

SİCİL İŞ HUKUKU DERGİSİ

SİCİL LABOUR LAW JOURNAL

Yıl/Year:2015 Sayı/Issue:34

ISSN 1306-6153

Hakemli Dergi/Peer Reviewed Journal

MESS adına Sahibi/Publisher On Behalf of Turkish Employers' Association of Metal Industries (MESS): Mehmet Celal BETİL, MESS Yönetim Kurulu Başkanı/Chairman of MESS Management Board

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü/Responsible Manager: Av. Hakan YILDIRIMOĞLU, MESS Genel Sekreteri/Secretary General of MESS

Yayın Yönetmeni/Editorial Director: Av. Erten CILGA, MESS Baş Hukuk Müşaviri/Chief Legal Advisor of MESS

Yayın Kurulu/Editorial Board: Av. Mesut ULUSOY, Av. Vahap ÜNLÜ, Av. Şeyda AKTEKİN, Av. Nağme HOZAR, Av. Selçuk KOCABIYIK, Av. Uygur BOSTANCI, Av. Burak TÜRKMEN

Baskı/Published by: Elma Basım Yayın ve İletişim Hizmetleri San. Tic. Ltd. Şti. Tevfikbey Mah. Halkalı Cad. No: 162/7 Sefaköy-Küçükçekmece/İSTANBUL

Yayın Türü/Type of Publication: Yerel, Süreli, Hakemli Yayın/Peer viewed, local, periodical publication

Yayın Tarihi/Date of Publication: Altı ayda bir (Haziran-Aralık) olarak yılda iki kez yayımlanır/Issued every six months (June-December)

Baskı Tarihi/Print Date: Mart 2016 / March 2016

Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası/Turkish Employers' Association of Metal Industries

Merkez Mah. Geçit Sok. No. 2 34381 Şişli/İSTANBUL

Telefon/Telephone: +90 212 232 01 04 (pbx)

Faks/Fax: +90 212 2417619

E-posta/E-mail: mess@mess.org.tr

www.mess.org.tr

Bu dergi (TÜBİTAK Ulakbim) TR Dizin Hukuk veri tabanında yer almaktadır.

This journal is scanned in the TR Law Index of TUBITAK Ulakbim databases.

Bu dergide yayımlanan yazılarda yer alan görüşler yazarlara aittir. Kaynak gösterilerek alıntı yapılabilir.

Articles published in this journal represent the views of the authors. Quotations may be used by reference.

DANIŞMA KURULU

- Prof. Dr. Levent Akın - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi**
- Prof. Dr. A. Nizamettin Aktay - İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakóltesi**
- Prof. Dr. Ercan Akyiğit - Beykent Üniversitesi Hukuk Fakóltesi**
- Prof. Dr. Gülsevil Alpagut - İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi**
- Prof. Dr. Kadir Arıcı - Gazi Üniversitesi Hukuk Fakóltesi**
- Prof. Dr. Ufuk Aydın - Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakóltesi**
- Prof. Dr. Zehra Gönül Balkır - Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakóltesi**
- Prof. Dr. Nurşen Caniklioğlu - Marmara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi**
- Prof. Dr. Tankut Centel - Koç Üniversitesi Hukuk Fakóltesi**
- Prof. Dr. Fevzi Demir - Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakóltesi**
- Prof. Dr. Murat Demircioğlu -Yıldız Teknik Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakóltesi**
- Prof. Dr. Toker Dereli - Işık Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakóltesi**
- Prof. Dr. Ömer Ekmekçi - İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi**
- Prof. Dr. Münir Ekonomi - İstanbul Teknik Üniversitesi Emekli Öğretim Üyesi**
- Prof. Dr. Nüvit Gerek - Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakóltesi**
- Prof. Dr. Hakan Keser - Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakóltesi**
- Prof. Dr. Metin Kutal - Gedik Üniversitesi İktisadi, İdari ve Sosyal Bilimler Fakóltesi**
- Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu - Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakóltesi**
- Prof. Dr. Serkan Odaman - Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakóltesi**
- Prof. Dr. Ali Rıza Okur - Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi**
- Prof. Dr. Polat Soyer- Yakın Dođu Üniversitesi Hukuk Fakóltesi**
- Prof. Dr. Ali Nazım Sözer - Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakóltesi**
- Prof. Dr. Haluk Hadi Sümer - Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakóltesi**
- Prof. Dr. Sarper Süzek - Atılım Üniversitesi Hukuk Fakóltesi**
- Prof. Dr. Fevzi Şahlanan - Okan Üniversitesi Hukuk Fakóltesi**
- Prof. Dr. Müjdat Şakar - Marmara Üniversitesi İktisat Fakóltesi**
- Prof. Dr. Murat Şen - Melikşah Üniversitesi Hukuk Fakóltesi**
- Prof. Dr. Doğan Şenyüz - Uludađ Üniversitesi Hukuk Fakóltesi**
- Prof. Dr. A. Can Tuncay - Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakóltesi**
- Prof. Dr. M. Fatih Uşan - Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakóltesi**

SİCİL İŞ HUKUKU DERGİSİ HAKKINDA

2006 yılında yayım hayatına başlayan ve hukukçular, akademisyenler, yargı mensupları, üyelerimiz ile çalışma mevzuatının tüm uygulayıcılarına ışık tutarak tartışma platformu yaratan SİCİL İş Hukuku dergisinin, 2014 yılından itibaren altı ayda bir (yılda iki defa) ve hakemli olarak yayımlanmasına Sendikamız Yönetim Kurulu'nca karar verilmiştir.

Bu çerçevede, çalışma barışı ve ülkemizin rekabet edebilirliği bakımından son derece önemli olan iş mevzuatındaki düzenlemelerin ve ilgili uygulamaların doğru temellere oturtulması ile mevzuatta yapılması düşünülen değişikliklerin incelenmesi konusunda önemli bir başvuru kaynağı olduğuna inandığımız ve ilk sayısından bu yana yoğun talep ve ilgi gören SİCİL İş Hukuku dergisindeki makaleler/karar incelemeleri, en az iki hakem tarafından değerlendirilecektir.

ABOUT SİCİL LABOUR LAW JOURNAL

Aiming to create a platform of debate for shedding light to various subjects on labour legislation and being a guidance to academics, members of the courts, lawyers, social partners, human resources and personnel managers of our members and all the actors of industrial relations; SİCİL Labour Law Journal is being published since March 2006 with a content including scientific articles and assessments of important court verdicts.

As from 2014, SİCİL Labour Law Journal shall be published regularly every six months (2 issues per year) as a peer reviewed journal by the decision of our Organization's Management Board. In this context; the articles and court verdict assessments in SİCİL Labour Law Journal, which we believe is an important source of reference in the field of current and draft labour legislation, shall be evaluated by at least two academics.

Değerli Okurlarımız,

Hukukçular, akademisyenler, yargı mensupları, üyelerimiz ve çalışma mevzuatının tüm uygulayıcılarına ışık tutması ve tartışma platformu oluşturması amacıyla Mart 2006 tarihinde yayın hayatına başlayan ve üç ayda bir yayımlanan SİCİL İş Hukuku dergisi, 2014 yılındaki ilk sayısı olan 31. sayıdan itibaren hakemli dergi olarak yayımlanmaktadır. Dergimizin yayın ilkeleri, s. 5'te; yazarlara duyurumuz ise s. 125 ve s. 126'da yer almaktadır.

Dergimizin 34. sayısında 7 makale bulunmaktadır. Bu çerçevede dergimizin 34. sayısında; Prof. Dr. Sarpek Süzek'in "İş Hukukunda Amaca Uygun Yorum"; Prof. Dr. Kadir Arıcı'nın "Genel Sağlık Sigortasında Gelir Testi Meselesi ve Çözümü"; Doç. Dr. Muhittin Astarlı'nın "İkale İçeriğinde Yer Alan İbra Hükümlerinin Geçerliliği Sorunu"; Doç. Dr. İftar Cengiz'in "İş Sözleşmesinin İradi Devrinin Devreden ve Devralan İşverenler Bakımından Doğurduğu Hüküm ve Sonuçlar"; Doç. Dr. Hediye Ergin'in "İşçinin İşyerinde Çalışan Diğer Bir İşçiye Sataşması Nedeniyle İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshi"; Doç. Dr. Gaye Burcu Yıldız'ın "Kamu İşveren Sendikalarının Alt İşverenlerce Yetkilendirilmesine İlişkin Yasal Düzenlemenin Değerlendirilmesi"; Yrd. Doç. Dr. Emre Ertan'ın "Fazla Çalışma Ücretinin Aylık Ücrete Dahil Edilmesi" makaleleri yer almaktadır.

MESS olarak, ilk sayısından bu yana yoğun talep ve ilgi gören ve önemli bir başvuru kaynağı olduğuna inandığımız SİCİL İş Hukuku dergisinin 34. sayısını siz değerli okuyucularımızın bilgilerine sunar, Yazarlarımıza, makale ve karar incelemelerini büyük bir titizlikle inceleyen Hakemlerimize ve Danışma Kurulumuza teşekkür ederiz.

Dergimizin iş ve sosyal güvenlik hukuku camiasına yararlı olmasını diler; katkı ve eleştirilerinizi beklediğimiz hususunu bilgilerinize sunarız.

Saygılarımızla,

Yayın Yönetmeni/Editorial Director

SİCİL İŞ HUKUKU DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

1. Sicil İş Hukuku Dergisi, altı ayda bir (yılda iki kez) yayımlanan hakemli bir dergidir.
2. Dergide yayımlanabilecek yazılar, iş hukuku ve sosyal güvenlik hukuku alanını ilgilendiren içerikte yazılardır (makale, karar incelemesi ve çeviri). Yazıların dili Türkçedir.
3. Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
4. Dergiye gönderilen yazılar Türkçe ve İngilizce başlık ve hem Türkçe hem de İngilizce özet kısmı içermelidir.
5. Dergiye gönderilen yazılarda ilgili yazıdaki konuyu tanımlayan Türkçe ve İngilizce uygun anahtar sözcükler kullanılmalıdır.
6. Dergiye gönderilen yazıların yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu ve basılmaya hazır olarak gönderildiği kabul edilir.
7. Yayımlanan yazıların her türlü sorumluluğu yazar(lar)ına aittir. Dergide yer alan yazılar kaynak gösterilmeden kullanılamaz. Dergide yayımlanan yazıların yayın hakkı MESS Türkiye Metal Sanayiciler Sendikası'na aittir.
8. Dergiye gönderilen yazıların ilk değerlendirmesi Yayın Kurulu'nca yapılır ve şekil ile içerik bakımından uygun bulunan yazılar bilimsel inceleme için en az iki hakeme gönderilir. Hakemlerden gelen raporlar doğrultusunda yazının yayımlanmasına, rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine veya yayımlanmamasına karar verilir. Tamamlanmamış veya düzeltilmiş yazı Yayın Kurulu'nca tekrar hakeme gönderilebilir. Hakemlerin ve yazarların isimleri gizli tutulur.
9. Yazıların yayımlanması konusunda son karar Yayın Kurulu'na aittir. Yayımlanmayan yazılar iade edilmez.

İÇİNDEKİLER

MAKALELER

İş Hukukunda Amaca Uygun Yorum

Prof. Dr. Sarper SÜZEK

Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi 9

Genel Sağlık Sigortasında Gelir Testi Meselesi ve Çözümü

Prof. Dr. Kadir ARICI

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı 27

İkale İçeriğinde Yer Alan İbra Hükümlerinin Geçerliliği Sorunu

Doç. Dr. Muhittin ASTARLI

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı 41

İş Sözleşmesinin İradi Devrinin Devreden ve Devralan İşverenler Bakımından Doğurduğu Hüküm ve Sonuçlar

Doç. Dr. İştâk CENGİZ

Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı 47

İşçinin İşyerinde Çalışan Diğer Bir İşçiye Sataşması Nedeniyle İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshi

Doç. Dr. Hediye ERGİN

Marmara Üniversitesi, İktisat Fakültesi, Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı 71

Kamu İşveren Sendikalarının Alt İşverenlerce Yetkilendirilmesine İlişkin Yasal Düzenlemenin Değerlendirilmesi

Doç. Dr. Gaye Burcu YILDIZ

Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı 89

Fazla Çalışma Ücretinin Aylık Ücrete Dâhil Edilmesi

Yrd. Doç. Dr. Emre ERTAN

Marmara Üniversitesi İktisat Fakültesi, Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı 103

CONTENTS

ARTICLES

Expedient Interpretation In Labour Law

Prof. Dr. Sarper SÜZEK

Atılım University, Faculty of Law 9

Income Test Issue In General Health Insurance and Its Solutions

Prof. Dr. Kadir ARICI

Gazi University, Faculty of Law, Labour and Social Security Law Department..... 27

Validity of Release of Debt Provisions in Termination Agreements

Doç. Dr. Muhittin ASTARLI

Gazi University, Faculty of Law, Labour and Social Security Law Department..... 41

Effect and Outcomes of Voluntary Transfer of Labor Contract In Terms of Grantor And Grantee Employers

Doç. Dr. İştâr CENGİZ

University of Kırıkkale, Faculty of Law, Labour and Social Security Law Department..... 47

The Termination of The Worker's Employment Contract By The Employer On The Grounds of Assault of A Fellow Worker

Doç. Dr. Hediye ERGİN

University of Marmara, Faculty of Economy, Labour Economy and Industrial Relations Department, Labour and Social Security Law 71

The Evaluation of The Legislation Concerning The Authorization of Public Employer Organizations By The Sub-Contractors

Doç. Dr. Gaye Burcu YILDIZ

Ankara University, Faculty of Political Science, Department Of Labor Economics and Industrial Relations, Labour and Social Security Law Department..... 89

The Incorporation of the Overtime Wage Into the Salary

Yrd. Doç. Dr. Emre ERTAN

University of Marmara, Faculty of Economy, Labour Economy and Industrial Relations Department, Labour and Social Security Law 103

İŞ HUKUKUNDA AMACA UYGUN YORUM

ÖZ

Türk Medeni Kanunu'nun 1. Maddesinin 1. Fıkrasına göre “Kanun, sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır.” Öğretide ve yargı kararlarında da kabul edildiği gibi kanunun özünün (ruhunun) araştırılması kanun amacının belirlenmesini gerektirir. Bu nedenle “işçi lehine yorum” iş ilişkilerinde her durumda başvurulacak bir yorum yöntemi değildir. İş hukuku kuralının amacı belirlenemiyorsa, o takdirde iş mevzuatının tümünün genel amacından hareketle işçi lehine yoruma başvurulabilir. Zamana göre objektif (amaca uygun) yorum, yorum yapılan zamanın koşul ve ihtiyaçlarına göre yorum yapılmasına imkân tanıdığından iş yasası kuralının gerçek amacının belirlenmesinde etkili bir yorum yöntemidir.

ANAHTAR SÖZCÜKLER: İş hukukunun amacı, amaca uygun yorum, objektif yorum, sosyolojik yorum.

EXPEDIENT INTERPRETATION IN LABOUR LAW

ABSTRACT

According to the first paragraph of first article of Turkish Civil Code; “The law shall be applicable to all the issues where it refers with its wording and substantiality.” As it's accepted in doctrine and case law, the search for substantiality (spirit) of the law requires the identification of its purview. In this regard, “interpretation in favour of the worker” is not an interpretation method to refer in every condition in labour relations. If the purview of the labour rule cannot be identified, then “interpretation in favour of the worker” could be applicable, with reference to the general purview of the whole labour legislation. Allowing to interpret according to the conditions and needs of the time the interpretation is made; up to date objective (expedient) interpretation is an effective method for identification of the real purview of the labour law provision.

KEYWORDS: Purview of labour law, expedient interpretation, objective interpretation, sociological interpretation.

* Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

I. İş Hukukunun Amacı

1. İşçinin Korunması

İş hukukunun doğuş ve gelişmesinin temel nedeni iş ilişkilerinde daha güçsüz durumda olan işçinin korunması kaygısıdır. İş hukuku tarihi, başlangıçta bu hukuk dalının çok güç çalışma koşulları altında bulunan işçileri korumak amacıyla doğduğuna ve gelişme sürecine girdiğine tanıklık etmektedir. İş hukukunun doğuş ve gelişiminde olduğu gibi bugün de bu hukuk dalında işçinin korunması ilkesi *belirli ölçüde* geçerliliği korumaktadır.¹

İş ilişkilerinde işçinin korunması gereği subjektif bir tercih olmayıp, bu ilişkinin kaçınılmaz olarak özünde yer alan bazı özelliklerden kaynaklanır. İşçi-işveren ilişkisinin temel özelliği işçinin işverene bağımlı çalışmasıdır. Her şeyden önce, geçimini sağlayabilmek için genellikle ücreti dışında bir olanağa sahip bulunmayan işçi sermayeyi elinde tutan işverenin *ekonomik bağımlılığı* altındadır. İşverenin ekonomik ağırlığına karşı bir denge kurabilmek amacıyla işçinin korunması bir zorunluluk olarak ortaya çıkar.²

Bunun gibi, iş ilişkisi içinde işçinin işverene karşı *kişisel bağımlılığı* söz konusudur. İşin görülmesi süreci içinde işçi işverenin emir ve otoritesi altındadır. İş akdini diğer iş görmeye ilişkin sözleşmelerden ayıran bu kişisel bağımlılığı azaltmak, işverenin yönetim hakkını sınırlamak için işçinin kişiliğinin korunması ihtiyacı ortaya çıkar.³

Gerçekten, medeni hukuk ve borçlar hukuku kural olarak toplumda özgür iradesiyle hukuki ilişkiler kuran, sözleşmeler yapan *eşit kişilerin* varlığı varsayımından hareket eder. Oysa iş hukukunda taraflar arasında bir eşitsizlik, işçi için güçlü işveren karşısında ekonomik bağımlılık ve işverenin otoritesi altında çalıştığı için de kişisel bağımlılık söz konusudur. Medeni hukuk ve borçlar hukukundaki özgür iradeleriyle sözleşen eşit ve “anonim” tarafların yerini iş hukukunda “işveren”e bağımlı “işçi” almıştır.⁴ İş hukuku, iş ilişkisi içinde tarafların kuramsal anlamda eşit kabul edilmesinin yarattığı haksız ve adaletsiz sonuçların reddinden doğmuştur.

Öte yandan, iş ilişkisi içine giren işçi, çalışma yaşamının ve işyeri ortamının yaratacağı her türlü mesleki riske, iş kazaları ve meslek hastalıklarına açık hale gelmekte, *yaşamı ve beden bütünlüğü tehlikeye* girmektedir.⁵ Bu nedenle, işçinin üretim sürecinin yarattığı fiziki tehlikelere karşı da korunması gerekmektedir. Borçlar hukuku genel olarak işçinin sağlığının korunması, iş kazaları ve meslek hastalıklarının önlenmesi konusunda yeteri kadar etkili hukuki araçlara sahip değildir. Borçlar hukukunun *tazminat* yaptırımları nitelikleri gereği iş kazası meydana geldikten sonra uygulandıklarından bu konuda ancak dolaylı bir güvence sağlayabilirler.⁶ İş hukuku ise getirdiği özgün kurum ve mekanizmalarla iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması, iş kazalarının *önlenmesi* konusunda etkili bir mücadele yürütür.⁷

Görüldüğü gibi, iş hukukunun işçiyi koruma amacının iş ilişkisinin sadece maddi ve ekonomik yanına yöneldiğini düşünmemek gerekir. Bu ilke, işçinin kişiliğinin, onurunun, sağlığının ve beden bütünlüğünün korunmasını da gerektirir. İşte iş hukuku bu ihtiyaçları karşılamak amacıyla doğmuş ve işçileri koruma işlevini üstlenmiştir.

- 1 Javillier, 28. Rivero-Savatier, 31-32. Meyer, 59-61. Ekonomi, 13-14. Çelik-Caniklioğlu-Canbolat, 21. Ulucan, İşçiyi Koruma, 208. Doğan Yenisey, 12-13. Çemberci, 14 vd. Süzek, Fesih, 87-88. Demircioğlu-Centel, 8. Demir, 5-6. Mollamahmutoğlu-Astarlı-Baysal, 11 vd. Akyiğit, 44.
- 2 Durand-Jaussaud, 5. Rivero-Savatier, 31. Kauffmann-Kessler-Köhler, 36. Çelik-Caniklioğlu-Canbolat, 21. Ekonomi, 14. Tunçomağ, 14-15.
- 3 Brun-Galland, 338-339. Durand-Jaussaud, 5,113. Boldt, Contrat de travail, 236. Levenbach, 606-607. Mengoni, Contrat de travail, 447. Supiot, Pourquoi?, 485-486. Saymen, 395-397. Esener, 127-128. Reisoğlu, 51-52. Ekonomi, 14. Eyrenci-Taşkent-Ulucan, 3. Süzek, Fesih, 10-11.

- 4 Dupeyroux, L'impasse, 371, Meyer, 60-61. Supiot, Pourquoi?, 485-488. Péliissier, Contrat individuel, 391. Rivero-Savatier, 37-38. Rozes, 326. Doğan-Yenisey, La modification, 22-23.
- 5 Supoit, Pourquoi?, 487.
- 6 Süzek, Düzenleme Boşlukları, 130-131.
- 7 Bu konuda bkz. Süzek, İş Güvenliği, 1 vd.

İş hukukunun işçiyi koruma amacı *anayasal eşitlik ilkesine* aykırı düşmez. Çünkü, kuramsal olarak işçi ve işvereni eşit kabul etmek pratikte kaçınılmaz bir biçimde bu ilişkinin güçsüz tarafı olan işçi aleyhine eşitsizlik yaratır.⁸ Bir Yargıtay kararında da belirtildiği gibi, Anayasada “gele- neksel anlamdaki eşitlik yanında sosyal adalet düşüncesine yönelen bir başka eşitlik” anlayışı da öngörülmüştür.⁹

Gerçekten, toplum düzenini ve sosyal barışı sürekli olarak sağlayacak gerçek denge, işçi ile işvereni eşit kabul eden bir anlayışla değil, bu ilişkinin güçsüz tarafı işçinin belirli ölçüde korunması ile kurulabilir. Bu husus Anayasa Mahkemesi kararında şu şekilde ifade edilmiştir: “Anayasanın 2nci maddesi uyarınca Türkiye Cumhuriyeti, sosyal bir hukuk devletidir. Toplumsal devlet, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği ve dolayısıyla toplumsal dengeyi sağlamakla yükümlü devlet demektir”.¹⁰ Bu anlamda iş hukuku ve iş yasaları anayasal sosyal devlet ilkesinin işçi-işveren ilişkilerinde somut bir biçimde gerçekleşmesinin araçlarını oluştururlar.

İşçinin (çalışanların) korunması ilkesi sosyal devlet anlayışına uygun olarak Anayasanın 49. maddesinin 2. fıkrasında “Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır.” denilmek suretiyle açık bir biçimde ifade edilmiştir. Anayasanın izleyen maddelerinde de işçileri koruyucu yönde sosyal haklar güvence altına alınmıştır.

2. Hassas Denge

Her ne kadar iş hukukunda hareket noktası işçilerin korunması ise de, işçilerin ekonomik ve sosyal durumunun düzeltilmesine ilişkin ça-

8 Supiot, Homo juridicus, 315-316. Çenberci, 18-19. Süzek, Fesih, 87-88.

9 Y9HD, 9.4.1968, 157/4628, İHD, Ocak 1969, 99-100.

10 AYM, 23.5.1972, 2/28, AMKD, S.10, s.412. Aynı yönde, AYM, 18.3.1976, 198/18, AMKD, S.14, s.106. AYM, 26.10.1988, 19/33, AMKD, 1989, S.24, s.451

baları 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.¹¹ Sosyal hakların sınırını hükme bağlayan Anayasanın 65. maddesi bu yönü açıkça ortaya koymaktadır. Bu maddeye göre: “Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek, mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir”.¹² Gerçekten, hiçbir zaman göz ardı edilmemesi gereken yön, bir ülkede sosyal gelişmeyi besleyen hususun her şeyden önce o toplumun ekonomik gücü olduğudur.

Ülke ekonomisi açısından olduğu kadar *işletmeler düzeyinde* de sosyal yükler, işletmenin ekonomik ve mali durumunu sarsacak boyutlara ulaşmamalıdır. Aynı şekilde, işletmelerin bilimsel gelişmelerin ortaya çıkardığı teknolojik yeniliklere uyarlanması da kaçınılmaz bir zorunluluktur. O halde, iş hukukunda işçinin korunması bir temel ilke oluşturmakla birlikte, işletmenin ekonomik, mali ve teknik zorunluluklarının, üretim ve verimlilik gereklerinin de göz ardı edilmesi mümkün bulunmamaktadır.

Görüldüğü gibi, iş hukukunda işçinin korunması ilkesine mutlak bir geçerlilik tanınmaması, “sosyal olan” ile “ekonomik olan” arasında bir dengenin kurulması da gerekmektedir. Bu hassas dengenin araştırılması ve işçinin hangi sınıra kadar korunacağı belirlenmesi iş hukukunun en güç ve temel sorunlarından biridir. Öte yandan, işçi-işveren ilişkilerinde sözü edilen hassas dengenin kurulması yine iş hukukunun

11 Rivero-Savatier, 32-36. Teyssié, 89-90. Javillier, 29. Supiot, Pourquoi?, 484-486. Ekonomi, 14. Tunçomağ-Centel, 10-11. Demir, 6. Güzel-Ugan-Çatalakaya, Dürüstlük Kuralı, 24. Mollamahmutoğlu-Astarlı-Baysal, 23. Kılıçoğlu-Şenocak, 1.

12 Anayasanın 65. maddesinin devletin sosyal hakları gerçekleştirme ödevine etkisi konusunda ayrıntılı bilgi ve tartışmalar için bkz. Kapani, 122-124. Sağlık, Duyarsızlaşma, 757 vd. Özbudun, 112-114. Tanör, 372 vd. Gülmez, Sosyal İnsan Hakları, 3162. Süzek, İş Güvenliği, 55-59.

amaçları arasında yer alan çalışma barışının sağlanmasına da önemli ölçüde yardımcı olur.

3. İş Hukukunda Esneklik

Sanayileşme ile başlayan iş hukukunun bugüne kadar ki gelişimi hassas dengeleri de gözeterek daha ziyade işçinin korunması yönünde olmuştur. Ancak son zamanlarda koruma düşüncesinin karşısına “iş hukukunun esnekleştirilmesi” talepleri ile çıkılmaya başlanmış ve bu konu öğretide geniş tartışmalara yol açmıştır.

İş hukukunda esnekleştirme yönündeki talepler esas itibariyle şu nedenlere dayanmaktadır:¹³ Bunlardan ilki, dünyada ortaya çıkan *ekonomik krizler* ve durgunluktur. Bunun sonucunda yatırımlar ve üretim yavaşlamakta, büyüme hızları düşmekte, istihdam sağlanamamakta, işsizlik büyük ölçüde artmakta, işyerleri kapanmakta, işten çıkarmalar yaygınlaşmaktadır.

İş hukukunun esnekleştirilmesi taleplerine dayanak oluşturan diğer bir neden ise, küreselleşme sonucunda uluslararası düzeyde ortaya çıkan *çetin rekabet ortamına* işletmelerin uyum sağlayabilmesi zorunluluğudur. Günümüzde küreselleşme sürecinde sermaye uluslararası bir nitelik kazanmış, ulusal pazardan çıkıp uluslararası pazarda üretmek ve satmak zorunda kalmıştır. Söz konusu rekabet ortamı işletmeleri daha verimli, üretken ve daha düşük maliyetle çalışma ihtiyacı ile karşı karşıya bırakmaktadır.

İş hukukunun esnekleştirilmesi isteklerine destek olan diğer bir önemli etken, günümüzde teknolojik gelişmelerin olağanüstü hız kazanması, yaygın bir biçimde *bilgisayar kullanımına ve otomasyona* geçilmesidir. Bilgisayar teknolojisinin üretim ilişkilerine bu denli etkili bir biçimde girmesi sonucunda “sanayi toplumu”ndan “bilgi toplumu”na (sanayi ötesi topluma) geçiş süreci hızlanmıştır. Başka bir deyişle, emek yoğun tek-

nolojiden bilgi yoğun teknolojiye geçilmektedir. Yeni teknolojiler işgücüne duyulan ihtiyacı nispi olarak azaltmakta, işgücü talebi çok sayıda niteliksiz işçiden bilgisayarın başında çalışan az sayıda nitelikli işçiye doğru kaymakta, bunun sonucunda işgücünün esnek bir biçimde kullanılması zorunluluğu doğmaktadır.

Yukarıda belirtilen nedenler kaçınılmaz olarak çalışma yaşamında, istihdam yapılarında değişikliklere yol açmakta, üretim biçimlerini, sürelerini ve yerlerini değiştirmektedir. Bu durum ise, işletmeleri farklı hukuki ilişkiler kurmaya ve yeni istihdam türlerini oluşturmaya zorlamaktadır. Anılan gelişmeler sonucunda klasik çalışma ve iş akdi biçimlerinden uzaklaşmakta, kısmi süreli çalışmalar daha yaygın hale gelmekte, çağrı üzerine çalışma, geçici (ödünç) iş ilişkisi, evde çalışma, tele çalışma gibi atipik iş akdi türleri ile yoğunlaştırılmış iş haftası, kısa süreli çalışma, kayan iş süresi gibi esnek çalışma süreleri ortaya çıkmaktadır.

Yukarıda belirtilen ekonomik krizlere, küreselleşme ve bunun yarattığı çetin rekabet ortamına, bilgisayar teknolojisine işletmelerin uyum sağlayabilmesinin, istihdam olanakları yaratılarak işsizliğin önlenmesinin, ancak işçilerin yanında *işletmelerin de korunması* ile mümkün olabileceği, bunun ise iş hukukunun esnekleştirilmesi ile gerçekleştirilebileceği öne sürülmektedir. Diğer deyişle, bu görüşe göre yeni ekonomik ve teknolojik koşullar günümüze kadar geliştirilmiş sosyal koruma normlarını ve çalışma koşullarını belirli ölçüde değişim yönünde zorlamaktadır.

Bu nedenlere dayanarak, iş mevzuatının katı, sınırlayıcı koruyucu hükümlerinin mümkün olduğu kadar yumuşatılması, işletmelerin bu yeni ihtiyaçlara uyum sağlayabilmesi için taraflara toplu iş sözleşmeleri¹⁴ ve iş akitleri ile çalışma koşullarını daha geniş bir alan içinde özgür bir biçimde düzenleyebilme serbestisinin tanınması istenmektedir. Böylelikle, iş hukukunda kural

13 Bu nedenler konusunda geniş bilgi için bkz. Supiot, Critique, 170 vd., 187 vd. Ray, Nouvelles Technologies 525 vd. Jeammaud, 213 vd. Munck, 443 vd. Ulucan, Esneklik, 525 vd. Ekonomi, Esnekleşme, 19 vd. Tuncay, Flexibilisation, 348 vd. Eyrenci, Esnekleştirilme, 227 vd. Doğan Yenisey, La protection, 346 vd. Karşı görüş, Özveri, Güvencesizliğin Hukuku, 277 vd.

14 Toplu pazarlık yoluyla esneklik konusunda bkz. Işık, Esneklik, 126 vd. İş hukukumuzda esnekliğin daha çok iş akdi-yasa çerçevesinde şekillendiği, toplu iş sözleşmelerinin bu konuda önemli bir işlev üstlenmediğine ilişkin isabetli tespit için bkz. Doğan Yenisey, 3-4, 31.

koyma işlevinin devlet ve sosyal taraflar arasındaki paylaşımında, toplu iş sözleşmeleri ve iş akitlerine öncelik tanınarak, devlete göre tarafların yetki alanlarının daha fazla genişletilmesi talep edilmektedir.

İş hukukunda emredici hükümlerin etkisinin azaltılmasının, sözleşme özgürlüğüne daha geniş bir alan bırakmak suretiyle iş ilişkilerine esneklik getireceği ancak bunun tümüyle “kuralsızlaştırma” (dérégulation) anlamına gelmediği öğretide belirtilmektedir. İşçinin korunması ile kuralsızlaştırma arasındaki ilişki “mümkün olduğu ölçüde işçinin korunması ve gerekli olduğu ölçüde kuralsızlaştırma” formülüyle açıklanmaktadır.¹⁵

4. İş Hukukunda Esnekleştirmenin Değerlendirilmesi

Ekonomik ve teknolojik zorunlulukların kaçınılmaz kıldığı bazı esnekleştirmelere gidilirken, ülkemizin sosyo-ekonomik durumu da göz önünde tutularak işçinin korunması ilkesinin göz ardı edilmesi mümkün değildir. Çünkü ülke ekonomisi ve işletmeler açısından ekonomik dar boğazları aşmak, işsizliği önlemek, uluslararası düzeyde rekabet edebilmek, kalite ve verimi artırıp maliyetleri düşürmek, bilgisayar teknolojisine ve bilgi toplumuna ayak uydurmak ne denli önem taşıyorsa, işçi bakımından asgari çalışma koşullarından yoksun kalmamak da o denli yamsal sayılır.¹⁶

Bu nedenle, Anayasada yer alan ilkeleri ve sosyal koruma normlarını bir tarafa itmeden ekonomik ve teknolojik gelişmelerin zorunlu kıldığı yeni çalışma koşulları oluşturulmalıdır.¹⁷ Esnekleştirme uygulanabilecek bazı alanlar ülkenin koşul ve ihtiyaçlarına uygun olarak dikkatle seçilmeli, esnekleştirmenin sınırları da emredici kurullarla belirlenmelidir. Başka bir anlatımla, iş hukukunda zorunlu esnekleştirmelere gidilir-

15 Bkz. Ekonomi, Esnekleşme, 23 vd. Ulucan, Esneklik, 527-528, 540. Eyrenci, Esnekleştirilme, 237-238. Molamahmutoğlu-Astarlı-Baysal, 22.

16 Spyropoulos, 260. Jeammaud, 213. Ulucan, Esneklik, 528-530. Ekonomi, Esnekleşme, 23-24. Eyrenci, Esnekleştirilme, 236,241. Doğan Yenisey, La protection, 354. Yıldız, Güvenceli Esneklik, 205-206.

17 Ulucan, İşçiyi Koruma, 207.

ken daha önce sözü edilen hassas dengenin bozulmasından kaçınılmalıdır. Nitekim, 13. Dünya İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Kongresinde de, esnekleştirmenin sınırlarının açıkça belirlenmesi, esnekleştirme uygulanacak alanlarda da sözleşmelerle ihlal edilemeyecek, işçileri koruyucu nitelikteki temel asgari normların saptanması gerektiği kararlaştırılmıştır.¹⁸

Avrupa Birliği’nde de esneklik istihdamın artırılmasında önemli bir etken olarak değerlendirilmekle birlikte, çalışanlara da yeterli güvencenin sağlanması gerektiği kabul edilmektedir. Avrupa Birliği tarafından yayımlanan “21. Yüzyılın zorluklarına karşı iş hukukunun modernleştirilmesi” başlığı taşıyan *Yeşil Belgede*, istihdamın geliştirilmesi için işgücü piyasalarının daha esnek hale getirilmesi gerektiği ileri sürülürken ancak esneklik ile güvence arasında bir denge oluşturulmasını öngören *güvenceli esneklik* (flexicurity) kavramına da yer verilmektedir.¹⁹

4857 sayılı İş Kanunu’nda işçinin başta ücreti, iş sağlığı ve güvenliği, iş güvencesi olmak üzere birçok temel konuda yeni koruyucu hükümler getirilmiş buna karşılık bazı alanlarda da esnekliklere gidilmiştir. Ekonomik ve teknolojik gelişmeler sonucunda yukarıda belirttiğimiz yeni atipik çalışma türleri ülkemizde de ortaya çıkmış ve yaygınlaşma eğilimi göstermiştir. 1475 sayılı İş Kanunu’nda bu konulara ilişkin düzenlemeler yer almadığından, söz konusu çalışma (iş akdi) türleri işçileri koruyucu hükümlerden tamamen yoksun bir biçimde uygulanmaya başlanmıştır. 4857 sayılı İş Kanunu’nda öngörülen kurullarla söz konusu boşluk belirli ölçüde doldurulmuştur. İş Kanunu ile belirli süreli (m.11-12), kısmi süreli (m.13) iş akitleri, geçici (ödünç) iş ilişkisi (m.7) ve çağrı üzerine çalışma (m.14) düzenlenmiş, bu ilişkilerde işçi ve işverenlerin karşılıklı hak ve borçları belirlenmiştir. Böylece bu atipik iş akdi türlerinin her türlü korumadan yoksun bir biçimde yaşama geçmesinin önlenmesi amaçlanmıştır.

18 Bkz. Spyropoulos, 260.

19 Alpagut, Güvenceli Esneklik, 7 vd., 17 vd. Süzek, İş Hukukunun Geleceği, 7. Dereli, Social dialogue, 29 vd. Tuncay, Flexibilisation, 347-348. Yıldız, Güvenceli Esneklik, 203 vd. Baycık, Güvenceli Esneklik, 224 vd.

Bunun gibi, 1475 sayılı İş Kanunu'nun çalışma yaşamının ortaya çıkardığı ihtiyaçlara yanıt vermekten uzak, katı nitelikteki çalışma sürelerine ilişkin hükümleri de esnekleştirilmiş, çalışma süreleri (m.63) ve fazla çalışmalar (m.41) yeniden düzenlenmiş, çalışma sürelerinin denkleştirilmesi (m.63/2), telafi çalışmaları (m.64) ile kısa çalışmalar (4447 sayılı yasa, ek m.2) konusunda kurallar öngörülmüştür. Gerek atipik iş akdi türlerine gerek çalışma sürelerine ilişkin düzenlemelerde Avrupa Birliği yönergeleri ile Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) normlarından yararlanılmıştır.

II. İş Hukukunda Yorum

1. İşçi Lehine Yorum Yönteminin Genel Olarak Değerlendirilmesi

İş hukuku öğretisinde iş mevzuatı kurallarının yorumlanmasında işçi lehine yorum yöntemine başvurulması gerektiği genellikle kabul edilir.²⁰ Bu görüş 1958 tarihli içtihadı birleştirme kararında şu ifadelerle benimsenmiştir: “Kanun koyucuya İş Kanunlarını kabul ettiren tarihi sebepler ve bunlar arasında zayıf olan işçiyi iktisadi durumu daha kuvvetli olan işverene karşı özel şekilde koruyarak içtimai muvazeneyi ve cemiyetin sükununu sağlama hedefi ve hukuk hükümlerinin tefsirinde lafzın gayenin ışığı altında manalandırılmasının gerektiği göz önünde tutulunca, iş hukukuna ait hükümlerin tefsirinde tereddüt halinde işçinin lehine olan hal şeklinin kabul edilmesi iş hukukunun ana kaidelerinden olduğu neticesine varılır”.²¹ Yüksek mahkeme bu görüşünü sonraki kararlarında da sürdürmüştür.²²

20 Durand-Jaussaud, 260-261. Rivero-Savatier, 32. Teyssié, 76. Çelik-Caniklioğlu-Canbolat, 24-26. Eyrenci-Taşkent-Ulucan, 4. Çenberci, 75. Narmanlioğlu 15-16 ve dn. 49. Süzek, Fesih, 87-88. Centel, 14. Sağlık, 52. Aktay-Arıci-Kaplan, 11. Akyiğit, 40-41. Kar, İlkeler, 879 vd. Güven-Aydın, 10-11. Buna karşılık, iş hukukunun koruyucu olmaktan çok bir denge hukuku olduğu ve yorumun bu esasa göre yapılması gerektiği görüşü için bkz. Saymen, 76-77. Elbir, 19, 34.

21 YİBK, 28.5.1958, 15/5, RG, 26.9.1958, S.10017.

22 YHGK, 25.1.1978, 3435/23, Çenberci, 20. YHGK, 24.3.1976, 9-762/1164, YKD, Şubat 1977, 156. Y9HD, 8.5.2006, 5938/12950, ÇT, 10, 152-153. Y9HD, 13.4.2000, 1676/5561, Akyiğit, Toplu İş Hukuku, 47. Y9HD, 21.1.2010, 46364/764, ÇT, 26, 438-439.

İşçi lehine yorum iş hukukuna özgü bir yorum yöntemi olmakla birlikte, bunun her durumda geçerli ve mutlak bir yöntem olarak kabul edilmesi mümkün değildir. İş hukuku her ne kadar kendine özgü kurumları ve tekniği ile bağımsız bir hukuk disiplini niteliği taşımaktaysa da, bu durum iş hukukunda genel olarak hukukun diğer yorum esaslarından vazgeçileceği anlamına da gelmez.²³ Çünkü ilerde görüleceği üzere, iş mevzuatındaki tüm hükümler işçileri korumak amacıyla getirilmiş değildir. İş hukuku normları, bu hukuk dalının yukarıda açıklanan diğer amaçlarına uygun olarak, toplum yararını (kamu düzenini) korumak veya iş ilişkisinde belirli dengeleri gözetmek ya da bazı alanlarda esneklik sağlamak için getirilmiş de olabilirler.

2. Amaca Uygun (Teleolojik-Gai) Yorum

Hukuk öğretisinde genel olarak kuralların yorumlanmasında lafzi, tarihi, sistematik vb. yorum yöntemlerine başvurulduğu görülmektedir. İş hukuku normların yorumlanmasında da her şeyden önce yasanın lafzının (sözünün) diğer deyişle metnin açık ifadesinin göz önünde tutulması gerekir. Ne var ki, yasa metninin sözü tatmin edici bir çözüme ulaştırılmasında her zaman yeterli olmayabilir. Belirli bir hukuki ilişkiyi düzenleyen ve somut olaya uygulanacak yasa hükmünün gerçek anlamının saptanmasında, normun lafzının diğer yorum yöntemleriyle özellikle amaca uygun yorum metoduyla denetlenmesi gerekir.

Esasen Medeni Kanunu'nun 1. maddesinin 1. fıkrası da bu yönde bir düzenleme getirmiştir. Anılan fıkra uyarınca “Kanun, sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır”. Bu hükmü uyarınca yasanın sözünden (lafzından) çıkan anlam *özünden (ruhundan)* çıkan anlamla bağdaşmıyorsa kabul edilemez. Böyle bir durumda, yasanın metnine verilecek anlamların içinde yasanın özüne uygun olanın araştırılması gerekir.²⁴

Yasa normunun *ruhunun* araştırılması ise onun *amacının* belirlenmesini zorunlu kılar. Me-

23 Durand-Jaussaud, 259, Saymen, 76-77. Sözer, Hukukta Yöntembilim, 136-137. Kar, Yorum, 80.

24 Deschenaux, 76-77. Oğuzman-Barlas, 67-68. Edis, 174-175, 179. Serozan, 133-134. Akipek-Akıntürk, 118-119.

deni Kanunu'nun 1. maddesinin 1. fıkrası da yasanın özünün (ruhunun) araştırılmasını zorunlu tutmak suretiyle *amaca uygun (teleolojik, gai) yorum* yöntemine yer vermiştir.²⁵ Bir Yargıtay içtihadı birleştirme kararında da, yasanın ruhu ile amacı (gayesi) aynı anlamda kullanılmıştır. Bu karara göre “Kanunun yorumu, kanun metninin anlamı ve ruhudur. Bu ruh, kanun kuralının izlediği gayeden çıkarılır. Buna gai (amaçsal) yorum ve kanun kuralının amaca göre yorumu denilir. Bir kanun hükmünün, kanunun konuluş amacına aykırı bir sonuç doğuracak şekilde yorumlanması, hukuk ilkelerine ve kanunun hem sözü hem de özü ile uygulanmasını öngören Medeni Kanunun 1. maddesine uygun düşmez”.²⁶

Bu nedenle, iş yasaları hükümlerinin yorumu gereği ortaya çıktığında da esas itibariyle amaca uygun yorum yöntemi uygulanmalıdır. Çünkü hukuk normları *toplumsal yaşamın ihtiyaçlarını* karşılamak amacıyla öngörülmüşlerdir. Hukuk, bu toplumsal amaca ulaşabilmek için kabul edilmiş bir araçtır. Hukukçunun görevi hukuk kurallarını toplumsal amaçlarına en uygun bir biçimde yorumlamak ve uygulamaktır. Bu itibarla, yorum yapılırken doğru sonuca ulaşılabilmesi için *iş yasası kuralının toplumsal amacının (ratio legis) araştırılması* gerekir.²⁷

3. Tarihi Yorum Yöntemleri

Yasa hükümleri yorumlanırken, *yasa koyucunun* bu hükmü koymakla güttüğü amacın diğer deyişle *yasayı yaparken* taşıdığı gerçek iradenin araştırılmasını esas alan yorum yöntemine *sübjektif*

25 Aral, 199. Oğuzman-Barlas, 64, 67 vd. Serozan, 134. Balta, 189. Keyman-Toroslu, 50-51. Amaca uygun yorum yöntemi hakkında geniş bilgi için bkz. Deschenaux, 87-88. Akipek-Akıntürk, 130 vd. Serozan, 140. Edis, 186-187 Hatemi, 79 vd. Sözer, Hukukta Yöntembilim, 98 vd., 103. Kırca, Yorum Yöntemleri, 363 vd.

26 YİBK, 22.2.1997, 1/1, Kırca, Yorum Yöntemleri, 351, dn. 9. Aynı yönde, YHGK, 25.2.2004, 4-40/113, YHGK, 14.2.1990, 10-391/83, Kırca, Yorum Yöntemleri, 351, dn. 9. YİBK, 27.3.1957, Oğuzman-Barlas, 68, dn. 58.

27 Deschenaux, 87-88. Süzek, İş Hukuku, B.4, 22. Serozan, 136 vd., 140 vd. Keyman, Tanım Denemesi, 12 vd. Sur, 4. Kar, Yorum, 75. Edis, 186. Akipek-Akıntürk, 130-132. Oğuzman-Barlas, 72. Sözer, Hukukta Yöntembilim, 98 vd., 103.

tif tarihi yorum denilir. Bu yorum yönteminde yasanın yürürlüğe girmesinden sonra meydana gelen değişimler ve değişiklikler dikkate alınmaz. Yasanın ön çalışmaları, tasarı ve teklifler, komisyon ve meclis tutanakları, gerekçe değerlendirilerek yasa koyucunun o andaki iradesi ortaya konulmaya çalışılır.²⁸

Bu yönteme karşı geliştirilen *objektif tarihi yorum* metodunda da yasa koyucunun tarihi iradesi belirli ölçüde önemini korur. Ancak bu tarihi irade değişen maddi koşullar, toplumsal ve bilimsel gelişmeler ışığında değerlendirilir. Başka bir ifade ile, bu yöntemde yasa koyucunun yasayı yaptığı zamandaki iradesinin araştırılması yerine, *yasanın uygulanacağı (yorumlanacağı) dönemde*, yasayı uygulayacaklarını *dürüstlük kuralı çerçevesinde*, yasa koyucuya yükleyecekleri amaca göre, yasa verecekleri anlam esas alınır. Bu yorum yönteminde yasanın muhataplarının *güveni* korunur.

Objektif tarihi yorum metodu ile aşağıda açıklayacağımız zamana uygun objektif yorum yöntemi arasındaki sınır oldukça siliktir. Objektif tarihi yorumun özelliği, yasanın uygulanacağı dönemdeki koşulların dikkate alınması ancak tarihi iradeden kopulmaması buna karşılık zamana uygun objektif yorum yönteminde, söz konusu iradeden bağımsızlaşma dozunun daha fazla olmasıdır.²⁹

4. Zamana Göre Objektif (Amaca Uygun) Yorum

Yasa (iş yasası) kuralı bir kez meydana gelmekle yasa koyucunun iradesinden bağımsız, *kendine özgü objektif bir varlık* kazanır. Amaca uygun objektif yorum yapılırken yargıç için önemli olan, kural olarak yasa koyucunun iş yasası normunu öngördüğü zamandaki amacını bilmek, o tarihteki iradesini bulup çıkarmak değildir. Çünkü hukuk yaşayan bir düzendir ve günün koşul ve ihtiyaçlarına cevap vermek zorundadır.

28 Sübjektif tarihi yorum yöntemi ve bu yöntemin eleştirisi için bkz. Deschenaux, 77-78. Oğuzman-Barlas, 64-65. Akipek-Akıntürk, 123-125. Edis, 181. Aral, 194-196. Serozan, Hukukta Yöntem, 102. Sözer, Hukukta Yöntembilim, 89-91, 93, 99. Işıқтаç-Metin, 201.

29 Serozan, Hukukta Yöntem, 102, 104. Oğuzman-Barlas, 65-66. Sözer, Hukukta Yöntembilim, 93-94. Bu konuda ayrıca bkz. Deschenaux, 79-81.

Bu nedenle, normun *yorum yapılan zamanın* değişen menfaat durumlarına en uygun objektif anlamı ve amacı yorumcu tarafından tercih edilmelidir. Başka bir anlatımla, yasa koyucunun yasanın uygulanacağı sıradaki koşullar ve ihtiyaçlar, değişen menfaat durumları karşısında bulunması halinde *güdeceği amacın* araştırılması ve normun ona göre yorumlanması gerekir. “Zamana göre objektif (amaca uygun) yorum” olarak adlandırılan bu yorum yöntemi, yasayı dinamik bir anlayışla ele almakta ve toplumsal değişimin hızına ve gereklerine uyumunu sağlamaktadır.^{30 31}

Her ne kadar zamana uygun objektif yorum yöntemi, yasanın yorum yapılan zamanın gereklerine göre sürekli bir biçimde uyarlanmasına olanak tanıdığı için belirli bir üstünlüğe sahip ise de, bir normun yasa olma gücünü ancak yasama organının iradesinden alabileceği, yasayı değiştirme yetkisinin bu organa ait olduğu, başka bir makamın (yargının) böyle bir gücü bulunmadığı gerekçeleriyle eleştirilmektedir. Bunun gibi, normun yasa koyucuyla ilişkisinin kesilerek bağımsız hale getirilmesinin hukuk güvenliği ilkesini sarsabileceği ileri sürülmektedir.³²

Yargıç yapılacak yorumu zamana uydurmak gerekçesiyle yasayla ilgisini tümüyle keser, kendi değer yargılarına göre karar verirse, bu eleştiriler haklılık kazanabilir. Nasıl yorumda tarihselliğe aşırı ölçüde bağlanmak kavram hukukçuluğuna ve kuralcılığa düşmek, toplumsal değişimi ve gelişmeleri izleyememek sakıncasını taşıyorsa; salt güncele bağlanmak da yasallıktan

30 Deschenaux, 78-79 ve orada belirtilen İsviçre öğretisi. Esener, Hukuka Giriş, 258. Oğuzman-Barlas, 65-66, 72-73. Edis, 181-182. Aral, 195 vd., 197, 199. Güriz, 49-50. Keyman-Toroslu, 50-51, 53-54. Sağlam, 47-48. Akipek-Akıntürk, 122, 124-126. Serozan, Hukukta Yöntem, 102-103. Sözer, Hukukta Yöntembilim, 94-96, 125-129. Işıktaç-Metin, 204-208.

31 İsviçre Federal Mahkemesinin bu yöndeki kararları için bkz. ATF 56 1930 II 74-75, ATF 63 1937 II 155-156, Deschenaux, 78, dn. 43-44. ATF 78 1952 I 30, ATF 79 1953 I 20, Deschenaux, 79, dn.45. Aynı doğrultudaki bir Yargıtay içtihadı birleştirme kararı için bkz. YİBK, 28.11.1945, 13/15, RG. 22.7.1946, S. 6365, Edis, 181, dn. 71, Akipek-Akıntürk, 126, dn. 40.

32 Deschenaux, 74-75, 79. Esener, Hukuka Giriş, 258. Oğuzman-Barlas, 66. Edis, 182. Işıktaç-Metin, 207. Balta 189.

uzaklaşıp, yasayla hiçbir bağlılık kabul etmeyen ve bugün artık terk edilmiş olan “serbest yorum (hukuk okulu) metoduna” yaklaşmak sakıncasına yol açabilir.³³

Oysa, zamana göre amaca uygun (objektif) yorumda yasayla bağlılık tümüyle koparılmamakta, *yasa metninin zamanın koşullarına göre değerlendirilmesi* söz konusu olmaktadır.³⁴ Amaca uygun objektif yorumda yorumcu, yasayla ilişkisini koparmamak için duruma göre *diğer yorum yöntemlerinden* yararlanmak durumunda olduğu gibi, *sübjektif değer yargılarından* ve keyfilikten uzaklaşmak için *objektif toplumsal gerçekleri* (realiteyi), somut maddi olguları gözlemlemek zorundadır.³⁵

Her ne kadar öğretilerde amaca uygun yorum yöntemiyle diğer (lafzi, tarihi, sistematik vb.) yorum metodları arasında bir önceliğin söz konusu olmadığı ileri sürülüyorsa³⁶ da, kanımıza göre yukarıda belirtildiği gibi yasanın ruhunun (amacının) araştırılmasını zorunlu tutan Medeni Kanunu’nun 1. maddesinin 1. fıkrasının açık hükmü karşısında *yasanın amacına* ve bunun uzantısında *zamana göre amaca uygun (objektif) yorum* yönteminin diğer yorum metodları göz ardı edilmeksizin *öncelikle* uygulanması gerekir. Bugün öğretilerde genel olarak kabul edilen görüş bu yönde olduğu³⁷ gibi yukarıda açıklandığı şekilde Yargıtay tarafından da bu yorum yöntemi benimsenmiş bulunmaktadır.

Amaca uygun zamana göre objektif yorumda yasadaki kopma sakıncasını gidermek için duruma göre yararlanılacak yorum metodlarından biri daha önce açıklanan *objektif tarihi yorumdur*.³⁸ Aynı nedenle yasanın *sistematik yorumu*

33 Serozan, Hukukta Yöntem, 104. Oğuzman-Barlas, 66. Sözer, Hukukta Yöntembilim, 103.

34 Oğuzman-Barlas, 66.

35 Serozan, Hukukta Yöntem, 104.

36 Sözer, Hukukta Yöntembilim, 121 vd., özellikle 125. Işıktaç-Metin, 208, dn. 525 ve 526’da yer alan İngiliz öğretilerine mensup yazarlar.

37 Aral, 199. Işıktaç-Metin, 207, 209. Oğuzman-Barlas, 67-68. Edis, 174-175. Akipek-Akıntürk, 118-119. 126.

38 Aral, 198. Serozan, Hukukta Yöntem, 104. Bu yönde bir İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. ATF 83 1957 178, Deschenaux, 79, dn. 45.

yönteminden yararlanma yoluna da gidilebilir.³⁹

İşçinin korunması yanında iş hukukuna hakim olan bazı *temel ilkeler* vardır. Örneğin, çalışma hakkı, işverenin yönetim hakkı, ücretin güvence altına alınması, iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması, iş güvencesi, sendika hakkı ve özgürlüğü, sendika içi demokrasi, toplu iş sözleşmesi özerkliği, çalışma barışının korunması vb. bu niteliktedir. Anayasadan veya iş mevzuatının tümünden çıkarılabilecek bu gibi temel ilkelerin yorum yapılırken duruma göre göz önünde tutulması uygun olur.

Ayrıca, tüm hukuk sisteminde geçerli olan yasanın, kıyas (analogia), öncelikle (a fortiori), mefhumu muhalif (a contrario) yoluyla yorumlanması, amaca göre daraltıcı veya genişletici yoruma tabi tutulması yöntemleri iş yasası normunun gerçek anlamına ulaşılmasında yardımcı olabilir.

5. Amaca Uygun – İşçi Lehine Yorum İlişkisi

İş mevzuatı kurallarının birçoğu iş ilişkisinin güçsüz tarafı olan işçinin korunması amacını izler. Bu tür kuralların yorumu söz konusu olduğunda genel bir yorum yöntemi olan amaca uygun yorum yöntemi ile işçi lehine yorum yöntemi genellikle *örtüşür*.⁴⁰

Ancak iş mevzuatındaki tüm kuralların işçileri korumayı amaçladığı söylenemez. Her ne kadar işçinin belirli oranda korunması iş hukukunun temel amacı ise de, iş yasalarında yer alan *her hükmün somut amacı* bu hukuk dalının genel amacına tercih edilmelidir.⁴¹ Bu nedenle iş yasaları hükümleri yorumlanırken, her şeyden önce iş hukukunun genel amacı yerine her normun somut amacı göz önünde tutulmalıdır. Bu açıdan bakıldığında, bazı yasa hükümlerinde toplumsal yararlar (kamu düzeni) çalışanların çıkarlarına üstün tutulmuş veya hassas dengeleri gözetken düzenlemeler öngörülmüş ya da bazı esneklik-

lerin getirilmesi amaçlanmış olabilir. Anılan hükümler söz konusu olduğunda işçi lehine yorum yönteminde ısrar etmek yorumlanacak normun amacına ters düşer.

Bu durumda yargıç bir menfaatler değerlendirmesi yapacaktır. *Menfaat hukukçuluğu* (içtihatçılığı) sisteminde en yaygın yorum biçimi amaca uygun (ve sosyolojik) metoddur. Menfaat içtihatçılığı, hukuku menfaatleri ölçmenin, değerlendirmenin ve dengelemenin bir aracı olarak niteler. Gerçekten, hukuk kurallarının amacı toplumdaki her türlü menfaat çelişmesini adalete uygun bir biçimde çözmek ve bu yolla toplumsal yararı ve düzeni korumaktır. Yasa kurallarında belirli kişi veya toplulukların çelişen menfaatleri ve bunların toplum karşısındaki durumları karşılaştırılmış, hangisinin daha fazla ya da hangi oranda korunacağı belirlenmiştir.⁴² O halde, amaca uygun yorum yönteminde yargıç, iş hukuku normunun amacını araştırarak, yorum yapılan zamanın koşullarını ve toplumsal ihtiyaçlarını göz önünde tutarak bir menfaatler değerlendirmesi yapacak, normun çelişen menfaatler arasındaki tercihini (yasa kuralından tümüyle kopmaksızın) objektif olarak belirleyecektir.

Amaca uygun yorum yöntemi ve yukarıda belirtilen yardımcı yorum metodları ile bir sonuca varılamıyor, iş yasası kuralının anlamı hala şüpheli kalmakta devam ediyorsa, bu takdirde *işçi lehine yoruma* başvurulmalıdır. Çünkü yorum yapılırken, tek tek normların amaçları kadar, normlar arasındaki *amaçsal* bütünlük de önem taşır.⁴³ Amaçsal bütünlük açısından bakıldığında, iş hukukunun yukarıda belirtilen işçiyi koruyucu amacı ve sosyal mevzuatın genel olarak değerlendirilmesinden çıkan sonuç, bu gibi durumlarda işçi lehine yorumu gerektirir.

Belirtelim ki, her ne kadar 4857 sayılı İş Kanunu'nun bazı hükümleri *esneklik esasına* dayanılarak öngörülmüşse de, tek tek normlar açısından yapılan yorumla bir sonuca ulaşamayıp yasanın

39 Sistematik yorum konusunda bkz. Çağıl, 132. Keyman-Toroslu, 50. Aral, 200-201. Edis, 174, 186. Serozan, Hukukta Yöntem, 105. Sözer, Hukukta Yöntembilim, 99, 136.

40 Süzek, Yorum, 234.

41 Keyman-Toroslu, 250 vd. Sözer, Hukukta Yöntembilim, 136-137. Edis, 187.

42 Bkz. Serozan, 126 vd., 135, 140, 182-183. Gürkan, 70 vd., 85. Akipek-Akıntürk, 122, 130. Süzek, Yorum, 234. Can, 184 vd.

43 Keyman, Metodoloji, 81. Balta, 189. Süzek, İş Hukuku, B.4, 24-25. Baycık, 72.

bütünü dikkate alınarak bir yorum gereği ortaya çıktığında; yasanın tümüne hakim olan esasın esneklik olduğu ileri sürülerek yorumun bu esasa göre yapılması uygun değildir. Çünkü esneklik İş Kanunu'nun tümüne yayılmış, yasanın bütününe hakim olan bir esas değildir. Bu yasada esneklik alanları sınırlandırılmış, esneklik daha ziyade iki alana inhisar etmiş, esas itibarıyla bazı atipik iş akdi türleri ile çalışma süreleri konusunda esneklikler getirilmiştir.

Buna karşılık, 4857 sayılı İş Kanunu'nda işçinin en temel ihtiyaçlarını oluşturan *ücretinin*, (daha sonra İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda yer alan hükümlerle) *iş güvenliğinin* ve *iş güvencesinin* korunması konusunda 1475 sayılı yasaya göre çok ileri koruyucu normlar öngörülmüştür. 4857 sayılı yasada, iş hukukunun belirtilen temel kurumları yanında, alt işverenlik, yasanın uygulama alanının genişletilmesi, belirli süreli iş akitlerinin kurulmasının güçleştirilmesi, ayırım yapma yasağı, işyerinin devri, çalışma koşullarında esaslı değişiklik, engelli çalıştırma, yıllık ücretli izinler, çocuk ve kadın işçilerin (anaların) korunması vb. konularda 1475 sayılı yasaya göre işçileri koruyucu hükümler kurala bağlanmıştır. Bu düzenlemeler karşısında İş Kanunu'na hakim olan esasın esneklikten çok işçinin korunması olduğunu belirlemek bir gerçeğin ifadesi olacaktır.

6. Sosyolojik Yorum

a)Yasa Kuralının Amacının Belirlenmesinde Sosyolojik Hukuk Anlayışından (Biliminden) Yararlanılması

Özellikle Amerikan sosyolog hukukçuları tarafından geliştirilmiş ve çağdaş Amerikan ve İngiliz hukuki düşüncesine yön vermiş⁴⁴ ve daha sonra Kara Avrupası ülkelerinde de ilgiyle karşılanmış olan sosyolojik hukuk anlayışı, hukukumuzda da iş yasalarının amaca uygun (objektif) yorumunda, gerektiğinde başvurulabilecek önemli bir hukuki araç niteliği taşımaktadır. Sosyolojik hukuk bilimi ülkemizde daha ziyade Ankara Hukuk Fakültesi hukuk sosyolojisi ve

44 Sosyolojik hukuk bilimini geliştiren Amerikan hukukçularından Roscoe Pound ve Benjamin Nathan Cardozo'nun görüşleri için bkz. Gürkan, 39 vd., 88, 94 vd., 124.

metodolojisi alanında çalışan öğretim üyeleri tarafından benimsenmiş ve açıklanmıştır.⁴⁵

Sosyolojik hukuk biliminin amacı, yasaların yapılmasında, yorumlanmasında, yargıç tarafından hukuk yaratılmasında sosyolojik metodun uygulanmasını sağlamaktır.⁴⁶ Bu anlayışa göre klasik hukuk teorileri ve yorum metodları, *sosyal bir müessese* olan hukuku yaşamdan soyutlayarak ele aldıklarından, onun toplumsal koşullarla ve sosyolojik gerçeklerle yakın ilişkisini gözden kaçırmışlardır. Sosyal bilimlerin ve özellikle sosyolojinin gelişmesiyle, hukukun toplumsal gerçeklerle ve toplumda çelişen menfaatlerle ilgisi üzerinde durulmaya başlanmıştır.⁴⁷ Bunun sonucunda, modern hukuk bilimi sosyolojiden ve diğer sosyal bilimlerden yararlanmaya başlamış, toplumsal olguların ve koşulların tahlilini, beşeri ihtiyaç menfaatlerin tatminini ve dengelenmesini ön plana almıştır. Sosyolojik hukuk anlayışına göre, yasanın gerçek anlamı alışılmış metodlarla çözümlenemez; klasik kavram hukukçuluğu, pozitivist ve tarihi yorum yöntemleri tek başlarına kullanıldıklarında toplumsal yaşamın değişimine ve gelişimine uyarlanamazlar.⁴⁸

Gerçekten, hukuk kuralları temelde toplumsal (sosyal) yaşamın ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla konulduklarına göre MK 1/1 hükmü gereği yasanın amacının (ruhunun) belirlenmesinde gerektiğinde sosyolojik hukuk anlayışından yararlanılması uygun olacaktır. Çünkü bu anlayış,

45 Gürkan, 1 vd., 123 vd. Keyman, Metodoloji, 85 vd. Keyman-Toroslu, 215 vd., 231 vd. Can, 194 vd. Kırca, Yorum Yöntemleri, 365-366. Ayrıca bkz. Serozan, Hukukta Yöntem, 104-105. Sözer, Hukukta Yöntembilim, 105, 109.

46 Roscoe Pound, Foreword of "Sociology of law", Georges Gurvitch, London 1953, XV, Gürkan'dan naklen, 1.

47 Tarihsel açıdan Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesinin kadın işçilerin çalışma süresini sınırlayan yasayı Anayasaya uygun bulurken, kararında anayasal sözleşme özgürlüğüne karşı sosyolojik olguları ve gerçekleri temel alan ünlü Oregon kararı için bkz. Muller v. The State of Oregon, Supreme Court, 203 US. 412, 1908, Keyman, Metodoloji, 103-104 ve dn. 80, Gürkan, 19.

48 Roscoe Pound, Fifty Years of Jurisprudence, Harvard Law Review, 51, 446-447, 811-812, Gürkan, 41 ve 45'den naklen. Supiot, Homo Juridicus, 239-240. İmre, 33. Gürkan, 5-6, 48, 126.

toplumsal yaşamın gerçek ihtiyaçlarına en iyi bir biçimde yanıt verebilmek için *toplumsal koşulları ve olguları tahlil eder, hukuk kurallarını hukuk dışındaki bilimlerden* (ekonomi, sosyoloji, felsefe, etik, teknik ve teknolojik gelişmeler vb.) elde edilen bilgilerin ışığında değerlendirir ve yorumlar. Sosyolojik hukuk bilimi, hukuku diğer bilimlerden bağımsız, kendi kendine yeterli bir disiplin olarak kabul etmez. Hukuku açıklamak ve yorumlamak için bilimsel gerçekleri, toplumsal olguyu, sosyolojik realiteyi objektif bir biçimde gözlemlemeye gayret eder.⁴⁹

Toplumsal yaşamın karmaşıklığı, toplumsal gelişmelerin değişim hızı göz önünde tutulduğunda, hukuki pozitivistin ve kavram hukukçuluğunun biçimsel mantığa dayanan yorum yönteminin⁵⁰ söz konusu ihtiyacı karşılayamayacağı kolaylıkla ortaya çıkar. Hukuk normu toplumsal bir amacı gerçekleştiren araç olduğuna göre, normun gerçek amacını belirleyebilmek için pozitivist bir yaklaşımdan çok, amaca uygun yorum yöntemine ve gerektiğinde sosyolojik yorum başvurulmalıdır. Amaçsal teorilerin bilimsel bakımdan önemi, hukuki düşünceye ve yorum faaliyetine sosyolojik realiteyi yani bilimsel unsurları sokmuş olmalarıdır.⁵¹

Bununla beraber belirtelim ki, sosyolojik yorum iş yasası kuralının amacının belirlenmesinde duruma göre başvurulacak önemli ve bilimsel bir yorum yöntemi oluşturmakta ise de, yukarıda açıklandığı gibi olayın özelliğine göre, yasayla bağlılığın tümüyle koparılmaması için diğer yardımcı yorum metodlarından da yararlanılması gerekebilir. Çünkü hukuk ve kurallarının yorumu, büyük ölçüde ilgili olmasına rağmen sadece sosyolojiye dayandırılmaz. Aynı şekilde, hukukun en temel ilkeleri, hakkaniyet, eşitlik, hukuk güvenliği, insan hakları, özgürlük, kişilik hakları vb. de yorumda dikkate alınacak hukuki değer-

lerdir.⁵² Bunun gibi, yorum yapılırken yukarıda görüldüğü üzere iş hukukuna hakim olan temel ilkelerin de göz önünde tutulması gerekir.

b) Bazı Yargıtay Kararlarının Sosyolojik Hukuk Anlayışı Işığında Değerlendirilmesi

Hukuk öğretilerinde Yargıtay tarafından yapılmış olan sosyolojik yoruma verilen klasik örnek eski Medeni Kanununun 148. (şimdi 182.) maddesi ile ilgilidir. Medeni Kanununun alınan hükmünde boşanma halinde velayetin kullanılması hakkı kendisine verilmeyen anne veya babanın çocukla ilişkisinin yargıç tarafından düzenleneceği öngörülmüş, büyük anne ve büyük babadan söz edilmemiştir. Yargıtay içtihadı birleştirme kararıyla büyük anne ve büyük baba sosyolojik olarak anne ve babayla eş düzeyde görülmüş, kendilerinin çocukla ilişki kurma hakkının varlığı kabul edilmiştir.⁵³

aa) Avukatın İşçi Niteliği

Bir avukat (hukuk danışmanı) işverene bağımlı olarak çalışıyorsa iş akdi buna karşılık bağımsız bir biçimde davaları yürütüyorsa vekalet akdi söz konusu olur. Ancak avukatların çalışmasında bağımlılık ilişkisinin bulunup bulunmadığının saptanması birçok durumda güçlük göstermektedir.

Yüksek mahkeme bu konuda başvurulacak ölçütlere yer vermek suretiyle, hukuk danışmanının iş akdiyle çalışıp çalışmadığının saptanmasında ve iş akdinin vekalet akdinden ayrılmasında göz önünde tutulacak esasları ayrıntılı olarak belirlemiştir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesine göre: “Vekil kural olarak uzmanlığı bakımından iş sahibinin talimatları ile bağlı değildir... Bağımsız olarak iş gören, bu nedenle faaliyetini sürdüreceği zamanı belirlemede kısmen de olsa serbestliğe sahip olan, bütün zamanını tek bir müvekkile hasretmek zorunda olmayan vekil farklı kişilerle ayrı vekalet sözleşmelere yapabilmekte ve bu şekilde ekonomik olarak tek bir işverene bağlı olmaktan kurtulmaktadır... İşin işverene ait

49 Gürkan, 23, 48, 87, 126. Keyman-Toroslu, 215 vd., 231 vd. Can, 194 vd. Serozan, Hukukta Yöntem, 104-105. Kırca, Yorum Yöntemleri, 356, 365-366.

50 Hukuki pozitivistin yorum anlayışı ve eleştirisi için bkz. Serozan, 123 vd., 131 vd. Can, 159 vd. Keyman-Toroslu, 194 vd., 202 vd.

51 Keyman, Tanım Denemesi, 16-19.

52 İmre, 33-34.

53 YİBK, 18.11.1959, 12/29, Sözer, Hukukta Yöntemlim, 101-102.

işyerinde görülmesi, malzemenin işveren tarafından sağlanması, iş görenin işin görülme tarzı bakımından iş sahibinden talimat alması, işin iş sahibi veya bir yardımcısı tarafından kontrol edilmesi, bir sermaye koymadan ve kendine ait bir organizasyonu olmadan faaliyet göstermesi, ücretin ödeme şekli kişisel bağımlılığın tespiti dikkat edilecek yardımcı olgulardır. Sayılan bu belirtilerin hiçbiri tek başına kesin bir ölçü teşkil etmez... Bu kriter içinde değerlendirilebilecek alt kriter ise çalışanın, kendisine mi yoksa başkasına mı ait iş ya da hizmet organizasyonu kapsamında iş yaptığıdır... Bu bağlamda çalışanın işini kaybetme riski olmaksızın verilen görevi reddetme hakkına sahip olması ... önemli bir olgudur... Çalışanın münhasıran aynı iş sahibi için çalışması da, yeterli olmasa da aralarında bağımlılık ilişkisi bulunduğu kanıt oluşturabilir... Bu kapsamda dikkate alınabilecek bir ölçütte, münhasıran bir iş sahibi için çalışan kişinin ücreti kendisi tarafından ödenen yardımcı eleman çalıştırıp çalıştırmadığı işin görülmesinde ondan yararlanıp yararlanmadığıdır”.⁵⁴

Görüldüğü gibi yüksek mahkeme yukarıda belirtilen kararında, iş görenin “ekonomik olarak tek bir işverene bağlı olup olmadığı”, “işini işverene ait işyerinde görüp görmediği”, “kendisine mi yoksa başkasına ait hizmet organizasyonunda mı faaliyet gösterdiği”, “verilen görevi reddetme hakkına sahip bulunup bulunmadığı”, “yardımcı eleman çalıştırıp çalıştırmadığı” gibi ölçütlere yer vermek suretiyle sosyolojik yorum yapmakta diğer deyişle işçi niteliği taşıyıp taşımadığının belirlenmesinde avukatın *sosyo-ekonomik durumunu* göz önünde tutmaktadır.⁵⁵

54 Y9HD, 29.3.2010, 2672/8483, İHSGHD, 27, 1196-1198 ve Alpagut’un görüşü, Değerlendirme 2010, 5-6. Ayrıca bu konuda bkz. Y9HD, 13.7.2009, 876/20602 ve Başterzi’nin incelemesi, Avukatla Bağitlanan Sözleşme, 175-198. Y9HD, 15.9.2003, 15847/14406 ve Sevimli’nin incelemesi, İHSGHD, 3, 967-981, Ekmekçi’nin eleştirisi, Değerlendirme 2003, 16-17. Y9HD, 20.6.1996, 3092/14111 ve Ulucan’ın eleştirisi, Değerlendirme 1996, 11-13. Y9HD, 21.4.2011, 10827/12158 ve Tuncay’ın incelemesi, Değerlendirme 2011, 3-7.

