya gereklidir. İşveren, iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına uygun kurul kararlarını uygular (m. 22/1)¹⁹.

İşverenler, belirlenen çalışma süresi nedeniyle işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanının tam süreli görevlendirilmesi gereken durumlarda; işyeri sağlık ve güvenlik birimi kurar (m. 8/6). 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 (m. 8/2)²⁰.

Bu sistemde işyerleri, "az tehlikeli", "tehlikeli" ve "çok tehlikeli" şeklinde üç gruba ayrılmaktadır. İşyerlerinin hangi tehlike sınıfında olacağı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca, çıkarılan tebliğ ekindeki EK-1 listesinde belirlenmiştir²¹. Tebliğe²² göre, tehlike sınıfının tespitinde bir işyerinde yürütülen asıl işin tehlike sınıfı dikkate alınır. Asıl işin tayininde tereddüde düşülmesi halinde işyerinin kuruluş amacına bakılır. İşyerinde birden fazla asıl iş tanımına uygun faaliyetin yürütülmesi halinde, bu işlerden tehlike sınıfı yüksek olan iş esas alınır. Yayımlanan listeye göre 'ikamet amaçlı olan veya olmayan binaların' inşaatı çok tehlikeli sınıfta yer almaktadır. 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 (m. 8/5).

İşveren, çalışma ortamının ve çalışanların sağlık ve güvenliğini sağlama, sürdürme ve geliştirme amacı ile iş sağlığı ve güvenliği yönünden risk değerlendirmesi yapar veya yaptırır (6331 s. k. m. 4/1-c; Yön. m.

5). Yönetmeliğe göre risk değerlendirmesi: “İşyerinde var olan ya da dışarıdan gelebilecek tehlikelerin belirlenmesi, bu tehlikelerin riske dönüşmesine yol açan faktörler ile tehlikelerden kaynaklanan risklerin analiz edilerek derecelendirilmesi ve kontrol tedbirlerinin kararlaştırılması amacıyla yapılması gerekli çalışmaları (m. 4/f)” ifade etmektedir. Amaç, risklerin neler olduğu, kaynakları, etki alanındaki kişiler ile bu risklerin kabul edilebilir olup olmadığının ve önleme faaliyetlerinin belirlenmesidir²³. Risk değerlendirmesi işverenin oluşturduğu bir ekip tarafından gerçekleştirilecektir²⁴. Risk analizi yöntemlerinin seçiminde, işletmenin faaliyetine ilişkin özellikleri, işyerindeki tehlike veya risklerin nitelikleri ve işyerinin kısıtları gibi faktörler ya da ulusal veya uluslararası standartlar esas alınacaktır (Yön. m. 9). Ancak risk değerlendirmesinin kapsamı ve hangi yöntemle yapılacağı ortaya konulmuş değildir²⁵. Kanuna göre, çok tehlikeli sınıfta yer alan yapı işlerinin yapıldığı işyerlerinde risk değerlendirmesinin yapılmamış olması durumunda iş durdurulur (m. 25/1)²⁶.

İş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin sunulması için işveren; Yönetmelikte belirtilen niteliklere ve gerekli belgeye sahip olması halinde, çalışan sayısı ve tehlike sınıfını dikkate alarak kendi işyerinde, iş güvenliği uzmanlığı görevini üstlenebilir (m. 6). Çalışanları arasından iş güvenliği uzmanı (Yönetmelik m. 4/f), işyeri hekimi ve diğer sağlık personeli görevlendirebilir. Çalışanları arasında belirlenen niteliklere sahip personel bulunmaması hâlinde, bu hizmetin tamamını veya bir kısmını ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden hizmet olarak yerine getirebilir. Tam süreli işyeri hekimi görevlendirilen işyerlerinde, diğer sağlık personeli görevlendirilmesi zorunlu değildir (m. 6/3). İş güvenliği uzmanının sınıfı işin tehlike derecesine göre değişmektedir. Çok tehlikeli sınıfta yer alan bina inşaat işyerlerinde A sınıfı iş güvenliği uzmanlığı belgesine sahip iş güvenliği uzmanı görevlendirilir (m. 8/5). Yapı denetim kuruluşu da kendi personeli arasından iş güvenliği uzmanı görevlendirebilir.

İş güvenliği uzmanlarının görevleri iş sağlığı ve güvenliğinin teknik unsurlarıyla ilgilidir. İş güvenliği uzmanlarının görevleri, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından 6331 sayılı Kanun'un 30. maddesine dayanılarak çıkarılan ve 29.12.2012 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan İş Güvenliği Uzmanlarının Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmeliğin 9. maddesinde sayılmıştır. İş güvenliği uzmanı, iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili alınması gereken tedbirleri işverene yazılı olarak bildirir (m. 9/2). İşverene yazılı olarak bildirilen iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili alınması gereken tedbirlerden hayati tehlike arz edenlerin, iş güvenliği uzmanı tarafından belirlenecek makul bir süre içinde işveren tarafından yerine getirilmemesi hâlinde, uzman bu hususu işyerinin bağlı bulunduğu Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğüne bildirme yetkisini haizdir (m. 10/1-a).

6331 sayılı Kanun'un Geçici 2. maddesi uyarınca, henüz bu kanuna göre ilgili yönetmeliklerin tümü çıkarılmadığından 4857 sayılı Kanun'un 78. maddesine göre çıkarılan Yapı İşlerinde Sağlık ve Güvenlik Şartları Yönetmeliği'nin 6331 sayılı Kanun'a aykırı olmayan hükümleri uygulanmaya devam edilecektir. Adı geçen Yönetmeliğin 4. maddesinde tanımlanan sağlık ve güvenlik koordinatörleri, yapı alanına ilişkin projenin tasarım, hazırlık ve uygulanma aşamalarında iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması amacıyla sağlık ve güvenlik planı hazırlamak ve planın uygulanmasını koordine etmekle görevli gerçek veya tüzel kişilerdir. İnşaat işyerinde yönetmeliğin Ek-II listesinde belirtilen riskler mevcut değilse, işverenin sağlık ve güvenlik koordinatörü atama yükümlülüğü yoktur. Anılan yönetmeliğin 7. maddesine göre hazırlık koordinatörleri, yapı işlerinin tümünü kapsayan projenin hazırlık aşamasında sağlık ve güvenlik planı hazırlamalı ve işyerindeki risklerin engellenmesi amacıyla alınması gereken önlemleri belirlemelidirler. Proje koordinatörleri sağlık ve güvenlik planına uyumu denetleme, işverenlerin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alıp almadıklarını denetleme, değişen ve gelişen risklere göre sağlık ve gü-

Yapı denetim kuruluşlarının inşaatı yapmak, onarmak, yıkmak, değiştirmek, yapımından vazgeçmek gibi bir yetkileri yoktur.

venlik planı ile dosya bilgilerini revize etme ve dosyanın uygulanmasını sağlama, işe sonradan katılan işverenler de dahil olmak üzere, proje kapsamındaki tüm işverenler arasındaki sağlık ve güvenlik koordinasyonunu sağlamakla yükümlüdürler.

III. Yapı Denetim Kuruluşları

Güvenli, sağlıklı, ekonomik yapı elde edebilmek amaçlarıyla yapıların, tasarım (proje) ve yapım (inşaa) aşamalarında yürürlükteki yapı mevzuatı, standart ve teknik esaslara uygun olarak yapılmasının sağlanması süreci olarak tanımlanan yapı denetimi²⁷, yapının yapım sürecine bağlı olarak sürdürülür. 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkındaki Kanun'un uygulanmasında yapım süresi; yapı sahibinin, yapı ruhsatını aldığı tarih ile yapı kullanma iznini aldığı tarih arasındaki dönemi ifade etmektedir (m. 1/d).

Kanunun 1. maddesine baktığımızda, yapı denetiminin iki önemli amacının olduğu sonucu çıkmaktadır:

1. Yapılarda can ve mal güvenliğinin sağlanması,
2. Yapı hasarı nedeniyle zarara uğrayan kişilerin haklarının korunması ve doğabilecek zararların tazmininin sağlanmasıdır.

Yapı denetimi hizmetlerini yerine getirecek olan tüzel kişiliği haiz yapı denetim kuruluşlarının görevleri, 4708 sayılı Kanun'un 2/3. maddesinde sayılmıştır. Bu kuruluşlar, yapı sahibi ile imzaladığı yapı denetim hizmet sözleşmesi uyarınca yapı denetim hizmetini yerine getirirler. Yapı sahibi, denetim yaptıracığı yapı denetim kuruluşunu sözleşme özgürlüğü çerçevesinde seçmekte özgürdür²⁸.

1. Yapı Denetim Kuruluşlarının İş Sağlığı ve Güvenliğinin Sağlanması Konusundaki Yükümlülükleri

a. Genel Olarak

Yapı denetim kuruluşunun en önemli borcu, yapı sahibi ile yaptığı sözleşme gereği yapıyı denetlemektir. Kuruluşun borcu ne bir inşaat yapmak, ne inşaatla değişiklik yapmak, ne de ilave yapmak, onarmak veya yıkım gerçekleştirmektir. Kuruluşun borcu yapının, imar planlarına, projeye, fen, sanat ve sağlık kurallarına, ruhsat ve ekleri ile mevzuata uygun yapılmasını sağlamaktır. Borç, yapının yapı kullanma izninin alınması ile sona erer.

Yapı denetim kuruluşları, yapının yapıla- cağı arsanın zemin ve temel tutanaklarıyla uygulama projelerini ilgili yasalara göre incelemek, uygulama proje ve hesaplarını denetleyerek ilgili yönetimlere (belediye) "uygunluk" görüşü bildirmekle görevlidirler. Buna ek olarak, yapının yapı iznine ve eklerine uygun olarak yapılmasını, yapıda kullanılan yapı gereçlerini ve bunların projelere, teknik şartname ve standartlara uygunluğunu denetlemek de bu kuruluşların görevlerindedir. Kanun, yapı denetim kuruluşlarını yapının izin belgesine, eklerine uygun bir biçimde bitirilmiş olduğuna ilişkin bir tutanağı ilgili yönetime sunmak görevini yüklemiştir (m. 2). Bunun dışında yapı denetim kuruluşunun ayrıca, ilgili idareye bazı bildirimlerde bulunma görevi bulunmaktadır. Projelerin uygunluğu (m. 2/3-a), yapıya ilişkin bilgileri bildirme (m. 2/3-dc), malzeme ve imalatla ilgili deneyleri yaptırma (m. 2/3-d), yapım işinin ruhsat ve eklerine aykırı yürütülmesi halinde bunu bildirme (m. 2/3-g) bu görevleri arasında sayılabilir.

Yapı denetim kuruluşu ile yapı sahibi arasındaki çerçeve sözleşme içeriği ve 4708 sayılı Kanun ve Yönetmelik hükümleri incelendiğinde, bu kuruluşların asıl uğraş ve sorumluluk konusunun büyük ölçüde kanunun amacını açıklayan 2. maddesinde de ifade edildiği üzere yapının, ruhsat ve ekleri ile

mevzuata uygun olarak yapılmasını denetlemek olduğu, iş güvenliği ve sağlığı yönünden verilen görevin ikincil planda kaldığı, bunun da işvereni uyarmaktan öte gitmediği görülecektir. Görüldüğü gibi yapı denetim kuruluşlarının inşaatı yapmak, onarmak, yıkmak, değiştirmek, yapımından vazgeçmek gibi bir yetkileri yoktur. Görevi, denetlemek, yapıları tespit etmek, hatalı bulursa uyararak ve bütün bunları tutanağa bağlamaktır²⁹.

Daha önce sadece belirli büyüklükte işyerleri için öngörülen işyeri hekimi ve işgüvenliği uzmanı çalıştırmanın 6331 sayılı Kanun ile birlikte artık tüm işverenler için zorunlu hale gelmesiyle birlikte, yapı denetim kuruluşunun, denetim elemanı, teknik eleman ve diğer yardımcı elemanları çalıştıran dolayısıyla, kendisi de bir işveren olması itibarıyla, ayrıca işyeri hekimi ve işgüvenliği uzmanı çalıştırma zorunluluğunun bulunup bulunmadığı düşünülebilir. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun "Kapsam ve istisnalar" başlığını taşıyan 2. maddesine baktığımızda, yapı denetim faaliyetlerinin burada yer almadığı görülmektedir. O halde, işçi çalıştırmakla birer işveren olan yapı denetim kuruluşları, işyeri hekimi ve işgüvenliği uzmanı çalıştırmak zorundadırlar. Ne var ki, yapı denetim kuruluşu 6331 sayılı Kanun'un 6/1-a maddesi uyarınca, çalışanları arasından iş güvenliği uzmanı, işyeri hekimi ve diğer sağlık personeli görevlendirebilir.

b. Uyarıda Bulunmak

Yapı Denetimi Hakkında Kanun'un değişik maddelerinde yapı denetim kuruluşuna uyarıda bulunma görevinin yüklendiği görülmektedir. Buna göre; Yapının dışındaki parselde meydana gelmesi muhtemel yer kayması, çığ düşmesi, kaya düşmesi ve sel baskını gibi doğal yıkım olayları konusunda yapı sahibini yazılı olarak uyarmakla yükümlüdür (m. 3/3). İnceleme konumuz bakımından önem arzeden uyarma görevi ise Kanunun 2. maddesinde, işyerinde, iş güvenliği ve işçi sağlığı konusunda gerekli önlemlerin alınması için yapı müteahhidini yazılı olarak uyarmak, uyarıya uyulmadığı takdirde durumu ilgili bölge çalışma müdürlüğüne (şimdi Çalışma ve İş Ku-

rumu İl Müdürlüğü'ne) bildirmek olarak gösterilmiştir (m. 2/f)³⁰.

Konu iş sağlığı ve güvenliği olduğunda yazılı uyarının önemi artmaktadır. Zira yapı denetim hizmeti sunan kuruluş, genelde işyerine başka bir ifadeyle inşaat sahasına fiilen müdahale etmemekte, iş sağlığı ve güvenliği önleminin alınması ve sağlanması için işverenin dikkatini çekmekte, bu konuda bir davranışta bulunmasını ya da bulunmamasını söylemekte, tespit yapmakta ve rapor düzenlemektedir³¹. Uyarıda bulunma, iş kazası meydana gelmeden önce yapılması gereken bir davranış olmakla birlikte, iş sağlığı ve güvenliğinin daha fazla bozulmaması için kazadan sonra da uyarı yapılması gerekebilir. Benzer bir hüküm 6331 sayılı Kanun'un 8/2. maddesinde de bulunmaktadır. İşyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanları, görevlendirildikleri işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili alınması gereken tedbirleri işverene yazılı olarak bildirmek zorundadırlar.

Yapı denetim kuruluşlarının uyarı görevini yerine getirip getirmediği ancak bir iş kazası meydana geldiğinde gündeme gelmektedir. İş kazası 6331 sayılı Kanun'un 3/1-g maddesinde; işyerinde veya işin yürütümü nedeniyle meydana gelen, ölüme sebebiyet veren veya vücut bütünlüğünü ruhen ya da bedenen özre uğratan olay; 5510 sayılı SSGSSK madde 13'te ise; sigortalının işyerinde bulunduğu sırada; işveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle; görevli olarak işyeri dışında başka bir yere gönderilmesi nedeniyle asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda; emziren kadın sigortalının, iş mevzuatı gereğince çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda veya sigortalıların, işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere gidiş geliş sırasında meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedenen ya da ruhen özre uğratan olay olarak açıklanmıştır. İş kazası kavramının tanımı bakımından kanunlar arasında ortaya çıkan bu fark önemli uygulama sorunlarını ortaya çıkaracaktır³². Burada 6331 sayılı Kanun, iş kazası için bir tanım verirken, 5510 sayılı Kanun'un tanımla birlikte hangi hallerde meydana gelen kazanın iş kazası sayılacağını açıklaması

Yapı denetim kuruluşunun uyarı yükümlülüğü, yapıdaki her faaliyeti kapsamaz. Yükümlülükten söz edebilmek için bir inşaat faaliyetinin olması gerekir.

nedeniyle, daha kapsayıcı olması bakımından uygulanması gereken madde olacaktır. İşçi veya hak sahipleri açısından bir gelir ve aylık bağlanması söz konusu olduğunda 5510 sayılı Yasa hükümlerinin uygulanacak olmasında kuşku yoktur.

İster 6331 sayılı Kanun uyarınca isterse 5510 sayılı Kanun anlamında, iş kazası sayılan zarar verici olaylar, yapı denetim kuruluşunun her zaman hukuki sorumluluğunu doğurmaz. Öncelikle yapı denetim kuruluşunun sorumluluğu yapının yapım süresi ile sınırlıdır. Bu süre yapı sahibinin, yapı ruhsatını aldığı tarih ile yapı kullanma iznini aldığı tarih arasındaki dönemdir. Bu dönemin dışında meydana gelen iş kazalarından dolayı yapı denetim kuruluşunun uyarı görevinden söz edilemez. Belirtilen dönemin dışında meydana gelen zararlandırıcı olaylar, yapı denetim kuruluşunun yürüttüğü iş ile ilgili olarak meydana gelmemektedir.

Yapı denetim kuruluşunun uyarı yükümlülüğü, yapıdaki her faaliyeti kapsamaz. Yükümlülükten söz edebilmek için bir inşaat faaliyetinin olması gerekir. Örneğin bir kolon veya taşıyıcı kirişte elverişli olmayan malzeme kullanılması nedeniyle, kolon veya taşıyıcı kirişin üzerine binen yükün ağırlığını taşıyamayıp çökecek olması, yapım süreci ile ilgili bir uyarının yapılmasını gerektirebilir. Keza inşaat elektrik kablolarının kaçak yapması, açıktan geçirilmesi, kapatma düğmelerinin arızalı olması, her zaman için çalışan bir işçinin açıkta bulunan bu kablolarla basması sonucu ölüm ve yaralanması ile sonuçlanabileceğinden, bir inşaat faaliyeti içinde gerçekleşen ve uyarı görevine giren bir faaliyettir. Bununla birlikte işçinin yaralanmasına yol açan, inşaat alanında bulunan bir iş makinesinin bakımı esnasında işçinin çekici dü-

şürmesi inşaat faaliyeti değildir. Yapı denetim kuruluşuna kusur yüklenemez. Aynı şekilde inşaat işyerine gelip giden araçlarla ilgili faaliyet bir inşaat faaliyeti olmadığı için, yapı denetim kuruluşunun servis araçları ile ilgili iş sağlığı ve güvenliği konusunda bir uyarı görevi bulunmamaktadır. Dolayısıyla, yapı denetim kuruluşunun, işverenin veya işyerindeki her faaliyet için bir uyarı görevi yoktur.

Öte yandan yapı denetim kuruluşunun uyarıda bulunmaması ile meydana gelen kaza arasında uygun nedensellik bağının bulunması gerekir. Kazanın meydana gelmesine yol açan iş güvenliği önlemlerinin işverence alınmamasında, yapı denetim kuruluşunun uyarı görevinin etkisinin bulunması gerekir. Dolayısıyla, yapı denetim kuruluşunun işvereni uyarı yapmaması, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmamasına sebep olmalı ya da sebepleri tetiklemelidir. Bunu belirlemek her zaman kolay olmaz.

c. Uyarının Amacı

Uyarının amacı, işverenin iş sağlığı ve güvenliği konusunda alması gerekli önlemleri etkin hale getirmektir. Bu bağlamda uyarı işveren üzerinde yükümlülüklerini yerine getirmesi bakımından etkili bir araç olarak kabul edilmelidir. Yapı denetimine tabi olan müteahhit işveren, kendisine 6331 sayılı Kanun ve yönetmeliklerle getirilen önlem alma yükümlülüğünden kurtulmuş değildir. Kaldı ki, yapı müteahhidinin iş güvenliği önlemlerini alması bu uyarıya bağlı değildir. İşveren, uyarı olmasa dahi önlem almakla yükümlüdür.

Yapı denetim kuruluşunun işveren ya da işçilere karşı önlem alma ya da alınan önlemlere uyma konusunda zorlama, güç ve yaptırım uygulama yetkisi bulunmamaktadır. Hangi önlemlerin alınması gerektiği konusunda, yapı denetim kuruluşuna kanun ya da yönetmelikte bir yükümlülük getirilmemiş olmakla birlikte, önlem alınması konusundaki uyarı, doğal olarak asgari düzeyde hangi önlemlerin alınması gerektiğinin açıklanmasını da içerir. Bu içeriğe, işverence başta 6331 sayılı Kanun uyarınca çıkarılan yönetmelikler gelmek üzere³³ iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili tüm mevzuatta açıklanan yükümlülüklerin

yerine getirilmesi girer. Ancak yapı denetim kuruluşu işverenin yerine geçerek bir önlem alamaz; işverene emir ve talimat veremez.

Önlem alınması için yapı denetim kuruluşu yapı müteahhidi işverene bir süre verecek midir? Kanun ve Yönetmelikte buna ilişkin bir açıklık yoktur. Bu konuda bir süre verilmesi kanaatimizce işin doğasına uymaz. Önlem alınması için gereken süre, ancak işin niteliğinden kaynaklanan yani önlemin alınması için gereken bir süre olabilir. Ayrıca bir süre verilmesi demek, süreye uyulmadığı takdirde yaptırım uygulanmasını gerektirir. Oysa yapı denetim kuruluşunun böyle bir yetkisi bulunmamaktadır.

d. Uyarının Sonuçları

Yapı denetim kuruluşuna işçi sağlığı ve iş güvenliği konusunda uyarıda bulunma görevi yüklenmesi önemli sonuçlar doğurmaktadır. Bir uyarıda bulunabilmesi için, kuruluşun en başta iş güvenliği ve işçi sağlığı konusunda ne gibi önlemlerin alınması gerektiğini bilmesi gerekmektedir. En azından mevzuatı ve teknik gelişmeleri bilmesi gerekir. Yapı denetim kuruluşunun bilmediği konuda uyarıda bulunması mümkün değildir. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, işverenlerin işçilerine karşı yükledikleri iş sağlığı ve güvenliği ödevlerini düzenlemektedir. Bir inşaat işverenin iş sağlığı ve güvenliği konusunda yukarıda açıklanan ve alması gerekli önlemleri yapı denetim kuruluşunun bilmesi gerekir. Bu itibarla, inşaat işyerlerinde, Gürültü, Elle Taşıma İşleri ve Titreşim Yönetmeliği, alınan önlemlerin etkinliğini artırmak amacıyla hazırlanan Güvenlik ve Sağlık İşaretleri, İş Ekipmanlarının Kullanılmasında Sağlık ve Güvenlik Şartları ve Kişisel Koruyucu Donanımların İşyerlerinde Kullanılması Hakkında Yönetmelik hükümlerinin inşaat işverenlerince uygulanması gerektiğini bilmek durumundadır.

6331 sayılı Kanun'un geçici 2. maddesinin, "4857 sayılı Kanun'un 77 nci, 78 inci, 79 uncu, 80 inci, 81 inci ve 88 inci maddelerine göre yürürlüğe konulan yönetmeliklerin bu Kanuna aykırı olmayan hükümleri, bu Kanunda öngörülen yönetmelikler yürürlüğe

girinceye kadar uygulanmaya devam olunur" hükmü gereği 4857 sayılı İş Kanunu'nun 78. maddesine dayanılarak çıkarılan yönetmelik hükümleri uygulanmaya devam edilecektir³⁴. Yürürlükten kalktığı kabul edilecek olsa dahi yol gösterici olarak göz önüne alınmalıdır.

Yapı denetim kuruluşu uyarı görevi dışında iş güvenliğinden sorumlu tutulamaz³⁵. Yapı Denetimi Uygulama Yönetmeliği'nin 5/4-ı bendi uyarınca, yapı denetim kuruluşu inşaat alanında işçi sağlığı ve iş güvenliği ile çevre sağlığı ve güvenliğinin korunması için gereken tedbirlerin alınıp alınmadığını kontrol eder. Müteahhit uyarıya uymazsa yapı denetim kuruluşu yazılı olarak uyarıda bulunulduğunu ama müteahhidin buna uymadığını Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğüne bildirecektir. Yapı denetim kuruluşu uyarı görevini yerine getirdiğini tutanaklar ve müteahhide göndereceği ihtarnameler yoluyla ispat edebilir. İş sağlığı ve güvenliğini sağlamaya yönelik uyarıları müteahhide bildirdiğini ispat ettiği takdirde sorumluluktan kurtulur³⁶. Sözlü uyarılar bu konuda yeterli değildir. Bu hususu tanıklar yoluyla ispat edemez.

Yapı denetim kuruluşunun kanun ve yönetmelikle öngörülen uyarma, kontrol ve bildirme görevlerini yerine getirmemesi veya eksik yerine getirmesi halinde, meydana gelen iş kazası veya meslek hastalığından doğan hukuki sorumluluğunda bu durum kendisine kusur olarak yansıtılır. İşyeri veya işletme yönetimi ya da güvenlik açısından her zaman değişiklikler meydana gelebileceğinden, uyarı, özü itibarıyla aktüel hale getirilmesi gereken kesintisiz bir yükümlülük olarak kabul edilmelidir.

Uyarının ortaya çıkaracağı bir başka önemli sonuç ise, ispat boyutuyla ilgilidir. Sorumluluk hukuku kapsamında uyarının yapıldığının ispatı, iş kazalarından dolayı gerek işveren ve gerekse işçi için kusurun belirlenmesinde ispat kolaylığı sağlar.

2. Yapı Denetim Kuruluşlarının Hukuki Sorumluluğu

Sağlıksız yapılaşma dolayısıyla ortaya çıkan yapı zararları bakımından zarara uğra-

Türk hukukunda yapı denetim kuruluşlarının sorumluluğu konusu özel bir kanun ile düzenlenmiştir; ancak yetersizdir.

yanların zararlarını gidermeyi sağlayacak TBK m. 69 ve TMK m. 730'daki sorumluluk hükümleri dışında mevzuatta başka sorumluluk hükümleri bulunmamaktadır. Kaldı ki, gerek TBK ve gerekse TMK'deki düzenlemeler, taşınmaz maliki açısından getirilmiş sorumluluğa ilişkin hükümlerdir. Oysa yapım hatası nedeniyle yapıların yıkılması veya parçalarının ayrılması sonucunda yalnızca üçüncü kişiler değil, yapıların malikleri de zarara uğramaktadırlar.

Türk hukukunda yapı denetim kuruluşlarının sorumluluğu konusu özel bir kanun ile düzenlenmiştir; ancak yetersizdir. Bu yetersizlik, gerek yapı denetim kuruluşları, gerekse üçüncü kişiler açısından, sorumluluk nedeniyle, bazı durumlarda hukukun genel ilkelerine ve diğer kanunlara başvurma zorunluluğunu ortaya çıkarmaktadır. Yapı denetim kuruluşlarının hukuksal sorumluluğu, 4708 sayılı Kanun'un 3. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre: "Yapı denetim kuruluşları, denetçi mimar ve mühendisler, proje müellifleri, laboratuvar görevlileri ve yapı müteahhidi ile birlikte yapının ruhsat ve eklerine, fen, sanat ve sağlık kurallarına aykırı, eksik, hatalı ve kusurlu yapılmış olması nedeniyle ortaya çıkan yapı hasarından dolayı yapı sahibi ve ilgili idareye karşı, kusurları oranında sorumludurlar."

a. Yapı Hasarlarından Dolayı Sorumluluğu

Yapı denetim kuruluşunun ilgili idareye ve yapı sahibine karşı olmak üzere iki çeşit sorumluluğundan söz edilebilir. Bunlardan ilki kamusal niteliği olan fenni mesuliyettir³⁷. Yapıların denetiminden kaynaklanan ilişkide, yapı denetim kuruluşu görevini yaparken bir takım kamusal kurallarla bağlıdır. Bu bağlılık, yapıyı denetleme zorunluluğunun

yapı sahibinin rızasını gerektirmediği özellikle, yapının ruhsat ve eklerine, mevzuata ve teknik kurallara uygun olarak yapımının tamamlanmasında kendini gösterir. Bir yapının yapımı, tek başına, yapı sahibi ile arasındaki mülkiyet ilişkisinin ötesinde, başka yapıların da etki alanına aldığı, insanların ortak kullanımına ait cadde, sokak, kaldırım gibi ortak sahaları etkiler. Fazla sayıda bağımsız bölümden meydana gelen yapılarda ise, yararlananların çokluğu, yararlananların ve yapının kullanım şeklinin zaman içinde sürekli olarak değişkenlik göstermesi gibi olgular ile yapının niteliği, konumu, özgülendiği amaç gibi unsurlar, yapının kamuyu ilgilendiren yönünü ortaya koymaktadır. Böylece, denetim kuruluşu, yapı denetimi yaparken, kamusal ve toplumsal sorumluluk da üstlenmiş olmaktadır. Denetim sırasında uygulanan kural ve yöntemler kaynağını sözleşmeden değil, yapı tekniği ve biliminden alır. Yapı denetim kuruluşu öncelikle bu kurallarla bağlıdır³⁸.

b. İş Kazalarından Dolayı Sorumluluğu

Yapı denetim kuruluşu inşaat işyerinde ve işinde, işçi ya da işveren olmadığı gibi bunlardan birisinin yanında yer alan bir kişi de değildir. İnşaat işyerinde, yapım işini kamu ve yapı sahibi adına denetleyen üçüncü kişi durumundadır. İnşaat işverenin (yapı müteahhidi) işçisinin geçirdiği iş kazasında sorumluluk açısından da üçüncü kişidir. Bu nedenle, iş kazasındaki sorumluluğu TBK'nın haksız fiile ilişkin hükümlerine göre değerlendirilmelidir³⁹. Üçüncü kişi, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 21. maddesinin dördüncü fıkrasına göre; kazaya, hastalığa veya meslek hastalığına uğrayan sigortalı ile bunun işvereni dışında kalan tüm kişileri ifade etmektedir.

Yapı denetim kuruluşları tüzel kişiliği haiz kuruluşlar olması itibarıyla, inşaat işyerinde görev yapan denetim elemanlarının haksız fiillerinden kaynaklanan sorumlulukları, Türk Medeni Kanunu'nun 50/1. maddesi ile Türk Ticaret Kanunu'nda, özel hukuk tüzel kişisi olan şirketlerin sorumluluğunu düzenleyen

hükümlere tabidir (TTK. m. 371, 570, 632, 234, 280, 317). Tüzel kişiler, bir sözleşmeyi, borcu, işlevi veya yükümlülüğü yerine getirirken “yardımcı kişi” kullanabilirler. Dolayısıyla, yalnızca yürütme organları aracılığı ile değil, organları tarafından seçilen ve görev verilen “yardımcı kişiler” aracılığı ile de işlerini görürler. Yardımcı kişi tüzel kişinin kendi personeli olabilir. Yapı denetim kuruluşu üstlendiği yapı denetim işini hizmet sözleşmesi ile çalışan denetim elemanlarına yaptırırken, bunların yardımcı kişi sıfatıyla verdikleri zararlardan dolayı TBK'nın 66. veya 116. maddesi uyarınca sorumludur⁴⁰.

c. Kusur

Hukukta bir zararın ortaya çıkması halinde sorumluluk, ya haksız bir eyleme ya kanuna ya da sözleşmeye dayalı olarak ortaya çıkar. Yapı denetim kuruluşunun yapı sahibine karşı olan sorumluluğu sözleşmeden kaynaklanmaktadır. Kanunun “kusurları oranında sorumludurlar” ifadesinden (m. 3) kusur sorumluluğu ilkesinin benimsenmiş olduğunu anlıyoruz.

Bir kimsenin sorumluluğundan bahsedebilmek için aranacak temel koşul, sorumlu tutulacak kişinin işlediği bir eylemin bulunmasıdır. Kendisinden tazminat istenecek kişinin bir eylemi yoksa sorumluluğu da söz konusu olmayacaktır. Denetim borcunun bir özen borcu olduğu sonucuna varıldığı takdirde uyarı borcuna aykırı eylem; uyarının hiç yapılmaması, eksik yapılması, yerinde ve zamanında yapılmaması, kötü yapılması yani özensiz yapılması şeklinde ortaya çıkabilir. Sorumlu bu davranışları ya tamamen yerine getirmemekte ya da gereği gibi yerine getirmemekte suretiyle yapması gereken aktif davranışı yapmamaktadır. Bu davranış kusuru meydana getirir. Bunun aksine davranılması, iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesinde yapı denetim kuruluşuna yüklenen kusur oranını artıracaktır. Zira uyarıda bulunma borcu, yapı denetim kuruluşuna ait kanundan kaynaklanan bir borçtur. İş kazasında, yapı denetim kuruluşu kendisine kanun ile yüklenen uyarma görevini yerine

getirmemekte başka bir ifadeyle alınması gereken önlemlerin alınmasındaki uyarı görevini yerine getirmekte gerekli özeni göstermemektedir. Yapı denetim kuruluşunun uyarı görevi objektif ölçüler içinde değerlendirilmelidir. Bunun anlamı, o işle uğraşan ortalama bir kişinin, söz konusu durumda yapması gereken uyarı davranışdır. Yapılması gereken uyarı, bu bağlamda gerekli özenin gözenin gösterilip gösterilmediği ve kusur, normal ve ortalama bir denetçinin aynı durum ve koşullarda yapacağı davranış ile işyerinde ayrıca bir işyeri hekimi ve işgüvenliği uzmanının bulunduğu da göz önüne alınarak, her somut olaya göre belirlenmelidir.

Denetim işinin ayrı bir meslek ve uzmanlık alanı haline getirilmiş olması nedeniyle gösterilmesi gereken özenin derecesi de artmaktadır. Böylesine yüksek özen borcu altında olan denetçi ya da kuruluş öncelikle; meslekleri ile ilgili mevzuatı, mesleğin gerekli kıldığı temel fen ve sanat kurallarını, bu alanla ilgili olmak üzere bilim ve tekniğin değişmez kurallarını, genel olarak bilinen, kabul edilen ve uygulanan kural ve yöntemleri bilmek zorundadır. Bilmemeleri ağır kusur oluşturur. Bilmek yetmez, ayrıca bu kural ve yöntemlerde zaman içinde meydana gelen değişiklikleri de takip etmek zorundadırlar. Burada şunu da eklemek gerekir ki, denetçinin bilmek zorunda olduğu fen, sanat ve sağlık kuralları yapı denetimi hakkındaki kanunda tanımlanmış değildir. Bunun için, inşaatta benzer işler için uyulması gereken ve yapıldığı tarih itibarı ile bilim, fen ve tekniğin elverdiği kural ve olanakların kullanılıp kullanılmadığına bakılacaktır. Bu alanla ilgili asgari kriterlerin yapıda uygulanıp uygulanmadığı mutlaka araştırılmalıdır. Sanat kurallarına aykırılık, yapının tarzına ve yapının özgülendiği amaca uygun yapılıp yapılmadığına bakılarak saptanabilir⁴¹.

Bu kuralların uygulanması bakımından; ulusal mevzuatta hüküm bulunup bulunmadığına bakılır. Böyle bir düzenleme bulunmadığı takdirde yapının fen, sanat ve sağlık kurallarına uygunluğu ulusal veya uluslararası standartlara, bunların da bulunmaması ha-

linde söz konusu yapı sektöründeki iyi uygulama kodları veya bilim ve teknoloji düzeyi ile genel uygulamalara ilişkin beklentiler ve iyiniyet kuralları dikkate alınarak değerlendirme yapılmalıdır. Meslek, fen ve sanat kuralları yasa, yönetmelik ya da standart olarak zaman zaman ilgili bakanlık ve Türk Standartları Enstitüsü tarafından yayımlanmaktadır. Dolayısıyla, yapı hasarının ve iş kazalarının ortaya çıkmaması için hukuk düzeninin öngördüğü standartların altına düşen davranış ve uygulamalar kusur olarak nitelenecektir⁴². Örneğin inşaat alanına hiç gitmeksizin kullanılan demir veya beton kontrol edilmeden uygunluk raporu vermek ağır ihmal olarak nitelenebilir.

d. Sorumluluğun Kapsam ve Sınırları

Yapı denetim kuruluşlarının sorumluluğunun kapsamı 4708 sayılı Kanun bağlamında, yapı hasarı sonucuna bağlanmıştır⁴³. Yapı hasarı denilen husus yapıda meydana gelen, parayla ölçülebilen maddi değeri olan bir zarardır. Yapı hasarı dışında bir zarar meydana geldiğinde örneğin, insan sağlığına bir zarar geldiğinde yapı denetim kuruluşunu yapı denetimi hakkındaki kanuna göre sorumlu tutmak mümkün değildir. İnsan veya eşyalar yapı olmadığına göre bunlardan dolayı bir sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Ayrıca bu kanuna göre manevi zararlardan sorumlu tutulamaz. Çünkü bunlar yapı hasarı kavramı içinde değildir. O zaman insan sağlığına gelen zararlardan dolayı kusurlu olan yapı denetim kuruluşunu, 4708 sayılı Kanun'a göre değil, genel hükümlere göre yani Türk Borçlar Kanunu hükümlerine göre sorumlu tutmak mümkün olacaktır. Yapım işinde ölen ya da yaralanan işveren müteahhidin işçisi ile yapı denetim kuruluşu arasında herhangi bir sözleşmesel ilişki bulunmamaktadır. Öte yandan işveren ile yapı denetim kuruluşu arasında herhangi bir asıl/alt işveren ilişkisinden de söz edilemez. Yapı denetim kuruluşu ile işveren arasındaki ilişki bir işçi-işveren ilişkisi değildir. Yapı denetim kuruluşu, işverenin danışmanı olarak görev yapmamaktadır. Yapı denetim kuruluşunun sorumluluğu, haksız fiil

hükümlerine dayanmaktadır. Bu nedenle, iş kazası sonucu zarara uğrayan kişi, yapı denetim kuruluşunun kusurunu, kendi zararını ve nedensellik bağıını ispat etmek zorunda kalacaktır⁴⁴.

İşyeri dışındaki uzman kişi ve kuruluşlardan hizmet alınması, işverenin sorumluluklarını ortadan kaldırmaz (6331 s. k. m. 4/2). İş sözleşmesinin tarafı kim ise, işyerindeki tehlikelere karşı işçiyi korumak da onun yükümlülüğündedir. Bu yükümlülük, her zaman işçinin iş sözleşmesiyle bağlı olduğu işverene aittir. İş sağlığı ve güvenliğini sağlama ödevi, iş sözleşmesinin niteliğinden doğan bir borçtur. Dolayısıyla, işveren müteahhit adına görev yapmayan yapı denetim kuruluşundan, işyerindeki iş sağlığı ve güvenliği sorunlarını çözmesi, tehlikeyi gidermesi, uygun cihazları yerli yerine kurdurması beklenmemelidir.

IV. Sonuç

İnşaat (bina inşaatı) işleri çok tehlikeli iş niteliği taşıdığından, inşaat işverenleri, çalışma mevzuatımızda öngörülen iş kazası ve meslek hastalıklarının önlenmesinde en etkili yöntem olan işyeri örgütlenmesini oluşturmakla yükümlüdürler. Buna ek olarak, inşaat işverenleri hem projenin hazırlanması hem de uygulanması sırasında sağlık ve güvenliğinin sağlanmasından sorumlu bir sağlık ve güvenlik koordinatörü bulundurmakla yükümlü tutulmuştur. Kapsamı geniş tutulan yükümlülüklerin nasıl uygulanacağı, yönetmeliklere ve tebliğlere bırakılmıştır. Söz konusu iş sağlığı ve güvenliği sistemi, mevzuatın tanımladığı ölçülere uygun işgüvenliği uzmanı ve işyeri hekimi istihdamı bakımından işletmelere ciddi ekonomik yükler getirecektir. Çalışma hayatı için çok önemli olan iş güvenliği ve sağlığında, somut yükümlülüklerin belirlenmesi işinin, idare tarafından kolayca değiştirilebilen ya da yargı tarafından iptal edilebilen, kanunun altında kalan düzenleyici işlemlere bırakılması, bu alandaki istikrar ve hukuki güvenlik bakımından sakıncalar doğuracaktır. İnşaat işverenleri diğer işverenlerden farklı olarak, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması konusunda, 4708 sayılı Yapı Deneti-

mi Hakkında Kanun'un 1. maddesi uyarınca, belediye ve mücavir alan sınırları içinde ve dışında kalan yerlerde yapılacak yapılar bakımından, yapı denetim kuruluşunun uyarısına muhatap olmak durumundadır. Bu nedenle, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmasında uyarı görevini yerine getirmeyen yapı denetim kuruluşuna, kaza sonucu insana gelen zararlardan dolayı kusur yüklenebilir ve tazminatla sorumlu hale gelir⁴⁵.

DİPNOTLAR

- 1 Caniklioglu Nursen, "6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda Öngörülen İşveren Yükümlülükleri", Çalışma Mevzuatı Seminer Notları, Antalya 2012, s. 30 vd.; Caniklioglu Nursen, "İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısına Göre İş Güvenliği Uzmanı ve İşyeri Hekimi İstihdamı", İşveren Dergisi, S. 3, Mayıs-Haziran 2012, s. 104; Alpagut Gülsevil, "İş Sağlığı ve Güvenliği Yasa Tasarısında İşverenin Yükümlükleri ve Risk Değerlendirmesi", İşveren Dergisi, S. 3, Mayıs-Haziran 2012, s. 100.
- 2 Süzek Sarper, İş Hukuku, İstanbul 2012, s. 419; Mollamahmutoğlu Hamdi/Astarlı Muhittin, İş Hukuku, Ankara 2011, s. 624; Seratlı Gaye Burcu, İş Kazasından Doğan Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, Ankara 2003, s. 25.
- 3 Süzek Sarper, İş Güvenliği Hukuku, Ankara 1985, s. 176 vd.; Akın Levent, İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat, Ankara 2001, s. 57-59.
- 4 Süzek, İş Hukuku, age, s. 419; Mollamahmutoğlu/Astarlı, age, s. 629; Sümer Haluk Hadi, İş Hukuku, Konya 2011, s. 86.
- 5 Sümer, age, s. 86.
- 6 Süzek, İş Güvenliği, age, s. 176 vd.; Baycık Gaye, "Yeni Düzenlemeler Açısından İnşaat İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri", AÜHFD, 60 (2) 2011, s. 229.
- 7 Baycık, agm, s. 230.
- 8 Süzek, İş Güvenliği, age, s. 179 vd.; Süzek, İş Hukuku, age, s. 863-878; Caniklioglu, agt, s. 39; Alpagut, agm, s. 100; Akın Levent, "Risk Değerlendirme Yönetmeliğinin İş Sağlığı ve Güvenliğine Katkısı (Taslak Üzerine Bir Değerlendirme)", Sicil Mart 2012, S. 25, s. 33 vd.
- 9 Ceylan Saadet, "İSG Yasa Tasarısı Orijinal bir Çalışma mı? Neler Getiriyor? Neler İhmal Edilmiş Durumda?", İşveren Dergisi, S. 3, Mayıs-Haziran 2012, s. 92; Aktekin'e göre her türlü ibaresi yükümlülüğü sınırsız hale getirmektedir (Aktekin Şeyda, "İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun Tasarısı Taslağında Dünden Bugüne", Sicil Mart 2012, s. 98).
- 10 Süzek, İş Güvenliği, age, s. 179 vd. Süzek, İş Hukuku, age, s. 863; Mollamahmutoğlu/Astarlı, age, s. 1181; Eren Fikret, Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşkazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu, Ankara 1974, s. 36-41.
- 11 Baycık, agm, s. 233.
- 12 Caniklioglu, agt, s. 36.
- 13 Süzek, İş Hukuku, age, s. 865; Mollamahmutoğlu/Astarlı, age, s. 1182.
- 14 Süzek, İş Hukuku, age, s. 865; Caniklioglu, agt, s. 37.
- 15 Mollamahmutoğlu/Astarlı, age, s. 760; Süzek, İş Hukuku, age, s. 707.
- 16 Aydın İbrahim, "İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısında ve/veya Kanunu'nda Alt İşveren- "...Başka İşyerlerinden Çalışmak Üzere Gelen Çalışanlar..." Kavramının Anlamı Üzerine Genel Değerlendirme", Sicil Haziran 2012, s. 21 vd.; İren Ertan, "Geçici İş İlişkisinde İşverenlerin İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemleri Alma Yükümlülüğü", AUHFD, 60 (2) 2011, s. 288 vd.
- 17 Alpagut, agm, s. 103.
- 18 Alpagut, agm, s. 103.
- 19 Altı aydan fazla süren asıl işveren-alt işveren ilişkisinin bulunduğu hallerde (m. 22/2); 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 kurula iş birliği ve koordinasyonu sağlamak üzere vekâleten yetkili bir temsilci atar. ç) Kurul oluşturması gerekmeyen asıl işveren ve alt işverenin toplam çalışan sayısı elliden fazla ise, koordinasyonu asıl işverence yapılmak kaydıyla, asıl işveren ve alt işveren tarafından birlikte bir kurul oluşturulur. (3) 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.
- 20 Ertürk'e göre, işverenin alması gereken tüm tedbirleri yazılı olarak bildirmesini beklemek yerinde olmamıştır, hangi hususlara ilişkin tedbirlerin işverene yazılı olarak bildirilmesi gerektiği konusunda bir ayırım ve sınırlama yapılması gerekmektedir (Ertürk Şükran, "İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda İşverene Getirilen Yükümlülükler", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 24, Eylül 2012, s. 17).
- 21 Ertürk'e göre bunun kanun yerine tebliğ ile yapılması kabul edilemez (Ertürk, agm, s. 18).
- 22 26.12.2012 tarihli resmi gazetede yayımlanarak yürürlüğe girdi.
- 23 Yılmaz Fatih, "Risk Değerlendirmesinde Yöntem Sorunu ve Risk Değerlendirmesi Yönetmeliği Taslağı Üzerine Bir Değerlendirme", Mercək Dergisi, Sayı 66, Nisan 2012, s. 111.
- 24 Yönetmeliğin 6. maddesine göre risk değerlendirmesi ekibi aşağıdakilerden oluşur:
a) İşveren veya işveren vekili.

b) İşyerinde sağlık ve güvenlik hizmetini yürüten iş güvenliği uzmanları ile işyeri hekimleri.

c) İşyerindeki çalışan temsilcileri.

ç) İşyerindeki destek elemanları.

d) İşyerindeki bütün birimleri temsil edecek şekilde belirlenen ve işyerinde yürütülen çalışmalar, mevcut veya muhtemel tehlike kaynakları ile riskler konusunda bilgi sahibi çalışanlar.

(2) İşveren, ihtiyaç duyulduğunda bu ekibe destek olmak üzere işyeri dışındaki kişi ve kuruluşlardan hizmet alabilir.

(3) Risk değerlendirmesi çalışmalarının koordinasyonu işveren veya işveren tarafından ekip içinden görevlendirilen bir kişi tarafından da sağlanabilir.

- 25 Yılmaz, agm, s. 110.
- 26 Caniklioğlu, agt, s. 41.
- 27 Yılmaz Halil, Türk Hukukunda Yapı Denetim Kuruluşlarının Hukuksal Sorumluluğu, Ankara 2008, s. 28.
- 28 Yılmaz, age, s. 60.
- 29 Yılmaz, age, s. 91 vd.
- 30 Yapı Denetimi Hakkında Yönetmelik madde 5/4 f bendine göre; "Yazılı ihtarına rağmen ruhsata ve eklerine aykırı iş yapan işçi ve ustanın durumunu tespit eder ve yapı müteahhidine bildirir. Bu durum devam ettiği takdirde, ilgili idareye yazılı olarak bildirimde bulunur". I bendine göre; "İnşaat alanında işçi sağlığı ve iş güvenliği ile çevre sağlığı ve güvenliğinin korunması için gereken tedbirlerin alınıp alınmadığını kontrol eder".
- 31 Yılmaz, age, s. 106 vd.
- 32 Alpagut, agm, s. 100; Caniklioğlu, agt, s. 63; Güzel Ali/Okur Ali Rıza/Caniklioğlu Nurşen, Sosyal Güvenlik Hukuku, İstanbul 2012, s. 397 vd.
- 33 6331 sayılı Kanun'un 30. maddesiyle ilgili yönetmelik düzenlemesi 29.12.2012 tarihli ve 28512 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliği (İSGHY), aynı tarih ve sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren İş Güvenliği Uzmanlarının Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik (İGUY), 29.12.2012 tarih ve 28512 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren İş Sağlığı ve Güvenliği Risk Değerlendirmesi Yönetmeliği (İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 10 uncu ve 30 uncu maddelerine dayanılarak hazırlanmıştır); 18.01.2013 tarih 28532 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu kapsamına giren, elli ve daha fazla çalışanın bulunduğu ve altı aydan fazla süren sürekli işlerin yapıldığı işyerlerini kapsayan İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulları Hakkında Yönetmelik ile 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 21 inci maddesine dayanarak hazırlanıp 05.02.2013 tarih 28550 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Ulusal İş Sağlığı ve Güvenliği Konseyi Yönetmeliği sayılabilir.
- 34 Caniklioğlu, agt, s. 71.
- 35 "Ü. Mimarlık Limited Şirketinin Denizli Yetim Aciz

ve Muhtaçları Koruma Vakfına ait yaşlı dinlenme evi inşaatının A-blok kaba inşaatının yapımını üstlendiği zemin kat taban tabliyesinin çelik pano kalıplarının monte edilmesi sırasında yeterli önlemlerin alınmaması nedeniyle adı geçen firmanın işçisi olan M.K'nın 3 metre yükseklikten düşerek ölmesi şeklinde gelişen olayda; T.Y'nin sözü edilen firmanın mimarı ve olayın vuku bulduğu inşaatın da fenni sorumlusu olduğu iş güvenliği önlemlerinde sorumlu olacağı sanık K.T.'nin ise M. Yapı Denetim Şirketi sorumlusu olup, yapı denetim sorumlusu olarak yapının proje ve hesaplara uygun ve sağlam şekilde yapılmasından sorumlu olduğu ve iş güvenliğinden sorumlu tutulamayacağı dikkate alındığında Yapı Denetim Firması sorumlusu olan K.T.'nin kusurlu olmadığını bildiren diğer bilirkişi raporlarına nazaran, inşaatın düşme şeklinde gelişen iş kazasında sorumlu olduğunu bildiren, 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanununun 2.f maddesini yanlış yorumlayan ve yetersiz olan bilirkişi raporuna dayanılarak atılı suçtan beraati yerine mahkumiyetine karar verilmesi, Kanuna aykırı, sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmemiş olduğundan hükmün bu sebepten dolayı bozulmasına" (Y. 12. CD'nin 18.7.2011 tarih, 2011/1076-405 sayılı Kararı).

- 36 "Yerel mahkemenin hükmüne esas aldığı kusur raporunda davacıya % 30, davalı asıl işveren H. İnş. Taah. ve Tic. Ltd. Şti. ile davalı alt işveren O. Enerj Sis. İnş. San. ve Tic. Ltd. Şti.'ye % 70 oranında kusur verilerek kusur dağılımına gidildiği, uyarı görevini yerine getirmesi nedeniyle T. Yapı Denetim Ltd. Şti'nin kusurun bulunmadığının belirtildiği görülmektedir. Davacılar vekilinin temyiz dilekçesi ekindeki Kadıköy 6.Asliye Ceza Mahkemesinin duruşma tutanağı örneğine göre T. Yapı Denetim Ltd. Şti.'nin görevlisi olan A.R.A.'nın mahkûm olduğu anlaşılmaktadır. Dosya içerisinde bulunan ve hazırlık soruşturması sırasında düzenlendiği anlaşılın 31.03.2008 tarihli kusur raporunda da, aynı kişiye tali kusur verildiği görülmektedir. Her ne kadar BK'nın 53. maddesine ve yerleşik Yargıtay uygulanmasına göre, hukuk hakimi: kusur ve derecesinin belirlenmesi bakımından ceza mahkemesinin kesinleşmiş kararları ile ilke olarak bağlı değilse de, ceza mahkemesinden verilen sanığın isnat edilen eylemi işlemediğinin kesin olarak tespiti olgusuna dayalı beraat kararı ile o eylemin hukuka aykırılığını ve failini belirleyen mahkumiyet kararına bu yönleri ile bağlıdır. Hal böyle olunca ceza davasının sonucunun beklenerek, ceza davasında kesinleşen olgular dikkate alınmak suretiyle kusur durumunun belirlenmesi gerekirken, T. Yapı Denetim Ltd. Şti.'nin kusursuz olduğuna ilişkin kusur bilirkişi raporunun hükme esas alınması isabetsiz olmuştur" (Y. 21. HD.'nin 08.3.2011 tarih, 2010/11147-2010 sayılı Kararı).
- 37 Yapı Denetimi Hakkındaki Yasanın 3. maddesine göre, yapı denetim kuruluşlarının sorumluluğunun esasları, "bu yasanın uygulanmasında, yapı denetim kuruluşları imar mevzuatı uyarınca öngörülen fennî mesuliyeti ilgili yönetime karşı üstlenir" şeklinde açıklanmıştır. İlgili yönetimin neresi olduğu 4708 sayılı Yasa'nın 1/b maddesinde gösterilmiştir. İlgili yönetim: "Belediye ve mücavir alan sınırları içindeki uygulamalar için bü-

yükşehir belediyeleri ile diğer belediyeleri, bu alanlar dışında kalan alanlarda valilikleri, yapı ruhsatı ve kullanma izin belgesi verme yetkisine sahip diğer idareleri" ifade etmektedir. İmar Yasası'nın 28. maddesinde fenni mesulün görevi: Yapıyı ruhsat ve eklerine uygun olarak yaptırmak, yapı ruhsat ve eklerine aykırı ise, bu durumu ruhsat veren organa bildirmek gibi, kamu yararının gerçekleşmesi amacına yönelik olarak, yapılaşma sürecini kamu adına izlemek ve denetlemek ve ona karşı sorumlu olmak şeklinde belirlenmiştir. Fenni mesuliyet, denetim kuruluşunun yaptığı işin kamuyu ilgilendiren yönünü ve kamuya karşı olan sorumluluğunu ortaya koymaktadır.

