

SİCİL İŞ HUKUKU DERGİSİ

SİCİL LABOUR LAW JOURNAL

Yıl/Year: 2017 Sayı/Issue: 38 ISSN 1306-6153

Hakemli Dergi/Peer Reviewed Journal

MESS adına Sahibi/Publisher On Behalf of Turkish Employers'

Association of Metal Industries (MESS): Kudret ÖNEN,

MESS Yönetim Kurulu Başkanı/Chairman of MESS Management Board

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü/Responsible Manager:

Özgür BARUT, 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. Murat BATUR, Av. Şeyda AKTEKİN,

Av. Nağme HOZAR, Av. Uygur BOSTANCI, Av. Burak TÜRKMEN, Av. Selçuk ULUTAŞ,

Av. Kadir GÜNAY, Av. Emre BÜYÜKKARABOSTANOĞLU

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 wiewed, 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:

Ocak 2018/January 2018

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: +90 212 241 76 19

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 in this journal represent the views of the authors.

Quotations may be used by reference.

DANIŞMA KURULU

- Prof. Dr. Levent AKIN** - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
- Prof. Dr. A. Nizamettin AKTAY** - İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
- Prof. Dr. Ercan AKYİĞİT** - Beykent Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
- Prof. Dr. Gülsevil ALPAGUT** - İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
- Prof. Dr. Kadir ARICI** - Gazi Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
- Prof. Dr. Ufuk AYDIN** - Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
- Prof. Dr. Zehra Gönül BALKIR** - Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
- Prof. Dr. Nurşen CANIKLIOĞLU** - Marmara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
- Prof. Dr. Tankut CENTEL** - Koç Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
- Prof. Dr. Fevzi DEMİR** - Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
- Prof. Dr. Murat DEMİRCİOĞLU** - Yıldız Teknik Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakóltesi
- Prof. Dr. Toker DERELİ** - Işık Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakóltesi
- Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ** - İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
- Prof. Dr. Münir EKONOMİ** - 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 NARMANLIOĞLU** - 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 Doęu 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. Doğan ŞENYÜZ** - Uludağ 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 guide to academics, members of the court, lawyers, social partners, human resources and personal 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 is being 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.

DEĞERLİ OKURLARIMIZ

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'de; yazarlara yazı teslim kuralları ile ilgili duyurumuz ise s. 160 ve s. 161'de yer almaktadır.

Sicil İş Hukuku dergimizin 38. sayısında 10 makale bulunmaktadır. Bu çerçevede dergimizin 38. sayısında; Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu'nun "İş Kanunu'nun İşçiye Güvence Sağlayan Feshin Geçersizliği Davasının Yeni Çerçevesi (İş Mahkemeleri Kanunu'nun Feshin Geçersizliği Davasında Yaptığı Değişiklikler)"; Prof. Dr. Coşkun Saraç'ın "2022 Sayılı "65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun"a Göre Sosyal Yardım Koşulları"; Doç. Dr. Muhittin Astarlı'nın "7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 4857 Sayılı İş Kanunu'nun İş Güvencesi Hükümlerinde Öngördüğü Değişikliklerin Değerlendirilmesi"; Doç. Dr. Hediye Ergin'in "İşçinin Tedavisi Olanaksız Hastalığı Nedeniyle İşverenin Derhal Fesih Hakkı"; Doç. Dr. Ayşe Yiğit

Şakar'ın "Serbest Bölgelerde İstihdam Edilen Personelin Ücretlerinin Vergilendirilmesinde Son Durum"; Yrd. Doç. Dr. Emre Ertan'ın "İş Sözleşmesinin İşçi ve İşveren Sifatının Birleşmesiyle Sona Ermesi"; Yrd. Doç. Dr. Efe Yamakoğlu'nun "İş Hukukunda Ücret Zammı"; Yrd. Doç. Dr. Dilek Dulay Yangın'ın "Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisinde Eşit İşlem İlkesi Üzerine Değerlendirmeler"; Dr. Canan Ünal'ın "İşe Başlatmama Tazminatının Belirlenmesinde Emekliliğin Ölçüt Olarak Değerlendirilmesi" ve Hakim Gökhan Yılmaz'ın "Güncel Yargıtay Uygulaması Işığında İşkolu Kavramı ve İşkolu Tespiti" başlıklı 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 38. sayısını siz değerli okuyucularımızın bilgilerine sunar; Yazarlarımıza, makaleleri büyük bir titizlikle inceleyen Hakemlerimize ve Danışma Kurulumuza teşekkür ederiz.

Dergimizin iş hukuku 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 | SİCİL İş Hukuku dergisi altı ayda bir (yılda bir 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 Sanayicileri 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.

İçindekiler

Makaleler

- 9** İş Kanunu'nun İşçiye Güvence Sağlayan Feshin Geçersizliği Davasının Yeni Çerçevesi (İş Mahkemeleri Kanunu'nun Feshin Geçersizliği Davasında Yaptığı Değişiklikler)
Prof. Dr. Ünal NARMANLIOĞLU
Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı
- 22** 2022 Sayılı "65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Gücsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun"a Göre Sosyal Yardım Koşulları
Prof. Dr. Coşkun SARAÇ
Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı
- 40** 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 4857 Sayılı İş Kanunu'nun İş Güvencesi Hükümlerinde Öngördüğü Değişikliklerin Değerlendirilmesi
Doç. Dr. Muhittin ASTARLI
Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı
- 54** İşçinin Tedavisi Olanaksız Hastalığı Nedeniyle İşverenin Derhal Fesih Hakkı
Doç. Dr. Hediye ERGİN
Marmara Üniversitesi İktisat Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı
- 65** Serbest Bölgelerde İstihdam Edilen Personelin Ücretlerinin Vergilendirilmesinde Son Durum
Doç. Dr. Ayşe YİĞİT ŞAKAR
İstanbul Arel Üniversitesi
- 71** İş Sözleşmesinin İşçi ve İşveren Sıfatının Birleşmesiyle Sona Ermesi
Yrd. Doç. Dr. Emre ERTAN
Marmara Üniversitesi İktisat Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı
- 87** İş Hukukunda Ücret Zammı
Yrd. Doç. Dr. Efe YAMAKOĞLU
Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı
- 112** Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisinde Eşit İşlem İlkesi Üzerine Değerlendirmeler
Yrd. Doç. Dr. Dilek DULAY YANGIN
Manisa Celal Bayar Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı
- 125** İşe Başlatmama Tazminatının Belirlenmesinde Emekliliğin Ölçüt Olarak Değerlendirilmesi
Dr. Canan ÜNAL
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı
- 139** Güncel Yargıtay Uygulaması Işığında İşkolu Kavramı ve İşkolu Tespiti
Gökhan YILMAZ
Yargıtay 22. Hukuk Dairesi Tetkik Hakimi

Contents

Articles

- 9** The New Framework of Invalid Termination Cases Which Provide Security For Employees (The Amendments Brought by The Labour Courts Act on Invalid Termination Cases)
Prof. Dr. Ünal NARMANLIOĞLU
Yaşar University, Faculty of Law, Labour and Social Security Law
- 22** Eligibility Requirements For Social Assistance Benefits According to The Law No. 2022, Respecting The Grant of Pensions to Turkish Citizens Who Are Over The Age of 65 and Who Are Destitute, Disabled and Without Any Means of Support
Prof. Dr. Coşkun SARAÇ
University of Dokuz Eylül, Faculty of Economic and Administrative Sciences, Labour Economy and Industrial Relations Department, Labour and Social Security Law
- 40** Analysis of The Amendments Brought by The Labour Courts Act No. 7036 in the Job Security Provisions of Labour Act No. 4857
Doç. Dr. Muhittin ASTARLI
Gazi University, Faculty of Law, Labour and Social Security Law
- 54** Employer's Right to Terminate the Contract For Just Cause Due to the Incurable Disease of the Employee
Doç. Dr. Hediye ERGİN
University of Marmara, Faculty of Economy, Labour Economy and Industrial Relations Department, Labour and Social Security Law
- 65** The Final Situation on Taxation of the Wages of Employees Employed in Free Zones
Doç. Dr. Ayşe YİĞİT ŞAKAR
Istanbul Arel University
- 71** The Dissolution of the Employment Contract by Merger of the Capacities of Employee and Employer
Yrd. Doç. Dr. Emre ERTAN
University of Marmara, Faculty of Economy, Labour Economy and Industrial Relations Department, Labour and Social Security Law
- 87** Wage Increase in Labour Law
Yrd. Doç. Dr. Efe YAMAKOĞLU
Yeni Yüzyıl University, Faculty of Law, Labour and Social Security Law
- 112** Evaluations on the Equal Treatment in the Temporary Employment Relationship
Yrd. Doç. Dr. Dilek DULAY YANGIN
Manisa Celal Bayar University, Faculty of Economic and Administrative Sciences, Labour Economy and Industrial Relations, Labour and Social Security Law
- 125** Consideration of Retirement While Determining Job Security Compensation
Dr. Canan ÜNAL
University of Marmara, Faculty of Law, Labour and Social Security Law
- 139** The Branch of Activity Concept and Determination of the Branch of Activity Under Current Practice of Court of Cassation
Gökhan YILMAZ
Judge, Supreme Court 22. Law Department



Makale Gönderim Tarihi: 18 Aralık 2017

Makale Kabul Tarihi: 20 Aralık 2017

İş Kanunu'nun İşçiye Güvence Sağlayan Feshin Geçersizliği Davasının Yeni Çerçevesi (İş Mahkemeleri Kanunu'nun Feshin Geçersizliği Davasında Yaptığı Değişiklikler)

Öz

Belirli koşullara sahip bulunduğu için iş güvencesi hükümleri kapsamında bulunan bir işçinin iş sözleşmesinin geçerli ya da haklı bir nedene dayalı olmaksızın feshedilmesi halinde; feshin geçersizliğinin belirlenmesi ve işçinin işe iadesi talebiyle açılacak dava; diğer işçilik haklarını konu alan davalardan farklı bir konuma ve özelliğe sahip bulunmaktadır.

Davanın açılabilmesi ve mahkemece dinlenebilmesine ilişkin hükümler mutlak (kesin) emredici nitelik taşımaktadır. Yeni yürürlüğe konulan İş Mahkemeleri Kanunu ile birtakım değişiklikler yapılmış, dava şartlarına bir yenisi eklenmiş ve zorunlu arabuluculuğa başvurmadan bu davanın açılmayacağı öngörülmüştür.

Anahtar Sözcükler:

İş güvencesi, feshin geçersizliği, zorunlu arabuluculuk.

The New Framework of Invalid Termination Cases Which Provide Security For Employees (The Amendments Brought by The Labour Courts Act on Invalid Termination Cases)

Abstract

The employee who is under the protection of job security provisions with the fulfilment of specific conditions, can bring an action when there is an invalid or unjust termination of employment agreement. This action which is about the determination of the invalidity of the termination of the employment agreement and the reinstatement of the employee differs in some ways from other actions on employee rights.

The provisions about bringing such actions and the proceedings in the trials have the characteristics of absolute mandatory rules. The Labour Courts Act which has entered into force recently have brought some changes about this action; added a new cause of action and preconditioned compulsory mediation system before bringing this lawsuit.

Keywords:

Employment security, invalidity of termination, compulsory mediation.

*Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı
unal.narmanlioglu@yasar.edu.tr

Giriş

2003 yılından itibaren mevzuatımıza giren "İş güvencesi" ne ilişkin olarak verilen ilk derece mahkeme kararlarının temyiz aşamasında kesin olarak karara bağlanmasını zorunlu tutan kanuni düzenleme Yargıtay'ın iş yükünü büyük ölçüde arttırmış, bu konuda verilen kararların tespit niteliğinde sayılmasına yol açan pozitif hükümler (kanuni düzenleme) işçinin feshin geçersizliğinden kaynaklanan işçilik haklarını elde edebilmesi için birden çok dava açma gereğini ortaya çıkarmış; bu durum yargıyı gereksiz yere meşgul eden, mahkemelerin ve Yargıtay'ın iş yükünü katmerleştiren bir sonucu beraberinde getirmiştir.

Gerçekten mevcut olan ve değiştirilmeden önceki düzenlemede, işverence yapılan feshin mahkemede geçersizliği hüküm altına alındığında kararda yer verilmesi zorunlu olan işçinin dört aylık ücret ve ekleri ile dört ila sekiz aylık ücreti arasında belirlenecek işe başlatmama tazminatı miktar olarak değil süre olarak karara geçiriliyor ve işçinin çalıştırılmadığı süre dört aylık zaman kesiti de işçinin kıdeminden sayılıyordu. Kanundaki düzenlemeden kaynaklanan ve Yargıtay kararlarıyla da pekiştirilen bu çözüm; işveren tarafından ödenmiş olan kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ve yıllık ücretli izinin işçinin kıdemine ve son ücretine göre hesaplanması gerekli bulunduğu -aradaki kıdem ve ücret farkı dolayısıyla - ikinci kez yargıya gitme zorunluluğunu gündeme getirmekteydi.

Uygulamada ortaya çıkan aksaklıkların ve mevzuatta bu konu ile ilgili olarak yapılan değişikliklerin konuya adapte edilmesi yeni ısdar edilen daha doğrusu yeniden yapılan "İş Mahkemeleri Kanunu'nun" bir kısım hükümlerine konu olmuş, başka bir söyleyişle iş güvencesiyle ilgili bir takım değişikliklere sözü edilen kanun içinde yer verilmiştir.

Gerçekten 1950 yılından beri yürürlükte olan daha sonra bir kısım hükümleri Anayasaya aykırı bulunduğu için Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen; bazı maddeleri de 04.02.2014 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile değiştirilen daha sonra da 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin

Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'la getirilen düzenlemelerle uyumlu olmayan İş Mahkemeleri Kanunu'nun bu haliyle ihtiyaca cevap vermediği için yeniden yapılması gündeme gelmiş; nihayet altmış yedi yıldan beri yürürlükte bulunan kanunun yerine 12.10.2017 tarihinde kabul edilip, 25.10.2017 tarihi itibarıyla yürürlüğe konulan 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu İş Kanunu'nun bir takım hükümlerinde değişiklik yapılmış özellikle iş güvencesi çerçevesinde açılacak feshin geçersizliği ve işe iade davası konusunda yenilikler getirmiştir.

Şöyle ki; Yeni İş Mahkemeleri Kanunu işçiye iş güvencesi sağlayan feshin geçersizliği ve işe iade davasına dava şartı olarak arabulucuya başvurma zorunluluğu getirmiş; ayrıca iş güvencesiyle ilgili İş Kanunu'nun bazı hükümlerinde de değişiklikler yapmış, sözü edilen davanın temelini teşkil eden uygulamada istikrar kazanmış esasları değiştirmiş; davanın açılacağı süre ve yargı yollarına ilişkin eskisinden farklı hükümlere yer vermiştir.

Bu etüdümüzde, İş Mahkemeleri Kanunu ile getirilen değişiklikler dolayısıyla iş güvencesi hükümleri çerçevesinde açılacak feshin geçersizliği ve işe iade davasının yeni/değişik yönlerine ağırlık vererek konuyu incelemeye çalışacağız.

I. Geçersizlik ve İşe İade Davasının Koşulları

1- Genel Olarak Feshin Geçersizliği ve İşe İade Davasının Özellikleri (Ayırt Edici Yönleri)

İş Kanunumuz belirli kanunların, İş Kanunu ve Basın-İş Kanunu kapsamına giren, otuz veya daha çok işçinin çalıştığı bir işyerinde çalışmasını sürdüren, asgari altı aylık bir kıdeme sahip bulunan, kanunda belirtilen işveren vekillerinden olmayan ve belirsiz süreli iş sözleşmesine dayalı olarak çalışan işçilerin sözleşmesini işveren feshetmek istediği takdirde işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin özelliklerinden veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak ve bu sınırlar içinde fesih sebebini açık ve kesin bir biçimde belirtmek zorunluluğunu ön-

görmekte; feshine maruz kalan işçiye yapılan feshin geçersizliğini mahkeme(veya özel hakem)den talep edebilme hakkını vermektedir.

İş güvencesi hükümleri çerçevesinde işçi tarafından işveren aleyhine açılacak feshin geçersizliği ve işe iade davasının iş ilişkisinden kaynaklanan diğer davalardan farklı bir konumu vardır. Tüm işçileri değil sadece İş Kanunu ve Basın-İş Kanunun kapsamındaki işçilere tanınan; ayrıca kanunda öngörülen bir kısım gereklere bağlı bulunan bu davanın koşulları niteliği ve sonuçları ayrıca düzenlenmiş ve kamu düzeniyle ilgili görülerek emredici nitelikli bir hukuki çerçeveye oturtulmuş; açılacak davanın tarafları ve mahkemeler için bir takım yükümlülükler öngörmüştür.

Kısaca ifade etmek gerekirse feshin geçersizliğinin belirlenmesine ve işçinin koşulları varsa ve işveren kabul ederse işçinin işe iadesine, iş güvencesi kapsamında bulunan işçinin iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmiş olmasının kanuna aykırı olduğu (düştüğü) iddiasıyla işlemin geçersizliğinin belirlenmesini ve buna bağlı kanuni sonuçların hükme bağlanmasını istihdaf eden bu davanın özelliklerini şöylece özetlemek mümkündür:

- Dava açılmadan önce arabuluculuk yönteminin de geçirilmiş olması kanunen zorunludur.
- İşçi yahut temsilcisi (vekalet verdiği avukat ya da sendika avukatı) tarafından, sözleşmeyi fesheden işverene karşı açılır.
- Davaya dayanak olan uyuşmazlık yapılan feshin kanuna uygun olarak yapılıp yapılmadığı noktasında toplanmaktadır.
- Bu davada diğer iş davalarında olduğu gibi "basit yargılama usulü" uygulanır.
- Davayı sonuçlandıran iş mahkemesi kararı temyiz edilemez istinaf (bölge adliye) mahkemesine başvurulabilir ve dava bu aşamada istinafça kesin karara bağlanır.

Genel özelliklerini belirttiğimiz feshin geçersizliği ve işe iade davasının açılabilmesi ve mahkemece de dinlenilebilmesi gereklerini ya da koşullarını iç ana noktada toplayarak incelemek mümkündür:

- İş sözleşmesinin iş güvencesi hükümleri çerçevesinde feshedilmiş olması,
- Kanunu süresi içine Arabuluculuk yönteminin işletilmesi ve arabuluculuk tutanağının alınmış olması,
- Feshin geçersizliğinin belirlenmesi ve işe iade talebiyle yargıya başvurulması.

Bu durumları aşağıda ayrı başlıklar altında ele alacağız; ancak bir makale çerçevesinde değişmeyen kanun hükümleri bakımından ayrıntıya girmeyecek; yeni ve değişik hükümlerin incelenmesine ağırlık vereceğiz.

II. İş Sözleşmesinin İş Güvencesi Hükümleri Kapsamında Feshedilmiş Olması

İş güvencesine ilişkin kanuni prosedürün işletilmesi, feshin geçersizliğine ve işe iadeye dair bir yargı kararı alınabilmesi, her şeyden önce işçinin iş sözleşmesinin iş güvencesi hükümleri çerçevesinde işveren tarafından feshedilmiş bulunması halinde gündeme gelebilecektir.

İş Kanunu'nun "feshin geçerli sebebe dayandırılması" başlığını taşıyan 18. Maddesinde: "işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren" den söz edilmekte, dolayısıyla iş güvencesi hükümlerinin (prosedürünün) bu çerçevede uygulanabileceğine açıkça işaret edilmektedir. Bu itibarla sözleşmenin fesih dışında sona ermesi hallerinde olduğu gibi işçinin sözleşmeyi feshettiği durumlarda da iş güvencesiyle ilgili kanun hükümleri uygulanma imkânı bulamazlar.

Diğer taraftan İş Kanunumuz iş güvencesi hükümlerinden ya da yönteminden yararlanabilme koşullarını ayrıca ve açıkça belirlemiş olduğundan ancak bu kanuni gereklere (koşullara) sahip bulunan işçilerin feshin geçersizliği ve işe iade davası açabilmeleri söz konusu olabilecektir. Bu kanuni gerekler ise İş Kanunu kapsamındaki bir iş veya işyerinde belirsiz süreli bir iş sözleşmesine dayalı olarak ve kanunen belirlenen sayıda işçinin

çalışmakta olduğu bir işyerinde çalışıyor olmaya ve belirli bir kıdeme sahip bulunmaya; nihayet kanunen evsafi belirlenen işveren vekili sıfatı taşımaya ilişkin bulunmaktadır.

Hemen belirtelim ki iş güvencesine ilişkin kanuni düzenleme 4857 sayılı İş Kanunu kapsamına giren ve belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçilerin sözleşmelerinin işveren tarafından fesih bildirimini (feshi ihbar) suretiyle fesih gündeme gelmekle beraber Basın-İş Kanunu kapsamında çalışan işçilere (gazeteciler)e de güvence hükümlerinin örnekseme yoluyla uygulanacağı aynı şekilde feshin İş Kanununun 25'inci maddesinde öngörülen sebeplere uygun olmadığı iddiası ile de iş güvencesi prosedürü çerçevesinde yargı yoluna başvuru labileceği kanunda ayrıca belirtilmiştir.

İş Kanunumuz İş güvencesi hükümleri çerçevesinde yapılacak olan fesih bildiriminin "geçerli bir sebebe" dayandırılmasını gerekli gördüğü gibi, bu evsaftaki sebebin fesih beyanında açık ve kesin bir şekilde belirtilmesini ve bildirim de "yazılı" şekilde yapılmasını zorunlu tutmaktadır. Aynı şekilde işverenin feshe dayanak yapabileceği geçerli nedenlerin işçiye, işyeri ya da işletmenin ve işin gereğine ilişkin olabileceğine; hangi sebep ya da olguların geçerli sebep sayılmayıp feshe dayanak yapılamayacağı da kanunda belirtilmiştir¹.

III. İşverence Yapılan Feshin Tebliğinden İtibaren Kanuni Süresi İçinde Arabuluculuk Yönteminin İşletilmesi ve Son Tutanağın Alınmış Olması

1- Genel Olarak

12.10.2017 tarihli ve 7036 sayılı olup 25 Ekim 2017 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanan İş Mahkemeleri Kanunu'nun "dava şartı olarak arabuluculuk" başlığını taşıyan 3 üncü maddesine göre

¹ Bu konularda ayrıntılı bilgi için bkz. Narmanlıoğlu, Ünal: İşe Başlatmama Tazminatı, Aydın Zevkliler Armağanı, C. 2, İzmir 2013, s.1957-2052.

"kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya İşveren alacağı ve tazminatı (İş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat ile bunlarla ilgili tespit, itiraz ve rücu davaları hakkında arabuluculuğa gitme zorunluluğu bulunmamaktadır m.3) ile işe iade talebiyle açılan davalarda arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır"(İMK.m.3/1).

Bu itibarla incelemek istediğimiz iş güvencesi kapsamında açılacak feshin geçersizliğinin belirlenmesi ve işçinin işe iadesine ilişkin dava açılmak istendiğinde arabuluculuk yöntemine başvurulması zorunluluğu vardır: bu yöntemle başvurmadan sözü edilen davanın açılması ve mahkemece dinlenilmesi mümkün değildir. Başka bir söyleyişle kanuni zorunluluğu yerine getirmeden davacı işçi doğrudan dava açmaya tevessül ederse dava şartı yokluğu sebebiyle davanın reddedilmesi sonucuyla karşılaşacaktır.

Gerçekten feshin geçersizliği ve işe iade davalarında dava açmadan önce barışçı yola arabuluculuğa başvurmayı öngören kanun hükmü emredici, kesin buyurucu bir hüküm niteliği taşımaktadır. Bu kanuni gereği yerine getirmeden doğrudan doğruya sözü edilen davayı açan işçiye karşı işveren sesini çıkarmasa bile mahkemenin bu kesin ve mutlak kanun gereği göz ardı edip davayı dinlemesi kabil değildir.

Kanuna ilişkin gerekçede yeni düzenleme ile dava açmadan önce böyle bir zorunluluğun getirilmesinin nedenleri olarak; uyuşmazlıkların kısa sürede ve daha az masrafla çözülmesine yardımcı olacağı; bu yöntemle "makul sürede yargılama ilkesi" nin de gerçekleşmiş olacağı; yöntemin uyuşmazlığı temelinden sonlandıracağı maddi ya da şekli herhangi bir uyuşmazlığın doğmasını engelleyeceği ve sonuçta sosyal barışa katkı sağlayacağı belirtilmiştir.

Görülüyor ki yapılan yeni düzenlemeyle iş sözleşmesi iş güvencesi hükümleri çerçevesinde feshedilen işçinin konuyu yargıya veya özel hakeme götürmeden önce arabuluculuk şeklindeki barışçı yöntemi işletmesi gerekli bulunmaktadır. İş güvencesiyle ilgili olarak açılacak feshin geçersizliği ve işçinin işe iade davası bu yöntemin işletilmesinden

önce hiçbir şekilde gündeme gelemeyecek, feshin geçersizliği ve işe iade davası başvurulacak arabuluculuk faaliyetinin sonuçsuz kalmasını yansıtan bir tutanağın arabulucu tarafından düzenlenen "son tutanak"ın alınmasından sonra mümkün olabilecektir.

2- Arabuluculuk Yönteminin İşletilmesi

İş Mahkemeleri Kanunu, arabulucuya başvurma usulü arabulucunun görevlendirilmesi ve arabuluculuk görüşmelerine ilişkin diğer hususların Adalet Bakanlığınca çıkarılacak bir Yönetmelikle belirlenmesi gereğine işaret etmekte ve bu konularla ilgili esaslara bünyesinde yer vermektedir.

a- Arabulucuya Başvurma Usulü

İş güvencesi kapsamında bulunan ve iş sözleşmesi kanuna aykırı olarak feshedildiğini iddia eden işçi, feshin geçersizliği ve işe iade davası açmak istediğinde, fesih bildirimimin kendisine tebliği tarihinden itibaren kanuni süresi içinde uyuşmazlığı arabuluculuğa götürmekle yükümlü bulunmaktadır. Feshin geçersizliği ve işe iadeyi konu alan bu davanın barışçı yolun sonuçsuz kalması halinde yargıya ya da özel hakeme götürülebileceğine yukarıda değinmiştik.

İş Kanunu'nun değişik 20'inci maddesine göre; fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen (dayanılan) sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildirim tarihinden itibaren bir aylık (otuz günlük) süre içinde İş Mahkemeleri Kanunu hükümleri uyarınca arabulucuya başvurulması gerekmektedir.

b- Arabuluculuk Yapacakların Belirlenmesi

İş Mahkemeleri Kanunu Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı bünyesinde oluşturulmuş Arabuluculuk Teşkilatı eliyle zorunlu arabuluculuk taleplerinin belirleneceğini öngörmüş, ayrı bir teşkilata yer vermiştir.

Sicile kayıtlı arabuluculardan zorunlu arabuluculuğa talip olanları Arabuluculuk Daire Başkanlığına görev yapmak istedikleri adli yargı ilk derece mahkemesi Adalet Komisyonlarına göre listelenecek ve listeler ilgili komisyon başkanlıklarına gön-

derecektir. Komisyon başkanlıkları da kendilerine bildirilen listeleri kendi yargı çevrelerindeki arabuluculuk bürolarına, arabuluculuk bürosu kurulmamış yerlerde ise, görevlendirilecekleri *Sulh Hukuk Mahkemesi Yazı İşleri Müdürlüğüne* gönderecektir.

c- Başvurulacak Merciler

İş Mahkemeleri Kanunu bir yerde arabuluculuk bürosu varsa (mevcutsa) başvurunun bu büroya yapılacağını; bu birimin kurulmamış bulunduğu yerlerde ise konu ile görevlendirilmiş yazı işleri müdürlüğüne yapılmasını öngörmektedir. Demek oluyor ki başvuru arabuluculuk bürolarına yapılacak; arabuluculuk bürosu bulunmayan yerlerde ise başvurular Adli Yargı İlk Derece Mahkemesi Adalet Komisyonu tarafından görevlendirilen Sulh Hukuk Mahkemesi Yazı İşleri Müdürlüğüne yapılacaktır.

Hangi mahaldeki merciiye başvurulabileceği sorusunda da kanun yetkili mahkeme konusundaki düzenlemeye paralel olarak düzenlemiş karşı tarafın konumuz bakımından işverenin yerleşim yerindeki ya da işin yapıldığı yerdeki arabuluculuk bürosu ya da yetkili kılınmış olan yazı işleri müdürlüğü olarak belirlenmiştir.

Başvuruda bulunan taraf kendisine ve eğer varsa karşı tarafa ait her türlü iletişim bilgilerini başvurduğu merciiye vermekle yükümlüdür. Başvuruyu alan merci de iletişim bilgilerini araştırmak ve elde etmek yetkisine sahip bulunmakta ilgili kurum ve kuruluşlarda merci tarafından istenilen bilgi ve belgeleri vermek yükümü altına sokmuştur. Arabuluculuk atanması istenilen merci bu şekilde elde ettiği taraflarla ilgili iletişim bilgilerini görevlendirdiği arabulucuya tevdi edecektir.

d- Arabulucuya Başvurma Süresi (Başvurulacak Süre)

İş sözleşmesi fesih edilen işçi fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep teşkil etmediği iddiası ile fesih bildirimimin tebliği tarihinden itibaren bir ay (otuz gün) içinde işe iade talebiyle iş mahkemeleri kanunu hükümleri uyarınca arabulucuya başvurmak zorunda olduğuna ilişkin hükme yukarıda değinmiştik.

Fesih bildirimine itirazın bağlı olduğu bir aylık

sürenin başlangıcı “feshin bildirimiminin tebliği” tarihi olarak öngörülmüş; fesih işleminin özelliği ve niteliğine uygun düşmeyecek durumların engellenmesi sağlanmıştır. Bu itibarla konuyla ilgili yargı kararlarının geçerliliği korunacaktır. Yargıtay’ın istikrarlı olarak benimsediği içtihadı doğrultusunda, feshin tebliğ edilmediği durumlarda işçinin fesih tarihini kesin olarak belirleyeceği işlem yaptığı tarihten itibaren işleyeceği; fesih yazısının tebliğinden daha doğrusu -tebellüğünden kaçınan- işçi açısından dava açma süresinin tebliğden itibaren edildiklerine ilişkin tutanakların tutulduğu tarihin fesih tarihi kabul edileceği; eylemli fesihte dava açma süresinin eylemli feshin yapıldığı tarihten başlayacağı; feshin karşı idari itiraz ya da raporlu olmanın dava açma süresini etkilemeyeceğine ilişkin esasların bundan böyle de uygulanmasına devam edilecektir².

Kanuna ilişkin gerekçede belirtildiği üzere, işverenin haklı nedenle derhal fesih hakkını kullandığı durumlarda işveren bildirim tebliğini yapmak zorunda değildir. Tebliğe gerek olmayan bu durumlarda hak düşürücü süre zaten bildirimden itibaren başlamaktadır. Yeni düzenlemeyle hak düşürücü sürenin Yargıtay’ın istikrar kazanmış içtihatları doğrultusunda sözlü bildirim tarihinden başlatılması tercih edilerek bu konudaki tereddütlerin giderilmesi amaçlanmıştır.

e- Arabulucunun Belirlenmesi / Görevlendirilmesi

Arabulucu, Arabuluculuk Daire Başkanlığının sicile kayıtlı arabuluculardan, zorunlu arabuluculuk isteğinde bulunup, bu işi yapmak isteyenlerin –varsa uzmanlık alanlarını da belirterek- görev yapmak istedikleri adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonlarına göre listeleyecek ve listeleri ilgili komisyon başkanlıklarına bildirecek; arabulucu komisyon başkanlıklarına gönderilen listeden büro tarafından belirlenecektir. Bununla beraber listede yer alan herhangi bir arabulucu üzerinde tarafların anlaşmalarına da kanunen imkân tanınmıştır tarafların listede yer alan arabuluculardan birisi üzerine anlaşmaları halinde, taraflar arasında

böyle bir anlaşmanın bulunmaması halinde ise arabuluculuk bürosunca belirlenen arabulucu görevi üstlenecektir.

f- Görevlendirme Yapan Büronun Yetkisine İtiraz

İş Mahkemeleri Kanunu arabuluculuk bürosunun yetkili olup olmadığı konusunda da düzenleme yapmış; arabulucunun kendisini görevlendiren büronun yetkili olup olmadığını kendisinin araştırmayacağını böyle bir itirazın karşı tarafça yapılabileceğini bunu da en geç ilk toplantıda yerleşim yeri ve işin yapıldığı yere ilişkin belgelerini de sunarak arabuluculuk bürosunun yetkisine itiraz edebileceğini öngörmektedir.

Bu çerçevede yapılacak itiraz üzerine arabulucu dosyayı gecikmeksizin ilgili Sulh Hukuk Mahkemesine gönderilmek üzere büroya teslim edecektir. Dosyayı alan mahkeme harç almaksızın dosya üzerinde inceleme yapacak ve yetkili büroyu kesin olarak karara bağlayacak ve dosyayı büroya iade edecektir. Mahkemenin kararı tebligat hükümleri uyarınca taraflara tebliğ edilecektir. Mahkemenin kararı olumsuz yani itirazın reddi yolunda ise aynı arabulucu yeniden görevlendirilecek ve üç haftalık görev süresi görevlendirme tarihinden itibaren başlayacaktır.

Yetki itirazının kabul edilmesi halinde ise kararın tebliğinden itibaren bir hafta içinde yetkili büroya başvurabilecektir. Bu takdirde yetkisiz büroya başvurma tarihi yetkili büroya başvurma tarihi olarak kabul edilecek; büro yeniden arabulucu görevlendirme yoluna gidecektir.

Yukarıdaki durumlardan biriyle görevlendirilen arabulucuya taraflara ait iletişim bilgileri de tevdi edilecektir. Kanunda arabulucunun bu iletişim bilgilerini esas alacağı, ancak ihtiyaç duyduğunda kendisinin de bu konuda araştırma yapabileceğine işaret edilmektedir.

g- Arabulucunun Faaliyete Geçmesi (Toplantıya Davet/Görüşmelere Başlama)

Arabulucu arabuluculuk bürosu ya da görevli yazı işleri müdürlüğüne kendisine verilmiş bilgiler çerçevesinde her türlü iletişim vasıtasını kullanarak görevlendirme konusunda tarafları bilgilendirecek

2 Yargıtay 7.HD., 29.02.2016, E.2016/ 5716 K. 2016/4648 Çalışma ve Toplum 2017/1, No:52, s.217-221.

ve ilk toplantı için davette bulunacaktır. Arabulucu gerek bilgilendirme gerekse yaptığı daveti belgeye bağlayacaktır.

Böylece ister tarafların anlaşmasıyla ister kanunda belirlenen merciler tarafından görevlendirilmiş olsun "arabulucu görevlendirme" bildirimini aldıktan sonra vakit kaybetmeksizin her türlü iletişim vasıtasını kullanarak kendisinin görevlendirildiği hususunda tarafları bilgilendirmek ve ilk toplantıya davet etmekle yükümlü olup bu hususları da belge altına almak durumundadır.

Arabuluculuk görüşmelerine taraflar bizzat katılabilecekleri gibi temsilcileri ya da avukatları aracılığı ile bunu gerçekleştirebileceklerdir. Hatta kanun işveren yazılı bir belge ile yetkilendirdiği çalışanı tarafından temsil edilebileceğini ve tutanağı da imzalayabileceğine imkân tanımış bulunmaktadır.

Arabuluculuğun yürütüleceği yere gelince; arabulucunun düzenleyebileceği görüşmeler, arabulucuyu görevlendiren büronun bağlı bulunduğu adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonu yetki alanı içinde kalan bir mahalde yürütülecektir. Bununla beraber taraflar anlaşmışlarsa, kararlaştırdıkları yerde görüşmelerin yapılması da mümkündür.

Arabulucunun düzenlediği toplantıya katılma konusunda kanunun fazla katı davranmadığı söylenebilir. Zira kanundaki düzenlemeden yansıdığına göre; geçerli bir mazeret göstererek toplantıya katılmamayı mümkün görmektedir. Buna karşılık "geçerli bir mazeret göstermeksizin" arabuluculuk görüşmelerine katılmayan tarafın son tutanakta belirtilmesinin gerekeceği ve bu tarafın davada lehine karar verilmiş olsa bile yargılama giderinin tamamını ödemeye mahkûm edileceğine kanunda açıkça işaret edilmiştir.

Arabuluculuk prosedürün başlatılması için başvuruda bulunup toplantıya katılmaması ya da ilk toplantıya katılıp sonrakilere katılmamanın sürenin işlemesine ve arabulucunun tutanak düzenlemesi bakımından bir engel oluşturmasına ilişkin kanunda bir düzenleme bulunmamaktadır. O halde yöntemi işletmenin yeterli olacağı; toplantılara

katılmanın ve katılmanın sürdürülmesinin olumsuz bir yönü söz konusu olmayacağı sonucuna varabilir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi katılmamanın yargılama giderlerine mahkûm edilme dışında bir yaptırımı yoktur.

h- Arabulucunun Görev Süresi

Usulünce başlatılıp sürdürülen arabuluculuğun devam süresi kanunen sınırlandırılmıştır. Arabulucu yapılan başvuruyu yetkili merci tarafından görevlendirildiği tarihten itibaren üç hafta içinde sonuçlandırmakla yükümlüdür. Bununla beraber bu sürenin bir hafta daha uzatılabileceği böylece arabulucunun görevini azami bir ay içinde tamamlaması zorunluluğu vardır. Nitekim arabulucunun görüşmelerin seyrini göz önüne alarak zorunlu durumlarda en çok bir hafta uzatabileceğine kanunda işaret edilmiştir.

i- Arabulucunun Faaliyetinin Sonuçlanması

Kanunun öngördüğü ve geçilmesini zorunlu tuttuğu için arabulucu tarafından uzatılabilen sürenin bitiminde, arabuluculuk müzakereleri tamamlandığında, arabulucu son tutanağı düzenlemek ve durumu tutanağı görev aldığı merciiye (arabuluculuk bürosuna veya yetkili kılınmış azı işleri müdürlüğüne) derhal vakit kaybetmeksizin bildirmekle yükümlüdür.

İş Mahkemeleri Kanunu zorunlu arabuluculuk faaliyetinin sona erme sebeplerini ayrıca ve açıkça tasrih etmiş belirtmiştir;

- Arabulucu taraflara ulaşmamışsa,
- Taraflar katılmadığı için toplantı ve dolayısıyla görüşmeler yapılmamışsa,
- Taraflar toplantıya katılmakla beraber ve görüşmeler sonunda anlaşmaya varmışsa (uzlaşmışlarsa),
- Taraflarca yapılan görüşmeler semeresiz kalmış, anlaşmamışlarsa, yani arabuluculuk semere vermemişse, arabuluculuk faaliyeti sona erecektir.

Bu sebeplerden herhangi birinin gerçekleşmesi halinde arabuluculuk yöntemi başka bir işleme gerek olmaksızın sonra erecektir. Bu durumda kanun

arabulucunun düzenleyeceği “son tutanak”ı kendisini görevlendiren arabulucu bürosuna veya yetkili kılınmış yazı işleri müdürlüğüne derhal bildirecek, eğer taraflardan biri ya da her ikisi toplantıya ilk katılmamışsa arabulucu bu hususa son tutanakta yer verecektir.

Bu sonuncu kanuni buyruk göz önüne alındığında arabuluculuk yöntemine başvurup süreci işletmemenin tarafların ihtiyarına (isteğine) bırakıldığı sonucuna varılabilir.

IV. Feshin Geçersizliğinin Belirlenmesi ve İşe İade Talebiyle Mahkemeye (veya Özel Kaleme) Başvuruda Bulunmak

1- Genel Olarak

İş güvencesi kapsamında bulunan ve sözleşmesi kanuni gereklerle aykırı olarak işverence feshedildiği iddiasına dayalı olarak, feshin geçersizliğinin belirlenmesini ve işe iade edilmesini mahkeme(veya özel kalem)den talep eden işçinin bu davayı açmadan önce arabuluculuk yöntemini işletmesi gerektiğine yukarıda değinmiştik. Bu itibarla iş güvencesi çerçevesinde açılacak bu davayı açmadan önce bu barışçı yolu/yöntemi işletmeye tevessül etmeksizin işçinin yargıya ya da hakeme gidebilmesi ve uyuşmazlığı çözümlen bir karar alabilmesi mümkün değildir.

Gerçekten yapılan feshin kanuna uygun olmadığı iddiasını içeren uyuşmazlığa taraf olanların arabuluculuk aşamasında anlaşamadıkları arabulucu tarafından tutanağa geçirilmedikçe yargıya ya da özel hakeme gitmek imkânı bulunmamaktadır. Zira İş Mahkemeleri Kanunu ile çerçevesi yeniden çizilen “işe iade dava”sının ikame edilebilmesi, zorunlu arabuluculuk yönteminin denenmesine rağmen, tarafların iş güvencesinin hukuki sonuçları üzerinde anlaşmalarının kabil olmadığını içeren bir tutanağın alınması kesin koşuluna bağlanmıştır.

Arabulucunun yöntemin semere vermediğini

içeren son tutanağı tebellüğ eden işçi; kanuni süresi (on beş gün) içinde başvurması halinde mahkeme ya da özel hakem kanundaki usul ve esaslara uyulup uyulmadığını, özellikle işverenin feshine dayanarak yaptığı sebebin kanunun tanıdığı nitelikte bir sebep olup olmadığını, genelde yapılan feshin kanuna uygun bulunup bulunmadığını inceleyecektir.

İşte bu çerçevede mahkeme ya da özel hakem işveren tarafından yapılan fesih işleminin kanuna uygun bulmaz ise “feshin geçersizliğine ve işçinin işe iadesi” ne karar verecektir. Ayrıca talep edilmiş olmasa bile işçinin usulünce başvurması halinde işverenin işçiye işe başlatmaması halinde kanuni sınırı belirlenen bir tazminat ile işçinin çalıştırılmadığı süreye ilişkin olarak en fazla dört aylık ücretinin karşılığı bir tazminatı da parasal olarak kararına derç edecektir.

2- Arabuluculuk Aşaması Atlanarak Dava Açılması

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun, kamu düzenine ilişkin bulunması dava şartlarının mevcut olup olmadığını mahkemenin, talep olmasa da re’ sen araştıracağı ve gerektiğinde duruşma yapmadan da mahkemedeki karar tesis edebileceğini (HMK.m.115) öngören düzenlemesine paralel olarak; İş Mahkemeleri Kanunumuz da “arabulucuya başvurmadan dava açıldığının anlaşılması halinde herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verebileceğini belirtmektedir.

Böylece davacı işçi arabuluculuk yönteminin işletilmemesine rağmen doğrudan doğruya dava açmaya tevessül ederse mahkeme esasa girmeden davayı usulden reddetmek yoluna gidecektir. Başka bir söyleyişle dava şartının eksik olduğu mahkemece anlaşılınca davayı usulden reddetmesi yoluna gidecek; eksikliği/noksanlığı gidermesi için davacıya herhangi bir süre vermek yoluna gitmeyecektir.

Ekleyelim ki, arabuluculuk yöntemini işletmeden dava açılması halinde davanın usulden reddedilmesi, reddedilmiş olması esasa müessir değildir. İşçi kanuni gereği daha sonra yerine getirdiği tak-

dirde yeniden dava ikamesi yoluna gidebilecektir. Nitekim kanunda da herhangi bir duraksamaya (tereddüde) yol açmaması için konu ayrıca ve açıkça düzenlenmiş; "arabuluculuğa başvurmaksızın doğrudan dava açılması sebebiyle davanın usulden reddi halinde ret kararının taraflara resen tebliğ edileceğini; kesinleşen ret kararının da resen tebliğinden itibaren iki hafta içinde arabulucuya başvurabilme imkânını kullanabileceğine işaret etmiştir.

3- İşe İade Davasının Açılması Usulü

İşveren tarafından yapılan feshin geçersizliğinin tespiti ve işçinin işe iade edilmesi isteğiyle ikame edilen davayı açan işçi dava dilekçesine arabulucu tarafından düzenlenmiş bulunan tutanağı eklemesi gerekli bulunmaktadır. Nitekim, İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3'üncü maddesinde; davacının arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılmadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorunda olduğuna açıkça işaret edilmektedir.