55 Bkz. Başterzi, Avukatla Bağitlanan Sözleşme, 195.

bb) Şirkette Çalışan Limited Şirket Ortağının Durumu

Limited şirket ortağının aynı zamanda bu şirketteki çalışması karşılığında kıdem tazminatı ve fazla çalışma ücreti talep etmesi nedeniyle açılan davada Yargıtay Hukuk Genel Kurulu şu sonuca varmıştır: “Bir limited şirket ortağı kural olarak kendi adına bağımsız çalışan kişi kabul edilir ve işçi statüsünde sayılamaz. Zira, bir kişinin hem kazanç sağlayan bir şirketin ortağı hem de bu şirketin işçi statüsünde çalışanı olarak kabulü mümkün değildir... Ne var ki, sembolik sayılabilecek bir oranda limited şirket ortağı gözükmese karşın ... hizmet akdine göre çalıştığı belirlendiği takdirde... işçi...sayılır...Davacının her ne kadar işçi statüsünde olduğu ileri sürülmekte ise de, ortağı olduğu limited şirkette %25 gibi önemli bir pay sahibi bulunmaktadır...Davacının çalışma biçimi ve bunun karşılığında aldığı ücret ile şirket ortağı olarak sağladığı kazanç ve kar durumu, sahip olduğu hisse oranı, şirketteki konumu karşılaştırılmalı ve sonuçta limited şirket ortaklığı ekonomik yaşamında baskın çıktığı takdirde, davacının işçi statüsünde bulunmayıp, tamamen ticari amaçla kazanç sağlayan ve bağımsız çalışan bir kişi olduğu kabul edilmeli ve dava reddedilmeli aksine, hizmet akdi altında bağımlı ve ücrete göre çalışmasının egemen olduğu sonucuna ulaşıldığında işçi sayılarak, buna bağlı hakları kabul edilmelidir”.⁵⁶

Kanımızca Hukuk Genel Kurulu bu konuda isabetli bir sonuca varmıştır. Gerçekten, limited şirket ortakları kural olarak hep birlikte şirketi yönetim ve temsil hakkına sahiptir (TTK 623/1). Ne var ki, limited şirkette ancak sembolik bir paya sahip bulunan kişinin iş mevzuatından doğan haklarından yoksun bırakılması da iş hukukunun amaçlarına uygun düşmez. Buna olanak tanınması kanuna karşı hilelere yol açabilir. Bu nedenle Hukuk Genel Kurulu sosyolojik bir yorum yapmakta, ortağın şirketteki hisse oranı, *sosyolojik ve ekonomik* konumu dikkate alınarak, her olayın özelliğine göre ticari amaçla

56 YHGK, 16.4.2003, 9-308/303, İşv., Kasım 2003, 15-16 ve Ekmekçi’nin görüşü, Değerlendirme 2003, 12-13. Aynı yönde, Y9HD, 28.12.2010, 43459/41339.

kazanç sağlamanın mı yoksa bağımlı ve ücretli çalışmanın mı baskın olduğunun belirlenmesini istemektedir.

cc) Destekten Yoksun Kalan Nikahsız Eş

Yargıtay tarafından işçinin iş kazası sonucu ölümlerde nikahsız eşin de destekten yoksun kalma tazminatı talep edebileceği kabul edilmiştir. Yüksek mahkemeye göre “Gerçekten; toplumumuzda yasa dışı nitelendirilen, gayri resmi evliliklerin bulunduğu sosyal bir gerçektir. Medeni Yasa uyarınca, evlilik bağı kurulmasa bile, karı koca diye birleşen, bu amaç ve duygu ile yaşamlarını sürdüren kadınlar için bakım yükümlülüğünü yerine getiren erkeğin destek sayılması gerektiği, doktrinde ve Yargıtay’ın yerleşmiş uygulamaları ile, kabul edilmiş bir olgu olduğu gibi, Dairemizin uygulamaları da bu yöndedir. BK’nun 45. (şimdi 53.) maddesinde de belirtildiği üzere ‘destek’ kavramı hukuki bir ilişkiyi değil eylemli bir durumu içerir”.⁵⁷

Ancak Yargıtay yaptığı bu sosyolojik yoruma karşın, nikahsız eşe bir indirim yapılarak daha az destekten yoksun kalma tazminatına hükmedilmesi gerektiğini karara bağlamaktadır. Yüksek mahkeme bu konudaki kararında şu ifadelerle yer vermektedir: “Evlilik sözleşmesi olmaksızın birlikte yaşayan nikahsız eşin, desteğin ölümü ile nikahlı eş gibi yaşama yaşının sonuna kadar ve özellikle yaşı, sosyal durum, yaşadığı ortam ve aile bağları gibi nedenlerle, kocasının evinde yaşamını sürdüremeyeceği, güçlü olmayan aile bağı nedeniyle müşterek haneyi terk edeceği üstün olasılık içinde olduğu gibi desteğin bakiye ömrünün sonuna kadar devam etmeyeceği varsayımı göz önünde tutularak, Borçlar Kanunu’nun 43. (şimdi 51.) maddesi gereğince belirlenen tazminattan hak ve adalete uygun bir indirim yapılması gerektiği de tartışmasızdır”.⁵⁸

Buna karşılık bu karara karşı oy yazısına göre: “Burada nikahsız eşten kasıt Anadolu’da örf ve adetler gereği yapılan, çocuk sahibi olup aile düzenini nikahlı eş gibi götüren birlikteliklerdir. Bu nedenle nikahlı eşin nikahsız eşten bir farkı olması gerekir düşüncesinden hareketle, Dairemiz bozmasında da istenen yüksek oranda evlenme şansı düşüldükten sonra, ayrıca Borçlar Kanunu’nun 43. (şimdi 51.) maddesi gereği bir indirim de yapılması, hak, adalet, nesafet kurallarına aykırı olup, tazminat hukuki yönden kendi içinde çelişki yaratmaktadır.”

Konuya ülkemizin sosyolojik gerçekleri açısından yaklaşıldığında nikahsız eşin nikahlı eşe göre daha az korunması ve BK 51 uyarınca tazminattan bu nedenle bir indirimde bulunulması uygun sayılamaz. Çünkü ülkemizdeki sosyolojik gerçek diğer deyişle toplumsal olgu özellikle Anadolu’da yerleşmiş durum göz önünde tutulursa, nikahsız eşe nikahlı eşten ayrı bir işlem yapılması haklı bir gerekçeye dayandırılmaz. Bu beraberlikler sosyolojik özellikleri açısından karşı oy yazısında da belirtildiği gibi yasal bir aile düzeninden hiçbir farklılık göstermezler. Çiftler çocuk sahibi olup aile düzenini normal eşler gibi sürdürürler. Bu durumdaki nikahsız eşin ortak yaşamı sürdürmeyeceği ve haneyi terk ederek yeni bir yaşamı tercih edeceği ve bu nedenle bakım ihtiyacının nikahlı eşte olduğu gibi desteğin bakiye ömrünün sonuna kadar devam etmeyeceği varsayımı da ülkemizin *sosyolojik ve ekonomik gerçekleri* karşısında dayanaktan yoksundur. Bu nedenle kanımıza göre yapılacak sosyolojik yorum nikahsız eşe ödenecek destekten yoksun kalma tazminatından salt bu nedenle bir indirim yapılmamasını gerektirir.

dd) Alt İşverenlik İlişkinin Kurulmasında İşletmenin ve İşin Gereği ile Teknolojik Nedenlerle Uzmanlık Gerektiren İş Koşulu

Asıl işlere ilişkin olarak alt işverenlik ilişkisinin kurulabilmesi için İş Kanunu’nun 2. maddesinin 6. fıkrasında yer alan “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler”de iş alma koşulunun nasıl yorumlanacağı konusunda iş hukuku öğretisinde farklı görüşler

57 Y21HD, 11.10.2001, 6819/6640, Süzek, Değerlendirme 2001, 37.

58 Y21HD, 20.3.2001, 1005/2091, Y21HD, 1.5.2001, 2067/3447, Y21HD, 25.9.2001, 4847/6170, Süzek, Değerlendirme, 2001, 37-38. Y21HD, 8.7.1997, 3331/4819, YKD, Kasım 1997, 1784-1786. Y21HD, 21.3.1996, YKD, Ağustos 1996, 1291-1292.

ortaya çıkmıştır. Bu görüşlerden ilkinde göre adı geçen koşul bir bütündür, bölünmesi mümkün değildir. Diğer görüşe göre ise söz konusu koşul bölünebilecek niteliktedir ve işveren salt “işletmenin ve işin gereğine” dayanarak alt işverene iş verebilir. “İş Hukuku” isimli kitabımızın 10. Baskısından önceki baskılarında, bir üçüncü görüş olarak salt maliyeti düşürme amacı gütmek koşuluyla işletmenin ve işin gereği olarak alt işverene iş verilebileceğini savunuyorduk. Gerçek bir işletme gereğinin (ekonomik, teknolojik, yapısal zorunlulukların) varlığıyla bu nitelikte olmayanların birbirinden ayrılmasının uygun olacağı kanısını taşıyorduk. Bu görüşümüz iş hukuku öğretisinde önemli ölçüde paylaşılmıştı.⁵⁹

Ne var ki, bu görüşümüz belirli bir ölçüde de olsa gerçek amacına uygun şekilde işleyen taşeron uygulamalarının var olduğu bir çalışma yaşamında geçerli olabilirdi. Oysa alt işverenlik kurumu ülkemizde ne yazık ki yaygın bir biçimde kötüye kullanılmış, kurumun olması gereken amacının dışına çıkmış, işverenin kendi işçileriyle üretimde bulunmasının asıl, alt işverene iş verilmesinin istisna olduğu yönündeki temel ilke adeta tersine çevrilerek yasaya aykırı veya muvazaalı alt işveren ilişkileri yaygınlık kazanmıştır. Alt işverenlik ilişkisi, bazı işverenlerce salt maliyetleri düşürme, aşırı kar elde etme, işçilerin bireysel ve toplu iş hukukundan doğan haklarını engelleme, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almaktan kaçınma aracı haline dönüştürülmüştür. Bu gelişmeler ve özellikle alt işveren işyerlerinde meydana gelen ölümlü iş kazaları toplumda taşeron uygulamalarına karşı haklı tepkilerin oluşmasına yol açmıştır.

Söz konusu gelişmeler İş Kanunu’nun 2. maddesinin 6. fıkrasında yer alan “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler” ölçütünün yeniden değerlendirilmesini zorunlu kılmıştır. Yukarıda görüldüğü gibi hukuk normları toplumsal yaşamın ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla öngörüldüğünden, hukukçunun görevi hukuk kurallarını toplumsal

amaçlarına en uygun bir biçimde yorumlamaktır. Bu itibarla amaca uygun yorum yapılırken doğru sonuca ulaşılabilmesi için gerektiğinde sosyolojik yorum yapılarak *toplumsal ihtiyacın (realitenin)* göz önünde tutulması gerekir. Yukarıda belirttiğimiz gelişmeler karşısında toplumsal realite yorumun, alt işverenlik ilişkisinin kurulmasını mümkün olduğu kadar daraltıcı ve güçleştirici yönde yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Aynı şekilde, yukarıda görüldüğü gibi zamana göre amaca uygun (objektif) yorum metodu da yorumun normun öngörüldüğü zamanın değil yorum yapılan zamanın koşul ve ihtiyaçlarına göre yapılmasını gerektirdiğinden, yorumun bu yönde yapılması uygun olacaktır. Bu nedenle, İK 2/6’da yer alan alt işverenlik ilişkisinin kurulmasında “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler” ölçütü *bölünmeden* uygulanmalı, öğretilde yazarların önemli bir bölümü tarafından da ileri sürüldüğü gibi taşerona iş verilmesinde hem işletmenin ve işin gereği olma hem de teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme koşullarının varlığını bir arada arayan yorum şekline üstünlük tanınmalıdır.

Esasen Yargıtay da oluşturduğu içtihadıyla asıl işin bölümünün alt işverene verilmesinde baskın unsurun teknolojik nedenlerle uzmanlık olduğunu belirtmekle birlikte, işletmenin ve işin gereği ile uzmanlık ölçütlerinin bir arada aranması gerektiğini kabul etmektedir.⁶⁰

Olması gereken hukuk açısından (de lege ferenda) önerimiz ise, tartışmalara ve kötüye kullanmalara yol açan “işletmenin ve işin gereği” ifadesinin yasadan tümüyle çıkarılması buna karşılık alt işverenlik kurumunun ülkemiz üretiminin ve sanayisinin gelişebilmesi için duruma göre zorunlu olarak ihtiyaç duyabileceği *teknoloji ve/veya uzmanlık* gerektiren işlerin alt işve-

59 İş hukukunda ileri sürülen farklı görüşler ve o dönemdeki kişisel görüşümüz için bkz. Süzek, İş Hukuku, B.9, 148-153. dn. 58, B.11, 163-166, dn. 54 ve buralarda belirtilen yazarlar.

60 Y9HD, 5.5.2008, 15362/11408 ve bu kararın incelenmesi, Çelik, Alt İşveren, 83-92. Y9HD, 6.5.2010, 10901/12451, ÇT, 27, 82-83. Y9HD, 1.6.2009, 38361/15040, ÇT, 23, 223-226. Y9HD, 15.2.2009, 31954/35494, ÇT, 25, 440-442. Y9HD, 19.2.2009, 33290/2942 ve Başterzi’nin incelemesi, Değerlendirme 2009, 48-52.

rene verilebileceğinin yasada öngörülmesidir.⁶¹ Başka bir anlatımla, işveren ancak teknoloji ve/veya uzmanlık nedenleriyle işin bir bölümünü kendi işçileriyle gerçekten yerine getiremiyor, o iş ancak daha üstün bir teknolojiye sahip veya konunun uzmanı başka bir işveren tarafından gerçekleştirilebiliyorsa ya da bir yardımcı iş sözü konusu ise alt işveren ilişkisi kurulabilmelidir. Alt işverenlik ilişkilerinde, bu ölçütün uygulanması en etkili bir biçimde denetlenmeli, aksi yönde davrananlara karşı sadece hukuki yaptırımla (başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılmak) yetinilmemeli, caydırıcı kamusal yaptırımlar (idari para cezaları) uygulanmalıdır.

KAYNAKÇA

Aktay, A.N. – Arıcı, K. – Kaplan, E.T.S.: İş Hukuku B.6, Ankara 2013.

Akipek, J.G. – Akıntürk, T.: Türk Medeni Hukuku, C.I, Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku, B.4, İstanbul 2002.

Akyiğit, Ercan: Toplu İş Hukuku, Ankara 2015.

Alpagut, Gülsevil: AB’nde Güvenceli Esneklik ve Türkiye’deki Yasal Düzenlemeler, TİSK Akademi, 2008/1, 7-37.

Aral, Vecdi: Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, B.2, İstanbul 1975.

Aykaç, Hande Bahar: İş Hukukunda Alt İşveren, İstanbul 2011.

Balta, Tahsin Bekir: İdare Hukuku, I, Genel Konular, Ankara 1970/72.

Başterzi, Süleyman: Avukatla Bağtlanan Sözleşmenin Hukuki Niteliği, İş Sözleşmesinin Vekalet ve Diğer İş Görme Sözleşmelerinden Ayrılması, Sicil, 17, Mart 2010, 175-198.

Başterzi, Süleyman: İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve Düzenlenmesi, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, 2009, Ankara 2011, 1-131.

Baycık, Gaye: İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2011.

61 Bu konuda öğretilerde öne sürülen değişik yasa önerileri için bkz. Çelik, Yasal Değişiklik Girişimi, 13 vd. Güzel, Alt İşveren Uygulaması, 23 vd. Çil, Alt İşveren, 16. Aykaç, 137-138.

Baycık Gaye: Çalışma Sürelerinde Güvenceli Esneklik Uygulamaları, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, İstanbul 2014, 223-262.

Boldt, Gerhard: Le contrat de travail dans le droit de la République Fédérale d’Allemagne, Le contrat de travail dans le droit des pays membres de la C.E. C.A., Paris 1965, 225-310.

Brun, A.-Galland, H.: Droit du travail, T.I, Les rapports individuels de travail éd. 2, Paris 1978.

Can, Cahit: Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi, B.2, Ankara 2012.

Centel, Tankut: İş Hukuku, C.I, Bireysel İş Hukuku, B.2, İstanbul 1994.

Çağıl, Orhan Münir: Hukuk Metodolojisi Dersleri, B.3, İstanbul 1962.

Çelik, Nuri: Asıl İşveren Tarafından Alt İşverene İş Verilmesinin Koşulları, Karar İncelemesi, Sicil 13, Mart 2009, 83-92.

Çelik, Nuri: İş Kanunu’ndaki Asıl İşin Bir Bölümünün Alt İşverene Verilmesi Koşuluna İlişkin Bir Yasal Değişiklik Girişimi Üzerine Düşünceler, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C.I, İstanbul 2011, 5-8.

Çelik, N.-Caniklioğlu, N.-Canbolat, T.: İş Hukuku Dersleri, B.28, İstanbul 2015.

Çenberci, Mustafa: İş Kanunu Şerhi, B.6, Ankara 1986.

Çil, Şahin: Uygulamaya Yansıyan Yönüyle Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi, İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2009, 5-126.

Demir, Fevzi: En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, B.7, İzmir 2013.

Demircioğlu, M.-Centel, T.: İş Hukuku, B.17, İstanbul 2013.

Dereli, Toker: Turkey’s 2003 Labour Act, An experiment in law-making based on social dialogue, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C. I, İstanbul 2011, 27-32.

Deschenaux, Henri: Le titre préliminaire de Code Civil, T. II, I, Fribourg 1969.

Doğan Yenisey, Kübra: İş Hukukunun Emredici Yapısı, İstanbul 2014.

Doğan Yenisey, Kübra: La modification du contrat de travail, Genève 2005.

- Doğan Yenisey, Kübra: La protection du salarié face à une modification in “pejus”, Halil Aksu’ya Armağan, İstanbul 2000, 428-436.
- Dupeyroux, Jean-Jacques: Droit civil et droit du travail: l’impasse, Dr.soc., Mai 1988, 371-373.
- Durand, P.-Jaussaud, R.: Traité de droit du travail, T.I, Paris 1947.
- Edis, Seyfullah: Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, B. 2, Ankara 1983.
- Ekonomi, Münir: İş Hukuku, C. I, Ferdi İş Hukuku, B. 3, İstanbul 1987.
- Elbir, Halid Kemal: İş Hukukunda Yorum, İHD, Ocak 1969, 3-34.
- Esener, Turhan: İş Hukuku, B. 3, Ankara 1978.
- Esener Turhan: Hukuka Giriş, B. 11, İstanbul 2015.
- Eyrenci, Öner: İş Sürelerinin Esnekleştirilmesi ve Türk İş Hukuku, Münir Ekonomi 60. Yaş Günü Armağanı, Ankara 1993, 227-242.
- Eyrenci, Ö.-Taşkent, S.-Ulucan, D.: Bireysel İş Hukuku, B. 5, İstanbul 2014.
- Gülmez, Mesut: Sosyal İnsan Haklarının Temelinde Sosyal Devlet İçin Öneriler, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C. III, İstanbul 2011, 3133-3174.
- Güriz, Adnan: Hukuk Başlangıcı, B. 12, Ankara 2009.
- Gürkan, Ülker: Sosyolojik Hukuk İlmi, Ankara 1961.
- Güven, E.-Aydın, U.: Bireysel İş Hukuku, B. 4, Eskişehir 2013.
- Güzel, Ali: Alt İşveren Uygulanmasında Güvencesiz Bir Sisteme Doğru..., ÇT, 27, 2010/4, 15-28.
- Güzel, A.-Ugan Çatalkaya, D.: İş Sözleşmesinin Uygulanmasında ve İşverenin Yetkisinin Sınırlanmasında Dürüstlük (Objektif İyi Niyet) Kuralının İşlevi Üzerine, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, İstanbul 2014, 17-66.
- Hatemi, Hüseyin: Medeni Hukuka Giriş, B. 3, İstanbul 2004.
- Işık, Rüçhan: Esneklik: Toplu Pazarlık Yoluyla, Sicil, 3, Eylül 2006, 126-136.
- Işıktaç, M.-Metin, S.: Hukuk Metodolojisi, İstanbul 2003.
- İmre, Zahit: Medeni Hukuka Giriş, İstanbul 1980.
- Javiller, Jean-Claude: Droit du travail, éd. 2, Paris 1988.
- Jeammaud, Antoine: Le droit du travail en changement, Essai de Mesure, Dr. Soc., Mars 1998, 211-222.
- Kapani, Münici: Kamu Hürriyetleri, B. 6, Ankara 1981.
- Kar, Bektaş: İş Hukukunda Yorum, Sicil, 28, Aralık 2012, 72-81.
- Kar, Bektaş: İş Yargılamasına Hakim Olan İlkeler, Prof. Dr. Polat Soyer’e Armağan, C. I, İzmir 2014, 869-882.
- Kauffmann O., Kessler. F.-Köhler, P.A.: Le droit social en Allemagne, Paris 1991.
- Keyman, Selahattin: Hukuka Giriş ve Metodoloji, Ankara 1981.
- Keyman, Selahattin: Hukukta Bir Tanım Denemesi, Prof. Dr. Akif Erginay’a 65. Yaş Armağanı, Ankara 1981, 3-29.
- Keyman, S.-Toroslu, H.: Hukuka Giriş, B. 5, Ankara 2012.
- Kılıçoğlu, M.-Şenocak, K.: İş Kanunu Şerhi, B. 3, İstanbul 2013.
- Kırca, Çiğdem: Kanunların Yorumunda Yorum Yöntemleri, Norm Koyma ve Hüküm Verme, Ankara Hukuk Toplantıları, Ankara 2009, 347-366.
- Levenbach, Marius G.: Le contrat de travail en droit néerlandais, Le contrat de travail dans le droit des pays membres de la C.E.C.A., Paris 1965, 583-727.
- Mengoni, Luigi: Le contrat de travail en droit italien, Le contrat de travail dans le droit des pays membres de la C.E.C.A., Paris 1965, 414-521.
- Meyer, Nadège: L’ordre public en droit du travail, Paris 2006.
- Mollamahmutoğlu, H.-Astarlı, M.-Baysal, U.: İş Hukuku, B. 6, Ankara 2014.
- Munck, Jean de: Les trois crises du droit du travail, Dr.Soc., Mai 1999. 443-446.
- Narmanlıoğlu, Ünal: İş Hukuku, I, Ferdi İş İlişkileri, B. 5, İstanbul 2014.
- Oğuzman, M.K.-Barlas, N.: Medeni Hukuk, B. 16, İstanbul 2010.
- Özbudun, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, B. 2, Ankara 1992.

- Özveri, Murat: Güvencesizliğin Hukuku: Esneklik, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C. I, İstanbul 2011, 277-295.
- Pélissier, Jean: Droit çivil et contrat individuel de travail, Dr.soc., Mai 1988, 387-394.
- Ray, Jean-Emmanuel: Nouvelles Technologies et nouvelles formes de subordination, Dr.soc., Juin 1992, 525-537.
- Reisoğlu, Seza: Hizmet Akdi, Ankara 1968.
- Rivero, J.-Savatier, J.: Droit du travail, éd. 12, Paris 1991.
- Rozes, Louis: Remarques sur l'ordre public en droit du travail, Dr.soc., Septembre-octobre 1977, 311-326.
- Sağlam, Fazıl: Anayasa Hukuku Ders Notları, Lefkoşa 2013.
- Sağlam, Fazıl: Sosyal Devlet İlkesi ve Duyarsızlaşma, Prof. Dr. Devrim Ulucan'a Armağan, İstanbul 2008, 753-771.
- Saymen, Ferit Hakki: Türk İş Hukuku, İstanbul 1954.
- Serozan, Rona: Medeni Hukuk, Genel Bölüm-Kişiler Hukuku, B. 6, İstanbul 2015.
- Serozan, Rona: Hukukta Yöntem, İstanbul 2015.
- Sözer, Ali Nazım: Hukukta Yöntembilim, B. 2, İstanbul 2011.
- Spyropoulos, Georges: Le droit du travail à la recherche d'un nouvel équilibre entre le social et l'économique: reflexions en marge d'un congrès, Dr.soc., Mars 1992, 259-264.
- Supiot, Alain: Critique du droit du travail, Paris 1994.
- Supiot, Alain: Homo juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du Droit, Paris 2005.
- Supiot, Alain: Pourquoi un droit du travail?, Dr.soc., Juin 1990, 485-492.
- Sur, Melda: İş Hukuku, Toplu İlişkiler, B. 5, İstanbul 2015.
- Süzek, Sarper: İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, İş Güvencesi Konusunda Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Ankara 1976.
- Süzek, Sarper: İş Güvenliği Hukuku, Ankara 1985.
- Süzek, Sarper: İş Hukuku, B. 4, 2008, B. 9, 2013, B. 11, 2015, İstanbul.
- Süzek, Sarper: Bireysel İş Hukukunun Bugünü ve Geleceği, Sicil, 14, Haziran 2009, 5-28.
- Süzek, Sarper, İş Hukukunda Düzenleme Boşluklarının Doldurulması, Münir Ekonomi 60. Yaş Günü Armağanı, Ankara 1993, 129-137.
- Süzek, Sarper: İş Hukukunda Yorum, İnan Kıraç'a Armağan, Galatasaray Üniversitesi, Ankara 1994, 231-238.
- Tanör, Bülent: Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar, İstanbul 1978.
- Teyssié, Bernard: Droit du travail, 1, Relations individuelles de travail, éd. 2, Paris 1992.
- Tuncay, A. Can: Brief history and flexibilisation efforts of Turkish Labor Law, Prof. Dr. M. Polat Soyer'e Armağan, C. I, İzmir 2014, 341-367.
- Tunçomağ, Kenan: İş Hukuku, C. I, B. 4, İstanbul 1986.
- Tunçomağ, K.-Centel, T.: İş Hukukunun Esasları, B. 6, İstanbul 2013.
- Ulucan, Devrim: Çalışma Hayatında Esneklik, Prof. Dr. Metin Kutal'a Armağan, Ankara 1998, 525-541.
- Ulucan, Devrim: Esneklik İhtiyacı ve İş Hukukunun İşçiyi Koruma İşlevi, A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005, 203-217.
- Yıldız, Gaye Burcu: Güvenceli Esneklik ve 4857 Sayılı İş Kanunu, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C. I, İstanbul 2011, 203-231.

Prof. Dr. Kadir ARICI *

Makale Gönderim Tarihi : 13 Ocak 2016

Makale Kabul Tarihi : 15 Ocak 2016

GENEL SAĞLIK SİGORTASINDA GELİR TESTİ MESELESİ VE ÇÖZÜMÜ

ÖZ

Genel sağlık sigortası, sağlığın korunması ve hastalık riskine karşı sosyal güvenlik sağlayan bir sigorta dalıdır. Genel sağlık sigortası 2006 tarih ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile sistemimize katılmış ve bütün hükümleri ile 1.1.2012 tarihinde yürürlüğe girmiş bir sistemdir.

Genel sağlık sigortası primli sistem içinde finanse edilir. Sistemde muhtaçların primlerini devlet karşılar. Muhtaçlığın tespiti, gelir testi metodu ile gerçekleştirilir. Gelir testinde ailenin toplam geliri ailedeki fert sayısına bölünerek, kişi başına düşen aylık gelir miktarı bulunur. Bu miktar eğer asgari ücretin 1/3'ünden az ise bu kişiler muhtaç kabul edilir. Primleri devletçe ödenir. Kişi başına gelir tespiti yapılırken ailede işsiz gençler de ortalama gelir hesabına dahil edilmektedir.

Bu çalışmada adı geçen uygulamanın Anayasaya, hukuka aykırı ve sürdürülemez olduğunu; üretilen ve üretilmeye çalışılan çözümlerin de meseleyi çözmeyeceği ortaya konulmakta ve sürdürülebilir hukuka uygun bir çözüm teklifi tartışmaya açılmaktadır.

ANAHTAR SÖZCÜKLER: Genel sağlık sigortası, genç işsizler, gelir testi, muhtaçlık, hastalık sigortası, sosyal güvenlik.

INCOME TEST ISSUE IN GENERAL HEALTH INSURANCE AND ITS SOLUTIONS

ABSTRACT

General health insurance is an insurance branche providing social security against the health risks. General Health Insurance System in Turkey has been introduced to Turkish legislation with the adoption Social Insurance and General Health Insurance Act numbered 5510 dated 2006 and is being implemented since January the 1st, 2012 with all its provisions.

General Health Insurance System is financed with the premium system. The premium of the ones who are in need are paid by the state. Those who are in need of State's help are determined with an income test system. The monthly income per capita is calculated by dividing total monthly family income with the number of the family members. If the monthly income per capita is less than 1/3 of the minimum wage in force, all the members of the family are considered to be in need.

*Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Ana Bilim Dalı - kadirarici@gmail.com

The general health insurance premiums of those are financed by the State. While calculating per capita income of a family, the unemployed young family members are included in the average income calculation.

In this study it has been considered that the income test system in practice is violating the Turkish Constitution and the law and is unsustainable. The recently proposed solutions by the Government will also not solve the problem. In this article a solution is proposed and opened into debate to solve the issue in the income test system in the Turkish Health Insurance System.

KEYWORDS: General health insurance, unemployed youth, income tests, the ones in need, sickness insurance, social security.

GİRİŞ

Genel sağlık sigortası sosyal sigorta sistemimize 5510 sayılı Kanunla giren bir sigortadır¹. Genel sağlık sigortası, niteliği itibarı ile sosyal sigortadır². Bütün vatandaşlar kişi bakımından zorunlu olarak sigortalıdır. Vatandaş olmayanlar bakımından ise genel sağlık sigortası belli şartlar içinde zorunlu, belli şartlarda ise isteğe bağlı bir sigortadır.

2008 yılından itibaren kısmen uygulanmaya başlayan genel sağlık sigortası, bütün hükümleri ile ancak 1.1.2012 tarihinden itibaren uygulanmaya başlanmıştır. Genel sağlık sigortasına yönelik tenkitler 2012 öncesinde yalnızca sistemin gene-

line ve uygulamada karşılaşılan meselelere ilişkin eleştiriler niteliğindedir.

1.1.2012 tarihinden itibaren yürürlüğe giren kısmı ise sistemin sigortalı, sigortalının bağımlısı, hak sahibi ve hak sahibinin bağımlısı niteliği taşımayan sosyal yardım ve sosyal hizmetlerden faydalanmayan kimselerin de zorunlu sigorta kapsamına alınmasını sağlayan kısımdan oluşmuştur.

Vatandaşlar genel sağlık sigortasının herkes için zorunlu sigorta olmasının anlamını ancak 1.1.2012 tarihinden sonra idrak etmeye başlamışlardır. Vatandaşların bu idrak seviyesine gelmesinde o tarihe kadar işsizler, muhtaçlar, kayıt dışı çalışanlar gibi hastalık ve sağlık sigortasından hiç faydalanmamış kişilerin resen tescil edilmesi ve kendilerine bu çerçevede prim tahakkuk ettirilmesi etkili olmuştur. Vatandaşlardan meselenin farkında olanlar ya gelir testi yaptırmışlar ya da sigorta tescilini yaptırmışlardır. Kanundan doğan yükümlülüklerini bilmeyenler ile kanuni yükümlülüklerini yerine getirmeyenler; haklarında resen tescil yapılarak GSS prim tahakkuku yapılması ve kendilerine tahakkuk edilen primlerin ödemesi için ödeme emri tebligatları gönderildiğinde GSS'nin gerçeği ile yüzyüze gelmişlerdir.

Yüzbinlerce kişi için GSS prim tahakkuklarının yapılması, kamuoyunda büyük bir tepkiye yol açmıştır. Hükümet, mesele kamuoyunda büyük yankı uyandırınca, 6552 sayılı Kanunla borçlulara ödeme kolaylığı getirerek bir çözüm bulmaya çalışmıştır. Bunun için de 30 Eylül 2015 tarihi son başvuru tarihi olarak kabul edilmiştir. Bu yolla kamuoyunun tepkisi biraz olsun azaltılmaya çalışılmıştır. Ancak meselenin bütünüyle çözümü de sağlanamamıştır.

Meseleyi çözmek anlamında 64. Hükümet Programı 2016 Eylem Programı kapsamında yeni kurulan hükümet, yeni bir adım atma kararı almıştır. TBMM'ye sunulan "Gelir Vergisi Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı" ile lise mezunu olanlar 20 yaşını ve yüksek öğrenim mezunu olanlar ise 25 yaşını geçmemek ve bakmakla yükümlü olunan kişi ya da muhtaç kişi (m.60/ I g) olmamak şartıyla mezun oldukları tarihi izleyen günden itibaren iki yıl

1 Genel sağlık sigortası hakkında geniş bilgi için bkz.: SÖZER, Ali Nazım: Türk Genel Sağlık Sigortası, İstanbul 2014; GÜZEL, Ali-OKUR, Ali Rıza-CANİK-LİOĞLU, Nurşen: Sosyal Güvenlik Hukuku, İstanbul 2014., s. 837-999; TUNCAY, A. Can-EKMEKÇİ, Ömer: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, İstanbul 2015., s.527-595; ALPER, Yusuf: Türk Sosyal Güvenlik Sistemi ve Sosyal Sigortalar Hukuku, Bursa 2015., s.337-364.; ARICI, Kadir: Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara 2015., s. 407-449.

2 Doktrinde genel sağlık sigortasını bir sigorta olarak görmeyip bir sağlık vergisi olarak nitelendiren yazarlar da vardır. Bkz.; ŞAKAR, Müjdat: "GSS Bir Sigorta Değil Sağlık Vergisidir", Mercek, Yıl 17., Sa.66. Nisan 2012., s. 23-29.

süreyile prim borçlarına bakılmaksızın bakmakla yükümlü olunan veya hak sahibi kişi sayılmak suretiyle sağlık hizmetlerinden faydalandırılmalarını öngören bir çözüm amaçlanmıştır. Hükümet Tasarısı 6663 sayılı Kanun olarak kanunlaşmıştır.

Bu çalışmada ülkemizde genel sağlık sigortası uygulamasında karşılaşılan bir meseleyi ele almak; Anayasaya aykırı bulduğumuz meselenin çözümü ile ilgili olarak hazırladığımız çözüm önerimizi tartışmaya açmak istiyoruz.

I- GENEL SAĞLIK SİGORTASI İHTİYACININ ARKA PLANI

Genel sağlık sigortası ülkemizde sosyal sigorta sistemimizde uygulanmakta olan hastalık (506 sayılı Kanun m.32-42) ve sağlık sigortaları (1479 sayılı Kanun Ek m.11-19) yerine ikame edilen bir sigorta sistemidir. Genel sağlık sigortası, SSK, Bağ-Kur ve Emekli Sandığı sisteminin yürürlükte olduğu 2006 öncesi dönemde hastalık ve sağlık sigortası uygulamalarında karşılaşılan meselelere çözüm getirme arayışının ortaya çıkardığı bir sosyal sigorta dalıdır.

Genel sağlık sigortası uygulamasının olmadığı 2006 öncesi dönemde, sistemimizde özellikle, hastalık riskine karşı sosyal güvenlik sağlamak bakımından çok büyük adaletsizlikler ve boşluklar mevcuttu. Genel sağlık sigortası, sistemde mevcut aşağıda özetlenen eksiklikleri, boşlukları tamamlamak ve sistemdeki adaletsizliklere son vermeği amaçlamıştır.

Genel sağlık sigortasının yürürlüğe girmesinden önce sistemdeki eksiklikler, adaletsizlikler ve yetersizliklerden belli başlıcaları aşağıda ana başlıklar halinde sıralanmaktadır:

- Emekli Sandığı kapsamında iştirakçi olanların sağlık sigortası ya da hastalık sigortaları bulunmamaktaydı. Ancak memur ve diğer kamu görevlileri başta olmak üzere 5434 sayılı Kanun kapsamındaki iştirakçilerin hastalandıklarında bütün sağlık giderleri, istihdam edildikleri kurumların bütçelerine konulan sağlık harcamaları kaleminden karşılanırdı. Sağlık ya da hastalık sigortaları olmamasına

rağmen sosyal güvenlik ihtiyaçları devlet bütçesinden karşılanan Emekli Sandığı iştirakçilerinin sağlık sigortasına ihtiyaç duymaları söz konusu değildi.

- Esnaf ve zanaatkarlar ve diğer bağımsız çalışanların 1986 yılına kadar ne sağlık ne de hastalık sigortaları bulunmaktaydı. Bağ-Kur'lular olarak bilinen bu sigortalılar 1986 yılından başlamak üzere sağlık sigortası adı altında hastalık riskine karşı sosyal güvenliğe kavuşturulmuşlardı.
- Sosyal Sigortalar Kurumu kapsamında sigortalı olan işçiler (506 sayılı SSK kapsamında sigortalı olanlar) ise sosyal sigorta sistemimizde hastalık riskine karşı sosyal güvenlik kapsamına alınmış yegane sigortalı kitlesi idi.
- Ülkemizde 1983 yılına kadar geçici tarım işçileri ile tarımda kendi adına ve hesabına çalışan kitleler (2825 ve 2826 sayılı Kanun kapsamında bulunan çiftçiler ve köylüler, geçici tarım işçileri) sosyal sigorta kapsamında değildiler. Bu kitleye sağlık sigortası, ancak 1989 yılından sonra ulaştırılabilmisti.
- Başta kayıt dışı çalışanlar olmak üzere çalışma gücü olmayan kitlelerin; çalışma çağı içinde sosyal güvenlik hakkını elde edememiş yaşlıların ve ana veya babasının sağlık ya da hastalık sigortasından faydalanma imkanı bulunmayan çocukların ne sağlık ne de hastalık sigortası vardı.
- Muhtaçlara sağlık yardımları yeşil kart verilmek suretiyle karşılanmaya çalışılmıştı.
- SSK, Bağ-Kur ve Emekli Sandığı kapsamında sigortalı olanların hak ve yükümlülük bakımından da aralarında çok büyük farklılıklar vardı; sağlık/hastalık sigortalarında norm ve standart birliği mevcut değildi.

Sonuç olarak hastalık riskine karşı vatandaşlar arasında dengesiz, adaletsiz norm ve standart birliği sağlanmamış bir sistem mevcuttu. Büyük bir vatandaş kitlesi de hastalık riski bakımından

sosyal güvenlik şemsiyesi altında değildi. Kişiler ihtiyaçlarını kanuna karşı hile teşkil eden başka yollarla karşılamaya başlamışlardı.

İhtiyacı karşılamak için sosyal yardıma muhtaç kesimlere yeşil kart verilerek hastalık riskine karşı sosyal güvenlik sağlamak için atılan adım belli bir ölçüde ihtiyacı karşılamıştı. Ancak ülkemizde mevcut olan yaygın kayıt dışılık, yeşil kart sisteminden ihtiyacı olmayanların da faydalanmasının yolunu açmıştı. Bütün bu yetersizlikler norm ve standart birliğine haiz bir sistemin kurulmasını gerekli kılmaktaydı. Genel sağlık sigortası sistemi, bu ihtiyacı karşılamak maksadıyla kuruldu³.

II- GENEL SAĞLIK SİGORTASININ KARAKTERİSTİK ÖZELLİKLERİ VE NİTELİĞİ

Genel sağlık sigortası sosyal sigorta tekniğine dayalı bir sigorta sistemidir. Dolayısı ile zorunluluk esasına dayanan ve primli bir sistemdir. Genel sağlık sigortası sistemi kanunla kurulan ve esasları kanunla belirlenen bir sigorta uygulamasıdır.

Genel sağlık sigortasında prim ödeme gücü olanlardan prim alınması; prim ödeme gücü olmayanların yani muhtaç durumda olan kişilerin primlerinin ise devletçe karşılanması esastır. Kanunla muhtaçlık kriteri belirlenmiştir. Muhtaçlık tespiti ise gelir testi sistemi içinde devletçe yapılır.

Genel sağlık sigortasında ilk defa devletin üçüncü taraf olarak sisteme mali destek sağlanması kabul edilmiştir.

Genel sağlık sigortasında sistem bir finansman sistemi olarak kurgulanmıştır. Sistem sağlık hizmeti üretmek yerine hizmeti satın almak suretiyle sigortalılara sunmak yolunu benimsemiştir. Sigortalılara sistem, sağlık hizmetini, sağlık hizmeti sunucularından sağlık hizmeti alarak sunmak esasını benimsemiştir.

3 Sağlık ve sağlık sigorta sistemimizin kanuni düzenleme öncesi durumuna ilişkin bir araştırma olarak bkz.; TÜSİAD; Sağlıklı Bir Gelecek; Sağlık Reformu Yoluyla Uygulanabilir Çözüm Önerileri, İstanbul 2004., s.129 vd.

Genel sağlık sigortasında sağlık hizmeti sunucularından hizmet alanların hizmetin niteliği ve kalitesine göre değişen ölçüde katkı payı ödemeleri de kabul edilmiştir.

Genel sağlık sigortası kapsamında çocukların ve yaşlıların sağlık yardımı almaları prim ödeme şartına bağlı olmaktan çıkarılmış; muhtaçlar ise primsiz sistem içinde sağlık hizmeti alabilir hale getirilmiştir.

Genel sağlık sigortası sisteminin kapsamına hastalık sigortasından sağlanan yardımlar dışında koruyucu tıbbi hizmetler ve tüp bebek uygulaması gibi daha önce olmayan yardımlar da dahil edilmiştir. Bazı sağlık yardımları da katkı payından istisna edilmiştir.

Sonuç itibarı ile Türk sosyal güvenlik sistemine yeni giren bu sistem; birçok yenilikleri yanında çok sayıda yeni külfetleri de beraberinde getiren bir sistem olarak uygulanmaktadır.

III- GENEL SAĞLIK SİGORTASINDA UYGULANAN GELİR TESTİ – ANLAMI VE UYGULANMA ESASLARI

1- Gelir Testi Kavramı:

Genel sağlık sigortasında zorunlu sigorta esası benimsendiği için ülkede yaşayan herkes bu sigorta kapsamında zorunlu olarak genel sağlık sigortalısı sayılır. Gelir testi, sigortalı, sigortalının bağımlısı (eş ve çocukları vb.), hak sahibi, hak sahibinin bağımlısı (eş ve çocukları vb.), kamu sosyal yardım ve sosyal hizmet sistemi kapsamında muhtaç olmaları nedeniyle GSS kapsamında sigortalı sayılanların dışında kalan ve GSS sigortalısı olarak tescil edilmeyenlerin, GSS kapsamına alınmaları ile ilgili olarak getirilen bir muhtaçlık tespit sistemidir.

GSS sistemi ile bir muhtaçlık kriteri belirlenmiş olup bu muhtaçlık kriterini sağlayanların GSS kapsamında sigorta yardımlarından prim ödemeksizin faydalanması; kalanların ise belirlenen primleri ödemek suretiyle GSS kapsamında sigortalı sayılmaları öngörülmüştür.

Gelir testi ile hem GSS bakımından muhtaç sayılacakların tespiti hem de muhtaç sayılma-

yanların ödemekle yükümlü buldukları prime esas kazanç miktarlarının belirlenmesi sağlanır.

Gelir testi yaptırmak kanundan doğan bir yükümlülüktür. GSS kapsamına giren her kişi **bir ay** içinde sisteme dahil olmak için gelir testi yaptırmak ve GSS tescili için başvurmakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğe uymayan ve gelir testi yaptırmayan kimselerin ailede kişi başına gelirleri asgari ücretin iki katı olarak kabul edilir ve prim tahakkuku bu gelir üzerinden yapılır.

Genel sağlık sigortası kapsamında olanlardan 5510 sayılı Kanun anlamında m.4/a, b ve c kapsamında sigortalı olarak tescili yapılmamış olan kimselerle GSS kapsamında sigorta tescili yapılmamış diğer kimseler gelir testi yaptırmak zorundadırlar.

Sonuç olarak gelir testi; GSS kapsamında sigorta tescili yapılmamış olan bütün vatandaşlar bakımından yaptırılması zorunlu bir testtir. Amacı da vatandaşların muhtaçlık durumunu ve GSS kapsamında ödemekle yükümlü olduğu primin hesabında esas olacak aylık gelir miktarını belirlemek olan bir testtir.

2- Gelir Testinin Uygulama Esasları:

Gelir testinin uygulama esasları aşağıdaki şekilde belirlenmiş bulunmaktadır:

- Gelir testi yapma görevi Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarına (SYDV) verilmiştir.

- Gelir testi yaptırmakla yükümlü olan GSS'lilerin gelir testi yaptırmaları zorunludur.

- Gelir testi yaptıracaklara GSS Genel Müdürlüğü durumu ihbar etmekle yükümlüdür.

- Gelir testi yaptırmakla yükümlü olan kimselerin tescilleri resen yapılır.

- Gelir testi yükümlüsü olan kimseler gelir testi yaptırmazlar ise bu durumda aylık gelirlerinin asgari ücretin iki katı olduğu kanuni bir karine olarak kabul edilir ve bu gelir üzerinden %12 oranında GSS primi tahakkuku yapılarak kendileri için borç çıkarılır.

- Gelir testi yaptıran kişiye geliri asgari ücretle

retle asgari ücretin 1/3'ü arasında olanlara asgari ücretin 1/3'ü üzerinden; diğerlerinden ise asgari ücret üzerinden veya geliri üzerinden %12 oranında prim tahakkuku yapılır. Kişiler bu primleri ödemekle yükümlü olurlar.

- Sosyal sigorta tescili yapılmış olan kimseler ve bağımlıları ile hak sahibi kimse ve bunların bağımlılarının gelir testi yaptırmaları gerekmez. Çünkü onlar kanundan dolayı GSS sigortalısı sayılırlar.

Gelir testine ilişkin esaslar 5.12.2011 tarih ve "Genel Sağlık Sigortası Kapsamında Gelir Tespiti, Tescil ve İzleme Sürecine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik" ile belirlenmiş bulunmaktadır (RG. 28.12. 2011 tarih ve 28156 sayı). GSS sistemi içinde gelir testi kişinin ikametgahının bağlı olduğu ilçe Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarında kişinin başvurusu üzerine adı geçen yönetmelikteki esaslara göre yapılır⁴.

3- Gelir Testi Uygulaması:

Genel Sağlık Sigortası Kapsamında Gelir Tespiti, Tescil ve İzleme Sürecine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, gelir testine ilişkin uygulamayı düzenlemiştir. Buna göre;

Genel sağlık sigortalısı ya da genel sağlık sigortalısının bakmakla yükümlü olduğu kişi statüsünde olmayanlar ile genel sağlık sigortalılığı ya da genel sağlık sigortalısının bakmakla yükümlü olduğu kişi statüsü sona erenler için gelir tespiti yapılır (Yön. m.9 /1).

Genel sağlık sigortalısı ya da genel sağlık sigortalısının bakmakla yükümlü olduğu kişi statüsünde olmayanlar ile genel sağlık sigortalılığı ya da genel sağlık sigortalısının bakmakla yükümlü olduğu kişi statüsü sona eren kişiler, SGK tarafından **re'sen tescil edilir**. Bu kişiler için, gelir testleri sonuçlandırılıncaya kadar 5510 sayılı Kanunun 82. maddesine göre belirlenen prime esas günlük kazanç alt sınırının otuz günlük tutarı prime esas asgarî kazanç tutarı olarak esas alınıp **primleri tahakkuk ettirilir**. Ayrıca, gelir tespitini yaptırmak

4 Geniş bilgi için bkz: TUNCAY ve diğerleri s. 542-546.; GÜZEL ve diğerleri s.940-945.

üzere **bir ay** içinde vakıflara başvurması gerektiği SGK tarafından re'sen tescil edilen kişilere bildirilir (Yön.m.4) .

Kişiler, adrese dayalı nüfus kayıt sistemi kapsamında, ikametgahının bağlı bulunduğu ilçe Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfına gelir testi için şahsen başvurmakla yükümlüdür .

Re'sen genel sağlık sigortası tescili yapılan kişilerin gelir testi işlemleri, SGK veya ilgili vakıf tarafından ailenin yazılı muvafakati alınarak vakıf tarafından sonuçlandırılır.

Kendisine gelir testi yapılmasını istemeyenler ile genel sağlık sigortası tescilinin yapıldığına dair tebligatın yapıldığı tarihten itibaren bir ay içinde gelir testi yapılması yönünde muvafakat veremeyenlerin gelirleri **asgarî ücretin iki katı** olarak kabul edilir (Yön.m.4/2-3.).

Gelir testi için başvuruda bulunacaklar ki bunlar 5510 sayılı Kanununun 60. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinin (1) numaralı alt bendi ile (g) bendinde belirtilen kişiler olup zorunlu GSS tescili yaptırmak durumunda olan kişilerdir. Bu kişilerin öncelikle harcamaları, taşınır ve taşınmazları ile bunlardan doğan hakları da dikkate alınarak aile içindeki gelirin kişi başına düşen aylık tutarının tespiti yapılır.

Bu tespit yapılırken ve gelir testi sürecinde Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı tarafından geliştirilen, vatandaşların sosyal yardım için başvurularından hak sahipliğinin belirlenmesi ve ilgili yardım ya da desteğin teslimine kadar bütün süreçlerini içeren ve online olarak çalışan Bütünleşik Sosyal Yardım Hizmetleri Projesi ile yapılandırılan bir e-devlet uygulaması kullanılır. Gelir tespiti ve testinde Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'nın TÜBİTAK ile işbirliği içinde geliştirilen kişilerin harcamaları, gelirleri ve servetleri dikkate alınarak gelirlerine ulaşmada kullanılan formül esas alınır.

Gelir testi sürecinde Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları kişinin ikametgahında "Hane Ziyareti" adı altında kontrol de yapabilir. Öte yandan genel sağlık sigortası tescili yapıldığı tarihten itibaren primi devlet tarafından öde-

nenler ile asgarî ücretin üçte biri üzerinden prim ödeyenlerin hane ziyaretleri her yıl yenilenir (Yön.m.12/3).

Gelir tespitinde, aynı hane içinde yaşayan eş, evli olmayan çocuk, büyük ana ve büyük babadan oluşan aile esas alınır (Yön.m.10/1). Aile içinde gelir testinde genel sağlık sigortalısı ve bunların bağımlısı olanlar da gelir tespitinde dikkate alınır (Yön.m.10/2).

Yaşları ne olursa olsun aynı hanede yaşayan evli olmayan çocuklar gelir tespitinde aile içinde değerlendirilir. Öğrenim nedeniyle geçici olarak aynı hanede yaşamayan yirmibeş yaşını doldurmamış evli olmayan çocuklar, öğrenimleri süresince aile içinde değerlendirilir (Yön.m. 10/ 3-4).

Aynı hanede birden fazla aile yaşaması durumunda her bir aile için ayrı gelir tespiti yapılır (Yön.m.10/5). Gelir testine tâbi tutulacak kişi ile aynı hanede yaşamayan ana ve baba için bakmakla yükümlü olursa dahi ayrı gelir tespiti yapılır (Yön.m.10/ 6).

Yapılan gelir tespitlerine göre tesciller yapılır. Gelir durumu daha sonra değişen kişilerin bir ay içinde SYDV'ye gelir durumunun yeniden belirlenmesi için başvuruda bulunması gerekir (Yön.m. 12/1). Gelir testi başvurudan itibaren bir ay içinde sonuçlandırılır. Doğum, ölüm, evlenme, boşanma ve benzeri nedenlerle hanedeki aile bireyi sayısının değiştiğinin tespit edilmesi durumunda gelir tespiti yenilenir (Yön.m.12/2).

IV- GELİR TESTİ SİSTEMİNDE ANAYASAYA AYKIRILIK MESELESİ

Gelir testinde kişi başına gelir miktarı tespit edilirken aile esasına dayalı bir sistem öngörülmüştür. Yönetmelikte aile "Aynı hane içinde yaşayan eş, evli olmayan çocuk, büyük ana ve büyük babayı," kapsayan birim olarak tanımlanmıştır (Yön.m.3/b).

Şu halde bir aile içinde yaşayan kimselerin her türden toplam geliri ailede ikamet eden fert sayısına bölünür ve kişi başına düşen gelir bu şekilde belirlenir.

Gelir testi sisteminde aile ile birlikte yaşa-

makta olan ancak vesayet ve velayet altında bulunmayan yetişkin ancak işsiz aile fertlerinin gelir testine tabi tutularak bunlar için prim tahakkuk ettirilmesine ilişkin kanuni düzenlemenin hukuka ve Anayasaya aykırı olduğu düşüncesindeyiz⁵.

Gelir testinde aile geliri esas alınmakta ve her bir aile bireyi için ayrı ayrı olmak üzere prim tahakkuk ettirilmektedir. Hiçbir geliri olmayan yetişkin ve işsiz durumda bulunan aile fertleri (öğrenimini tamamlamış işsiz, çalışmayan), geçimi (beslenme ve barınması) ailesi tarafından sağlanan fertler için prim tahakkuk ettirilmesinin hukuka uygunluğu elbette mevcut devlet ve hukuk düzeni bakımından sorgulanmak durumundadır.

Gelir testi ile işsiz aile bireyleri için prim tahakkuku yapılmasının Anayasamızın m.2-10-45-60 hükümlerine aykırı bulduğumuz bu uygulamanın gerekçeleri aşağıda kısaca izah edilecektir.

1- Anayasa m.2 Bakımından:

Anayasa m. 2 devletin özelliklerini ortaya koyarken **“Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir.”** esasına yer vermiştir.

Liseyi veya üniversiteyi bitirmiş olup da iş bulamamış gençlerden toplam aile geliri dikkate alınmak suretiyle bu gelir sanki kendi geliriymiş sayılarak, prim tahakkuk ettirilmesi ve prim ödemesi beklenmekte ve istenmektedir. İşsiz gençten sanki geliri varmış gibi GSS primi tahakkuk ettirilmesi ve prim ödemesinin talep edilmesinin hangi adalet anlayışına, nasıl sığdırıldığını anlamak mümkün değildir.

Muhtaç ve geçimi ailesi tarafından karşılanmaya çalışılan bir gençten prim talep edilmesi

5 Gelir testinde aile esasının kabul edilmesinin sağlıklı olmadığı ve sorunlu bir uygulama olduğu doktrinde de kabul edilmektedir. Bkz.: GÜZEL ve diğerleri s. 945; ALPER, Yusuf: “Genel Sağlık Sigortası ve Gelir Testi Uygulaması, Türk-İş Dergisi, Yıl 2012., Sa. 397., s. 56 - 60.

insan hakları ile bağdaşır mı? Bu durum ailelerde huzur bırakır mı? Bunun toplumun huzuruna bir katkısından söz edilebilir mi?

İnsan haklarına saygılı sosyal bir hukuk devleti; eğitimini tamamlamış, yetişkin duruma gelmiş, ana ve babasının velayetinden hem yaş hem de hukuk itibarı ile çıkmış; çalışma gücü, istek ve yeteneği olmasına ve cari şartlarda iş aramasına rağmen iş bulamamış işsiz bir gençten hangi hakla GSS primi talep edebilir? Bu genç insana sosyal devletin; iş bulması için destek sağlaması, iş buluncaya kadar da yardımcı ve destek olması beklenirken; ailesinin eline bakan kimseden GSS primi ödemesini istemesi hangi sosyal devlet anlayışına sığar? GSS sisteminde, ailesinin desteği ve yardımı ile geçimi, iaa ve ibadesi sağlanmakta olan bir gence devlet destek verecek yerde, prim tahakkuk ettirmektedir.

Uygulama bu yönü ile sosyal hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmaz. Zira sosyal hukuk devleti sosyal güvenliği sağlayan devlettir. İşsiz gencin hastalık riskine karşı korunmasını sağlayan GSS sistemine girme hakkı onun sosyal güvenlik hakkıdır. Bu durumda sosyal hukuk devleti olarak bu işsiz gencin sosyal güvenliğine destek sağlamak da devletin görevleri arasındadır. Bu düzenleme ile sosyal hukuk devleti işsiz genci sosyal güvenlik bakımından desteklememekte, sosyal devlet ilkesine aykırı bir düzenleme yapmış olmaktadır.

2- Anayasa m.10 Bakımından:

Eşitlik ilkesi anayasal bir ilkedir. Anayasa m.10 kanun önünde eşitlik ilkesi ile ilgili olmak üzere aşağıdaki düzenlemeye yer vermektedir.

“X. Kanun önünde eşitlik

Madde 10 – Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.

Çocuklar, yaşlılar, özürllüer, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde (...) kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.”

GSS gelir testi sisteminde işsiz gençlerden prim tahsil edilmesi ve işsiz gençlerin prim ödeme durumunda bırakılması Anayasa m.10’da yer alan eşitlik ilkesine de aykırıdır. Ailesinin yanında ikamet eden ve onların desteği ile geçim ve barınma imkanı bulan gençlerden prim alınmaktadır. Bu gençler işsiz oldukları için hali hazırda muhtaç durumdadırlar. Aylık gelirleri bırakın asgari ücretin üçte birinden az olması, hiç geliri bulunmayan kimselerdir. Ailelerinin desteği olmasa aç kalma riski ile karşı karşıya kalan bu gençler GSS içinde nasıl prim ödemekle yükümlü kılınabilir? Aile temelinde kişi başına gelir asgari ücretin 1/3’ünden az olan kimseler muhtaç sayılır ise hiç geliri olmayan bu kimselerin muhtaç sayılmaması ve GSS primi ödemekle yükümlü kılınmaları eşitlik ilkesi ile nasıl bağdaştırılabilir?

Muhtaç kimselerin GSS primleri devletçe ödenmektedir. Ailesinin yanında kalan işsiz genç ile kendi evinde tek başında yaşayan işsiz genç arasında eşitlik bakımından bir farklılık olabilir mi? Her ikisi de gelir seviyesi muhtaçlık şartları içinde olan kimsedir. Devlet eşit statüde olanlara eşit davranmak zorundadır. Halbuki gelir testi sistemi, ailesinin yanında kalan gençleri hiç geliri olmamasına rağmen ailesinin gelirini sanki kendi geliriymişcesine kabul etmekte ve bu gençlerden prim ödemesi istenmektedir. Bu anlamda GSS gelir kontrolü sistemi, Anayasa m.10 hükmüne aykırıdır.

3- Ailenin Korunması ile İlgili m.41’e Aykırılık:

Gelir testi sistemi Anayasa m.41 hükmüne de

aykırı bir uygulamadır. Anayasamız ailenin korunması ve çocuk haklarını bir anayasal yükümlülük olarak düzenlemiştir. Buna göre;

“Madde 41 – Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır.

Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar.

Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir.

Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır.”

Anayasa m.41 esas olarak ailenin korunmasını öngörmektedir. GSS ile gelir testi uygulaması aileyi korumak yerine aileyi hiç de üstlenmemesi gereken bir yük altına sokan sistemdir.

Eğitimi tamamlamış bir genç artık ailesinin bir ferdi olmaktan çıkmıştır. Velayetten kurtulmuş bir genç artık ailesinin bir üyesi olmaktan öte Türkiye Cumhuriyeti Devletinin bir vatandaşı durumundadır.

GSS içinde gelir testi sistemi işsiz ve geliri olmayan kimsenin aile üzerindeki yükünü artıran ve aileyi bu genç için fedakarlığa iten bir sistem niteliğindedir. Devlet hiç geliri olmayan bu genç için ailenin gelirini esas olarak bir prim tahakkuk ettirmekte ve gençten bu primi ödemesini istemektedir. Hiç geliri olmayan gençten istenen bu primi kim ödeyecektir? Elbette ailesi ödeyecektir. O yük ailenin sırtında kalacaktır. Anayasamız devletten **“ailenin huzur ve refahını sağlamak için gerekli tedbiri almasını”** istemektedir. Gelir testindeki bu sistemle ailenin huzur ve refahı nasıl korunmuş olur? Aile çocuklarını beslemiş, büyütmüş ve eğitmiş; yetişkin vatandaş haline getirmiştir. Bundan sonra da ondan GSS primini ödemesi dolaylı yolla da olsa talep edilmektedir. Dolayısı ile gelir testindeki bu düzenleme Anayasa m.41 bakımından da ailenin korunmasına katkı sağlamak yerine aile huzuruna zarar veren ve aileye yük getiren bir düzenleme olarak Anayasaya aykırı bir düzenleme niteliğindedir.

4- Çalışma Hakkı Bakımından:

GSS gelir testi uygulaması bir yönü ile çalışma hakkına dair Anayasa m. 45 hükmüne de aykırıdır. Anayasa'da "Çalışma hak ve ödevi" başlığı altında m. 49'da

"Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir.

Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır."

Anayasa m.45 devlete işsizleri koruma yükümlülüğü getirmektedir. Ailesinin yanında kalan ve velayet altında bulunmayan genç işsizler için GSS primi tahakkuk ettirilmesi Anayasa m. 45'e de aykırıdır. **Bu kişiler işsiz durumdadır. Bir gelirleri de bulunmamaktadır.** Dolayısı ile bu kişilerin GSS primi ödemeleri mümkün değildir.

Anayasa m.49 devleti işsizleri korumak, işsizlerin iş bulma şansını artıracak ekonomik ortamı sağlamak için gerekli tedbirleri almakla yükümlü kılmıştır. Bu düzenleme, devletin işsizleri koruma yükümlülüğü ile çelişen bir düzenlemedir. Devlet, bu düzenleme ile işsiz gençlerin iş bulması için tedbir alacağı, onlara yardımcı olacağı yerde; bu gençler için prim tahakkuk ettirmeye çalışmaktadır.

5- Sağlık Hakkı İle İlgili Aykırılık Durumu:

GSS sistemi sağlık hakkına dair Anayasa m.56'ya da aykırıdır. Anayasa m. 56 aşağıdaki şekilde bir düzenleme getirmektedir.

"A. Sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması

Madde 56 - Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir.

Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir.

Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık ku-

ruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler.

Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir.

Sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir."

Bu madde herkesin sağlık hakkını düzenlemektedir. Devlet işsiz kimselerin, aile içinde yaşamakta olan işsiz gençlerin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesi için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür.

Devlet işsiz aile bireyi gencin, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşamasını temin ve hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesi için onlara iş buluncaya kadar destek olmakla yükümlüdür. Bunun için de işsiz gençten GSS primi ödemesini istemek yerine onların iş buluncaya kadar GSS primlerini ödemek hiç olmazsa primsiz sağlık yardımları almasını sağlamak durumundadır.

Şu halde devlet bu kimselerin sağlık hakkını realize etmekle yükümlüdür. Bu yükü devlet sosyal yardım sistemi içinde finanse etmek zorundadır. Halbuki ailesinin gelir durumu nedeniyle devlet genç işsizi muhtaç saymayarak onun için prim tahakkuk ettirmektedir. Söz konusu düzenleme bu nedenle Anayasa m. 56'ya da aykırı bir düzenlemedir.

6- Sosyal Güvenlik Hakkı Bakımından:

Genel sağlık sigortası, sosyal güvenlik sağlayan bir sigorta dalıdır. GSS içinde gelir testi sistemi ile işsiz gençlerden prim ödemesini beklemek Anayasa m. 60'da yer alan sosyal güvenlik hakkına da aykırıdır. Şöyle ki;

Anayasa m.60 sosyal güvenlik hakkını düzenlemektedir. Buna göre;

"Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir.

Devlet, bu güvenliğini sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar."

GSS gelir kontrolü sistemi içinde işsiz gençlerden prim alınması uygulaması Anayasa m.60'da düzenlenen sosyal güvenlik hakkına da aykırıdır.

Bu gençler işsiz ve muhtaç durumda olan kimselerdir. İşsiz ve geliri olmayan, ailesinin desteği ile ayakta durmaya çalışan gençlerden GSS sistemine prim ödemesi öngörülmektedir. Bu uygulama sosyal güvenlik hakkı ile kesinlikle bağdaşmaz. Geliri olmayan ve muhtaç kimselerin sosyal güvenliğini devlet sağlamakla yükümlüdür. Dolayısıyla bu kimselerden sosyal güvenlik primi ödemesi talep edilemez. Bu sosyal güvenlik hakkına bütünüyle aykırı bir düzenlemedir.

Sonuç olarak yukarıda kısaca işaret edildiği üzere mevcut gelir testi sisteminde Anayasaya aykırılık mevcuttur.

Gelir testi sisteminin bütünüyle Anayasaya aykırılığı söz konusu değildir. Sistemdeki Anayasaya aykırılık, ailenin yanında kalan ve eğitimini tamamlayan, velayetten kurtulmuş aile fertlerinin aile ferdi olarak sayılmasındadır. Bu kimseler o aile tarafından geçimi sağlanmakta olan kimselerdir. Ancak bu kültürel bir uygulamadır. Türk aile kültürünün bir gereğidir. Ancak eğitimini tamamlamış ve işsiz durumda bulunan gençler artık o ailenin yanında kalan ancak hukuken o ailenin geçindirmekle yükümlü olduğu kimseler olarak kabul edilemez.

Bu gençler gelir testi yapılırken ailenin bireyi olarak kabul edilemez. **Bu gençler artık Türkiye Cumhuriyeti'nin işsiz ve geliri olmayan dolayısı ile geçici olsa da sosyal yardıma hak kazanmış vatandaşlarıdır. Devletin bu kimselerden GSS primi alma hakkı olamaz.** Bu yöndeki uygulama yukarıda açıklanan gerekçelerle Anayasaya aykırı bir uygulamadır.

V-GELİR TESTİNDE KARŞILAŞILAN MESELENİN ÇÖZÜMÜ

1- Gelir Testi Uygulamasında Karşılaşılan Meselenin Özü:

Genel sağlık sigortasında muhtaçlık kriterinin belirlenmesi ve muhtaçların primlerinin devlet tarafından ödenmesi prensip olarak doğru bir tercihtir. Sosyal yardımda esas olan muhtaç olmaktır. Muhtaçlık kriterlerine uymayanlara sosyal yardım yapmak; aylaklığa, tembelliğe ve milli işgücünün atıl kalmasına yol açan; hatta

buna prim veren bir politika ve uygulama olur.

Mevcut sistemde genel sağlık sigortası bakımından muhtaçlık kriterleri belirlenmiştir. Şu halde, aile içinde kişi başına ortalama gelir miktarı, asgari ücretin üçte birinden daha az olan kimseler genel sağlık sigortası bakımından muhtaç sayılırlar.

Gelir testi sistemi muhtaçlığın tespiti bakımından lüzumlu olan bir sistemdir. Gelir testi sistemine karşı olmak ve bunu Anayasaya aykırı bulmak gibi bir tutum söz konusu olamaz. Devlet sosyal yardım ve sosyal hizmet sistemi içinde elbette primsiz sosyal yardım ve sosyal hizmetleri sağlarken gelir testine dayalı bir muhtaçlık tespiti yapmak durumundadır.

Gelir testi sistemimiz içinde bizim yanlış ve Anayasaya aykırı bulduğumuz husus, eğitimini tamamlamış ancak iş bulamamış kimseler için ailenin toplam gelirinin esas alınmak suretiyle prim tahakkuk ettirilmesi sistemidir.

Aile, en küçük sosyal yardımlaşma örgütü olarak kendi meselesini kendi çözme durumundadır ve elbette bütün mensupları bakımından bir sosyal güvenlik kurumu fonksiyonunu ifa eder. Tarihten bu yana da bu böyle devam etmektedir.

Sosyal devlet esasını kabul etmiş bir devlette; devlet, ailenin geleneksel yüklerini kaldırmak; aileyi korumak ve ihtiyacı var ise de desteklemekle yükümlüdür. Sosyal devlet, ailenin yüklerini artıran; aileye yeni yükler yükleyen bir devlet olamaz.

Gelir testi sisteminde bizim yanlış ve Anayasa'ya aykırı bulduğumuz ve sürdürülemez nitelikte gördüğümüz husus; yetişkin işsiz aile fertlerinin (çocukların) ailenin geliri esas alınarak sanki bu ortalama geliri elde ediyormuş gibi kabul edilerek; bu ortalama geliri aylık prime esas gelir sayarak prim tahakkuk ettirilmesi ve kendilerinden prim ödemesinin istenilmesidir.

Bu problem geçici çözüm yolları ile çözülebilecek nitelikte bir mesele de değildir. Bu mesele çözülmezse hem ailelerde hem de sosyal güvenlik sisteminde sıkıntılara yol açan bir problem olarak kalır.

2 – Hükümetin Ürettiği Çözümler:

GSS'nin 1.1.2012 tarihinde uygulanmaya baş-
layan m.60/1.g.'nin ortaya çıkardığı meselelerin
çözümü için hükümet birtakım çözüm yolları ara-
mış ve meselenin çözümünü sağlayacağını düşün-
düğü çözüm yollarını uygulamaya koyan kanuni
düzenlemeler yapmıştır. Aşağıda bu düzenleme-
ler hakkında kısaca bilgi verilecektir.

A- Ödeme Kolaylığı Çözümü

Ana ve babası bakımından bakmakla yükümlü
bulunmayan lise ve üniversite mezunu gençler,
genel sağlık sigortasının 1.1.2012 tarihinde yü-
rürlüğe girmesi ile birlikte zorunlu olarak GSS'li
olmuşlardır. Bu statüde kanundan dolayı zorunlu
olarak sigortalı olan kimselerin bir ay içinde ge-
lir testi yaptırmaları için başvuruda bulunmaları
gerekir. Bunu yaptırmayan gençler ise resen tes-
cil edilir ve asgari ücretin iki katı gelir esası üze-
rinden kendileri hakkında GSS primi tahakkuku
yaptırılır. Bu çerçevede sayıları 4 milyonu geçen
genç için GSS primi tahakkuk ettirilmiş ve ken-
dilerine ödeme emri gönderilmiştir.

Ancak bu durumun kamuoyunda büyük
bir tepki yaratması üzerine hükümet mesele-
yi çözmek üzere kanuni düzenleme yapmıştır.
10.9.2014 tarih ve 6552 sayılı İş Kanunu ile Bazı
Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde
Değişiklik Yapılması İle Bazı Alacakların Ye-
niden Yapılandırılmasına Dair Kanun'la (RG
11.9.2014 tarih ve 29116 sayılı-Mükerrer) borç-
lulara ödeme kolaylığı getirilmiştir. Buna göre;

(i) Resen tescilleri yapılmış olup da gelir testi
için başvuruda bulunmayanlara kanunun yayı-
mını takip eden altı ay içinde gelir testi için baş-
vurmaları halinde yapılan gelir testi miktarı üze-
rinden tescil tarihinden geçerli olmak üzere prim
tahakkuk ettirilmesi (SSGSSK Geçici m. 53/ 1);

(ii) Resen genel sağlık sigortası tescili yapı-
lmış olanlardan kanunun yürürlüğe girdiği ta-
rihten önce gelir testi yaptırmış olmakla birlikte
gelir düzeyleri asgari ücretin iki katından daha
düşük olarak tespit edilmiş olanlar kanunun ya-
yımını takip eden altı ay içinde başvurmaları ha-
linde yapılan gelir testi miktarı üzerinden tescil

tarihinden geçerli olmak üzere prim tahakkuk
ettirilmesi (SSGSSK geçici m. 53/2);

(iii) Kanunun yürürlüğe girdiği tarihe ka-
dar sigortalıların ödemiş oldukları genel sağlık
sigortası primi ile gecikme cezası ve gecikme
zammı tutarlarının iade edilmemesi (SSGSSK
geçici m. 53/2) öngörülmüştür. Kanun ile Bakan-
lar Kurulu'na verilen süreyi altı ay uzatma hakkı
verilmiştir (SSGSSK geçici m.53/4)⁶.

(iv) m.60/1.g kapsamında GSS'li olup da
2014 yılı Nisan ayı ve öncesi aylara ilişkin olan
ve Kanunun yayımlandığı tarihten önce tahak-
kuk ettirilip ödenmemiş GSS prim borçlarının
asılları ile bu alacaklara ödeme sürelerinin bitti-
ği tarihlerden kanunun yayımlandığı tarihe kadar
geçen süre için Yİ-ÜFE aylık değişim oranları
esas alınarak hesaplanacak tutarın, bu maddede
belirtilen süre ve şekilde ödenmesi hâlinde, bu
alacaklara uygulanan gecikme cezası ve gecik-
me zammı gibi fer'î alacakların tamamının tahsi-
linden vazgeçilmesi;

-Ödeme kolaylığından faydalanmak isteyen-
lerin 7 ay içinde başvuruda bulunmaları;

- İlk taksidi kanunun yayımlandığı tarihten
itibaren 8 ay içinde ödenmesi, diğer taksitlerini
ise ikişer aylık dönemler hâlinde azami on sekiz
eşit taksitte ödemeleri, imkanı sağlanmıştır (SS-
GSSK geçici m. 60).

Bakanlar Kurulu Kararı ile sigortalılara tanı-
nan süreler uzatılmış ve nihayetinde faydalan-
mak üzere borçluların SGK'ya başvuru tarihi
30.09.2015 tarihinde sona ermiştir.

Kanunla getirilen bu düzenleme meseleyi
çözmekten uzaktır. Yalnızca ödenmeyen GSS
primlerinin bir ödeme kolaylığı getirilerek kısmen
ödenmesini sağlayan; resen tescil edilenlerin re-
sen tescilden kaynaklanan sıkıntılarının kısmen
giderilmesi gibi bir rol oynamıştır.

6 31/3/2015 tarihli ve 29312 sayılı Resmi Gazete'de ya-
yımlanan 23/3/2015 tarihli ve 2015/7470 sayılı Bakan-
lar Kurulu Kararı Eki Kararın 1 inci maddesiyle, bu
maddede yer alan başvuru süresinin maddede belirtilen
sürenin bitiminden itibaren altı ay uzatılması kararlaştırılmıştır.

B- İki Yıl Ek Süre Tanıma Çözümü:

6552 sayılı Kanunla getirilen ve primlerin faizsiz olarak belli bir zaman dilimi içinde ödenmesini öngören çözüm yolunun beklenen sonucu vermemesi üzerine hükümet kamuoyundan gelen uyarılardan da etkilenecek yeni bir çözüm arayışına girmiş ve yeni bir kanuni düzenleme yapmıştır.

TBMM'ye sunulan tasarı, 29.1.2016 tarih ve 6663 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun olarak kanunlaşmıştır.

Kanunun amacı, genel gerekçesinde ifade edildiği üzere "Lise ve üniversite mezunu gençlerin genel sağlık sigortası giderlerinin iki yıl süre ile gelir testi yapılmaksızın ve prim alınmaksızın Devlet tarafından karşılanmasının sağlanması"dır.

Kanunun madde gerekçesinde de mesele daha açık bir biçimde ortaya konulmuştur. Buna göre;

"MADDE 23 – Ana veya babasından dolayı bakmakla yükümlü olunan kişi durumunda olmayan gençlerden lise ve dengi okul mezunu olanların en fazla 20 yaşını yükseköğrenimden mezun olanların ise en fazla 25 yaşını geçmemek şartı ile primlerinin devlet tarafından ödenmesi suretiyle mezuniyet tarihinden itibaren iki yıl süreyle gelir testi yaptırmaksızın ücretsiz sağlık hizmeti verilmesi amaçlanmaktadır.

MADDE 24 – Lise ve dengi okullardan mezun olanların en fazla 20 yaşını yükseköğrenimden mezun olanlar ise en fazla 25 yaşını geçmemek şartı ile mezuniyet tarihlerinden itibaren iki yıl süreyle ücretsiz sağlık hizmeti verilmesi amaçlanmaktadır."