- 38 Yılmaz, age, s. 118 vd.
- 39 Oğuzman M. Kemal/Öz M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1995, s. 469 vd.; Tekinay Selahattin Sulhi/Akman Sermet/Burcuoğlu Haluk/Altop Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 484 vd.
- 40 Özsunay Ergun, Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, İstanbul 1974, s. 58.
- 41 Erten M. Ali, Türk Hukukunda Yapıların Neden Oldukları Zararlardan Dolayı Sorumluluk, Ankara 2000, s. 63.
- 42 Ergun Özsunay, "Türk Hukukunda İşletenin Sorumluluğu ve Sorumluluktan Kurtulması Bakımından Kusurun Etkisi ve Önemi", Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, 21-22 Ekim 1977, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayın No: 623, İstanbul 1980, s. 69.
- 43 Yılmaz, age, s. 166 vd.
- 44 Oğuzman/Öz, age, s. 523; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, age, s. 577.
- 45 Y. 21. HD.'nin 12.02.2013 tarih, 2012/7677-2089 sayılı ve 02.07.2012 tarih, 2012/4914-12710 sayılı Kararları.

KAYNAKLAR

- Akın İlevent, "Risk Değerlendirme Yönetmeliğinin İş Sağlığı ve Güvenliğine Katkısı (Taslak Üzerine Bir Değerlendirme)", Sicil Mart 2012
- Akın İlevent, İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat, Ankara 2001
- Aktekin Şeyda, "İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun Tasarısı Taslağında Dünden Bugüne", Sicil Mart 2012
- Alpagut Gülsevil, "İş Sağlığı ve Güvenliği Yasa Tasarısında İşverenin Yükümlükleri ve Risk Değerlendirmesi", İşveren Dergisi, S. 3, Mayıs-Haziran 2012
- Aydınlı İbrahim, "İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı'nda ve/veya Kanunu'nda Alt İşveren- "...Başka İşyerlerinden Çalışmak Üzere Gelen Çalışanlar..." Kavramının Anlamı Üzerine Genel Değerlendirme", Sicil Haziran 2012
- Baycık Gaye, "Yeni Düzenlemeler Açısından İnşaat İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri", AÜHFD, 60 (2) 2011
- Caniklioğlu Nurşen, "6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği

Kanununda Öngörülen İşveren Yükümlülükleri", Çalışma Mevzuatı Seminer Notları, Antalya 2012

- Caniklioğlu Nurşen, "İş Sağlığı ve Güvenliği Yasa Tasarısı'na Göre İş Güvenliği Uzmanı ve İşyeri Hekimi İstihdamı", İşveren Dergisi, S. 3, Mayıs Haziran 2012
- Ceylan Saadet, "İSG Yasa Tasarısı Orijinal bir Çalışma mı? Neler Getiriyor? Neler İhmal Edilmiş Durumda?", İşveren Dergisi, S. 3, Mayıs-Haziran 2012
- Eren Fikret, Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşkazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu, Ankara 1974
- Erten M. Ali, Türk Hukukunda Yapıların Neden Oldukları Zararlardan Dolayı Sorumluluk, Ankara 2000
- Ertürk Şükran, "İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda İşverene Getirilen Yükümlülükler", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 24, Eylül 2012
- Güzel Ali/Okur Ali Rıza/Caniklioğlu Nurşen, Sosyal Güvenlik Hukuku, İstanbul 2012
- İren Ertan, "Geçici İş İlişkisinde İşverenlerin İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemleri Alma Yükümlülüğü", AUHFD, 60 (2) 2011.
- Mollamahmutoğlu Hamdi/Astarlı Muhittin, İş Hukuku, Ankara 2011
- Oğuzman M. Kemal/Öz M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1995
- Özsunay Ergün, Tüzel Kişiler, İstanbul 1982
- Özsunay Ergun, "Türk Hukukunda İşletenin Sorumluluğu ve Sorumluluktan Kurtulması Bakımından Kusurun Etkisi ve Önemi", Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, 21-22 Ekim 1977, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayın No: 623, İstanbul 1980
- Seratlı Gaye Burcu, İş Kazasından Doğan Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, Ankara 2003
- Sümer Haluk Hadi, İş Hukuku, Konya 2011
- Süzek Sarper, İş Hukuk, İstanbul 2012
- Süzek Sarper, İş Güvenliği Hukuku, Ankara 1985
- Tekinay Selahattin Sulhi/Akman Sermet/Burcuoğlu Haluk/Altop Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993
- Yılmaz Halil, Yapı Denetim Kuruluşlarının Hukuksal Sorumluluğu, Ankara 2008

Halil ÖZDEMİR

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Üyesi

Yargı Kararları Işığında 5510 Sayılı Yasa'nın 56/Son Maddesi Boşandığı Eşiyle Birlikte Yaşayanın Gelir ve Aylığının Kesilmesi İncelemesi

1- GİRİŞ

Sosyal güvenlik hukukumuzda, aylıkların bağlanma şartları ve bağlandıktan sonra ise kesme nedenleri ayrı ayrı düzenlenmiştir. 01.10.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5510 sayılı Yasa'nın "Gelir ve aylık bağlanmayacak haller" başlığı altında 56. maddesinde "Ölen sigortalının hak sahiplerinden; ... Eşinden boşandığı halde, boşandığı eşiyle fiilen birlikte yaşadığı belirlenen eş ve çocukların, bağlanmış olan gelir ve aylıkları kesilir. Bu kişilere ödenmiş olan tutarlar, 96 ncı madde hükümlerine göre geri alınır." denilmekle yeni bir aylık bağlama şartı, aylık bağlanmış ise kesme nedeni olarak mevzuatımıza girmiştir.

Eşinden boşandığı halde eşiyle fiilen birlikte yaşayan eşlerin gelir ve aylık almaya devam etmeleri, toplumu ve SGK'yı tedirgin etmekteydi. Anılan yasal düzenlemeden sonra, Sosyal Güvenlik Kurumu'nun, anne, baba ya da eşinden kalan emekli maaşını alabilmek için sahte boşanma işlemi yapan kadınları ta-

kip etmek için özel bir tim kurduğu ve Şubat 2013 itibariyle yaklaşık 12 bin sahte boşanma tespit edilip aylıkları kesilirken, 50 bin civarında kişinin bu yolla haksız maaş aldığı tahmin edildiği, 24 bin kişi hakkında Cumhuriyet Savcılığına dolandırıcılıktan suç duyurusunda bulunulduğu basında yer aldı¹. Bu konu, basında defalarca haber konusu yapıldı, değişik makaleler kaleme alındı ve sempozyumlarda tartışma konusu oldu.

Ölüm aylığı, Yasa Koyucunun, Anayasa'da belirtilen sosyal güvenlik hakkı kapsamında sigortalının ölümü ile belli koşulların varlığı halinde, sigortalının geride kalan hak sahiplerine yaptığı bir ödemedir. Ölüm olayı, geçimleri sigortalı tarafından sağlananlar açısından güvence altına alınması gereken bir risktir. Ölüm sigortası, sosyal güvenlikte, koruma birimi olarak aileyi esas almanın bir sonucudur. Gerçekten, ölüm, aileyi geçindirme olgusu ile doğrudan bağlantılıdır. Zira aileyi geçindiren kişi ya da kişilerden birinin ölümü, geride kalanlar açısından bir sosyal tehlike olarak or-

taya çıkar². Sigortalının ölümü ile sigortalı tarafından destek olunan, belli şartları haiz hak sahiplerine, muhtaç duruma düşmemeleri için sosyal güvence olarak devlet tarafından ödeme yapılmaya devam edilmektedir.

Ölüm aylığına hak kazanabilmenin en temel koşullarından birisi de evli olmamaktır. Çünkü eş veya kız çocuğu evlenmekle ekonomik güvenceye kavuşacağı, eşinden ekonomik destek alacağı varsayılmaktadır. Toplumumuzda, eş veya kız çocuklarının evlenmelerine rağmen belirtilen aylıktan da mahrum kalmama yönünde arayışları sonucu, eşleri, evlenmeden fiilen birlikte yaşamaya ya da evlendikten sonra görünüşte boşanarak fiilen birlikte yaşama ya devam etmeleri sonucunu doğurdu. 5510 sayılı Yasa öncesinde, bağlanmış olan gelir ve aylıkların fiilen birlikte yaşama nedeniyle kesilmesini öngören herhangi bir kuralın bulunmaması, eşleri bu tür yollarla gelir ve aylıkları almaya özendirmiştir. Konunun etik yönünü bir tarafa bırakacak olursak, eşler yasal haklarını kullanmışlar ya da yasal boşluklardan yararlanmışlardır. Yasalar tarafından yasaklanmayan hususlarda, toplumda davranış kalıpları oluşmaktadır.

II- MADDENİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE SONUÇLARI

5510 sayılı Yasa'nın 56/2. maddedeki düzenlemenin hukuki niteliği nedir? Hangi mantıksal ve hukuki temele dayanmaktadır? 5510 sayılı Yasa'nın 56/2. fıkra gerekçesinde "eşinden boşanmak suretiyle babasından maaş bağlanan, ancak boşandığı eşleriyle fiilen beraber yaşayanların gelir ve aylıklarının kesilmesi ile ilgili hususların, uygulamada hakkın kötüye kullanılmasını önlemek amacıyla yeniden düzenlendiği"³ vurgulanmıştır.

Anayasa Mahkemesi'ne, 5510 sayılı Yasa'nın 56/2. maddesinin iptali için açılan davada Yüksek Mahkeme gerekçesi şu şekildedir. "Ölüm aylığı, doğrudan sigortalıya ilişkin bir ödeme değildir. Yasa koyucunun sosyal güvenlik konusuna geniş bir yaklaşımının sonucu sigortalının ölümü ile aranan koşulların sağlanması halinde sigortalının geride kalan hak sahipleri açısından getirdiği bir ödemedir. İtiraz ko-

nusu kural, hak edilmediği halde ölüm aylığı alınarak hakkın kötüye kullanılmasına engel olma amacını taşıdığından ölüm aylığı almayı hak edenler açısından SGK'nın mali kaynakları çerçevesinde Anayasa'nın 60. maddesinde ifade edilen güvenceyi sağlamaya çalışmanın bir gereğidir. Ölüm aylığı alabilmek için öngörülen koşulun hakkın kötüye kullanılarak sağlanmak istenmesi sosyal güvenlik hakkıyla bağdaştırılamaz."³. Anayasa Mahkemesi, hakkın kötüye kullanılması terimine vurgu yapmıştır.

Öğretide de 56/son fıkrası tartışılmış, Prof. Dr. Tankut Centel, "hakkın kötüye kullanılması; hangi saikle ortaya çıkarsa çıksın, sonuçta hukuk bakımından sadece ve sadece kötüye kullanma olup, hukuk düzeni tarafından korunmadığı" görüşündedir⁴. Resul Aslanköylü ise, "eşlerin gelir veya aylık almak amacıyla boşanmaları muvazaalı boşanmadır. Oysa muvazaalı işlemleri hukuk himaye etmez" şeklinde ifade etmiştir⁵.

Yargıtay'ın, konu ile ilgili ihtilaflara bakma görevi bulunan 21. Hukuk Dairesi bir kararında "...boşanmanın muvazaalı bir boşanma olup olmadığı tespit edilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken ..." şeklinde eksik inceleme nedeniyle yerel mahkeme kararını bozmuş⁶ ise de sonraki kararlarında muvazaa olgusuna yer vermemiştir. 10. Hukuk Dairesi'nin gerekçesi şu şekildedir. "Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz." hükmünü içeren ve "Dürüst davranma" başlığını taşıyan 2'nci maddesinde yer alan dürüstlük (= objektif iyi niyet) kuralı çerçevesinde çözüme gidilmeli, evrensel hukuk ilkeleri arasında yer alan "hiç kimsenin kendi kusurundan yararlanamayacağı" ilkesi sosyal güvenlik hukuku alanında da göz önünde bulundurulmalıdır." (...) "56'ncı maddede açısından 01.10.2008 tarihinden önce hakkın kazanıldığı durumlarda, söz konusu yasal düzenleme öncesinde ilgililer her ne şekilde/amaçla/saikle boşanmış olurlarsa olsunlar, başka bir anlatımla eşlerin boşanma iradeleri gerçek/samimi olsun veya olmasın, eylemli

birlikteliklerini 5510 sayılı Kanun'la getirilen yeni düzenleme sonrasında da sürdürdüklerinin veya söz konusu düzenlemeden itibaren anılan tür ve nitelikte bir beraberliğe başladıklarının kanıtlanması durumunda, başka bir anlatımla eylemliler olarak birlikte yaşama olgusunun saptandığı durumlarda, anılan 2'nci madde kapsamında hakkın kötüye kullanımının varlığı kabul edilerek ilgililere gelir/aylık tahsisi yapılmaması, bağlanan gelirin/aylığın da kesilmesi gerekmektedir”⁷.

5510 sayılı Yasa'nın 56/son fıkrasının hukuki temeli genelde, “hakkın kötüye kullanılması” ve “muvazaa”ya dayandırılmaktadır. Nizalı boşanma davalarında muvazaa iddiasında bulunmak zordur. Anlaşmalı boşanma taleplerinde muvazaa olabilir, çünkü bu tür davalarda saik araştırması yapılamamaktadır. Mahkeme kararı ile hüküm altına alınan boşanma kararından sonra, boşanmanın muvazaaya dayalı olup olmadığı hususu araştırılarak sonuca gidilemez. Boşanma kararının dayandığı hukuki nitelikle ve maddi olgular artık kesinleşmiştir. Aksi halde, yeniden yapılan inceleme sonucu muvazaaya dayanmayan boşanma hükümlerinde, boşandığı eş ile fiilen birlikte yaşadığı belirlenenlerin aylık ve gelirlerinin kesilememesi sonucu ortaya çıkar. Eşlerin öncesinde muvazaa niyeti olmadan boşanıp akabinde barınarak birlikte yaşamaları da mümkündür. Bu durumda, gelir ve aylık almak amacıyla resmi evlilik birliği oluşturmadan birlikte yaşama iradesi sonradan ortaya çıkar. 56/son fıkrada tanımlanan aylık ve gelirlerin kesme nedeninin hukuki temelini muvazaaya dayandırılması yerinde değildir.

Ölüm aylığı veya geliri alabilmek amacıyla evlilik engelini aşmak için, resmi evliliğini boşanma ile sonlandırıp boşandığı eşle fiilen birlikte yaşamaya devam edenlerin davranışı hiç şüphesiz hakkı kötüye kullanmaktır. Çünkü Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinde “Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz” düzenlemesi bu sonucu doğurur.

Boşandığı eş ile değil de, başka birisi ile

uzun süren birlikteliği de irdelemek gerekir. Hakkın kötüye kullanılması ilkesini kabul ettiğimiz takdirde, bu durumdaki birlikteliklerde, diğer eşin ekonomik güvence ve desteğine kavuşulmasına rağmen aylık veya geliri de almaya devam etme iradesi, hakkın kötüye kullanılmasıdır ve gelir ve aylıkların kesilmesini gerektirir. MK 2. maddedeki kural, geneldir ve hakkın kötüye kullanıldığı tüm olaylara uygulanması gerekir.

Bizce, 56/son fıkrada tanımlanan, boşandığı eşle fiilen birlikte yaşadığı belirlenenlerin bağlanmış olan gelir ve aylıklarının kesilmesinin hukuki niteliği, yasal düzenleme olması şartıyla hakkın kötüye kullanılmasıdır. Yargı mercileri yürürlükte olan yasa'yı uygulamak zorundadır. 5510 sayılı Yasa'nın yürürlük tarihi olan 01.10.2008 tarihinden önce, boşandığı eşle fiilen birlikte yaşadığı belirlenenlerin bağlanmış gelir ve aylıkları yasal düzenleme olamaması nedeniyle hakkın kötüye kullanılması sayılarak kesme nedeni yapılmıyordu. Yasaların açıkça yasaklamadığı fiili birliktelik nedeniyle eş ve çocukların sosyal güvenlik haklarından yoksun bırakılması yönünde yargı kararı oluşturulmadı.

III-ANAYASA'YA AYKIRILIK DURUMU

Yerel mahkemeler tarafından, 5510 sayılı Yasa'nın 56/son fıkrasının Anayasa'nın 2., 5., 10., 11., 12., 17., 20., 35., 60. ve 138. maddelerine aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'nden iptali istenmiştir. Anayasa Mahkemesi, 28.4.2001 tarih, 2009/86 Esas, 2011/70 sayılı kararı ile itiraz istemini oy çokluğu ile reddetmiştir.

İtiraz yoluna başvuran mahkemelerin gerekçeleri özetle şu şekildedir. “Boşandığı halde fiilen boşandığı eş ile birlikte yaşayan eş ve çocuklara 5510 sayılı Yasa'nın 33., 34. ve 35. maddelerine göre bağlanan gelir ve aylıkların itiraz konusu kurala dayanılarak kesildiği, boşandığı eş dışında başka bir kişiyle evlilik birliği olmaksızın fiilen yaşayan eş ve çocukların ise gelir ve aylıklarını almaya devam edecekleri, bunun eşitlik ilkesine ve sosyal güvenlik hakkına ilişkin düzenlemeye aykırı olduğu,

Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür.

mahkemeler tarafından verilir kesilen boşanma kararı üzerine bağlanan aylık ve gelirlerin kesilmesinin, mahkemelerce verilen boşanma kararını uygulamamak anlamına geldiği, boşanmış kadının önceki eşiyle aynı çatı altında yaşasa bile hukuki anlamda bir güvencesinin kalmadığı, yasa koyucunun kural kapsamındaki birlikte yaşama olgusu ile resmi evliliği aynı statüde değerlendirdiği, bir nevi kadını kanuna karşı hile yoluna yönelttiği, düzenlemenin ailenin bir araya gelmesini ve yeniden evliliğin tesisini engelleyici nitelikte olduğu, özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiği, boşanma olsa dahi varlığı kabul edilen bir aile hayatının dokunulmazlığa sahip bulunduğu, SGK elemanlarınca boşanan eşlerin fiilen yaşadıklarının tespit edilmesiyle kişinin maddi ve manevi varlığının gelişiminin engellendiği, borçlar hukukunun konusu olan muvazaanın, mahkeme kararlarına karşı ileri sürülemeyeceği, boşanan eşin yetim aylığının kesilmesi ve eşinden boşandığı için de evliliğin sağladığı sosyal güvenlik haklarından yararlanamamasının hakkaniyete uymadığı, aylığın denetim elemanlarınca yapılan bir tespit raporuyla kesilmesinin uygun olmadığı, evlilikte aksine anlaşma yoksa edinilmiş mallara ortaklığı esas olmakla boşanan eşlerin tek evi varsa her birinin kendi evinde oturma hakkının kısıtlandığı” hususlarının Anayasa'nın sayılan maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa Mahkemesi'nin ret gerekçesi ise özetle şöyledir. “İtiraz konusu kural, sigortalı için değil, sigortalının hak sahiplerinden olan “eşi ve çocukları” için düzenleme öngörmektedir. Düzenlemede, eşinden boşandığı halde, boşandığı eşiyle fiilen birlikte yaşadığı belir-

lenen eş ve çocukların, bağlanmış olan gelir ve aylıklarının kesileceği, bu kişilere ödenmiş olan tutarların ise 5510 sayılı Yasa'nın 96. maddesindeki hükümlere göre geri alınacağı öngörülmüştür.

Ölüm aylığı alabilecek eşin dul olması ve kız çocuğunun evli olmaması şartı itiraz konusu kuralda değil, 5510 sayılı Kanun'un 34. maddesinde düzenlenmiştir. Ölüm aylığının hak sahiplerine paylaşılmasına dair 5510 sayılı Kanun'un 34. maddesinde, çalışmayan veya kendi sigortalılığı nedeniyle gelir veya aylık bağlanmamış çocuklardan; 18 yaşını, lise ve dengi öğrenim görmesi halinde 20 yaşını, yüksek öğrenim yapması halinde 25 yaşını doldurmayanlara; kız çocukları için ise yaşları ne olursa olsun evli olmayan, evli olmakla beraber sonradan boşanan veya dul kalan kızların her birine yetim aylığı bağlanması kural altına alınmıştır. Buna göre yasa koyucunun, bir geliri bulunmayan ve evli olmayan kadınları yaşa bağlı olmaksızın ölüm aylığından yararlandırmak suretiyle korumayı amaçladığı anlaşılmaktadır.

İtiraz konusu kuralın gerekçesinde de belirtildiği gibi ölüm aylığı alma hakkının kötüye kullanılmasının engellenmesi amaçlanmaktadır. Uygulamada ölüm aylığı almaya hak kazanmak için gerekli olan “evli olma” koşulu, boşanma ile aşılabilir yasa koyucunun bir geliri bulunmayan dul veya bekâr kadınları koruma gayesi istismar edilmektedir. Bu şekilde gerçekleştirilen boşanmadaki erkek bir ailede koca olarak kendisine düşen sorumluluklardan kurtulma çabasına girmekte, eşler sanki resmi evliliklerini sürdürüyor gibi bir arada yaşamaya devam etmektedirler. Başka bir ifadeyle, ölüm aylığı alabilmek için gerçekleştirilen boşanmada, taraflar iyi niyetli davranmamaktadırlar.

5510 sayılı Yasa'nın 34. maddesinde öngörülen ölüm aylığını alabilmek için “evli olma” koşulunu aşmak amacı ile iyi niyete dayanmayan ve dürüst olmayan boşanma isteği ve çabası ile boşanma kararı elde edilip buna bağlı olarak ölüm aylığı alınması, açıkça hakkın kötüye kullanılmasıdır. Hakkın kötüye kullanılması hukuk devletinin koruması al-

tında değerlendirilemez. Bu nedenle hakkın kötüye kullanılmasını engellemeyi amaçlayan itiraz konusu kural hukuk devletine aykırı bir düzenleme olarak görülemez.

Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.

Resmi evliliği olmadan birlikte yaşayanlar ile ölüm aylığı alabilmek için hakkını kötüye kullanarak resmi evliliğini boşanma ile sonlandırıp boşandığı eşiyile fiilen birlikte yaşamaya devam edenler söz konusu hakkı kullanmak bakımından eşit kabul edilemeyeceklerinden, bunlar arasında eşitlik karşılaştırması yapılamaz.

Anayasa'nın 60. maddesinde, "Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Devlet, bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar." denilmektedir.

Ölüm aylığı, doğrudan sigortalıya ilişkin bir ödeme değildir. Yasa koyucunun sosyal güvenlik konusuna geniş bir yaklaşımının sonucu sigortalının ölümü ile aranan koşulların sağlanması halinde sigortalının geride kalan hak sahipleri açısından getirdiği bir ödemedir. İtiraz konusu kural, hak edilmediği halde ölüm aylığı alınarak hakkın kötüye kullanılmasına engel olma amacını taşıdığından ölüm aylığı almayı hak edenler açısından SGK'nın mali kaynakları çerçevesinde Anayasa'nın 60. maddesinde ifade edilen güvenceyi sağlamaya çalışmanın bir gereğidir. Ölüm aylığı alabilmek için öngörülen koşulun hakkın kötüye kullanılarak sağlanmak istenmesi sosyal güvenlik hakkıyla bağdaştırılmaz.

Bunun yanında ölüm aylığı, sosyal güvenlik sisteminin aktüeryal yapısıyla doğrudan ilgilidir. Anayasa'nın 65. maddesine göre, "Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir." Ölüm aylığı alabilmek için boşanarak eşiyile birlikte fiilen yaşamaya devam eden kadınlara haksız ve yersiz ödeme yapılması ile oluşacak maliyetin, SGK'nın aktüeryal dengelerini olumsuz etkilememesi için yasa koyucunun bu düzenlemeyi getirdiği anlaşılmaktadır."

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 41. maddesine göre "Mahkemenin işin esasına girerek verdiği ret kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından itibaren on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla itiraz başvurusu yapılamaz." Bu nedenle, kararın Resmi Gazete'de yayımlandığı 15.12.2011 tarihinden itibaren on yıl süreyle artık, söz konusu maddenin Anayasa'ya aykırı olduğu nedeniyle itiraz yoluna başvurulamayacaktır.

IV-GELİR/AYLIK ALMANIN SUÇ OLMA NİTELİĞİ

Sosyal Güvenlik Kurumu müfettişleri tarafından, boşandığı eşiyile fiilen birlikte yaşadığı tespit edilenlerin gelir ve aylıkları kesildikten sonra, aynı zamanda Cumhuriyet Savcılığına da suç duyurusunda bulunulmaktadır. Savcılık tarafından tahkikat yapıldıktan sonra, failerin "nitelikli dolandırıcılık" suçunu işledikleri ve Kurumu dolandırdıkları gerekçesi ile kamu davaları açılmıştır. Yargıtay ilgili Ceza Daireleri önceleri, haksız çıkar sağlamaları nedeniyle nitelikli dolandırıcılık suçunu kabul etmekte idi (15 CD 15.2.2012 gün 2011/11378 E, 2012/8114 K, 28.3.2012 gün 2012/107 E, 2012/33105 K, 5.4.2012 gün 2011/14653 E, 2012/33855 K, 11 CD. 29.12.2010 gün 3976-15274 sayılı kararları).

Şu anda, ilgili suça bakmakla görevli Yargıtay 15. CD 2012/17159-43337 sayılı kararında da olduğu gibi, "sanıklar resmi nikâhli evli iken, sanığın vefat eden babasından si-

gorta maaşını alabilmek için 22.03.2005 tarihinde muvazaalı olarak boşandıkları, ancak aynı evde birlikte yaşamaya devam ettikleri, SGK'dan maaş almak suretiyle haksız menfaat temin ederek kamu kurumunu dolandırdıkları iddia edilmiş ise de, hukuken geçerli bir kararla boşandıktan sonra, eşlerin bir arada yaşamasının boşanmanın maaş almak amacıyla yapıldığının ve hileli davranışın kanıtı olamayacağı, nitekim 5560 sayılı Kanun'un 56. maddesinde bu durumu tespit edilen kimselerin gelir ve aylığının kesileceği ve ödenmiş tutarların geri alınacağı belirtilmiştir, bu hususta cezai düzenlemenin bulunmadığı, sanıkların eyleminin hukuki ihtilaf mahiyetinde olduğu, bu nedenle dolandırıcılık suçunun yasal unsurlarının oluşmadığına yönelik kabulde bir isabetsizlik görülmemiştir" şeklinde karar vermektedir. Ceza Genel Kurulu kararı da aynı yöndedir.

V- MADDE 56/2'DEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLAR VE ŞARTLARI

1- Yetkili Mahkeme

56. madde 5510 sayılı SSGSS Kanunu'nda düzenlenmiş olup, söz konusu Kanunun "Uyuşmazlıkların çözüm yeri" başlığını taşıyan 101. maddesinde, bu Kanunda aksine hüküm bulunmayan durumlarda, bu Kanun hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıkların iş mahkemelerinde görüleceği belirtilerek görev konusu açıklanmış olmasına karşın, Kanunda yetkiye ilişkin herhangi bir genel düzenleme yapılmamıştır. Diğer taraftan, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun genel yetki kuralını içeren 9. maddesinde, her davanın, kanunda aksine hüküm bulunmadıkça açıldığı tarihte davalının Türk Medeni Kanunu gereğince ikametgâhı sayılan yer mahkemesinde görüleceği, davalının ikametgâhı belli değilse, davaya Türkiye'de son defa oturduğu yer mahkemesinde bakılacağı belirtilmiş, bu kurala koşut hüküm içeren 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 5. maddesinde, iş mahkemelerinde açılacak her davanın, açıldığı tarihte dava olunanın Türk

Medeni Kanunu gereğince ikametgâhı sayılan yer mahkemesinde bakılabileceği gibi, işçinin işini yaptığı işyeri için yetkili mahkemede de bakılabileceği açıklanmış, 15. maddesinde ise, bu Kanunda açıklık bulunmayan durumlarda Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu hükümlerinin uygulanacağı bildirilmiş, ayrıca 01.10.2011 günü yürürlüğe girerek 1086 sayılı Kanunu yürürlükten kaldıran 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 6. maddesinde de aynı yetki hükmüne yer verilmiştir. Şu durumda, Kurumca açılan davalarda yetkili mahkeme sorununun anılan yasal düzenlemeler kapsamında çözüme kavuşturulması gerekmekte olup, dava tarihi itibarıyla davalın yerleşim yerinin esas alınması gerektiği açıktır.⁸

Sosyal Güvenlik Kurumu şubesinin bulunduğu yerde ikamet edip de, dava açılmasını ve hakkında araştırma yapılmasını bertaraf etmek amacıyla yerleşim yerinin değiştirilmesi durumunda, fiilen birlikte yaşamının gerçekleştiği yer mahkemesinin de yetkili olduğunu kabul etmek gerekir.

Kurumca, gelir ve aylıkların kesilmesi kararından sonra ilgililer tarafından Kurum aleyhine işlemin iptali davası açılması halinde ise durum farklıdır. Hak sahibi, bağlı bulunduğu SGK İl Müdürlüğü aracılığı ile işlemlerini yapmakta ise de gelir veya aylığın kesme işlemini yapan kurum SGK merkezidir ve Kurum merkezi ise Ankara'dır. Bu durumda yetkili mahkeme neresi olacaktır?

Davanın kural olarak Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 9 ve 17. maddeleri gereğince davalı Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığının bulunduğu Ankara veya işlemlerin yapıldığı şubenin bulunduğu yerde açılması gerekir. 12.01.2011 kabul tarihli 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 5 ve devamı maddelerinde yetki konusunda benzer düzenlemeler getirilmiş olup, 14. maddesinin 1. paragrafında "Bir şubenin işlemlerinden doğan davalarda, o şubenin bulunduğu yer mahkemesi de yetkilidir." hükmü düzenlenmiştir.

Diğer taraftan iş davalarının en kısa sürede sonuçlandırılması yasa hükmü gereği olup, konuya sosyal güvenlik açısından da bakıldığında yetkiye ilişkin genel usul kurallarının katı

biçimde uygulanması, bu hukuk dalının amacı ile de bağdaştırılamaz. Kural olarak dar gelirli durumda bulunan sigortalının haklarını teslimde zorlaştırıcı değil, yasaların olanak verdiği ölçüde olabildiğince kolaylaştırıcı olunmalıdır.

Uyuşmazlığa konu işlemlerin yürütüleceği SGK Başkanlığı şubesinin bulunduğu yer mahkemesi veya Sosyal Güvenlik Kurumu merkezinin bulunduğu yer mahkemesi olmak üzere, davacının bu mahkemelerden herhangi birinde dava açma imkânı ve seçimlik hakkı bulunmaktadır. Şubenin bulunduğu yerde dava açılması halinde, kesme işlemini yapan kurum, SGK genel merkezi olduğundan bahisle Ankara'nın yetkili olduğuna karar verilemez⁹.

Sosyal güvenliğe ilişkin davalar, kural olarak kamu düzenine ilişkin değildir. İstisnası, 506 sayılı Kanun'un 3917 sayılı Kanun'la değişik 80/6 maddesi "Kurum alacaklarının tahsilinde 6183 sayılı Kanun'un uygulanmasından doğacak uyuşmazlıkların çözümlenmesinde; alacaklı sigorta müdürlüğünün bulunduğu yer İş Mahkemesi yetkilidir" hükmüdür¹⁰. Benzer hüküm, 5510 sayılı Yasa'nın 88. maddesinde de mevcuttur. Burada düzenlenen yetki kamu düzenine ilişkindir.

Madde 56/2'ye göre yersiz ödenen tutarlar 96. madde hükümlerine göre geri alınacağı belirtildiğinden, 6183 sayılı Yasa'nın uygulanmasından kaynaklanan bir uyuşmazlık yoktur. Kurumca, genel hükümlere göre takip yapılacaktır ve yetki kamu düzenine ilişkin değildir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 19. maddesi 2. fıkrada "Yetkinin kesin olmadığı davalarda, yetki itirazının, cevap dilekçesinde ileri sürülmesi gerekir. Yetki itirazında bulunan taraf, yetkili mahkemeyi; birden fazla yetkili mahkeme varsa seçtiği mahkemeyi bildirir. Aksi takdirde yetki itirazı dikkate alınmaz." 4. fıkrada "Yetkinin kesin olmadığı davalarda, davalı, süresi içinde ve usulüne uygun olarak yetki itirazında bulunmazsa, davanın açıldığı mahkeme yetkili hâle gelir." hükmü bulunmaktadır. Aynı Yasa'nın 116. maddesinde, kesin yetki kuralının bulunmadığı hallerde yetki itirazının ilk itiraz olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla 56. maddeden kaynaklanan da-

valarda mahkemenin yetkisine ilk itiraz olarak ileri sürülmediği takdirde davanın açıldığı mahkemede görülmesi gerekir.

2- Görevli Mahkeme

Yukarıda değinildiği gibi, 56. madde 5510 sayılı SSGSS Kanunu'nda düzenlenmiş olup, söz konusu Kanunun "Uyuşmazlıkların çözüm yeri" başlığını taşıyan 101. maddesinde, bu Kanunda aksine hüküm bulunmayan durumlarda, bu Kanun hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıkların iş mahkemelerinde görüleceği belirtildiğinden görevli mahkeme İş mahkemesidir. İş mahkemesinin bulunmadığı yerlerde ise, iş davalarına bakmakla görevli asliye hukuk mahkemeleri görevlidir.

02.07.2012 tarihli 6352 sayılı Kanun'un 39. maddesi ile 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun birinci maddesine ek fıkra eklenerek, "Birden fazla iş mahkemesi bulunan yerlerde, sosyal güvenlik hukukundan kaynaklanan davaların görüleceği iş mahkemeleri, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenebilir" denilmiştir. Bu kanuna istinaden sınırlı sayıda olmak üzere, bazı iş mahkemeleri, münhasıran "sosyal güvenlik hukukundan kaynaklanan davalara" bakmakla görevlendirilmiştir. Bu durumda 56. maddeden kaynaklanan davaların bu mahkemelere açılması gerekmektedir. Davanın, sosyal güvenlik hukukundan kaynaklanan davalara bakmakla görevli olmayan iş mahkemesine açılması halinde, bu mahkemece, dosyanın talep halinde veya resen o yerde varsa, yetkilendirilen iş mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerektiği görüşündeyiz.

Üzerinde durulması gereken bir husus da, 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu'na göre aylık almakta olanların aylıklarının Sosyal Güvenlik Kurumunca kesilmesi halinde ihtilafların hangi yargı yerinde görüleceği hususudur. Uyuşmazlık Mahkemesi önüne gelen 56. madde ile ilgili ihtilafta, "5510 sayılı Kanun'un 101. maddesinde, anılan Kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde bu kanunun hükümlerinin uygulanması ile ilgili ortaya çıkan uyuşmaz-

lıkların iş mahkemelerinde görüleceği belirtilmiş ise de, Yasanın Geçici 4. maddesinde, 5434 sayılı Kanun'un 5510 sayılı Kanun'la yürürlükten kaldırılan hükümleri de dahil olmak üzere, 5434 sayılı Kanun hükümlerine göre işlem yapılacağını belirtilmiş olması gözetildiğinde, 2577 İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2/1-a maddesinde belirtilen idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan iptal davaları kapsamında davanın görüm ve çözümünün idari yargı yerine ait olduğuna" karar verilmiştir (Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü 19.12.2011 tarih, 2011/201-284 sayılı kararı).

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, görevli mahkemenin adli yargı yeri olduğu görüşündedir. "56. madde, 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu'nda yer almamakla birlikte ilk kez 5510 sayılı Kanun'la getirilen bir hüküm olması, taraflar arasındaki çekişmenin 5510 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmasından kaynaklanması, "uyuşmazlıkların çözüm yeri" başlıklı 101. maddesinde, bu Kanun hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıkların iş mahkemelerinde görüleceğinin belirtilmiş olması karşısında bu tür davalarda adli yargının görevli olduğuna" karar vermiştir¹¹. Yargıtay 21. Hukuk Dairesi de, önüne gelen 5434 sayılı Yasa'ya göre bağlanan yetim aylığının 56. maddeye göre kesilmesine ilişkin davaya bakmıştır¹².

Danıştay 11. Dairesi tarafından 5510 sayılı Yasa'nın 101. maddesinde yer alan "... bu Kanun hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıklar iş mahkemelerinde görülür" bölümünün, Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla iptali istenmiştir. Anayasa Mahkemesi oy çokluğu ile verdiği red kararının gerekçesi özetle şöyledir. "5754 sayılı Kanun'un (5510 sayılı Yasa'da değişiklik yapan Kanun) yürürlüğe girmesinden önce memur ve diğer kamu görevlisi olarak çalışmakta olanlar, evvelce olduğu gibi 5434 sayılı Kanun hükümlerine tâbi olacaklar ve bunların emeklilikleri bakımından da aynı Kanun hükümleri uygu-

lanmaya devam edecek; ancak 5754 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra memur ve diğer kamu görevlisi olarak çalışmaya başlayanlar ise 5510 sayılı Kanun'un 4/c maddesi uyarınca, bu Kanun hükümlerine tâbi sigortalı sayılacak ve haklarında 5434 sayılı Kanun değil 5510 sayılı Kanun'un öngördüğü kural ve esaslar uygulanacak; ihtilaf halinde de adli yargı görevli bulunacaktır.

5754 sayılı Kanun'un yürürlüğüyle birlikte, artık sosyal sigortacılık esasına göre faaliyet gösteren ve yaptığı, tesis ettiği işlem ve muameleler idari işlem sayılamayacak bir sosyal güvenlik kurumunun varlığından söz etmek gerekli bulunmaktadır.

5510 sayılı Kanun ile birlikte sosyal güvenlik tek çatı altında toplanmış, özel hukuk niteliği ağır basan sosyal güvenlik hukuku alanı oluşmuştur. İtiraz konusu kuralda, ayırım yapılmaksızın 5510 sayılı Kanundaki iş ve işlemler hakkında genel bir düzenleme yapılmış ve aksine hüküm bulunmayan hallerde, Kanun kapsamındaki uyuşmazlıkların çözüm yeri olarak iş mahkemeleri gösterilmiştir. İş mahkemeleri, iş hukuku alanındaki uyuşmazlıkları çözmekle görevli, ihtisaslaşmış adli yargı mahkemeleridir."

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2/1-b maddesinde idari dava olarak "İdari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları" sayılmıştır. Anayasa Mahkemesi'ne göre, 5510 sayılı Kanun ile birlikte sosyal güvenlik tek çatı altında toplanmış, özel hukuk niteliği ağır basan sosyal güvenlik hukuku alanı olduğundan SGK'nın tesis ettiği işlemler idari işlem sayılamaz.

Bize göre de, Yargıtay 10. ve 21. Hukuk Dairesinin yaklaşımı isabetlidir. 56. madde ilk kez, 5510 sayılı Yasa ile düzenlenmiştir. 5434 sayılı Yasa'ya göre yetim aylığı alanların aylıklarının kesme nedeni, ortak madde olan 5510 sayılı Yasa'da düzenlenmiştir. Sosyal Güvenlik Kurumlarının birleşmeden önceki durumuna göre, 506, 1479, 2926 ve 2925 sayılı Yasalara göre bağlanan ölüm aylıklarının 56. maddeye göre kesilmesi ile çıkan ihtilaflara iş mahkemelerinin bakacağında

şüphe yoktur. 5434 sayılı Yasa'ya göre bağlanan aylıklarda ise idari yargı yerinin görevli olması halinde, iş mahkemesine göre farklı yargılama usul ve ilkeleri ortaya çıkacak, farklı araştırma yöntemleri belirlenecek, hatta farklı kararlar çıkabilecektir. İhtilaf, yetim aylığının 5434 sayılı Yasa'ya göre hak kazanılıp kazanılmadığı değil, 5510 sayılı Yasa'nın 56. maddesindeki hükme göre kesilip kesilemeyeceğidir. Bu nedenle bu davaların adli yargı, giderek iş mahkemelerinde görülmesi daha isabetli olacaktır.

3- Maddenin Kapsamı ve Zaman Bakımından Uygulanması

5510 sayılı Yasa'nın 34/1-a fıkrasında "Ölen sigortalının 33 üncü madde hükümlerine göre hesaplanacak aylığının; a) Dul eşine % 50'si; aylık bağlanmış çocuğu bulunmayan dul eşine ise bu Kanunun 5 inci maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (e) bentleri hariç bu Kanun kapsamında veya yabancı bir ülke mevzuatı kapsamında çalışmaması veya kendi sigortalılığı nedeniyle gelir veya aylık bağlanmamış olması halinde % 75'i" oranında aylık bağlanacağı belirtilmiştir.

Yine 34/1-b fıkrasının 3. bendinde diğer şartların yanında "Yaşları ne olursa olsun evli olmayan, evli olmakla beraber sonradan boşanan veya dul kalan kızlarının" ölüm aylığına ve gelirin hak kazanabileceği belirtilmiştir. Yani, hak sahiplerinin ölüm aylığı ve geliri alabilmek için öncelikli koşul evli olmamalarıdır. Bunun gibi, mülga 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyet Emekli Sandığı Kanun'un 68 ve 75. maddelerinde, mülga 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 68. maddesinde, mülga 1479 sayılı Bağ-Kur Kanunu'nun 45. maddesinde, mülga 2925 sayılı Tarım İşçileri Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 39. maddesi yollaması ile 506 sayılı Kanunu'nun 68. maddesine göre, mülga 2926 sayılı Tarımda Kendi Hesabına Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanunu'nun ek madde 3 yollaması ile 1479 sayılı Kanun'un 45. maddesine göre, ölüm aylığı veya geliri bağlanmasında evli olma koşulu getirilmiştir.

56. madde, 5510 sayılı Kanun ile mülga kanunlar, 506, 1479, 2925, 2926 ve 5434 sayılı Kanunlara göre gelir ve aylık alanlara ilave kesme nedeni olarak "boşandığı eş ile fiilen birlikte yaşamayı" getirmiştir.

5510 sayılı Yasa'nın 56/son maddesinde gelir ve aylıklardan bahsedilmektedir. Aynı Yasanın "Tanımlar" başlıkla üçüncü maddesinin 16 ve 17. bentlerinde "Gelir: İş kazası veya meslek hastalığı halinde sigortalıya veya sigortalının ölümü halinde hak sahiplerine, yapılan sürekli ödemeyi, Aylık: Malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları ile vazife malûllüğü halinde yapılan sürekli ödemeyi" ifade ettiği belirtilmiştir.

Kanunların kural olarak geriye yürümesi ilkesi karşısında 56. madde, 5510 sayılı Yasa'nın yürürlük tarihi ile aynı olan 01.10.2008 tarihi sonrasına uygulama olanağına sahiptir. Kesme nedeni, belirtilen tarih öncesine götürülemez ve ödenen gelir/aylıkların istirdadı istenemez.

Sigortalının ölüm tarihi veya sigortalıdan dolayı gelir/aylığa hak kazanma 01.10.2008 tarihinden sonra ise problem yoktur. Gelir/aylıklar kesilecek ve Kurumca geri alınacaktır. Problem, sigortalının 01.10.2008 öncesi ölmesi ve hak sahiplerinin bu tarihten önce gelir/aylığa hak kazanmaları halinde 5510 sayılı Yasa'nın "Malullük, Yaşlılık ve Ölüm Sigortasına İlişkin Bazı Geçiş Hükümleri" başlığı altında Geçici 1. madde hükmüne göre kazanılmış haklar korunacak mıdır? Söz konusu maddede, 506, 1479, 2925 ve 2926 sayılı Kanunlara göre bağlanan veya hak kazanılan gelir ve aylıkların durum değişikliği nedeniyle kesilmesinde yürürlükten kaldırılan ilgili kanun hükümlerinin uygulanacağı belirtilmektedir. Benzer düzenleme, aynı Kanunun "5434 sayılı Kanuna İlişkin Geçiş Hükümleri" başlığı altında Geçici Madde 4'de Emekli Sandığı iştirakçileri için düzenlenmiştir. Bir başka deyişle, mülga kanunlarda, eşinden boşandığı halde boşandığı eş ile fiilen birlikte yaşama, sigortalının ölümü nedeniyle bağlanmış gelir/aylıkların kesilme nedeni olarak yer almadığından önceki mevzuata göre hak kazanılan gelir/aylıkların

ödenmesine devam edilecek midir? Yukarıda değinildiği gibi, ölüm aylığı veya geliri alabilmek amacıyla evlilik engelini aşmak için, resmi evliliğini boşanma ile sonlandırıp boşandığı eşiyile fiilen birlikte yaşamaya devam edenlerin davranışı hakkı kötüye kullanmaktır. Hiç kimse kendi kusurundan yararlanamaz ilkesinin sosyal güvenlik hukukuna da uygulanması gerekir. Bu nedenle, yasal düzenleme mevcut olduğundan, sigortalının hangi tarihte vefat ettiğine, hak sahiplerinin gelir/aylığa hangi tarihte hak kazandığına, boşandığı eşiyile hangi süreden beri fiilen birlikte yaşandığına bakılmaksızın madde, 01.10.2008 tarihinden itibaren belirlenen olaylara uygulanacak ve fuzulen ödenmiş tutarlar Kurumca geri alınabilecektir.

4- 56/2. Maddeye Göre Gelir/ Aylıkların Kesilmesi Şartları

a) Eşinden Boşanmış Olma Koşulu

Evliliğin 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 139 ve devamı maddeleri uyarınca resmi şekilde yapılması ve akabinde boşanmanın kesinleşmiş mahkeme kararı ile olması gerekir. Resmi şekilde yapılmayan evlilik (örnek, dini törenle yapılan evlilik) halinde 56. maddenin uygulanması mümkün değildir. Hiç evlenmemiş olanların da, başkaları ile fiilen birlikte yaşamalarını engelleyen yasa hükmü olmaması nedeniyle 56. madde uyarınca gelir/aylıkları kesilemez.

b) Boşandığı Eşiyile Fiilen Birlikte Yaşama Koşulu

Sigortalının hak sahibinin, boşandığı eşiyile fiilen birlikte yaşaması gerekir. Fiilen birlikte yaşayanlar ölen sigortalının eşi ve çocuklarıdır.¹³ Hak sahibi, birden fazla evlilik yapmış ve birden fazla boşanmış olabilir. Bu durumda, boşandığı eşlerden herhangi birisi ile fiilen birlikte yaşaması halinde 56. maddenin uygulanmasını gerektirir. Gelir/aylığın kesilmesi için illa en son boşandığı eş ile fiilen birlikte yaşaması gerekmez. Yasada, boşandığı eşiyile fiilen birlikte yaşadığı belirlenenden bahsetmektedir. Boşandığı eşler arasında

herhangi bir ayırım yapılmamıştır.

c) Fiilen Birlikte Yaşamamanın Belirlenmesi Koşulu

Fiilen birlikte yaşama olgusu, sosyal güvenlik kontrol memurları ile sosyal güvenlik denetmenlerinin tespiti sonucu yapılmakta ve akabinde Kurumca gelir/aylıklar kesilmektedir. Boşanmaları nedeniyle gelir/aylık talebinde bulunan eş ve kız çocukları ile evlenme ödeneği talebinde bulunan kız çocuklarından Tahsis Talep ve Beyan Taahhüt Belgesiyle birlikte ayrıca "Taahhütname" alınmaktadır (SGK Sosyal Sigortalar Genel Müdürlüğü 2011/58 sayılı Genelgesi). Bu taahhütname ile gelir/aylık talep edenler, boşandıklarını ve boşandığı eşiyile fiilen birlikte yaşamadıklarını Kuruma karşı taahhüt etmektedirler.

5510 sayılı Yasa'nın 59. maddesinde "Bu Kanunun uygulanmasına ilişkin işlemlerin denetimi, Kurumun denetim ve kontrol ile görevlendirilmiş memurları eliyle yürütülür..." denilmektedir. Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'nin 74. maddesinde, yoklama işlemleri kapsamında, gelir ve aylık alma şartlarının devam etmesi ile ilgili olarak Kurumca yürütülecek işlemlerde, eş ve kız çocuklarından eşinden boşandığı hâlde, boşandığı eşiyile fiilen birlikte yaşamadığının tespiti yapılmıştır. Yine aynı Yönetmeliğin 114. maddesine göre, Kurumun denetim ve kontrol ile görevlendirilmiş memurları, 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu'nda belirtilen Kurum müfettişleri ile sosyal güvenlik kontrol memurlarıdır denilmiştir.

Hak sahiplerine bağlanan gelir/aylıkların 56. madde kapsamında Kurum tarafından kesilip 96. madde kapsamında geri alınabilmesi için öncelikle yukarıda belirtildiği şekilde Kurumun müfettişleri ile sosyal güvenlik kontrol memurlarının tespiti ve raporu bulunması gerekir.

5- İspat Yükü, Kanıtlama ve Araştırma Usulü

Uygulamada, Kurum tarafından, 56/2 madde kapsamında, hak sahiplerinin gelir/aylıkları kesildikten sonra, yersiz ödenen tutarlar, ya icra takibine geçilerek takip edilmekte,

takibe itiraz halinde itirazın iptali davası açılmakta ya da gelir/aylığın kesme kararı ile ilgiliden yersiz ödenen tutar talep edilmesi halinde hak sahipleri tarafından Kurum işleminin iptali ile gelir/aylığa hak kazanıldığı ve borç bulunmadığının tespiti davası açılmaktadır. Kurum tarafından doğrudan alacak davası açılması da mümkündür. Bu tür davalarda ispat yükü kime ait olacaktır ve hangi hususlar araştırılacak, hangi delillerle kanıtlanacaktır?

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun "İspat yükü" başlıklı 6. maddesinde, "kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her birinin, hakkını dayandırdığı olguların varlığını kanıtlamakla yükümlü olduğu" belirtilmektedir. Kural olarak, boşanan eşlerin ayrı yaşayacakları açıktır. Yaşam deneyimleri ve hayatın olağan akışı bunu gerektirir. Buna göre boşanan eşlerin fiilen birlikte yaşadıklarının kanıtlanması yükümü Kuruma aittir¹⁴. Yargıtayımız, sosyal güvenlik davalarını kamu düzenine ilişkin sayarak, resen araştırma ilkesini benimsemiştir. Buna göre, hâkim, tarafların getirdikleri deliller yanında kendisinin de ihtiyaç gördüğü sair delil ve araştırmaları resen yapacaktır.

Boşanılan eşle eylemli olarak birlikte yaşama olgusunun kanıtlanması ile özel hayatın gizliliği arasında ince bir çizgi oluşmaktadır. Zira Anayasa'nın "Özel hayatın gizliliği" başlığını taşıyan 20. maddesinde, "Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz" denilmiştir. Hak sahibi eş ve kız çocuklarının, boşandığı eş ile fiilen birlikte yaşadığı iddiasının gerçek çıkmama ihtimali de bulunduğundan, onları toplumda rahatsız etmeyecek, ev basması şekline gelmeyecek, kişilerin özel hayatını, konut dokunulmazlığını, temel hak ve hürriyetlerini güvence altına alan bir araştırma yöntemi benimsenmelidir. HMK 189. maddede "Taraflar, kanunda belirtilen süre ve usule uygun olarak ispat hakkına sahiptir. Hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan deliller, mahkeme tarafından bir vakıanın ispatında dikkate alınamaz" hükmü bulunduğundan

kanunen yasak sayılan yöntemlerle elde edilmiş delillerin mahkeme tarafından dikkate alınmaması gerekir.

Fiilen birlikte yaşama ne anlama gelmektedir? Evlilik birliği kurulmuş gibi birlikte yaşama, aile bağına devam ettirmez. Eşlerden birisi, işi gereği uzun seyahatlere çıkıyorsa, geçici olarak ikametgâhından ayrılmak zorunda kalmışsa yine de diğer kanıtlar varsa fiilen birlikte yaşama kabul edilmelidir.

Gelir/aylık almakta olan hak sahipleri, Kuruma müracaat ederek, fiilen birlikte yaşama nedeniyle aylıklarının kesilmesini talep edebilirler. Gelir/aylık almaktan feragat edilebilir. Gelir/aylığın kesilmesi için, evlenme zorunluluğu yoktur. Asıl problem, eşlerin ayrı yaşadıkları iddiasında ortaya çıkmaktadır.

5510 sayılı Kanun'un "Kurumun denetleme ve kontrol yetkisi" başlıklı 59. maddesinde, bu Kanunun uygulanmasına ilişkin işlemlerin denetiminin, Kurumun denetim ve kontrol ile görevlendirilmiş memurları eliyle yürütüleceği, Kurumun denetim ve kontrol ile görevlendirilmiş memurlarının görevleri sırasında belirledikleri Kurum alacağını doğuran olay ve bu olaya ilişkin işlemlerin, yemin dışında her türlü kanıta dayandırılabilmesi, bunlar tarafından düzenlenen tutanakların aksi sabit oluncaya kadar geçerli olduğu belirtilmiştir.

Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği maddede 77/1 ve 2'ye göre "Kurumun denetim ve kontrol ile görevlendirilmiş memurları, gelir ve aylık alma şartlarının devam edip etmediğinin, sigortalıların geçici iş göremezlik süresince ve malûliyet aylığı alanların fiilen çalışıp çalışmadığının tespiti hususunu mahallinde inceleme yetkisine sahiptir. Birinci fıkrada belirtilen inceleme, öldüğü hâlde nüfusa tescil edilmeyen gelir ve aylık sahipleri ile boşandığı eşi ile fiilen birlikte yaşamayı sürdüren eş veya kız çocuklar olmak üzere, gelir ve aylık alma şartlarını yitirenlerin tespitini de kapsar." Bu nedenle Kurum memurları tarafından yapılan tespit tutanakları önemlidir. Aksinin eş değer delillerle çürütülmesi gerekir. Ancak, istisnai haller dışında tespit tutanağı tek başına yeterli görülmemeli, davanın sübutu açısından sair hususlar da

araştırılmalıdır. 21. Hukuk Dairesi, 21.01.2013 tarih, 2011/7470-2013/647 sayılı kararında “5510 sayılı Yasanın 59/2. maddesi gereğince Kurumun denetim ve kontrol ile görevlendirilmiş memurları tarafından düzenlenen tutanaklar aksi sabit oluncaya kadar geçerli olup Kontrol Memuru Raporunun aksi ispat edilememiştir. Bu nedenle davanın reddi gerekir” şeklinde karar vermiştir.