Hemen belirtelim ki, arabuluculuk aşamasından geçilmiş olmasına rağmen kanunun öngördüğü şekilde dava açmayan işçinin bu usulü noksanlığın giderilmesi imkanına da kanunda yer verilmiştir.

Gerçekten dava ikamesinden sonra, önce işletilmemiş arabuluculuk yönteminin işletilmesine yönelmek, teşebbüs etmek suretiyle açılmış davanın ihya edilmesi mümkün değildir. Buna karşılık arabuluculuk yöntemine başvurulmuş ve olumsuz sonucu yansıtan son tutanağın aslının ya da arabulucu tarafından onaylanmış suretinin dava dilekçesine eklenmemiş olması, davanın reddi sonucunu doğurmayacak mahkemede bu sebeple ret yoluna gidemeyecektir. Mahkeme davacı işçiye belirli bir süre tanıyarak noksanlığı tamamlayabilmek imkânı sağlayacaktır.

Hukuk Muhakemeleri Kanununda hâkimin dilekçede tespit ettiği noksanlıkların giderilmesi için bir haftalık kesin süre vereceği; bu süre içinde eksikliğin giderilmemesi halinde davanın açılmaması sayılacağına kararı vermesini düzenleyen 119/2 inci maddesine paralel olarak İş Mahkemeleri Ka-

nunu da bu kanuni zorunluluğa uyulmamış olması halinde davacıya son tutanağın bir haftalık süre içinde mahkemeye sunulması gereğine işaret etmekte, aksi takdirde davanın usulden reddedileceği ihtarını içeren bir davetiye gönderileceğini, ihtarın gereği yerine getirilmez ise davanın usulden reddedileceğini öngörmektedir. Bu durumda dava dilekçesinin karşı tarafa (davalıya) tebliğ edilmesi de söz konusu olmayacaktır.

4- Davanın Açılabileceği Süre (Dava Açma Süresi)

Feshin geçersizliği ve işe iade davasının kanunen belirlenen süre içinde açılması gerekir; bu süre geçirilince davanın açılması mümkün değildir. Zira bu süre "hak düşürücü" bir süredir.

İş Kanununun İş Mahkemeleri Kanunu ile yapılan değişiklik sonucu yeni şekline göre bu davanın işveren tarafından yapılmış olan fesih bildirimisinin işçiye tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde başvurulması zorunlu bulunan arabuluculuk yönteminin başarısızlıkla sonuçlandığını içeren "son tutanak"ın işçiye tebliğinden itibaren on beş gün içinde açılması gerekmektedir.

Arabuluculuğa başvurma zorunluluğunda olduğu gibi, mahkemece re'sen araştırılması ve göz önüne alınması gereken dava açma süresinin geçirilmiş olması halinde davanın dinlenilmesi kabil olmayacak davanın esastan reddedilmesi şeklinde hüküm tesisine yol açacaktır.

Hak düşürücü süre olduğuna işaret ettiğimiz on beş günlük dava açma süresinin başlangıcı son arabulucu tutanağının davacı işçiye tebliğ tarihi olmak gerekir. Dava açma süresinin başlangıcı kanunda "tutanağın düzenlediği tarih" olarak öngörülüyorsa da, bunu arabulucunun düzenlediği son tutanağın işçiye tebliği tarihi olarak anlamak gerekecektir. Öte yandan bu sürenin kesilmesi ya da durması da söz konusu değildir. Sürenin hesaplanmasında genel hükümler çerçevesinde düşünüleceği kuşkusuzdur.

5- İspat Yükü

İş güvencesi hükümleri çerçevesinde açılacak davalar için iş kanunumuz genel ispat kuralları di-

şında, ispata ilişkin farklı hükümlere yer vermiştir. Gerçekten İş Kanununun 20 inci maddesine göre: “feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşçi feshin başka bir sebebe dayandığını iddia edildiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür.” (İşK.m.20/2) Öte yandan söz konusu kanunun 19 uncu maddesinin ikinci fıkrası” hakkındaki iddialara karşı savunması alınmadan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini o işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilmeyeceğini öngörmektedir.

Görülüyor ki, kanunen, feshin geçerli nedene dayandığını ispat yükü iş güvencesi çerçevesinde açılan davada işverene terettüp ettirilmiştir.

İşveren bu yükümünü yerine getirirken öncelikle feshin biçimsel koşullarına, kanundaki fesih usulüne uyduğunu; daha sonra içerik yönünden fesih nedenlerinin, dayandığı fesih sebeplerinin geçerli veya haklı olduğunu kanıtlamak durumundadır. Bu kapsamda işveren başka imkân olmadığı için feshi tevessül ettiğini; gerektiği hallerde işçiye savunma imkânı verdiğini tutarlı bir şekilde davrandığını, feshin kaçınılmaz olduğunu ispat etmek yükümü altında bulunmaktadır.

6-Mahkemece Tesis Edilecek Hükümün Muhtevası

İş Mahkemesi tarafından verilecek hükümün yeni kapsamını belirtmeden önce değişikliğe uğrayan kanuni çerçevenin ve uygulamadaki esasların belirtilmesi uygun olacaktır.

a- Önceki Uygulamanın Esasları

İş Mahkemeleri Kanunuyla değişiklik yapılmadan önceki dönemde Yargıtay’ın kökleşmiş kararlarında işveren tarafından yapılmış olan feshin geçersizliğine ve kanunda öngörülmemiş olmasına rağmen işçinin işe iadesine karar vermesi zorunlu tutulmuş; işverenin davacı işçinin kanuni süresinde usulünce başvurmasına rağmen ödemesi gereken tazminat miktarının işçinin kıdemi ve fesih işleminin durumu göz önüne alınarak taktiren işçinin asgari dört, en çok sekiz aylık ücreti olarak belirtilmesinin gerektiği; davacı işçinin işe iadesi için işverene süresince ve usulünce başvurması halinde

hak edilecek olan ve kararın kesinleşmesine kadar geçen sürenin azami (en çok) dört aylık ücretinin ve diğer haklarının davacı işçiye ödenmesine karar verilmesi gerektiği ve sözü edilen işçi alacaklarının süre olarak belirtilmesi ile yetinileceği yüksek mahkemenin birçok kararında dile getirilmiştir. Ayrıca feshin geçersizliğine ve doğacak sonuçlara ilişkin mahkeme kararının tespit niteliğinde olduğu da Yargıtay’ca vurgulanmıştır.

Şimdiye kadar uygulamaya hâkim olan düşünce çerçevesinde iş güvencesi hükümlerinin uygulanması gereken fesihlerde iş sözleşmesinin (yapılan feshi rağmen) sona erip ortadan kalkmadığı mahkemece feshin geçersizliğinin tespiti halinde tarafların kanunda belirlenen davranışlarına göre iş ilişkisinin akıbetinin şekilleneceği; işçinin şartları bulunmasına rağmen işverence işe başlatılmaması halinde sözleşmenin işveren tarafından feshedilmiş sayılacağı kabul edilmekteydi.

Yine o dönemde İş Kanunu’nun 18-21 inci maddeleri çerçevesinde verilen kararlar tespit nitelikli olduğundan ilamlı icraya esas (dayanak) yapılmayacağı Yargıtay ve baskın doktrin tarafından haklı olarak kabul edilmekteydi.

Böylece mahkemece feshin geçersizliğinin tespit edilmiş olması taraflar arasındaki ilişkiye hemen ve doğrudan doğruya bir etki yapmayacağı; tarafların sergileyecekleri duruma ve davranışlarına göre kanundaki sonuçlarını doğuracağı kabul edilmekte: sonuçta ya yapılan feshin kanun gereği geçerli sayılacağı ya da işverenin işçiye işe başlatmaması halinde tazminat ve ücret ve alacaklarını tediye etmesi gerektiği sonucuna ulaşıyordu.

Böylece İş Mahkemeleri Kanunu ile değiştirilmesinden önce mahkeme (ya da hakem) tarafından verilen kararın “tespit” niteliği taşıdığı, usulünce başvurusuna rağmen işverenin işçiye işe başlatmaması halinde çalıştırılmadığı sürenin dört aylık ücret ve eklerinin oluşturduğu alacağın miktarları süre olarak belirlendiği için, daha önce değinildiği gibi bunların ilamlı icraya konu olması mümkün olamıyordu.

Yargıtay’ın ve baskın doktrin benimsediği bu çözüm daha sonra bu alacakların elde edilebilmesi için yeniden bu alacakların tahsilini sağlamak için

ikinci kez dava açmak zorunluluğunu oraya çıkarıyordu.

Öte yandan yine o dönemde, iş ilişkisinin fesih yapılmamışçasına devam ettiği kabul edildiği için, mahkemeden feshin geçersizliğine dair karar alan işçinin usulünce işe başlatılmasını içeren talebinin işverence kabul edilmemesi halinde; bu tarih itibarıyla feshin sonucuna bağlı olarak ortaya çıkan işçilik haklarının hesaplanmasını gerektiriyordu. Zira süre olarak karara derç edilen iş güvencesi hükümlerine aykırılığın sonucu olarak ortaya çıkan tazminat ve alacakların da diğer işçilik hakları gibi değişen kıdem süresi ve ücret miktarına göre yeniden hesaplanması zorunluluğunu ortaya çıkarıyordu.

Biz o dönemde Kanuna veya usule kısaca iş güvencesi hükümlerine aykırı bulunan bir feshin geçersizliği, mahkeme ve özel hakem tarafından tespit edilmiş olsa bile kanun koyucunun taraflar arasındaki iş ilişkisinin yeniden sürdürülebilmesini bir takım kayıt ve şarta bağladığını; tarafların bu aşamadaki davranışlarının yeniden kurulacak ilişkinin akıbetini belirleyeceğini öngördüğünü, iş güvencesi prosedürünün işlediği (zaman kesiti içinde) taraflar arasında ne yeni bir iş sözleşmesinin kurulduğundan ne de mahkemenin geçersizlik kararıyla iş ilişkisinin eskisi gibi devam ettiğinden söz edilmeyeceğini; feshedildiği için artık mevcut olmayan bir iş sözleşmesinin şu veya bu şekilde feshinin de düşünülmeceğine işaret etmiştik.

Zira yenilik doğurucu bir işlem olan feshin hükmünü icra edememesinin, bunu önleyen açık bir düzenlemeye ihtiyaç gösterdiğini; 4857 sayılı İş Kanununda yer verilmemesine rağmen Yargıtay kararları ile ihdas edilen ve doktrinde de benimsenen "işe iade talebi" gibi, "işe iade kararı"nın da kanunun düzenlenme biçimine yabancı kavram ve kararlar olduğunu belirtmiştik.

Yargı veya hakem tarafından feshin geçersizliğinin tespit edilmiş olmasının fesihle sona erdirilmiş iş ilişkisini ihya edip feshin sözleşmeyi kesinlikle sona erdirici mutlak etkisini ortadan kaldırmayacağını; işçinin başvurusu üzerine işverenin onu işe başlatmış olması halinde bile, kurulan yeni iş

ilişkisinin öncekinin devamı olduğunu söyleyebilmenin mümkün olamayacağını; geçersizliğin tespiti üzerine "feshin hüküm doğurmayacağına" ilişkin kanuni bir düzenleme bulunmadığı takdirde Borçlar Hukukundaki esasları, kendine özgü bir düzenleme teşkil eden iş güvencesi prosedürüne taşımanın uygun bir çözüm olmayacağını dile getirmiştik³.

b- Değişiklikten Sonra Verilecek Mahkeme Kararının Muhtevası

Yapılan yeni düzenlemeyle, tarafların tutum ve davranışları ve bunlara bağlı olarak şekillenecek hukuki gerekler ve sonuçlar bakımından eski (önceki) metne bağlı kalınmış; ancak fesih işleminin niteliğine ters düşen kabul şekli değiştirilmiş, ayrıca bir dava şartı olarak öngörülen zorunlu arabuluculuğa başvurmanın konuya yansımaları ve ilişkilendirilmesi sağlanmıştır.

Böylece, İş Mahkemeleri Kanunu ile İş Kanunu'nun iş güvencesine ilişkin hükümlerinde yapılan değişikliklerle, uygulamada ortaya çıkmış olan sakıncaların giderilmesi amaçlanmış, açılan dava sonunda mahkemece feshin geçersizliğine hükmedip, işçinin işe iadesine ilişkin karar tesis edilmesi halinde: işçinin usulünce başvurmasına rağmen işvereni tarafından işe başlatılmadığı tarihte iş sözleşmesinin sona erdiği tarih olarak kabul edilmesi yolundaki yerleşik uygulamaya kanun koruyucu itibar etmemiş; sözleşmenin dolayısıyla da iş ilişkisinin işveren tarafından yapılmış ve davaya konu olan fesih tarihinde sona erdiği esas kabul edilmiştir.

Bunun sonucu olarak feshin geçersizliğine bağlanan hukuki sonuçlarının bu tarihte, sözleşmenin feshedildiği tarihteki işçinin kıdemi ve ücreti esas alınarak doğacak hakların hesap edilmesi esas kabul edilmiştir.

Bu itibarla geçersiz olduğuna mahkemece hükmedildiğinden işverence yapılan ilk işlemin (feshin) gerçekleştiği tarihteki ücretinin ve kıdeminin işverence ödenecek işçilik haklarının gerçekleşme koşullarının ve miktarının hesabına temel teşkil

3 Narmanlıoğlu, Ünal: İşe Başlatmama Tazminatı, Aydın Zevkililer Armağanı, C. 2, İzmir 2013, s.1957-2052.

edeceği esas getirilmiştir.

Mahkemece verilecek karara gelince; davaya bakan mahkeme, işveren tarafından yapılan feshin kanuni gerekçelere aykırı olduğu kanısına ulaşırsa; "feshin geçersizliğine" ve "işçinin işe iadesi" ne karar verecektir. Feshin geçersizliğini saptayan mahkeme talep edilmiş olmasa bile işçinin işe başlatılmaması halinde en az dört en çok sekiz aylık ücret tutarın ödenecek tazminat miktarını ve kararın kesinleşmesine kadar geçen işçinin çalıştırılmadığı en çok dört aya kadar doğmuş ücret ve diğer haklarını da " parasal" olarak belirleyecektir.

Böylece, yerleşmiş deyimiyile "işe başlatmama tazminatı" ile "boşta geçen süre alacağı" artık ay (süre) esaslı olarak değil "parasal miktar esaslı" olarak belirlenmek gerekecektir.

İşe başlamanın tazminatının asgari ve azami miktarı kanunen kesin olarak belirtilmiştir. Kanunun belirlediği miktarın altında olan veya üstüne çıkan yani daha az veya daha çok miktarı öngören iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesindeki düzenlemeler geçerli değildir; zira konuyu düzenleyen hükümler kesin bağlayıcı, mutlak emredicidir ve aksinin kararlaştırılması ya da aksine bir uygulama yapılması mümkün değildir. Bu tazminatların miktarına ilişkin kanun hükümleri tarafları bağladığı gibi hâkimleri ve hakemleri de bağlayıcıdır.

Hemen belirtelim ki tarafların ekonomik ve sosyal durumları, sakatlık ya da yaşlılık gibi fiziki durumları ve giderek hakkaniyet icapları gerekçe yapılarak kanuni sınırın altında ya da üstünde bir miktar belirlenmesine cevaz bulunmamaktadır. Buna karşılık iş sözleşmesinin fesih nedenine veya işçinin kıdemine göre alt sınırın üzerinde üst sınırı geçmemek kaydıyla ücret miktarı mahkemece takdir edilecektir. Şunu da ekleyelim ki, geçersizliği yargı ya da hakem tarafından tespit edilen fesih dolayısıyla, işçinin boşta geçirdiği sürenin azami dört aylık kısmı için mahrum kaldığı ücret ve diğer hakların tutarı da bundan böyle tazminat olarak hüküm altına alınmak gerekecektir.

c- Geçersizlik Kararına Bağlanan Sonuçlar

Mahkemece feshin geçersizliğine karar verilip bu kararın kesinleşmesi halinde tarafların kanunda

belirlenen tutum ve davranışları sonucu aşağıdaki durumlardan birisi ortaya çıkacaktır.

Geçersizlik kararını tebellüğ eden işçinin on gün içinde işe başlamak için işverene başvurmaması veya başvurmuş bulunmasına rağmen işverenin davetine uyarak çalışmaya koyulmaması, işe başlamaması halinde sözü edilen kararın herhangi bir in 'ikası olmayacak; işverence yapılan fesih "geçerli" bir fesih sayılacaktır ve işveren sadece bu tür feshin sonuçlarından sorunlu olacaktır.

İşçinin kanuni süresi, on gün içinde ve usulünce işverene başvurması ve başvurusunun arkasında durması yani davet edildiğinde de çalışmaya koyulması halinde işveren işçiyi çalıştırmaya başlarsa, önceki yani feshedilmiş iş sözleşmesinin hüküm ve şartlarını taşıyan ve işçinin kıdemini saklı tutan yeni bir iş sözleşmesine dayalı iş ilişkisi kurulmuş olacaktır. Böyle bir durumda işveren işçinin çalıştırılmadığı dört aylık ücret ve eklerini karşılayan tazminatı işçiye ödeyecektir.

Usulünce işe başlamak isteğinde bulunup, bunun arkasında duran işçiyi işveren çalıştırmak istemez ise, geçersizliği belirlenen feshin yapıldığı tarih esas alınarak, işçinin o günkü kıdemi ve son ücreti üzerinden işe başlatmama tazminatı ile işçinin çalıştırılmadığı dört aylık ücreti ve eklerini karşılayan tazminatı işçiye ödemekle yükümlü olacaktır.

Sonuç

Değişik şekliyle iş güvencesine ilişkin feshin geçersizliği ve işe iade davasının özelliklerini ve sonuçlarını şöyle özetlemek mümkündür:

- Önceki metinde bulunmayan ancak Yargıtay kararlarıyla geçersizlik kararlarına derç edilmesi gerekli görülen "işe iade" sözcüğü de kanuni bir temele oturtulmuştur.
- İş Güvencesi çerçevesinde yapılmış olan fesih işleminin kanuna aykırı olması sebebiyle yargıya veya hakeme götürülmeden önce arabuluculuk şeklindeki kanuni prosedürün işletilmiş bulunması gerekli görülmüştür.
- Yargıya veya hakeme gidilmesi, başvurula-bilmenin başlangıç tarihi olarak arabulucu-

nun düzenleyeceği son tutanak tarihinin tebliği tarihi olduğu kabul edilmiştir.

- İş sözleşmesinin işverence yapılmış olup geçersizliği yargı veya özel hakemce belirlenmesi halinde doğacak hukuki sonuçların işverenin kanuna aykırı olarak yaptığı fesih tarihine göre hesaplanacağı iş sözleşmesinin bu tarihte ortadan kalktığı esası benimsenmiştir. Buna bağlı olarak gerek işe başlatmama tazminatının gerekse boşta geçen dört aylık süre tazminatının kanundaki sınırlar içinde kalacak şekilde miktarlarının parasal olarak mahkemece belirleneceği öngörülmüştür.

Böylece yapılan değişiklikte taraflar arasındaki iş ilişkisinin fesihle ortadan kalkması açıkça kabul edilerek, feshin niteliğine uygun düşen bu esasın benimsenmiş bulunulması; işçinin dava sırasında başka bir işyerinde çalışmasına engel olamayacağı esasını da içermekte; keza ücret niteliğinde olmadığı için gerek işe başlatma tazminatından gerekse boşta geçen süre tazminatından vergi ve sigorta primi kesilmesinin söz konusu olamayacağı sonucu ortaya çıkmaktadır. İşe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süre tazminatı gibi diğer işçilik haklarının doğumu ve hesabının fesih tarihi başlangıç olarak kabul edileceğine ilişkin düzenlemenin tamamıyla olmasa da önceki kanuni aksaklıkları giderdiğini söylemek imkanı vardır.

KAYNAKÇA

- Narmanoğlu, Ünal: İşe Başlatmama Tazminatı, Aydın Zevkliler Armağanı, C. 2, İzmir 2013, s. 1957-2052.

Prof. Dr. Coşkun SARAÇ*

Makale Gönderim Tarihi: 25 Aralık 2017

Makale Kabul Tarihi: 28 Aralık 2017

2022 Sayılı “65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Gücsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun”a Göre Sosyal Yardım Koşulları

Öz

Yoksulluğun yol açtığı muhtaçlığın ortadan kaldırılmasında primli rejim, primsiz rejimle birlikte kullanılmaktadır. Sosyal yardımlar ise primsiz sistemin en önemli aracıdır. Bu makalede 2022 sayılı Sosyal Yardım Yasasından yararlanma koşulları ele alınmaktadır.

Çalışmada buna bağlı olarak yaşlı, engelli, muhtaç, kimsesiz ve Türk vatandaşı kavramları

ile yapılan yardımlar incelenmektedir. Sonuç olarak ise, yasa dilinin yaşlı ve engelli vatandaşlarca daha anlaşılabilir hale getirilmesi gereği; yardımlara hak kazanma koşullarının hafifletilmesi gerektiği; sunulan parasal yardımın dul maaşı, evde bakım ücreti gibi diğer yardımlarla ilişkisi; sunulan yardımların parasal miktarının yetersizliği vurgulanmaktadır.

Anahtar Sözcükler:

2022 sayılı Yasa, sosyal yardıma hak kazanma koşulları, primsiz rejim.

Eligibility Requirements For Social Assistance Benefits According to The Law No. 2022, Respecting The Grant of Pensions to Turkish Citizens Who Are Over The Age of 65 and Who Are Destitute, Disabled and Without Any Means of Support

Abstract

To eliminate the poverty, contributory system is used together with the non-contributory system. On the other hand, social assistance is the most important tool of the non-contributory system. In this article, eligibility requirements for social assistance payments are examined according to the Law no.2022.

In this study, legal definitions of “old aged”, “disabled”, “destitute”, “derelict” and “Turkish citizen” and social benefits given under Law no.2022 are

introduced. As a result, language of law should be made more easy to comprehend by old aged and disabled citizens; the eligibility requirements for social assistance benefits should be commuted; the relations between pensions provided under Law no.2022 and benefits provided under other social laws, such as widower's pension, home care fee and etc. should be clearly shown; the monetary amounts of social assistance benefits should be increased.

Keywords:

Law no. 2022, eligibility requirements for Social Assistance payments, non-contributory system.

*Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilimdalı-coskun.sarac@deu.edu.tr

I. Genel Olarak

1.7.1976 tarihli, 2022 sayılı "65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Gücsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun"¹, niteliği itibarıyla, daha çok "muhtaç" durumdakileri koruma altına alan bir "primsiz rejim" uygulamasıdır. Dolayısıyla, 2022 sayılı Yasa, büyük ölçüde "sosyal yardım ve sosyal hizmet" uygulamalarına dayanmaktadır². Sosyal yardımlar ise, kamu tarafından gelir ve muhtaçlığın denetlenmesine dayalı, karşılıksız kamu yardımlarıdır. Sosyal yardımlar, nakdi veya aynı kamu yardımlarını içermektedir; sosyal hizmetler, hizmet sunumu biçimindedir³.

Sosyal güvenlik hukukumuzda primsiz rejimin bir diğer önemli yasası, 1986 tarihli, 3294 sayılı "Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu"⁴ dur. Bu yasa da, 2022 sayılı Yasa gibi, sosyal yardımlardan yararlanma şartı olarak "muhtaçlığı" baz almıştır. Ancak bu bağlamda aralarındaki temel farklılık, 3294 sayılı Yasa kapsamına aldıkları bakımından sadece ekonomik muhtaçlığa önem vermiş iken; 2022 sayılı Yasa, ekonomik açıdan ihtiyaç içinde olanların yanı sıra, bedensel olarak başkasının bakımına ihtiyaç duyanları da dikkate almıştır. Bu bağlamda 2022 sayılı Yasanın kanunlaşma çalışmaları sırasında, 4.1.1976 tarihli ilk tasarıda, yalnızca "65 yaşını doldurmuş muhtaç, gücsüz, kimsesiz Türk vatandaşlarına" aylık bağlanmasını

içermektedir⁵; milletvekillerince verilen önergeler doğrultusunda önce 1.6.1976 tarihli Bütçe Plan Komisyonu Raporu'yla⁶, "başkasının bakımına muhtaç ve fakat 55 yaşını doldurmuş engelliler" in de yasa kapsamına alınmasına karar verilmiştir. Daha sonra da, 10.6.1976 tarihli Bütçe Plan Komisyonu Raporu'yla⁷, engelliler için 55 yaşın doldurulma şartı kaldırılarak, kapsama alınan engelliler "65 yaşını doldurmadığı halde başkasının bakımına muhtaç durumdaki engellilerden, bu durumlarına uygun bir işe yerleştirilemeyenler" şeklinde ifade edilmiş; yasa tasarısı bu haliyle 1.7.1976'da kanunlaşmıştır. Sonraki değişikliklerle de, muhtaç engelliye bakan yakınlarına da yardım sağlanmaya başlamıştır.

Bu çalışmada, 2022 sayılı Yasa kapsamındaki sosyal yardımlardan yararlanabilmenin temel koşulları ele alınmaktadır.

II. Yardımlara Hak Kazanma Koşulları

Bunlar "Yaşlı, Engelli veya Başkasının Yardımı Olmaksızın Hayatını Devam Ettiremeyecek Şekilde Engelli (yasadaki eski ifadesiyle Muhtaç Engelli) Olmak", "Kimsesiz Olmak", "Muhtaç Olmak", "T.C. Vatandaşı Olmak", "Başvuruda Bulunmak" şeklindedir.

A) "Yaşlı", "Engelli" veya "Başkasının Yardımı Olmaksızın Hayatını Devam Ettiremeyecek Derecede Engelli" Olmak

1) Yaşlı Olmak

2022 sayılı Yasanın 1. maddesine göre: "Sosyal güvenlik kuruluşlarının herhangi birisinden her ne nam altında olursa olsun bir gelir veya aylık hakkından yararlananlar ile uzun vadeli sigorta kolları açısından zorunlu olarak sigortalı olunması gereken bir işte çalışanlar, nafaka bağlanmış veya nafaka bağlanması mümkün olanlar veya 24/5/1983 tarihli ve

1 Resmi Gazete: 10.7.1976, No.15642. Yasa, 1.1.1977 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu kanunun uygulanmasıyla ilgili olarak ayrıca 25.1.2013 tarihinde yürürlüğe giren bir de yönetmelik çıkarılmıştır: "65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Gücsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşları ile Engelli ve Muhtaç Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Yönetmelik" (Resmi Gazete: 25.1.2013, No.28539).

2 Primsiz rejim uygulamaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. SÖZER, A.N, Türkiye'de Sosyal Hukuk, İzmir 1998, s.2 vd; ALPER, Y, Türk Sosyal Güvenlik Sistemi ve Sosyal Sigortalar Hukuku, Bursa 2015, s.20 vd.; TUNCA, C./ EKMEKÇİ, Ö., Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, İstanbul 2017, s.767 vd; ŞAKAR, M, Sosyal Sigortalar Uygulaması, İstanbul 2014, s.260 vd; GÜZEL, A./OKUR, A.R/ CANIKLI-OĞLU, N., Sosyal Güvenlik Hukuku, İstanbul 2016, s.810 vd; ARICI, K, Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara 2015, s.501 vd; KORKUSUZ, R./ UĞUR, S. Sosyal Güvenlik Hukuku, Bursa 2013, s.95 vd.

3 ARICI, s.501.

4 Resmi Gazete: 14.6.1986, No.19134

5 Tasarı için bkz. www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MM_/d04/c019/mm_04019104ss0348.pdf

6 Rapor için bkz. www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MM_/d04/c020/mm_04020107ss0348.pdf

7 Rapor için bkz. www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/CS_/t15/c028/cs_15028081ss0604.pdf

2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu⁸ hükümlerine göre harçlık ödenenler hariç olmak kaydıyla, Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları tarafından muhtaç olduğuna karar verilen 65 yaşını doldurmuş Türk vatandaşlarına, muhtaçlık hâli devam ettiği müddetçe (2.332) gösterge rakamının memur aylık katsayısı ile çarpımından bulunacak tutarda aylık bağlanır".

2022 sayılı Yasadan yararlanacaklardan bir bölümünü, yaşlılar oluşturur. Ancak her yaşlı değil, kural olarak 65 yaşını doldurmuş kişiler yasanın kapsamındadır. Zira "Yaşlı", "65 yaşını doldurmuş olanları" ifade etmektedir(65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşları ile Engelli ve Muhtaç Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Yönetmelik m.4/ı).

Bu yaştaki kişiler "muhtaç, kimsesiz ve Türk vatandaşı" olma şartlarını da taşıyorsa, bunlara 2022 sayılı Yasadan yaşlılık aylığı bağlanacaktır. 65 yaşını doldurmuş, muhtaç, kimsesiz Türk vatandaşına bağlanacak aylık, halk arasında "65 yaş aylığı" olarak da bilinmektedir. Ancak, 65 yaşın tespitinde, doğum tarihlerinde yapılmış düzeltmeler (daha doğrusu, 65 yaş bağlamında, yaş büyütme) nazara alınmamaktadır (2022 sayılı Yasa m.1/fıkra 3).

2022 sayılı Yasadan 65 yaş aylığı (yaşlı aylığı) bağlanarlardan, daha sonrasında %70 ve üzeri oranda engelli olduklarını engelliler kurulu sağlık raporu ile kanıtlayanların yaşlılık aylıkları "Başkasının yardımı olmaksızın hayatını devam ettiremeyecek derecede engelli" aylığına dönüştürülür. 65 yaş aylığı alanlardan daha sonrasında %40 ila %69 arası oranda engelli durumuna gelenlerin ise, engelli aylığına dönüştürülme talepleri geri çevrilir. Çünkü, kural olarak engelli aylığı bağlanması için, "talep tarihinde 65 yaşını doldurmamış olmaları" şartı vardır. (Bunun istisnası ise yukarıda belirttiğimiz gibi, 65 yaş aylığı alırken, kişinin %70 ve üstünde engelli duruma maruz kalmasıdır).

65 yaşın doldurulmasından önce, kendisine 2022 sayılı Yasadan engelli aylığı bağlanmış olanların aylıkları ise, 65 yaşını doldurmuş olmaları herhangi bir artı etki olmadan (yani bir zam veya tamamen/

kısmen 65 yaş aylığının da ek olarak ödenmesi söz konusu olmadan) mevcut engelli aylığı olarak ödenmeye devam edecektir).

2) Engelli Olmak

"Engelli" deyimini, genel itibarıyla "Fiziksel, zihinsel, ruhsal ve duyuusal yetilerinde çeşitli düzeyde kayıplarından dolayı, topluma diğer bireyler ile birlikte eşit koşullarda tam ve etkin katılımını kısıtlayan tutum ve çevre koşullarından etkilenen bireyi" ifade etmektedir⁹.

2022 sayılı Yasa asgari bir yaşı (65) doldurmuş yaşlıların yanı sıra, engellileri de kapsamına almıştır. Ancak engellilerin, öncelikle yaş koşulu olarak, 65 yaşını doldurmamış olması gerekmektedir. Yasanın sunduğu engelli aylığından yararlanmak için mutlaka, talep tarihinde, 65 yaşından küçük olmak gerekmektedir.

2022 sayılı Yasa kapsamında yardıma hak kazanma yönünden engelliler "Engelli" ile "Başkasının Yardımı Olmaksızın Hayatını Devam Ettiremeyecek Derecede Engelli" olmak üzere iki gruba ayrılmaktadır:

a) Engelli

Doğuştan veya sonradan herhangi bir nedenle bedensel, zihinsel, ruhsal, duyuusal ve sosyal yeteneklerini çeşitli derecelerde kaybetmesi nedeniyle toplumsal yaşama uyum sağlama ve günlük gereksinimlerini karşılama güçlükleri olan ve korunma, bakım, rehabilitasyon, danışmanlık ve destek hizmetlerine ihtiyaç duyan kişidir.

b) Başkasının Yardımı Olmaksızın Hayatını Devam Ettiremeyecek Derecede Engelli

Günlük hayatın alışılmış, tekrar eden gereklerini önemli ölçüde yerine getirememesi nedeniyle, hayatını başkasının yardımı ve bakımı olmadan devam ettiremeyecek derecede düşkün olan kişileri ifade eder.

Ancak, engellilik tanımları genel çerçevesiyle bu şekilde ise de, yasanın kapsamına girebilmek için engellilik derecelendirmelerine de uymak zorunludur. Yani her engelli değil, yasanın yönetmeliğinde belirtilen derecede engelli olanlar yardım

8 Resmi Gazete: 27.5.1983, No.18059.

9 1.7.2005 tarihli, 5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanun (Resmi Gazete: 7.7.2005, No. 25868) madde 3/c.

kapsamına alınmaktadır (2022 sayılı Yasa bakımından). Bu engellilik dereceleri şöyledir:

Çalışma gücünü %40 ile %69 (69 dahil) arasında kaybedenler: "Engelli"

Çalışma gücünü %70 ve üzerinde kaybedenler: "Başkasının yardımı olmaksızın hayatını devam ettiremeyecek derecede engelli" sayılır.

Engellilik derecelerinin belirlenmesinde ise, halen yürürlükte olan 2009 tarihli "2022 sayılı Kanun Kapsamında Aylık Alan Özürlülere Sağlık Kurulu Raporu Vermeye Yetkili Hastanelerin Belirlenmesi ile Sağlık Raporlarının Alınmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik"¹⁰ ve onun atıf yaptığı 2013 tarihli "Özürlülük Ölçütü, Sınıflandırması ve Özürlülere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmelik"¹¹ hükümleri esas alınır.

Engellilik dereceleri, "Özürlülük Ölçütü, Sınıflandırması ve Özürlülere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmelik" ekinde yer alan "Özürlülük Oranları Cetveli"¹² çerçevesinde, Yetkili Sağlık Kuruluşları tarafından düzenlenecek sağlık kurulu raporları ile kanıtlanacaktır. Özürlü sağlık kurulu raporlarını düzenlemeye yetkili sağlık kurumlarını ve hakem hastaneleri ise, Sağlık Bakanlığı belirlemekte ve internet sitesinde¹³ yayınlamaktadır (2022 sayılı Yasa Kapsamında Aylık Alan Özürlülere Sağlık Kurulu Raporu Vermeye Yetkili Hastanelerin Belirlenmesi ile Sağlık Raporlarının Alınmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik m.4; Özürlülük Ölçütü, Sınıflandırması ve Özürlülere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmelik m.7).

Özürlü Sağlık Kurulu raporunun sürekli olup olmadığı ile süreli raporlarda raporun geçerlilik süresi mutlaka belirtilir. Özürlü Sağlık Kurulunca kişinin engel durumunun sürekli olduğuna karar

verilmesi durumunda, özürlü sağlık kurulu raporunun ilgili bölümünde bu durum belirtilir. Ancak özür durumunun değişmesi halinde, kişinin talebi üzerine rapor ve buna bağlı kişinin özür oranı yeniden belirlenir (Özürlülük Ölçütü, Sınıflandırması ve Özürlülere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmelik m.8 vd).

Özürlü Sağlık Kurulunca, engelinin engel durumunun "sürekli olmadığına" karar verilmesi halinde de, bu husus ilgili bölümde belirlenerek, özürlü sağlık kurulu raporunun geçerlilik süresi belirtilir. Zaman içinde değişebilen veya kontrolü gerektiren hastalıklar, hastanın önceki özürlü sağlık kurulu raporu da kurula sunularak, Özürlü Sağlık Kurulunun belirleyeceği süre içinde yeniden görüşülür ve karara bağlanır. Kişinin bedensel veya ruhsal işlev kaybındaki oran ile özür(engel) oranı farklıdır. 2013 tarihli "Özürlülük Ölçütü, Sınıflandırması ve Özürlülere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmelik" ekindeki "Özür (engellilik) Oranları Cetveli"ne göre; örneğin "görme sistemi yetersizlik oranı" %70 olarak belirlenen bir kişinin "engellilik(özür) oranı" ise, söz konusu yönetmeliğe göre %66'dır. "İşitme kaybı" %67,2-70.0 arasında olan birinin, "engellilik oranı" %40, %98.9-100.0 arasındakiin "engellilik oranı" ise %52'dir.

Görüldüğü gibi, işitme kaybına uğrayan birinde, 2022 sayılı Yasanın yardımlardan yararlanma bakımından aradığı asgari engellilik oranı olan %40'a denk gelebilecek fiziksel işitme kaybı oranı, asgari %67,2'den başlamaktadır.

Kanımızca ya 2022 sayılı Yasadaki engellilik oranlarının ya da bu cetveldeki kayıp oranlarının, hak kazanma koşullarını kolaylaştırmak maksadıyla biraz daha makul seviyelere düşürülmesi, uygun olacaktır.

Yukarıda söz edilen nitelikteki engellilerden:

- 65 yaşını doldurmamış ancak 18 yaşını doldurmuş kişiler, başkasının yardımı olmaksızın hayatını devam ettiremeyecek şekilde engelli ise ve aşağıda değinilecek olan "kimsesi olmama" koşulu ile "muhtaç olma(ekonomik yönden)" koşulunu da taşıyorlarsa, yasadaki yararlanacaktır.
- 65 yaşını doldurmamış ancak 18 yaşını

10 Resmi Gazete : 3.7.2009 tarih, No.27277

11 Resmi Gazete : 30.3.2013 tarih, No.28603

12 Cetvel için bkz. www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/03/20130330-4-1.rar (Erişim: 5.1.2018).

13 2018 Ocak ayı itibarıyla "Engelli Sağlık Raporu Vermeye Yetkili Sağlık Kuruluşları Listesi" için bkz. <http://dosyamerkez.saglik.gov.tr/Eklenti/9864,engelli-saglik-raporu-vermeye-yetkili-saglik-kuruluslari-listesipdf.pdf> (Erişim: 5.1.2018). Bölge Hakem Hastaneler Listesi için bkz. <http://dosyamerkez.saglik.gov.tr/Eklenti/11550,bolge-hakem-hastaneler-listesipdf.pdf> (Erişim: 5.1.2018).

doldurmuş ve engelli olup da başkasının bakımına muhtaç olmayan kişiler, aşağıda değinilecek olan "kimsesi olmama" koşulu ile "muhtaç olma (ekonomik yönden)" koşulunun yanı sıra, başvuruda bulunmasına rağmen henüz "Türkiye İş Kurumunca herhangi bir işe yerleştirilememiş olma" koşulunu da yerine getirmişse, yasadan yararlanacaktır.

- 65 yaşını doldurmamış ancak 18 yaşını da doldurmamış bir engelli varsa, bu engelli kişinin aile yakınları (akrabaları, yani anne-baba, kardeşler, dayı, teyze, enişte hala vb...) söz konusu kişiye fiilen bakım desteğinde bulunuyorsa ve ayrıca destekte bulunan bu yakınları muhtaç olma (ekonomik yönden) koşulunu da taşıyorlarsa, engellinin aile yakınları, yasadan yararlanacaklardır. Fiilen bakan kişi (aile yakını) ile bakılan kişinin (engellinin) aynı evde ikamet etmesi de, şarttır.

Ancak, kişinin kendisinin 2022 sayılı Yasadan "65 yaş aylığı" veya "%40 ila %69 oranlarında engelinin bulunması sebebiyle engelli aylığı" alması, evde fiilen bakımını üstleneceği 18 yaşın altındaki bir engelli yakını bulunması durumunda, engelliye fiilen bakana da ayrıca "18 yaş altı engelli yakını aylığı" bağlanmasına bir mani oluşturmayacaktır.

B) Kimsesiz Olmak

Esas itibarıyla, kimsesiz olmak, "kişinin kendisine Türk Medeni Kanunu uyarınca bakmakla yükümlü bir aile yakınının (nafaka yükümlüsünün) bulunmaması"dır.

4721 sayılı "Türk Medeni Kanunu"nun¹⁴ 364'üncü maddesi gereğince, "Herkes, yardım etmediği takdirde yoksulluğa düşecek olan üstsoyu ve altsoyu ile kardeşlerine nafaka vermekle yükümlüdür. Kardeşlerin nafaka yükümlülükleri, refah içinde bulunmalarına bağlıdır".

Yani, refah içerisinde olup olmadıklarının tespitine göre, kardeşler arasında da (bakım halinde kendisinin yoksulluğa düşmemesi şartıyla) yükümlülük vardır. Örneğin, "anne-babalar çocuklarını", "çocuklar anne-babalarını" ve "refah durumu çerçes-

vesinde, kardeşler, birbirlerini" bakmakla yükümlüdür. Bu kişiler yoksulluğa, bedensel-ruhsal yetersizliğe düşen aile bireylerinin barınma, yeme, giyinme, ulaşım vb. ihtiyaçlarını karşılamakla yükümlüdür. Türk Medeni Kanunu'nun m.328/1'nci ve 2'inci fıkralarında "Ana ve babanın bakım borcu, çocuğun ergin olmasına kadar devam eder". "Çocuk ergin olduğu halde eğitimi devam ediyorsa, ana ve baba durum ve koşullara göre kendilerinden beklenebilecek ölçüde olmak üzere, eğitim sona erinceye kadar çocuğa bakmakla yükümlüdürler" hükümleri yer almaktadır. Aynı yasanın 11'inci maddesine göre de, "Erginlik onsekiz yaşını doldurmasıyla başlar". O halde, çocuklar, kural olarak 18 yaşına kadar; eğitimleri sürüyor ise (örneğin lisans, yüksek lisans gibi) o yaştan sonra da, eğitimleri süresince anne-babası tarafından bakılmakla yükümlüdür.

2022 sayılı Yasa da, nafaka yükümlüsünü "4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 364 üncü maddesinde ifade edilen altsoy, üstsoy ve refah durumlarına göre kardeşler" olarak belirtmiştir. Ancak, 2022 sayılı Yasanın başlığında "kimsesiz" kelimesi geçmekteyse de, yasa sadece bu şekilde Türk Medeni Kanunu'na göre birbirini bakmakla yükümlü olma ilişkisi içerisinde olmayanları (yani nafaka yükümlüsü olmayanları) yasa başlığında geçen "kimsesiz" deyimini içerisinde değerlendirmekle yetinmemiştir.

Bunun da ötesinde, 2022 sayılı Yasadan yararlanmak isteyen kişinin yukarıda sayılan şekilde nafaka yükümlüsü bir veya birden fazla yakını bulursa (yani, kimsesiz olmasa) dahi, onlardan toplamda (örneğin babasından ayda 300 TL, kardeşinden de ayda 175 TL=toplam 475 TL nafaka almak gibi) 2022 sayılı Yasadaki -aşağıda belirteceğimiz- "483,64 TL tutarındaki muhtaçlık sınırına eşit veya ondan daha fazla miktarda bir nafaka almakta olmayanlar" veya "dava açsa bile, bu niceliklerde bir nafaka tutarı alması mümkün olmayanlar" da, yasaya göre "kimsesiz" sayılmakta ve 2022 sayılı Yasadan yararlanma olanakları doğabilmektedir (2022 sayılı Yasa m.1; 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşları ile Engelli ve Muhtaç Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Yönetmelik m.2, 7).

14 Resmi Gazete: 8.12.2001, No.24607.

Ancak, 2022 sayılı Yasa, Türk Medeni Kanunu'na göre bakma yükümlüsü olmayan kişinin, başka kurumlarca veya kişilerce fiilen bakılması halinde, onları kendiliğinden yasanın dışına çıkarmıştır. Bunlar, "kamu veya özel kurum ve kuruluşlarda işe ve ibateleri dahil olmak üzere sürekli bakımı yapılan veya yaptırılanlar" ile "malları ve gelirleri devredilerek bir sözleşmeyle gerçek veya tüzel kişilerce kendilerine bakılanlar"dır (65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşları ile Engelli ve Muhtaç Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Yönetmelik m.7/e ve f).

Örneğin, ana-babası, kardeşleri hayatta olmasa da, bir çocuğun Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumunda sürekli bakılıyor olması, onun 2022 sayılı Yasadan yararlanmasını engelleyecektir. Yaşlı bir kişinin kamu veya özel huzurevinde sürekli bakılıyor olması da, aynı olumsuz sonucu getirmektedir. Yönetmelikteki "...sürekli bakımı yapılan veya yaptırılanlar..." ifadesinin mefhum-u muhalifinden, "geçici bakılıyor olmanın, yasadan yararlanmayı engellemediği" anlamı çıkmaktadır.