Tasarı TBMM'de aşağıdaki şekilde kanunlaşmıştır. Buna göre:

"MADDE 26- 5510 sayılı Kanunun 60 ıncı maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

"Ana veya babası üzerinden bakmakla yükümlü olunan kişi sayılmayanlardan; lise ve dengi öğrenimden mezun olanlar 20 yaşını, yükseköğrenimden mezun olanlar ise 25 yaşını geçmemek ve bakmakla yükümlü olunan kişi ya

da bu maddenin birinci fıkrasının (g) bendinde sayılanlar hariç genel sağlık sigortalısı olmamak şartıyla mezun oldukları tarihi izleyen günden itibaren iki yıl süreyle gelir tespiti yapılmaksızın birinci fıkranın (c) bendinin (1) numaralı alt bendi kapsamında genel sağlık sigortalısı sayılır."

MADDE 27- 5510 sayılı Kanunun 67 nci maddesinin dördüncü fıkrasının üçüncü cümlesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"Ayrıca, lise veya dengi öğrenimden mezun olanlar 20 yaşını, yükseköğrenimden mezun olanlar ise 25 yaşını geçmemek ve bakmakla yükümlü olunan kişi ya da 60 ıncı maddenin birinci fıkrasının (g) bendinde sayılanlar hariç genel sağlık sigortalısı olmamak şartıyla mezun oldukları tarihi izleyen günden itibaren iki yıl süreyle, prim borçlarına bakılmaksızın bakmakla yükümlü olunan veya hak sahibi kişi sayılmak suretiyle sağlık hizmetinden faydalandırılır."

Kanun irdelendiği zaman:

- (i) Lise mezunlarına 20, yüksekokul mezunlarına 25 yaşını geçmemek şartı ile mezuniyet tarihinden itibaren iki yıl süre ile sigortalının bağımlısı gibi GSS'li sayılması;
- (ii) Lise mezunlarına 20, yüksekokul mezunlarına 25 yaşını geçmemek şartı ile GSS borcu olup olmasına bakılmaksızın GSS bakımından bakmakla yükümlü olunan veya hak sahibi kişi sayılmak suretiyle sağlık yardımlarından faydalandırılması,

sağlanmaktadır. 6663 sayılı Kanunla problem çözmek adına üretilen çözüm, işsiz lise mezunları için 20, üniversite mezunları için 25 yaşına kadar GSS bakımından problemi erteleyen bir çözüm olmuştur.

Yüksek bir işsizliğin sürdüğü bir istihdam yapısında bu düzenleme ile ailelere iki yıllık bir soluk alma süresi tanınmış olacaktır. Bu iki yıl içinde işsiz lise mezunu ya da işsiz üniversite mezunu genç aile bireyi iş bulamaz ise iki yıl sonunda yine gelir testine tabi olacak; kendisine GSS primi tahakkuk ettirilecek ve kendisinin, daha doğrusu ailesinin bu primi ödemesi istenilecektir.

İki yıl içinde iş bulamayan işsiz genç aile ferdi, kendisine tahakkuk ettirilen bu primi nasıl ödeyecektir? Elbette bu primi ailesi ödeyecektir; daha doğrusu ailesinin ödemesi beklenmektedir. Ailenin bu gencin primini ödemesini beklemek, aileye yeni bir yük getirmek anlamına gelmeyecek midir? **Bu düzenleme aile üzerindeki yükü artırmak; devletin kendi yükünü aileye yüklemek için atılan bir adım anlamına gelmeyecek midir?** İki yıl içinde iş bulmak için devlet bu aile fertlerine hangi desteği verecektir? Velayet hakkı ortadan kalkmış bir aileden işsiz genç için GSS primi ödemesini beklemek hangi hukuki temele dayalı bir talep olmaktadır? Bu soruların cevabı arandığında getirilen çözümün meseleyi çözmeye yetmeyeceği anlaşılmaktadır.

Kanuni düzenleme ile mesele çözüme kavuşturulmamış, ancak ertelenmiş olmaktadır.

C- Çözüm Önerisi:

SSGSSK m.60/1.g kapsamında lise ve yüksek öğrenimini tamamlamış ancak iş bulamamış genç işsizlerin zorunlu olarak GSS tescilinin yapılması; onlardan gelir testine girmelerinin beklenmesi; girmeyenlerden gelirinin asgari ücretin iki katı sayılarak GSS tescili yapılması ve bu gelir seviyesi üzerinden %12 GSS primi tahakkuk ettirilmesi, insan haklarına dayalı sosyal bir hukuk devleti ile bağdaşmayan ve de yakışmayan bir hukuki garbettir. Bu itibardır ki bu düzenleme bu haliyle vicdanlarda hiçbir zaman kabul görmeyecektir. Konu gerek tahakkuk edilen primlerin ödenmesi bakımından gerekse de bunun adil olup olmadığı noktasında sıkıntılar yaratacak ve çözülmesi gereken bir mesele olarak Türk sosyal güvenlik sisteminin gündeminde mütemediyen yer edecektir.

6663 sayılı Kanun ile mesele şekil değiştirmiş ve orta öğrenimi bitirmiş ve 20 yaşını tamamlamış genç işsizler ile yükseköğrenimini bitirmiş ve 25 yaşını tamamlamış genç işsizlerin GSS yardımlarından nasıl faydalandırılacağı ve GSS primlerinin nasıl ve kim tarafından ödeneceği meselesi haline gelmiş durumdadır.

Bu meseleye insan haklarına dayalı sosyal hukuk devletine yaraşır bir çözüm yolu mutlaka

bulunmalıdır. Bu mesele nasıl çözümlenmelidir ve nasıl çözülebilir?

Meselenin çözümü için bulunacak öneri hem Anayasaya uygun olmalı hem de sürdürülebilir nitelikte olmalıdır. Bu anlamda aşağıdaki esaslara dayalı kurulacak bir sistemin meseleyi büyük ölçüde çözeceğini düşünüyoruz:

- Orta ve yüksek öğrenimi tamamlamış gençlerden gelir testinden geçmeleri talep edilmelidir.
- Gelir testi gencin kendisi için yapılmalı; bu gençler ailesinin gelir testine dahil edilmemelidir.
- İşsiz olan ve gelir testinden geçemeyen gençlerin GSS primleri devletçe ödenmelidir.
- Devlet bu gençlerin GSS yardımlarından faydalanabilmelerini Türkiye İş Kurumu'na iş başvurusunda bulunmaları şartına bağlamalıdır.
- İŞKUR'a tescil ve İŞKUR'un iş tekliflerini kabul etmeyen yahut da İŞKUR'un açmış olduğu ya da açacağı mesleki rehabilitasyon kurslarına katılmayanların GSS yardımlarından faydalanmalarına son verilmelidir.
- İŞKUR'un iş bulmalarını sağlamak maksadı ile önereceği mesleki kurslara katılmayı kabul etmek şartı ile bu durum devam ettiği sürece devlet bu gençlerin GSS kapsamında sağlık yardımlarından faydalanmasını sağlamalıdır.

Sonuçta 6663 sayılı Kanun ile söz konusu gençlere iki yıl bir hayata uyum süresi sağlanmış olur. İki yıllık süre sonunda iş bulamamış gençlerin iş piyasasında iş arayan durumuna girmesi ve devletin iş bulmasını sağlayıcı mesleki rehabilitasyon kurslarına katılmaları da bir şekilde zorlanmak suretiyle meseleye köklü bir çözüm bulunmuş olur.

Bu şartları yerine getirmeyen kişi ve aileler 5510 sayılı Kanunda yer alan genel hükümlere tabi olmayı kabul etmiş sayılır.

Bu sistemle gençlerin aileye yaslanarak yaşama gibi bir aylaklığa düşmeleri ve çalışma

ödevinden kaçınmaları da önlenmiş olur. Ayrıca, işsiz gençlerin sanki işleri varmış gibi prim borçlusu haline getirilmesi ve ailenin bu primi ödemek ya da ödememek tercihinde bulunmak gibi bir maddi ve manevi yükün altına sokulması da önlenmiş olur. Önerdiğimiz sistem devletin niteliği ve yükümlülüklerine uygun olacağı gibi ailenin korunmasına da destek sağlayacaktır.

SONUÇ

Gelir testi sistemi, genel sağlık sigortası sistemimize 5510 sayılı Kanun ile girmiş ve uygulaması da 1.1.2012 tarihinden itibaren başlamış bir sistemdir.

Gelir testi sisteminde eğitimlerini, yani orta öğrenimini tamamlamış olanlar 20, yükseköğrenimini tamamlamış olanlardan 25 yaşını tamamlamış ancak iş bulamamış gençlerin resen GSS sigortalısı olarak tescil edilmeleri; gelir testi yaptırmalarının istenmesi; yaptırmayanların aylık gelirlerinin asgari ücretin iki katı olduğu karine olarak kabul edilerek %12 oranında GSS primi ödemelerinin istenilmesine dair düzenleme hukuka aykırı bir düzenlemedir. Biz bu sistemin Anayasaya da aykırı olduğunu düşünüyoruz.

2012 yılından itibaren uygulanmaya başlayan bu düzenlemenin sürdürülemez olduğu da görülmüştür. Bu alanda 6552 ve 6663 sayılı Kanunlarla getirilen çözümler de meseleyi çözmekten uzaktır.

Sosyal devlet esasını benimsemiş ve toplumun temeline aileyi yerleştirmiş ve ailenin korunmasını da bir devlet görevi olarak kabul etmiş bir devlet, aile üzerine yeni ve hukuka aykırı yükler yükleyemez. Bunu sağlayan sistem ve bununla ilgili kanuni düzenleme Anayasaya aykırılıkla malul sayılmak gerekir.

Devlet bir tarafta işsizlerin iş bulmasını sağlamak için gerekli tedbirleri almak diğer taraftan da işsizleri iş buluncaya kadar korumakla yükümlüdür. Bu yükümlülük sosyal devlet olmaksızın, insan haklarına saygılı bir devlet olmaksızın, çalışma hakkından (m.49), sağlık hakkından (m.56) ve sosyal güvenlik hakkından (m.60) doğan bir yükümlülüktür.

Gelir testinde karşılaşılan meseleye Anayasaya uygun sürdürülebilir bir çözüm yolu bulunmalıdır. Bizce bu yol mevcuttur. Bu yol aileye istemediği ve hak etmediği bir yük yüklemek yerine devletin yükümlülükleri ile kişinin yükümlülüklerini kaynaştıran bir çözüm yolu olmalıdır. Bulunacak çözüm yolu ne kişileri aylıklığa sevk eden ne de ailelerin yükünü artıran bir yol olmalıdır.

Eğitimini tamamlamış gençlere 6663 sayılı Kanun ile getirilen ve iki yıl süre veren çözüm yolu geçici bir çözüm yoludur; meseleyi çözmeye yetmeyecek ancak kişiler bakımından iki yıl ertelemiş olacaktır.

Bizim önerimiz eğitimini tamamlamış gençlerin İŞKUR'a tescil ve mesleki rehabilitasyonu kabul etme şartına bağlı olarak GSS yardımlarından iş buluncaya kadar faydalanmalarının sağlanması; bu şartları sağlayan ailelere GSS yükü yüklenmemesidir.

Hemen ifade edelim ki bu meselenin bütünüyle önlenmesi için ülkemizin sosyal yardım ve sosyal hizmeti bir hak olarak düzenleyen çağdaş bir sosyal yardım ve sosyal hizmet sistemine kavuşturulmasıdır.

KAYNAKÇA

ALPER, Yusuf: Türk Sosyal Güvenlik Sistemi ve Sosyal Sigortalar Hukuku, Bursa 2015.

ALPER, Yusuf: "Genel Sağlık Sigortası ve Gelir Testi Uygulaması, Türk-İş Dergisi, Yıl 2012., Sa. 397., s. 56 - 60.

ARICI, Kadir: Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara 2015.

GÜZEL, Ali – OKUR, Ali Rıza – CANIKLIOĞLU, Nurşen: Sosyal Güvenlik Hukuku, İstanbul 2014.

SÖZER, Ali Nazım: Türk Genel Sağlık Sigortası, İstanbul 2014.

ŞAKAR, Müjdat: "GSS Bir Sigorta Değil Sağlık Vergisidir", Mercek, Yıl 17., Sa.6., Nisan 2012., s. 23 – 29.

TUNCAY, A. Can – EKMEKÇİ, Ömer: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, İstanbul 2015.

TÜSİAD; Sağlıklı Bir Gelecek; Sağlık Reformu Yolunda Uygulanabilir Çözüm Önerileri, İstanbul 2004.

Doç. Dr. Muhittin ASTARLI*

Makale Gönderim Tarihi : 12 Ocak 2016

Makale Kabul Tarihi : 15 Ocak 2016

İKALE İÇERİĞİNDE YER ALAN İBRA HÜKÜMLERİNİN GEÇERLİLİĞİ SORUNU

ÖZ

İş sözleşmesinin sona erme nedenlerinden bir tanesi de ikaledir. İşçi ve işveren ikale ile aralarında mevcut olan iş sözleşmesini ortadan kaldırmaktadırlar. İ kale iş sözleşmesini geleceğe etkili olarak ortadan kaldırır. İş sözleşmesinden doğmuş işçilik alacakları ise varlığını sürdürür. Bu borçlardan işverenin kurtarılması isteniyorsa bir ibra sözleşmesine ihtiyaç vardır. Uygulamada taraflar ikalenin içerisinde işçinin işvereni iş sözleşmesinden doğmuş işçilik alacaklarından kurtardığına ilişkin ibra hükümlere yer vermektedirler. Bu hükümlerin geçerliliğinin 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 420. maddesi hükmü bağlamında tartışılması gerekir.

ANAHTAR SÖZCÜKLER: İ kale, ibra, işçilik alacakları

VALIDITY OF RELEASE OF DEBT PROVISIONS IN TERMINATION AGREEMENTS

ABSTRACT

One of the causes of expiration of employment contracts is a termination agreement. With such agreements, the employer and the employee sign an agreement to terminate the employment relationship. Termination agreements dissolve employment contracts proactively. Employer's debts arisen from employment contracts, on the other hand, remain. If the employer is wished to be released from these debts, an agreement for release must be signed. In practice, parties include provisions for release within termination agreements. Validity of such provisions must be discussed within the context of article 420 of the Turkish Code of Obligations.

KEYWORDS: Termination agreement, release from debt, employer's debts

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Ana Bilim Dalı – muhittinastarli@gmail.com

I. GİRİŞ

İşçi ve işverenin karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile anlaşarak iş sözleşmesine son vermeleri hukukumuzda son yıllarda yaygınlaşan bir sona erme biçimidir. Bununla birlikte ikale kanunlarımızda düzenlenen bir sözleşme türü değildir. Bu nedenle İş Hukuku bakımından bu sözleşmenin geçerlilik koşullarının ne olduğu ve iş ilişkisine ve iş sözleşmesinden doğan haklara etkisi doktrin ve yargı kararları ile belirlenmektedir.

Bu kapsamda kanaatimce tartışılması gereken hususlardan biri de iş sözleşmesini derhal veya belirli bir tarihte sona erdirmek üzere ikale düzenleyen tarafların, iş sözleşmesinden doğmuş kimi alacak hakları konusunda işçinin işvereni ibra ettiğine ilişkin kayıtlara da yer vermeleri halinde bu hükümlerin geçerliliğine ilişkindir. Bu çalışma bu soruna bir hukuksal çözüm önerisi getirmeyi amaçlamaktadır.

II. İŞ HUKUKUNDA İKALE VE İŞ SÖZLEŞMESİNE ETKİSİ

İş sözleşmesinin ikale ile sona erdirilmesi kanunlarımızda düzenlenmediğinden yasal bir tanım da mevcut değildir. Bununla birlikte genel bir tanım yapmak gerekirse, bir sözleşmenin ve bu sözleşme ile kurulan hukuki ilişkinin, sözleşme özgürlüğü kapsamında tarafların karşılıklı iradelerine dayanan yeni bir sözleşme ile ortadan kaldırılmasına bozma, buna ilişkin sözleşmeye de bozma sözleşmesi (contrarius actus) veya bir diğer ifadeyle ikale denir¹. Bu sözleşme ile işçi

ve işveren aralarındaki iş sözleşmesini ortadan kaldırarak, bu sözleşmenin taraflar bakımından yeni haklar ve borçlar doğurmasına engel olmaktadır.

İkalenin asgari içeriğini, konusu olan iş sözleşmesinin derhal veya belirli bir tarihte sona erdirilmesi oluşturur. Dolayısıyla geçerli bir ikalenin öncelikli etkisi sürekli bir borç ilişkisi olan iş sözleşmesini sona erdirmek olup, bu sayede işçi ve işveren bakımından iş sözleşmesi ile gelecekte yeni haklar ve borçlar doğmasını engellenmiş olmaktadır. Ancak ikale bu hak ve borçları geleceğe etkili olarak ortadan kaldırdığından, tarafların sözleşmenin bu suretle sona ermesinden önce doğmuş olan hakları baki kalmaktadır². Diğer bir ifadeyle ikale, iş sözleşmesinden geleceğe yönelik olarak yeni haklar ve borçlar doğmasına engel olmakta, mevcut doğmuş hak ve borçlar üzerinde bir etkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla işçinin ödenmemiş ücretlerini, ücret eklerini, fazla çalışma ücretlerini, kullanılmayan yıllık izin ücretlerini talep hakkına bir hanel gelmemektedir. İkale tarihinden önce doğmuş ve henüz ifa edilmemiş borçlardan işverenin kurtarılması isteniyorsa bunun için bir ibraya ihtiyaç vardır.

III. 6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNUNDA İBRA SÖZLEŞMESİ VE GEÇERLİLİK KOŞULLARI

İbra, tarafların aralarında yapacakları şekle bağlı olmayan bir sözleşme ile mevcut bir borcu kısmen veya tamamen ortadan kaldırarak borçluyu borcundan kurtarmalarıdır³. İbra ile alacak-

1 Türk İş Hukukundaki muhtelif tanımlar bakımından bkz. Astarlı, Muhittin, İş Hukukunda İkale, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, sh.6; Mollamahmutoğlu Hamdi/Astarlı Muhittin/Baysal Ulaş, İş Hukuku, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, sh.784; Alp Mustafa, "İş Hukukunda İkalenin (Bozma Sözleşmesinin) Geçerlilik Koşulları", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.17, Ocak-Mart 2008, sh.29; Şahlanan Fevzi, "İkalede Makul Yarar Ölçüsünün Gabin (Aşırı Yararlanma) Açısından Değerlendirilmesi", Karar İncelemesi, Tekstil İşveren, S.386, Hukuk Eki 71, Haziran 2012, sh.3; Yürekli Sabahattin, Türk Borçlar Kanununa göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Seçkin Yay., Ankara, 2011, sh.100; Sevimli Ahmet K., "İş Hukukunda İbra ve İkale Sözleşmelerinin Geçerli-

lik Koşulları Konusundaki Gelişmeler", Sicil İş Hukuku Dergisi, S.14, Haziran 2009, sh.85; Çil Şahin, "İbra Sözleşmesi ve İkale Sözleşmesinin İş Güvencesine Etkileri", Sicil İş Hukuku Dergisi, Eylül 2007, sh.26.

2 Astarlı, sh.293; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, sh.787; Alpagut Gülsevil, "İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Sözleşmesel Kayıtlar ve Sözleşmenin Tarafların Anlaşmasıyla Sona Ermesi", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 11.Yıl Toplantısı, 8-9 Haziran 2007, İstanbul Barosu Ya. No.113, İstanbul, 2008, sh.43; Gerek Hasan Nüvit, "İş Sözleşmesinin İkale Sözleşmesi İle Sona Erdirilmesi", Çalışma ve Toplum, 2011/4, sh.51.

3 Turanboy Nuri K., İbra Sözleşmesi, Yetkin Yay., Ankara, 1998, sh.26.

lı, borç ilişkisinden doğan bir hakkından vazgeçmektedir. Anlaşılacağı üzere ibra tek taraflı bir hukuki işlem değil, alacaklı ve borçlunun katıldığı iki taraflı bir hukuki işlem, bir sözleşmedir⁴.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu md.132’de genel olarak ibra sözleşmesine yer verdikten sonra, 420. maddede İş Hukuku bakımından ibrayı düzenleme konusu yapmıştır. 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren TBK’nın bu hükmü, genel kanun-özel kanun ilişkisi kapsamında, bu konuda hüküm içermeyen iş kanunları bakımından da uygulama alanı bulacaktır⁵. Dolayısıyla şimdiye kadar yargı içtihatları ile şekillenen ibra sözleşmesinin İş Hukukundaki geçerliliği TBK. md.420 hükmündeki esaslar çerçevesinde değerlendirilecektir. Yargıtay’ın bu Kanunun yürürlüğünden önce ibranamenin geçerliliğine ilişkin olarak belirlediği ilkeler ise, 01.07.2012 tarihinden önce imzalanan ibranameler bakımından geçerli olmaya devam edecektir.

6098 sayılı TBK’nın 420. maddesine göre, “İşçinin işverenden alacağına ilişkin ibra sözleşmesinin yazılı olması, ibra tarihi itibarıyla sözleşmenin sona ermesinden başlayarak en az bir aylık sürenin geçmiş bulunması, ibra konusu alacağın türünün ve miktarının açıkça belirtilmesi, ödemenin hak tutarına nazaran noksansız ve banka aracılığıyla yapılması şarttır. Bu unsurları taşımayan ibra sözleşmeleri veya ibraname kesin olarak hükümsüzdür”.

Görüldüğü üzere konumuzla da ilgili olarak 6098 sayılı TBK. md.420 ibranamenin düzenleme tarihi bakımından özel bir hükme yer vermiştir. Buna göre, “İşçinin işverenden alacağına ilişkin ibra sözleşmesinin ... ibra tarihi itibarıyla sözleşmenin sona ermesinden başlayarak en az bir aylık sürenin geçmiş bulunması ... şarttır”.

6098 sayılı Kanun ibra sözleşmesinin geçerlilik koşullarını belirlerken, ibra konusu alacağın türünün ve miktarının açıkça belirtilmesi şartını da getirmiştir. Dolayısıyla miktar belirtilmek-

sizin işçilik alacaklarına ilişkin kalemlerin tek tek yazılması suretiyle düzenlenen ibranameler Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra geçersiz olarak değerlendirileceklerdir.

6098 sayılı Kanunun ibra sözleşmelerinin geçerliliğine ilişkin öngördüğü diğer bir şart “ödemenin hak tutarına nazaran noksansız ve banka aracılığıyla yapılması”dır. Kanuna göre öncelikli olarak ibra sözleşmesine konu alacağın tam olarak ödenmiş olması gerekmektedir. Buna göre, örneğin ihbar ve kıdem tazminatları, usulüne uygun olarak hesaplanıp tam olarak işçiye ödenmişse, işçinin işvereni bu alacaklar yönünde bir sözleşmeyle ibra etmesi mümkün olmayıp, buna ilişkin ibranameler TBK. md.420/f.2’ye göre kesin olarak hükümsüzdür.

TBK. md.420/f.2, ibranamenin geçerliliği bakımından, konusu olan alacağı tam olarak ödemesi yanında ödemenin banka aracılığıyla yapılmasını şart koşmaktadır. Buna göre bir işçilik alacağı banka aracılığı ile tam olarak ödenmeden borcu sona erdirici etkisi olan bir ibra sözleşmesinin geçerli bir şekilde yapılması mümkün olmayacaktır.

IV. İKALE İÇERİĞİNDE YER ALAN İBRA HÜKÜMLERİNİN GEÇERLİLİĞİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Yürürlük Tarihinden Sonra Akdedilen İkaleler Bakımından Değerlendirme

Yukarıda belirttiğimiz üzere ikale, iş sözleşmesini sona erdirerek bu sözleşmeden işçi ve işveren için geleceğe yönelik olarak yeni haklar ve borçlar doğmasına engel olmakta, mevcut doğmuş hak ve borçlar üzerinde bir etkisi bulunmamaktadır. Bununla birlikte ikalede taraflar iş sözleşmesinin karşılıklı anlaşma ile derhal veya belirli bir tarihte sona ereceğini kararlaştırırken, genel anlamda aralarındaki hukuki ilişkiyi kesin bir şekilde sona erdirmek ve bu ilişkiden doğabilecek tüm talep haklarını ortadan kaldırarak gelecekte ortaya çıkabilecek çekişmeleri ve davaları da önlemek isterler. Bu amaçla da işçi ve işveren ikalede karşılıklı olarak iş ilişkisinden

4 Turanboy, sh.56.

5 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, sh.1189; Çil Şahin, İş Hukukunda İbraname, 3. Baskı, Yetkin Yay., Ankara, 2013, sh.42-43.

ve/veya sona ermesinden doğan, hukuki sebebi ne olursa olsun bilinen veya bilinmeyen tüm talep haklarının sona erdiğini, bunlardan vazgeçildiğini kararlaştırabilmektedirler.

İkalede bu yöndeki hükümlerin hukuki niteliğinin ve kapsamının belirlenmesi her zaman kolay değildir. Zira bu hükümlerin niteliği, her somut olayın özelliğine göre farklılaşabilir. Bu amaçla düzenlenen hükümler, ibra, sulh, feragat veya hukukumuzda normatif olarak düzenlenmemiş de olsa bir menfi borç ikrarı niteliğinde de olabilir. Tarafların ne amaçladıkları yorum vasıtasıyla bulunacaktır.

Belirttiğimiz üzere ikaledeki denkleştirme hükmü bir ibra sözleşmesi niteliğinde de olabilir. TBK. md.132'e göre eğer ikalede taraflar iş ilişkisinden doğan belirli bir borcun sona erdiğini, ifa edilmeyeceğini kararlaştırmışlarsa, söz konusu hükmün hukuki niteliği bir ibra sözleşmesidir. Bir diğer ifadeyle ikale ile iş sözleşmesi sona erdirilirken, işçinin işverenden olan ücret, fazla çalışma, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil günü ücretleri gibi işçilik alacakları konusunda işvereni borçtan kurtardığını beyan etmesi halinde esasen ikalenin içeriğinde bir ibra sözleşmesi mevcuttur. Uygulamada problem oluşturan husus, 6098 sayılı Kanunun yürürlük tarihinden sora düzenlenen ikalelerin içeriğinde işçinin işvereni işçilik alacakları konusunda ibra etmesi halinde bu tür bir düzenlemenin TBK. md.420 karşısında geçerli olup olmadığı noktasındadır.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere 6098 sayılı TBK. md.420/f.2'ye göre, "İşçinin işverenden alacağına ilişkin ibra sözleşmesinin ... ibra tarihi itibarıyla sözleşmenin sona ermesinden başlayarak en az bir aylık sürenin geçmiş bulunması, ... şarttır. Bu unsurları taşımayan ibra sözleşmeleri veya ibraname kesin olarak hükümsüzdür". Bu hükme göre, iş sözleşmesinden doğan tüm alacak ve tazminat hakları konusunda bir ibra sözleşmesinin geçerli bir şekilde kurulabilmesi için iş sözleşmesinin sona erme tarihinden itibaren en az bir aylık bir sürenin geçmiş olması gereklidir. Bu hükümle kanun koyucu sözleşmenin devamında olduğu gibi, iş sözleşmesinin sona erme

tarihinden itibaren geçecek bir aylık süre içerisinde de ibraname düzenleme yasağı getirmiştir. Burada kanun koyucunun amacı, işverenle kişisel/hukuki bağımlılık ilişkisi içinde olan ve iş sözleşmesinin devamında ve iş sözleşmesinin sona ermesinden sonraki bir aylık sürede, mevcut talep hakları bakımından işvereni ibra etmek konusunda serbest iradesini kullanamayacağı kabul edilen işçiyi korumak ve bir karşılığı olmaksızın işverenden olan talep haklarından vazgeçmesini engellemektir.

Kanunun bu hükmü gereği, doğası gereği kural olarak iş sözleşmesi devam ederken kurulan ve bu sözleşmeyi derhal veya belirli bir tarihte sona erdirmeyi amaçlayan ikalede tarafların ibra kaydına yer vermeleri kanaatimizce mümkün olmayacaktır. Çünkü ibra kaydını içeren ikalenin kurulması iş sözleşmesinin devamı anında yapılmış olacak, bu durumda da TBK. md.420/f.2'deki bir aylık süre geçmediğinden söz konusu kayıt kesin olarak hükümsüz sayılacaktır. Bu itibarla ikale ile sona eren bir iş sözleşmesinde tarafların bu sözleşmeden veya bu sözleşmenin sona ermesinden doğan borçlar konusunda bir ibra sözleşmesi yapmaları, Borçlar Kanununun açık hükmü gereği ancak sözleşmenin ikale ile de olsa sona erme tarihinden itibaren bir aylık bir sürenin geçmesinden sonra mümkün olabilecektir. Kanun koyucu ibra yasağında sözleşmenin sona ermesini esas almış olup, iş sözleşmesinin sona erme türleri bakımından bir ayırım yapmış değildir; iş sözleşmesi fesihle değil de ikale ile sona erse de bu yasak geçerli olacaktır.

Bununla birlikte ikale içeriğinde yer alan ibraya ilişkin hükümlerin geçersizliği, ikalenin tümünden geçersizliğine neden olmaz. Çünkü TBK. md.27/f.2 gereğince, sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez.

B. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Yürürlük Tarihinden Önce Akdedilen İkaleler Bakımından Değerlendirme

6098 sayılı TBK'nın yürürlüğünden önceki dönemde, ibra sözleşmesi yasal olarak düzenlenmediğinden, ibranamenin düzenlenme zama-

nına ilişkin de somut bir hukuk kuralı mevcut değildi. İbra sözleşmesinin geçerliliğine ilişkin ilkeler Yargıtay kararları ile belirlenmekteydi. Bu dönemde, iş sözleşmesi sona ermeden önce, işe girişte veya iş sözleşmesi devam ederken düzenlendiği sabit olan, henüz doğmamış işçilik haklarını ibra eden ibra sözleşmelerini geçersiz olduğunu kabul edilmekteydi⁶.

Buna karşılık Yargıtay istisnai olarak, iş ilişkisi devam ederken (sözleşmenin feshi halinde söz konusu olan ihbar tazminatı, kıdem tazminatı dışında kalan) fazla çalışma, hafta tatili gibi alacakların geçmiş dönem için bir kısmının ödenmesi ve kalanı için ibra sözleşmesi (ivazlı ibra) düzenlenmesini veya tamamı için ibra sözleşmesi (ivazsız ibra) düzenlenmesini geçerli kabul etmekte; bu durumlarda işçinin iradesinin fesada uğratıldığını kanıtlaması halinde ibra sözleşmesinin geçersizliği sonucuna varmaktaydı⁷. Örneğin bir kararında Yüksek Mahkeme iş sözleşmesi devam etmekte iken, bu tarihe kadarki fazla çalışma alacağının ödendiğine ilişkin ibranameyle ilgili olarak, iş sözleşmesinin devamı müddetince bazı aylarda fazla çalışma yapıldığı bordrolardan da anlaşıldığını tespit ederek, ibranameyi makbuz niteliğinde kabul etmiştir⁸.

Görüldüğü üzere TBK'nın yürürlüğünden önceki dönemde ibranamenin düzenlenme zamanına ilişkin somut bir kural olmadığı gibi, sözleşmenin sona ermesinden sonraki belirli bir süreye kadar ibraname düzenlenemeyeceğine ilişkin bir yasak da bulunmamaktaydı. Dolayısıyla bu dönemde iş sözleşmesi sona erdirilirken düzenlenen ibranamelerde işçinin işçilik alacakları (fazla çalışma, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil ücretleri gibi) konusunda işvereni ibra etmesine hukuken bir engel bulunmamaktadır. Bu nedenle

6 Yarg. 9. HD. 26.2.1971, E.644, K.2561; Yarg. 9. HD. 21.6.1983, E.1983/3591, K.1983/5670; Yarg. 9. HD. 26.12.2009, E.2008/12224, K.2009/37011 (kişisel arşiv).

7 Çil, sh.18; aynı yazar, "6098 Sayılı Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde İş Hukukunda İbra Sözleşmelerinin Geçerliliği", Sicil İş Hukuku Dergisi, S.21, Mart, 2011, sh.68-69.

8 Yarg. 9. HD. 19.06.2006, E.2005/38056, K.2006/17458 (Çil, İbra Sözleşmelerinin Geçerliliği, dn.27).

6098 sayılı Kanunun yürürlüğünden önceki dönemde ikale ile iş sözleşmesi sona erdirilirken işçinin işvereni ibra etmesinde, yani ikalenin içeriğine ibraya ilişkin hükümlerin dahil edilmesinde veya ikale ile aynı tarihli ibraname düzenlenmesinde hukuken bir engel bulunmamaktadır. Yeter ki bu ibraname Yargıtay tarafından belirlenmiş ilkelere uygun olsun. Nitekim Yargıtay 22. Hukuk Dairesi⁹ de bir kararında, 30.05.2010 tarihli ikale içinde davacının fazla çalışma yapmadığını, ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışmadığını, kullanmadığı yıllık izinlerinin ise bulunmadığını beyan ettiğinden bu beyanların davacıyı bağlayıcı nitelikte olduğuna ve davacı tarafından artık fazla çalışma yaptığının, ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalıştığının ve kullanmadığı yıllık izinleri bulunduğunun ileri sürülmesinin mümkün olmadığına karar vermiştir.

SONUÇ

İş sözleşmesini ikale ile sona erdirirken taraflar esasen bu sözleşmeden doğan iş ilişkisini ve bu ilişkiden doğan karşılıklı hak ve borçları da tasfiye etmek isterler; bu nedenle de ikalelerde sıklıkla işçinin işvereni işçilik alacakları konusunda ibra ettiğine ilişkin kayıtlara yer verilmektedir. İş sözleşmesinin anlaşma ile sona ermesi sırasında bu sözleşmeden doğan borçların da ibra edilmesi, bu tür bir sona erme bakımından aslında doğal karşılanmalıdır.

Buna karşılık 6098 sayılı TBK md.420, ibranamelerin düzenlenme zamanına ilişkin özel bir hükme yer vermiş ve bunu bir geçerlilik koşulu olarak düzenlemiştir. Dolayısıyla işçinin iş sözleşmesinden doğan alacakları konusunda işvereni ibra etmesi, ibranamenin iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra bir ay geçtikten sonra düzenlenmesi halinde geçerli olacaktır. Bu nedenle iş sözleşmesinin devamında ve sözleşmenin sona ermesinden sonra bir aylık süre geçmeden düzenlenen ibranameler geçerli değildir. Kanun koyucu ibranamelerin düzenlenme zamanı ba-

9 Yarg. 22. HD. 14.05.2014, E.2013/23441, K.2014/12842 (kişisel arşiv); Yarg. 22. HD. 22.09.2014, E.2013/15881, K.2014/24881 (kişisel arşiv).

kımından sözleşmenin ne şekilde sona erdiğine ilişkin bir ayırım yapmadığından, iş sözleşmesi ister belirli sürenin sona ermesi, ister fesih, isterse ikale ile sona ersin, bu iş sözleşmesinden doğan işçilik alacakları konusunda işçinin işvereni ibra edebilmesi için TBK. 420. maddede belirtildiği üzere sona erme tarihinden itibaren bir aylık bir sürenin geçmiş olması gereklidir. Bu itibarla ikale ile iş sözleşmesi sona erdirilirken bu sözleşmenin içeriğine işçinin işvereni ibrasına ilişkin hükümler konulamaz. İkale içeriğinde yer alan ibra hükümleri, 420. maddenin düzenlenme süresine ilişkin hükmüne aykırılık dolayısıyla geçersizdir.

Yukarıda vardığımız bu sonuç 6098 sayılı Borçlar Kanununun yürürlük tarihinden sonra düzenlenen ikale ve ibra sözleşmelerine ilişkindir. Bu tarihten önce akdedilen ikaleler içerisindeki ibra hükümlerine geçerlilik tanınması gerekir. Zira 6098 sayılı Kanunun 420. maddesi ile iş hukukunda ibranın geçerlilik koşulları düzenlenmeden önce, ibranamelerin düzenlenme zamanına ilişkin somut bir süre sınırlandırması mevcut değildi.

KAYNAKÇA

Alp Mustafa, “İş Hukukunda İkalenin (Bozma Sözleşmesinin) Geçerlilik Koşulları”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.17, Ocak-Mart 2008.

Alpagut Gülsevil, “İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Sözleşmesel Kayıtlar ve Sözleşmenin Tarafların Anlaşmasıyla Sona Ermesi”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 11.Yıl Toplantısı, 8-9 Haziran 2007, İstanbul Barosu Ya. No.113, İstanbul, 2008.

Astarlı Muhittin, İş Hukukunda İkale, Turhan Kitabevi, Ankara 2013.

Çil Şahin, “6098 Sayılı Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde İş Hukukunda İbra Sözleşmelerinin Geçerliliği”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.21, Mart, 2011.

Çil Şahin, “İbra Sözleşmesi ve İkale Sözleşmesinin İş Güvencesine Etkileri”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Eylül 2007.

Çil Şahin, İş Hukukunda İbraname, 3. Baskı, Yetkin Yay., Ankara, 2013.

Gerek Hasan Nüvit, “İş Sözleşmesinin İkale Sözleşmesi İle Sona Erdirilmesi”, Çalışma ve Toplum, 2011/4.

Mollamahmutoğlu Hamdi/Astarlı Muhittin/Baysal Ulaş, İş Hukuku, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.

Sevimli Ahmet K., “İş Hukukunda İbra ve İkale Sözleşmelerinin Geçerlilik Koşulları Konusundaki Gelişmeler”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.14, Haziran 2009.

Şahlanan Fevzi, “İkalede Makul Yarar Ölçüsünün Gabin (Aşırı Yararlanma) Açısından Değerlendirilmesi”, Karar İncelemesi, Tekstil İşveren, S.386, Hukuk Eki 71, Haziran 2012

Turanboy Nuri K., İbra Sözleşmesi, Yetkin Yay., Ankara, 1998.

Yürekli Sabahattin, Türk Borçlar Kanununa göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Seçkin Yay., Ankara, 2011.

Makale Gönderim Tarihi : 15 Aralık 2015

Makale Kabul Tarihi : 18 Aralık 2015

İŞ SÖZLEŞMESİNİN İRADİ DEVRİNİN DEVREDEN VE DEVRALAN İŞVERENLER BAKIMINDAN DOĞURDUĞU HÜKÜM VE SONUÇLAR

ÖZ

Sözleşmede taraf değişikliği doğuran işlemler, sözleşmenin iradi devri ve sözleşmenin kanuni devri olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Kanaatimizce gerçek anlamda bir sözleşme devri ancak sözleşmenin iradi devri yoluyla mümkün olmaktadır. Sözleşmenin iradi devri, sözleşmede işveren tarafının değişmesini ve sözleşmenin sürekliliğini sağlayan bir işlemdir. İş sözleşmeleri söz konusu olduğunda önemli olan bu işlem sonucunda işçinin haklarının korunmasının sağlanmasıdır. 818 sayılı Borçlar Kanununda bir düzenleme bulunmamasına rağmen 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu sözleşmenin iradi devrini düzenlemiştir. Ancak yasal düzenlemenin bulunmadığı dönemde dahi Borçlar Hukukuna hâkim olan sözleşme serbestisi ilkesi gereğince sözleşmelerin iradi devri mümkün görülmüş ve bu bağlamda yapılan sözleşmelere geçerlilik tanınmıştır. Çalışmamızda iş sözleşmesinin iradi devri söz konusu olduğunda bunun devreden ve devralan işverenler bakımından doğurduğu hüküm ve sonuçlar incelenmiştir.

ANAHTAR SÖZCÜKLER: İşveren, iş sözleşmesi, sözleşme devri, iş sözleşmesinin devri, iş sözleşmesinin iradi devri.

EFFECT AND OUTCOMES OF VOLUNTARY TRANSFER OF LABOR CONTRACT IN TERMS OF GRANTOR AND GRANTEE EMPLOYERS

ABSTRACT

Actions that cause the change of contracting party, divide to voluntary transfer of contract and legal transfer of contract. As for us, a transfer of contract in real terms is only possible through the voluntary transfer of contract. Voluntary transfer of contract is a procedure which provides change of contract by employer and continuity of contract. When labor contract is concerned, the important thing is protection of the rights of labor as a result of this procedure. Although there is no regulation in Code of Obligations (No. 818), Turkish Code of Obligations (No. 6098) regulates voluntary transfer of contract. But even there was no regulation, voluntary transfer of contract was seemed possible pursuant to principle of freedom of contract which is ruling principle of Law of Obligations

*Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Ana Bilim Dalı - istarcengiz@hotmail.com

and contracts done within this context accepted as valid contracts. In our study, effects and outcomes of voluntary transfer of labor contract in terms of grantor and grantee employers are explained.

KEYWORDS: Employer, labor contract, transfer of contract, transfer of labor contract, voluntary transfer of labor contract

GİRİŞ

Sözleşmede taraf değişikliği doğuran işlemler, sözleşmenin iradi devri ve sözleşmenin kanuni devri olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Çalışmamızda sözleşmenin iradi devri ele alınmış ve inceleme konusu yapılmıştır. Zira kanaatimizce gerçek anlamda bir sözleşme devri ancak sözleşmenin iradi devri yoluyla mümkün olmaktadır.

Sözleşmenin iradi devri, sözleşmede işveren tarafının değişmesini ve sözleşmenin sürekliliğini sağlayan ve sözleşmenin feshine kıyasla işçinin lehine olan bir işlemdir. Önemli olan, bu işlem sonucunda işçinin haklarının korunmasının sağlanmasıdır ve bu da ancak devreden ve devralan işverenlerin sorumluluklarının belirlenmesiyle mümkün olabilir.

İş sözleşmesinin iradi devri, iş sözleşmesinin taraf iradeleriyle bir bütün halinde başka bir işveren tarafından üstlenilmesi olarak tanımlanabilir. Devir, devralan tarafın devreden taraf yerine tam olarak geçtiği anda gerçekleşmektedir ve bu andan itibaren hizmet süresine bağlı olan veya olmayan tüm hak ve borçlar bir değişikliğe uğramadan devralan işverene geçecektir. Kanaatimizce iş sözleşmesinin iradi devrinin uygulama açısından belki de en önemli problemi bu şekilde çözüme kavuşturulmuştur.

İş sözleşmesinin iradi devrini geniş ve detaylı bir şekilde inceleme konusu yaptığımız çalışmamızın üzerinden geçen süre içerisinde konu, öğretiyi ve yargıyı fazlaca meşgul etmiştir ve halen etmektedir. Zira Türk Borçlar Kanunu m.429 bağlamında iş sözleşmesinin iradi devri Söz konusu olduğunda devreden ve devralan işverenlerin sorumlulukları titizlikle değerlendirilmesi gereken bir mesele olarak karşımıza çıkmak-

tadır. Özellikle devir yoluyla işçilik haklarının ortadan kaldırılması gibi bir sonucun meydana gelmesinin önüne geçilmelidir. Aradan geçen zaman içerisinde, konunun yeniden ele alınmasının yerinde olacağı kanaati tarafımızda oluşmuş ve bu çalışma kaleme alınmıştır.

I. İş Sözleşmesinin İradi Devri¹

Sözleşmeden doğan borç ilişkisi, tarafları arasında bir hukuki durum yarattığı için, kimler arasında meydana gelmiş ise, onlar arasında varlığını sürdürür. Bu nedenle kural olarak borç ilişkisi özellikle de sözleşme, karşı tarafın rızası olmaksızın devredilemez.² Borç ilişkisinin karşı tarafın rızası olmaksızın devredilemeyeceği yönündeki kural mutlak değildir. Nitekim 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m.205'te, karşı tarafın yani sözleşmede kalan tarafın rızası ile sözleşmenin devrinin mümkün olduğu açıkça hükme bağlanmıştır.³ Sözleşmenin devri, kanaatimizce sözleşmenin kanuni devri ve iradi devri olmak üzere ikiye ayrılmaktadır ve ayırım yapılırken devrin nasıl ve ne şekilde gerçekleştiği esas alınmaktadır.⁴ Bir sözleşme ilişkisinde taraf değişikliği kanun gereği (ipso iure), kendiliğinden ve başka hiçbir işleme gerek olmaksızın gerçekleşiyorsa,

- 1 İş sözleşmesinin devri konusunda detaylı bilgi için bkz. Cengiz, İ. (2014) İş Sözleşmesinin İradi Devri. Ankara: Turhan Kitabevi.
- 2 Eren F. (2014) 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler. 16. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, s.25; Tunçomağ K. (1976) Türk Borçlar Hukuku I, Genel Hükümler. 6. Bası, İstanbul: s.29; Ataay A. (1981) Borçlar Hukukunun Genel Teorisi I. 3. Bası, İstanbul: s.34; Antalya O. G. (2013) 6098 Sayılı Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler. Cilt: I. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2. Baskı, s.8-9; İnan A. N. (1984) Borçlar Hukuku Genel Hükümler. 3. Bası. Ankara: s.6.
- 3 Buna karşılık, bir tek alacağın, yani dar anlamda borcun karşı tarafın (alacaklının) rızasına gerek kalmadan bir başkasına devri de mümkündür. Nitekim Türk Borçlar Kanunu m.183/I'e göre; " ... *alacaklı, alacağını üçüncü bir kişiye devredebilir.*" (Eren, 2014, s.25; Tunçomağ, 1976, s.29; Ataay, 1981, s.34; İnan, 1984, s.6)
- 4 Özkaraca E. (2008) İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş. s.115; Arslanoğlu M. A. (2006) "İş Sözleşmesinin İradi Devri ile İşverenin Değişmesi". Legal İHSGHD. 2006/10. s.536.

sözleşmenin kanuni devri söz konusu olurken; kanuna bağılı olmaksızın taraf iradelerinden kaynaklanıyorsa sözleşmenin iradi devri söz konusu olacaktır.⁵ Bu bağlamda sözleşmenin kanuni devri doğrudan doğruya bir kanun hükmü sebebiyle taraf değişikliğinin gerçekleşmesi ile meydana gelebileceği gibi sözleşmede kalan tarafın rızasının alınmasına gerek olmaksızın da meydana gelebilir.⁶

Sözleşmenin iradi devri, esas itibariyle bir Borçlar Hukuku kavramıdır ve 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun⁷ "Genel Hükümler" başlıklı birinci kısmında "Borç İlişkilerinde Taraf Değişiklikleri" başlıklı beşinci bölüm altında ve üçüncü ayırım olarak "Sözleşmenin Devri ve Sözleşmeye Katılma" başlığı altında 205. maddede düzenlenmiştir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun söz konusu hükmü, bir bütün olarak sözleşmenin devrini düzenlemektedir⁸. "Sözleşmenin Devri" kenar başlıklı 205. maddeye göre; "Sözleşmenin devri, sözleşmeyi devralan ile devreden ve sözleşmede kalan taraf arasında yapılan ve devreden bu sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı ile birlikte bütün hak ve borçlarını devralana geçiren bir anlaşmadır.

Sözleşmeyi devralan ile devreden arasında yapılan ve sözleşmede kalan diğer tarafça önceden verilen izne dayanan veya sonradan onaylanan anlaşma da sözleşmenin devri hükümlerine tabidir. Sözleşmenin devrinin geçerliliği, devredilen sözleşmenin şekline bağılıdır.

"Sözleşmenin devri" kenar başlıklı 429. maddede ise iş sözleşmesinin iradi devrini düzenlemektedir. Hükme göre; "Hizmet sözleşmesi, ancak işçinin yazılı rızası alınmak suretiyle, sürekli olarak başka bir işverene devredilebilir (f.I). Devir işlemiyle, devralan, bütün hak ve borçları ile birlikte, hizmet sözleşmesinin işveren tarafı olur. Bu durumda, işçinin, hizmet süresine bağılı hakları bakımından, devreden işveren yanında işe başladığı tarih esas alınır (f.II)."

Maddeden de anlaşılacağı üzere, iş sözleşmesinin iradi devri, kural olarak, hukuki niteliği itibariyle, üç taraflı sui generis bir sözleşmedir ve devir için işçinin rızasının da bulunması gerekmektedir. Ancak işçinin rızası devir işlemi için tek başına yeterli değildir. Ayrıca tarafların devir konusunda anlaşmış olmaları, hukuken geçerli bir devir sözleşmesinin bulunması ve iş sözleşmesinin devrinin hukuken mümkün olması gerekmektedir.

Sözleşmenin iradi devri ile sadece sözleşme ilişkisinin tarafları değişmekte, taraflardan biri ilişkiden ayrılmakta ve üçüncü bir kişi onun yerine geçmektedir. Bu sayede devredilen sözleşme sona ermemekte, aksine sözleşme varlığını devam ettirmektedir ve böylece taraf değişikliğine ile hak üzerindeki sahipliğin değişmesi sağlanmaktadır.⁹

İş sözleşmesinin iradi devrinin gerçekleşmesi ile asıl sözleşmenin tarafları arasındaki sözleşme ilişkisi ortadan kalkmakta yani sözleşmede kalan taraf olarak işçi ile devreden taraf olan işveren arasındaki iş sözleşmesi sona ermektedir. Ancak buradaki sona erme, fesih dışındaki bir sona erme halidir ve bu nedenle iş sözleşmesinin feshine bağılı sonuçlar ortaya çıkmaz. Kıdem ve ihbar tazminatı, yıllık ücretli izin alacağı gibi alacaklara hak kazanılması, iş sözleşmesinin belirli bir şekilde sona ermesine bağılı olduğu için burada söz konusu olmaz. Devreden taraf, sözleşme ilişkisinden tam olarak ayrıldığı için taraf sıfatını kaybeder ve

5 Ayrancı, H. (2003) Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri). Ankara: Yetkin Yayınları. s.35, 71vd.; Özkaraca, 2008, s.115; ayrıca bkz. Ayrancı, 2003, s.35, dn.19'da adı geçen yazarlar; Eren, 2014, s.1255; Arslanoğlu, 2006, s.536.

6 Ayrancı, 2006, s.35; ayrıca bkz. Ayrancı, s.35, dn.19'da adı geçen yazarlar.

7 Kanun No: 6098, Kabul Tarihi: 11.01.2011, Resmi Gazete Tarihi: 04.02.2011, Resmi Gazete No: 27836.

8 Larenz, K. (1987) Lehrbuch des Schuldrechts. Band I. Allgemeiner Teil. 14. Auflage. München, s.616vd.; Eren, 2014, s.1255; Reisoğlu, S. (2013) Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 01.07.2012'de Yürürlüğe Giren Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış 24. Bası. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş. s. 483.

9 Ayrancı, 2006, s.115; Eren, 2014, s. 1255; Güzel A. (1987) İşverenin Değişmesi-İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi. İstanbul. s.268; Larenz, 1987, s.617.

sorumluluğu da devirle birlikte sona erer. Sözleşmede kalan taraf, devreden tarafa, devreden taraf da kalan tarafa karşı alacak ve borçlardan dolayı sorumlu olmazlar ve birbirlerine karşı herhangi bir hak ileri süremezler. İş sözleşmesinin iradi devrinin hukuki niteliği itibarıyla bir fesih işlemi olmaması nedeniyle, devreden işveren açısından kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ve yıllık izin ücreti gibi yükümlülükler de ortaya çıkmayacaktır.

Çalışmamızda devir sözleşmesinin tarafları açısından hüküm ve sonuçları ortaya konulmaya çalışılmıştır. Zira sözleşme devri ile işçi iş güvencesi kapsamında çıkabilir, toplu iş sözleşmesinden yararlanması sona erebilir; işçinin devreden işveren tarafından ödenmemiş alacakları bulunabilir ve devralanın ödeme gücü yeterli olmayabilir. İş sözleşmesinden kaynaklanan ve kazanılmamış, ama ileride kazanılması muhtemel haklar söz konusu olabilir ve bunlar için “beklenen haklar” tabirinin kullanılması kanaatimizce yanlış olmaz¹⁰. Hizmet süresine bağlı haklar beklenen haklardır ve bu haklar henüz gerçekleşmemiş ancak gerçekleştiğinde önceki işveren yanındaki hizmet süresine tekabül eden haklardır. Mesela doğup doğmayacağı devir işlemi esnasında henüz belli olmayan ancak iş sözleşmesinin sona erme şekline bağlı olarak doğması ihtimali bulunan kıdem tazminatı, beklenen bir haktır.

Borçlar Hukukunda, sözleşme devrinin bir halefiyet ilişkisi olduğu kabul edilmektedir. Halefiyet, bir hukuki ilişkinin taraflarından birinin yerine başka birinin geçmesi, ancak bu ilişkinin taraflarından birinin aynı içerikte bir hukuki ilişki ile muhatap olmasıdır. Sözleşmenin iradi devri bir halefiyet ilişkisi doğurduğu için, sözleşmeyi devralan, devreden halefi olarak sözleşmeye taraf olur. Bu nedenle devralan, gelecekte doğacak olan hak ve borçlar yanında, var olan hakların sahibi ve borçların da sorumlusu haline gelir.

10 Beklenen haklar ile ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz. Nomer, H. N. (2002) Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukuki Sonuçları. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş.

Sözleşmeyi devreden ise taraf sıfatını kaybeder ve sözleşme borçlarından doğan sorumluluğu da devralana geçerek son bulur.

İş sözleşmesinin iradi devri ile birlikte devreden işveren ile işçi arasındaki hukuki ilişkinin sona ermesi, işçinin taraf olduğu iş sözleşmesinin de sona erdiği anlamına gelmez. Dolayısıyla iş sözleşmesi devredilen işçi, devir işlemine dayanarak ihbar veya kıdem tazminatı talep edemeyeceği gibi iş ilişkisi devam ettiği için kullanmadığı yıllık izin sürelerine ilişkin ücretleri talep edebilmesi de mümkün olmayacaktır¹¹.

4857 sayılı İş Kanununun yasalaşma sürecinde Tasarıda yer verilen “*İş sözleşmesinin devri*” başlıklı 7. maddesi Tasarının “Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu”nda görüşülmesi sırasında metinden çıkarılmıştır¹².

İş sözleşmesinin iradi devrinin fesih sonucunu doğurmayacağı 4857 sayılı İş Kanununa ilişkin Bilim Kurulu Taslağının iş sözleşmesinin devrini düzenleyen 7. maddesinin gerekçesinde de açık bir biçimde ifade edilmişti. Tasarının 7. maddesinin gerekçesine göre, iş sözleşmesinin devrinde işveren tarafı değişmekte ve onun yerini yeni işveren almakta, önceki işverenle iş ilişkisi sona ererken, devralan işveren tüm hak ve borçları üstlenmiş olarak sözleşmenin işveren tarafını oluşturmaktadır. İş sözleşmesinin devrinde bir fesih söz konusu olmadığı için, önceki işverenden ihbar ve kıdem tazminatı talep edilemez¹³. Bu açıdan da, iş sözleşmesinin devri ile işyerinin devri kurumları benzerlik göstermektedir. İşyerinin devri durumunda da iş sözleşmesi sona ermeyip devralan işverenle devam ettiği için, işçinin işyerinin devrini ge-

11 Bu konu ile ilgili olarak bkz. Çankaya/Çil, 2009, s.249.

12 TBMM, Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu Raporu, 12.03.2013, Esas No: 1/534, Karar No: 25, www.tbmm.gov.tr (erişim 01.02.2016).

13 TBMM, Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu Raporu, 12.03.2013, Esas No: 1/534, Karar No: 25, www.tbmm.gov.tr (erişim 01.02.2016); ayrıca bkz. MESS, (2002) Bilim Komisyonu Tarafından Hazırlanan İş Kanunu Tasarısı ve Gerekçesi. 2. Baskı, İstanbul. s.73.

rekçe göstererek kıdem tazminatı talep etmesi mümkün değildir¹⁴.

II. İş Sözleşmesinin İradi Devrinin Devreden ve Devralan İşverenler Bakımından Hüküm ve Sonuçları

A) Devreden ve Devralan İşverenlerin İşçinin Kıdeme Bağlı Hakları Bakımından Sorumlulukları

1- Kıdem Tazminatı

İşçinin kıdem tazminatı hakkı bakımından esas alınacak kıdem süresi prensip olarak, iş sözleşmesinin devam etmiş veya fasılalarla akdedilmiş olmasına bakılmaksızın aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde çalıştıkları süreler göz önüne alınarak belirleneceğinden (1475 sayılı İş K. m.14/II), işçinin kıdem tazminatına hak kazanabilmesi için zorunlu olan en az bir yıllık çalışmanın da prensip olarak aynı işverene bağlı olarak yapılmış olması gerekir. Bu itibarla, çalışması en az bir yıl olmakla birlikte farklı işverenler nezdinde geçmişse, kıdem koşulu gerçekleşmemiş demektir. Buna karşılık, aynı işverenin değişik işyerlerinde geçmiş olan, sürekli veya aralıklı çalışmalar, aynı nitelikte, aynı işte olma-

salar dahi, en az bir yıl olmak kaydıyla kıdem koşulu gerçekleşmiş olur. Bu çalışmaların, aynı işkolundaki işyerlerinde geçmiş olması da gerekmez¹⁵.

Kıdemden başlangıcı iş sözleşmesinin yapıldığı değil, işçinin işe başladığı tarihtir. 14. maddede bu husus "... işçinin işe başladığı tarihten itibaren ..." ifadesiyle vurgulanmaktadır. Bununla birlikte "işe başlama tarihi", mutlaka, fiilen çalışmaya başlama tarihi olarak değerlendirilemez; işçinin, işinde ve işverenin her an buyruğuna hazır bir halde bulunmakla beraber çalıştırılmaksızın ve çıkacak işi bekleyerek boş geçirdiği süreler de çalışma süresinden sayılmaktadır.¹⁶

4857 sayılı İş Kanunu Geçici m.4'e göre, 3008 sayılı İş Kanununun kıdem tazminatı hakkını düzenleyen 13. maddesi hükümleri haklarında uygulanmayanlar için kıdem tazminatı hakkı, iptal edilen 931 sayılı İş Kanununun yürürlük tarihi olan 12.08.1967 tarihinden itibaren; aynı maddenin 2. fıkrasına göre de ilk defa 4857 sayılı İş Kanunu kapsamına girenlerin kıdem tazminatı hakları, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren başlar. Şu halde, daha önce işçilikte geçirilmiş çalışma süreleri bulunsa dahi, İş Kanunu kapsamına alınan işçiler bakımından kıdem, kapsama alındıkları tarihten itibaren başlatılmak zorundadır.

Kıdemden sonu, iş sözleşmesinin sona erdiği tarihtir. Süreli fesihte, bildirim süresinin dolduğu tarih kıdemden sonudur. Peşin ödeme ile fesih halinde peşin ödemenin yapıldığı; usulsüz fesih halinde uygulanmayan bildirim süresinin bitim

14 Özkaraca, 2008, s.129; Alp, 2007, s.189; Ekonomi/Eyrenci, 2001, s.1199; Süzek, S. (2015) İş Hukuku (Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku), Yenilenmiş 11. Baskı, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., s.355 vd.; Çankaya/Çil, 2011, s.244; Güzel, A. (1987) İşverenin Değişmesi-İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi. İstanbul. s.266; Engin, 1996, s.211; Arslanoğlu, 2006, s.543; Akyiğit, E. (2001) İş İlişkisinin (Bireysel) Devri, Karar İncelemesi, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi. Türk Ağır Sanayii ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası. 17, 2, s.40; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarih: 24.04.2007, Esas No: 2007/3112, Karar No: 2007/12648; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarih: 24.06.2008, Esas No: 2007/16181, Karar No: 2008/17596 (Yargıtay'ın bu kararında iş sözleşmesinin iradi devrinde yıllık izin süresinin işçinin ilk işverence işe giriş tarihine göre belirleneceği ifade edilmiştir.); bkz. Aynı yönde Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Tarih: 24.06.2008, Esas No: 2007/16181, Karar No: 2008/17506; Alp, 2007, s.189; Ekonomi/Eyrenci, 2001, s.1199; Süzek, 2015, s.355-357; Çankaya/Çil, 2011, s.244; Güzel, 1987, s.266; Engin, 1996, s.211; Arslanoğlu, 2006, s.543; Akyiğit, 2001, s.40; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 2014, s.164.

15 Narmanlıoğlu, Ü. (1998) İş Hukuku-Ferdi İş İlişkileri. Cilt I. 3. Bası, İzmir. s.408; Reisoğlu, S. (1976) 1927 Sayılı Yasa Açısından Kıdem Tazminatı, Ankara. s.39; Mollamamotoğlu, H./Astarlı, M. /Baysal, U. (2014) İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu İşlenmiş 4. Bası. Ankara: Turhan Kitabevi, s.1139 vd.

16 Çenberci, M. (1984) İş Kanunu Şerhi. 5. Bası. Ankara. s.307; Narmanlıoğlu, Ü. (2012) İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri, Cilt I. Yeni Mevzuata Göre Gözden Geçirilmiş 4. Bası. İzmir: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş. s.417; Reisoğlu, 1976, s.36; Mollamamotoğlu/Astarlı/Baysal, 2014, s.1144-1145.

tarihi kıdem sonu olarak kabul edilecektir¹⁷. İş sözleşmesinin haklı nedenle feshi halinde ise kıdem sonu fesih beyanında bulunulan tarihtir. İş sözleşmesinin işçinin ölümü ile infisahı halinde kıdem sonu işçinin ölüm tarihidir.¹⁸

1475 sayılı İş Kanunu m.14/II'ye göre, “İşyerlerinin devir veya intikali yahut herhangi bir suretle bir işverenden başka işverene geçmesi veya başka bir yere nakli halinde işçinin kıdemi, işyeri veya işyerilerindeki hizmet akitleri sürelerinin toplamı üzerinden hesaplanır”.¹⁹ Kural olarak, özel hukuktan veya kamu hukukundan kaynaklanan ve işverenin değişikliğine yol açan bütün haller m.14/II bağlamında değerlendirilir.²⁰

4857 sayılı İş Kanunu m.6'ya göre, işyeri veya bir bölümü hukuki bir işleme dayalı olarak başkasına devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer; devralan işveren, devreden işveren hizmet süresinin esas alındığı haklarda işçinin, devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işçinin işlem yapmakla yükümlüdür; devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan işveren birlikte sorumlu olur; ancak 6. madde devreden işverenin sorumluluğunun devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlı olduğunu amirdir.²¹

Devir halinde iş sözleşmesinin devamlılığı ilkesine dayandırılan²² 1475 sayılı İş Kanunu m.14 esaslarına göre 12.07.1975 tarihinden itibaren işyerinin devri veya herhangi bir suretle el değiştirmesi halinde işlemiş kıdem tazminatla-

rından her iki işveren sorumludur. 4857 sayılı İş Kanunu m.6/III'te devir halinde devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan işverenin birlikte sorumlu olduklarını belirtmekle birlikte 1475 sayılı İş Kanunu m.14/II'de devreden ve devralan işveren bakımından birlikte sorumluluğun tam olmadığı, devreden işverenin sorumluluğunun, işçiyi çalıştırdığı süreyle ve devir esnasındaki ücret seviyesiyle sınırlı olmasından anlaşılmaktadır²³. Yargıtay, eski işvereni, yeni işverenle birlikte kıdem tazminatının tamamından müteselsilen sorumlu tutan mahkeme kararını isabetsiz bularak bozmuştur²⁴. İşçi, devralan işverene karşı, kıdem tazminatının tamamı için dava açma imkânına sahip olduğundan, kıdem tazminatının tamamını ödemeye hükmolunan devralan işveren de devreden işverene karşı, işçiyi çalıştırdığı süre ve devir esnasındaki ücret seviyesi ile sınırlı olmak üzere rücu hakkına sahiptir²⁵. Şüphesiz işçi, dilerse, devreden işverene karşı, sorumlu olduğu miktarla sınırlı olmak üzere, doğrudan dava açabilir.²⁶

Eğer işyeri 12.07.1975 tarihinden önce devir veya herhangi bir suretle el değiştirmişse, devir sözleşmesinde aksine bir hüküm yoksa işlemiş kıdem tazminatından yeni işveren sorumludur (m.14/II).²⁷ Bu son halde de, devir sözleşmesinde aksine hüküm var ise, eski işverenin sorumlu-

17 Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 25.09.2001 tarih ve E. 2001/7755, K. 2001/14458.

18 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 2014, s.1145; ayrıca bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarih: 02.02.2010, Esas No: 2010/3537, Karar No: 2010/1989.

19 Yargıtay'a göre de bu tabirler teknik anlamda kullanılmamıştır. Bu konu ile ilgili olarak bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarih: 28.12.1984, Esas No: 1984/10452, Karar No: 1984/12182; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 2014, s. 1160.

20 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 2014, s.1160.

21 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 2014, s.1160.

22 1475 sayılı İş Kanunu m.14/f.2'ye ilişkin Hükümet Gerekçesi, MMTD. Top.1.s.sayısı 576; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 2014, s.1160.

23 Yargıtay görüşü de bu yöndedir (bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarih: 26.02.1996, Esas No: 1995/29622, Karar No: 1996/2596; Aksi görüş için bkz.Reisoğlu, 1976, s.76-77; Cuhruk, M. (1978) Kıdem Tazminatı ve Uygulaması. Ankara. s.35-37; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.1160-1161.

24 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarih: 04.04.1990, Esas No: 1990/1102, Karar No: 1990/4424; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 2014, s.1161 vd.

25 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarih: 13.02.1989, Esas No: 1988/11105, Karar No: 1989/1073; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 2014, s.1161.

26 Demir, F. (2003) Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması. 4857 sayılı İş Kanunu ile Yeniden Düzenlenmiş 3. Baskı. Eylül 2003. İzmir, s.188-189; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 2014. s.1161; Özkaraca, 2008, s.361.

27 1475 sayılı İş Kanunu m. 14/I'deki 12.07.1975 tarihi, 1927 sayılı Kanunun yayın tarihi olup, 05.05.1981 tarihli ve 2457 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle metne dâhil edilmiştir.

luğu, yine işçiyi çalıştırdığı süre ve devir sırasında aldığı ücretle sınırlı olmalıdır.²⁸

Devralan işveren, devir mukavelesinde, devir tarihine kadarki kıdem tazminatından devredenin sorumlu olacağı Şeklindeki bir hükme dayanarak devreden dönemde geçen çalışma sürelerinin kendi dönemindeki çalışma süreleriyle birleştirmeyeceğini ve örneğin buna göre de kendi dönemindeki çalışma süresi bakımından işçinin kıdem tazminatı hakkının doğmadığını devire rağmen çalışmasını sürdüren işçisine karşı ileri süremez. Hatta devreden işveren, böyle bir hüküm gereği kendi dönemine denk düşen miktarı, kıdem tazminatı adı altında işçiye ödemiş olsa bile sonuç değişmez; devir mukavelesindeki hüküm işçiyi bağlamaz; bu durumda yeni işverenin ödenen miktarı mahsup etmesi söz konusu olabilir.²⁹

İşveren değişikliği halinde, devreden ve devralan işverenlerin yanında geçirilen çalışma sürelerinin kıdem tazminatı bakımından toplanması, devir halinde iş sözleşmesinin devamlılığı ilkesi gereğidir; işyerinin devri, intikali ve herhangi bir suretle el değiştirmesi halinde iş sözleşmelerinin devamı asıl olduğundan bu durumda işçinin sözleşmesinin, devreden işveren tarafından feshedildiği varsayılmayacağı gibi, işyerinin salt devir, intikal veya herhangi bir suretle el değiştirmesi sonucu işveren değişikliği de işçi yönünden iş sözleşmesinin feshi için haklı neden oluřturmaz³⁰. İş sözleşmesi devam ettiğinden önceki ve sonraki işverenlerin yanında geçirilen süreler toplanır. Buna karşılık, iş sözleşmesi devirden önce veya devir sırasında feshedilmişse, bilahare devralan işveren tarafından işçinin işe alınması halinde devreden işveren dönemindeki sürelerin,

28 Reisoğlu, 1976, s.77-78; Cuhruk, 1978, s.38; Güzel, 1987, s.440; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 2014, s.1161.

29 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarih: 23.01.1990, Esas No: 1990/136, Karar No: 1990/3881; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 2014, s.1161-1162.

30 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarih: 31.03.1989, Esas No: 1989/142, Karar No: 1989/2927; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarih: 02.02.1990, Esas No: 1989/11587, Karar No: 1990/943; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 2014, s.1162.

kıdem tazminatı hakkını doğuracak Şekilde sona ermiş olsalar dahi, birleştirilmesi mümkün değildir; işçi, o sürelerle ilişkin kıdem tazminatı alacakları için devreden işverene başvurabilir.³¹⁻³²

İş sözleşmesinin iradi devri söz konusu olduğunda, sözleşme devri ile devreden işveren ile işçi arasındaki iş ilişkisi sona ereceğinden, devreden işveren devir tarihinden sonraki alacak ve borçlardan da sorumlu olmayacaktır. Bu tarihten itibaren doğan hak ve borçların sahibi sözleşmeye taraf olan devralan işverendir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun kabulünden önce özellikle işçinin hizmet süresine bağlı olan kıdem, ihbar tazminatları ile yıllık ücretli izin hakkı bakımından devreden ve devralan işverenlerin sorumluluklarının kapsamı sorunu ortaya çıkmaktaydı³³⁻³⁴.

31 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarih: 08.02.1999, Esas No: 1999/1119, Karar No: 1999/1654.

32 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 2014, s.1162

33 Alp, M. (2007) İş Sözleşmesinin Devrinde Bazı Sorunlar. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 9, s.191; Çankaya/Çil, 2011, s.244, 249-250, 253, 259; Ekonomi, M. / Eyrenci, Ö. (2001) Hizmet Akdinin Devri ile İşverenin Değişmesi. Prof.Dr.Nuri Çelik'e Armağan. C.II. s.1222; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 29.09.2005, Esas No:2005/309, Karar No:2005/31664; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 10.11.2005, Esas No:2005/361, Karar No:2005/35713.

34 Ekonomi, M. (1991) Asıl İşveren- Alt İşveren İlişkileri ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar. Tekstil İşveren Dergisi. Eylül. s.94; Süzek, S. (2001) Bireysel İş İlişkisinin Kurulması Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2001 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi. Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2001. Ankara. s.9; Alpagut, G. (2003) Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay'ın 2001 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi. Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2001. Ankara. s.132; Engin, M. (1996) Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşveren. Ankara s.212; Günay, C. İ. (2006) İş Kanunu Şerhi. C.I. 2. Baskı. Ankara. s.304; Günay, C. İ. (2010) İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri. İstanbul. s.168-169; Günay, C. İ. (2007) Yargı Kararlarında Yeni İstihdam Biçimleri ve Üçlü İş İlişkileri. İstanbul Barosu Dergisi. Eylül. s.48; Danar, C. (2007) Yargıtay Kararlarıyla Hukuki Kimlik Kazanan Bir Uygulama: İş Sözleşmesinin Devri. SİCİL İş Hukuku Dergisi. 6, s.71-72.

Kıdem tazminatından sorumluluk bakımından Yargıtay, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun kabulünden önceki dönemde de, devreden işveren yanında geçen sürenin de dikkate alınmak suretiyle iş sözleşmesinin toplam süresi üzerinden kıdem tazminatının hesaplanacağına ve bu kıdem tazminatının tümünden devralan son işverenin sorumlu olacağına karar vermektedir³⁵. Yargıtay 2010 yılında vermiş olduğu bir kararında özellikle, şirketler arasında organik bağ olup olmadığı, iş sözleşmesinin devri bulunup bulunmadığı yönünde araştırma yapılmadan kıdem tazminatı hesabı yapılmasının isabetli olmadığını vurgulamıştır³⁶. Söz konusu görüş kanaatimizce 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun kabulünden sonra da geçerliliğini korumaktadır.

Yargıtay 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun kabulünden önce konuya ilişkin vermiş olduğu kararlarında, 1475 sayılı İş Kanunu m.14’de yer alan ve işverenlerin birlikte sorumluluğuna dair düzenlemenin işyeri devrine özgü olduğu ve iş sözleşmesinin iradî devrini kapsamadığı için devreden işverenin kendi dönemi için birlikte sorumluluğu taleplerinin reddedilmesi gerektiğini belirtmiştir³⁷. Ancak yine de bu dönemde Yargıtay’ın aksi yönde kararlarına da rastlamaktayız. Yargıtay 2012 yılında vermiş olduğu bir kara-

rında bu durumu “... İş sözleşmesinin devrinde, işçinin, devreden işverenle olan iş sözleşmesinden veya işyeri uygulamasından doğan hakları ve borçları devralan işverene geçer. Bu itibarla davacının kıdem tazminatı X Şti.nde işe girdiği ilk tarihten itibaren sözleşmenin haksız olarak feshedildiği 20.05.2008 tarihine kadar aralıksız devam etmele tüm süre üzerinden hesaplama yapılarak davalı Y Şti. nin belirtilen sürenin tamamı itibarıyla, davalı X Şti. nin ise kendi dönemine ilişkin oranda kıdem tazminatından sorumlu olduklarının kabulü ile hüküm kurulması gerekirken ...” şeklinde ifade etmiştir³⁸. Görüldüğü üzere söz konusu kararda devreden işverenin de kendi dönemiyle ilgili olarak kıdem tazminatından sorumlu olacağı yönünde görüş belirtilmiştir. Öğretide ise, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunundan önce İş Kanunu m.14’ün işyeri devrine dair birlikte sorumluluk düzenlemesinin kıyasen sözleşme devrinde de uygulanması önerilmekteydi.³⁹

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu işyeri devri ve iş sözleşmesinin devri konusunda özel düzenlemeler öngörmüştür. İşyeri devrine ilişkin 428. madde ile İş Kanunu m.6/III’e paralel bir düzenleme getirilmiş ve devreden işverenin kendi döneminde muaccel olan alacaklar nedeniyle devirden itibaren iki yıl süre ile devralan işverenle birlikte sorumlu olacağı kabul edilmiştir. Buna karşılık iş sözleşmesinin iradî devrine ilişkin 429. maddesinde birlikte sorumluluğa ilişkin bir düzenleme getirilmemiştir. Bu bağlamda kanun koyucunun iş sözleşmesinin iradî devri söz konusu olduğunda devreden işverenin birlikte sorumluluğunu istemediği sonucu çıkarılabilecektir.⁴⁰

35 Alp, 2007, s.191; Çankaya O. G./Çil, Ş. (2011) İş Hukukunda Üçlü İlişkiler. Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları. s.244, 253, 259; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 29.09.2005, Esas No:2005/309, Karar No:2005/31664; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 10.11.2005, Esas No:2005/361, Karar No:2005/35713; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarih: 10.11.2005, Esas No: 2005/361, Karar No: 2005/35713; iş sözleşmesini devreden işverenin ihbar ve kıdem tazminatlarından sorumluluğu olmadığı yönündeki karar için bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarih: 29.09.2005, Esas No: 2005/309, Karar No: 2005/31664; ayrıca bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarih: 05.02.2009, Esas No: 2007/23503, Karar No: 2009/1639; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarih: 06.06.2012, Esas No: 2010/5217, Karar No: 2012/19817.