10. ve 21. Hukuk Daireleri, kararlarında şu hususların araştırılmasını öngörmüşlerdir. Hak sahibi ile boşandığı eşinin yerleşim yerlerinin saptanmasına ilişkin olarak, adres kayıt sisteminden ikametgâhları belirlenmeli, ilgili Nüfus Müdürlüklerinden sağlanan nüfus kayıt örnekleri ile yerleşim yeri ve diğer adres belgelerinden yararlanılmalı, adres değişiklik ve nakillerine ilişkin bilgilere ulaşılmalı, özellikle ilgili Nüfus Müdürlüğünden adres hareketleri, tarihleriyle birlikte istenilmeli, ilgililerin su, elektrik, telefon aboneliklerinin hangi adreste kimin adına tesis edildiği saptanmalı, seçmen bilgi kayıtları getirilmeli, varsa çalışmalarını nedeniyle resmi/özel kurum ve kuruluşlara verilen belgelerde yer alan adresler dikkate alınmalı, boşanan eşler 4857 sayılı Kanun hükümleri kapsamında yer almakta iseler adlarına ödeme yapılabilecek özel olarak açılan banka hesabı bulunup bulunmadığı belirlenmeli, boşanan eşlerin kayıtlı oldukları bölge/bölgeler yönünden kapsamlı zabıta araştırması yapılmalı, anılan mahalle/köy muhtar ve azaların tanık sıfatıyla bilgi ve görgülerine başvurulmalı, tarafların gösterdikleri tanıklar dinlenmelidir¹⁵.

Sigortalının hak sahipleri hakkında ceza davası varsa bu dosyadaki deliller de dikkate alınmalıdır. Ancak hak sahiplerinin ceza davasında beraat etmeleri sonuca etkili değildir. Hukuk hâkimi beraat kararı ile bağlı değildir. Türk Borçlar Kanunu'nun 74/1. maddesinde “Hâkim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararıyla da bağlı değildir.” Yargıtay'ca, ceza kararında kesinleşen maddi olguların hukuk

hâkimini bağlayacağı kabul edilmektedir (10. HD 23.09.2008 tarih, 2008/11747-11293 sayılı kararı).

Uygulamada, aynı sokakta farklı evlerde, aynı binada farklı dairelerde yaşadıkları gibi savunmalar yapılmaktadır. Boşanan eşlerin ayrı yaşaması kuraldır. Toplumumuzda, eşlerin boşandıktan sonra aynı meskende veya aynı binada yaşamaya devam ettikleri olağan değildir. Bu durumların, fiilen birlikte yaşamaya güçlü delil oluşturduğu kabul edilmelidir. Ancak, Türk Medeni Kanunu çerçevesinde, boşanma sonucu mahkemece, eşlerin çocuklarla kişisel ilişkileri düzenlenmiş ise, bu kapsamda ziyaret ve birliktelikleri de ayrı tutmak gerekir. Hak sahibi, sigortalının ölümünden hemen sonra, boşanma kararı alarak, Kurumdan gelir/ölüm aylığı talep ettiği, boşanma kararından sonra eşlerin müşterek çocuklarının olduğu hallerde de fiilen birlikte yaşamaya delil olduğu düşünülmelidir.

56/son kapsamında hak sahipleri tarafından açılan davalar, Kurum işlemin iptali, aylığa hak kazandığının tespiti ve borçlu olmadığının tespiti şeklindedir. Bu dava, tespit ve eda talebini içerdiğinden miktar olarak, temyiz kesinlik sınırı uygulanmaz. Aynı şekilde, Kurum tarafından açılan alacak ve itirazın iptali davaları da, içerisinde, aylık kesme işleminin yerinde olduğunun tespitini içerdiğinden yine temyiz kesinlik sınırı uygulanmaz (10. HD 2012/798 E, 2013/3578).

6- Ödemelerin Kurumca Geri Alınması

Madde 56/2'de, “bu kişilere ödenmiş olan tutarlar, 96 ncı madde hükümlerine göre geri alınır” denilmiştir. 5510 sayılı Yasa'nın 96. maddesi ile 506 sayılı Yasa'da yer almayan yeni bir düzenleme getirilmiş, sebepsiz zenginleşmenin kasıtlı kusurlu davranıştan veya Kurumun hatalı işleminden kaynaklanmasına bağlı olarak istirdadı mümkün ödeme miktarları belirlenmiştir. Kapsam belirlendikten sonra, ilgilinin Kurumdan alacağı yoksa geri alma işleminin genel hükümlere göre yapılacağı öngörülmüştür. 5510 sayılı Yasa'nın geçici maddelerinde ise, yersiz ödemelerin tahsili konusunda önceki hükümlerin uygu-

lanması gerektiğini öngören herhangi bir kural yer almamaktadır.

Belirtilen nedenlerle; 5510 sayılı Yasa'nın 96. maddesi hükmünün, Kurumun yersiz ödemedi kaynaklanan alacakları konusunda süren uyumsuzluklara uygulanması gerekmektedir¹⁶.

5510 sayılı Kanun'un 01.10.2008 tarihinde yürürlüğe giren "Yersiz Ödemelerin Geri Alınması" başlıklı 96. maddesinde:

"...Kurumca işverenlere, sigortalılara, isteğe bağlı sigortalılara gelir veya aylık almakta olanlara ve bunların hak sahiplerine, genel sağlık sigortalılarına ve bunların bakmakla yükümlü olduğu kişilere, fazla veya yersiz olarak yapıldığı tespit edilen bu Kanun kapsamındaki her türlü ödemeler;

a) Kasıtlı veya kusurlu davranışlarından doğmuşsa, hatalı işlemin tespit tarihinden geriye doğru en fazla on yıllık sürede yapılan ödemeler, bu ödemelerin yapıldığı tarihlerden,

b) Kurumun hatalı işlemlerinden kaynaklanmışsa, hatalı işlemin tespit tarihinden geriye doğru en fazla beş yıllık sürede yapılan ödemeler toplamı, ... genel hükümlere göre geri alınır." hükmü getirilmiştir.

Madde 56/2'ye göre, eşinden boşandığı halde, boşandığı eşiyile fiilen birlikte yaşadığı belirlenen eş ve çocukların davranışı, açıkça hakkın kötüye kullanılması olduğundan, iade 5510 sayılı Yasa'nın 96/1-a maddesine göre yapılması gerekmektedir. Çünkü hak edilmediği halde bilinçli olarak gelir/aylık talebinde bulunulmuş, Kurum yanıltılmıştır. Bu nedenle, iadeye yükümlü tutulan süre, Kurumun yetkili organının hatalı işlemi tespit tarihinden itibaren 10 yıldır. Ancak, yersiz aylığın, Kurumun hatalı işleminden kaynaklandığı durumlar da olabilecektir. Örneğin, gelir/aylık almakta olan hak sahibi, boşandığı eşiyile evlenmeden fiilen birlikte yaşamaya başladığını Kuruma bildirmesi halinde Kurum, gelir/aylık ödemesini sürdürürse, 96/1-b maddesi tartışma konusu olacaktır.

Kurumun istirdat usulü genel hükümlere göredir. Yani ya icra takibi yapar ya da iş mahkemesinde alacak davası açacaktır.

Burada, üzerinde durulması gereken husus, 5510 sayılı Yasa'nın 96. maddesinin, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun sebepsiz zenginleşmeye ilişkin 63. maddesinin (6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu madde 79) uygulanmasını ortadan kaldırıp kaldırmadığıdır. Borçlar Kanunu'nun 63. maddesine göre; sebepsiz zenginleşen kişinin, iade borcu ile yükümlü tutulabilmesi için kötü niyetli olduğunun kanıtlanması gerekir. Ayrıca, birçok Yargıtay kararında da belirtildiği gibi; iyi niyetle zenginleşen kimse, zenginleşmenin geri verilmesinden dolayı; zenginleşme hiç olmasaydı bulunacağı durumdan daha kötü duruma düşürülemez.

Hukuk Genel Kurulu, önüne gelen bir uyumsuzlukta "5510 sayılı Kanunun 96. maddesiyle, sebepsiz zenginleşmede geri verme konusunda genel hüküm niteliğindeki Borçlar Kanunu'nun 63. maddesine nazaran, özel bir düzenleme getirilmiştir. Şu duruma göre, karşımıza, aynı konu hakkında bir tarafta genel kanunda kabul edilen yasa kuralı, bir tarafta da özel bir yasal düzenleme çıkmaktadır.

Bu nedenle sorunun normlar hiyerarşisi kurallarına göre çözümlenmesi gerektiğinde kuşku bulunmamaktadır.

"Yasaların çatışması" olarak da adlandırılan bu gibi durumlarda; sonraki norm, öncekinin yerini alır (Lex Posterior derogat priori); özel kanun, genel kanundan önce gelir (Lex specialis per generalem non derogatur); açık anlamlı norm, kapalı anlamlı normdan önce gelir, biçiminde kabul edilen temel ilkelerden yararlanılarak sonuca ulaşılmalıdır.

Belirtilen ilkeler doğrultusunda yapılan değerlendirmede ise; 5510 sayılı Kanun'un, 818 sayılı Borçlar Kanununa göre özel nitelikte olduğu; bu kapsamda 5510 sayılı Kanun'un 96. maddesi hükmünün sebepsiz zenginleşme nedeniyle yersiz ödemelerin Kuruma iadesi konusunda özel nitelikte düzenleme içerdiği açıktır.

Bu durumda özel kanun niteliğindeki 5510 sayılı Kanun'un, yine özel düzenleme içeren 96. maddesi hükmü, genel nitelikteki 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 63. maddesi hükmü-

ne nazaran uygulama önceliğine sahiptir.

O halde, Yerel Mahkemece yukarıda yapılan açıklamaların ışığında özel Kanun niteliğindeki 5510 sayılı Kanun'un 96. maddesinin değerlendirilmesi suretiyle karar verilmesi gerektiğinde kuşku bulunmamaktadır.¹⁷ şeklinde karar vermiştir. Yargıtay 21. Hukuk Dairesi de aynı görüşü benimsemiştir¹⁸. 10. Hukuk Dairesi ise, 5510 sayılı Yasa'nın 96. maddesi ile BK 63. maddenin uygulama alanının tamamen ortadan kalkmadığı ancak daraldığı görüşündedir.

Yersiz yapılan ödemeler nedeniyle, 96. maddeye göre Kurumun istirdada hakkı olduğu 5 ve 10 yıllık süreler, Kurumca ve mahkemelerce resen nazara alınır. Borçlular tarafından ileri sürülmesine gerek yoktur.

7- Zamanaşımı

5510 sayılı Yasa'nın 96. maddesiyle getirilen düzenleme, sebepsiz zenginleşmede iade konusuna ilişkin özel bir düzenleme olup; zamanaşımı hükmü olarak nitelenmesine olanak bulunmamaktadır. Maddenin genel hükümlere atfı, 5510 sayılı Yasa'nın 97. ve diğer maddelerinde zamanaşımı konusunda özel bir düzenlemenin yer almamış olduğu durumlarda zamanaşımı konusunun, genel hükümlerden hareketle çözümünü gerektirmekte olup; dava konusu olayda Kurum alacağı yönünden, zamanaşımı süresi; Borçlar Kanunu'nun 66 vd. maddelerinde düzenlenen sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde Kurumun yetkili organının sigortalıya ödenen iş bu aylıklarını geri almaya hakkı olduğunu öğrendiği tarihten itibaren 1 yıl ve herhalde talep hakkının doğumundan itibaren 10 yıldır¹⁹.

Madde 56/2 kapsamında yersiz alınan aylıklar, BK 66. madde uyarınca, Kurumun dava açmaya yetkili organının istirdada hakkı olduğunu öğrendiği tarihten itibaren 1 yıl ve herhalde 10 yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 82. maddesi bu süreleri 2 ve 10 yıl olarak belirlemiştir. Zamanaşımı defi, resen nazara alınmaz, davalı tarafından ileri sürülmesi gerekir.

8- Evlenme Ödeneği

5510 sayılı Yasa'nın 37. maddesinde "Evlenmeleri nedeniyle, gelir veya aylıklarının kesilmesi gereken kız çocuklarına evlenmeleri ve talepte bulunmaları halinde almakta oldukları aylık veya gelirlerinin iki yıllık tutarı bir defaya mahsus olmak üzere evlenme ödeneği olarak peşin ödenir..." hükmü getirilmiştir. Bu madde, aynı yasanın 56/2 maddesi ile de irtibatlıdır. Boşandığı eş ile fiilen birlikte yaşamaya devam ederek gelir/aylık alanlar, boşandığı eş ile tekrar resmi evlilik yapmak isterlerse evlenme ödeneğine hak kazanabilecekler midir? Bu durumu ikiye ayırarak incelemek gerekir. Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, önüne gelen bir uyuşmazlıkta, 5510 sayılı Yasa'nın yürürlük tarihinden önce 26.09.2008 tarihinde gerçekleştirilen evlenme nedeniyle alınan evlenme ödeneğini haksız ve yersiz kabul etmeyen yerel mahkeme kararını onamıştır²⁰. Ancak, 5510 sayılı Yasa'nın yürürlük tarihi olan 01.10.2008 sonrasında, Kurumun denetmenleri tarafından hak sahiplerinin fiilen birlikte yaşadıkları tespit edildikten ve gelir/aylıklarının kesileceği anlaşıldıktan sonra gerçekleştirilen evlilikler nedeniyle evlenme ödeneği talep edilmesi, hakkın kötüye kullanılması sayılır, Kurumca ödememe işlemi yerindedir.

9- Tekrar Aylık Bağlanması

5510 sayılı Yasa'nın 35. maddesinde "Ölüm sigortasından sigortalının hak sahiplerine bağlanacak aylıklar; ... Aylığın kesilmesine yol açan sebebin ortadan kalkması halinde, 34 üncü maddede belirtilen şartlar saklı kalmak kaydıyla, müracaat tarihini takip eden ay başından itibaren yeniden aylık bağlanır" denilmiştir. 56/2 kapsamında, fiilen birlikte yaşama nedeniyle gelir veya aylıkları kesilenler, fiilen birlikte yaşama engeli kalktığında tekrar gelir/aylığa hak kazanacaklardır. Ancak, yeniden gelir/aylık talebi halinde, fiilen birlikte yaşamama olgusu yine Kurumun denetim elemanları tarafından tespit edilmelidir.

VI- SONSÖZ

İlk kez 5510 sayılı Yasa'nın 56/2 maddesi

ile getirilen düzenleme ile hak sahibi konumundaki eş veya çocuğun boşandığı eşiyile eylemli olarak birlikte yaşamayı yasaklanmamakta, bu tür ve nitelikte yaşam sürdüren kişinin bir anlamda hak sahipliği sıfatının ortadan kalktığı kabul edilip gelir/aylıktan yararlandırılmaması kabul edilmektedir²¹.

Gelir/aylık almak için eşinden boşanma yolunu seçenler, öte yandan eşinin miras hakkından mahrum kalmakta, eşi nedeniyle hak sahibi sıfatlığını kaybetmektedirler. Ayrıca, boşandığı eşiyile beraberliğini devam ettirenler, toplumda rahatsızlıklara neden olabildiği gibi aile bireyleri ve çocuklar üzerinde olumsuz etkilere de yol açabilecektir.

Ölüm geliri/aylığı alabilmek için evliliğini sonlandırarak fiilen birlikte yaşamaya devam edenlerle, hiç resmi evlilik yapmamış ancak birlikte yaşamayı seçenler arasında bir ayırım yapıldığı, evlenmenin, gelir/aylığın kesilme nedeni yapılması, toplumu evlenmeden birlikte yaşamaya teşvik ettiği iddia edilebilirse de devlet, bir taraftan sigortalının ölümü ile onun geçindirmekle yükümlü olduğu kişilerin sosyal haklarını güvence altına alırken diğer taraftan da aktüeryal dengesini gözetmek zorundadır. Bu amaçla yasa koyucu, sınırlı olarak sadece, boşandığı eşiyile fiilen birlikte yaşadığı belirlenen eş ve çocukların, bağlanmış olan gelir ve aylıklarının kesileceği yönünde düzenleme yapmıştır.

DİPNOTLAR

- 1 Sabah Gazetesi, 23.08.2012, Bugün Gazetesi, 11.02.2013.
- 2 A. Güzel/R. Okur/N. Canıklioğlu, Sosyal Güvenlik Hukuku, 12. Baskı, sh. 548.
- 3 Anayasa Mahkemesi 28.04.2011 tarih, 2009/86 E, 2011/70 K.
- 4 Prof. Dr. Tankut Centel, "Boşandığı Eşiyile Birlikte Yaşamaya Aylığının Kesilmesi-Anayasa Karşısında Bir Ülke Gerçeği" Sicil sayı 25, sh. 190.
- 5 Resul Aslanköylü, "Eşinden Boşandığı Halde Eşiyile Fiilen birlikte Yaşamakta Olanların Gelir ve Aylıklarının Kesilmesi" Yargıtay Dergisi, Ekim 2012, sh.113.
- 6 21. HD. 31.10.2011 tarih, 2010/10742 E, 2011/8919 K.
- 7 10. HD. 19.03.2012 tarih, 2010/16868 E, 2012/5028 K.
- 8 10. HD. 15.12.2011 tarih, 2011/6297-18191.
- 9 10. HD. 03.12.2012 tarih, 2012/22649-24279.

- 10 HGK. 02.03.2005 tarih 2005/10-79-138.
- 11 10. HD. 15.11.2012 tarih, 2012/188808-22017.
- 12 21. HD. 21.01.2013 tarih, 2011/7470 E, 2013/647 K.
- 13 Resul Aslanköylü, "Eşinden Boşandığı Halde Eşiyile Fiilen birlikte Yaşamakta Olanların Gelir ve Aylıklarının Kesilmesi" Yargıtay Dergisi, Ekim 2012, sh.113.
- 14 Resul Aslanköylü, "Eşinden Boşandığı Halde Eşiyile Fiilen birlikte Yaşamakta Olanların Gelir ve Aylıklarının Kesilmesi" Yargıtay Dergisi, Ekim 2012, sh.113.
- 15 10. HD. 19.03.2012 tarih, 2010/16868 E, 2012/5028 K., 29.12.2012 tarih, 2011/14365-20973, 21. HD. 07.02.2012 tarih, 2011/14976 E, 2012/1258 K., 18.12.2012 tarih, 2012/19618-23586.
- 16 10. HD. 14.02.2012 tarih, 2010/12693 E, 2012/2280 K.
- 17 HGK. 05.10.2011 tarih, 2011/10-476-584
- 18 21 HD. 18.12.2012 tarih, 2012/19618-23586.
- 19 10 HD. 12.05.2011 tarih, 2010/41 E, 2011/7172 K., 21 HD, 17.06.2010 tarih 2010/5127-7159.
- 20 10 HD. 19.11.2012 tarih, 2011/12707 E, 2012/22093 K.
- 21 10. HD. 19.03.2012 tarih, 2010/16868 E, 2012/5028 K.

Murat UĞUR

İstanbul/Gaziosmanpaşa Sosyal Güvenlik Merkezi Müdür Yardımcısı

Sigortalılık Süreleri ile 18 Yaş Altında Geçen Hizmetlerin Değerlendirilmesi

1- GİRİŞ

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun¹ sigortalılık hak ve yükümlülüklerine ilişkin hükümleri 2008 yılı Ekim ayı başı itibariyle yürürlüğe girmiş olup, 5510 sayılı Kanun'un geçici 1 inci maddesi ile de 2008 yılı Ekim ayı başından önce 506 ve 2925 sayılı Kanunlara tabi olan sigortalılar 5510 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi (sigortalı), 1479 ve 2926 sayılı Kanunlara tabi olan sigortalılar 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi (Bağkur'lu), 5434 sayılı Kanun'a tabi olan iştirakçiler ise 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi (devlet memurları) kapsamında sigortalı olarak kabul edilmiştir.

Bu Kanuna tabi malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına prim ödeyenlerin, sigorta kollarıdan yapılması gereken yardımlara hak kazanıp kazanmadıklarının tespitinde ise sigortalılık süresi, prim ödeme gün sayısı ve yaş, bağlanacak aylıkların hesabında ise ortalama aylık kazanç ile yine prim ödeme gün sayısına göre işlem yapılmaktadır.

Sigortalılık süresi, sigortalının malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına bağlı olarak ilk defa çalışmaya başladığı tarih ile tahsis yapılması için yazılı istekte bulunduğu tarih, ölen sigortalılar için de ölüm tarihi arasında geçen süredir (5510 SK, m. 38). Diğer bir anlatımla, sigortalılık süresi sigortalılık başlangıcı ile tahsis talep ya da ölüm tarihi arasında geçen zaman dilimidir. Bu zaman diliminde, sigortalılık süresinin tamamen çalışarak ya da prim ödenerek geçirilmiş olması koşul olmadığı gibi, bu sürenin başlangıç ve sonu arasında sigortalının aralıklı ya da birden çok statüde (4(a), (b) veya (c)) çalışmasının, sigortalılık süresinin belirlenmesinde bir önemi bulunmamaktadır.

5510 sayılı Kanun'un geçici 7 nci maddesinin birinci fıkrasına göre, Kanunun yürürlük tarihine kadar 506, 1479, 2925, 2926 ve 5434 sayılı Kanunlar ile 506 sayılı Kanun'un geçici 20 nci maddesine göre sandıklara tâbi sigortalılık başlangıçları ile hizmet süreleri, fiilî hizmet süresi zammı, itibarî hizmet süreleri, borçlandırılan ve ihya edilen süreler ve sigortalılık süreleri tabi oldukları Kanun hükümlerine göre değerlendirilmeye devam edilmektedir.

II- BİR DEN FAZLA SİGORTALILIK SÜRELERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

A- 5510 Sayılı Kanun'a Göre İlk Defa Sigortalı Olanlar

Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 53 üncü maddesine göre;

a- 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde yer alan sigortalılık hallerinden birden fazlasına aynı anda tabi olunmasını gerektirecek şekilde çalışanlar, öncelikle (c) bendi kapsamında sigortalı sayılacaklardır.

b- 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerine tabi çalışmasının bulunması halinde, önce başlayan sigortalılık esas alınarak değerlendirme yapılmakta iken 6111 sayılı Kanun² ile yapılan değişiklikten sonra 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerinde yer alan sigortalılık statülerine tabi olacak şekilde çalışılması halinde ise aynı maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalılık esas alınacaktır. (Ancak, sigortalılık hallerinin çakışması nedeniyle Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki sigortalılığı esas alınanlar, yazılı talepte bulunmak ve 5510 sayılı Kanun'un 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 sigortalılık 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.)

c- 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (b) bendinin (4) numaralı alt bendi (Tarımsal faaliyette bulunanlar) kapsamındaki sigortalılık hallerinin aynı gün başlaması halinde, (a) bendine tabi sigortalılık esas alınacak, bu

sigortalılığın sona ermesi halinde (b) bendine tabi sigortalılık, bu sigortalılığın da sona ermesi halinde ise (b) bendinin (4) numaralı alt bendi (Tarımsal faaliyette bulunanlar) hükümleri esas alınarak sigortalılık başlatılacaktır.

ç- 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde yer alan sigortalılık halleri ile 5 inci maddesinin (a) (ceza infaz kurumları ile tutukevleri bünyesinde çalıştırılanlar) ve (e) (Türkiye İş Kurumu tarafından düzenlenen meslek edindirme, geliştirme ve değiştirme eğitimine katılan kursiyerler) bentlerine tabi sigortalılık hallerinin çakışması halinde, bunlar 4 üncü madde kapsamında sigortalı sayılacak, haklarında birinci madde hükmü uygulanacaktır.

d- 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki sigortalının birden fazla işveren yanında çalışması halinde bu çalışmalarının tamamı dikkate alınacaktır. Ancak, hizmetin değerlendirilmesinde ay 30 günü, prime esas kazançlar ise 5510 sayılı Kanun'un 80 inci maddesine göre belirlenen azami kazancı geçemeyecektir.

e- İsteğe bağlı sigortalıların 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentleri kapsamına tabi olacak şekilde çalışmaya başlamaları halinde, 5510 sayılı Kanun'un 51 inci maddesinin üçüncü fıkrası hükmü (ay içerisinde 30 günden az çalışanlar) saklı kalmak kaydıyla isteğe bağlı sigortalılıkları sona erecek ve çakışan sürelerle ait ödenen isteğe bağlı primleri ilgililere iade edilmektedir.

f- 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendine tabi birden fazla çalışması bulunan sigortalılar önce başlayan çalışmadan dolayı sigortalı sayılacaklardır.

g- 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendine tabi gelir vergisinden muaf olarak sigortalılıkları devam edenler ile köy ve mahalle muhtarlarından 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında gelir vergisi mükellefi olanlar hariç hizmet akdine tabi çalışmaya başlayanlar çalışmaya başladıkları tarihten itibaren 4 üncü maddenin (a) bendi kapsamında sigortalı olacaklardır.

Ancak, hizmet akdine tabi çalışmalarını sona erenlerden, gelir vergisinden muaf olduğu tes-

pit edilenler ile köy ve mahalle muhtarlık görevinin devam ettiği tespit edilenlerin 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamındaki sigortalıların talep alınmaksızın hizmet akdine tabi çalışmanın sona erdiği tarihten itibaren devam ettirilecektir.

h- 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında sigortalı sayılanlar, 01/10/2008 tarihinden itibaren kendilerine ait veya ortak oldukları işyerlerinden, Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı olarak bildirilemeyecektir.

ı- 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine tabi çalışmakta iken (b) bendi kapsamında çalışması bulunması nedeniyle bu bent kapsamına alınmayanların hizmet akdine tabi çalışmalarını sona erdirip en az bir gün ara vererek yeniden hizmet akdine tabi çalışmaya başlamaları halinde hizmet kesintiye uğramış sayılacaktır.

B- 5510 Sayılı Kanun Yürürlüğe Girmeden Önce Sigortalı Olanlar

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun;

a- 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine tabi sosyal güvenlik destek primine tabi çalışanlar dahil sigortalılığı devam ederken, kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında çalışmaya başlayanlar 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki çalışmaları sona ermeden (b) bendi kapsamına alınmayacaklardır.

1-4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin (4) numaralı alt bendi kapsamındaki sigortalılar hakkında da aynı şekilde işlem yapılacaktır.

b- 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine tabi sigortalılığı başlayıp sona erenlerden, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamındaki çalışması bulunup 01/10/2008 tarihine kadar kayıt ve tescili yapılmayanların (b) bendi kapsamına tabi sigortalılıkları 5510 sayılı Kanun'un geçici 8 inci maddesinin birinci fıkrası gereğince 01/10/2008 tarihinde başlatılacaktır.

c- 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b)

bendinin (4) numaralı alt bendine tabi çalışmaları devam edenlerin tarımsal faaliyetleri devam ettiği sürece sigortalılıkları da devam edeceğinden 2008 yılı Ekim ayı başından sonra bu sigortalılıkları sona ermeden Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamına alınmayacaklardır.

ç- 506 sayılı Kanun'un mülga 85 inci maddesine göre isteğe bağlı sigortaya devam etmekte iken 1479, 2925 veya 2926 sayılı Kanunlara tabi çalışmaları bulunanların isteğe bağlı sigortalılıkları, 01/10/2008 tarihi itibarıyla sona erdirilerek 4 üncü madde kapsamındaki sigortalılıkları başlatılmaktadır.

d- 01/10/2008 tarihinden önce 5510 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında sigortalı oldukları halde 2925 sayılı Kanun'a tabi prim ödeyenlerin sigortalılıkları 01/10/2008 tarihi itibarıyla sona erer, 5510 sayılı Kanun'a tabi çalışmanın sona erdiği tarihi takip eden aybaşından itibaren 2925 sayılı Kanun'a göre kendiliğinden başlatılmaktadır.

C- 04.10.2000-01.10.2008 Tarihleri Arasında 1479 ve 2926 Sayılı Kanunlara Göre Sigortalı Olanların Durumu

a- 01/10/2008 tarihinden önce 1479 sayılı Kanun'un mülga 24 üncü maddesinde belirtilen çalışmalarının bulunması nedeniyle sigortalılığı başlatılan ve bu tarihten önce sona erenlerden 01/10/2008 tarihinden sonra yine bu tarihten önce başlayan, sona eren veya devam eden çalışmaları bulunduğu tespit edilenlerin vergi mükellefiyetlerinin başladığı tarih itibarıyla yeniden sigortalılıkları başlatılmaktadır.

b- 01/10/2008 tarihinden önce 2926 sayılı Kanun'a tabi sigortalılığı başlayan ve bu tarihten sonra da devam edenlerden, 01/10/2008 tarihinden sonra 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendinin (1), (2) ve (3) numaralı alt bentlerinde belirtilen çalışması bulunduğu tespit edilenlerin tarım sigortalılıkları sona ermediği sürece (b) bendinin (1), (2) ve (3) numaralı alt bentlerine tabi sigortalılıkları başlatılmayacaktır.

c- 01/10/2008 tarihinden önce 1479 sayılı Kanun'un 79 uncu maddesine göre isteğe bağlı sigortalı olup 01/10/2008 tarihinden sonra isteğe bağlı sigortalılığının başlatıldığı tarihten önceki bir süreye ait 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendinin (1), (2), (3) ve (4) numaralı alt bentlerine tabi devam eden çalışmaları bulunduğu tespit edilenlerin isteğe bağlı sigortalılıkları 01/10/2008 tarihi itibarıyla sona erdirilecek, 01/10/2008 tarihi itibarıyla 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendinin (1), (2), (3) ve (4) numaralı alt bentlerine tabi sigortalılıkları başlatılmaktadır.

d- 01/10/2008 tarihinden önce 2108 sayılı Kanun'a göre köy veya mahalle muhtarlığına seçilmesi nedeniyle 1479 sayılı Kanun'a göre muhtar sigortalılığı devam edenlerin 01/10/2008 tarihinden sonra muhtar sigortalılığın başladığı tarihten önceki bir süreye ait 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendine tabi ticarî kazanç veya serbest meslek kazancı nedeniyle gerçek veya basit usûlde gelir vergisi mükellefi olanlar, gelir vergisinden muaf olup, esnaf ve sanatkâr siciline kayıtlı olanlar ve anonim şirketlerin yönetim kurulu üyesi olan ortakları, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerin komandite ortakları, diğer şirket ve donatma iştiraklerinin ise tüm ortaklıklarından dolayı çalışması devam edenlerden muhtarlık görevi nedeniyle 01/10/2008 tarihinden sonra da sigortalılıkları devam edenlerin muhtarlıktan dolayı sigortalılıkları devam ettiği sürece 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendinin (1), (2) ve (3) numaralı alt bentleri kapsamına alınmamaktadır.

e- 01/10/2008 tarihinden önce 1479 sayılı Kanun'un 79 uncu maddesine göre isteğe bağlı sigortalılığı devam ederken 01/10/2008 tarihinden sonra 28/03/2004 tarihinde muhtar seçildikleri tespit edilenlerin isteğe bağlı sigortalılıkları 01/10/2008 tarihi itibarıyla sona erdirilecek, muhtarlıktan dolayı sigortalılıkları 01/10/2008 tarihi itibarıyla başlatılmaktadır.

Ç- İsteğe Bağlı Olarak Ödenen Sürelerin Değerlendirilmesi

5510 sayılı Kanun'a göre Kanunun 4 üncü maddesine tabi çalışanlar isteğe bağlı olarak

prim ödemesi yapsalar dahi çakışan sürelerle ait isteğe bağlı hizmetleri iptal edilerek ilgililere iade edilmekte ancak ülkemiz ile uluslararası sosyal güvenlik sözleşmesi bulunmayan ülkelerde iş üstlenen işverenlerce yurt dışındaki işyerlerinde çalıştırılmak üzere götürülen Türk işçiler için kısa vadeli sigortalar ve genel sağlık sigortası zorunlu olarak ödenmekte aynı sigortalı için uzun vade sigorta primini de genellikle işverenleri tarafından isteğe bağlı olarak ödenmektedirler. Hizmet akdine istinaden çalışan bu sigortalıların fiilen yurtdışında çalıştığı halde haftanın veya ayın bazı günleri Türkiye ye gelerek birkaç gün başka bir işverenin yanında fiilen çalışmakta ve işverenlerde sigortalının primlerini tam ay olarak ödemeye devam etmekte bu durumda sigortalı adına hem 4(a) hem de 4(b) sigortalısı olarak uzun vade sigorta kollarından prim ödemesi yapılmaktadır.

Bu sigortalılara yurtdışında olmaları nedeniyle uzun vade sigorta kollarına ait primlerini isteğe bağlı olarak ödeme hakkı veren 5510 sayılı Kanun aynı sigortalı için 4 (a) sigortalısı olarak da ödenen uzun vade sigorta kolları primi ile çakışması halinde isteğe bağlı olarak ödemesi yapılan uzun vadeli sigorta kolları priminin iptal edilmesi halinde hem sigortalının hak kaybı hem de sosyal güvenlik kurumunun prim kaybının olduğu da bir gerçektir.

III- PRİM ÖDEME GÜN SAYISI

5510 sayılı Kanun malullük, yaşlılık ve ölüm aylıklarına hak kazanmada belli bir prim ödeme gün sayısını koşul olarak aramaktadır. Prim ödeme gün sayısı; malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tabi olarak geçen sürelerle ait gün sayısını ifade eder. Yalnızca kısa vade sigorta kollarından yani iş kazası ve meslek hastalığından ödenen primler nedeniyle yapılan işe giriş bildirimlerinden dolayı alınan sigorta sicil numarası emeklilik maaşı bağlanması için sigortalılık başlangıcı olarak dikkate alınmamakta ancak 4 (a) kapsamında çalışan sigortalılar için analık borçlanması yönünden dikkate alınmaktadır.

Sigortalıların günlük kazançlarının hesabında esas tutulan gün sayıları, aynı zaman-

da bunların prim ödeme gün sayılarını gösterir. Primlerin hesabına esas tutulan günlük kazanç sigortalının bir ay içinde prime esas tutulan kazancının otuzda biridir. Uygulamada tam çalışılan veya prim ödenen aylardaki prim ödeme gün sayısı, ayın 28, 29, 31 gün olmasına bakılmaksızın 30 gün alınmaktadır. Sigortalının prim ödeme gün sayılarını;

- Zorunlu sigorta gün sayısı
- İsteğe bağlı sigorta gün sayısı
- Borçlanma gün sayısı
- İhya edilen hizmetlere ait gün sayısı
- Birleştirilen hizmetlere ait gün sayısı
- Devir sandıklarına tabi geçen hizmetlere ait gün sayısı
- Maden işyerlerinde yeraltında geçen hizmetlerin 1/4'ü
- Fiili hizmet süresi zammı
- Malul çocuğu bulunan kadın sigortalıların çalışmalarının 1/4'ü oluşturmaktadır.

IV-SİGORTALILIK BAŞLANGICININ BELİRLENMESİ

Sigortalılık süresi kural olarak mülga 5417 sayılı Kanun'a,³ mülga 6900 sayılı Kanun'a⁴, 17/7/1964 tarihli ve 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'na⁵, 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu'na⁶, 2925 sayılı Tarım İşçileri Sosyal Sigortalar Kanunu'na⁷, bu Kanunla mülga 2926 sayılı Tarımda Kendi Adına ve Hesabına Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanunu'na⁸ ve 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu'na⁹, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun geçici 20 nci maddesi kapsamındaki sandıklara veya 5510 sayılı Kanun'a tâbi olarak malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tabi olarak ilk defa kapsama girdiği tarih olarak kabul edilir. Uluslararası sosyal güvenlik sözleşmeleri hükümleri saklıdır.

Sigortalılık süresi kural olarak yukarıdaki Kanunlara tabi olarak ilk defa çalışmaya başlanılan tarihe göre belirlenmekle birlikte, sigortalılık süresinin başlangıcı bazı durumlarda değişiklik gösterebilmektedir:

A- İşe Giriş Tarihi ile Primlerin Ödenmeye Başladığı Tarihin Farklı Olması

4 (a) sigortalıları için karşılaşılan bir durumdur. İşe giriş tarihi ile primlerin ödenmeye başladığı tarih farklı ise, prim ödenmeye başlanan tarih sigortalılık süresinin başlangıcı olarak alınır. Sigortalının 5417, 6900, 506 ve 5510 sayılı Kanunlara tabi olarak ilk defa işe giriş tarihi ile malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına prim kesilmeye başlandığı tarih arasında farklılık varsa veya işe giriş bildirgesi temin edilemediği gerekçesiyle işe giriş tarihi saptanamıyorsa, prim ödenmeye başlanılan tarih sigortalılık süresinin başlangıcı tarihi olarak alınması gerekmektedir.

Örnek: Sigortalı işe giriş bildirgesinde ilk defa çalışmaya başladığı tarih 11/10/2008 olarak bildirilen sigortalının 2008/Ekim ayı aylık prim ve hizmet belgesinde Sosyal Güvenlik Kurumu'na bildirilmediği ve 2008/Kasım ayı aylık prim ve hizmet belgesinde ise prim ödeme gün sayısının 30 gün olarak bildirilmiş olması halinde bu sigortalının, sigortalılık başlangıcı tarihi, sigortalı adına ilk defa malullük, yaşlılık ve ölüm sigortası priminin yattığı tarih olan 01/11/2008 olarak dikkate alınması gerekmektedir.

B- Banka, Sigorta ve Reasürans Şirketleri ve Sanayi Odaları Gibi Kuruluşların Personelleri İçin Kurulan Sandıklarda Geçen Hizmetler

Sosyal Güvenlik Kurumunca devralınan sandıklara tabi olarak ilk defa prim veya kesenek ödenmeye başlanılan tarih sigortalılık süresinin başlandığı tarihi olarak kabul edilecektir.

Sigortalı ilk defa 991 sayılı Kanun ile 506 sayılı Kanun'un geçici 49'uncu ve ek 36'ncı maddeleri ile 5510 sayılı Kanun'un geçici 20 nci maddesine göre Sosyal Güvenlik Kurumu'na devredilen sandıklara prim veya kesenek ödenmeye başlamışsa, sigortalılık süresinin başlangıcı bu sandıklara ilk defa prim veya kesenek ödenmeye başlandığı tarihtir.

Örnek: Sosyal Güvenlik Kurumu'nca dev-

ralınan Türk Ticaret Bankası Emekli Sandığı'na tabi sigortalılık başlangıç tarihi 01/03/1999 olan sigortalının daha sonra 10/12/2000 tarihinde 506 sayılı Kanun'a tabi çalışmaya başladığı anlaşılmıştır. Sigortalının sigortalılık başlangıç tarihi, Sandığa tabi olduğu 01/03/1999 tarihi olarak dikkate alınır.

C- 18 Yaşın Altında Geçen Hizmetler

5510 sayılı Kanun'a göre malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarının uygulanmasında, 18 yaşından önce malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tâbi olanların sigortalılık süresi, 18 yaşını doldurdukları tarihte başlamış kabul edilmektedir. Bu tarihten önceki süreler için ödenen malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primleri, prim ödeme gün sayılarının hesabına dahil edilebilmektedir.

5510 sayılı Kanun'un geçici 6 ncı maddesinin birinci fıkrasına göre 506 sayılı Kanun'a göre 1/4/1981 tarihinden önce malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tescil edilmiş olanlar hakkında, 5510 sayılı Kanun'un 38 inci maddesinin ikinci fıkrasındaki sigortalılık süresinin 18 yaşın doldurulduğu tarihten başlayacağına ilişkin hükmü uygulanmamaktadır. Diğer bir ifadeyle, 4 (a) sigortalılarından, (eski SSK'lılardan) sigortalılık süresinin başlangıcı;

- 01/04/1981 tarihinden önce ise bu tarih,
- 01/04/1981 tarihinden sonra ise 18 yaşın doldurulduğu tarih,

sigortalılık süresinin başlangıcı sayılmaktadır (Kadın sigortalılarda 20 yılın erkek sigortalılarda 25 yılın.). Ancak 18 yaşın öncesinde geçen çalışma süreleri iptal edilmeyip, prim ödeme gün sayısına ilave edilir. Bu durum, 5510 sayılı Kanun'un yürürlük tarihinden önce sigortalı olan 4 (a) sigortalıları için yalnızca yaşlılık aylığı için geçerli olup, malullük ve ölüm aylıklarında uygulanmamaktadır.

Sigortalıların 506 sayılı Kanun'un geçici 81 inci maddesine göre aylığa hak kazanma koşullarının belirlenmesinde 18 yaş uygulamasına bakılmaksızın, ilk işe giriş tarihine göre yaş, prim ödeme gün sayısı ve sigortalılık süresi koşulları tespit edilmelidir. Bu koşullardan sigortalılık süresi koşulunun tahsis talep tarihinde yerine gelip gelmediği incelenirken ise, 18 yaş

uygulanmasına bakılması gerekmektedir.

Ç- Birden Fazla Sigortalılık Haline Tabi Olunması

Sigortalının birden fazla sigortalılık haline tabi çalışmasının bulunması halinde, bu sigortalılık hallerinden başlangıç tarihi en eski olanı sigortalılık süresinin başlangıcı olarak kabul edilmektedir.

D- 5510 sayılı Kanun'un Yürürlük Tarihinden Önce Birden Fazla Sosyal Güvenlik Kanununa Tabi Hizmeti Olanlar

Sigortalılara ait bu hizmetlerinin mülga 2829 sayılı Kanun hükümlerine göre birleştirilmesi halinde, birleştirilen hizmetin başlangıç tarihi sigortalılık süresinin başlangıcı olarak dikkate alınmaktadır.

E- Borçlanmalar

Hizmet borçlanması, 5510 sayılı Kanun'da 41 inci maddede, borçlanmaya ilişkin süreler ise Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'nin 66 ncı maddesinde açıklanmıştır.

41 inci maddeye göre, Kanuna göre tespit edilen sigortalılığın başlangıç tarihinden önceki süreler için borçlandırılma halinde (analık borçlanması hariç), sigortalılığın başlangıç tarihi, borçlandırılan gün sayısı kadar geriye gidilmek suretiyle tespit edilir.

V- SİGORTALILIK SÜRESİNE EKLENEN SÜRELER

5510 sayılı Kanun'da sigortalılık süresine ilave yapılmasına ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamakla birlikte, Kanunun yürürlük tarihinden önce mülga Kanunlara göre hak kazanılan;

- Mülga 506 sayılı Kanun'un ek 5 inci maddesi kapsamındaki itibari hizmet süreleri,
- 5510 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihe kadar 5434 sayılı Kanun'un mülga 32 nci maddesine göre verilen fiilî hizmet süresi zamları,

sigortalılık süresine ilave edilmektedir.

506 sayılı Kanun'un ek 5 inci maddesinde sayılan itibari hizmet süresi kapsamında yer alıp 5510 sayılı Kanun'un 40 ıncı maddesinde sayılmayan işlerde 5510 sayılı Kanun'un yürürlük tarihinden önce geçen çalışma sürelerinin itibari hizmet süresi olarak değerlendirilmesinde 3600 gün prim ödeme şartı aranmaz. Bu itibari hizmet süreleri aylığa hak kazanma koşullarında dikkate alınır.

5510 sayılı Kanun'un yürürlük tarihine kadar gerek 506 sayılı Kanun'un ek 5 inci maddesine gerekse 5434 sayılı Kanun'un 32 nci maddesine göre verilen fiili hizmet süresi zamları sigortalılık süresine ilave edilmekte iken, 5510 sayılı Kanun'un yürürlük tarihinden sonra 4 (a) sigortalıları için itibari hizmet süresi uygulaması kaldırılmıştır. 5510 sayılı Kanun'un 40 ıncı maddesine göre verilen fiili hizmet süresi zamları prim ödeme gün sayısına ilave edilmekte ve emeklilik yaş hadlerinden de indirilmektedir.

A- Maden İşyerlerinin Yer Altı İşlerinde Geçen Çalışmalar

5510 sayılı Kanun'un geçici 9 uncu maddesinin altıncı fıkrasında; bu Kanunun yürürlük tarihinden önce bazı hükümleri yürürlükten kaldırılan 506 sayılı Kanun'a göre sigortalı sayılanlardan, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce maden işyerlerinin yer altı işlerinde çalışmaya başlayan sigortalıların, bu Kanunun yürürlük tarihinden önce veya sonra bu işlerde geçen çalışmalarının en az 1800 gün olması halinde bu çalışmalarının dörtte biri toplam prim ödeme gün sayılarına ilave edilir.

Örnek: İlk defa 21/05/2003 tarihinde işe giren ve Bakanlıkça tespit edilen maden işyerlerinin yeraltı işyerlerinde çalışmaya başlayan bir sigortalının maden işyerleri dışındaki işyerlerinde 3000, maden işyerlerinin yeraltı işyerlerinde ise 1960 prim gün sayısı bulunmaktadır. Bu sigortalının maden işyerlerinin yeraltı işyerlerinde geçen çalışmaları 1800 günden fazla olduğundan, bu işyerlerinde geçen çalışmaların 1/4'ü toplam prim ödeme gün sayısına ilave edilir.

İlave Edilecek Gün Sayısı : $1960/4 = 490$

Toplam Prim Gün Sayısı : $3000 + 1960 + 490 = 5450$ 'dir

B- Fiili Hizmet Süresi Zammına Tabi Çalışmalar

Fiili hizmet süresi zammı, sigortalıların 5510 sayılı Kanun'un 40 ıncı maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen işyeri ve/veya işlerde geçen çalışma sürelerinin her 360 günü için;

- 1) 60 gün eklenecekse (fiili hizmet süresi zammı kapsamında çalışılan gün sayısı x 0,17),
 - 2) 90 gün eklenecekse (fiili hizmet süresi zammı kapsamında çalışılan gün sayısı x 0,25),
 - 3) 180 gün eklenecekse (fiili hizmet süresi zammı kapsamında çalışılan gün sayısı x 0,50),
- formülü uygulanarak hesaplanmalıdır.

Örnek: Maden ocağında çalışan bir sigortalının fiili hizmet süresi zammı kapsamında 3840, diğer işlerde 1000 prim gün sayısı bulunmaktadır. Bu sigortalının;

→ fiili hizmet süresi zammı kapsamında eklenecek gün sayısı: $3840 \times 0,50 = 1920$ gün

5510 sayılı Kanun'un 40 ıncı maddesinin ikinci fıkrasının 10 uncu bendinde yer alan işyerlerine göre eklenecek gün sayısının tespitinde gün sınırlaması bulunmadığından, toplam prim gün sayısına 1920 günün tamamı ilave edilerek;

→ Toplam prim gün sayısı: $3840 + 1000 + 1920$ (FHSZ) = 6760 gün olacaktır.

C- Malul Çocuğu Bulunan Kadın Sigortalılar

5510 sayılı Kanun'la getirilen yeni bir düzenlemedir. Emeklilik veya yaşlılık aylığı bağlanması talebinde bulunan kadın sigortalılardan başka birinin sürekli bakımına muhtaç derecede malul çocuğu bulunanların, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra geçen prim ödeme gün sayılarının dörtte biri, prim ödeme gün sayıları toplamına eklenir ve eklenen bu süreler emeklilik yaş hadlerinden de indirilmektedir. Bu indirimler kadın sigortalının bu durumunu belgelendirmesi koşuluna bağlıdır. Başka birinin sürekli bakımına muhtaç derecede malul çocuğun varlığı sağlık kurulu raporu ile belgelenmelidir. Malul çocuğun ölümü veya bakıma muhtaçlığının kalkması halinde, Kanunun yürürlük tarihinden ölüm tarihine veya bakıma muhtaçlığın kalktığına karar verilen sağlık kurulu raporu tarihine kadar geçen hizmetlerin

dörtte biri prim ödeme gün sayısına eklenir ve emeklilik yaş hadlerinden indirilir.

Örnek: Kadın sigortalının bakmakla yükümlü bulunduğu malul çocuğunun başka birinin sürekli bakımına muhtaç durumda olduğuna Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Kurulu tarafından 20/07/2006 tarihli sağlık kurulu raporuna istinaden karar verilmiş ve malul çocuk 06/05/2010 tarihinde ölmüştür. Sigortalının 5510 sayılı Kanun'un yürürlüğü girdiği tarihten 06/05/2010 tarihine kadar toplam 575 gün çalışmasının bulunduğu varsayarsak. Bu durumda sigortalının toplam prim ödeme gün sayısına ilave edilecek gün sayısı:

$$575/4 = (143,75) 143 \text{ gündür.}$$

VI- SONUÇ

Kişilerin bir başkasının yardımına muhtaç olmadan hayatını idame ettirebilmesi, çalışma yaşamında karşılaşılabileceği risklere karşı koruma altına alınması ve ileri yaşlarda da emeklilik haklarından hangi şartlarla yararlanabilecekleri ve sigortalılık başlangıç tarihlerinin ne zaman başladığı hep tereddütlerle dolu olmuştur.

Sosyal güvenlik reformu çerçevesinde hayata geçirilen 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'yla; sigortalılar arasında ayrımcılığa yol açan farklılıklara son verilerek, kişinin kamu ya da özel sektörde, bir işverene bağlı ya da bağımsız çalışıp çalışmadığına bakılmaksızın, bütün vatandaşların eşit hak ve yükümlülüklerle tabi tutulduğu, hakkaniyete uygun bir sistem hayata geçirilmiştir.

Sigortalılık başlangıcı tespit edilen sigortalının bu sigortalılık başlangıcının sonlandırılması ise, yani sigortalılık süresi sonunun belirlenmesi, sigortalının kendisine ve ölümü halinde hak sahiplerine aylık bağlanmasında farklılık göstermektedir.

Sigortalının kendisi malullük veya yaşlılık aylığı bağlanması ya da yaşlılık toptan ödemesi yapılması talebinde bulunuyorsa, buna ilişkin yazılı talebin Sosyal Güvenlik Kurumu evrak kayıtlarına geçtiği, iadeli taahhütlü veya acele postaya verildiği tarih, sigortalılık süresinin sonudur.

Sigortalının ölümü nedeniyle, hak sahiplerine aylık bağlanacak veya toptan ödeme yapıla-

caksa, sigortalılık süresinin sonu ölüm tarihidir. Mahkemelerce sigortalının gaip olduğuna karar verilmişse; ölümüne muhtemel gözle bakılabilecek bir durumda kaybolduğu tarih, sigortalının ölüm tarihidir. Çoktan beri kendisinden haber alınmadığı için gaipliğine karar verilen bir sigortalının ölüm tarihi ise sigortalıdan en son haber alındığı tarihtir.

Sigortalıların fiilen çalışmaları olmadığı halde belirlenen sektörlerde çalışan sigortalılara fiilen çalışmışlar gibi 5510 sayılı Kanun'un 40 nci maddesine göre verilen fiili hizmet süresi zamları prim ödeme gün sayısına ilave edilmekte ve emeklilik yaş hadlerinden indirilerek erken emekli olmaları sağlanmaktadır.

DİPNOTLAR

- 1 16.6.2006 tarih 26200 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.
- 2 25.02.2011 tarih 27857 sayılı (Mükerrer) Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.
- 3 2/6/1949 tarihli ve 5417 sayılı İhtiyarlık Sigortası Kanunu.
- 4 4/2/1957 tarihli 6900 sayılı Malûliyet, İhtiyarlık ve Ölüm Sigortaları Hakkında Kanun.
- 5 17/7/1964 tarihli 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu.
- 6 2/9/1971 tarihli ve 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu.
- 7 17/10/1983 tarihli ve 2925 sayılı Tarım İşçileri Sosyal Sigortalar Kanunu.
- 8 17/10/1983 tarihli ve 2926 sayılı Tarımda Kendi Adına ve Hesabına Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanunu.
- 9 8/6/1949 tarihli ve 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu.

5510 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin;

1 numaralı alt bendi: Ticarî kazanç veya serbest meslek kazancı nedeniyle gerçek veya basit usûlde gelir vergisi mükellefi olanları,

2 numaralı alt bendi: Gelir vergisinden muaf olup, esnaf ve sanatkar siciline kayıtlı olanları,

3 numaralı alt bendi: Anonim şirketlerin yönetim kurulu üyesi olan ortakları, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerin komandite ortakları, diğer şirket ve donatma iştiraklerinin ise tüm ortakları,

4 numaralı alt bendi: Tarımsal faaliyette bulunanları ifade etmektedir.

Turgut ÖZCAN

Eski Baş Hesap Uzmanı
Eski Bağ-Kur Genel Müdür Yardımcısı

İşverenlerin İşçilere Yaptıkları Ödemelerin Gelir Vergisi Kanunu ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Karşısındaki Durumu

1. Giriş:

İşverenler, iş hayatının doğal akışında işyerlerinde işçilerine, 4857 sayılı İş Kanunu, iş sözleşmesindeki özel hükümler gereği ya da 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu gereğince yaptıkları toplu iş sözleşmelerine istinaden çeşitli adlar altında ödemeler yapmaktadırlar. Bu ödemeler, işverenlere, bunların üzerinden gelir vergisi tevkifatı yapma ve sosyal sigorta primi kesme yükümlülüğü doğurmaktadır.