C) Muhtaç Olmak

Sözlük anlamıyla muhtaç, "ihtiyaç sahibi" ve "yoksul" anlamlarına gelmektedir¹⁵. 2022 sayılı Yasa halen "muhtaç" ibaresini kullanmaktayken, 2828 sayılı Yasa metninde geçen "muhtaç" ibaresi, 2014 yılında 6518 sayılı Yasayla¹⁶ yapılan bir değişiklikle, isabetli olarak "ihtiyacı olan" şeklinde değiştirilmiştir.

Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konseyi'nin bir tanımına göre, genel ifadesiyle muhtaçlık "Fırsat ve seçeneklerin reddi; insan haysiyetinin ihlalidir. Topluma etkin biçimde katılmaya yönelik temel kapasite eksikliğidir. Bir ailenin beslenmesini ve giyinmesini yeterince sağlayamamak; gidecek bir okulu veya sağlık kuruluşu olmamak; kendi yiyeceğini üreteceği bir toprağa veya hayatını kazanmak için

bir işe sahip olmamaktır. Bireylerin, hane halklarının ve toplumların güvensizliği, güçsüzlüğü ve dışlanması" anlamına gelmektedir¹⁷.

2022 sayılı Yasanın tanımına göre muhtaç ise; "Kişi başına düşen ortalama aylık gelir tutarı, asgari ücretin aylık net tutarının 1/3'ünden fazla olmayanlar ile aynı tutardan fazla gelir sağlaması mümkün olmayan kimseler" şeklinde ifade edilmiştir.

2022 sayılı Yasa anlamında bir şart olarak "muhtaçlık", ekonomik anlamda parasal bir sınırı ifade etmektedir. Ekonomik anlamıyla muhtaçlık, genel kabul görebilecek bir tanıma göre: "Bir ailenin gelirinin, her ülke yönetimince farklı şekilde belirlenen bir eşik (baraj) değerinin altında kalmasıdır". Bu eşik değeri hesaplanırken, bireyler değil, aile esas alınır ve ailedeki tüm bireylerin sayısına göre ayarlanır. Günde 1 Amerikan dolarından daha az gelire sahip olmak, aşırı yoksulluğun uluslararası standardı sayılmaktadır¹⁸. Ekonomik anlamda muhtaç olmanın kriterleri, 2022 sayılı Yasada ve "65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşları ile Engelli ve Muhtaç Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Yönetmelik"-de gösterilmiştir.

Ancak yasada 14.4.2016 tarihli ve 6704 sayılı Yasayla¹⁹ yapılan değişikliğe dek, muhtaçlığın tespitindeki parasal sınırın hesabında dikkate alınan kriter, "hane halkının tümünün gelir toplamının ortalama hesaplanması" üzerine kuruluydu²⁰.

15 KANAR, Mehmet, Türkçe-Osmanlı Türkçesi Sözlüğü, İstanbul 2011, s.315.

16 Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (Resmi Gazete: 19.2.2014, No.28918).

17 Bkz. The United Nations, System Chief Executives Board For Coordination-CEB. "Statement of commitment of the Administrative Committee on Coordination for action to eradicate poverty" (www.unsceb.org/CEBPublicFiles/press/9818151e.pdf) (Erişim : 5.1.2018)

18 The United Nations Educational, Scientific And Cultural Organization-UNESCO (www.unesco.org/new/en/social-and-human-sciences/themes/international-migration/glossary/poverty) (Erişim: 5.1.2018)

19 Bkz. 6704 sayılı "65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" (Resmi Gazete : 26.4.2016, No.29695).

20 2022 sayılı Yasanın 1'inci maddesinin 2'nci fıkrası, 6704 sayılı Yasayla değişikliği öncesi şöyleydi: "Birinci fıkra kapsamına girenlerden, her ne nam altında olsun kendisine ve eşine ait her türlü gelirler toplamı esas alınmak suretiyle, kişi başına düşen ortalama aylık gelir tutarı asgari ücretin aylık net tutarının 1/3'ünden fazla olanlar ile aynı tutardan fazla gelir sağlaması mümkün olan kim-

Nisan 2016 değişikliğiyle birlikte sadece 65 yaş aylığı almak isteyenlere münhasıran, hanede yaşayan herkesin toplam gelirinin ortalaması yaklaşımı terk edilerek; evliyse, "yalnızca kendisinin ve eşinin ortalama aylık geliri" dikkate alınacaktır. Yani örneğin evde karı-koca (eşler) ve 2 çocuk yaşıyorsa, 65 yaş aylığı için başvuran kadın ya da erkeğin muhtaçlığı belirlenirken, çocukların elde ettiği kazanç/gelir varsa bile, evdekilerin ortalama aylık geliri hesaplanırken, onların hariç tutulacaktır. Bu durum daha avantajlı görünmektedir.

Fakat bu yeni değişiklikle getirilen düzenlemeyle, 65 yaş aylığı almaktayken, daha sonrasında "%70 ve üzeri engelliliği oluşması" nedeniyle engelli aylığına başvuranların muhtaçlığının tespitinde, ortalama aylık gelir hesaplanırken, bu kez -sadece varsa eşinin ve kendisinin değil- "tüm hane halkının gelirlerinin toplamı" dikkate alınarak muhtaçlık sınırı hesaplanacaktır.

Değindiğimiz "ortalama aylık gelir"le karşılaştırılacak olan "muhtaçlığın parasal sınırı" ise, yasaya göre şöyle belirlenecektir : "Kişi başına düşen ortalama aylık gelir tutarı asgari ücretin aylık net tutarının 1/3'ünden fazla olanlar ile aynı tutardan fazla gelir sağlaması mümkün olan kimseler, muhtaç kabul edilemez ve kendilerine aylık bağlanamaz" (2022 sayılı Yasa m.1/fıkra 2)²¹.

Bu tanıma göre:

Net asgari ücret 1.1.2018-31.12.2018 arası 1450,91 TL olduğundan²², 2022 sayılı Yasa bakımından 31.12.2018'e

seler muhtaç kabul edilemez ve kendilerine aylık bağlanamaz".

21 2017 Mart ayında Türkiye Büyük Millet Meclisine bir ana muhalefet partisi milletvekilince verilen kanun teklifinde (Teklifin metni için bkz. www.tbmm.gov.tr/d26/2/2-1661.pdf), yaşlılık veya engellilik aylıklarına hak kazanmada aranan muhtaçlık sınırının "tamamen kaldırılması" önerilmektedir. Halen ilgili komisyonda bekleyen bu teklifin gerçekleşme olasılığı, kanımızca çok düşük görünmektedir. Onun yerine, sınırı düşüren veya aylık hesabına esas göstergeleri arttıran bir teklifin verilmesi daha uygun olurdu.

22 2022 sayılı Yasa m.1/fıkra 2'de "...asgari ücretin aylık net tutarının 1/3'ünden fazla olanlar ile aynı tutardan fazla gelir sağlaması mümkün olan kimseler, muhtaç kabul edilemez..." ifadesi yer aldığından, muhtaçlık sınırı hesabında, işverenlerin sigortalılara ödemek zorunda olduğu ve bekar ya da evli olup da eşi çalışan-çalışmayan, çocuklu olup olmamasına göre değişen ve işçiye ayrıca ek olarak ödenen 'Asgari Geçim İndirimi' tutarları eklenmemiş

kadar muhtaçlık sınırı: $1450,91/3= 483,64^{23}$ TL'dir.

2022 sayılı Yasa açısından aylığa hak kazanma durumları uygun olanların "muhtaçlığı", esas itibarıyla bir "Puanlama Formülü" ile belirlenecektir (Yönetmelik m.7) .

Ancak bu formül henüz yürürlüğe girmediği için, Yönetmeliğin 7'inci maddesinde belirtilen Puanlama Formülü uygulamaya geçinceye kadar, "muhtaçlık", gelir, servet ve harcamalar esas alınarak, "65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşları ile Engelli ve Muhtaç Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Yönetmelik" in geçici 1'inci maddesinde sayılan şu kriterlere göre belirlenecektir²⁴ (Yönetmelik geçici 1'inci madde):

- *Tespit/beyan edilen aylık net maaş, ücret, nafaka, yevmiye ve diğer gelirlerin yıllık tutarının aylık ortalaması,*
- *Hanenin ikamet ettiği konut haricinde diğer konutları için (takdir edilen/beyan edilen) rayiç bedelinin 240'ta biri ve (takdir edilen/beyan edilen) kira getirisinin toplamı,*
- *İkamet edilen konut haricindeki konut için kira geliri elde edilmiyorsa veya kira geliri beyan edilmiyorsa konutun rayiç bedelinin 120'de biri,*
- *Dükkanlar için rayiç bedelin 240'ta biri ve (takdir edilen/beyan edilen) kira getirisinin toplamı,*
- *Dükkan için kira geliri elde edilmiyorsa veya*

olan asgari ücret dikkate alınmaktadır. Veriler için bkz. www.csgeb.gov.tr/home/Contents/Istatistikler/Asgari-Ucret (Erişim : 5.1.2018). Asgari Geçim İndirimi hesabı hakkında bkz. 265 Seri No.lu Gelir Vergisi Genel Tebliği (Resmi Gazete: 4.11.2007, No.26720).

23 1450,91'in 1/3'ü olan 483,6366666666667 TL'nin kuruşları yuvarlanırsa 483,64 TL olmaktadır. Yuvarlama işlemlerinde usul hakkında bkz. 5083 sayılı "Türkiye Cumhuriyeti Devletinin Para Birimi Hakkında Kanun" (Resmi Gazete: 31.1.2004, No.25363) m.2; Maliye Bakanlığı'nın aylık ve ücretlere ilişkin yeni Türk Lirası işlemleri hakkındaki 158 Seri No.lu "Devlet Memurları Kanunu Genel Tebliği" (Resmi Gazete: 12.11.2004, No.25641).

24 Bkz. "65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşları ile Engelli ve Muhtaç Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Yönetmelik". Bunlar ortalaması alınmak yoluyla, 2022 sayılı Yasanın muhtaçlık sınırının altında olup olmadığı belirlenecektir.

kira geliri beyan edilmiyorsa dükkânın rayiç bedelinin 120'de biri,

- Hanenin arazi, tarla ve benzeri için rayiç bedelin 240'ta biri ve (takdir edilen/beyan edilen) aylık (zirai/ticari/kira ve benzerleri) gelirinin toplamı,
- Hanenin binek aracı için aracın kasko/rayiç bedelinin 120'de biri,
- Hanenin ticari/zirai amaçlı aracı için aracın kasko bedelinin 120'de biri, kasko bedelinin belirlenmemesi halinde ise rayiç bedelinin 120'de biri ile bu araçların (takdir/beyan edilen) aylık (zirai/ticari/kira ve benzerleri) gelirinin toplamı,
- Hanenin büyük ve küçükbaş hayvanları için il/ ilçe gıda tarım ve hayvancılık müdürlüklerinden temin edilen yıllık getiri miktarının aylık tutarı,
- Hanenin tespit/beyan edilen banka mevduatları için aylık faiz getirisinin iki kat tutarı,
- 2022 sayılı Yasa gereğince bağlanan aylıklar hariç olmak kaydıyla, 2828 sayılı "Sosyal Hizmetler Kanunu'nun Ek 7 nci maddesi gereğince yapılan evde bakım ödemeleri dahil, sürekli ve düzenli olarak alınan şartlı eğitim yardımı, şartlı sağlık yardımı, eşi vefat etmiş kadınlara yönelik yardım, burs, harçlık gibi nakdî olarak verilmekte olan sosyal yardımların aylık ortalaması,
- Aynı hanede ikamet etmemesine rağmen nafaka yükümlüleri tarafından sağlanan destek tutarı,
- Tarımsal destek geliri tutarı,
- Uzun vadeli sigorta kolları açısından zorunlu olarak sigortalı olmayı gerektirecek şekilde çalışanların gelirleri,
- Diğer gelirlerin toplamının aylık ortalaması

alınmak yoluyla, bulunan miktarın 2022 sayılı Yasanın muhtaçlık sınırının altında olup olmadığı saptanacaktır.

İlerleyen zamanlarda ise, aynı yönetmelikte yer verilen bir "Puanlama Formülü" uygulamaya geçirilecektir. Bir kimsenin 2022 sayılı Yasaya göre

muhtaç olup olmadığı bu esaslar çerçevesinde, o kişinin ikamet ettiği yerdeki Sosyal Yardımlaşma Vakıfları tarafından belirlenecektir.

Kişinin Kendisinin 2022 sayılı Yasadan Yaşlılık (65 Yaş Aylığı) veya Engelli Aylığından Yararlanmasını Engelleyen (Başvurusunun Reddini Gerektiren) Olumsuz Durumlar:

2022 sayılı Yasaya göre hak sahibi olmak için kendi adına başvuranın:

- Kural olarak sosyal güvenlik kuruluşlarının herhangi birisinden (daha doğrusu Sosyal Güvenlik Kurumundan) her ne ad altında olursa olsun (yetim, dul, yaşlılık aylığı, işgöremezlik geliri gibi) bir gelir veya aylık hakından yararlanmaması,
- Uzun vadeli sigorta kolları açısından zorunlu olarak sigortalı olunması gereken bir işte çalışmaması,
- 5510 sayılı "Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 60'ıncı maddesinin 1'nci fıkrasının (g) bendi kapsamında genel sağlık sigortalısı sayılmaması (Provizyon sorgusu sonucu kapsamı 60/g olarak görülmemesi),
- Muhtaçlık sınırına eşit veya üzerinde nafaka bağlanmamış yahut nafaka bağlanması mümkün olmaması,
- Muhtaçlık sınırına eşit veya üzerinde, mahkeme kararıyla veya bir mevzuat gereği bağlanmış devamlı bir geliri bulunmaması,
- Herhangi bir şekilde muhtaçlık sınırına eşit veya üzerinde devamlı gelir sağlamaması ya da sağlamanın mümkün olmaması, zorunludur.

Ancak bu durumlar, 2022 sayılı Yasadan yararlanmak için muhtaçlık sınırının tespitinde, "başvuruda bulunanla birlikte aynı evde yaşayan diğer kişilerin" de hane halkının toplam ortalama gelirinin hesabında dikkate alınmaktadır.

O halde,

1- Kural olarak zorunlu sigortalı olarak çalışanlar(aktif sigortalılar), Sosyal Güvenlik Kurumundan herhangi bir aylık/gelir alanlar(pasif sigortalılar) ile isteğe bağlı sigortalılar, 2022 sayılı Yasadan yarar-

lanamazlar. Bu durumdakiler dışında kalanlardan ise, istisna olarak şunlar 2022 sayılı Yasa kapsamına girmektedir²⁵:

- Kısa vadeli sigorta kollarına tabi çalışanların (çıraklar, stajyerler, hapishanelerdeki tutuklular, iş-Kur meslek edindirme kurslarına katılanlar) bu çalışmaları, 2022 sayılı Yasadan yararlanmalarını doğrudan engellemez. Bunların gelir durumunun, 2022 sayılı Yasadaki muhtaçlık sınırıyla karşılaştırılarak bir sonuca varılması gerekir. Buna karşın uzun vadeli sigortalara tabi çalışanlar, yasadan yararlanamazlar.
- Yetim aylığı alanlardan, yetim çocukların aldığı aylıklar da 2022den yararlanmalarını engellemez. Ana-babanın aldığı yetim aylığı veya dul aylığı ise, engeller. Ancak çocuklara yalnızca yetim aylığının 2022 sayılı Yasadaki muhtaçlık sınırının altında kalan kısmı, yani farkı, yetim aylığını ödeyen Sosyal Güvenlik Kurumunca ödenir.

2- Sosyal güvenlik kurumundan bağlanan aylık/geliri ya da aktif sigortalılığı olmasa da, başka tür gelir bağlanmış olanlar veya kira, faiz gibi başka gelirleri olanların bu gelirleri toplamı 2022 sayılı Yasadaki muhtaçlık sınırına eşit veya üzerinde olanlar da 2022 sayılı Yasadan yararlanamaz. Üzerinde veya eşiti olmayıp, altında olanlar için ise, aradaki fark kadar ödeme almak için 2022 sayılı Yasadan yararlanma hakları vardır. Örneğin, sosyal tazmin veya yardım mevzuatı gereğince kendilerine sürekli gelir bağlananlar; sosyal hizmetler ve çocuk esirgeme kurumundan ya da kamu/özel huzurevi, rehabilitasyon merkezi gibi bakım kuruluşlarından sürekli hizmet alanlar, sosyal yardımlaşma ve dayanışmayı teşvik vakıflarının, sosyal hizmet kuruluşlarının para, gıda, giyim, yakacak gibi yardım ve hizmetlerinden sürekli olarak yararlanan kişiler 2022 sayılı Yasadan yararlanamayacaktır. Fakat sürekli değil de geçici olarak yararlananlar varsa, bunların muhtaçlık durumları ortadan kalkmadığı

25 Bkz. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı, Sosyal Yardımlar Genel Müdürlüğü, 2022 Yaşlı Ve Engelli Aylıkları Kılavuzu, Ankara 2013, s.8.

sürece, o kimselerin 2022 sayılı Yasadan yararlanması da mümkün olacaktır. Yani, 2022 sayılı Yasaya göre muhtaçlık sınırının altında gelir elde ediyorsa, muhtaç sayılacaktır.

Ancak 2828 sayılı "Sosyal Hizmetler Kanunu"nda (ek 7'inci maddede), bu hollere bir istisna da vardır. Huzurevleri ile Bakım ve Rehabilitasyon Merkezlerinde ücretsiz bakım hakkını kazanan yaşlılar ile engellilere, 2828 sayılı Yasa ve ilgili Yönetmeliği²⁶ gereği her ay (miktarı her yıl Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu²⁷ ile belirlenecek miktar üzerinden ve hiçbir kesinti yapılmaksızın) net bir harçlık ödenmektedir²⁸. Örneğin yaşlılar için 2018 harçlık tutarı 1620 gösterge rakamının, geçerli memur maaş aylık katsayısı²⁹ olan 0,108550 rakamıyla çarpımıyla bulunan 175,85 TL'dir. 20.2.2014 tarihinde 6525 sayılı "Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"³⁰ ile 2022 sayılı Yasada yapılan değişiklik sonucu getirilen yeni düzenleme³¹ uyarınca, 2828 sayılı Yasadaki bu harçlığı almakta olanlar, Sosyal Hizmetler Kurumunca geçici olarak bakılıyor olsalar dahi, artık

26 Sosyal Hizmet Kuruluşlarında Bakımı Sağlanan Engelli ve Yaşlı Bireylere Harçlık Ödenmesine İlişkin Yönetmelik (Resmî Gazete : 31.1.2015 tarih, No.29253).

27 7066 sayılı 2018 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu (Resmî Gazete: 31.12.2017, No. 30287-Mükerrer Sayı)

28 7066 sayılı 2018 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu'nun "Ek Ders, Konferans ve Fazla Çalışma Ücretleri İle Diğer Ücret Ödemelerinin Tutarları Hakkındaki K Cetvelinin" IV. Bölümünün 19' uncu maddesine göre : "2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu'nun ek 11 inci maddesi kapsamında yapılacak harçlık ödemesi; yaşlılara (1.620), 6-12 yaş arası engellilere (649), 13-18 yaş arası engellilere (973), 18 yaş ve üzeri engellilere (1.297) gösterge rakamının memur aylık katsayısı ile çarpımı sonucu bulunacak tutar esas alınmak suretiyle yapılır. Eğitim kurumlarına devam eden engellilere verilecek harçlık tutarının belirlenmesinde, (1.620) gösterge rakamını geçmemek üzere bulunduğu yaş grubunun gösterge rakamının iki katı esas alınır".

29 1.1.2018-30.6.2018 arası memur maaş katsayısı 0,108550'dir. Bkz. Maliye Bakanlığı'nın "Mali ve Sosyal Haklar" konulu, 4.1.2018 tarihli, 2 Sıra No.lu Genelgesi:www.bumko.gov.tr/Eklenti/10987,2018ocakmasgenelgepdf.pdf?0&_tag1=47C5B1AF4E624A4B-792015B507EBEE48BAD474 (Erişim : 5.1.2018).

30 Resmî Gazete: 27.2.2014, No.28926.

31 2022 sayılı Yasanın 2'nci maddesinin 3'üncü fıkrasına, 6525 sayılı Yasanın 11'inci maddesiyle eklenen son cümledeki bu hüküm aynen şöyledir: "...24/5/1983 tarihli ve 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu hükümlerine göre harçlık ödenenler de muhtaç olarak kabul edilemez ve kendilerine bu Kanun hükümlerine göre aylık bağlanamaz."

2022 sayılı Yasa açısından muhtaçlık sınırında olup olmadıklarına bakılmaksızın, 2022 sayılı Yasadan yararlanamazlar (2022 sayılı Yasa m.2/3).

3-Eşi Vefat Etmiş Kadınlara Yönelik Nakit Sosyal Yardımı Programından faydalanan vatandaşların 2022 sayılı Yasadan yararlanma durumu da farklılık göstermektedir. 2011'de kurulan ve Aile ve Sosyal Politikalar bakanlığına bağlı Sosyal Yardımlar Genel Müdürlüğü, 3294 sayılı "Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu" kapsamında oluşturulan fondaki gelirlerden harcanmak üzere, çeşitli projeler hazırlayıp uygulamaktadır. Bunlardan biri de "Dul Maaşı" adıyla bilinen proje kapsamında, "Eşi Vefat Etmiş Kadınlara Yönelik Nakit Aylıklar"dır. Bu aylıklar, yalnızca "3294 sayılı Yasa anlamında muhtaçlık kriterini taşıyan (yani sosyal yardımlaşma vakfının "hane halkı içinde, kişi başına düşen aylık ortalama geliri" esas alarak yaptığı gelir tespiti sonucu, muhtaçlığı tespit edilen)" + "resmi nikahı olan kadınlardan, eşi vefat edenlere" bağlanmaktadır.

2022 sayılı Yasadan farklı olarak, *yaş sınırı* veya Türk Medeni Kanunu'nun 364 ve devamı maddelerinde ifade edilen *nafaka yükümlülüğü* şartı da aranmamaktadır. Maaş, aylık 250 TL olup, ödenme zamanı, 2 ayda bir toplam 500 TL şeklindedir³².

Dolayısıyla "dul maaşı" olarak da anılan bu ödeme, 5510 sayılı Yasa çerçevesindeki bir pasif sigortalılık ilişkisinden doğmamaktadır. 5510 sayılı Yasa m.32 vd. kapsamında, eşi ölen kadına Sosyal Güvenlik Kurumunca bağlanan "Ölüm Aylığı" (kadına bağlanana, halk arasındaki adıyla, "Dul Aylığı") ile karıştırılabilen Dul Maaşının ödemesini, Sosyal Güvenlik Kurumu yapmamaktadır. Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarınca ödenmektedir. O nedenle, kural olarak 2022 sayılı Yasanın genel şartı olan "sosyal güvenlik kurumundan her ne ad altında olursa olsun gelir/aylık almamak" şartına uyulmaktadır. Ancak yine de, 2022 sayılı Yasadan yararlanamama şu durumda ortaya çıkabilir:

32 Proje hakkında bkz. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı, Sosyal Yardımlar Genel Müdürlüğü, Düzenli Merkezi Yardımlara İlişkin Uygulama Kılavuzu, Ankara 2014, s.14 vd.; Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı, Sosyal Yardımlar Genel Müdürlüğü'nün 16.2.2012 tarihli Genelgesi.

65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşları ile Engelli ve Muhtaç Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Yönetmelik geçici m.1/12 uyarınca; eşi vefat etmiş kadınlara yönelik 250 TL'lik, yardım (yani dul maaşı), onu alan kişinin hane halkı gelirleri toplamı ortalamasına katılmak zorundadır. Katıldığı zaman, toplam hane halkı gelirleri ortalaması şu anda 2022 sayılı Yasadaki muhtaçlık sınırının, yani 31.12.2018'e kadar olan 483,64 TL'nin altında kalırsa, dul maaşı almakta olan kişinin 2022 sayılı Yasadan yararlanması mümkün olabilecektir. Üzerinde olursa, o takdirde 2022 sayılı Yasadan yararlanamayacaktır.

Dul maaşıyla ilgili 2022 sayılı Yasadan yararlanmayı engelleyen bir diğer durum şudur: Daha önce 2022 sayılı Yasadan aylık almakta olan yaşlıların veya bazı engellilerin eşleri vefat etmişse, bunların Bakanlık projesindeki Dul Maaşından yararlanabilmeleri için, "2022 sayılı Yasadan bağlanan aylıklarından feragat etmeleri" şartı aranmaktadır.

Ayrıca, dul maaşı bağlananların 3294 sayılı Yasa çerçevesinde her yılda bir, yeniden gelir testi yaptırmaları da zorunludur. Bunun için, kişinin yaşadığı yere vakıf müteveli heyeti ziyarette bulunacaktır. Kişi için muhtaçlık kararı verilerse, dul maaşı bağlanacaktır³³.

Dul maaşının alınmasını engelleyen son bir durum da, 1983 tarihli ve 2828 sayılı "Sosyal Hizmetler Kanunu" ek madde 7 ve ayrıca bu maddenin uygulanması için çıkarılan 2006 Tarihli "Bakıma Muhtaç Özürlülerin Tesbiti ve Bakım Hizmeti Esaslarının Belirlenmesine İlişkin Yönetmelik"³⁴ şartları çerçevesinde "bakıma muhtaç ağır özür (engelli)" kişilerin bakımıyla ilgilenenlere ödenen "Bakım Hizmeti Ücreti"dir. Aylık olarak ödenen bu ücret ve

33 Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı, Sosyal Yardımlar Genel Müdürlüğü, 2022 Yaşlı Ve Engelli Aylıkları Kılavuzu, s.3; Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı, Sosyal Yardımlar Genel Müdürlüğü, Düzenli Merkezi Yardımlara İlişkin Uygulama Kılavuzu, s.41; Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı, Sosyal Yardımlar Genel Müdürlüğü 21.3.2012 tarihli, 2012/10 sayılı Genelgesi.

34 Resmi Gazete: 30.7.2006, No.26244. 2828 sayılı Yasada "engelli" kelimesi kullanılmaktayken, bu yönetmelikte ise, ne yazık ki halen "özür" kelimesi kullanılmaktadır.

şartları, 2022 sayılı Yasadaki "Engelli Aylığı"yla karı-şabilmektedir.

Bakım Hizmeti Ücreti, 2828 sayılı Yasa kapsamında uygulanmaktadır ve Sosyal Hizmetler Müdürlükleri tarafından, bakım hizmetini yürütenlere ödenmektedir. "Bakıma muhtaç özürlü" deyimi, 2013 tarihli "Özürlülük Ölçütü, Sınıflandırması ve Özürlülere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmelik m.4/a uyarınca, "Ağır özürlü" yani, "Özür durumuna göre özür oranı %50 ve üzerinde olduğu tespit edilenlerden günlük yaşam aktivitelerini başkalarının yardımı olmaksızın yerine getiremeyeceğine özürlü sağlık kurulu tarafından karar verilen kişileri" ifade etmektedir. Bakıma muhtaç özürünün bakımı, rehabilitasyon merkezlerinde, özel bakım merkezlerinde veya akrabası³⁵ ya da bakıcı personel tarafından ikametgahında da sağlanabilmektedir. Bakıma muhtaç özürliye, akrabanın bakım hizmeti vermesi halinde, bakıma muhtaç özürlü ile akrabanın aynı adreste ikamet etmesi şarttır. Ayrıca, bakım aylığının(ücretinin) alınabilmesi için, muhtaçlık bakımından aranan şartlardan biri, evde akrabalarınca bakımı sağlanan "bakıma muhtaç engellinin bulunduğu hane-deki tüm yaşayanların kişi başına düşen gelirinin, asgari ücretin net aylık tutarının 2/3 ünü (yani 31.12.2018'e kadar $1450,91 \times 2/3 = 967,28^{36}$ TL'yi) aşmaması"dır (2828 sayılı Yasa ek m.7; Bakıma Muhtaç Özürülülerin Tesbiti ve Bakım Hizmeti Esaslarının Belirlenmesine İlişkin Yönetmelik m.11 vd). Aksi halde, evde bakım hizmeti ücretinden yararlanılmaz. Bakım Hizmeti Ücreti, 10.000 gösterge rakamı

35 2828 sayılı Yasanın bu düzenlemesi anlamında akraba, "üveyler dahil olmak üzere bakıma muhtaç özürünün; eşi, çocukları ile çocuklarının eşleri, ana ve babası ile bunların ana ve babası, torunları ile torunlarının eşleri, kardeşleri ile kardeşlerinin eşleri, kardeşlerinin çocukları ile kardeş çocuklarının eşleri, eşinin ana ve babası, eşinin kardeşleri, eşinin kardeşlerinin eşleri ile çocukları, amcaları ve amcalarının eşleri, amca çocukları ile bunların eşleri, halaları ile halalarının eşleri, hala çocukları ile bunların eşleri, dayıları ve dayılarının eşleri, dayı çocukları ile bunların eşleri, teyzeleri ve teyzelerinin eşleri, teyze çocukları ile bunların eşlerinden her birini" ifade etmektedir (Bakıma Muhtaç Özürülülerin Tesbiti ve Bakım Hizmeti Esaslarının Belirlenmesine İlişkin Yönetmelik m.4/1-a).

36 1450,91 TL'nin 1/3'ü 483,6366666666667 TL'dir. Bu rakam yuvarlanırsa 483,64 TL eder. Bunun da 2 katı 967,28 TL'dir.

ile memur aylık katsayısının çarpımından oluşacak tutar kadar aylık sosyal yardım şeklinde olup³⁷, 1.1.2018-30.6.2018 arasında geçerli memur maaş katsayısı olan 0,108550x10000 gösterge rakamı karşılığında, aylık 1085,50 TL'dir. 2022 sayılı Yasa açısından muhtaçlık sınırının tespitinde, var ise, 1085,50 TL tutarındaki evde bakım hizmeti ücreti de, hane geliri hesaplanırken, hane halkının ortalama gelir hesabına katılacaktır³⁸.

D) Türk Vatandaşı Olmak

2009 tarihli ve 5901 sayılı "Türk Vatandaşlığı Kanunu"³⁹ m.3/1ç'ye göre; Türk vatandaşı, "Türkiye Cumhuriyeti Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan kişiyi" ifade eder.

Türk vatandaşı olmayanlar, 2022 sayılı Yasadan yararlanamazlar (2022 sayılı Yasa m.1 ve 2). Türk vatandaşlığı, doğumla veya sonradan kazanılır. Doğumla kazanılan Türk vatandaşlığı, soy bağı veya doğum yeri esasına göre kendiliğinden kazanılır.

Türkiye içinde veya dışında Türk vatandaşı ana veya babadan evlilik birliği içinde doğan çocuk Türk vatandaşıdır. Türk vatandaşı ana ve yabancı babadan evlilik birliği dışında doğan çocuk Türk vatandaşıdır. Türk vatandaşı baba ve yabancı anadan evlilik birliği dışında doğan çocuk ise soy bağı kurulmasını sağlayan usul ve esasların yerine getirilmesi halinde Türk vatandaşlığını kazanır. Türkiye'de doğan ve yabancı ana ve babasından dolayı doğumla herhangi bir ülkenin vatandaşlığını kazanamayan çocuk, doğumdan itibaren Türk vatandaşıdır. Türkiye'de bulunmuş çocuk aksi sabit olmadıkça Türkiye'de doğmuş sayılır.

Sonradan kazanılan Türk vatandaşlığı, yetkili makam kararı veya evlat edinilme ya da seçme hakkının kullanılması ile gerçekleşir(5901 sayılı Yasa m.1-9). Bir Türk vatandaşı ile evlenme doğrudan Türk vatandaşlığını kazandırmaz. Ancak bir Türk vatandaşı ile en az üç yıldan beri evli olan ve

37 Bkz. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı, Sosyal Yardımlar Genel Müdürlüğü'nün 25.7.2014 tarihli Genelgesi: www.aile.gov.tr/data/53fe0b5b369dc3053ccd54d5/81_il_valiligi.pdf (Erişim: 5.1.2018).

38 "65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Gücsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşları ile Engelli ve Muhtaç Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Yönetmelik" geçici m.1/12.

39 Resmi Gazete: 12.6.2009, No.27256.

evliliği devam eden yabancılar Türk vatandaşlığını kazanmak üzere başvuruda bulunabilir(5901 sayılı Yasa m.16).

Türk vatandaşlığı, "Çıkma", "Bakanlar Kurulu kararı ile kaybettirilme", "Türk vatandaşlığının iptali" ve "Seçme hakkı" yollarıyla kaybedilebilir (5901 sayılı Yasa m.23 vd.)

Türk vatandaşlığının ispatı herhangi bir şekle tabi değildir. Nüfus kayıtları, nüfus cüzdanları, pasaport veya pasaport yerine geçen belgeler, aksi sabit oluncaya kadar ilgilinin Türk vatandaşı olduğuna karine teşkil eder. Bir kişinin Türk vatandaşı olup olmadığı konusunda herhangi bir tereddüde düşüldüğü takdirde bu husus İçişleri Bakanlığı'ndan sorulur(5901 sayılı Yasa m. 36/1).

Türk vatandaşı iken yararlanmaya başlayanların, vatandaşlıktan çıkarılması(vatandaşlığın kaybettirilmesi veya iptali) halinde 2022 sayılı Yasadan yararlanmaları son bulur. Çok vatandaşlık, yani Türk vatandaşının aynı anda birden çok vatandaşlığa sahip olması halinde de, 2022 sayılı Yasadan yararlanabilir. Ancak, Türk vatandaşlığı korunmaksızın yabancı vatandaşlığa girilmesi, 2022 sayılı Yasadan yararlanmayı engeller (65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşları ile Engelli ve Muhtaç Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Yönetmelik m.11/2-d).

Aşağıda belirtilen eylemlerde buldukları resmi makamlarca tespit edilen kişilerin Türk vatandaşlığı, Bakanlığın teklifi ve Bakanlar Kurulu kararı ile kaybettirilebilir (5901 sayılı Yasa m.29):

- *Yabancı bir devletin, Türkiye'nin menfaatlerine uymayan herhangi bir hizmetinde bulunup da bu görevi bırakmaları kendilerine yurt dışında dış temsilcilikler, yurt içinde ise mülki idare amirleri tarafından bildirilmesine rağmen, üç aydan az olmamak üzere verilecek uygun bir süre içerisinde kendi istekleri ile bu görevi bırakmayanlar.*
- *Türkiye ile savaş halinde bulunan bir devletin her türlü hizmetinde Bakanlar Kurulunun izni olmaksızın kendi istekleriyle çalışmaya devam edenler.*
- *İzin almaksızın yabancı bir devlet hizmetinde gönüllü olarak askerlik yapanlar.*

- *2004 tarihli ve 5237 sayılı "Türk Ceza Kanunu"nun 302 nci, 309 uncu, 310 uncu, 311 inci, 312 nci, 313 üncü, 314 üncü ve 315 inci maddelerinde yazılı suçlar nedeniyle hakkında soruşturma veya kovuşturma yürütülen ve yabancı ülkede bulunması nedeniyle kendisine ulaşılamayan vatandaşlar, bu durumun soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısı veya kovuşturma aşamasında mahkeme tarafından öğrenilmesinden itibaren bir ay içinde vatandaşlıklarının kaybettirilmesi amacıyla Bakanlığa bildirilir. Bakanlıkça Resmî Gazetede yapılan yurda dön ilanına rağmen üç ay içinde yurda dönmemeleri halinde, bu kişilerin Türk vatandaşlıkları Bakanlığın teklifi ve Bakanlar Kurulu kararıyla kaybettirilebilir.*

Türk vatandaşlığını kazanma kararı; ilgilinin yalan beyanı veya vatandaşlığı kazanmaya esas teşkil eden önemli hususları gizlemesi sonucunda gerçekleşmiş ise, kararı veren makam tarafından iptal edilir (5901 sayılı Yasa m.31).

E) Başvuruda Bulunmak

2022 sayılı Yasa uyarınca bağlanacak aylıklara ilişkin başvurular, kişilerin adrese dayalı nüfus kayıt sisteminde kayıtlı ikametgahının bulunduğu Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfına yapılacaktır.

Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı, Sosyal Yardımlar Genel Müdürlüğü erişim sayfasında⁴⁰, "Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları, 3294 sayılı Yasanın amacına uygun çalışmalar yapmak ve ihtiyaç sahibi vatandaşlara nakdi ve ayni yardımda bulunmak üzere her il ve ilçede kurulmuştur. Vakıflar, devlet ile yoksul vatandaşlar arasında sosyal yardımların doğrudan ve en kısa sürede vatandaşa ulaştırılması açısından bir köprü görevi görmektedirler. Vakıfların karar organları, Vakıf Mütevelli Heyetidir. İl ve ilçelerdeki tüm yardım programları, bu mütevelli heyetlerinin kararları ile yürürlüğe girmektedir. Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları ile Genel Müdürlük arasında hiyerarşi olmayıp, Vakıflar

⁴⁰ Bkz. www.sosyalyardimlar.gov.tr/sosyal-yardimlasma-ve-dayanisma-vakiflari/sydvlerin-yapisi (Erişim: 5.1.2018).

Özel Hukuk Tüzel Kişiliği şeklinde örgütlenmişlerdir. Muhtaçlık durumunun giderilmesi için hızlı, esnek ve yerel farklılıkları göz önüne alan bir yapıya ihtiyaç duyulduğu için 3294 sayılı Yasanın amacının gerçekleştirilmesinde geleneksel kamu örgütü yapılanmasından farklı bir yöntem izlenmiştir” açıklamalarına yer verilmiştir.

Uyuşmazlık Mahkemesi'nin bir kararına göre⁴¹; bu açıklamalarla, Genel Müdürlük tarafından “vakıfların işlemlerinde özel hukuk hükümlerine tabi olduğu” hususu vurgulanmıştır. Ayrıca 3294 sayılı Yasa ile, bir hizmet alanı kurularak, bunun yürütülmesi görevinin Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Fonu Kurulu'na verildiği, daha sonra 3294 sayılı “Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu”nun uygulanmasını sağlamak üzere Başbakanlığa bağlı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Genel Müdürlüğü'nün kurulduğu; ancak, 633 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile bu genel müdürlüğün, Sosyal Yardımlar Genel Müdürlüğü olarak yeniden düzenlendiği ve Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'na bağlandığı; 31.12.2011 tarihi itibarı ile de Sosyal Yardımlar Genel Müdürlüğü ve bağlı teşkilatın, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'na bağlı olarak faaliyet gösterdiği anlaşılmaktadır.

Yine aynı Uyuşmazlık Mahkemesi kararında, “Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfının Mütevelli heyetini teşkil eden kişilerin büyük çoğunluğunun, yasa koyucu tarafından belli kamu görevlileri olarak saptanmış olmasının, Medeni Kanun (ve kimi yönlerden Vakıflar Kanunu) hükümlerine göre tescil edilen ve faaliyetleri bakımından özel hukuk hükümlerine tabi olan bu vakıfları, kamu tüzel kişisi haline getirmeyeceğinin açık olduğu; bu belirlemenin doğal sonucu olarak anılan vakıfların mütevelli heyetlerince alınan kararların da birer idari işlem kabul edilebilmesine imkan bulunmadığı; bu durumda, 3294 sayılı Yasanın 7. Maddesi kapsamındaki vakıf mütevelli heyeti kararlarının, 3294 sayılı Yasa gereğince söz konusu vakıfların Medeni Kanun hükümlerine tabi olarak

kurulup faaliyette bulunmalarının öngörülmüş olması nedeni ile kamu gücü kullanılmak suretiyle tesis edilmiş bir idari işlem olarak kabul edilemeyeceği; bunlara karşı açılan davalar bakımından Adli Yargı yerinin görevli olduğu” kabul edilmiştir.

III. Sunulan Yardımlar

Yardımlar, ilgiliye aylık bağlanması ve ücretsiz sağlık hizmeti verilmesi şeklindedir.

A) Aylık Türleri ve Miktarları

Yasadaki koşulları taşıyanlara, belli gösterge ve katsayı çarpımından oluşan tutarda, hayatta buldukları ve şartları taşıdıkları sürece aylık ödenecektir.

1) Yaşlılık Aylığı (65 Yaş Aylığı)

Bu aylık 2022 sayılı Yasada belirtilen gösterge rakamının, memur aylık katsayısı ile çarpımı sonucu bulunan tutardır. Gösterge rakamı 2022 sayılı Yasanın 1nci maddesindeki gösterge rakamını değiştiren 6682 sayılı 2016 Yılı “Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu”⁴² gereğince, (2022 sayılı Yasanın 1'inci maddesinde 2018 yılı “Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu” ile de bir değişiklik yapılmadığı için) 2018 itibarıyla de, halen 2332'dir. Memur maaş katsayısı ise Maliye Bakanlığının daha önce değiştirdiğimiz⁴³ ilgili genelgesine göre, 1.1.2018-30.6.2018 arası 0,108550'dir. O halde, 1.1.2018-30.6.2018 dönemi için 65 yaş aylığı, aylık 2332x0,108550=253,14⁴⁴ TL'ye, %5 ek ödemesi olan 265,80⁴⁵ TL'nin ilavesiyle, 265,80⁴⁶ TL eder. Adı 65 yaş aylığı olsa da, ödemeler üçer aylık yapıldığından, 65 yaş aylığı 1.1.2018-30.6.2018 dönemince, 3 ayda bir toplam 797,40 TL olmaktadır.

2) Engelli Aylığı

a) 65 yaşını doldurmamış ancak 18 yaşını doldurmuş; %70 ve üzeri engelli olanlara bağlanan aylık

65 yaşını doldurmamış ancak 18 yaşını doldur-

41 Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü'nün 14.7.2014 tarihli, 2014/621 Esas ve 2014/728 Karar sayılı kararı (<http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/Karar/Content/436c-71fa-0c6e-4f42-9e64-326b5e77c6be?excludeGerekece=False&wordsOnly=False>) (Erişim: 5.1.2018).

42 Resmi Gazete: 16.3.2016, No.29655-Mükerrer

43 Bkz. dipnot 24

44 253,1386 kuruşlar yuvarlanırsa, 253,14 yapmaktadır.

45 12,657 kuruşlar yuvarlanırsa, 12,66 yapmaktadır.

46 265,797 kuruşlar yuvarlanırsa, 265,80 yapmaktadır.

2022 Sayılı "65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Gücsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun" a Göre Sosyal Yardım Koşulları

2022 SAYILI YASADAN BAĞLANAN AYLIKLARIN MİKTARLARI (1.1.2018-30.6.2018 Dönemi)						
AYLIK TÜRÜ	GÖSTERGE RAKAMI	MEMUR MAAŞ KATSAYISI	GÖSTERGE x KATSAYI	%5 EK ÖDEME	AYLIK TUTAR	3 AYLIK TUTAR
Yaşlılık Aylığı (65 Yaş Aylığı)	2332	0,108550	253,14 TL	12,66 TL	265,80 TL	797,40 TL
65 Yaşını Doldurmamış Ancak 18 Yaşını Doldurmuş; %70 ve Üzeri Engelli Aylığı	5253	0,108550	570,21 TL	28,51 TL	598,72 TL	1796,16 TL
65 Yaşını Doldurmamış Ancak 18 Yaşını Doldurmuş; %40-69 Arası (69 dahil) Engelli Aylığı	3502	0,108550	380,14 TL	19,01 TL	399,15 TL	1197,45 TL
65 Yaşını Doldurmamış ve Fakat 18 Yaşını da Doldurmamış Bir Engelliye Bakan Aile Yakınına Bağlanan Aylık	3502	0,108550	380,14 TL	19,01 TL	399,15 TL	1197,45 TL

muş kişiler, başkasının yardımı olmaksızın hayatını devam ettiremeyecek şekilde engelli ise (yani % 70 ve daha fazla engelliye) ve "kimsesi olmama" koşulu ile "muhtaç olma(ekonomik yönden)" koşulunu taşıyorlarsa, 2018 Yılı "Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu"yla 2022 sayılı Yasanın 2'nci maddesinin 1'inci fıkrası "a" bendinde yer alan 4.860 gösterge rakamının, 1.1.2018-31.12.2018 dönemi için 5253 olarak uygulanması kararlaştırıldığından; 5253 gösterge rakamının 1.1.2018-30.6.2018 dönemi memur aylık katsayısı olan 0,108550 ile çarpımından bulunacak olan 570,21⁴⁷ TL'ye ayrıca bunun %5 zam ilavesi olan 28,51⁴⁸ TL eklenirse, aylık tutar 598,72 TL olmaktadır. Ödemeler üçer aylık yapıldığından, 65 yaşını doldurmamış ancak 18 yaşını doldurmuş %70 ve üzeri engelli olanlara bağlanan aylık 1.1.2018-30.6.2018 dönemince, 3 ayda bir toplam 1796,16 TL olmaktadır.