36 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarih: 25.01.2010, Esas No: 2009/33210, Karar No: 2010/1177.

37 Alp, 2007, s.191; Çankaya/Çil, 2011, s.244, 253, 259; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 29.09.2005, Esas No:2005/309, Karar No:2005/31664; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 10.11.2005, Esas No:2005/361, Karar No:2005/35713.

38 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarih: 06.06.2012, Esas No: 2010/5217, Karar No: 2012/19817.

39 Alp, 2007, s.191; Ekonomi/Eyrenci, 2001, s.1222; Eyrenci, Ö./Taşkent, S./Ulucan, D. (2010) Bireysel İş Hukuku. 4. Bası. İstanbul: s.115; Güzel, 2005, 36, 38; Alpagut, 2001, 132; Akyiğit, 2001, s.45.

40 Ercüment, Ö. (2014) “İş Sözleşmesinin Devri”, İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukukta Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi. No.5. İş Hukuku. Yayın No:457. İstanbul: s.134.

İş sözleşmesinin devrinde kanaatimizce haliyle dayanan esasların uygulanması gerekir. Sözleşme devri sadece taraf değişikliği sonucunu doğuran bir işlemdir ve bu işlemle borç ilişkisinin içeriğinde, kapsamında ve hukuki ayniyetinde bir değişiklik ortaya çıkmaz. İş sözleşmesini devralan işveren sözleşme ilişkisi hangi durumda ise o hali ile sözleşmeyi devralır ve bu nedenle kıdeme bağlı haklarda işçinin devreden işveren yanında geçen hizmet süresi de dikkate alınarak işlem yapılır.⁴¹ Öğretide devreden işverenin de kendi döneminde geçen süre ve devir anındaki ücret üzerinden devralan işverenle birlikte sorumlu tutulmasının işçinin korunması ilkesine daha uygun düşeceği yönünde görüşler belirtilmiştir.⁴²

İş sözleşmesini devralan işveren, sözleşmeyi tüm hak ve borçları ile devraldığına göre, sadece devirden sonra doğacak borçların değil, aynı zamanda daha önce var olan hakların sahibi ve borçların sorumlusu olur. Kanaatimizce madde hükmünde bir boşluk söz konusu değildir ve kanun koyucu burada müteselsil sorumluluk da öngörmemiştir. İşçinin önceki işverene bağlı olarak geçen kıdemine bağlı haklar yönünden bir kaybı söz konusu olmayacak ve yeni işveren işçinin tüm kıdemi ve kıdemine bağlı haklarından sorumlu olacaktır.

Ancak işyeri devrinin iş sözleşmesi üzerinde etkisini ve işçilik hakları karşısında her iki işverenin sorumluluğunu düzenleyen İş Kanunu m.6 karşısında, Türk Borçlar Kanununda yer alan hükme göre, devir işlemiyle birlikte önceki işverenin sorumluluğu sona ermektedir. 1475 sayılı İş Kanunu döneminde, iş sözleşmesinin devrinde, işçi karşısında devir sözleşmesinin tarafı işverenlerin sorumluluğu, aksi belirtilmedikçe İş Kanunu m.6'daki esaslara göre doldurulması gerektiği, işyeri devrinin hukuki sonuçlarının iş

41 Alp, 2007, s.193-194; Ekonomi/Eyrenci, 2001, s.1221vd.; Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, 2014, s.1163.

42 Yiğit, Y. (2014) İş Sözleşmesinin Devri. Ekin Basım Yayın Dağıtım. s.227vd.; 274; konu ile ilgili olarak ayrıca bkz. Çelik, N./Canikliğlu, N./Canbolat, T. (2014) İş Hukuku Dersleri. Yenilenmiş 27. Bası. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş. s.166.

sözleşmesinin devrinde de kural olarak uygulanması gerektiği konusunda görüş belirtilmekteydi.⁴³ Ancak mevcut yasal düzenleme karşısında artık bu görüşe katılmak mümkün değildir. İş sözleşmesinin iradi devrine ilişkin yasal bir düzenlemenin bulunmadığı dönemde, duraksama yaratabilecek en önemli husus, 4857 sayılı İş Kanunu m.6/III'de yer alan "... devir halinde, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan işverenin birlikte sorumlu olacaklarına ve devreden işverenin bu yoldaki sorumluluğunun devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlı olacağına ilişkin" düzenlemenin, iş sözleşmesi devrinde de uygulanıp uygulanamayacağı ve bu sorumluluğu ortadan kaldıran sözleşmelerin geçerliliğiydi. O dönemde savunulan görüşlere göre; işyeri devrinde, işçinin rızası ve onayı gerekmeyip, devir iki işveren arasında gerçekleştirildiği için, bu tür devir sözleşmelerinde devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan, önceki işverenin sorumluluğunu ortadan kaldıran sözleşmeler taraflar arasında geçerli olup, işçiye karşı ileri sürülemeyecektir. İşyeri devri suretiyle, iş sözleşmelerinin devredildiği durumlar açısından bu görüş hala geçerliliğini korumaktadır ve bizim de kanaatimiz bu yöndedir. İlgili dönem itibariyle, iş sözleşmesinin iradi devri, işyerinin devrinden farklı olarak, devreden işveren, devralan işveren ve işçinin üçlü ortak iradeleri ile oluşturulan bir hukuki işlem olduğu için, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçların, devralan işverene geçeceği, devreden işverenin iki yıl süreyle işçi karşısındaki birlikte sorumluluğunun, devir sözleşmesi ile ortadan kaldırılabilceği savunulmaktaydı. Ancak, devir sözleşmesi ile birlikte, iş sözleşmesinin tüm hak ve borçları ile birlikte devralan işverene geçeceği yönündeki yasal düzenleme karşısında, bu konu kanaatimizce tartışma dışı kalmıştır. İş sözleşmesinin iradi devrinde, işyeri devrinde olduğu gibi, işveren sıfatı değişmekle birlikte, bir üçüncü şahıs işveren olarak mevcut iş sözleşmesinin tarafı olmaktadır.

43 Aynı yönde bkz. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, Tarih: 29.01.2013, Esas No: 2012/11360, Karar No: 2013/1283.

Nitekim iş sözleşmesi devredilen işçi ile işyeri devredilen işçi aynı konumda bulunmamaktadır. İşyeri devredilen işçi iradesi dışında işveren değişikliğine maruz kalırken, iş sözleşmesinin iradi devrinde işçi buna rıza göstermektedir. Kanaatimizce kanun koyucu bu durumu göz önünde bulundurarak birlikte sorumluluk öngörmemiştir. Ancak öğretide Borçlar Hukuku prensip ve kurallarının doğrudan uygulanması ile varılacak bu sonucun, İş Hukuku açısından tatmin edici olmadığı görüşü ileri sürülmüştür⁴⁴. Söz konusu görüş uyarınca gerek işyerinin gerek iş sözleşmesinin devrinde, işverenin kişiliğinde bir değişiklik meydana gelmekte ve bu değişiklik nedeniyle işçilerin zarar görmesi tehlikesi ortaya çıkmaktadır. İşyerinin devri durumunda devreden ve devralan işverenlerin birlikte sorumluluğunu öngören hükümlerde, sözü edilen tehlikeye karşı işçilerin haklarının korunması amaçlanmaktadır. Aynı korunma ihtiyacı iş sözleşmesinin iradi devri durumunda da mevcuttur. İş sözleşmesinin devrinin işçinin rızası alınmak suretiyle yapılabilmesi, bu korunma ihtiyacını ortadan kaldıracak nitelikte değildir ve bu nedenle 6098 sayılı Kanun öncesinde öğreti ve yargı kararlarında kabul edilen çözüm biçiminin sürdürülmesi ve devreden işverenin İş Kanunu m.6/III'ün kıyasen uygulanmasına bağlı olarak, kendi işverenlik döneminde muaccel olan ücret, fazla çalışma ücreti, prim, ikramiye, tatil ücreti gibi feshe bağlı olmayan alacaklardan, devirden itibaren iki yıl süre ile devralan işverenle birlikte sorumlu olması uygun olacaktır. İki yıl dolduktan sonra bu alacaklardan devralan işveren tek başına sorumlu olacaktır.⁴⁵

Kıdem tazminatı konusunda 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu karşısında, 1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesindeki düzenlemenin kıyasen uygulanmasının gerektiğini kabul etmek gerekmektedir. Maddeye göre işçilerin kıdemleri, hizmet akdinin devam etmiş veya fasılalarla yeniden akdedilmiş olmasına bakılmaksızın aynı

44 Bkz. Özkaraca, E. (2014) "İş Sözleşmesinin Devri". İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar. Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukukta Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No.5. İş Hukuku. Yayın No:457. İstanbul. s.136.

45 Özkaraca, 2014, s.136-137; Alpagut, 2011, s.927.

işverenin bir veya değişik işyerlerinde çalıştıkları süreler göz önüne alınarak hesaplanır. İşyerlerinin devir veya intikali yahut herhangi bir suretle bir işverenden başka bir işverene geçmesi veya başka bir yere nakli halinde işçinin kıdemi, işyeri veya işyerlerindeki hizmet akitleri sürelerinin toplamı üzerinden hesaplanır. 12.07.1975 tarihinden itibaren işyerinin devri veya herhangi bir suretle el değiştirmesi halinde işlemiş kıdem tazminatlarından her iki işveren sorumludur. Ancak, işyerini devreden işverenlerin bu sorumlulukları işçiyi çalıştırdıkları sürelerle ve devir esnasındaki işçinin aldığı ücret seviyesiyle sınırlıdır. 12.07.1975 tarihinden evvel işyeri devrolmuş veya herhangi bir suretle el değiştirmişse devir mukavelesinde aksine bir hüküm yoksa işlemiş kıdem tazminatlarından yeni işveren sorumlu olacaktır.⁴⁶

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun açık düzenlemesi karşısında, iş sözleşmesinin iradi devri halinde yeni (devralan) işverenin sorumluluğu tüm çalışma süresi bakımından kıdem tazminatının tamamından olacakken, eski (devreden) işverenin ise sözleşme devrinden önceki hizmet süresi ile ilgili olarak sorumluluğu kalmayacaktır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun kabulünde önceki dönemde de, yukarıda da belirtildiği üzere Yargıtay, bazen aksi yönde karar vermekle birlikte, genel olarak işçinin kıdemine bağlı haklarında toplam hizmet süresinin üzerinden hesaplanması ve halefiyet ilişkisi sebebiyle tüm kıdem tazminatından yeni (devralan) işverenin sorumlu olacağı yönünde karar vermiştir. Buna karşılık bazı kararlarında da 1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesindeki hükme uygun olarak, eski (devreden) işverenin de işçinin kendisine bağlı olarak geçirdiği hizmet süresi açısından sorumlu olmasına karar vermiştir. Ancak unutulmaması gerekir ki, kıdem tazminatına hak kazanılabilmesi için her halükarda, iş sözleşmesinin kıdem tazminatını gerektiren bir sebepten dolayı sona ermesi gerekmektedir.

İşçinin emekliliği halinde ise, T.C. Emekli Sandığı Kanunu ve Sosyal Sigortalar Kanunu-

46 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 2014, s.1153-1154.

na veya yalnız Sosyal Sigortalar Kanununa tabi olarak sadece aynı ya da değişik kamu kuruluşlarında geçen hizmet sürelerinin birleştirilmesi suretiyle Sosyal Sigortalar Kanununa göre yaşlılık veya malullük aylığına ya da toptan ödemeye hak kazanan işçiye, bu kamu kuruluşlarında geçirdiğı hizmet sürelerinin toplamı üzerinden son kamu kuruluşu işverenince kıdem tazminatı ödenir. Söz konusu düzenleme açısından, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun kabulünden önce veya sonra uygulamada bir değişiklik söz konusu değildir.⁴⁷

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun kabulünden önce, iş sözleşmelerinin topluca başka bir işverene devri anlamına gelen işyeri devrinde yasa koyucunun farklı esasları benimsediğı, İş Kanunu m.6 ile devralanın tüm borçlardan sorumlu olması ve devreden de iki yıl birlikte sorumluluğunu, kıdem tazminatında da 1475 sayılı İş Kanunu m.14 ile işyerini devreden kendi dönemi ile sınırlı olarak birlikte sorumluluğunu kabul edildiğı, bu şekilde işçinin haklarının olabilecek en etkin şekilde korunmasının amaçlandığı ve böylece işçinin işveren değişikliğinden zarar görmesinin önlenmek istendiğı belirtilmekteydi. Bu esasların kıyasen sözleşme devrine de uygulanmasının mümkün olabileceğı, gerçekte işyeri devri ile iş sözleşmesinin devrinin aynı hukuki sonucu doğurmaya yönelik olduğı (sözleşme sona ermeden işveren tarafının değişmesi) belirtilmekteydi. Yine bu dönemde işyeri devrinde tüm işçilerin sözleşmeleri topluca yeni işverene devredilirken, sözleşme devrinde sadece bir işçinin sözleşmesinin yeni işverene devredilmekte olduğı, ancak ikisinde de işveren değişikliği olgusunun ortak olduğı, işyeri devri halindeki işveren değişikliğini düzenleyen hükümlerin, sözleşme devri ile gerçekleşen işveren değişikliğinde uygulanmamasını gerektiren bir sebep bulunmadığı ifade edilmekteydi⁴⁸.

818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde işverenlerin sorumluluklarına dair İş Kanunu m.6 ve 1475 sayılı İş Kanunu m.14 hükümlerinin iş

sözleşmesinin devrine de kıyasen uygulanması kabul edilmesi görüşü öğretide savunulmuştur. Bu durumda devralan işveren sadece kendi dönemindeki borçlardan değil, iş sözleşmesinin devrinden önce doğmuş borçlardan da sorumlu olacaktır. Kıyasen uygulama birlikte sorumluluk bakımından da işyeri devri ile aynı sonuçları doğuracaktır ve devreden işveren de devralanla birlikte kendi döneminde doğmuş borçlardan iki yıl süre ile birlikte sorumlu olacaktır. Kıdem tazminatı bakımından da devreden işveren, kendi dönemi için hak kazanılan kıdem tazminatından birlikte sorumlu olacaktır. Bu dönemde işyeri devrinde devreden işverenin de işçilik alacaklarından müteselsil sorumlu kalmaya devam etmesinin nedeni, işçiyi mali durumunu ve ödeme gücünü bilmediğı yeni işvereni karşısında güvenceye almak olarak belirtilmiştir ve işverenlerin kararı ve menfaati doğrultusunda gerçekleşen bir iş sözleşmesi devrinde de işçinin aynı güvenceye ihtiyacı olduğı üzerinde durulmuştur. Yine 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde öğretide İş Kanunu m.6'nın kıyasen uygulanması ile devreden ve devralan işverenlerin sorumluluklarının belirlenmesi esasına bazı sınırlamalar getirilebileceğı görüşü de savunulmaktadır. Örneğin, işyeri devrinde devralanın geçmiş dönemden sorumlu olmayacağı yasa karşısında geçerli olarak sözleşme ile kararlaştırılmazken, hukuki işlemle gerçekleşen sözleşme devrinde devralanın sorumluluğunun işçiye karşı da geçerli olacak şekilde sınırlandırılabilmesi kabul edilmektedir. Ancak bu durumda İş Kanunu m.6 ve 14'ün kıyasen uygulanmasını sözleşmeler ile tamamen bertaraf edebilmenin yolu açılmış olacaktır. Kıyasen uygulama halinde uygulanan kuralların emredici etkisinin de geçerli olacağını kabul etmek daha yerinde olur.⁴⁹

İşçinin katılımı ile gerçekleştiğı açık olan sözleşme devrinde ise işçinin daha fazla korunmasına gerek olmadığı, tarafların anlaşması ile işverenlerin sorumlulukları bakımından işyeri

47 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 2014, s.1153vd.

48 Alp, 2007, s.194; Heiz, R. (2004) Das Arbeitsverhaelt-nis im Konzern. Wallisellen. s.204-205.

49 Alp, 2007, s.194-195; Heiz, 2004, s.204-205; bu konu ile ilgili olarak ayrıca bkz. Şahlanan, F. (2007) İşyeri Devri ile İş Sözleşmesinin Devrinin Farkı ve Sonuçları. Karar İncelemesi. Tekstil İşveren Dergisi. 324.

devrindekinden farklı bir çözüm yoluna gidilmesinin kabul edilebileceği belirtilmiştir⁵⁰.

Yargıtay 2005 yılında, iş sözleşmesinin devri işlemi sonrasında işçinin her iki işverende çalışmalarının ihbar ve kıdem tazminatı hesabı yönünden birleştirilmesi gerektiğine karar vermiştir⁵¹. Karara göre; “*Dosya içeriğinden davanın dava dışı E. H. A.Ş.de hizmet akdi ile çalıştığı sırada 18.1.2001 tarihinde hizmet akdi devri suretiyle davalı M. A.Ş.de çalışmaya başladığı ve akdin son işveren tarafından 1475 sayılı yasanın 13. maddesi gereğince feshedildiği anlaşıldığından kıdem tazminatı hesabında tüm çalışma süresinin nazara alınması gerekir. Nitekim mahkemece ihbar tazminatı alacağına tüm süreye göre yapılan hesaplama değer verilerek hüküm kurulmuştur. Mahkemece son çalışma süresine itibar edilerek kıdem tazminatı isteğinin reddedilmesi doğru değildir.*” Yargıtay’ın anılan kararında yasal dayanak açıklanmış değildir. Ancak olaya uyan tek yasal düzenleme, 1475 sayılı yasanın 14. maddesi hükmüdür. Yargıtay’ın bir kararında İş Hukukunda son yıllarda büyük gelişme gösteren esneklik kapsamı içinde iş sözleşmesi devrine yer verildiği, konunun öğretide de benimsendiği ve ülkemiz açısından da bu olaktan yararlanması gerektiği ifade edilmiştir.⁵²

Öncelikle belirtmek gerekir ki, işçinin nakledildiği işyerleri kamu kurumlarına ait ise ortada tek bir işveren vardır, o da kamu işverenidir. Kıdem tazminatı açısından farklı kamu kurumlarında geçen hizmetlerin birleştirilmesi gerektiği 1475 sayılı yasanın 14/4. maddesinin amir hükmüdür. Yargıtay da 2005 yılında vermiş olduğu bir kararında bu hususu açıklamıştır⁵³. Aynı kararda işçinin çalıştığı farklı işyerlerinin aynı işverene bağlı olması halinde ise, kıdem tazminatı

yönünden 1475 sayılı yasanın 14. maddesinin uygulanması gerektiği ifade edilmiştir. Her iki ilişki arasındaki fark, 14/4. maddeye göre yapılacak olan değerlendirmede sadece yaşlılık aylığı bağlaması için işçi tarafından fesih halinde hizmet birleştirilmesi mümkün iken, 14. maddenin uygulanması halinde her durumda kıdem hesabında hizmetlerin birleştirilmesi yoluna gidilebilecektir.

Yargıtay, birden fazla işverenin davalı olarak gösterildiği durumlarda sorumluluğun belirlenebilmesi bakımından işverenler arasındaki ilişkinin açığa kavuşturulması gerektiği yönünde kararlar vermektedir.⁵⁴

İş sözleşmesinin iradi devri, niteliği itibariyle sadece kurulduğu anda üçlü bir ilişkidir. Yoksa işçinin hizmet akdinin başka bir işverene devrinden sonra iş ilişkisi devralan işveren ile işçi arasında devam eder. Devreden işverenin iş sözleşmesinden doğan her türlü hakları ve yetkisi son bulur. İş sözleşmesinin iradi devri niteliği itibariyle bir fesih olmadığı için kıdem tazminatı ödenmesi gerekmez. Ancak yine 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde iş sözleşmesini devreden işveren tarafından işçiye kıdem tazminatının ödenmesi halinde, işverenin ileride işçiye daha az kıdem tazminatı ödemek için bu yola gitmemesi sebebiyle bu uygulamanın önceki dönemin tasfiyesi niteliğinde olduğu Yargıtay tarafından kabul edilmiştir⁵⁵.

İş sözleşmesinin devri, devam eden bir iş ilişkisinin varlığına ihtiyaç gösterir. Daha öncesinde veya en geç devir anında işçinin iş sözleşmesi önceki işverence sonlandırılmışsa, iş sözleşmesi devrinden söz edilemeyecektir. Yargıtay’ın bir kararında iş sözleşmesinin feshini takiben iş sözleşmesinin iradi devri sözleşmesi yapılamayacağı açıklanmıştır⁵⁶. Yargıtay’ın konuyla ilgili olarak vermiş olduğu kararına göre; “*Davacı, özel hukuk hükümlerine göre kurulmuş dava dışı*

50 Alp, 2007, s.195.

51 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarih: 10.11.2005, Esas No: 2005/361, Karar No: 2005/35713; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarih: 24.04.2007, Esas No: 2007/3112, Karar No: 2007/12648.

52 Çankaya/Çil, 2011, s.521; Yargıtay 9. HD, Tarih: 14.3.2001, Esas No: 2001/225, Karar No: 2001/3914; Kararın incelemesi için bakınız Akyiğit, 2001, s.40.

53 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarih: 07.11.2005, Esas No: 2005/7100, Karar No: 2005/35142.

54 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarih: 11.10.2005, Esas No: 2005/11077, Karar No: 2005/33072.

55 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarih: 25.10.2005, Esas No: 2005/19345, Karar No: 2005/34522.

56 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarih: 27.02.2006, Esas No: 2005/22419, Karar No:2006/4661.

İ. A.Ş. 'de 30.11.1995 tarihinden önce geçen hizmetlerinin davalı belediyede, daha sonra geçen hizmetleriyle birleştirilerek kıdem tazminatının hesaplanmasını ve buna göre fark kıdem tazminatı isteklerinin hüküm altına alınmasını istemiştir. Mahkemece davacının dava dışı İ. A.Ş. 'deki iş akdinin 30.11.1995 tarihinde sona erdirildiği, davacının dört gün sonra 04.12.1995 tarihinde belediyeye ait işyerinde çalışmaya başladığı kabul edilmiş, ancak İ. A.Ş. 'nin % 90 hissesinin belediyeye ait olduğu ve davalı belediye tarafından davacı işçinin kendi bünyesine devredildiği, işçinin devri hükümleri çerçevesinde isteğin kabulü gerektiği kabul edilerek davanın kabulüne karar verilmiştir. 4857 Sayılı Yasada işçinin devri diye bir müesseseye yer verilmiş değildir. Yasada düzenlenmemekle birlikte Yargıtay içtihatlarında hizmet aktinin devri kabul edilmekteyse de bu üçlü ilişkinin doğması için devreden işveren, devir alan işveren ve devredilen işçinin l mutabakatı gerekir. Dava konusu olayda böyle bir mutabakatın ve devrin varlığı kanıtlanabilmiş değildir. Esasen mahkeme İ. A.Ş. 'deki hizmet aktinin feshedildiğini kabul ettiğinden feshedilen bir hizmet aktinin devrinden de söz edilemez. Somut olayda işyeri devrinin söz konusu olup olmadığı dosya içeriğinden anlaşılamamaktadır. Mahkemece bu konu üzerinde durulmalı sonucuna göre hüküm kurulmalıdır. Eksik inceleme ile ve çelişkili, yasaya aykırı gerekçe ile yazılı şekilde davanın kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir. ”. Bu halde kıdem tazminatı iş sözleşmesini fesheden işverence ödenmelidir.⁵⁷

Öğretide 1475 sayılı yasanın 14. maddesi yürürlükte olsa da, aynı yasanın yaptırımını düzenleyen 98/D maddesi yürürlükten kalktığı için iş sözleşmesi devirlerinde devreden işverenin kıdem tazminatından sorumlu olmayacağı şeklinde hükümlere yer verilebileceği ve bu tür hükümlerin geçerli olacağı görüşü ileri sürülmüştür.⁵⁸ Bu görüş savunulurken Yargıtay'ın 2001 tarihli kararına da⁵⁹ dayanılmıştır. Yargıtay'ın sözü edi-

len kararına göre; “Davacı işçi uzman ekonomist olarak özel hukuk tüzel kişiliği olan davalı P... Ticaret Limited şirketine ait işyerinde 1984 yılında başladığı bu çalışmasını 10.1.1999 tarihine kadar sürdürmüştür. Dosya içeriğine göre davacı 10.1.1999 tarihinde bir dilekçe vererek dava dışı T... P... Anonim Ortaklığı işçisi olarak aynı işyerinde aynı işte çalışmaya devam etmiştir. Bu değişiklik konusu gerek davacı işçinin gerek davalı işverenin ve gerekse dava dışı TPAO'nun mutabakatı mevcut olduğu gibi dava dışı şirkette, davalı işverenin hizmet süresi ile ilgili bütün taahhütlerini üstlenmiştir. Oluşan bu durum işçinin bir işyerinden diğerine devri anlamında olup hizmet akdinin feshi sonucunu doğurmaz. Taraflar esasen bu konuda da mutabaktırlar. İş hukukunda son yıllarda büyük bir gelişme gösteren esneklik kapsamı içinde hizmet devrine yer verildiği sıkça gözlenmektedir. Özellikle ğretide bu konuda olumlu görüşler serdedilmiş ve böyle bir olanaktan yurdumuzda da yararlanılması şeklinde sonuçlara ulaşılmıştır. Somut olayda da böyle bir durumda dava dışı anonim şirket davalı şirketin yerine geçmiştir. Bu itibarla sözleşme devam ettiğine göre davacı işçinin kıdem tazminatını talep etme koşulu geerleşmemiştir.”.⁶⁰ öğretide de belirtildiği üzere, söz konusu karar 1475 sayılı İş Kanununun ve dolayısıyla kanunun 98/D maddesinin yürürlükte olduğu bir dönemde verilmiştir. Bu itibarla Yargıtay'ın kıdem tazminatı ödeme yükümlülüğünü daraltan ya da değiştiren sözleşmelere geçerlilik tanınması düşünülemezdi. Öte yandan anılan kararda iş sözleşmesinin devrinin geerleştiği yönünde fiili duruma değinilmiş ve henüz iş sözleşmesi sona ermediği için kıdem tazminatı ödeme yükümlülüğünün doğmadığından söz edilmiştir Yoksa kararın iş sözleşmesini devreden işverenin kıdem tazminatından sorumluluğunu kaldıran bir yönü bulunmamaktadır.⁶¹

İş sözleşmesinin devrine dair bir l ilişkiye rağmen, işçiye devreden işverence kıdem tazminatı denmiş olması durumunda l ilişki ve ileride söz konusu olabilecek devralan işverenin

57 ankaya/il, 2011, s.648

58 Arslanoğlu, 2006, s.544.

59 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarih: 14.03.2001, Esas No: 2001/225, Karar No: 2001/3914.

60 Ayrıca bkz.ankaya/il, 2011, s.648.

61 ankaya/il, 2011, s.648.

kıdem tazminatı ödeme yükümlülüğü meselesinin de açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. İş sözleşmesinin devrine rağmen kıdem tazminatı ödenmesi çelişkili bir durum olup, bu çelişki iş sözleşmesi devri konusundaki iradelerin gerçek olup olmadığı sorusunu akla getirebilir. Kıdem tazminatı yanında ihbar tazminatı da ödenmiş olması, bizi işçinin iş sözleşmesinin feshedildiği ve yeni işverenle yeni bir iş ilişkisi içine girildiği düşüncesine yaklaştırır. Ancak üçlü ilişkide tarafların iş sözleşmesi devri konusunda iradelerini açık ve tereddütsüz ortaya koydukları bir örnekte, kanaatimizce devreden işverenin sorumluluğunu ortadan kaldırmak için kıdem tazminatı ödenmiş olması iş sözleşmesinin devri işlemini geçersiz hale getirmeyecektir. Ancak yapılan ödemenin kıdem tazminatı avansı olup olmadığı ayrı bir tartışmayı gerektirmektedir.⁶²

2-İhbar Tazminatı

818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde ihbar tazminatı konusunda Yargıtay kararları ve öğretide fikir birliği bulunmakta, devralanın ihbar tazminatından sorumlu olacağına karar verilmekteydi. Bildirim süresi ve ihbar tazminatının hesabında da, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihin esas alınacağı ifade edilmekteydi⁶³.

Kanaatimize göre de, işçinin iş sözleşmesinin devri sırasında söz konusu olmayacak olan ihbar tazminatı hususu, devralan işverenin işçinin iş sözleşmesini sona erdirmek istemesi halinde söz konusu olabilecektir. İş sözleşmesinin devri ile işçi, devralan işverenin işçisi olduğuna göre, devralan işveren işçinin önceki işverende geçirdiği hizmet sürelerini de kabul etmiş sayılmaktadır. Dolayısıyla buradaki sorumluluğun tamamının yeni işverene ait olması gerekmektedir.

İhbar öneli tanınmış durumda olan bir işçinin iş sözleşmesinin de devredilmesi mümkündür. Bu durumda ihbar önelinin usulüne uygun kullanılmaması ve iş arama izinlerinin verilmemesinden devralan işveren sorumludur ve iş sözleşme-

sini devreden işverenin bir sorumluluğu yoktur. Ancak iş sözleşmesini devreden işverenin de iş arama izinlerini kullandırmadığı bir dönem varsa bu ücretlerin ödenmesinden sorumlu olacaktır.⁶⁴

Konuyla ilgili Yargıtay kararlarından ortaya çıkan sonuç, iş sözleşmesi devrinde ihbar⁶⁵ ve kıdem tazminatı ile izin ücreti açısından devreden işveren ve devralan işveren yanında geçen çalışmaların bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiği şeklindedir. İş sözleşmesini devralan işveren, işçinin ileride hak kazanabileceği ve tüm süreye göre hesaplanacak olan ihbar tazminatının tamamından sorumlu olacaktır⁶⁶.

İhbar öneli tanınmış olan bir işçinin iş sözleşmesi devredildiğinde ihbar öneli artırılmış ise devralan işverenin önel kullandırma sorumluluğunun devam ettiği ve iş arama izinlerini vermesi gerektiği kanaatindeyiz. Bu halde ihbar süresi sonunda iş sözleşmesini devralan işverenle işçi arasındaki iş sözleşmesi sona erecektir. Ancak tarafların iş sözleşmesi devri sırasında bunun aksini öngörmeleri mümkündür ya da iş sözleşmesi devri sonrasında devralan işveren ile işçi bir araya gelerek ihbar önelini ortadan kaldıracırlar⁶⁷.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun açık düzenlemesi karşısında ve kanaatimizce 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde Söz konusu olan tartışmalar sona ermiştir. İş sözleşmesinin iradi devri ile birlikte devralan işverenin ihbar tazminatı ile ilgili sorumluluğunun sona ermekte ve devralan işverene geçmekte olduğu konusunda tereddüt kalmamıştır. İş sözleşmesi devredilen işçinin bildirim süresi ve ihbar tazminatının hesabında işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarih esas alınacaktır.⁶⁸

64 Çankaya/Çil, 2011, s.649.

65 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarih: 24.06.2008, Esas No: 2007/16181, Karar No: 2008/17596; Kararda iş sözleşmesinin devrinde yıllık izin süresinin işçinin ilk işverenin yanında işe giriş tarihine göre belirleneceği açıklanmıştır.

66 Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, Tarih: 24.04.2007, Esas No: 2007/3112, Karar No: 2007/12648.

67 Çankaya/Çil, 2011, s.649.

68 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarih: 29.09.2005, Esas No: 2005/309, 2005/31664; Alp, 2007, s.191; Ekonomi/Eyrenci, 2001, s.1222.

62 Çankaya/Çil, 2011, s.648-649

63 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarih: 29.09.2005, Esas No: 2005/309, 2005/31664; Alp, 2007, s.191; Ekonomi/Eyrenci, 2001, s.1222.

Konuyla ilgili olarak 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde verilmiş olan Yargıtay kararları 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu döneminde de geçerliliğini korumaktadır. Söz konusu kararlara göre; iş sözleşmesinin iradi devrinde ihbar⁶⁹ ve kıdem tazminatı ile izin ücreti açısından devreden işveren ve devralan işveren yanında geçen çalışmaların bir bütün olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. İş sözleşmesini devralan işveren, işçinin ileride hak kazanabileceği ve tüm süreye göre hesaplanacak olan ihbar tazminatının da tamamından sorumlu olmaktadır⁷⁰.

Devralan işverenin, devreden işveren tarafından devirden önceki bir tarihte fesih bildiriminde bulunulmuş olduğunu bilmemesi, kanaatimizce işçi açısından sonucu değiştirmeyecektir ve işçi iş sözleşmesinin bildirimli feshine bağlı haklarından yararlanacaktır. Devralan işveren devir konusunda yanıltılmış veya yanıltıldığını düşünüyorsa, genel hükümlere göre zararını devreden işverenden talep edebilecektir. Ancak bu durumda devir sözleşmesinin geçersizliği ve buna bağlı olarak iptal edilmesi de söz konusu olacaktır. Şayet devralan işveren yanıltıldığı iddia ve ispat ediyorsa devir sözleşmesi geçersiz olacak ve işçi devreden işverenin işçisi olarak kalmaya devam edecektir. İşçilik alacaklarından da devreden işveren sorumlu olacaktır. Devralan işveren tarafından bu haklar ödenmiş olsa dahi, kanaatimizce devralan işveren genel hükümlere göre devreden işveren de ödemiş olduğu meblağı isteyebilecektir. Devralan işverenin işçinin iş sözleşmesinin ihbar süresi içerisinde devredildiğini biliyor olması durumunda ise artık hata veya hile hükümlerine başvurulamayacak, dilerse işçiyle anlaşarak sözleşmenin devamını sağlayabilecektir. Tarafların iş sözleşmesinin devri sırasında da anlaşarak ihbar süresini ortadan kaldırmaları mümkün olacaktır⁷¹.

69 Yargıtay 9. HD. Tarih: 24.06.2008, Esas No: 2007/16181, Karar No: 2008/17596; Kararda hizmet akdi devrinde yıllık izin süresinin işçinin ilk işverence işe giriş tarihine göre belirleneceği açıklanmıştır.

70 Yargıtay 9.HD, Tarih: 24.04.2007, Esas No: 2007/3112, Karar No: 2007/12648.

71 Çankaya/Çil, 2011, s.525.

3- Yıllık İzin Ücreti

818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde öğretilen yıllık izin ücreti açısından fikir birliği olmadığı görülmektedir. Eski ve yeni işverenlerin kendi dönemlerindeki kullanılmamış olan yıllık izinlerin ücretlerinden ayrı ayrı sorumlu olmaları gerektiği yönündeki görüşler⁷² uyarınca; 4857 sayılı İş Kanununa göre, işçinin yıllık ücretli izin hakkından vazgeçmesi mümkün değildir ve kesinlikle kullandırılması gerekmektedir. Dolayısıyla, yıllık izini kullandırmayan işveren hangisi ise, sözleşmenin feshi halinde kullanılmayan izinlerin ücretinden de onun sorumlu olması gerekmektedir.

Devralan işverenin devreden işverenin halefi olduğu düşüncesinden yola çıkarak, yıllık ücretli izin alacağından devreden işverenin sorumluluğunun söz konusu olamayacağı yönünde görüşler de bulunmaktadır.

Ancak buna karşılık aksi görüş tarafından yıllık izinlerin kullandırılmasının zorunlu olması karşısında, kanunen kesinlikle yerine getirilmesi gereken bir sorumluluğu yerine getirmeyen eski işverenin bu sorumluluğunun sonuçlarını yeni işverene yüklemesinin hukuken adil bir davranış olmayacağı belirtilmiştir⁷³. Yargıtay bu dönemde vermiş olduğu bir kararında ise, izin süreleri hesabı noktasında iş sözleşmesini devreden işverende geçen sürelerin de dikkate alınacağını kabul etmiştir⁷⁴.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun açık düzenlemesi karşısında ve kanaatimizce Söz konusu tartışmalar sona ermiştir. Buna göre yıllık izin ücretinden iş sözleşmesini devralan işveren tek başına sorumlu olacaktır. İş sözleşmesinin iradi devri ile işçinin önceki işveren nezdindeki hizmet süreleri devralan işverence gözetileceğinden

72 Ekonomi/Eyrenci, 2001, s.1222; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarih:08.06.2004, Esas No:2004/3862, Karar No: 2004/14291.

73 Çankaya/Çil, 2011, s.529-530; Ekonomi/Eyrenci, 2001, s.1223; Yiğit, 2014, s.231vd

74 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarih: 24.06.2008, Esas No: 2007/16181, Karar No: 2008/17506.

ve iş sözleşmesinin iradi devri bir fesih olmadı-
ğundan, yıllık ücretli izin hakkı bakımından iş
sözleşmesini devralan işverene geçecektir⁷⁵.

Yıllık ücretli izin alacağına ancak iş sözleş-
mesinin sona ermesinden sonra doğması ve sözleş-
leşmenin başka bir işverene devri halinde sözleş-
leşmenin sona ermiyor olması nedeniyle, yıllık
ücretli izne ilişkin alacak hakkından sorumluluk,
yalnız devralan işverene ait olacaktır.

Yargıtay da 2012 yılında vermiş olduğu ka-
rarlarında aynı hususu vurgulamış ve “... İş sözleş-
leşmesi devredildiğinden ve devir tarihinde orta-
da fesih bulunmadığından devreden davalı X’in
doğmamış ve muaccel olmayan yıllık ücretli izin-
den sorumluluğu bulunmamaktadır. Davacının
iş sözleşmesi devirden sonra, devralan Y işyerin-
de çalışırken sonlandırılmıştır Kıdem tazminatı
da devralan kurum tarafından ödenmiştir. Yıllık
ücretli izin alacağından da devralan sorumlu-
dur: ...” yönünde hüküm tesis etmiştir⁷⁶. Benzer
bir olayda Yargıtay, “... iş sözleşmesi devredilen
davacı işçi nakil kararı sonrası devredilen ku-
rumda işe başlamamış, emekli olmak sureti ile
iş sözleşmesini sona erdirmiştir. Devir gerçek-
leşmediğinden ve iş sözleşmesi sona erdiğinden,
mahkemece yıllık ücretli izne hak kazandığının
kabulü isabetlidir. ...” şeklinde karar vermiştir⁷⁷.

75 Çankaya/Çil, 2011, s.529-530; Ekonomi/Eyrenci,
2001, s.1223; Yiğit, 2014, s.231vd.

76 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarih: 24.09.2012, Esas No:
2012/25318 - ... - 25331, Karar No: 2012/31397 - ...
- 31410; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarih: 24.09.2012,
Esas No: 2012/25319, Karar No: 2012/31398; Yar-
gıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarih: 19.11.2012, Esas No:
2012/32298 - ... - 32307, Karar No: 2012/38254 - ...
- 38263; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarih: 24.09.2012,
Esas No: 2012/25332 - ... - 25339, Karar No:
2012/31411 - ... - 31418; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi,
Tarih: 24.09.2012, Esas No: 2012/28066 - ... - 28086,
Karar No: 2012/31529 - ... - 31549; Yargıtay 9. Hukuk
Dairesi, Esas No: 2012/18292 - ... - 18303, Karar No:
2012/33419 - ... - 33430.

77 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarih: 24.09.2012, Esas
No: 2012/25332, Karar No: 2012/31411.

B) Devreden ve Devralan İşverenlerin Çalışma Koşulları Bakımından Sorumlulukları

1- Ücret Alacağı

818 sayılı Borçlar Kanunu dönemi açısından,
devreden işveren döneminde doğmuş fakat
ödenmemiş işçilik alacakları bakımından durum
tartışmalıdır. Öğretide bir görüş, açık bir yasal
düzenleme bulunmaması nedeni ile her bir iş-
verenin sadece kendi dönemlerine ilişkin işçilik
haklarından sorumlu olacakları yönündedir. Bu
durumda devreden işveren kendi dönemiyle ilgili
işçilik alacaklarından sorumlu kalmaya devam
ederken, devralan işveren sadece devir tarihinden
itibaren yani kendi döneminde doğan işçilik
alacaklarından sorumlu olacak, geçmişte doğ-
muş bulunan alacakları devralmayacaktır⁷⁸.

Bu dönemde öğretilde savunulan diğer görüş
ise; iş sözleşmesinin iradi devrinde benzer bir
üçlü ilişkiyi düzenleyen İş Kanunu m.6’nın kı-
yasen uygulanması yönündedir. Böylece devir
anında doğmuş bulunan tüm işçilik hakları dev-
ralan işverene geçecek, devralan işveren devre-
den işveren döneminde doğmuş alacaklardan da
sorumlu olacaktır. Devreden işverenin sorumlu-
luğu açısından da birlikte sorumluluk esası uy-
gulanacak, devreden işverenin sorumluluğunun
İş Kanunu m.6’da olduğu gibi devirden itibaren
iki yıllık süre ile sınırlandırılması veya hiçbir
süre sınırlaması getirilmemesi düşünülebile-
cektir⁷⁹.

Söz konusu mesele Yargıtay kararlarına da
konu olmuştur. Yargıtay, 6098 sayılı Türk Borç-
lar Kanununun yürürlüğe girmesinden önce
verdiği bazı kararlarında işverenlerin kendi dö-
nemleriyle sorumlu olmalarına hükmetmiştir.
Bu sorumluluk işçilik alacaklarını da kapsa-
maktadır. Ancak Yargıtay’ın aksi yönde karar-
ları da bulunmaktadır. Yargıtay’ın Yargıtay’ın iş

78 Bu görüşler ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Alp, 2007,
s.192; Ekonomi/Eyrenci, 2001, s.1222; Ayrancı, 2003,
s.544; Larenz, 1987, s.618.

79 Bu görüşler ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Alp, 2007,
s.192; Çankaya/Çil, 2011, s.250-251; Akyiğit, E.
(2008) İş Kanunu Şerhi. Cilt I. 3. Bası. s.340.

sözleşmesinin iradi devrine ilişkin hükümlerin yürürlükte olmadığı bir dönemde, 13.03.2012 tarihinde vermiş olduğu bir kararında, en yakın kurum işyeri devri olmakla İş Kanunu m.6 hükümlerinin iş sözleşmesinin iradi deverine de uygun olan yönüyle kıyas yoluyla uygulanması gerektiği belirtilmiştir. Bu dönemde de Yargıtay içtihatlarıyla, iş sözleşmesinin iradi devrinde de devir anında doğmuş olan borçların devralan işverene geçeceği kabul edilmiştir. Uyuşmazlığa konu olayda Yargıtay, iş sözleşmesinin devredildiği tarihe kadar olan fazla çalışmalar yönünden de hesaplama gidilmesi gerektiği ve iş sözleşmesini devralan işverenin devir öncesindeki fazla çalışmalardan sorumlu olmayacağı yönünde hüküm kurulamayacağı kanaatindedir⁸⁰.

Kanaatimizce 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun kabulüyle birlikte tüm tartışmalar sona ermiştir. Devralan işveren devraldığı işçinin sadece kıdeme bağlı hakları açısından değil tüm hakları açısından devreden işveren yanında geçen hizmet süresinden de sorumlu olacaktır. Yukarıda da belirtildiği üzere, iş sözleşmesinin iradi devrini özel olarak düzenleyen m.429'da devir işlemiyle, devralanın, bütün hak ve borçları ile birlikte, hizmet sözleşmesinin işveren tarafı olacağı şeklinde ifade edilmiş ancak bu durumda, işçinin, hizmet süresine bağlı hakları bakımından, devreden işveren yanında işe başladığı tarihin esas alınacağı özellikle vurgulanmıştır.

O halde iş sözleşmesinin iradi devri söz konusu olduğunda hizmet süresine bağlı olmayan işçilik hakları bakımından da devralan işveren sorumlu olacak ve devir işlemiyle birlikte devreden işverenin sorumluluğu sona erecektir. Devreden işverenin devirden sonraki süre içerisinde sorumluluğunun devam edip etmeyeceği veya ne kadar süre ile devam edeceği konusunda, devralan işverenin sorumluluğunu ortadan kaldırmayan sözleşmelerin yapılması mümkündür. Ancak bu tür bir sözleşme sadece tarafları arasında hüküm ve sonuç doğuracaktır.

80 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarih: 13.03.2012, Esas No: 2009/36413, Karar No: 2012/8303.

2- Diğer Çalışma Koşulları

818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde öğretide iş sözleşmesinin devri ile birlikte önceki çalışma koşullarının da devredildiği ve devralan işveren tarafından söz konusu çalışma koşullarının uygulanmaması halinde işçinin m.24/II,f uyarınca iş sözleşmesini haklı nedenle fesih imkânına sahip olduğu görüşü ileri sürülmüştür⁸¹. Aynı görüş uyarınca devralan işverence çalışma koşullarında değişiklik yapılması ancak aynı yasanın 22. maddesi hükümleri çerçevesinde ele alınmalıdır⁸².

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m.429'da devir işlemiyle, devralanın, bütün hak ve borçları ile birlikte, hizmet sözleşmesinin işveren tarafı olacağı şeklinde ifade edilmiş ancak bu durumda, işçinin, hizmet süresine bağlı hakları bakımından, devreden işveren yanında işe başladığı tarihin esas alınacağı özellikle vurgulanmıştır. Söz konusu düzenleme karşısında işçinin devreden işverenle arasındaki iş sözleşmesinden ya da işyeri uygulamasından doğan hakları ve borçlarının devralan işverene geçip geçmeyeceği meselesinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Kanaatimizce m.429'un düzenlenmesi karşısında, iş sözleşmesini devralan işveren açısından devreden işverenle olan iş ilişkisinde ortaya çıkan çalışma koşullarının, uygulanmaya devam olunması yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu durumda devreden işverence işçinin süregelen çalışmalarıyla ortaya çıkan çalışma koşullarının uygulanmaması kanaatimizce 4857 sayılı İş Kanununun m.24/II,f uyarınca işçiye haklı nedenle iş sözleşmesinin feshi imkânını verecektir.

Geçici iş ilişkisinde öngörülen yasal koşullardan biri olan işçinin benzer işlerde çalışması koşulu iş sözleşmesinin iradi devri yönünden aranmadığı için, iş sözleşmesi devredilen işçinin devreden işverene ait işyerinde çalıştığı işlerden çok farklı bir alanda çalışması mümkündür⁸³.

81 Çankaya/Çil, 2011, s.648vd.

82 Çankaya/Çil, 2011, s.648vd.

83 Çankaya/Çil, 2011, s.648vd.

Devreden işverene ait işyerinde geçerli olan ve ancak süresi sona ermiş bulunan toplu iş sözleşmesinin normatif hükümleri de iş sözleşmesi hükmü olarak varlığını sürdüreceğinden devralan işverene geçecektir. Ancak, devreden işverene ait işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinin devralan işveren ait işyerinde toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmesi hükmü olarak uygulanması mümkün olmayacaktır⁸⁴. Halen çalıştığı işyerinde toplu iş sözleşmesinden yararlanan işçinin, devredildiği işyerinde toplu iş sözleşmesi bulunmaması ya da toplu iş sözleşmesinden yararlanamaması durumunda ve özellikle devir gerçekleştikten çok kısa bir süre sonra iş sözleşmesinin devralan işveren tarafından haklı veya geçerli bir neden olmaksızın feshedilmesi durumunda muvazaa iddiası akla gelebilir. Ancak işçinin devredildiği işyerinde uzun bir süre çalıştıktan sonra iş sözleşmesi işveren tarafından sona erdirilmişse durumun titizlikle incelenmesi gerekecektir. Ayrıca devredilen işçinin emeklilik tarihinin yakın olması ve devredildiği işyerinde toplu iş sözleşmesi bulunmaması durumunda muvazaa ihtimali güçlenmektedir.

İş sözleşmesinin devrinden sonra, çalışma koşullarının işçinin rızası olmaksızın esaslı surette ağırlaştırılması durumunda, iş sözleşmesinin işçi tarafından haklı nedenle feshi söz konusu olabilecektir. Bu hususta Yargıtay da aynı görüşte olup⁸⁵, bir işçinin iş sözleşmesini devralan ve çalışma koşullarına esaslı değişiklik yapmayı düşünen işverenin, İş Kanunu m.22 hükmünde öngörülen prosedürü izlemesi gerekecektir⁸⁶. Belirtelim ki, 4857 sayılı İş Kanunu hazırlamakla görevli Bilim Kurulu Tasla-

ğında yer verilmesine rağmen yasalaşmayan ve iş sözleşmelerinin devrini düzenleyen hükmün (m.7) gerekçesinde de, “ ... iş sözleşmesinin kesin devrinde, devralan işverenin üstlendiği hak ve borçlara, bu sözleşmeden doğan tüm hak ve borçlar, söz gelimi iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklardan veya işyeri uygulamasından doğan hak ve borçlar dahildir. Yeni işverenin bu şartları esaslı surette değiştirebilmesi, işçinin rızasına bağlıdır. Ancak işveren 23 üncü maddede hükümleri uygulayabilir.” biçiminde bir düzenlemeye yer verilerek bu husus vurgulanmıştır⁸⁷.

Bu açıdan da işyeri devri ile iş sözleşmesinin devri kurumları benzer özellik taşımakta olup, sadece işyeri devrini gerekçe göstererek iş sözleşmesini feshedemeyen işçinin, devirden sonra çalışma koşullarının esaslı surette değiştirilmesi durumunda, iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmesi mümkündür⁸⁸. Y6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun kabulünden önceki dönemde vermiş olduğu bir kararında da Yargıtay, aynı hususu vurgulamıştır. Yargıtay’ın adı geçen kararına göre; “ ... iş sözleşmesinin devredildiği anlaşılmaktadır. Davalı işyerinde çalışma devam ederken altı aylık süre sonunda davacı ve arkadaşlarının satış temsilciliğinden depoda görevlendirilecekleri, ücretlerinin asgari ücrete indirileceği şeklindeki işveren önerisinin kabul edilmemesi sonucu dilekçe verenlerin tazminatlarının ödeneceği yolundaki öneri üzerine, tazminatları ödenmek suretiyle iş sözleşmesinin feshine yönelik dilekçe alındığı görülmektedir. Bu dilekçenin şartlı olması karşısında geçerli bir istifadan söz etmek mümkün değildir. O halde davacının kıdem tazminatı talebinin kabulü gerekir. ... ”⁸⁹.

84 Bu konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Özkaraca, Ö. (2014) Toplu İş Sözleşmesinin Geriye Etkisi. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş.; Ekonomi/Eyrenci, 2001, s.1223; Çankaya/Çil, 2011, s.648.

85 Özkaraca, 2008, s.130; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarih: 21.11.2007, Esas No: 2007/17534, Karar No: 2007/34760.

86 Arslanoğlu, M. A. (2006) “İş Sözleşmesinin İradi Devri ile İşverenin Değişmesi”. Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2006/10. s.544.

87 MESS, (2002) Bilim Komisyonu Tarafından Hazırlanan İş Kanunu Tasarısı ve Gerekçesi. 2. Basım. İstanbul. s.73.

88 Özkaraca, 2008, s.131.

89 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarih:21.11.2007, Esas No:2007/17534, Karar No:2007/34760.

C- Devreden ve Devralan İşverenlerin İş Güvencesi Hukuku Bakımından Sorumlulukları

İş güvencesi hükümleri tüm işyerlerinde uygulanmamaktadır. Bir işçinin iş güvencesi hükümlerinde yararlanası için, öncelikle çalıştığı işyerinin iş güvencesi kapsamında olması gerekmektedir. İş K.m.18/1'e göre, otuz veya daha fazla işçinin çalıştığı işyerleri iş güvencesi kapsamında sayılmaktadır.⁹⁰

İş K.m.18/1'e göre, iş güvencesinin kapsamına giren işyerlerinde çalışan işçilerden en az altı aylık kıdemi olanlar, iş güvencesine ilişkin hükümlerden yararlanabilirler. En az altı aylık kıdemin başlangıcı, kural olarak işçinin işe başlama tarihidir. Yani işçinin işyerinde fiilen işe başladığı tarihten itibaren en az altı aylık bir takvim süresinin geçmesi gerekmektedir⁹¹. Zira İş Kanununda, kıdemin esas alındığı haklarda işçinin iş sözleşmesinin yapıldığı tarih değil, işçinin işe başladığı tarih esas alınmıştır⁹². İş Kanunu-

90 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 2014, s.956vd.; Manav, A. E. (2009) İş Hukukunda Geçersiz Fesih Ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları. Ankara: Turhan Kitabevi. s.31 vd.; Çil, Ş. (2007) İş Kanunu Şerhi. C.1, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı. Ankara. s.103-104; Aktay, N. (2008) İş Güvencesinde Otuz (30) Sayısının Tespiti ve Şirketler Grubu Kavramı "Bordro İşvereni" Tabiri Asıl İşveren Alt İşveren İlişkinde Muvazaa Tabiri. MESS Sicil İş Hukuku Dergisi. 11, s.59vd.; İşçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için otuz veya daha fazla işçinin çalıştırıldığı bir işyerinde çalışıyor olması koşulu açısından bu sayının hangi zamana göre belirleneceği sorusunun cevabı için bkz. Sarıbay, G. (2007) Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları. İstanbul: Legal Yayıncılık. s.58; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 2014, s.283vd.

91 Ekonomi, M. (2003) Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi. Çimento İşveren Dergisi Özel Eki. 17, 2, s.5; Ekonomi, M. (2005) Yeni İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi. İş Kanunu Toplantı Dizisi I. s.42-43; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 2014, s.974vd.; Soyer, M. P. İşçiyi Bireysel Fesihlere Karşı Koruyan Yasal Düzenlemelerin Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları. Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Toplantısı-İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları. s.34; Göktaş, S. (2008) İş Sözleşmesinin İşverence Feshi ve İş Güvencesi. Ankara Barosu Dergisi. 1, s.26.

92 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarih:10.11.2008, Esas No:

nun 18. maddesinin dördüncü fıkrasına göre, işçinin altı aylık kıdemi, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen süreler birleştirilerek hesaplanacaktır.⁹³ Aynı holding veya şirketler topluluğu içerisinde yapılan çalışmalar açısından, hizmetlerin bütün olarak kabul edilmesi konusunda zaten bir problem bulunmamaktadır. İş sözleşmesinin iradi devrinin bir halefiyet işlemi olmasının sonucu olarak sözleşmenin devri halinde, iş sözleşmesi bütün unsurlarıyla birlikte devam etmektedir. Gerçekten, devir halinde sadece işveren tarafında bir değişiklik söz konusu olmakta, bunun dışında sözleşmenin içerik ve kapsamında herhangi bir değişiklik olmamaktadır. Bununla birlikte, iş sözleşmesinin iradi devri, işçinin iş güvencesinin kapsamına girmesi açısından, sözleşmenin devrinden önceki durumdan farklı sonuçlara yol açabilecektir. Başka bir deyişle, iş sözleşmesinin devrinden önce iş güvencesinin kapsamında olan bir işçi, devir sonrasında güvence kapsamı dışında kalabileceği gibi, bu durumun aksi de gerçekleşebilecektir. Böyle bir farklılık, iş sözleşmesini devreden ve devralan işverenlerin, işyerlerinin girdiği işkolunda farklı sayıda işçi çalıştırmalarından kaynaklanabilir.

Bilindiği gibi, işçinin iş güvencesinden faydalanabilmesi için, diğer koşulların yanında, iş sözleşmesi ile bağlı olduğu işverenin, işçinin çalıştığı işyerinin girdiği işkolunda en az otuz işçi çalıştırması gerekir (m.18/1, IV). Bu durumda, devirden önce iş güvencesinin kapsamında olan bir işçi, iş sözleşmesini devralan işverenin otuzdan az işçi çalıştırması nedeniyle kapsam dışı kalabilecektir. Bunun gibi, iş sözleşmesini devreden işverenin 30'dan az işçi çalıştırması nedeniyle iş güvencesinden yararlanmayan bir işçi, iş sözleşmesini devralan işverenin -söz konusu işçi de dâhil- otuz işçi çalıştırması durumunda artık iş güvencesinden yararlanabilecektir. Aynı durum işyerinin devrinde de söz konusu olabilmektedir.⁹⁴

2008/3706, Karar No: 2008/30561.

93 Ekonomi, 2005, s.43; Soyer, s.34.

94 Özkaraca, 2008, s.128, 272-275; İşyeri devrinin iş güvencesinin kapsamına girme açısından etkisi ile ilgili

Burada karşılaşılabileceğimiz önemli bir sorun, devre ilişkin rızanın, iş sözleşmesi yapılırken veya yapıldıktan sonra, ancak devir işleminden önceki bir tarihe alınması durumunda, işçilerin sırf iş güvencesinin kapsamı dışında bırakılmaları için, iş güvencesi kapsamı dışındaki işyerlerine devredildikleri durumlara rastlanabilecek olmasıdır. Rızanın devirden önceki bir tarihte alınması durumunda hâlihazırda iş güvencesinden yararlanan ve iş sözleşmesi devredilmek istenen işçilerin, bu hususta karar vermeden önce, özellikle devralacak işverene ait işyerinde (aynı işkolundaki işyerlerinde) çalışan işçi sayısı konusunda bilgi sahibi olmaları imkânı ortadan kaldırılmış olmaktadır.⁹⁵

olarak ayrıca bkz. Özkaraca, 2008, s.272-275; Danar, 2007, s.72.

95 Özkaraca, 2008, s.128-129; ayrıntılı bilgi için bkz. Cengiz, 2014, s.63vd.; “İş sözleşmesinin iradi devri Söz konusu olduğunda, işçinin devir sözleşmesine ilişkin rızasının önceden alınmasının mümkün olup olmadığı hususu, öğretide tartışmalıdır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun kabulünden önceki dönem itibarıyla ifade edilen bir görüşe göre; sözleşmenin iradi devrinde esaslı unsur olarak gözüken işçinin iradesinin ola bildiğince açık, anlaşılır ve devir sözleşmesine yakın tarihli olması önemlidir. Çünkü işçi tarafından verilecek olan rızanın sıhhatli olabilmesi, ancak devir sözleşmesinin yapılmasından sonra, devralan işverene ilişkin şartların öğrenilmesi ile mümkün olacaktır (Kübra Doğan Yenisey, “Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2006 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin 2006 Yılı Kararlarının Değerlendirmesi seminerine sunulan yayınlanmamış tebliğ, s.40; Çankaya/Çil, 2011, s.642-643; Arslanoğlu, 2006, s.541; Uçum, s.41; ayrıca bkz. Özkaraca, 2008, s.123-124.). Aynı sonuca varan bir başka görüş, bu konuda İş Kanunu m.7 hükmünde yer alan geçici iş ilişkisine ilişkin düzenlemeden hareket etmektedir. Bu görüşe göre, iş sözleşmesinin devri kurumuna en yakın kurum, İş Kanunu m.7 hükmünde düzenlenen geçici iş ilişkisidir. Geçici iş ilişkisinde ise, işçinin devir sırasında yazılı rızası aranmaktadır. Geçici iş ilişkisinin kurulması bu denli sınırlandırılmışken, ilişkinin geçici olmadığı iş sözleşmesinin devri durumunda da, en az 7. maddedeki ölçütlerin uygulanması gerekmektedir (Özkaraca, 2008, s.123-124; Doğan Yenisey, 2006, s.23) 4857 sayılı İş Kanununun yürürlüğe girmesinden önce öğretide savunulan aksi görüşe göre ise; işçinin iş sözleşmesinin devrine ilişkin rızası, iş sözleşmesi yapılırken sözleşmede yer alan bir hükümlerle veya daha

İşçi sayısı dışında, 6 aylık kıdem süresi ve iş sözleşmesinin belirsiz süreli olması koşulları açısından ise, iş sözleşmesinin devri, işçinin iş güvencesinin kapsamına girme durumu noktasında bir etki doğurmayacaktır. Zira yukarıda belirtildiği gibi, işçinin hizmet süresinin hesabında, devreden işveren yanında geçen süreler de göz önünde tutulacaktır. Bunun gibi, iş sözleşmesinin devri iş sözleşmesinin belirli ya da belirsiz süreli olma niteliğini de değiştirmeyecektir.⁹⁶

Özellikle belirtmek gerekir ki, iş sözleşmesi tamamen farklı bir işverene devredilen işçi açısından, devreden işveren yanında geçen hizmetlerin, iş güvencesinden yararlanmanın ön koşulu olan altı aylık kıdem hesabında dikkate alınması gerekmektedir.⁹⁷ Zira 6098 sayılı Türk Borçlar

sonra, ancak devir sözleşmesinden önce alınabilir (Özkaraca, 2008, s.123-124; Ekonomi/Eyrenci, 2001, s.1219-1220); Öğretide, 4857 sayılı İş Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra da, feshin son çare olması (ultima ratio) ilkesine dayanarak, işçinin iş sözleşmesinin devrine ilişkin rızasının iş sözleşmesi yapılırken sözleşmede yer verilen bir hükümlerle alınabileceği savunulmaktadır (bu konu ile ilgili olarak bkz. Danar, 2007, s.71). Bu görüşün temel dayanakları, 818 sayılı Borçlar Kanunu m.320’de yer alan ve iş sözleşmesine işçinin rızasına ilişkin hüküm konabileceğini öngören düzenleme ile o dönemde yürürlükte bulunan 1475 sayılı İş Kanunu m.16/II, e’de yer alan ve işverenin işçinin işyerini ve/veya işini değiştirme yetkisinin saklı tutulmasına olanak tanıyan düzenlemedir. Buna göre, iş ve işyeri değişikliği bakımından işçinin rızasının önceden alınabileceği kabul edilen bir hukuk sisteminde, işçinin sözleşmenin devrine ilişkin rızasını da önceden beyan etmesi mümkündür (Özkaraca, 2008, s.124; Ekonomi/Eyrenci, 2001, s.1219-1220.) Kanaatimizce Türk Hukukunda da iş sözleşmesinin iradi devrini saklı tutan kayıtların geçerliliğine ilişkin tartışmalar; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun kabulü ile son bulmuştur. Zira m.205’in açık düzenlemesi ve m.429’un rızanın açıklanacağı zaman ile ilgili olarak bir hüküm içermemesi karşısında, devir işleminden önceki bir tarihte de işçinin rızasının alınması mümkündür ve hukuka uygundur (Sadece aynı holding bağlı şirketler arasında devre ilişkin rızanın önceden açıklanabileceği yönündeki görüş için bkz. Alp, 2007, s.201; değişiklik kayıtlarının geçerlilik koşulları için bkz. Alp, 2007, s.330 vd. ; Heiz,2004, s.145) (Cengiz, 2014, s.63vd.)

96 Özkaraca, 2008, s.129.

97 İş güvencesinden yararlanmanın koşulları hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Manav, A. E. (2009) İş

Kanunu, hizmet süresine bağlı haklar bakımından, devredilen işçinin kıdeminin, devreden işveren yanında işe başladığı tarih göz önünde bulundurularak hesaplanması gerektiğini hükme bağlamaktadır. Bu nedenle, devreden işveren yanında geçirdiğı hizmet süresi de, devralan işveren bünyesinde iş güvencesinden yararlanmanın bir koşulu olarak göz önünde bulundurulacaktır.

Öğretide, iş sözleşmesinin iradi devri söz konusu olduğunda, devredilen işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalıştığı ve hâlihazırda işyerindeki işçi sayısının iş güvencesi açısından yeterli olduğu durumlarda, altı ayın dolmasına kısa bir süre kala işgüvencesi kapsamı dışında olan bir işyerine iş sözleşmesi devredilmiş ise, TMK m.2 uyarınca dürüstlük kurallarına aykırılık nedeniyle devir işleminin geçersiz olduğunun ileri sürülebileceğı belirtilmektedir.⁹⁸ İşçinin iş sözleşmesinin, altı aylık kıdemi dolmadan işveren tarafından, iş güvencesi kapsamı dışında bırakılmak amacıyla feshedilmesi durumunun, TMK m.2 uyarınca dürüstlük kuralına aykırılık oluşturabileceğı ve feshin geçersiz sayılabileceğı, öğretide de belirtilmektedir.⁹⁹

Kanaatimizce, işverenin altı aylık kıdem koşulunun gerçekleşmesine çok kısa bir süre kala yaptığı devir işlemi, sırf bu sebeple kötüniyetli

Hukukunda Geçersiz Fesih Ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları. Ankara: Turhan Kitabevi.

98 İşçinin iş sözleşmesinin altı aylık kıdemi dolmadan işveren tarafından, iş güvencesi kapsamı dışında bırakılmak amacıyla feshedilmesi durumunun TMK m.2 uyarınca dürüstlük kuralına aykırılık oluşturabileceğı ve feshin geçersiz sayılabileceğı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Güzel, A. (2004) İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi. İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri Toplantısı, İş Güvencesi Sendikalar Yasası Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası. s.34; Çelik, N. (2003) İş Güvencesi. İstanbul: İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları. s.22; Başterzi, S. (2005) 4857 Sayılı İş Kanununa Göre İş Güvencesi Kurallarının Uygulama Alanı ve İstihdama Etkisi. A. Can Tuncay'a Armağan. İstanbul. s.639; Akyiğit, E. (2007) Türk İş Hukukunda İş Güvencesi (İşe İade) Ankara: Seçkin Yayınları. s.235; Çelik, 2003, s.22.

99 Güzel, 2004, s.34; Çelik, 2003, s.22; Başterzi, 2005, s.639.

olduğı anlamına gelmeyecektir. Zira devir işlemi üçlü bir hukuki ilişkidir ve irade beyanları olmaksızın gerçekleşmesi mümkün değildir. İşçinin devir işleminden önceki bir tarihte rızasını açıklaması durumunda, işçi belirsiz bir duruma rıza göstermiş olduğu için, bunun sonuçlarına katlanması gerekecektir. İşçinin devir sırasında ya da sonradan rızasını açıklaması durumunda ise zaten devredilmek istediğı işveren hakkında bilgi edinme imkânına sahiptir. Ancak somut olayda, işverenin kötü niyetli hareket ettiğini gösteren somut birtakım olgular varsa, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu uyarınca altı aylık kıdem koşulunun gerçekleştiğı ve işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabileceğinin kabul edilmesi mümkündür.

SONUÇ

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun kabulüne kadar iş sözleşmesinin iradi devrinin şartlarının ve sonuçlarının tüm yönleriyle düzenlenmemiş olması bir noksanlık olarak karşımıza çıkmaktaydı. Bu dönemde İş Kanunlarında da düzenlenmemiş olması konunun çözümünü öğretiyeye ve Yargıtay kararlarına bırakmaktaydı. Ancak mevzuatta açıkça düzenlenmemiş olmasına rağmen uygulamada işverenler arasında işçi devirleri yapılmakta ve bu uygulama sonunda işçilik hakları bakımından uyuşmazlıklar ortaya çıkmaktaydı.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, işyeri devri ve iş sözleşmesinin devri konusunda özel düzenlemeler öngörmüştür. İşyeri devrine ilişkin 428. madde ile İş Kanunu m.6/III'e paralel bir düzenleme getirilmiş ve devreden işverenin kendi döneminde muaccel olan alacaklar nedeniyle devirden itibaren iki yıl süre ile devralan işverenle birlikte sorumlu olacağı kabul edilmiştir. Buna karşılık iş sözleşmesinin iradi devrine ilişkin 429. maddesinde birlikte sorumluluğa ilişkin bir düzenleme getirilmemiştir. Bu bağlamda kanun koyucunun iş sözleşmesinin iradi devri Söz konusu olduğunda devreden işverenin birlikte

sorumluluğunu istemediği sonucu çıkarılabilecektir.

İş sözleşmesinin devrinde kanaatimizce halefiyete dayanan esasların uygulanması gerekir. Sözleşme devri sadece taraf değişikliği sonucunu doğuran bir işlemdir ve bu işlemle borç ilişkisinin içeriğinde, kapsamında ve hukuki ayniyetinde bir değişiklik ortaya çıkmaz. İş sözleşmesini devralan işveren sözleşme ilişkisi hangi durumda ise o hali ile sözleşmeyi devralır ve bu nedenle kıdeme bağlı haklarda işçinin devreden işveren yanında geçen hizmet süresi de dikkate alınarak işlem yapılır.

İş sözleşmesini devralan işveren, sözleşmeyi tüm hak ve borçları ile devraldığına göre, sadece devirden sonra doğacak borçların değil, aynı zamanda daha önce var olan hakların sahibi ve borçların sorumlusu olur. Kanaatimizce madde hükmünde bir boşluk söz konusu değildir ve kanun koyucu burada müteselsil sorumluluk da öngörmemiştir. İşçinin önceki işverene bağlı olarak geçen kıdemine bağlı haklar yönünden bir kaybı söz konusu olmayacak ve yeni işveren işçinin tüm kıdemi ve kıdemine bağlı haklarından sorumlu olacaktır.

Sonuç olarak iş sözleşmesinin iradi devri ile sözleşmenin işçi tarafı aynı kalmakta, sadece işveren tarafı değişmekte ve dolayısıyla işçinin iş görme borcu devralan işverene karşı devam ederken, devralan işveren de iş sözleşmesinin tarafı haline gelmekte ve buna bağlı hüküm ve sonuçlara tabi olmaktadır.

KAYNAKÇA

Aktay, N. (2008) “İş Güvencesinde Otuz (30) Sayısının Tespiti ve Şirketler Grubu Kavramı “Bordro İşvereni” Tabiri Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinde Muvazaa Tabiri”, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, S.11, Eylül, s.59-64.

Aktay, A. N./Aricı K./Kaplan-Senyen, E.T. (2011) İş Hukuku, Yenilenmiş 4. baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, Eylül 2011.

Akyiğit, E. (2007) Türk İş Hukukunda İş Güvencesi

(İşe İade), Seçkin Yayınları, Ankara 2007.

Akyiğit, E. (2008) 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi, Cilt I-II, 3. Baskı, Ankara 2008.

Akyiğit, E. (2001) “İş İlişkisinin (Bireysel) Devri, Karar İncelemesi”, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Türk Ağır Sanayii ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası, Kasım 2001, Cilt 17, Sayı 2.

Alp, M. (2007) “İş Sözleşmesinin Devrinde Bazı Sorunlar”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Özel Sayı, 2007, s.189-209.

Alpagut, G. (2003) “Ferdî İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 2001 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2001, Ankara 2003.

Alpagut, G. (2011) “Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasası, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri”, Legal İSGHD, 2011/31.

Antalya, O. G. (2013) 6098 Sayılı Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler. Cilt: I. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2. Baskı.

Arslanoğlu, M. A. (2006) “İş Sözleşmesinin İradi Devri ile İşverenin Değişmesi”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2006/10.

Ataay, A. (1981) Borçlar Hukukunun Genel Teorisi I. 3. Bası, İstanbul.

Ayrancı, H. (2003) Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri), Yetkin Yayınları, Ankara 2003.

Başterzi, S. (2005) “4857 Sayılı İş Kanununa Göre İş Güvencesi Kurallarının Uygulama Alanı ve İstihdam Etkisi”, A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005, s.623-651.

Cengiz, İ. (2014) İş Sözleşmesinin İradi Devri, Ankara: Turhan Kitabevi.

Cuhruk, M. (1978) Kıdem Tazminatı ve Uygulaması, Ankara 1978.

Çankaya, O. G./Çil, Ş. (2011) İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Genişletilmiş 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2011.

Çelik, N./Caniklioğlu, N./Canbolat, T. (2014) İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 27. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., Ekim 2014 İstanbul.

- Çelik, N. (2003) İş Güvencesi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2003. (İş Güvencesi)
- Çenberci, M. (1984) İş Kanunu Şerhi, 5. Bası, Ankara 1984.
- Çil, Ş. (2007) İş Kanunu Şerhi, C.1, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. baskı, Ankara 2007.
- Danar, C. (2007) “Yargıtay Kararlarıyla Hukuki Kimlik Kazanan Bir Uygulama: İş Sözleşmesinin Devri”, SİCİL İş Hukuku Dergisi, Haziran 2007, Sayı 6.
- Demir, F. (2003) Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, 4857 Sayılı İş Kanunu ile Yeniden Düzenlenmiş 3. Baskı, İzmir.
- Ekonomi, M./Eyrenci, Ö. (2001) “Hizmet Akdinin Devri ile İşverenin Değişmesi”, Prof.Dr.Nuri Çelik’e Armağan, C.II, İstanbul 2001, s.1199-1220.
- Ekonomi, M. (2005) “Yeni İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi”, İş Kanunu Toplantı Dizisi I, İstanbul 2005, s.16-60.
- Ekonomi, M. (2003) “Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi, Çimento İşveren Dergisi Özel Eki, C. 17, S. 2, Mart 2003, s.1-40.
- Ekonomi, M. (1991) “Asıl İşveren- Alt İşveren İlişkileri ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar”, Tekstil İşveren Dergisi, Eylül 1991.
- Engin, M. (1996) Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşveren, Ankara 1996.
- Eren, F. (2014) 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler. 16. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Göktaş, S. (2008) “İş Sözleşmesinin İşverence Feshi ve İş Güvencesi”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 66, Sayı 1, Kış 2008, s.16-43.
- Günay, C. İ. (2010) İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, İstanbul 2010.
- Günay, C. İ. (2007) “Yargı Kararlarında Yeni İstihdam Biçimleri ve Üçlü İş İlişkileri”, İstanbul Barosu Dergisi, İş Hukuku Özel Sayısı, Eylül 2007. (Üçlü İş İlişkileri)
- Günay, C. İ. (2006) İş Kanunu Şerhi, C.I, 2. Baskı, Ankara 2006. (Şerh)
- Güzel, A. (2004) “İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri Toplantısı, İş Güvencesi Sendikalar Yasası Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası, Eylül 2004, s.15-145.
- Güzel, A. (1987) İşverenin Değişmesi-İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi, İstanbul 1987.
- Heiz, R. (2004) Das Arbeitsverhaeltnis im Konzern, Wallisellen, 2004.
- İnan, A. N. (1984) Borçlar Hukuku Genel Hükümler. 3. Bası. Ankara.
- Larenz, K. (1987) Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 14. Auflage, München, 1987.
- Manav, A. E. (2009) İş Hukukunda Geçersiz Fesih Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, Turhan Kitabevi, Ankara 2009.
- MESS, (2002) Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası, “Bilim Komisyonu tarafından hazırlanan İş Kanunu Tasarısı ve Gereçesi”, 2. Baskı, İstanbul 2002.
- Mollamahmutoğlu, H./Astarlı, M. /Baysal, U. (2014) İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu İşlenmiş 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2014.
- Narmanlıoğlu, Ü. (1998) İş Hukuku-Ferdi İş İlişkileri. Cilt I. 3. Bası, İzmir. (2012)
- Narmanlıoğlu, Ü. (2012) İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri, Cilt I, Yeni Mevzuata Göre Gözden Geçirilmiş 4. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş. İzmir.
- Nomer, H. N. (2002) Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukuki Sonuçları, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul Nisan 2002.
- Özkaraca, Ö. (2014) Toplu İş Sözleşmesinin Geriye Etkisi. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş.
- Özkaraca, E. (2008) İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., Aralık 2008, İstanbul.
- Özkaraca, E. (2014) İş Sözleşmesinin Devri, İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar. Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukukta Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No.5 İş Hukuku. Yayın No:457. İstanbul.
- Reisoğlu, S. (1976) 1927 Sayılı Yasa Açısından Kıdem Tazminatı, Ankara 1976. (Kıdem Tazminatı)
- Reisoğlu, S. (1968) Hizmet Akdi, Ankara 1968.
- Sarıbay, G. (2007) Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları, Legal Yayıncılık, İstanbul 2007.
- Senyen-Kaplan, E. T. (2015) Bireysel İş Hukuku, Ye-

nilenmiş 7. Baskı, Gazi Kitabevi, Eylül 2015, Ankara.