Yazımızın konusunu, işverenlerin işçilerine çeşitli adlar altında yaptıkları ödemelerin Gelir Vergisi Kanunu (GVK) açısından ücret sayılıp sayılmadığını, ücret ise gelir vergisi tevkifatına tabi olup olmayacağını ve Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu (SSGSSK) açısından Söz konusu ödemelerin prime tabi ücret sayılıp sayılmadığını ortaya koymak oluşturmaktadır.

2. İşçilere Yapılan Ödemelerin Gelir Vergisi Kanunu Karşısındaki Durumu:

2.1. Ücretin Tanımı ve Ücret Üzerinden Yapılan Gelir Vergisi Tevkifatı:

Genel tanım olarak ücret, bedensel ve/veya zihinsel bir emek karşılığında elde edilen kazancı ifade eder. Gelir Vergisi Kanunu'na (GVK) göre ücret, işverene tabi ve belirli bir işyerine bağlı olarak çalışanlara hizmet karşılığı verilen para ve ayınlar¹ ile sağlanan ve para ile temsil edilebilen menfaatlerdir² (GVK m. 61/1). Ayrıca, çalışanlara evvelce yapılmış veya gelecekte yapılacak hizmetleri karşılığında verilen para ve ayınlarla sağlanan menfaatler de ücrettir (GVK m. 61/3-2).

GVK'nın 61/2 maddesine göre, ücretin ödenek, tazminat, kasa tazminatı (mali sorumluluk tazminatı), tahsisat, zam, avans, aidat, huzur hakkı, prim, ikramiye, gider karşılığı veya başka adlar altında ödenmiş olması veya bir ortaklık münasebeti niteliğinde olmamak şartı ile kazancın belli bir yüzdesi şeklinde tayin edilmiş bulunması onun mahiyetini değiştirmez. Buradan görüleceği üzere, uygulamada belli başlı isimlerle yapılan bazı ek ödemeler sayıldıktan sonra "... veya başka adlar altında ödenmiş olması..." denilerek, kanun koyucu tarafından halihazırda ismi sayılan ödemeler dışında başka adlarla ödeme yapılarak bunun vergi dışı bırakılmasını önlemek gayesi güdülmüştür. Ayrıca burada bahsedilen, tazminatlardan anlaşılması gereken, Medeni Kanun ya da Borçlar Kanunu uyarınca ödenen tazminatlar değil, tazminat adı altında hizmet akdi ile çalışana yapılan ek ödemelerinde ücret sayılacağını anlamak gerekir³.

GVK açısından genel esas, ne ad verilerek ödeme yapılırsa yapılsın, işçilere yaptığı hizmeti ile bağlantılı olarak işverenlerce yapılan her ödeme ücrettir. Bu genel esasın istisnaları ise GVK'nın birinci kısım altıncı bölümünde ve diğer bazı kanunlarda yer almaktadır. Bunların neler olduğu ise takip eden alt bölümde yer almaktadır.

Yapılan iş karşılığında hak edilen tutarların ödenmesi sırasında ödemeyi yapanlarca verginin kesilerek vergi dairesine yatırılmasına tevkif (kesinti) usulü denmektedir. Gerçek ücretlerin vergileri bu yöntemle alınır. Yani işverenler ücret ödemeleri sırasında işçilerinin ücretlerine ait vergileri keserek muhtasar beyanname ile vergi dairesine beyan eder ve öderler.

GVK'nın 94/1. maddesi hükmü uyarınca, kamu idare ve müesseseleri, iktisadî kamu müesseseleri, sair kurumlar, ticaret şirketleri, iş ortaklıkları, dernekler, vakıflar, dernek ve vakıfların iktisadî işletmeleri, kooperatifler, yatırım fonu yönetenler, gerçek gelirlerini beyan etmeye mecbur olan ticaret ve serbest meslek erbabı, zirai kazançlarını bilanço veya zirai işletme hesabı esasına göre tespit eden çiftçiler; çalışanlara ödenen ücretler ile 61'inci maddede yazılı olup ücret sayılan ödemelerden (istisnadan faydalananlar hariç), GVK'nın 103 ve

Ücret gelirin elde edilmesinde temel ölçü, hukuki ve ekonomik tasarruftur.

104'üncü maddelerine göre, avans olarak ödenenler dahil nakden veya hesaben yaptıkları sırada, bunların gelir vergilerine mahsuben, tevkifat yapmaya mecburdurlar.

Ücret gelirin elde edilmesinde temel ölçü, hukuki ve ekonomik tasarruftur. Ekonomik tasarruf, gelirin, geliri doğuran işlemin karşı (yani işverence) tarafınca, gelirin sahibinin emrine amade kılınmasıdır. Hukuki tasarruf ise gelirin sahibi (işçi) tarafından işlemin karşı tarafından (işverenden) hukuken talep edilebilir hale gelmesidir. Karine olarak, hukuki tasarruf hakkı doğduğu zaman, ekonomik tasarruf hakkının da doğduğu kabul edilmektedir.

Vergi tevkifatı, 94'üncü madde kapsamına giren nakden veya hesaben yapılan ödemelere uygulanır. Söz konusu maddede geçen hesaben ödeme deyimi, vergi tevkifatına tabi kazanç ve iratları ödeyenleri istihkak sahiplerine karşı borçlu durumda gösteren her türlü kayıt ve işlemleri ifade eder. Vergi tevkifatı, ücretler dışında kalan ödemelerde gayrisafi tutarlar üzerinden yapılır. Kesilmesi gereken verginin ödemeyi yapan tarafından üstlenilmesi halinde bu vergi, bilfiil ödenen miktar ile ödemeyi yapanın yüklendiği verginin toplamı üzerinden hesaplanır (GVK m. 96).

Ancak, yabancı bir memleketteki işveren tarafından çalışanlara doğrudan doğruya ödenen ücretler (GVK m. 95/1), GVK'nın 16'ncı maddesinde yazılı istisnadan faydalanan yabancı elçilik ve konsolosluk memur ve hizmetlilerinin ücret ödemeleri (GVK m. 95/2) ve Maliye Bakanlığınca yıllık beyanname ile bildirilmesinde zaruret görülen ücret ödemeleri (GVK m. 95/3) gelir vergisi tevkifatına tabi tutulmayacaktır. Bu ücret gelirlerini elde edenler, bunları yıllık beyanname ile bildireceklerdir.

2.2. Gelir Vergisi Kanunu'na Göre Ücret İstisnası:

Yukarıdaki alt bölümde belirttiğimiz üzere, genel esas, ne ad verilerek ödeme yapılırsa yapılsın, işçilere yaptığı hizmeti ile bağlantı-

lı olarak işverenlerce yapılan her ödeme ücrettir. Ancak GVK'da çalışanlara yapılan bazı ödemeler, gider karşılığı olduğu için veya sosyal mülahazalarla vergiden istisna edilmiş yani vergi dışı bırakılmıştır. Bahsedilen istisnalar ise GVK'nın birinci kısım altıncı bölümünde yer almaktadır. Bunların neler olduğu aşağıda sayılmıştır.

a) Harcırah Kanunu kapsamı dışında kalan müesseseler tarafından iş için seyahate çıkan, idare meclisi başkanı ve üyeleri ile denetçilerine, tasfiye memurlarına ve hizmet erbabına (Harcırah Kanunu'na tabi olsun olmasın her türlü sözleşmeli personel dahil) verilen gerçek yol giderlerinin tamamı ile yemek ve yatmak giderlerine karşılık verilen gündelikler Gelir Vergisi'nden istisna edilmiştir. Bu gündelikler aynı aylık seviyesindeki devlet memurlarına verilen gündeliklerden fazla ise veya devletçe verilen gündeliklerin en yüksek haddini aşarsa, aradaki fark ücret olarak vergiye tabi tutulur (GVK m. 24/2).

b) Hizmet erbabına işverenlerce yemek verilmek suretiyle sağlanan menfaatler Gelir Vergisi'nden istisna edilmiştir. İşverenlerce, işyerinde veya müstemilatında yemek verilmeyen durumlarda çalışılan günlere ait bir günlük yemek bedelinin 2013 yılı için 12,00 lirayı aşmaması ve buna ilişkin ödemenin yemek verme hizmetini sağlayan mükelleflere yapılması şarttır. Ödemenin bu tutarı aşması halinde, aşan kısım ile hizmet erbabına yemek bedeli olarak nakden yapılan ödemeler ve bu amaçla sağlanan menfaatler ücret olarak vergilendirilir (GVK m. 23/8).

c) Tahsil ve tatbikat giderleri karşılığı olarak yapılan aşağıda yazılı ödemeler Gelir Vergisi'nden istisna edilmiştir (GVK m. 28):

-resmi ve özel müesseseler (kurumlar) ve şahıslar hesabına yabancı memleketlerde tahsilde veya stajda bulunan öğrenci ve memurlara gider karşılığı olarak verilen paralar,

-resmî ve özel müesseselere (kurumlar) ve şahıslar hesabına Türkiye'de tahsilde bulunan öğrenciye iâşe, ibate ve tahsil gideri olarak ödenen paralar,

-öğrencilere tatbikat dolayısıyla öğretim müesseseleri (kurumları) veya tahsil masrafları

karşılamanın tarafından verilen paralar

Özel müesseseler (kurumlar) tarafından yapılan ödemeler, benzeri devlet öğrenci ve memurlarına verilen miktardan fazla olduğu takdirde, aradaki fark ücret olarak vergiye tabi tutulur. Asli görev veya memuriyet dolayısıyla alınan ücretler bu istisnaya dahil değildir.

d) Toprak altı işletmesi halinde bulunan madenlerde cevher istihali ve bununla ilgili diğer bütün işlerde çalışanların münhasıran yer altında çalıştıkları zamanlara ait ücretleri gelir vergisinden istisnadır (GVK m.23/3).

e) Yüz ve daha aşağı sayıda işçi çalıştıran işyerlerinde bir, yüzden fazla işçi çalıştıran işyerlerinde iki, amatör sporcu çalıştıranların, her yıl millî müsabakalara iştirak ettiklerinin belgelenmesi ve bu amatör sporculara asgari ücretin iki katını aşmamak kaydıyla ödenen ücretler gelir vergisinden istisnadır (GVK m.23/15).

f) 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanunu'na tabi çırağların asgari ücreti aşmayan ücretleri gelir vergisinden istisnadır (GVK m.23/12).

g) Genel olarak maden işletmelerinde ve fabrikalarda çalışan işçilere konut tedariki ve bunların aydınlatılması, ısıtılması ve suyunun temini suretiyle sağlanan menfaatler ile mülkiyeti işverene ait brüt alanı 100 m²'yi aşmayan konutların hizmet erbabına mesken olarak tahsisi suretiyle sağlanan menfaatler. Bu konutların 100 m²'yi aşması halinde, aşan kısım isabet eden menfaat için bu istisna hükmü uygulanmaz (GVK m.23/9).

h) Çalışanların toplu olarak işyerlerine gidip gelmelerini sağlamak amacıyla işverenler tarafından yapılan taşıma giderleri (GVK m.23/10). Bir işverenin bunun dışında çalışanın işe gidip gelmesi için nakit ödeme yapması veya aracının benzin masrafını karşılaması gibi hallerde yapılan bu ödeme ücret sayılır.

ı) Ölüm, sakatlık, hastalık ve işsizlik sebepleriyle (işe başlatmama tazminatı⁴ dahil) verilen tazminat ve yapılan yardımlar gelir vergisinden istisnadır (GVK m.25/1).

i) Çalışanlara ödenen çocuk zamları. Bu zamlar devletçe verilen miktarları aştığı takdirde, fazlası vergiye tabi tutulur (GVK m.25/4). Devlet Memurları Kanunu'na göre, evlenen,

25 yaşını dolduran, kendileri hesabına ticaret yapan veya gerçek veya tüzel kişiler yanında her ne şekilde olursa olsun menfaat karşılığı çalışan çocuklar ile burs alan veya devletçe okutulan çocuklar bu zamandan faydalanamazlar (Devlet Memurları Kanunu m. 206). Bu nedenle işçilerin bu durumdaki çocukları için yapılan çocuk ödemelerinin tamamı ücretin bir unsuru sayılır.

j) Evlenme ve doğum nedeniyle çalışanlara yapılan yardımlar. Bu istisna hizmet erbabının iki aylığına veya buna tekabül eden gündeliklerinin tutarına kadar olan yardım kısmına uygulanır (GVK m.25/5).

k) Kanuni veya iş merkezi Türkiye’de bulunan kurumlarda uçuş maksadıyla görevlendirilen, hava aracının sevk ve idaresiyle görevli pilotlar ile uçuş esnasında uçak içinde hizmet veren yetkili sivil havacılık otoritesince sertifikalandırılmış personele; fiilen uçuş hizmeti, denizaltına dalış yapanlara fiilen dalış hizmetleri dolayısıyla verilen tazminatlar, gündelikler, ikramiyeler, zamlar gelir vergisinden istisnadır (GVK m.29/2).

l) Demirbaş olarak verilen giyim eşyası gelir vergisinden istisnadır. İşverenlerce çalışanlara işin icabı olarak verilen ve bunların işten ayrılmaları halinde bu giyim eşyasının geri alınması gereklidir (GVK m.27/2).

m) Tahsilde bulunanlar için yapılan giyim giderleri gelir vergisinden istisnadır (GVK m.27/3).

2.3. Diğer Kanunlara Göre Ücret İstisnası:

2.3.1. 5746 Sayılı Araştırma ve Geliştirme Faaliyetlerinin Desteklenmesi Hakkında Kanun Kapsamında Ücret İstisnası:

5746 sayılı Araştırma ve Geliştirme Faaliyetlerinin Desteklenmesi Hakkında Kanun’un 3’üncü maddesinin 2. fıkrası hükmüne göre, kamu personeli hariç olmak üzere teknoloji merkezi işletmelerinde, Ar-Ge merkezlerinde, kamu kurum ve kuruluşları ile kanunla kurulan veya teknoloji geliştirme projesi anlaşmaları kapsamında uluslararası kurumlardan

ya da kamu kurum ve kuruluşlarından Ar-Ge projelerini desteklemek amacıyla fon veya kredi kullanan vakıflar tarafından veya uluslararası fonlarca desteklenen ya da TÜBİTAK tarafından yürütülen Ar-Ge ve yenilik projelerinde, teknogirişim sermaye desteklerinden yararlanan işletmelerde ve rekabet öncesi işbirliği projelerinde çalışan Ar-Ge ve destek personelinin; bu çalışmalarını karşılığında elde ettikleri ücretlerinin doktorali olanlar için yüzde doksani, diğerleri için yüzde sekseni gelir vergisinden müstesnadır. Bu istisnanın hesaplanmasında, bu kapsamdaki personelin fiilen Ar-Ge ve yenilik faaliyetlerine ayırdıkları zamanın toplam çalışma zamanına oranı dikkate alınır. Gelir vergisi istisnasından yararlanacak olan destek personelinin tam zaman eşdeğeri sayısı, toplam tam zamanlı Ar-Ge personeli sayısının %10’unu aşamaz. Küsuratlı sayılar tama iblağ edilir. Destek personelinin toplam tam zamanlı Ar-Ge personeli sayısının %10’unu aşması hâlinde, brüt ücreti en az olan destek personelinin ücretinden başlamak üzere istisna uygulanır. Brüt ücretlerin aynı olması hâlinde, ücretine gelir vergisi istisnası uygulanacak destek personeli işverence belirlenir.

5746 sayılı Kanun kapsamındaki indirim, istisna, destek ve teşviklerden yararlananlar; Gelir Vergisi Kanunu’nun 89’uncu maddesinin birinci fıkrasının (9) numaralı bendi, Kurumlar Vergisi Kanunu’nun 10’uncu maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde düzenlenmiş olan “Ar-Ge İndirimi” istisnası hükümlerinden ayrıca yararlanamazlar.

2.3.2. Gemi Adamlarının Ücret İstisnası:

4490 sayılı Türk Uluslararası Gemi Sicili Kanunu’nun 12’nci maddesinin 5. fıkrası hükmüne göre, Türk Uluslararası Gemi Sicili’nde kayıtlı gemilerde ve yatlarda çalışan personele ödenen ücretler gelir vergisi ve fonlardan müstesnadır. Söz konusu madde hükmünde, ücretlerin damga vergisinden istisna olacağına dair herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle istisnaya tabi bu ücretler üzerinden Damga Vergisi Kanunu’nun (I) sayılı tablosunun (IV/1-i) fıkrası gereği damga vergisine

tabidir. Gemi işletmeciliği yapan işverenin gemide ve yatta çalışan personeli dışındaki diğer personeline yapılan ücret ödemeleri istisnaya tabi değildir.

2.4. İşverenlerce Yapılan ve Ücret Sayılmayan Ödemeler:

Ülkemizin ekonomik koşulları ya da işverenin mali durumunda yaşanan sıkıntılar nedeniyle uygulamada işverenler işçilerin ücretlerini geç ödeyebilmektedir. İş Kanunu'nun 34/1. maddesi hükmüne göre gününde ödenmeyen ücretler için mevduata uygulanan en yüksek faiz oranı uygulanır. İşverence çalışanlara ücretini geç ödediği için ayrıca bu şekilde faiz hesaplanıp ödenebilir.

Ayrıca, buna benzer bir durum, kıdem tazminatlarının işverence geç ödenmesinde de yaşanabilir. 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14/11'inci maddesi hükmüne göre kıdem tazminatının zamanında ödenmemesi nedeniyle açılacak davanın sonunda hakim gecikme süresi için ödenmeyen süreye göre mevduata uygulanan en yüksek faizin ödenmesine hükmeder.

Bu her iki duruma ilişkin hükümler işçiyi korumaya yöneliktir. Buradaki amaç işçinin alacağı enflasyon karşısında erimesini, işverenin bu tür çalışan ödemelerini faizsiz bir kaynak olarak kullanmasını engellemektir. Söz konusu durumlara bağlı olarak yapılan bu ödemeler, işçinin hizmeti karşılığı yapılan ödemeler değil, işçinin alacağını temine ve enflasyonla erimesinin önlenmesine yönelik faiz ödemeleridir.

Bu alacak faizleri de GVK'nın 75/6'ncı maddesi uyarınca menkul sermaye iradidir. GVK'nın 86/1-1-d maddesi uyarınca bir takvim yılı içinde elde edilen ve toplamı (2013 yılı için) 1.390 lirayı aşmayan, tevkifata ve istisna uygulamasına konu olmayan menkul ve gayrimenkul sermaye iratları için yıllık beyanname verilmez, diğer gelirler için beyanname verilmesi halinde bu gelirler beyannameye dahil edilmez. Alacak faizleri tevkifata tabi değildir. Buna göre, işçilerin bir takvim yılı içinde işverenden yukarıda anılan alacaklarına ilişkin olarak aldıkları faizlerin 1390 lirayı aşmaması halinde bunları beyan etmeleri gerekmemektedir. Ancak, aldıkları faizin bu tutarı aşması halinde tamamı

için yıllık gelir vergisi beyannamesi vermeleri gerekmektedir.

İş Kanunu'nun 18'inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca, 18, 19, 20 ve 21 inci maddelerinin uygulama alanı dışında kalan işçilerin iş sözleşmesinin, fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödenmesi gerekmektedir. İşçinin işyeri ile olan hukuki bağı, işverence geçersiz sebeplerle iş sözleşmesinin feshi ile sona ermektedir. Burada, işçiye ödenen tazminat, kötü niyet tazminatıdır. Yani İş Kanunu'nun düzenlemelerine aykırı şekilde iş sözleşmesi feshedildiğinden dolayı ödenen cezai nitelikte tazminattır. Bu özelliği ile de görüşümüze göre ücret değildir.

3. Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'na Göre Sigorta Primine Esas Kazançlar:

3.1. Prime Tabi Kazançlar:

İş Kanunu'nun 32'inci maddesine göre, genel anlamda ücret, bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutardır. Ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkak kural olarak, Türk parası ile işyerinde veya özel olarak açılan bir banka hesabına ödenir.

SSGSSK'nın 3/1-12 maddesine göre ücret, hizmet akdi ile bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılanlar ve kamu idarelerinde memur ya da hizmet akdi ile çalışanlara saatlik, günlük, haftalık, aylık veya yıllık olarak para ile ödenen ve süreklilik niteliği taşıyan brüt tutarı ifade etmektedir.

Prime esas kazançların neler olduğu SSGSSK'nın 80'inci maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu madde hükmüne göre çalışanların prime esas kazançları aşağıdaki şekilde belirlenir.

Prime esas kazançların hesabında;

- 1) Hak edilen ücretlerin,
- 2) Prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkaktan o ay içinde yapılan ödemelerin ve işverenler tarafından sigortalılar için özel sağ-

lık sigortalarına ve bireysel emeklilik sistemine ödenen tutarların,

3) İdare veya yargı mercilerince verilen karar gereğince yukarıda belirtilen kazançlar niteliğinde olmak üzere sigortalılara o ay içinde yapılan ödemelerin,

brüt toplamı esas alınır.

Aynı yardımlar ve ölüm, doğum ve evlenme yardımları, görev yollukları, seyyar görev tazminatı, kıdem tazminatı, iş sonu tazminatı veya kıdem tazminatı mahiyetindeki toplu ödeme, keşif ücreti, ihbar ve kasa tazminatları ile Sosyal Güvenlik Kurumu'nca (SGK) tutarları yıllar itibarıyla belirlenecek yemek, çocuk ve aile zamları, işverenler tarafından sigortalılar için özel sağlık sigortalarına ve bireysel emeklilik sistemine ödenen ve aylık toplamı asgari ücretin % 30'unu geçmeyen özel sağlık sigortası primi ve bireysel emeklilik katkı payları tutarları, prime esas kazançta tabi tutulmaz. Belirtilen istisnalar dışında her ne adla yapılırsa yapılsın tüm ödemeler ile aynı yardım yerine geçmek üzere yapılan nakdi ödemeler prime esas kazançta tabi tutulur. Diğer kanunlardaki prime tabi tutulmaması gerektiğine dair muafiyet ve istisnalar SSGSSK'nın uygulanmasında dikkate alınmaz.

Ücretler hak edildikleri aya mal edilmek suretiyle prime tabi tutulur. Diğer ödemeler ise öncelikle ödendiği ayın kazancına dahil edilir ve ücret dışındaki bu ödemelerin yapıldığı ayda üst sınırın aşılması nedeniyle prime tabi tutulamayan kısmı, ödemenin yapıldığı ayı takip eden aydan başlanarak iki ayı geçmemek üzere üst sınırın altında kalan sonraki ayların prime esas kazançlarına ilâve edilir. Toplu iş sözleşmelerine tabi işyerleri işverenlerince veya kamu idareleri veya yargı mercilerince verilen kararlara istinaden, sonradan ödenen ücret dışındaki ödemelerin hizmet akdinin mevcut olmadığı veya askıda olduğu bir tarihte ödenmesi durumunda, SSGSSK'nın 82'nci madde hükmü de nazara alınmak suretiyle prime esas kazancın tabi olduğu en son ayın kazancına dahil edilir. Bu durumlarda sigorta primlerinin, yukarıda belirtilen mercilerin kararlarının kesinleşme tarihini izleyen ayın sonuna kadar ödenmesi halinde, gecikme ceza-

sı ve gecikme zammı alınmaz ve SSGSSK'nın 102'nci madde hükümleri uygulanmaz.

Saatlik, günlük, haftalık veya aylık olarak belirli bir ücrete dayanmış olmayıp da komisyon ücreti ve kâra katılma gibi belirsiz zaman ve tutar üzerinden ücret alan sigortalıların prim ve ödeneklerinin hesabında esas tutulacak günlük kazançları, SSGSSK'nın 82'nci madde hükmüne göre belirlenen alt sınırdır. Bir işverene tabi olarak çalışan sigortalının belirli ücretinin dışında ayrıca komisyon ücreti ve kâra katılma gibi belirsiz zaman ve tutar üzerinden ücret alması halinde, prime esas günlük kazancı bunların toplamından oluşur.

Primlerin hesabına esas tutulacak günlük kazanç, sigortalının, bir ay için prime esas tutulan kazancının otuzda biridir. Ancak günlük kazancın hesabına esas tutulan ay içindeki bazı günlerde çalışmamış ve çalışmadığı günler için ücret almamış sigortalının günlük kazancı, o ay için prime esas tutulan kazancının ücret aldığı gün sayısına bölünmesi suretiyle hesaplanır.

Aday çırak, çırak ve meslekî eğitim gören öğrencilerin prime esas kazançları ilgili kanunlarında öngörüldüğü şekilde belirlenir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 59'uncu maddesine göre, iş sözleşmesinin, herhangi bir nedenle sona ermesi halinde işçinin hak kazanıp da kullanmadığı yıllık izin sürelerine ait ücretin, sözleşmenin sona erdiği tarihteki ücreti üzerinden kendisine veya hak sahiplerine ödeneceği hükme bağlanmıştır. Bu nedenle, çalışanların hak kazanıp da kullanmadıkları yıllık izin sürelerine ait ücretlerin iş sözleşmesinin feshinden sonra ödenmesi durumunda, bu nitelikteki yıllık izin sürelerine ilişkin ücretler, iş sözleşmesinin feshedildiği ayın kazancına dahil edilmelidir.

Diğer yandan,

i) Toplu iş sözleşmeleri uyarınca veya kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan ve toplu iş sözleşmesi dışında kalan personel ile toplu iş sözleşmesine tabi olmakla birlikte sendikalara üye olmamaları nedeniyle özel sektöre ait işyerlerinde sözleşme kapsamında bulunmayan personele geriye yönelik olarak ücret farkı ödenmesine karar verilmesi halinde, söz konusu ücret farkları, ilişkin oldukları ayların,

ii) Toplu iş sözleşmesi hükümlerinin uygulandığı işyerlerinde, bir aydan fazla istirahat alan işçilere, SGK'ca ödenen geçici iş göremezlik ödeneğinin yanı sıra işverenlerce de toplu iş sözleşmelerine dayanılarak istirahatli bulunan süre için ayrıca ücret ödenmesi durumunda, bu ücretler istirahatli bulunulan ayların,

iii) Kamu kurumlarında SSGSSK'nın 4'üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında çalışan sigortalılar için idare mahkemesi kararları veya idarece verilen kararlar gereğince geriye yönelik ücret ödenmesi halinde, bu ücretler ilişkin oldukları ayların, kazancına dahil edilerek prime tabi tutulacaktır.

Prime tabi kazançlarla ilgili bazı özellikli durumlara ilişkin olarak SGK tarafından işveren uygulama tebliğinde yapılan açıklamalar aşağıda yer almaktadır.

3.1.1. Geçici İşgöremezlik Ödeneği Alan Çalışanlara Ayrıca İşverenlerce Yapılan Ödemelerin Durumu:

Geçici iş göremezlik ödeneği alan işçilere istirahatlı buldukları sürede; geçici iş göremezlik ödeneği dikkate alınmadan verilmesine devam edilen tam ücret, bireysel veya toplu iş sözleşmesine istinaden verilen geçici iş göremezlik ödeneğinin işverene iadesi ile alınan tam ücret, geçici iş göremezlik ödeneği ile ödenek alınan süredeki kazancı arasındaki ücret farkı, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayalı olmadan geçici iş göremezlik ödeneği aldığı sürede atıfet kabilinde yapılan ödemeler, çalışılan sürelerde ödenen ücretler olarak prime tabi tutulur.

3.1.2. Hizmet Akdinin Feshinin Geçersizliği Halinde İşverence Yapılacak Ödemelerin Durumu:

İşçinin işe iadesi için kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının kendisine tebliğinden itibaren on iş günü içinde işe başlamak üzere başvurmuş olması kaydıyla, işe başlatılsın veya başlatılmasın bu nitelikteki işçilere çalıştırılmayan süre için ödenen en çok dört aya kadar ücret ve diğer haklar, iş sözleşme-

sinin feshedildiği aydan başlanılarak ilgili ayların prime esas kazançlarına dahil edilerek işsizlik sigortası primi de dahil olmak üzere tüm sigorta kollarına ait primler kesilir ve bu süreler hizmetten sayılır.

İşçi işe başlatıldığında ihbar ücreti ile kıdem tazminatı peşin olarak ödenmiş ise işçiye ödenecek en çok dört aya kadar olan ücret ve diğer alacaklarından mahsup edileceğinden, SSGSSK'nın 80'inci maddesi uyarınca ihbar ücret ile kıdem tazminatının prime tabi tutulmaması nedeniyle işçiye işe başlatılması halinde ödenecek en çok dört aya kadar olan ücret ve diğer hakları mahsup edilmemiş haliyle prime tabi tutulur ve bu süreler prim ödeme gün sayısından sayılır.

3.1.3. Prime Esas Kazancın Üst Sınırını Aşan Ücret Dışındaki Ödemelerin Durumu:

İşçilere, ücretsiz izin, istirahat gibi çeşitli nedenlerle ay içinde çalışmasının bulunmadığı ve ücret ödenmediği aylarda prime esas kazanca dahil olacak nitelikte ücret dışında bir ödeme yapılması halinde, ücret dışındaki bu ödemeler, ödemenin yapıldığı ayda işçinin prim ödeme gün sayısının bulunmaması nedeniyle ödemenin yapıldığı tarihi takip eden iki ayı geçmemek üzere ilgili ayların prime esas kazancına dahil edilmelidir. Ancak ödemenin yapıldığı tarihi takip eden iki ayda da ücret ödemesine hak kazanılmadığı durumlarda, ücret dışındaki bu ödemeler prime esas kazanca dahil edilemeyecektir.

Ücret dışında işçilere ödenmekte olan prim, ikramiye gibi her türlü ödemeler, ödemenin yapıldığı ayın kazancına dahil edilerek prime tabi tutulmaktadır. Ancak, sözü geçen ödemelerin ücret ile birleştirilerek prime tabi tutulması durumunda, bazı işçi sigortalıların aylık prime esas kazançları tutarı, prime esas kazancın üst sınırını aşabilmektedir. Bu durumda, işçilere, ücretinin yanı sıra prime esas kazanca dahil edilebilecek nitelikte ücret dışında ödeme yapılması halinde, bu nitelikteki kazançlar, prime esas günlük kazanç üst sınırının otuz katı aşılmamak kaydıyla prime tabi tutulacak, buna karşın her iki kazanç toplamının

üst sınırı aşması halinde, ücret dışındaki ödemelerin üst sınırı aşan kısmı, Kanun'un 82'nci maddesi hükmü de dikkate alınarak en fazla takip eden iki ayın prime esas kazanç tutarına dahil edilecektir.

3.1.4. İşverence Yapılan ve SSGSSK'da İstisna Olarak Sayılmayan Diğer Ödemeler:

SSGSSK'nın 80'inci maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde, aynı maddenin (b) bendinde belirtilen istisnalar dışında her ne adla yapılırsa yapılsın, tüm ödemelerin prime tabi tutulacağı ve diğer kanunlardaki prime tabi tutulmaması gerektiğine dair muafiyet ve istisnaların Kanunun uygulanmasında dikkate alınmayacağı hükme bağlanmıştır. Bu nedenle, işçilere yakacak, temizlik, aydınlatma ve benzeri nitelikteki giderleri için yahut tahsil veya mesken yardımı gibi SSGSSK'da ismen sayılmayan ödemeler, ödemelerin yapıldığı aydaki prime esas kazançta dahil edilecektir.

6772 sayılı Devlet ve Ona Bağlı Müesseselerde Çalışan İşçilere İlave Tediye Yapılması ve 6452 sayılı Kanun'la 6212 sayılı Kanun'un 2 nci Maddesinin Kaldırılması Hakkında Kanuna istinaden ödenmekte olan ikramiyeler ile ilave ödemeler prime tabi tutulacağı gibi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 61'inci maddesindeki istisnai hüküm üzerinde durulmaksızın hak kazanıldığı halde kullanılmayan yıllık izin süresi için ödenecek ücretlerden de kısa vadeli sigorta kolları primi kesilecektir.

3.2. İşverenlerce Yapılan ve Kısmen Prime Tabi Tutulacak Ödemeler:

SSGSSK'nın 80'inci maddesinin 1. fıkrasının (b) alt bendinde, SGK'ca tutarları yıllar itibarıyla belirlenecek yemek, çocuk ve aile zamlarının ve işverenler tarafından sigortalılar için özel sağlık sigortalarına ve bireysel emeklilik sistemine ödenen ve aylık toplamı asgari ücretin % 30'unu geçmeyen özel sağlık sigortası primi ve bireysel emeklilik katkı payları tutarların prime esas kazançta tabi tutulmayacağı hükme bağlanmıştır. Yemek, çocuk ve aile zamlarının ne kadarlık kısmının prime esas kazançta tabi

tutulmayacağına ilişkin olarak SGKca yapılan belirlemeler 01.09.2012 tarih ve 28398 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan SGK İşveren Uygulama Genel Tebliğinde yer almaktadır. Anılan tebliğ ile yapılan belirlemeler aşağıdadır.

3.2.1. Yemek Paraları

İşçilere yemek parası adı altında yapılan ödemelerin, işyerinde veya müstemilatında işveren tarafından yemek verilmemesi şartıyla, fiilen çalışılan gün sayısı dikkate alınarak 16 yaşından büyükler için belirlenen günlük asgari ücretin % 6'sının, yemek verilecek gün sayısı ile çarpılması sonucunda bulunacak miktarı, prime esas kazançların tespitinde dikkate alınmayacak, dolayısıyla bu tutardan prim kesilmeyecektir.

Yemek parası adı altında yapılan ödemelerden prime esas kazançta dahil edilecek tutar,

Brüt Günlük Asgari Ücret X % 6 X (Ay İçinde Fiilen Çalışılan Gün Sayısı) Yemek Parası Verilen Gün Sayısı = İstisna Tutarı,

Ödenen Yemek Parası – İstisna Tutarı = Prime Esas Kazanca Dahil Edilecek Yemek Parası, formülü vasıtasıyla hesaplanacaktır.

İşçilere ay içinde yemek parası olarak nakit ödeme yapılmaksızın, çalıştıkları işyerinin dışında yemek üretimi yapan başka şirket veya şahıslar tarafından (örneğin yemek kuponu karşılığında) gerek işyerinde, gerekse işyerinin dışında yemek verilmesi halinde, işverenlerce bu firma veya şahıslara fatura karşılığında yemek bedeli olarak ödenen fatura bedelleri prime esas kazançta dahil edilmeyecektir.

3.2.2. Çocuk Zammı (Yardımları)

İşçinin hizmet akdinin devam etmesi şartıyla ve fiilen çalışmasının olup olmadığı üzerinde durulmaksızın; sigortalı veya isteğe bağlı sigortalı sayılmayan, kendi sigortalılığı nedeniyle gelir veya aylık bağlanmamış olan çocuklarından 18 yaşını, lise ve dengi öğrenim veya 5/6/1986 tarihli ve 3308 sayılı Meslekî Eğitim Kanunu'nda belirtilen aday çırak, çırak ya da işletmelerde meslekî eğitim görmesi halinde 20 yaşını, yüksek öğrenim görmesi halinde 25 yaşını doldurmamış ve evli olmayan çocukları ile yaşına bakılmaksızın Kanuna göre malûl ol-

duğu tespit edilen evli olmayan çocuklarından en fazla iki çocuk (iki çocuk dahil) için çocuk zammı adı altında yapılan ödemelerin, çocuk başına 16 yaşından büyükler için belirlenen aylık asgari ücretin % 2'si oranındaki tutarı, aylık prime esas kazançların hesaplanmasında dikkate alınmayacaktır.

Bu durumda, çocuk zammı adı altında yapılan ödemelerden prime esas kazanca dahil edilecek tutar;

Brüt Aylık Asgari Ücret X % 2 X Çocuk Sayısı (İki Çocuğa Kadar) = İstisna Tutarı,

Ödenen Çocuk Zammı – İstisna Tutar = Prime Esas Kazanca Dahil Edilecek Çocuk Zammı, formülü vasıtasıyla hesaplanacaktır.

3.2.3. Aile Zammı (Yardımlı)

İşçilere aile zammı adı altında yapılacak ödemelerin, işçinin hizmet akdinin devam etmesi şartıyla fiilen çalışmasının olup olmadığı üzerinde durulmaksızın, işçinin eşinin SSGSSK'ya tabi zorunlu sigortalı olmayı gerektirecek şekilde çalışmaması ve SGKdan gelir veyahut aylık almaması durumunda, 16 yaşından büyükler için belirlenen aylık asgari ücretin %10'u oranındaki tutar aylık prime esas kazançların hesaplanmasında dikkate alınmayacaktır.

Bu durumda, aile zammı adı altında yapılan ödemelerden prime esas kazanca dahil edilecek tutar;

Brüt Aylık Asgari Ücret X % 10 = İstisna Tutarı,

Ödenen Aile Zammı – İstisna Tutarı = Prime Esas Kazanca Dahil Edilecek Aile Zammı, formülü vasıtasıyla hesaplanacaktır.

3.2.4. İşçilere Yemek Parası ile Çocuk ve Aile Zamlarının Yıllık Olarak Bir Defada Ödenmesi

İşçilere yemek parası ile çocuk ve aile zamlarının yıllık olarak bir defada ödenmesi halinde, bu defa ödemenin yapıldığı tarihteki 16 yaşından büyükler için belirlenen asgari ücret üzerinden,

Yemek parası için;

Brüt Günlük Asgari Ücret X % 6 X (Yıl İçinde Fiilen Çalışılan Gün Sayısı) Yemek Parası

Verilen Gün Sayısı = Yıllık İstisna Tutarı,

Yıllık Olarak Ödenen Yemek Parası – Yıllık İstisna Tutarı = Yıllık Prime Esas Kazanca Dahil Edilecek Yemek Parası,

Çocuk zammı için;

Brüt Aylık Asgari Ücret X % 2 X Çocuk Sayısı (İki Çocuğa Kadar) X 12 Ay = Yıllık İstisna Tutarı,

Yıllık Olarak Ödenen Çocuk Zammı – Yıllık İstisna Tutarı = Yıllık Prime Esas Kazanca Dahil Edilecek Çocuk Zammı,

Aile zammı için ise,

Brüt Aylık Asgari Ücret X % 10 X 12 Ay = Yıllık İstisna Tutarı,

Yıllık Olarak Ödenen Aile Zammı – Yıllık İstisna Tutarı = Yıllık Prime Esas Kazanca Dahil Edilecek Aile Zammı,

formülü vasıtasıyla ödemenin yapıldığı ayın kazancına dahil edilecektir.

3.2.5. İşverenler Tarafından Sigortalılar İçin Özel Sağlık Sigortalarına ve Bireysel Emeklilik Sistemine Ödenen Özel Sağlık Sigortası Primi ve Bireysel Emeklilik Katkı Payları Tutarları

SSGSSK'nın 80'inci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde, "... işverenler tarafından sigortalılar için özel sağlık sigortalarına ve bireysel emeklilik sistemine ödenen ve aylık toplamı asgari ücretin % 30'unu geçmeyen özel sağlık sigortası primi ve bireysel emeklilik katkı payları tutarları, prime esas kazanca tâbi tutulmaz." denilmektedir.

İşçi adına ay içinde özel sağlık sigortası primi ve bireysel emeklilik katkı payı adı altında işverence yapılan ödemeler toplamının aylık asgari ücretin % 30'una isabet eden kısmı prime esas kazanca dahil edilmeyecek, kalan tutar ise ödendiği ayın prime esas kazancına dahil edilecektir.

Özel sağlık sigortası primi ve bireysel emeklilik katkı payı adı altında işverenlerce yapılan ödemelerden prime esas kazanca dahil edilecek tutar;

Brüt Aylık Asgari Ücret X % 30 = İstisna

Tutarı,

Özel Sağlık Sigortası Primi + Bireysel Emeklilik Katkı Payı – İstisna Tutarı = Prime Esas Kazanca Dahil Edilecek Özel Sağlık Sigortası Primi ve Bireysel Emeklilik Katkı Payı Tutarı,

formülü vasıtasıyla hesaplanacaktır.

Buna karşın, işçinin özel sağlık sigortası ve bireysel emeklilik katkı payının ödendiği aydaki prime esas kazancının, 82'inci maddeye istinaden belirlenen prime esas kazanç üst sınırının üzerinde olması halinde, söz konusu özel sağlık sigortası ve bireysel emeklilik katkı payları takip eden iki ayda üst sınır aşılmamak kaydıyla sigortalının prime esas kazancına dahil edilecektir.

İşçi adına işveren tarafından yalnızca özel sağlık sigortası primi veya yalnızca bireysel emeklilik katkı payı ödenmiş olması durumunda ise, prime esas kazanca dahil edilecek tutar, ödenen özel sağlık sigortası primi veya bireysel emeklilik katkı payı üzerinden %30 oranındaki istisna tutarının düşülmesi suretiyle hesaplanacaktır.

3.3. Prime Tabi Tutulmayacak Kazançlar:

SSGSSK'nın 80'inci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde, aynî yardımlar ve ölüm, doğum ve evlenme yardımları, görev yollukları, seyyar görev tazminatı, kıdem tazminatı, iş sonu tazminatı veya kıdem tazminatı mahiyetindeki toplu ödeme, keşif ücreti, ihbar ve kasa tazminatlarının prime esas kazanca tabi tutulmayacağı hükme bağlanmıştır.

3.3.1. Aynî Yardımlar

İşverenlerce işçilere mal olarak yapılan (aynî) yardımlar, tutarları üzerinde durulmaksızın, prime esas kazançlara dahil edilmeyecektir. Ancak, aynî yardımların işçilere nakden ödenmesi halinde (örneğin yağ parası, un parası, ayakkabı parası gibi) prime tabi tutulması gerekmektedir.

3.3.2. Ölüm, Doğum ve Evlenme Yardımları

Ölüm, doğum ve evlenme hallerinde yapı-

lan yardımlar, miktarı ne olursa olsun, prime esas kazançların hesabında dikkate alınmayacaktır. İşçinin anne ve babası, eşi veya çocuğunun ölümü halinde işçiye verilen ölüm yardımı ile işçinin evlenmesi veyahut çocuğunun olması halinde işveren tarafından yapılan doğum ve evlenme yardımları prime esas kazançların hesabına dahil edilmeyecektir.

3.3.3. Görev Yollukları

Görev 6245 sayılı Harcırah Kanunu'nun 3'üncü maddesinde açıklanmıştır. Anılan maddede belirtilen yol masrafı, gündelik, aile masrafı ve yer değiştirme masrafı niteliğinde yapılan ödemeler yolluk kapsamındadır. Bu bakımdan, işçilere bireysel iş sözleşmesine veya toplu sözleşmeye dayanılarak ve işveren tarafından işçinin geçici bir görevle başka yere gönderilmesi veya görev yerini değiştirmesi dolayısıyla verilen ve yolluk kavramına giren ödemeler prime esas kazanca dahil edilmeyecektir.

3.3.4. Seyyar Görev Tazminatı, Kıdem Tazminatı, İş Sonu Tazminatı veya Kıdem Tazminatı Mahiyetindeki Toplu Ödemeler ve Keşif Ücreti

Görevleri gereği işçilere ödenen seyyar görev tazminatı, iş akdinin feshi veya çeşitli sebeplerle işten ayrılan işçilere işveren tarafından bir defaya mahsus olmak üzere ödenen kıdem tazminatı, iş sonu tazminatı veya kıdem tazminatı mahiyetindeki toplu ödemeler ve keşif ücreti; prime esas kazancın hesaplanması sırasında dikkate alınmayacaktır.

3.3.5. İhbar Tazminatı

4857 sayılı İş Kanunu'nun 17'nci maddesinde, belirsiz süreli iş sözleşmelerinin feshinden önce durumun diğer tarafa bildirilmesi gerektiği, işçinin kıdemine göre değişen süreler sonunda iş sözleşmesinin feshedilmiş sayılacağı, bildirim şartına uymayan tarafın, bildirim süresine ilişkin ücret tutarında tazminatı (ihbar tazminatı) ödemek zorunda olduğu belirtilmiştir. Bu durumda işçinin işyeri ile hukuki ilişkisi iş sözleşmesinin feshi ile sona

ermiş olduğundan, ödenen tazminat, ücret niteliğinde olmadığı için prime esas kazançta da dahil edilemeyecektir.

Ayrıca, işverenin bildirim şartına uymaması veya bildirim süresine ait ücreti peşin ödeyerek sözleşmeyi feshetmesi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18, 19, 20 ve 21 inci maddeleri hükümlerinin uygulanmasına engel teşkil etmeyeceğinden, İş Kanunu'nun 18'inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca, 18, 19, 20 ve 21 inci maddelerinin uygulama alanı dışında kalan işçilerin iş sözleşmesinin, fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödenmesi gerekmektedir. Bu durumda da işçinin işyeri ile olan hukuki bağı, iş sözleşmesinin feshi ile sona erdiğinden, işçiye ödenen kötü niyet tazminatı prime esas kazançta da dahil edilemeyecektir.

Ancak, işçiye bildirim süresince iş araması için belli bir süre izin verilmesi İş Kanunu'nun gereği olup, bu süre zarfında işçi-işveren arasındaki hukuki bağ sona ermediğinden bildirim süresi içinde işçinin aldığı ücretler prime esas kazançta da dahil edilecektir.

3.3.6. Kasa Tazminatı

İşyerlerinde para veya kıymetli evrak ya da eşya muhafazası ile görevli bulunan çalışanlara muhtemel açıkları kapatmak amacıyla işverenler tarafından ödenen kasa tazminatları, ücret niteliğinde sayılmayacağından, prime esas kazançtan istisna tutulması gerekmektedir.

4. SONUÇ:

Yazının ikinci bölümünde, açıklandığı üzere, ücretin tanımı ve nelerin ücret olduğu GVK'nın 61'nci maddesinde yer almaktadır. İşçinin hizmetiyle ilgili olarak işverence yapılan ödemelerin tümü, kural olarak ücrettir ve gelir vergisine tabidir. Ancak bu genel kuralın istisnaları yani işverence işçilere yapılan ödemelerden hangilerinin gelir vergisinden istisna edildiğine ilişkin belirlemeler GVK'nın birinci kısım altıncı bölümünde ve diğer bazı kanunlarda yer almaktadır.

5510 sayılı SSGSSK'nın 3/1-12'nci madde-

sinde ücretin tanımı, 80'inci maddesinde ise prime esas kazancın hesabında işverence yapılan ödemelerin hangilerinin dikkate alınacağı hükme bağlanmıştır. Yazının üçüncü bölümündeki açıklamalardan görüleceği üzere, işverenlerin işçilere hizmetleri karşılığı yaptıkları ödemeleri üç gruba ayırmak mümkündür. Bunlar, prime tabi ödemeler, kısmen prime tabi ödemeler ve prime tabi olmayan ödemeler şeklindedir.

Sonuç olarak, işverenlerin işçilere yaptığı ödemelerin hangilerinin gelir vergisine ve SGK primine tabi olduğu ya da olmadığına dair ve yukarıdaki bölümlerde yer alan açıklamaları özetleyen bir tablo yazının ekinde yer almaktadır.

DİPNOTLAR

- 1 Çalışma karşılığının mal ile ödenmesi.
- 2 Konut, araç sağlanması vb.
- 3 Ömer BENOKAN, Turgut ÖZCAN, İş Kanunu ve Vergi Uygulaması, Maliye Hesap Uzmanları Derneği Yayını, Temmuz 2007, s. 283.
- 4 03.07.2009 tarihinden önceki dönemlerle ilgili olarak 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21'inci maddesi uyarınca işverenlerce işçiye ödenen işe başlatmama tazminatları, damga vergisi hariç herhangi bir vergiye tabi tutulmaz. Anılan dönemlere ilişkin işe başlatmama tazminatı gelir vergisi tevkifatına tabi tutulan mükelleflerin; tarha yetkili vergi dairelerine başvurmaları ve dava açmamaları, açılmış davalardan vazgeçmeleri şartıyla 213 sayılı Vergi Usul Kanununun düzeltmeye ilişkin hükümleri uyarınca tahsil edilen gelir vergisinin red ve iade işlemleri yapılır. Bu maddenin uygulamasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye Maliye Bakanlığı yetkilidir (GVK Geç. m. 77).

KAYNAKLAR

- Ömer, Turgut ÖZCAN, İş Kanunu ve Vergi Uygulaması, Maliye Hesap Uzmanları Derneği Yayını, Temmuz 2007.
- Mehmet Maç, Resul Kurt, Vergi ve/veya SSK Primi Hesaplanmaksızın Personele Sağlanabilecek Menfaatler", MESS Sicil Dergisi, Sayı 1, 2. Baskı, Mart 2006.
- 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu.
- 488 sayılı Damga Vergisi Kanunu.
- 4857 sayılı İş Kanunu.
- 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu.
- SGK İşveren Uygulama Genel Tebliği.
- Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği.

**İŞÇİLERE SAĞLANAN ÜCRET VE YARDIMLARIN GELİR VERGİSİ, DAMGA VERGİSİ
VE SSGSSK M. 4/a'ya GÖRE PRİME TABİ OLUP OLMADIĞINA İLİŞKİN TABLO¹
(“+” Tabi olduğu, “-” Tabi olmadığı anlamındadır)**

GELİR VERGİSİ

STOPAJ

DAMGA V.