47 570,21315 TL kuruşlar yuvarlanırsa 570,21 TL olmaktadır.

48 28,5105 TL kuruşlar yuvarlanırsa 28,51 TL olmaktadır.

b) 65 yaşını doldurmamış ancak 18 yaşını doldurmuş; %40-69 arası (69 dahil) engelli olanlara bağlanan aylık

65 yaşını doldurmamış ancak 18 yaşını doldurmuş ve engelli olup da başkasının bakımına muhtaç olmayan (yani %40 ile %69 arası-69 dahil-oranında) engelliler, aşağıda değinilecek olan "kimsesi olmama" koşulu ile "muhtaç olma(ekonomik yönden)" koşulunun yanı sıra, başvuruda bulunmasına rağmen henüz "Türkiye İş Kurumunca herhangi bir işe yerleştirememiş olma" koşulunu da yerine getirmişse, 2018 Yılı "Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu"yla 2022 sayılı Yasanın 2'nci maddesinin 1'inci fıkrası "b" bendinde yer alan 3.240 gösterge rakamının, 1.1.2018-31.12.2018 dönemi için 3502 olarak uygulanması kararlaştırıldığından; 3502 gösterge rakamının 1.1.2018-30.6.2018 dönemi memur aylık katsayısı olan 0,108550 ile çarpımından bulunacak olan 380,14⁴⁹ TL'ye ayrıca bunun %5 zam

49 380,1421 TL kuruşlar yuvarlanırsa 380,14 TL olmaktadır.

ilavesi olan 19,01⁵⁰ TL eklenirse, aylık tutar 399,15 TL olmaktadır. Ödemeler üçer aylık yapıldığından, 65 yaşını doldurmamış ancak 18 yaşını doldurmuş %40-69 arası (69 dahil) engelli olanlara bağlanan aylık 1.1.2018-30.6.2018 dönemince, 3 ayda bir toplam 1197,45 TL olmaktadır.

c) 65 yaşını doldurmamış ve fakat 18 yaşını da doldurmamış bir engelliye bakan aile yakınlarına bağlanan aylık

65 yaşını doldurmamış ve fakat 18 yaşını da doldurmamış bir engelli varsa, bu engelli kişinin aile yakınları(akrabaları, yani anne-baba, kardeşler, dayı, teyze, hala vb...) söz konusu kişiye fiilen bakım desteğinde bulunuyorsa, destekte bulunan bu yakınları muhtaç olma(ekonomik yönden) koşulunu da taşıyorlarsa, 2018 Yılı "Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu"yla 2022 sayılı Yasanın 2'nci maddesinin 2'nci fıkrasında yer alan 3.240 gösterge rakamının, 1.1.2018-31.12.2018 dönemi için 3502 olarak uygulanması kararlaştırıldığından; 3502 gösterge rakamının 1.1.2018-30.6.2018 dönemi memur aylık katsayısı olan 0,108550 ile çarpımından bulunacak olan 380,14⁵¹ TL'ye ayrıca bunun %5 zam ilavesi olan 19,01⁵² TL eklenirse, aylık tutar 399,15 TL olmaktadır. Ödemeler üçer aylık yapıldığından, 65 yaşını doldurmamış ve fakat 18 yaşını da doldurmamış bir engelliye bakan aile yakınlarına bağlanan aylık 1.1.2018-30.6.2018 dönemince, 3 ayda bir toplam 1197,45 TL olmaktadır.

Aylıklar, üçer aylık dönemler halinde (Mart, Haziran, Eylül ve Aralık aylarında) peşin olarak ödenir(65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşları ile Engelli ve Muhtaç Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Yönetmelik m.9/3). Aylıkları, yetim aylığı fark ödemesi dışında, Vakıflar yapar. Engelli olduğunu belgeleyen ve herhangi bir sosyal güvenlik kurumundan yetim olarak aylık veya gelir almakta olan çocuklardan, bu kurumlardan aldıkları aylık veya gelir toplamı tutarları, bu madde gereğince durumlarına göre ödenebilecek tutardan daha az olanlara; aradaki fark tutarı, ilgili sosyal güvenlik kurumu

50 19,007 TL kuruşlar yuvarlanırsa 19,01 TL olmaktadır.

51 380,1421 TL kuruşlar yuvarlanırsa 380,14 TL olmaktadır.

52 19,007 TL kuruşlar yuvarlanırsa 19,01 TL olmaktadır.

tarafından ödenir (2022 sayılı Yasa m.2/son fıkra).

B) Aylıkların Kesilmesi

Yaşlı aylığı ve engelli aylıkları, aşağıdaki hallerde kesilir (65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşları ile Engelli ve Muhtaç Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Yönetmelik m.11/2) :

- Ölüm,
- Feragat,
- 18 yaş altı engelli yakını aylığı alanlar için, engellinin 18 yaşını doldurması,
- 18 yaş altı engelli yakını aylığı alanlar için, bakıcı ile bakılanın aynı hanede ikamet etmediğinin veya aynı hanede ikamet etse dahi fiili bakımın gerçekleşmediğinin ya da aylığın engelli için kullanılmadığının tespit edilmesi,
- Türk vatandaşlığından çıkarılma ya da Türk vatandaşlığı muhafaza edilmeksizin yabancı memleket uyuşuna girilmesi,
- Süreli raporu bulunanlar için rapor süresi dolmasına rağmen yeni raporun bir yıl içinde Vakfa teslim edilmemesi,
- Aylık almakta iken ikametgahını başka Vakfın görev alanına girecek şekilde değiştirenler için bir yıl içinde yeni ikametgahlarındaki Vakfa başvurulmaması,
- Aylığın bir yıl boyunca aralıksız olarak alınmaması,
- 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşları ile Engelli ve Muhtaç Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Yönetmelik m.7/2'nci fıkra a), b), e) ve f) bentlerinde belirtilen sebeplerle veya nafaka almakta olması ya da hane içinde kişi başına düşen gelirin muhtaçlık sınırına eşit veya üzerinde olması sebebiyle aylık bağlanması koşullarının kaybedilmesi,
- Nafaka alabilecek olması ya da muhtaçlık sınırına eşit veya üzerinde hane içinde kişi başına düşen gelir elde edebilecek olması ya da başka sebeplerle muhtaçlık halinin ortadan kalkacağına tespit edilmesi.

Peşin verilen gelir ve aylıklar ise, durum değişikliği (örneğin muhtaçlıktan çıkmak;18'den küçük engellinin 18'i doldurması veya aylık alanın ölümü) halinde, geri alınmaz.

C) Sağlık Yardımı

2022 sayılı Yasadan aylık bağlananlar, 2006 tarihli ve 5510 sayılı "Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu"nun⁵³, "Genel Sağlık Sigortası" kapsamına alınarak, 5510 sayılı Yasanın sağlık sigortası hükümleri çerçevesinde, sağlık hizmetlerinden yararlanırlar (5510 sayılı Yasa m.60/c-3).

IV. Sonuç

Yürürlüğe girdiği 1976 yılından günümüze değin, ekonomik ve bedensel muhtaçlığın azaltılması bakımından önemli bir rol üstlenen 2022 sayılı Yasa, günümüz koşullarında yeterli olmasa da yaşlı ve engelli vatandaşlar için parasal yardım sağlamaktadır. Ancak, geçmişten günümüze, yararlanabilecek kişilerin kapsamı, yaşlılardan başlayarak engelli kişiler ile onlara bakan kişilere doğru isabetli olarak genişletilmişse de, gerek hak kazanma koşulları içerisinde muhtaçlık kriteri bakımından parasal sınırın, tamamen kaldırılması mümkün görünmüyorsa da, en azından başvurular bakımından hak kazanmayı daha kolaylaştırıcı bir seviyeye (örneğin yasadaki mevcut 1/3 oranının daha yukarı çekilerek, muhtaçlık sınırının net asgari ücretin 1/2'sine veya 2/3'üne) yükseltilmesi; gerekse de aylığın hesabına esas gösterge rakamlarının yükseltilmesi, kanımızca yerinde olacaktır.

Muhtaçlık durumunun belirlenmesinde, hane- de yaşayan herkesin toplam gelirinin ortalamasının alınması yaklaşımı da terkedilerek, sadece var- sa eşin geliri hesaba katılmalıdır.

Yasanın ve ilgili Yönetmeliğinin ifadelerinin de, vatandaşların rahatlıkla anlayabileceği sade bir anlatım biçimine dönüştürülmesi, özellikle bu sosyal yardımlardan yararlanmak isteyen yaşlı ve engellilerin karşılaşılabileceği zorluklar düşünüldüğünde, daha da önem kazanmaktadır. Ayrıca, Bakıma Muhtaç Özürlülerin Tesbiti ve Bakım Hiz-

meti Esaslarının Belirlenmesine İlişkin Yönetmelik; 2022 sayılı Yasa Kapsamında Aylık Alan Özürlülere Sağlık Kurulu Raporu Vermeye Yetkili Hastanelerin Belirlenmesi ile Sağlık Raporlarının Alınmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik; Özürlülük Ölçütü, Sınıflandırması ve Özürlülere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmelik'lerde geçen "özürlü" kelimesinin, "engelli" kelimesiyle değiştirilmesi de, doğru olacaktır. Bir diğer göze çarpan husus ise, 2022 sayılı Yasanın ve 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşları ile Engelli ve Muhtaç Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Yönetmelik'in başlığında yer alan "Güçsüz" kelimesinin, metinler içerisinde de geçmeyerek etkisiz (anlamsız) unsur niteliğini taşımasının yanı sıra, 65 yaşını doldurmuş bir vatandaş üzerinde yaşatacağı negatif etkinin de düşünülmesi gerekmektedir. Herhalde artık günümüz yaşam standartlarında hiç kimse, sırf bu yaşa ulaşması nedeniyle, eli ayağı tutmayan, zorla ayakta duran bir kişi (güçsüz) olarak nitelendirilemez.

Bir diğer husus, 2022 sayılı Yasadaki engellilik oranlarının ya da bu cetveldeki kayıp oranlarının, hak kazanma koşullarını zorlaştırdığıdır. Bunların daha makul seviyelere düşürülmesi, sosyal devlet yaklaşımı açısından da uygun olacaktır.

Aylıkların üç ayda bir toptan ödenmesi de, yaşlı ve engellilerin ihtiyaçlarının karşılanmasında güçlük yaşatıcı bir uygulama olabilmektedir. Dolayısıyla, aylıkların ayda bir ödenmesine geçilmesi, kişilerin ihtiyaçlarını gidermelerini kolaylaştıracaktır.

KAYNAKÇA

- Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı, Sosyal Yardımlar Genel Müdürlüğü'nün 25.7.2014 tarihli Genelgesi: www.aile.gov.tr/data/53fe0b5b369dc3053_ccd54d5/81_il_valiligi.pdf (Erişim: 5.1.2018)
- Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı, Sosyal Yardımlar Genel Müdürlüğü: www.sosyalyardimlar.gov.tr/sosyal-yardimlasma-ve-dayanisma-vakiflari/sydvlerin-yapisi (Erişim: 5.1.2018)

53 Resmi Gazete: 16.6.2006, No.26200.

- Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (Resmi Gazete: 19.2.2014, No.28918)
- Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı, Sosyal Yardımlar Genel Müdürlüğü, 2022 Yaşlı ve Engelli Aylıkları Kılavuzu, Ankara 2013
- Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı, Sosyal Yardımlar Genel Müdürlüğü, Düzenli Merkezi Yardımlara İlişkin Uygulama Kılavuzu, Ankara 2014
- Alper, Y. Türk Sosyal Güvenlik Sistemi ve Sosyal Sigortalar Hukuku, Bursa 2015
- Arıcı, K. Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara 2015
- Sağlık Bakanlığı, Bölge Hakem Hastaneler Listesi: <http://dosyamerkez.saglik.gov.tr/Eklenti/11550,bolge-hakem-hastaneler-liste-sipdf.pdf> (Erişim: 5.1.2018).
- Bakıma Muhtaç Özürlülerin Tesbiti ve Bakım Hizmeti Esaslarının Belirlenmesine İlişkin Yönetmelik (Resmi Gazete: 30.7.2006, No.26244)
- Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, www.csgeb.gov.tr/home/Contents/Istatistikler/AsgariUcret (Erişim : 5.1.2018)
- Engelli Sağlık Raporu Vermeye Yetkili Sağlık Kuruluşları Listesi: <http://dosyamerkez.saglik.gov.tr/Eklenti/9864,engelli-saglik-raporu-vermeye-yetkili-saglik-kuruluslari-liste-sipdf.pdf> (Erişim: 5.1.2018)
- Güzel, A./Okur, A. R./Caniklioğlu, N. Sosyal Güvenlik Hukuku, İstanbul 2016
- Kanar, M. Türkçe-Osmanlı Türkçesi Sözlüğü, İstanbul 2011
- Korkusuz, R./Uğur, S. Sosyal Güvenlik Hukuku, Bursa 2013
- Maliye Bakanlığı, 4.1.2018 tarihli, 2 Sıra No.lu Genelgesi: www.bumko.gov.tr/Eklenti/10987,2018ocakmaasgenelgepdf.pdf?0&tag1=47C5B1AF4E624A4AB792015B507E-BEEE48BAD474 (Erişim : 5.1.2018)
- Maliye Bakanlığı, 158 Seri No.lu “Devlet Memurları Kanunu Genel Tebliği” (Resmi Gazete: 12.11.2004, No.25641).
- Özürlülük Ölçütü, Sınıflandırması ve Özürlülere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmelik (Resmi Gazete: 30.3.2013 tarih, No.28603)
- Özürlülük Oranları Cetveli: www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/03/20130330-4-1.rar (Erişim: 5.1.2018)
- Sosyal Hizmet Kuruluşlarında Bakımı Sağlanan Engelli ve Yaşlı Bireylere Harçlık Ödenmesine İlişkin Yönetmelik (Resmi Gazete : 31.1.2015 tarih, No.29253)
- Sözer, A.N. Türkiye’de Sosyal Hukuk, İzmir 1998
- Şakar, M. Sosyal Sigortalar Uygulaması, İstanbul 2014
- The United Nations, System Chief Executives Board For Coordination-CEB. “Statement of Commitment of the Administrative Committee on Coordination for Action to Eradicate Poverty” (www.unsceb.org/CEBPublicFiles/press/9818151e.pdf) (Erişim : 5.1.2018)
- The United Nations Educational, Scientific And Cultural Organization-UNESCO (www.unesco.org/new/en/social-and-human-sciences/themes/international-migration/glossary/poverty) (Erişim: 5.1.2018)
- Tuncay, C./Ekmekçi, Ö. Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, İstanbul 2017
- Uyuşmazlık Mahkemesi, Hukuk Bölümü’nün 14.7.2014 tarihli, 2014/621 Esas ve 2014/728 Karar sayılı kararı: (<http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/Karar/Content/436c71fa-0c6e-4f42-9e64-326b5e77c6be?excludeGereke=False&wordsOnly=False>) (Erişim: 5.1.2018)
- 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşları ile Engelli ve Muhtaç Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Yönetmelik (Resmi Gazete: 25.1.2013, No.28539)

2022 Sayılı "65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun" a Göre Sosyal Yardım Koşulları

- 265 Seri No.lu Gelir Vergisi Genel Tebliği (Resmi Gazete: 4.11.2007, No.26720)
- 2022 sayılı 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun (Resmi Gazete: 10.7.1976, No.15642)
- 2022 sayılı Kanun Kapsamında Aylık Alan Özürlülere Sağlık Kurulu Raporu Vermeye Yetkili Hastanelerin Belirlenmesi ile Sağlık Raporlarının Alınmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik (Resmi Gazete: 3.7.2009 tarih, No.27277)
- 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu (Resmi Gazete: 27.5.1983, No.18059)
- 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu (Resmi Gazete : 14.6.1986, No.19134)
- 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (Resmi Gazete: 8.12.2001, No.24607)
- 5083 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Devletinin Para Birimi Hakkında Kanun (Resmi Gazete: 31.1.2004, No.25363)
- 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu (Resmi Gazete: 16.6.2006, No.26200)
- 5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanun (Resmi Gazete: 7.7.2005, No.25868)
- 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu (Resmi Gazete: 12.6.2009, No.27256)
- 6525 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun (Resmi Gazete: 27.2.2014, No.28926)
- 6682 sayılı 2016 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu (Resmi Gazete: 16.3.2016, No.29655-Mükerrer)
- 6704 sayılı "65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" (Resmi Gazete: 26.4.2016, No.29695)
- 7066 sayılı 2018 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu (Resmi Gazete: 31.12.2017, No. 30287-Mükerrer Sayı)

Doç. Dr. Muhittin ASTARLI*

Makale Gönderim Tarihi: 18 Aralık 2017

Makale Kabul Tarihi: 20 Aralık 2017

7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 4857 Sayılı İş Kanunu'nun İş Güvencesi Hükümlerinde Öngördüğü Değişikliklerin Değerlendirilmesi

Öz

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu 12.10.2017 tarihinde kabul edilmiştir. Yeni Kanun 5521 sayılı Kanunu yürürlükten kaldırmak yanında 4857 sayılı İş Kanunu'nda da değişiklikler yapmaktadır. Bu değişikliklerin en önemlisi iş güvencesi hükümlerine ilişkindir. İşe iade davalarında zorunlu arabuluculuğu dava şartı olarak öngörmek, işe

başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre ücretini dava tarihindeki ücret üzerinden hesaplamak, işe iade davaların istinaf yolunda kesinleşmesi bu değişikliklerin en önemlilerindedir. Bu çalışmada 7036 sayılı Kanunun iş güvencesi sisteminde öngördüğü değişiklikler ve bunların ortaya çıkacağı hukuksal sonuçlar ele alınacaktır.

Anahtar Sözcükler:

Zorunlu arabuluculuk, İş Mahkemeleri Kanunu, iş güvencesi, işe iade davası, istinaf, temyiz.

Analysis of the Amendments Brought by the Labour Courts Act No. 7036 in the Job Security Provisions of Labour Act No. 4857

Abstract

Labour Courts Act No. 7036 has been adopted on 12 October 2017. The new law repeals the old Labour Courts Act No. 5521, and also brings some amendments in Labour Act, particularly on job security provisions such as bringing mandatory mediation, calculating the job security

compensation and unworked period wage by taking into consideration the wage valid at the date of the lawsuit, the finalization of decisions at the appeal court. In this study, the amendments brought by the Labour Courts Act no. 7036 in the job security system and their legal results shall be analysed.

Keywords:

Mandatory mediation, Labour Courts Act, job security, job security lawsuit, appeal, cassation.

*Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı
muhittin@gazi.edu.tr.

Giriş

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu 12.10.2017 tarihinde kabul edilerek 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununu yürürlükten kaldırmıştır. Yeni Kanun iş yargılamasında arabuluculuğu bir dava şartı olarak kabul etmek, İş Hukukuna ilişkin zamanaşım sürelerini kısaltmak, kimi kararlar bakımından temyiz yolunu kapatmak, iş mahkemelerinin görev ve yetkisine ilişkin yeni kurallar belirlemek gibi önemli ve tartışmalı değişiklikler getirmektedir. Kanun usul hukukuna ilişkin değişiklikler yanında maddi hukuka ilişkin de değişiklikler öngörmüştür. İşte bu çalışmanın konusu da 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun, 4857 sayılı İş Kanunu'nun iş güvencesi sisteminde ve buna göre açılacak işe iade davalarında öngördüğü değişikliklerdir.

1- İşe İade Talebiyle Açılacak Davalarda Arabuluculuğa Başvurma Zorunluluğu

İş Mahkemeleri Kanunu'nun iş güvencesi sistemi ile ilgili olarak getirdiği en temel değişiklik, feshin geçersizliğinin tespiti talebiyle açılacak işe iade davalarında dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurma zorunluluğu öngörmesidir. Buna göre, "İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminden tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde işe iade talebiyle, İş Mahkemeleri Kanunu hükümleri uyarınca arabulucuya başvurmak zorundadır".

Kanunda öngörülen bir aylık süre, hak düşürücü süre niteliğindedir. Dolayısıyla bir aylık hak düşürücü süre içerisinde feshin geçersizliği iddiasıyla arabulucuya başvurmamayan işçi, artık işe iade davası açma hakkını kaybeder; işveren tarafından yapılan fesih de geçerli bir feshin hüküm ve sonuçlarını doğurur.

Kanunda işe iade talebiyle açılacak davalarda arabulucuya başvurulmuş olması bir dava şartı olarak düzenlenmiştir (md.3). Buna göre işçi, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılama-

ması halinde, son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren, iki hafta içinde iş mahkemesinde işe iade davası açılabilir.

İşe iade davası açmadan önce arabulucuya başvurulduğunun davacı işçi tarafından belgelenmesi gerekir. Dolayısıyla işçi işe iade davası açarken, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılmadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorundadır (md.3/f.2). Kanuna göre, bu zorunluluğa uyulmaması halinde mahkemece davacıya, son tutanağın bir haftalık kesin süre içinde mahkemeye sunulması gerektiği, aksi takdirde davanın usulden reddedileceği ihtarını içeren davetiye gönderilir. İhtarın gereği yerine getirilmez ise dava dilekçesi karşı tarafa tebliğe çıkarılmaksızın davanın usulden reddine karar verilir. Görüldüğü üzere, Kanunda işe iade davası açmadan önce arabulucuya başvurma zorunluluğu bir dava şartı olarak öngörüldüğünden, arabulucuya başvurulmadan işe iade davası açıldığını tespit eden mahkeme herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verecektir (md.3/f.2).

Bununla birlikte davası, arabulucuya başvurmayla ilişkin dava şartı yokluğu nedeniyle reddedilen işçiye, Kanunun 11. maddesindeki "Arabulucuya başvurmaksızın doğrudan dava açılması sebebiyle davanın usulden reddi hâlinde ret kararı taraflara resen tebliğ edilir. Kesinleşen ret kararının da resen tebliğinden itibaren iki hafta içinde arabulucuya başvurulabilir" hükmü gereğince ek bir süre daha verilmiştir. Bu iki haftalık hak düşürücü süre içerisinde de arabulucuya başvurmamayan işçi, artık işe iade davası açamaz. Ancak burada dikkat edilmesi gereken, bu iki haftalık arabulucuya başvurma süresinden yararlanacak işçinin, bir aylık arabulucuya başvuru süresi içerisinde arabulucuya başvurmadan doğrudan işe iade davası açan işçi olduğudur. Bir aylık zorunlu arabulucuya başvuru süresini herhangi bir başvuru yapmadan geçiren işçi, bu hak düşürücü sürenin dolmasından sonra bir işe iade davası açmışsa, mahkeme davayı reddedecek ancak işçi artık işe iade davası açma hakkını kaybetti-

ğinden Kanunda öngörülen iki haftalık ek süreden faydalanarak arabulucuya başvuramayacaktır.

Bilindiği üzere iş güvencesinden 4857 sayılı Kanunun 18. maddesinde öngörülen koşulları sağlayan işçiler yararlanırlar. İş sözleşmesinin feshinin geçersizliği iddiası ve işe iade talebiyle arabulucuya başvuran işçinin iş güvencesi kapsamında bir işçi olup olmadığı davalı işveren tarafından ileri sürülmemesi halinde arabulucu yargılama yapamayacağından bu konuda bir değerlendirme de yapamaması gerekir. Bu durumda iş güvencesi kapsamında olmamasına rağmen işe iade talebiyle arabulucuya başvuran işçinin arabulucu huzurunda işe başlatılması konusunda anlaşılması mümkün olabilecektir.

2- Zorunlu Arabuluculuğa Başvuru Süresinin Başlangıcı

4857 sayılı Kanunun 20. maddesinde, bir aylık işe iade davası açma süresinin, “feshin bildiriminin tebliği tarihinden” itibaren işleyeceği öngörülmektedir. 7036 sayılı Kanun bu esasta bir değişiklik yapmamaktadır. Oysa İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağında dava açma süresinin, “feshin bildiriminden itibaren” başlayacağı öngörülmüş ve bu değişikliğin gerekçesi şu şekilde açıklanmıştı: “Maddeyle, feshin bildirimine itirazda hak düşürücü sürenin, feshin bildiriminin tebliği tarihi yerine, bildirim tarihi ile başlayacağı kabul edilmektedir. Zira işverenin haklı nedenle derhal feshin hakkını kullandığı durumlarda işveren, bildirim tebliğini yapmak zorunda değildir. Tebliğe gerek olmayan bu durumlarda hak düşürücü süre zaten bildirimden itibaren başlamaktadır. Geçerli nedenle feshin sözlü olarak bildirilmesi ve bu konuda bilahare yazılı olarak bildirim de yapılması halinde hak düşürücü sürenin hangi tarihten itibaren işlemeye başlayacağı noktasında uygulamada bazı tereddütler mevcuttur. Bu kapsamda hak düşürücü sürenin, sözlü bildirim tarihinden veya yazılı olarak bildirim yapıldığı tarihten başlayabileceği noktasında görüşler dile getirilmektedir. Düzenlemeyle hak düşürücü sürenin, Yargıtay’ın istikrar kazanmış içtihatları doğrultusunda sözlü bildirim tarihinden başlatılması tercih edile-

rek bu konudaki tereddütlerin giderilmesi amaçlanmaktadır”.

Görüldüğü üzere Taslak metinde hak düşürücü sürenin başlangıç süresi, feshin bildirildiği tarih olarak kabul edilmişken, Tasarı aşamasında bu değişiklikten vazgeçilmiş ve 4857 sayılı Kanunun mevcut hali korunmuştur. Yargıtay uygulaması ile şekillenen ve Kanunun amir hükmüne rağmen yazılı bildirim yapılmayan haller için eylemler fesih tarihini esas alan Taslaktaki düzenlemenin daha isabetli olduğu söylenebilir. Ancak Kanundaki haliyle de uygulamada Yargıtay fesih yazılı yapılmışsa tebliğ tarihini, sözlü yapılmışsa feshin bildirildiği tarihi esas alarak karar verdiği için, ciddi bir hukuksal sorun ile karşılaşılmamaktadır.

3- Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Bulunduğu Hallerde İşe İade Talebiyle Arabulucuya Başvuru

İş sözleşmesi feshedilen işçinin, bir asıl işveren alt işveren ilişkisi kapsamında asıl işverenin işyerinde çalışan bir işçi olması da ihtimal dahilindedir. Bu durumda uyuşmazlığın işveren tarafında kimlerin yer alacağı, arabuluculuk aşamasının hangi işverenlerle görüleceği tartışma konusu olabilecek niteliktedir. Nitekim bu tartışmaların önüne geçmek isteyen kanun koyucu 7036 sayılı Kanunun 3. maddesinin 15. fıkrasında özel bir hükme yer vermiştir. Bu hükme göre, “Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığı hâlinde işe iade talebiyle arabulucuya başvurulduğunda, anlaşmanın gerçekleştirilmesi için işverenlerin arabuluculuk görüşmelerine birlikte katılmaları ve iradelerinin birbirine uygun olması aranır”. Hükmün Gerekçesinde¹ özetle, alt işverenlik ilişki-

1 “Maddenin onbeşinci fıkrasına göre, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığı halinde işe iade talebiyle arabulucuya başvurulduğunda, anlaşmanın gerçekleştirilmesi için asıl işveren ve alt işverenin arabuluculuk görüşmelerine birlikte katılmaları ve iradelerinin birbirine uygun olması aranmaktadır. Uygulamada alt işverenin çalıştırdığı işçi tarafından işe iade talebiyle açılan davalarda, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin geçersiz olduğunun veya muvazaaya dayandığının belirlenmesine bağlı olarak, da-

sinin geçersizliği veya muvazaalı olması halinde işçinin hak kaybına uğramamasının ve işverenlerin kendileri hakkında karar verilecek bir davada kendi hukuklarını koruyacak açıklamalar yaparak adil yargılanma haklarının korunmasının amaçlandığı belirtilmektedir. Esasen bu düzenlemede Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin işe iade davalarında asıl işveren ve alt işveren arasında şekli mecburi dava arkadaşlığının bulunduğu, dolayısıyla da davanın her iki işverene karşı da açılması gerektiği yönündeki kararlarının² etkisinin olduğu ve bu düzenleme ile Yargıtay 22. Hukuk Dairesi içtihadının kanuni bir dayanak kazandığı söylenebilir. Bununla birlikte Kanunun lafzından anlaşılan, davacı alt işveren işçinin alt işverenlik ilişkisinin geçersizliği veya muvazaalı olduğu yönünde bir iddiası bulunmasa dahi her iki işvereni de hasım olarak göstermesi gerektiğidir; zira kanunda alt işverenlik ilişkisinin geçersiz veya muvazaalı olup olmadığına ilişkin bir ayırım yapılmamıştır.

valının gerçek işveren olmadığı belirlenmesi halinde taraf sıfatı sorunu ortaya çıkmaktadır. Davanın sıfat yokluğu sebebiyle (husumet nedeniyle) reddi durumunda ise işçinin gerçek işverene karşı dava açması gerektiğinden işçi, işe iade davaları için öngörülen bir aylık dava açma süresini kaçırma tehlikesiyle karşı karşıya kalmaktadır. Bu durum işçiyi mağdur etmekte ve bir aylık süre geçmemişse yeni bir dava açılması zorunluluğu da usul ekonomisine aykırı düşmektedir. Öte yandan, 4857 sayılı Kanunun 2 nci maddesinin altıncı ve yedinci fıkralarına göre asıl işveren-alt işveren ilişkisinin geçerli olup olmadığı veya muvazaaya dayanıp dayanmadığı konusunda yapılması gereken yargısal denetim, ilişkin tarafların, yani asıl işveren ve alt işverenin davada yer almalarını, kendi hukuklarını koruyacak açıklamaları yapmalarını ve iddialarıyla ilgili olarak ispat haklarını kullanmalarını zorunlu kılmaktadır. Aksi takdirde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6 ncı maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı ile 6100 sayılı Kanunun 27 nci maddesinde öngörülen hukuki dinlenme hakkına aykırılık gündeme gelebilecektir. Dolayısıyla asıl işveren-alt işveren ilişkisinin söz konusu olduğu durumlarda, işe iade davalarına özgü olarak, davalı taraf yönünden mecburi dava arkadaşlığının var olduğunun kabulü gerekir. Bu sebeple Tasarıda, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığı halinde işe iade talebiyle arabulucuya başvurulduğunda, anlaşmanın gerçekleşebilmesi için işverenlerin arabuluculuk görüşmelerine birlikte katılmaları ve iradelerinin birbirine uygun olması aranmaktadır. Bu düzenleme ile, hem işçi hem de işveren tarafının haklarının ve çıkarlarının daha iyi bir şekilde korunması amaçlanmaktadır.

2 Örneğin bkz. Yarg. 22. HD. 24.01.2017, E.2017/548, K.2017/982.

4-İşe İade Davasının Sonuçlandırma Süresi

7036 sayılı Kanun işe iade davasının görülme süresinde de değişiklik yapmaktadır. Buna göre 4857 sayılı Kanunun 20. maddesinin 3. fıkrası şu şekilde değiştirilmiştir: *"Dava ivedilikle sonuçlandırılır. Mahkemece verilen karar hakkında istinaf yoluna başvurulması halinde, bölge adliye mahkemesi ivedilikle ve kesin olarak karar verir."*

Oysa 4857 sayılı Kanunun 20. maddesinin son fıkrasında, işe iade davasının iki ay içinde sonuçlandırılacağı ve mahkemece verilen kararın temyizi halinde, Yargıtayın bir ay içinde kesin olarak karar vereceği öngörülmüştü. Ancak malum olduğu üzere uygulamada iş mahkemelerinde veya Yargıtayda davaların Kanunda belirtilen sürede karara bağlanması çok nadir bir durumdur. Mahkemelerce yargılamaya ilişkin süreler uyulmamış olmasının işe iade davasında verilen karara bir etkisi de söz konusu değildir. Şu halde yargının iş yükü ve mevcut davaların görülme sürelerine ilişkin istatistik veriler dikkate alındığında gerçekçi olmayan bu yargılama süreleri yerine bu davaların ivedilikle sonuçlandırılmasının öngörülmesi isabetli sayılabilir.

Ancak işe iade davası yargılamasının süresine ilişkin Kanunda öngörülen sürelerin kaldırılmasının, bu davada kararlaştırılacak boşta geçen süre ücretinin miktarı ile ilişkisinin de değerlendirilmesi gerekir. Zira Türk iş güvencesi hukukunda mahkemece feshin geçersizliğine karar verilmesi ve işçinin de kesinleşmiş mahkeme kararının tebliğinden itibaren on işgünü içerisinde başvurması ile birlikte geçersiz fesih hükümsüz hale gelerek iş sözleşmesi hiç feshedilmemiş gibi bir sonuç ortaya çıkar. Bu durumda esasen işverenin geçersiz sayılan fesih ile temerrüde düştüğü kabul edilmelidir. Dolayısıyla da işverenin temerrüde ilişkin hükümler gereği işçiye çalıştırmadığı sürenin ücretini, geçersiz fesih tarihinden işçinin işe başlatılmadığı tarihe kadarki süre itibarıyla ödemesi gerekir. Ancak kanun koyucu, iş güvencesi hükümlerini düzenlerken boşta geçen süre ücretini, 21. mad-

denin üçüncü fıkrasında, *"Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları"* olarak sınırlandırmıştır. Kanun koyucunun boşta geçen süre ücretini dört ayla sınırlandırmasının altında yatan nedenin, boşta geçen süre ücretini işe iade davası açma ve bu davanın yargılama süresi ile ilişkilendirmesinden kaynaklandığı düşünülmektedir³. Zira Kanunda işe iade davası açma süresi bir ay olup, mahkeme davayı iki ay içinde sonuçlandıracak, Yargıtay da bir ay içinde kesin olarak karar verecektir. Yani kanun koyucunun öngörüsü davanın en geç dört ay içinde sonuçlandırılmasıdır. Bu nedenle de boşta geçen süre ücretini dört ay ile sınırlandırmıştır. Nitekim boşta geçen süre ücretinin dört ay ile sınırlandırılmasının Anayasaya aykırılığı iddiası ile yapılan başvuruyu reddeden Anayasa Mahkemesi de *"4857 sayılı Yasa'nın 20. ve 21. maddelerinde yer alan düzenlemeler arasında bütünlük bulunduğu görülmektedir. Yasakoyucu tarafından 20. maddede yargılama süresi olarak öngörülen toplam dört aylık süre, 21. maddenin üçüncü fıkrasında, feshin geçersizliğine karar verilmesi durumunda, kararın kesinleşmesine kadar işçinin çalıştırılmadığı süre için elde edebileceği azami ücret ve diğer hakları belirlemede ölçü olarak kullanılmıştır"* şeklindeki ifadesiyle bu duruma vurgu yapmıştır⁴. Buradan hareketle Anayasa Mahkemesi *"Bu durumda, iş sözleşmesinin feshinin geçersizliğine ilişkin kararın kesinleşmesine kadar işçiye çalıştırılmadığı süre için doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarının en çok dört aylık kısmının ödenmesine ilişkin düzenleme, yargılama aşamasında öngörülen seri muhakeme usulü gözetildiğinde işçi ve işveren arasında olması gereken hak ve yükümlülük dengesinde bir ölçüsüzlüğe yol açmamaktadır"* gerekçesi ile hükmü Anayasaya aykırı bulmamıştır.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere 4857 sayılı Kanununun 20. Maddesinde değişiklik yapılarak yargılamaya ilişkin süreler kaldırılmış, yerine davanın

ivedilikle sonuçlandırılması öngörülmüştür. İşte tartışılması gereken husus da tam bu noktada, boşta geçen süre ücretinin belirlenmesinde ölçüt olarak kullanılan yargılama sürelerinin kaldırılmasının, boşta geçen süre ücreti miktarına ilişkin sınırlandırmaların kaldırılmasını gerektirip gerektirmeyeceğidir. Eğer kanun koyucunun gerçekten iradesi Anayasa Mahkemesinin de belirttiği üzere boşta geçen süre ücretinin miktarını yargılama süresi ile sınırlandırmak ise, değişiklik ile bu sürelerin kaldırılması neticesinde boşta geçen sürenin miktarına ilişkin sınırlandırmanın da kaldırılması gerektiği ileri sürülebilir. Bu durumda iş sözleşmesi geçersiz şekilde feshedilen ve bunun tespiti için işe iade davası açan ve bunu tespit eden işe iade kararının kesinleşmesinden itibaren on işgünü içerisinde işverene başvuran işçinin işe başlatma veya başlatmama tarihine kadar geçen sürenin ücretini talep edebileceği, buna bir sınırlama getirilecekse, bunun da işe iade yargılaması süresi olarak kabul edilmesinin, iş güvencesi hükümlerini düzenleyen kanun koyucunun iradesine ve iş güvencesi sistemine uygun olduğu söylenmelidir. Şu halde kanun koyucunun iş güvencesi hükümlerinde değişiklik yaparken bu hususu da göz önünde bulundurması isabetli olurdu.

5- İşe Başlatmama Tazminatının ve Boşta Geçen Süre Ücretinin Hesaplanması

a- İşe Başlatmama Tazminatı ile Boşta Geçen Süre Ücretinin Parasal Olarak Belirlenmesi ve Bunun İşe İade Hükümünün İcrasına Etkisi

7036 sayılı Kanunla 4857 sayılı Kanununun 21. maddesine yeni bir fıkra eklenerek, iş güvencesi tazminatı ile boşta geçen süre ücretinin ne şekilde belirleneceği düzenlenmiştir. Buna göre, *"Mahkeme veya özel hakem, ikinci fıkrada düzenlenen tazminat ile üçüncü fıkrada düzenlenen ücret ve diğer hakları, dava tarihindeki ücreti esas alarak parasal olarak belirler"*.

3 Centel Tankut, "Anayasa Karşısında Boşta Kalınan Süreye İlişkin Ücreti Sınırlama", Sicil İş hukuku dergisi, S.16, Aralık, 2009, sh.16.

4 Anayasa Mahkemesi, 18.12.2008, E.2005/2, K.2008/181, RG. 07.10.2009, No. 27369.

Öncelikli olarak belirtmelidir ki, işe iade davasının kabulü halinde verilen karar, feshin geçerli olmadığını tespitten ibarettir; bu kararın sonucunda, daha önce kurulan, yürüyen ve fakat işverenin fesih beyanı ile kesintiye uğrayan iş ilişkisinin devam ettiği tespit edilmektedir⁵. İş Kanunu'nun 21. maddesinde de kullanılan "tespit" ifadesi, dava sonunda bir edaya değil, tespite hükmedileceğini göstermektedir. O halde işe iade davası (uygulamada kullanılan adının şeklen çağrıştırdığı anlamı rağmen), bir eda davası değil, bir tespit davası niteliğindedir⁶. Bu davada feshin geçersizliğini tespit eden hakimin işe başlatmama tazminatına ve boşta geçen süre ücretine karar vermesinin bu hükümleri eda hükmü niteliğine dönüştürmediği kabul edilmekteydi. Zaten bu nedenle Yargıtay da davacının talebi olmasa da mahkemenin bu tazminatların ödenmesine karar vermesi ve boşta geçen süre ücreti ile işe başlatmama tazminatının para olarak değil süre olarak belirlenmesi gerektiğine karar vermişti⁷.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere İş Kanunu'nun 21. Maddesinde yapılan değişiklikle iş güvencesi tazminatı ile boşta geçen süre ücretinin, parasal miktar olarak belirleneceği düzenlenmiştir. Hükümün gerekçesinde bu değişiklik şu şekilde açıklanmaktadır: "*Uygulamada işe iade kararı veren mahkeme boşta geçen süreye ilişkin alacak (ücret ve diğer haklar) ile işe başlatmama tazminatını ay esası olarak belirlemektedir. Bunun sonucu olarak işe iade kararına dayanarak işe başlamak isteyen işçinin işe başlatılmaması durumunda kararda ay esası olarak belirlenen alacak ve tazminatın tahsili için ikinci bir dava açması gerekmektedir. Hem işçi bakımından sorunlu olan bu durumun önüne geçmek hem de yargının iş yükünü azaltmak amacıyla mahkemenin belirtilen alacak ve tazminatı parasal olarak belirlenmesi öngörülmekte ve işe başlatılma-*

ma durumunda kararda yazan parasal miktarın tahsili için doğrudan icra takibine geçilebilmesine imkan tanınmaktadır".

Kanunda yapılan değişikliğin amacının boşta geçen süre ücreti ile işe başlatmama tazminatının parasal olarak belirlenmesi ile işe iade kararından sonra bu alacaklar için ilamlı icraya başvurulmasına imkan tanımak olduğu düşünülse de, mevcut değişiklik bu sonucu doğurmaya elverişli görünmemektedir. Kanunun gerekçesinde "*işe başlatılmama durumunda kararda yazan parasal miktarın tahsili için doğrudan icra takibine geçilebilmesine imkan tanınmakta*" olduğu belirtilmesine rağmen bu icra takibinin ilamlı takip mi yoksa ilamsız takip mi olduğu açıkça belirtilmemiştir. Kanaatimce boşta geçen süre ücreti ile işe başlatmama tazminatının parasal olarak belirlenmesi bu alacakların takip yoluyla tahsiline ilişkin sorunları tümten ortadan kaldırmamıştır. Üstelik değişiklikle gelen hükmün ve gerekçenin açık olmamasının işe iade hükmünün icrası konusunda önemli problemler çıkaracağı şimdiden söylenebilir.

Şöyle ki, mahkeme bu ücret alacağı ve tazminatı parasal olarak belirlese dahi, bu alacakların doğumu şarta bağlıdır. Yani işçinin on işgünü içerisinde işverene başvurması halinde işçi boşta geçen süre ücretine hak kazanır, aksi takdirde fesih geçerli olacağından bu ücreti talebi mümkün olmaz. İşe başlatmama tazminatı da, işçinin süresinde başvurmasına rağmen işverenin işçiyi mahkeme kararına rağmen bir ay içerisinde işçiye işe başlatmamış olmasının yaptırımıdır. İşe iade kararında boşta geçen süre ücreti ve işe başlatmama tazminatı parasal olarak belirlendiğinde, işçi mahkeme kararının kesinleşmesini beklemeden ilamlı takip yoluyla işverenden parasal miktarı işe iade kararında yazan boşta geçen süre ücreti ile işe başlatmama tazminatını talep edebilecektir. Zira ilamların icrası için hükmün kesinleşmesine gerek yoktur. Oysa 4857 sayılı Kanunun 21. maddesine göre, "*İşçi kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. İşçi bu süre içinde başvuruda bulunmaz ise, işverence yapılmış olan fesih geçerli bir fesih sayılır ve işveren*

5 Yılmaz Ejder, "İşe İade Davasında Verilen Hükümün İcra Takibine Konulması", Sicil İş Hukuku Dergisi, S.17, Mart 2010, sh.48; Mollamahmutöğlu Hamdi/Astarlı Muhittin/Baysal Ulaş, İş Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2014, sh.1054.