Soyer, M. P. “İşçiyi Bireysel Fesihlere Karşı Koruyan Yasal Düzenlemelerin Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları”, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Toplantısı İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, s.27-69.

Süzek, S. (2015) İş Hukuku, Yenilenmiş 11. Baskı, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., İstanbul 2015.

Süzek, S. (2001) “Bireysel İş İlişkisinin Kurulması Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2001 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2001, Ankara 2003.

Şahlanan, F. (2007) “İşyeri Devri ile İş Sözleşmesinin Devrinin Farkı ve Sonuçları”, Karar İncelemesi, Tekstil İşveren Dergisi, Sayı 324, Ocak 2007.

Tunçomağ, K. (1976) Türk Borçlar Hukuku I, Genel Hükümler. 6. Bası, İstanbul.

Yiğit, Y. (2014) İş Sözleşmesinin Devri. Ekin Basım Yayın Dağıtım.

Doç. Dr. Hediye ERGİN*

Makale Gönderim Tarihi : 8 Şubat 2016

Makale Kabul Tarihi : 11 Şubat 2016

İŞÇİNİN İŞYERİNDE ÇALIŞAN DİĞER BİR İŞÇİYE SATAŞMASI NEDENİYLE İŞ SÖZLEŞMESİNİN İŞVEREN TARAFINDAN FESHİ

ÖZ

Sataşma, sadakat borcuna aykırılığın özel bir hali olarak kabul edilmekte ve genel olarak işçinin sadakat borcuna aykırılık oluşturan söz ve davranışları işverene haklı ya da geçerli nedenle fesih imkanı tanımaktadır. Sataşma niteliğinde olmadığı sürece, diğer işçilerle devamlı ve gereksiz tartışmaya girişmek, iş arkadaşları ile ciddi geçimsizlik göstermek geçerli fesih nedenidir.

İşçinin işyerinde çalışan işverenin başka bir işçisine küfretmesi, hakaretamiz sözler söylemesi, fiziksel olarak yaralaması, kavgaya karışması tartışmasız olarak İş Kanunu'nun 25/II-d bendi kapsamında haklı fesih nedenidir.

Haklı ya da geçerli fesih nedenini ispat yükü işverenin üzerinde olup, sataşma eyleminin gerçekleştiği yazılı ya da sözlü her türlü delille ispat edilebilir. Bu konudaki kamera kayıtları, tanık beyanları ve iş göremezlik raporu yanında sataşma eyleminde bulunan işçinin Karakolda ya da Savcılıkta verdiği ifade en önemli ispat araçları arasında yer almaktadır.

ANAHTAR SÖZCÜKLER: Sataşma, haklı fesih, geçerli nedenle fesih, işyerinde kavga, fiziksel saldırı, hakaret

THE TERMINATION OF THE WORKER'S EMPLOYMENT CONTRACT BY THE EMPLOYER ON THE GROUNDS OF ASSAULT OF A FELLOW WORKER

ABSTRACT

Assault/teasing is considered as a special violation of duty of loyalty and in generally any speech or action of the employee that constitutes violation of duty of loyalty gives the employer right to terminate the contract with justified or valid reason. As long as it is not assault/teasing, continuous and unnecessary argument or serious incompatibility with other employees is a valid reason to terminate the employment contract.

It gives the right to the employer without question to terminate the contract for just cause according to Labour Act article 25/II-d when the employee swears, says defamatory words to other employee, injures other employees or gets involved in a fight.

* Marmara Üniversitesi İktisat Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı - hediyeergin@gmail.com

The burden of proving that the termination was based on a valid or justified reason shall rest on the employer and that can be proved by any written or oral evidence. Camera records, witness declarations, disability report or testimony that is given at police station or prosecution office are the main means of proof.

KEYWORDS: Assaulting, termination based on justified reason, termination based on valid reason, fight at workplace, physical attacks, insult.

I. GENEL OLARAK

İş Kanunu'nun 25. maddesinin II-(d) bendinde, *işçinin işverenin başka işçisine sataşması* işveren tarafından haklı fesih nedeni olarak düzenlenmiştir.⁴⁸⁵⁷ sayılı İş Kanunu'nun 25. maddesinde işçinin işverenin başka bir işçisine sataşması durumunda işverene haklı nedenle iş sözleşmesini feshetme imkânı veren nedenler hiçbir değişiklik yapılmadan 1475 sayılı mülga İş Kanunu'nun 17/II-(ç) bendi paralelinde düzenlenmiştir. Ancak 1475 sayılı İş Kanunu'nun uygulandığı dönemden bazı farklılıklar da getirilmiş, ülkemizde 4773 sayılı Kanun¹ ile iş güvencesi uygulanmaya başladıktan sonra "başka işçiye sataşma" davranışlardan kaynaklanan geçerli fesih nedeni olarak da kabul edilmiştir.

İş Kanunu'nun 25/II-d bendine göre, "*İşçinin işverene yahut onun ailesi üyelerinden birine yahut işverenin başka işçisine sataşması*" halinde işveren haklı nedenle fesih hakkını kullanabilir. Haklı nedenle feshine yol açan sataşma *işverene, aile üyelerinden birine veya işverenin başka bir işçisine* karşı ortaya çıkabilir. Bu makale kapsamında sataşmanın sadece "işverenin başka bir işçisine" karşı yapılması halinde fesih nedeni olması incelenmektedir.

Kendisine fiziksel ya da sözlü sataşmada bulunulan işçinin iş sözleşmesini İş Kanunu'nun

1 2002 yılında Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde kabul edilen 4773 sayılı "İş Kanunu, Sendikalar Kanunu İle Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun" ile iş güvencesi hükümleri Türk hukukunda ilk defa uygulanmaya başlanmıştır (4773 sayılı Kanun, RG. 15.8.2002, 24847).

24.maddesi kapsamında haklı nedenle sona erdirmeye imkanı bulunmaktadır. Zira, işverenin çalışanlarını işveren vekillerinden, diğer çalışanlardan ve müşterilerden kaynaklanan sataşma niteliğindeki eylemlere, psikolojik tacize karşı koruma borcu bulunmaktadır. İşverenin söz konusu yükümlülüğünü ihlal etmesi sataşmaya maruz kalan, psikolojik taciz mağduru olan işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilmesine olanak sağlamakta, böylece işverenin kıdem tazminatı ödeme yükümlülüğü yanında maddi ve manevi tazminat ödeme borcu da doğabilmektedir. Zira Borçlar Kanunu'nun 417. maddesine göre; "*İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanlara daha fazla zarar görememeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.*" Bu bağlamda, işçinin işyerinde çalışan diğer bir işçinin sözlü ya da fiziksel sataşma şeklindeki davranışına maruz kaldığında bu durumdan derhal üstlerini haberdar etmesi gerektiğini belirtmek gerekir. İşverenin de gözetme borcu kapsamında işçisine yardım etmesi, sataşma eylemlerine son verecek gerekli tüm önlemleri alması gerekmektedir. Ancak haberdar edilmesine rağmen işveren psikolojik taciz ya da sataşma eylemlerinin ortadan kalkması için gerekli önlemleri almıyorsa işçinin iş sözleşmesini İş Kanunu'nun 24/II. bendi kapsamında haklı nedenle sona erdirmesi söz konusu olabilecektir.

Bu makalenin konusu, başka işçiye sataşma halinde işverenin fesih hakkı ile sınırlandırılmış olup, kendisine sataşılan işçinin bu nedenle iş sözleşmesini feshetme hakkına bu yazıda yer verilmemiştir.

II. "İŞÇİNİN" İŞVERENİN BAŞKA BİR "İŞÇİSİNE" SATAŞMASI

İş Kanunu'nun 25/II-d bendinde işçinin işverenin başka bir işçisine sataşmasından bahsedilmiştir. İşçi kavramı ise İş Kanunu'nun 2.maddesinin I. fıkrasında iş sözleşmesinden hareketle tanımlanmıştır. Bu hükme göre, "*Bir*

iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiye işçi” denir. İş Kanunu’nun 25/II-d bendinde işveren vekilinden söz edilmemişse de işveren vekili de iş sözleşmesi ile çalıştığı için ona yapılan sataşmanın madde kapsamında fesih nedeni olarak kabul edilmesi gerekir.² Nitekim, Yargıtayın 16.10.2003 tarihli karara konu olayda, Bölge Müdürü konumundaki bir çalışana sözleşme sataşma “işverenin başka bir işçisine sataşma niteliğinde” kabul edilmiştir.³ Aynı doğrultudaki 01.07.2014 tarihli kararında da şube müdürü olarak işveren vekili konumundaki bir çalışana sözlü sataşma haklı fesih nedeni olarak kabul edilmiştir.⁴ Somut olayda, işçinin şube müdürüne hitaben, “... kendini birşey sanıyorsun, önceki müdürleri biz çıkarttık seni de çıkartırız sıkıysa kov beni, hakkımı aramak için gerekirse herkes ile kavga ederim.” şeklinde sözler söylediği, işyerindeki diğer işçilere de şube müdürünü kastederek, “...geri zekalı, asla yalan söylemez dediğiniz müdürünüz işte böyle, nasıl konuşacağını ben öğrettim, onu biz müdür yaptık, istemeseydik olmazdı, birşey bildiği yok...” şeklinde sözler söyleyerek sözlü sataşmada bulunduğu tespit edilmiştir. Yine, Yargıtayın 07.07.2008 tarihli kararında, işin

2 Narmanhoğlu, Ferdi İş İlişkileri I, s.444 .

3 “Dosyadaki bilgi ve belgelerden, davacının, davalının bölge müdürü olan bir başka işçisinin şeref ve namusuna dokunacak sözler söylediği, tutanak, davalı tanığı ve mağdur olan işçinin ifadesinden anlaşılmaktadır. Davacı da savunmasında eylemi kısmen kabul etmiş; hizmet sözleşmesi, yapılan soruşturma sonucunda disiplin kurulunca feshedilmiş ve işçi temsilcileri de kararı çekincesiz imzalamışlardır. Davacının eylemi.. 1475 s. İş Kanunu’nun 17/II-ç maddesinde düzenlenen işçinin, işverenin başka bir işçisine sataşması niteliğinde bulunduğundan, davalı feshinin haklı nedene dayandığının kabulü gerekir Bu durumda kıdem ve ihbar tazminatı isteklerinin reddine karar verilmelidir.”Yarg. 9 HD., E.2003/4848, K.2003/17217, T.16.10.2003, www.legalbank.net

4 Yarg. 7. HD.,E.2014/9128, K. 2014/14954, T. 1.7.2014, www.legalbank.net:”O halde yapılan soruşturma ve alınan beyanları ile fesih bildirimini birlikte değerlendirildiğinde davacının, amiri konumunda bulunan şube müdürüne yönelik diğer çalışan işçiler yanında sarfettiği sözlerin şeref ve haysiyet kırıcı, sataşma niteliğinde sözler olduğu, bu hali ile de işverenin iş sözleşmesini feshetmesinin haklı nedene dayandığı sonucuna varılmıştır.”

yürütümü ile ilgili uyarılarda bulunan vardiya amirine karşı gelen, amirinin üzerine yürüyen ve tehditte bulunan işçinin eyleminin İş Kanunu’nun 25/II-d maddesi kapsamına girdiğine karar verilmiştir.⁵ Görüldüğü gibi işverenin başka işçisine sataşma ya da işveren vekiline sataşma hükmün amacı gözönüne alınarak fesih nedeni kabul edilmektedir. Bu bağlamda, işyerinde çalışan bir çırak ya da stajyere sataşma halinde İş Kanunu’nun 25/II-d bendine göre iş sözleşmesinin haklı nedenle sona erdirilip erdirilemeyeceğinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Yargıtayın 02.07.1998 tarihli Kararına konu olan olayda, işyerinde stajyer öğrenci olarak çalışan bir kişiye, şef garson olan başka bir işçinin görevi nedeniyle emir ve talimat vermesi üzerine çıkan tartışmada şef garson yaralanıp rapor almıştır. Şef garson konumundaki işçinin iş sözleşmesi işveren tarafından başka bir işçiye sataştığı gerekçesiyle o tarihte yürürlükte olan 1475 sayılı İş Kanunu’nun 17/II-ç bendine göre haklı nedenle feshedilmiştir. Yargıtay bu kararda şef garson olan kişinin stajyer öğrenciye sataşması eylemini “işvereni başka bir işçisine sataşma” olarak değerlendirmiş ve yapılan feshin haklı olduğuna hükmetmiştir.⁶ Her ne kadar İş Kanunu’nun 25/II-d bendindeki düzenlemenin lafzından bir işçinin, işverenin başka bir “işçisine” sataşması haklı fesih nedeni olarak düzenlenmesine rağmen, kanunun amacından (ratio legis), işyerindeki çırak ya da stajyere sataşmanın de haklı fesih nedeni olarak kabul edilmesi gerektiği görüşündeyim.

Aynı işverene bağlı olarak çalışmasa da alt işveren işçisinin asıl işveren işçisine sataşmasının İş Kanunu’nun 25/II-d bendi kapsamında haklı

5 Yarg. 9.HD., E.2008/1971, K.2008/19037, T.07.07.2008, www.legalbank.net.

6 Yarg. 9.HD., T.02.07.1998, E.1998/9403, K.1998/11091, www.legalbank.net. Karardaki karşı oyda ise, “mesleki öğrenim sırasında öğrenimin devamı mahiyetinde zorunlu bir staj olarak görülen işin hizmet ilişkisi olarak nitelendirilmesine olanak yoktur. Davacının sataştığı iddia olunan kişinin işverenin işçisi olmadığı tartışmasız olarak ortada iken, bir başka işveren işçisine sataştığı gerekçesiyle davacının iş aklının feshini haklı bulan mahkeme kararının bozulması görüşündeyim.” denilmektedir.

fesih nedeni oluşturacağı, sataşmanın ağırlığına göre de bazı durumlarda davranışlardan kaynaklanan geçerli fesih nedeni oluşturabileceği görülmüştür. Nitekim Yargıtayın 14.06.2010 tarihli Kararında, alt işveren işçinin asıl işverenin işyerindeki kurallara uymayarak sataşma eyleminde bulunması durumunda iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshedilebileceği kabul edilmiştir. Kararda; *“Davacının görevlendirildiği C. işyerinde kurallara uymadığı, bu konuda asıl işveren konumundaki C. şirketi çalışanı ile tartıştığı anlaşılmaktadır.”*

Davacının tehdit ettiği ve kesici aletle saldırdığı yönünde somut delil bulunmadığından davranışının haklı neden ağırlığında olmadığı açıktır. Ancak asıl işverenin işyeri kurallarına uymaması ve asıl işverenin diğer işçisi ile tartışması işyerine olumsuzluklara yol açmıştır. İş ilişkisinin devamı davalı işveren açısından beklenmez bir hal almıştır. Görevlendirildiği işyerinde işyeri kurallarına uymayan, orada bulunan çalışanlarla tartışan bir işçinin başka yerde görevlendirilmesi de beklenemez.

Davacının iş sözleşmesinin feshi davranışlarından kaynaklanan geçerli nedene dayanmaktadır” denilmiştir.⁷ Asıl işverenin bir kamu kuruluşu olması durumunda alt işverenin işçisinin

7 Yarg. 9. HD., E.2009/22960, K.2010/18559, K.14.06.2010, www.legalbank.net.; *“Somut uyumsuzlukta davacı işçi, davalı şirket işçisi olarak dava dışı C. mağazası işyerinde, davalı işverenin spor malzemelerinin satışa sunulması için satış elemanı olarak çalışmaktadır. İşin yapıldığı yer C. şirketine aittir. Bir anlamda davalı şirket ile dava dışı C. şirketi arasında ürünün satışa sunulması için anlaşma yapılmış olup, davacı bu işyerinde dava dışı C. şirketinin iş yeri kurallarına uymak zorundadır. Davacının bu işyerinde diğer çalışanlarla ilişkisi de işyeri kurallarına uygun olmalıdır. Dosya içeriğine göre davacı işçi C. şirketinin işyeri kurallarına uymadığı, mola saatinde iş başında bulunmadığı için C. çalışan güvenlik görevlisi ile tartışmış, bu tartışması nedeni ile işyerine alınmamış, daha sonra aynı görevli ile bu kez işten çıkartılması nedeni ile tartışmış, diğer çalışanı n kendisini tehdit ettiği, bıçak çektiği iddiası üzerine, olay kolluk güçlerine intikal etmiş, davacı ve diğer çalışanın şikayetçi olmamaları nedeni ile olay kapatılmış, olay yerinde davacı ve diğer çalışan üzerinde kesici alet bulunmadığı tespit edilmiştir”.*

bir kamu görevlisine sataşması da aynı doğrultuda haklı fesih nedeni olarak kabul edilmelidir. Hükmün konuluş amacının haklı fesih nedeni oluşturan sataşma eyleminin kime karşı gerçekleştirildiği hususu dar yorumlanmamalı, statüsü ne olursa olsun işverene bağlı tüm çalışanlara sataşma ile alt işveren işçisine sataşma da 25/II-d bendi kapsamında fesih nedeni kabul edilmelidir.

Acaba işyerindeki bir üçüncü kişiye, örneğin bir müşteriye, işverenin başka bir işte ortağı olan birisine sataşma İş Kanunu'nun 25/II-d bendi kapsamında değerlendirilebilecek midir? Yargıtay kararlarında, *“işverenin yakını olan veya işverenin yakın ilişkide bulunduğu veya başka bir işte ortağı olan kişilere hakaret ve sövgüde bulunması, bu kişilere asılsız bildirim ve isnatlar yapması özellikle işverenin şahsının önemli olduğu küçük işletmeler bakımından bu durum iş sözleşmesinin feshi için geçerli neden oluşturmaktadır”* denilerek işverenin başka bir şirketteki ortağına, bir müşteriye karşı sataşmada geçerli fesih nedeni olarak kabul edilmektedir.⁸

İşçinin kendisi tarafından değil de bir yakını tarafından gerçekleştirilen sataşmanın iş sözleşmesinin haklı nedenle feshine neden olup olamayacağı yönünde doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre, *“işçi yakınının sataşması işyerinin düzenini ve disiplinini olumsuz yönde etkiliyor, işçi-işveren ilişkisini çekilmez hale getiriyorsa, hükmün amacından hareketle olayın özelliğine göre yine işverene derhal fesih hakkı tanımak gerekir.”*⁹ Diğer görüşe göre, işçinin bir yakınının eyleminin işçi tarafından bizzat desteklendiği şeklinde bir davranış biçimi işverene haklı fesih yetkisi verebilir.¹⁰ Sataşma eyleminde

8 Yarg. 9. HD., E. 2008/6259, K. 2008/32583, T. 1.12.2008; aynı yönde bkz.; Yarg. 9.HD'nin 18.03.2008 gün ve 2008/3713Esas, 2007/5337 Karar sayılı ilamı; Yarg. 22.HD, E.2012/13361, K.2012/20954, T.04.10.2012, www.kazancı.com

9 Süzek, İş Hukuku, s. 711-712.

10 Çil, İş Kanunu Şerhi, II. Cilt, s.1831; Odaman, İşverenin Hizmet Sözleşmesini Ahlak ve İyiniyet Kuralları ve Benzerlerine Aykırılık Nedeniyle Fesih Hakkı, s.130; Savaş, İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi, s.85.

bulunan kişinin sadece işçinin bir yakını ya da arkadaşı olması, olayda işçinin hiçbir yönlendirilmesinin, etkisinin olmaması halinde haklı fesih yetkisi vermez. Nitekim Yargıtay 02.05.2006 tarihli Kararında, işçinin bir arkadaşının o işçinin ustabaşısı konumundaki kişiyi dövmesini haklı fesih için yeterli görmemiştir.¹¹

Sataşma eyleminin iş süreleri dışında gerçekleşmesi de olayın özelliğine göre haklı fesih nedeni oluşturabilir. Şöyle ki, işyeri veya mesai saatleri dışında gerçekleşen sataşma olayı işyeri disiplini ve çalışma düzenini doğrudan veya dolaylı biçimde olumsuz yönde etkiliyorsa haklı fesih nedeni oluşturacaktır.¹² Yargıtayın 4.11.1998 tarihli kararında, mesai bittikten sonra işyerinde devamsızlığı nedeniyle ustabaşı ile tartışırken yumruk vuran işçinin bu eylemi haklı fesih yetkisi veren sataşma niteliğinde değerlendirilmiştir.¹³ Aynı doğrultuda, mesai saati bitiminde iki çalışanın birbirini darp etmesi,¹⁴ işçinin işyeri dışında ustabaşısını darp etmesi işyeri barışını bozacak nitelikte sataşma olarak kabul edilmiştir.¹⁵

III. SATAŞMA KAVRAMI

Sataşma kelimesinin Türkçe Sözlükteki 1. anlamı: “bir kimseye karşı onu rahatsız edici davranışlarda bulunmak”; 2.anlamı: “sarkıntılık etmek”tir. “Sataşma”, Türk Borçlar Hukuku literatüründe kullanılmayan bir kavramdır. İş

Kanunu’nun 25/II-d bendindeki “sataşma” kelimesi yerine “işçinin kişilik haklarını ihlal eden davranışta bulunma” ifadesi kullanılması hukuk terminolojisine daha uygun düşecektir. Yargıtay kararlarında sataşma, “söz veya fiili tecavüz anlamına gelen bir hareket” olarak tanımlanmıştır.¹⁶ Sataşma, sadakat borcuna aykırılığın özel bir hali olarak kabul edilmekte olup, genel olarak işçinin sadakat borcuna aykırılık oluşturan söz ve davranışları işverene fesih imkanı tanımaktadır.¹⁷ Bu bağlamda, haklı nedenle feshe yol açan sataşma, işverenin bir işçisine sözle olabileceği gibi davranış şeklinde de ortaya çıkabilir.¹⁸ Bir olgunun sataşma olarak nitelenmesi onun gerçekdışı olmasına bağlı değildir. Sataşmanın varlığı için söylenen söz ya da yapılan davranışın suç teşkil etmesine de gerek yoktur. Böyle bir söz veya eylemin değerlendirilmesi Türk Ceza Kanunu’na göre değil, bu yasanın çizdiği sınırların ötesinde daha geniş bir çerçevede yapılmalıdır.¹⁹ Nitekim, sataşma nedeniyle yapılan şikayetten vazgeçme nedeniyle kamu davasının düşmesi de fesih yetkisine etkili değildir.²⁰

16 Yargıtay 22. HD., E.2011/5013, K.2012/122, T.17.01.2012; Yargıtay 22. HD., E. 2015/7794, K.2015/11301, T.24.03.2015, www.legalbank.net

17 Yarg. 22. HD., E. 2015/7794, K. 2015/11301, T. 24.03.2015, www.legalbank.net.

18 Narmanlıoğlu, Ferdi İş İlişkileri I, s.443.

19 Saymen, Türk İş Hukuku, s.577; Oğuzman, Fesih, 55; Tunçomağ, İş Hukuku I, s. 383, Narmanlıoğlu, Ferdi İş İlişkileri I, s.444; Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, s.1156

20 “Olayla ilgili yapılan ceza soruşturması sonucunda davacı hakkında diğer çalışanı basit tıbbi müdahaleyle giderilebilir ölçüde yaralamak suçundan kamu davası açıldığı görülmektedir. Ceza yargılaması sonunda davacı hakkında karşılıklı şikayetten vazgeçme sebebiyle kamu davasının düşürülmesine karar verilmiştir. Ancak davacı hakkında şikayetten vazgeçme sebebiyle düşme kararı verilmesi feshe neden olan eylemi ve buna bağlı olarak haklı feshi ortadan kaldırmayacaktır. Buna göre davacının işyerinde başka bir çalışanla kavga etmesi sebebiyle iş sözleşmesinin feshinin haklı olduğunun kabulüyle davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır” Yarg. 9. HD., E.2013/6458, K.2013/22020, T.11.09.2013; Aynı yönde, “davacı hakkında C. Başsavcılığı tarafından hakaret ve yaralamaya teşebbüs suçlarından soruşturma başlatıldığı, ancak diğer işçinin şikayetten vazgeçmesi üzerine, şikayet bağlı suç nedeni ile ve delil yetersiz-

11 “Davacının bu olaya karıştığı ve işyerinde huzursuzluk çıkardığı hususunda kanıt sunulmadığı anlaşılmaktadır. Davacının ustabaşısını döven kişinin arkadaşı olması sonuca etkili görülmemiştir. Açıklanan nedenlerle işverenin feshini haklı kabul etmek mümkün değildir”, Yarg. 9.HD., 02.05.2006, E.2005/35028, K.2006/12320, Çil, İş Kanunu Şerhi, II. Cilt, s.1847-1848.

12 Süzek, İş Hukuku, s.712; Akyiğit, İş Hukuku, s.168; Çil, İş Kanunu Şerhi, II. Cilt, s.1831; Odaman, İşverenin Hizmet Sözleşmesini Ahlak ve İyiniyet Kuralları ve Benzerlerine Aykırılık Nedeniyle Fesih Hakkı, s.112; Savaş, İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi, s.89; Kılıçoğlu/Şenocak, İş Kanunu Şerhi, s.321.

13 Yarg. 9. HD., 4.11.1998, E.1998/13235, K.1998/15605, Günay, İş Davaları s.289.

14 Yarg. 9. HD., 4.11.2004, E.2004/8413, K.2004/24957, Günay, İş Davaları s.243-244.

15 Yarg. 9. HD., 27.9.1999, E.1999/11537, K.1999/14776, Günay, İş Davaları s.280.

İş sözleşmesinin feshine götürecek sataşmanın sadece işyerinde olması gerekip gerekmediği konusunda İş Kanunu'nda herhangi bir açık düzenleme yoktur. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinin 2 ve 3.bentlerine göre, “İşverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağlı yerler) ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve mesleki eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır.” Bu bağlamda, servis aracında²¹ ya da işyerinin eklentisi konumunda bulunan soyunma odalarının bulunduğu yerde sataşma meydana geldiğinde söz konusu davranışın fesih nedeni olacağı açıktır.²² Bunun gibi,

liğinden kovuşturmayaya yer olmadığına karar verildiği, diğer işçinin duruşmada da aynı şekilde beyanda bulunduğu anlaşılmaktadır. Davacı işçi sendika üyesi olsa bile, işverenin diğer işçisi ile sorunlar yaşamış ve diğer işçi ile aralarında meydana gelen olay işyerinde olumsuzluklara yol açmıştır. Davacının davranışlarından kaynaklanan geçerli neden vardır. Davanın reddi yerine yazılı şekilde kabulü hatalıdır.”Yarg. 9.HD., E.2008/34518, K.2008/29843, T.03.11.2008; “Yukarıdaki tutanaklardan ve tanık beyanlarından anlaşılacağı üzere davacının gerek işverene ve ailesine ve gerekse mesai arkadaşlarına sinkaflı küfürler ettiği ortadadır. Gerekçede bahsi geçen ceza davasında ise davacı müşteki olduğundan ceza alması düşünülemez. Ayrıca, Bölge Çalışma Müdürlüğü'nün feshin haklı olduğu yönündeki tespitleri de dikkate alınarak davacının kıdem ve ihbar tazminatlarının haklı fesih sebebiyle reddi yerine yerinde olmayan gerekçeyle kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”Yarg. 9.HD., E.2011/19103, K.2013/18977, T.19.6.2013,www.legalbank.net

21 “toplana delilere göre davacının mesai bitimi evine bırakılma sırasında işyeri servis aracında başka bir işçi ile tartışmaya girdiği, karşılıklı hakaret ve darp eylemlerinin gerçekleştiği sabit olup, esasen bu olgu uyumsuzluk dışıdır.....servis aracı işyeri organizasyonu içinde sayılmaktadır. Servis aracı içinde gerçekleştirilen bu karşılıklı eylemler, işyerinde olumsuzluklara yol açabilecek bir nitelikte olup, iş ilişkisini etkilemektedir. Olaydan sonra darp nedeni ile rapor alınarak işe gelmeme, karşılıklı şikayetler bunun somut göstergeleridir. İş sözleşmesinin feshi için geçerli nedenler bulunmaktadır.”Yarg. 9.HD.,E.2004/19146, K.2004/25836, K.22.11.2004, Şakar, İş Kanunu Yorumu, s. 627-629.

22 “davacının gece vardiyasında işe başlamak için işye-

işçinin görevli olarak başka bir işyerinde bulunduğu esnada diğer şirketin işçisine sataşması da fesih nedeni olarak kabul edilmektedir.²³ Öğretide, işyeri dışında ve iş saatleri haricinde de yapılan bir sataşmanın fesih imkânı vereceği kabul edilmektedir. Ancak bunun için anılan davranışın işyeri düzenini olumsuz yönde etkilemiş bulunması aranır.²⁴

Haklı ya da geçerli nedenle feshe yol açan sataşma işverenin başka bir işçisine **sözle**²⁵ ola-

rinde bulunan soyunma odasında iş elbiselerini giydiği sırada dava dışı Niyazi K. isimli iş yerinde çalışan işçi ile sözlü olarak tartıştıkları bunun üzerine davacının Niyazi'ye küfür ettiği bu nedenle olayı başlatan ve iş yerinde çalışana küfürlü sataşmayı yapanın davacı olduğu anlaşılmıştır. Soyunma odası işyeri eklentisi niteliğinde olup, davacının eylemi nedeni ile 4857 sayılı İş Kanunu 25 /II- d maddesi gereği haklı fesih koşulları oluşmuştur.”, Yarg. 9. HD., E.2010/3409, K.2011/17095, T.08.06.2011, www.kazancı.com

23 “...davacı işçi, davalı şirket işçisi olarak dava dışı C. mağazası işyerinde, davalı işverenin spor malzemelerinin satışa sunulması için satış elemanı olarak çalışmaktadır. İşin yapıldığı yer C. şirketine aittir. Bir anlamda davalı şirket ile dava dışı C. şirketi arasında ürünün satışa sunulması için anlaşma yapılmış olup, davacı bu işyerinde dava dışı C. şirketinin iş yeri kurallarına uymak zorundadır. Davacının bu işyerinde diğer çalışanlarla ilişkisi de işyeri kurallarına uygun olmalıdır..... Görevlendirildiği işyerinde işyeri kurallarına uymayan, orada bulunan çalışanlarla tartışan bir işçinin başka yerde görevlendirilmesi de beklenemez. Davacının iş sözleşmesinin feshi davranışlarından kaynaklanan geçerli nedene dayanmaktadır.” Yarg. 9.HD., E.2009/22960, K.2010/18559, T.14.06.2010.

24 Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, s.1156, dn. 60'da anılan yazılar.

25 “Davacı hakkında, vardiya çıkışı görevi gereği evine bırakılması gereken kadın işçiye “araç içinde yalnızlarken evlilik ve cinsellik konusunda sözler söylemesi” nedeni ile soruşturma açılıp, savunmasının alındığı ve Disiplin Kurulu kararı ile iş sözleşmesinin feshedildiği anlaşılmaktadır. Davacı ve kadın işçi hem yazılı hem de Disiplin Kurulu huzurunda sözlü beyanlarda bulunmuşlardır. Mahkemenin de kabulünde olduğu gibi söylenen sözlerin adap ve muaşeret kuralları ile bağdaştırılması mümkün değildir. Somut olayda araç içinde tanık bulunmaması sonuca etkili değildir. Zaten topluluk içinde bu tür sözlerin söylenmesi olağan değildir. Kaldı ki davacı da araç içinde kendisinden yaşça hayli küçük olan kadın işçi ile ailesi hakkında konuştuğunu kabul etmektedir. Davacı görevi kapsamında iş çıkışı servisle evine bıraktığı bir kadın işçiye sözle sataşmıştır. Bu somut olgulara göre

bileceği gibi davranış şeklinde de ortaya çıkabileceğine daha önce değinilmişti. Bu bağlamda, Yargıtay kararlarında, işçinin iş arkadaşıyla tartışıp yüzüne makas fırlatması,²⁶ mesai sonrasında soyunma odasında karşılıklı darp,²⁷ karşı tarafın tahrikini aşacak söz ve davranışlarda bulunması,²⁸ vardiya çıkışı görevi gereği evine bırakması gereken kadın işçiye araç içinde yalnızlarken evlilik ve cinsellik konusunda sözler söylemesi,²⁹ aynı işyerinde çalışan bir kadın işçiye sarkıntılık etmesi,³⁰ işyerinde çalışan kadın işçiye “seni seviyorum” şeklinde sataşmada bulunması ve aynı davranışı karşı çıkılmasına rağmen serviste arkasında oturarak devam ettirmesi, daha sonra anılan işçinin ağabeyiyle bu nedenle kavgaya etmesi,³¹ müdür yardımcısına bağırıp çağırması, küfür ve tehditte bulunması,³² başka işçiye tokat atması,³³ haklı fesih nedeni olarak kabul edilmiştir. Buna karşın eleştiri ya da sitem etme şeklindeki davranışlar fesih için yeterli ağırlıkta

davacının iş sözleşmesinin feshi geçerli nedene dayanmaktadır.” Yarg. 9.HD., E.2004/6529, K.2004/23507, T.18.10.2004, www.kazancı.com.

26 Yarg. 9. HD., 04.07.1996, 1996-5242/15426 sayılı Kararı, www.kazancı.com.

27 Yarg. 9. HD., 04.11.2004, 8413/24957 sayılı Kararı, www.kazancı.com.

28 Yarg. 9. HD., 12.04.1989, 1989-448/3433 sayılı Kararı, www.kazancı.com.

29 Yarg. 9.HD, E.2004/6529, K.2004/23507, 18.10.2004 tarihli Kararda, olayı gören tanığın olmamasının sonuca etkili olmadığı belirtilmiştir; “Mahkemenin de kabulünde olduğu gibi söylenen sözlerin adap ve muşeret kuralları ile bağdaştırılması mümkün değildir. Somut olayda araç içinde tanık bulunmaması sonuca etkili değildir. Zaten topluluk içinde bu tür sözlerin söylenmesi olağan değildir. Kaldı ki davacı da araç içinde kendisinden yaşça hayli küçük olan kadın işçi ile ailesi hakkında konuştuğunu kabul etmektedir. Davacı görevi kapsamında iş çıkışı servisle evine bıraktığı bir kadın işçiye sözle sataşmıştır. Bu somut olgulara göre davacının iş sözleşmesinin feshi geçerli nedene dayanmaktadır. Davanın reddi yerine, yazılı gerekçe ile kabulü hatalı bulunmuştur.”

30 Yarg. 9. HD., 30.06.1994, 1994-5617/10421 sayılı Kararı, YKD Kasım 1994, s.1776.

31 Yarg. 9.HD., T.21.11.2002, E.2002/7403, K.2002/21982, Çil.İş Kanunu Şerhi, II.Cilt, s.1974.

32 Yarg. 9.HD., 21.02.1982-14258/395 sayılı Kararı, Çenberci, İş Kanunu Şerhi, s.568.

33 Yarg. 9. HD., 16.06.1988, 8260/10375; Yarg. 9. HD, 07.03.2005, 16319/7428, www.kazancı.com.

kabul edilmemektedir. Mesela, bir işçinin amirine karşı, “yeter artık”, “..bana güvenmiyor musun” şeklinde gösterdiği tepki yargı kararlarında sataşma olarak değerlendirilebilecek mahiyette söz veya davranış olarak kabul edilmemiştir.³⁴

Şaka niteliğini aşan davranışlar sataşma olarak nitelendirilmekte ve haklı fesih yetkisi vermektedir. Bir davranışın ne zaman şaka niteliğini aştığı ise her somut olayın özelliğine göre ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Yargıtay’ın 20.10.2011 tarihli kararında, “E. isimli işçinin bulabileceği yere, üzerinde bu kişinin ismi bulunan, inek resimleri, inek sağan kadın resminin yer aldığı, yanına elle “sn E. bu ayki çalışmalarınızdan dolayı seni tebrik eder çalışmalarının devamını dileriz. Bazar çalışanları”, “dur abi ne yapıyorsun, kesimlik değil, sağmlık bu inek”, “ne yiyeyim, saman da kalmadı” yazılarının bulunduğu bir kağıdın işçinin bulabileceği bir yere bırakılmasının şaka niteliğini aşan bir davranışın olduğu ve sözleşmenin feshinin haklı nedene dayandığı kabul edilmiştir.³⁵

34 Yarg. 9.HD., E.2007/22496, K.2008/17548, T.24.06.2008, www.legalbank.com.

35 Yarg. 22.HD., E.2011/420, K.2011/3161, T.20.10.2011, “Davacı, bu kağıdı kendisinin düzenlediğini ve ilgili kişiye ulaşması için görebileceği yere koyduğunu kabul etmekte, bu eylemi sadece şaka yapmak amaçlı olarak gerçekleştirdiğini savunmaktadır.

Dosya içeriğindeki belgelere göre, E. isimli işçi söz konusu kağıdı alınca işverene şikayette bulunmuş, işveren yetkililerince duruma dair tutanak tutulmuştur. Yargılama sırasında dinlenen E., davacının daha önce de çalışmasıyla ilgili bu tarz beyanlarının olduğunu, son durumu işverene yansıtmasaydı daha kötü olacağını düşündüğünü, olay günü üzerinde adı ve inek resimleriyle yazılar bulunan kağıdı vardiya değişiminde işyerine gittiğinde bulduğunda moralinin çok bozulduğunu, o gece boyunca çalışmadığını, veriminin düştüğünü, sabah davacının gelerek “sana bıraktığım hediye beğendin mi?” demesi üzerine de işverene giderek şikayette bulunduğunu, ardından da ücretli izne ayrıldığını ifade etmiştir.

Davacının eylemleri sonucu E. isimli işçinin moralinin bozulduğu, çalışmasını engellediği, önceki sözlü davranışlarını dikkate alarak durumun daha da kötüleşmesi için işverene şikayette bulunduğu, ücretli izne ayrılmayı istediği sabittir. Bu davranış açıkça işverenin bir başka işçisine sataşma niteliğindedir, basit bir şaka eylemi olarak değerlendirilemez. Fesih haklı nedene dayanmaktadır.” denilmiştir.

Yargıtay 7. Hukuk Dairesi'nin 18.02.2014 tarihli kararına konu olan olayda da, aynı işyerinde gönül ilişkisi bulunan kişilerin bu ilişkilerini yayan işçinin eylemini şakalaşmadan öteye giden davranış olarak nitelendirmiş ve haklı fesih yapılabileceğini kabul etmiştir. Kararda, “İşçiler arasında basit bir şakalaşmanın ötesine geçen O.ve Ç.’nin kişilik haklarını zedeleyecek söz ve davranışların birbirleriyle ve başka işçilerle de paylaşılması karşısında olayın kendisine ileildiği işveren tarafından işyerine de yansıyan eylem nedeniyle sözleşmenin haklı nedenle feshedildiği dikkate alınmaksızın yargılama aşamasında arkadaşlar arasında şakalaşma şeklinde nitelendirilerek kıdem ve ihbar tazminatı talebinin kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozma nedenidir” denilmiştir.³⁶

“İşçilerin birbirlerine karşı ya da şefleri tarafından yapılan sistematik düşmanlıklar, kısırtma ya da ayrımcılıklar”³⁷olarak tanımlanan ve son zamanlarda hem mahkeme kararlarında³⁸ hem de öğretide³⁹ sıkça dile getirilen işyerinde

36 Somut olayda, davacı hakkındaki şikayet dilekçeleri, mesajlar, tanık ifadeleri ve tüm dosya kapsamından davacının aynı işyerinde çalışan Ç. ve O. ile duygusal ilişki kurduğu ancak ikisi ile de ilişkisinin olduğunun anlaşılmasından sonra Ç.’e “O. ile öpüştük ama sevişmedik” şeklinde mesaj gönderdiği, Ç. hakkında ise, “Ç. başkaları ile de beraberdi, bakire değildi, onun için önemi yoktu” şeklinde konuştuğu bu konuşmaların işyerinde yayılması üzerine adı geçen O. ve Ç.’in davacıyı işverene şikayet ettikleri ve işverenin de sözleşmeyi feshettiği anlaşılmaktadır”, Yargıtay 7. Hukuk Dairesi, E. 2013/25515, K. 2014/4086, T. 18.2.2014, www.legalbank.net

37 BAG, vom 15. Januar 1997, NZA 1997, s. 781.

38 Bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 30.5.2008 tarihli, E.2007/9154 ve K.2008/13307 sayılı Kararı; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 14.03.2008 tarihli, E.2008/3122, K.2008/4922 sayılı Kararı, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2008/1, Sayı:16, s.149-169; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 14.03.2008 tarihli, (E.2008/3122, K.2008/4922 sayılı) kararı, Kılıçoğlu/Şenocak, İş Kanunu Şerhi, Cilt:2, s.280-281; Yargıtay 4. HD'nin 13.3.2008, E.2007/3114, K.2008/3142 sayılı Kararı, (özel arşiv)

39 Tınaz, İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), 2. Bası, İstanbul 2008; Savaş, İşyerinde Manevi Taciz, İstanbul 2007; Güzel/Ertan, İşyerinde Psikolojik Tacize (Mobbinge) Hukuksal Bakış, s.509-549; Bayram, Türk İş Hukuku Açısından İşyerinde Psikolojik Taciz (Mob-

psikolojik taciz (mobbing) de “sataşma” kapsamında haklı fesih nedeni oluşturabilir. Yargıtay 9. HD'nin04.02.2013tarihli kararında, “sürekli arzededen ve kadın işçiyi rahatsız eden söz ve eylemler bütünü oluşturduğu, bu eylemlerin psikolojik ve cinsel taciz boyutunda olduğu” ve haklı fesih nedeni oluşturduğuna hükmedilmiştir.⁴⁰

İşyerinde psikolojik taciz (mobbing) olarak nitelendirilebilecek şekilde işyerinde başka çalışanlar hakkında dedikodu yaymak Yargıtayın yerleşik içtihadını oluşturan kararlarında haklı fesih nedeni olarak kabul edilmektedir; “...söz konusu dedikodunun kaynağının davacı olduğu tanık beyanları ve dosyada mevcut ayrıntılı ve tutarlı yazılı ifadelerle sabittir. Davacının söz konusu davranışı diğer iki çalışana yönelik sataşma mahiyetindedir. Bu durumda işverence

bing), s.553 vd; Çelebi, İş İlişkisinde Manevi Taciz, s.691-719; Bozbel/Palaz, İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Hukuki Sonuçları, s. 67-81; Tınaz/Bayram/Ergin, Çalışma Psikolojisi ve Hukuki Boyutlarıyla İşyerinde Psikolojik Taciz (mobbing), 1. Bası, İstanbul 2008.

40 “Her ne kadar davalı işveren çalışmanı olup tacize uğradığını beyan eden kadın işçi, duruşmadaki beyanlarında, şikayet dilekçesinde belirtilen hususlar ile ilgili bir kısım çelişik beyanlarda bulunmuş ise de, bu çelişkili beyanlarının davacının eylemlerini ortadan kaldırmadığı, yine dinlenen davalı tanık beyanları ve tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde 22 Ekim 2011 günü akşamı gala yemeği ile başlayan ve gece 00.30 sularında kadın işçinin odasının aranarak odaya gelip su almak isteğiyle sonuçlanan davranışlarının sırnaşık nitelikte süreklilik arzededen ve kadın işçiyi rahatsız eden söz ve eylemler bütünü oluşturduğunu, bu eylemlerin psikolojik ve cinsel taciz boyutunda olduğu ve bu hali ile işverenin kadın işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek yanında işyerinde ahlak ve dürüstlük kurallarına uygun bir çalışma ortamı sağlamakla yükümlü olması ve özellikle de işçilerinin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların da daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlü olduğu düşünüldüğünde davacının 4857 sayılı Yasanın 25/2-c bendi uyarınca iş sözleşmesinin feshedilmesinin haklı nedene dayandığı ve feshin süresinde yapıldığı sonucuna ulaşılmakla davanın reddine karar verilmesi gerekirken kabulü yönünde hüküm kurulması hatalıdır. (Yarg. 9. HD., E.2012/26702, K.2013/3953, T. 04.02.2013).

yapılan fesih haklı sayılmalıdır.”⁴¹

IV. GEÇERLİ FESİH NEDENİ OLARAK SATAŞMA

1. Genel Olarak

İş güvencesi kapsamına giren “işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır.” (İş K. m.18/I). Geçerli neden kavramından ne anlaşılması gerektiği, İş Kanunu’nun 18.maddesinin gerekçesinde açıklanmıştır. Buna göre, “Bu madde bakımından geçerli sebepler 25 inci maddede belirtilenler kadar ağırlıklı olmamakla birlikte, işin ve işyerinin normal yürüyüşünü olumsuz etkileyen hallerdir. Bu nedenle, geçerli fesih için söz konusu olabilecek sebepler, işçinin iş görme borcunu kendisinden kaynaklanan veya işyerinden kaynaklanan sebeplerle ciddi bir biçimde olumsuz etkileyen ve iş görme borcunu gerektiği şekilde yerine getirmesine olanak vermeyen sebepler olabilecektir.

Sonuçta, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda, feshin geçerli nedenlere dayandığını kabul etmek gerekecektir.

İşçinin yeterliliğinden ve davranışlarından kaynaklanan geçerli sebepler 25 inci maddede

41 “Dosya içeriğine göre somut uyuşmazlıkta iş yerinde çalışan iki işçi arasında ilişki olduğu ve bu kişilerin işyerinde kasa ofisi bölümünde uygunsuz bir halde görüldükleri hususunda dedikodu yayıldığı, davacının vazifesi olmamasına rağmen güvenlik görevlisinden kasa ofisini gösteren kamera kayıtlarına bakılarak durumun tespitini harici olarak istediği, davalı işverenlikçe yapılan soruşturmada, davacının yazılı olarak verdiği savunmasından tanık Ş. A. ’in beyanından ve dosyadaki diğer bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır. Hakkında dedikodu çıkarılan işçilerden biri evli olup, sözkonusu dedikodunun kaynağının davacı olduğu tanık beyanları ve dosyada mevcut ayrıntılı ve tutarlı yazılı ifadelerle sabittir. Davacının söz konusu davranışı diğer iki çalışana yönelik sataşma mahiyetindedir. Bu durumda işverence yapılan fesih haklı sayılmalıdır. Mahkemece davanın reddi gerekirken yazılı şekilde kabulü hatalıdır.”(Yarg. 22. HD., E. 2015/7794, K.2015/11301, T. 24.03.2015, www.legalbank.net)

belirtilenlerin dışında kalan ve işyerlerinde işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkileyen sebeplerdir.” 4857 sayılı İş Kanunu’nun gerekçesinde belirtilen bu ölçütler pek çok Yargıtay kararında ifade edilmiştir. Mesela bazı kararlarda, iş sözleşmesinin feshinde İş Kanunu m. 25/ II-d’deki koşullar gerçekleşmişse haklı fesih nedeni olduğu, sözlü sataşmaya diğer işçinin davranışı neden olmuşsa ya da işçinin kullandığı ilaçlar öfke kontrolünü etkiliyorsa geçerli nedenin söz konusu olduğu belirtilirken,⁴²“yapıcı ve objektif ölçüler içerisinde belirli bir uzmanlık alanı ile ilgili eleştiri ya da işletmedeki bozukluk ya da uygunsuzluklara ilişkin eleştiri söz konusu olduğunda” fesih için geçerli neden olmadığı sonucuna varılmıştır.⁴³

2. İşçinin Davranışlarından Kaynaklanan Geçerli Fesih

İş Kanunu’nun 18.maddesinin 1.fikrasına göre, işçinin davranışları da geçerli feshe sebebiyet verebilir. Her somut olayın özelliğine göre, işçinin davranışının işin normal işleyişini veya işyerindeki uyumu olumsuz yönde etkileyip etkilemediğini hakim takdir edecektir.⁴⁴Yargıtayın

42 Kararda, “15.5.2003 tarihinde başlayan istirahat raporu nedeniyle 23.9.2003 tarihinde davacının iş sözleşmesinin feshi 4857 sayılı İş Kanunu 25/I-d maddesine uygun olduğundan” fesih için geçerli neden olduğu belirtilmiştir, Yarg. 9. HD., 20.12.2004, E.2004/13314, K.2004/28280, Çankaya/Günay/Göktaş, İşe İade Davaları, s.752-753.

43 Yarg. 9. HD., E.2008/1971, K.2008/19037, T.07.07.2008, www.legalbank.net

44 Süzek, İşçinin Yetersizliği veya Davranışları Nedeniyle Geçerli Fesih, s.576. İş Kanunu’nun 18. maddesinin gerekçesine göre işçinin davranışlarından doğan sebepler: “25 inci maddede belirtilen derhal fesih için öngörülen sebepler niteliğinde olmamakla birlikte, işçinin iş sözleşmesine aykırı davranışları bulunabilir. Bunlara örnek olarak, işverene zarar vermek ya da zararın tekrarı tedirginliğini yaratmak; işyerinde rahatsızlık yaratacak şekilde çalışma arkadaşlarından borç para istemek; arkadaşlarını işverene karşı kışkırtmak; işini uyarılara rağmen eksik, kötü veya yetersiz olarak yerine getirmek; işyerinde iş akışını ve iş ortamını olumsuz etkileyecek bir biçimde diğer kişilerle ilişkilere girmek; işin akışını durduracak şekilde uzun telefon görüşmeleri yapmak; sık sık işe geç gelmek ve işini aksatarak işyerinde dolaşmak; amirleri veya iş arkadaşları ile ciddi geçimsizlik göstermek, sıkça ve gereksiz

yerleşik içtihadına göre, “Sataşma niteliğinde olmadığı sürece, diğer işçilerle devamlı ve gereksiz tartışmaya girişmek, iş arkadaşları ile ciddi geçimsizlik göstermek geçerli fesih nedenidir”.⁴⁵

İşçinin davranışlarından kaynaklanan sebepler, ancak işyerinde olumsuzluklara yol açması halinde fesih için geçerli sebep olabilir. Nitekim 01.12.2008 tarihli kararda, “davacı işyerine tıraş olmadan gelmiş, iş arkadaşı ve amiri ile gereksiz tartışmaya girmiş ve işyerinde olumsuzluklara yol açmıştır. Ölçülülük ilkesi uyarınca bu davranışının haklı neden değil, davranışlarından kaynaklanan geçerli neden kabul edilmesi yerinde olacaktır.” denilmiştir.⁴⁶ Aynı doğrultudaki 24.09.2008 tarihli kararda, “son olarak amirinin önemli bir konuda toplantı yapılacağını, katılması gerektiğini belirtmesi üzerine, davacının küçük düşürücü sözlerle davacının toplantıya

yere tartışmaya girişmek gibi haller verilebilir.”Bkz. 4857 s. İş Kanunu’nun 18. maddesinin gerekçesi, 4857 Sayılı İş Kanunu ve Gerekçesi, TİSK Yayın No:234, Ankara 2003, s.121-122.

45 Yargıtay 9.HD., T.26.05.2008 gün ve E.2007/37481, K.2008/12505; Yargıtay 9. HD.,E.2013/13973, K.2014/8256, T.13.03.2014, www.legalbank.net

46 Yargıtay 9. HD., E. 2008/6259, K. 2008/32583, T.01.12.2008.Karara konu olan somut olayda, “Dosya içeriğine göre davacı işçinin, kamu kurumuna bağlı işyerinde çamaşırcı olarak görev yaptığı ve işyerine kural olarak tıraş olup gelmesi gerekirken gelmemesi nedeni ile uyarıldığı ve işvereni temsil eden vali yardımcısı ile tartışma sırasında “ben eski hükümlüyüm” şeklinde sözler söylediği tartışmasızdır. Davacı davranışı nedeni ile işveren tarafından alınan savunmasında, “bir arkadaşı ile tartışma yaşadığını, vali yardımcısının geldiğini, vali yardımcısına, 10 yıl hüküm giymişim, çocuğum lösemi hastasıdır, stres ve bunalım içindeyim, bu kadar üstüme niçin geliyorsunuz dediğini, yapı olarak konuşurken el kol hareketleri yaptığını, hakaret ve tehdit kastı olmadığını, neden tıraş olmadığı şeklindeki soruya da cevaplama için ise fırsat vermediğini” beyan etmiş, ve tüm bu olaylar işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli fesih nedeni olarak kabul edilmiştir “Davacının diğer bir işçi ile tartışması ve tıraş olmadan işe gelmesi nedeni ile vali yardımcısı tarafından uyarılması üzerine, söylediği sözlerin ve hareketlerin, sitem niteliğinde olduğu, 4857 sayılı İş Kanunu’nun 25/II-d maddesi anlamında sataşma niteliğinde olmadığı anlaşıldığından, feshin haklı nedene dayandığının kabulü doğru değildir.”

getireceği konunun önemsiz olduğunu beyan ederek toplantıya katılmadığı anlaşılmaktadır. Davacının bu davranışı iş sözleşmesine aykırı ve sözleşmenin ihlali niteliğindedir. İşyerini ve iş ilişkisini olumsuz etkilemiş ve iş ilişkisinin işveren açısından sürdürülmesi beklenemez bir hal almıştır. Feshin geçerli nedene dayandığı anlaşılmaktadır.” sonucuna varılmıştır.⁴⁷14.07.2008 tarihli bir başka kararda ise; “Dosya içeriğine göre operatör olarak görev yapana ve gece vardiyasında çalışan davacının 05.02.2007 günü çay molasında kapalı ortamda sigara içtiği, açık alanda içmesi gerektiğini işverenin diğer işçileri tarafından söylenmesi üzerine aldırmadığı, uyarılması üzerine de “sizi buraya toplayanları” ve “böyle insanlardan laf duymak zoruma gidiyor” şeklinde söylemde bulunduğu, davacının yaklaşık bir ay önce de çalışırken iş güvenliği açısından ESD bandı takmama nedeni ile uyarıldığı, bant takmadığının kabulünde olduğu anlaşılmaktadır. Davacının söylediği sözler 4857 sayılı İş Kanunu’nun 25/II. d maddesi anlamında sataşma niteliğinde olmamakla birlikte, uyarılara rağmen disiplinsiz davrandığı, gereksiz sözler söylediği ve tartışmaya girdiği, bu davranışlarının işyerinde olumsuzluklara yol açtığı sabittir. İşyeri kurallarına uymayan ve disiplinsiz davranan davacı ile iş ilişkisinin sürdürülmesi olanağı kalmamıştır. Fesih davranışlardan kaynaklanan nedenlere dayandığından, davanın reddi gerekir.” sonucuna varılmıştır.⁴⁸21.04.2008 tarihli bir diğer kararda ise, “çalışmak üzere saat 24.00 aracı ile gelen davacı işçinin aracın içeri alınıp ve park edilmesi sırasında kapıda görevli güvenlik görevlisi ile tartıştığı, tartışma sonucunda karşılıklı bir takım sözler söylendiği, davacının güvenlik görevlisinin üzerine yürüdüğü, daha sonra da işyerini terk ettiği anlaşılmaktadır. Olaylara güvenlik görevlisinin mi, davacı işçinin mi neden olduğunun saptanmaması, işyerinde meydana gelen ve olumsuzluklara neden olan davranışları ortadan kaldırmaz. Kaldı ki davacı bu olaylardan sonra işgörme edimini yerine getirmekten ka-

47 Yarg. 9.HD, E.2008/2907, K.2008/24570, T.24.09.2008, www.legalbank.net

48 Yarg. 9.HD., E.2007/42697, K.2008/20143, T.14.07.2008, www.legalbank.net

çınmış ve işyerinden ayrılmıştır. Davacı olayda açıkça sözleşme yükümlülüğünü ihlal etmiştir. Davacının davranışı işyerinde olumsuzluklara yol açmıştır. İş ilişkisinin sürdürülmesi işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenmez bir hal almıştır. Davacının iş sözleşmesi davranışlarından kaynaklanan nedenle feshedilmiştir. Geçerli neden vardır. Davanın reddi yerine yazılı şekilde kabulü hatalıdır.⁴⁹

Yargıtay geçerli nedenle fesih yapıldığının kabulü için davranışları ile işyerinde olumsuzluğa yol açan işçilerin bir kısmının mı yoksa hepsinin mi sözleşmelerinin feshedildiğinin denetimini yapmaktadır. İşyerinde olumsuzluğa yol açan eyleme müdahil olan tüm işçilerin sözleşmelerinin feshedilmesi halinde geçerli nedenin var olduğunu kabul etmektedir: “davacının eylemlerinin haklı fesih nedeni olmasa da geçerli fesih nedeni olma niteliği taşıdığı, işverenin davacıyla çalışma ilişkisini sürdürmesinin beklenemeyeceği, kavgaya karışan diğer işçinin de iş sözleşmesinin davacıyla birlikte feshedildiği, buna göre feshin haklı olmamakla birlikte geçerli nedene dayandığı” kabul edilmiştir.⁵⁰Buna karşın **sataşma teşkil eden olaya karışan işçilerden sadece birisinin sözleşmesinin feshedilmesi yerleşik içtihatlarda işverenin eşit işlem**

49 Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, E. 2007/30764, K. 2008/9212 T. 21.4.2008, www.kazancı.com

50 “Dosya içeriğine göre davacı işçinin iş sözleşmesi başka bir işçiyle kavga ettiği gerekçesiyle haklı nedenle feshedilmiştir. Fesih öncesi her iki işçinin de yazılı savunmaları alınmıştır. Alınan savunmalar değerlendirildiğinde, davacının davranışlarının işyerinde olumsuzluğa yol açtığı, bu davranışlar sonucunda kavga olayının meydana geldiği, davacının eylemlerinin haklı fesih nedeni olmasa da geçerli fesih nedeni olan niteliği taşıdığı, işverenin davacıyla çalışma ilişkisini sürdürmesinin beklenemeyeceği, kavgaya karışan diğer işçinin de iş sözleşmesinin davacıyla birlikte feshedildiği, buna göre feshin haklı olmamakla birlikte geçerli nedene dayandığı anlaşıldığından davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozma nedenidir”. Yarg. 9.HD.,E.2012/39329, K.2013/16455, T.30.05.2013; Aynı yönde, “davacı ile kavga eden diğer işçinin de iş sözleşmesinin feshedildiği anlaşılmaktadır.Şu durumda işveren tarafından davacının iş sözleşmesinin sataşma nedeniyle feshi haklı olup”, Yarg. 9.HD., E.2007/31168, K.2008/32289, T.26.11.2008, www.legalbank.net

yapma borcuna aykırılık olarak değerlendirilmektedir: “Somut olayda, işyerinde meydana gelen eylem haklı fesih nedeni teşkil etmekle birlikte, olayın gelişimi göz önüne alındığında her iki işçinin de sözleşmesinin feshi gerekmektedir. Ancak, davalı tanığı Hatice S. davacının dışında tartışmaya karışan diğer personelin sözleşmesinin feshedilmediğini, sadece davacının sözleşmesinin feshedildiğini beyan etmiştir. Bu durum işverenin eşit işlem borcuna aykırıdır.”⁵¹

Yine Yargıtayın yerleşik içtihadına göre, **sataşma niteliğindeki ağır sözleri işçinin, işverenin veya vekilinin tahrikleri sonucu söylemesi, geçerli fesih nedeni sayılmaktadır.**⁵² Geçerli fesih nedeninin varlığının değerlendirilmesinde, “ilgili işyerinde veya iş branşında mutad olan görüşme, görgü, adabı muâşeret stili, işçinin eğitim ve psikik durumu, konuşma ortamı, işveren tarafından provake edilme gibi durumlar menfaatlerin değerlendirilip tartılması kapsamında gözönünde bulundurulmalıdır.”⁵³ Belirtilen bu esaslar çerçevesinde yapılan değerlendirme neticesinde, sadece belirli bir uzmanlık alanı ile ilgili eleştiri ya da işletmedeki bozukluk ya da

51 “davalı tanığı Hatice S. davacının dışında tartışmaya karışan diğer personelin sözleşmesinin feshedilmediğini, sadece davacının sözleşmesinin feshedildiğini beyan etmiştir. Bu durum işverenin eşit işlem borcuna aykırıdır. Davacının kıdem ve ihbar tazminatı isteklerinin kabulüne karar vermek gerekirken reddedilmesi hatalıdır.” Yarg. 9.HD., E.2008/20714, K.2010/3912, T.18.02.2010, www.legalbank.net

52 “4857 sayılı Kanun’un 25. maddesi kapsamında değerlendirilecek ağır sözleri, işçi, işverenin veya vekilinin tahrikleri sonucu söylemesi, geçerli fesih nedeni sayılmaktadır.”Yarg. 22.HD., E.2012/13361, K.2012/20954, T.04.10.2012, www.legalbank.net. Aynı yönde; “Dosya içeriğine göre, davacı işçi, işyerine ait kapsam dışı personeli taşıyan servis aracını önüne geçerek bir süre durdurmuş, araç içindeki personelin aşağıya inmesi ve yetkilinin araya girmesi ile davranışına son vermiştir. Davacının bu eylemi iş sözleşmesine aykırı ve sözleşmenin ihlali niteliğinde, işyerini ve iş ilişkisini olumsuz etkileyici nitelikte kabulü ölçülülük ilkesine aykırı kabulü gerekir. İşverence yapılan fesih geçerli nedene dayanmadığından davanın kabulü yerine yazılı şekilde reddine karar verilmesi hatalı olmuştur.”Yarg. 9. HD.,E.2007/38663, K.2008/13505, T.2.6.2008.

53 Yarg. 9. HD., E.2008/1971, K.2008/19037, T.07.07.2008, www.legalbank.net

uygunsuzluklara ilişkin eleştiri söz konusu olduğu kanaatine varılırsa geçerli fesih nedeninden bahsedilemeyecektir.⁵⁴

Yargıtayın yerleşik içtihadını oluşturan kararlarında, **sataşmanın işçinin rahatsızlığından kaynaklanması durumunda haklı değil geçerli nedenle fesih yapılabileceği kabul edilmektedir.** Yargıtay 7.HD'nin 03.02.2015 tarihli kararında, işçinin kullandığı ilaçların başka işçiye sataşmaya neden olup olmadığının araştırılarak sonucuna göre haklı ya da geçerli nedenle fesih yapılıp yapılamayacağına karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir: *“birçok rahatsızlığı bulunan ve ilaç kullandığı anlaşılan davacının diğer bir çalışana sataşma niteliğindeki eyleminin belirtilen rahatsızlıklarından kaynaklanıp kaynaklanmadığı, kullandığı ilaçların öfke kontrolünü etkileyip etkilemediği tıp uzmanlarından alınacak raporla tespit edilmeli, toplanmış deliller toplanacak deliller ile birlikte değerlendirilerek ayrıca işverenin eşit işlem borcuna uygun davranıp davranmadığı da irdelenerek feshin haklı mı, haksız mı yoksa geçerli nedenle mi yapıldığı saptanmalı ve kıdem ve ihbar tazminatı talepleri hakkında bir karar verilmelidir.”* denilmiştir.⁵⁵

Yargıtay 22.HD'nin 17.01.2012 tarihli kararında da, bir tartışma esnasında başka bir işçiye küfür ettiğinin kendi ikrarı ile sabit olduğu bir olayda dahi, engelli statüsünde çalışan işçinin epilepsi hastası olduğu ve önemli derecede işitme kaybı bulunduğu sağlık kurulu raporları ile sabit olduğu, Sağlık Kurulu Raporunda da, davacıda organik mental bozukluk bulunduğu, özür durumuna göre çalışma gücü kaybı oranının %60 olduğunun belirtildiği ifade edilerek, *“Böylesine önemli bir rahatsızlığı bulunan ve bu nedenle ilaç alan bir kimsenin iradesini kontrol etmekte sıkıntı yaşayabileceği muhtemeldir. Eylem rahatsızlığından kaynaklanmışsa feshin haklı nedene dayandığı kabul edilemez. Ne var ki, bu tür bir davranış hastalığından kaynaklansa da işin yürütümünü bozucu niteliktedir. Bu ne-*

54 Yarg. 9. HD., E.2008/1971, K.2008/19037, T.07.07.2008, www.legalbank.net

55 Yargıtay 7. Hukuk Dairesi, Esas Numarası: 2014/20392, Karar Numarası: 2015/878, Karar Tarihi: 03.02.2015, www.legalbank.net

denle fesih için geçerli neden kabul edilebilir” sonucuna varılmıştır.⁵⁶

V. HAKLI FESİH NEDENİ OLARAK SATIŞMA

İşçinin işyerinde çalışan işverenin başka bir işçisine küfretmesi tartışmasız olarak İş Kanunu'nun 25/II-d bendi kapsamında haklı fesih nedeni kabul edilmektedir. Yargıtay 12.05.2015 tarihli Kararında, *“davacının iş akdinin feshine neden olan eyleminde, vardiya bitiminde aracı ile güvenlik kapısından hızlı giriş yaparak aracından inip tüm personeli servislerinden indirip, üstü kapalı tehditler ettiği, diğer çalışanlara sinkaflı sözler savurarak, üzerinde bulunan işverene ait amblem bulunan tişörtü yırttığı gibi, işveren şirket hakkında ağza alınmayacak sözler sarf ettiği, bu durumun tutanağı tutanlarca bizzat duruşmada doğrulandığı,*

*Dosya kapsamına göre, davacının görevi esnasında, işverenin başka işçisine hakaret etmek suretiyle sataşma niteliğinde olan davranışları gerçekleştirdiği sabit olup, işveren feshi 4857 sayılı Kanununun 25.maddesinin II. Bendinin (d) alt bendi gereği haklı sebeple feshettiği anlaşılmış ve davacının davası red edilmiştir.”*⁵⁷ denilerek bu husus vurgulanmıştır.⁵⁸

56 Yarg. 22.HD., E.2011/5013, K.2012/122, T.17.01.2012, www.legalbank.net; *“Rahatsızlığı nedeni ile ilaç kullandığı anlaşılan davacının diğer bir çalışana sataşma niteliğindeki eyleminin belirtilen rahatsızlığından kaynaklanıp kaynaklanmadığı, kullandığı ilaçların öfke kontrolünü etkileyip etkilemediği tıp uzmanlarından alınacak raporla tespit edildikten sonra dosyadaki diğer delillerle birlikte yeniden değerlendirilmek suretiyle oluşacak sonuca göre bir karar verilmelidir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmiş olması hatalı olmuştur.”*

57 Yarg. 22.HD., T.12.05.2015, E.2015/13224, K.2015/17215, www.kazancı.com

58 Aynı yöndeki başka bir kararda, *“ davacının gece vardiyasında işe başlamak için işyerinde bulunan soyunma odasında iş elbiselerini giydiği sırada dava dışı Niyazi K. isimli iş yerinde çalışan işçi ile sözlü olarak tartıştıkları bunun üzerine davacının Niyazi'ye küfür ettiği bu nedenle olayı başlatan ve iş yerinde çalışana küfürlü sataşmayı yapanın davacı olduğu anlaşılmıştır. Soyunma odası işyeri eklentisi niteliğinde olup, davacının eylemi nedeni ile 4857 sayılı İş Kanunu 25 /II- d maddesi gereği haklı fesih koşulları oluşmuştur”.*Yarg. 9.HD, E. 2009/4690, K. 2011/4821, T. 22.2.2011, www.legalbank.net

İşçinin işyerinde çalışan işverenin başka bir işçiye hakaretamiz sözler söylemesi haklı fesih nedenidir. İşçinin, personel sorumlusuna, "... sen eşek gibi cevap vereceksin..." şeklinde hakarete varacak sözler söylemesi bu konuda kendisini uyarın E.D.'nin üzerine yürüyerek "Sen kim oluyorsun, sen ne konuşuyorsun be!" diyerek fiili müdahaleye yeltenmesi İş Kanunu'nun 25/2-d maddesi kapsamında haklı fesih nedeni" olarak kabul edilmiştir.⁵⁹ Yine başka bir işçiye "**it herif, hayvan herif**" gibi sözler söylemesi işverenin diğer işçisine sataşma kapsamında haklı fesih nedeni oluşturur.⁶⁰

İşyerindeki çalışma arkadaşını fiziksel olarak yaralama da sataşma kapsamında hiç şüphesiz haklı fesih nedenidir. Yargıtayın 20.6.2012 tarihli kararında, sataşmayı başlatan davacı işçinin çalışma arkadaşını 3 gün iş ve güçten kalacak şekilde yaralaması karşısında iş sözleşmesi İş Kanununun 25/II-d maddesi uyarınca haklı nedenle feshedildiği sonucuna varılmıştır.⁶¹ 26.11.2008 tarihli Kararda bir başka işçiye bıçakla saldırma, boğazını sıkma eylemi karşısında haklı fesih yapılabileceği kabul edilmiştir; "*Somut olayda, davacının 30.5.2011 günü mola saati dışında bir başka işçi ile sohbet ederken görülen davacının hakkında tutulan tutanağı imzalamaması üzerine, personel müdürünün K. S. 'ye "parmak izini giriş çıkış yapmamak için iptal et nasıl olsa yanımıza gelecek " dediği, bunun üzerine parmak izinin iptal edildiği, ertesi gün yani, 31.5.2011 günü sabah işten çıkmak isteyen davacının parmak izinin okunmaması üzerine sinirlenerek mutfaktan aldığı bıçak ile aralarında K. S. 'nin de bulunduğu birkaç işçiye sataştığı hatta küfürler edip boğazına yapıştığı, bu olay üzerine işverence davacının iş akdinin, 1.6.2011 tarihli ihtarname ile 4857 sayılı Yasanın 25.maddesi uyarınca haklı nedenle feshedildiği anlaşılmaktadır.*"⁶²

59 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E.2009/4690, K. 2011/4821, T. 22.2.2011, www.legalbank.net

60 Yarg. 9.HD., E.2010/7988, K.2012/16556, T.10.05.2012, www.legalbank.net

61 Yarg. 9. HD., E. 2010/16789, K. 2012/23876, T. 20.6.2012, www.legalbank.net

62 Yarg. 7.HD., E.2013/9875, K.2013/16399, T.7.10.2013 www.kazanci.com

Haklı feshe sebebiyet veren fiziksel saldırı, yaralama ya da darp eyleminin başka işçinin bir hareketi sonucunda meydana gelmesi haklı fesih yetkisine etki etmez; "*Aynı bankanın bir başka işyerinde çalışmakta olan işçiye, işle ilgili bir nedenle işyerinde iken çıkan tartışma sonucu bıçakla saldırmak, işverenin başka işçisine sataşma halini oluşturur. Daha önce muhatabının kendisine tokat atması, davacının bu davranışındaki ağırlığı hafifletmez.*"⁶³ Görüldüğü gibi, sadece sözlü sataşmalarda karşı tarafın tahriki geçerli fesih nedeni sayılırken, eylemin fiziksel saldırıya dönüşmesi durumunda haklı fesih nedeninin var olduğu tartışmasız kabul edilmektedir.⁶⁴

63 Yarg. 9.HD.,E.1992/11640, K.1992/13978, T.22.12.1992, www.kazanci.com; Karara konu olan olayda, "*Davacı, davalı bankanın Erzurum Şubesinin Şef yardımcısı olarak çalışmıştır. Olay günü bankanın başka bir şubesinden görevle gelen bir muhasebeci ile karşılaştıklarında aralarında bir telefon bağlama meselesinden tartışma çıkmış ve muhasebeci kendisine bir tokat atmıştır. Olay orada bulunanlar tarafından yatıştırılmış, fakat biraz sonra binanın alt katında tekrar karşılaştıklarında davacı elinde bir bıçakla muhasebecinin üzerine yürümüş ve o sırada banka müşterileri ve personeli arasında panik başlamış, bağrışmalar olmuş, daha sonra güvenlik görevlileri gelerek elinden bıçağı almışlardır. Bu olay nedeniyle davacının hizmet akti feshedilmiştir. Davacının dosya arasında bulunan sicil özetinden de daha önceki tarihlerde uyarma cezalarının bulunduğu görülmektedir. Davacının bu hareketinin, işverene bildirimsiz fesih hakkı tanıyan 1475 sayılı İş Kanunu'nun 17. maddesinin II. bendinin (ç) fıkrasında yazılı olan işverenin başka işçisine sataşması halini oluşturduğu kuşkusuzdur. Daha önce muhatabının kendisine tokat atması, davacının bu davranışındaki ağırlığı hafifletmez. Bu durumda davacı ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanamayacağından bu isteklerin reddine karar vermek gerekirken, yazılı şekilde kabulüne karar verilmiş olması isabetli değildir.*" sonucuna varılmıştır.