SGK PRİMİ

1.	Ücretler ve Ücret Sayılan Ödemeler			
	A- Asıl Ücretler (Ödeme şekil ve zamanına göre ücret çeşitleri)	+	+	+
	a) Zaman Birimine Göre Ücret	+	+	+
	aa) Hafta tatili ücreti	+	+	+
	ab) Ulusal Bayram-Genel tatil ücreti	+	+	+
	ac) Fazla çalışma-Fazla mesai ücreti	+	+	+
	ad) Yıllık ücretli izin ücreti	+	+	+
	ae) Cumartesi günü ücreti	+	+	+
	b) İş Birimi Esasına Göre Ücret	+	+	+
	ba) Yüzde usulüyle alınan ücret	+	+	+
	bb) Profesyonel futbolcuya ödenen ücret	+	+	+
	bc) Transfer ücreti	+	+	+
	bd) Transfer verimi ücreti	+	+	+
	c) Götürü Ücret	+	+	+
	d) Belirsiz Zaman ve Miktar Üzerinden Ödenen Ücret	+	+	+
	da) Hazırlama ücreti	+	+	+
	db) Tamamlama ücreti	+	+	+
	dc) Temizleme ücreti	+	+	+
	dd) Kârdan hisse şeklinde ödenen ücret	+	+	+
	dç) Komisyon ücreti	+	+	+
	B- Ücretin Eklentileri	+	+	+
	a) Primler	+	+	+
	aa) Yıpranma tazminatı	+	+	+
	ab) Özel hizmet tazminatı	+	+	+
	ac) Yabancı dil tazminatı	+	+	+
	ad) Vardiya ve ağır vasıta tazminatı	+	+	+
	ae) İmza zorunluluğu tazminatı	+	+	+
	af) Seyyar görev tazminatı	+	+	-
	ag) Tabii afet yardımı	+	+	+

ah) Nakit ödenen kira yardımı	+	+	+
aı) Nakit ödenen giyecek yardımı	+	+	+
ai) Nakit ödenen yakacak yardımı	+	+	+
aj) Muvazzaf askerlik yardımı	+	+	+
ak) Sünnet yardımı	+	+	+
al) Nakit ödenen taşıt yardımı	+	+	+
am) Nakit ödenen ısıtma (yakacak) yardımı	+	+	+
an) Nakit ödenen elbise dikiş bedeli	+	+	+
ao) Nakit ödenen ayakkabı bedeli	+	+	+
aö) Ek tazminat	+	+	+
ap) Yılbaşı parası	+	+	+
ar) Kreş ücreti	+	+	+
as) Makam tazminatı	+	+	+
aş) İş riski zammı	+	+	+
at) Bayram harçlığı	+	+	+
au) İzin harçlığı	+	+	+
aü) Gece çalışma tazminatı	+	+	+
av) Eleman temininde güçlük zammı	+	+	+
ay) Kıdemlilik zammı	+	+	+
az) İlk-orta-lise-üniversite öğrenimi yardımı	+	+	+
aaa) Aynı yakacak yardımı	+	+	-
aab) Keşif ücreti	+	+	-
b) İkramiye	+	+	+
ba) Bayram ikramiyesi	+	+	+
bb) Yılbaşı ikramiyesi	+	+	+
bc) Belirli kıdem yıllarında ödenen ikramiyeler	+	+	+
bd) Temettü ikramiyesi	+	+	+
be) 6772 Sayılı Kanun gereğince ödenen ikramiye (2. ikramiye hariç) ²	+	+	+
bf) 6772 sayılı Kanun gereğince Bakanlar Kurulu kararına dayanılarak ödenen İkramiye ³	+	+	+
bg) 2448 sayılı Kanun gereğince ödenen ikramiye	+	+	+
bh) Mesleki eğitim gören öğrenciler ile çıraklara ödenen ikramiye ⁴	+	+	-
c) Huzur Hakları (Şirket ortağı)	+	+	..5
ç) Huzur Hakları (Şirket ortağı olmayan)	+	+	+

2.	Çırak Ücretleri			
	- Asgari Ücreti Aşmayan Çırak Ücretleri	-	-	-
	- Asgari Ücreti Aşan Kısım	+	+	-
3.	Konut Yardımı (GVK m. 40/2-23/9)			
	- İşyerinde ve Müştemilatında İbate	-	-	-
	- Maden ve Fb. İşçilerine Konut Temini	-	-	-
	- İşverene Ait 100m2'den Küçük Konutun tahsisi			
	- Diğer Konut Tahsisleri	+	-	-
	- Personele Kira Bedeli Ödenmesi (Nakit)	+	+	+
4.	Tedavi ve İlaç Giderlerinin Karşlanması	-	-	-
5.	SGK Primi İşçi Payı	-	+	+
6.	Bireysel Emeklilik İşveren Katkı Payı (GVK m. 40/9)			
	- Belli Bir Limite Kadar	-	-	+
	- Limiti Aşan Kısım	+	+	+
7.	İşveren Tarafından Karşılanan Şahıs Sigortası Primleri	+	+	+
8.	Giyecek Yardımı			
	- Demirbaş Olarak Verilen İş Giysisi	-	-	-
	- Diğer Giyecek (Özel yaşamda kullanılacak olan)	+	+	-
	- Giyecek Yardımı, Ayakkabı Parası, Elbise Dikiş Parası Gibi Nakit Ödemeler	+	+	+
9.	Harcırahlar (GVK m. 40/4-24/2)			
	- Yol (Taşıt Bileti) Giderleri	-	-	-
	- Yeme ve Yatma Yeri Temini	-	-	-
	- Harcırah Gündeliği (Limit dahil)	-	+	-
	- Harcırah Gündeliği (Limiti Aşan Kısım)	+	+	-
10.	Yemek Yardımı veya Yemek Parası (GVK m. 40/2, 23/8 ve 5510 sayılı Kanun m. 80)			
	- İşyerinde Yedirilen Yemek (Sınırsız)	-	-	-
	- Dışarıda Yedirilen Yemek (GVK md. 23/8'deki Limit Dahili ⁶)	-	-	-
	- Dışarıda Yedirilen Yemek (GVK md. 23/8'deki Limiti Aşan Kısım)	+	+	-
	- Yemek Parası (5510 sayılı Kanun md. 80'deki Limit Dahili ⁷)	+	+	-
	- Yemek Parası (5510 sayılı Kanun md. 80'deki Limiti aşan kısım)	+	+	+ ⁸
11.	Çocuk Yardımı veya Çocuk Zammı (GVK m. 25/4 ve 5510 sayılı Kanun m. 80)			
	- İlgili Limiti Dahilinde İse	-	+	-

	- İlgili Limitini Aşan Kısım	+	+	+
12.	Aile Zammı (5510 sayılı Kanun m. 80)			
	- Limit Dahili	+	+	-
	- Limiti Aşan Kısım	+	+	+
13.	Doğum Yardımı (GVK m. 25/5)			
	- Limit (2 aylık ücret) Dahili	-	+	-
	- Limiti Aşan Kısım	+	+	-
14.	Evlenme Yardımı (GVK m. 25/5)			
	- Limit (2 aylık ücret) Dahili	-	+	-
	- Limiti Aşan Kısım	+	+	-
15.	Hastalık, Sakatlık, İşsizlik Yardım ve Tazminatları (GVK m. 25/1)	-	+	+
16.	Ölüm Yardımı (GVK m. 25/1)	-	+	-
17.	İşe Gidiş - Geliş Yardımı (GVK m. 23/10)			
	- Fiilen Verilen Servis Hizmeti	-	-	-
	- Bilet, Kart, Akbil vs. Temini	+	+	-
	- Yol Parası (Nakit) Verilmesi	+	+	+
18.	İhbar Tazminatı	+	+	-
19.	İşe Başlatmama Tazminatı (GVK m.25/1)	-	+	-
20.	İş Sonu Tazminatı	+	+	-
21.	Kıdem Tazminatı (GVK m. 25/7)			
	- Limit Dahili (Her yıl için 1 aylık ücret)	-	+	-
	- Limiti Aşan Kısım	+	+	-
22.	Uçuş ve Dalış Ücret ve Tazminatları (GVK m. 29/2)	-	+	+
23.	Kasa Tazminatı	+	+	-
24.	Diğer Yardımlar			
	-Ayın olarak yapılan yardımlar (Yardımanın bilfiil aynı olarak verilmesi halinde)	+	+	-
	-Nakdi yardımlar (Miktarı ayın olarak tarif edilmekle birlikte fiilen nakit verildiği durumlar da buraya girer.)	+	+	+
25.	5746 sayılı Kanun kapsamında Ar-Ge faaliyetleri kapsamındaki ücretler	-	+	+
26.	Türk Uluslararası Gemi Siciline Kayıtlı Gemilerde Çalışan Gemi Adamlarının Ücretleri	-	+	+

DİPNOTLAR

1 Maç Mehmet, Kurt Resul, Vergi ve/veya SSK Primi Hesaplanmaksızın Personele Sağlanabilecek Menfaatler”, MESS Sicil Dergisi, sayı 1, 2.Baskı, Mart 2006, s.188-

189'da yer alan tablo, temel alınarak bu güncel tablo oluşturulmuştur.
2 6772 sayılı Kanun'un 4/2. maddesinde “Bu tediyelerden çeşitli işçi sigortalarının icab ettirdiği primler kesilmez

ve bu paralar borç için haczedilemez.” hükmü bulunmaktadır. Bunlar 6772 sayılı Kanun uyarınca prime tabi olmamaları gerekmesine rağmen, 5510 sayılı Kanun’un 80/1-c maddesindeki “Diğer kanunlardaki prime tabi tutulmaması gerektiğine dair muafiyet ve istisnalar bu Kanunun uygulanmasında dikkate alınmaz.” hükmü uyarınca bunlar SGK primine tabidir.

- 3 2 no’lu dipnotta yer alan açıklamalar bu tür ikramiye için de geçerlidir.
- 4 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanunu’nun 25/4. ve 5510 sayılı Kanun’un 80/1-k maddesi uyarınca aldıkları ikramiyeler SGK primine tabi değildir. Görüşümüze göre, bunların ikramiyeleri ile aylık ücretinin toplamının aylık asgari ücret tutarını aşmaması halinde gelir vergisi ve damga vergisine tabi değildir. Aşan kısım gelir vergisi ve damga vergisine tabidir.
- 5 Şirket ortağı yönetim Kurulu üyelerin bu üyeliklerinden dolayı aldıkları huzur hakkı vb. tutarlar SSGSSK’nın 4/a maddesine göre bağımlı çalışan değil 4/b maddesine göre bağımsız çalışan olarak SGK primine tabidir.
- 6 2013 yılı için günlük 12 TL.
- 7 Brüt günlük asgari ücretin %6’sı. İşveren Uygulama Tebliği, 01.09.2012 tarih ve 28398 sayılı Resmi Gazete.
- 8 1/1/2013 ila 30/6/2013 tarihleri arasında 16 yaşını doldurmuş işçilerin bir günlük normal çalışma karşılığı asgari ücretleri 32,62 Türk Lirasıdır. Buna göre 1 günlük SGK primine tabi olmayan yemek parası $32,62 \times 0,06 = 1,95$ TL’dir.

Arş. Gör. Pelin PULAT

Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda İdari Para Cezaları

GİRİŞ

2821 sayılı Sendikalar Kanunu ve 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu Uluslararası Çalışma Örgütü normlarına ters düşen bazı hükümler içerdiği için uluslararası çevrelerce uzun yıllardan bu yana eleştirilmektedir. Avrupa Birliği ilerleme raporlarında da yer alan eleştiriler sonrasında yeni kanun hazırlama çalışmalarına başlanmıştır. Avrupa Birliği ve Uluslararası Çalışma Örgütü normlarına uyum sağlayabilmek amacıyla bugüne kadar çok sayıda taslak metin hazırlanmışsa da, hiçbiri yasalaşamamıştır.

2010 yılında 5982 sayılı Kanun'la Anayasa'da yapılan değişiklik, sendikal hak ve özgürlükler alanında yeni bir durum ortaya çıkarmıştır. Bu gelişmeler kapsamında toplu iş ilişkilerini düzenleyen kanunların yeni baştan ele alınması kaçınılmaz olmuştur. Söz konusu amaçla, 2821 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu ile 2822 sayılı Sendikalar Kanunu'nun "Toplu İş İlişkileri Kanunu Tasarısı" adıyla tek

kanunda toplanması öngörülmüştür. Tasarı Bakanlar Kurulu'nun 31.01.2012 tarihli yazısı ile Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne sunulmuştur. Tasarı Meclis Komisyonlarında tartışılmış, 19.03.2012 tarihinde komisyon raporları tamamlanmıştır. Kanun Tasarısı komisyon görüşmeleri bittikten altı ay sonra ve ismi değiştirilerek, "Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu" adı altında¹, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu'nda 18 Ekim 2012 tarihinde kabul edilmiştir².

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'na, genel olarak bakıldığında önceki düzenlemelerden büyük bir farklılık taşımadığı görülmektedir. Bazı konularda ise önemli değişiklikler yapılmıştır. Kısmen değişikliğe uğrayan ve aynı zamanda yenilenen hükümler arasında ceza hükümleri de mevcuttur.

Toplu iş hukukunun özelliklerinden birisi de, devlet, işçi, işveren kuruluşları veya işveren ve olmak üzere üçlü yapıya sahip olmasıdır. Devlet işçi-işveren ilişkilerini adalete uygun bir biçimde düzenlemek ve çalışma

barışını sağlamak amacıyla emredici kurallar öngörmüştür. Söz konusu barışın sağlanması ve öngörülen emredici hükümlerin fiilen uygulanması için Devletin çalışma hayatına müdahale etmesi zorunlu olmuştur. Dolayısıyla Devlet, çalışma hayatının asgari normlarını belirlemede ve buna aykırılığı çeşitli yaptırımlara bağlamaktadır.

İş hukuku kurallarına aykırı davranışlara uygulanacak yaptırımlar hukuki, cezai ve idari nitelikte olabilir³. Belirtilmelidir ki, ceza yaptırımları hakkındaki düzenlemeler, çalışma ceza hukuku ya da sosyal ceza hukuku olarak adlandırılan ayrı bir hukuk dalı olabilecek genişlikte olup, iş hukukunun bütünleyicisi niteliğindedir⁴.

Çalışmanın konusunu oluşturan ceza hükümlerinin uygulanmasını gerektiren haller ve cezalar, yürürlükten kaldırılan 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 59. maddesinde "Ceza Hükümleri" başlığı altında; 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nda ise "Ceza Hükümleri" başlıklı ayrı bir bölüm altında, Kanunun 68-81. maddeleri arasında sayılmıştır. 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda sendikalara ve grev ve lokavta ilişkin yükümlülüklerle aykırılık hallerinde uygulanacak cezalar "Ceza Hükümleri" başlıklı 78. maddede on üç bent halinde düzenlenmiştir.

6356 sayılı Kanun'da cezai yaptırımın bir türü olarak hapis cezası ve adli para cezası bulunmamaktadır. Kanunda sadece idari para cezaları düzenlenmiş olup, çalışmada genel olarak, uyulmaması halinde idari para cezası öngörülen yükümlülüklerle değinilecektir. Söz konusu hükümler değerlendirilirken eski düzenlemelerden farkları da belirtilecektir. Ayrıca yukarıda değinilen mülga iki kanunda yer alan ceza hükümleri ile 6356 sayılı Kanun'da yer alan cezalar arasındaki farklara da değinilecektir.

I. PARA CEZASI KAVRAMI VE TÜRLERİ

A. Para Cezası Kavramı

Para cezası kavramı mevzuatımızda tanım-

lanmış değildir. Ancak para cezalarının çeşitleri hakkında yapılan tanımlamalardan para cezalarının ortak özelliklerine ulaşılabilmektedir. Kamu hukukunda yer alan para cezalarının ortak yönü, bir hukuk kuralının ihlal edilmesi sonucunda, eylemin suç ya da kabahat oluşturduğuna bakılmaksızın belli bir miktar paranın Devlet Hazinesine ödenmesidir⁵.

Her ne kadar etkilerini suçlunun malvarlığında doğursa da, aynı zamanda bir ceza olması nedeniyle, cezalara ilişkin eşitlik, genellik ve kanunilik özelliklerinin para cezalarında da bulunması gerekmektedir⁶. Dolayısıyla, hangi fiillerin suç olduğu ve buna ne kadar ceza verileceği, Kanunda açıkça düzenlenmiş olmalıdır⁷.

Sonuç itibarıyla, para cezaları da bir ceza olduğu için kendisinden beklenen işlevi yerine getirmesi gerekir⁸. Öğretide de haklı olarak belirtildiği gibi, sosyal ceza hukukunda, suçlar "belli ve haksız bir çıkar sağlamak veya yasanın koyduğu bir yükümlülüğü yerine getirmeyerek masraftan kaçmak gibi maddi çıkar saikleriyle işlendiği için para cezalarının suçla sağlanan çıkar veya suç işlemekle failin yapmaktan kaçındığı giderden daha fazla, hiç olmazsa buna eşit tutulması" gerekir⁹.

B. Para Cezasının Türleri

Para cezaları genel olarak, cezayı uygulayan makama, cezanın sabit veya değişebilir olmasına göre çeşitli ayrımlara tabi tutulmaktadır¹⁰. Para cezaları; adli para cezaları, idari para cezaları, tazminat niteliğinde para cezaları, medeni para cezaları ve disiplin para cezaları olarak sınıflandırılmıştır. Burada sadece adli ve idari para cezaları ile suçun konusuna göre cezanın değişmeyeceğine göre çeşitlere ayrılan para cezaları inceleme konusu yapılacaktır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, para cezası olarak sadece adli para cezasını öngörmektedir. 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 5. maddesiyle "kanunlarda öngörülen "ağır para" cezaları, "adli para" cezasına dönüştürülmüştür". Bu bakımdan artık hukukumuzda ağır veya hafif para cezası bulunmamaktadır. Dolayısıyla cins itibarıyla para cezası ayrımı da ortadan kalkmıştır.

1. Ceza miktarının değişebilirliğine göre para cezaları

a. Maktu para cezaları

Para cezaları bakımından yapılan ayırimlardan biri, maktu ve nispi para cezası ayırımıdır. İdari para cezasının maktu olması, cezanın ilgili kanun gereği sabit olarak belirlenmiş olmasıdır. Yasal düzenlemelerde en çok başvurulan yöntem para cezalarının maktu olarak belirlenmesi yöntemidir.

b. Nispi para cezası

Cezanın miktarı kesin olarak belirlenmiş olmayıp da, fail tarafından elde edilen yarar ya da verilen zarara orantılı olarak değişen para cezalarına da nispi para cezası denilmektedir¹¹.

İdari para cezalarından özellikle nispi olarak belirlenenlerin dışındakiler zaman içinde özellikle enflasyonun yüksek seyrettiği dönemlerde hızla güncelliğini ve caydırıcılığını yitirmektedir. Hukuk sistemimizde bunun aşılması için yaygın olarak kullanılan iki yöntem söz konusudur. Bunlar misli artırım ve yeniden değerlendirme oranına göre artırım usulüdür¹².

5252 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 4. maddesi hükmü, diğer kanunlarda yer alan idari ve disiplin para cezaları dışındaki para cezalarının büyük bölümünü önemli ölçüde misli oranında artırımına tabi tutmuştur¹³.

Bazı kanunlarda ise idari para cezalarının 213 sayılı Vergi Usul Kanunu uyarınca belirlenen yeniden değerlendirme oranına göre artırıma tabi tutulması öngörülmüş olabilir. 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5326 Sayılı Kabahatler Kanunu ile her takvim yılı başından geçerli olmak üzere o yıl için 4.1.1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 298. maddesi hükümleri uyarınca tespit ve ilan edilen "yeniden değerlendirme oranında" artırılarak uygulanacağı öngörülmüştür (m.17/VII). 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda belirlenen idari para cezaları maktu niteliktedir. Bu nedenle Kanunda düzenlenen idari para cezalarının tespitinde her yıl için Kabahatler Kanunu'nun

17. maddesi gereğince yeniden değerlendirme oranına göre artırım yapılması gerekmektedir. Kabahatler Kanunu'nun 5560 sayılı Kanun'un 31. maddesiyle değişik 3/I-b maddesinde Kabahatler Kanunu'nun bütün idari cezalar için uygulanacağı hükmü göz önüne alındığında; 6356 sayılı Kanunu'nda düzenlenen idari para cezalarının yeniden değerlendirme oranına göre her yıl artırımına tabi olduğu açıktır. Bu kapsamda 2013 yılı için uygulanacak idari para cezaları miktarları, % 7,8 olan yeniden değerlendirme oranına göre belirlenecektir¹⁴. Çalışmada da yeniden değerlendirme oranı uygulanarak hesaplanan idari para cezası miktarları dikkate alınarak açıklamalar yapılacaktır.

2. Cezayı uygulayan makama göre para cezaları

a. Adli para cezası

Cezayı veren makam esas alınarak yapılan ayırıma göre para cezaları idari para cezaları ve adli para cezaları olarak ikiye ayrılacaktır¹⁵. Ceza Kanunu anlamında suç sayılan fiillerin karşılığı olarak sadece adli makamlarca hükmedilen para cezaları adli para cezalarıdır.

Adli para cezası, Türk Ceza Kanunu'nun 52/I maddesine göre; beş günden az ve kanunda aksine hüküm bulunmaması halinde yedi yüz otuz günden fazla olmamak üzere belirlenen tam gün sayısının, bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ile çarpılması suretiyle hesaplanan meblağın Devlet Hazinesine ödenmesinden ibarettir.

b. İdari para cezası

İdari para cezası, idari makamlar tarafından idari usullere göre bir idari ihlalin yaptırımını olarak verilen para cezasıdır¹⁶. İdari para cezası, Kabahatler Kanunu'nda açıklanmıştır. Buna göre idari para cezası, kanunda alt ve üst sınırı gösterilmek suretiyle de belirlenebilir. Bu durumda, idari para cezasının miktarı belirlenirken işlenen kabahatin haksızlık içeriği ile failin kusuru ve ekonomik durumu birlikte göz önünde bulundurulur (m. 17).

İdari para cezaları, Kabahatler Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra "kabahate" dö-

nüştürülmüştür. Yine Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesinin değişik 1. fıkrasının (b) bendine göre, Kabahatler Kanunu'nun genel hükümleri bütün idari ceza içeren hükümlere uygulanır. Kanunun genel gerekçesinde de belirtildiği üzere söz konusu düzenlemeler ile özel kanunlar arasındaki bütünlüğü sağlamak ve eksiklikleri gidermek amaçlanmıştır¹⁷.

Kabahatler hakkında genel kanun niteliğindeki Kabahatler Kanunu kanunun yürürlük tarihi olan 1 Haziran 2005 tarihinden önce yürürlüğe giren bütün kanunlara da uygulanacaktır. Kanunun ifadesi emredici niteliktedir.

Kabahatler Kanunu'nun bu genel niteliği gereğince, idari ceza hükmü içeren fakat özel bir düzenleme de bulunmayan hallerde ortaya çıkan boşluklar Kabahatler Kanunu hükümlerine göre doldurulacaktır. Örneğin kast, teşebbüs, fail, itiraz yolları vb. hallerde Kanunda hüküm yoksa veya yorumlanması gereken hususların bulunması durumunda Kabahatler Kanunu'nun genel hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

İdari yaptırımlar idare tarafından, idare hukuku usullerine göre, yargı kararı olmaksızın uygulandıkları için bir ceza değil, idari işlem olarak nitelendirilmektedir¹⁸. Nitekim Anayasa Mahkemesi¹⁹ ve Uyuşmazlık Mahkemesi'nce²⁰ de isabetli olarak idari para cezalarının bir idari işlem niteliği taşıdığı kabul edilmiştir.

İdari yaptırımların bizzat idare tarafından uygulanmasının, kural olarak, hem kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırılık oluşturacağı, hem de kişilik hak ve özgürlüklerinin yürütme organına karşı güvence altına alınma ilkesine ters düşeceği ifade edilebilir²¹. Söz konusu sakıncaların giderilmesi için idari yaptırım kanunilik ilkesi çerçevesinde uygulanması gerekmektedir²². İdari yaptırımlarda kanunilik ilkesinin uygulanması, idari yaptırımların keyfi uygulamalara yol açmayacak şekilde kanun hükmüne dayanması, yaptırımın hangi durumlarda uygulanacağını açık bir şekilde belirlenmesi ve verilen cezalara itiraz hakkı tanınması ile mümkündür²³. Ayrıca idari yaptırımların kuvvetler ayrılığı ilkesine ters düşmemesi için, bu itirazların bağımsız yargı organlarında karara bağlanması gerekmektedir²⁴.

II. 6356 SAYILI KANUN'DA ÖNGÖRÜLEN YAPTIRIMLARIN NİTELİĞİ

A. Genel Olarak

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'ndaki cezai yaptırımlar, 2821 ve 2822 sayılı Kanunlar döneminde hapis ve para cezası olarak düzenlenmiş iken, yeni Kanun'da sadece idari para cezaları düzenlenmiştir. Bu hususun 6356 sayılı Kanun'un önemli bir yeniliği olduğunu vurgulamak gerekmektedir. Böylece Uluslararası Çalışma Örgütü denetim organlarının görüşlerine uygun olarak, hapis cezaları kaldırılmış, hürriyeti bağlayıcı cezalar yerine idari para cezaları getirilmiştir²⁵. Ayrıca 2822 sayılı Kanun'da yapılan çeşitli ayrımlar ve eylem türüne göre ağırlaşan cezalar sistemi de terk edilmiştir.

Gerçekten daha önce 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nda idari, adli para cezaları ve hapis cezaları olmak üzere üç çeşit yaptırım öngörülmüştü²⁶. 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nda yer alan ceza yaptırımları ise adli para cezaları ve hapis cezaları olarak düzenlenmişti.

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nda hapis cezasını öngören haller, işçi ve işveren ilişkilerindeki yasaklara aykırı davranma, temel yasaklara aykırılık ve sendika ve konfederasyonların gelirleri ile ilgili düzenlemelere getirilen yasaklara aykırılık halleriydi (2821 m. 59/V-IX). 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nda ise uyulmadığı takdirde hapis cezası uygulanacak yasaklar, toplu iş sözleşmesine konulması yasaklanan hükümlere aykırılık ve grev ve lokavt aşamalarında getirilen yasaklardan oluşmaktaydı (2822 m. 68, 70-80).

6356 sayılı Kanun'da idari para cezaları daha ziyade, sendikal haklara ilişkin yükümlülükler ile grev ve lokavta ilişkin yükümlülükler için öngörülmüştür. Bununla beraber, 2821 sayılı ve 2822 sayılı Kanunlarda suç olarak düzenlenen bazı eylemler, 6356 sayılı Kanun'da suç olmaktan çıkarılmıştır. Söz konusu eylemleri aşağıdaki şekilde sıralayabiliriz:

B. Sendikal Haklara İlişkin Yükümlülükler

1. Bildirim ve ilan yükümlülükleri

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nda tüzel kişiliğin kazanılmasından sonra, kurucuların bu durumu on beş gün içinde ilan etmesi gerekmektedir (2821 m. 8)²⁷. Söz konusu ilan yükümlülüğünü yerine getirmeyen kuruculara idari para cezası öngörülmüştü (2821 m. 59/I). 6356 sayılı Kanun'da ise valinin, tüzüğü ve kurucuların listesini on beş gün içerisinde Bakanlığa göndereceği, Bakanlığın da; kuruluşun adını, merkezini ve tüzüğünü on beş gün içinde resmî internet sitesinde ilan edeceği hükme bağlanmıştır (6356 m. 7/II)²⁸. Valilikten gelen tüzük ve kurucuların listesinin gazeteye ilanı yerine Bakanlık resmi internet sitesinden ilan yeterli görülmüştür. İlan yükümlülüğü ise artık Bakanlığa ait olduğu için idari para cezası kaldırılmıştır.

Sendikalar Kanunu'nda idari para cezası yaptırımını öngörülmüş olan bir başka bildirim ve ilan yükümlülüğü, genel kurul tarafından seçilen organların üyelerinin kimlikleri ile tüzük değişikliklerinin ve tüzüğe göre şubelerin açılmasının on beş gün içinde ilin valiliğine ve bölge müdürlüğüne bildirilmesi ve gazeteye ilan verilmesiydi (2821 m. 9/IV; m. 59/I). Yeni Kanun'da da benzer bir düzenleme getirilmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, genel kurul dışındaki organlara seçilen üyelerin kimlikleri, tüzük değişikliği ile açılan ve kapatılan şubeler, ilgili valiliğe bildirilir ve Bakanlık tarafından on beş gün içinde resmî internet sitesinde ilan edilir (6356 m. 9/IV; m. 7/II, V). Her ne kadar sendikanın bildirim yükümlülüğü devam etse de, yükümlülüğe aykırılık haline bir yaptırım öngörülmemiştir. Kaldı ki ilan yükümlülüğü yine Bakanlığa aittir.

Görüldüğü üzere, bildirim ve ilan yükümlülüğü eski Sendikalar Kanunu'nda olduğu gibi yeni Kanun'da da yer almaktadır. Bildirim yükümlülükleri kurucular ve sendika için mevcut olsa da, bildirim yükümlülüğüne uymama halinde artık idari para cezası

uygulanmamaktadır. İlan şartı da Bakanlığın internet sitesinde ilan etmesi suretiyle yerine geleceğinden, idari para cezası öngörülmesinin bir önemi kalmamıştır.

Önceki düzenlemede, konfederasyonlara üye olma ve üyelikten çekilme kararları için de ilan ve bildirim yükümlülüğü getirilerek, yükümlülüğe aykırı davranışlar idari para cezası ile cezalandırılmıştır (2821 m. 26/IV; 59/I). Yeni düzenlemede de üst kuruluşlara üye olma, üyelikten çekilme ve çıkarılma kararlarının, üst kuruluş tarafından bir ay içerisinde Bakanlığa bildirileceği hükmü getirilmiş (6356 m. 20/IV), fakat bildirim yükümlülüğüne uymamanın yaptırımını düzenlenmemiştir.

Öte yandan 2821 sayılı Kanun'un 62. maddesinde belirtilen, işe alınan veya herhangi bir nedenle iş sözleşmesi sona eren işçileri, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na bildirme yükümlülüğüne uymayan işverenlere, bildirilmeyen her işçi için para cezası uygulanmaktaydı (2821 m. 59/I). Ancak 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'na eklenen ek 1. madde²⁹ uyarınca, 01.08.2009 tarihinden itibaren Sosyal Güvenlik Kurumu'na verilen Sigortalı İşe Giriş Bildirgesi ve Sigortalı İşten Ayrılış Bildirgesi, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 62. maddesi uyarınca verilmesi gereken belgelerin de yerine geçmiştir. Dolayısıyla artık sadece Sosyal Güvenlik Kurumu'na belge verilmesi gerekeceğinden, söz konusu belgelerin verilmemesi halinde sadece Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından 5510 sayılı Kanun'un 102. maddesi birinci fıkrasının (a) ve (j) bendi gereğince idari para cezası uygulanacaktır.

2. Sendika özgürlüğünün güvencesine ilişkin getirilen yükümlülükler

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nda işçilerin işe alınmalarının, belli bir sendika üyeliğine veya üye olmamaya veya üyelikten ayrılmaya tâbi tutulamayacağı düzenlenmişti (2821 m. 31/I). Söz konusu hükme aykırı davranışta bulunan işveren hakkında cezai

yaptırım öngörülmüştü (2821 m. 59/III). Fakat yeni getirilen düzenlemede anılan cezai yaptırım kaldırılmaktadır. Bununla birlikte, Türk Ceza Kanunu'nun "Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi" başlıklı 118. maddesinde cebir ve tehdit halinde ciddi cezai yaptırımlar getirilmektedir. Buna göre bir kimseye karşı bir sendikaya üye olmaya veya olmamaya, sendikanın faaliyetlerine katılmaya veya katılmamaya, sendikadan veya sendika yönetimindeki görevinden ayrılmaya zorlamak amacıyla, cebir veya tehdit kullanan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

2821 sayılı Kanun'da sendika yöneticiliği güvencesine aykırı davranan işverenler için de idari para cezası getirilmişti (2821 m. 59/II).

Yeni düzenlemede her ne kadar sendika yöneticisinin güvencesi düzenlense de, bu güvenceye aykırı hareket eden işveren için idari para cezası öngörülmemiştir. Bununla birlikte Türk Ceza Kanunu madde 118 hükmü, sendika yöneticiliği görevinden ayrılmaya zorlamak amacıyla, cebir veya tehdit kullanan kişinin, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağını düzenlemiştir.

6356 sayılı yeni Kanun ise 23. maddesinde getirdiği düzenlemelerle sendika yöneticiliği güvencesinin günümüze dek ortaya çıkan hukuki sorunlarını çözmeyi amaçlamaktadır. 23. maddenin üç ayrı fıkrasında bu alanda söz konusu olabilecek üç hal düzenlenmektedir. 1. fıkraya göre, kural olarak, "İşçi kuruluşunda yönetici olduğu için çalıştığı iş yerinden ayrılan işçinin iş sözleşmesi askıda kalır. Yönetici dilerse işten ayrıldığı tarihte iş sözleşmesini bildirim süresine uymaksızın veya sözleşme süresinin bitimini beklemeksizin fesheder ve kıdem tazminatına hak kazanır. Yönetici, yöneticilik süresi içerisinde iş sözleşmesini feshederse kıdem tazminatı fesih tarihindeki emsal ücret üzerinden hesaplanır." Görüldüğü gibi, işçi isterse yönetici seçildiğinde, isterse yöneticilik süresi içinde (yani, iş sözleşmesi askıda iken) iş sözleşmesini feshettiği takdirde, diğer şartlar da uygunsa, kıdem tazminatına hak kazan-

cak, bundan sonrasında ise haliyle yöneticilik güvencesi söz konusu olmayacaktır³⁰.

23. maddenin 2. fıkrasına göre ise, işçi kuruluşunda yönetici olmasından ötürü iş sözleşmesini feshetmeyen işçinin iş sözleşmesi askıda kalacak, bu yönetici görevinin "sendikanın tüzel kişiliğinin sona ermesi, seçime girmemesi, yeniden seçilmemesi veya görevinden istifa etmesi" hallerinde bir ay içinde ayrıldığı işyeri işverenine başvurusu halinde, işveren kendisini bir ay içinde eski işine veya eski işine uygun düşen bir işe başlatmakla yükümlü olacaktır. İşveren işçiyi süresinde işe başlatmazsa sözleşmeyi feshetmiş sayılacak ve fesihle ilgili hukuki sonuçlarla karşılaşacaktır. Böylece, yönetici güvencesinin hukuki yaptırımı pekiştirilmiş olmaktadır.

23. maddenin 2. fıkrasında belirtilen nedenler dışında görevi sona eren sendika yöneticisi ise işverene başvurduğu takdirde iş yerinde çalıştığı süreler ve fesih tarihindeki emsal ücrete dayalı olarak kıdem tazminatına hak kazanabilecektir.

3. Kuruluşların faaliyetlerine ilişkin yükümlülükler

Kuruluşların ticaretle uğraşma yasağı mevcudiyetini sürdürmekle beraber, kuruluşların genel kurul kararıyla nakit mevcudunun yüzde kırkıdan fazla olmamak kaydıyla sanayi ve ticaret kuruluşlarına yatırımda bulunabileceği hükmü getirilmiştir (6356 m. 26/VIII; 2821 m. 39/D). Bir diğer hükme göre, kuruluşlar elde ettikleri gelirleri üyeleri ve mensupları arasında dağıtamaz. Ancak sendikaların grev ve lokavt süresince tüzüklerine göre üyelerine yapacakları yardımlar ile kuruluşların eğitim amaçlı yardımları bu hükmün dışındadır (6356 m. 26/IX; 2821 m. 39/II). Eski düzenlemede, söz konusu madde hükmüne aykırı hareket eden sendika veya konfederasyonun tüzüğüne göre sorumlu kişilere idari para cezası verilmekteydi. Mevcut düzenlemede bu yükümlülüklere aykırılık hallerinin herhangi bir yaptırım öngörülmediği görülmektedir.

Sendika ve konfederasyonların, gelirlerini

Kanunda ve tüzüklerinde gösterilen faaliyetleri dışında kullanamayacakları ve bağışlayamayacakları hükmü eskiden olduğu gibi 6356 sayılı Kanun'da da yer almıştır (6356 m. 28/VI; 2821 m. 44/I). Ancak söz konusu hükme aykırılık haline yeni düzenlemede idari para cezası öngörülmemiştir. Aşağıda ayrıca belirtileceği üzere, gider ve gelirlerle ilgili getirilen diğer bazı yasaklara aykırılık hallerine ise idari para cezası öngörülmüştür.

Aykırılık halinde idari para cezası öngörülen, üyeler ve işçiler dâhil hiç kimseye borç verememe yasağı, yeni Kanun'da düzenlenmemiştir (2821 m. 44/IV). Ancak, bu kurala istisna getirilerek, sosyal harcamaların kuruluşların nakit gelirlerinin yüzde beşini aşamayacağı da eski Kanunda ayrıca düzenlenmişti. Söz konusu hükme aykırılık için de idari para cezası öngörülmüştü (2821 m. 59/III). 6356 sayılı Kanun'da ise yurtiçi ve yurtdışındaki doğal afet bölgelerine konut, eğitim ve sağlık tesisleri kurulması amacıyla kamu kurum ve kuruluşlarına, nakit mevcudunun yüzde onunu aşmamak kaydıyla aynı ve nakdî yardımda bulunabileceği düzenlenmiştir. Hükme aykırılık halinde idari para cezası öngörülmemiştir (6356 m. 28/VII).

4. Denetime ilişkin yükümlülükler

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nda olduğu gibi yeni Kanunda da sendika ve konfederasyonlara, kanunda belirtilen defter, dosya ve kayıtları tutmak ve fişleri düzenlemek zorunluluğu getirilmiştir (6356 m. 30; 2821 m. 49). Ancak söz konusu hükme aykırılık haline yeni düzenlemede idari para cezası öngörülmemiştir. Belirtilen defter ve kayıtların düzenlenmesi, tutulması ile ilgili hükme aykırılık halinde eski düzenlemede idari para cezası öngörülmüştü (2821 m. 50 ve m. 59/IV). 6356 sayılı Kanun'da ise kuruluşların tutmak zorunda oldukları defter ve kayıtlar ile bunların tutulmasındaki usul ve esasların Bakanlıkça çıkarılacak bir yönetmelikle düzenleneceği belirtilip, defter ve kayıtların düzenlenmesi, tutulması ile ilgili uyulacak kurallar Kanunda ayrı bir hüküm olarak dü-

zenlenmemiştir (6356 m. 30/III).

Sendikalar ve konfederasyonların, her hesap veya bütçe devresine ait bilanço ve hesaplarıyla çalışma ve denetleme raporlarını ait oldukları dönemi izleyen üç ay içinde Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na, sendikaların ayrıca bağlı buldukları konfederasyona göndereceği düzenlenmişti (2821 m. 51/I). Hükme aykırı hareket eden sendika veya konfederasyonun, tüzüğüne göre sorumlu kişilere idari para cezası verileceği öngörülmüştü.

Ancak yeni Kanun'da sendika ve konfederasyonların idari ve mali denetimine devletin müdahalesine yer verilmemiş, bu konu sendikaların iç denetim organlarına bırakılmıştır. Bununla birlikte; sendikaların hesap verebilirliği ve şeffaflığını sağlamak için mali denetim yetkisine sahip yeminli mali müşavirler tarafından en geç iki yılda bir bağımsız bir dış denetimin yapılması sağlanmıştır (6356 m. 29).

C. Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavta İlişkin Yükümlülükler

2822 sayılı Kanun'da toplu iş sözleşmelerine, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, milli egemenliğe, Cumhuriyete, milli güvenliğe aykırı hükümler ile kanunlarda suç sayılan fiilleri teşvik, tahrik ve himaye eden hükümler koyanlar hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis cezası öngörülmüştü (2822 m. 5/I ve m. 68). Söz konusu hüküm yeni Kanunda düzenlenmediği için idari para cezası uygulanmasını gerektirecek eylem de ortadan kalkmış bulunmaktadır.

Mahkemece tayin edilen arabulucunun sırf taraflara zarar vermek kasdı ile kendisine verilen görevi yapmaktan kaçınması veya uyuşmazlık tutanağını süresinde görevli makama vermemesi suç olmaktan çıkarılmıştır (2822 m. 69). 6356 sayılı Kanun arabuluculuğu bir kurum olarak aynen muhafaza etmiş bazı noktalarda ise 2822 sayılı Kanun'dan ayrılan düzenlemelere yer vermiştir. Belirtmek gerekir ki, 6356 sayılı Kanun'a göre de, grev kararı alınmadan önce barışçı çözüm yolu olarak arabuluculuk müessesesine baş-

vurulması zorunludur. Ancak 2822 sayılı Kanundan farklı olarak zorunlu ve ihtiyari arabuluculuk ayırımı kaldırılmıştır.

2822 sayılı Kanun'da grev erteleme kararından sonra grev veya lokavtı kaldırma kararı almayanlar veya grev veya lokavta devam edenler veya katılanlar veya devamla zorlayan veya teşvik edenler ve bu yolda propaganda yapanların altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı düzenlenmişti (2822 m. 33/I ve m. 75). Karar verilmiş veya başlanmış olan bir grevin ertelenmesine ilişkin hükümlere 6356 sayılı Kanun'da da yer verilmiştir (6356 m. 63). Ancak grev erteleme kararına uyulmaması halinde uymayanlar hakkında herhangi bir yaptırım öngörülmemiştir.

2822 sayılı Kanun'da grev oylamasının sonucunu etkilemek amacıyla hile veya tehdit veya cebir kullananlar, fiilleri daha ağır cezayı gerektiren suç oluşturmadığı takdirde, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı öngörülmüştür (2822 m. 35 ve m. 76). Grev oylaması mevcut düzenlemede yer almaktadır (6356 m. 61). Ancak grev oylamasına hile, tehdit ve cebir karıştıranlar için idari para cezası öngörülmemiştir. Türk Ceza Kanunu hükümlerinin bu konuda saklı olduğunu söylemek mümkündür.

III. 6356 SAYILI KANUN'DA İDARİ PARA CEZASI ÖNGÖRÜLEN YÜKÜMLÜLÜKLER

A. Sendikal Haklara İlişkin Yükümlülükler

1. Kuruculuğa ve üyeliğe ilişkin yükümlülükler

Yeni düzenlemede, sendika kurucularının kurucu olabilme şartlarına sahip olduklarını belirten yazılı beyanları yeterli görülmüştür. Bu sebeple, 6356 sayılı Kanun'da, Sendikalar Kanunu'nda öngörülmemeyen bir idari para cezası öngörülmüştür. 6356 sayılı Kanun'un 78. maddesinin (a) bendine göre, sendikalar için kurucu olabilme şartlarına sahip

olduğuna ilişkin gerçeğe aykırı beyanda bulunanlar, fiilleri daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde yedi yüz elli dört Türk Lirası³¹ ile cezalandırılacaktır. Kanuna göre kurucu olabilme için fiil ehliyetine sahip ve fiilen çalışan gerçek veya tüzel kişiler olmak gerekmektedir. Ancak zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan mal varlığı değerlerini aklama ve kaçakçılık suçlarından birinden mahkûmiyeti bulunanlar sendika kurucusu olamamaktadır (6356 m. 6/D).

Kurucu olabilme şartlarına sahip olduğuna ilişkin gerçeğe aykırı beyanda bulunanlara, idari yaptırım kararının kesinleşmesinden itibaren 5 yıl süreyle sendika organlarında görev alamayacaklarına ilişkin bir yaptırım da getirilmiştir (6356 m. 78/II).

2. Üye kaydetmeye ilişkin yükümlülükler

Sendikalar Kanunu'nda öngörülmemeyen ve 6356 sayılı Kanun'da düzenlenen başka bir idari para cezası da sendikaya üyelik ile ilgili kurallara aykırı üye kaydedenler hakkında getirilen cezadır.

6356 sayılı Kanun'da üyelik ile ilgili getirilen yeni düzenlemeler şöyledir: işçi sendikasına üye olma yaşının on altı yaştan on beş yaşa düşürülerek İş Kanunu ile belirlenen asgari çalışma yaşı ile paralellik sağlanmış³². Sendikaya üye olma serbestisi tanındıktan sonra kimsenin sendikaya üye olmaya ya da olmamaya zorlanamayacağı açıkça vurgulanmıştır. Aynı işkolunda farklı işverenlere ait işyerlerinde ikinci bir işverene bağımlı olarak çalışan işçilerin birden çok sendikaya üye olmasının önü açılmıştır³³. Üyelik işlemlerinde noter koşulu kaldırılmıştır. Üyelik, Bakanlıkça sağlanacak elektronik başvuru sistemine işçinin e-Devlet kapısı üzerinden sendikaya üyelik talebinde bulunması ve sendika tüzüğünde belirlenen yetkili organın kabulü ile e-Devlet kapısı üzerinden kazanılacaktır³⁴.

Yukarıda da değinildiği üzere, sayılan ko-

şullara aykırı şekilde üye kaydı yapan sendika yetkilileri, fiilleri daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde her bir üyelik için yedi yüz elli dört Türk Lirası ile cezalandırılacaktır (6356 m. 78/I-c).

2821 sayılı Kanun döneminde ise idari para cezası gerektiren fiil, işçi sayılmayanların sendikaya üye yapılması ile sendikanın üye kayıt fişinin birer nüshasını Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na ve Bölge Müdürlüğü'ne gönderilmemesidir (2821 m. 2/I-II; 22/IV). Söz konusu bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeyen işveren ve sendika yetkilisi hakkında idari para cezası öngörülmekteydi (SK m. 59/I-II).

3. Üyelik sona ermesine ilişkin yükümlülükler

Kanundaki düzenlemelere aykırı olarak üye kaydedenlere ceza getirildiği gibi, üye kalmaya ve üyelikten ayrılmaya zorlayanlara da ceza getirilmiştir. Böyle bir yaptırıma önceki düzenlemede hükmedilmediği görülmektedir.

Üyelikte olduğu gibi çekilmede de işlemler basitleştirilmiştir. Her üyenin, üyeliğe kabulde olduğu gibi e-Devlet kapısı üzerinden çekilme talebinde bulunmak suretiyle üyelikten çekilebileceği düzenlenmiştir. Çekilme bildirimini elektronik ortamda eşzamanlı olarak Bakanlığa ve sendikaya ulaşacaktır (6356 m. 19).

Üyenin çekilme kararının sendikaya tebliğini izleyen bir ay içinde bir başka sendikaya üyelik başvurusu kabul edilse bile üyelik ilişkisinin bir ayın sonunda geçerli olması kuralı önceki kanunda olduğu gibi düzenlenmiştir (6356 m. 19). Aynı maddeye göre, sendika üyesi işçinin bir yıla kadar işsiz kalmasının üyeliği sona erdirmeyeceği hususu uygulamadaki bir boşluğu gidermiştir³⁵. Ayrıca işkolu değişen üyenin sendika üyeliğinin kendiliğinden sona ereceğine ilişkin bir hüküm de getirilmiştir.

Söz konusu düzenlemeye aykırı olarak işçiyi üye kalmaya veya üyelikten ayrılmaya zorlayanlar fiilleri daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde her bir üyelik için yedi

yüz elli dört Türk Lirası ile cezalandırılacaktır (6356 m. 78/I-c).

4. Genel kurulda yapılacak seçimlerde uyulacak esaslara ilişkin yükümlülükler

Genel kurulda yönetim kurulu, denetleme kurulu ve disiplin kuruluna üye seçimi ile delege seçimi, yargı gözetimi altında serbest, eşit, gizli oy, açık sayım ve döküm esasına ve tüzük hükümlerine göre yapılacaktır (6356 m. 14). Söz konusu maddede, genel kurulda yapılacak seçimlerde oy kullanma ve oylamalara ilişkin işlemler ayrıntılı bir şekilde hükme bağlanmıştır.

Cezai yaptırım içeren maddeye göre ise yapılacak seçimlerle ilgili oylamalara ve bu oylamaların sayım ve dökümüne hile karıştıranlar, fiilleri daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde beşbin üçyüz doksan Türk Lirası ile cezalandırılacaktır (6356 m. 78/I-b).

5. Kuruluşların faaliyetlerine ilişkin yükümlülükler

İşçi ve işveren sendika ve konfederasyonlarının birbirinin kurulmasına, idare ve faaliyetlerine, gerek temsilcileri ve mensupları gerek araya koydukları diğer kimseler aracılığıyla müdahale edemeyecekleri düzenlenmiştir (6356 m. 26/VI)³⁶. Söz konusu yasak, eski Kanun döneminde olduğu gibi muhafaza edilmektedir (SK m. 38/I,II). Ancak, Sendikalar Kanunu'nda bu yükümlülüğe uymayanlar hakkında altı aya kadar hapis cezası hükmediliyordu (SK m. 59/V). Mevcut düzenlemede hapis cezasına son verilerek, söz konusu yasağa aykırı hareket edenler için beş bin üç yüz doksan Türk Lirası idari para cezası öngörülmüştür (6356 m. 78/I-ç).

Kuruluşlar önceki Kanun döneminde de olduğu gibi siyasi partilerin ad, amblem, rumuz veya işaretlerini kullanamazlar (6356 m. 26/VII; SK m. 37/II). Dolayısıyla, sendikanın belli bir siyasi partiye somut biçimde aidiyet ortaya koyması, ona bağımlı olması yasaklanmıştır³⁷. Bu hükme uymayan sorumlular hakkında önceki düzenlemede altı aydan bir yıla kadar hapis cezası öngörülmüştü. Mev-

cut düzenlemede hapis cezasına son verilecek, beş bin üç yüz doksan Türk Lirası idari para cezası hükme bağlanmıştır (6356 m. 78/I-ç).

6. Kuruluşların gelirleri ve giderlerine ilişkin hükümlere aykırılık

Kamu kurum ve kuruluşları, siyasi partiler, esnaf ve küçük sanatkâr kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları sendika ve konfederasyonlara yardım ve bağışta bulunamaz. Sendika ve konfederasyonlar da bu gibi yardım ve bağışları kabul edemezler (6356 m. 28/II; SK m. 40/II, V). Sendikalar Kanunu'nda bu hükme aykırı hareket eden sorumlu yetkili hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası; yardım veya bağışı kabul eden sendika veya konfederasyonların yetkili sorumlularına da altı aydan bir yıla kadar hapis cezası verileceği düzenlenmişti. Suçun konusunu oluşturan malî yardım veya bağışın Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre müsadere edileceği ve suçun faillerinden genel hükümlere göre tazmin olunacağı da ayrıca ifade edilmişti (SK m. 59/VII). Mevcut düzenleme ile söz konusu yasağa aykırı hareket eden kuruluşların yetkili sorumluları bin altı yüz on yedi Türk Lirası, fiilin tekrarı hâlinde ise ayrıca bağış miktarı kadar idari para cezası ile cezalandırılacaktır (6356 m. 78/I-d).

İşçi kuruluşlarının, işverenlerden ve çeşitli işveren kuruluşlarından; işveren kuruluşlarının da işçilerden ve işçi kuruluşlarından yardım ve bağış alamayacakları yeni Kanunda da düzenlenmiştir (6356 m. 28/III; SK m. 40/IV). Bu yasağa uyulmaması halinde yardım ve bağışın beş katı tutarında para cezasına, sendikal kuruluşun yetkili sorumluları için de ayrıca üç aydan bir yıla kadar ağır hapis cezası öngörülmekteydi (SK m. 59/VII). Mevcut düzenleme ile söz konusu yasağa aykırı hareket eden kuruluşların yetkili sorumluları bin altı yüz on yedi Türk Lirası, fiilin tekrarı hâlinde ise ayrıca bağış miktarı kadar idari para cezası ile cezalandırılacaktır (6356 m. 78/I-d).

Kuruluşların, yurtdışındaki kişi, kurum ve kuruluşlardan Bakanlığa önceden bildirimde bulunmak suretiyle yardım ve bağış alabileceğine ilişkin bir düzenleme yer almaktadır (6356 m. 28/III; SK m. 40/III). Ancak, işçi kuruluşları yurt dışında kurulu işveren ve işveren kuruluşlarından; işveren kuruluşları ise işçi ve işçi kuruluşlarından yardım ve bağış alamayacaktır. Nakdî yardım ve bağışların da bankalar aracılığıyla alınması zorunluluğu getirilmiştir.

Önceki düzenlemeden farkı, yardım ve bağış alınabilecek yurtdışı kuruluşları ile ilgili herhangi bir ayırım yapılmamasıdır. Sadece işçi kuruluşları ile işveren kuruluşlarının birbirilerinden yardım ve bağış almaları engellenmiştir. Bunun yanında, en belirgin farklılık, daha önce Bakanlar Kurulu kararı gerektiren hallerde artık sadece bildirimlerle yetinilecektir³⁸. Söz konusu hükümlere aykırılık halinde kuruluşların yetkili sorumluları bin altı yüz on yedi Türk Lirası, fiilin tekrarı hâlinde ise ayrıca bağış miktarı kadar idari para cezası ile cezalandırılacaktır (6356 m. 78/I-d).

Yukarıdaki fiilleri işleyenlerin, idari yaptırım kararının kesinleşmesinden itibaren beş yıl süreyle sendika organlarında görev alamayacağı da 78. maddede ayrıca belirtilmiştir (6356 m. 78/II).

B. Grev ve Lokavta İlişkin Yükümlülükler

1. Kanuni grev ve lokavt kararının alınması ve uygulamaya konulmasına ilişkin yükümlülükler

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun "Ceza Hükümleri" başlıklı 78. maddesinin (e) ve (f) bentleri kanun dışı grev ve lokavt eylemlerine ilişkindir. İlk bentte, kanun dışı grev ve lokavt kararının alınarak uygulanması halinde idari para cezası verileceği, bir sonraki bentte ise kanun dışı greve katılanlara idari para cezası verileceği düzenlenmiştir. Kanun dışı greve katılanlara uygulanacak cezanın ayrı bir bent-

te düzenlenmesinin nedeni onlar hakkında daha az miktarda idari para cezasının öngörülmesidir. Öte yandan 2822 sayılı Kanun'da, kanuna aykırı bir grev ya da lokavt kararı alınması bile bir suç olarak düzenlenmişken, 6356 sayılı Kanun'da bu kararların uygulanması halinde ceza uygulanmaktadır.

İdari para cezası öngörülen kanun dışı grev ve lokavt eylemlerinin tanımı ve içeriği değiştiği için aşağıda söz konusu değişikliklere yer verilecektir.

Kanunun 58. maddesine göre, “İşçilerin, topluca çalışmamak suretiyle işyerinde faaliyeti durdurmak veya işin niteliğine göre önemli ölçüde aksatmak amacıyla, aralarında anlaşarak veya bir kuruluşun aynı amaçla topluca çalışmamaları için verdiği karara uyarak işi bırakmalarına grev denir”.

“Toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması hâlinde, işçilerin ekonomik ve sosyal durumları ile çalışma şartlarını korumak veya geliştirmek amacıyla, bu Kanun hükümlerine uygun olarak yapılan greve kanuni grev denir”.

Kanuni grev için aranan şartlar gerçekleşmeden yapılan greve kanun dışı grev denir (6356 m. m.58/III).

Yukarıdaki hükümler genel olarak 2822 sayılı Kanun'la örtüşmektedir. Buna karşılık Kanunda yer verilen hükümlerin dışında, yer verilmeyen ve eski kanunda yer alan bazı düzenlemeler tereddüt yaratacak niteliktedir. Gerçekten daha önce 2822 sayılı Kanun'da yer alan “Siyasi amaçlı grev, genel grev ve dayanışma grevi kanun dışı grevdir. İşyeri işgali, işi yavaşlatma, verimi düşürme ve diğer direnişler hakkında kanun dışı grevin müeyyideleri uygulanır” hükmüne 6356 sayılı Kanun'da yer verilmemiştir. Ayrıca, “Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, milli egemenliğe, Cumhuriyete, milli güvenliğe aykırı amaçla grev yapılmaz” ifadesi de kaldırılmıştır³⁹.

Ancak “kanuni grev için aranan koşullar gerçekleşmeden yapılan grev ise kanun dışı grev olarak kabul edilmektedir” ifadesinin korunması ile tüm bu grevlerin önünün kapatıldığı anlaşılmaktadır⁴⁰. Zira Anayasamız-

da ve Kanunda grev, toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde başvurulabilen bir çözüm aracı olarak düzenlenmiştir. Böylece, grev hakkına anayasal bir çerçeve de çizilmiştir⁴¹.

Dolayısıyla siyasi amaçlı grev, genel grev ve dayanışma grevi, pek çok durumda Kanunda belirtilen kanuni grev tanımına uygun düşmeyeceği için kanun dışı grev sayılacaktır ve söz konusu eylemlere katılanlar hakkında idari para cezası uygulanacaktır⁴².

Buna karşılık, Kanunda artık işyeri işgali, işi yavaşlatma, verimi düşürme ve diğer direnişler hakkında kanun dışı grevin müeyyidelerinin uygulanacağına ilişkin bir hüküm olmadığı için bu gibi eylemler hakkında, kanun dışı grev değil, duruma göre İş Kanunu'nun 25. maddesinin eyleme uyan bendine göre işlem yapılması gerekir⁴³. Bununla beraber, işyeri işgali halinde 6356 sayılı Kanun'da bir para cezası öngörülmektedir (6356 m. 78/I-h).

Yapılan eylem grev tanımına uygun ancak Kanunda belirlenen koşulları taşııyorsa, bu durumda bu eylemlerin kanun dışı grev sayılması da mümkün olabilecektir. Şöyle ki, 6356 sayılı Kanun'a göre, grev kararı uyuşmazlık tutanağının tebliği tarihinden itibaren altmış gün içinde alınabilir ve bu süre içerisinde altı iş günü önceden karşı tarafa bildirilecek tarihte uygulamaya konulabilir (6356 m.60/D)⁴⁴. 6356 sayılı Kanun'da azami olarak altmış günlük bir uygulama süresi konulmuş, aniden bir grevle karşı karşıya kalınmasını engellemek için de, 2822 sayılı Kanun'da olduğu gibi, altı işgünü önceden karşı tarafa bildirilmesi zorunluluğu getirilmiştir. Aynı şekilde kanuni lokavt kararının da grev kararının tebliğinden itibaren altmış gün içinde alınabileceği ifadeleri eklenmiştir. Anılan altmış günlük süreye uyulmadığı takdirde sendikanın yetkisi düşecektir; bunun sonucunda grev hakkı da düşeceği için yapılacak grev kanun dışı olacaktır⁴⁵. Bu durumda kanun dışı grevin hukuki sonuçları yanında, cezai yaptırımlar da uygulanacaktır (6356 m. 78/I-e).