6 Yılmaz, sh.48

7 Örneğin Yarg. 9. HD. 29.07.2004, E.2004/5523, K.2004/19994; Yarg. 22. HD., 04.07.2017, E.2017/35496, K.2017/16048.

sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur". Şu halde henüz işe iade kararı kesinleşmeden ve kesinleşmiş işe iade kararının tebliğinden itibaren işçinin on iş günü içerisinde işverene başvurması söz konusu olmadan ilamlı takip yoluna başvuru yapılabilecektir. Yani işçi henüz boşta geçen süre ücretinin doğmasına ilişkin şart olan işverene başvuru şartı gerçekleştirilmeden bu alacak için ilamlı takip yapılabilecektir. Aynı şekilde işe başlatmama tazminatının doğumu da işçinin başvurusuna rağmen işverenin işe başlatmaması halinde doğacağından, bu alacak için de henüz doğmadan işçi ilamlı takip yoluna başvurabilecektir. Bu alacaklar için ilamlı icra takibi yapılması durumunda, icra müdürünün bu ilamı inceleme, değerlendirme, yorumlama yetkisi yoktur. Onun görevi bu ilama uygun bir icra emri düzenlemek ve borçlu işverene göndermektir. Bu durumda ilamda yazan boşta geçen süre ücreti ile işe başlatmama tazminatlarının doğumu ve muaccel olmasına ilişkin şartların gerçekleştiğinin kim tarafından değerlendirileceği belirsizdir. Yani işveren yapılan ilamlı takibe rağmen, işçinin on iş günü içerisinde kendisine başvurmadığını veya işçiyi işe davet etmesine rağmen işçinin işe başlamadığını ileri sürüyorsa, yani bu alacakların doğumu ve muaccel olması için kanunda öngörülen şartların gerçekleşmediğini iddia ediyorsa, bunu ne zaman ve nerede itiraz konusu yapabileceği tartışmalıdır. Bu kapsamda işverenin bu nedenlerle icra mahkemesine itirazda bulunup bulunamayacağı bulunabileceksin icra mahkemesinin işçinin başvurusu, işverenin daveti veya işçinin işe başlaması konusunda nasıl bir değerlendirme yapacağı problem doğuracak niteliktedir. Şu halde işçinin henüz bu alacaklar doğmadan ve muaccel olmadan işverene karşı ilamlı icra yoluna başvurulması durumunda işveren icra emrinde belirtilen alacakları ödemek zorunda kalacaktır.

Bu itibarla, her ne kadar boşta geçen süre ücreti ile işe başlatmama tazminatı işe iade kararında artık süre olarak değil de parasal miktar olarak belirlense de, hakim kararında bu alacakların kayıtsız şartsız ödenmesine karar vermesi hukuken mümkün değildir. Alacakların parasal olarak belirlenmesi onlara eda hükmü niteliği verse de, boşta geçen

süre ücreti ile işe başlatmama tazminatının doğumunun şarta bağlı olması, bu alacakların ödenmesine ilişkin mahkeme kararının ilamlı icraya konu edilmesine engel oluşturmaktadır⁸. Bu durumda işçi yine feshin geçersizliğinin tespitine ilişkin mahkeme kararında parasal olarak belirtilen ücret ve tazminatı ilamsız icra yolu ile takibe koyabilecek, işverenin itirazı halinde İcra İflas Kanunu'nun 67. maddesi gereğince itirazın iptali davası açacaktır. Dolayısıyla kanun değişikliğinin alacağın icra yoluyla tahsilinde mevcut duruma göre önemli bir değişikliğe neden olmayacağı söylenebilir.

b- İşe Başlatmama Tazminatı ile Boşta Geçen Süre Ücretinin Dava Tarihindeki Ücret Esas Alınarak Belirlenmesi

4857 sayılı Kanunun değişiklikten önceki halinde işe iade kararı veren mahkemenin, geçersiz sayılan fesih tarihinden, kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçinin en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarını ve işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını belirlemesi gerekir. Yargıtay bu hüküm bir tespit hükmü olduğundan, bu ücret ve tazminatın parasal olarak değil süre olarak belirlenmesi kanaatindeydi.

Boşta geçen süre ücreti, iş sözleşmesinin geçersiz şekilde feshedildiği tarihten itibaren geçecek dört aylık sürede doğmuş bulunan ücret ve diğer haklar göz önünde bulundurularak hesaplanmaktadır. Zira işçinin kesinleşen işe iade kararının tebliğinden itibaren on iş günü içerisinde işverene başvurusuyla fesih hükümsüz hale gelmekte ve iş sözleşmesi herhangi bir kesinti söz konusu olmadan aynı koşullarda devam etmektedir. Bu durumda işçi bu dört aylık sürede işveren tarafından çalıştırılıyorsa hangi ücret ve ücret eklerine sahip olacaktıysa bunların belirlenmesi gerekir. Bu durumda işçi bu süre içerisindeki ücret artışlarından da yararlanacaktır.

İşe başlatmama tazminatı ise, işverenin işçinin

8 Kar Bektaş, İş Güvencesi ve Uygulaması, Yetkin Yay., Ankara, 2017, sh.509 vd.

kesinleşmiş mahkeme kararına ve işçinin süresinde başvurmasına rağmen bir ay içinde işe başlatmamasının yaptırımıdır. Dolayısıyla da bu tazminat işveren tarafından işçinin işe başlatılması halinde doğar ve muaccel hale gelir. Bu nedenle işe başlatmama tazminatının işverenin işçiyi işe başlatmayacağını bildirdiği veya bir beyanda bulunmaksızın bir aylık işe başlatma süresini geçirmesi durumunda bu sürenin sona erme tarihindeki ücrete göre hesaplanması gereklidir.

Bununla birlikte 7036 sayılı Kanun bu esaslarda değişiklik yaparak bu alacakların miktarlarının "dava tarihindeki ücret esas alınarak" belirlenmesi gerektiğini öngörmüştür. Aslında bu, boşta geçen süre ücretinin ve işe başlatmama tazminatının parasal olarak belirlenmesinin öngörülmesi karşısında, hesabın yapılması için mahkemeye bir tarih verilmesi zorunluluğunun bir sonucudur.

Ancak dava tarihindeki ücretin esas alınması, mevcut uygulama bakımından işçiler açısından bir geriye gidiştir. Zira bu alacaklar hukuki niteliklerine uygun doğum anlarına göre değil, daha önceki bir tarih esas alınarak hesaplanmaktadır. Boşta geçen süreye ilişkin dört aylık sürede doğacak ücret ve ücret ekleri, bu tarihlerdeki ücret üzerinden değil, dava tarihindeki ücret üzerinden hesaplanacaktır. Bu durumda dört aylık sürede işçinin ücretlerinin artması halinde işçi bu artışlardan yararlandırılmamış olacaktır. Üstelik bu durumda, hüküm sırasında boşta geçen süre ücretini belirleyen mahkemenin dava tarihindeki ücrete göre hesaplama yaparken dört aylık sürede doğmuş ücret eklerini ne şekilde hesaplayacağı muallaktır.

İşe başlatmama tazminatı bakımından da aynı hususlar söz konusudur. Mevcut durumda işe başlatmama tazminatı, işverenin işçiyi işe başlatmaması halinde bu tarihteki ücret üzerinden hesaplanırken, şimdi işçinin dava tarihindeki ücreti üzerinden hesaplama yapılacaktır. Esasen feshin geçersizliğinin işçinin işe başlatılmak üzere işverene başvurmasıyla hükümsüz hale geldiği ve iş sözleşmesinin kesintisiz olarak işverenin yeni bir fesih sayılan işe başlatmama tarihine kadar devam

ettiği kabul edildiğinde işçinin bu süredeki ücret artışlarından yararlanması ve işe başlatmama tazminatının bu ücret üzerinden hesaplanması işin doğal sonucudur. Bu tazminatın hesabında dava tarihinin esas alınması durumunda işçinin bu artışlardan yararlanması mümkün değildir. İşe iade davasının uygulamada ortalama 1,5 yıl sürdüğü göz önüne alındığında, işe başlatılmayan işçiler bakımından tazminatta bir azalmaya neden olacağı açıktır.

Bunun yanında boşta geçen süre ücreti ve işe başlatmama tazminatı dava tarihindeki ücrete göre parasal miktar olarak belirlense de, bu uygulama işe iade davasının yeni davalar üretmesine tek başına engel oluşturmayacaktır. İşçinin işe iade kararının kesinleşmesinden sonra süresinde işverene başvurup başvurmadığı, işveren tarafından süresinde ve hukuka uygun bir işe başlatmanın söz konusu olup olmadığının tartışma konusu olması halinde bunun tespiti yine iş mahkemesi tarafından yapılacaktır. Hatta bu tespit davasında arabuluculuğa başvurulmasının zorunlu olup olmadığı ayrı bir tartışma konusudur.

Ayrıca boşta geçen süre ücreti ile işe başlatmama tazminatının dava tarihindeki ücret üzerinden hesaplanacak olması, işçinin işe başlatılmaması halinde fark kıdem tazminatı için dava açmasına da engel oluşturmaz. Yani iş sözleşmesi geçersiz fesih ile sona erdirilen ve kendisine bu tarihte kıdem tazminatı ödenen işçi, feshin geçersizliğinin tespiti ve işçinin usulüne uygun başvurusuna rağmen işveren tarafından işe başlatılmaması halinde, önceki fesih geçersiz olduğundan ve işe başlatmama yeni bir fesih sayıldığından işçinin kıdemine bu tarihe ve bu tarihteki ücrete göre hesaplanması gerekir. Şu halde boşta geçen süre ücreti ve işe başlatmama tazminatının hesabı için esas alınan dava tarihi, kıdem tazminatının hesabı bakımından dikkate alınamaz. Dolayısıyla Kanunda öngörülen değişiklik, işe iade davasının yeni davalar üretmesine engel oluşturmamaktadır.

Üstelik bu düzenleme işe iade yargılamasının uzamasına da neden olacaktır. Zira boşta geçen süre ücretini ve işe başlatmama tazminatını "dava

tarihindeki" ücret üzerinden hesaplayacak mahkemenin, işçinin dava tarihindeki ücretini araştırması gerekecektir. Taraflar arasında ücretin miktarı konusunda uyuşmazlık varsa, mahkeme ücret araştırması yaparak, davacı işçinin fesih tarihindeki gerçek ücretini bulacak ve ardından bu ücrette dava tarihine kadar bir artışın olup olmadığını belirleyecektir. Zira 7036 sayılı Kanun gereği işçi fesih bildirimini tebliğinden itibaren bir ay içerisinde arabulucuya başvurmak zorunda olup, md.3/f.10 hükmü gereğince arabulucu, yapılan başvuruyu görevlendirildiği tarihten itibaren üç hafta içinde sonuçlandırır; bu süre zorunlu hâllerde arabulucu tarafından en fazla bir hafta uzatılabilir. 4857 sayılı Kanunun 20. maddesinin 1. fıkrasına göre ise "Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamaması hâlinde, son tutağın düzenlendiği tarihten itibaren, iki hafta içinde iş mahkemesinde dava açılabilir". Şu halde fesih bildirimini tebliği ile dava tarihi arasına 10 haftalık bir sürenin girmesi imkan dahilindedir. Dolayısıyla işe iade kararı verecek hakim taraflar arasında uyuşmazlık söz konusu ise önce fesih tarihindeki son ücreti, sonra da sözleşme feshedilmeseydi işçinin ücretinin dava tarihinde ne düzeyde olduğunu araştırmak zorunda kalacaktır. Bunun da işe iade davasının süresini uzatacağı aşikârdır.

6- İşe Başlatmama Tazminatının ve Boşta Geçen Süre Ücretinin Dava Tarihindeki Ücret Üzerinden Parasal Olarak Belirlenmesinin Sendikal Fesih İddiasıyla Açılacak İşe İade Davalarına Etkisi

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun md.25/f.5 hükmüne göre, "Sendikal bir nedenle iş sözleşmesinin feshi hâlinde işçi, 4857 sayılı Kanunun (...), 20 ve 21 inci madde hükümlerine göre dava açma hakkına sahiptir. İş sözleşmesinin sendikal

nedenle feshedildiğinin tespit edilmesi hâlinde, 4857 sayılı Kanunun 21 inci maddesine göre işçinin başvurusu, işverenin işe başlatması veya başlatmaması şartına bağlı olmaksızın sendikal tazminata karar verilir. Ancak işçinin işe başlatılmaması hâlinde, ayrıca 4857 sayılı Kanunun 21 inci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen tazminata hükmedilmez".

Görüldüğü üzere, sendikal fesih iddiası ile açılan işe iade davasında mahkeme feshin sendikal nedenle yapıldığına karar verirse, feshin geçersizliğinin tespitine, işçinin başvurusu halinde dört aya kadar geçen boşta geçen süre ücretine ve işçinin başvurusu, işverenin işe başlatması veya başlatmaması şartına bağlı olmaksızın sendikal tazminata karar verecektir.

Mahkemenin feshin geçersizliğine ilişkin tespit kararında yer alan sendikal tazminat hükmü, boşta geçen süre ücreti veya işe başlatmama tazminatından farklı olarak herhangi bir şarta bağlı değildir. Zira kanun koyucu sendikal fesih iddiasıyla açılan işe iade davasında sendikal tazminatı, feshin sendikal nedenle yapılmış olmasının bir yaptırımı olarak öngörmüştür; dolayısıyla da bu tazminatın işçinin işe başlatılmak için işverene başvurup başvurmadığı veya işveren tarafından işe başlatılmış olup olmaması ile bir ilişkisi yoktur. Nitekim bu husus kanunda da açıkça belirtilmiştir.

Şu halde 7036 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikte boşta geçen süre ücreti ile işe başlatmama tazminatını parasal olarak belirleyecek olan mahkemenin, sendikal tazminatı da parasal olarak belirlemesi gerekir. Sendikal tazminat herhangi bir şarta bağlı olmadığından, işe iade kararında parasal olarak belirlenmesi halinde bir miktar paranın ödenmesine ilişkin bir eda hükmü olarak ilamlı icraya konu olacaktır. Dolayısıyla 6356 sayılı Kanun yürürlüğünden sonra dahi sendikal tazminatın para olarak değil süre olarak belirlenmesine ilişkin yargı içtihadının⁹ 7036 sayılı Kanundan sonra değiştirilmesi icap eder¹⁰.

9 Örneğin, Yarg. 22. HD. 22.05.2017, E.2017/31098, K.2017/11750; Yarg. 9. HD. 23.05.2017, E.2017/20935, K.2017/8721.

10 Kar, sh.512.

7- Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Tarafların Anlaşması Halinde Hukuksal Durum

a- Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Tarafların İşçinin İşe Başlatılması Konusunda Anlaşmaları

4857 sayılı Kanunun 21. maddesine yapılan ekleme ile iş güvencesi kapsamındaki işçinin feshin geçersizliği iddiası ile ortaya çıkan uyuşmazlığa ilişkin arabuluculuk faaliyeti neticesinde tarafların işçinin işe başlatılması konusunda anlaşmaları halinde hangi konularda anlaşmış olmalarının zorunlu olduğu belirlenmiştir.

Eklenen fıkra hükmüne göre, *"Arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların, işçinin işe başlatılması konusunda anlaşmaları halinde;*

a) İşe başlatma tarihini,

b) Üçüncü fıkrada düzenlenen ücret ve diğer hakların parasal miktarını,

c) İşçinin işe başlatılmaması durumunda ikinci fıkrada düzenlenen tazminatın parasal miktarını,

belirlemeleri zorunludur. Aksi takdirde anlaşma sağlanamamış sayılır ve son tutanak buna göre düzenlenir".

Kanun koyucu bu fıkrada, tarafların arabulucu huzurunda işçinin işe başlatılması konusunda anlaşmaları ihtimalini düzenlemektedir. Tarafların işçinin işe başlatılması konusunda anlaşması, uyuşmazlık konusu olan işveren feshinin geçersiz olduğunun, hüküm ve sonuç doğurmayacağı ve dolayısıyla da iş sözleşmesinin devam ettiğinin kabul edilmesi anlamına gelir. Esasen bu, bozucu yenilik doğuran bir hak olan fesih hakkına ilişkin bildirim, tarafların ortak iradeleri ile geri alınması işlemidir. Kural olarak fesih bildiriminden dönmek, bu hal yenilik doğuran bir niteliğe sahip olduğu için mümkün değildir. Ancak İş Hukukunda işverenin fesihten tek tarafı olarak dönemeyeceği ancak tarafların aralarında anlaşarak bildirilmiş bir feshin

hüküm ve sonuç doğurmayacağı konusunda anlaşmalarının mümkün olduğu kabul edilmektedir.

Yeni düzenleme gereğince, tarafların işçinin işe başlatılması konusunda anlaşmaları halinde öncelikle işçinin işe başlatma tarihini belirlemeleri gerekecektir. Ancak burada sorun, işe başlatma tarihinin belirlenmesi konusunda tarafları bağlayan bir kuralın bulunup bulunmadığıdır. Zira hükümde sadece işe başlatma tarihini belirlemeleri zorunluluğundan bahsedilmiş, başkaca bir sınırlama getirilmemiştir. Yani acaba taraflar işe başlatma tarihini belirlemek konusunda serbest midir? Örneğin işçinin bir yıl sonra işe başlatmasını kararlaştırırlarsa, bu tür bir kararlaştırma geçerlilik taşıyacak mıdır? Eğer hükmün lafzına bağlı kalınırsa, tarafların işe başlatma tarihini belirlemek konusunda serbest oldukları söylenebilir. Ancak bu hem iş güvencesi sistemi ile uyumlu olmaz, hem işverene işletme risklerini işçi üzerinde bırakmaya imkan verir. Dolayısıyla hükmün kendisinden önce gelen hükümlerle birlikte değerlendirilmesi gerekli olup, kanaatimce, tarafların işe başlama tarihini belirlemeleri, İş Kanunu'nun 21. maddesinin birinci fıkrası hükmü göz önüne alındığında, arabuluculuk anlaşmasına varılmasından itibaren geçecek bir aylık süre içerisinde kalmak kaydıyla mümkün olabilir.

Arabuluculuk faaliyeti neticesinde işe başlatma konusunda anlaşan tarafların arabuluculuk anlaşmasında İş Kanunu'nun 21. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenen boşta geçen süreye ilişkin ücret ve diğer hakların parasal miktarı ve işçinin işe başlatılmaması durumunda ikinci fıkrada düzenlenen işe başlatmama tazminatının parasal miktarını da belirlemeleri gerekecektir.

Kanunun Taslak metinde yer alan ve 21. maddenin 6. fıkrasına *"Arabulucu huzurunda anlaşmaya varılması hali saklı kalmak kaydıyla"* ibaresini ekleyen hüküm Tasarı'da da Kanun metninde de yer almamaktadır. Oysa Taslaktaki bu hükümle işe iadenin parasal sonuçlarını mutlak emredici olarak düzenleyen 21. maddenin 6. fıkra hükmüne *"Arabulucu huzurunda anlaşmaya varılması hali saklı kalmak kaydıyla"* ibaresi eklenmek suretiyle, tarafların işçi lehine olmak kaydıyla arabulucu-

luk anlaşmasında boшта geçen süre ücretini veya işe başlatmama tazminatını artırmalarına ve aynı zamanda işe başlatmamaya farklı tazminat yaptırımları öngörülmesine imkan tanınmış idi. Kanaatimce bu hükmün Kanun metninde de yer alması gerekirdi. Zira feshin geçersizliği ve işçinin işe başlatılması konusunda anlaşan tarafların, işe başlatmamanın sonuçlarını işçi lehine olmak kaydıyla farklı bir şekilde düzenlemelerine, bu yaptırımları artırmalarına imkan tanınması isabetlidir. Esasen İş Kanunu'nun md.21/son hükmünde yer alan ve sözleşmelerle 21. maddenin ilk üç fıkrasında değişiklik yapma imkanını sınırlayan hükmün tümden kaldırılması ve iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi veya arabuluculuk anlaşması ile işe başlatmamanın sonuçlarının işçi lehine olmak kaydıyla taraflarca serbest bir şekilde düzenleyebilmelerine imkan tanınması gerekir. Zira bu imkan, işverenin fesih hakkının sınırlandırılması kapsamında, işvereni geçersiz fesihten ve aynı zamanda işe başlatmamaktan caydırmaya imkan tanıyan hukuksal bir araçtır.

Kanuna göre tarafların arabulucu huzurunda anlaşmaları halinde artık işçinin işverene on işgünü içerisinde başvurması ve işverenin işe başlatılmak üzere işçiyi işe davet etmesi gibi koşullar aramaksızın işverenin belirlenen tarihte işçiyi işe başlatması gerekecektir.

Arabuluculuk anlaşmasında kararlaştırılmasına rağmen işçiyi işe başlatmayan işveren anlaşmada belirlenmiş boшта geçen süre ücretini ve işe başlatmama tazminatını ödemekle yükümlü olacaktır.

b- Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Tarafların İşçinin İşe Başlatılmaması Konusunda Anlaşmaları

Kanunda arabuluculuk faaliyeti sonucunda tarafların işçinin işe başlatılması konusunda anlaşmaları hali düzenlenmiştir. Oysa arabuluculuk aşamasında taraflar işçinin işe başlatılması yanında başlatılmaması konusunda da anlaşabilirler. Ancak Kanunda işçinin işe başlatılmaması konusunda anlaşmalarına ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır.

Esasen tarafların arabulucu aşamasında işçinin

işe başlatılmaması konusunda anlaşmaları iki türlü olabilir. Birincisi feshin geçerliliğinin işçi tarafından kabul edilmesidir. Bu durumda taraflar sadece feshin geçerliliği konusunda anlaşabilecekleri gibi geçerli feshin sonuçları konusunda da anlaşabilirler. Yani taraflar feshin geçerli olduğu ve geçerli feshin karşılığı olarak işverenin işçiyi kararlaştırılan miktarda feshe bağlı tazminatları (örneğin kıdem tazminatı, ihbar tazminatı gibi) veya işçilik alacaklarını (kullanılmayan yıllık izin ücreti, fazla çalışma ücreti gibi) ödeyeceği kararlaştırmaları mümkündür. Bunu yanında işveren tarafından yapılan feshin geçerliliği konusunda uyuşmazlık içinde bulunan taraflar, işveren feshini ortadan kaldırarak, iş sözleşmesinin esasen tarafların anlaşması ile sona erdirildiğini de kararlaştırabilirler. Bu sözleşme, sulh niteliğinde bir ikale olarak nitelenebilir¹¹. Bu halde iş sözleşmesi işveren feshi ile değil ikale ile sona ermiş olur ve taraflar sona eren iş sözleşmesinin sonuçlarını serbestçe düzenleyebilirler. Bu sözleşme arabulucu huzurunda çoğunlukla taraf vekillerinin katılımıyla yapılacağından irade sakatlığı nedeniyle sulh niteliğindeki ikalenin iptali ihtimali azalacaktır.

8- İşçinin Arabuluculuk Anlaşmasında Kararlaştırılan Tarihte İşe Başlamamasının Hukuksal Sonucu

Bilindiği üzere iş güvencesi sistemimiz feshin geçersizliğinin tespiti sonucunda işçinin işe başlatılması esasına dayanmaktadır. Yani mahkemenin feshin geçersizliğine ilişkin kararının kesinleşmesinden itibaren işçinin on işgünü içerisinde işverene başvurması halinde geçersizliğine hükmedilen fesih hükümsüz hale gelerek hukuk hayatından kalkmakta ve iş sözleşmesi hiç feshedilmemişçesine aynen devam etmektedir. Bu halde işverenin devam eden iş sözleşmesine rağmen işçiyi çalış-

¹¹ Sulh niteliğindeki ikaleye ilişkin açıklamalar için bkz. Astarlı Muhittin, İş Hukukunda İkale, Turhan Kitabevi, 2. Baskı, Ankara 2016, sh.136 vd.

tırmaması temerrüt olarak ve işverenin işçiyi başvurusu üzerine bir ay içerisinde işe başlatmaması ise yeni bir fesih olarak değerlendirilmelidir¹². Bu teorik çerçeve içerisinde geçersiz fesih nedeniyle işçinin başvurusu üzerine işverenin işe başlatmak istemesine yani işe davet etmesine rağmen işe başlamaması ise işçinin iş sözleşmesini feshi olarak değerlendirilmelidir. Ancak iş güvencesi sisteminin yürürlüğe girdiği yıllarda bu yönde kararlar veren Yargıtay ilerleyen yıllarda, iş güvencesi sisteminin teorik çerçevesine uygun olmasa da işçiyi koruma amacıyla işçinin işe başlamamasının sonucunu feshin geçerli hale gelmesi olarak nitelmiştir. İşte bu görüşe paralel olarak Kanunda da, tarafların arabuluculuk faaliyeti neticesinde işçinin işe başlatılması konusunda anlaşmalarına rağmen işçinin kararlaştırılan tarihte işe başlamamasını işçinin istifası olarak değerlendirmemiş, bu durumun feshi geçerli hale getireceğini öngörülmüştür. Bu düzenleme her ne kadar 4857 sayılı İş Kanununda öngörülen iş güvencesi sistemine uygun olmasa da işçinin korunması anlamında kabul edilebilir bir çözümdür.

9- İşe İade Kararının İstinaf Kanun Yolunda Kesinleşmesi, Temyizin Mümkün Olmaması

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 8. maddesine göre, "4857 sayılı Kanunun 20 nci maddesi uyarınca açılan fesih bildirimine itiraz davalarında verilen kararlar" hakkında temyiz yoluna başvurulamaz.

Gerekçeye göre "Düzenleme ile, 6100 sayılı Kanundaki genel düzenleme yanında, iş hukukunun temel prensipleri dikkate alınarak daha kısa sürede kesinleşmesinde yarar umulan dava türlerinin de bölge adliye mahkemelerinde kesinleşmesi öngörülmekte ve bu şekilde bir yandan da Yargıtayın iş yükünün hafifletilmesi amaçlanmaktadır".

Bir koruma hukuku olarak şekillenen İş Hukukunun amacı, sürekli bir şekilde değişen ve gelişen

endüstri ilişkilerinin yarattığı yeni problemlere günün koşullarına ve iş hukukunun amacına uygun çözümler üretmektir. Zira İş Hukuku dinamik bir hukuk dalı olup, iş hukukunun, önceden belirlenmiş ve değişkenlik göstermeyen bazı kalıp, kavram ve kurumlar içinde değerlendirilmesi mümkün değildir¹³. Çalışma hayatının bu sürekli şekilde değişim gösteren yapısı, ortaya çıkan yeni ilişkilere ve bu ilişkilerin yarattığı yeni problemlere ani çözümler bulunmasını gerektirir. İşte bu aşamada Yargıtay içtihatları ülkemizde önemli bir rol üstlenmiştir. Zira İş Hukukunun durağan hukuk normlarının günün değişen koşullarına göre yorumlanıp, yeni problemler için güncel çözümler üretilmesi Yargıtay içtihadı ile mümkün olmaktadır¹⁴. Bu anlamda işyeri/işletme kavramlarının belirlenmesi, asıl işveren alt işveren ilişkisinin unsurlarının ortaya konulması, iş sözleşmesinin unsurlarının ve özellikle bağımlılık unsurunun içeriğinin belirlenmesi, geçerli neden kavramının açıklığa kavuşturulması, birlikte işverenlik, işçi temini konularındaki Yargıtay kararları bu nitelikteki içtihatlarla örnek olarak verilebilir. Aynı zamanda Yargıtay İş Hukukunda önemli ilkeleri de belirlemiştir; iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshinde "son çare ilkesi", "ölçülülük ilkesi", olumsuz öngörü ilkesi; ikalede "makul yarar" ölçütü; kanunların ve sözleşmelerin yorumlanmasında "işçi lehine yorum ilkesi" bunlardan bazılarıdır¹⁵. Bunun yanında Yargıtay kararları, iş mahkemelelerinde içtihat birliğinin sağlanması bakımından da özel bir öneme sahiptir.

Görüldüğü üzere Yargıtay içtihatları İş Hukukunun gelişmesine ve ortak bir çözüm bulunmasına önemli katkılar sağlamaktadır. Bu itibarla 7036 sayılı Kanun ile İş Hukukunun feshe karşı koruma amacının şekillendiği en önemli kurumu olan iş güvencesi hükümlerine aykırı olarak iş sözleşmesinin geçersiz feshine karşı açılacak işe iade davaları için yalnızca istinaf kanun yolunun belirlenmesi,

13 Güzel Ali, "İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı Hakkında Bazı Aykırı Düşünceler!...", Çalışma ve Toplum, 2016/3, sh.1137-1138.

14 Güzel, sh.1139.

15 Güzel, sh.1140.

12 Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, sh.1064.

temyiz yolunun kapatılması isabetli olmamıştır¹⁶. Kanunun Gerekçesinde belirtilen “Yargıtayın iş yükünün azaltılması” ve “davaların kısa sürede kesinleşmesi gereği” bu tür bir değişikliğin nedenleri olarak ileri sürülemez.

Yukarıda belirttiğimiz üzere bu değişiklik, iş güvencesi sistemine ilişkin olarak yeni Yargıtay içtihatlarının oluşmasına engel oluşturacaktır. Bunun yanında Türkiye’de hali hazırda faal on Bölge Adliye Mahkemesi bulunmakta olup, bu sayı faal olmayanlarla birlikte on beştir. Örneğin İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi bünyesinde İş Hukukundan doğan uyuşmazlıklara bakan dokuz, Sosyal Güvenlik Hukukundan doğan uyuşmazlıklara bakan iki İş Dairesi bulunmaktadır. Bu durumda, işe iade davalarından doğan uyuşmazlıkları istinaf mahkemesi olarak kesin bir şekilde karara bağlayacak onlarca Bölge Adliye Mahkemesi İş Dairelerinin kararları arasında nasıl içtihat birliği yaratılacağı ve uygulamaya ilişkin yeknesaklığın sağlanacağı da son derece muğlaktır. Oysa içtihat birliğinin sağlanması, hukuk güvenliğinin sağlanması anlamında adil yargılanma hakkı ile doğrudan ilişkilidir.

Sonuç

İş uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuğun öngörülmesine ilişkin eleştirilerimiz saklı kalmak kaydıyla, feshin geçersizliğine ilişkin uyuşmazlığın zorunlu olarak arabulucuya götürülmesinin öngörülmesi, salt işe iade davalarının iş yargısındaki yükünün azaltılmasını amaçlıyorsa isabetli değildir. Esasen yasa koyucu bu amaca farklı yöntemlerle de ulaşabilir ve daha adil ve İş Hukukunun yapısına uygun çözümler üretebilirdi. Şöyle ki, Türk İş Hukukundaki iş güvencesi sisteminde işçinin geçersiz fesih karşısında, bunun tespitini ve işe başlatılmayı talep etmek dışında başka bir seçeneği bulunmamaktadır. Yani geçersiz bir fesih ile işten çıkartılan ve feshin nedeni, biçimi veya fesih sırasında veya sonrasında yaşanan olaylar nedeniyle

artık aynı işyerinde çalışmaya devam etmek istemeyen işçi, işe iade yerine işverenin geçersiz feshine karşılık bir tazminat talep edememektedir.

Kanunun geçersiz fesih karşısında işçinin sadece işe iadeyi talep etme ve işverene de işe başlatma zorunluluğu öngörmesi, iş ilişkisinin sürekliliğinin sağlanması amaçlandığından çok yadırgatıcı değildir. Ancak iş ilişkisinin taraflar arasında yoğun güven ilişkisi kuran yapısı dikkate alındığında ve bizatihi fesih veya öncesinde ve sonrasında taraflar arasında yaşanan olayların bu güven ilişkisini ortadan kaldırdığı düşünüldüğünde kanunun işçiye veya tarafların talebi ile hakime geçersiz feshin yaptırımını belirlemek konusunda bir seçimlik hak tanımamış olması eleştiriye açıktır. Her ne kadar Türkiye’de yapılmış bir istatistik bulunmasa da genel olarak işe iade davaları neticesinde işe başlatılan işçi sayısının çok düşük olduğu da bilinen bir gerçektir. Dolayısıyla feshin geçersizliğinin tespitine rağmen işçinin aynı işyerinde çalışmak istememesi veya hakim tarafından işe iadenin taraflardan beklenemez olduğunun tespiti halinde işe iade yerine bir tazminat yaptırımını seçme imkanının öngörülmesi isabetli olurdu¹⁷.

Örneğin Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu feshin geçersizliğinin tespiti halinde iş ilişkisinin sürdürülmesini amaçlasa da, bu durum mutlak olmayıp, iş ilişkisine devamın beklenemeyeceği hallerde belirli koşullarla geçersiz feshin yaptırımını bir tazminat olarak belirlemektedir. Şöyle ki, Feshe Karşı Koruma Kanunu md.9’a göre, mahkeme iş ilişkisinin fesih işlemi ile sona ermediğini ancak sözleşmeye devamın işçiden beklenemeyeceğini tespit etmesi durumunda, işçinin talebi üzerine iş sözleşmesinin sona erdiğine, buna karşılık işverenin uygun bir tazminat ödemesine karar verir. Kanuna göre talep sadece işçiden gelmeyebilir. Eğer işçi ve işveren arasında işletmenin amaçlarına uygun bir birlikte çalışma artık beklenmiyorsa işveren talebi üzerine de mahkeme aynı kararı verebilir; ancak işçi alma ve çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri açısından, işveren herhangi

16 Alpagut Gülsevil, “İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağı ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi”, İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, 2016, sh.204; Güzel, sh.1140-1141.

17 Kanunun öngördüğü iş güvencesi sisteminin kapsamlı eleştirisi için bkz. Özkaraca Ercüment, “İş Güvencesi Sistemine Eleştirel Bakış”, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2011 Yılı Toplantıları, İstanbul Barosu Yay., 2012, sh. 92 vd.

bir gerekçe ileri sürmeksizin iş ilişkisinin sona ermesini talep edebilmektedir (md.14/f.2). Geçersiz feshe rağmen iş ilişkisinin devamının taraflardan beklenmemesi nedeniyle iş sözleşmesinin sona erdiğine mahkemenin karar vermesi halinde işverenin ödeyeceği tazminatın miktarı işçinin 12 aylık ücretini geçmemek üzere belirlenir (md.10/f.1). Ancak işçi 50 yaşını tamamlamış ve iş sözleşmesi de 15 yıl sürmüştü, 15 aylık ücreti tutarına kadar; 55 yaşını tamamlamış ve iş sözleşmesi 20 yıl sürmüştü 18 aylık ücreti tutarına kadar bir tazminat belirlenir; işçinin normal yasal emeklilik yaşına ulaşmış olması durumunda ise, bu hüküm uygulanmaz (md.10/f.2).

Şu halde işe iade davasında zorunlu arabuluculuğun dava şartı olarak öngörülmesi veya işe iade kararı bakımından temyiz yolunun kapatılması gibi son derece tartışmalı yöntemler yerine, iş sözleşmesi geçersiz feshedilen iş güvencesi kapsamındaki işçiye açtığı işe iade davasında işe başlatılma veya uygun bir tazminat talep etme konularında seçimlik bir hak verilmiş olsaydı, işe iade davalarının kendisinin ortaya çıkardığı pek çok sorun daha başından önlenmiş olurdu.

Bunun yanında kanun koyucunun söz konusu kanun değişiklikleri ile esasen hedeflediği sonuçları ortaya çıkarması da mümkün görünmemektedir. Örneğin işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre ücretinin dava tarihindeki ücret üzerinden parasal olarak belirlenmesine ilişkin düzenleme, bu alacakların icrası yönteminde bir değişiklik yaratmadığı gibi, işe iade davasının sonuçlarının yeni davalar yaratmasına da tam anlamıyla engel oluşturmamaktadır.

KAYNAKÇA

- Alpagut, Gülsevil, "İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağı ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, 2016.
- Astarlı, Muhittin, İş Hukukunda İkale, Tur-

han Kitabevi, 2. Baskı, Ankara 2016.

- Centel, Tankut, "Anayasa Karşısında Boşta Kalınan Süreye İlişkin Ücreti Sınırlama", Sicil İş Hukuku Dergisi, S.16, Aralık, 2009.
- Güzel, Ali, "İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı Hakkında Bazı Aykırı Düşünceler!...", Çalışma ve Toplum, 2016/3.
- Kar, Bektaş, İş Güvencesi ve Uygulaması, Yetkin Yay.,Ankara, 2017.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş, İş Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2014.
- Özkaraca, Ercüment, "İş Güvencesi Sistemine Eleştirel Bakış", İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2011 Yılı Toplantıları, İstanbul Barosu Yay., 2012.
- Yılmaz, Ejder, "İşe İade Davasında Verilen Hükümün İcra Takibine Konulması", Sicil İş Hukuku Dergisi, S.17, Mart 2010.

Doç. Dr. Hediye ERGİN*

Makale Gönderim Tarihi: 26 Aralık 2017

Makale Kabul Tarihi: 28 Aralık 2017

İşçinin Tedavisi Olanaksız Hastalığı Nedeniyle İşverenin Derhal Fesih Hakkı

Öz

İş Kanunu'nun m.25/l-(b) hükmünde, işçinin tedavi edilemeyecek nitelikte bir hastalığa yakalandığı ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğu ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğu sağlık kurulunca saptanması halinde işverene haklı nedenle fesih yetkisi tanınmıştır; haklı fesih için işçinin ayrıca belirli bir süre işe devamsızlık yapmış olması şartı aranmaz. İş Kanunu'nun 25/l-b bendindeki sağlık nedenleri söz konusuysa fesihden önce işçiden savunma alma

zorunluluğu da yoktur.

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 2012 yılından sonra artık işyeri hekiminin "işçinin işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğu" ilişkin vereceği sağlık raporu, İş Kanunu'nun m.25/l-b bendi kapsamındaki haklı fesih için yeterli görülmelidir. İş Kanunu'nun 25/l-b bendinde bu yönde yapılacak bir değişiklikle bu husustaki duraksamalar ortadan kaldırılabilir.

Anahtar Sözcükler:

Haklı fesih, tedavisi olanaksız hastalık, sağlık kurulu tespiti, işyeri hekimi raporu, 6331 sayılı Kanun.

Employer's Right to Terminate the Contract For Just Cause Due to the Incurable Disease of the Employee

Abstract

According to Article 25/l-b of Labour Act No. 4857, the employer is entitled to terminate the contract for just cause, in the condition if the Health Committee determines employee's disease as incurable and his/her working in the workplace shall be risky. In this case, the condition of employee's absenteeism for a determined period shall not be required for termination by just cause. Besides, if the reasons of health that are mentioned in Article 25/l-b of Labour Act are in question, the employer is not obliged to get

employee's defense statement before termination.

After the entry into force of Act No. 6331 on Occupational Health and Safety in 2012, medical report given by the occupational physician determining "the employee's working in the workplace is risky" should be considered adequate for the termination of just cause in the context of Article 25/l-b of Labour Act. The reservations concerning this issue could be abolished after the amendments that shall be made in this context in Article 25/l-b of Labour Act.

Keywords:

Termination for just cause, incurable disease, determination of Health Committee, medical report by occupational physician, Act. No. 6331

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

I. Genel Olarak

4857 sayılı İş Kanunu'nun 25. maddesinde işverene haklı nedenle iş sözleşmesini feshetme imkânı veren nedenler belirli ekleme ve düzeltmelerle 1475 sayılı mülga İş Kanunu'nun 17. maddesi paralelinde düzenlenmiştir.¹ Ancak yeni İş Kanunu'nda bazı farklılıklar da getirilmiştir. Örneğin, 1475 sayılı İş Kanunu'nun m.17/I-b bendindeki "bulaşıcı", "tikinti verici" hastalık kavramları kaldırılmış, yerine 4857 sayılı İş Kanunu'nun m. 25/I-b bendinde "hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte" olması ifadesi getirilmiştir. Madde gerekçesinde, "Tasarıda belirtilen bulaşıcı hastalıklar, genellikle tedavi edilebilir hastalıklardır. Tikinti ise bilimsel bir kavram değildir ve sübjektiftir. İşçi hasta olduğu için mağdurdur ve gideri artmıştır. Ayrıca, sübjektif nedenlerle işinden uzaklaştırılması haksız ve adaletsiz bir uygulama olacaktır." denilerek değişikliğin nedeni açıklanmıştır.²

İş Kanunu'nun m. 25/I-b bendine göre, "İşçinin bulunduğu hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olduğu ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğu Sağlık Kurulunca saptanması durumunda" işveren iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir. Bu hükme göre haklı nedenle derhal fesih hakkının doğumu için üç koşulun bir arada bulunması aranır. Eşdeyişle;

1. Hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte bulunması,

1 Mülga 1475 sayılı İş Kanunu'nun 17. maddesinin I. fıkrasının (b) alt bendindeki düzenleme, "İşçinin bulaşıcı veya işi ile bağdaşmayacak derecede tikinti verici bir hastalığa tutulduğunun anlaşılması" şeklindeydi.

2 Öğretide Şakar, bu değişikliğin olumlu sayılmakla beraber sonucu çok da etkilediğinin söylenemeyeceğini, eskiden bir lokantada garson olarak çalışan kişinin ellerinde veya yüzünde tikinti verecek yaraların oluşması, işi ile bağdaşmayan bir durum sayılıp işine derhal son verilebiliyorken, aynı durumun bir inşaat işçisi için haklı nedenle derhal feshi yol açmadığını, bugün aynı sonuca işyerinde çalışmasında sakınca bulunup bulunmadığı değerlendirilmesiyle ulaşıldığını belirtmektedir, Şakar, Sağlık Sorunları Sebepiyle Devamsızlık Halinde Sözleşmenin Derhal Feshi, s.37.

2. İşçinin işyerinde çalışmasının sakıncalı olması,
3. Bu durumun Sağlık Kurulunca saptanması şartlarının bir arada oluşması gerekir.³

Görüldüğü gibi, yasal düzenlemede haklı fesih için, işçinin işini görmesinde sakınca bulunması değil, işyerinde çalışmasında sakınca bulunması koşulu aranmaktadır.

II. Haklı Fesih Koşulları

1. Hastalığın Tedavi Edilemeyecek Nitelikte Bulunması

İş Kanunu'nun m. 25/I-b bendine göre, işverenin haklı nedenle fesih hakkının doğumu için ilk koşul işçinin tedavisi mümkün olmayan bir hastalığa yakalanmasıdır. İş Kanunu'nun m. 25/I-b hükmü, kullanılan kavramlar itibariyle açık değildir. Hastalığın tedavi edilemeyecek durumda olması ifadesinden neyin anlaşılması gerektiği konusunda öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. Öğretide Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal'a göre, "Tedavi edilemeyecek nitelikteki hastalık, tıp tarafından henüz çaresi kati olarak bulunmamış hastalık demektir. Türlerine göre değişmekle birlikte kanser hastalıkları ile AIDS bu hastalıklardandır. Çok uzun süreli tedaviyi gerektiren ve sonucunda da kati bir iyileşme olasılığının düşük olduğu hastalıklar, örneğin başta şizofreni olmak üzere psikoz grubundan ruhsal hastalıklar da bu alt bent kapsamında tedavi edilemeyecek hastalıklardan kabul edilmelidir..."⁴ Uşan ve Sümer, tedavi edilemeyen

3 Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, İş Hukuku Dersleri, s.550; Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, İş Hukuku, s.838; Süzek, İş Hukuku, s.703; Alp, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2006 Yılı Semineri, s.162, Ergin, İş Sözleşmesinin Sağlık Nedeniyle Sona Ermesi, s.116; Savaş, İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi, s.49.