64 "*Dosyadaki bilgi ve belgelere göre garson olarak işyerinde çalışan davacının yetkisi olmadığı halde girilmesi yasak olan işyeri bölümüne girdiği ve orada baklava yemesi üzerine kendisinin dava dışı olan bir başka işçi tarafından ikaz edildiği, bunun üzerine aralarında tartışma çıktığı, tartışma sırasında davacının söz konusu işçiye bana karışamazsın dediği ve bir de tokat vurduğu ve tartışmanın böylece kavgaya dönüşerek kendisinin de bıçaklandığı ve işverenin her iki işçiyi işten çıkardığı anlaşılmaktadır. Olayın bu cereyan şekline göre davacının eylemi 1475 sayılı İş Kanunu'nun 17/2-*

İşyerindeki bir kavgaya karışma da haklı fesih nedenidir. Zira işyerinde meydana gelen kavganın işyerinde bulunan gerek çalışanların gerek müşterilerin huzurunu bozacağı tabiidir.⁶⁵“Somut olayda dinlenen tanık beyanlarından ve dosya içeriğinden davacının davalı iş yerinde aynı makinede çalıştığı iş arkadaşı M. G. 'ya küfür ettiği ve bu küfürden sonra konunun müdüre intikal ettirildiği ve her iki işçinin görev yerlerinin değiştirilmesi için müdür konumundaki Hasan E. 'in yanına gittikleri ve Hasan E. 'in durumu yöneticiye bildirmek için gittiği sırada davacı ile iş yeri çalışanı olan M. G. 'nin müdürün odasında kavga ettikleri kavga neticesinde davacı ile M. G. 'nin yaralandıkları ve bu şekilde işyerinin düzenini bozacak nitelikte davranışlarda buldukları anlaşılmaktadır.

Davacının bu eylemi işverenin başka bir işçisine sataşmak olup, davacının iş akdinin buna dayalı davalı işveren tarafından 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/ II-d maddesi uyarınca haklı olarak feshedildiği sonucuna ulaşılmaktadır.”⁶⁶Aynı doğrultudaki 05.07.2010 tarihli kararda, “dosya içeriğinden, davacı işçinin feshe konu olayla ilgili olarak verdiği kolluk ifadesinde, bir başka çalışan ile karşılıklı olarak kavga ettiklerini açık bir şekilde beyan ettiği anlaşılmaktadır. Her ne kadar, kavganın ilk olarak kim tarafından başlatıldığı belirlenememişse de, sataşma ya da saldırı halinde işçinin ödevi, durumu amirlerine bildirmekten ibarettir. Bu durumda, davalı

ç bendindeki hali oluşturur ki böyle bir durum işverene sözleşmeyi feshetme hakkı verir. Böyle olunca davacı işçi ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanamayacağından davanın reddine karar verilmelidir.”Yarg. 9.HD., E.1998/8260, K.1998/10375, T.16.6.1998, www.kazancı.com

65 Yarg. 9.HD., E.2007/31168, K.2008/32289, T.26.11.2008, www.kazancı.com.

66 Yarg. 9.HD., E.2010/9703, K.2012/17155, K.15.04.2012, www.legalbank.net: “Davacının iddia ettiği işverenin her iki işçinin görev yerini ayırmaması hususu doğru olsa dahi davacıya diğer işçiye küfür etme ve darp etme hakkı vermez. Böyle olunca iş sözleşmesini davalı işveren haklı nedenle feshettiğinden davacının kıdem ve ihbar tazminatı alacaklarına hak kazanması mümkün değildir. Bu durumda kıdem ve ihbar tazminatı isteklerinin reddi gerekirken kabulü hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.”

işverence yapılan feshin haklı nedene dayandığı anlaşılmakla, davacının kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin reddi gerekirken kabulü yönünde hüküm kurulması bir başka bozma nedenidir.” denilmiştir.⁶⁷

İşçinin işyerindeki hiyerarşik amiri tarafından uyarılması sataşma kapsamında haklı fesih nedeni kabul edilmemektedir. “Davacının konumu itibarıyla amiri bulunduğu güvenlik görevlisine görevini aksatacak şekilde gazete okuması eylemine karşı çıkması sonucu gerçekleşen olay davacı işçinin işverenin diğer bir işçisine sataşması olarak nitelendirilemeyeceğinden işyerinde on iki yıllık kıdemi olan davacının iş sözleşmesinin işverence feshi haklı değildir.”⁶⁸

VI. FESİH HAKKINI KULLANMA SÜRESİ

İş Kanunu'nda, geçerli bir fesih nedeninin ortaya çıkması durumunda, işverenin iş sözleşmesini hangi süre içinde feshedebileceği belirtilmemiştir. Öğretiye ve Yargıtay'ın yerleşik içtihadına göre, geçerli nedenlerin varlığı durumunda, işverenin iş sözleşmesini iyi niyet kuralına göre “makul bir süre” içinde feshetmesi gerekir.⁶⁹ 166 sayılı Tavsiye Kararında makul bir

67 Yarg. 9.HD., E.2008/34785, K.2010/22104, T.05.07.2010; aynı doğrultuda, “Davacının işi yavaşlatma konusunda çıkan bir tartışma sırasında işverenin başka bir işçisine sataştığı dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Bu durum 1475 sayılı İş Kanunu'nun 17. maddesi 11. bendinin (d) fıkrasındaki işverene tazminatsız fesih hakkı veren hali oluşturur. Böyle olunca davacı ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanamayacağından davanın reddine karar vermek gerekirken, yazılı şekilde kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.”Yarg. 9.HD., E.1992/707, K. 1992/6408, T. 18.6.1992, www.kazancı.com

68 Yarg. 9.HD.,E.2006/1669, K.2006/18996, T.28.06.2006.Davacının davalıya ait işyerinde güvenlik amiri olarak çalışırken güvenlik görevlisi K.'nin görev sırasında gazete okuması nedeniyle uyarma görevini yaptığı, K.'nin kendisine karşı koyması üzerine çıkan tartışmada karşılık olarak birbirlerini darp ettikleri dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır.

69 Çelik, İş Güvencesi, s.36; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, İş Hukuku Dersleri, s.232; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, Bireysel İş Hukuku, s. 193-194; Süzek, İş Hukuku, s. 629; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, s.994-997; Akyiğit, İş Güvencesi, s.273; Soyer, İşçiyi

süre içinde fesih hakkının kullanılması öngörül- müştür. İşverenin, geçerli nedenin ortaya çıkma- sından sonra fesih hakkını kullanması bakımın- dan makul süre, her olayın özellikleri dikkate alınarak hâkim tarafından belirlenir.⁷⁰

Bozucu yenilik doğuran bir hak olması do- layısıyla haklı fesih yetkisinin kullanılması hak düşürücü süreye tabidir. İş Kanunu'nda işvere- nin ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırı hareke- te dayanan fesih hakkının kullanılabilceği süre açıkça düzenlenmiştir. İş Kanunu'nun 26. mad- desinin 1. fıkrasına göre, “*ahlak ve iyiniyet ku- rallarına uymayan hallere dayanarak işçi veya işveren için tanınmış olan sözleşmeyi fesih yet- kisi, iki taraftan birinin bu çeşit davranışlarda bulunduğunu diğer tarafın öğrendiği günden başlayarak altı işgünü geçtikten ve her halde fi- lin gerçekleşmesinden itibaren bir yıl sonra kul- lanılamaz.*” Altı işgünlük süre olayın karşı taraf- ça öğrenildiği tarihin ertesi günü başlar ve hafta tatili ile ulusal bayram ve genel tatil günleri altı işgünlük sürenin hesabında dikkate alınmaz.⁷¹ İşçinin “*tedavi süresinin ve istirahatli olunan sürenin hak düşürücü süreye bir etkisi bulunma- maktadır.*”⁷²

Bireysel Fesihlere Karşı Koruyan Yasal Düzenleme- lerin Genel Çerçevesi, s.56; *Güzel*, İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, s.80; *Aktay/ Arıcı/Kaplan-Senyen*, İş Hukuku, s.182; *Alpagut*, Yar- gıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendiril- mesi 2005 Yılı Semineri, s.88; *Manav*, Geçersiz Fesih, s.155; *Avcı*, Geçerli Nedenlere Dayalı Fesih Hakkının Kullanılmasında Makul Süre, s.92-93; Yarg. 9.HD., 24.10.2008, E.2007/29909, K.2008/28475; Yarg. 9.HD., 24.2.2005, E.2004/26035, K.2005/6332, [www. legalbank.net](http://www.legalbank.net) (14.7.2009); Yarg. 9.HD., 27.1.2005, E.2004/26072, K.2005/2011, Çankaya/Günay/Göktaş, İşe İade Davaları, s.105, dn.194.

70 *Göktaş*, İş Sözleşmesinin İşverence Feshi ve İş Güven- cesi, s.34; *Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal*, İş Huku- ku, s.994-997; *Aktay/Arıcı/Kaplan-Senyen*, İş Hukuku, s.182.

71 Yarg. 9. HD., 12.3.1979, 272/3884, T. Esener'in İncelemesi, İHU, İş K. m. 18, No:2; *Süzek*, İş Hukuku, s.730-731; *Tunçomağ/Centel*, İş Hukukunun Esasları, s.226-227.

72 Yarg. 9. HD., 4.4.2006, E.2006/3027, K.2006/8553, Legal İSGHD 2006/11, s.1030-1031.

Eğer önelsiz fesihlerde haklı sebebin varlı- ğı bir soruşturmayı gerektiriyorsa, altı işgünlük süre, bu soruşturmanın bitmesinden sonra söz- leşmeyi feshe yetkili kişi, makam veya organın soruşturma sonucunu öğrendiği tarihten itibaren hesaplanır.⁷³ Haklı sebebin, örneğin psikolojik taciz ve hakaret gibi eylemlerin devam ettiği hal- lerde, altı işgünlük sürenin geçtiğinden söz edi- lemez. Altı işgünlük sürenin hesabının eylemin son bulunduğu tarihten yapılması gerek- mektedir.⁷⁴ Hak düşürücü olan bu süreler içinde sözleşmenin haklı nedenle feshedildiğini ispat yükü işverene aittir. Hâkim de bu süreleri re'sen göz önünde bulundurur; çünkü zamanaşımında olduğu gibi, bu sürelerin durması ya da kesilmesi söz konusu olmaz.⁷⁵

VII. SONUÇ

İşçinin iş sözleşmesinin “işverenin başka işçi- sine sataşması” nedeniyle feshine ilişkin somut düzenleme İş Kanunu'nun 25/II-(d) bendinde bulunmaktadır. Haklı fesih ağırlığında olmayan sataşmalar ise İş Kanunu'nun 18.maddesi kap- samında işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli fesih nedeni oluşturur.

“Sataşma”, Türk Borçlar Hukuku literatürün- de kullanılmayan bir kavramdır. İş Kanunu'nun 25/II-d bendindeki “sataşma” kelimesi yerine “işçinin kişilik haklarını ihlal eden davranışta bulunma” ifadesi kullanılması hukuk terminolo- jisine daha uygun düşecektir.

73 Çelik/*Caniklioğlu/Canbolat*, İş Hukuku Dersle- ri, s.422; Yarg. 9. HD., 4.11.1998, E.1998/13233, K.1998/15588, İsv. D., Ocak 1999, s.17; Yarg. 9.HD., 16.3.2004, E.2003/13538, K.2004/5169, İBD 2004/4, s.1741-1742; Yarg. 9. HD., 5.5.2005, E.2004/26759, K.2005/15633, Legal İSGHD, 2006/9, s.245-246.

74 Çelik/*Caniklioğlu/Canbolat*, İş Hukuku Dersle- ri, s.422; Yarg. 9. HD., 29.1.2001, E.2001/15948, K.2002/1627, Tekstil İsv., Kasım 2002, s. 38-39; Yarg. 9. HD., 2.2.2009, E.2008/9790, K.2009/1003, Çalışma ve Toplum D., 2009/3, s.335-338

75 Yarg. 9. HD., 21.5.1996, E.1996/2279, K.1996/10938, *Ekonomi*, 1996 Yılı Kararları, s.168; *Oğuzman*, Hiz- met (İş) Akdinin Feshi, s.114; Çenberci, İş Kanunu Şerhi, s.596; *Ekonomi*, Ferdi İş Hukuku, s.215; Çe- lik/*Caniklioğlu/Canbolat*, İş Hukuku Dersleri, s. 423; *Narmanhoğlu*, Ferdi İş İlişkileri I, s.469-470; *Demir*, İş Hukuku ve Uygulaması, s. 348.

Sataşma, sadakat borcuna aykırılığın özel bir hali olarak kabul edilmekte ve genel olarak işçinin sadakat borcuna aykırılık oluşturan söz ve davranışları işverene fesih imkanı tanımaktadır. İşçinin kendisi tarafından değil de bir yakını tarafından gerçekleştirilen sataşmanın iş sözleşmesinin haklı nedenle feshine neden olup olmayacağı yönünde doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Sataşma eyleminde bulunan kişinin sadece işçinin bir yakını ya da arkadaşı olması haklı feshe yol açmaz, ancak olayda işçinin yönlendirmesi, etkisinin olması halinde haklı fesih yapılabilir.

Sataşma eyleminin iş süreleri dışında gerçekleşmesi de olayın özelliğine göre haklı fesih nedeni oluşturabilir. Şöyle ki, işyeri veya mesai saatleri dışında gerçekleşen sataşma olayı işyeri disiplinini ve çalışma düzenini doğrudan veya dolaylı biçimde olumsuz yönde etkiliyorsa haklı fesih nedeni oluşturacaktır.

Şaka niteliğini aşan davranışlar yargı kararlarında sataşma olarak değerlendirilmekte ve haklı fesih yapılabileceği kabul edilmektedir. Bir davranışın ne zaman şaka niteliğini aştığı ise her somut olayın özelliğine göre ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

Sataşma niteliğindeki ağır sözleri işçinin, işverenin veya vekilinin tahrikleri sonucu söylemesi, geçerli fesih nedeni sayılmaktadır. Sataşmanın işçinin rahatsızlığından kaynaklanması, kullandığı ilaçların bu duruma yol açması halinde haklı değil geçerli nedenle fesih yapılabilir.

İşçinin işyerinde çalışan işverenin başka bir işçisine küfretmesi, hakaretamiz sözler söylemesi, fiziksel olarak yaralaması, tartışmasız olarak İş Kanunu'nun 25/II-d bendi kapsamında haklı fesih nedenidir. İşyerindeki bir kavgaya karışma da haklı fesih nedeni oluşturur. Zira, işyerinde meydana gelen kavganın işyerinde bulunan gerek çalışanların gerek müşterilerin huzurunu bozacağı doğaldır. Bunun gibi, haklı feshe sebebiyet veren fiziksel saldırı, yaralama ya da darp eyleminin başka işçinin bir hareketi sonucunda meydana gelmesi haklı fesih yetkisine etki etmemektedir. Sadece sözlü sataşmalarda karşı

tarafın tahriki geçerli fesih nedeni sayılırken, eylemin fiziksel saldırıya dönüşmesi durumunda haklı fesih nedeninin var olduğu tartışmasız kabul edilmektedir.

Haklı ya da geçerli fesih nedenini ispat yükü işverenin üzerinde olup, sataşma eyleminin gerçekleştiği yazılı ya da sözlü her türlü delille ispat edilebilir. Bu konudaki kamera kayıtları, e-mail yazışmaları, tanık beyanları ve iş göremezlik raporu yanında sataşma eyleminde bulunan işçinin Karakolda ya da Savcılıkta verdiği ifade en önemli ispat araçları arasında yer almaktadır.

KAYNAKÇA

Aktay, Nizamettin/Arıcı, Kadir/Kaplan-Senay, Emine Tuncay: İş Hukuku, 6. Bası, Ankara 2013.

Akyiğit, Ercan: İctihatlı ve Açıklamalı 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi, I. Cilt, 3. Baskı, Ankara 2008.

- İctihatlı ve Açıklamalı 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi, II. Cilt, 3. Baskı, Ankara 2008.

- İş Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2014.

- Türk İş Hukukunda İş Güvencesi (İşe İade), Ankara 2007.

Alpagut, Gülsevil: Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2005 Yılı Semineri, Ankara 2007.

Arslan, Seda: İşverenin Haklı Nedenle Fesih Hakkı, İstanbul 2012.

Avcı, Mustafa: Geçerli Nedenlere Dayalı Fesih Hakkının Kullanılmasında Makul Süre, SİCİL İş Hukuku Dergisi, Mart 2007, s.92-93.

Bayram, Fuat: Türk İş Hukuku Açısından İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), Legal İSGHD 2007 Sayı: 14, s.552-574.

Baysal, Ulaş: İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Geçerli Sebep İle İş Sözleşmesinin Feshi, Ankara 2011.

Bozbel, Savaş/Palaz, Serap: İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Hukuki Sonuçları, TİSK Akademi, 2007/I, s. 67-81.

Çankaya, Osman Güven/Günay, Cevdet İlhan/Göktaş, Seracettin: Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, 2. Bası, Ankara 2006.

Çelebi, Özgün: İş İlişkisinde Manevi Taciz, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Erden Kotalp'e Armağan, C. I, İstanbul 2004, s. 691-719.

Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat: İş Hukuku Dersleri, 28. Bası, İstanbul 2015.

Çelik, Nuri: İş Güvencesi, İstanbul 2003.

Çenberci, Mustafa: İş Kanunu Şerhi, 6. Baskı, Ankara 1986.

Çil, Şahin: İş Kanunu Şerhi, I. Cilt, 2. Baskı, Ankara 2007.

- İş Kanunu Şerhi, II. Cilt, 2. Baskı, Ankara 2007.

Demir, Fevzi: En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, 5. Bası, İzmir 2009.

Ekonomi, Münir: İş Hukuku, C. I, Ferdi İş Hukuku, B. 3, İstanbul 1984.

- Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin 1997 Yılı Emsal Kararları, Ankara 1999.

Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim: Bireysel İş Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2014.

Göktaş, Seracetin: İş Sözleşmesinin İşverence Feshi ve İş Güvencesi, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:66, S.1, 2008, s.16-43.

Günay, Cevdet İlhan: İş Kanunu Şerhi, Cilt I, 3. Bası, Ankara 2009.

- İş Kanunu Şerhi, Cilt II, 3. Bası, Ankara 2009

- İş Davaları, Ankara 2009.

Güzel, Ali: İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, İş Güvencesi Esasları ve Uygulama Sorunları, Sendikalar Yasası Öngörülen Değişiklikler, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası Öngörülen Değişiklikler Semineri, İstanbul 2004, s.15-145.

Güzel, Ali/Ertan, Emre: İşyerinde Psikolojik Tacize (Mobbinge) Hukuksal Bakış: Avrupa Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukuk, Legal İSGHD 2007/14, s.509-549.

Kılıçoğlu, Mustafa/Şenocak, Kemal: İş Kanunu Şerhi, 3. Baskı, İstanbul 2013.

- İş Kanunu Şerhi, I. Cilt, 2. Bası, İstanbul 2008.

- İş Kanunu Şerhi, II. Cilt, 2. Bası, İstanbul 2008.

- İş Güvencesi Hukuku, İstanbul 2007.

Manav, Eda: İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçer-

siz Feshin Hüküm ve Sonuçları, Ankara 2009.

Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş: İş Hukuku, 6. Bası, Ankara 2014.

Narmanlıoğlu, Ünal: İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, 5. Bası, İstanbul 2014.

Odaman, Serkan: İşverenin Hizmet Sözleşmesini Ahlak ve İyiniyet Kuralları ve Benzerlerine Aykırılık Nedeniyle Fesih Hakkı, Ankara 2003.

Oğuzman, Kemal: Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet (İş) Akdinin Feshi, İstanbul 1955.

Savaş, Fatma Burcu: İşyerinde Manevi Taciz, Beta Yayıncılık, İstanbul 2007.

Savaş, Fatma Burcu: İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi, Beta Yayıncılık, İstanbul 2012.

Saymen, Ferit H.: Türk İş Hukuku, İstanbul 1954.

Soyer, Polat: İşçiyi Bireysel Fesihlere Karşı Koruyan Yasal Düzenlemelerin Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, İstanbul 2005, s.27-69.

Süzek, Sarper: İş Hukuku, 11. Bası, İstanbul 2015.

- İşçinin Yetersizliği veya Davranışları Nedeniyle Geçerli Fesih, A.Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005, s.565- 586.

Şakar, Müjdat: İş Kanunu Yorumu, 7. Bası, İstanbul 2015

Tınaz, Pınar: İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), 2. Bası, İstanbul 2008.

Tınaz, Pınar/Bayram, Fuat/Ergin, Hediye: Çalışma Psikolojisi ve Hukuki Boyutlarıyla İşyerinde Psikolojik Taciz (mobbing), 1. Bası, İstanbul 2008.

Tuncay, Can: İş Güvencesi Yasası Neler Getiriyor?, Çimento İşveren D., Ocak 2003, s.7-15.

Tunçomağ, Kenan: İş Hukuku I, Genel Kavramlar-Hizmet Sözleşmesi, İstanbul 1984.

Tunçomağ, Kenan/Centel, Tankut: İş Hukukunun Esasları, 7. Bası, İstanbul 2015.

Doç. Dr. Gaye Burcu YILDIZ *

Makale Gönderim Tarihi : 22 Ocak 2016

Makale Kabul Tarihi : 25 Ocak 2016

KAMU İŞVEREN SENDİKALARININ ALT İŞVERENLERCE YETKİLENDİRİLMESİNE İLİŞKİN YASAL DÜZENLEMENİN DEĞERLENDİRİLMESİ

ÖZ

Türk iş hukukunda son yıllarda kamu kesiminde ihaleler yoluyla çalıştırılan işçilerin yaşadıkları sorunlar büyük bir yer tutmaktadır. Son olarak 6552 sayılı kanun ile kamu kesiminde hizmet alım ihaleleri kapsamında çalıştırılan işçilerle ilgili düzenlemeler getirilmiştir. Bunlardan biri de kamu kesiminde hizmet alımı ihalesi kapsamında çalıştırılan işçilerin toplu iş sözleşmelerinin akdedilmesi için alt işverenin kamu işveren sendikasına yetki vermesi ile ilişkilidir. Bu düzenlemenin Anayasa'ya ve iş hukuku mevzuatına uygunluğu çeşitli açılardan incelenmesi gereklidir.

ANAHTAR SÖZCÜKLER: Kamu işveren sendikası, 6552 sayılı kanun, toplu iş sözleşmesi özerkliği, hizmet alımı ihalesi

THE EVALUATION OF THE LEGISLATION CONCERNING THE AUTHORISATION OF PUBLIC EMPLOYER ORGANISATIONS BY THE SUB-CONTRACTORS

ABSTRACT

In the recent years the problems of the workers who are employed by sub-contractors of the public sector employees constitutes one of the great subjects of Turkish labour law. Lately the law numbered 6552 has several articles about these workers. One of these articles is related with the authorisation of the public sector employer organisations by the public sector's sub-contractor in order to conclude a collective agreement for these workers. This article needs to be examined in various aspects in the light of Constitution and labour law legislation.

KEYWORDS: Public sector employer organizations, law numbered 6552, autonomy of collective agreement, tender of service procurement

*Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Ana Bilim Dalı - gbyildiz@gmail.com

1. Giriş

Son yıllarda kamu kesiminde işçi istihdam politikası, kadrolu işçi istihdam etmek yerine 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu çerçevesinde hizmet alım sözleşmesi yolu ile işçi temini olarak şekillendiği için uygulamada pek çok hukuki ve sosyal sorun ortaya çıkmaktadır.

4857 sayılı İş Kanununun asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulmasını sınırlaması, özellikle işçilik maliyetini düşürerek ucuz işgücü temin etmeyi önlemek için alt işveren ilişkisinin kurulmasının yasal koşullarını belirlemesi ve sınırlaması sonucunda kamu kurumlarında kurulmuş bulunan pek çok ilişki, yargı organı tarafından muvazaalı bulunmuş, alt işverenin işçileri muvazaa nedeniyle başlangıçtan itibaren asıl işverenin yani kamu kurumunun işçisi sayılarak işçilik alacaklarına hükmedilmiştir.

Bu gelişmeler karşısında kamuda istihdam politikası konusundaki tercihin değiştirilmesi yerine yıllar içinde asıl işveren-alt işveren ilişkisini kamu lehine düzenleme amacı taşıyan pek çok düzenleme yapılmıştır. Öncelikle kamu işverenlerinin özel kesim işverenlerine göre daha kolay asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurması amacıyla 2006 yılında 5538 sayılı Kanun ile İş Kanununun 2.maddesine sekizinci ve dokuzuncu fıkralar eklenmiştir. Bu fıkralar ile kamu makamlarına alt işveren ilişkisi kurulması konusunda ayrıcalık tanınmak istenmiştir.¹

Bu düzenlemeleri takip eden dönemde kamu makamlarında daha fazla alt işveren ilişkisi görülmeye başlamıştır.²

Öğretide isabetle belirtildiği üzere, bu iki fıkranın amacı kamu kesiminde hizmet alım ihaleleri ile çalışan işçilerin muvazaa iddiasında bulunarak asıl işveren olan kamu kurumunun işçisi sayılmalarının engellenmesidir.³ Bu düzenlemelerin eşitlik ilkesine aykırı olduğu, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi gerektiği

ifade edilmiş,⁴ özel kesim işvereni ile kamu kesimi arasında asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulması, hüküm ve sonuçları açısından farklı düzenleme getirilmesi iş hukuku öğretisinde haklı olarak eleştirilmiştir.⁵

Yargıtay da oluşturduğu içtihadı ile 5538 sayılı yasa ile eklenen fıkraların, İK 2.maddenin 6. ve 7.fıkralarında öngörülen sınırlamaları değiştirmedini, kamu işverenlerinin de asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulması için aranan yasal koşullara bağlı olduğunu, muvazaa ölçütlerinin değişmediğini, bu ölçütlerin kamu kesimi işvereni için de geçerli olduğunu tutarlı bir şekilde ifade etmiştir.⁶

Kamu kurum ve kuruluşlarında işçi istihdamının ihaleler yolu ile sağlanmasının iş hukuku açısından ciddi sonuçları olmuştur. Muvazaalı ilişki olduğu iddiaları, gerçekte alt işveren ilişkisi değil işçi temini amacıyla ihale yapıldığı, işçilik maliyetlerini düşürerek ucuz işgücü yaratıldığı, hizmet alım ihaleleri kapsamında çalışan işçilerin toplu iş hukukundan doğan haklarını kullanmadıkları gibi sorunlar son yıllarda iş yargısını ve iş hukuku öğretisini meşgul etmiştir.⁷ Kamu ihale mevzuatı ile iş hukukunun kavram ve ilkeleri arasında ortaya çıkan uyumsuzluk pek çok dava açılmasına neden olmuştur. Öğretide kamu ihale mevzuatının iş hukuku ile bağdaştırılması gerektiği haklı olarak ifade edilmiştir.⁸

İş Kanununun 2.maddesine eklenen fıkralara rağmen yargı organının isabetli olarak kamu kesiminde ihale yolu ile alt işverene verilen işlerin İK 2.maddede belirtilen koşullara uygun olup olmadığını denetlemesi, uygun olmayan asıl işveren-alt işveren ilişkilerinde muvazaa tespiti

1 Süzek 183; aksi görüş Çankaya-Çil, 48 vd; Aykaç, 111-113.

2 Ayrıntılı bilgi için bkz. Kabakcı, 83-84

3 Kabakcı, 91.

4 Süzek, 183-184; Ekmekçi, 1176-1177; Doğan Yenisey, Alt İşveren, 28; Aydın, 13; Kabakcı, 91.

5 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 54; Süzek, 184; Gerek, Hizmet Alım, 83; Ekmekçi, 1176; Kabakcı, 91; Aydın, Alt İşveren, 296 vd; Akyiğit, 20-21.

6 Y9HD, 19.2.2009, 33290/2942, kararın incelenmesi için bkz. Akyiğit, Sicil 17, 138-159; Y9HD, 21.1.2010, 41520/669, Legal İHSGHD, 25, 310-313; Y9HD, 16.4.2009, 42564/10854, Çalışma ve Toplum, 23, 342-344.

7 Ayrıntılı bilgi için bkz. Süzek, 179 vd.

8 Kabakcı, 86.

yapılması ya da bu durumun işçi temini olduğu belirtilerek bunun sonucunda alt işveren işçilerinin asıl işveren olan kamu işverenin işçisiyle aynı mali ve sosyal haklara sahip olduğuna karar verilmesi sonucunda kamu işverenleri ağır bir mali yükün altına girmiştir.

Bu alanda yaşanan bir diğer sorun alt işveren işçilerinin toplu iş hukukundan doğan haklarını kullanmalarında yaşanmıştır. Hizmet alım ihalelerinin süresinin genellikle bir yıl olması ve ihaleyi alan firmanın/şahsın değişmesine rağmen işçilerin uzun yıllar boyunca değişen alt işverenler nezdinde aynı kamu kurumunda çalışmaya devam etmesi karşısında işçilerin sendikal haklarını kullanamadıkları, sendika üyesi olmaları durumunda ise ihale süresinin kısa olması nedeniyle toplu iş sözleşmesi akdetmelerinin fiilen mümkün olmaması yargı organını meşgul eden diğer sorun olmuştur.

Söz konusu istihdam biçimi sadece işçiler açısından değil kamu kesimi işverenleri açısından da sıkıntılara neden olmuştur. Özellikle yıllar içinde değişen alt işverenler yanında çalışan bir işçinin iş sözleşmesinin fesih ya da emeklilik nedeniyle sona erdirilmesi durumunda, başta kıdem tazminatı olmak üzere, işçilik alacakları için alt işveren işçileri, doğrudan asıl işveren olarak kamu kurumlarını dava etmişlerdir. Alt işverenlerin genellikle ekonomik olarak güçsüz olması ya da yargılama sona erdiğinde alt işverenin hukuken mevcudiyetinin dahi kalmadığı durumlarda alt işveren işçisinin kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, iş güvencesi kapsamı içindeki işçiler söz konusu ise, iş güvencesi tazminatlarından ve ödenmemiş işçilik alacaklarından kamu işverenin asıl işveren sıfatıyla sorumlu tutulması ve bu ödemelerin kamu işvereni tarafından yapılması, kamu kesimi açısından büyük bir maliyetin yanı sıra öngörmedikleri bir dava yükü oluşturmuştur. Alt işveren işçileri, İş Kanununun 2.maddesindeki müteselsil sorumluluk gereği doğrudan kamu kesimi işvereni davaya dahil etmiş, dava sonucunda lehine alacak hükmedilmesi durumunda icra işlemlerini kamu işvereni aleyhine gerçekleştirmiştir.

Kamu kesimi işvereni, işçiye icra işlemleri sonucunda ödemeyi yaptıktan sonra ödediği miktarı rücu etmek için alt işverenlere dava açmaktadır. Ancak uygulamada sıkça görüldüğü üzere, bazı alt işverenler sadece kamu kurumundan ihale ile iş aldıkları süre boyunca hukuken varlıklarını devam ettirmektedirler. İhale süresi sona erdikten sonra bazı alt işverenlere, rücu hakkının kullanılması aşamasında ulaşmak dahi mümkün olmamaktadır. Bunun sonucunda kamu kesimi üzerinde ana para borcunun yanı sıra uzun süren yargılama nedeniyle de artan yüksek faiz ödemesinden kaynaklanan büyük bir mali yük kalmıştır.

Kamuoyunda bu istihdam tercihinin yarattığı olumsuz sonuçlar nedeniyle oluşan rahatsızlık büyümüş, kamuda alt işverene bağlı olarak çalışan işçilerin durumu, deyim yerindeyse sosyal bir sorun haline gelmiştir. Bu duruma çözüm getirebilmek amacıyla yasa koyucu bu kez, uygulamada torba kanun olarak adlandırılan, 6552 sayılı “İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun” ile birtakım düzenlemeler getirmiştir. 6552 sayılı kanunun iş ve sosyal güvenlik hukuku açısından getirdiği düzenlemelerden sadece alt işverenin kamu işveren sendikasını yetkilendirerek toplu görüşmelerin yürütülmesi ve toplu iş sözleşmesinin akdedilmesi konusundaki maddesi bu incelemenin konusunu oluşturmaktadır.

2. “İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun” ile getirilen ve kamu işveren sendikalarının yetkilendirilmesine ilişkin düzenlemeler

6552 sayılı Kanununun 13. maddesi, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 8. maddesine bir fıkra eklemiştir. Madde gerekçesinde, toplu iş sözleşmeleriyle elde edilen ücret ve diğer sosyal hakların kamu ihale mevzuatındaki hükümler nedeniyle uygulanmadığı, bu nedenle kamuda çalışan alt işveren işçilerinin sendi-

kal haklarını kullanabilmelerinin sağlanmasının amaçlandığı ifade edilmektedir.⁹

6552 sayılı kanun ile getirilen düzenleme şu şekildedir: “4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 62 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca ihale edilen işlerde, 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununun 2 nci maddesinde tanımlanan asıl işveren-alt işveren ilişkisi çerçevesinde alt işveren tarafından münhasıran bu Kanun kapsamına giren kamu kurum ve kuruluşlarına ait işyerlerinde çalıştırılan işçileri kapsayacak olan toplu iş sözleşmeleri; alt işverenin yetkilendirmesi kaydıyla merkezi yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin üyesi bulunduğu kamu işveren sendikalarından birisi tarafından 18/10/2012 tarihli ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu hükümlerine göre yürütülür ve sonuçlandırılır. Toplu iş sözleşmesinin kamu işveren sendikası tarafından bu fıkraya göre sonuçlandırılması hâlinde, belirlenen ücret ve sosyal haklardan kaynaklanan bedel artışı kadar idarece fiyat farkı ödenir. Kamu işveren sendikası tarafından yürütülmeyen ve sonuçlandırılmayan toplu iş sözleşmeleri için fiyat farkı ödenemez, 4857 sayılı Kanunun 2 nci maddesinin yedinci fıkrası esas alınarak asıl işveren sıfatından dolayı ücret farkına hükmedilemez ve asıl işveren sıfatıyla sorumluluk yüklenemez. Bu fıkranın uygulanmasına ilişkin esas ve usuller, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının görüşü alınmak suretiyle Maliye Bakanlığınca belirlenir.”

Düzenlemenin hukuki açıdan değerlendirilmesine geçmeden önce Türkiye’de işveren sendikacılığının gelişimi ve kamu işveren sendikaları hakkında kısaca bilgi vermek faydalı olacaktır.

Türk İş Hukukunda işveren sendikacılığının gelişimine baktığımızda 1946 yılında Cemiyetler Kanunu’nda yer alan “sınıf esasına dayalı” dernek kurulması yasağının kaldırılması, ardından da 1947 yılında 5018 sayılı ‘İşçi ve İşveren Sendikaları ve Sendika Birlikleri Hakkında Kanun’un yürürlüğe girmesi ile ilk adımların atıldı-

ğı görülmektedir.¹⁰ Ancak sendikacılık alanında gerçek hareketlenme 1961 Anayasası’nın kabulünden sonra yaşanmıştır. 1961 Anayasası’nın kabulünden sonraki dönemde kamu ve özel kesim işverenlerinin birlikte örgütlenmesi için çabaların gösterildiği, kamu kesimi işverenlerinin istemelerine rağmen, bu konuda üst düzeydeki kamu otoritelerinin gösterilen isteksizlik nedeniyle kamu işverenlerinin işveren sendikalarına üye olmamalarının işveren camiasını ikiye böldüğü konusunda, işveren camiası içinde eleştirilere rastlanmaktadır.¹¹

Belirtilmelidir ki 1961 Anayasası’nın kabulünden sonra yürürlüğe giren 274 ve 275 sayılı kanunlarda kamu işvereni-özel kesim işvereni arasında işveren sendikasına üyelik açısından bir farklılık bulunmamaktadır. Dolayısıyla aynı işkolunda faaliyet gösteren bir kamu işvereni ile özel kesim işvereni aynı sendika altında örgütlenme olanağına hukuken sahip bulunmaktaydı.

1982 Anayasası’nın kabul edilmesinden sonra toplu iş hukuku alanını düzenleyen 2821 ve 2822 sayılı kanunların uygulandığı dönemde ise kamu kesimi işverenleri ile özel kesim işverenlerinin aynı işveren sendikası altında örgütlenmesi imkanı fiilen bulunmamaktadır. 2821 sayılı Sendikalar Kanunu Türk Hukukunda ilk kez kamu işveren sendikası kavramını getirmiştir.

2821 sayılı Sendikalar Kanunu’nun 3/2.maddesi uyarınca “İşveren sendikaları, işkolu esasına göre bir işkolunda ve Türkiye çapında faaliyette bulunmak amacı ile bu işkolundaki işverenler tarafından kurulur. Kamu işveren sendikalarının, aynı işkolundaki kamu işverenleri tarafından kurulması ve aynı işkolunda faaliyette bulunması şartı aranmaz.” Anılan düzenlemenin gerekçesinde “Devlet en büyük işverendir. Ancak kamu kesiminde yıllık programlarda da amaçlanan kamu işverenlerine sendikalaşabilme imkanı sağlanması için hüküm getirilmiştir. Devletin her işkolunda Dernekler Kanununa göre yeterli sayıda işvereni bulup örgütlenmesi mümkün ol-

9 Gerek, 9-10.

10 Esin, 171,173; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 556 vd; Tuncay-Kutsal, 8-9; Sur, 14 vd.

11 TİSK 1964 yılı GK raporu; Esin, 237, dn 296.

madığından, devlet işkolları ile bağlı olmaksızın serbestçe kamu işveren sendikalarını kurabilecek, gerektiğinde tüm işkolları için kuracağı bir veya birkaç kamu işveren sendikası ile kamu kesiminde ücretler ve sosyal yardımlar arasındaki adalet ve eşitliği sağlayabilecektir” ifadelerine yer verilmiştir.¹²

Yasa ve gerekçesinde ifade edilen düzenlemeler doğrultusunda Kamu İşveren Sendikaları, Başbakanlığın 06.02.1986 gün ve 1986/1 sayılı genelgesi doğrultusunda teşkilatlanma çalışmalarını yürütmüşler, işçi çalıştıran kamu kurum ve kuruluşlarının tümü öngörülen program çerçevesinde Tühis, Kamu-İş ve Türk Kamu-Sen adı altında faaliyet gösteren kamu işveren sendikalarına üye olmuşlardır.¹³ Bugün faaliyet gösteren kamu işveren sendikaları ise Kamu-İş Sendikası ve Tühis’dir.

Kamu kesimi işverenlerinin, kamu işveren sendikalarında örgütlenmeleri esasına 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nda (STSK) da yer verilmiştir. Anılan Kanunun 3/2. maddesi “Kamu işveren sendikalarının, aynı işkolundaki kamu işverenleri tarafından kurulması ve faaliyette bulunması şartı aranmaz” hükmünü içermektedir.

6552 sayılı Kanun ile getirilen düzenleme uyarınca, alt işverenin yetkilendirme yapabilmesi için kamu makamından aldığı işin 4734 sayılı kanunun 62/e maddesi uyarınca ihale edilmesi gerekir. Ayrıca bu kapsamda kurulan asıl işveren-alt işveren ilişkisinde alt işverenin münhasıran 4735 sayılı kanunun kapsamına giren kamu kurum ve kuruluşlarında çalıştıracağı işçiler için yapılacak toplu görüşmede yetkilendirme mümkündür.

Yukarıda yer verilmiş olan madde metninde alt işveren terimi kullanılmakla birlikte kanaatimizce burada İş Kanununun 2.maddesi kapsamında bir asıl işveren-alt işveren ilişkisi bulunmamaktadır. Kamu kesiminde 4734 ve 4735 sayılı kanunlar çerçevesinde kurulan hizmet

alımı ilişkilerinin ihaleleri, idari ve teknik şartnameleri incelendiğinde yapılacak işin açıkça tanımlandığı, bu işin ne kadar süreyle, kaç işçi tarafından yapılacağı belirtilmediği, hatta işçilerin ulusal bayram ve genel tatil günlerinde ne kadar fazla çalışma yapacaklarının dahi belirlenmiş olduğu, ihale kapsamında çalıştırılacak işçilere ödenecek ücretin, asgari ücretin belli bir miktar üstünde belirlenerek teklif hazırlanması gerektiğine ilişkin maddelere rastlanmaktadır. Dolayısıyla burada amaç İş Kanununun 2.maddesinde yasal koşulları belirlenmiş olan asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurmak değil, belli bir işin yapılması için ucuz maliyetle işçi teminidir. İşçi teminine yönelik sözleşmeler mevcut yasal düzenlemeler karşısında mümkün olmadığından bu sözleşmelerin geçersiz sayılması ve ihale kapsamında ‘görünürde’ alt işveren işçisi olan işçilerin ‘gerçekte’ kamu kurumunun işçisi olarak değerlendirilmesi gereklidir.¹⁴ Bu konudaki görüşümüz işçi temini amacıyla yapılan hizmet alımı ihalelerinin taraflarını asıl işveren-alt işveren olarak tanımlamanın hukuken isabetli olmadığıdır. Ancak inceleme konumuz olan 6552 sayılı Kanun ile getirilen düzenlemede ‘asıl işveren-alt işveren’ kavramlarına yer verildiğinden terimlerde tutarlılık olması açısından, kişisel görüşümüz saklı tutularak, yapılacak değerlendirmede bu kavramlar kullanılacaktır.

6552 sayılı Kanun ile getirilen düzenleme, hizmet alım ihaleleri ile kurulan asıl işveren alt işveren ilişkisinde, alt işverenin işçileri için yapılacak toplu iş sözleşmesinin, alt işverenin yetkilendirmesiyle, asıl işveren durumunda olan kamu kurumunun üyesi olduğu kamu işveren sendikası tarafından yürütülmesini, bunun sonucunda bağlanacak toplu iş sözleşmesi sonucunda ihale koşullarında belirlenmiş olan maliyetin aşılması durumunda, aradaki farkın kamu kurumunca alt işverene ödenmesini düzenlemektedir.

Ayrıca kamu işveren sendikası tarafından yürütülmeyen ve sonuçlandırılmayan toplu iş sözleşmeleri için alt işverene fiyat farkı ödenmeyeceği, bu nitelikteki sözleşmelerden dolayı asıl

¹² <http://www.kamu-is.org.tr/tarihce.htm>

¹³ <http://www.tuhis.org.tr/index.php?go=icerik&nere-si=altSayfa&Id=3>

¹⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz.Süzek, 179 vd.

işveren durumunda olan kamu kuruluşunun İK 2/7 uyarınca alt işveren işçilerine karşı sorumlu tutulamayacağı düzenlenmiştir. Aynı düzenlemenin detayları aşağıda ayrıntılı olarak değinilecek olan yönetmelikte de tekrarlanmıştır.

Dolayısıyla madde hem yetkilendirmenin hangi durumlarda yapılacağını, yetkilendirmenin hüküm ve sonuçlarını, yetkilendirme yapılmaması durumunda ise ortaya çıkacak sonuçları düzenlemektedir.

Madde metninde çıkarılacağı ifade edilen yönetmelik de “Personel Çalıştırılmasına Dayalı Hizmet Alımlarında Toplu İş Sözleşmesinden Kaynaklanan Fiyat Farkının Ödenmesine Dair Yönetmelik” adı altında 22.1.2015 tarihli 29244 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. Yönetmeliğin yürürlüğe girmesinden kısa bir süre sonra yönetmelikte değişiklik yapılmış, yönetmeliğin son hali 17.3.2015 tarih ve 29298 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Yönetmeliğin 4/2.maddesi uyarınca “...Yetki tespit başvurusuna; ihale sözleşmesini yürüten idareden temin edilecek sözleşme konusu işin 4734 sayılı Kanunun 62 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi kapsamında olduğunu, alt işverenin unvanını, işin niteliğini, sözleşme kapsamındaki işyeri/işyerlerinin Sosyal Güvenlik Kurumu sicil numarası/numaralarını, sözleşmenin başlangıç ve bitiş tarihleri ile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca belirlenecek diğer bilgileri ihtiva eden resmi yazı eklenir. İhale sözleşmesini yürüten kamu kurum ve kuruluşu, talep tarihinden itibaren en geç on gün içinde bu bilgileri işçi sendikasına vermek zorundadır.” Görüldüğü üzere, işçi sendikası, kamu kurumunda örgütlenmesi durumunda yetki tespiti için başvuruda bulunurken, normalde özel kesim işyerleri için yetki tespit başvurusunda ibraz etmek zorunda olmadığı belgeleri Bakanlığa sunmakla yükümlü tutulmuştur.

Yönetmelik, alt işverenin yetkilendirme yapabileceği süreyi de belirlemiştir. Yönetmeliğin 4/3.maddesi uyarınca yetki belgesinin alt işverene tebliği tarihinden itibaren on gün içinde alt

işveren, kamu işveren sendikasını yetkilendirebilir. Bu süre geçirildikten sonra kamu işveren sendikası, yetkilendirmeyi kabul edip toplu görüşmeyi yürütemez. Dolayısıyla buradaki on günlük süre, hak düşürücü süredir. Alt işveren yetkilendirme yapmışsa, on günlük süre içinde durumu işçi sendikasına da bildirmek zorundadır. Yönetmeliğin 4.maddesinin üçüncü fıkrasının son cümlesi uyarınca yetkilendirmenin şekli ve içeriğine ilişkin hususların, Maliye Bakanlığının uygun görüşünün alınması kaydıyla, kamu işveren sendikalarınca müştereken belirlenecektir. Kamu-İş ve Tühis Sendikaları, Maliye Bakanlığınca uygun görülen usul ve esasları belirtmişlerdir. Kamu işveren sendikaları, yetkilendirme işlemi sırasında ibrazı gereken belgeleri, yetkilendirme yazısı örneğini oluşturarak uygulamada kolaylık sağlamaya çaba göstermişlerdir.¹⁵

Alt işveren ile kamu işveren sendikası arasındaki ‘yetkilendirme’ işleminin hukuki niteliği üzerinde durulmalıdır. 6552 sayılı Kanun ile getirilen düzenlemede kamu işveren sendikası kendisine üye olmayan, hatta üye olması hukuken mümkün olmayan bir ‘özel kesim’ işvereni adına toplu görüşmeye taraf olmakta, görüşmeleri yürütmekte, toplu iş sözleşmesi akdetmekle yetkili kılınmaktadır.

Türk hukukunda işveren sendikası üyesi olabilmek için, 6356 sayılı Kanun uyarınca işveren ya da işveren vekili sayılmak şarttır. Kamu işveren sendikası üyesi olabilmek için ise, işverenin kamu kurumu olması zorunludur. Sendika ile üyesi arasındaki ilişkinin hukuki niteliği konusunda farklı fikirler ileri sürülmüştür. Üyelik sonucunda sendika ile üyesi arasında kurulan hukuki ilişkinin çift karakterli sürekli bir hukuki ilişki (sözleşme) olduğunu ileri süren Tuncay’a göre bu ilişki hem kişiler hukukuna hem de malvarlığı hukukuna özgü hak ve borçlar yüklemektedir.¹⁶

6552 sayılı Kanunun getirdiği sistem, kamu işveren sendikası ile alt işveren arasında bir üye-

15 Ayrıntısı için bkz. <http://www.tuhis.org.tr/index.php?go=haberdetay&haberId=200>

16 Tuncay, Sendika Üyeliği, 103-105; Tuncay-Savaş Kutlal, 83.

lik ilişkisi doğurmamaktadır. Buradaki ilişki, borçlar hukuku anlamında ‘vekalet’ sözleşmesidir. Ancak vekalet sözleşmesi kurulabilmesi için, iki taraflı her özel hukuk ilişkisinde olduğu gibi, ilişkinin taraflarının birbirlerine uygun ve karşılıklı irade beyanlarının uygunluğu aranır. Borçlar hukuku anlamında vekalet sözleşmesinde vekil, kendisine yöneltilen isteği kabul etmek zorunda değildir. Sözleşme özgürlüğü çerçevesinde bu sözleşmeyi kurup kurmayacağına bağımsız olarak karar verir. Oysa 6552 sayılı Kanun ile 4735 sayılı Kanuna eklenen fıkra ve ilgili yönetmelik hükümleri incelendiğinde kamu işveren sendikasının, belli koşulların varlığı durumunda ve öngörülen on günlük süre içinde yapılan bu yetkilendirmeyi kabul etmek ve toplu iş sözleşmesi görüşmelerini alt işveren adına yürütmek zorunda olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu durum kamu işveren sendikasının tüzel kişilik olarak sahip olduğu fiil ehliyetine sınırlama getirmektedir. Ayrıca kamu işveren sendikasının, hiç tanımadığı, hakkında bilgi sahibi olmadığı bir özel kesim işvereni için ‘vekalet’ hükümleri gereğince toplu iş sözleşmesi görüşmelerini yürütmesi de uygulamada aşağıda ayrıca değineceğimiz sorunlara neden olmaktadır.

Alt işverenin yetkilendirme yapması konusunda da iradesinin bağımsız olduğundan söz etmek mümkün değildir. Madde düzenlemesinde açıkça alt işverenin yetkilendirmemesi durumunda toplu iş sözleşmesi sonucunda ortaya çıkacak fiyat farkının ödenmeyeceği belirtildiğinden alt işveren üzerinde de ‘ekonomik bir baskı’ kurulduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Ekonomik baskı altında yapılan bu yetkilendirme, işverenin iradesini sakatlayacak düzeyde olmasa dahi bu konuda verilecek kararın alt işverence serbestçe verildiğinden söz edilemez.

Aydınlı’ya göre, 6552 sayılı Kanunla getirilen düzenleme uyarınca kamu kesiminde iş alan işveren, kendi işçileri için yürütülecek toplu görüşmenin tarafı olamayacaktır. İşçi sendikası da yetki belgesini aldıktan sonra alt işverene karşı işlemleri yürütemeyecek, alt işverenin kamu işveren sendikasını yetkilendirmesi durumunda

işlemleri kamu işveren sendikasına karşı yürütebilecektir. Aynı görüşe göre, alt işverenin kamu işveren sendikalarını yetkilendirmemesi durumunda alt işverenin toplu iş sözleşmesi görüşmelerini yürütmesi ve toplu iş sözleşmesi imzalaması, işveren tarafının ehliyetsizliği sonucunu doğuracak ve toplu iş sözleşmesi butlanla malul olacaktır.¹⁷

Söz konusu düzenleme, alt işverenin toplu iş sözleşmesinin tarafı olmasına engel getirmemekte sadece alt işverenin kamu işveren sendikasını yetkilendirmemesi durumunda toplu iş sözleşmesinden doğacak fiyat farkının ödenmeyeceğini ifade ederek, alt işvereni mali açıdan doğacak ek yükümlülükle karşı karşıya bırakmaktadır. Bunun ötesinde alt işverenin, kendi işçileri için yapılacak bir toplu iş sözleşmesinin işveren tarafını oluşturmasına hukuken bir engel getirmemektedir. Bu nedenle alt işverenin yetkilendirme yapmayarak kendisinin toplu görüşmeleri yürütmesi ve toplu iş sözleşmesini imzalaması durumunda hukuken geçerli bir toplu iş sözleşmesi bulunduğu kabul edilmelidir. Bilindiği üzere toplu iş hukukunda işveren sendikasına üye olmayan işveren kendi işyerleri için toplu iş sözleşmesi yapmaya ehliyetli ve yetkilidir.¹⁸ Açıklanan bu gerekçelerden dolayı yukarıda ifade edilen görüş katılmadığımızı belirtmek gereklidir.

Ayrıca işçi sendikası yetki belgesini aldığı anda 6356 sayılı STSK uyarınca gerekli işlemleri yapmak durumunda olup, aksi takdirde yetki belgesinin düşmesi yaptırımı ile karşı karşıya kalacaktır. Bu nedenle alt işverenin kamu işveren sendikasını yetkilendirdiğini bilmesi mümkün olmayan işçi sendikasının, alt işverene karşı gerekli işlemleri yürütmesi, STSK hükümleri uyarınca yetki belgesinin geçerliliğini koruması açısından gereklidir. Toplu görüşme çağrısı yapıldığı sırada sendikaya üye olmayan işveren, toplu görüşme sürecinde sendikaya üye olursa, üyelik tarihinden itibaren toplu görüşme sürecini işveren sendikası yürütecektir¹⁹. Burada da aynı

17 Aydınlı, 95-96.

18 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 686; Sur; 268; Tuncay-Kutsal, 215-217.

19 Tuncay-Kutsal, 241; Sur, 290.

yorumun geçerli kabul edilmesi, işçi sendikasının yetkilendirmeden haberdar edilene kadar, (alt) işverene karşı yürüttüğü işlemlerin, örneğin toplantı günü için çağrıda bulunma gibi, geçerli sayılması gereklidir.

Öğretide 6552 sayılı yasanın 13.maddesinin gerekçesinde ifade edilen kamudaki alt işveren işçilerinin kanuni haklarını kullanabilmelerinin önünü açmaya çalışmanın yerinde bir yaklaşım olduğu ancak madde düzenlemesi ile getirilen yolun isabetli olmadığı, düzenlemenin kendi içinde pek çok boşluk içerdiği ifade edilmiştir. Asıl işveren durumundaki kamu kurumunun kamu işveren sendikasına üye olmaması veya alt işverenin yetki vermemesi durumunda yaşanacak sorunlar göz ardı edildiğinden, bu olasılıkların gerçekleşmesi durumunda uygulamadaki sıkıntılar devam edeceği haklı olarak belirtilmiştir.²⁰

Burada üzerinde durulması gereken bir diğer husus, ihale kapsamında iş alan alt işverenin işveren sendikasına üye olması durumudur. Kamu kurumundan hizmet alımı ihalesi ile iş alan işveren, hali hazırda bir işveren sendikasına üye ise bu durumda işçi sendikası yetki belgesini aldıktan sonra (alt) işverenin üyesi bulunduğu sendikaya çağrı yapmak zorundadır. STSK 41/4 hükmü uyarınca sendika üyesi bir işveren için toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi üyesi bulunduğu sendikaya aittir. İşveren sendikasına üye olan bir işverenin, buna rağmen kamu işveren sendikasını yetkilendirmesi mümkün olmamak gerekir. 6552 sayılı Kanunla getirilen düzenleme bu olasılığı hiç dikkate almadan hazırlanmış görünmektedir.

Yönetmeliğin hukuken en sorunlu düzenlemeleri kanaatimizce dördüncü maddesinin dördüncü ve yedinci fıkralarıdır. Yönetmeliğin 4. maddesinin dördüncü fıkrası, 6652 sayılı kanunla getirilen düzenlemede olduğu gibi, kamu işveren sendikası tarafından yürütülmeyen ve 6356 sayılı Kanun hükümlerine göre sonuçlandırılmayan toplu iş sözleşmeleri için fiyat farkı ödenmeyeceğini, ayrıca 4857 sayılı Kanunun 2. maddesinin yedinci fıkrası esas alınarak asıl işveren sıfatından dolayı

20 Gerek, 10.

ücret farkına hükmedilemeyeceğini ve asıl işveren sıfatıyla sorumluluk yüklenemeyeceğini ifade etmektedir.

Alt işverenin, kamu kurumunun üyesi olduğu kamu işveren sendikasını yetkilendirmeyerek toplu görüşmeyi kendisinin yürütmesi ve toplu iş sözleşmesi imzalaması sonucunda, ihale şartnamesi ile toplu iş sözleşmesi arasında ortaya çıkan fiyat farkının idare tarafından ödenmeyeceğinin belirtilmesi makul görülebilmekle birlikte, bu durumda kamu kurumunun asıl işveren sıfatı nedeniyle alt işverenin işçisine karşı İş Kanunundan doğan müteselsil sorumluluğunun ortadan kaldırılması mümkün olmamak gerekir.²¹

Maddede alt işverenin yetkilendirme yapmaması durumunda akdedilecek toplu iş sözleşmesi sonucunda oluşacak fiyat farkının ödenmeyeceğinin belirtilmesi, ihale sonucunda oluşan asıl işveren-alt işveren ilişkisinin taraflarını ilgilendirir. Burada kamu kesimi işverenin alt işverene karşı olan sorumluluğunu sınırlaması kabul edilebilir. Ancak maddenin getirdiği düzenlemenin ikinci kısmı olarak nitelendirebileceğimiz, kamu kurumunun asıl işveren sıfatından doğan müteselsil sorumluluğundan kurtulması, bir diğer deyişle alt işverenin işçisine karşı İş Kanunundan doğan sorumluluğunun sınırlandırılması makul ve hukuka uygun görülemez. İhale bedeli ile toplu iş sözleşmesi sonucunda ortaya çıkan işçilik maliyetleri arasında ortaya çıkan farkın, alt işveren tarafından ihale ile iş aldığı kamu makamından istenememesi ile alt işveren işçisinin ödenmemiş alacaklarını asıl işverenden talep etmesi birbirinden farklı hukuki sorunlardır ve ayrı değerlendirilmelidirler.

Kamu kesimi işverenin asıl işveren olarak sorumluluklarını azaltma ya da tamamen ortadan kaldırmaya yönelik çabalara yargı organı tarafından yıllardır istikrarlı biçimde izin verilmemektedir. Yukarıda incelediğimiz hükümler kamu kesimi ve özel kesim işverenleri arasında Anayasanın 10.maddesinde ifadesini bulan eşitlik

21 Aydın, 97, yazar, kamu işverenlerinin asıl işveren olarak müteselsil sorumluluklarını ortadan kaldıracağı yönündeki düzenlemenin de İK 2/6.fıkradaki müteselsil sorumluluk ile çatıştığını ifade etmiştir.

ilkesine aykırı durumu bir kez daha ortaya çıkarılmaktadır. Özel kesim işverenin, İK 2/7.fikrasında düzenlenmiş olan müteselsil sorumluluğu alt işveren işçisine karşı sınırlanamadığına ya da ortadan kaldırılamadığına göre²² asıl işveren konumunda olan kamu kurumunun da bu sorumluluktan kurtulması ya da söz konusu sorumluluğu sınırlaması mümkün olmamak gerekir.

6552 sayılı Kanun aleyhine Anayasa'ya aykırılığı iddiası ile açılan iptal davasının dilekçesinde söz konusu maddenin diğer bir yönüyle de eşitlik ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. İptal talebinde anılan düzenlemenin Anayasa'nın 10.maddesinde ifadesini bulan eşitlik ilkesine aykırılığı şu ifadelerle dile getirilmiştir; "...Anayasanın 10. maddesinde kurallaştırılan 'kanun önünde eşitlik ilkesi' ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin ihlâli yasaklanmıştır. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasada öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez. 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca ihale edilen işlerde, yüklenicilerin hukuksal durumları arasında herhangi bir fark yoktur. Anayasanın 53.maddesi ile 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu hükümleri uyarınca işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında yapılacak toplu iş sözleşmesinin, işçi sendikası ile alt işverenin yetkilendirmesi üzerine kamu işveren sendikalarından biri arasında yapılması durumunda fiyat farkı verilmesi, buna karşın Anayasa ve 6356 sayılı Kanuna göre yapılması durumunda fiyat farkı verilmemesi yanında 4857 sayılı Kanunun 2. maddesinin yedinci fıkrası esas alınarak asıl işveren sıfatından dolayı ücret farkına hükmedilememesi ve asıl işveren sıfatıyla sorumluluk yüklenememesi boyu-

tuna taşınarak hukuksal durumları aynı olan alt işverenler yanında hukuksal durumları aynı olan alt işveren işçileri arasında ayrımcılık yapılması, Anayasanın 10. maddesindeki 'yasa önünde eşitlik' ilkesine aykırılık oluşturur..." *İptal talebinde ayrıca, alt işverenin yetkilendirme yapmaması durumunda fiyat farkının ödenmeyeceğinin ve kamu kurumunun asıl işveren olarak sorumlu tutulamayacağı belirtilmiş olmasının, deyim yerindeyse, alt işverence yetkilendirme yapılmasının cezasının işçilere yüklenildiği anlamına geldiği, bu durumun Anayasanın 2. maddesinde ifade edilmiş olan hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu, zira alt işverenin yaptığı/yapmadığı eylem nedeniyle işçilerin yasal haklarının ortadan kalkmasının, adil ve hakkaniyete uygun olmadığını, bu durumun kamu yararıyla da bağdaşmadığı ifade edilmiştir. Alt işveren tarafından yetkilendirme yapılmaması durumunda alt işverenin işçilerine karşı asıl işverenin İK 2/7.fıkra uyarınca sorumlu tutulamayacağı Anayasa'nın 36.maddesinde hükme bağlanmış olan hak arama özgürlüğüne de aykırılık içerdiği, bütün bu gerekçelerden dolayı söz konusu düzenlemenin Anayasanın 2., 10., 36, ve 51. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle iptali talep edilmiştir.*

Anayasa Mahkemesi, iptal talebini esastan incelemiş ve verdiği kararda *şu ifadeleri kullanmıştır*; "...4734 sayılı Kanun'un 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca özel kesime ihale edilen işlerde çalışan işçilerin aldıkları ücretlerin ihale sonucu imzalanan hizmet alım sözleşmesindeki fiyat artışı koşullarına endekslenmesi, bunların toplu iş sözleşmesi görüşmelerinde ücret artışlarıyla ilgili pazarlık güçlerini belli ölçüde zayıflattığı açıktır. Kanun koyucu bu durumu göz önünde bulundurarak işçilerin sendikal haklarından yeterince yararlanabilmelerini sağlamak amacıyla ücret artışları nedeniyle alt işverene ödenecek fiyat farkı hususunda ihale mevzuatındaki kısıtlamalara bağlı kalınması mecburiyetini ortadan kaldırmış ve toplu iş sözleşmesinde öngörülen artışların tamamının işçilere yansıtılmasının önünü açmıştır. Ancak toplu iş görüşmelerinde kararlaştırılacak ücret artışı hususunda alt işverenle işçi sendikasının tama-

²² Süzek, 167-168; Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, 226.

men serbest bırakılması, kamuya aşırı bir külfet yükleyebileceği gibi ihale yapılmış olmasını da anlamsız kılabilir. Zira belli bir muhammen bedel üzerinden yapılan ihaleyi idare yönünden en avantajlı fiyatı teklif ederek kazanan alt işveren, işçilerle yapacağı toplu iş sözleşmelerinde yüksek artışlar öngörerek idarenin ödeyeceği bedelin orantısız bir şekilde artmasına yol açabilecek ve bu yolla haksız bir kazanım elde edebilecektir. Ayrıca bu durum, idarenin belirlediği muhammen bedeli düşük bularak ihaleye girmeyen veya ihaleye girip de muhammen bedeli göz önünde bulundurarak yüksek teklif veren ve bu nedenle ihaleyi kaybeden kişilerin haklarının da zedelenmesine yol açacaktır. Kanun koyucu, toplu iş sözleşmelerinde makul olmayan artışlar yapılmasını ve bu yolla kamuya aşırı bir külfet yüklenmesini engellemek amacıyla toplu iş görüşmelerinin kamu işverenleri sendikalarından biri tarafından yapılması zorunluluğunu getirmiştir. Dava konusu düzenlemeyle kamunun hakları ile işçilerin sendikal hakları arasında adil bir denge kurulmaya çalışıldığı anlaşılmaktadır. Kanun koyucunun, tüm bunları göz önünde bulundurarak, idarenin, toplu iş sözleşmesinde belirlenen ücret artışlarının tamamından asıl işveren sıfatıyla sorumlu tutulabilmesi için toplu iş görüşmelerinin işverenin yetkilendirdiği kamu işveren sendikalarından biri tarafından yapılması zorunluluğu getirmiş olmasında kamu yararına ve hukuk devleti ilkesine aykırı bir yön bulunmamaktadır...”

Anayasa Mahkemesi kararında iptali istenen düzenlemenin alt işverenin kamu işveren sendikasını yetkilendirmesinin sendikaya üye olmaya zorlama anlamına gelmediğini, yasal olarak bunun mümkün olmadığını, düzenlemenin alt işverenin toplu iş sözleşmesi görüşmelerini kendisinin yürütmesine engel olmadığını bulunmadığını, kamu işveren sendikasını yetkilendiren alt işveren ile yetkilendirme yapmaksızın kendisi yürüten alt işverenin aynı hukuksal durumda görülmesinin mümkün olmadığını, bu nedenle de eşitlik ilkesinin ihlal edilmediğini, bütün bu gerekçelerden dolayı söz konusu düzenlemenin Anayasanın 2.,10. ve 51.maddesine aykırılık

içermediği, düzenlemenin 36.maddede ifade edilmiş olan hak arama özgürlüğü ile ilgisini olmadığını ifade ederek iptal istemini oy çokluğu ile reddetmiştir. Karşı oy yazısında ise anılan düzenlemenin Anayasa'nın 2.ve 51.maddelerine aykırı olduğu belirtilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin, yukarıda yer verilen kararında eşitlik ilkesine aykırılık açısından yaptığı değerlendirmeye katılmak mümkün değildir. Anayasa Mahkemesi, kararında yer alan bir diğer değerlendirme ise ILO'nun temel haklar arasında saydığı, Anayasa'nın da 53.maddesinde ifadesini bulmuş olan toplu iş sözleşmesi hakkına ve bu hakkın özü niteliğindeki özgür toplu pazarlık ilkesine tamamen aykırıdır. Karar metninde açıkça “toplular görüşmelerinde kararlaştırılacak ücret artışı hususunda alt işverenler işçi sendikasının tamamen serbest bırakılması» *sakıncalı* görülmekte, bu durumun kamuya aşırı bir külfet yükleyebileceği, ihale yapılmış olmasını da anlamsız kılacağı endişeleri ile hareket edilmektedir. Burada ifade edilenin aksine, toplu iş görüşmelerinde sosyal taraflar, özerklik ilkesi çerçevesinde²³, kendi ortak iradeleri dışında hiçbir üst sınıra bağlı olmaksızın ücret belirleme olanağına sahiptirler. Bu özerkliği, her ne sebeple olursa olsun kısıtlamaya çalışmak, karar metninde gerekçe gösterilmiş olan “kamu yararı” ile hiçbir şekilde bağdaştırılamaz.

Yönetmeliğin 4.maddesinin yedinci fıkrası hükmü ise “6356 sayılı Kanun hükümlerine uygun olmak kaydıyla toplu iş sözleşmesinin süresi, ihale sözleşmesinin süresini geçemez” düzenlemesini içermektedir. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere, kamu kurumlarında asıl işveren alt işveren ilişkisi alanında yaşanan sorunlardan biri de ihalelerin süresinin genellikle bir yıl olması nedeniyle işçi sendikalarının örgütlenmesi alanında yaşanan zorluklardan ötürü işçilerin toplu iş sözleşmesi hakkından yararlanamamasıdır. 6552 sayılı Kanununun 14. maddesi, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun 28. maddesinin dördüncü fıkrasında değişiklik yapılmasını ve maddeye bir fıkra eklenmesini ön-

23 Toplu iş sözleşmesi özerkliği için bkz Tuncay-Kutsal, 152 vd; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 653 vd.

görmektedir. Buna göre 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi kapsamında olan işlerden sürekli nitelikte olanlar için yapılacak hizmet alım ihalelerinde sözleşme süresi üç yıl olacaktır. Üç yıllık süre, gerekçesi açıklanmak suretiyle üst yöneticinin onayıyla kısaltılabilecektir.

Bilindiği üzere 6356 sayılı Kanunun 35.maddesi uyarınca toplu iş sözleşmesi en az bir yıl en çok üç yıl süreli olabilir. Aynı madde uyarınca faaliyetleri bir yıldan az süren işlerde uygulanmak üzere yapılan toplu iş sözleşmelerinin süresi bir yıldan az olabilecektir. İşçi sendikası ile işveren ya da üyesi olduğu işveren sendikası, kural olarak, sosyal özerklik çerçevesinde toplu iş sözleşmesinin süresini de yasal sınırlar içinde kalmak kaydıyla serbestçe belirleme hakkına sahiptir. Oysa anılan Yönetmelik hükmü sonucunda ihale süresi toplu iş sözleşmesinin de azami sınırını oluşturmaktadır. Örneğin ihale süresinin bitimine iki yıl kalmışsa toplu iş sözleşmesinin süresi üç yıl olarak kararlaştırılmayacak azami iki yıl ile sınırlı olacaktır. Normlar hiyerarşisi gereğince daha alt sıradaki bir kaynak olan yönetmelik ile bir yasa maddesinin değiştirilmesi ya da sınırlandırılması mümkün olmadığından yönetmeliğin bu hükmü geçersizdir.²⁴ Ayrıca 5018 sayılı Kanunun 28/4.maddesinde yapılan değişiklik sonucunda üç yıllık hizmet alım ihalesinin süresi gerekçesi açıklanarak daha kısa belirlenebileceğinden uygulamada sıkıntılarla karşılaşılması mümkündür.

İş hukuku öğretisinde Gerek tarafından isabetle belirtildiği üzere, hizmet alım sözleşmelerinin süresinin üç yıla çıkarılmasının sadece kamu kesimi için öngörülmüş olması isabetli değildir. Bu düzenleme, kamu sektöründe alt işveren işçisi çalıştırmayı kolaylaştıracak ve özel sektöre göre kamu sektörünün kayırılmasına neden olabilecektir.²⁵ Bu düzenleme de özel kesim ve kamu kesimi arasında, aynı konuda farklı hukuki düzenlemeye neden olduğu için Anayasanın 10.maddesinde ifadesini bulmuş olan eşitlik ilkesine aykırıdır.

24 Süzek, 93 vd.

25 Gerek, 11.

3. Alt işverenin kamu işveren sendikasını yetkilendirmesinin sendika özgürlüğü ve özgür toplu pazarlık ilkesi açısından değerlendirilmesi

6552 sayılı Kanun ile yapılan değişikliğin temelinde en dikkat çeken boyutu özel kesim işverenin yetkilendirmesiyle kamu işveren sendikasının onun adına toplu iş sözleşmesi görüşmelerini yürütmesi ve toplu iş sözleşmesi akdetmesidir. Bu durumun sendikal özgürlükler, toplu iş sözleşmesi özerkliği ve işveren sendikacılığı açısından da incelenmesi gereklidir.

Sendikalar hukukuna göre sendikaların çalışma hayatına ilişkin faaliyetleri arasında toplu pazarlık düzenine dair olanlar yer alır. Toplu görüşmede taraf olmak, toplu iş sözleşmesini imzalamak, uyuşmazlık çıkması durumunda arabulucuya başvurmak, grev ve lokavt ilan etmek gibi işlemleri sendikalar ‘üyeleri’ adına yürütür. Nitekim STSK md 41/4 uyarınca “Bir işveren sendikası üyesi işverenlere ait işyeri veya işyerleri, sendika üyesi olmayan bir işveren ise kendi işyeri veya işyerleri için toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkilidir.”

6552 sayılı Kanun ile getirilen düzenleme ise bu genel kuralın istisnasını oluşturmaktadır. İş hukuku öğretisinde alt işverenin kamu işveren sendikasını yetkilendirmesi suretiyle oluşturulacak olan toplu iş sözleşmesinin yeni bir toplu iş sözleşmesi türü olduğu ileri sürülmüştür.²⁶ Bu şekilde yürütülecek toplu görüşme sonucunda akdedilecek toplu iş sözleşmesinin yeni bir toplu iş sözleşmesi türü olduğuna katılmamakla birlikte 6552 sayılı Kanunun toplu iş hukukuna ilişkin genel ilkelere aykırı bir sistem oluşturduğu kanaatinde olduğumuzu belirtmek gerekir.

6552 sayılı Kanunla getirilen sistem yukarıda ifade ettiğimiz üzere kamu işveren sendikasının tüzel kişi olarak sahip olduğu fiil ehliyetini sınırlamaktadır. Böylelikle alt işveren tarafından koşullara uygun ve süresi içinde yapılmış bir yetkilendirmeyi kabul etmekle yükümlü olan kamu işveren sendikasının sendikal özgürlüğü zedelenmektedir.

26 Aydın, 97.

Bu düzenleme aynı zamanda işveren sendikalarının da üye sayılarını artırmalarını engelleyici bir düzenlemedir. Kamu sektöründe hizmet alımı ihalesi ile üç yıl süreyle iş alan bir işveren, işçi sendikasının örgütlenmesi ve yetki alması durumunda faaliyette bulunduğu işkolunda kurulu bir işveren sendikasına üye olmak yerine kamu işveren sendikasını yetkilendirerek toplu görüşme sürecini yürütme olanağına kavuşmaktadır. Bu durum işveren sendikacılığının gelişmesi ve güçlenmesi önünde engel olduğu kadar işveren sendikalarının sendikal özgürlüklerine de kısıtlama getirmektedir.

Personel Çalıştırılmasına Dayalı Hizmet Alımlarında Toplu İş Sözleşmesinden Kaynaklanan Fiyat Farkının Ödenmesine Dair Yönetmeliğin 4/8. maddesinin son cümlesinde 'Toplu iş sözleşmesinin yürütülmesine ilişkin işveren tarafına ait giderler alt işverence karşılanır' hükmü bulunmaktadır. Kamu işveren sendikasının toplu görüşmeleri yürütmek amacıyla yaptığı masraflar (işgücü, sarf malzemeleri vb) yönetmelik gereğince alt işveren tarafından ödenmek zorundadır. Ancak 6356 sayılı STSK 28/1 uyarınca sendikaların gelirleri üyelik ve dayanışma aidatları, tüzüklerine göre yapabilecekleri faaliyetlerden sağlanacak gelirler, bağışlar, mal varlığı gelirleri, mal varlığı değerlerinin devir, temlik ve satışlarından doğan kazançlardan ibarettir. Şayet tüzüklerinde yer almıyorsa, alt işverenin bu kalemler karşılığında ödeme yapması kamu işveren sendikaları için mali denetim açısından da soruna neden olabilecektir. Uygulamada kamu işveren sendikaları alt işverenlerden herhangi bir ücret almamakta, sadece resmi arabulucu ücretinin yarısı alt işveren tarafından ödenmektedir.