Ayrıca, uygulama tarihinin kararı alan ta-

rafça işyeri veya işyerlerinde derhal ilan edileceği vurgulanmıştır (6356 m. 60/V). Ancak belirtmek gerekir ki, sırf ilan yükümlülüğüne uyulmaması grevi kanun dışı hale getirmeyecektir⁴⁶. Bununla beraber, cezai yaptırımın uygulanmasını gerektirecektir⁴⁷.

Yukarıda belirtilen şartları taşımayan bir grev veya lokavt kararının uygulanması halinde kararı verenler, böyle bir grev veya lokavta karar verilmesine veya uygulanmasına veya bunlara katılmaya veya devamla zorlayan veya teşvik edenler, fiilleri daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde beş bin üç yüz doksan Türk Lirası ile cezalandırılacaktır (6356 m. 78/I-e). Aynı bentte, kanun dışı lokavta katılanların da beş bin üç yüz doksan Türk Lirası ile cezalandırılacakları düzenlenmiştir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, 2822 sayılı Kanun döneminde söz konusu eylemlere aykırı davrananlar hakkında hapis cezası öngörülmüştü (2822 m. 70 ve 72).

Kanun dışı greve katılanlar için daha az miktarda ceza öngörülmüştür. Kanun dışı greve katılan ve devam edenlerin yedi yüz elli dört Türk Lirası ile cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır (6356 m. 78/I-f). Ayrıca, kanun dışı grev yapılması hâlinde işveren, grevin yapılması kararına katılan, grevin yapılmasını teşvik eden, greve katılan veya katılmaya ya da devamla teşvik eden işçilerin iş sözleşmelerini haklı nedenle feshedebilir (6356 m. 70/I).

2. Grev ve lokavtın uygulanmasına ilişkin yükümlülükler

Yukarıda kanuna uygun olmayan bir grev veya lokavt kararının alınarak uygulanması halinde öngörülen ceza hükmü değerlendirilmiştir. Aşağıda ise kanuna uygun şekilde alınan grev veya lokavt kararının kanuna aykırı şekilde uygulanması halinde verilecek ceza incelenecektir.

Kanuna uygun bir şekilde alınan grevin uygulanması sırasında uyulması gereken kurallar aşağıda belirtildiği gibidir:

Greve katılan işçiler ile lokavta maruz kalan işçiler işyerinden ayrılmak zorundadır. Greve katılmayan veya katılmaktan vazge-

çenlerin işyerinde çalışmalarının da hiçbir şekilde engellenemeyeceği açıkça düzenlenmiştir (6356 m. 64/D).

Greve katılan işçilerin işyerine giriş çıkışı engellemeleri yasaktır. 2822 sayılı Kanun döneminde, grev başlamadan önce üretilen ürünlerin işyeri dışına çıkarılıp çıkarılmayacağı tartışmalı bir husustu. Öğreti ve Yargıtay bu ürünlerin dışarı çıkarılmasına engel olunamayacağını savunuyordu⁴⁸. Nitekim grev başlamadan önce üretilen ürünlerin satılmasına ve işyeri dışına çıkarılmasına engel olunamayacağı yeni düzenleme ile hükme bağlanmıştır (6356 m. 64/II-III). Bu hükmü de kapsayacak şekilde getirilen sonraki fıkra, greve katılmayıp çalışan işçilerin ürettiği ürünlerin satılmasına ve işyeri dışına çıkarılmasına, işyeri için gerekli maddelerin, araç ve gereçlerin işyerine sokulmasına engel olunamayacağına ilişkin hükümdür (6356 m. 64/IV).

Grev ve lokavtın uygulanmasına ilişkin 64. maddede grev esnasında greve karar veren sendikanın kusurlu hareketi sonucu grev uygulanan işyerinde neden olunan maddî zarardan sendikanın sorumlu olacağı belirtilmiştir. Ayrıca, yetkili işçi sendikasının kararı olmadan işçi ya da yöneticilerin bireysel eylemlerinden kaynaklanan zararlardan da kusuru olan yönetici ya da işçinin sorumlu olacağı vurgulanmıştır.

Yukarıda belirtilen usul ve esaslara aykırı şekilde grev ve lokavtın uygulanması hâlinde, bu kararı uygulayanlar, uygulanmasına veya devamına zorlayanlar veya teşvik edenler beş bin üç yüz doksan Türk Lirası idari para cezası ile cezalandırılacaktır (6356 m. 78/I-g). 2822 sayılı Kanun döneminde, uygulanan grev veya lokavtın kanuna aykırı olması halinde, bu kararı uygulayanlar hakkında hapis cezası öngörülmüştü.

3. Grev ve lokavt yasaklarına ilişkin yükümlülükler

Grev veya lokavtın yasaklanmasına rağmen kararı kaldırmayanlar ve uygulayanlar hakkında idari para cezası öngörülmüştür.

2822 sayılı Kanun'da grevin yasak olduğu işler, yerler ve geçici grev yasaklarını düzen-

leyen üç madde (m. 29, 30 ve 31), 6356 sayılı Kanun'da tek madde olarak düzenlenmiştir. Ayrıca, grev ve lokavt yasağının bulunduğu bazı işler ve yerlerde yasağın kaldırıldığı görülmektedir. Buna göre; su, havagazı, termik santrallerini besleyen linyit üretimi, noterlik, klinik, sanatoryum, prevantoryum, dispanser ve eczane gibi sağlıkla ilgili işyerlerinde, eğitim ve öğretim kurumlarında, çocuk bakım yerlerinde ve huzurevlerinde, savaş halinde, genel veya kısmi seferberlik süresince grev ve lokavt yapma yasağı kaldırılmıştır. 2012 yılında 6321 sayılı Kanun'la 29. maddeye eklenen havacılık hizmetleri grev yasağı kapsamından çıkarılmıştır (6356 m. 62).

Bakanlar Kurulu, genel hayatı önemli ölçüde etkileyen doğa olaylarının gerçekleştiği yerlerde bu durumun devamı süresince yürürlükte kalmak kaydıyla gerekli gördüğü işyerlerinde grev ve lokavtı yasaklayabilir (6356 m. 62/II). Grev ve lokavt yasaklarına ilişkin 62. maddeye yasağın kalkmasından itibaren altmış gün içinde altı işgünü önce karşı tarafa bildirilmek kaydıyla grev ve lokavt uygulamasına devam edileceği ifadesi eklenerek isabetli bir değişiklik yapılmıştır. Oysa 2822 sayılı Kanun'a göre bu yasağın altı ayı doldurmasından itibaren altı iş günü içinde Yüksek Hakem Kurulu'na başvurulması gerekmektedir.

Grev veya lokavtın mahkeme kararıyla sürekli veya geçici, tamamen veya kısmen yasaklanmasına rağmen, kararı kaldırmayanlar, uygulamaya devam edenler, devamına teşvik edenler, zorlayanlar, katılan ve katılmaya devam edenler fiilleri daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde beş bin üç yüz doksan Türk Lirası (6356 m. 78/I-ğ) idari para cezası ile cezalandırılacaktır.

Söz konusu bentte, grev ve lokavtın mahkeme kararı ile yasaklanması halinde grev veya lokavt yapanlardan söz edilmektedir. Hâlbuki Kanunda mahkeme kararı ile uygulanan bir yasaktan söz edilmemektedir⁴⁹. Önceki taslaklardan kalan, hatalı bir hüküm olduğu açıktır. Bu durumda 6356 sayılı Kanun'a göre böyle bir kabahatin mevcut olmadığını söylemek mümkündür.

4. İşçi alma yasağına ilişkin yükümlülükler

İşçi alma ve başka işe girme yasağına ilişkin 68. maddede işverenin, kanuni bir grev veya lokavt süresince, iş sözleşmeleri askıda kalan işçilerin yerine, sürekli ya da geçici olarak başka işçi alamayacağı veya başkalarını çalıştıramayacağı düzenlenmiştir (6356 m. 68/I)⁵⁰. Söz konusu madde hükmüne aykırı olarak grev yapan işçilerin yerine işçi çalıştıran işveren veya işveren vekili, aldığı her bir işçiyle ilgili olarak bin altıyüz onyediy Türk Lirası idari para cezası ile cezalandırılacaktır (6356 m. 78/I-i).

Hiçbir surette üretim veya satışa yönelik olmamak kaydıyla niteliği bakımından sürekli olmasında teknik zorunluluk bulunan işlerde faaliyetin devamlılığını veya işyeri güvenliğini, makine ve demirbaş eşyalarının, gereçlerinin, hammadde, yarı mamul ve mamul maddelerin bozulmamasını ya da hayvan ve bitkilerin korunmasını sağlayacak sayıda işçi, kanuni grev ve lokavt sırasında çalışmak, işveren de bunları çalıştırmak zorundadır (6356 m. 65/I). Bu şekilde grev veya lokavtta çalıştırılmak zorunda olan işçilerden, ölen, kendi isteği ile ayrılan veya iş sözleşmesi işveren tarafından haklı nedenle feshedilenlerin yerine yeni işçi alınabilir (6356 m. 68/I). Ancak işverenin herhangi bir nedenle çalışmayanların yerine yeni işçi alması görevli makamın yazılı izni ile gerçekleşebilir (6356 m. 65/V). Belirtilen izni almadan yeni işçi alan işveren, izinsiz aldığı her bir işçiyle ilgili olarak yediyüz elli dört Türk Lirası idari para cezası ile cezalandırılacaktır (6356 m. 78/I-i).

5. Grev ve lokavt gözcülerine ilişkin yükümlülükler

Gözcülerin görevleri belirli amaçlara yöneliktir; kendi üyelerinin grev kararına uyup uymadıklarını tespit ederler ve en çok dört grev gözcüsü bulunabilir (6356 m. 73/I).

Gözcüler giriş çıkışları ve işyerindeki çalışmalarını da engelleyemezler; görevleri sırasında güç kullanmaksızın ve tehditte bulunmaksızın hareket ederler; işyerine giriş

ve çıkışlara engel olamaz, giren ve çıkanları kontrol amacıyla dahi durduramaz (6356 m. 73/II).

İşçi sendikasının üyesi olmayan grev gözcüleri ile yukarıdaki madde hükümlerine aykırı davranan grev gözcüleri bin altı yüz on yedi Türk Lirası idari para cezası ile cezalandırılır (6356 m. 78/I-j).

2822 sayılı Kanun'da aykırılık halinde cezai hüküm öngörülen, grev ve lokavt gözcülerine ilişkin 48. ve 49. maddelerdeki, grevin yapıldığı işyerleri ve çevresine "Bu işyerinde grev vardır" ibaresinin dışında, afiş, pankart vs. gibi ilanlar asma veya yazılar yazma ile işyeri çevresinde kulübe, baraka veya çadır gibi barınma vasıtaları kurma yasağı kaldırılmıştır⁵¹. Böylece, başka mevzuat hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla, işçiler işyeri çevresine greve ilişkin istedikleri yazıları asabilecekleri gibi barınma araçları da kurabileceklerdir⁵². Kuşkusuz bunların greve katılmayan işçilerin işyerine giriş çıkışını engelleyici nitelikte de olmaması gerekmektedir (6356 m. 64/II).

IV. İDARİ PARA CEZASINI VERECEK MAKAM VE İDARİ PARA CEZASINA İTİRAZ

6356 sayılı Kanun'da öngörülen idari para cezaları gerekçesi belirtilmek suretiyle Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürü'nce verilecektir (6356 m. 78/III).

İdari işlem niteliğinde olan idari para cezalarının da, anayasal esas gereği idarenin her türlü eylem ve işlemleri gibi yargı denetimine tabi tutulması gerekmektedir. Kanunda idari para cezasına itirazın hangi merciye ve ne kadar sürede yapılacağına ilişkin olarak herhangi bir hüküm konulmamıştır. Bu durumda Kabahatler Kanun'unun 3. maddesinin a fıkrasında, bu Kanunun "idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde... uygulanır" hükmü getirildiğinden, konunun Kabahatler Kanunu 27. maddesine göre çözümlenmesi gerekmektedir.

Söz konusu maddeye göre, 6356 sayılı Ka-

nun hükümlerine aykırılık halinde uygulanacak "idari para cezasına ilişkin idari yaptırım kararına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde, sulh ceza mahkemesine başvurulabilir. Bu süre içinde başvurunun yapılmamış olması halinde idarî yaptırım kararı kesinleşir".

V. SONUÇ

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu kapsamında cezai hükümler hazırlanırken Uluslararası Çalışma Örgütü denetim organlarının ortaya koyduğu esas ve görüşler dikkate alınarak hapis cezaları kaldırılmıştır. Ayrıca, daha önce suç olarak düzenlenen bazı eylemlerin 6356 sayılı Kanun'da suç olmaktan çıkarılması da isabetli olmuştur (6356 m.78/1).

Bunun gibi, siyasi grev, genel greve katılmak suç olmaktan çıkarılmış, Kanunda açıkça düzenlenmemiştir. Ancak Kanunda, kanun dışı greve katılanların ve devam edenlerin idari para cezası ile cezalandırılacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla bu gibi eylemlere katılanlar hakkında yine bir ceza uygulanacaktır. Ancak bu eylemlerin söz konusu olması durumunda konunun işçi işveren ilişkisi bağlamında ele alınması ve iş sözleşmesinin fesih sebebi olarak kabul edilip çözüme kavuşturulması daha uygun bir yaklaşım olacaktır.

Öte yandan 2822 sayılı Kanun'da, kanuna aykırı bir grev ya da lokavt kararı alınması bile bir suç olarak düzenlenmişken, 6356 sayılı Kanun'da bu kararların uygulanması halinde ceza uygulanmaktadır. Söz konusu düzenlemenin de isabetli olduğu söylenebilir.

DİPNOTLAR

- 1 Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurul Tutanağı, 24. Dönem 3. Yasama Yılı, 3. Birleşim, 03.10.2012, http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak_g_sd.birlesim_baslangic?P4=21224&P5=H&PAGE1=9&PAGE2=66, s. 59.
- 2 28460 sayılı ve 07.11.2012 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.
- 3 SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, İstanbul 2012, s. 115; SÜZEK, Sarper: "İş Hukuku Yaptırımları", İHD, Nisan-Haziran 1993, s. 165 vd.
- 4 CANİKLİOĞLU, Nurşen/CANBOLAT, Talat: "4857 Sayı-

- lı İş Kanununda Para Cezasına Bağlanan Yükümlülükler ve Bu Para Cezalarının Özellikleri”, Kamu-İş, C: 7, S: 3/2004, s. 221; SÜZEK, s. 121; SÜZEK, Yaptırımlar, s. 172. Buna karşılık, iş ilişkilerinde ceza yaptırımlarına başvurulmasının etkili bir yol olmadığı, bu sebeple sosyal ceza hukukunun gereksiz olduğu veya alanının daraltılması gerektiği konusundaki görüşler için bkz. YARSUVAT, Duygun: Çalışma Ceza Hukuku, İstanbul 1978, s. 13-14.
- 5 AYDEMİR, Murteza: İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İdari Para Cezaları, Ankara 2002, s. 29; BIYIKLI, Hasan: “Sosyal Ceza Hukuku ve Çalışma Düzeni Aleyhine Suçlar”, İşletmelerde İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku İnsan Gücü Yönetimi, C: VI, 1985, s. 248-249; CENTEL, Nur: Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2001, s. 548 vd.; DONAY, Süheyl: Para Cezaları, İstanbul 1972, s. 68; DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt II, Onuncu Bası, İstanbul 1994, s. 681 vd.; EREM, Faruk/DANIŞMAN, Ahmet/ARTUK, M. Emin: Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 14. Bası, Ankara 1997, s. 738 vd.
- 6 CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 224; DÖNMEZER/ERMAN, s. 560 vd.; EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s. 682 vd.
- 7 ARTUK M. Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner: Uygulamalı Ceza Hukuku, Ankara 2013, s. 170 vd.; CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 224; CENTEL, s. 23 vd.; MAHMUTOĞLU, F. Selami: Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda (İdari Ceza Hukukunda) Yaptırım Rejimi, İstanbul 1995, s. 103 vd.; ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM M. Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri, 6. Baskı, Ankara 2012, s. 45 vd.
- 8 Cezanın işlevleri hakkında bkz. BIYIKLI, s. 247; CENTEL, s. 443 vd.; DÖNMEZER/ERMAN, s. 560 vd.; EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s. 682 vd.
- 9 BIYIKLI, s. 249, 253.
- 10 Bu ayırımlar hakkında bkz. CENTEL, s. 552; DÖNMEZER/ERMAN, s. 681-684.
- 11 AYDEMİR, s. 30; DÖNMEZER/ERMAN, s. 684; EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s. 741-742; KESKİN, s. 20.
- 12 Nispi para cezalarının en önemli özelliği misli artırıma tabi olmamasıdır (Yargıtay İ.B.K., 25.06.1984, 1/5, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (12.02.2013)).
- 13 Madde metni incelendiğinde, nispi nitelikteki vergi/resim ve para cezaları ile tazminat kabilinden para cezaları hariç, 31.12.2002 tarihine kadar yürürlüğe giren kanunlarda (Tüzükler de dahil) yer alan idari ve disiplin para cezaları da dahil madde hükümlerinde belirtilen artırım miktarlarının uygulanacağı, bu tarihten sonra yürürlüğe giren kanunlardaki cezalar için benzer şekilde misli artırım söz konusu olmayacağı görülmektedir.
- 14 10.11.2012 tarih ve 28463 sayılı Resmi Gazete, 419 sayılı V.U.K. Genel Tebliği.
- 15 AYDEMİR, s. 30; KESKİN, Kadri: Para Cezaları, Ön Ödeme Ceza Tabloları, Erteleme, Paraya Çevirme, Harçlar, Ankara 1996, s. 18.
- 16 İdari para cezalarının idare tarafından verilmesi ve sadece düzene uyulmasını temin amacı bulunması nedeniyle, bu cezaların klasik ceza hukuku anlamındaki cezalara uymadığı, bu nedenle bunların ceza olarak nitelendirilmemesi gerektiği ileri sürülmektedir (ARASLI, Utkan: Sosyal Güvenlik ve Sosyal Sigortalar, C.2, Açıklama-Yorum-Yüksek Mahkeme Kararları, Ankara 2002, s. 367; MAHMUTOĞLU, s. 99-101).
- 17 Kabahatler Kanunu'nun Gerekçesi, TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 3, Sıra Sayısı: 840, s. 1 vd.
- 18 DURAN, Lütfi: İdare Hukuku, İstanbul 1982, s. 37; GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/AKILLIOĞLU, Tekin: Yönetim Hukuku, 5. Bası, Ankara 1992, s. 264; GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, 8. Bası, Ankara 2003, 111 vd.
- 19 Anayasa Mahkemesi, 08.10.2002 T., 225 E., 88 K., 26.02.2003 tarih ve 25032 sayılı Resmi Gazete; Anayasa Mahkemesi, 22.07.2006, 108/35, 01.03.2006 tarih ve 26236 sayılı Resmi Gazete.
- 20 Uyuşmazlık Mahkemesi, 12.07.1988, 11/19, 26.10.1988 tarih ve 19971 sayılı Resmi Gazete.
- 21 SÜZEK, s. 115.
- 22 ARTUK M. Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner: Uygulamalı Ceza Hukuku, Ankara 2013, s. 170 vd.; CENTEL, s. 23 vd.; MAHMUTOĞLU, s. 103 vd.; ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM M. Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri, 6. Baskı, Ankara 2012, s. 45 vd.
- 23 SÜZEK, s. 119; SÜZEK Yaptırımlar, s. 180. Öğretide Kutal da, bu konuda, bir kısım iş müfettişinin suç saydığı bir eylemi diğer iş müfettişlerinin suç saymamasının uygulamada sorun yaratabileceğini, ancak bunun da, gerek Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı hizmet içi eğitim yoluyla, gerek mahkemelerin kararlarıyla çözümlenebileceğini belirtmektedir, KUTAL, Metin: İş Yasasında Yapılan Değişiklikler, İktisat ve Maliye Dergisi, C.XXXVI, S.6, Haziran 1989, s. 255.
- 24 DURAN, s. 36-37; GÖZÜBÜYÜK/AKILLIOĞLU, s. 264; MAHMUTOĞLU, s. 115-116; SÜZEK, s. 119; YURTCAN, s. 729.
- 25 SUR, Melda: “6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda Grev Hakkı”, Sicil, S: 28, Aralık 2012, s. 166.
- 26 Sendikalar Kanunu'nun 59. maddesinin 1-4. ve 8. fıkralarında yer alan ceza yaptırımları da 23.01.2008 tarihli ve 5728 sayılı Kanun'la idari para cezalarına dönüştürülmüştür. Ancak bu idari para cezalarına karar vermeye Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Bölge Müdürü değil, Cumhuriyet Savcısı yetkilendirilmiştir (m. 59/IX).
- 27 Tüzüğü ve ilk genel kurul toplantısına kadar sendikayı yönetecek kişilerin ad ve soyadlarını, meslek ve sanatlarını ve ikametgahlarını Ankara, İstanbul ve İzmir'de yayımlanan ve ülke çapında dağıtılan günlük birer gazetede onbeş gün içinde ilan ederler (2821 m. 8).
- 28 Kuruluşlar, kurucularının kuruluşun merkezini bul-

- nacağı ilin valiliğine dilekçelerine ekli olarak kuruluş tüzüğünü vermeleriyle tüzel kişilik kazanır (6356 m. 7/D). 2821 sayılı Kanun'da tüzüğe ek olarak, kurucuların nüfus cüzdanlarının suretlerini, ikametgah belgelerini, meslek ve sanat özgeçmişlerini, sendikanın kurulacağı işkolunda fiilen çalışır olduklarını kanıtlayan belgeler ile sabıka kayıtlarını, ilk genel kurula kadar kuruluşu sevk ve idare edecekler ile bunların eşleri ve velayetleri altında çocuklarına ait noterden tasdikli mal bildirimlerini vermek zorunluluğu getirilmiştir.
- 29 18.2.2009 tarih, 5838 sayılı Kanun m. 5.
- 30 DERELİ, Toker: "6356 Sayılı Yeni Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu: Genel Bir Değerlendirme", Çalışma ve Toplum, 2013/1, s. 51.
- 31 İncelememize konu idari para cezalarının miktarları, yeniden değerlendirme oranı (% 7,8) uygulanarak güncellenen 2013 yılı ceza miktarlarıdır.
- 32 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nda onaltı yaşını doldurmamış olanların kanuni temsilcilerinin yazılı izni alınmadan sendikaya üye yapılması fiili idari para cezasını gerektirmekteydi (2821 m. 20).
- 33 "Aynı zamanda aynı işkolunda birden fazla sendikaya üye olunamaz" hükmü 5982 sayılı Kanun ile Anayasa'nın 51/IV. maddesinden kaldırılmıştır. Zira 2821 sayılı Kanun'da yer alan bu hüküm (m. 22/1) UÇÖ Sendika Özgürlüğü Komitesince sendika özgürlüğüne aykırı düşmesi gerekçesiyle eleştirilmekteydi (NARMALIOĞLU, Ünal: "19.03.2012 Tarihli Toplu İş İlişkileri Kanunu Tasarısı'nın Getirdikleri", Sicil, S: 27, Eylül 2012, s. 142; TUNCAY, Can: "Sendikalara İlişkin Son Kanun Taslağının Getirdikleri", Sicil, S: 21, Mart 2011, s. 158).
- 34 Ancak 6356 sayılı Kanun e-Devlet uygulamasına geçilene kadar bir geçiş hükmü öngörmüştür. Söz konusu hükme göre, 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 Kanun'un ilgili hükümlerine göre yapılacaktır (6356 Geçici m. 4).
- 35 Her ne kadar Yargıtay kararlarında da, üyeliğin düşmesine neden olmayacak işsizlik süresi azami 1 yıl olarak tespit edilmişse de konunun kanunda yer alması isabetli olmuştur
- 36 Sendikalarda saflık ilkesi gereği, sendikaların özgün işlevlerini yerine getirebilmesi için işçi ve işveren kuruluşlarının karşılıklı bağımsızlığı gözetilmektedir (SUR, Melda: İş Hukuku Toplu İlişkiler, 4. Bası, Ankara 2011, s. 183).
- 37 SUR, s. 181.
- 38 TUNCAY, s. 161.
- 39 Belirtelim ki bu konudaki durum 2010 yılında 5982 sayılı Kanun'la Anayasa'nın 54. maddesinin yapılan değişiklikle uyumludur. Zira söz konusu Kanunla Anayasa'nın 54. maddesinde yer alan yukarıda belirtilen hükümler yürürlükten kaldırılmıştır.
- 40 KUTAL, Metin: "Toplu İş Hukuku Açısından T.C. Anayasası'nda Yapılan Son Değişiklikler (2010)", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, II, İstanbul 2011, s. 1594; SUR, Grev Hakkı, s.165.
- 41 KUTAL, s. 1594; SUR, Grev Hakkı, s. 165. Bununla birlikte, Sur'a göre, 2010 Anayasa değişikliğinden sonra kanun koyucunun siyasi grevlere kısmen cevaz vermesine bir engel bulunmamaktadır (SUR, Grev Hakkı, s. 165).
- 42 6356 sayılı Kanun'un gerekçesinde bu hususlara özel vurgu yapılmaktadır: "...Kanuni grev için aranan şartlar gerçekleşmeden yapılan grev kanun dışı grev sayılacağından grevin unsurlarının bulunmadığı durumlar ayrıca sayılmamıştır. Genel grev, siyasi amaçlı grev ve dayanışma grevi ile işyeri işgali, işi yavaşlatma, verimi düşürme ve diğer direnişlerin Kanunda belirtilmemiş olması bunları kanuna uygun hale getirmez. Belirtilen eylem ve direnişleri yapma hakkını veren veya hukuka uygun hale getiren hukuki bir dayanak da yoktur. Aksine Anayasada, toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde işçilerin grev hakkına sahip olacakları belirtilmiş, bu hakkın kullanılmasının usul ve şartlarının kanun ile düzenleneceği hükme bağlanmıştır. Kanuni bir grev için resmi arabuluculuk aşamasının tamamlanması ve grev kararı süresi içerisinde alınmış ve uygulanmaya konmuş olması gerekeceğinden genel grev, siyasi amaçlı grev ve dayanışma grevini yasal iş mücadelesi aracı olarak görmek mümkün değildir. İşyeri işgali, işi yavaşlatma, verimi düşürme ve diğer direnişler aynı zamanda işçilerin bağlılık borcu ile iş görme borcuna aykırılık oluşturmaktadır".
- 43 SUR, Grev Hakkı, s. 166.
- 44 Yeni Kanunda, 2822 sayılı Kanun'da yer alan grev kararının altı işgünü içinde "karşı tarafa tebliğ edilmek üzere notere tevdi"nden ve görevli makama tevdiinden de söz edilmemektedir.
- 45 SUR, s. 414; SUR Grev Hakkı, s. 168.
- 46 SUR, s. 413. İlan şartına uyulmamasının sadece sonraki aşamaları etkileyerek, grev oylamasını geciktirmek gibi, grevi kanun dışı yapmayacağı belirtilmiştir (SUR, s. 413 ve dipnot 75'te belirtilen yazarlar); farklı yönde bkz. NARMANLIOĞLU, Ünal: Grev, Ankara 1990, s. 199-200.
- 47 2822 sayılı Kanun döneminde de grev kararının ilan edilmemesi cezai yaptırıma bağlanmıştı (2822 m. 80).
- 48 Yargıtay 9. HD., 26.12.1994, 18347/18558, İşveren Mart 1995, s. 15.
- 49 http://www.tisk.org.tr/upload_duyuru_ek/2013/19022013151708-nursencaniklioglu.pptx, (01.03.2013).
- 50 2822 sayılı Kanun'da grev nedeniyle iş sözleşmeleri askıda kalan işçilerin "başka bir iş tutmaları" yasaklanırken (2822 m. 43/III) 6356 sayılı Kanun'da başka bir işverenin yanında çalışmalarını yasaklanmıştır (m. 68/III). Böylece grev süresince gelirinden yoksun kalacak işçinin en azından kendi hesabına çalışabilmesi sosyal yönden isabetlidir (SUR, Grev Hakkı, s. 169).

- 51 2822 sayılı Kanun döneminde bu yasağa aykırı davranışlar cezai yaptırıma bağlanmıştı (2822 m. 79).
- 52 http://www.tisk.org.tr/upload_duyuru_ek/2013/19022013151708-nursencaniklioglu.pptx, (03.03.2013).

KAYNAKLAR

- ARASLI, Utkan: Sosyal Güvenlik ve Sosyal Sigortalar, C.2, Açıklama-Yorum-Yüksek Mahkeme Kararları, Ankara 2002.
- ARTUK M. Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner: Uygulamalı Ceza Hukuku, Ankara 2013.
- AYDEMİR, Murteza: İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İdari Para Cezaları, Ankara 2002.
- BIYIKLI, Hasan: "Sosyal Ceza Hukuku ve Çalışma Düzeni Aleyhine Suçlar", İşletmelerde İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku İnsan Gücü Yönetimi, C: VI, 1985.
- CANIKLIOĞLU, Nurşen/CANBOLAT, Talat: "4857 Sayılı İş Kanununda Para Cezasına Bağlanan Yükümlülükler ve Bu Para Cezalarının Özellikleri", Kamu-İş, C: 7, S: 3/2004, s. 221-301.
- CENTEL, Nur: Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2001.
- DERELİ, Toker: "6356 Sayılı Yeni Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu: Genel Bir Değerlendirme", Çalışma ve Toplum, 2013/1, s. 41-64.
- DONAY, Süheyl: Para Cezaları, İstanbul 1972.
- DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt II, Onuncu Bası, İstanbul 1994.
- DURAN, Lütfi: İdare Hukuku, İstanbul 1982.
- EREM, Faruk/DANIŞMAN, Ahmet/ARTUK, M. Emin: Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 14. Bası, Ankara 1997.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/AKILLIOĞLU, Tekin: Yönetim Hukuku, 5. Bası, Ankara 1992.
- GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, 8. Bası, Ankara 2003.
- KESKİN, Kadri: Para Cezaları, Ön Ödeme Ceza Tabloları, Erteleme, Paraya Çevirme, Harçlar, Ankara 1996.
- KUTAL, Metin: İş Yasasında Yapılan Değişiklikler, İktisat ve Maliye Dergisi, C.XXXVI, S.6, Haziran 1989.
- KUTAL, Metin: "Toplu İş Hukuku Açısından T.C. Anayasası'nda Yapılan Son Değişiklikler (2010)", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, II, İstanbul 2011, s. 1583-1595.
- MAHMUTOĞLU, F. Selami: Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda (İdari Ceza Hukukunda) Yaptırım Rejimi, İstanbul 1995.
- NARMANLIOĞLU, Ünal: "19.03.2012 Tarihli Toplu İş İlişkileri Kanunu Tasarı'nın Getirdikleri", Sicil, S: 27, Eylül 2012, s. 139-155.
- NARMANLIOĞLU, Ünal: Grev, Ankara 1990.
- ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM M. Ruhan: Uygulamalı Ceza

Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri, 6. Baskı, Ankara 2012

- SUR, Melda: "6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda Grev Hakkı", Sicil, S: 28, Aralık 2012, s. 163-171. (Grev Hakkı)
- SUR, Melda: İş Hukuku Toplu İlişkiler, 4. Bası, Ankara 2011.
- SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, İstanbul 2012.
- SÜZEK, Sarper: "İş Hukuku Yaptırımları", İHD, Nisan-Haziran 1993, s. 165-183.
- TUNCAY, Can: "Sendikalara İlişkin Son Kanun Taslağının Getirdikleri", Sicil, S: 21, Mart 2011, s.153-164.
- YARSUVAT, Duygun: Çalışma Ceza Hukuku, İstanbul 1978.
- http://www.tisk.org.tr/upload_duyuru_ek/2013/19022013151708-nursencaniklioglu.pptx

İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu Çerçevesinde Mobbing

Giriş

Çalışan bir insanın, uyku vs. gibi temel ihtiyaçları için ayıracağı zamanları bir tarafa bırakırsak, gününün neredeyse yarısını işyerinde geçirdiğini söyleyebiliriz. Bu itibarla, çalışma hayatına ilişkin düzenlemelerin salt iş yasalarıyla yapılması mümkün olamamaktadır. Toplumsal yaşamı düzenleyen tüm kurallar, çalışma yaşamıyla da iç içe geçmek durumundadır. Türk Ceza Kanunumuz da bu anlamda çalışma hayatını ilgilendiren hükümler içermektedir. Gerçekten de, Türk Ceza Kanunu'nun 117. maddesi, "İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali" başlığıyla, bir "suç" tanımı yapmıştır. İş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçu, birden çok şekilde işlenebileceği gibi, suçun mağduru işçi de, işveren de pekâlâ olabilecektir. Böylesine geniş bir uygulama alanı olabilecek bu madde, tarafımca görece güncel bir konu olan, mobbing/yıldırı bağlamında değerlendirilecektir. Gerçekten de, mobbing bir suç mudur, failleri kimler olabilir?

Değerlendirme

Son yıllarda iş hayatının popüler kavramlarından olan psikolojik taciz veya yıldırma anlamına gelen mobbing, yargılamalara konu olması ile birlikte hem işveren hem de işçiler açısından oldukça önemli bir kavram haline almıştır. Nitekim artık mobbing, hem iş/hukuk mahkemelerinde tazminat davalarına hem de ceza mahkemelerinde ceza davalarına konu olabilmektedir. Henüz yasal bir düzenleme yapılmış olmamasına karşın bazı içtihatlar oluşturulmaya başlanmış, unsurları itibariyle netlik olmayan bu kavramın köşeleri belirginleşmeye başlamıştır. Bu durum mobbinge maruz kalanlar ve/veya mobbing uygulanan işyerleri için bazı hukuki donanımlara sahip olmayı gerektirmektedir.

Mobbing nedeniyle açılan tazminat davalarındaki artış ve gelişen hukuk, mobbingin, ceza hukuku anlamında bir karşılığının bulunup bulunmaması noktasında kendini göstermiş ve mobbinge maruz kalan kişilerin bu

konuda Cumhuriyet Başsavcılıklarına yaptığı başvurular ve başlayan ceza yargılamaları ile mobbingin aynı zamanda mahkûmiyet ile sonuçlanabilecek sonuçları olan bir kavram halini almıştır.

Mobbing bilindiği üzere, işyerinde bir işçiye yöneltilen, işveren veya diğer işçiler tarafından, tekrarlanan kötü muamele, tehdit, şiddet, aşağılama gibi düşmanca davranışlarla ortaya çıkan psikolojik bir terör biçimidir.

Mobbing; kötü muamele, güçlük çıkarma, değersizleştirme, düşmanca tutum ve davranış, bencillik, işçi için çalışma ortamını katlanılmaz bir duruma getirme, yıldırma ve kendi inisiyatifi ile işten ayrılmasını sağlama gibi nedenlere dayanır.

Kavramsal olarak ise;

- Amir konumundaki kişinin mağduru nedensiz yere işini yapmamakla suçlaması,
- Mağdurun yetersiz olarak değerlendirilip aşağılanması,
- En basit olaylarda dahi yazılı savunma istenerek taciz edilmesi,
- İşverenin kişisel nedenlerle birlikte çalışmak istemediği işçiyi psikolojik olarak yıpratıp onu işten ayrılmaya zorlaması gibi davranış biçimlerinde kendini gösterdiğini söylemek mümkündür¹.

Mobbingin, işverenler tarafından, çalışanlar üzerinde sistematik ve sürekli baskı yaratarak onları işten ayrılmaya zorlamak ve böylece tazminat ödemekten kurtulmak amacıyla uygulandığı durumlarda, işçi istifa ederek işyerinden ayrılrsa dahi işverenin, çalışanın işçilik haklarından doğan tazminatları ödeme riski ortaya çıkmakta, ayrıca bağımsız bir dava olarak işveren bir manevi tazminat davası ile muhatap olabilmektedir. Yargıtay 2008 tarihli bir kararında² aşağıda kısaca belirttiğimiz tespitler çerçevesinde davacı işçiye mobbing uygulandığının kabulü ile 10.000.- TL manevi tazminat ödenmesine ilişkin kararı onaylamıştır. İlgili kararda şu tespitler yer almaktadır:

“Davacı, kendisi ile ilgili problem çıkmasını önlemek adına bir alt görevde çalışmayı kabul ederek görevini yerine getirirken, tanık beyanlarından da anlaşılacağı üzere işyerinde

Mobbing işyerinde bir işçiye yöneltilen, işveren veya diğer işçiler tarafından tekrarlanan kötü muamele, tehdit, şiddet, aşağılama gibi düşmanca davranışlarla ortaya çıkan psikolojik bir terör biçimidir.

amirlerinin uzaktan, yüksek sesle bağırarak, iş yapmasını söylemelerine, telefonla konuşurken, konuşmasına aldırılmadan emir ve görev vermelerine, yüksek sesle bağırılarak “sen bu işi beceremiyorsun” gibi sözlü saldırılara, hakaretlere maruz kalmıştır. Kişilik hakları çiğnenmiş, çalışma arkadaşları arasında küçük düşürülmüştür. Bu davranışlar mahkememizce işçiyi yıldırmaya, psikolojik baskı uygulayıp genellikle de işten ayrılmasını sağlamaya yönelik davranışlar olarak değerlendirilmiştir. Yine tanık beyanı ile doğrulanan, davacının mesai sonrasında ağlama krizine girmesi, psikolojik tedavi görmesi, rapor alması da bu kanaati kuvvetlendirmektedir. (Mobbing) kavramı, işyerinde bireylere üstleri, eşit düzeyde çalışanlar ya da astları tarafından sistematik biçimde uygulanan her tür kötü muamele, tehdit, şiddet, aşağılama vb., davranışları içermektedir. Toplanan delillerden davacıya üstleri tarafından kötü muamele yapıp aşağılanarak psikolojik taciz uyguladığı, verilen haksız disiplin cezaları sonucu TİS’de yapılan düzenlemeye göre de iş akdinin feshi sonucuna kadar varıldığı dolayısıyla geçimini emeğiyle çalışarak kazanan davacı işçinin maddi ve manevi kayba uğratıldığı kanaatine varılmıştır. Davacının üzüntüsünü bir ölçüde hafifletebilmek amacı ile davacı lehine 1000,00 YTL manevi tazminata hükmedilerek karar verilmiştir.”

Bu konuda oluşturulan yeni içtihatlar göre³ ise mobbing; “bir işyerinde çalışanlara yönelik; işveren veya diğer çalışanlar tarafından hukuk düzeninin öngörmediği ve her halde bir bütün olarak değerlendirildiğinde mağdurun genel kişilik hakkını, onurunu veya sağlığını ihlal eden bir amaca ulaşmak

için sürekli ve sistematik olarak gerçekleştirilen birbiriyle bağlantılı veya birbirini tamamlayan yıldırma, güçlük çıkarma ve ayırmıcılığa hizmet eden davranış biçimleridir.”

Burada dikkat edilmesi gereken en önemli unsurlardan bir tanesi sistematik olma unsurudur. Birden çok kez idari cezalar almak, birden çok kez gerekçesiz tutanak düzenlemek ve uyarmak, sürekli taciz veya tanıda belirtilen nitelikteki davranışların devamlılığı mobbingin var olduğuna delil olabilecektir.

“Lüleburgaz’da faaliyet gösteren bir döküm fabrikasında çalışan metalurji mühendisi B.Ç., 2010-2011 yılları arasında işveren vekilleri tarafından mobbing/psikolojik şiddet uygulandığını iddia ederek, Lüleburgaz Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunmuş. Cumhuriyet savcılığı psikolojik şiddetin ceza yasalarında öngörülen suçlardan olmadığından bahisle kovuşturmaya yer olmadığına dair bir karar vermiş. Savcılığın bu kararını itiraz eden Edirne Ağır Ceza Mahkemesi, işçinin itirazını kabul ederek, psikolojik şiddetin Türk Ceza Yasamızın 117. maddesinde tanımını bulan iş ve çalışma hürriyetini ihlal suçu kapsamında değerlendirilmesini ve dava açılması gerektiğini belirtmiştir⁴.”

Mobbinge maruz kaldığını iddia eden kişi ve sivil toplum kuruluşları ile bu tip soruşturma veya kovuşturmaların artacağı kanaatindeyiz. Ancak, daha önce ceza hukukunun prensiplerinde değerlendirilmemiş bu kavramın bir suç olarak tanımlanması ve bir mahkûmiyet kararı verilmesi kolay olmayacaktır. Nitekim mobbing kavramı oldukça geniş davranışlar bütününe içine almakla birlikte, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçuna ilişkin tanım da bir o kadar geniş tanımlanmıştır.

Her bir olayın kendi özelinde değerlendirilmesi bir zorunluluk olmakla birlikte, mobbing iddiasına konu hareketlerin, ceza kanunu anlamında suç niteliğinde bir hareket olup olmadığının tespiti için, suç tanımı yapılan madde ve ilgili kavramların tek tek ele alınması gereklidir.

Ceza hukukunun temel prensipleri itibarıyla işyerinde, işveren ile işçi arasındaki bir

davranışın ceza hukuku anlamında suç sayılabilmesi için kişinin doğrudan kişilik haklarına yönelik bir saldırının olması, ve bu saldırının işçinin haklarını doğrudan ve şiddetli bir biçimde etkilemesi gerekmektedir. Özellikle ceza hukukunun kamu düzenine ilişkin ilkeleri gereği söz konusu davranışın aynı zamanda kamu düzenini bozucu nitelikte olması gereklidir. Burada mobbing niteliğindeki davranışların ceza kanunu anlamında şiddete/saldırıya, tacize veya hakarete yakın nitelikte olması gereklidir.

Bilindiği üzere 5237 sayılı Türk Ceza Kanunumuzun 117. maddesinde “iş ve çalışma hürriyetinin ihlali” suç olarak kabul edilmiş ve bu suçu işleyenlere 6 aydan 2 yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür.

Türk Ceza Kanunumuz, 106 ve 124. maddeleri arasında “hürriyete karşı suçlar” başlıklı bir bölüm ile kişinin temel haklarına yönelik, suç olarak tanımlanan haksız eylemleri sıralamış ve müeyyidelendirmiştir. Bu bölümde; tehdit (106.md), şantaj (107.md.) hürriyeti tahdit (109.md), inanç hürriyetini engelleme (115.md.), konut dokunulmazlığını ihlal (116. md.) gibi suçlarla birlikte çalışmamız konusu olan 117. maddedeki “iş ve çalışma hürriyetinin ihlali” suçu düzenlenmiştir.

Ceza hukukumuz içerisinde karşılığını bulan bu fiilin, anayasal temelleri olmakla birlikte sonuçları itibarıyla iş hukukunu, işçi ve işverenleri de doğrudan ilgilendirmektedir.

Önceki ceza yasamızda tanımlanmayan çalışma hürriyetinin engellenmesine yönelik eylem, ceza mevzuatımızda ilk kez ele alınmış ve suç olarak tanımlanmıştır. Söz konusu düzenlemenin temel amacı ise madde gerekçesinde belirtildiği gibi, Anayasamızın 48. maddesi ile düzenlenen; çalışma, sözleşme yapma veya özel teşebbüs kurma hürriyetine sahip bireylerin, bu haklarının güvence altına alınmasıdır.

Çalışma hakkı kavramı, Anayasamızın 48 ve devamı maddelerinde “herkes dilediği alanda çalışma ve özel teşebbüs kurma hürriyetine sahiptir” temel ilkesi ile açıkça tanımlanmıştır. Avrupa Sosyal Şartı, çalışma hürriyetine ilişkin doğrudan bir tanım yapmamış ancak

“özgürce iş edinimi, adil çalışma koşulları, güvenli ve sağlıklı yaşama, örgütlenme özgürlüğü, çocuk ve gençlerin korunma hakkı, ayrımcılık yasağı, fesihte korunma hakkı” gibi temel hakları geniş bir yelpaze içerisinde çalışma hürriyetinin esasları olarak belirtmiştir.

TCK 117. madde metninde belirtildiği gibi, söz konusu suçun oluşması için, bu ihlâlin cebir veya tehdit kullanarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla gerçekleştirilmesi gerekir. İlgili maddenin 2 ve 3. maddelerinde “çaresizliği nedeniyle sömürülmeye elverişli kimselerden” bahsedilmiş, bu kişilere karşı insan onuruna yakışmayacak ücret veya çalışma koşullarının dayatılmasını suç olarak tanımlamıştır. Belirtilen suçların soruşturma ve kovuşturması ise şikâyete bağlıdır.

Bu noktada, kavramsal olarak devam edersek; yukarıda izah etmeye çalıştığımız “mobbing” niteliğindeki davranışın; “çalışma hürriyetini”, “ihlal” eden “hukuka aykırı” nitelikte bir fiil olması yeterlidir.

Çalışma hürriyeti; işçinin, işini, işyerini, işvereni seçme özgürlüğünü, dilediği ile iş sözleşmesi yapmasını, yine dilediği zaman iş sözleşmesini sona erdirmeyi ifade eder⁵. Ayrıca aynı başlıklı, 765 sayılı Ceza Kanunumuzun 201. maddesinde yer aldığı şekliyle “sanat ve ticaret serbestisi”nin de “çalışma hürriyetinin” kapsamı içerisinde olduğu unutulmamalıdır.

“Cebir” ve “tehdit” kullanarak çalışma hürriyetinin ihlal edilmesi ifadesindeki cebir kavramı ile kişiye karşı fiziki bir güç kullanılması, davranışlarla zorlayıcı bir etki yaratılması sonucu kişinin, bu fiziki güç veya etki altında belli bir davranışta bulunmaya zorlanmasını, tehdit kavramı ile de bir saldırının, kötülüğün meydana getirileceği kişiye bildirilerek, kişinin bu korku altında belli bazı davranışları yapmaya zorlanması ifade edilmiştir. Cebir veya tehdidin, fail tarafından ihlal edilmesi gerekmemekte olup, onun adına hareket eden kişiler tarafından ihlal edilmesi de suçu meydana getirecektir.

İşverenin işçiyi gözetme borcunu düzenleyen, İş Kanunu’nun 77. ve Türk Borçlar Kanunu’nun 332. maddelerine göre; işveren-

ler işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğini sağlamak için her türlü tedbiri almakla yükümlüdürler. İşverenin veya işveren vekillerinin, işçiyi mobbing uygulaması veya başka bir işçinin mobbing uygulamasına göz yumması, işverenin işçiyi gözetme borcuna aykırılık teşkil edeceğinden yukarıdaki tanım çerçevesinde işveren ceza yargılamasına dahil edilebilecektir.

Madde metninde yer aldığı şekliyle “çalışma hürriyetinin ihlali” ifadesi önem arz etmektedir. “İhlal” kavramı, tahdit (sınırlama) veya men (durdurma) kavramlarından daha geniş davranış şekillerini ifade etmektedir. Nitekim ihlal kavramı ile ceza hukuku anlamında suç teşkil eden davranışlardan biri sergilenmek zorunda olmamakla birlikte; neticeyi meydana getirmeye elverişli ve ciddi olmaları yeterlidir. Hareketin hukuka aykırı olması, çalışma hürriyetini her ne suretle olursa olsun tehdit veya menetmesi neticesini meydana getirmiş olması gerekir. Ayrıca tahdit halinde işin tamamen durmuş olması da gerekmecektir. Korunan hukuki menfaat herhangi bir kişiye ait olabileceği için faaliyetin kısmen durması da tahdide yol açacaktır.

Kanun koyucu, madde başlığındaki “ihlal” kavramını özellikle tercih ettiğini, madde içeriğinde ortaya koymuş; “cebir, tehdit veya herhangi bir hukuka aykırı davranış” ile bu suçun işlenmiş sayılacağını belirterek çok geniş bir tanımı bu suçun meydana gelmesi için yeterli görmüştür. Yargıtay uygulamalarında henüz bu konuda yerleşik bir içtihat meydana getirilmemiş ancak kanun koyucu hâkime geniş bir takdir yetkisi tanımış, olayın özelliklerini dikkate alarak eylemin, çalışma hürriyetini ihlal niteliği taşıyıp taşımadığını tespit etmesini istemiştir.

Yukarıda izah etmeye çalıştığımız gibi, “hukuka aykırı fiil” kavramına ceza hukukumuzun temel prensibi olan genel suç teorisi çerçevesinde bakılmalıdır. Aksi halde, çalışma hayatında yaşanan her türlü davranışın, aldatici herhangi bir söz veya fiil, yalan haber veya iş sözleşmesinin ihlali dahi bu kapsam içinde değerlendirilebilecektir.

Hukuka aykırı davranış, hukuk düzeninin

belirlemiş olduğu, emir ve yasak biçiminde içeriğe sahip olan her türlü hukuka aykırı eylem olarak tanımlanmıştır⁶. Genel suç teorisi kapsamındaki tartışmalar çerçevesinde, ilgili suçun kasten işlenebilir bir suç olması nedeniyle, bu fiili işleyen kişi, işlediği fiilin hukukten kabul görmez bir davranış olduğunun bilincinde olmalıdır.

Kanun koyucunun, maddenin hüküm alanını bu kadar geniş yorumladığını düşünmemekle birlikte, madde metninde yer alan “hukuka aykırı herhangi bir davranış” ifadesinin esasen çok geniş bir davranış yelpazesini kapsadığını söylemek zorundayız. Söz konusu boşluk, kanun koyucu veya içtihatlarla giderilmelidir. Her ne kadar uygulamada “çalışma hürriyetini ihlal” 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 201. maddesinde vücut bulduğu şekliyle “sanat ve ticaret serbestisinin” ihlali şeklinde uygulamalar yaygın olarak devam etse de toplumun ve çalışma hayatının gelişimi ile içtihatların oluşturulacağını söylemeliyiz.

İşverenler, hem toplumsal bir bilinç ile hem de yukarıda belirttiğimiz hukuki bir donanımı elde etmek amacıyla çalışanlarını, özellikle işveren vekillerini mobbing konusunda uyarmalı, gerekirse bu konuda kurullar kurarak denetlemelidir. Mobbingin, işyerindeki çalışma barışını, takım çalışmasını ve genel performansı düşüreceği de unutulmamalıdır. İşveren, vekili veya başkaca bir çalışanı tarafından uygulanan mobbingi öğrendiğinde, gerekli savunmaları aldıktan sonra mobbing uygulayanın iş akdine, İş Kanunu’nun 25/II. maddesine dayalı olarak haklı nedenle son verebilecektir.

Yukarıda belirttiğimiz mobbing benzeri davranışların, 2011 yılında yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 417. maddesi çerçevesinde, mobbinge maruz kalan için bir tazminat hakkı doğuracağı, ilgili maddedeki tanımın bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği unutulmamalıdır.

Her ne kadar mobbing, çerçevesinin çizilmesi zor bir kavram olması nedeniyle hukuksal boyutu itibarıyla iş veya ceza mevzuatında düzenlenmemiş olsa da, belirttiğimiz örneklerle içtihat halini almakta, çerçevesi belli tes-

pit edilebilir, hukuki sonuçları olan bir kavram halini almıştır. Mobbing, gerçekleştirilen davranışların ancak bir ceza normunu ihlal edecek boyuta ulaşacak kadar yoğun olması durumunda ceza hukuku bakımından önem taşır ve belirli bir suç tanımına uygun olması, kasten gerçekleştirilmesi ve hukuka aykırı olması durumunda ceza yaptırımını ile karşılanır. İşverenin doğrudan kanundan kaynaklanan çalışanları gözetme yükümlülüğü söz konusu olduğu için çalışanların birbirlerine yönelik bu tür davranışlarına seyirci kalması dahi ceza sorumluluğuna yol açabilir. Mevzuatımızda mobbing konusunda açık bir düzenlemenin yapılmaması ise, mobbingin koşulları ve müeyyideleri konusunda objektif, anlaşılır bir yasal altyapının bulunmaması bu konunun her zaman tartışılacağını göstermektedir.

DİPNOTLAR

- 1 Ayrıca; konuşmama; konuşmasına izin vermeme; diğer çalışma arkadaşlarından uzak bir büroda çalıştırma; çalışma arkadaşlarına, ilgiliyle konuşmayı yasaklama; yokmuş gibi davranma, arkadan konuşma; asılsız söylenti; gülünç duruma düşürme; akıl hastası olduğunu isnad etme; psikiyatrik muayeneye zorlama; özüyle alay etme; gülünç duruma düşürmek için hareket, ses veya mimikleri taklit etme; özel yaşamıyla alay etme, uyruklığı ile alay etme, cinsel yakınlaşma veya cinsel teklifte bulunma, küfür veya başkaca onur kırıcı ifadelerle seslenme, iş vermeme, işi sürekli değiştirme, kaldırılabileceğinin üzerinde veya anlamsız iş yükleme, sağlık açısından zararlı işlerde çalışmaya zorlama, fiziksel şiddet, cinsel taciz.
- 2 Yargıtay 9. HD., E. 2007/9154, K. 2008/13307, T. 30.5.2008.
- 3 Yargıtay 9. HD., E. 2007/9154, K. 2008/13307; E. 2008/3122, K. 2008/4922; Yargıtay 4. HD., E. 2007/3114, K. 2008/314.
- 4 Milliyet Gazetesi, Av.Suat Yurdseven’in 25 Aralık 2012 tarihli “halkın gündemi” adlı köşesinden alınmıştır.
- 5 Öztürk, Mehmet Onat; “İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu” 2006, s.24.
- 6 Parlar Ali, “Türk Ceza Kanunu Yorumu”, Ankara-2007, s.944.