4 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, s.837;

hastalık olarak, AIDS, kanser, şizofreni gibi hastalıkların sayılabileceğini belirtmektedir.⁵ Çil, "uzun süren tedavi sonucu tedavisi mümkün olan verem gibi bir hastalığın bulaşıcı olması yönüyle işyerinde çalışmasının sakıncalı olduğuna dair verilecek olan sağlık kurulu raporu üzerine de işverenin bu bent uyarınca fesih imkanının olduğu» görüşündedir.⁶

İş sözleşmesinin fesih tarihi itibarıyla, hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olması da gereklidir.⁷ Yargıtay bir kararında, işçide görülen epilepsi hastalığının tedavisinin tam olarak mümkün olmadığını belirterek işverenin hastalığın tespitinden bir hafta sonra fesihte bulunmasını haksız bulmuştur.⁸

Öğretide *Alpagut*, İş Kanunu'nun 25/1-(b) hükmü ile işverene, işçinin tedavi edilemeyecek nitelikte bir hastalığa yakalandığı ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğunun sağlık kurulunca saptanması halinde mutlak bir haklı nedenle fesih yetkisi tanındığı, bu koşullar oluştuğunda hakime takdir yetkisi verilmediğini belirtmektedir.⁹ Yargıtay kararlarında ise İş Kanunu'nun m.25/1-b hükmü kapsamına giren hallerde de feshin son

çare olması ilkesine uyulması gerektiği, söz konusu ilke gereğince fesihten kaçınmak için işçinin sağlık durumuna uygun yapabileceği başka bir işin olup olmadığının araştırılması gerektiğinin vurgulandığını görmekteyiz. Yargıtay'ın 6.3.2006 tarihli kararında, "Anılan Sağlık Kurulu Raporunda davacının ağır işler dışındaki işlerde çalışabileceği belirtilmiştir. Kuşkusuz işverenin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/1-b maddesi uyarınca iş sözleşmesini feshi kural olarak geçerli nedene dayanır. Ancak, bu halde dahi feshin son çare olması gerekir. İşyerinde davacının yapabileceği iş olup olmadığı araştırılmamıştır. Başka bir anlatımla davacının iş sözleşmesinin feshinden önce feshin son çare olduğu ilkesinin uygulanmadığı dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Davalıya ait işletmenin kapasitesi ve davacının nitelikleri dikkate alınarak, gerekirse işyerinde keşif yapılmak suretiyle durumuna uygun hafif bir işte değerlendirilme olanağının bulunup bulunmadığı araştırılarak sonucuna göre feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığı belirlenmelidir" denilerek, sağlık problemi olan işçinin iş sözleşmesinin feshinde de son çare ilkesine uyulması gerektiğini kabul etmiştir.¹⁰ Öğretide *Akyiğit*, bu kararın ilginç yanının "sağlık problemi gibi işçinin kişiliğinden kaynaklanan bir olgu yüzünden fesihte bile feshin başvurulacak son çare olmasını kabul etmesi" olduğunu, bunun işyerine/işletmeye ait bir sebep sayılamayacak olmasının da açıkça görüldüğünü, o halde feshin son çare olması ilkesinin işçiden kaynaklanan nedenlerde de uygulanacağını Yargıtay tarafından kabulü olarak değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir.¹¹ *Alp*, Yargıtay'ın bu karar ile feshin son çare olması ilkesine göre bir denetime gidilmesi gerektiğini kabul ederek işverenin haklı fesih yetkisini sınırlandırdığını, kararın adil ve olması gereken hukuk bakımından yerinde olduğunu, ancak olan hukuk bakımından aynı sonuca ulaşmanın güç olduğunu, "zira İK 25/1-b'deki koşullar oluşmuş ise, feshin ölçülü, gerekli, elverişli olup olmamasına bakılmaksızın işverenin haklı fe-

Savaş, İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi, s.49.

5 *Uşan*, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 120; *Sümer*, İş Hukuku, s.112; *Savaş*, İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi, s.49.

6 *Çil*, İş Kanunu Şerhi, II. Cilt, s.1828.

7 *Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal*, İş Hukuku, s.837; *Sümer*, İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Sağlık Sebepleri İle Feshi, s. 68; *Értürk*, İşveren Tarafından Hastalık ve AIDS Sebebiyle Fesih, s. 22-23.

8 Bu Kararda, işçinin işverene ait işyerinde uzun bir süreden beri çalışırken görülen rahatsızlığı üzerine alınan sağlık kurulu raporunda işçinin sadece dikkat gerektirmeyecek işlerde çalıştırılabileceğinin belirlenmesine rağmen, işverenin işçiye bu rapora uygun bir iş vermediği, tedavisini sürdürerek iyileştikten sonra tekrar gelip çalışmasını istediği, oysa işçinin yakalandığı epilepsi hastalığının tedavisinin mümkün olmadığı hayat deneyimlerinden bilindiği belirtilerek, işverenin hastalığın tespitinden bir hafta sonra fesihte bulunması haksız bulunmuştur, Yarg. 9. HD., 2.4.2001, 1802/5190, *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi I, s.1136.

9 *Alpagut*, İş Sözleşmesinin Feshinde Haklı-Geçerli Neden Ayrımı ve Yargıtay'ın Konuya İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, s.71,73.

10 Yarg. 9. HD., 6.3.2006, 3213/5521, *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi I, s.1137-1138.

11 *Akyiğit*, İş Kanunu Şerhi I, s.1138.

sih yetkisini kabul etmek" gerektiğini belirtmiştir.¹²

Haklı fesihte son çare ilkesinin uygulanmasıyla ilgili 17.3.2008 tarihli kararına konu olan somut olayda, Sağlık Kurulu raporunda hasta işçinin nemli, tozlu, boyalı, kokulu vs. solunum irritanlarının bulunduğu ortamlarda çalışmaması gerektiği belirtilmiş, davalı işveren ise işyerinde ağır ve tehlikeli işlerin yapıldığını, işyerinde raporda belirtilen özellikte bir bölüm olmaması nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilmek zorunda kaldığı savunmasını yapmıştır. Kararda, "işyerinde keşif yapılarak, uzman bir bilirkişi aracılığı ile davacının mevcut rahatsızlığından dolayı dava konusu işyerinde çalıştırılabileceği başka bir bölüm bulunup bulunmadığı belirlenmeli ve bunun sonucuna göre karar verilmelidir" denilmiştir.¹³ Bu karardan da görüldüğü üzere, sağlık nedeniyle fesihte de feshin son çare olması ilkesinin uygulanması Yargıtay'ın yerleşik içtihadı haline gelmiştir. Nitekim Yargıtay'ın daha sonra verdiği 10.11.2015 tarihli karara konu olan olayda, iş sözleşmesi davalı işveren tarafından 7.8.2014 tarihli fesih bildiri ile İş Kanununun 25/1-b maddesi gereğince "işçinin tutulduğu hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olduğu ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunmasının Sağlık Kurulunca saptanması" sebebine dayalı olarak feshedilen davacının açtığı işe iade davasında, "Somut olayda davalı işyerinde çalışan davacının sağlık durumunun kötüleşmesi üzerine iş akdinin işverence feshedildiği ve işverenin beyanlarından davalı işyerinde davacının mevcut durumuna göre çalışabileceği başka bir pozisyon bulunmadığının belirtildiği anlaşıldığından mahkemece öncelikle bu hususlar değerlendirilerek davalı işyerinde insan kaynaklarında uzman bilirkişi, uzman doktor ve hukukçu bilirkişiden oluşan 3 kişi-

lik bilirkişi heyetiyle keşif yapılarak davacının sağlık ve çalışma şartları itibarıyla işyerinde çalışabileceği bir pozisyon bulunup bulunmadığı tespit edildikten sonra işverence yapılan feshin haklı ya da geçerli olup olmadığı kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açıklığa kavuşturularak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı olup bozma nedenidir" denilerek bu içtihat devam ettirilmiştir.¹⁴

2. İşçinin İşyerinde Çalışmasının Sakıncalı Olması

Sağlık nedeniyle fesihte bulunabilmek için ikinci koşul, işçinin işyerinde çalışmasında sakınca bulunmasıdır. İş Kanunu'nun m.25/1-b bendindeki işçinin işyerinde çalışmasında sakınca bulunması ifadesi çok açık değildir. Acaba bu düzenleme ile işçinin işyerindeki çalışması nedeniyle sağlığının tehlikeye girmesinin önlenmek istendiği ve işçinin

¹⁴ Yargıtay 7.Hukuk Dairesi, E. 2015/19111, K. 2015/22023, T.10.11.2015 (www.legalbank.net). Kararda, Dosya kapsamından davacının 2.6.2014 tarihli engelli sağlık kurulu raporundan tedavi ile işlevselliği kısmen düzelen uyum bozukluğu olduğu, kullandığı psikotropilerden kısmen fayda gördüğü, agresyon ve işyeri uyumsuzluğunun olduğu, 6 ay geçerli olmak üzere ayakta durmayı gerektiren işleri yapamayacağı yazıldığı raporun bulunduğu ayrıca dosyaya sunulan iş göremezlik raporlarından da davacının kardiyolojik problemlerinin bulunduğu anlaşılmaktadır. Dosyada bulunan davacı tarafından yazılan ve imzalanan tarihsiz savunma yazısında da davacının bu sağlık problemlerinden bahsettiği ayakta çalışmaması gerektiği halde ayakta çalıştırıldığını işverene bildirdiği görülmektedir. Aynı yöndeki bir başka kararda, "insan kaynakları uzmanı ve işletme yönetimi uzmanından oluşturulacak bilirkişi kurulu marifetiyle, davalı kurum organizasyon yapısı incelenerek, davacının istihdam edilebileceği, sağlık kurulu raporuna uygun çalıştırılabileceği konum bulunup bulunmadığı, feshin son çare olması ilkesine uygun hareket edilip edilmediği açıklığa kavuşturulmalıdır. Anılan sebeple, eksik incelemeyle yazılı gerekçeyle, davanın kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir" denilmiştir (Yargıtay 22. HD., E. 2012/30004 K. 2013/380 T. 22.1.2013, www.legalbank.net). Somut olayda, 26.05.1992-02.03.2011 tarihleri arasında, demiryolu bakım onarım işçisi göreviyle çalışan davacı işçinin iş sözleşmesi, ağır ve tehlikeli işlerde çalışmasının sakıncalı olduğunun sağlık kurulu raporuyla sabit olması, işçiye sağlık kurulu raporuna uygun çalışabileceği başka bir iş bulunamaması gerekçeyle işverence feshedilmiştir.

¹² Alp, İş Kanunu'nun 25.maddesinin yasa koyucu tarafından yeniden elden geçirilmesini; özellikle sağlık sebeplerinde işverene haklı fesih yetkisi tanıyan I.bendin yasadan çıkartılması gerektiğini belirtmektedir, bkz.: Alp, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2006 Yılı Semineri, s.163.

¹³ Yarg. 9. HD., 17.3.2008, E.2007/27663, K.2008/5296, www.legalbank.net

iş görme borcunu yerine getirmesinin imkânsızlaştığı bir durumunun kastedildiği düşünülebilir mi? Bu soruya evet dersek, madde hükmündeki “işyerinde çalışmasında” sakınca bulunması koşulundan, işçinin işverene ait başka bir işyerinde çalıştırılması imkânının araştırılması gerektiği, feshin son çare olması ilkesinin böyle bir yorumu gerekli kıldığı sonucuna varılabilir. Öğretide aynı görüş *Alp* tarafından savunulmaktadır; “yasa burada işçinin işini görmesinde sakınca bulunmasını değil, işyerinde çalışmasında sakınca bulunmasını aramaktadır. Bu bakımdan lafzi yorumla yetinmeyip, feshin son çare olması ilkesine göre” işçinin sağlık durumuna uygun işyerinde çalışabileceği başka bir işin olup olmadığının araştırılması gerektiği sonucuna varılmaktadır.¹⁵ Yargıtay da bir kararında, işçinin mevcut hastalığı nedeniyle işini yapamayacak hale gelmesi durumunda, işçinin yapabileceği daha hafif bir işe verilmesi gerektiğini belirtip, işverenin işçinin hafif işlerde çalışabilip çalışamayacağını araştırmadan feshite bulunmasını haksız bulmuştur.¹⁶

Öğretide, işçinin işyerinde çalışmasında sakınca bulunması ifadesinden ne anlaşılması gerektiği konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. *Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal*¹⁷ ve *Savaş*¹⁸, işyerinde işçinin çalışmasında sakınca bulunması durumunun, hastalığın diğer işçilere bulaşması, hastalığın ağırlaşması gibi tıbbi sakıncaları veya iş güvenliği gibi işyeri bakımından sakıncalar doğuran sebepleri ifade ettiği görüşündedir.

Kılıçoğlu, işçinin işyerinde çalışmasında sakınca bulunmasının işyeri ile ilgili olduğunu iş-

çinin işi ile bir ilgisi olmadığını, aksi halde yasa koyucunun maddede işçinin işi ile ilgili sakıncadan söz etmiş olacağını belirtmektedir. Yazar, o işyerinde çalışması sakıncalı olan bir işçinin aynı işletmeye bağlı başka bir işyerinde çalıştırılması gerekip gerekmediği konusunda, bunun mümkün olmadığını belirtmekte, böyle bir durumda geçerli fesih nedeninin akla gelebileceğini, oysa derhal fesih nedeni sayılabilecek hastalığın tüm işyerleri için söz konusu olması gerektiğini, bir başka deyişle derhal fesih nedeni olabilecek hastalığın işçinin iş yaşamının bitmesini gerektirdiğini belirtmektedir.¹⁹

İşçinin hastalığı İş Kanunu'nun iki ayrı maddesinde (m. 25/1-(b) ve m.18) ve birbirine çok benzer bir şekilde düzenlenmiştir. Bu iki düzenlemenin farkını ortaya koymak kolay değildir; çünkü her iki hükümde de, işçinin iş görme borcunu olumsuz etkileyen bir hastalığa bağlı olarak işverene fesihte bulunabilme hakkı getirilmiştir. Buna karşın her iki hüküm arasında feshin usulü ve feshin sonuçları bakımından bazı farklılıklar vardır. Mesela, İş Kanunu'nun m. 25/1-b hükmüne göre yapılan fesihte iş ilişkisi derhal sona ermekteyken, iş güvencesi kapsamındaki işçilerin iş sözleşmelerinin 18.maddeye göre feshinde işçiye ihbar öneli tanınmaktadır. Bundan başka, 18. maddeye göre fesih işleminin yazılı yapılması, fesih sebebinin işçiye açık ve kesin bir şekilde bildirilmesi (m.19/1) ve fesihten önce işçinin yazılı savunmasının alınması fesih işleminin geçerlilik koşulları iken (m.19/II), m.25/1-b'ye göre iş sözleşmesinin feshinde bu koşulların yerine getirilmesine gerek yoktur. Feshin sonuçları bakımında da, m.25/1-b'ye göre yapılan feshlerde işçiye ihbar tazminatı ödenmezken, 18. maddeye göre sözleşmesi feshedilen işçiye ihbar tazminatı ödenmektedir. İki düzenlemedeki ayrım bakımından, 25. maddedeki hastalığın işçinin iş görme borcunu yerine getirme gücünü tamamen ortadan kaldırdığı, 18. maddedeki fesheden hastalığın ise işçiyi çalışamaz duruma getirme-

15 *Alp*, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2006 Yılı Semineri, s.163.

16 Yarg. 9. HD., 4.5.1999, E.1999/4497, K.1999/8393, *Günay*, İş Kanunu Şerhi I, s.1367. Karara konu olan somut olayda, işçi davalıya ait işyerinde çalışırken kalp rahatsızlığından dolayı ağır işlerde çalıştırılmaması gerektiği yolundaki doktor raporunu işverene ibraz ederek daha hafif işlerde çalıştırılmasını istemiş; davalı işveren de işyerinin ağır ve tehlikeli işlerin yapıldığı bir yer olduğunu belirterek bu talebi reddetmiştir.

17 *Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal*, İş Hukuku, s.838.

18 *Savaş*, İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi, s.49.

19 Yazara göre, bentteki hükümle, işçinin sağlığının kendisine karşı korunması da amaçlanmaktadır, *Kılıçoğlu*, İş Kanunu Yorumu, s.270.

mekle birlikte işini gerektiği şekilde yapmasını olumsuz etkilediği söylenebilir.²⁰

3. Sağlık Kurulunun Tespiti

İş Kanunu'nun m. 25/l-b bendine göre haklı nedenle fesihte bulunabilmek için, işçinin tedavi edilemeyecek nitelikte ve işyerinde çalışmasında sakıncalı bulunan bir hastalığa yakalandığının *sağlık kurulunca* saptanması gerekir. Bir başka deyişle, m.25/l-b bendindeki son koşul Sağlık Kurulu raporu olduğundan, işveren, sağlık kurulu raporu dışında herhangi bir rapora dayanarak işçinin iş sözleşmesini feshedemez.²¹ Sağlık kurulu Sosyal Güvenlik Kurumu veya devlet hastanelerinin sağlık kurulu olabileceği gibi, özel bir hastanenin sağlık kurulu da olabilir.²² Sağlık kurulu raporu koşulu sağlanmadığı takdirde, şartları varsa, diğer sağlık nedenlerinden dolayı fesih yoluna gidilebilir.²³ Öğretide *Tunçomağ/Centel*, haklı olarak bu hükmün uygulama alanının oldukça dar olacağı, çünkü hiçbir işçinin işten çıkarılacağı bir ortamda, kendi arzusu ve özgür iradesiyle sağlık kurulu önüne çıkmak istemeyeceği, bu halde de sağlık kurulu raporunu sağlayamayacak olan işverenin fesih yoluna gidemeyeceğini belirtmektedirler.²⁴

2012 yılında yürürlüğe giren 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 5.maddesinde getirilen düzenlemeye göre işveren, çalışanların işyerinde maruz kalacakları sağlık ve güvenlik risklerini dikkate alarak sağlık gözetimine tabi tutulmalarını sağlamakla yükümlüdür (m.5/1.a).²⁵ 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 15.maddesinin 1. fıkrasında, çalışanların işe gi-

rişlerinde, iş değişikliğinde, iş kazası ve meslek hastalığı veya sağlık nedeniyle tekrarlanan işten uzaklaşmalarından sonra işe dönüşlerinde talep etmeleri halinde ve işin devamı süresince çalışanın ve işin niteliği ile işyerinin Bakanlıkça belirlenen düzenli aralıklarla işverenin çalışanlarına sağlık muayenesi yaptırmakla yükümlü olduğu belirtilmiş, aynı Kanunun 26. maddesinde de bu yükümlülüğün yerine getirilmemesinin yaptırımı olarak idari para cezası uygulanacağı belirtilmiştir; "f) 15 inci maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında belirtilen yükümlülükleri yerine getirmeyen işverene, sağlık gözetimine tabi tutulmayan veya sağlık raporu alınmayan her çalışan için bin Türk Lirası" idari para cezası verilir (6331 s.Kanun m.26). Bu cezalar her yıl artırılmakta olup 2017 yılında 6331 sayılı Kanun'un 15/1. maddesindeki hükme aykırılığın (çalışanlara sağlık gözetimi yaptırmamak) idari para cezası tutarı her bir çalışan için 1.301 TL olarak belirlenmiştir.²⁶ Bundan başka olası bir iş kazası halinde çalışanlarının sağlık kontrol yükümlülüğünü yerine getirmeyen işveren ağır kusurlu kabul edilmekte işverenin ödemesi gereken maddi ve manevi tazminat miktarı bu nedenle yüksek miktarlarda olmaktadır. Örneğin konuya ilişkin bir Yargıtay kararına göre, "Kazalının sağlık durumunun yapacağı işe uygun olup olmadığını tespit etmek açısından gerekli sağlık kontrollerine tabi tutulmaması nedeniyle olayda davalı işverenin ağır kusurlu olduğu açıktır"²⁷

6331 sayılı Kanun'un madde gerekçesinde, "Sağlık gözetimi ile çalışanların fiziksel yetersizlik-

20 Ergin, Türk ve Alman Hukukunda İş Sözleşmesinin Sağlık Nedeniyle Sona Ermesi, s.119-120.

21 Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, 620; Sümer, İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Sağlık Sebepleri İle Feshi, s.68; Savaş, İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi, s.49.

22 Akyiğit, İş Güvencesi, s.137; aynı yazar, İş Kanunu Şerhi I, s. 1132; Ergin, Türk ve Alman Hukukunda İş Sözleşmesinin Sağlık Nedeniyle Sona Ermesi, s.120.

23 Akyiğit, İş Kanunu Şerhi I, s. 1132.

24 Tunçomağ/Centel, İş Hukukunun Esasları, s. 223.

25 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, RG. 30.06.2012, 28339.

26 6331 sayılı Kanun'un 19.maddesi gereğince çalışanlar, "d) Kendi görev alanında, iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için işveren ve çalışan temsilcisi ile iş birliği yapmak." yükümlülüğü altında olup, haklı bir mazereti olmadan periyodik sağlık taraması yaptırmaktan kaçınan işçinin iş sözleşmesi İş Kanunu'nun 25/II- (i) bendi gereğince işveren tarafından haklı nedenle feshedilebilecektir; Bayındır Asliye Hukuk Mahkemesi'nin (İş Mahkemesi Sıfatıyla), E.2016/210, K.2017/76, 01.03.2017 tarihli Kararı (özel arşiv).

27 Yargıtay 21. HD, E.2009/5431, K.2010/5421, T.06.05.2010, www.legalbank.net

leri ve sağlık sorunlarının belirlenerek, durumlarına en uygun işe atanmaları sağlanarak, iş kazası ve meslek hastalığının oluşması da engellenebilecektir” (Gerekçe, madde 12). Sağlık muayenesi neticesinde çalışanın yapacağı veya daha önce yaptığı işlerin sağlığına olumsuz etkileri tespit edilerek iş kazaları ve meslek hastalıklarının meydana gelmesinin önlenmesi amaçlanmaktadır. İşyeri hekiminin verdiği raporlara itirazlar ise Sağlık Bakanlığı tarafından belirlenen hakem hastanelere yapılacak olup, hakem hastaneler tarafından verilen kararlar kesin olacaktır (6331 s.K. m.15/3).

6331 sayılı Kanun’dan başka, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nda da işverene, işçileri sağlık durumuna uygun işlerde çalıştırma yükümlülüğü ve ihlali halinde de yaptırımlar getirilmiştir. 5510 sayılı Kanun’un m.21/3.maddesine göre, çalışma mevzuatında sağlık raporu alınması gerektiği belirtilen işlerde böyle bir rapora dayanılmaksızın veya eldeki rapora aykırı olarak bünyeye elverişli olmadığı işte sigortalının çalıştırılması durumunda Kurumun ödeyeceği geçici işgöremezlik ödeneğinin işveren tarafından tahsil edileceği;²⁸ 76/3. maddesinde de, alınan sağlık raporunda söz konusu işte çalışması tıbbî yönden elverişli olmadığı belirtildiği halde genel sağlık sigortalısını çalıştıran işverenlere, bu nedenle Kurumca yapılan sağlık hizmeti giderlerinin tamamının tazmin ettirileceği düzenlenmiştir.²⁹

Görüldüğü gibi, mevzuatımızda işverene, iş-

28 “Çalışma mevzuatında sağlık raporu alınması gerektiği belirtilen işlerde, böyle bir rapora dayanılmaksızın veya eldeki rapora aykırı olarak bünyeye elverişli olmadığı işte çalıştırılan sigortalının, bu işe girmeden önce var olduğu tespit edilen veya bünyeye elverişli olmadığı işte çalıştırılması sonucu meydana gelen hastalığı nedeniyle, Kurumca sigortalıya ödenen geçici iş göremezlik ödeneği işverene ödetilir” (5510 s.Kanun m.21/3).

29 “İlgili kanunları gereğince sağlık raporu alınması gerektiği halde sağlık raporuna dayanılmaksızın veya alınan raporlarda söz konusu işte çalışması tıbbî yönden elverişli olmadığı belirtildiği halde genel sağlık sigortalısını çalıştıran işverenlere, bu nedenle Kurumca yapılan sağlık hizmeti giderleri tazmin ettirilir.» (5510 s. Kanun m.76/3).

çileri bünyeye elverişli olmadıkları işlerde çalıştırmama, işyeri hekiminin “işçinin mevcut işinde çalışmasında sağlık bakımından sakınca bulunduğu” yönelik hazırlayacağı rapora derhal uyma yükümlülüğü getirilmiş, bu yükümlülüğün ihlali halinde de ağır maddi yaptırımların uygulanacağı belirtilmiştir. 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu yürürlüğe girdikten sonra 4857 sayılı İş Kanunu m.25/I-b bendindeki Sağlık Kurulu Raporu şartı işyeri hekiminden alınan raporların yaptırım gücü karşısında tartışmalı hale gelmiştir. Zira işyeri hekiminin çalışamaz tespiti sonrası eğer işçinin çalışabileceği başka bir iş de yoksa işveren haklı fesihte bulunamayacak mıdır? Bu bağlamda, sağlık kurulu raporu alınmaması halinde işyeri hekiminin hazırlayacağı sağlık raporu ile de 25/I-b bendi kapsamında haklı fesih yapılabilip yapılamayacağının tartışılması gerekmektedir. 4857 sayılı İş Kanunu 2003 yılında yürürlüğe girmiş, 6331 sayılı İş sağlığı ve İş Güvenliği Kanunu ise 2012 yılında yürürlüğe girmiştir. Kanaatimizce, sonradan yürürlüğe giren 6331 sayılı Kanun ile İş Kanunu’nun 25/I-b bendindeki Sağlık Kurulu raporu alınması şartı örtülü olarak ortadan kalkmıştır. 6331 sayılı Kanun’un yürürlüğe girdiği 2012 yılından sonra artık işyeri hekiminin “işçinin işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğu” ilişkin vereceği sağlık raporu, İş Kanunu’nun m.25/I-b bendi kapsamındaki haklı fesih için yeterli görülmelidir. 6331 sayılı Kanun çıkarılırken 4857 sayılı İş Kanunu ile bu yönden uyum sağlanamamıştır. İş Kanunu’nun 25/I-b bendinde yapılacak bir değişiklik ile, işçinin yakalandığı hastalığın tedavi edilemez nitelikte olduğunun “Sağlık Kurulunca veya işyeri hekiminin raporu ile saptanması durumunda” haklı fesihte bulunulabileceğinin belirtilmesi bu husustaki duraksamaları ortadan kaldıracaktır.

4. Devamsızlık Koşulunun Aranmaması

İşverenin İş Kanunu’nun 25/I-b bendi hükmüne göre haklı fesihte bulunması için ayrıca hastalığın belli bir süre devam etmesi koşulunun aranıp aranmayacağı öğretide tartışılmış ve yargı karar-

larına konu olmuştur. Öğretide anılan hükmün uygulanabilmesi için tedavisi olanaksız hastalığın ayrıca İş Kanunu'nun m. 25/I-b,2'de belirtilen süreyi aşmasının gerekli olup olmadığı hususunda iki farklı görüş bulunmaktadır. Hâkim görüşe göre, işçinin tutulduğu hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olduğu ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğu bir sağlık kurulu tarafından saptandığında, işveren iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebilir; bu durumda işçinin işe devamsızlığının bildirim süresini altı hafta aşması koşulu aranmaz.³⁰ İkinci görüşe göre ise, derhal fesih için yukarıda belirtilen koşullara ilaveten işçinin m.25/I-b,2 bendinde belirtilen süreler kadar işe devamsızlık yapmış olması gerekir.³¹ *Akyiğit*'e göre, işverenin m. 25/I-b hükmüne göre fesihte bulunabilmesi için, tedavi edilemeyen bir hastalığa tutulan ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğu bir sağlık kurulu raporu ile saptanmış işçinin kıdemine göre belirlenecek bildirim süresini altı hafta aşan bir süre işyerine gelmemiş olması şarttır. Bunun için işçinin bu hastalığa kusurlu biçimde yakalanıp yakalanmadığı önemli değildir.³² Yargıtay 7. Hukuk Dairesi'nin 10.02.2016 tarihli Kararında öğretide savunulan ikinci görüşe paralel şekilde hüküm tesis edilmiştir. Kararda, "4857 Sayılı İş Kanunu'nun 25/I-b maddesi uyarınca "işçinin tutulduğu hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olduğu ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğu Sağlık Kurulunca saptanması kaydı ile hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerde işveren için iş sözleşmesini bildirimli fesih hakkı-

nın; belirtilen hallerin işçinin işyerindeki çalışma süresine göre 17. maddedeki bildirim sürelerini altı hafta aşmasından sonra doğacağı" kurala bağlanmıştır. Anılan maddeye göre davacının rahatsızlığı nedeni ile devamsızlığının ihbar öneline ilaveten 6 hafta aralıksız devam etmesi halinde, işverenin bildirimli fesih hakkı doğmaktadır. Bu fesih nedeni, sağlık nedenlerinden kaynaklanan haklı nedendir." denilerek tedavi edilmeyecek hastalık nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için işyerine ihbar öneli 6 hafta aşan bir devamsızlık yapılması koşulu kabul edilmiştir.³³

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin 22.01.2013 tarihli Kararında ise farklı yönde hüküm tesis edilmiştir. Karara göre, "4857 sayılı Kanunda işçinin tedavisi imkansız bir hastalığa tutulması hali düzenlenmiştir. İşçinin tutulduğu hastalığın tedavisinin bulunmaması yanında, işyerinde çalışmasının sakıncalı olması da sağlık kurulunca belirlenmelidir. 4857 sayılı Kanunu'nun 25/ I-b maddesindeki bu düzenlemeye göre her iki şartın da bir arada bulunması gerekir" denilerek ayrıca bir işyerine devamsızlık koşulunun aranmayacağı belirtilmiştir.³⁴ Yargıtay 9.Hukuk Dairesi'nin yerleşik içtihadına göre de işverenin haklı fesihte bulunabilmesi için ayrıca bir devamsızlık koşulu aranmaz. Özel Daire'nin konuya ilişkin bir kararına göre, "İşçinin tutulduğu hastalığın tedavisinin bulunmaması yanında, işyerinde çalışmasının sakıncalı olması da sağlık kurulunca belirlenmelidir. Kanunun 25/I-b maddesindeki bu düzenlemeye göre her iki şartın da bir arada bulunması gerekir".³⁵

Kanaatimizce, İş Kanunu'nun m.25/I-b hükmünde işçinin tedavi edilemeyecek nitelikte bir hastalığa tutulduğu ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğu sağlık kurulunca saptanması halinde, işverene mutlak bir fesih yetkisi tanınmıştır. Dolayısıyla, belirtilen üç koşulun ger-

30 Demir, En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, s.383; Eyrenci/Taşkent/Ülucan, Bireysel İş Hukuku, s. 188; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, İş Kanunu m.25/I-(b) hükmünde belirtilen sağlık durumu bakımından işe devamsızlığın bir koşul olarak görülmediğini vurgulamaktadır, İş Hukuku, s.838; Sümer ise, "Bazen hastalıkların teşhisinde çok geç kalınmış olabilir. İşyerine devamsızlığı olmayan, ancak hastalığı geç anlaşılan, bununla birlikte işyerinde çalışmaya devam etmesinde sakınca bulunan işçinin iş sözleşmesini işveren feshedebilir." Sümer, İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Sağlık Sebepleri İle Feshi, s. 69; Savaş, İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi, s.50.

31 Akyiğit, İş Kanunu Şerhi I, s.1132.

32 Akyiğit, İş Kanunu Şerhi I, s.1132.

33 Yargıtay 7. HD., E. 2015/36349, K. 2016/2630, T.10.2.2016.

34 Yargıtay 22. HD., E. 2012/30004, K. 2013/380, T.22.1.2013.

35 Yargıtay 9.HD., E. 2009/31114, K. 2011/49075, T.21.12.2011; aynı yönde; Yargıtay 9.HD., T.10.11.2008, E.2008/5816, K.2008/30572, www.legalbank.net.

çekleşmesi ile birlikte işverenin derhal fesih hakkı doğar, işçinin ayrıca belirli bir süre işe devamsızlık yapmış olması şartı aranmaz.³⁶

5. Fesih Öncesi Savunma Koşulunun Yokluğu

İş Kanunu'nun haklı feshe ilişkin 24-26.maddeleri hem iş güvencesinin kapsamına giren hem de bu kapsama girmeyen İş Kanunu'na tabi iş ilişkilerinde uygulanır.³⁷ İş Kanunu'nun 25.maddesinin son fıkrası gereğince, iş güvencesinin kapsamına giren iş ilişkilerinde işveren 25.maddeye göre fesih yapmak istediğinde iş güvencesine ilişkin 18,20 ve 21.maddeler uygulama alanı bulacaktır. Bunun da anlamı, İş Kanunu'nun 25. maddesinin I-II-III ve IV numaralı bendindeki şartlar gerçekleşmiş ise, işverenin bu madde kapsamında haklı fesih yetkisini kullanırken davacıdan yazılı savunmasını isteme zorunluluğu olmadığıdır. Zira, İş Kanunu'nun 25/son fıkrasında derhal feshlere uygulanacak iş güvencesi hükümleri arasında işçinin savunmasının alınmasını düzenleyen 19.madde sayılmamıştır.³⁸ Yasal düzenlemeler gereği olan bu husus Yargıtayın yerleşik içtihadını oluşturan pek çok kararında da belirtilmiştir; "iş sözleşmesi davalı işveren tarafından 4857 sayılı yasanın 25/II maddesi gereğince feshedilmiş olup, bu halde aynı yasanın 25/son maddesi gereği yasanın 19.maddesinin uygulanma alanı bulunmadığından savunma alınması zorunluluğu bulunmamaktadır."³⁹ Ancak Yargıtayın yeni tarihli kararlarında İş Kanunu'nun 25/I-b bendindeki sağlık neden-

leriyle fesihle işçiden savunma alınma gerektiği vurgulanmaktadır. Kararda; "Madde açıkça sadece işverenin 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 25/II numaralı bendinde sayılan haklı sebeplerle fesihle savunma alınmayacağını düzenlemiş, 25. maddenin diğer bentlerini dışında tutmamıştır. İşçinin sağlık nedeni ile iş görme edimini yerine getirmemesi, verimi ile ilgili olduğundan 19. madde uyarınca savunmasının alınması gerekir.Dosya içeriğine göre davacı işçinin iş sözleşmesinin, 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 25/I maddesi uyarınca sağlık nedenleri ile davalı işverence feshedilmiş, ancak savunması alınmamıştır. Davacının iş sözleşmesinin sağlık sebepleri ile feshedilmesine karşın, fesih öncesinde savunmasının alınmaması feshin geçersizliği sonucunu doğurmaktadır" denilmektedir.⁴⁰

Öğretide haklı olarak belirtildiği gibi, İş Kanunu'nun 25/I-b bendindeki sağlık nedenleri söz konusuysa fesihle önce işçiden savunma alma zorunluluğu yoktur.⁴¹ Zira, İş Kanunu'nun 19.maddesinin 2.fıkrasında sadece yetersizlik ve davranışlar nedeniyle fesihle savunma alma zorunluluğu getirilmiştir; "Hakkındaki iddialara karşı savunmasını almadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, o işçinin davranışına veya verimi ile ilgili sebeplerle feshedilemez. Ancak, işverenin 25'inci maddenin (II) numaralı bendi şartlarına uygun fesih hakkı saklıdır". Bu hükümlerle, işçinin savunmasının alınması, münhasıran işçinin davranışı veya verimi ile ilgili sebeplerle iş sözleşmesinin feshi için bir şart olarak öngörülmüş ve salt işçinin savunmasının alınmamasının, tek başına, süreli feshin geçersizliği sonucunu doğuracağı ifade edilmiştir. Yukarıda açıklandığı üzere, İş Kanunu'nun 25/I/b bendinde ise işçinin kusurundan kaynaklanan bir fesih nedeni düzenlenmemiştir; işçinin tedavi edilemez hastalığa yakalanmasında kusuru bulunmamaktadır. İş Kanunu'nun 18. maddesinde ise işçinin kusurundan kaynaklanan nedenlerin varlığı durumunda, eşdeyişle verimsiz çalışma ve davranışlarından kaynaklanan fesihle yazılı savunma alınması zorunludur. Nitekim, 18.madde kapsamına

36 Ergin, Türk ve Alman Hukukunda İş Sözleşmesinin Sağlık Nedeniyle Sona Ermesi, s.121.

37 Süzek, İş Hukuku, s.727.

38 Süzek, İş Hukuku, s.728.

39 Yargıtay 9.HD., E.2006/13620, K.2006/17779, T.19.06.2006; aynı yönde, "fesih bildiriminde davacının çalışma arkadaşlarına ve üçüncü kişilere karşı hitap ve davranışlarının uygun bulunmadığı ifade edilmesine, iş sözleşmesinin 4857 sayılı Kanun'un 25. maddesine dayanılarak haklı sebeple feshedildiği bildirildiğinden aynı Kanun'un 19. ve 25/ son maddeleri uyarınca fesihle önce savunmasının istenmesi zorunluluğu bulunmamaktadır." Yargıtay 22. HD., E:2013/10035 K:2013/14132 T:11.6.2013 (www.legalbank.net); Yargıtay 9. HD., E.2006/1129, K.2006/2424, T.06.02.2006, Çil, İş Kanunu Şerhi, II. Cilt, s. 1872-1873.

40 Yargıtay 9.HD., E.2015/35476, K.2016/18795, T. 31.10.2016 (www.kazancı.com).

41 Süzek, İş Hukuku, s.729.

girse dahi, işçinin kusurundan kaynaklanmayan, işyerinden, işletmenin gereklerinden kaynaklanan nedenle sözleşme feshedilmek istenildiğinde de işçiden savunma alınmamaktadır.

İş Kanunu'nun 18.maddesinde ve İş Kanunu'nun 25/II.maddesinde geniş anlamda işçinin davranışları fesih nedeni olarak düzenlenmiştir. İş Kanunu'nun 25/I-III-IV. benlerindeki fesih nedenlerinin ise işçinin davranışı ve verimi ile ilgisi yoktur; bu bentlerde yine işçiden kaynaklanmakla birlikte kusur ögesi içermeyen geçici veya sürekli ifa imkansızlığı söz konusudur, eşdeyişle işçinin işgörme borcunu geçici süreyle imkansız kılan koşullar ortaya çıkmıştır.⁴² Bu durumlarda işçiden savunma alınmasının yasal bir dayanağı olmadığı gibi, savunma almanın mantığı ve çoğu durumda imkanı da yoktur. Örneğin, işyerinin bulunduğu bölgede meydana gelen deprem nedeniyle işçinin işyerine devamsızlığının bir haftadan fazla sürmesi halinde zorunlu nedenler kapsamında 25/III.bende göre sözleşme feshedilmek istendiğinde işçiden yazılı savunma istenmesi ne kadar mantıksızsa, işçinin tutukluluk veya gözaltına alınma hali nedeniyle bu sürenin 17. maddedeki bildirim önelerini aşmasından sonra 25/IV'e göre sözleşmesi feshedilmek istendiğinde cezaevinde tutuklu bulunan işçiden savunma almanın imkansızlığı da ortadadır. Öğretide haklı olarak ifade edildiği gibi, İş Kanunu'nun 19/2.maddesinde, aynı yasanın 25/II maddesi işçinin savunmasının alınmasını gerektirmeyen bent olarak sayılmışsa da, "yasa koyucu İK25/I, 25/III ve 25/IV'de yer alan sebeplerde esasen savunma alınmasını gerektiren bir durum olmadığı için, 19/2'de sadece İK 25/II'yi zikretmiştir. Başka bir deyişle yasa koyucu İK 25/II dışındaki haklı fesih nedenlerinde savunma alma zorunluluğunun mevcut olduğunu hükme bağlamayı amaçlamamıştır".⁴³ Bu nedenle İş Kanunu'nun 25. maddesinin I-II-III ve IV. fıkralarına göre yapılacak fesihlerde işverenin işçiden yazılı savunma almak zorunda olmadığı sonucuna va-

rılması gerekir.⁴⁴

III. Sonuç

İş Kanunu'nun m.25/I-(b) hükmünde, işçinin tedavi edilemeyecek nitelikte bir hastalığa yakalandığı ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğunun sağlık kurulunca saptanması halinde işverene haklı nedenle fesih yetkisi tanınmıştır. Maddenin lafzına göre işçinin tedavi edilemeyecek nitelikte ve işyerinde çalışmasında sakıncalı bulunan bir hastalığa yakalandığının *sağlık kurulunca* saptanması gerekir. Dolayısıyla, belirtilen üç koşulun gerçekleşmesi ile birlikte işverenin derhal fesih hakkı doğar, işçinin ayrıca belirli bir süre işe devamsızlık yapmış olması şartı aranmaz. İş Kanunu'nun 25/I-b bendindeki sağlık nedenleri söz konusuysa fesihden önce işçiden savunma alma zorunluluğu da yoktur. Zira, İş Kanunu'nun 19.maddesinin 2.fıkrasında sadece *yetersizlik* ve *davranışlar* nedeniyle fesihte savunma alma zorunluluğu getirilmiştir.

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu yürürlüğe girdikten sonra ise 4857 sayılı İş Kanunu m.25/I-b bendindeki Sağlık Kurulu Raporu şartı işyeri hekiminden alınan raporların yaptırım gücü karşısında tartışmalı hale gelmiştir. Kanaatimizce, 2012 yılında yürürlüğe giren 6331 sayılı Kanun ile İş Kanunu'nun 25/I-b bendindeki Sağlık Kurulu raporu alınması şartı örtülü olarak ortadan kalkmıştır. 6331 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 2012 yılından sonra artık işyeri hekiminin "işçinin işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğuna" ilişkin vereceği sağlık raporu, İş Kanunu'nun m.25/I-b bendi kapsamındaki haklı fesih için yeterli görülmelidir. 6331 sayılı Kanun çıkarılırken 4857 sayılı İş Kanunu ile bu yönden uyum sağlanamamıştır. İş Kanunu'nun 25/I-b bendinde yapılacak bir değişiklikle, "b) İşçinin tutulduğu hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olduğu ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğunun Sağlık Kurulunca veya işyeri hekiminin raporu ile saptanması durumunda" haklı

42 Tedavi edilemez hastalıkta sürekli ifa imkansızlığı söz konusudur.

43 Süzek, İş Hukuku, s.729.

44 Süzek, İş Hukuku, s.729; Gülver, İş Sözleşmesinin İşçinin Savunması Alınmaksızın Sağlık Şebeplerine Dayanılarak İşverence Derhal Feshi ve İşe İade, s.407.

fesihte bulunulabileceğinin belirtilmesi bu husustaki duraksamaları ortadan kaldıracaktır.

KAYNAKÇA

- Aktay, Nizamettin/Arıcı, Kadir/Kaplan-Sen-yen, Emine Tuncay: İş Hukuku, 6. Bası, Ankara 2013.
- Akyiğit, Ercan: İş Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2014.
- Alpagut, Gülsevil: İş Sözleşmesinin Feshinde Haklı-Geçerli Neden Ayrımı ve Yargıtay'ın Konuya İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2006, s. 71-83.
- Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat: İş Hukuku Dersleri, 30. Bası, İstanbul 2017.
- Çil, Şahin: İş Kanunu Şerhi, II. Cilt, 2. Baskı, Ankara 2007.
- Demir, Fevzi: En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, 10. Bası, İzmir 2017.
- Gülver, Ender: İş Sözleşmesinin İşçinin Savunması Alınmaksızın Sağlık Sebeplerine Dayanılarak İşverence Derhal Feshi ve İşe İade, Karar İncelemesi, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan, C.I, İstanbul 2016, 397-414.
- Ekonomi, Münir: İş Hukuku, C. I, Ferdi İş Hukuku, B. 3, İstanbul 1984.
- Ergin, Hediye: Türk ve Alman Hukukunda İş Sözleşmesinin Sağlık Nedeniyle Sona Ermesi, İstanbul 2009.
- Ertürk, Şükran: İşçinin İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Hastalık ve Özellikle AIDS Hastalığı Sebebiyle Feshedilmesi ve Sonuçları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 4, Sayı 2, İzmir 2002, s. 1-23.
- Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim: Bireysel İş Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2014.
- Günay, Cevdet İlhan: İş Kanunu Şerhi, Cilt I, 3. Bası, 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.
- Savaş, Fatma Burcu: İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi, İstanbul 2012.
- Sümer, Haluk Hadi: İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Sağlık Sebepleri ile Feshi, Sicil Dergisi, Sayı:8, Aralık 2007, s.66-73.
- Sümer, Haluk Hadi: İş Hukuku, 14. Baskı, Konya 2008.
- Süzek, Sarper: İş Hukuku, 14. Bası, İstanbul 2017.
- Şakar, Müjdat: Sağlık Sorunları Sebebiyle Devamsızlık Halinde Sözleşmenin Derhal Feshi, Yaklaşım Dergisi, Nisan 2007, Sayı: 172, s.37-38.
- Tunçomağ, Kenan/Centel, Tankut: İş Hukukunun Esasları, 8. Bası, İstanbul 2016.