Yasal düzenlemelerin incelenmesi ve sorunların tespit edilmesi kadar uygulamada işleyen bir sistem oluşturulup oluşturulmadığı da önemlidir. Uygulamada, yetki belgesinin alınmasını takiben işçi sendikası alt işverene ve ihale ile iş alınan kamu kurumunun üyesi bulunduğu kamu işveren sendikasına toplu görüşme çağrısında bulunulmaktadır. Yukarıda da açıklandığı üzere bu durum işçi sendikaları açısından bir bakı-

ma zorunludur. İşçi sendikası yetki belgesinin hükümsüzlüğü yaptırımını ile karşı karşıya kalmamak için hem alt işverene hem de kamu işveren sendikasına çağrıda bulunmaktadır. Yetki belgesinin tebliğinden itibaren on gün içinde alt işveren, Kamu-İş ya da Tühis'i yetkilendirmektedir. Yetkilendirme işleminin ardından ise, bilgi sahibi olunabildiği kadarıyla, kamu işveren sendikası ile işçi sendikası arasında toplu görüşme yapılmamaktadır. Burada işçi sendikası toplu iş sözleşmesi teklifini göndermekte, kamu işveren sendikası ise karşı teklif vermektedir ancak fiilen özgür bir toplu pazarlık sürecinden bahsetmek mümkün değildir. Toplu görüşme süresinin bitiminden sonra arabulucu tayinine gidilmekte, arabulucu aşamasında da tarafların anlaşması mümkün olmamaktadır. Arabuluculuk aşamasının sona ermesinden sonra işyerinin grev ve lokavt yasağı kapsamında olup olmadığına göre iki seçenek ortaya çıkmaktadır. Şayet işyeri grev ve lokavt yasağı kapsamında ise uyuşmazlık işçi sendikasının talebiyle Yüksek Hakem Kurulu'na götürülmektedir. Grev ve lokavt yasağına tabi olmayan yerlerde ise usulen grev kararı alınmakta, ardından grev oylaması talebi yapılmakta, grevin uygulanmaması yönünde kararın elde edilmesinden sonra Yüksek Hakem Kurulu'na başvurulmaktadır. Bu durumun nedeni, kamu kesimi işyerlerinde hizmet alımı sözleşmeleri kapsamında çalıştırılan işçiler arasında, nispeten yeknesak bir ücret ve sosyal yardım düzeyi oluşturulmak istenmesidir. İşyeri ister grev yasağı kapsamında olsun ister olmasın, uygulamada 6552 sayılı Kanun ile getirilmiş olan yetkilendirme usulüne göre yürütülen bütün toplu görüşmeler, Yüksek Hakem Kurulu'na sonuca bağlanmaktadır. Demiyim yerindeyse bu düzenleme sonucunda özgür toplu pazarlık, sendikal haklar ve toplu iş sözleşmesi özerkliği kavramları belli bir takvim dahilinde takibi gereken usul işlemlerine dönmekte, temel haklar arasında yer almalarına rağmen bu hakların özü ihlal edilmekte, kağıt üstünde kalmaktadırlar.

Sonuç

6552 sayılı Kanun ile kamu işveren sendika-

larının yetkilendirilmesine ilişkin olarak getirilen düzenlemenin gerekçesinde kamudaki alt işveren işçilerinin kanuni haklarının kullanılabilirliğinin önünün açılması olarak ifade edilmiş olmasına rağmen kanaatimizce mevcut sorunlara köklü, kalıcı ve hukuk ilkelerine uygun çözüm getirmek yerine sorunları görünürde çözmeyi amaçlayan ancak bunu dahi tam anlamıyla yapamayan bir sistem getirilmiştir.

Hizmet alımı sözleşmesi ile iş alan “alt işverenlerin” kamu işveren sendikalarının yetkilendirilmesi eşitlik ilkesi, sendikal haklar ve toplu iş sözleşmesi özerkliği açısından pek çok sorun içermektedir.

Türk hukukunda, 2006 yılında İş Kanununun 2.maddesine eklenen sekizinci ve dokuzuncu fıkralar ile kamu kurumları lehine oluşturulmak istenen sistemin bir benzeri 6552 sayılı Kanun ile yaratılmak istenmektedir. Asıl işveren-alt işveren ilişkisi açısından İş Kanununun 2.maddesinde getirilen yasal sınırlamalar ve bu ilişkinin kurulabilmesi için aranan koşullar kamu-özel sektör ayrımı olmaksızın bütün işverenler için geçerlidir. Asıl işverenin, alt işverenin işçilerine karşı olan müteselsil sorumluluğunun, kamu kesimi işverenleri için alt işverence kamu işveren sendikasını yetkilendirmeme durumunda ortadan kaldırılmaya çalışmak Anayasa'nın 10.maddesine aykırıdır.

İnceleme konusu yapılan düzenleme sadece eşitlik ilkesine değil, sendikal özgürlük ve toplu iş sözleşmesi özerkliği ilkelerine de aykırıdır. Kamu işveren sendikaları açısından sorun ele alındığında, üyesi olmayan ve üye olması hukuken mümkün bulunmayan bir alt işveren için «vekalet» hükümleri çerçevesinde toplu iş sözleşmesi akdetmek ile kanun gereği yükümlü tutulmak sendikaların fiil ehliyetine sınırlamadır. Uygulamada fiilen işlemeyen bir sistem nedeniyle kamu işveren sendikaları adeta kendi işlerini yapamaz hale gelmiş durumdadırlar.

6552 sayılı Kanunun getirdiği düzenleme işveren sendikaları açısından da sendikal özgürlüğü kısıtlamaktadır. İşveren sendikalarına üye olmayı anlamsız kılacak bir düzenleme sonucunda

üye sayılarını artırma olanağı azalmaktadır.

Toplu iş hukukunun temel ilkesi olan özgür toplu pazarlık bu düzenleme ile aşırı şekilde kısıtlanmakta, hatta fiilen kullanılamaz hale gelmektedir. Anayasa Mahkemesi kararında da ifade edildiği üzere, burada amaç ücret artışlarının “serbestçe” belirlenmesinin engellenerek kamu kesimi üzerindeki mali yükü belli bir seviyede tutmaktır. Kamu kurumları ile özel kesim işverenlerinin aynı alanda faaliyet gösterdiği sektörlerde bu durumun eşitlik ilkesine aykırılık oluşturduğu kadar haksız rekabete yol açacağı da tartışmasızdır. Söz konusu düzenleme anılan gerekçeler dolayısıyla Anayasanın 53.maddesinde ifade edilen toplu iş sözleşmesi hakkına aykırıdır.

Kamu işveren sendikasının yetkilendirilmesi durumunda ihale bedeli ile toplu iş sözleşmesi sonucunda ortaya çıkan yeni işçilik maliyetleri arasındaki farkın ödenmeyeceğinin, alt işveren işçilerinin de bu farkı asıl işveren sıfatıyla kamu makamında isteyemeyeceğinin ifade edilmesi Anayasa'ya ve İş Kanununa aykırıdır.

Öğretide isabetle belirtildiği üzere, 6652 sayılı Kanun ile getirilen düzenlemeler sonucunda kamu kesimi işverenlerinin alt işveren işçilerinin kıdem tazminatlarından ve ücretlerinden sorumlu tutulması karşısında bu işçilerin neden kamu kesimi işyerinde asıl işverenin işçisi olarak çalıştırılmadıkları anlaşılamamaktadır.²⁷

Sonuç olarak, 6552 sayılı Kanun ile getirilen ve kamu işveren sendikalarının yetkilendirilmesi suretiyle hizmet alımı ihaleleri kapsamında çalışan işçiler için toplu iş sözleşmesi akdedilmesine yönelik düzenleme yukarıda ayrıntılı olarak açıklanan gerekçelerden dolayı ILO'nun temel haklar arasında saydığı sendika ve toplu iş sözleşmesi hakkına, özgür toplu pazarlık ilkesine, Anayasa'nın sosyal devlet ve eşitlik ilkeleri ile toplu iş sözleşmesi özerkliği maddesine, İş Kanununun 2.maddesinde düzenlenen asıl işverenin alt işverenin işçilerine karşı müteselsil sorumluluğu esaslarına aykırıdır.

27 Gerek, 19.

Kamu kurumlarında hizmet alımı ihaleleri kapsamında çalıştırılan işçilerin sorunlarının çözümü için istihdam tercihleri değiştirilmeli, bu işçiler kamu kurumlarının işçisi yapılmalıdır. Bu yol tercih edilmeyecekse kamu ihale mevzuatının İş Kanununun düzenlemeleri esas alınarak, iş hukukunun ilke ve kurallarına, özellikle sendikal özgürlük, özgür toplu pazarlık ve toplu iş sözleşmesi özerkliğine uygun şekilde düzenlenmesi, kamu ihale mevzuatının iş hukuku ilke ve kurallarını kısıtlayıcı bir araç olarak görülmemesi için gereken düzenlemeler yapılmalıdır. Daha açık bir ifadeyle, işçi istihdamı, asıl işveren-alt işveren ilişkilerinin kurulması, toplu iş hukukundan kaynaklanan hakların kullanımı açısından özel sektör-kamu sektörü işvereni arasında hiçbir fark gözetilmeksizin yasal düzenlemeler yapılmalıdır. Aksi takdirde, bundan önce olduğu gibi bundan sonraki dönemde de kamu kurumlarında istihdam edilen işçiler ile ilgili hukuki ve sosyal sorunlar, kaçınılmaz olarak devam edecektir.

KAYNAKÇA

AKYİĞİT, Ercan: Kamuda Asıl İşin Bir Bölümü Alt İşverene Verilirken Muafiyet Var mıdır? Çalışma ve Toplum, 2015/2, 15-64.

AYDIN, Ufuk: 6552 sayılı (Torba) Yasa Sonrası Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri, Sosyal Güvenlik Dergisi, 2015,S.1, 9-31.

AYDINLI, İbrahim: 6552 Sayılı Kanunla Alt İşveren Kurumunda Yapılan Yeni Düzenlemeler ve Değişiklikler, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVIII, 2014, S. 3-4, 77-99.

AYDINLI, İbrahim: Görünürdeki İşlemler Açısından Türk İş Hukukunda Alt İşveren İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, Ankara 2008 (Alt İşveren)

AYKAÇ, Hande Bahar: İş Hukukunda Alt İşveren, İstanbul 2011.

ÇANKAYA, Osman Güven-ÇİL, Şahin: İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, B.2, İstanbul 2009.

ÇELİK, Nuri/CANİKLİOĞLU, Nurşen/CANBOLAT, Talat: İş Hukuku Dersleri, 28.B, İstanbul 2015.

DOĞAN YENİSEY, Kübra: Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi ve Bu İlişkiden Kaynaklanan Hukuki Sorunlar, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi ve Uygulamada ki

Sorunlar, İş Müfettişleri Derneği, Ankara 2010, 19-51.

EKMEKÇİ, Ömer: Kamu İşvereninin Özel Sektör İşvereni Karşısında Kayırılması ve Anayasa'nın Eşitlik İlkesinin Açık İhlali, Legal İHSGHD, 12, 2006, 1173-1180.

ESİN, Pars: Türkiye'de İşveren Sendikacılığı, Ankara 1974.

GEREK, Nüvit: İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair 6552 Sayılı Kanunun Düşündürdükleri, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi Cilt: 25 Sayı: 3-4-5-6 Şubat- Mayıs - Ağustos - Kasım 2014, 1-20.

GEREK, Nüvit: Kamu Kuruluşlarında Hizmet Alım İhaleleri Kapsamında Çalıştırılan Alt İşveren İşçileri ile İlgili Sorunlar, Çalışma ve Toplum, 2007/4, 81-90.

KABAKCI, Mahmut: Kamu Hizmet Alım Sözleşmelerinin İş Hukuku Uygulaması Açısından Değerlendirilmesi, Prof.Dr.Sarper Süzek'e Armağan, C.I, İstanbul 2011, 83-124. S

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI, Muhtittin/BAYSAL, Ulaş: İş Hukuku, B.6, Ankara 2014.

SUR, Melda: İş Hukuku Toplu İlişkiler, B.5, Ankara 2015

SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, B.11, İstanbul 2015.

TUNCAY, Can: İşçi Sendikası Üyeliğinin Kazanılması ve Sona Ermesi, İstanbul 1975.

TUNCAY, Can-KUTSAL SAVAŞ, Burcu: Toplu İş Hukuku, B.4, 2015 İstanbul

Yrd. Doç. Dr. Emre ERTAN*

Makale Gönderim Tarihi : 25 Ocak 2016

Makale Kabul Tarihi : 28 Ocak 2016

FAZLA ÇALIŞMA ÜCRETİNİN AYLIK ÜCRETE DÂHİL EDİLMESİ

ÖZ

Fazla çalışma ücretini aylık ücrete dâhil eden sözleşme kayıtlarına son yıllarda daha sık rastlanmaktadır. Bununla birlikte, aylık ücreti fazla çalışma dâhil eden sözleşmelere sınırlı bir etki tanımakta ve aylık ücretin ancak azami yasal fazla çalışma süresi karşılığı fazla çalışma ücretini içerebileceği kabul edilmektedir. Ayrıca fazla çalışma ücretini içeren aylık ücret belli bir tutara ulaşmalı ve işçiden yazılı onay alınmalıdır. Fazla çalışmanın aylık ücrete dâhil edilmesinde hangi araçların (iş sözleşmesi, işyeri uygulaması, personel yönetmeliği ve toplu iş sözleşmesi) kullanılabileceği ise diğer bir tartışma konusudur.

ANAHTAR SÖZCÜKLER: İş Sözleşmesi, Fazla Çalışma, Fazla Çalışma Ücreti, Fazla Çalışma Ücretinin Aylık Ücrete Dâhil Edilmesi, Azami Yasal Fazla Çalışma Süresi.

THE INCORPORATION OF THE OVERTIME WAGE INTO THE SALARY

ABSTRACT

The contractual clauses that incorporate the overtime wage into the salary are used more frequently in the recent years. Yet the contracts by which the overtime wage is incorporated into the salary have a limited effect and they can merely comprise the overtime wage in return for the maximum legal overtime work. Besides salary comprising the overtime wage must reach to a certain amount and the written consent of the employee must be obtained. The means (labour contract, rules of work, custom and collective agreement) by which the overtime wage can be incorporated into the salary is an other matter of debate.

KEYWORDS: Labour Contract, Overtime Work, Overtime Wage, Incorporation of the Overtime Working to the Salary, Maximum Legal Overtime Work

*Marmara Üniversitesi İktisat Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Ana Bilim Dalı - emreertan28@hotmail.com

I. GİRİŞ

Çalışma yaşamında fazla çalışma, istisnai bir olgudur. Ne var ki Türkiye’de istisna neredeyse kurala dönüşmüş olup, geniş bir işçi kitlesine – bazen azami yasal fazla çalışma süresini de aşacak biçimde – düzenli ve sürekli fazla çalışma yaptırılmaktadır. Üstelik fazla çalışma yapan işçilerin önemli bölümü, hak kazandıkları fazla çalışma ücretlerini alamamakta veya serbest zaman kullanamamaktadır. Kimi işverenlerin fazla çalışma yaptırdıkları işçilere fazla çalışma ücreti ödemeye veya serbest zaman kullandırmaya yanaşmamaları sonucu, fazla çalışma ücretine ilişkin her yıl sayısız dava açılmakta; fazla çalışma ücreti alacağı istemli davalar nedeniyle gerek iş mahkemelerinin gerek Yargıtay’ın iş yükü giderek ağırlaşmaktadır. Önceleri daha çok görece yüksek ücret alan nitelikli işçilerle bağitlanan iş sözleşmelerinde görülen ve fazla çalışma ücretini aylık ücrete dâhil eden sözleşmesel kayıtlara, son yıllarda aylık ücretin tutarı ve işçinin pozisyonu gibi konularda hiçbir ayırım gözetilmeksizin çoğu iş sözleşmesinde yer verilmektedir. Bu bağlamda, işçiye ayrıca fazla çalışma ücreti ödemeden ve serbest zaman da kullandırmadan fazla çalışma yaptırmanın amaçlandığı açıktır.

Özellikle son yıllarda önüne bu konuda çok sayıda uyuşmazlık gelen Yargıtay, fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dâhil edilmesini bazı koşullarla kabul etmektedir. Yargıtay ilke kararlarından, aylık ücretin fazla çalışma ücretini içerebilmesi için; işçinin yazılı onayı, aylık ücrete dâhil edilen fazla çalışma ücretinin sadece azami yasal fazla çalışma süresiyle sınırlı sonuç doğurması ve aylık ücretin asgari ücretle azami yasal fazla çalışma süresi karşılığı fazla çalışma ücreti toplamının altına düşmemesi gibi üç koşulun arandığı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, ne Yargıtay kararları ne de öğreti konuyu derinlemesine irdelememiştir. Gerçekten fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dâhil edilmesinin kuramsal temeli, işçiden hangi araçlarla onay alınabileceği; işyeri uygulaması, personel yönetmeliği ve toplu iş sözleşmesi gibi araçların fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dâhil edilmesine elverişli

olup olmadığı; Türk Borçlar Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu kapsamındaki iş ilişkilerinin durumu; fazla çalışma ücreti aylık ücrete dâhil edilen işçiye ödenmesi gereken asgari tutar ve nasıl hesaplanacağı, fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dâhil edilmesinin iş sözleşmesinden doğan alacakların hesabına etkisi gibi noktaların yeterince tartışıldığı iddia edilemez. Bu doğrultuda, konunun gerek kuramsal gerek pratik her boyutuyla ele alınarak sorunlara hukuka uygun ve karmaşıklıktan uzak çözümler önerilmesi; hem yargı organlarına hem de diğer uygulayıcılara yol gösterecektir.

II. KOŞULLAR

1. İşçinin Yazılı Onayı

a) Hukuki Dayanak

Yargıtay ilke kararlarında geçen “...Ayrıca iş sözleşmelerinde fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dâhil olduğu yönündeki kurallara sınırlı olarak değer verilmelidir...” tarzında kalıp tümceden, -örtülü de olsa- fazla çalışma ücretinin temel ücrete ancak işçinin yazılı onayıyla eklenebileceği anlaşılmaktadır¹. Bununla birlikte, ilke kararları yanıtlanması gereken çok sayıda soruyu da beraberinde getirmektedir. Acaba fazla çalışma ücreti aylık ücrete ancak iş sözleşmesinde yer alan bir kayıtla mı dâhil edilebilir? Yoksa iş ilişkisi sırasında bağitlanan ve iş sözleşmesinin eki niteliğinde bağımsız bir sözleşmeyle de işçiden onay alınabilir mi? İşverenden gelen böyle bir sözleşme önerisi, çalışma koşullarında esaslı değişiklik anlamına mı gelmektedir? Personel yönetmeliğinde yer alan ve aylık ücretin fazla çalışma ücretini de içerdiği yönünde bir madde işçiyi bağlar mı? Aylık ücretin fazla çalışma ücretini kapsadığı toplu iş sözleşmesiyle kararlaştırılabilir mi? Peş peşe sıralanan bu sorulara doyurucu ve tutarlı yanıtlar verilebilmesi için, yazılı onay koşulunun hukuki dayanağının saptanması gerekir. Gerçekten böyle bir koşulun

¹ “...İş sözleşmelerinde fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dahil olduğu yönünde kurallara sınırlı olarak değer verilmelidir. Dairemiz, 270 saatle sınırlı olarak söz konusu hükümlerin geçerli olduğunu kabul etmektedir...” Yarg. 9. HD., 02.04.2014, E:2012/6403 K: 2014/11175, www.legalbank.net

Yargıtay içtihadıyla benimsendiğini savunmakla yetinip normatif bir dayanak arayışına girmemek, yazılı onayın önemini anlaşılamamasına yol açacaktır.

İş hukukunda işçiye borç yükleyen sözleşmelerin ve diğer hukuki işlemlerin geçerlilik kazanabilmesi için, genellikle işçinin yazılı onayı aranmaktadır. Örneğin işveren, kural olarak, işçiden olan alacağı ile ücret borcunu işçinin rızası olmadıkça takas edemez (TBK m. 407/2)². Yazılı rıza, iş sözleşmesinin devrinde de geçerlilik koşulu olarak karşımıza çıkmaktadır. Buna göre; hizmet (iş) sözleşmesi *ancak işçinin yazılı rızası alınmak suretiyle*, sürekli olarak başka bir işverene devredilebilir (TBK m. 429/1). Aynı biçimde *'işçinin devir sırasında yazılı rızasının'* alınması, geçici iş ilişkisinin geçerlilik koşuludur (İK m.7/1)³. Dolayısıyla iş sözleşmesini diğer bir işverene devretmek veya geçici iş ilişkisi çerçevesinde işçiyi iş görme edimini yerine getirmek üzere başka bir işverene ödünç vermeyi amaçlayan işveren, devirden önce işçinin yazılı rızasını almak zorundadır; daha yalın bir anlatımla, iş sözleşmesinde bulunan bir kayıtla iş sözleşme devrine ve/veya geçici iş ilişkisine verilen genel bir onay hüküm ifade etmemektedir⁴.

Pozitif hukuk normları fazla çalışma konusunda, özdeş bir çizgi izlemektedir. Nitekim Türk Borçlar Kanunu'nda fazla çalışma, *'ilgili kanunlarda belirlenen çalışma süresinin üzerinde ve işçinin rızasıyla yapılan çalışma'* olarak tanımlanmaktadır (TBK m. 398/1). Aynı biçimde, İş Kanunu fazla çalışmada işçinin onayını aramaktadır (İK m. 41/7). İş Kanunu'nun 41. maddesi-

ne dayanılarak hazırlanan İş Kanunu'na İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği⁵ ise, yasaya göre çok daha detaylı bir düzenleme içermektedir⁶. Şöyle ki Yönetmeliğin 9. maddesinde fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma yaptırmak için işçiden her yılbaşında yazılı onay alınması ve alınan yazılı onayın özlük dosyasında saklanması gerektiği belirtilmektedir. Öyleyse Fazla Çalışma Yönetmeliği, sözlü veya iş sözleşmesinde yer alan bir kayda dayalı peşin onayı yeterli görmemekte; işçiden her yılbaşında yazılı onay alınmasını şart koşmaktadır⁷. Deniz ve Basın İş Kanunları'nda gemi adamıyla gazeteciye fazla çalışma yaptırmak isteyen işverene söz konusu işçilerden onay alma yükümlülüğü getiren herhangi bir kural bulunmamakla birlikte; böyle bir durumda TBK m. 398/1 kıyasen uygulanmalı ve fazla çalışma için hem gemi adamının hem de gazetecinin rızası alınmalıdır.

Ne var ki ne Türk Borçlar Kanunu'nda ne de İş Kanunu'nda, fazla çalışma ücretinin aylık ücretin içinde ödenmesine olanak tanıyan açık bir düzenleme mevcuttur. Aksine gerek Türk Borçlar Kanunu'nda gerek de İş Kanunu'nda her bir saat fazla çalışma için verilecek ücretin normal çalışma ücretinin saat başına düşen tutarının yüzde elli yükseltilmesi suretiyle ödeneceği yazılıdır (TBK m. 402, İK m. 41/2). Ayrıca haftalık çalışma süresinin sözleşmeyle kırk beş saatin altında belirlendiği durumlarda sözleşmeyle kararlaştırılan çalışma süresini aşan ve kırk beş saate kadar yapılan çalışmalar *'fazla sürelerle çalışma'* olarak adlandırılmakta; her bir saat fazla sürelerle çalışma için verilecek ücretin normal çalışma ücretinin saat başına düşen tutarının yüzde yirmi beş yükseltilmesiyle ödeneceği kurala bağlanmaktadır (İK m. 41/3). İşçiye serbest zaman kullandırılması; fazla çalışma ücretine alternatif, ikincil bir seçenektir⁸. Nitekim Türk Borçlar Kanunu'nda işverenin, işçinin rızasıyla fazla çalış-

2 Ancak, işçinin kasten sebebiyet verdiği yargı kararıyla sabit bir zarardan doğan alacaklar, ücretin haczedilebilir kısmı kadar takas edilebilir. İşverenin alacaklarının işçinin ücretiyle takas edilememesi ve istisnaları konusunda bkz. Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 28. Bası, Beta, İstanbul 2015, s. 231; Süzek, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 11. Baskı, Beta, İstanbul 2015, s. 416-417.

3 Çelik /Caniklioğlu /Canbolat, s. 154; Süzek, s. 303.

4 Kılıçoğlu, Mustafa/Şenocak, Kemal: İş Kanunu Şerhi, Cilt I, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Legal, İstanbul 2008, s. 213.

5 R.G. 6.4.2004, No. 25425.

6 Çelik /Caniklioğlu /Canbolat, s. 495; Süzek, s. 823-824.

7 Süzek, s. 823-824.

8 Çelik /Caniklioğlu /Canbolat, s. 503; Karacan, Hatice: 4857 sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma, Seçkin, Ankara 2007, s. 125 vd. Süzek, s. 832.

ma ücreti yerine, uygun bir zamanda fazla çalışmayla orantılı izin verebileceği öngörülürken; serbest zamanla ilintili daha ayrıntılı kurallar getiren İş Kanunu'nda isteyen işçinin zamlı ücret yerine fazla çalıştığı her saat karşılığında bir saat otuz dakikayı, fazla sürelerle çalıştığı her saat karşılığında ise bir saat on beş dakikayı serbest zaman olarak kullanabileceği ifade edilmektedir (TBK m. 402/2; İK m. 41/3). Belirtelim ki, işveren İş Kanunu kapsamına giren işçiye hak ettiği serbest zamanı fazla çalışmanın yapıldığı tarihi izleyen 6 ay içinde kullanılmak zorundadır (İK m. 41/5). Öte yandan Fazla Çalışma Yönetmeliği'nin 6. maddesi, zamlı ücret yerine serbest zaman kullanmak isteyen işçinin işverene yapacağı başvuruda yazılılık koşulu aramaktadır⁹. Peki, fazla çalışma ücreti veya serbest zaman dışında üçüncü bir seçeneğin yasal düzenlemelerde yer almaması, fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dâhil edilmesine engel mi oluşturmaktadır? Bu soruya olumsuz bir yanıt verilmelidir. Zira işçiye fazla çalışma karşılığında fazla çalışma ücreti ödenmesinin yanında serbest zaman kullanılması da olanak tanıyan bir sistemde, aylık ücret tutarının sözleşmeyle görece yüksek belirlenmesi ve işçinin olası fazla çalışma karşılığı hak kazanacağı fazla çalışma ücretinin de aylık ücrete eklenmesi tarzı bir uygulamanın hukuka aykırı bir yönü yoktur. Kaldı ki borçlar hukukunun temel ilkeleri arasında yer alan ve tarafların sözleşmenin içeriğini yasal sınırlar içinde özgürce belirleyebilmesini ifade eden sözleşme özgürlüğü ilkesi de, -işçinin yazılı onayı alınmak kaydıyla- fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dâhil edilebileceği savını desteklemektedir. Bu doğrultuda fazla çalışma ücretinin aylık ücretin içinde ödenmesinin temelinde sözleşme özgürlüğü ilkesi yatmakta olup¹⁰; fazla çalışma karşılığında serbest zaman kullanıldığını işçinin ya-

zılı başvurusu koşuluna bağlayan normlar, fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dâhil edilebilmesi için aranan yazılı onayın da hukuki dayanağını oluşturmaktadır.

b) Yazılı Onay Araçları

aa) İş Sözleşmesi Kaydı

Fazla çalışma ücreti, genellikle, iş sözleşmesinde yer alan bir kayıt yoluyla aylık ücrete dâhil edilmektedir. Fazla çalışma ücretini aylık ücretin içine alan kayıtlar; ‘...Fazla çalışma ücreti aylık ücrete dâhildir...’, ‘...Fazla çalışma ücreti aylık ücretin içindedir...’ ve ‘...fazla çalışma ücreti aylık ücrete dâhildir. Ayrıca fazla çalışma ücreti ödenmez...’ gibi kalıplarla formüle edilmekte; anılan kayıtlar çoğu kez sözleşmenin işverenin ücret ödeme borcunu veya fazla çalışmayı düzenleyen bölümlerine konulmaktadır. Öte yandan fazla çalışma ücretinin getirdiği finansal yükten kurtulmak amacıyla işe alınan tüm işçilere böyle kayıtlar içeren sözleşmeler imzalatılması, giderek yaygınlaşan bir uygulamaya dönüşmektedir. Başka bir anlatımla, işçilere fazla çalışma yaptırmayı düşünmesine karşın fazla çalışma ücreti ödemek istemeyen işverenlerce hazırlanan iş sözleşmelerindeki kayıtlarla fazla çalışma ücreti aylık ücrete dâhil edilmekte; ücretin tutarı ve iş görme ediminin niteliği bakımından herhangi bir ayırım gözetilmeksizin bütün işçilere aynı kaydı içeren tip sözleşmeler imzalatılmaktadır. Bu noktada, aynı işverence bağitlanan bütün iş sözleşmelerinde bulunan ve fazla çalışmayı aylık ücrete dâhil eden kayıtların *genel işlem koşulu* sayılıp sayılamayacağı sorgulanabilir. Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyen, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleri olarak tanımlanmaktadır (TBK m.20/1). Şu halde işverenin önceden tek başına hazırlayarak çok sayıda işçiye sunduğu sözleşmelerde yer alan ve fazla çalışma ücretini aylık ücrete dâhil eden kayıtlar, genel işlem koşulu olarak nitelendirilebilir. Dolayısıyla söz konusu kayıtlar, diğer genel işlem koşulları gibi geçerlilik ve içerik denetiminden geçirilmelidir.

9 Çelik /Caniklioğlu /Canbolat, s. 503; Süzek, s. 833.

10 Öğretide aylık ücretin fazla çalışma ücretini içermesi, sadece sözleşme özgürlüğü ilkesiyle açıklanmaktadır. Astarlı, Muhittin: Alman ve Türk hukuklarında Fazla Saatlerle Çalışma Ücretlerinin Asıl Ücrete Dâhil Olduğuna İlişkin Sözleşme Hükümleri ve Geçerlilik Koşulları, Kamu-İş, Cilt:9, 2008/4, s. 54-55. Yamakoğlu, Efe: Türk İş Hukukunda Fazla Saatlerle Çalışma, Kazancı Hukuk Yayinevi, İstanbul 2011, s. 112.

bb) Bağımsız Sözleşme

İş sözleşmesinde fazla çalışma ücretini aylık ücrete katan bir kaydın bulunmadığı durumlarda işverenle işçi sonradan bağımsız bir sözleşme bağtlayarak fazla çalışma ücretini aylık ücrete dâhil edebilir. Ne var ki fazla çalışma ücretinin aylık ücretin içinde ödenmesinin işverence önerilmesi, çalışma koşullarında işçi aleyhine esaslı değişikliği de beraberinde getirecektir¹¹. Şöyle ki fazla çalışma yaptığında fazla çalışma ücreti alacağı doğan ve/veya serbest zaman kullanabilen işçinin böyle bir öneriyi kabul etmesi, bir yandan fazla çalışma ücretiyle serbest zaman kullanma haklarını ortadan kaldıracak, diğer yandan temel ücretinde azalmaya yol açacaktır¹². Bundan dolayı, işveren böyle bir değişiklik önerisini yazılı olarak bildirmeli ve işçiye altı iş günü düşünme süresi tanınmalıdır. İşçi tarafından altı iş günü içinde açıkça reddedilen veya susma yoluyla örtülü biçimde kabul edilmeyen yazılı öneri bağlayıcı olmadığından değişiklik öneren işverenin temel ücretin yanı sıra ayrıca fazla çalışma ücreti ödeme veya serbest zaman kullandırma borçları sürecektir. Kaldı ki işveren işçiye yasal azami fazla çalışma süresine denk gelen fazla çalışma ücretini karşılayacak oranda bir artış önerse dahi, böyle bir öneri yine de çalışma koşullarında esaslı değişiklik anlamına gelmektedir¹³. Çünkü

11 Esaslı ve esaslı olmayan değişiklik kavramları için bkz. *Alp*, Mustafa: İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Seçkin, Ankara 2005, 111 vd.

12 Örnek: 1.1.2014 tarihinde işe giren işçi, iş sözleşmesi gereğince aylık 2.500,00 TL ücret almaktadır. Her ay 10 saat fazla çalışma yapan işçi ayda 166,66 TL fazla çalışma ücreti almakta veya talep ettiğinde serbest zaman kullanmaktadır. İşverenle işçi 1.10.2014 tarihinde fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dâhil eden bir sözleşme bağtılar. Sözleşmeyi imzalayan işçi 1.10.2014 tarihinden sonra yasal sınırı aşmayan fazla çalışması için fazla çalışma ücreti istemeyeceği gibi, serbest zaman da kullanamaz. Zira fazla çalışma ücretinin temel ücretin içinde (aylık 2.500,00 TL) ödenmesine sözleşmeyle onay vermiştir.

13 Örnek: 1.1.2014 tarihinde işe giren işçi, iş sözleşmesi gereğince aylık 2.500,00 TL ücret almaktadır. İşçi her ay 10 saat fazla çalışma yapmakta ve karşılığında her ay 166,66 TL fazla çalışma ücreti almakta veya talep ettiğinde serbest zaman kullanmaktadır. İşverenle işçi 1.10.2014 tarihinde fazla çalışma ücretinin aylık ücrete

bu tarz bir öneriyi kabul eden işçinin temel ücreti artsa bile, fazla çalışma yapan işçi artık serbest zaman kullanamayacaktır. Fazla çalışan işçinin serbest zaman kullanma hakkını yitirmesi, çalışma koşullarında tek başına esaslı değişikliktir. Hemen belirtelim ki, çalışma koşullarında esaslı değişiklik geçmişe etkili (*ek tunc*) şekilde yürürlüğe konulamayacağından fazla çalışmayı temel ücrete dâhil eden bir sözleşmeyi iş ilişkisi sırasında imzalayan işçi, sözleşmenin kurulduğu andan önceki dönem için fazla çalışma ücreti talep edebileceği gibi, altı aylık hak düşürücü süre dolmadığı takdirde serbest zaman kullanmayı da yeğleyebilir¹⁴.

c) Fazla Çalışma Ücretinin Aylık Ücrete Dâhil Edilmesinde Kullanılmayacak Araçlar: İşyeri Uygulaması, Personel Yönetmeliği ve Toplu İş Sözleşmesi

aa) İşyeri Uygulaması

İş hukukunun yazılı olmayan kaynakları arasında yer alan ve işyerinde bazı fiili davranışların tekrarlanmasıyla ortaya çıkan işyeri uygulaması¹⁵, fazla çalışma ücretinin temel ücrete dâhil edilmesinde hukuka uygun ve elverişli bir araç

te dâhil eden bir sözleşme bağtılar. İşveren sözleşme uyarınca, işçinin temel ücretinde aylık 22,5 saat azami yasal fazla çalışma süresini karşılayacak kadar (166,66 TL) bir artış yapar. Öneriyi kabul eden işçinin fazla çalışma karşılığında serbest zaman kullanma hakkı sona erer.

14 Örnek: 01.01.2014 tarihinde işe giren işçi, iş sözleşmesi gereğince aylık 2.500,00 TL ücret almaktadır. İşçi her ay 10 saat fazla çalışma yapmakta ve karşılığında her ay 166,66 TL fazla çalışma ücretine veya 15 saat serbest zamana hak kazanmaktadır. İşverenle işçi 01.10.2014 tarihinde fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dâhil eden bir sözleşme bağtılar. Sözleşmeyi imzalayan işçi 01.10.2014 tarihinden sonra yasal sınırı aşmayan fazla çalışması için fazla çalışma ücreti istemeyeceği gibi, serbest zaman da kullanamaz. Bununla birlikte, işçi 01.01.2014–1.10.2014 döneminde yaptığı fazla çalışma için fazla çalışma ücreti isteyebileceği gibi, fazla çalışma yaptığı dönemi izleyen ayı izleyen altı ay içinde –örneğin 2014 yılı Eylül ayındaki fazla çalışma için en geç 2015 yılı Mart ayı- fazla çalışma ücreti yerine serbest zaman kullanmayı da tercih edebilir.

15 İşyeri uygulaması konusunda bkz., Çelik /Caniklioğlu / Canbolat, s. 163; Süzek, s. 83-87.

mıdır? Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 2014 yılına ait bazı kararlarda bu soruya olumlu yanıt vermiştir. Temyiz Mahkemesi, önüne gelen bir dizi dosyada; dosya içeriğine ve sunulan bordrolara göre davalı işverene bağlı işyerinde her ay yapılınsın ya da yapılmınsın Nisan 2007'den itibaren 60, Ocak 2008 ayından itibaren ise 22 saat fazla mesai ücretinin ödendiği, somut uyuşmazlıkta davacının çıplak ücreti bordroda açık olduğundan ve fazla mesai hanesi açıkça öngörülüp, ister çalışsın ister çalışmasın fazla mesai ücreti ayrıca ödendiğinden bu fazla mesai ücretinin diğer ödenen çıplak ücretle birlikte davacıya ödenen aylık ücretin içinde kabul edilmesinin doğru olmadığı, işyeri uygulaması ile fazla mesai yapılsın veya yapılmınsın fazla mesai ücretinin ödenmesinin kararlaştırıldığı, bir anlamda fazla mesai ücretinin aylık ücrete dâhil edildiğinin kabul gördüğü, ancak Ocak 2008 tarihinden itibaren davacının hesaplanan dönemde uyuşmazlık konusu olmayan çalışma şekline göre bazı dönemler haftalık ortalama 11,5 saat fazla mesai yaptığı, bordroda görülen aylık 22 saat fazla mesaiden daha fazla mesai yaptığı, bu nedenle fazla mesai ücretinin eksik ödendiği, Nisan 2007-Aralık 2007 döneminde 60 saat fazla mesai ücreti ödendiğinden bu dönem için hesaplama yapılmaması gerektiği, ancak Ocak 2008 tarihinden sonra ise aylık 22 saat fazla mesai ücretinin ödemesinin fazla mesai ücretinden mahsup edilmesi ve buna göre fark fazla mesai ücretinin hesaplanarak hüküm altına alınması gerektiği gerekçesiyle Yalova İş Mahkemesi'nce verilen kararları bozmuştur¹⁶.

16 Yarg. 9. HD, 17.2.2014, E:2013/6825 K:2014/4575 (kişisel arşiv); Yarg. 9. HD, 17.2.2014, E:2013/6826 K:2014/4576 (kişisel arşiv); Yarg. 9. HD, 17.2.2014, E:2013/6828 K:2014/4578 (kişisel arşiv); Yarg. 9. HD, 17.2.2014, E:2013/6829 K:2014/4579 (kişisel arşiv); Yarg. 9. HD, 17.2.2014, E:2013/6884 K:2014/4580 (kişisel arşiv); Yarg. 9. HD, 17.2.2014, E:2013/6885 K:2014/4581 (kişisel arşiv); Yarg. 9. HD, 17.2.2014, E:2013/7670 K:2014/4582 (kişisel arşiv); Yarg. 9. HD., 17.2.2014, E:2013/7671 K:2014/4583 (kişisel arşiv); Yarg. 9. HD, 17.2.2014, E:2013/7672 K:2014/4584 (kişisel arşiv); Yarg. 9. HD, 17.2.2014, E:2013/7673 K:2014/4585 (kişisel arşiv); Yarg. 9. HD, 17.2.2014, E:2013/7674 K:2014/4586 (kişisel arşiv); Yarg. 9. HD, 17.2.2014, E:2013/7675 K:2014/4587 (kişisel arşiv); Yarg. 9. HD, 17.2.2014, E:2013/7676 K:2014/4588 (kişisel arşiv); Yarg. 9. HD, 17.2.2014, E:2013/8687

Yargıtay bozma ilamından da anlaşıldığı üzere; dava konusu uyuşmazlığa konu ücret bordrolarında 2008 yılına dek ayda 60 saat fazla çalışma ücreti tahakkuk ettirilirken, 2008 yılı Ocak ayından itibaren ayda 22 saat fazla çalışma ücreti tahakkuk ettirilmiştir. Yalova İş Mahkemesi, Yargıtay ilamında açıklanmayan gerekçelerle ücret bordrolarını geçersiz saymış; toplam aylık ücret üzerinden hesaplanan fazla çalışma ücretinin davalı işverenden alınarak davacı işçiye ödenmesine hükmetmiştir. Buna karşılık, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ücret bordrolarında görülen 22 saat fazla çalışma ücretinin işyeri uygulamasıyla aylık ücretin içine alındığını varsayarak davacının ancak 22 saati aşan fazla çalışması karşılığı hak kazandığı fazla çalışma ücretini isteyebileceği sonucuna ulaşmıştır. Ne var ki Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin görüşü, kendi içinde çelişkili ve tutarsızdır. Her şeyden önce, fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dâhil edilmesi tarzı uygulamanın yazılı olmayan bir araç niteliğindeki işyeri uygulamasıyla yaşama geçirilmesi olanak dışıdır. Fazla çalışma ücreti işyeri uygulaması yoluyla aylık ücrete nasıl dâhil edilebilir? Böyle bir soruya mantık kurallarıyla bağdaşan bir yanıt aramak, beyhude bir çabanın ötesine geçmeyecektir. Bir yandan fazla çalışma ücretinin işyeri uygulamasıyla aylık ücrete dâhil edildiğini ileri süren, diğer yandan fazla çalışma ücreti tahakkuku içeren ücret bordrolarına geçerlilik tanıyan Yargıtay tam bir tutarsızlık sergilemiştir. Gerçekten temel ücretin fazla çalışma ücretini kapsadığı bir iş ilişkisinde, bordrolarda ayrı fazla çalışma ücreti sütunu açılmasına dahi gerek yoktur. Zira temel ücrete dâhil edilen fazla çalışma ücreti bağımsız kimliğinden sıyrılmakta; deyim yerindeyse bir çeşit başkalaşma geçirerek temel ücrete dönüşmektedir. Artık işçi, hiç fazla çalışma yapmasa bile, temel ücrete eksiksiz hak kazanmaktadır¹⁷. Böylece işveren işçinin fazla

K:2014/4589 (kişisel arşiv); Yarg. 9. HD, 17.2.2014, E:2013/8688 K:2014/4590 (kişisel arşiv), Yarg. 9. HD, 17.2.2014, E:2013/8832 K:2014/4591 (kişisel arşiv); Yarg. 9. HD, 17.2.2014, E:2013/9707 K:2014/4592 (kişisel arşiv); Yarg. 9. HD, 17.2.2014, E:2013/10164 K:2014/4593 (kişisel arşiv).

17 "...Karşı oy: Üstelik aylık ücrete fazla çalışma ü-

çalışma yapmadığı gerekçesine yaslanarak temel ücrette herhangi bir indirimde gidemez. Dolayısıyla işverenin fazla çalışma ücretini aylık ücretin içinde ödediği işçinin bordrosunda, ayrıca fazla çalışma ücreti tahakkuk ettirmesi anlamsızdır. Öyle görünüyor ki, yerel mahkemenin bir takım nedenlerle geçersiz saydığı ücret bordrolarına sadece ödenen tutarla sınırlı ispat gücü tanıyan Yargıtay 9. Hukuk Dairesi; yerleşik uygulamasıyla çelişmemek kaygısıyla bu kararlara imza atmıştır. Bununla beraber, daha çok somut olayın özelliklerinin gözetildiği izlenimi uyandıran bu kararlar, kötüye kullanmaya elverişlidir¹⁸.

bb) Personel Yönetmeliği

İş hukukunun özel kaynakları arasında yer alan personel yönetmeliği (iç yönetmelik, işyeri yönetmeliği) işverence önceden hazırlanan ve işyerinde uygulanacak genel çalışma koşullarını içeren düzenleme olarak tanımlanmaktadır¹⁹. Nitekim işverenin işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yap-

retlerinin dâhil olduğuna dair kararlaştrırmaları yılda 270 saatlik fazla mesai sınırına kadar geçerli kabul eden yerleşik içtihadın anlamı, *bu süredeki fazla çalışma karşılıklarının işçiye, fiilen fazla çalışma yapсын/ yapmasın, ödendiğidir...*”Yarg. 9. HD, 05.06.2012, E:2009/50037 K:2012/19513, www.legalbank.net.

18 Kötü niyetli bir işverenin işyeri uygulaması yoluyla fazla çalışma ücretinin temel ücrete dâhil edilebileceği yönündeki Yargıtay içtihadını nasıl kötüye kullanabileceği ve fazla çalışma yapan işçiyi hak ettiği fazla çalışma ücretinden nasıl yoksun kılabileceği şöyle bir örnekle açıklanabilir : “... İşveren işçiye ayda 2.500 TL aylık temel ücreti banka kanalıyla ödemekte ve her ay 50 saat fazla çalışma yaptırmaktadır. Ancak fazla çalışma ücreti ödememektedir. İş sözleşmesi feshedilen işçi fazla çalışma ücreti alacağıının tahsili istemiyle işverene dava açar. İşveren dava tarihi sonrasında düzenlediği bordrolarda 2.500 TL'nin bir kısmını her ay 22 saat karşılığı fazla çalışma ücreti olarak gösterir. Cevap dilekçesinde fazla çalışma ücretinin işyeri uygulamasıyla aylık ücrete dâhil edildiğini ve fazla çalışma yapılmasa bile 22 saat karşılığı fazla çalışma ücretinin aylık ücretin içinde ödendiğini ileri sürer. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin yukarıda aktarılan kararlarını örneğe uyguladığımızda, işçi yalnızca sonradan hazırlanan bordrolarda fazla çalışma ücreti gibi gösterilen 22 saat tahakkuku geçen 28 saat karşılığı fazla çalışma ücretini alabilecektir...”

19 Süzek, s. 60.

bileceğine ilişkin pozitif hukuk normu, işverene açıkça iç yönetmelik hazırlama ve uygulama yetkisi de tanımaktadır (TBK m. 399). Görüldüğü gibi, iç yönetmelik sadece işin görülmesine ve işçilerin işyerindeki davranışlarına ilişkin kuralları kapsayabilir. Buna karşılık, iç yönetmelik hükümleri hakkında açıkça bilgisi verilse ve onay alınsa dahi; işçiye, iç yönetmelik kanalıyla, kişisel niteliği ağır basan borçlar kesinlikle yüklenemeyeceği gibi, böyle bir yönetmelik işçinin ücretinin azalmasına yol açacak kuralları da içeremez. Örneğin iş sözleşmesiyle iki aya kadar deneme süresi kararlaştırılabilir, bu süre toplu iş sözleşmesiyle dört aya kadar uzatılabilir (İK m. 15). Öyleyse personel yönetmeliğindeki deneme süresi kaydı işçiyi bağlamayacaktır. Ayrıca iş sözleşmesi deneme süresi kaydı içerse de, deneme süresi personel yönetmeliğiyle uzatılamaz. Öte yandan ücret kesme cezası gerektiren nedenler, mutlaka toplu iş sözleşmesinde veya iş sözleşmesinde gösterilmelidir (İK m. 38). Buna göre, işveren personel yönetmeliğinde gösterilen bir nedene dayanarak işçiye ücret kesme cezası veremez (İK m. 38/1). Diğer bir örnek, ulusal bayram /genel tatil günlerinde çalışmadır. Gerçekten ulusal bayram ve genel tatil günlerinde işyerlerinde çalışılıp çalışılmayacağı toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmeleriyle kararlaştırılır; sözleşmelerde hüküm bulunmaması halinde söz konusu günlerde çalışılması için işçinin onayı gerekir (İK m. 44)²⁰. O halde personel yönetmeliğinde yer alan ve işçilerin iş görme edimlerini ulusal bayram/genel tatil günlerinde de ifa etmeyi sürdüreceklerine ilişkin bir hüküm, emredici yasal düzenlemeyle bağdaşmayacaktır. Nihayet yazılı şekil, iş sözleşmesi sonrası rekabet yasağının geçerlilik koşullarındandır (TBK m. 444/1). Rekabet yasağı kaydının geçerliliği, işçinin rekabet etmeme borcunu yazılı olarak üstlenmesine; eş deyişle, işçinin bireysel yazılı onayına bağlıdır. Dolayısıyla personel yönetmeliğiyle, işçilerin tamamına veya bir kısmına sözleşme sonrası rekabet etmeme borcu getirilmesi rekabet yasağının bireysel özelliğiyle örtüşmemekte olup, böyle bir yasağın yasanın aradığı yazılı şekil koşulunu karşıladığı söylenemez.

20 Çelik /Caniklioğlu /Canbolat, s. 517.

Önceki paragrafta sıralanan saptamalar, fazla çalışma ücretinin personel yönetmeliği hükümleri yoluyla aylık ücretin içine alınması konusunda da *a fortiori* geçerlidir. İşverenin yönetim hakkının doğal uzantısı niteliğindeki personel yönetmeliğinin amacı; tüm işçilere aynı anda uygulanmaya elverişli, nesnel (objektif) ve soyut kurallar aracılığıyla işyerindeki çalışma düzeninin olabildiğince yeknesaklaştırılması, işyerinde disiplinin sağlanması ve eşit davranma ilkesini zedeleyebilecek keyfi uygulamaların önüne geçilmesidir. Buna karşın; iş sözleşmesiyle karşılıklı, kişisel ve somut borçlar üstlenilmekte; böylece personel yönetmeliği düzeyinde genel bir çerçevede ve ana hatlarıyla tanımlanan çalışma koşulları iş sözleşmesiyle somutlaştırılarak bireyselleştirilmektedir. Personel yönetmeliği, çeşitli yönleriyle idare hukukundaki genel düzenleyici işlemleri andırmaktadır. Bütün bu açıklamalar ışığında, personel yönetmeliği kanalıyla işçiye kişisel yanı ağır basan bazı borçların yüklenemeyeceği ve başta ücret olmak üzere, işçi alacakları konusunda işveren yararına düzenlemelere gidilemeyeceği vurgulanmalıdır. Dolayısıyla işçinin yasal düzenlemelerden kaynaklanan haklarını ortadan kaldırmayı veya törpülemeyi amaçlayan personel yönetmeliği hükümlerine uygulanacak yaptırım geçersizdir. Özellikle fazla çalışmanın aylık ücrete dâhil edilmesinin öncelikle işverenin çıkarlarına yaradığı düşünüldüğünde, böyle bir uygulamanın personel yönetmeliği gibi işverence hazırlanan ve genel kurallar içeren bir kaynakla işçiye dayatılması iş hukukunun koruyucu yapısıyla örtüşmeyecektir. Kaldı ki olağan fazla çalışma için iş sözleşmesiyle alınan onayın bile yeterli görülmediği ve her yılbaşında işçinin kişisel yazılı onayının arandığı bir hukuk düzeninde, fazla çalışma ücretinin personel yönetmeliği yoluyla temel ücretin bir parçasına dönüştürülmesi hukuka uygun sayıldığı takdirde; tam bir hukuki garabet ortaya çıkacaktır. Ekleyelim ki, işçinin personel yönetmeliğinin içeriği konusunda bilgilendirilmesi ve ‘...personel yönetmeliğinin okunduğu ve kabul edildiği...’ yönünde işçiden imza alınması, fazla çalışma ücretini temel ücrete dâhil eden yönetmelik hükümlerini geçerli kılmaz.

Ne var ki kimi konularda iş hukukunun yerleşik kurallarıyla çelişen *suigeneris* bir içtihat oluşturup işçi lehine yorum ilkesini sanki ‘işveren lehine yorum ilkesi’ olarak yorumladığı gibi bir algı yaratan Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, fazla çalışma ücretinin personel yönetmeliğiyle dâhil temel ücrete dâhil edilebileceğine hükmetmiştir. Yargıtay ilamından anlaşıldığı kadarıyla, somut olayda Bakırköy 10. İş Mahkemesi²¹, 06.09.2007–06.06.2009 dönemi için fazla çalışma ücreti alacağını hesaplayan bilirkişi raporuna göre karar vermiştir. Ancak 22. Hukuk Dairesi; “...**davalı tarafça dosyaya sunulan personel yönetmeliğinin 14. maddesi uyarınca yıllık 270 saate kadar olan fazla çalışma ücretlerinin davacının aldığı ücrete dâhil olduğunun anlaşıldığı**, davacının takım lideri olmadığı dönemde zamanaşımı defî dikkate alınarak yapılacak hesaplamaya göre fazla çalışma ücretine hak kazanacağı, takım lideri olarak görev yaptığı 2008 ve 2009 yılları arasındaki dönem yönünden ise 270 saati aşan süreler yönünden fazla çalışma ücreti alacağına hak kazanacağı gözetilerek fazla çalışma ücreti alacağının yeniden hesaplanması gerektiği...” gerekçesiyle Yerel Mahkeme kararını bozmuştur²². Karar metninden iş sözleş-

21 Yerel Mahkeme Yargıtay internet sitesindeki dosya sorgudan tespit edilmiştir. https://vatandasilam.yargitay.gov.tr/proxyYargitay/portal_baslangic.uyp

22 “...*Davacı işçinin fazla çalışma yapıp yapmadığı konusunda da taraflar arasında uyumsuzluk bulunmaktadır. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda davacı tanık beyanlarına göre haftalık 18 saat fazla mesai yaptığı kabul edilerek ve davacının 01.07.2009–28.02.2010 dönemi için denkleştirme uygulaması sonucu fazla mesai ücreti talep hakkı olmadığından bu dönem hesaplamada dışlanarak, zamanaşımı def’i de nazara alınarak 06.09.2007–06.06.2009 tarihleri arası dönem için fazla çalışma ücreti alacağı hesaplanmıştır. Ancak davalı tarafça dosyaya sunulan personel yönetmeliğinin 14. maddesi uyarınca yıllık 270 saate kadar olan fazla çalışma ücretlerinin davacının aldığı ücrete dâhil olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda davacının takım lideri olmadığı dönemde zamanaşımı defî dikkate alınarak yapılacak hesaplamaya göre fazla çalışma ücretine hak kazanacağı, takım lideri olarak görev yaptığı 2008 ve 2009 yılları arasındaki dönem yönünden ise 270saati aşan süreler yönünden fazla çalışma ücreti alacağına hak kazanacağı gözetilerek fazla çalışma ücreti alacağının yeniden hesaplanması gerekmektedir...*” Yarg. 22. HD, 10.7.2014, E:2013/12033 K:2014/22337, www.legalbank.net.

mesinde fazla çalışma ücretini aylık ücrete dâhil eden bir kayda yer verilmediği, personel yönetmeliğinin 14. maddesinin takım liderlerinin fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dâhil eden bir düzenleme içerdiği, davacı işçinin 2008 yılında görev tanımının değiştiği ve takım liderliğine terfi ettiği 06.06.2009 tarihine kadar takım lideri unvanıyla iş gördüğü ortaya çıkmaktadır. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, fazla çalışma ücretinin takım liderlerinin ücretine dâhil olduğuna ilişkin personel yönetmeliği maddesine dayanarak davacının takım lideri olarak görev yaptığı dönemde fazla çalışma ücretini temel ücretin içinde kabul etmiştir. Öncelikle iş sözleşmesinde fazla çalışma ücretini temel ücretin içinde kabul eden bir kayıt bulunmadığı durumlarda fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dâhil edilmesi, çalışma koşullarında esaslı değişiklik anlamı taşır. Söz gelimi, işçiyi daha üst düzey bir pozisyona atamak ve bu atamaya birlikte temel ücretinin arttırmak isteyen işveren eş zamanlı olarak fazla çalışma ücretini aylık ücrete dâhil etmeyi tasarladığı anda, çalışma koşullarında işçi aleyhine esaslı değişiklik gündeme gelir. Zira işçinin temel ücretinde artış yaşansa dahi, fazla çalışma ücretinin temel ücrete dâhil edilmesi, işverene, ayrıca fazla çalışma ücreti ödemediği veya serbest zaman kullandırmadan fazla çalışma yaptırma olanağı sağlar. Bundan dolayı, işverenin işçiye İş Kanunu'nun 22. maddesi doğrultusunda fazla çalışma ücretinin temel ücretin içine alınmasını yazılı olarak önermesi ve işçinin de böyle bir öneriyi altı iş günü içinde yine yazılı şekilde açıkça kabul etmesi şarttır. Kaldı ki iş sözleşmesinde açıkça düzenlenmedikçe, personel yönetmeliğinde iş görme ediminin niteliğine veya unvana göre sınıflama yapılarak fazla çalışma ücretinin bazı işçiler yönünden aylık ücrete dâhil edilmesine hukuki sonuç bağlanamayacağından; işçinin işe girişte veya sonradan yönetmeliğin içeriği hakkında aydınlatılması veya yönetmelik hükümlerini kabul ettiğine ilişkin işçiden yazılı onay alınması, fazla çalışma ücretini temel ücrete dâhil eden bu tip hükümleri hukuka uygun

kılmayacaktır²³. Sonuç olarak, fazla çalışma ücretinin personel yönetmeliği gibi tek taraflı genel düzenleyici hukuki işlemler yoluyla temel ücrete dâhil edilebileceği yönündeki görüş, doğru bir hukuki temele yaslanmamaktadır.

cc) Toplu İş Sözleşmesi

Fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dâhil edilmesi özünde işverene yaramakla ve bu bağlamda, işçi sendikasının toplu iş sözleşmesi kapsamındaki işçilerin fazla çalışma ücreti istemlerini engelleyen bir hükme rıza göstermesi akıllarda ciddi soru işaretleri yaratmakla birlikte; aylık temel ücretin fazla çalışma ücretini de içerecek biçimde belirlendiği toplu iş sözleşmelerine -seyrek de olsa- rastlanmaktadır²⁴. Yargıtay 7. Hukuk Dairesi, gemi adamının hak ettiği fazla çalışma ücretinin böyle bir hükmün yer aldığı toplu iş sözleşmesi göz önünde bulundurulmadan hesaplanmasını önce bozma nedeni yapmış²⁵; ancak bozma sonrası yapılan yargılamada

23 Örneğin bir an için davacının işe takım lideri sıfatıyla başladığı ve kendisinden ‘...personel yönetmeliğini okudum ve yönetmeliğin tüm hükümleri kayıtsız şartsız kabul ettim...’ tarzında bir yazılı onay alındığı varsayılsa bile, fazla çalışma ücreti temel ücrete işçiyi işveren arasında bağitlanan ve işçinin imzasının da bulunduğu bireysel nitelik taşıyan bir hukuki işlem (iş sözleşmesi veya ayrı sözleşme) yoluyla dâhil edilmediği sürece fazla çalışma yapan işçi temel ücretinden bağımsız olarak fazla çalışma ücreti talep edebilmelidir.

24 Türkiye Denizciler Sendikası ile M. Römorkor ve Kılavuzluk A.Ş. arasında bağitlanan 01.07.2006-31.12.2008 tarihli toplu iş sözleşmesi: “...Madde 45-Ücret Cetveli 01.01.2007 tarihinden itibaren (aylık ücret, hafta tatili, genel tatil ve fazla mesai dâhil) ödenecek ücretler aşağıda gösterilmiştir...” (kişisel arşiv)

25 “...Mahkemece, dosya kapsamından davacının 19.10.2004-30.06.2009 tarihleri arasında ayda 15 gün boyunca 24 saat çalışıp 15 gün dinlendiğini, 24 saat çalışma olgusu insan doğasıyla bağdaşmadığından davacının yemek uyku, dinlenme ve diğer zorunlu gereksinimleriyle ara dinlenmelerine ayırdığı belirli bir sürenin düşülmesi gerektiği, bu sürenin de davacının günlük çalışma süresine dâhil olmayan 6 saate tekabül ettiğinden hareketle davacı işçinin günlük fiili çalışma süresinin 18 saat olduğu, Deniz İş Kanununa göre davacının aylık çalışma süresinin 208 saat olduğu, böylece davacının ayda 62 saat fazla çalışma yaptığı, ulusal bayram ve genel tatillerde de çalıştığı, ikramiye alacağına ise olmadığı kabul edilerek davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir. Somut olayda

verilen kararın, temyiz isteminin incelenmediği gerekçesiyle temyiz edilmesi üzerine, 854 sayılı Deniz İş Kanunu'nun fazla sürelerle çalışmayı düzenleyen hükümlerinin bazılarının uygulanması idari para cezası ile teminat altına alınmış hükümler olduğundan TİS ile işçi aleyhine aksinin kararlaştırılmayacağını, böyle hükümlerin varlığı halinde işçi lehine hükümlerin geçerli olduğunu, bu itibarla 01.07.2006-31.12.2008 arasındaki dönemi kapsayan TİS'nin fazla mesainin aylık ücrete dâhil olduğuna dair hükmüne sınırlı bir şekilde değer vermek gerektiğini ifade ederek 21.03.2013 tarih ve 7047/4107 sayılı önceki bozma kararı ile bu bozma kararına uyularak verilen İstanbul 10. İş Mahkemesi'nin 02.04.2014 tarih ve 2013/340 E 2014/290 K sayılı kararının ortadan kaldırılmasına, mahkemenin 08.11.2012 tarih ve 2009/478 E 2012/625 K sayılı kararının bozulmasına karar vermiştir²⁶.

davalı işveren temyiz aşamasında davalı işyerinde uygulanmakta olan 2006-2008 yıllarına ilişkin Toplu İş Sözleşmesini dosyaya sunmuştur. İtiraz niteliğindeki bu belgeler yargılamanın her aşamasında dikkate alınması gerekir. Davacı işçi 04.08.2004 tarihinde Toplu İş Sözleşmesinin tarafı olan Türkiye Denizciler Sendikası'na üye olmuştur. Yapılacak iş; davacının talep ettiği işçilik alacaklarının Toplu İş Sözleşmesi hükümleri göz önüne alınarak yeniden hesaplatılması ve ilk kararı davacının temyiz etmemesi nedeniyle davalı yararına oluşan usuli kazanılmış hak ilkesi de gözetilerek çıkararak sonuca göre karar vermektir... (Yarg. 7. HD., 21.03.2013, 7047/4107, kişisel arşiv).

26 "...Öte yandan dosya içinde bulunan davacının üyesi bulunduğu sendika ile davalı işveren arasında imzalanan TİS'nin 45. maddesinde işçi ve işverenin işçinin ayda 56 saat fazla mesai yapması konusunda mutabık kaldıkları hükmü yer almaktadır. Ayrıca işçiye aylık olarak ödenen ücretin içinde fazla mesai ücretinin de olduğu konusunda anlaşmaya varılmıştır. 854 sayılı Deniz İş Kanunu'nun fazla sürelerle çalışmayı düzenleyen hükümlerinin bazılarının uygulanması idari para cezası ile teminat altına alınmış uygulanması zorunlu hükümler olduğundan TİS ile işçi aleyhine aksinin kararlaştırılması mümkün değildir. Böyle hükümlerin varlığı halinde işçi lehine olan hükümler geçerli olacaktır. Bu itibarla 01.07.2006-31.12.2008 arasındaki dönemi kapsayan TİS'nin fazla mesainin aylık ücrete dâhil olduğuna dair hükmüne sınırlı bir şekilde değer vermek gerekmektedir. TİS hükmüne göre taraflar işçinin aylık 56 saat fazla mesai yapması konusunda mutabık kalmışlardır. Nitekim bordroların çoğunda davacı işçi lehine aylık 56 saat üzerinden fazla mesai

Toplu iş sözleşmesi, normatif ve borç doğurucu kısımlardan oluşmaktadır. Normatif hükümlerin büyük çoğunluğu ise, iş sözleşmesinin içeriğini düzenlemektedir²⁷. Dolayısıyla ilk bakışta, fazla çalışma ücretinin toplu iş sözleşmesi kanalıyla aylık ücrete dâhil edilmesinin önünde hiçbir hukuki engel bulunmadığı düşünülebilir. Bununla birlikte, bir dizi norm özellikle fazla çalışma konusunda işçiden bireysel onay alınmasını şart koşmaktadır. Örneğin fazla çalışma için işçinin onayının alınması gerekir (İş K. m. 41/7). Yine İş Kanunu'nun 41. maddesine dayanılarak hazırlanan İş Kanunu'na İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği'nin 9. maddesinde, fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma yaptırmak için işçinin onayının her yılbaşında yazılı onayının alınması ve alınan yazılı onayın işçinin özlük dosyasında saklanması gerektiği belirtilmektedir. O halde toplu iş sözleşmesinde fazla çalışmaya onay verildiğine ilişkin bir düzenleme yer alması, fazla çalışma yaptırmak isteyen işvereni, işçilerden her yılbaşında yazılı onay alma yükümlülüğünden kurtarmamaktadır. Diğer yandan, fazla veya fazla sürelerle çalışan işçi isterse, bu çalışmalar karşılığı zamlı ücret yerine, fazla çalıştığı her saat karşılığında bir saat otuz dakikayı, fazla sürelerle çalıştığı her saat karşılığında bir saat on beş dakikayı serbest zaman olarak kullanabilir (İş K. m. 41/4). Şu halde toplu iş sözleşmesinde işçilere fazla

ücreti tahakkuk ettirildiği ve aylık sabit ücretle birlikte ödendiği görülmektedir. Davalı aylık çoğu 56 saat olan bu fazla mesai süresinin yazılı kayda yani 854 sayılı Deniz İş Kanunu'na göre tutulması zorunlu vardiya çizelgelerine, fazla sürelerle çalışmaya ilişkin noter tasdikli defter kayıtlarına dayandığını ispat edemediğine göre, bordro tahakkuklarının davacının daha fazlasını isteme hakkını elinden alması mümkün değildir. Bu itibarla davacının istek dönemi içinde ayda 120 saat fazla mesai yaptığı kabul edilerek fazla mesai ücreti bordrolardaki çıplak dönemsel ücret üzerinden hesap edilmeli, bordrolardaki tahakkuklar mahsup edilerek hakkaniyet indirimi de yapılmak suretiyle alacak hüküm altına alınmalıdır..."(Yarg. 7. HD., 02.04.2014, 13065/19241, kişisel arşiv).

27 Toplu iş sözleşmesinin normatif kısmı hakkında geniş bilgi için bkz. *Tuncay, A. Can/Savaş Kutsal*, Burcu: Toplu İş Hukuku, 4. Bası, Beta, İstanbul 2015, s. 173 vd.

çalışma karşılığında fazla çalışma ücreti yerine serbest zaman kullanılacağı yönünde bir hükme yer verilmesi, serbest zaman uygulamasına bireysel onay vermeyen işçinin fazla çalışma ücreti talep hakkını ortadan kaldırmaz. Görüldüğü gibi, fazla çalışma karşılığı ücret ödenmesi temel kural olmakla, temel kuraldan sapılması ancak işçinin mevzuata uygun biçimde alınmış yazılı onayıyla olanaklıdır. Aynı saptama *a fortiori* fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dâhil edilmesi için de geçerlidir; fazla çalışma ücreti alacağıının serbest zaman kullanılabilmesi veya fazla çalışma ücretinin aylık ücretin içinde ödenmesi gibi yollarla ortadan kaldırılabilmesi, işverenle işçinin anlaşmasına bağlıdır. Özetle, işçinin sözleşen sıfatını taşımadığı toplu iş sözleşmesinde bulunan ‘...fazla çalışma ücreti aylık ücrete dâhildir...’ gibi bir hüküm hukuki sonuç doğurmayacaktır²⁸.

2. Aylık Ücrete Dâhil Edilebilecek Fazla Çalışma Ücretinin Üst Sınırı

a) Fazla Çalışma Süresini Sınırlayan Normlar

aa) Anayasal Dayanak

İşçinin olağan çalışma süresinin sınırlandığı, olağan çalışma süresini aşan çalışmaların fazla çalışma sayıldığı ve fazla çalışmanın da -kural olarak- işçinin yazılı onayına bağlandığı bir hukuk düzeninde sınırsız fazla çalışma düşünülemez. Gerçekten işverenin fazla çalışma ücretini ödediği işçiye dilediği kadar fazla çalışma yaptırabileceği gibi bir düşüncenin, insan sağlığını ve işçinin özel yaşamını önceleyen çağdaş iş hukukunda yeri yoktur. Zira aşırı fazla çalışma, işçinin bedensel ve psikolojik sağlığına zarar verir; ayrıca çok fazla çalışan işçinin eşiyle çocuklarına yeterince zaman ayıramaması, aileyi temelinden sarsar. Öyleyse işçi elde edeceği fazla çalış-

ma ücreti yoluyla gelir düzeyini yükseltmek ve böylece ailesinin geçimine katkı sunmak gibi iyi niyetli bir amaçla hareket etse dahi, belli bir sınırın üzerinde fazla çalışmaya izin verilmemelidir. Dinlenme, anayasal temel bir haktır. Kişi, anayasal düzeyde tanınan temel hak niteliğindeki dinlenmeden -bu haktan feragat maddi çıkarlarına daha uygun düşse dahi- vazgeçemez. Şöyle ki dinlenme hakkı, çalışanın sağlığıyla özel yaşam alanının korunmasında ve aile birliğinin sürdürülmesinde dolaylı araçlar arasında yer almaktadır. Öyleyse Anayasa’nın yasa koyucuya, işçinin dinlenme hakkının kullanılmasını fiilen ortadan kaldıracak tarzda aşırı fazla çalışmayı yasaklama; giderek işverenlerin işçileri aşırı fazla çalıştırmalarını engellemek amacıyla caydırıcı hukuki, idari ve cezai yaptırımlar koyma gibi bir ödev yüklediği vurgulanmalıdır. Peki, yasa koyucu bu yükümlülüğü nasıl yerine getirmiştir? İlerleyen satırlarda bu soruya yanıt aranacaktır.

bb) Yasal Düzenlemeler

İş Kanunu’nda toplam fazla çalışma süresine, yıllık tavan getirilmiştir. Buna göre, fazla çalışma süresinin toplamı bir yılda iki yüz yetmiş saatten fazla olamaz (İş Kanunu m. 41/7). Fıkarda geçen ‘bir yılda’ sözünden takvim yılı anlaşılmalıdır²⁹. Öte yandan bir takvim yılı içinde yapılan fazla çalışmanın iki yüz yetmiş saati aşamayacağına ilişkin düzenlemeden iki yüz yetmiş saate kadar fazla çalışmanın haftalar arasında farklı biçimde dağıtılabileceği anlamı çıkmaktadır. Şu halde işveren yazılı onay veren işçilere her ay eşit olarak 22,5 saat fazla çalışma yaptırabileceği gibi (270 saat/12 ay = 22,5 saat), fazla çalışma belirli aylara veya mevsimlere de özgülenebilir. Örneğin turizm sezonu dışında kalan aylarda haftalık çalışma süresi aşılmayan bir otel işyerinde; Haziran, Temmuz, Ağustos ve Eylül aylarında toplam 270 saat fazla çalışma hukuka aykırı değildir. Eş söyleyişle, işveren iş sözleşmesinde fazla çalışma ücretini aylık ücrete dâhil eden bir kayıt yer alan işçiye ayrıca fazla çalışma ücreti ödemediği bir takvim yılı içinde 270 saati aşmamak kaydıyla ayda 22,5 saatin üzerinde fazla çalışma yap-

28 Bu bağlamda, Yargıtay 7. Hukuk Dairesi’nin 02.04.2014 tarih ve 13065/19241 sayılı kararında varılan sonuç doğru olmakla beraber; bozma ilamında geçen ‘...Bu itibarla 01.07.2006-31.12.2008 arasındaki dönemi kapsayan TİS’nin fazla mesainin aylık ücrete dâhil olduğuna dair hükümler sınırlı bir şekilde değer vermek gerekmektedir...’ tümcesine katılmak asla olanaklı değildir. Böyle bir hüküm, bütünüyle geçersiz sayılmalıdır.