Prof. Dr. Alpay HEKİMLER

Namık Kemal Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Avrupa Birliği'nde Mesleki Anlamda Ödünç Çalışma İlişkisi ve Türkiye için Değerlendirmeler

Ülkemizde 4857 sayılı İş Kanunumuz ile yasal çerçevesi tayin edilmiş olan “geçici iş ilişkisi” yasanın hazırlık çalışmaları, kabulü ve ardından da üzerinde en çok tartışmaların yürütüldüğü ve halen de yürütülmeye devam edildiği konuların başında gelmektedir. Kanaatimizce geçici iş ilişkisi modeli önemli ölçüde atıl kalmış bir istihdam biçimi olarak karşımızda durmaktadır.

Bugün İş Kanunu'nun 7. maddesinde düzenleme bulmuş olan biçimiyle geçici iş ilişkisi aslında Avrupa Birliği üyesi ülkelerinin tümünde geniş bir uygulama alanı bulan ve istihdam yaratmaya da önemli katkılar sağlayabilecek bir model biçiminde inşa edilmiş olan ödünç çalışma ilişkisinin farklı bir versiyonu olarak şekillenmiştir. Daha açık bir ifadeyle, geçici iş ilişkisi olarak düzenlenmiş olan istihdam biçimi, ödünç iş ilişkisi modelinden türetilmiş, özünde farklılaşmamak ile birlikte, çok kısıtlı bir biçimde uygulanabilen bir alt modeli olarak algılanması gerekmektedir. Nitekim Avrupa Birliği üyesi ülkeler ile karşılaştırıldığında

söz konusu istihdam modelinin en katı biçimde Türkiye'de uygulandığı görülmekte ve de bilinmektedir.

Modelin halihazırda uygulanabilirliği son derece sınırlı tutulmakla birlikte, tanımlaması dahi farklı yapılmıştır. Ödünç çalışma yerine geçici iş ilişkisi kavramının kullanılması yeğlenmiştir. Oysa bilindiği üzere yasanın hazırlık çalışmaları aşamasında, açık ve son derece isabetli bir biçimde “ödünç iş ilişkisi” kavramı kullanılmış, ancak sonradan Parlamentoda yapılan müzakereler sırasında bir önerge ile doğru olan kavram yerine “geçici iş ilişkisi” kavramı getirilmiştir. Bu durum kanaatimizce isabetsiz bir karar olup konunun farklı bir biçimde algılanılmasına zemin hazırlamıştır. Bugün birçok işçi, geçici iş ilişkisinden tam olarak neyin anlaşılması gerektiğini bilememektedir. Ancak bu durum işverenler, özellikle de küçük ve orta ölçekli işletmeler için de farklı değildir.

Bilindiği üzere yürürlükteki hali ile iş kanunu, çok kısıtlı bir biçimde işçilerin ödünç

verilmesine olanak tanımaktadır. Nitekim kanununun 7. maddesinin 1. fıkrası hükmüne göre; “işveren, devir sırasında yazılı rızasını almak suretiyle bir işçiyi; holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde veya yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırılması koşuluyla başka bir işverene iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devrettiğinde geçici iş ilişkisinin gerçekleşmiş olduğu” kabul edilmektedir.

Bu yönde kurulacak olan bir iş ilişkisinde iş sözleşmesi devam etmekle birlikte, işçi iş görme edimini, geçici iş ilişkisi kurulan işverene karşı yerine getirmekle yükümlü olup bu işveren, işçiye talimat verme yetkisine sahip olmaktadır. Yine bu kapsamda kurulan üçlü iş ilişkisinin azami alt ay sürmesi ön görülmüş olup iki defa uzatılması olanak dahilinde olduğundan dolayı, toplam ödünç verilme süresinin on sekiz ayı hiçbir suretle geçmesi mümkün olmadığı gibi, her uzatım döneminde işçinin yazılı rızasının alınması gerekmektedir.¹

Ödünç iş ilişkisi modeliyle amaçlanan salt işverenlerin geçici olarak ortaya çıkan işgücü taleplerini karşılamak değildir; onun çok ötesinde var olan fonksiyonu istihdam yaratmak ve mümkün olduğu ölçüde sürekli bir istihdam ilişkisinin kurulmasına aracılık etmektir. Ancak halen yürürlükteki sistemimiz içinde bu yönde bir katkı sağlanılmasını beklemek mümkün değildir; çünkü yasal zemin buna hiçbir ölçüde cevaz vermemektedir.² Dolayısıyla mevcut haliyle 7. maddedeki düzenlemenin istihdam yaratma kabiliyeti bulunmamaktadır. Evet, belki belirli ölçüde, koşulları sağlayan işletmelerin iş görenlerin iş ilişkilerini feshetmek yerine, geçici bir süre için holding ya da şirketler topluluğuna bağlı diğer işyerlerine ödünç verebilmeleri suretiyle kişilerin işsiz kalmasına engel olunabilmektedir. Ancak bu etkinin minimal düzeyde kaldığı gözlenmektedir.

Bugün itibariyle, Yasanın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 7. maddenin iş dünyasının gereksinimlerini ne ölçüde karşıladığına ilişkin olarak, en azından bizim elimizde, net bir bilgi bulunmamaktadır. Daha açık bir ifadeyle, Türkiye’de faaliyet gösteren kaç holdingin, kaç şirketler topluluğunun bu model kapsa-

mında, kaç kişiyi ne kadar süreyle ne yönde istihdam ettiklerinin, bu yöndeki bir istihdamın altında yatan gerekçelerin, ödünç verilme süresinin ve modelin etkinliğinin test edilmesine temel oluşturacak veriler maalesef bulunmamaktadır. Ancak şahsi gözlemlerimiz, bu modelin son derece atıl kaldığı, bir anlamda marjinal bir esneklik modeli olarak kanununun maddeleri içerisinde yer almaya devam ettiği ve istihdam yaratmaya bir katkı sağlamadığı yönündedir.

İfade ettiğimiz üzere bugün Avrupa Birliği üyesi ülkelerin tümünde ve onun da ötesinde diğer birçok ülkede ödünç çalışma ilişkisi kapsamında işçiler istihdam edilmekte ve bu model istihdam yaratmada önemli katkılar sağlamaktadır.

Son dönemde daha çok mesleki anlamda geçici iş ilişkisi olarak adlandırılan ve aslında özel istihdam büroları aracılığı ile bir iş ilişkisinin kurulması esasına dayanan istihdam biçiminin mevzuatımıza kazandırılması yönünde çalışmaların hızlandırıldığını izlemekteyiz. Bu konuda düzenlemelere gidilmesi yönünde farklı çabalar olmuş ancak maalesef istenen sonuca henüz ulaşamamıştır.³

1. Mesleki Anlamda Ödünç İş İlişkisi Kavramı

Kavramlar doğru bir biçimde kullanılmadığı takdirde sonrasında istenmeyen birçok farklı sonuçlarla karşı karşıya kalılabilmektedir. Bu durum belirli bir ölçüde yaşamızda düzenleme bulmuş olan geçici iş ilişkisi içinde söz konusudur. Nitekim ifade ettiğimiz üzere bu çalışma biçimine ilişkin, konuya tam olarak vakıf olmayan işverenlerin de çoğu zaman farklı çıkarımlara sahip olduklarını izlemekteyiz. Bununla birlikte işçiler tarafından geçici iş ilişkisinin, belirli bir süre için, ağırlıklı olarak çok kısa bir süre için, herhangi bir güvencesi olmayan, fazla vasıf gerektirmeyen hatta vasıf dahi gerektirmeyen işler için kurulduğu yönünde bir algı oluşmaktadır.

Oysa geçici iş ilişkisi olarak tanımlanan istihdam formu, ifade ettiğimiz üzere bir anlamda Türk tipi ödünç çalışma modeli olarak şekillenmiş durumdadır. Ödünç iş ilişkisi, ya-

sal çerçevenin izin verdiği boyuta, ki bu boyut ülkeden ülkeye büyük farklılıklar gösterebilmektedir, üç aktör arasında kurgulanmakta ve hayata geçirilmektedir. Bir işveren, istihdam ettiği işçisini iş görme edimini yerine getirmek üzere başka bir işverene belirli bir süre hazır ederse, ödünç iş ilişkisinin kurulduğu kabul edilmektedir. Bu bakımdan da, ödünç çalışma diğer esnek istihdam modellerinden önemli ölçüde ayrılmaktadır. Her şeyden önce klasik istihdam biçiminden veya temelde diğer esnek istihdam formlarından farklı olarak, ödünç alan ile ödünç çalışan arasında bir iş sözleşmesinin bağlanması söz konusu değildir. Bunun sonucunda da, iş ilişkisinin kurulmasında, işin ifa edilmesinde, sözleşmenin sona erdirilmesinde, karşılıklı hak ve borçlarda bu üçlü yapı içinde farklı bir biçimde dizayn edilmektedir.

Uluslararası literatüre ve uygulamalara bakıldığında zaman, temelde ödünç iş ilişkisinin iki alt model üzerinde yapılandırıldığını görmekteyiz. Bu kapsamda, ödünç çalışma ile farklı klasifikasyonlar yapılmakla birlikte, temelde gerçek ve gerçek olmayan ödünç çalışma ayırımına gidilmektedir. Bu sınıflandırmaya göre, bir işveren, bir işgöreni esas itibarıyla kendi işletmesinde istihdam etmek üzere işe alır ve geçici bir süre için ikinci bir işverene ödünç verirse, bu durumda gerçek bir ödünç iş ilişkisinden söz edilmektedir.

Ancak bir işverenin, bir işgöreni başka işverenlere ödünç vermek üzere işe alması ve bunu bir ticari faaliyet olarak gerçekleştirmesi durumunda, gerçek olmayan ödünç çalışmadan bahsedilmektedir. Gerçek olmayan ödünç çalışmaya ise, aynı zamanda profesyonel ödünç çalışma adı verilmektedir. Kısacası, profesyonel ödünç çalışma ilişkisinde, bir işveren (ödünç veren), bir işgöreni (ödünç verilen), doğrudan başka bir işverene (ödünç alan) ödünç vermek üzere işe almaktadır.⁴ Bu yönde oluşan ilişki ise genellikle özel istihdam büroları aracılığı ile yürütülmekte olduğundan dolayı mesleki anlamda ödünç çalışma, ya da ülkemizde olduğu üzere literatüre yeni kazandırılan mesleki anlamda geçici iş ilişkisi olarak da tanımlanmaktadır.

Bu tanımlamalardan görüldüğü üzere ülkemizde mesleki anlamda ödünç iş ilişkisinin kurulmasına yasal mevzuat halen izin vermemektedir.

II. Avrupa Birliği Hukuku Kapsamında Ödünç İş İlişkisinin Yasal Çerçevesi

Avrupa Birliği hukuku boyutunda bugün ödünç iş ilişkisinin yasal çerçevesi 2008/104/EG sayılı direktif⁵ ile çizilmektedir. Bu belgenin kabul edilmesi oldukça uzun süren bir aşamanın ardından gerçekleşmiştir. Nitekim günümüzde halen ödünç çalışma ilişkisi, iş hukuku bağlamında en fazla tartışılan konuların başında gelmektedir.⁶

Söz konusu direktif hükümlerinin ödünç iş ilişkisi modelinin tümüne yönelik değil, salt mesleki anlamda ödünç iş ilişkisine odaklı olduğunu yönünde görüşlerde bulunsa da bunun aksi yönünde görüşlerin de bulunduğu önemle altını çizmek gerekmektedir.⁷

Çalışmanın bu bölümünde 2008/104/EG sayılı direktifin hükümlerinin incelenmesi ve üye ülkeler için bağlayıcı hale geldikten sonra üye ülkelerin ulusal mevzuatlarında gittikleri değişikliklerin ele alınması amaçlanmaktadır. Burada daha çok Avrupa Birliği boyutunda konu bağlamında kabul edilen direktifin getirdiği temel prensipler üzerinde kısaca durulması hedeflenmektedir.⁸

Direktif ile amaçlanan bu model kapsamında istihdam edilen işgörenlerin yasalar karşısında konumlarını güçlendirmek biçiminde özetlenebilir. Direktifin 2. maddesinde ise ödünç çalışma aracılığıyla etkin bir biçimde istihdam yaratılması ve esnek çalışma modellerinin geliştirilmesi için uygun bir ortamın oluşturulması hedeflenmiştir. Daha açık bir ifadeyle esas amaç, bir taraftan ödünç çalışanların çalışma koşullarını iyileştirmek, diğer taraftan ise bu model aracılığıyla yeni iş sahaları yaratmak olmuştur.⁹

Şüphesiz olarak direktif ile getirilen en önemli düzenleme ve de birlik düzeyinde modelin yeniden yapılandırılmasına neden olacak hüküm, eşit davranma ilkesine yöne-

lik, Direktifin 5. maddesinde yer alan düzenlemedir. Bu madde hükmüne göre, normal ya da klasik çalışma biçimi olarak tanımladığımız istihdam ilişkisi çerçevesinde emeğini arz eden işgörenler ile ödünç iş ilişkisi kapsamında çalışanlara farklı muamele yapılamayacağı esası getirilmiştir. Eşit davranma ilkesi kapsamında ise, ilk başta ücret konusu gelmekle birlikte, diğer çalışma koşulları bakımından ödünç çalışan ile diğer formlar arasında bir ayrımcılığın yapılması mümkün olmamaktadır. Bu bağlamda birlik üyesi ülkeler, ulusal mevzuatlarında aykırı düzenlemelere yer vermiş olmaları halinde, ulusal mevzuatlarını direktif hükümleri ile uyumlu hale getirmekle yükümlü kılınmışlardır.

İfade ettiğimiz üzere, ödünç çalışma modeli ile esasen amaçlanan işgücü piyasasının gereksinimlerini, ki biz bunları hem çalışanlar hem de çalıştıranlar bakımından değerlendiriyoruz, karşılamak ve de işe aracılık etmek olduğundan, direktifte son derece isabetli bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu kapsamda işyerinde açık bir işin olması halinde, işverenler, ödünç iş ilişkisi kapsamında istihdam edilen işgörelere de ilgili açık iş hakkında bilgi vermek ile yükümlü tutulmaktadırlar.¹⁰ Bu madde şüphesiz olarak üye ülkelerde, ödünç çalışan kişilerin daha hızlı bir biçimde klasik bir model kapsamında istihdam edilmelerinin yolunu açmaktadır. Ancak bununla birlikte her ne kadar açık işler hakkında bir bilgilendirme yükümlülüğü getirilmiş ise de, açık olan iş için aranan vasıf düzeyinin ödünç alınan işgören ile uyumlu olması gerekmektedir. Bu durumda da esas itibarıyla ödünç çalışan işçilerin genel vasıf düzeyleri ve onların eğitilmeleri konusunda farklı bir alan karşımıza çıkmaktadır. Bilindiği üzere bu ödünç çalışan işçi grubunun vasıf düzeyi genellikle daha düşük kaldığından dolayı mesleki eğitime ayrı bir önem verilmesi gerekmektedir.

III. Avrupa Birliği Üyesi Ülkelerden Gözlemler

Avrupa Birliği üyesi ülkelerde ödünç çalışma modelleri hakkındaki yasal düzenlemeler, pratikteki uygulamalar ve gelişme trendleri

ile ilgili çok sayıda yayın ilgililerin bilgisine sunulmaktadır. Bu yayınlarda, özetle artık ödünç çalışma biçiminin işgücü piyasalarının vazgeçilmez bir unsuru haline geldiği açıkça görülmektedir.

Ancak bu ülkelerde de sistemin sorunsuz işlediği yanılgısına kapılmamak gerekir. Bugün halen birçok ülkede, art niyetli işverenler tarafından bu modelin istismar edildiği ve bazı işçi sendikalarının eskisi kadar olmasa da modele özünde karşı oldukları bilinmektedir. Fakat bazı kötü örneklerin varlığı, genel anlamda önemli katkılar sağlayabilecek bir uygulamanın hayata geçirilmesi ve geliştirilmesi yönünde asla engel oluşturmamalıdır. Daha çok, yapılması gereken istismarın önlenmesi ve çalışanların korunması yönünde gerekli yasal altyapının oluşturulması ve de sistemin caydırıcı yaptırımlar ile donatılması olmalıdır.

Avrupa Birliği'nde ödünç çalışma modelinin son yıllarda bu denli gelişme göstermesinin altında yatan temel neden şüphesiz olarak bu atipik istihdam modelinin beraberinde getirdiği esnekliktir. Bu esneklik salt işverenlerin değil, onun ötesinde istismar edilmediği sürece çalışanların da yararına olmaktadır. Özellikle yapışma etkisi (Klebeeffekt) olarak tanımlan özelliği sayesinde, kişiler ödünç verdikleri işverenler ile daha sonradan tipik bir iş ilişkisi de kurabilmektedirler. Bu etkinin gerçek anlamda ne kadar hayat bulduğu ise sürekli tartışma konusu olunmaktadır.

Örneğin Avrupa Birliği üyesi ülkeler içinde şüphesiz belirgin bir ağırlığı bulunan ve Türkiye'nin de en önemli dış ticaret ortağı olan Almanya'da, son yıllarda ödünç çalışma ilişkisinin yaygınlaşmasının altında yatan en büyük nedenin, yüksek düzeylerde seyreden işsizlik ve bu işsizler içersinde uzun süreli işsizlerin oransal yüksekliği olduğunu izlemekteyiz. Bununla birlikte yasal yapıda gerçekleştirilen reformlar da bu modelin gelişmesi yönünde çok ciddi katkılar sağlamıştır.¹¹ Ancak bir araştırma, kriz ortamlarında en fazla etkilenen grubun ödünç çalışanlar olduğunu ortaya koymuştur. Daha açık bir ifadeyle kriz ile birlikte işverenler ilk etapta ödünç işçi

alma uygulamasından vazgeçtiklerinden dolayı bu grup arasında işsizlik oranı, diğer çalışanlara göre önemli oranda artış göstermektedir.¹² Ancak burada gözden kaçırılmaması gereken bir husus da, kriz ortamından sonra işe alımların başlaması ile birlikte ilk yönelinin bu gruba yönelik olduğudur.

Ocak 2013 tarihinde yayınlanmış olan son güncel verilere göre Almanya'da 30 Haziran 2012 tarihi itibarıyla 18.491 ödünç çalışma bürosu faaliyet göstermekte olup, bunlardan 5.750'si diğer bir büronun şubesi durumunda çalışmalarını sürdürmektedirler. Büroların istihdam ettikleri işçi sayılarına bakıldığında bu büroların ağırlıklı olarak küçük işletmeler biçiminde faaliyet gösterdikleri görülmektedir. Nitekim 7.209 büro 1 ila 9 işçi, 2.398'i 10 ila 19 işçi, 1.600'ü 20 ila 29 işçi, 1.293'ü 30 ila 39 işçi istihdam etmektedirler. 150 ve üzeri işçi istihdam eden büroların sayısı ise 1.224 olarak tespit edilmiştir. Yine aynı tarihli verilere göre, toplam 908.161 ödünç çalışan işçinin 758.283'nün Alman vatandaşı olduğu istatistiklerin satır aralarından okunmaktadır. İşçilerin sektör itibarıyla, birinci sırada ulaştırma ve lojistik (163.431), ikinci sırada metal üretimi ve işleme (141.187) alanlarında istihdam edildiklerini görmekteyiz. Ödünç istihdam ilişkisi uygulamasının en az tarım ve ormancılık (4.841) işkolu ile güvenlik hizmetlerinde (4.956) kurulduğunu izlemekteyiz.¹³

İfade ettiğimiz üzere, genelde işçi sendikalarının ödünç iş ilişkisi modellerine karşı durdukları bilinen bir olgudur. Bu durum Almanya'da da farklı bir biçimde şekillenmiştir. Özellikle, halen bu ülkenin en büyük ve güçlü işçi sendikası konumunda olan İG Metall (Metal İşçileri Sendikası) mesleki anlamda ödünç iş ilişkisi modelini şiddetle eleştirmektedir. Ancak bu alanda oldukça dikkat çekici bir gelişme yaşanmıştır. Öyle ki, Almanya'nın en büyük işçi örgütü olan ve İG Metall'in de üyesi olduğu DGB (Deutscher Gewerkschaftsbund Alman Sendikalar Birliği), kendisine bağlı, merkezi Erkrath'da olan Hamburg, Berlin, Frankfurt am Main ve Essen gibi metropollerde şubeleri olan bir ödünç çalışma bürosu işletmekte olup, büroda is-

tihtam ettiği işçileri ödünç vermek suretiyle 2011 yılında 850.000 Euro kar elde etmiştir. Daha da çarpıcı olan nokta, büronun işçilere ödemiş olduğu saat başı ücretin, DGB Başkanının, Almanya'da ödünç çalışma bürolarının işçilere ödemesini talep etmiş olduğu asgari ücretin altında bir ücret olması ve de DGB bürosunun, bir işveren örgütü olan IGZ (Alman Ödünç Çalışma Büroları Birliği'nin) üyesi olmasıdır. DGB bu durumu, yüzlerce kişiye iş sağlayabildiği yönü ile savunmaktadır.¹⁴ Dolayısıyla bir anlamda, sadece Almanya'nın değil onun ötesinde dünya ölçeğinde önemli bir işçi örgütü olan DGB'de modelin istihdam yaratma yeterliliğine sahip olduğunu ikrar etmektedir.

Ödünç çalışma ilişkisi kapsamında son dönemlerde farklı modellerinin, daha doğrusu bir anlamda alt modellerin ortaya çıktığını ve böylelikle sürekli gelişme gösterdiğini izlemekteyiz. Bu modellerinin tümünün burada tanıtılması çalışmanın kapsamını şüphesiz fazlasıyla aşacaktır. Ancak buna rağmen, konunun gelişme potansiyelini de ortaya koymak adına özellikli bir uygulamaya yer verilmemesi durumunda da önemli bir eksiklik ortaya çıkacağı kanaatindeyiz.

Yeni uygulama biçimlerinden birisi "grup ödünç çalışma" (Gruppenarbeitnehmerüberlassung) olarak tanımlanan bir alt modeldir. Bu alt modele göre, salt bir kişinin değil, bir işçi grubunun işverene ödünç verilmesi söz konusu olmakla birlikte, grup içersinden bir işçi, grubun yöneticisi konumundadır. Söz konusu grup, ayrı bir organizasyon yapısına sahip olup, bir bütün olarak hareket ettiğinden diğer uygulamalardan farklılaşmaktadır.

Bu alt model daha çok, grup veya takım çalışmasının gerekli olduğu alanlarda uygulamaya alınmaktadır. En tipik örneklerini, proje bazlı işlerde ve inşaat sektöründe görmek mümkün olmaktadır. Alman hukukuna göre, grup ödünç çalışma formunun eser sözleşmesi kapsamında görülen işlerden farklılaştığı nokta, eser sözleşmesinde, eserin tanımının yapılması ve işin ortaya çıkması ile birlikte yükümlülüğün yerine getirilmiş olmasıdır. Oysa grup ödünç çalışmasında, eserin orta-

ya çıkmasındaki yükümlülük ağırlıklı olarak, ödünç alan işverenin sorumluluğunda bulunmakta ve işçilerin çalıştıkları süre dikkate alınarak ücretin ödenmesi söz konusu olmaktadır.¹⁵

Grup ödünç çalışması uygulamasının işverenler için beraberinde getirdiği en önemli üstünlük, işin denetimi alanında kendisini göstermektedir. Her bir işçinin yaptığı işi ayrı ayrı denetlemek yerine, denetim işini grubun yöneticisi üstlenmekte olduğundan, iş akışı hızlanmaktadır.¹⁶ Böylelikle bir anlamda grup içersinde bir iç denetim gerçekleşmek suretiyle, iş verimliliği artmaktadır.

Avrupa Birliği ölçütünde bakıldığı zaman, ödünç çalışma ilişkisi kapsamında yürütülen en önemli tartışmalardan birisinin, işçilerin sınır aşırı ödünç verilmesi ve bu doğrultuda ulusal istihdam piyasaları üzerinde ortaya çıkacak etki üzerinde odaklandığı görülmektedir. Bu nedenle de konu bağlamında asgari ücret uygulamasına büyük önem atfedilmektedir.

Özellikle ücret seviyesinin göreceli olarak daha yüksek olduğu bir ülkeye, örneğin, Polonya'dan Almanya'ya bir işçinin ödünç verilmesi ve işçiyle bağitlanan iş sözleşmesinde, ücret konusunda toplu sözleşmeye atıfta bulunulması halinde, Almanya'daki asgari ücretin uygulanması söz konusu olmayacaktır. Böylelikle, Polonya'dan gelen işçiye, Almanya'da yaptığı iş karşılığında, diğer çalışanlardan daha az ücretin ödenmesi nedeniyle şüphesiz olarak haksız bir rekabetin ve de ücret dampinginin ortaya çıkmasına neden olacağı ifade edilmektedir.¹⁷ Almanya'da bu duruma engel olmak adına Ödünç Çalışma Kanunu'nda¹⁸ bir değişikliğe giderek, Federal Çalışma Bakanlığı'na, ödünç çalışanlar için zorunlu biçimde geçerli olacak şekilde bir asgari ücret tayin etme yetkisi getirilmiştir. Ancak bu yetkinin kullanılabilmesi için, talebin yetkili bir sendika tarafından gelmesi gerekmektedir.¹⁹

Avrupa düzeyinde ödünç iş ilişkisi gerek bilimsel düzeyde, gerekse kamuoyunda tartışıldığı zaman, Fransa uygulama örneğine özellikle işaret edilmekte ve bu ülkedeki mo-

delin diğer ülkelerden farklılaştığına değinilmektedir. Fransa modelinin bu çalışma kapsamında genel hatları ile incelenmesi dahi bu çalışmanın boyutunu fazlasıyla aşacaktır; ancak yine de bu kapsamda bir iki hususa işaret etmek gerekmektedir.²⁰

Fransa'da esas itibariyle ödünç çalışma ilişkisi, olağan dışı bir istihdam ilişkisi olarak kabul edilmektedir. Bu ilişkinin geçici olarak kurulduğu varsayımından hareket edildiğinden, ödünç verilme süresi sınırlı olup esaslı bir nedene dayalı olarak kurulması gerekmektedir. Bu model kapsamında istihdam edilen işçiler, prensip itibariyle işsiz olarak kayıtlı olduklarından, bir kişinin ödünç olarak istihdam edilmesi aynı zamanda işsizlik durumuna ara verdirilmesi veya bu durumun kesilmesi anlamında yorumlanmaktadır.²¹ Bu ülkedeki ilgi çeken özellikli bir uygulama ödünç çalışma bürolarının, istihdam ettikleri işçilerinin mesleki eğitimlerinde kullanılmak üzere, işkolu düzeyinde ihdas edilmiş olan İleri Mesleki Eğitim Fonlarına, prim ödemek zorunda olmalarıdır.²² Bu yükümlülük şüphesiz olarak özellikle vasıf düzeyi düşük olan işgörenlerin işgücü piyasalarına daha rahat bir biçimde entegre edilmesi yönünde önemli katkılar sağlayacaktır.

Fransa'da bir kişinin ödünç çalışma bürosu olarak faaliyet gösterebilmesi için, yetkili olan idari makamdan izin alması ve yasal olarak belirlenen gerekli maddi teminatları hazır etmesi gerekmektedir. Büronun esas itibariyle, ödünç iş ilişkisi dışında başka bir alanda faaliyet göstermesi mümkün değildir. Bu bürolar için genellikle teşmil edilen toplu sözleşmeler geçerli olmaktadır, ancak bu toplu sözleşmelerde ücret konusu belirlenmemektedir, çünkü ücret seviyesi doğrudan yasa koyucu tarafından tayin edilmektedir. Bir işveren, bir işçiyi ödünç çalıştırmak isterse bu durumda esaslı bir durumun varlığı aranmaktadır. Diğer bir ifadeyle, bir işçi ile klasik anlamda bir iş ilişkisi kurmak yerine ödünç işçi istihdam edebilmek için esaslı bir neden gerekmektedir. Esaslı nedenler ise yasa da belirlenmiş olup bunlar temelde klasik istihdam ilişkisi içerisinde bulunan bir kişinin

kısa süreli olarak çalıştırılmaması, örneğin analık izninde bulunması, hastalanması ya da yıllık izin kullanması biçiminde düzenlenmiştir. Bununla birlikte süreklilik arz etmeyecek olan iş hacminde bir artış da esaslı nedenler arasında sayılmaktadır. Bu konudaki çerçeve doğrudan ayrıntılı olarak yasa ile çizilmiş durumdadır. Ayrıca yasada 2009 yılında yapılan bir değişiklikle, eğer işveren uzun süreli işsiz bir kişiyi model kapsamında istihdam yoluna gidecekse, bu durumda esaslı neden şartı aranmamaya başlanmıştır. İşverenin ödünç iş ilişkisi modeli doğrultusunda istihdam edilenler ile diğer çalışanlar arasında entegrasyon ilkesi kapsamında, ki bu ilke temelde eşit davranma ilkesinden farklılaşmamaktadır, çalışma koşullarında ayırım yapabilmesi mümkün değildir.²³

Bu kapsamda Fransa'da modelin çalışanlar açısından nasıl algılandığının ortaya konulması bakımından sosyal ortaklar, yani toplu sözleşme akdetmeye yetkili işveren kuruluşu ve işçi sendikaların birlikte oluşturdukları kamuoyu araştırma enstitüsü tarafından düzenli olarak yapılan anketler oldukça çarpıcı veriler sunmaktadır. 2011 yılı verilerine göre, ödünç iş ilişkisi kapsamında istihdam edilen işçilerin;

% 91'i mesleki tecrübe kazanmak amacıyla,

% 87'si mesleki vasıflarını geliştirmek amacıyla,

% 86'sı başka bir iş bulabilmek (yapışma etkisi) amacıyla,

% 86'sı farklı meslekleri tanımak amacıyla, ödünç iş ilişkisi kapsamında çalıştıklarını beyan etmişlerdir. Araştırma bulgularındaki oranlar değerlendirildiğinde, şüphesiz olarak ankete dahil olmuş olan işçilerin birden fazla seçeneği değerlendirdikleri de görülmektedir.²⁴ Dolayısıyla, Fransa'da işçiler esas itibarıyla mesleki tecrübe kazanmak, vasıflarını geliştirmek, meslekleri tanımak ve de yapışma etkisi doğrultusunda klasik istihdam formuna geçebilmek amacıyla bu istihdam biçimini tercih etmektedirler.

Avusturya'da da son yıllarda ödünç iş ilişkisi kapsamında istihdamın yükselen bir

trend halinde geliştiğini istatistikler arasından okuyabilmek mümkündür.²⁵ Bugün birçok işletme de, bu ülkede değişen ve yeniden tanımlanan gereksinimler doğrultusunda bu modeli etkin bir biçimde uygulamaktadır.²⁶ Avusturya'da, Yüksek Mahkeme'nin (OGH) 1990 yılında vermiş olduğu ve 2008 yılında tekrarlamış olduğu bir kararında, ödünç verilen işçi, işini ödünç verilen işverenin yanında ifa etmesine rağmen, ikisi arasında herhangi bir sözleşme ilişkisinin var olmadığına hükmetmiştir.²⁷ Bundan dolayı da, ödünç iş ilişkisi kapsamında istihdam edilen bir işçinin, sözleşmeden kaynaklanan haklarının ödünç veren tarafından esas itibarıyla yerine getirilmesi gerekmektedir. Bu genel kaidenin dışında OGH, bazı istisnai uygulamalara yönelik olarak bir içtihat oluşturmuştur.²⁸

Avrupa Birliği tarafından ilgili direktif kabul edilip yürürlüğe girdikten sonra Avusturya konu bağlamında ulusal mevzuatını yeniden düzenlemek zorunda kalmıştır. Bu bağlamda Ödünç Çalışma Kanunu'nda (Arbeitskräfteüberlassungsgesetz)²⁹ önemli değişikliklere gidilmiştir. Bu değişiklikler arasında en çarpıcı olanlardan birisi, ödünç çalışma ilişkisi en azından üç ay sürmüş ise, iş ilişkisi bitirilmeden önce işçiye en azından on dört gün önceden haber verilme zorunluluğunun getirilmiş olmasıdır. Bu düzenlemeden evvel, uygulamada işverenler önceden bir bilgi verme yükümlülükleri bulunmadığından, ertesi gün iş ilişkisini sonlandırabiliyor veya işçiye başka bir alana kaydırabiliyorlardı.³⁰

İş kazaları genelde ödünç çalışanlar arasında daha yüksek görüldüğünden dolayı, iş sağlığı ve güvenliği alanında yeni tedbirler getirilmiştir. Bu tedbirler arasında özellikle, işçi işini ifa etmeye başlamadan önce, işin ifası için gerekli olan nitelikler ve tehlikeler hakkında yazılı bir biçimde bilgilendirilmesi yer almaktadır.³¹

Avusturya'da yapılan son yasal düzenlemeler ile ödünç çalışanların işsiz kalmaları durumunda, onların belirli ölçüde yoksulluk tehlikesi ile karşı karşıya kalmalarına engel olmak ve de ileri eğitimlerini desteklemek amacıyla ayrıca Sosyal ve İleri Eğitim Fonu

(Sozial- und Weiterbildungsfonds) adlı bir fonun oluşturulması yükümlülüğü getirilmiştir. Bu fonun finansmanı ödünç verenler tarafından prim yoluyla sağlanmaktadır.³²

Hollanda'ya baktığımızda ise bu ülkede de, ödünç çalışma ilişkisi kapsamında istihdamın oldukça yaygın bir form haline geldiğini görmekteyiz. Mevzuat açısından çarpıcı olan nokta ise, ödünç çalışma bürosu olarak faaliyet gösterebilmek için özel bir iznin alınmasının gerekli olmamasıdır. Büronun salt ticaret siciline kendisini kaydettirmesi, faaliyetlerini yürütmesi için yeterli görülmektedir. Ancak büroların güvenliği açısından, daha açık bir ifadeyle çalışanlar karşısındaki yükümlülüklerini yerine getirmeleri açısından bir sertifikasyon sistemi bulunmaktadır.³³ Bu yönde bir zorunluluk bulunmamakla birlikte, sertifikasyona sahip olmayan bir büro ile iş ilişkisi kuran bir işletme, işçinin ücretinin ödenmemesi halinde, o işçinin en azından asgari ücretini ödemek ile yükümlü olmaktadır.³⁴

Birlik üyesi bir ülke olmayan İsviçre'deki uygulamaya baktığımız zaman³⁵ mesleki anlamda ödünç iş ilişkisinin, İşe Aracılık Kanunu'nda (Arbeitsvermittlungsgesetz -AVG)³⁶ düzenleme bulduğunu görmekteyiz.³⁷ Ancak bu ülkede, birçok ülkeden farklı olarak ödünç çalışma ilişkisi yerine dönemsel çalışma (Temporärarbeit), ödünç çalışan yerine ise dönemsel çalışan (Temporärmitarbeiter/in) kavramlarının kullanıldığını izlemekteyiz.

Mesleki anlamda ödünç iş ilişkisinin kurulabilmesi için, Konton³⁸ İş Kurumu'ndan izin alınması gerekmektedir. Eğer işçilerin yurtdışına ödünç verilmesi planlanıyorsa bu durumda bu iznin Ekonomi Bakanlığı Müsteşarlığı'ndan alınması zorunlu hale gelmektedir. İsviçre her ne kadar kendi işçilerinin yurtdışına ödünç verilmesi konusunda izin vermiş olsa da, kanunun 12. maddesin 1. fıkrasının son cümlesi hükmüne göre, yurtdışından İsviçre'ye işçi ödünç verilmesi yasaklanmıştır.

Kanton İş Kurumu tarafından verilen izin, süresiz olarak verilmekte olup, ödünç verme faaliyetlerinin tüm İsviçre'ye yönelik olarak gerçekleştirilmesi mümkündür. Buna karşın işçilerin yurtdışına ödünç verilmesi söz ko-

nusu olacaksa, ilgili bakanlık bu izni tüm ülkelerde geçerli olacak biçimde değil, sadece belirli ülkelere yönelik olarak vermektedir.³⁹

Yasa koyucu İsviçre'de büro ile işgören arasında yazılı bir iş sözleşmesinin yapılmasını zorunlu kılmıştır. Bununla birlikte sözleşmede asgari olarak; yapılacak işin tanımı, işin ifa edileceği yer ve başlama tarihi, işin süresi ve ihbar süreleri, çalışma süresi, ücret ve eklentileri, fazla çalışma, hastalık, analık, kaza gibi hallerde sağlanılacak olan edimler, ücretin ödenme zamanı gibi hususların düzenlenmesi yükümlülüğünü getirmiştir.⁴⁰ Bu model kapsamında istihdam edilenlerin, ücret seviyeleri diğer çalışanlardan genellikle farklılaşmamakta olup, eğer bir toplu sözleşmenin uygulanması söz konusu ise, bu durumda toplu sözleşme ile belirlenen ücret esas alınmaktadır.

Konu bağlamında belirtilmesi gereken son bir nokta, geçmiş yıllar içinde Avrupa Adalet Divanı'nın farklı ülkelerdeki ödünç çalışma uygulamalarına ilişkin olarak ortaya çıkan uyuşmazlıkları birlik ölçeğinde çözüme bağlamak adına farklı kararların altına imza attığıdır. Bu kararlar ulusal mevzuatların harmonizasyonu yönünde de önemli katkılar sağlamıştır ve sağlamaya da devam etmektedir.

IV. Türkiye İçin Değerlendirmeler

Bugün ülkemizde maalesef halen bazı çevreler mesleki anlamda ödünç çalışma modeline kategorik olarak karşı çıkmaktadırlar. Oysa bu model istihdam yaratmada önemli katkılar sağlayabilmektedir. Birçok ülkedeki uygulamalar, bizim karşımızda örnek olarak durmakta, onların olumlu ve olumsuz tecrübelerinden yararlanmak suretiyle kendi ülke dinamiklerimizi de gözeterik en uygun yapının ihdas edilmesi yönünde zemin hazırlamaktadırlar.

Şüphesiz olarak, özel istihdam büroları aracılığıyla ödünç iş ilişkisinin kurulmasına izin verilmesi suretiyle, özellikle işgücü piyasasına yeni girenlerin veya uzun dönemli işsizlerin işsizlik sorununun tümünden çözüleceği yanılgısına da kapılmamak gerekir. Bu gru-

bun işsizlik sorunu ve çözümüne yönelik görüşler, ayrı bir yazının konusunu oluşturmakla birlikte, eğitim politikalarının, özellikle mesleki ve ileri mesleki eğitim uygulamalarının yeniden gözden geçirilmesi, işgücünün mobilitesinin artırılmasına yönelik olarak bir takım teşvik uygulamalarının hayata geçirilmesi gerektiği hususlarına vurgu yapmak ile yetineceğiz.

Özel istihdam büroları aracılığı ile ödünç iş ilişkisinin kurulmasına yönelik yasal bir düzenlemeye gidilecekse, ki mutlaka gidilmesi gerektiği kanaatinde olduğumuzu da farklı yazılarımızda sürekli dile getirmekteyiz, bu istihdam biçiminin özellikli yapısının dikkate alınması gerekecektir. Şüphesiz olarak bu çalışma kapsamında tüm alanlara değinebilmek mümkün olmasa da, belirli hususlara aşağıda genel hatlarıyla yer verilmeye çalışılmıştır.

Mesleki anlamda ödünç iş ilişkisi konusunu, daha önceden hazırlanan taslaklarda gördüğümüz üzere, İş Kanunu'nun 7. maddesine eklenecek bir madde ile düzenleyebilmek mümkün olsa da, yapılan farklı tartışmalar, yasal çerçevenin esasen iş sağlığı ve güvenliği konusunda olduğu gibi ayrı bir kanun ile düzenlenmesinin daha isabetli olacağını ortaya koymaktadır. Nitekim konunun uygulanmaya alınması halinde, salt 7. maddeye eklemeler yapmak yeterli olmayacak, birçok maddede, hatta kanunlarda özellikle de sosyal güvenlik mevzuatı alanında da düzenlemeye gidilmesi gerekliliği ortaya çıkacaktır.

Oluşturulacak yasal çerçeveye hem istihdam piyasasının gereksinimlerini karşılayacak, hem de işçilerin haklarını koruyacak bir yapı ihdas edilmelidir. Daha açık bir ifadeyle, bir taraftan işverenlerin artan rekabet koşulları karşısında işgücü esnekliği talepleri karşılanırken, diğer taraftan özellikle uzun süreli işsizlere ve istihdam piyasasına yeni katılan gençlere bu model kapsamında istihdamı kolaylaştıracak tedbirler alınması gerekmektedir. Bu bağlamda da özellikle işçilerin emeklerinin karşılığını sorunsuz bir biçimde alabilmeleri yönünde gerekli koruyucu tedbirlerin yasal olarak düzenlenmesi kaçınılmaz bir ihtiyaçtır. Bu modelin esnek istihdam mo-

delleri içersinde en esneğinin olduğu ve kolayca istismar edilebileceği gerçeğinin hiçbir zaman göz ardı edilmemesi gerekir.

Bu doğrultuda da bu alanda faaliyet göstermek isteyen, sadece gerekli altyapı ve mali imkanlara sahip ve de belirli yeterlilikleri sağlayan bürolara izin verilmesi gerektiği görüşündeyiz. Bu yeterlilikler belirlenirken de işçileri koruyabilecek hükümlere özellikle yer verilmesi gerekecektir. Bürolarda istihdam edilecek olan işçilerin başta ücret ve sosyal güvenlik haklarını güvence altına almak mutlak bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Ödünç veren ile ödünç alan arasında birlikte sorumluluk ilkesinin uygulanmasının söz konusu olması halinde dahi bu büroların istihdam ettikleri işgören sayısı ile büroların mali güçleri arasında bir ilişki kurulmalıdır. Örneğin bu yönde, istihdam edilen işçi sayısı artıkça büroların faaliyet gösterebilmesi için hazır edecekleri banka teminat mektubu arasında oransal bir ilişki kurulabilir. Bununla birlikte halen yürürlükte olan mevzuatımıza göre, salt işe aracılık faaliyeti görmek üzere faaliyet gösteren özel istihdam bürolarından farklı olarak, mesleki anlamda özel istihdam bürosunun açılması maliyetinin daha yüksek tutulması gerekecektir.

Dolayısıyla halen faaliyet gösteren özel istihdam bürolarının, mesleki anlamda ödünç iş ilişkisi alanında da çalışmalarını sürdürmek istemeleri halinde, gerekli yeterlilikleri göstermeleri koşuluyla ayrı bir izinin verilmesi isabetli olacaktır. Ancak ifade ettiğimiz üzere sistemin başarılı bir biçimde kurgulanması için, sadece büro faaliyetlerinin yürütülmesi için idari merkezin izni yeterli olmayacak, gerekli güvenlik tedbirlerinin alınması ve uygun bir iş organizasyonunun sağlanması kaçınılmaz olacaktır.

Bu bağlamda da izni bulunmayan büroların işçileri ödünç vermeleri halinde, ödünç veren ile işçi arasında bağitlanan iş sözleşmelerin geçersiz sayılacağı, iş ilişkisinin ödünç alan ile işçi arasında kurulduğunun kabul edileceği yönünde bir hükme yer verilmesi isabetli olacaktır. Bu yönde yasal bir düzenleme, ödünç alan işverenin kendini güvence al-

tına almasına yardımcı olurken, aynı zamanda da bir anlamda büronun yetki sahibi olup olmadığının, bu yetkinin süresinin ne zamana kadar devam ettiğinin denetlenmesi imkanı da getirecektir. Şüphesiz olarak, izni bulunmayan bürolara caydırıcı olabilecek nitelikte ağır cezai yaptırımların da öngörülmesi gerekecektir. Bir de sıkı bir denetim sisteminin kurulması ve işletilmesinin, modelin başarısı adına çok önemli olduğunu vurgulamak gerekmektedir.

Diğer ülke uygulamaları incelendiğinde, ağırlıklı olarak büro ile ödünç çalışan arasında bağlanacak olan iş sözleşmesinin yazılı yapılması gerektiği yönünde hükümler ile karşılaşmaktayız. Bununla birlikte, iş sözleşmesinde yer alması gereken asgari unsurlar da yine birçok ülkede mevzuatta düzenlenmiş durumdadır. Ülkemizde, mesleki anlamda ödünç iş ilişkisinin yasal çerçevesi tayin edilirken bu hususa da dikkat edilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Modellin özellikli yapısından dolayı ifade ettiğimiz üzere işçilerin haklarının mutlak anlamda güvence altına alınması gerekir. Bu bağlamda da diğer çalışanlar ile eşit davranma ilkesi geçerli kılınmalıdır. Bu konudaki eşit davranma ilkesi dar değil, geniş kapsamlı ele alınmalıdır. Dolayısıyla işyerinde ödünç çalışan ile klasik model kapsamında istihdam edilen arasında bir ayırım ortaya çıkmayacak biçimde organize edilmelidir. Böylelikle işyerinde aynı zamanda çalışanlar arasında bir entegrasyonun sağlanmasının yolu açılmış olur. Ancak bu doğrultuda ödünç iş ilişkisi kapsamında istihdam edilecek olanların da geçici bir süre için ödünç alan işverenin işyerinde istihdam edileceği gerçeğinin göz önünde bulundurulması gerekir.

Yine model kapsamında istihdam edilenler ile ilgili olarak, ödünç alan işveren tarafından açık olan işler ile ilgili bilgi verme zorunluluğunun getirilmesi de isabetli olacaktır. Çünkü burada ödünç çalışma modeli ile hedeflenen amaçlardan birisinin de yapılaşma etkisi kapsamında işe aracılık olduğu unutulmamalıdır.

İşçinin, ödünç alan tarafından işe alınması

halinde de, ki bu belirli süreli ya da belirsiz süreli bir iş ilişkisi olabilir, büronun işçiden bir ücret talep edememesi yönünde gerekli tedbirlerin alınması gerekmektedir, ki bu konunun zaten hazırlanan kanun tasarıları metinlerinde yer aldığı görülmektedir.⁴¹

İşsiz kişilerin özellikle de zor aracılık edilenlerin (uzun süreli işsizler, yaşı ilerlemiş işsizler) büro tarafından istihdam edilmesi halinde teşvik sistemi getirilebilir. Bu konudaki kaynak da işsizlik fonu olmalıdır. Böylelikle fon kaynakları da amaç doğrultusunda kullanılmış olur. Nitekim buna benzer bir uygulama Fransa'da karşımıza çıkmaktadır.

Ödünç çalışma modeli, ifade ettiğimiz üzere istihdam yaratmada önemli bir model olarak karşımızda durmaktadır. Ancak kriz ortamlarında bu model kapsamında istihdam edilen işçilerin birinci derecede etkilendiğini izlemekteyiz. Dolayısıyla bir anlamda işsizlik tehlikesi, ödünç çalışanlar arasında, diğer çalışanlara göre daha yüksek seyretmektedir. Bu nedenle de bu model, işsizlikten istihdama geçişe imkan tanıyan bir yapı arz etmekle birlikte, istihdamdan işsizliğe geçişin de daha kolay olduğu bir özellik göstermektedir. Yukarıda açıklandığı üzere yeniden işsizlik olgusunun ortaya çıkması halinde, bu etkinin mümkün olduğu kadar azaltılması için Fransa uygulamasında olduğu üzere bir fonun ihdas edilmesi seçenekler arasında değerlendirilmelidir ki, bu fonun da yine işsizlik sigortası fonu ile ilişkilendirilmesi uygun olacaktır. Ancak bu fon kaynaklarından aynı zamanda işçilere eğitim verilmesi için de kaynak tahsis edilmelidir. Bu eğitimlerin, esas itibarıyla kişi işsiz kaldıktan sonra değil, halen çalışırken vasfını yükseltmek özellikle de işsizlik tehlikesinin baş göstermesi halinde verilmesi çok daha isabetli olacaktır.

Yukarıda açıklandığı üzere örneğin İsviçre uygulamasına baktığımız zaman, yürürlükteki sistem işçilerin yurtdışına ödünç verilmesine cevaz verirken, yurtdışından işçilerin İsviçre'ye gelip ödünç istihdam modeli kapsamında istihdam edilmelerine imkan tanıyamaktadır. Bilindiği üzere ülkemizde yabancıların istihdam rejimi 4817 sayılı Yabancıların

Çalışma İzinleri Hakkında Kanun ile belirlenmektedir. Kanaatimizce sonradan istenmeyen bir tablonun ortaya çıkmasına engel olmak adına bu bağlamda gerekli düzenlemelerin yapılması gerekli olacaktır. Eğer, model kapsamında yabancıların istihdam edilmesinin önü kapalı tutulmak isteniyorsa, bu konu yasa dışı açıkça düzenlenmelidir.

Konunun farklı bir boyutu ise, Türkiye'den bu model kapsamında işçilerin yurtdışına gönderilmesi meselesi olacaktır. Bu işçiler ağırlıklı olarak Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olabileceği gibi, yasalara uygun olarak izin almış olan yabancıların durumlarının da ayrıca değerlendirilmesi gerekecektir.

Sonuç Yerine

Ortaya konulmaya çalışıldığı üzere, bugün birçok ülkede mesleki anlamda ödünç iş ilişkisi, çalışma hayatının bir gerçeği olarak şekillenmiş durumdadır. Uzun yıllar süren tartışmalar sonucunda Avrupa Birliği ölçütünde konunun bir temele bağlanmasına yönelik bir direktif kabul edilmiş, bu direktifin hükümleri birlik üyesi ülkelerin ulusal mevzuatlarının harmonizasyonuna önemli katkılar sağlamıştır. Aslında bu sürecin tamamlandığını iddia edebilmek de mümkün değildir. Üye ülkelerdeki uygulamalar benzerlik göstermekle birlikte, daha yakından incelendiklerinde ayrıntılarda farklılaşmakta oldukları açıkça izlenmektedir. Bu ülkelerin gerek mevzuatları, gerekse uygulamaları, edindikleri olumlu ve olumsuz tecrübeleri bizler için adeta bir kaynak olarak karşımızda hazır durmaktadır.

Yapılan birçok araştırma, ödünç çalışma modelinin başarısını, doğrudan uygulanma biçimi ile ilişkilendirmiştir. Öyle ki, modelin bir işletmede başarılı bir biçimde uygulanması, daha açık bir ifadeyle hem işletmenin hem de işgörenlerin memnuniyetlerinin sağlanması, birinci derecede işletme yönetiminin davranış ve tutumlarına bağlı kılınmıştır. Bu anlayış doğrultusunda, çok yoğun bir biçimde ödünç işgücünün kullanıldığı bir işletmede karşılaştırılabilir nitelikteki işlerde, ödünç çalışan işgörenlerin verimliliklerinin, çekirdek işgücü kadar yüksek olduğu görülmüş, iş

kazası sayılarının ve hastalıkla geçirilen sürelerin daha yüksek olmadığı tespit edilmiştir. Ancak bu durum her iki grup arasında tam bir entegrasyonun gerçekleştiği hallerde ortaya çıkmaktadır ki, işte tam da bu noktada işletme yönetimine büyük görevler düşmektedir.⁴²

Ancak genel durumun bu yönde biçimlendiği algısına da kapılmamak gerekir. Nitekim Alman Tekniker Hastalık Kasaları Birliği yayınladığı raporlarında, ödünç çalışan işçiler arasında hastalık nedeniyle kaybolan işgünü sayısının, klasik olarak istihdam edilenlere oranla daha yüksek olduğunu ortaya koymaktadır. Yine Alman Kaza Sigortaları Birliği de, ödünç çalışan işçilerin iş kazası geçirme risklerinin daha yüksek olduğunu ifade etmektedir.⁴³ Buradan açıkça görüldüğü üzere ödünç çalışma modelinin başarısını, birinci derecede yönetimin bakış açısı tayin etmektedir. Bununla birlikte, model kapsamında istihdam edilecek olan işgörenlerin vasıf düzeyleri ve işletmelerde hali hazırda istihdam halinde olan klasik veya farklı biçimlerde çalışanların bakışları da etkin olmaktadır. Dolayısıyla tarafların gereksinimlerini karşılayabilecek nitelikte yasal bir çerçevenin oluşturulması yeterli olmayacaktır; ödünç iş ilişkisi kültürünün işletmelerde tanıtılması ve yerleştirilmesi konusunda da çaba gösterilmesi gereklidir.

Ülkemizde mesleki anlamda ödünç çalışma ilişkisi düzenlenirken, Avrupa Birliği'ne aday konumda olmamız sebebiyle, konunun direktif hükümleri kapsamında ele alınması gerekli olacaktır. Ancak mutlak anlamda, gerek işgücü piyasasının gereksinimlerini karşılayabilecek, gerekse işçilerin çıkarlarını koruyabilecek ve art niyetli kişilerce sömürülmelerine engel olacak nitelikte yasal bir çerçevenin çizilmesi gerekli olacaktır.

Özetle, mesleki anlamda ödünç iş ilişkisinin yasal altyapısının oluşturulması ve uygulamadan başarılı sonuçlar alınabilmesi için, yukarıda değindiğimiz hususların yanında aynı zamanda model kapsamında istihdam edilenlerin işletmelerde istihdam edilen diğer işgücüne entegre edilmesi yolunda da gerekli

tedbirlerin alınması, onlara sadece geçici bir dış kaynak gözüyle bakılmasının engellenmesi gerekecektir.