Serbest Bölgelerde İstihdam Edilen Personelin Ücretlerinin Vergilendirilmesinde Son Durum

Öz

27 Şubat 2017 tarihinden önce, 3218 sayılı Serbest Bölgeler Kanunu'nun geçici 3. maddesine göre serbest bölgelerde üretilen ürünlerin FOB bedelinin en az % 85'ini yurtdışına ihraç eden mükelleflerin istihdam ettikleri personele ödedikleri ücretler gelir vergisinden istisna tutulmuştur. Bu istisna teşviki uygulamada çelişkilere yol açmıştır. Bu istisnanın işçiye mi, yoksa işverene mi ait olduğu konusunda tartışmalar ve uyuşmazlıklar ortaya çıkmış, konu yargıya taşınmıştır. En sonunda 27 Şubat 2017 tarihli 6772 sayılı Serbest Bölgeler Kanunu ile Bazı Kanun

ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile konu açıklığa kavuşturulmuştur. Söz konusu düzenlemeye göre personele ödenen ücretler üzerinden ödenen vergilerin tahakkuk eden vergiden terkin edileceği hükmü getirilerek tereddüde yol açan "istisna" ifadesi kaldırılmıştır. Böylece verilen teşvikin işverene ait olduğu netleştirilmiştir. Bu makalede bu istisna hükmünün ilk düzenlemesinden son düzenlemesine kadar olan süreç ve bundan sonra yatırımcıların dikkat etmesi gereken hususlar ele alınmıştır.

Anahtar Sözcükler:

Serbest Bölge, istisna, teşvik, ücret.

The Final Situation on Taxation of the Wages of Employees Employed in Free Zones

Abstract

Before 27 February 2017, according to provisional article 3 of the Free Zone Act No. 3218, the wages paid to personnel employed by the tax payers who export at least %85 of FOB compensation of the products produced in free zones were considered to be an exception for income tax. This exception incentive caused some conflicts in practice. The arguments and conflicts emerged on whether this exception was for employees or for employers and the issue has been taken to the court. Finally, the conflicts about the issue have been clarified with

the Free Zone Act No. 6772 dated 27 February 2017. According to this regulation, the provision has been implemented that the taxes paid over the wages of employees, will be removed from accrued tax and the word "exception" which caused conflicts was removed. Therefore, it has become clear that the incentive belongs to employer. In this article, the process of the provision of exception starting from its first regulation to its final regulation and the issues that should be taken into consideration by the investors shall be discussed.

Keywords:

Free Zone, exception, incentive, wage.

*İstanbul Arel Üniversitesi-ayseyigitsakar@gmail.com

I. Giriş

Serbest bölgeler, bir ülkenin siyasi sınırları içinde olmakla beraber, gümrük bölgesi dışında sayılan, o ülkede geçerli ticari, mali ve ekonomik alanlara ilişkin hukuki ve idari düzenlemelerin uygulanmadığı veya kısmen uygulandığı, sınai ve ticari faaliyetler için daha geniş teşviklerin tanıdığı ve fiziki olarak ülkenin diğer kısımlarından ayrılan, mal ve kişilerin giriş ve çıkışları belirli noktalardan ve kontrollü olarak yapılan yerlerdir¹.

Küresel pazarda yatırımcılar, rakipleriyle rekabet edebilmek, maliyetlerini en aza indirerek en fazla kâr elde etmek gibi amaçlarla, ithalat, ihracat ve gümrük vergileri gibi kısıtlamaların olmadığı, çeşitli vergi muafiyet ve istisnaların sağlandığı serbest bölgelere yönelmektedirler. Ülkeler ise ihracat için yatırım ve üretimi artırmak, yabancı sermaye ve teknoloji girişini hızlandırmak, ekonominin girdi ihtiyacını ucuz ve düzenli şekilde temin etmek, dış finansman ve ticaret imkânlarından daha fazla yararlanmak amacıyla serbest bölgeler kurmaktadır.

Serbest bölgelerde; ithalat, ihracat, montaj, malların çeşitli işlemlere tabi tutulması, ambalajlama, depolama, yükleme, boşaltma hizmetleri, bankacılık, sigortacılık faaliyetleri ve üretim ve sınai faaliyetler yapılabilmektedir. Bu bölgelerde üretilecek mallar için gerekli hammadde vb. girdiler için gümrük vergisi ödenmediği için, bu ürünlerin yurt dışına ihracatında fiyatlar yurt içinde üretilenlere göre daha düşüktür².

Ekonomi Bakanlığının verilerine göre ülkemizde de temel olarak ihracata dayalı yatırım ve üretimi teşvik etmek amacıyla 1987 yılından bu yana 18 adet serbest bölge faaliyetini sürdürmektedir³. Bunlar bölgelere göre sırasıyla: Akdeniz Bölgesinde, Mersin, Antalya ve Adana-Yumurtalık Ser-

best Bölgeleri, Ege Bölgesinde Ege (İzmir), Denizli ve İzmir Serbest Bölgeleri, Marmara Bölgesinde, İstanbul Atatürk Havalimanı, İstanbul Endüstri ve Ticaret, İstanbul Trakya, Avrupa, Kocaeli, Tübitak-Mam Teknoloji ve Bursa Serbest Bölgeleri, Karadeniz Bölgesinde, Trabzon, Rize ve Samsun Serbest Bölgeleri, Güneydoğu Anadolu Bölgesinde Gaziantep Serbest Bölgesi, İç Anadolu Bölgesinde, Kayseri Serbest Bölgesidir. Ayrıca İç Anadolu Bölgesinde Karaman Serbest Bölgesinin Yer ve Sınırlarının Belirlenmesi ve Kurulup İşletilmesine Dair 2017/ 11030 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı 13 Aralık 2017 tarihinde Resmi Gazete yayımlanmıştır⁴.

Ülkemizde serbest bölgelerde faaliyette bulunan yatırımcılara sağlanan teşviklerden biri olan ve 3218 sayılı *Serbest Bölgeler Kanunu'nun*⁵ geçici 3. maddesinin 2. fıkrasının (b) bendinde yer alan *"Bu bölgelerde üretilen ürünlerin FOB bedelinin en az % 85'ini yurtdışına ihraç eden mükelleflerin istihdam ettikleri personele ödedikleri ücretler gelir vergisinden müstesnadır"* hükmü, uygulamada çelişiklere yol açmıştır. Bu istisnanın işçiye mi yoksa işverene mi ait olduğu konusunda tartışmalar ve uyuşmazlıklar ortaya çıkmış, konu yargıya taşınmış ve en sonunda 6772 sayılı *Serbest Bölgeler Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*⁶ ile konu açıklığa kavuşturulmuştur. Bu makalede bu istisna hükmünün ilk düzenlemesinden son düzenlemesine kadar olan süreç ve bundan sonra yatırımcıların dikkat etmesi gereken hususlar ele alınacaktır.

II. 6772 sayılı Kanun Öncesindeki Durum

Serbest Bölgeler Kanunu (SBK)'nın 6. maddesi "muafiyet ve teşvikleri" düzenlemektedir. Kanunun değişmeden önceki ilk şeklinde bu bölgelerde vergi, resim, harç, gümrük ve kambiyo mev-

1 Ayşe YİĞİT ŞAKAR, Vergi Hukukunda Serbest Bölgeler, Yaklaşım Yayınları, 2008, s. 25-26.

2 YİĞİT ŞAKAR, s.23.

3 https://www.ekonomi.gov.tr/portal/content/conn/UCM/path/Contribution%20Folders/web/Yat%-c4%b1r%4%b1m/Serbest%20B%3%b6lgeler/ekler/genel_bilgi.pdf?lve (Erişim: 17.12.2017).

4 RG. 13.12.2017, 30269.

5 RG. 15.06.1985, 18785.

6 RG. 24.02.2017, 29989.

zuatına dair yükümlülükler uygulanmadığı için istihdam edilen personele ödenen ücretlerden de gelir vergisi alınmamıştır. 06.02.2004 tarihinden itibaren yürürlüğe girmek üzere 5084 sayılı *Yatırımların ve İstihdamın Teşviki İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun*⁷ ile 6. maddede değişiklik yapılarak “*bu bölgelerde vergi, resim, harç yükümlülüğüne dair mevzuat hükümleri uygulanmaz*” ibaresi kaldırılmış, tam ve dar yükümlülerin bölgedeki süresiz, sınırsız gelir ve kurumlar vergisi muafiyeti uygulamasına son verilmiştir. Muafiyet kaldırılmakla birlikte, 5084 sayılı Kanun’un 9. maddesi ile hâlihazırda faaliyet gösteren yükümlülerin belli bir süre için haklarının korunması amacıyla Serbest Bölgeler Kanunu’na geçici 3. madde eklenerek geçiş dönemine ilişkin istisna uygulaması düzenlenmiştir.

Serbest Bölgeler Kanunu’nun geçici 3. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde, 06.02.2004 tarihi itibarıyla bu Kanun’a göre kurulan serbest bölgelerde faaliyette bulunmak üzere ruhsat almış yükümlülerin, serbest bölgelerde istihdam ettikleri personele ödedikleri ücretler 31.12.2008 tarihine kadar gelir vergisinden müstesna tutulmuştur. Maddeyle ayrıca ruhsatta yer alan sürenin 31.12.2008 tarihinden daha önceki bir tarih olması durumunda istisnanın ruhsatta yer alan süre sonunda biteceği hükme bağlanarak, ücretlere süreli istisna getirilmiştir. Bu değişikliği takiben, 2008 yılı sonu itibarıyla serbest bölgelerde çalışanlar için sağlanan gelir vergisi istisnasının kalkacak olması nedeniyle özellikle üretici firmalarda yaşanan sıkıntıların giderilmesi ve bölgelere üretici ihracatçı firmaların çekilmesi amacıyla bu istisnanın üreticiler için Avrupa Birliği’ne üyelik tarihine kadar devam ettirilmesi gerekçesiyle⁸ 5810 sayılı *Serbest Bölgeler Kanunu ile Gümrük Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*⁹ ile geçici 3. maddenin 2. fıkrasında bazı değişiklikler yapılarak (a), (b), (c) bentleri eklenmiştir. Söz konusu değişiklik ile 2. fıkranın (b) bendinde yer

alan düzenlemeye göre Avrupa Birliği’ne tam üyeliğin gerçekleştiği tarihi içeren yılın vergilendirme döneminin sonuna kadar; bu bölgelerde üretilen ürünlerin FOB bedelinin en az % 85’ini yurt dışına ihraç eden mükelleflerin istihdam ettikleri personele ödedikleri ücretler gelir vergisinden müstesna tutulmuştur.

Maliye Bakanlığı Serbest Bölgeler Kanunu’nun geçici 3. maddesinin son fıkrasında verilen yetkiye istinaden, serbest bölgelerde üretilen ürünlerin FOB bedelinin en az % 85’ini yurt dışına ihraç eden mükelleflerin istihdam ettikleri personele ödedikleri ücretlere uygulanacak gelir vergisi istisnası hakkında *1 Seri No’lu 3218 Sayılı Serbest Bölgeler Kanunu Genel Tebliği*¹⁰ ve *2 Seri No’lu 3218 Sayılı Serbest Bölgeler Kanunu Genel Tebliği*¹¹ ile düzenlemeler yapmıştır. 1 Seri No’lu 3218 Sayılı Serbest Bölgeler Genel Tebliği’ne göre istisna kapsamında değerlendirilen ücretler üzerinden hesaplanan gelir vergisi, muhtasar beyannameyle genel hükümlere uygun olarak beyan edilmekte ve tecil-terkin yöntemi ve iade yöntemi olmak üzere iki tür uygulama yapılmaktaydı. Bunlardan *tecil-terkin yönteminde*, mükellef Serbest Bölgeler Kanunu kapsamında istisna edilecek tutarı muhtasar beyanname ile beyan etmekte, vergi dairesi ise bu tutarı tarh ve tahakkuk ettirerek tecil etmekte idi. İstisna uygulamasından yararlanan mükellefin yurt dışı ihracat tutarının toplam satış tutarına oranı, %85 veya üzerinde gerçekleştiğini YMM faaliyet raporu ile belgelemesi halinde, vergi dairesi tarafından tecil edilen vergi terkin edilmekteydi. İade yönteminde ise mükellef personele ödediği ücret üzerinden tevkif ettiği vergiyi muhtasar beyanname ile beyan ederek ödemekteydi. Mükellef, yıl sonunda yurt dışı ihracat tutarının toplam satış tutarına oranının, %85 veya üzerinde gerçekleştiğini YMM faaliyet raporu ile belgelese, vergi dairesi tarafından düzeltme işlemi yapılarak, ödediği vergileri iade alabilmekteydi.

Serbest bölgede faaliyette bulunan mükel-

7 RG. 06.02.2004, 25365.

8 <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0605.pdf> (Erişim: 17.12.2017).

9 RG. 25.11.2008, 27065.

10 RG. 12.03.2009, 27167.

11 RG. 29.07.2010, 27656.

leflerin imal ettikleri ve yurt dışına ihraç ettikleri ürün satış tutarlarının ürün toplam satış tutarlarına oranı, Kanunda öngörülen oranda yani %85 oranında gerçekleşmemesi halinde, yıl içinde vergi dairesince tarh ve tahakkuk ettirilerek tecil edilen gelir vergisi işverenden cezasız olarak, gecikme zammıyla birlikte tahsil edilmekteydi.

İstisna uygulamasındaki bu durum, istisnanın işçiye mi ve işverene mi ait olduğu hususunda farklı yorumlara yol açmıştır. Serbest Bölgeler Kanunu'nun geçici 3. maddesinin 2. fıkrasının (b) bendinde yer alan istisna hükmüne ve 1 Seri No'lu 3218 Sayılı Serbest Bölgeler Kanunu Genel Tebliği'ne dayanarak serbest bölgede çalışan işçilere ödenen ücretler üzerinden tevkif edilen vergilerin iade edilmesi halinde, bu iadelerin işverenlerce işçilere geri ödenmesi gerektiği ileri sürülmüştür. İstisna şartını sağlayan firmalara iade edilen vergiler, işçilerce firmalardan talep edilmiş ve taraflar ortaya çıkan uyuşmazlık nedeniyle yargıya gitmişlerdir.

Konuya ilişkin işveren tarafından açılan davayı kabul eden ilk derece mahkemesinin kararını oyçokluğuyla bozan Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, gelir vergisi istisnasının işçiye ait olduğu sonucuna varmıştır¹². Maliye Bakanlığı ise, işçiye iadesi talep edilen vergilerin işçiye değil işverene ait olduğu yönünde görüş bildirmiştir. Gelir İdaresi Başkanlığı'nın 29.06.2012 tarih ve B. 07.1.GİB.0.06.43120.03.08.03-25 sayılı Ekonomi Bakanlığı Serbest Bölgeler Yurt dışı Yatırım ve Hizmetler Genel Müdürlüğü'ne verdiği Özelge'de tahakkuktan terkin uygulamasının bir sonucu olarak tahakkuk ettirilerek işveren tarafından ödenmesi gereken vergi tutarının bir kısmından yine işveren lehine vazgeçildiği belirtilmiştir¹³.

İş müfettişleri tarafından bu konunun eleştirilmesi üzerine konu hakkında Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Teftiş Kurulu Başkanlığı tarafından, Ekonomi Bakanlığı Serbest Bölgeler Yurt Dışı Yatırım ve Hizmetler Genel Müdürlüğü'ne serbest bölgede imalat faaliyetinde çalışan işçilerden kesi-

len vergilerin işçilere ödenip ödenmeyeceği konusu sorulmuş, serbest bölgelerle ilgili mevzuatı düzenleyen Bakanlık tarafından verilen 24.05.2012 tarih ve B.19.0.SGB.0.03.01./M-17 sayılı yazıyla verilen cevapta; "işçi ücretlerinden kesilen vergilerin, işçilere ödenmesinin mümkün olmadığı" belirtilmiştir¹⁴.

Konuya ilişkin 2014 yılında yazmış olduğum bir makalede, serbest bölgede çalışan işçilere yapılan ücret ödemeleri üzerinden kesilen vergilerin, üretici firmalara verilmiş bir teşvik olduğunu ifade etmiş¹⁵, Serbest Bölgeler Kanunu'nun geçici 3. maddesindeki hükmün değiştirilmesi gerektiğini "istisnanın muhtasar beyanname üzerinden tahakkuk eden vergiden indirilmek suretiyle işveren lehine terkin edilmesi şeklinde uygulanacağı" ifadesi eklenerek uygulamadaki belirsizliğin giderilmesi gerektiğini ifade etmiştim¹⁶. Nitekim 24.02.2017 günlü Resmi Gazete'de yayımlanan 6772 sayılı Serbest Bölgeler Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'la, Serbest Bölgeler Kanunu'nun konuya ilişkin geçici 3. maddesi değiştirilerek, mükelleflerin istihdam ettikleri personele ödedikleri ücretlere uygulanacak gelir vergisi istisnası uygulamasına son verilmiştir.

III. 6772 sayılı Kanun Sonrası Durum

6772 sayılı Kanun ile Serbest Bölgeler Kanunu'nda yapılan değişiklik sonrasında "serbest bölgelerde üretilen ürünlerin FOB bedelinin en az %85'ini yurt dışına ihraç eden mükelleflerin istihdam ettikleri personele ödedikleri ücretler üzerinden asgari geçim indirimi uygulandıktan sonra hesaplanan gelir vergisi, verilecek muhtasar beyanname üzerinden tahakkuk eden vergiden indirilmek sure-

12 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 28.12.2016, E.2016/35340, K. 2016/22796.

13 http://www.asbas.com.tr/dosyalar/Teftis_Programi.pdf (Erişim:17.12.2017).

14 Mesut ÇIRAK, "Serbest Bölgelerde Üretim Faaliyetinde Bulunan Firmalara Sağlanan Teşvikler Birer Tuzak mı?", Yaklaşım, Sayı:237, Eylül, 2012, s. 137.

15 Aynı yönde Görüş için Bkz. Bumin DOĞRUSÖZ, "Serbest Bölgelerde Ücret İstisnası", Dünya Gazetesi, 25.08.2015. <https://www.dunya.com/kose-yazisi/serbest-bolgelerde-ucet-istisnasi/25067> (Erişim:17.12.2017).

16 Bkz. Ayşe YİĞİT ŞAKAR, "Serbest Bölgelerdeki Personele Ödenen Ücretlere Tanınan Gelir Vergisi İstisnasından Kim Yararlanacak: İşçi mi? İşveren mi?", Mali Çözüm Dergisi, Eylül - Ekim 2014, s. 15-30.

6772 Sayılı Kanun ile Değişiklik Öncesi

“Geçici 3. Madde 2-b) Bu bölgelerde üretilen ürünlerin FOB bedelinin en az % 85’ini yurtdışına ihraç eden mükelleflerin istihdam ettikleri personele ödedikleri ücretler gelir vergisinden müstesnadır. Bu oranı % 50’ye kadar indirmeye ve kanuni seviyesine kadar yükseltmeye Bakanlar Kurulu yetkilidir. Yıllık satış tutarı bu oranın altında kalan mükelleflerden zamanında tahsil edilmeyen vergiler cezasız olarak, gecikme zammıyla birlikte tahsil edilir.”

6772 Sayılı Kanun ile Değişiklik Sonrası

“Geçici 3. Madde 2 -b) Bu bölgelerde üretilen ürünlerin FOB bedelinin en az %85’ini yurt dışına ihraç eden mükelleflerin istihdam ettikleri personele ödedikleri ücretler üzerinden asgari geçim indirimi uygulandıktan sonra hesaplanan gelir vergisi, verilecek muhtasar beyanname üzerinden tahakkuk eden vergiden indirilmek suretiyle terkin edilir. Bu oranı %50’ye kadar indirmeye ve kanuni seviyesine kadar yükseltmeye Bakanlar Kurulu yetkilidir. Bakanlar Kurulu bu yetkiyi, stratejik, büyük ölçekli veya öncelikli yatırımlar ile konusu, sektörü ve niteliği itibarıyla proje bazında desteklenmesine karar verilen yatırımlara yönelik olarak, bölge, sektör ya da faaliyet alanı itibarıyla farklılaştırarak veya kademelendirerek kullanabilir. Yıllık satış tutarı bu oranın altında kalan mükelleflerden zamanında tahsil edilmeyen vergiler cezasız olarak, gecikme zammıyla birlikte tahsil edilir.”

tiyle terkin edilir” hükmü getirilerek tereddüde yol açan istisna ifadesi kaldırılmış, verilen teşvikin işverene ait olduğu netleştirilmiştir. Dolayısıyla, bu düzenlemeden sonra çalışanlar bu teşvik unsuru üzerinden hak iddia edemeyeceklerdir.

Ayrıca, değişiklik öncesinde Bakanlar Kuruluna %85 oranını %50’ye kadar indirme konusunda genel yetkisi değiştirilerek Bakanlar Kurulunun yetkisi sınırlandırılmıştır. Bakanlar Kurulu %85 oranını %50 ye kadar indirme yetkisini sadece stratejik, büyük ölçekli veya öncelikli yatırımlar ile konusu, sektörü ve niteliği itibarıyla proje bazında desteklenmesine karar verilen yatırımlarla sınırlı olarak kullanabilir.

IV. Sonuç

Serbest bölgelerdeki iş yerlerinde iş huzuruna katkı yapacağı beklenen¹⁷ 6772 sayılı Kanun

ile yapılan bu değişikliğin, net ücret üzerinden iş sözleşmesi yapan firmalardaki etkisi ile brüt ücret üzerinden iş sözleşmesi yapan firmalar üzerindeki etkisi farklı olacaktır.

6772 sayılı Kanun değişikliği, iş sözleşmeleri ister net ücret üzerinden isterse brüt ücret üzerinden akdedilsin, her iki durumda da işverenin sosyal sigorta prim maliyetlerini arttırıcı bir etki yaratacaktır. Ancak, iş sözleşmesini brüt ücret üzerinden akdeden ve değişiklik öncesinde işçiye gelir vergisi istisnasını ödeyen, nette çalışanına yıllık aynı tutarı ödemeye devam etmeyi amaçlayan mükelleflerde sosyal güvenlik primlerinin artışına ilave olarak brüt ücret artışı ve gelir vergi matrahı artışı da söz konusu olacaktır.

Bu durumda değişiklik sonrası net ücret ve brüt ücret üzerinden iş sözleşmesi yapanların dikkat etmesi gereken hususlar şunlardır:

Net ücret üzerinden yapılan iş sözleşmelerinde tüm vergi ve sosyal sigorta prim yükü işverene ait olduğundan istisna edilen gelir vergisi zaten işveren uhdesinde kalmaktadır. 6772 sayılı Kanun

¹⁷ Recep BİYİK, “Serbest Bölge Teşviklerinde Neler Değişti?”, Dünya Gazetesi, 24.02.2017. <https://www.dunya.com/kose-yazisi/serbest-bolge-tesviklerinde-neler-degisti/351219> (Erişim:17.12.2017).

öncesinde de sosyal sigorta primlerini gelir vergisi dâhil ücretler üzerinden hesaplayıp ödeyen mükellefler için bu değişiklik, herhangi bir ek maliyet yaratmamaktadır. Ancak, ücretin gelir vergisi istisnasına tabi olması nedeniyle sosyal sigorta primlerini gelir vergisi dahil edilmemiş brüt tutarlar üzerinden hesaplayan mükelleflerde, hesaplanan sosyal sigorta primi matrahının gelir vergisi dâhil brüt ücret üzerinden hesaplanması gerekmektedir. 6772 sayılı Kanun sonrasındaki yeni uygulama kapsamında prim maliyetleri ve dolayısıyla işçilik toplam maliyetleri ciddi oranlarda artabilecektir¹⁸.

6772 sayılı Kanun öncesinde, serbest bölgelerde faaliyette bulunan ve brüt ücret üzerinden iş sözleşmesi yapan bazı mükellef firmalar, gelir vergisi istisnasını işçiye tanıtmış bir hak olarak değerlendirerek ücret hesaplamasının ardından işçiye ödemişlerdir. Yapılan değişikliğin bu mükelleflerde etkisi şöyle olacaktır¹⁹: Uygulamada yapılan değişiklik, nette personeline yıllık aynı tutarı ödemeye devam etmek isteyen mükellefler açısından, işçinin brüt ücret tutarının, gelir vergisi matrahının ve SGK prim matrahının artmasına sonuç olarak yol açmaktadır. Bu kapsamda personele yıllık aynı net tutarı ödemeye devam etmek isteyen brüt anlaşmalı işverenlerin, kanunun yürürlük tarihinden itibaren brüt ücretten akdedilen sözleşmelerini de yeni hesaplama mantığına göre revize etmeleri gerekecektir.

Yıllık satış tutarının belgelenmesi konusunda Yeminli Mali Müşavir Raporu sunulması uygulaması devam etmektedir. Bu konu hakkında kanunda bir açıklama yer almasa da, genel tebliğ ile yeni uygulama yönteminin nasıl olacağı hususunda bir açıklama yapılması söz konusu olabilir. Aksi halde, bu teşvikten yararlanan bütün serbest bölge şirketlerinin her yıl incelenmesi gerekecektir ki bu da İdare açısından büyük bir iş yükü oluşturur²⁰.

18 Burcu PULULAR, "Dikkat! Serbest Bölgelerde Gelir Vergisi İstisna Uygulaması Değişti", Vergide Gündem, Ernst Young Türkiye, Mayıs 2017, s.11.

<http://en.vergidegundem.com/files/ebooks/2017/may/VGMayis/mobile/index.html#p=10> (Erişim: 16.12.2017).

19 PULULAR, s.11.

20 Bumin DOĞRUSÖZ, "Serbest Bölgelerde Ücretlerin Vergilendirilmesi", Dünya Gazetesi, 28.02.2017. [https://www.dunya.com/kose-yazisi/serbest-bolgelerde-odenen-uc-](https://www.dunya.com/kose-yazisi/serbest-bolgelerde-odenen-uc)

KAYNAKÇA

- Bıyık, Recep, "Serbest Bölge Teşviklerinde Neler Değişti?", Dünya Gazetesi, 24.02.2017. <https://www.dunya.com/kose-yazisi/serbest-bolge-tesviklerinde-neler-degisti/351219>(Erişim: 17.12.2017).
 - Çırak, Mesut, "Serbest Bölgelerde Üretim Faaliyetinde Bulunan Firmalara Sağlanan Teşvikler Birer Tuzak mı?", Yaklaşım, Sayı:237, Eylül, 2012, s. 137.
 - Doğrusöz, Bumin, "Serbest Bölgelerde Ücret İstisnası", Dünya Gazetesi, 25.08.2015. <https://www.dunya.com/kose-yazisi/serbest-bolgelerde-ucet-istisnasi/25067> (Erişim:17.12.2017).
 - Doğrusöz, Bumin, "Serbest Bölgelerde Ücretlerin Vergilendirilmesi", Dünya Gazetesi, 28.02.2017. <https://www.dunya.com/kose-yazisi/serbest-bolgelerde-odenen-ucetlerin-vergilendirilmesi/351652> (Erişim: 17.12.2017).
 - Pulular, Burcu, "Dikkat! Serbest Bölgelerde Gelir Vergisi İstisna Uygulaması Değişti", Vergide Gündem, Ernst Young Türkiye, Mayıs 2017.
 - <http://en.vergidegundem.com/files/ebooks/2017/may/VGMayis/mobile/index.html#p=10>(Erişim: 16.12.2017).
 - Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 28.12.2016, E.2016/35340, K. 2016/22796.
 - Yiğit Şakar, Ayşe, "Serbest Bölgelerdeki Personele Ödenen Ücretlere Tanınan Gelir Vergisi İstisnasından Kim Yararlanacak: İşçi mi? İşveren mi?", Mali Çözüm Dergisi, Eylül - Ekim 2014.
 - Yiğit Şakar, Ayşe, Vergi Hukukunda Serbest Bölgeler, Yaklaşım Yayınları, 2008.
 - https://www.ekonomi.gov.tr/portal/content/conn/UCM/path/Contribution%20Folders/web/Yat%c4%b1r%c4%b1m/Serbest%20B%C3%B6lgeler/ekler/genel_bilgi.pdf?lve (Erişim: 17.12.2017).
 - <http://www.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0605.pdf> (Erişim: 17.12.2017).
 - http://www.asbas.com.tr/dosyalar/Teftis_Programi.pdf (Erişim:17.12.2017).
- retlerin-vergilendirilmesi/351652 (Erişim: 17.12.2017).

Yrd. Doç. Dr. Emre ERTAN*

Makale Gönderim Tarihi: 21 Aralık 2017

Makale Kabul Tarihi: 22 Aralık 2017

İş Sözleşmesinin İşçi ve İşveren Sıfatının Birleşmesiyle Sona Ermesi

Öz

Alacaklı ve borçlu sıfatının aynı kişide birleşmesiyle borç sona erer. İşçi ve işveren sıfatının aynı kişide birleşebileceği unutulmamalıdır. Alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesine ilişkin yasal düzenleme, işçi ve işveren sıfatının birleşmesine de uygulanacaktır. Dolayısıyla işçi ve işveren sı-

fatı, kendiliğinden veya işyerinin ya da ciddi bir şirket payının işçiye devri gibi bir hukuki işlemle birleştiğinde iş sözleşmesi sona erer. İş yasaları kıdem tazminatının ödeneceği halleri sınırlı olarak saydığından, işçi böyle bir durumda kıdem tazminatına hak kazanamaz.

Anahtar Sözcükler:

Alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesi, işçi ve işveren sıfatının birleşmesi, iş sözleşmesinin sona ermesi, işyeri devri, kıdem tazminatı.

The Dissolution of the Employment Contract by Merger of the Capacities of Employee and Employer

Abstract

An obligation is deemed extinguished by merger where the capacities of creditor and debtor are united in the same entity. One should bear in mind that the capacities of employee and employer may unite in the same entity. The regulation regarding the merger of the capacities of the creditor and the debtor shall apply to the merger of the capacities of the employee and the employer. Hence the employment contract comes

to an end when the capacities of contractants merge either automatically or by means of a legal transaction such as the transfer of the enterprise or the transfer of a substantial share of the company to an employee. In this case the employee cannot claim any severance pay since the labour legislation enumerates the terms and the conditions in a restrictive manner under which the severance pay shall be paid.

Keywords:

Merger of the capacities of creditor and debtor, merger of the capacities of employee and employer, ending of the employment contract, transfer of the enterprise, severance pay.

*Marmara Üniversitesi İktisat Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı-emreertan28@hotmail.com

I. Giriş

Çağdaş Türk iş hukuku yazınında iş sözleşmesini sona erdiren durumlar; fesih, işçinin ölümü, belirli sürenin bitimi ve tarafların anlaşması (ikale) olarak sıralanmaktadır. Buna karşılık, Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan düzenlemede, alacaklı ve borcu sıfatının aynı kişide birleşmesine borcun sona ermesi sonucu bağlanmıştır. İş sözleşmesi işçi ve işverene karşılıklı borç yükleyen ve sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme türü olup, işçi ve işveren sıfatının aynı kişide ve özellikle işçi de birleşmesi olasıdır. Gerçekten işçinin ölen işverenin mirasçısı olması örneğinde olduğu üzere, işçi ve işveren sıfatı yasa gereği (kendiliğinden) aynı kişide toplanabileceği gibi; işçinin iş görme edimini yerine getirdiği işyerini işverenden devralması veya çalıştığı şirkete ortak olması örneklerinde olduğu üzere, işçi ve işveren sıfatı hukuki bir işlem yoluyla da birleşebilir.

Ne var ki Türk iş hukukuna ilişkin genel kaynaklarda iş sözleşmesini sona erdiren olgular arasında işçi ve işveren sıfatının aynı kişide birleşmesine yer verilmediği gibi, işçi ve işveren sıfatının aynı kişide bir araya gelmesini bağımsız bir sona erme modeli olarak ele alan monografik bir çalışma da yoktur. Bu durum, uygulamada duraksamalara yol açmakta; birleşme kimi zaman fesihle özdeşleştirilirken, bazen birleşme öncesinde bozma (ikale) sözleşmesi bağlanmaktadır. Nitekim kararlarında işçi ve işveren sıfatının aynı kişide bir araya gelemeyeceğini vurgulamasına rağmen, Temyiz Mahkemesi'nin sıfat birleşmesini ayrı bir sona erme nedeni saydığı ve birleşmeyle bağlantılı hukuki sorunlara kesin bir çözüm getirdiği söylenebilir. Sıfat birleşmesinin iş ilişkisine etkisinin yanında, işçi ve işveren sıfatı üzerinde toplanan kişinin birleşmeden önce doğan alacaklarla iş sözleşmesinin sona ermesine bağlı hakları ve -bu arada kıdem tazminatı- talep edip edemeyeceği özellikle yanıtlanması gereken bir sorudur.

Buna göre, işçi ve işveren sıfatının aynı kişide toplanmasının irdelendiği böyle bir çalışmada, konuya öncelikle borçlar hukuku perspektifinden yaklaşılarak alacaklı ve borçlu sıfatının birleştiği durumlarla birleşmenin koşulları ve sonucu ortaya konulmalı; daha sonra borçlar hukukundaki normun

iş sözleşmesine uygulanabilirliği tartışılmalıdır. İşçi ve işveren sıfatının bir araya geldiği durumlar anlatıldıktan sonra, birleşmenin birleşmeden önce doğan alacaklarla iş sözleşmesinin sona ermesine bağlı haklara etkisi ele alınmalıdır. Ekleyelim ki, kıdem tazminatı, işçi alacakları arasındaki özel konu nedeniyle, sıfat birleşmesi yönünden ayrıntılı bir biçimde incelenecektir. İşçi ve işveren sıfatının birleşmesinin Türk iş hukuku öğretisinde ilk defa bir monografik yapıta konu olacak olması, çalışmanın önemini arttırmakta ve konuya bütüncül bir bakış açısıyla yaklaşılmasını zorunlu kılmaktadır.

II. Alacaklı ve Borçlu Sıfatının Birleşmesi

Alacaklı ve borçlu sıfatının aynı kişide birleşmesi borcu sona erdiren haller arasındadır. Nitekim Türk Borçlar Kanunu'nda, alacaklı ve borçlu sıfatlarının aynı kişide birleşmesinin borcu sona erdireceği açıkça belirtilmektedir (TBK m. 135/1). Bu doğrultuda, aynı borca ilişkin edimsel yükümlü alacak hakkının aynı kişide birleşmesiyle borç *kendiliğinden* sona erer¹. Alacaklı ve borçlu sıfatının aynı kişide birleşmesiyle birlikte borç (dar anlamda borç ilişkisi) ortadan kalktığı gibi, borç ilişkisinin taraflarına ait alacaklı ve borçlu sıfatlarının aynı kişide bir araya gelmesi sonucunda borç ilişkisinin (geniş anlamda borç ilişkisi) sonlanması da olanaklıdır². Öğretide birleşme için; bir borcun var olması, alacaklı ve borçlu sıfatının aynı kişide toplanması, birleşmenin borcun doğumundan sonra gerçekleşen birleştirici bir olaya dayanması ve alacak hakkıyla edimsel yükümlünün aynı malvarlığı kesimi içinde bir araya gelmesi koşulları aranmaktadır³.

1 Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya: Borçlar Hukuku, 26. Baskı, Beta, İstanbul 2017, s. 182; Gümüş, M. Alper: Alacaklı ve Borçlu Sıfatının Birleşmesi, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007/1, Cilt 7, Sayı 2, Temmuz 2008, s. 25.; Nomer, N.Haluk: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Bası, Beta, İstanbul 2017, s. 423; Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt -1, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip Genişletilmiş 9. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011, s. 587.

2 Gümüş, s.30.

3 Gümüş, s.31-39.

Öncelikle alacaklı ve borçlu sıfatının aynı kişide birleşmesi için birleştirici olayın gerçekleştiği anda bu sıfatların kaynağını oluşturan bir borcun varlığı şarttır. Öyleyse borç birleştirici olayın meydana geldiği tarihte geçerli olarak doğmamışsa veya ifa ya da başka bir nedenle sona ermişse, TBK m. 135 anlamında bir birleşmeden söz edilemeyecektir⁴. İkinci olarak, borcun birleşmeyle sona ermesi için borca ilişkin alacaklı ve borçlu sıfatı aynı kişide toplanmalıdır. Örneğin alacaklı alacağını borçluya devrettiğinde birleşme gerçekleşmektedir⁵. Birleşmenin üçüncü koşulu, birleşmenin borç doğduktan sonra gerçekleşen birleştirici olaya dayanmasıdır. Alacaklı ve borçlu sıfatının aynı kişide birleşmesi, yasa gereği (kendiliğinden) gerçekleşmekte veya hukuki bir işlemde kaynaklanmaktadır. Buna göre, alacaklı borçluya tek başına mirasçı olması durumunda birleşme kendiliğinden gerçekleşmekteyken; alacaklı alacağını borçluya devrettiği takdirde hukuki işleme dayalı bir birleşme ortaya çıkar⁶. Nihayet birleşmenin son koşulu, alacak hakkıyla edimsel yükümün aynı malvarlığı içinde bir araya gelmesidir. Dolayısıyla alacaklı ve borçlu sıfatı aynı kişide toplanmakla birlikte, bir araya gelmenin aynı malvarlığında gerçekleşmediği durumlarda birleşmeden söz edilemez⁷.

Alacaklı borçluya tek başına mirasçı olduğu takdirde birleşme gerçekleşmekte ve borç birleşmeyle sona ermektedir⁸. Peki, alacaklı dışında başka mirasçılar da varsa nasıl bir tablo ortaya çıkacaktır? Mirasçılar, tereke borçlarından müteselsil (birlikte) sorumludur (TMK m. 64/I). Öğretide bir görüş; bölünebilir borçlarda, birleşmeyle beraber miras bırakanın borcunun mirasçı alacaklı için mirasçı alacaklının iç ilişkideki payı (miras payı) oranında ortadan kalkacağını, diğer mirasçıların ise kalan tutar oranında müteselsil borçlu olmayı sürdüreceğini savunmaktadır⁹. Örneğin mirasçısı olarak üç oğlu kalan miras bırakan (M) en büyük oğlu O1'e

900,00 TL borçluya, (M)'nin yaşamını yitirmesiyle (M)'nin borcunun O1 için iç ilişkideki payı (1/3) oranında sona ereceği ve O1'in müteselsil borçlu sıfatını taşıyan diğer mirasçılar O2 ve O3'den 600,00 TL isteyebileceği dile getirilmektedir¹⁰. Bölünebilir ve bölünemez edimler arasında kesin bir ayırıma gitmemekle birlikte Yargıtay da, müteselsil borçlu mirasçıların borcunun mirasçı alacaklının iç ilişkideki payı oranında ortadan kalkacağı kanısındadır¹¹. Buna karşılık, öğretide baskın eğilim; tereke alacaklısının aynı zamanda bir mirasçı olduğu durumlarda - *miras bırakanına mal satan ancak bedelini tahsil edemeyen mirasçı örneğinde olduğu gibi* - TMK 641/I'in uygulanmayacağını ve öteki mirasçıların bu borç için müteselsil sorumluluğunun bulunmadığı görüşünü benimsemektedir¹². Bu görüşün doğal bir sonucu olarak; tereke alacaklısı mirasçının alacağı, terekenin paylaşımı sırasında hesaba katılarak onun payı belirlenmeli ve gerekirse bazı tereke malları paraya çevrilerek borç ödenmelidir. Çoğunlukla paylaşılan bu düşüncenin arka planında, mirasçıların iki kere hesaplaşmasının ve mirasçılar arasında iki ayrı uyumsuzluk çıkmasının hukuk ekonomisiyle bağdaşmadığı gibi bir gerekçe yatmaktadır¹³.

Asıl borcun birleşmeyle sona ermesiyle birlikte ikincil (feri) haklar; başka bir anlatımla faiz ve ceza koşulu gibi bağımsız ikincil (feri) alacaklarla kefalet ve rehin gibi borca ilişkin teminatlar son

10 *Gümüş*, s.37. Böyle bir durumda öteki mirasçılar O1 ve O2, O1'e karşı 600,00 TL için müteselsil borçlu olacaktır.

11 *"...Davacı, davalının eşi olup, çocukları bulunmadığı için ölümü ile mirası davalı kocası M. ile Kardeşleri Z. ve F'ye kalmıştır. Davalı bu davada bir yandan nafaka borçlusu, öbür yandan ise, ölen eşinin mirasçısı olarak alacaklı durumunda olup, şahsında alacaklılık ve borçluluk sıfatı birleştiği için, miras payı oranında borç kendiliğinden düşer. (B.K. 116) Öyle ise Mahkemece yapılacak iş, dava günü ile ölüm tarihi arasındaki süre içinde birikmiş nafaka tutarı hesaplanmak, davalıda alacaklı borçlu sıfatı birleştiği cihetle sadece davacıların miras payına düşenin ödetilmesine karar vermektir. Buna rağmen alacağın tümünün davalıdan alınmasına karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır...". Y.2.HD., 06.05.1974, _2936/2795, Yargıtay Kararları Dergisi, 1975/5, s. 47.*

12 *Dural, Mustafa/Öz, Turgut, Türk Özel Hukuku, Cilt IV, Miras Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016, s. 458-459; Oğuzman /Öz, s.586.*

13 *Dural/Öz, s. 459.*

4 *Gümüş*, s.31.

5 *Gümüş*, s.33.

6 *Gümüş*, s.34.

7 *Nomer, s. 423; Oğuzman /Öz, s.587.*

8 *Gümüş*, s.35.

9 *Gümüş*, s.37.

bulmaktadır¹⁴. Alacaklı ve borçlu sıfatının aynı kişide birleşmesinin koşulları oluştuğunda, borç tarafların herhangi bir davranışına gerek kalmaksızın kendiliğinden ortadan kalkar. Birleşme borcun bir bölümüne ilişkinse, borç salt birleşen alacak ve edimsel yüküm yönünden sona ermektedir¹⁵.

III. Alacaklı ve Borçlu Sıfatının Birleşmesine Borcun Sona Ermesi Sonucunu Bağlayan Yasal Düzenlemenin İş Sözleşmesine Uygulanabilirliği

Ne Türk Borçlar Kanunu'nun hizmet sözleşmesine ilişkin hükümlerinde ne de İş Kanunu'yla diğer iş yasalarında işçi ve işveren sıfatının aynı kişide birleşmesinin iş sözleşmesini sona erdireceğini düzenleyen bir kurala yer verilmiştir. İş yasalarında var olan boşlukların -iş hukukunun niteliğine uygun düştüğü ölçüde- Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümleriyle doldurulacağı konusunda öğretide ve içtihadta bir görüş ayrılığı neredeyse yoktur¹⁶. Türk Borçlar Kanunu'nda

hizmet (iş) sözleşmesinin sona erdiren durumlar; sırasıyla belirli sürenin dolması (TBK m. 430), fesih (TBK m. 431-439) ve işçi veya işverenin ölümü (TBK m.440-441) olarak sıralanmaktadır Buna karşın, İş Kanunu'nda iş sözleşmesini sona erdiren durumlardan sadece fesih düzenlenmiştir (İK m. 17-27). İş hukuku yazınında ise, iş sözleşmesinin son bulunduğu durumlar dört başlık altında incelenmektedir: Tarafların anlaşması (ikale), ölüm, belirli sürenin bitimi ve fesih¹⁷.

İş sözleşmesi, işçiyle işveren arasında sürekli borç ilişkisi doğuran ve her iki tarafa karşılıklı borç yükleyen bir sözleşme tipidir. Böyle bir hukuki ilişkide aynı anda alacaklı ve borçlu sıfatını taşıyan taraflara ait işçi ve işveren sıfatlarının kendiliğinden (yasa gereği) veya hukuki işlem yoluyla birleşmesi olasıdır. Söz gelimi, işçi babasının yanında çalışırken miras bırakan baba öldüğünde işyeri miras yoluyla işçiye geçmekte ve böylelikle mirasçı işçi kendiliğinden işveren sıfatını kazanmaktadır. İşçi iş görme borcunu yerine getirdiği

lar Kanunu içinde yer alır. Ancak bir sözleşme türünün yaygın ve etkin olması, özel arz etmesi, bağımsız bir hukuk dalı niteliği kazanması nedeni ile bu sözleşme ile ilgili özel kanun düzenlenmesini gerektirir. Kural olan genel kanundan sonra özel kanun düzenlenmesinin gelmesidir. Zira özel kanun daha kapsamlı, daha ayrıntılı düzenlemeleri içerir. Özel kanun-genel kanun ilişkisinde özel kanunda hüküm olmayan veya boşluk bulunan hallerde genel kanun hükümlerinin uygulanacağı açıktır. Farklı çatışan hükümlerin olması halinde ise özel kanun hükümleri dikkate alınacaktır..” Yarg. 9. HD., 03.10.2017, E:2015/27849 K:2017/14749, www.legalbank.net Buna karşılık, öğretide azınlıkta kalan görüş; Deniz İş Kanunu ile Basın İş Kanunu'nun ana kanun niteliğinde bulunduğunu ve bu yasalarda boşluk bulunan durumlarda İş Kanunu'na gidilmesinin uygun olacağını ileri sürmektedir. bkz. Mollamahmutoglu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş; İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 60-61.