29 Karacan, s. 149.

tırabilir. Ekleyelim ki, 2012 tarihli bir Yargıtay kararına ekli karşı oy yazısı da bu saptamayı desteklemektedir³⁰. Bununla birlikte son yıllarda ve-

30 “...Karşı oy: Davacı, davalı işyerinde hafta ve genel tatil günleri dâhil fazla çalışma yaptığını, ücretlerinin ödenmediğini ileri sürerek alacak talebinde bulunmuş, davalı işveren ise davacının hafta ve genel tatillerde çalışmadığı, davacıya ödenen ücret içinde fazla çalışmalar karşılığının da bulunduğunu savunarak talebin reddini istemiştir. Yerel mahkemece görevlendirilen bilirkişi, tanıklarca beyan edilen çalışma saatlerine göre davacının fazla çalışma süresini belirlemiş, iş sözleşmesinde işçiye ödenen ücrete fazla çalışmalarında dâhil olduğunun kararlaştırıldığını, buna göre yıllık 270 saat fazla çalışma süresinin bir haftaya isabet eden 5,2 saatlik bölümünün ücrete dâhil olduğunu belirterek, haftalık saptanan fazla çalışma süresinden 5,2 saatin düşülmesi sonucu belirlenen süre üzerinden fazla çalışma ücretini hesaplamış ve mahkemece bu hesaba itibar edilerek fazla çalışma ücret alacağına tahsiline karar verilmiştir. Çalışma süreleri ve fazla mesai ile ilgili sınırlamalar yasada belirli olup, 270 saatlik sınırlama -yıl bazında- getirilmiştir. Günlük azami 11 saatlik sınırı aşmadığı ve diğer yasal esaslara uyulduğu müddetçe 270 saatin yılın herhangi bir evresinde tamamlanması mümkündür. Bir yılın 12 ay, yıllık fazla mesai sınırının da 270 saat olduğundan hareketle ayda $270/12 = 22,5$ saat yahut bir adım daha ileri gidip haftada $22,5 / 4 = 5,625$ saat şeklinde bir sınırlamanın yasal dayanağı bulunmamaktadır. Yönetmelik 5. madde de farklı bir nitelemeye elverişli değildir. Esasen hükümler sarıh ve dolayısıyla yoruma kapalı olmakla birlikte gerek İş Kanunu'nun 41. maddesi gerekse FÇY 5. maddenin lafzına bakıldığında “Fazla çalışma süresinin toplamı bir yılda 270 saatten fazla olamaz” denilerek, bu sürenin pekâlâ haftadan haftaya, aydan aya değişiklik gösterebileceği ve fakat bunların (yıllık) toplamının 270 saati aşamayacağı düzenlenmektedir. Yoksa yasakoyucu, -bunların toplamı- ibaresini kullanmak yerine fazla çalışmanın aylık sınırının 22,5 saat olduğunu yahut 270 saatin aylara eşit şekilde dağıtılacağını zikretmeyi, düzenlemeyi tercih etmemiştir. Esasen bu, iş sürelerinde esnekleşmeyi, yoğunlaştırılmış iş haftalarını ve denkleştirme süresini benimseyen kanun sistemi açısından da doğal bir sonuçtur. Yıllık sınırın dağıtılması hakkında yorum metoduna başvurulacaksa dahi, bunun kanunun diğer hükümleri, ifade şekilleri de göz önünde tutularak yapılması gerekir: Öyle ki, örneğin İş Kanunu'nun 63. maddesinde görüldüğü haliyle, kanun koyucu haftalık 45 saatlik yasal normal çalışma süresinin iş günlerine eşit şekilde dağılımını “aksi kararlaştırılabilir” bir esas olarak getirmiştir ve prensibin eşit dağılım olduğunu belirtirken aksinin kararlaştırılmasına cevaz vermiştir. Oysa 270 saat bakımından tamamlayıcı/yedek bir kural olarak bile bunun aylara

rilen bazı Yargıtay kararlarında ilgili ayda fazla çalışma yapıp yapılmadığı tespit edilirken 270 saatin 12 aya bölünmesi ve yapılan fazla çalışmanın 22,5 saati aşması durumunda aşan kısım için fazla çalışma ücreti hesaplanması gerektiği kabul edilmektedir³¹.

eşit şekilde dağılımını esas almamıştır. Kanun hangi periyotta ne sürede sınırlama öngördüğünü açıkça düzenlemiştir. “...bir yılda 270 saatten fazla olamaz” (m. 41); “günde on bir saati aşmamak koşulu ile...” (m. 63) gibi. Kanunun 41. maddesi, fazla mesai süresinin toplamı “bir ayda 22,5 saatten ya da haftada 5 saatten fazla olamaz” yönünde hiçbir hüküm içermemektedir. Aylık ücrete fazla mesai ücretlerinin dâhil olduğunun kararlaştırıldığı hallerde işçi yıl içinde ne zaman 270 saatlik fazla mesai süresini doldurursa, ardından yaptığı her fazla saatlerle çalışma için ücrete hak kazanacaktır. Bunun aksine yıl içinde henüz 30 saat dahi fazla çalışması bulunmayan işçi, bir aylık sürede örneğin 23 saat fazla çalışma yaptığı için fazla çalışma ücretine hak kazanamaz. 270 saat, yıllık ölçüttür. Sözleşmelerle bunun yıl içinde dağıtımı başka şekilde kararlaştırılabileceği gibi işyerinin, işin gerekleri, somut olay özellikleri nedeniyle de fazla çalışma sürelerinin toplamı aydan ayda farklılık arz edebilecektir. Benzer şekilde, işçinin fazla çalışmaya onayı yılda 270 saatlik sınıra kadar verilmiş kabul edildiğinden, yıl içinde bu sınırın daha üçte ikisine ulaşmamış bir örnekte ayda 22,5 saat fazla mesai yaptığı için artık ay sonuna kadar işçinin fazla mesai onayı bulunmadığı, izleyen ay yeniden onaylı dönemin başladığı gibi bir faraziyeden sözedilemeyecektir. Nitekim Dairemizin de işçi onaylarının ayda ancak 22,5 saat için verildiğine dair içtihadı bulunmamaktadır. Üstelik aylık ücrete fazla çalışma ücretlerinin dâhil olduğuna dair kararlaştırmaları yılda 270 saatlik fazla mesai sınırına kadar geçerli kabul eden yerleşik içtihadın anlamı, bu süredeki fazla çalışma karşılıklarının işçiye, fiilen fazla çalışma yapsın/yapmasın, ödendiğidir. Aksine bir hukuk kuralı ve akdi şart bulunmadığı halde ayda 22,5 saat ya da haftada 5 saat yönünde ayrı bir sınırlama da içtihat yoluyla ihdas edildiğinde henüz 270 saatin aşılmadığı süreç bakımından mükerrer ödeme ortaya çıkacaktır. Tüm bu gerekçelerle, yerel mahkeme kararının fazla çalışma ücreti hesabı yönünden de bozulması gerektiğinden, bu hususu bozma dışı bırakan çoğunluk görüşüne ve ulaşılan sonuca katılmıyorum...”Yarg. 9. HD, 05.06.2012, E:2009/50037 K:2012/19513, www.legalbank.net

31 “...Somut olayda davacı işçinin çalışmaları işe giriş çıkış kayıtlarıyla belirlenmiştir. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda esnek bir çalışma şeklinin uygulandığı belirtilerek bazı haftalar 45 saatin altında çalışıldığı, bazı haftalar ise çok yoğun çalışma yapıldığı, denkleştirme uygulandığında belirlenen fazla çalışma süresinin yılda 270 saati geçmediği belirtilerek 45 saat

Türk Borçlar Kanunu'nda toplam fazla çalışma süresini sınırlayan herhangi bir norma rastlanmamaktadır. Oysa İş Kanunu kapsamı dışında kalan işçilere – örneğin ev hizmetlerinde çalışanlara- sınırsız fazla çalışma yaptırılabilirliği gibi bir yorum, temel hak niteliğindeki dinlenme hakkıyla çatışacaktır. O halde Türk Borçlar Kanunu'ndaki boşluk İş Kanunu'nun 41. maddesinin kıyasen uygulanması yoluyla doldurulmalı; anılan kanuna tabi işçilerin azami fazla çalışma süresinin yılda 270 saat olduğu kabul edilmelidir. Buna karşılık, Deniz İş Kanunu'yla Basın İş Kanunu açısından başka bir tablo söz konusudur. Gerçekten Gemi Adamları Yönetmeliği'yle Türkiye tarafından onaylanan 180 sayılı Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmesi ve Avrupa Birliği'nin 1999/63 EC sayılı Yönergesi, gemi adamlarının çalışma sürelerini sınırlamaktadır. Ulusal üstü metinler gemi adamlarının azami çalışma süresinin 24 saatlik sürede 14 saati, 7 günlük sürede 72 saati geçemeyeceğini; dinlenme süresinin ise 24 saatte 10 saatten, 7 günlük sürede 77 saatten az olamayacağını; dinlenme saatlerinin 6 saatten az olmamak koşuluyla ikiye bölünerek uygulanabileceğini ve iki dinlenme süresi arasında geçecek zamanın 14 saatten fazla olmaması gerektiğini kurala bağlamaktadır. Gemi Adamları Yönetmeliği'nin 84. maddesi de ulusalüstü hukuka koşut bir düzenleme içermektedir. Ancak Yönetmelik, haftalık asgari dinlenme süresini 70 saat olarak belirlemiştir. Dolayısıyla ulusalüstü hukuk, iç

esasına göre bir hesaplama yapılmamıştır. Davanın günde 11 saati aşan çalışmaları için fazla çalışma ücreti hesaplanmıştır. Hükme esas alınan raporda yapılan hesaplama iki yönden hatalıdır; ilk olarak 11 saatin üzerindeki çalışmalar için ara dinlenme süresinin 1 saat olarak kabulü yerinde değildir. 11 saat ve üzeri çalışmalar için ara dinlenme süresi 1,5 saat olmalıdır. İkinci olarak, taraflar arasındaki iş sözleşmesinde fazla çalışmaların aylık ücrete dâhil olduğu kuralına yer verilmiş olduğu halde hükme esas alınan raporda bu yönde bir hesaplama yapılmadığı görülmektedir. Günlük çalışma süresi sınırının aşılması doğrudan fazla çalışma olup, buna göre hesaplanacak olan fazla çalışma ücretlerinden aylık ücret içinde ödendiği kabul edilen 22,5 saat düşülmelidir. O ay itibarıyla 22,5 saati aşan fazla çalışma ücretlerinin karşılığı hesaplanarak hüküm altına alınmalıdır..." Yarg. 9. HD., 04.06.2013, E: 2011/13641 K:2013/17034, www.legalbank.net

hukukla karşılaştırıldığında işçinin daha lehinedir. Anayasa'nın 90. maddesi dikkate alındığında, gemi adamlarının maksimum çalışma süresinin Türkiye tarafından onaylanan 180 sayılı Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmesi'ne göre saptanması uygun olacaktır. Buna karşılık, Basın İş Kanunu gazetecilerin azami fazla çalışma süresini günlük 3 saatle sınırlamayı yeğlemiştir (Ek m. 1/9). Bu doğrultuda, gazetecinin aylık ücretine dâhil edilebilecek fazla çalışma ücreti Basın İş Kanunu'nda yer alan azami günlük fazla çalışma süresi gözetilerek saptanmalıdır³².

c) Yargıtay'ın Yaklaşımı

Maksimum fazla çalışma süresini yıllık 270 saatle sınırlayan yasal düzenlemeyi göz önünde bulunduran Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, fazla çalışma ücretini temel ücrete dâhil eden sözleşmelerin etkisini kısıtlayan bir içtihat geliştirmiştir. Bu bağlamda, iş sözleşmesinde yer alan ve fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dâhil olduğu yönündeki kuralların yıllık 270 saatle sınırlı olarak geçerli sayıldığı sayısız kararda dile getirilmiştir³³. Nitekim Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin

32 Basın iş hukukunda fazla çalışma için bkz. Sümer, Haluk Hadi: Basın İş Kanununa Göre Fazla Çalışma, Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2014, Cilt:20, Sayı:1, Özel Sayı, s. 91-121.

33 "...Taraflar arasında imzalanmış olan iş sözleşmesinin 9. maddesinde yasal fazla çalışma ücretlerinin aylık ücrete dâhil olduğu yönünde kurala yer verilmiştir. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda anılan hüküm değerlendirmeye alınmamıştır. Dairemizin kararlılık kazanmış olan uygulamasına göre, yılda 90 gün ve 270 saate kadar yasal fazla çalışma ücretlerinin aylık sabit ücretin içinde ödenmesi olanaklıdır. Taraflar arasında imzalanan iş sözleşmesinin anılan hükmüne değer verilmeli ve buna göre fazla çalışma alacağı yönünden hesaplama yapılmalıdır. Bu konuda eksik inceleme ve hatalı değerlendirme ile sonuca gidilmiştir..." Yarg. 9. HD., 14.3.2006, E:2005/38225 K: 2006/6559, www.legalbank.net "...Taraflar arasında imzalanmış olan iş sözleşmesinin 5. maddesinde fazla çalışmanın aylık ücrete dahil olduğu yönünde kurala yer verilmiştir. Dairemizin kararlılık kazanmış olan uygulamasına göre bu tür hükümler yılda 270 saatle sınırlı olmak kaydıyla geçerlidir. Böyle olunca anılan iş sözleşmesi hükmü değerlendirilmeksizin aylık 85 saat üzerinden fazla çalışma ücreti hesabı hatalı olmuştur..." Yarg. 9. HD., 12.2.2008, E:2007/32436 K: 2008/111, www.legalbank.net

uygulaması, Yargıtay 7. Hukuk ve Yargıtay 22. Hukuk Daireleri tarafından da benimsenmektedir³⁴. Şu halde yasal üst sınırı aşan fazla çalışma karşılığında ödenecek fazla çalışma ücretinin temel ücrete eklenmesi olanaksızdır. Zira işverenin işçiye yılda 270 saatin üzerinde fazla çalışma yaptırması, İş Kanunu'nun emredici normuyla bağdaşmamaktadır. Bununla birlikte, çalışma yaşamında geniş bir işçi kitlesinin yasal sınırın çok üzerinde fazla çalışma yaptığı ve yasal üst sınırın neredeyse kâğıt üstünde kaldığı gerçeğinden yola çıkan Yargıtay – her ne kadar yasanın sözüyle çatışır gibi gözükse de – yasal üst sınırı geçen fazla çalışmalar için fazla çalışma ücreti istenebileceği sonucuna varmıştır³⁵. Aynı biçimde iş sözleşmesiyle fazla çalışma ücretinin temel ücrete dâhil edilmesi, işçinin yıllık 270 saati aşan fazla çalışmalar için fazla çalışma ücretine hak kazanmasını engellememektedir. Öyleyse iş sözleşmesinde fazla çalışma ücretinin aylık temel ücretin içinde yer aldığına ilişkin bir kayıt bulunan işçinin fazla çalışma ücreti alacağına tahsili istemiyle açtığı davada, hâkim öncelikle işçinin bir takvim yılındaki fazla çalışma süre-

galbank.net“...İş sözleşmelerinde fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dahil olduğu yönünde kurallara sınırlı olarak değer verilmelidir. Dairemiz, 270 saatle sınırlı olarak söz konusu hükümlerin geçerli olduğunu kabul etmektedir...”Yarg. 9. HD., 12.2.2008, E:2009/10370 K: 2011/11255, www.legalbank.net.

34 “...İş sözleşmelerinde fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dâhil olduğu yönünde kurallara sınırlı olarak değer verilmelidir. Dairemiz, 270 saatle sınırlı olarak söz konusu hükümlerin geçerli olduğunu kabul etmektedir...” Yargıtay 7. HD., 3.6.2013, 3835/10333, www.legalbank.net.“...İş sözleşmelerinde fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dâhil olduğu yönünde kurallara sınırlı olarak değer verilmelidir. Dairemiz, 270 saatle sınırlı olarak söz konusu hükümlerin geçerli olduğunu kabul etmektedir...” Yarg. 22. HD., 6.7.2012, 4403/16027, www.legalbank.net.

35 “...Fazla çalışma yönünden diğer bir yasal sınırlama, İş Kanununun 41. maddesindeki, fazla çalışma süresinin toplamının bir yılda iki yüz yetmiş 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. H.D. 18.11.2008 gün 2007/32717 E, 2008/31210 K.)...” Yarg. 9. HD., 27.1.2015, E:2014/20916 K:2015/2312, www.legalbank.net

sini saptamalı; şayet takvim yılı içinde gerçekleştirilen fazla çalışma süresi 270 saatin altında kalıyorsa davayı reddetmeli, 270 saatin üzerinde fazla çalışma yapılan durumlarda ise 270 saati aşan süreler yönünden fazla çalışma ücreti alacağına hükmetmelidir. Örneğin iş sözleşmesinde temel ücretin fazla çalışma ücretini de içerdiği kararlaştırılmışsa, aynı yıl içinde 185 saat fazla çalışma yapan işçi fazla çalışma ücretine hak kazanamaz. Buna karşılık, iş sözleşmesinde böyle bir kayda yer verilse dahi; işveren, yılda 420 saat fazla çalışma yapan işçiye yıllık üst sınırı aşan 150 saat karşılığında fazla çalışma ücreti ödemek zorundadır.

Öte yandan fazla çalışma ücretinin temel ücrete dâhil edilmesi, fazla çalışma süresine ilişkin başka kısıtlayıcı kuralları çiğneyen işverene fazla çalışma ücretini ödemekten kaçınma olanağı sunmamalıdır. Şöyle ki günlük çalışma süresi 11 saati aşamaz. Bununla birlikte, Yargıtay; günlük 11 saatin üzerindeki çalışmayı fazla çalışma saymakta ve haftada 45 saatlik yasal süre aşılmasa dahi günde 11 saati geçen çalışmanın fazla çalışma ücretini talep hakkı doğuracağını kabul etmektedir³⁶. Aynı biçimde 7,5 saati geçen gece çalışmasıyla Sağlık Kuralları Bakımında Günde Ancak Yedi Buçuk Saat veya Daha Az Çalışılması Gereken İşler Hakkında Yönetmelikte tanımlanan çalışmalar fazla çalışma olarak nitelendirilerek fazla çalışma ücretine hükmedilmektedir³⁷.

36 “...Günlük çalışma süresinin on bir saati aşamayacağı Kanunda emredici şekilde düzenlendiğine göre, bu süreyi aşan çalışmaların denkleştirmeye tabi tutulamayacağı, zamlı ücret ödemesi veya serbest zaman kullanımının söz konusu olacağı kabul edilmelidir...”Yarg. 9. HD., 27.1.2015, E:2014/20916 K:2015/2312, www.legalbank.net

37 “...Yine işçilerin gece çalışmaları günde yedi buçuk saati geçemez (4857 Sayılı İş Kanunu. Md. 69/3). Bu durum günlük çalışmanın, dolayısıyla fazla çalışmanın sınırını oluşturur. Gece çalışmaları yönünden, haftalık kırk beş 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. H.D. 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. maddesine göre, günde yedibuçuk saat çalışılması gereken işlerde çalışan işçinin, yedibuçuk saati aşan

Dolayısıyla iş sözleşmesindeki *'fazla çalışma ücreti aylık ücretin içindedir'* kaydı, günlük 11 saati aşan çalışmadan veya 7,5 saati geçen gece çalışmasından kaynaklanan fazla çalışma ücreti talep hakkını ortadan kaldırmaz. Ekleyelim ki, temel ücrete dâhil edilen fazla çalışma ücretine yıllık 270 saate varan fazla çalışmalar için geçerlilik tanıyan içtihat nispi emredici bir etki yaratmaktadır. Eş söyleyişle, yıllık 270 saatin altında bir fazla çalışma süresi karşılığı fazla çalışma ücretinin aylık ücretin içinde yer aldığı pekâlâ kararlaştırılabilir³⁸. Böyle bir durumda sözleşmesel sınırı aşan fazla çalışma süresi için ayrıca fazla çalışma ücreti ödenmelidir³⁹.

Türk Borçlar Kanunu, Basın İş Kanunu ve Deniz İş Kanunu gibi başka yasaların kapsamına giren iş sözleşmelerinde de fazla çalışma ücretinin temel ücrete dâhil sayan kayıtlara yer verilebilir. Şu kadar ki böyle kayıtlar, işverene işçiye fazla çalışma ücreti ödemediği sınırsız fazla çalışma yaptırma hakkı vermez. Gerçekten Türk Borçlar Kanunu'na tabi işçilerin fazla çalışma ücretlerini aylık ücretlerine katan sözleşme kayıtlarına İş Kanunu'ndaki yıllık 270 saat üst sınır kıyas yoluyla uygulanmalıdır. Deniz İş Hukukunda ise, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 180 sayılı Sözleşmesi'ndeki haftalık 72 saatlik üst sınır uygulama alanı bulur. Daha yalın bir anlatımla, kaptan veya gemi adamının iş sözleşmesine konulan ve fazla çalışma ücretinin temel ücreti içerdiğini öngören kayıt, haftalık 24 saatlik fazla çalışma açısından anlam ifade eder.

çalışma süreleriyle yedibuçuk saatten az çalışılması gereken işler bakımından Yönetmeliğin 5. maddesinde sözü edilen günlük çalışma sürelerini aşan çalışmalar; doğrudan fazla çalışma niteliğindedir. Sözü edilen çalışmalarda haftalık kırk beş saat olan yasal sürenin aşılmamış olmasının önemi yoktur..." Yarg. 9. HD., 27.1.2015, E:2014/20916 K:2015/2312, www.legalbank.net

38 Örneğin iş sözleşmesine *'Yıllık 150 saat fazla çalışma karşılığı fazla çalışma ücreti aylık temel ücretin içindedir'* tarzı bir kayıt konulabilir.

39 Söz gelimi iş sözleşmesinde *'Yıllık 150 saat fazla çalışma karşılığı fazla çalışma ücreti aylık temel ücretin içindedir'* gibi bir kayıt yer aldığı ve işçinin yıllık 200 saat fazla çalışma yaptığı varsayımında işveren sözleşmeyle saptanan 150 saatin üzerine çıkan 50 saat fazla çalışma karşılığı fazla çalışma ücretini ödemekle yükümlüdür.

Öyleyse fazla çalışma ücreti temel ücretin içinde yer alan, ancak haftada 24 saatin üstünde fazla çalışma yapan işçi haftalık 72 saati aşan çalışması karşılığında fazla çalışma ücretine hak kazanır. Yargıtay da Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmesinin öngördüğü azami çalışma süresini esas alarak 72 saate kadar çalışmada 48 saati aşan 24 saat fazla çalışma karşılığı fazla çalışma ücretinin, asıl ücrete dâhil olduğu görüşünü benimsemektedir⁴⁰. Öte yandan Yargıtay'ın eski 2003 tarihli bir kararında yılda 270 saatlik sınırlandırmayı gazeteciler yönünden de gözettiği ve sözleşme hükümlerini yılda 270 saate kadar fazla çalışmalar için geçerli saydığı kaydedilmektedir⁴¹. Buna karşılık, kararın yasal düzenlemeyle çeliştiği açıktır. Nitekim Temyiz Mahkemesi'nin 2014 tarihli bir kararına konu olayda, yerel mahkeme kararına dayanak oluşturan bilirkişi raporunda fazla çalışma ücretinin aylık ücret içinde ödendiği gerekçesiyle yıllık 270 saat karşılığı aylık 22,5 saat indirilerek fazla çalışma ücreti hesaplanmış; ne var ki Yargıtay fazla çalışma bakımından yıllık 270 saatle ilgili sınırlamanın

40 "...Dosya içeriğine göre hükme esas bilirkişi raporunda, son dönem taraflar arasındaki sözleşme hükmü dikkate alınarak, davacının yılda 270 saatlik fazla mesaisinin ücretin içinde olduğu, ancak tek tanık beyanı esas alınarak davacının haftada 18 saat fazla çalışma yaptığı kabul edilerek her dönem için hesaplama yapıp o döneme denk gelen 270 saatlik kısım düşülerek fazla mesai ücreti hesaplanmıştır. Yukarıda belirtildiği gibi 4857 sayılı İş Kanunu'ndaki 270 saat sınırlamasının Deniz İş Kanunu kapsamında çalışan davacı gemi adamına uygulanma imkânı yoktur. Bu yönde hükme esas bilirkişi raporu hatalıdır. Burada temel sınır olarak Uluslararası Çalışma Örgütü sözleşmesinin öngördüğü, azami çalışma süresi günde 14, haftada 72 saati geçemez esası kabul edilmeli, 7 günü dâhil 72 saate kadar olan çalışmada 48 saati aşan 24 saat fazla çalışma ücretinin, asıl ücrete dâhil olduğu kabul edilmelidir. Davacı gemi adamının sözleşme dönemindeki çalışmasında haftalık 72 saati geçen kısmı var ise fazla mesai ücreti ayrıca hesaplanıp hüküm altına alınmalıdır..." Yarg. 9. HD., 11.2.2014, E:2012/25671 K:2014/3980, www.legalbank.net

41 Yarg. 9. HD., 18.12.2003, 725/1816. (Çil'den naklen, s. 67) Bununla beraber, gazetecinin ücretinin çalışmadan önce peşin, fazla çalışmanın ise yapıldıktan sonra takip eden ücret döneminde tahakkuk ettirilerek ödendiği gerekçesiyle gazetecinin yaptığı fazla çalışmanın peşin ödenmesinin yaşamın olağan akışıyla bağdaşmıyacağı ileri sürülmektedir. Çil, s. 67.

4857 sayılı İş Kanunu'nda öngörüldüğünü, davacının tabi olduğu 5953 sayılı Yasada bu yönde sınırlamaya yer verilmediğini, 5953 sayılı Yasanın ek 1. maddesinde fazla çalışmanın günde 3 saati aşamayacağı yönünde kurala yer verildiğini, dolayısıyla iş sözleşmesi hükmünün günde 3 saate kadar fazla çalışmayı kapsadığını, somut olayda davacının haftalık çalışma süresinin 9 saat olduğunu, günlük 3 saatlik sınırın aşılmadığını, böyle olunca davacı gazetecinin fazla çalışma ücretine hak kazanamayacağını dile getirerek yerel mahkeme kararının bozulmasına karar vermiştir⁴². Kısacası, fazla çalışma ücretinin temel ücrete dâhil edilmesi İş Kanunu'yla Türk Borçlar Kanunu'nun uygulama alanına giren işçiler açısından yıllık toplam 270 saatle sınırlı etki yaratırken; Deniz İş Kanunu'na tabi gemi adamının iş sözleşmesindeki özdeş bir kayıt haftalık (yedinci gün dâhil) 72 saate kadar, gazetecinin iş sözleşmesindeki benzer bir kayıt ise günlük 3 saate kadar fazla çalışma karşılığı fazla çalışma ücreti talep hakkını engellemektedir.

Yargıtay'a göre, haftalık çalışma süresinin sözleşmeyle yasal çalışma süresinin altında saptandığı durumlarda aylık ücretin fazla çalışma ücretini de içerdiği kararlaştırılmışsa aylık ücrete dâhil 270 saat fazla çalışma süresi hesaplanırken hem fazla çalışmalar hem de fazla sürelerle çalışmalar dikkate alınmalıdır. Temyiz mahkemesi, savını 'çoğun içinde az da vardır' ilkesine

42 "...hükme esas alınan bilirkişi raporunda taraflar arasında imzalanan iş sözleşmesi hükümlerine göre fazla çalışma ücretinin aylık ücret içinde ödendiği gerekçeyle yıllık 270 saatin karşılığı aylık 22,5 saat indirilmek suretiyle fazla çalışma ücreti hesaplanmıştır. Fazla çalışma bakımından yıllık 270 saatle ilgili sınırlama 4857 sayılı İş Kanunu'nda öngörülmüş olup, davacının tabi olduğu 5953 sayılı Yasada bu yönde sınırlamaya yer verilmemiştir. 5953 sayılı Yasanın ek 1. maddesinde fazla çalışmanın günde 3 saati aşamayacağı yönünde kurala yer verilmiş olup, iş sözleşmesi hükmünün günde 3 saate kadar fazla çalışmayı kapsadığı kabul edilmelidir. Somut olayda davacının haftalık çalışma süresi 9 saat olup, günlük 3 saatlik sınır aşılmamıştır. Böyle olunca davacı gazetecinin fazla çalışma ücretine hak kazanması söz konusu olamaz. Mahkemece fazla çalışma ücreti ile yüzde beş fazlasına dair taleplerin reddi gerekirken kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir..." Yarg. 9. HD., 06.05.2015, E:2012/14456 K:2014/14596, www.legalbank.net

dayandırmaktadır⁴³. Yargıtay'ın görüşü şu açıdan önemlidir: Şayet Yargıtay içtihadının tersine aylık ücrete dâhil edilen fazla çalışma ücretinin salt fazla çalışmayı kapsadığı varsayılırsa, haftalık çalışma süresi 40 saat olarak kararlaştırılan ve 1.894,05 TL ücret alan işçiye 40 saat ile 45 saat arası fazla sürelerle çalışma karşılığında %25 zamlı fazla sürelerle çalışma ücreti ödenecek; aylık ücrete dâhil 270 saat fazla çalışma hesaplanırken başlangıç noktası 45 saat olacaktır. Bu durumda şöyle bir tablo ortaya çıkacaktır:

1.894,05 TL /203,31 saat = 9,76 TL saatlik ücret

9,76 saat x 1.25 saat x 5 saat = 61,00 TL (5 saat fazla sürelerle çalışma ücreti)

Böylece işçiye ayda 22,5 saat fazla çalışma yaptıran işveren ayrıca fazla çalışma ücreti ödemeyecek, ancak işçi fazla sürelerle çalışma karşılığında ayda 244,00 TL ücret alacaktır. Aksine Yargıtay, fazla sürelerle çalışılan süreleri 270 saatin içinde kabul etmektedir. Örneğin haftalık çalışma süresi 40 saat olarak belirlenen ve 52 hafta boyunca haftada 60 saat iş gören, böylece yılda 260 saat fazla sürelerle, 780 saat ise fazla çalışma yapan işçiye -270 saatin 260 saati fazla sürelerle çalışmayı, 10 saati fazla çalışmayı karşıladığından- fazla sürelerle çalışma ücreti ödenmeyecek; şu kadar ki fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dâhil edilmesi işçinin 770 saat fazla çalışma karşılığında hak ettiği fazla çalışma ücretini almasını engellemeyecektir. Oysa aynı örneğe diğer yöntem uygulandığında işçiye 260 saat fazla sü-

43 "...Davacının davalıya ait işyerinde çalıştığı haftalık çalışma süresinin 40 saat olarak kararlaştırıldığı anlaşılmaktadır. Sözleşmenin 9. maddesindeki ücret belirlenirken fazla çalışma ücreti dâhil olmak üzere ücret ödeneceği kararlaştırılmıştır. Mahkemece tanık anlatımları ile gerçekleşen fazla saatlerde çalışmanın fazla çalışma kısmının sözleşme kapsamında bulunduğu kabul edilerek fazla çalışma ücretine karar verilmemiş; sadece fazla sürelerle çalışma ücreti hükmü altına alınmıştır. Oysa iş sözleşmesinin 9. maddesindeki kural fazla saatlerde çalışmayı kapsamayıp fazla çalışma yanında fazla süreli çalışma da ücretin içerisinde belirlenmiştir. Çoğun içinde azın bulunacağı doğaldır. Mahkemece fazla süreli çalışma alacağı isteminin de reddi gerekirken yazılı şekilde kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir..." Yarg. 9. HD., 6.6.2007, E:2006/30228 K:2007/18119, www.legalbank..net

relerle çalışma ücreti ve 510 saat fazla çalışma ücreti ödenmekte; buna karşın, işçi 270 saat fazla çalışma ücretinden yoksun kalmaktadır. Yargıtay içtihadı yerinde olup, fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dâhil edildiği bir iş ilişkisinde, işçiye ayrıca fazla sürelerle çalışma ücreti ödenmesinin mantık kurallarıyla da çeliştiği ortadadır.

3. Aylık Ücretin Asgari Ücret ve Asgari Ücret Üzerinden Hesaplanan Fazla Çalışma Ücretinin Toplamını Karşılması

Fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dâhil edilmesi, işçiye ödenen asgari ücret tutarında kendiliğinden bir artışa yol açmaktadır. Gerçekten aylık ücretin fazla çalışma ücretini de içerdiği kararlaştırıldığı takdirde, işverenin işçiye asgari ücret karşılığında çalıştırabilme olanağı ortadan kalkar⁴⁴. Zira asgari ücret işçiye ödenebilecek en düşük temel ücreti ifade etmekte olup; fazla çalışma ve ulusal bayram/genel tatil ücreti gibi kalemler asgari ücrete dâhil değildir. Dolayısıyla işveren fazla çalışma yaptırdığı asgari ücretli işçiye asgari ücreti ödemekle yetinip fazla çalışma ücretini ödeme yükümlülüğünden kaçınamayacağı gibi⁴⁵, fazla çalışma ücreti aylık ücrete ek-

44 "...Yine iş sözleşmesinde davacının aylık ücretinin asgari ücret olduğu belirtildiğine göre yılda 270 saat fazla çalışmaya ilişkin 8. maddesindeki düzenlemeye itibar edilmesi mümkün değildir. Davacının yılda 270 saate kadar fazla çalışma yapması halinde aylık asgari ücret aldığından fazla çalışma ücretinin aylık ücretin içinde kaldığının kabulü isabetsizdir..." Yarg. 7. HD., 13.10.2014, 10440/18945, www.legalbank.net "...Fazla çalışmaların aylık ücret içinde ödendiğinin öngörülmesi ve buna uygun ödeme yapılması halinde, yıllık 270 saatlik fazla çalışma süresinin ispatlanan fazla çalışmalardan indirilmesi gerekir. Somut olayda; taraflar arasında düzenlenen iş akdinin 5. Maddesinde aylık brüt ücretin içinde yapılan fazla çalışmanın da bulunduğu kararlaştırılmış olup davacının ücreti brüt asgari ücretten fazladır. Buna göre yukarıdaki esaslar dâhilinde yıllık 270 saati aşan süreler açısından davacının fazla çalışma alacaklarının belirlenmesi gerektiğinin düşünülmemesi hatalıdır..." Yarg. 9. HD., 02.04.2014, E:2012/6403 K:2014/11175, www.legalbank.net

45 Öğretide bir görüş, aylık ücretin asgari ücret düzeyinde belirlenmesini yeterli görmektedir. Astarlı, s. 54-55; Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim: Bireysel İş Hukuku, Yenilenmiş 5. Baskı, Beta, İstanbul 2014, s. 267. Ne var ki fazla çalışma ücretini aylık ücrete dâhil edilebilmesi için aylık ücretin asgari ücretle asgari ücret üzerinden hesaplanan azami yasal fazla

nen işçiye aylık asgari ücretle aylık asgari ücrete göre hesaplanan fazla çalışma ücreti toplamını karşılayan asgari tutarı ödemek zorundadır⁴⁶.

Şu halde iş sözleşmesinde fazla çalışma ücretini aylık ücrete dâhil eden bir kayda yer veren işçinin aylık temel ücreti hesaplanırken, öncelikle aylık ortalama azami fazla çalışma süresi belirlenmelidir. İkinci aşamada saatlik asgari ücret üzerinden asgari ücretinin saat başına alacağı fazla çalışma ücreti saptanmalıdır. Daha sonra asgari ücretliye bir aylık maksimum fazla çalışma karşılığı ödenecek fazla çalışma ücreti hesaplanmalıdır. Nihayet asgari ücretle asgari ücretliye bir aylık maksimum fazla çalışma karşılığı ödenecek fazla çalışma ücreti toplanarak işçiye ödenmesi gereken asgari tutara ulaşılır.

Örneğin 2016 yılında aylık brüt asgari ücret 1.647,00 TL'dir. İş Kanunu'nun uygulama alanına giren işçiler yönünden yıllık azami fazla çalışma süresi 270 saat, aylık ortalama azami fazla çalışma süresi ise 22,5 saattir:

- 1.647,00 TL/225 saat = 7,32 TL saatlik asgari ücret

- 7,32 TL x 1,5 saat x 22,5 saat = 247,05 TL

çalışma karşılığı fazla çalışma ücretini karşılması gerekir. Nitekim başka bir yazar, fazla çalışma ücretinin örneğin işçinin aldığı asgari ücretin veya buna yakın bir ücretin içinde yer aldığı kararlanamayacağını dile getirerek aylık ücretin asgari ücretle asgari ücret üzerinden hesaplanan aylık azami yasal fazla çalışma karşılığı fazla çalışma ücretini karşılması gereğine dolaylı da olsa işaret etmiştir. Süzek, s. 832

46 "...Somut olayda; davacının ücret bordrolarında fazla mesai ve ulusal bayram genel tatil ücreti tahakkuku bulunan ayların dışlanması gerekirken yapılan ödemelerin mahsubu hatalıdır. Ayrıca davacının imzasının bulunduğu iş sözleşmesinde fazla mesai ücretinin ücrete dâhil olduğu belirtilmektedir. Ancak iş sözleşmesinde davacının işe girdiği tarihteki ücretinin ne olduğu anlaşılmamaktadır. Mahkemece davacının işe girdiği tarihteki ücreti araştırılarak davacının ücretinin asgari ücretin üzerinde ve fazla mesaiyi karşılayacak miktarda olup olmadığının belirlenmesi, sonucuna göre davacının 270 saatlik çalışmalarının ücreti ile birlikte ödenip ödenmediğinin ve davacının bakiye fazla mesai çalışması varsa hesaplanması için rapor alınması gerekirken eksik inceleme ile karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir..." Yarg. 7. HD., 10.09.2014, 7307/16641, www.legalbank.net. Ayrıca bkz. Çelik /Caniklioğlu /Canbolat, s. 154

$$- 1.647,00 \text{ TL} + 247,05 \text{ TL} = \mathbf{1.894,05 \text{ TL}}$$

Buna göre, işveren İş Kanunu kapsamına giren ve iş sözleşmesinde "...fazla çalışma ücreti aylık ücretin içindedir..." gibi bir kayıt yer alan işçiye 2016 yılında ayda en az **1.894,05 TL** ödemelidir⁴⁷. Kuşkusuz gemi adamlarıyla gazeteciler için değişik bir hesaplama yöntemi izlenmelidir. Deniz İş Kanunu'nun uygulama alanına giren işçiler yönünden yıllık azami fazla çalışma süresi 1.248 saat, aylık azami fazla çalışma süresi ise 104 saattir:

$$- 1.647,00 \text{ TL}/240 \text{ saat} = 6,86 \text{ TL saatlik asgari ücret}$$

$$- 6,86 \text{ TL} \times 1,25 \text{ saat} \times 104 \text{ saat} = 891,80 \text{ TL}$$

$$- 1.647,00 \text{ TL} + 891,80 \text{ TL} = \mathbf{2.538,80 \text{ TL}}$$

Gazetecilerin aylık azami fazla çalışma süresi 78 saattir.

$$- 1.647,00 \text{ TL}/240 \text{ saat} = 6,86 \text{ TL saatlik asgari ücret}$$

$$- 6,86 \text{ TL} \times 1,50 \text{ saat} \times 78 \text{ saat} = 802,62 \text{ TL}$$

$$- 1.647,00 \text{ TL} + 802,62 \text{ TL} = \mathbf{2.476,62 \text{ TL}}$$

Dolayısıyla iş sözleşmesinde "...fazla çalışma ücreti aylık ücretin içindedir..." kaydı bulunan gemi adamına 2016 yılında ayda en az **2.538,80 TL**, gazeteciye ise **2.476,62 TL** ödenmelidir. Son olarak, iş sözleşmesinde böyle bir kayıt yer almasına rağmen anılan asgari tutarlardan düşük bir ücret kararlaştırılmasının yol açacağı hukuki sonuçlar tartışılmalıdır. Örnek vermek gerekirse, 01.01.2016 tarihinde bağitlanan iş sözleşmesinde yer alan "...fazla çalışma ücreti aylık ücretin içindedir..." kaydı, işverene, asgari ücret veya 1.800,00 TL alan işçiye -ayrıca fazla çalışma ücreti ödemedен- yılda 270 saate kadar fazla çalıştırabilme hakkı verir mi? Aynı biçimde 01.01.2016 tarihinde bağitladığı iş sözleşmesi "...fazla çalışma ücreti aylık ücretin içindedir..." kaydı içeren ve aylık 2.000,00 TL ücret alan gemi adamı, haftada 24 saati aşmayan

47 2015 yılında yürürlükteki asgari ücret üzerinden aynı yöntemle yapılan bir hesaplama için bkz. Şakar, Müjdat: İş Hukuku Uygulaması, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 10. Baskı, Beta, İstanbul 2014, s. 115.

fazla çalışma karşılığı hak ettiği fazla çalışma ücretinden yoksun kılınabilir mi? Her iki soruya verilecek yanıt olumsuzdur. Bağımsız bir sözleşmeyle veya sözleşmesel bir kayıtla fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dâhil edilmesine karşın aylık temel ücretin asgari ücret düzeyinde veya asgari ücretle asgari ücret üzerinden hesaplanan aylık ortalama azami yasal fazla çalışma süresi karşılığı fazla çalışma ücreti toplamının altında bir düzeyde kararlaştırılması, bağımsız sözleşmeyi veya sözleşmesel kaydı hükümsüz kılar⁴⁸. Eş deyişle, fazla çalışmayı aylık asgari ücrete katan sözleşme veya sözleşmesel kayıt herhangi bir hukuki sonuç doğurmaz. Böyle bir durumda, işçinin yasal çalışma süresini aşan fazla çalışma karşılığında hak kazandığı fazla çalışma ücretinin tamamı eksiksiz ödenmelidir.

III. FAZLA ÇALIŞMA ÜCRETİNİN AYLIK ÜCRETE DÂHİL EDİLMESİNİN İŞ İLİŞKİSİNDEN DOĞAN ALACAKLARIN HESABINA ETKİSİ

Bilindiği üzere; yasal düzenlemelerden, iş sözleşmesinden veya toplu iş sözleşmesinden doğan bütün alacaklar işçinin çıplak veya brüt ücreti esas alınarak hesaplanır. Şu halde kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, kötü niyet tazminatı, işe başlatmama tazminatı, ayırimcılık tazminatı, sendikal tazminat, fazla çalışma ücreti, ulusal bayram/genel tatil ücreti, hafta tatili ücreti ve yıllık izin ücreti gibi alacaklarda matrah, işçinin çıplak veya giydirilmiş ücretidir. Bununla birlikte; süreklilik göstermeyen fazla çalışma ücreti veya prim gibi ödemeler, gerek tazminatların gerekse diğer alacakların hesabında dikkate alınmaz. Peki, aylık ücrete dâhil edilen fazla çalışma

48 "...Yine iş sözleşmesinde davacının aylık ücretinin asgari ücret olduğu belirtildiğine göre yılda 270 saat fazla çalışmaya ilişkin 8.maddesindeki düzenlemeye itibar edilmesi mümkün değildir. Yani davacının yılda 270 saate kadar fazla çalışma yapması halinde ücretinin aylık ücreti içerisinde kabulü de mümkün değildir. Bu tespitlerden sonra mahkemece yapılacak iş, yeniden bilirkişi incelemesi yaptırarak aylık net 1.100,00 TL ücret alan davacının varsa haftalık 45 saati aşan çalışmaları tespit edilerek fazla çalışma alacağının hesaplanması ve sonucuna göre karar vermektir..."Yarg. 7. HD., 01.04.2014, E:2013/25234 K:2014/7127

ücretinin tazminat ve diğer alacakların hesabında dışlanması gerekir mi? Öğretide bir görüşe göre, fazla çalışma ücretleri ihbar ve kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmayacağından işçinin tazminata esas ücretinden de ayıklanmalıdır. Bunun için de, yılda 270 saate karşılık gelen zamlı fazla çalışma ücretinin hesaplanarak işçinin ücretinin düşülmesi ve tazminata esas ücretin buna göre belirlenmesi zorunluluğu ortaya çıkmaktadır⁴⁹. Ne var ki, yazar Yargıtay'ın tazminata esas ücretin savunduğu yöneme göre belirlenmesi yönünde bugüne kadar bir karar vermediğini ve işçinin fazla çalışma ücreti dâhil ücret dikkate alınarak yapılan tazminat hesaplarını kabul ettiğini vurgulamaktadır⁵⁰.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, önüne gelen seri dosyalara ilişkin 2014 tarihli üç kararda fazla çalışma ücretinin ücretin içinde yer aldığı ve asıl ücretin fazla çalışma ücreti olarak ödenen tutarın dışlanması sonucu kabul edilen çıplak ücret olduğu; fazla çalışma ve ulusal bayram/genel tatil ücreti alacaklarının bordroda belirtilen çıplak ücret, kıdem tazminatının ise çıplak ücrete göre belirlenecek giydirilmiş ücret üzerinden hesaplanıp hüküm altına alınması gerektiği gerekçesiyle yerel mahkeme kararlarını bozmuştur⁵¹. Yargıtay aynı seri dosyalarda verdiği diğer kararlarda da fazla çalışma ücretinin ücretin içinde yer aldığı ve asıl ücretin fazla çalışma ücreti olarak ödenen tutarın dışlanması sonucu kabul edilen çıplak ücret olduğu; fazla çalışma ve ulusal bayram/genel tatil ücreti alacaklarının bordroda belirtilen

çıplak ücret üzerinden hesaplanıp hüküm altına alınması gerektiğine hükmetmiştir⁵². Yargıtay'ın görece yakın tarihli kararlarından aylık ücrete dâhil edilen fazla çalışma ücretini temel ücretin parçası saymadığı, giderek kıdem tazminatıyla diğer işçi alacakları – somut olayda fazla çalışma ve ulusal bayram/genel tatil ücretleri- hesaplanırken aylık ücrete eklenen fazla çalışma ücretinin kök ücretten ayrıştırılmasını ve kıdem tazminatıyla diğer alacakların ayrıştırılma işlemi tamamlandıktan sonra arta kalan tutar üzerinden hesaplanmasını istediği sonucu çıkmaktadır. Ne var ki Yargıtay'ın ilk kez 17.02.2014 tarihli bazı kararlarda yansıttığı görüşün sonradan yerleşik bir uygulamaya dönüştüğünden söz edilemez.

Fazla çalışma ücretinin aylık ücretin içinde ödeneceğinin kararlaştırıldığı durumlarda temel ücretle fazla çalışma ücretinin ayrıştırılması gerektiğini savunan görüş ve içtihatların sağlam bir hukuki dayanağı yoktur. Her şeyden önce aylık ücrete dâhil edilen fazla çalışma ücreti özgün niteliğini yitirmekte, -deyim yerindeyse- adeta başkalaşma geçirerek yerleştiği bedenine dönüşmekte ve aylık ücretle kaynaşarak temel ücretin ayrılmaz bir ögesi haline gelmektedir. Aylık ücretin içinde ödenen fazla çalışma ücreti eklenti değil, bütünleyici parçadır. Böyle bir aşamada, fazla çalışma ücretinin aylık temel ücretten ayrıştırılması artık olanak dışıdır. Zira fazla çalışma ücreti aylık ücrete dâhil edildiğın-

49 Çil, Şahin: Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2007/3, sayı 14, s. 67.

50 Çil, s. 67.

51 "...Diğer taraftan fazla mesai ücretinin ücretin içinde olması ve asıl ücretin fazla mesai olarak ödenen miktarın dışlanması sonucu kabul edilen çıplak ücret olması karşısında, fazla mesai ve tatil ücret alacaklarının bordrodaki bu belirtilen çıplak ücret, kıdem tazminatının ise çıplak ücrete göre belirlenecek giydirilmiş ücret üzerinden hesaplanıp hüküm altına alınması gerekir. Eksik inceleme ve hatalı değerlendirme ile alacakların kabulü hatalıdır..."Yarg. 9. HD, 17.2.2014, E:2013/6884 K:2014/4580 (kişisel arşiv); Yarg. 9. HD, 17.2.2014, E:2013/7674 K:2014/4586 (kişisel arşiv); Yarg. 9. HD, 17.2.2014, E:2013/8688 K:2014/4590 (kişisel arşiv),

52 Yarg. 9. HD, 17.2.2014, E:2013/6825 K:2014/4575 (kişisel arşiv); Yarg. 9. HD, 17.2.2014, E:2013/6826 K:2014/4576 (kişisel arşiv); Yarg. 9. HD, 17.2.2014, E:2013/6828 K:2014/4578 (kişisel arşiv); Yarg. 9. HD, 17.2.2014, E:2013/6829 K:2014/4579 (kişisel arşiv); Yarg. 9. HD, 17.2.2014, E:2013/6885 K:2014/4581 (kişisel arşiv); Yarg. 9. HD, 17.2.2014, E:2013/7670 K:2014/4582 (kişisel arşiv); Yarg. 9. HD., 17.2.2014, E:2013/7671 K:2014/4583 (kişisel arşiv); Yarg. 9. HD, 17.2.2014, E:2013/7672 K:2014/4584 (kişisel arşiv);- Yarg. 9. HD, 17.2.2014, E:2013/7673 K:2014/4585 (kişisel arşiv); Yarg. 9. HD, 17.2.2014, E:2013/7675 K:2014/4587 (kişisel arşiv); Yarg. 9. HD, 17.2.2014, E:2013/7676 K:2014/4588 (kişisel arşiv); Yarg. 9. HD, 17.2.2014, E:2013/8687 K:2014/4589 (kişisel arşiv); Yarg. 9. HD, 17.2.2014, E:2013/8832 K:2014/4591 (kişisel arşiv); Yarg. 9. HD, 17.2.2014, E:2013/9707 K:2014/4592 (kişisel arşiv); Yarg. 9. HD, 17.2.2014, E:2013/10164 K:2014/4593 (kişisel arşiv).

de, işveren işçinin fazla çalışma yapmadığını öne sürerek aylık ücretin azami yasal fazla çalışma süresi karşılığı fazla çalışma ücretine denk gelen kısmını ödemekten kaçınmaz. Başka bir anlamıyla, işveren hiç fazla çalışma yapmayan işçiye dahi sözleşmeyle kararlaştırılan ücreti ödeme yükümlülüğü altındadır; işçinin fazla çalışma yapmadığı veya fazla çalışmanın aylık ortalama azami yasal fazla çalışma süresinin altında kaldığı gerekçesiyle aylık ücrette indirimde gidemez⁵³. Kaldı ki bir an için aylık ücrete dâhil sayılan fazla çalışma ücretinin özgün niteliğini koruduğu düşüncesi benimsense bile, tazminatlar ve öteki alacaklar yine de aylık toplam ücret üzerinden hesaplanmalıdır. Şöyle ki fazla çalışma ücretinin kıdem tazminatıyla diğer alacakların hesabında esas alınmaması, mutlak bir kural değildir. Yargıtay arızı fazla çalışma ücretinin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınamayacağı kanısındadır⁵⁴. Bununla birlikte, öğretide fazla çalışmanın

53 "...Karşı oy: Üstelik aylık ücrete fazla çalışma ücretlerinin dâhil olduğuna dair kararlaştırmaları yılda 270 saatlik fazla mesai sınırına kadar geçerli kabul eden yerleşik içtihadın anlamı, bu süredeki fazla çalışma karşılıklarının işçiye, fiilen fazla çalışma yapsın/yapmasın, ödendiğidir..."Yarg. 9. HD, 05.06.2012, E:2009/50037 K:2012/19513, www.legalbank.net. Örneğin 2016 yılında işçinin aylık ücreti 1.894,05 TL olup, iş sözleşmesi fazla çalışmayı aylık ücrete dâhil eden bir kayıt içermektedir. İşverenin Ocak ayında fazla çalışma yapmayan işçiye sözleşmeyle kararlaştırılan ücret yerine asgari ücret (1.647,00 TL) ödeme hakkı yoktur.

54 "...Kıdem tazminatına esas alınacak olan ücretin tespitinde İş Kanununun 32. maddesinde sözü edilen asıl ücrete ek olarak işçiye sağlanan para veya para ile ölçülebilen menfaatler göz önünde tutulur. Buna göre ikramiye, devamlılık arz eden prim, yakacak yardımı, giyecek yardımı, kira, aydınlatma, servis yardımı, yemek yardımı ve benzeri ödemeler kıdem tazminatı hesabında dikkate alınır. İşçiye sağlanan özel sağlık sigortası yardımı ya da hayat sigortası pirim ödemeleri de para ile ölçülebilen menfaatler kavramına dâhil olup tazminata esas ücrete eklenmelidir. Satış rakamları ya da başkaca verilere göre hesaplanan pirim değişkenlik gösterse de, kıdem tazminatı hesabında genişletilmiş ücret kavramı içinde değerlendirilmelidir. ..."İşçiye sağlanan koruyucu elbise, işyerinde kullanılmak üzere havlu, sabun yardımı, arızı fazla çalışma, ulusal bayram genel tatil, hafta tatili alacakları dikkate alınmaz.."Yarg 9. HD., 30.06.2011 E: 2009/17310 K: 2011/19792, www.legalbank.com.

işin niteliği veya üretimin artırılması nedeniyle işverence birbirini izleyen yıllar boyunca yasal sınırlar içinde devamlı olarak uygulanabileceği, böyle bir uygulama söz konusuysa fazla çalışma ücretlerinin kıdem tazminatının hesabında göz önünde tutulması gerektiği ifade edilmektedir⁵⁵. Oysa iş sözleşmesi bu tarz bir kayıt içeren işçi, aylık 22,5 saat karşılığı fazla çalışma ücretini, fazla çalışmaya dahi, sürekli biçimde her ay almaktadır. Böyle bir durumda, fazla çalışma ücretinin sürekliliği tartışma dışıdır. Bu bakımdan, tazminatlarla diğer alacakların azami yasal fazla çalışma süresi karşılığı ücreti de içeren aylık ücret üzerinden hesaplanması yönündeki yerleşik uygulamadan vazgeçilerek, hiçbir kuramsal dayanağı bulunmayan ve pratikte pek çok güçlük yaratacak ayırıştırma yöntemine geçilmesi uygulamada herhangi bir yarar sağlamayacağı gibi, hukuka da aykırıdır.

IV. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Fazla çalışma ücretini aylık ücrete dâhil eden anlaşmaların hukuki temeli, sözleşme özgürlüğü ilkesiyle açıklanmaktadır. Ne var ki fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dâhil edilmesini salt sözleşme özgürlüğü ilkesine dayandırmak, son derece kolaycı bir yaklaşımdır. Zira yasal düzenlemeler, işverene fazla çalışma yapan işçiye fazla çalışma ücreti ödeme veya serbest zaman kullandırma dışında üçüncü bir seçenek sunmamaktadır. Bununla birlikte, işçinin serbest zaman karşılığında fazla çalışma ücretinden feragat etmesine olanak tanıyan bir sistemde -işçinin onayı alınmak koşuluyla- fazla çalışma ücreti aylık ücrete evleviyetle dâhil edilebilir. Şu halde fazla çalışma karşılığında fazla çalışma ücreti yerine serbest zaman kullanımını işçiden yazılı onay alınması koşuluna bağlayan yasal düzenleme, aylık temel ücretin fazla çalışma ücretini içermesinin de normatif dayanağını oluşturmaktadır. Fazla çalışma ücreti genellikle iş sözleşmesine konulan kayıtlarla aylık ücrete dâhil edilmektedir. İşçi ve işveren iş ilişkisi sırasında bağtladıkları ayrı bir sözleşmeyle de aylık ücretin fazla çalışma ücretini içereceğini kararlaştırabilir. Ne

55 Süzek, s. 791.

var ki fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dâhil edilmesi esaslı değişiklik anlamına geldiğinden İş Kanunu'na tabi işçiler açısından değişiklik prosedürü izlenmelidir. Ekleyelim ki, fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dâhil edilmesi, geçmişe etkili sonuç doğurmaz. Öte yandan işyeri uygulaması, personel yönetmeliği ve toplu iş sözleşmesi gibi araçlar fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dâhil edilmesine elverişli değildir. Öncelikle aylık ücretin fazla çalışma ücretini içermesi işçinin yazılı onayını gerektirdiğinden fazla çalışma ücretinin işyeri uygulamasıyla aylık ücrete dâhil edilemeyeceği vurgulanmalıdır. Personel yönetmeliğinde yer alan ve aylık ücretin fazla çalışma ücretini içerdiğini öngören bir düzenleme de hüküm ifade etmez. Zira olağan fazla çalışmada ve fazla çalışma karşılığı serbest zaman kullanımında işçinin bireysel yazılı onayı arandığı gibi, aylık ücretin fazla çalışma ücretine dâhil edilebilmesi için de işçiden kişisel ve yazılı şekilde onay alınmalıdır. Benzer biçimde, işçi sendikasıyla işveren/işveren sendikası arasında bağitlanan toplu iş sözleşmesinde fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dâhil eden bir hükme yer verilmesi; toplu iş sözleşmesinin kapsamına giren işçileri bağlamaz. Bu noktada, toplu iş sözleşmesiyle kişisel yanı ağır basan bazı borçların işçiye yüklenemeyeceği ve yine toplu iş sözleşmesi yoluyla işçinin bir takım haklardan yoksun kılınamayacağı; işçinin bireysel onayının arandığı konuların toplu iş sözleşmesine konu olamayacağı vurgulanmalıdır. Nitekim başta duraksama gösteren Yargıtay, daha sonra –eksik ve yetersiz bir gerekçeyle de olsa- fazla çalışma ücretinin aylık ücretin içinde yer aldığını düzenleyen toplu iş sözleşmesi hükmünü geçersiz saymıştır.

Aylık ücretin fazla çalışma ücretini içermesi sınırlı bir etki yaratır. Buna göre, fazla çalışma ücretini aylık ücrete dâhil eden sözleşmelerle en çok azami yasal fazla çalışma süresine denk fazla çalışma ücreti aylık ücrete dâhil edilebilir. Dolayısıyla azami yasal çalışma süresinin üzerinde fazla çalışma yapan işçi, yasal üst sınırı aşan fazla çalışması karşılığında fazla çalışma ücretine hak kazanır. Yargıtay ilke kararlarında fazla çalışma ücretini aylık ücrete dâhil eden sözleşmeler ve

sözleşme kayıtları yılda 270 saatle sınırlı olmak kaydıyla geçerli kabul edilmektedir. Ancak yıllık 270 saatlik üst sınır sadece İş Kanunu'nda yer almaktadır. Bundan dolayı, yıllık 270 saatlik tavan yalnızca İş Kanunu'na ve kıyasen fazla çalışmanın üst sınırı konusunda herhangi bir üst sınıra yer vermeyen Türk Borçlar Kanunu'na tabi iş ilişkilerinde uygulama alanı bulur. Bazı Yargıtay kararlarında fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dâhil edilmesi durumunda 270 saatin 12 aya bölünerek aylık 22,5 saati aşan fazla çalışmalar için ayrıca fazla çalışma ücreti ödenmesi gerektiğine hükmedilmişse de, anılan içtihat yerinde değildir. Zira fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dâhil edilmesi işverene bir takvim yılı içinde ek fazla çalışma ücreti ödemeksizin 270 saate kadar fazla çalışma yaptırma hakkı vermektedir. Deniz İş Kanunu'nun kapsamına giren iş ilişkilerinde azami yasal fazla çalışma süresi haftada 72 saat; Basın İş Kanunu'na tabi iş ilişkilerinde ise günde 3 saattir. Şu halde haftada 72 saatten fazla çalışan gemi adamıyla günde 3 saatten fazla çalışan gazeteci -iş sözleşmelerinde fazla çalışma ücretini aylık ücrete dâhil eden bir kayıt bulunsa dahi- ayrıca fazla çalışma ücretine hak kazanır. Ekleyelim ki, haftalık çalışma süresinin sözleşmeyle yasal çalışma süresinin altında belirlendiği durumlarda fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dâhil edilmesi aylık ücretin fazla sürelerle çalışma ücretini de içermesi sonucunu doğurur.

Aylık ücretin fazla çalışma ücretini de içerdiğinin kabul edilebilmesi için aylık temel ücretin belli bir tutara ulaşması şarttır. Söz gelimi iş sözleşmesinde fazla çalışma ücretini aylık ücrete dâhil eden bir kayıt yer alan, ancak asgari ücret ödenen işçinin aylık ücretinin fazla çalışma ücretini de içerdiği ileri sürülemez. Zira böyle bir durum işçinin temel ücretinin asgari ücretin altına düşmesine yol açar. Ne var ki fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dâhil edilebilmesi için işçiye salt asgari ücretin üzerinde bir ödeme yapılması yeterli görülemez. Şöyle ki fazla çalışma ücreti aylık ücrete dâhil edilen işçiye en az, asgari ücretle asgari ücret üzerinden hesaplanan azami ortalama aylık yasal fazla çalışma süresi karşılığı fazla çalışma ücreti toplamı tutarında

ücret ödenmelidir. Aksi takdirde fazla çalışma ücretini aylık ücrete dâhil eden sözleşme veya sözleşme kaydı geçersiz sayılır. İş Kanunu'na ve Türk Borçlar Kanunu'na tabi işçilerde asgari ücretle asgari ücret üzerinden hesaplanan 22,5 saat fazla çalışma karşılığı fazla çalışma ücreti toplanarak ödenmesi gereken asgari tutar bulunur. Buna karşılık, gazetecilerde ve gemi adamlarında farklı hesaplama yöntemleri uygulanmalıdır. Fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dâhil edilmesinin iş hukukuna ilişkin tazminatlarla diğer alacaklara etkisi öğretide tartışılmış ve Yargıtay kararlarına da konu olmuştur. Öğretide bir görüşe göre, aylık ücrete dâhil edilen fazla çalışma ücreti aylık temel ücretten ayıklanarak kıdem tazminatı ve diğer alacaklar hesaplanmalıdır. Nitekim 2014 tarihli bazı Yargıtay kararlarında da aynı görüş benimsenmiştir. Ne var ki aylık ücrete dâhil edilen fazla çalışma ücreti özgün niteliğini yitirmekte ve aylık ücretle kaynaşarak temel ücrete dönüşmektedir. İşveren işçi fazla çalışma yapmasa dahi sözleşmeyle kararlaştırılan ve fazla çalışma ücretini de içeren aylık ücretin tamamını ödemekle yükümlüdür; başka bir anlatımla işveren fazla çalışma yapılmadığı gerekçesiyle aylık ücrete dâhil edilen fazla çalışma ücretini ödemekten kaçınamaz. Şu halde fazla çalışma ücretini içeren aylık ücret, çıplak temel ücret niteliğindedir. Yasal düzenlemeden, toplu iş sözleşmesinden ve iş sözleşmesinden doğan bütün alacaklar, yerleşik uygulama da dikkate alınarak, aylık ücrete dâhil fazla çalışma ücreti aylık ücretten ayrıştırılmaksızın hesaplanmalıdır. Bu doğrultuda, öğretide ve 2014 tarihli bazı Yargıtay kararlarında savunulan aksi yönde görüşe katılmak olanak dışıdır.

KAYNAKÇA

- Alp, M. (2005). İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Ankara: Seçkin Yayınları
- Astarlı, M. (2008). Alman ve Türk hukuklarında Fazla Saatlerle Çalışma Ücretlerinin Asıl Ücrete Dâhil Olduğuna İlişkin Sözleşme Hükümleri ve Geçerlilik Koşulları, Kamu-İş, Cilt:9, 2008/4, s. 39-67
- Çelik, N./Canıklıoğlu, N./Canbolat, T. (2015). İş Hu-

kuku Dersleri, Yenilenmiş 28. Bası, İstanbul: Beta Yayınları

Çil, Ş. (2007). Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2007/3, sayı 14, s. 57-79

Eyrenci, Ö./Taşkent, S./Ulucan, D. (2014). Bireysel İş Hukuku, Yenilenmiş 5. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları

Karacan, H. (2007). 4857 sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma, Ankara: Seçkin Yayınları

Kılıçoğlu, M./Şenocak, K. (2008). İş Kanunu Şerhi, Cilt I, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, İstanbul: Legal Yayıncılık

Sümer, H. H. (2014). Basın İş Kanununa Göre Fazla Çalışma, Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:20, Sayı:1, Özel Sayı, s. 91-121

Süzek, S. (2015). İş Hukuku, Yenilenmiş 11. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları

Şakar, M. (2014). İş Hukuku Uygulaması, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 10. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları

Tuncay, A. C./Savaş Kutsal, B. (2015). Toplu İş Hukuku, 4. Bası, İstanbul: Beta Yayınları

Yamakoğlu, E. (2011). Türk İş Hukukunda Fazla Saatlerle Çalışma, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınevi

YAZI TESLİM KURALLARI

1. Dergide yayımlanması istenen yazılar MESS'in elektronik posta adresine e-posta yoluyla ya da MESS Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası'nın Merkez Mah. Geçit Sok. No.2 34381 Şişli-İSTANBUL adresine tek yüze basılı olarak 3 kopya ve CD veya taşınabilir bellek ile birlikte gönderilmelidir.
2. Yazılar Microsoft Word (Microsoft Office 2003 ve üzeri versiyonlar) formatında (doc. veya docx dosya uzantılı), en fazla 40 sayfa olarak yazılmalı ve yazıların sayfa düzeni için aşağıdaki şekil şartlarına uyulmalıdır:
Kağıt boyutu: A4; üst, alt, sağ ve sol boşlukları: 2,5 cm.; Yazı tipi: Times New Roman (Türkçe yazı dili seçilerek); Punto 12; Satır arası:1,5; Hizalama: İki yana yaslanmış; Dipnotlar: Sayfa altında ve Times New Roman yazı tipinde, 10 punto, 1 satır arası ve iki yana yaslanarak hizalanmış.
3. Ayrıca, en fazla 150'şer kelimeden oluşacak ve araştırmanın kapsamı ve amacının belirtildiği, kullanılan yöntemin tanımlandığı ve ulaşılan sonuçların kısaca yer verildiği Türkçe ve İngilizce özet, en az üç Türkçe ve üç İngilizce anahtar sözcük ile birlikte, yazının Türkçe ve İngilizce yazılmış başlığı, yazar ismi, kurumu ve yazarın açık adresleri ile telefon numaraları ve e-posta adresinin bulunduğu üst kapak sayfası gönderilmelidir. Başlığının Türkçe ve İngilizce ayrıca yer aldığı yazının ilk sayfasında yazar ismi yer almamalıdır.
4. Kaynaklar yazının sonunda ayrı bir sayfada "Kaynakça" başlığı altında yazar soyadlarına göre alfabetik sıraya dizilmelidir.
5. Yararlanılan ve gönderme yapılan kaynaklar, aşağıda örnekleri sunulan APA (American Psychological Association) ölçütlerine göre yazılmalıdır.
6. Dergiye yapılan atıflarda "SİCİL" kısaltması kullanılmalıdır.

Metin İçinde Kaynak Gösterimi

- Metin içindeki atıflar, yazarın adı cümle içinde geçiyorsa;

Oğuzman (1981, s.125)

- Yazarın adı cümle içinde geçmiyorsa;

(Oğuzman, 1981, s. 125) şeklinde yazılmalıdır.

- Metin içinde ikiden fazla yazarlı kitaplara atıfta bulunurken ilk seferinde bütün isimler kullanılmalı; aynı yayına daha sonra yapılan atıflarda sadece birinci isim yazılmalı, diğer yazarlar için "ve diğerleri" ibaresi kullanılmalı, a.g.e., a.g.m. gibi kısaltmalar kullanılmamalıdır.

Oğuzman ve diğerleri (1979)

- Metin içinde yer alması uygun görülmeyen açıklamalar için sayfa altı dipnot yöntemi kullanılmalıdır. Bu not içinde yapılacak atıflarda da yukarıdaki yöntem uygulanmalıdır.

Kaynakçaların Düzenlenmesi

- Kaynakça listesinde bütün yazarların isimleri soyadına göre alfabetik yer almalıdır. Atıf yapılan kaynaklar birden fazlaysa, atıflar noktalı virgülle ayrılmalıdır. Bir yazarın birden çok çalışması kaynakçada yer alacaksa yayın tarihine göre eskiden yeniye doğru bir sıralama yapılmalıdır. Aynı yılda yapılan çalışmalar için a, b, c, ibareleri kullanılmalıdır ve bunlar metin içinde yapılan atıflarda da aynı olmalıdır.

Oğuzman 1981, 125; Elbir, 1980, 101

- Kitaplar kaynakça listesinde aşağıdaki şekilde yer almalıdır.

Yazar soyadı, adının BAŞ HARFLERİ. (Yıl). Başlık. Baskı. Basıldığı Yer: Basımevinin İsmi

Oğuzman, M.K. (1981). Vak'a Metodu ile Hukuki Yönden İşçi-İşveren İlişkileri Olaylar Kararlar. Genişletilmiş 3. Bası. İstanbul: Fakülteler Matbaası

- Yazılar kaynakça listesinde aşağıdaki şekilde yer almalıdır:

Yazar soyadı, adının BAŞ HARFLERİ. (Yıl). Yazının Başlığı. Derginin İsmi. Cilt Numarası, İlk ve Son Sayfa Numaraları

Oğuzman M.K. (1989). Grup Toplu İş Sözleşmeleri Hakkında Yargıtayın Görüşünün Değerlendirilmesi. Sicil İş Hukuku Dergisi. 10, 5-12

- İnternette alınan belgeler kaynakça listesinde aşağıdaki şekilde yer almalıdır:

Yazar soyadı, adının BAŞ HARFLERİ. (Yıl). Yazının Başlığı. Kaynağın İsmi. Sayfa Numaraları. (Erişim tarihi Gün/Ay/Yıl) <http://www.ile başlayan internet adresi>

Oğuzman, M.K (1989). Grup Toplu İş Sözleşmeleri Hakkında Yargıtayın Görüşünün Değerlendirilmesi. Türk İş Mevzuatı Açısından Grup Toplu İş Sözleşmeleri. 5-25. 15 Ocak 2014 tarihinde <http://www.mess.org.tr/tiasp?eid=1000&icid=0> adresinden erişildi.

YENİ YAYINLAR



Prof. Dr. A. Murat Demircioğlu ile Dr. Hasan Ali Kaplan tarafından hazırlanan “**Sorularla İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku**” adlı eser, Şubat 2016 tarihinde yayımlanmıştır.

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nun anlatıldığı kitap, uygulamaya yönelik ve öğrenciler için ders kitabı niteliği taşıyan bir düşünce ile kaleme alınmıştır. Öte yandan 6645 sayılı Kanun’un 11. maddesiyle değiştirilen 2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunu’nun 5. maddesinin “i” bendi gereği, iş güvenliği uzmanı olabilecek mezunları yetiştiren fakültelerde iş sağlığı ve güvenliği en az iki yarıyıl olarak programlanacak zorunlu bir ders niteliğine kavuşturulmuş, bu bağlamda ders kitabı niteliği taşıyan bu çalışma ile özellikle mühendislik öğrencilerine iş sağlığı ve güvenliği hukukunun tanıtılması amaçlanmıştır. Kitapta iş sağlığı ve güvenliği

mevzuatında öngörülen kurum ve kavramlara, önemli birçok yargı kararları ve bilimsel görüşlere yer verilmiştir.

Eserde sırasıyla; “6331 sayılı Yasanın Kapsamı”, “İş Sağlığı ve Güvenliği Yasasının Uygulanacağı Kişiler ve Yerler”, “İş Sağlığı ve Güvenliği Yasasının Zaman Bakımından Uygulanması”, “İşverenin Yükümlülükleri”, “Çalışanların Bilgilendirilmesi”, “Çalışanların Eğitilmesi ve Süreçlere Katılımının Sağlanması”, “İşyerlerinde İş Sağlığı ve Güvenliği Örgütlenmesi”, “Çalışan Temsilcisi”, “Çalışanların Hak ve Yükümlülükleri”, “Çalışanların Yükümlülüklerinin İhlali ve Hukuki Sonuçları”, “İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetlerinin Dışarıdan Temini”, “İş Kazası ve Meslek Hastalığı”, “İşverenin Sorumluluğu”, “İş Sağlığı ve Güvenliğinde Kamusal Yaptırımlar”, “İş Sağlığı ve Güvenliğinde Devletin Rolü ve Denetimi” konuları yer almaktadır.



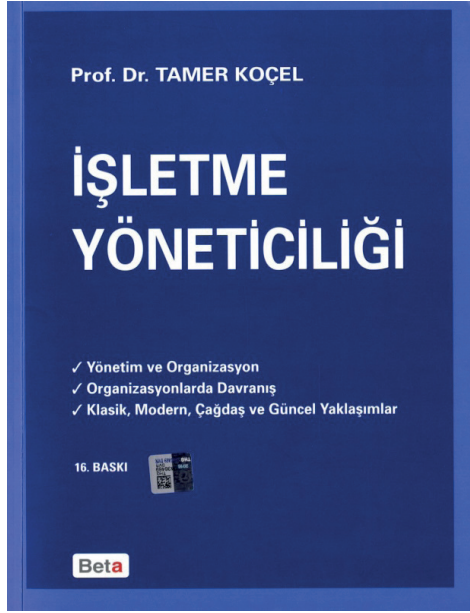
Prof. Dr. E. Tuncay Senyen-Kaplan tarafından hazırlanan “**Bi-reysel İş Hukuku**” adlı eserin yenilenmiş 7. basısı, Eylül 2015 tarihinde yayımlanmıştır.

Eserde, 6462, 6495, 6518, 6552 ve 6645 sayılı Kanunlarla 4857 sayılı İş Kanunu, 6631 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nda yapılan değişikliklere yer verilmiştir. Öncelikle, başta iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin konular olmak üzere diğer konular da gözden geçirilerek, yeni düzenlemeler yapılmıştır. Ayrıca Türk Borçlar Kanunu’nun “Hizmet Sözleşmeleri” başlığı altında getirilen düzenlemeler de dikkate alınmıştır. Eserde her zaman olduğu gibi öğretici görüşleri ve Yargıtay kararlarına da yer verilmiştir.

Eserde sırasıyla, “İş Hukukunun Özellikleri ve Kaynakları”, “İş Hukukunun Temel Kavramları ve Kapsamı”, İş Sözleşmesi”, “İşçi ve İşverenin İş Sözleşmesinden Doğan Borçları”, “İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Sona Erme Sebepleri”, “İşin Düzenlenmesi” ve

“İş Sağlığı ve Güvenliği” konularına yer verilmiştir.

YENİ YAYINLAR



Prof. Dr. Tamer Koçel tarafından hazırlanan “İşletme Yöneticiliği” adlı eserin 15. basısının kısa sürede tükenmesi üzerine “tıpkı bası” olarak çıkarılan 16. basısı, Eylül 2015 tarihinde yayımlanmıştır.

Eserin amacı, işletme yönetimi, organizasyonu ve organizasyonlarda davranış konularında araştırmalar ve uygulamalar sonucu oluşmuş teorik bilgi birikimi ve günümüze dek gelişen başlıca kavram, teori, yaklaşım ve uygulamaların ana özelliklerini ve uygulamadaki yönetici açısından ne ifade ettiklerini açıklamaktır. Kısacası kitapta ele alınan konularla ilgili bilgi birikimine “yönetici gözü” ile ve ağırlıklı olarak “yönetim süreci”nin ilk üç safhası olan “planlama-organizasyon-uygulama” çerçevesinde bakılmıştır.

Kitabın 16. basısında, bir önceki basıda olduğu gibi; “bölüm-kısım-ayırım” şeklindeki ana formatı aynen kalmış, fakat kritik bir gözden geçirme ile her bölüm, kısım ve ayırimda ele alınan konulara, “küresel rekabet ortamında yöneticilik” bakış açısı ile yeni ilaveler yapılmıştır. Yönetim ve organizasyon ile ilgili yaklaşımlar kronolojik olarak incelenirken, kitabın daha önceki baskıları dahil yerli ve yabancı hemen bütün işletme yönetimi kitaplarında atlanan bir yaklaşım olan “yönetim bilimi yaklaşımı/management science approach”, kitaba dahil edilmiştir. Böylece yönetim düşüncesindeki gelişmeleri tam olarak görmek imkan dahiline girmiştir. Kitabı hem daha “okuyucu dostu-reader friendly” yapabilmek hem de ele alınan konuları mizahi açıdan da olsa özetleyebilmek amacı ile konu başlarına yeni karikatürler eklenmiştir.



Prof. Dr. Murat Şen tarafından hazırlanan “Sosyal Güvenlik Hukuku Mevzuatı” adlı eser Şubat 2016 tarihinde yayımlanmıştır.

Söz konusu çalışma, esas itibariyle bir mevzuat hukuku olan sosyal güvenlik hukukunun mevzuat takibinin kolaylaştırılması amacıyla primli sosyal güvenlik sistemi-primsiz sosyal güvenlik sistemi ve bireysel emeklilik sistemi ayırımı esas alınarak gerçekleştirilmiştir. Çalışmada Anayasa, kanun, tüzük ve yönetmelik tarzındaki mevzuat hükümleri yer almış, tebliğ ve esas tarzındaki idarenin düzenleyici işlemlerine ise yer verilmemiştir. Hatta yapılan derlemede, konuya ilişkin tüm tüzük ve yönetmeliklere yer verildiğinde, kitabın hacminin kullanımı zorlaştıracak boyuta ulaşması nedeniyle, bazı mevzuat hükümlerinin sadece isimlerine yer verilmekle yetinilmiş, bunların yayımlandığı Resmi Gazete tarih ve sayısı belirtilmiştir. Bu tercih yapılırken sosyal güvenlik hukuku açısından önemi, önceliği, uygulama alanı ve yoğunluğu gibi kriterler göz önünde bulundurulmuştur.

Çalışmada Anayasa, kanun, tüzük ve yönetmelik düzeyindeki mevzuat, sistematik bir tarzda derlenmiştir. Önce, primli sosyal güvenlik sistemine ilişkin kanun ve yönetmelikler, sonra primsiz sosyal güvenlik sistemine ilişkin kanun, tüzük ve yönetmelikler, en son olarak ise bireysel emeklilik sistemine ilişkin kanun ve yönetmeliklere yer verilmiştir.