DİPNOTLAR

- 1 Mevcut düzenleme ile ayrıntılı bilgi için Bkz.: Sarper Süzek, İş Hukuku, 8.baskı, Beta, İstanbul, 2012, s.295 vd.; Nuri Çelik, İş Hukuku Dersleri, 25.bası, Beta İstanbul, 2012, s.110 vd.; Öner Eyrenci/Savaş Taşkent/Devrim Ulucan, Bireysel İş Hukuku, 4.bası, Legal, İstanbul, 2010, s.115 vd.; Nizamettin Aktay/Kadir Arıcı/Tuncay Senyen Kaplan, İş Hukuku, 5.Baskı, Ankara, 2012, s.67 vd.
- 2 Farklı görüş için Bkz: Münir Ekonomi, Mesleki Faaliyet Olarak Ödünç (Geçici) İş İlişkisi, Prof. Dr. Devrim Ulucan'a Armağan, Legal, İstanbul, 2008, s.231-266.
- 3 Bkz.: Alpay Hekimler, Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Geçici İş İlişkisine İlişkin Mevzuat ve Tasarılarının Genel Değerlendirilmesi, 25 Ocak 2013 tarihinde TİSK tarafından Düzenlenen Özel İstihdam Büroları Aracılığı ile Geçici İş İlişkisi Seminerinde sunulan tebliği.
- 4 Alpay Hekimler, Federal Almanya'da Profesyonel Ödünç İş İlişkisinin Yasal Çerçevesi, TİSK İşveren, Nisan 2004, s.20-27.
- 5 Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 über Leiharbeit ABl. L 327 vom 5.12.2008, s.9-14.
- 6 Karş: Felix Schörghofer, Zur Umsetzung der Leiharbeits-RL im AÜG, Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht ZAS, 06/2012, s.336-344.
- 7 Bkz.: Alexius Leuchten, Das neue Recht der Leiharbeit, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht NZA, 11/2011, s.608-612.
- 8 Direktif ile ayrıntılı bilgi için Bkz.: Martin Reufels, Personaldienstleistungen, Beck, München, 2013; Gregor Tüssing, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 3. Auflage, Beck, München, 2012; Nurhan Süral, Dönemsel Çalışma: Daha Kaç Yıl Tartışacağız, Mercek, Nisan 2010, s.25-30; Şelale Uşen, 2008/104/EC Sayılı Ödünç İş İlişkisine İlişkin Avrupa Birliği Yönergesinin Getirdiği Yeni Düzenlemelerin Türkiye Açısından Değerlendirilmesi, Çalışma Toplum, 3/2010, s.169-189; Şeyda Aktekin, Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisinde Gelişme Yok", Mercek, Ekim 2009, s. 121-127; Alpay Hekimler, Avrupa Birliği'nin Kabul Ettiği Ödünç Çalışmaya İlişkin Direktif İle Getirililen Yeni Düzenlemeler, TİSK İşveren, Ocak, 2009, s.49-53.
- 9 Hekimler, a.g.m.
- 10 Bkz.: Direktifin 6.maddesinin 1.fıkrası hükmüne.
- 11 Claudia Bosst/ Herbert Buscher, Zeitarbeit in Deutschland und Europa, IWH-Pressemitteilung, 9/2009.
- 12 Bkz.: Wilhelm Adamy, Leiharbeit und Arbeitslosigkeit, DBG Bundesvorstand, Bereich Arbeitsmarktpolitik, April 2010.
- 13 Ayrıntılı veriler için Bkz.: Bundesagentur für Arbeit, Leiharbeitnehmer und Verleihbetriebe, Nürnberg, Januar 2013.
- 14 Ayrıntılar için Bkz.: Nicolai Kwaniewski, Auch der DGB verdient an Leiharbeit, Spiegel Online, 21.01.2013.
- 15 Norbert Sabath/Bernd Sitte, Neue Qualifizierungs- und Überlassungsmodelle für Fachkräfte in der Zeitarbeit, in: Beiträge zur Flexibilisierung Band:4, (Hrsg. Ricarda Bouncken/Manfred Bornewasser), Rainer Hampp Verlag, München, 2012, s.63.
- 16 Grup ödünç çalışması ile ilgili ayrıntılı açıklamalar için Bkz.: Sabath/Sitte, a.g.e., s.65 vd.
- 17 Tom Giesen/Marcel Müller, Neue Spielregeln für Leiharbeit-Wesentliche Neuerungen des AÜG und deren Auswirkungen auf die Praxis, Kölner Schrift für Wirtschaftsrecht- KSZW, 1/2012, s.20-27.
- 18 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 3. Februar 1995 (BGBl. I S. 158), das zuletzt durch Artikel 26 des Gesetzes vom 20. Dezember 2011 (BGBl. I S. 2854) geändert worden ist
- 19 Bkz: Arbeitnehmerüberlassungsgesetz Art.3a
- 20 Fransa'daki ödünç çalışma ilişkisi hakkında geniş açıklamalar için Bkz.: Serkan Odaman, Türk ve Fransız İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi, Legal, İstanbul, 2007.
- 21 Michael Matoung, Das französische Modell der Zeitarbeit: Ein Modell für wen? in: Beiträge zur Flexibilisierung Band:3, (Hrsg. Ricarda Bouncken/Manfred Bornewasser/Lutz Belmann), Rainer Hampp Verlag, München, 2012, s.226.
- 22 Bkz.: Achim Vanselow/Claudia Weinkopf, Zeitarbeit in europäischen Ländern – Lehren für Deutschland, Hans Böckler Stiftung, Arbeitspapier 182, 2009, s.6 vd.
- 23 Ayrıntılar için Bkz.: Matoung, a.g.e., s.231 vd.
- 24 Bkz.: Matoung, a.g.e., s.231 vd.
- 25 Karş: http://www.beratung-der-zeitarbeit.at/media/downloads/Stichtagserhebung_31.07.2012.pdf Erişim 20.02.2013
- 26 ayrıntılar için özellikle Bkz.: Günther Löschnigg/ Alpay Hekimler, Avrupa İş Hukuku Çerçevesinde Türk İş Hukuku İle Karşılaştırmalı Avusturya İş Hukukunun Temel Esasları, Ankara, Efil, 2011, s.72 vd; Peter Jabornegg/ Reinhard Resch, Arbeitsrecht, 4.Auflage, Manz, Wien, 2012, s.40 vd.; ; Günther Löschnigg, Arbeitsrecht, ÖGB, Wien, 2011, s. 363 vd.
- 27 Karş.: OGH vom 10.10.1990, Arb 10.896; OGH vom 07.02.2008, Arb 12.738.
- 28 Bkz.: Franz Marhold/Michael Friedrich, Österreichisches Arbeitsrecht, 2.Auflage, Springer, Wien/New York, 2012, s.73 vd.
- 29 Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (AÜG) BGBl. Nr. 196/1988 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 98/2012.
- 30 <http://www.albnet.at/zeitarbeit/> erişim 27.02.2013
- 31 Bkz.: AÜG'nin 12a maddesine.
- 32 Bu konudaki ayrıntılı düzenlemeler için Bkz.: AÜG'in 22a ve devamı maddelerine.
- 33 Sertifikasyon ile ayrıntılı bilgi için bkz. www.normeringarbeid.nl.
- 34 Ulrike Tudyka, Arbeitnehmerentsendung in die Nieder-

lade, http://www.dnhk.org/fileadmin/ahk_niederlande/Dokumente/Merkblaetter/2013_ArbRe_Arbeitnehmerentsendung_NL.pdf.

- 35 Bkz.:Thomas Geiser/Roland Müller, Arbeitsrecht in der Schweiz, 2.Auflage, Stämpfli Verlag, Bern, 2012, s.175 vd.
- 36 Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (Arbeitsvermittlungsgesetz, AVG) vom 6. Oktober 1989 (Stand am 1. Januar 2013).
- 37 Bkz.: AVG'nin 12.maddesi ve devamı maddelerine.
- 38 İsviçre'de eyaletler Kanton olarak tanımlanmaktadır.
- 39 Bkz.: AVG'nin 15.maddesine.
- 40 Bkz.: AVG'nin 19.maddesine.
- 41 Bkz.: Dipn. 3.
- 42 Ayrıntılar için Bkz.: Gudrun Hasloh, Zeitarbeit in klein und mittleren Unternehmen: Praxis-Leitfaden für die Zertifizierung nach DIN EN ISO 9001, in: Beiträge zur Flexibilisierung Band:4, (Hrsg. Ricarda Bouncken/Manfred Bornwasser), Rainer Hampp Verlag, München, 2012, s.11 vd.
- 43 Hasloh, a.g.e., s.12 vd.

KAYNAKLAR

- Adamy Wilhelm, Leiharbeit und Arbeitslosigkeit, DBG Bundesvorstand, Bereich Arbeitsmarktpolitik, April 2010.
- Aktay Nizamettin/Arıcı Kadir/Senyen Kaplan Tuncay, İş Hukuku, 5.Baskı, Ankara, 2012.
- Aktekin Şeyda, "Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkinde Gelişme Yok", Mercek, Ekim 2009, s. 121-127.
- Bosst Claudia/Buscher Herbert, Zeitarbeit in Deutschland und Europa, IWH-Pressemitteilung, 9/2009.
- Bundesagentur für Arbeit, Leiharbeitnehmer und Verleihbetriebe, Nürnberg, Januar 2013.
- Çelik Nuri, İş Hukuku Dersleri, 25.bası, Beta İstanbul, 2012.
- Ekonomi Münir, Mesleki Faaliyet Olarak Ödünç (Geçici) İş İlişkisi, Prof. Dr. Devrim Ulucan'a Armağan, Legal, İstanbul, 2008, s.231-266.
- Eyrenci Öner/Taşkent Savaş/Ulucan Devrim, Bireysel İş Hukuku, 4.bası, Legal, İstanbul, 2010.
- Geiser Thomas/Müller Roland, Arbeitsrecht in der Schweiz, 2.Auflage, Stämpfli Verlag, Bern, 2012.
- Giesen Tom/Müller Marcel, Neue Spielregeln für Leiharbeit – Wesentliche Neuerungen des AÜG und deren Auswirkungen auf die Praxis, Kölner Schrift für Wirtschaftsrecht- KSW, 1/2012, s.20-27.
- Hasloh Gudrun, Zeitarbeit in klein und mittleren Unternehmen: Praxis-Leitfaden für die Zertifizierung nach DIN EN ISO 9001, in: Beiträge zur Flexibilisierung Band:4, (Hrsg. Ricarda Bouncken/ Manfred Bornwasser), Rainer Hampp Verlag, München, 2012, s.11-35.
- Hekimler Alpay, Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Geçici İş İlişkinde İlişkin Mevzuat ve Tasarılarının Genel Değerlendirilmesi, 25 Ocak 2013 tarihinde TİSK tarafından Düzenlenen Özel İstihdam Büroları Aracılığı ile Geçici İş İlişkisi Seminerinde sunulan tebliği.
- Hekimler Alpay, Avrupa Birliği'nin Kabul Ettiği Ödünç Çalışmaya İlişkin Direktif İle Getirilen Yeni Düzenlemeler, TİSK İşveren, Ocak, 2009, s.49-53.
- Hekimler Alpay, Federal Almanya'da Profesyonel Ödünç İş İlişkinin Yasal Çerçevesi, TİSK İşveren, Nisan 2004, s.20-27.
- Jabornegg Peter/Resch Reinhard Arbeitsrecht, 4.Auflage, Manz, Wien, 2012.
- Kwaniewski Nicolai, Auch der DGB verdient an Leiharbeit, Spiegel Online, 21.01.2013.
- Leuchten Alexius, Das neue Recht der Leiharbeit, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht NZA, 11/2011, s.608-612.
- Löschnigg Günther/Hekimler Alpay, Avrupa İş Hukuku Çerçevesinde Türk İş Hukuku İle Karşılaştırmalı Avusturya İş Hukukunun Temel Esasları, Ankara, Efil, 2011.
- Löschnigg Günther, Arbeitsrecht, ÖGB, Wien, 2011.
- Marhold Franz/Friedrich Michael, Österreichisches Arbeitsrecht, 2.Auflage, Springer, Wien/New York, 2012.
- Matoung Michael, Das französische Modell der Zeitarbeit: Ein Modell für wen? in: Beiträge zur Flexibilisierung Band:3, (Hrsg. Ricarda Bouncken/Manfred Bornwasser/Lutz Belmann), Rainer Hampp Verlag, München, 2012, s.226-239.
- Odaman Serkan, Türk ve Fransız İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi, Legal, İstanbul, 2007.
- Reufels Martin, Personaldienstleistungen, Beck, München, 2013.
- Sabath Norbert/Sitte Bernd, Neue Qualifizierungs- und Überlassungsmodelle für Fachkräfte in der Zeitarbeit, in: Beiträge zur Flexibilisierung Band:4, (Hrsg. Ricarda Bouncken/Manfred Bornwasser), Rainer Hampp Verlag, München, 2012, 63-78.
- Schörghofer Felix, Zur Umsetzung der Leiharbeits-RL im AÜG, Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht ZAS, 06/2012, s.336-344.
- Süral Nurhan, Dönemsel Çalışma: Daha Kaç Yıl Tartışacağız, Mercek, Nisan 2010, s.25-30.
- Süzek Sarper, İş Hukuku, 8.baskı, Beta, İstanbul, 2012.
- Tudyka Ulrike, Arbeitnehmerentsendung in die Niederlande, http://www.dnhk.org/fileadmin/ahk_niederlande/Dokumente/Merkblaetter/2013_ArbRe_Arbeitnehmerentsendung_NL.pdf.
- Tüssing Gregor, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 3. Auflage, Beck, München, 2012.
- Uşen Şelale, 2008/104/EC Sayılı Ödünç İş İlişkinde İlişkin Avrupa Birliği Yönergesinin Getirdiği Yeni Düzenlemelerin Türkiye Açısından Değerlendirilmesi, Çalışma Toplum, 3/2010, s.169-189.
- Vanselow Achim/Weinkopf Claudia, Zeitarbeit in europäischen Ländern-Lehren für Deutschland, Hans Böckler Stiftung, Arbeitspapier 182, 2009.

Vahap ÜNLÜ

MESS Müşavir Avukatı

Masrafları İşveren Tarafından Karşılanan Havayoluyla Gerçekleşen İş Amaçlı Seyahatlerden Kazanılan Mil Puanlar Kime Aittir?

ALMAN FEDERAL İŞ MAHKEMESİ

Karar Tarihi : 11 Nisan 2006**Karar No** : 9 AZR 500/5

Özet

1. İşçi bir sık uçuş programı çerçevesinde, gördüğü iş ile işsel açıdan bağlı olarak ve sadece işi ilgilendiren durumlar dolayısıyla olmamak üzere, hediye miller kazanmaktadır. Başka biri adına ve hesabına iş görenler gördükleri işten doğan tüm faydaları elde etmekle yükümlüdür.

2. Bu nedenle Medeni Kanununun 667. maddesi 2. alternatifi uyarınca işçi işverenine, işin görülmesi nedeniyle gerçekleşen ve ücretleri işveren tarafından ödenmiş bulunan uçuşlardan kazanılan hediye milleri devretmekle yükümlüdür. İşverenin işçiden kazanılan hediye

milleri kendi menfaati için kullanılmasını talep etmesi bilhassa mümkündür.

Olay

1. Taraflar davacının iş seyahatleri nedeniyle “Miles&More” sık uçuş programından kazandığı milleri özel amaçları için herhangi bir şarta bağlı olmaksızın kullanım hakkına sahip olup olmadığı hususunda uzlaşmamaktadır.

2. Davacı 1 Ağustos 1975'ten beri davalı tarafından istihdam edilmekte ve son olarak yurtdışı satış yöneticiliği görevini yürütmektedir. Davacı görevi dolayısıyla çok sayıda uçak yolculuğu yapmaktadır. Bunların masrafları davalı tarafından karşılanmaktadır. 1993'ten bu yana ise sık uçuşu dolayısıyla “Miles&More” sık uçanlar programında yer almaktadır. Bu programın katılım şartları uyarınca Almanya'da bu programa sadece gerçek kişiler katılabilmektedir. “Miles&More”

programında her katılımcı adına bir mil hesabı oluşturulmaktadır. Programın sahibi şirketle ve bu şirketin işbirliği yaptığı şirketlerle yapılan uçuşlar bahsi geçen mil hesabına kaydedilmektedir. Mil hesabındaki birikim uçuş ücreti karşılığı olarak bozdurulabilmektedir. Ayrıca hesap sahibi bu birikimini havaalanına demiryolları ile yapılan seyahatler, havayolu şirketi ile işbirliği yapan otellerde konaklama veya işbirliği yapılan oto kiralama şirketlerinden oto kiralanması gibi kampanyalar için de kullanabilmektedir. Davalı 2002'den bu yana davacının "Miles&More" programının katılımcısı olduğundan haberdardır. Davacının mil hesabında Eyalet İş Mahkemesindeki son murafaa tarihi itibarıyla 350.000 mil bulunmaktadır. Bu miller 9.700 Avro değerindedir.

3. Şimdiye kadar davacı iş seyahatleri dolayısıyla topladığı milleri sadece özel amaçlı uçuşları için kullanmıştır. Davalı 28 Ocak 2003 tarihli talimatıyla millerin özel amaçlı kullanımını yasaklamıştır. Kazanılan miller sadece işletmesel amaçlar için kullanılabilir. Davacının Ağustos 2004 tarihinde bu talimata karşı dava açmasından sonra davalı 13 Ocak 2005 tarihinde yazılı olarak 28 Ocak 2003 tarihli talimatın uygulamadan kaldırıldığını bildirmiştir. Başka bir talimata kadar işle ilgili olan uçuşlardan kazanılan miller tekrar özel amaçlar için kullanılabilir. Ancak işveren işyeri giderlerinde bir değişme ortaya çıkması durumunda talimatın uygulanması konusunda yeni bir düzenleme yapma hakkını saklı tutmuştur.

4. Davacı kendi hesabında biriktirdiği millerin iş ile ilgili olarak kullanılmasının davalı tarafından talep edilemeyeceği görüşünü savunmaktadır. Bu millerin kendisinin iş ilişkisi ile hukuksal bir bağı olmadığını ve en azından işyeri uygulaması dolayısıyla bunları talep edebileceğini iddia etmektedir. Davacı davalının 1993'ten bu yana vazgeçme hakkını da saklı tutmamakla biriktirilen millerin iş ile ilgili kullanımından feragat ettiğini de dile getirmektedir.

5. Davacı "Miles&More" programı kapsamında elde ettiği ve kişisel hesabında biriktirdiği milleri özel amaçlarla kullanmaya hakkı olduğunun tespitini talep etmektedir.

6. Davalı davanın reddini talep etmekte, burada sadece soyut bir hukuksal sorunun açıklanması istendiğinden bir tespit davasının mümkün olmayacağını dile getirmektedir. İş amaçlı uçuşlardan elde edilen millerin kendisine ait olduğunu ve de işyeri uygulamasına dayanan talebin, geçmişte kendi tarafından hiçbir şekilde bağlanma arzusu mevcut olmamasından dolayı mümkün olmayacağını savunmaktadır.

7. Dava İş Mahkemesince kabul, Eyalet İş Mahkemesince reddedilmiştir. Davacı Eyalet İş Mahkemesi tarafından açık bırakılan temyiz yolunu kullanarak, davasını tespit dilekçesi ile bir üst mercie taşımıştır.

GEREKÇE

8. Temyiz temelden yoksundur. Eyalet İş Mahkemesi davayı haklı olarak reddetmiştir (Eyalet İş Mahkemesi tarafından davanın reddi yerindedir).

9. Dava mesmudur. Davalının iddiasının aksine, halihazırda "Miles&More" sık uçuş programından ve diğer sık uçuş programlarından biriktirilen millerin özel amaçlarla kullanımına izin verilmesine rağmen, Hukuk Usulü Tüzüğü'nün 256. maddesine göre gerekli olan tespit menfaati olayda mevcuttur. Davacı biriktirdiği milleri hiçbir çekince olmadan özel amaçlarla kullanıp kullanamayacağını kesin olarak bilmek istediğini murafaa sırasında açıklamıştır. Davalının 13 Ocak 2005 tarihli beyanında vazgeçme hakkını saklı tutmasından dolayı tespit davacının menfaatinin bulunduğu kabulü gerekir. Çünkü eğer belirsizlikten kaynaklanan bir tehlike hakkı tehdit ediyorsa ve verilecek karar bu tehlikeyi bertaraf edebilmek için uygunsu derhal tespit hukuksal bir menfaat mevcuttur. Olaydaki durum da budur. Davacının biriktirdiği milleri özel amaçlarla kullanıp kullanmayacağı veya davalının vaz-

geçme hakkı olup olmadığı soruları bir tespit kararı ile ortadan kaldırılabılır.

10. Dava temelden yoksundur. Davacının iş seyahatleri dolayısıyla hesabına aktarılan miller konusunda hakkı yoktur. Bu nedenle işyerindeki gider durumunda bir değişiklik olur ise davalı millerin özel amaçlı olarak kullanım hakkını geri alabilir.

11. Medeni Kanunun 611. maddesi ve iş sözleşmesinin birlikte yorumlanmasından davacının milleri özel amaçları için kullanabileceği sonucu çıkmamaktadır.

12. Taraflar "Miles&More" sık uçanlar programından elde edilecek özel faydaların kime ait olacağını aralarında kararlaştırmamıştır.

13. Sözleşmenin içeriği olacak şekilde bir işyeri uygulaması da oluşmamıştır.

14. İşyeri uygulamasından, işverenin, işçilerin tümünde veya belli bir gruba ait işçilerde kendilerine sağlanan bir ödeme ya da imtiyazın sürekli olacağı izlenimini uyandıran belirli bir davranışın düzenli olarak tekrarı anlaşılır. İşverenin icabı olarak değerlendirilecek davranışı, işçiler zımnen kabul ederse, mutad hale gelen bu edimlerden işçilerin sözleşmesel talepleri oluşur. İşyeri uygulaması iş sözleşmesi ile genel olarak düzenlenebilen her konuda mümkündür. Davalının iddiasının aksine talebin oluşabilmesi için işverenin yüküm altına girmek konusundaki isteği belirleyici değildir. Belirleyici olan beyanın muhatabının, beyanı ya da işverenin davranışını tüm eşlik eden olguları da dikkate alarak dürüstlük ve iyi niyet ilkelerine göre nasıl anlayabileceğidir. İşyeri uygulaması işverenin göz yumması ile de oluşabilir.

15. Olayda bir işyeri uygulamasının oluşması için eksik olan genellik şartıdır. Sadece tek bir işçiye sağlanan edim işyeri uygulamasının temel ilkelerine göre hesaplanabilir, nesnel bağlanma iradesi olarak değerlendirilemez. İşveren edimi tüm işçilere ya da en azından sınırlanabilir bir grubun tamamına sağlamalıdır.

16. Edimin kaç kere sağlanmasından son-

ra işçilerin bunun devam etmesini bekleyebilecekleri konusunda genel bir kural mevcut değildir. Bu olgu edimin çeşidi, süresi ve yoğunluğuna göre belirlenmelidir. Ayrıca uygulama sayısının personelin genişliğine veya yararlanan işçi grubunun genişliğine oranının da göz önüne alınması gerekir. Uygulamanın sayısı, tekrarlanması ve süresi arasındaki ilişkinin değerlendirilmesi yanında edimin türü ve içeriği de dikkate alınmalıdır.

17. Ne Eyalet İş Mahkemesinin tespitlerinden ne de davacının açıklamalarından davalının kaç tane işçinin iş dolayısıyla elde ettikleri milleri özel amaçlar için kullanmasına göz yumduğu ve bu işçilerin sayısının personel sayısına oranının bilgisine ulaşılabilmektedir. Davalının 28 Ocak 2003 tarihli yazısı ve 13 Ocak 2005 tarihli bildiri birinden çok "Miles&More" kartı sahibine yöneliktir. Buradan davacı dışında da sık uçanlar bulunduğu sonucu çıkarılabilmekle birlikte, işyeri uygulamasının tespiti için gereken somut sayılar eksiktir.

18. Davalı, davacının milleri ve hediye puanları özel amaçlarla kullanmasına göz yummakla sözleşmenin değiştirilmesi için bir icapta bulunmamıştır.

19. Bir davranışın hukuki içeriği muhatabın makul bir bakış açısı ile iradeyi nasıl anladığı ve nasıl anlaması gerektiğine göre belirlenir. Davalının davranışıyla millerin özel amaçlı kullanımına müsamahasını gelecekte de sürdüreceği içerikli bir icapta bulunduğu ne açık bir durumdadır ne de temyizde bu ortaya koyulmuştur.

20. Talep vekalet hukukundan da doğmamaktadır. Eyalet İş Mahkemesi bunu yerinde olarak kabul etmiştir. Davacı Medeni Kanunun 667. maddesi 2. alternatifi uyarınca vekil olarak işin görülmesi dolayısıyla elde ettiği tüm faydaları iş sahibi davalıya devretmekle yükümlüdür. Bu "Miles&More" sık uçuş programından elde edilen faydaları da kapsar...¹⁷

I. KARARA KONU OLAY

Yurtdışı satış yöneticiliği görevini yerine getirmekte olan bir çalışan, yapmakta olduğu iş gereği çok sayıda uçak yolculuğu gerçekleştirmektedir ve bu yolculukların masrafları işveren tarafından karşılanmaktadır. Davacı çalışan 1993 yılından beri "Miles&More" programı üyesidir ve Almanya'da bu programa sadece gerçek kişiler katılabilmektedir. "Miles&More" programında her katılımcıya bir mil hesabı oluşturulmakta ve uçuşlardan kazanılan mil puanlar ilgilinin hesabına kaydedilerek, bu biriken miller uçuş ücreti karşılığı bozdurulabilmektedir. Ayrıca mil hesabı sahibi, hesabında biriken milleri anlaşmalı otellerde konaklama, oto kiralama gibi kampanyalar için de kullanabilmektedir.

Davalı işveren, 1975 yılından beri işverenlik nezdinde çalışmakta olan davacı çalışanın 2002 yılından bu yana "Miles&More" programı üyesi olduğunu bilmektedir. İş sözleşmesinde açıkça bu konuda bir düzenlemede öngörülmemiş olup, taraflar "Miles&More" programından elde edilecek özel faydaların (olayda uçuşlardan kazanılan millerdir) kime ait olacağını kararlaştırmamışlardır.

Davacı çalışan, bugüne kadar toplamış olduğu milleri sadece özel amaçlı uçuşlar, yani kendisi için kullanmış olup, davalı işveren 2003 yılında yayınlamış olduğu bir talimatla, yapmakta olduğu iş gereği gerçekleştirilen uçuşlardan elde edilen millerin özel amaçlı kullanımını yasaklamış ve kazanılan millerin sadece işletmesel amaç için kullanılmasını talep etmiştir. Akabinde işveren 2005 yılında söz konusu talimatı uygulamadan kaldırarak, işle ilgili olan uçuşlardan elde edilen millerin özel amaçlar için kullanılabilmesine izin vermiş, ancak bunu yaparken işyeri giderlerinde ortaya çıkabilecek bir değişime bağlı olarak söz konusu millerin kullanımı ile ilgili yeni bir düzenleme yapma hakkını, başka bir deyişle kazanılan millerin özel amaçlı kullanımını yeniden yasaklama hakkını saklı tutmuştur.

Çalışan, açtığı davada işle ilgili gerçekleştirdiği uçuşlardan kazandığı milleri herhangi bir şarta veya kısıtlamaya bağlı olmaksızın,

özel amaçlı olarak kullanma hakkı olduğunun tespit edilmesini talep etmiştir. Dava İş Mahkemesince kabul edilmiş, ancak Eyalet İş Mahkemesince reddedilmiştir. Alman Federal İş Mahkemesi de kararında Eyalet İş Mahkemesinin davayı reddetmesini haklı bularak, davanın temelden yoksun olduğu, davacı çalışanın yaptığı iş ile ilgili gerçekleştirdiği iş seyahatlerinden kazanılan miller üzerinde hakkının bulunmadığını, millerin özel amaçlı kullanımına yönelik iş sözleşmesinin içeriği olacak şekilde bir işyeri uygulaması oluşmadığını, bu nedenle işverenin millerin özel amaçlı kullanıma izin veren kararından dönerek bu hakkı geri alabileceğini hüküm altına almak suretiyle iş seyahatleri nedeniyle kazanılan millerin işverene ait olduğunu tespit etmiştir.

İncelememizde, masrafları işveren tarafından karşılanan iş seyahatleri nedeniyle kazanılan mil puanların kime ait olacağı konusu, 4857 sayılı İş Kanunu ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu çerçevesinde değerlendirilecektir.

II. KARARIN İNCELENMESİ

1. Açıklamalar

Dünyada havayoluyla yolcu taşımacılığı son 30 yılda önemli şekilde gelişmiştir. Türkiye'de ise, özellikle 2003 yılında başlatılan bölgesel havacılık politikası bağlamında bu gelişim daha çarpıcı hale gelmiştir. Ülkemizde, ulaşım türleri arasındaki taşıma paylarına bakıldığında, havayolu taşımacılığının yurtiçi yolcu taşımacılığındaki payı uzun yıllar %2,5'ler seviyesinde kalmış iken, Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı'nın son verilerine göre 2010 yılı için hava ulaşımının payı %7,82 olarak tespit edilmiştir ve 2023 yılında bu oranın %14'lere ulaşması öngörülmektedir. Ülkemizde, sivil havacılıkta dünyada yaşanan gelişmelere paralel olarak girilen hızlı büyüme eğilimi sonucu iç ve dış hat yolcu sayısı 2010 yılında 102.800.392 yolcu olarak gerçekleşmiş, 2011 yılında ise %14,4 artışla 117.620.469 yolcuya ulaşmıştır. DHMİ Genel Müdürlüğü kısa dönem tahminlerinde,

2014 yılında iç hat yolcu sayısının 87.697.508, dış hat yolcu sayısının ise 85.628.813 olmak üzere toplamda 173.326.321 yolcuya ulaşmasını öngörmektedir.²

Havayolu ile ulaşım konusunda tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de yaşanan bu hızlı gelişmeler beraberinde bir takım uygulamaları da hayata geçirmiştir. Konumuz çerçevesinde bu uygulamalardan bir tanesi de, son yıllarda oldukça yaygınlaşan ve belirli bir havayoluyla uçuşun veya kredi kartının kullanımını neticesinde kazanılan mil/uçuş mil/mil puan gibi isimler altında tanımlanan avantajlar olup, bu avantajların iş hukuku bakımından nasıl değerlendirileceği, bunların kime ait olacağıdır. Kuşkusuz söz konusu avantajların iş hukuku bakımından değerlendirilmesinde, üstlendiği işi ifa ederken masrafları işveren tarafından karşılanan havayolu seyahatlerinden kazanılan ve çalışanın kendi hesabına aktarılan bedava mil puanlar incelememize konu olmaktadır.

İncelememize konu kararda olduğu gibi, bildiğimiz kadarı ile, ülkemizde de kazanılan bu puanlar gerçek kişilerin, yani uçuşu gerçekleştiren kişilerin kendi hesaplarına aktarılmaktadır ve uçuşlardan kazanılan mil puanların uçuşu gerçekleştiren kişi dışında başka bir kurum/kişi hesabına aktarılma imkanı bulunmamaktadır. Bu nedenledir ki, masrafları işveren tarafından karşılanan uçuşlardan kazanılan mil puanlar, programdan yararlanan yani mil puan kazandıran ilgili kartı kullanarak uçuşu gerçekleştiren çalışanın hesabına aktarılmaktadır.

2. Değerlendirme

Masrafları işveren tarafından karşılanan uçuşlardan kazanılan mil puanların kime ait olacağına belirlenmesi için, kanaatimizce öncelikle kazanılan söz konusu “mil puanların” ne olduğunun tespit edilmesi, bu anlamda söz konusu puanların ücret veya ücret eki olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin belirlenmesi gerekmektedir.

İş sözleşmesi bakımından ücret hem sözleşmenin kurucu unsuru hem de işverenin asli borcudur. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda ol-

duğu gibi 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda da ücret tanımlanmamıştır. Ücret, 4857 sayılı İş Kanunu'nda tanımlanmış olup, Kanun'un md.32/1 uyarınca; “genel anlamda ücret, bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para olarak ödenen tutardır.” Öğreti ve yargı kararlarında ücretin dar ve geniş anlamda olmak üzere ikiye ayrıldığı kabul edilmektedir.³ İş Kanunu'nun ücrete yönelik bu tanımı, dar ve teknik anlamda ücret kavramını vermekte olup, çalışma yaşamında sıkça kullanılan “çıplak ücret”, “temel ücret”, “kök ücret” gibi tabirlerle kastedilen, İş Kanunu'nda tanımı yapılmış ücrettir. Öğretide, İş Kanunu'ndaki bu tanım ve iş hukukunun ücrete ilişkin diğer hükümlerinin birlikte analiz edilmesiyle ücretin pozitif iş hukuku yönünden üç unsuru içerdiği belirtilmiştir. Bunlar; “ücretin bir işin karşılığı olması”, ücretin nakdi bir ödeme olması” ve “ücretin kural olarak dönemsel bir ödeme olması”dır.⁴

Geniş anlamda ücret ise, işin karşılığı olan asıl ücrete ek olarak işçiye sağlanan para ve parayla ölçülmesi mümkün yasadan veya sözleşmeden doğan (nakdi ve aynı) tüm menfaatlerin birlikte oluşturduğu bütündür. İş Kanunu bazı durumlarda geniş anlamda ücrete de yer vermiş olup, temel ücret dışında yan menfaatlerin de göz önünde tutulacağını hükme bağlamıştır. Bu anlamda 4857 sayılı İş Kanunu'nun md.17/son uyarınca ihbar ve kötüniyet tazminatlarında, md.32/6 uyarınca iş sözleşmesinin sona ermesinde işçiye yapılacak ödemede, mülga 1475 sayılı İş Kanunu'nun yürürlükte olan md.14/11 uyarınca kıdem tazminatında, geniş anlamda ücret dikkate alınır.⁵ Çalışma yaşamında, geniş anlamda ücretin karşılığı olarak “giydirilmiş ücret” tabiri de kullanılmaktadır.

Öğretide kabul edildiği üzere, İş Kanunu hükümleri dikkate alındığında, ücret eki olarak kabul edilecek ödemelerin “kanundan veya sözleşmeden doğmak” ve “para veya para ile ölçülmesi mümkün olmak” şeklindeki iki unsuru içermesi zorunlu olup, yargı kararlarında bu iki unsura bir üçüncü unsur daha ilave edilmiştir. Bu unsur şudur:

“devamlı nitelikte olmak”. Bu anlamda, bu üç unsuru içermeyen bir ödeme “ücret eki olarak kabul edilemeyecektir.⁶ Üçüncü unsur, Yargıtay’ın 14.8.1957 tarih, E.1956/13, K.1957/10 karar sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında; “...işçinin gıda, mesken, sağlık, yakacak ve aydınlatma gibi zaruri ihtiyaçlarını karşılayacak kıfayette olmak üzere iş karşılığında para ve ayın olarak yapılan ve arızı olmayan her türlü ödemelerin...kıdem tazminatının hesabına esas olan ücret mefhumuna dahil bulunduğu...” şeklinde açıkça ifade edilmiştir. Yargıtay son yıllardaki kararlarında da arızı nitelikte olduğu anlaşılan ödemelerin ücret eki olarak giydirilmiş ücrete dahil edilemeyeceğini ifade etmektedir.⁷

Kazanılan mil puanların, işçi tarafından yapılan bir işin karşılığı olarak belirlenecek olan ücretin niteliğini taşımadığı, bu anlamda mil puanların ücret olarak kabul edilemeyeceği açıktır. Söz konusu mil puanların ücret eki olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusu ise öğretide ele alınmış ve ücretleri işveren tarafından karşılanan iş amaçlı havayolu seyahatlerinden kazanılan mil puanların, seyahat eden işçiye işveren tarafından sağlanmış ek bir menfaat olarak değerlendirilmesinin hukuken doğru olmayacağı ifade edilerek, söz konusu mil puanların ücret eki olarak nitelendirilemeyeceği sonucuna varılmıştır. İlgili görüş uyarınca, söz konusu mil puanlar, havayolu şirketinin doğrudan müşterisine sağladığı hukuken şartlı bağış niteliğinde bir uygulamadır.⁸ Kanaatimizce de, ücretleri işveren tarafından karşılanan havayolu seyahatlerinden kazanılan mil puanların, seyahat eden işçiye işveren tarafından sağlanmış ek bir menfaat olarak değerlendirilmesi ve bunun ücretin eki olarak kabul edilmesi hukuken doğru olmayacaktır. Zira, bir çalışanın, masrafları işveren tarafından karşılanan havayolu seyahati nedeniyle kazandığı mil puanlar, çalışanın üstlenmiş olduğu işin ifası sırasında, başka bir deyişle işi gereği, gerçekleştirmiş olduğu seyahat nedeniyle üçüncü bir kişiden elde ettiği bir değer olup, burada işverence sağlanan ek bir menfaat olarak değerlendirilebi-

lecek bir alacaktan bahsetmek olası değildir. Üstelik çalışan, söz konusu mil puanları eğer ilgili havayolu kuruluşunun kendisinin veya anlaşmalı olduğu diğer kartları kullanması halinde kazanmakta olup, çalışan tarafından bu koşulun yerine getirilmemesi (çalışanın ilgili karta sahip olmaması veya kartı kullanmaması) halinde bir puan kazanılması da söz konusu olmamaktadır. Dolayısıyla bu kapsamda gerçekleştirilen her seyahatten puan kazanılması söz konusu değildir.

Yukarıda belirtilen öğreti görüşü uyarınca, çalışanın bu kapsamda elde ettiği mil puanlar, ilgili havayolu şirketinin doğrudan müşterisine sağladığı hukuken şartlı bağış niteliğinde bir uygulamadır ve hukuken bağış niteliğindeki bu menfaatin kime ait olduğu sorunu, vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması suretiyle çözümlenebilecektir. Bu bağlamda söz konusu görüş uyarınca; “BK.md.392’ye göre, ‘Vekil, müvekkilin talebi üzerine yapmış olduğu işin hesabını vermeğe ve bu cihetten dolayı her ne nam ile olursa olsun almış olduğu şeyi müvekkile tediye mecburdur’. Vekilin bu borcu, müvekkilin BK md.394’teki borçlarının karşılığıdır. Bu hüküm gereği müvekkil, vekilin yaptığı masrafları ve avansları ödeme, onu kendi adına ve müvekkil hesabına girdiği borçlardan kurtarma, vekilin vekaleti ifa dolayısıyla uğradığı zararları tazmin etme yükümlülüğü altındadır. Buna göre vekilin görülen iş dolayısıyla hiçbir zarara uğramaması gerektiği gibi, bundan ücret dışında bir fayda da elde etmemesi gereklidir. Aynı şekilde işçi de iş görme ediminden edimin karşılığı olan ücret dışında, bir menfaat elde etmemelidir. İşveren işin tüm rizikolarını üstlendiği gibi, işin görülmesinden doğan tüm faydalara da sahip olmalıdır. Dolayısıyla ücretleri işveren tarafından karşılanan uçuşlardan kazanılan bedava miller, sistem gereği işçinin kişisel hesabına aktarılsa da, işçi bunu kendisinin değil işverenin menfaatine kullanmalı ya da işverene iade etmelidir. Nitekim TBK. md. 397/f.2’ye göre, işçi işin ifasından dolayı elde ettiği şeyleri derhal işverene teslim etmekle yükümlüdür. Dolayısıyla uçuş milleri de,

işin ifası dolayısıyla elde edilen şeyler kapsamında değerlendirilerek, bu fıkra hükmü bağlamında işverene iade yükümlülüğü söze konudur.”⁹

Belirtmek gerekir ki, söz konusu görüşte dile getirilen BK.md.392 hükmü çerçevesinde vekilin hesap verme borcuna ilişkin açıklamalar, mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu’na ilişkin olsa da, vekilin hesap verme borcu ile ilgili yapılan bu değerlendirmeler kanaatimizce, 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu’nda vekilin hesap verme borcunu düzenleyen ve BK.md.392 hükmünü karşılayan 508. maddesi çerçevesinde, bugün için de geçerlidir.¹⁰

Bilindiği üzere, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu’ndan farklı olarak hizmet sözleşmelerini “genel hizmet sözleşmesi”, “pazarlamacılık sözleşmesi” ve “evde hizmet sözleşmesi” olarak üç ayrı başlık altında düzenlemiş olup, bu temel farklılığın yanı sıra 6098 sayılı Kanun, mülga 818 sayılı Kanun’da yer almayan birçok konuyu da özel olarak ele almış ve yasal temele kavuşturmuştur. Bu anlamda, 6098 sayılı TBK, mülga 818 sayılı Kanun’dan farklı olarak işçi ve işverenin borçlarını daha ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. İşçinin borçları açısından konu ele alındığında, getirilen bu düzenlemeler ise sadece Türk Borçlar Kanunu’nun kapsamına giren işçiler açısından değil, gerek 4857 sayılı İş Kanunu gerekse diğer iş kanunlarının kapsamına giren işçiler açısından da büyük önem taşımaktadır. Zira iş kanunlarında işçinin iş sözleşmesinden doğan borçları açıkça ve ayrıntılı olarak düzenlenmemiştir. Bu nedenle konuya ilişkin olarak işçinin borçlarının ve borçlarının kapsamının belirlenmesi için Borçlar Kanunu’ndaki hükümlere başvurma zorunluluğu doğmaktadır.¹¹ Bu çerçevede, işçinin borçlarına ilişkin düzenlemelere, esas olarak, 4857 sayılı İş Kanunu’nda yer verilmemiş olması nedeniyle, işçinin borçlarına ilişkin 6098 sayılı TBK hükümleri, nitelikleri itibariyle İş Kanunu’na tabi iş sözleşmeleri hakkında da uygulama alanı bulmaktadır. Buna göre, işçinin borçlarına ilişkin 6098 sayılı Kanun’da

öngörülen düzenlemeler, sadece TBK’ya tabi hizmet sözleşmeleri hakkında değil, başta İş Kanunu olmak üzere genelde tüm iş yasalarına bağlı iş sözleşmeleri için de geçerlilik kazanmaktadır.¹²

6098 sayılı TBK’da işçinin borçları arasında düzenlenen hükümlerden inceleme konumuzla ilgili olarak ele alacağımız hüküm, Kanun’un 397. maddesinde “Teslim ve hesap verme borcu” başlığı altında düzenlenen hükümdür. İki fıkradan oluşan söz konusu maddeye göre;

“İşçi, üstlendiği işin görülmesi sırasında üçüncü kişiden işveren için aldığı şeyleri ve özellikle paraları derhal ona teslim etmek ve bunlar hakkında hesap vermekle yükümlüdür.

İşçi, hizmetin ifasından dolayı elde ettiği şeyleri de derhal işverene teslim etmekle yükümlüdür.”

İşçinin teslim ve hesap verme borcunu öngören TBK.md.397 hükmü, 818 sayılı BK.’da karşılığı bulunmayan bir düzenlemedir. Bizim de katıldığımız öğretilerdeki bir görüş uyarınca, 397. madde her ne kadar özen ve sadakat borcunu düzenleyen TBK.md. 396’dan ayrı bir madde olarak düzenlenmiş olsa da, hukuki niteliği itibariyle “işçinin teslim ve hesap verme borcu” sadakat borcu içerisinde değerlendirilebilir.¹³ Dolayısıyla bu hüküm bulunmasaydı bile işçi işin ifası sırasında üçüncü kişiden işveren için aldığı şeyleri ve parayı sadakat borcu gereği derhal işverene teslim etmek ve hesap vermekle yükümlüdür. TBK.md.397 hükmü ile, özellikle tahsildar olarak çalışan işçilerin, işveren adına müşteriden almış olduğu para veya diğer eşyaları işverene derhal teslim etmek zorunda oldukları açıklığa kavuşturulmuş olmaktadır.¹⁴ Örneğin bir garsonun müşteriden aldığı yemek bedelini işverene teslim etmesi, bir pazarlamacının satış sonrası müşteriden aldığı bedeli işverenine teslim etmesi bu bağlamda yükümlülüktür.¹⁵

Ancak TBK.md.397’de, işçinin işverene teslim ve hesap verme yükümlülüğü yukarıda belirtilen durumlarla sınırlı değildir. Nitekim TBK.md.397/2 uyarınca, işçi, işin ifa-

sından dolayı elde ettiği şeyleri de derhal işverene teslim etmekle yükümlü tutulmuştur. Söz konusu bu yükümlülüğün kapsamı ve sınırları konusu öğretide henüz kapsamlı bir şekilde ele alınmamış olsa da, öğretide ileri sürülen bir görüş uyarınca; işçinin, işin ifası için işverenden aldığı fakat kullanmadığı veya elinde kalan parayı (örneğin masraf avanslarını) veya şeyleri veya belgeleri işverene geri vermekle yükümlü olması, bu borç kapsamında değerlendirilebilecek olup, aynı şekilde “işin icrasının, işçi için hak kazandığı ücret dışında bir zenginleşmeye yol açmaması gerektiği” de bu borç kapsamında değerlendirilmektedir.¹⁶ Öğretide ileri sürülen diğer bir görüş uyarınca da, işçinin işin ifası nedeniyle havayoluyla gerçekleştirdiği, masrafları işveren tarafından karşılanan, seyahatlerden kazandığı mil puanlar bu madde kapsamında değerlendirilebilecek olup, bu anlamda işçinin havayolu uçuşlarından kazandığı söz konusu mil puanlar bu fıkra bağlamında işverene teslim edilmesi gereken şeylere örnek olarak verilebilecektir.¹⁷

TBK.md.397/2 kapsamındaki yükümlülüğün kapsamını sadece işin ifası nedeniyle işçinin işverenden aldığı para, belge vb. şeylerle sınırlı tutarak değerlendirmek, kanaatimizce isabetli olmayacaktır. Nitekim, “işin icrasının işçi için hak kazandığı ücret dışında bir zenginleşmeye yol açmaması gerektiği”, benzer şekilde “işçinin iş görme ediminden edimin karşılığı olan ücret dışında bir menfaat elde etmemesi gerektiği” ve “işverenin işin tüm rizikolarını üstlendiği gibi işin görülmesinden doğan tüm faydalara da sahip olması gerektiği”ne ilişkin öğretide görüşleri de göz önüne alındığında, işçinin söz konusu işini ifa ederken üçüncü kişilerden temin ettiği menfaatlerin de md. 397/2 kapsamında değerlendirilmesi, kanaatimizce daha isabetli görülmektedir. Dolayısıyla, masrafları işverence karşılanan ve işin ifası nedeniyle gerçekleştirilen havayoluyla yapılan seyahatlerden işçinin elde ettiği mil puanları da, TBK.md. 397/2 anlamında “işin ifasından dolayı elde edilen şeyler” kapsamında değerlendirilerek, söz konusu mil puanların işçi tara-

fından bu hüküm bağlamında işverene iade yükümlülüğü olduğunu belirten öğretide görüşüne¹⁸ katılmaktayız.

3. Sonuç

İşçinin havayoluyla gerçekleştirdiği bu kapsamdaki seyahatler, işçinin üstlendiği işi yerine getirmek için yapılan seyahatler olup, söz konusu seyahatlerin masrafları işveren tarafından karşılanmaktadır. İşçinin söz konusu bu seyahatlerden elde ettiği mil puanların ücret veya ücret eki olarak kabul edilmesi hukuken doğru olmayacaktır. Her ne kadar 4857 sayılı İş Kanunu’nda işçinin borçları açık bir şekilde düzenlenmemiş olsa da, 6098 sayılı Borçlar Kanunu’nda bu konuda yapılmış olan düzenlemeler 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında bulunan iş sözleşmeleri açısından da geçerli olacaktır. 6098 sayılı Kanun’un 397/2 maddesinde düzenlenmiş bulunan “işçi, hizmetin ifasından dolayı elde ettiği şeyleri de derhal işverene teslim etmekle yükümlüdür” hükmü değerlendirilirken, işçinin sadece işverenden aldığı şeylerin değil, işin ifası sırasında üçüncü kişilerden temin ettiği şeylerin de bu hüküm kapsamında değerlendirilmesi daha isabetli görülmektedir.

Bunun yanı sıra, “işin icrasının işçi için hak kazandığı ücret dışında bir zenginleşmeye yol açmaması gerektiği”, “işçinin iş görme ediminden edimin karşılığı olan ücret dışında bir menfaat elde etmemesi gerektiği”, “işverenin işin tüm rizikolarını üstlendiği gibi işin görülmesinden doğan tüm faydalara da sahip olması gerekliliği” ve ayrıca, iş ilişkisi gereğince işçinin, işverenin haklı menfaatlerinin korunması ve işvereni zarara uğratabacak her türlü davranıştan kaçınması temelinde şekillenen “sadakat borcu”¹⁹ da göz önüne alındığında, söz konusu iş seyahatlerinden işçinin kazandığı mil puanların TBK.md.397/2 anlamında “işin ifasından dolayı elde edilen şeyler” kapsamında değerlendirilmesi ve işçinin söz konusu mil puanları işverene iade yükümlülüğünün söze konu olması, kanaatimizce isabetli bir yaklaşım olacaktır.

DİPNOTLAR

- 1 Kararın bir kısmı alınmış olup, tümü için bkz.; Ulaş Bay-sal, Alman Federal İş Mahkemesi Kararı Çevirisi, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Cilt:20 Sayı:6, Cilt:21 Sayı:1, Mayıs/Ağustos 2007, s.114 vd.
- 2 TOBB Türkiye Sivil Havacılık Meclisi Sektör Raporu 2011, s.27 vd. www.tobb.org.tr/Documents/yayinlar/TOBB_havacilik_meclis_sektor_2012.pdf
- 3 Şahin Çil, İş Hukukunda İşçinin Ücreti, s.2.
- 4 Unsurların ayrıntıları için bkz. Prof. Dr. Hamdi Mollamahmutoğlu-Yrd. Doç. Dr. Muhittin Astarlı, İş Hu-kuku, 5.Bası, s.557 vd.
- 5 Mollamahmutoğlu-Astarlı, s.559-560, Sarper Süzek, İş Hukuku, 8.Baskı, s.377.
- 6 Mollamahmutoğlu-Astarlı, s.561.
- 7 Yargıtay 9.HD. 18.03.2010, E.2008/22536, K.2010/7226 sayılı kararı.
- 8 Mollamahmutoğlu-Astarlı, s.561.
- 9 Mollamahmutoğlu-Astarlı, s.561-562.
- 10 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 508. maddesi ge-rekçesinde; "Madde 508-818 sayılı Borçlar Kanununun 392 nci maddesini karşılamaktadır. Tasarının iki fıkradan oluşan 508. maddesinde, vekilin hesap verme borcu düzenlenmektedir. 818 sayılı Borçlar Kanununun 392 nci maddesinin birinci fırfasında kullanılan "müvekkile tediyeye mecburdur" şeklindeki ibare, "tediye" sözcü-ğünün para borçlarının ifasını ifade etmek için kullanıl-masının doğru olduğu göz önünde tutularak, Tasarıda "vekalet verene vermekle yükümlüdür" şeklinde ifade edilmiştir. 818 sayılı Borçlar Kanununun 392 nci mad-desinin ikinci fırfasında kullanılan "zimetinde kalan paranın" şeklindeki ibare, Tasarıda "tesliminde gecikti-ği paranın" şeklinde; aynı fıkrada kullanılan "faizini de vermeye" şeklindeki ibare, faizin para borçlarında söz konusu olduğu göz önünde tutularak, Tasarıda "para-nın faizini de ödemekle" şeklinde değiştirilmiştir. Me-tinde yapılan düzeltme ve arılaştırma dışında, maddede 818 sayılı Borçlar Kanununa göre bir hüküm değişikliği yoktur." denilmek suretiyle mülga 818 sayılı BK.md.392 hükmü ile 6098 sayılı TBK.md.508 hükmü arasında söz konusu düzeltmeler ve arılaştırma dışında bir hü-küm değişikliği olmadığı belirtilmiştir. Ayrıca 818 s.BK. md.392 ve 6098 s.TBK.md.508 kapsamında "vekilin he-sap verme borcu" için bkz.Nihat Yavuz, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, 2.Cilt, s.2695 vd.
- 11 Nurşen Caniklioğlu, Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Kurulmasına, Tarafların Hak ve Borçlarına İlişkin Hükümlerin Genel Bir Değerlendirilmesi (Teb-liğ), Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu Seminerine ilişkin TİSK Yayını, s.86-87.
- 12 Tankut Centel, Türk Borçlar Kanunu'nda İşçinin Borç-ları, MESS Sicil Dergisi, Haziran 2011 sayı:22, s.6 vd. Ayrıca 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun hizmet sözleşme-lerine ilişkin hükümlerin iş ilişkilerine etkisi konusun-da bkz; Süzek, 246 vd., Gülsevil Alpagut, Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezaî Şart ve İbranameye İlişkin Hü-kümleri, Legal İSGHD, Cilt:8, Sayı:31, s.914 vd., Ejder Yılmaz, Genel Kanun-Özel Kanun İlişkisi (Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu Bağlamında), MESS Sicil Dergisi Haziran 2011 sayı:22, s.22 vd.
- 13 Mollamahmutoğlu-Astarlı, s.556, benzer görüş Arzu Arslan Ertürk, Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, s.304, Yavuz, s.2228. Bunun yanı sıra öğretilde TBK.md.397 hükmü ile düzenlenen bu borcun işçiye yüklenmiş yeni bir borç türünü oluşturduğuna ilişkin görüşler için bkz. Centel, age., s.10, Nuri Çelik, İş Hukuku Ders-leri, Yenilenmiş 25.Bası, s.145.
- 14 Caniklioğlu, age. s.90.
- 15 Mollamahmutoğlu-Astarlı, s.556.
- 16 Yavuz, s.2227-2228.
- 17 Mollamahmutoğlu-Astarlı, s.556.
- 18 Mollamahmutoğlu-Astarlı, s.562.
- 19 Sadakat borcu için bkz.Ertürk, s.140 vd.



“SİCİL”/“MERCEK” Abonelik Formu

Ad/Soyad :

Adres :

Tel. :

e-posta :

İmza :

SİCİL/MERCEK dergisine abone olmak istiyorum.

2013 yılı abonelik bedeli olan 70 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.)

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 yayılımımız, 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.)