14 Akıntürk/Ateş, s. 182; Gümüş, s. 40; Nomer, s. 423; Oğuzman /Öz, s.587.

15 Gümüş, s.40.

16 Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 30. Baskı, Beta, İstanbul 2017, s. 19-20. Süzek, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 14. Baskı, Beta, İstanbul 2017, s.39-44. Şakar, Müjdat; İş Hukuku Uygulaması, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 11. Baskı, Beta, İstanbul 2016, s. 26. "...Basın işyerinde çalışanlarla çalıştıranlar arasındaki ilişkilerde uygulanan 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkındaki Kanun'da, (satış suretiyle de olsa) işyeri devri hâlinde devir tarihine kadar doğmuş işçilik alacaklarından sorumluluk esasları belirlenmemiştir. Bu durumda anılan Yasaya tâbi çalışanlar bakımından işyeri devrinin işçilik alacaklarına etkileri hususunda kanun boşluğundan söz edilir. Yasa boşluğun genel kanun niteliğindeki Borçlar Kanunu hükümleri ile doldurulması gerekir..." Yarg. 9. HD., 13.04.2005, 8891/13918, www.legalbank.net. "...Genel olarak sözleşme hukuku, Borçlar Hukuku kapsamındadır. Bu nedenle tüm sözleşmelere ilişkin genel hükümleri Borç-

17 Çelik /Caniklioğlu /Canbolat, s. 403 vd.; Eyrenci, Öner/ Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim: Bireysel İş Hukuku, 8. Baskı, Beta, İstanbul 2017; s. 173 vd.; Süzek, 525 vd; Şakar, 178 vd. Monografik bir yapıtta, daha önce iş sözleşmesiyle çalışan bir kişiye en yüksek düzeyde talimat verme yetkisi devredildiğinde iş sözleşmesinin esaslı unsuru olan bağımlılığın ortadan kalkacağı; böylece iş sözleşmesinin sona ereceği kaydedilmiştir. Ancak yazar, somut işveren sıfatını kazanan kişinin iş sözleşmesinin nasıl sona erdiğini açıklamamıştır. Engin, E. Murat: Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşveren, Basisen Eğitim ve Kültür Yayınları, İstanbul 1993, s. 116-151.

işyerini işverenden devraldığına veya çalıştığı şirketin %50 payını satın alarak ortak olduğunda ise, işçi ve işveren sıfatı hukuki işlem kanalıyla aynı kişide toplanmaktadır. Sunulan örneklerden anlaşılacağı üzere, iş sözleşmesi alacaklı ve borçlu sıfatının aynı kişide birleşmesine konu olabilmektedir. Ancak işçi ve işveren sıfatını aynı kişide birleştiren olguların, fesihle veya başka bir sona erme modeliyle özdeşleştirilmesi ve feshi veya başka bir sona erme modelini düzenleyen normların birleşmeye uygulanması olanak dışıdır. Şu halde alacaklı ve borçlu sıfatının aynı kişide birleşmesini ve birleşmenin sonuçlarını düzenleyen hüküm (TBK m. 135), işçi ve işveren sıfatının aynı kişide toplandığı bütün olgulara uygulanmaya elverişlidir. Kaldı ki Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen sözleşme tiplerinin hiçbirinde alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesi bağımsız bir sona erme nedeni sayılmamasına rağmen, sözleşme tipine özgü sıfatların (örneğin kiracı ve kiraya veren) aynı kişide birleşmesinin taraflar arasındaki borç ilişkisini ortadan kaldıracığından kuşku duyulmamalıdır. Ekleyelim ki, Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinin de içinde yer aldığı pozitif hukuk kurallarınca düzenlemeyen iş sözleşmesinin tarafların anlaşmasıyla sona ermesinin (ikale/bozma) 4857 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihi izleyen dönemde gerek öğretici gerekse içtihat tarafından iş sözleşmesine özgü bir sona erme biçimi olarak kabul edilmesi; açık bir yasal düzenlemeye konu birleşmenin iş sözleşmesini sona erdiren hallerin listelendiği kataloga *a fortiori* dâhil edilmesini zorunlu kılmaktadır¹⁸.

18 İş sözleşmesinin anlaşmayla sona ermesi konusu ayrıntılı bilgi için bkz. *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, İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Toplantısı, 11. Yıl Toplantısı, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2008, s. 42-52; *Astarlı*, Muhittin: İş Hukukunda İ kale (Bozma Sözleşmesi), 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2016. *Van Heusden*, R.L., Beëindigingsovereenkomst en het recht op WW-uitkering, Monografieën Sociaal Recht, Kluwer, Deventer 2006. Özdemir, Erdem: İstifa ve İ kale –İşçinin İş Sözleşmesini Sona Erdiren Hukuki İşlemlerin Geçerliliği, İstanbul Barosu Yayınla-

IV. İşçi ve İşveren Sifatının Birleştiği Durumlar

1. Genel Olarak

İşçi ve işveren sıfatının birleşmesine yol açan durumlar çeşitli başlıklar altında ele alınabilir. İş sözleşmesi, işçi ve işveren sıfatının yasa gereği aynı kişide toplanmasıyla ortadan kalkmaktadır. İşçinin işverene mirasçı olması, iş ilişkisini yasa gereği sonlandıran durumlara tipik örnektir. Bu örnekte, iş sözleşmesinin sona ermesinde taraf iradeleri rol oynamamakta; tersine miras bırakan işveren yaşamını yitirdiği anda işçi ve işveren sıfatı işçide birleşmekte ve böylelikle iş sözleşmesi kendiliğinden sona ermektedir. Buna karşılık, iş sözleşmesi işçi ve işveren sıfatının aynı kişide birleşmesi sonucunu doğuran hukuki bir işlemle de son bulabilir. Örneğin işçi çalıştığı işyerini işverenden kira veya satım sözleşmesiyle devraldığına veya iş görme edimini yerine getirdiği şirkete ortak olduğunda iş sözleşmesi işçi ve işveren sıfatının aynı kişide bir araya gelmesini sağlayan hukuki bir işlemle birlikte ortadan kalkmaktadır.

2. İşçinin Miras Bırakanı İşverenin Ölümü

İşçiyle işveren arasında olası bir miras bağının varlığına yönelik önerme, başlangıçta okurca yadırganabilir. Ne var ki özellikle çok sayıda küçük ve orta boy işletmenin aile firması niteliğinden

rı, İstanbul 2009, s. 24-48. *Taquet*, François: Le départment négocié (Rupture de contrat de travail par consentement mutuel, Gereso, Le Mans, Édition 2004. "...Bozma sözleşmesi (ikale) yasalarımızda düzenlenmiş değildir. Uygulamada sözleşme özgürlüğünün bir sonucu olarak daha önce kabul edilen bir hukuki ilişkinin sona erdirilmesinin de mümkün olduğu, sözleşmenin doğal yoldan sona ermesi dışında tarafların akdi ilişkiyi sona erdirebilecekleri kabul edilmektedir. İşçi ve işveren iradelerinin fesih konusunda birleşmesi, bir taraf feshi niteliğinde değildir. İş Kanununda bu sona erme türü yer almasa da, taraflardan birinin karşı tarafa ilettiği iş sözleşmesinin karşılıklı feshine dair sözleşme yapılmasını içeren bir açıklamayı (icap) ardından diğer tarafın da bunu kabulü ile bozma sözleşmesi (ikale) kurulmuş olur..." Yarg. 9. HD., 21.04.2008, E.2007/30761 K:2008/9209.

sınırlamadığı ülkelerde, çocukların babalar tarafından kurulan ticari işletmelerin bünyesinde istihdamı yaygın bir olgudur. Gerçekten çocuk bazen babası tarafından hemen aile şirketine ortak yapılmakta; buna karşılık, çocuğunun çalışma yaşamında veya meslekte deneyim kazanması arzulandığı takdirde, babayla çocuk arasında ilk aşamada iş sözleşmesine dayalı bir ilişki kurulması yeterli sayılmaktadır. Belirtelim ki, yeterince deneyim kazanan çocuk ilerleyen aşamada ticari işletmeye ortak edilmektedir. Aynı biçimde eşin diğer eşin yanında iş sözleşmesiyle çalıştığı durumlarla da karşılaşılmaktadır. Her ne kadar örneklerin sayısı çoğaltılabilirse de, ayrıntılara odaklanıp konunun özünden uzaklaşılmalıdır: Soru şudur: İşçinin işverene mirasçı olduğu bir durumda, işverenin ölümü iş sözleşmesinden doğan borç ilişkisini ve bu ilişkiden kaynaklanan alacaklarla borçları nasıl etkileyecektir?

Konunun ikili bir ayırım çerçevesinde değerlendirilmesi uygun olacaktır. İlk olarak temel hukuki bağın, eş deyişle iş ilişkisinin akıbeti irdelenmelidir. Miras bırakan konumundaki işverenin ölümüyle, malvarlığı tüm haklarla ve borçlarla birlikte *-bir bütün olarak-* mirasçı işçiye geçmektedir. Bu durumda, alacaklı ve borçlu sıfatının aynı kişide birleşmesiyle borcun sona ereceğini düzenleyen norm iş sözleşmesinde de uygulama alanı bulacak; miras bırakan sıfatını taşıyan işveren öldüğü ve miras açıldığı anda iş sözleşmesi ortadan kalkacaktır. Ne var ki her iki tarafa çok sayıda borç yükleyen böylesine girift bir sürekli borç ilişkisinin yasa gereği *ipso iure* ortadan kalkması, sorunu her zaman çözmemektedir. Zira işçi ve işveren sıfatlarının miras yoluyla aynı kişide toplanması, iş sözleşmesinden kaynaklanan karşılıklı borçların durumunu gündeme getirmektedir. Öncelikle iş sözleşmesinden doğan kişisel edimler (iş görme ve gözetme borçları gibi) miras açılır açılmaz hemen sona ermektedir. Bununla birlikte, işverenin ölümünden önce doğmakla beraber henüz ifa edilmemiş parasal edimlerle kıdem tazminatı ve yıllık izin ücreti gibi iş sözleşmesinin sona ermesine bağlı haklar özellik arz etmektedir¹⁹. Şöyle ki işçinin

19 Bu alacaklardan hangilerinin birleşmeyle ortadan kalkacağı ve hangilerinin ise talep edilebileceği daha sonra ayrıntılı olarak incelenecektir.

işverenin tek mirasçısı olduğu bir durumda, iş sözleşmesinden kaynaklanan borçlar, alacaklı ve borçlu sıfatlarının aynı kişide birleşmesiyle son bulur²⁰. Oysa ölen işverenin işçi dışında başka mirasçıları da varsa, iş sözleşmesinden doğan borç işçinin miras payıyla sınırlı biçimde ortadan kalkar. Nitekim medeni/borçlar hukuku öğretisinde bir eğilim, birleşme ile birlikte miras bırakanın borcunun mirasçı alacaklı için mirasçı alacaklının iş ilişkideki payı oranında sona ereceği, diğer mirasçıların kalan tutar oranında müteselsil borçlu olmayı sürdüreceği kanısındadır²¹. Ekleyelim ki, bazı Yargıtay kararları da öğretiyle koşturur²². Buna karşılık, miras bırakan işverenin mirasçı işçi dışında başka mirasçıların varlığı durumunda; miras bırakan işverenin iş ilişkisi kaynaklı tüm borçları mirasçı alacaklı için kendi miras payı oranında sona erecek, diğer mirasçıların kalan tutar yönünden birlikte sorumluluğu gündeme gelecektir. Ne var ki öğretilde baskın görüş, diğer mirasçıların bu borç için müteselsil sorumluluğunun bulunmadığı, dolayısıyla tereke alacaklısı mirasçının alacağına terekenin paylaşımı sırasında hesaba katılarak onun payı belirlenmesi ve gerekirse bazı tereke malları paraya çevrilerek borcun ödenmesi gerektiğini öne sürmektedir²³.

Örneğin işçi (İ) 4857 sayılı İş Kanunu'na tabi bir işyerinde tek mirasçısı olduğu işveren (M)'nin yanında çalışmakta; ancak işveren (M) fazla çalışma yapan işçi (İ)'nin 40.000,00 TL tutarında fazla çalışma ücretini ödememektedir. İşveren (M) öldüğünde işçi (İ) işveren sıfatını kazanacak; işçi

20 Gümüş, 37.

21 Gümüş, 37.

22 "...Davacı, davalının eşi olup, çocukları bulunmadığı için ölümü ile mirası davalı kocası M. ile Kardeşleri Z. ve F.'ye kalmıştır. Davalı bu davada bir yandan nafaka borçlusu, öbür yandan ise, ölen eşinin mirasçısı olarak alacaklı durumda olup, şahsında alacaklılık ve borçluluk sıfatı birleştiği için, miras payı oranında borç kendiliğinden düşer. (B.K. 116) Öyle ise Mahkemece yapılacak iş, dava günü ile ölüm tarihi arasındaki süre içinde birikmiş nafaka tutarı hesaplanmak, davalıda alacaklı borçlu sıfatı birleştiği cihetle sadece davalıların miras payına düşenin ödetilmesine karar vermekten ibarettir. Buna rağmen alacağın tümünün davalıdan alınmasına karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır..." Y.2.HD., 06.05.1974, _2936/2795, Yargıtay Kararları Dergisi, 1975/5, s. 47.

23 Dural/Öz, s. 458-459; Oğuzman /Öz, s.586.

ve işveren sıfatları işçi (İ)'de birleşecektir. Sonuç olarak; iş sözleşmesinden doğan sürekli borç ilişkisi kendiliğinden sona ereceği gibi, (İ)'nin ücret alacağıyla miras bırakan (M)'nin ücret borcu aynı malvarlığı içinde bir araya gelerek ortadan kalkacaktır. Şu kadar ki, (M)'nin (İ) dışında da mirasçılarının bulunduğu örnekte durum karmaşıklaşmaktadır. İşçi (İ)'den başka üç mirasçının daha bulunduğunu ve bunların işçi (İ)'nin annesi (A) ile kardeşleri (K1) ve (K2) olduğunu varsayalım. Böyle bir olasılıkta, (İ)'nin fazla çalışma ücreti alacağı kendi miras payı (1/4) oranında (10.000,00 TL) sona erecektir. (İ) fazla çalışma ücreti alacağının 3/4'ünü (30.000,00 TL) ise, bir görüşe göre müteselsil sorumlu diğer mirasçılardan isteyebilecek; baskın yaklaşım dikkate alınırsa bu alacağın terekenin paylaşımı sırasında hesaba katılarak payının belirlenmesini ve gerekirse tereke mallarının paraya çevrilerek borcunun ödenmesini talep etmekle yetinecektir.

3. İşyerinin İşçiye Devri

İşyeri hukukî bir işlemle devredildiği takdirde devreden işverenle devir konusu işyerinde çalışan işçiler arasında var olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçlarıyla birlikte devralana geçmekte; böylece işyerini devralan gerçek veya tüzel kişi ya da tüzel kişilikten yoksun kurum veya kuruluş doğrudan işveren sıfatını kazanmaktadır²⁴. İşyeri üçüncü kişi tarafından devralınabileceği gibi, işveren işyerini iş görme edimini aynı işyerinde yerine getiren işçi veya işçilere devredebilir. Örneğin esnaf unvanı taşıyan gerçek kişi işveren, işyerini istihdam ettiği işçilerden birine devrettiğinde ya da gerçek kişi olan tacirin ticari işletmesi, iş görme borcunu ticari işletmeye dâhil işyerinde ifa eden bir işçi tarafından bir bütün halinde

devralındığında devreden işverenle işyerini devralan işçi arasında var olan iş sözleşmesine dayalı borç ilişkisi sona ermektedir.

4. Pay Devri

Anonim veya limited şirkete bağlı bir işyerinde iş gören işçinin anonim veya limited şirketin esas sermaye payını satın alarak şirkete ortak olması, ticari yaşamda rastlanan bir olgudur. Özellikle yüksek ücret alan üst düzey yöneticilerle kimi nitelikli işçiler zaman içinde sermaye ve bilgi biriktirmekte; işveren sermaye, bilgi, yetenek ve şöhretinden yararlanmak istediği işçiyi şirkete ortak etmektedir. Kuşkusuz işveren işçiye başka ve üstelik hukuka aykırı bir amaçla pay devri yapabilir. Gerçekten kimi şirketler salt iş, sosyal güvenlik ve vergi hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerinden kaçınmak amacıyla işçi veya işçilere düşük oranlarda pay devretmektedir. Böylece işçi iş hukukuna ilişkin yasal düzenlemelerden doğan bütün haklardan yoksun kılınmakta, ayrıca işveren sosyal sigorta primi ve gelir vergisi stopajı gibi yüklerden kurtulmaktadır. Bununla beraber; çalıştığı şirketin payını devralan işçinin şirkete gerçekten ortak mı olduğu, yoksa muvazaalı bir hukuki işlemle dışarıya karşı şirketin ortağı gibi mi gösterildiği sorusu ancak bir dizi ölçüt kullanılarak yanıtlanabilir.

Bu bağlamda, devredilen payın oranıyla işçiye temsil yetkisi verilip verilmediği ve temsil yetkisi verilmişse yetkinin kapsamı belirleyici olacaktır. Şayet sembolik bir pay devri yapılmışsa veya tanınan temsil yetkisi dar kapsamlıysa iş sözleşmesinin sona erdiğinden söz edilemez. Ne var ki bu çerçevede ortaya çıkabilecek her olaya uygulanabilecek genel bir ölçütün geliştirilmesi olanak dışıdır. Böyle bir hukuki uyumsuzlukla karşılaşan hâkim, somut olayın özelliklerini dikkate almalı; özellikle pay devrinin şirketin ortaklık yapısında önemli bir değişikliğe yol açıp açmadığını irdelemelidir. Ekleyelim ki, payı devralan kişinin şirketin karar alma mekanizmasında oynadığı rol, somut işveren sıfatının kazanılmasında ayırt edici öğe sayılmalıdır²⁵. Bu doğrultuda Yargıtay, payın yüz-

24 İşyeri devri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. *Alpagut, Gülsevil: İşyerinin Devri ve İş Sözleşmesinin Feshi*, Beta, İstanbul 2010. *Güzel, Ali: İşverenin Değişmesi- İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi*, Kazancı Yayınları, İstanbul 1987. *Beltzer, R.M.: Overgang van onderneming in de private en publieke sector*, Deventer, Kluwer 2008. *Özkaraca, Ercüment: İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu*, Beta, İstanbul 2008.

25 Soyut işveren - somut işveren ayırımı ve ayırımın öne-

desinden çok; pay sahibinin şirketteki konumu, gördüğü iş, çalışma koşulları ve aldığı ücret gibi ölçütler üzerinden sonuca gidilmesi gerektiği görüldüğünü benimsemektedir. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, %25 gibi görece yüksek paya sahip limited şirket ortağının bile somut olayın özelliklerine göre işçi sayılabileceğine; böyle bir olasılığın ancak şirketin ticari kayıtları, defterleri, kâr ve zarar durumu, vergi beyannameleri, ortakların sayısı ve pay oranı gibi noktalar incelenerek dışlanabileceğine hükmetmiştir²⁶.

mi hakkında bkz. Engin, s. 116-144.

26 "...Dava konusu uyuşmazlık ile ilgisi nedeniyle, hemen belirlemek gerekirse; bir limited şirket ortağı kural olarak kendi adına bağımsız çalışan kişi kabul edilir ve işçi statüsünde sayılmaz. Zira bir kişinin hem kazanç sağlayan bir şirketin ortağı hem de bu şirketin işçi statüsünde çalışması olarak kabul mümkün değildir. Başka bir anlatım ile işverenlik ve işçi statüsünün aynı kişide birleşmesi yasalarca mümkün bulunmamaktadır. Ne var ki, kural belirtilen şekilde olmakla birlikte, iş hayatında ayrık durumların ortaya çıkması mümkündür. Bir kimsenin biçimsel anlamda limited şirket ortağı gözükmese karşın, bağımlı çalışma koşulları ve aldığı ücret, bağımsız çalışma ve kazanç sağlama durumundan baskınca bu takdirde salt, ortaklık statüsünden hareketle sonuca gidilemez. Hukuksal statüsü belirlenmek istenilen kişinin; şirket içerisindeki pozisyonu, gördüğü iş, çalışma koşulları, aldığı ücret birlikte değerlendirilerek ekonomik yaşamının ne şekilde sürdürüldüğü ortaya konularak sorun çözümlenir. Sembolik sayılabilecek bir oranda limited şirket ortağı gözükmese karşın kişinin, yasaların öngördüğü anlamda ve yukarıda unsurları ortaya konduğu biçimde hizmet akdine göre çalıştığı belirlendiği takdirde, yasal karinenin aksi kanıtlanmış kabul edilerek kişi, 1475 sayılı Yasanın öngördüğü anlamda işçi, giderek 506 sayılı Yasaya uygun sigortalı sayılır. Dava konusu olaya gelince, dosyadaki bilgi ve belgelerden; davacının hukuksal konumu yeterince ortaya çıkmamaktadır. Davacının her ne kadar işçi statüsünde olduğu ileri sürülmekte ise de; ortağı olduğu limited şirkette %25 gibi önemli bir pay sahibi bulunmaktadır. Bu durumda davacının ekonomik hayatında hangi tür çalışmanın egemen olduğu açıkça ortaya konmalıdır. Bu nedenle, öncelikle, davacının mensup olduğu limited şirketin ticari kayıtları, defterleri, kâr ve zarar durumu, vergi beyannameleri, ortaklar pay ve adet durumu incelenmeli davacının buna göre gerçek durumu saptanmalıdır. Davacının çalışma biçimi ve bunun karşılığı aldığı ücret ile şirket ortağı olarak sağladığı kazanç ve kâr 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

V. İşçi ve İşveren Sifatının Birleşmesinin İş Sözleşmesinden Doğan Alacaklara Etkisi

1. Birleşmeden Önce Doğan Alacaklar

İşçi ve işveren sıfatının aynı kişide bir araya gelmesi, birleşmeyle birlikte işçi sıfatını yitiren ve aynı anda işveren sıfatını elde eden kişinin iş sözleşmesinin sona ermesinden önce doğan ücret, ikramiye, prim ve fazla çalışma ücreti gibi alacakları üzerinde -kural olarak- olumsuz bir etki yaratmaz. Yalnızca işçinin işverenin tek mirasçısı olduğu durumlarda; iş sözleşmesinin miras bırakan işverenin ölümünden ötürü kendiliğinden sona ermesi, bu tür alacakların ortadan kalkmasına neden olur. Bunun dışında, miras bırakan işverenin başka mirasçıları bulunduğu veya işçi, işyeri ya da pay devri gibi hukuki bir işlem yoluyla işveren sıfatını kazandığı takdirde işçi ve işveren sıfatının aynı kişide toplanması iş sözleşmesinin sona ermesinden önce doğan alacakları sona erdirmeyecektir. Dolayısıyla bir anda işçilikten işverenliğe evirilen kişinin iş sözleşmesinden kaynaklanan ücret, prim, ikramiye, genel tatil ücreti ve fazla çalışma ücreti gibi alacaklarını; birleşmeye yol açan olay mirasın açılmasıyla diğer mirasçılardan/terekeden veya birleşme pay devrinin sonucuysa somut işveren sıfatını taşıdığı şirketten talep etmesinin önünde hukuki bir engel yoktur.

2. İş Sözleşmesinin Sona Ermesine Bağlı Haklar

a) Kıdem Tazminatı

İş sözleşmesinin işçi ve işveren sıfatının aynı kişide birleşmesi yoluyla sona ermesinin kıdem tazminatına hak kazandıran durumlar arasında yer alıp almadığı sorusu, birleşmenin hukuki sonuçlarına ilişkin tartışmanın deyim yerindeyse odağında yer almaktadır. Özellikle işçi iş sözleşmesiyle

hakları kabul edilmelidir..." (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 16.04.2003, 9-308 E/303 K, www.legalbank.net).

çalıştığı şirkete ortak olarak eski hukuki statüsünü yitirdiği ve somut işveren sıfatını kazandığı takdirde, şirketin yeni ortağa (eski işçiye) kıdem tazminatı ödeme yükümlülüğü bulunup bulunmadığı sıkça sorulan bir sorudur. Öyle ki sıfat birleşmesinin iş sözleşmesinin son bulmasını sağlayan bağımsız bir sona erme biçimi olduğunun henüz içselleştirilememesi; dahası birleşmenin iş sözleşmesine dayalı hukuki bağı kendiliğinden ortadan kaldırmayacağı ve bu durumun fesih bildirimini gerekli kıldığı yönünde yanlış bir algı oluşması, iş sözleşmesinin birleşmeyle bittiği süreçte tekdüze bir uygulamanın yerleşmesini engellemiştir. Bazen iş sözleşmesi birleşmeyle sona eren işçiye sanki iş sözleşmesi işveren tarafından süreli fesih bildirimiyle sona erdirilmişçesine kıdem ve ihbar tazminatları ödenirken, kimi zaman kıdem tazminatıyla yetinilmektedir. Buna karşın, birleşme anında işverene istifa dilekçesi sunan işçiye kıdem tazminatı ödenmemesi de sıkça karşılaşılan bir olgudur. Nihayet işçiyle işverenin birleşme öncesinde ikale (bozma) sözleşmesi bağladıkları ve bu sözleşmede kıdem tazminatına ilişkin düzenlemelere de yer verdikleri görülmektedir.

Personellikten patronluğa geçiş sayesinde bir anlamda sınıf atlayan ve yeni bir statü elde eden kişinin birleşmenin gerçekleştiği anda ve sonrasında, kıdem tazminatı gibi görece düşük tutarda bir alacaktan yoksun kalmayı çok fazla önemsememesi doğal karşılanabilir. Ne var ki ortaklıktan çıkarılma örneğinde olduğu gibi, somut işveren sıfatının ticaret hukukuna ilişkin bir hukuki uyumsuzluğa da tetikleyecek biçimde ortadan kalkmasıyla mazide kalan bir işçi alacağı olan kıdem tazminatını yeniden gündeme gelmektedir. Acaba iş sözleşmesi işçi ve işveren sıfatının birleşmesi nedeniyle sona erdiğinde kıdem tazminatı hakkı doğmakta mıdır? Belirtelim ki, kıdem tazminatı üç ayrı yasada düzenlenmiş olup, bütün bu yasalar kıdem tazminatına hak kazandıran durumlar açısından sınırlı sayı (*numerus clauses*) ilkesini benimsemiştir. 4857 sayılı İş Kanunu'na tabi işçileri kapsayan 1475 sayılı eski İş Kanunu'nun halen yürürlükteki 14. maddesi, kıdem tazminatı hakkını, iş sözleşmesinin fesih yoluyla son bulduğu bazı

durumlarla işçinin ölümüne özgülemiştir. Deniz İş Kanunu ile Basın İş Kanunu ise, gemi adamıyla gazetecinin veya mirasçılarının ancak iş sözleşmesi feshedildiğinde veya gazeteci ya da gemi adamı öldüğünde işverenden kıdem tazminatı talep edebileceklerini kurala bağlamaktadır²⁷.

Öğretide iş sözleşmesinin 1475 sayılı eski İş Kanunu'nun yürürlükteki 14. maddesinde sayılı hallerden biri (iş sözleşmesinin işçi veya işveren tarafından belirli durumlarda feshi ve işçinin ölümü) nedeniyle sona ermesi 4857 sayılı İş Kanunu'nun kişiler açısından uygulama alanına giren işçinin veya kanuni mirasçılarının kıdem tazminatına hak kazanabilmesinin temel koşulları arasında sayılmaktadır²⁸. Buna göre, eski İş Kanunu'nun 14. maddesinde öngörülen durumların dışında kalan sona erme hallerinde; örneğin, iş sözleşmesinin tarafların anlaşması (ikale) veya belirli sürenin dolması gibi fesih niteliği taşımayan nedenlerle son bulması veya işçinin süreli feshi (istifası) durumunda işverenin kıdem tazminatı ödeme borcu bulunmadığı ifade edilmektedir²⁹.

Yargı organlarının iş sözleşmesinin işçi ve işveren sıfatının aynı kişide birleşmesi nedeniyle sona ermesi sonucunda ortaya çıkan uyumsuzluklarda birleşmenin kıdem tazminatı hakkına etkisini yeterince irdeledikleri ve soruna kalıcı bir çözüm getirdikleri söylenemez. Yargıtay (Kapatılan) 7. Hukuk Dairesi'nin 2016 tarihli kararına konu bir olayda davalı şirkette iş sözleşmesiyle çalışan ve aynı şirketin yönetim kurulu üyeliğine seçilen davacı, davalı şirketten ayrılmasının ardından dava açarak kıdem tazminatı, yıllık izin ücreti ve iş sözleşmesinden doğan diğer alacaklarını istemiş; kıdem tazminatının da aralarında bulunduğu istemler yerel mahkemece kabul edilmiştir. Yargıtay 7. Hukuk Dairesi, şirketi temsile yetkili

27 Basın iş hukukunda kıdem tazminatına hak kazanma koşulları için bkz. Şakar, s.335-343. Deniz iş hukukunda kıdem tazminatına hak kazanma koşulları için bkz. Şakar, s. 367.

28 Çelik /Caniklioğlu /Canbolat, s. 592; Eyrenci /Taşkent/ Ulucan, 260; Süzek, s. 757; Şakar, s. 212; Tunçomağ, Kenan/Centel, Tankut: İş Hukukunun Esasları, 8. Bası, Beta, İstanbul 2016, s. 237.

29 Süzek, s. 757.

kişi-organ sıfatı kazanılmışsa işçi ve işveren sıfatı aynı kişide birleşmeyeceğinden iş ilişkisinin bulunmadığının kabul edilmesi gerektiğini vurguladıktan sonra, davacının 26.10.2009 tarihiyle iş ilişkisinin sona erdiği 03.04.2012 tarihi arasında davalı şirkette yönetim kurulu üyesi olarak görev yaptığının sabit olduğunu, ancak 28.5.2004-26.10.2009 dönemi yönünden dosyada bir belge bulunmadığını, yapılacak işin davalı firmanın kayıtlı bulunduğu Ticaret Sicil Memurluğuna müzekkere yazılıp davacının 28.05.2004-26.10.2009 tarihleri arasında yönetici sıfatı taşıyıp taşımadığı sorularak yönetici sıfatı yoksa istenilen işçi alacaklarının bu dönem yönünden değerlendirerek sonuca varmak, yönetici olduğu 26.10.2009-03.04.2012 tarihleri arasındaki dönem yönünden ise davaya bakmaya Ticaret Mahkemesi görevli olduğundan görevsizlik kararı vermek olduğunu belirterek yerel mahkeme kararını bozmuştur³⁰.

İşçi somut işveren sıfatını kazandığı anda iş ilişkisinin işçi ve işveren sıfatının aynı kişide birleşmesi nedeniyle sona ereceği görüşünü benimseyen Yargıtay 7. Hukuk Dairesi; dava-

cının yönetici (somut işveren) sıfatını taşıdığı 26.10.2009-03.04.2012 arasına denk gelen dönem yönünden kıdem tazminatı hakkında yoksun bulunduğu; buna karşılık, yönetici (somut işveren) sıfatı bulunmamak kaydıyla 28.05.2004-26.10.2009 arasındaki dönem için kıdem tazminatına hak kazandığı sonucuna varmıştır. Öncelikle ilamda geçen "...Buna karşın şirketi temsil ve ilzama yetkili kişi-organ sıfatı kazanılmışsa, işçi ve işveren sıfatı aynı kişide birleşmeyeceğinden iş ilişkisinin bulunmadığı kabul edilmelidir..." tümcesinden Yargıtay'ın işçinin şirketi temsile yetkili kişi-organ sıfatını kazanmasıyla birlikte işçi ve işveren sıfatının aynı kişide birleştiği ve böylelikle iş sözleşmesinin de sona erdiği görüşünü benimsediği anlaşılmaktadır. Şu kadar ki Temyiz Mahkemesi, aynı kararın devamında "...Yapılacak iş davalı firmanın kayıtlı bulunduğu Ticaret Sicil Memurluğuna müzekkere yazılarak davacının 28.5.2004-26.10.2009 tarihleri arasında yönetici sıfatı bulunup bulunmadığı sorularak yönetici sıfatı yoksa talep edilen işçilik alacaklarının bu dönem yönünden değerlendirerek sonuca varmak..." gibi bir gerekçeye yer vererek iş ilişkisinin işçi ve işveren sıfatının birleşmesi nedeniyle ortadan kalkmasına, iş sözleşmesinden doğan diğer alacakların yanında kıdem tazminatına da hak kazanılması sonucunu bağlamıştır. Yargıtay'ın somut uyuşmazlığa konu iş sözleşmesinin işçi ve işveren sıfatının aynı kişide birleşmesinden dolayı son bulduğu yönündeki değerlendirmesi yerindedir. Ancak işçiyle işveren arasındaki hukuki ilişkinin birleşmeyle ortadan kalktığını doğru bir biçimde saptayan Temyiz Mahkemesi, iş sözleşmesi kıdem tazminatına ilişkin yasal düzenlemenin anmadığı sıra dışı bir yolla biten işçinin kıdem tazminatına hak kazanmasının kuramsal dayanaklarını ortaya koyamamıştır.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nce önüne gelen bir uyuşmazlıkta, davacı 14.02.2002-27.07.2007 tarihleri arasında işverene bağlı işyerinde genel müdür olarak iş sözleşmesiyle çalışırken 27.07.2007 tarihinde yönetim kurulu üyesi seçilmiş, 01.08.2007 tarihinde yönetim kurulu başkanı yardımcısı olarak görevlendirilmiş ve kendisine

30 "...İş Kanununa tabi genel müdür olarak çalışanların aynı zamanda yönetim kurulu üyesi olmaları halinde kişi-organ statüsünü taşıyıp taşımadıklarının araştırılması gerekir. Genel müdürün organ sıfatını kazanmaksızın yönetim kurulu üyesi olması halinde, "genel müdürlük görevi" sebebiyle iş ilişkisinin devam ettiği sonucuna varılmalıdır. Buna karşın şirketi temsil ve ilzama yetkili kişi-organ sıfatı kazanılmışsa, işçi ve işveren sıfatı aynı kişide birleşmeyeceğinden iş ilişkisinin bulunmadığı kabul edilmelidir. Somut olayda, davacının 26.10.2009 tarihi ile iş ilişkisinin sona erdiği 3.4.2012 tarih aralığında davalı anonim şirketin yönetim kurulu üyesi olduğu sabittir. Ancak 28.5.2004-26.10.2009 tarihleri arasındaki dönem yönünden bir belge dosyada yoktur. Yapılacak iş davalı firmanın kayıtlı bulunduğu Ticaret Sicil Memurluğuna müzekkere yazılarak davacının 28.5.2004-26.10.2009 tarihleri arasında yönetici sıfatı bulunup bulunmadığı sorularak yönetici sıfatı yoksa talep edilen işçilik alacaklarının bu dönem yönünden değerlendirerek sonuca varmak yönetici olduğu 26.10.2009-3.4.2012 tarihleri arasındaki dönem yönünden ise davaya bakmaya Ticaret Mahkemesi görevli olduğundan görevsizlik kararı vermektir. Davacı hizmet süresine dair tüm süre yönünden yönetici sıfatı taşıyorsa tüm dönem için görevsizlik karar vermelidir..." Yargıtay 7. HD., 24.2.2016, E:2015/5576 K:2016/4156, www.kazanci.com

temsil yetkisi verilmiştir. Davacı, iş sözleşmesiyle çalıştığı 14.02.2002-27.07.2007 tarihleri arasındaki dönem için işverene dava açarak kıdem ve ihbar tazminatlarıyla yıllık izin ücreti talep etmiş; yerel mahkeme davacının istemini geri çevirmiştir. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi ise, davacının 14.02.2002-27.07.2007 tarihleri arasında iş sözleşmesine tabi olarak geçen çalışmasının davalı şirketin yönetim kurulu üyeliği önerisiyle bu önerinin davacı tarafından kabulüyle sona erdiği; eş deyişle, iş sözleşmesi işverenin ikale önerisi sonucunda tarafların karşılıklı iradesiyle sona erdiğinden anılan dönem yönünden davacının kıdem ve ihbar tazminatlarına dönük istemiyle varsa kullandırılmayan yıllık izin sürelerine ait ücrete karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle yerel mahkeme kararını bozmuştur³¹. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nce iş sözleşmesinin sıfat birleşmesiyle sona ermesinin anlaşmayla son bulma (bozma) olarak yorumlanması ve işçi sıfatını birleşmeyle yitiren kişinin kıdem tazminatına hak edeceği sonucuna varılması yerinde değildir. Zira somut olayda davacı iş sözleşmesiyle çalıştığı şirketin yönetim kurulu üyeliğine seçildi-

ği anda, iş sözleşmesi işçi ve işveren sıfatının aynı kişide birleşmesiyle sona ermiştir. İş sözleşmesine dayalı hukuki ilişkiyi anlaşmayla ortadan kaldırmak isteyen taraflar, böyle bir sözleşmeyi yazılı şekilde bağlatmak ve aynı yazılı sözleşmede iş ilişkisini bitirmeye yönelik karşılıklı iradelerini açıkça ortaya koymak zorundadır. Böyle bir yazılı sözleşmenin yokluğunda, iş sözleşmesinin işçi ve işverenin örtülü bir anlaşmasıyla sona erdiğinin öne sürülmesi olanaksızdır. Karar metninden anlaşılacakla birlikte, dava konusu uyuşmazlıkta bir an için işverenin davacıya yazılı şekilde yönetim kurulu üyeliği önerdiği ve davacı işçinin de öneriyi yazılı şekilde kabul ettiği varsayılsa bile; işverenin yönetim kurulu üyeliğine yönelik yazılı önerisiyle işçinin öneriyi yazılı şekilde kabulü, iş sözleşmesini sona erdirmeyi amaçlayan karşılıklı birer irade açıklaması olarak değerlendirilemez. Öyle anlaşılıyor ki, somut olayda iş sözleşmesinin sona ermesini fesih gibi kıdem tazminatına hak kazandıran hukuki bir kalıba sokamayan Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, iş sözleşmesinin işçi ve işveren sıfatının aynı kişide toplanmasıyla son bulmasını sözleşmenin anlaşmayla sona ermesine indirgeyerek işçiyi kıdem tazminatı hakkında yoksun kılmamak istemiştir.

İşçinin iş sözleşmesinin sona erdiği hangi hallerde kıdem tazminatına hak kazanacağı, 1475 sayılı İş Kanunu'nun yürürlükteki 14. maddesinde sınırlı (tahdidi) olarak sayılmıştır. Deniz İş Kanunu ile Basın İş Kanunu'nda kıdem tazminatını düzenleyen normların, kıdem tazminatına hak kazandıran sona erme halleri bakımından 1475 sayılı eski İş Kanunu'nun yürürlükteki 14. maddesinden çok fazla ayrıldığı söylenemez. Kural olarak, yazılı hukuk normları kıdem tazminatı hakkının doğumunu iş sözleşmesinin feshine özgülemiş; sadece kusurlu eylem veya davranışıyla iş ilişkisinin sürdürülmesini karşı taraf yönünden çekilmez kılarak iş sözleşmesinin bildirimsiz feshedilmesine yol açan veya iş sözleşmesini süreli fesheden işçiyi kıdem tazminatı hakkında yoksun bırakmıştır. Yazılı hukukta fesih dışında işvereni kıdem tazminatı ödemekle yükümlü tutan tek ayrık durum, işçinin ölümü olup; iş ilişkisi işçinin ölümü nede-

31 "...4857 sayılı Kanun'a tabi genel müdür olarak çalışanların aynı zamanda yönetim kurulu üyesi olmaları halinde kişi-organ statüsünü taşıyıp taşımadıklarının araştırılması gerekir. Genel müdürün organ sıfatını kazanmaksızın yönetim kurulu üyesi olması halinde, "genel müdürlük görevi" sebebiyle iş ilişkisinin devam ettiği sonucuna varılmalıdır. Buna karşın şirketi temsil ve ilzama yetkili kişi-organ sıfatı kazanılmıyorsa, işçi ve işveren sıfatı aynı kişide birleşmeyeceğinden iş ilişkisinin bulunmadığı kabul edilmelidir. Somut olayda, davacı 14.02.2002-27.07.2007 tarihleri arasında davalı şirkette genel müdür olarak iş sözleşmesine tabi şekilde çalışmakta iken, 27.07.2007 tarihinde yönetim kurulu üyesi seçilmiş, 01.08.2007 tarihi itibarıyla de yönetim kurulu başkanı yardımcısı olarak görevlendirilmiş ve kendisine bu arada şirketi temsil ve ilzam yetkisi verilmiştir. Davacının 14.02.2002-27.07.2007 tarihleri arasında iş sözleşmesine tabi olarak geçen çalışması, davalı şirketin yönetim kurulu üyeliği teklifi ile ve davacının bu teklifi kabulü ile sona ermiştir. Başka bir anlatımla, işverenin ikale icabı sonucunda iş sözleşmesinin tarafların karşılıklı iradesi ile sona ermesi söz konusu olduğundan, anılan dönem için davacının ihbar ve kıdem tazminatı istemi ile varsa kullandırılmayan izin sürelerine ait ücretlerine karar verilmelidir. Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular dikkate alınmaksızın yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi usul ve kanuna aykırı olup bozmayı gerektirmiştir..." Yarg. 22. HD., 10.02.2015, E:2013/29913 K:2015/4347, www.legalbank.net

niyle sona erdiğinde kıdem tazminatı hakkının özne veya özneleri işçinin mirasçı veya mirasçıları olmaktadır. Buna karşılık, öğreti ve içtihat; belirli süreli iş sözleşmesinin sürenin bitimi nedeniyle sona ermesinin veya iş sözleşmesinin tarafların anlaşmasıyla (ikale) son bulmasının işçiye kıdem tazminatı hakkı vermeyeceği konusunda görüş birliği içindedir. İş ilişkisinin işçi ve işveren sıfatının aynı kişide toplanması nedeniyle sona ermesinin işçiye kıdem tazminatı hakkı kazandırıp kazandırmayacağı sorusu, ancak kıdem tazminatına ilişkin hukuk kurallarının sözü yorumlanarak ve tartışılan sona erme türünün hukuki niteliği açıklığa kavuşturularak yanıtlanabilir. İşçi ve işveren sıfatı aynı kişide birleştiğinde sürekli borç ilişkisi niteliğindeki iş sözleşmesi, yasa gereği (*ipso jure*) veya iş ilişkisi dışında gerçekleşen hukuki bir işlem sonucunda kendiliğinden ortadan kalkmaktadır. Eş söyleyişle, iş sözleşmesini tek yanlı bir hukuki işlemle sona erdiren feshin aksine; birleşme gerçekleştiği anda işçi sıfatını yitirerek işverene dönüşen kişinin ayrıca iş sözleşmesinin sona ermesi yönelik bir irade açıklamasında bulunması gerekmez. Bu bağlamda, çalıştığı şirkete ortak olarak somut işveren haline gelen işçinin özgür istenciyle işçi sıfatından vazgeçtiği unutulmamalıdır. Öte yandan kıdem tazminatına ilişkin yasaların iş sözleşmesinin feshedildiği her durumda işçiye kıdem tazminatı hakkı bahsetmediği; örneğin iş sözleşmesini süreli fesih bildirimiyile sona erdiren işçiyi kapsam dışında bıraktığı vurgulanmalıdır. Nitekim kıdem tazminatına hak kazandıran sona erme halleriyle ilgili olarak katı bir tutum takınan ve sınırlı sayı ilkesinden asla ödün vermeyen öğreti ve yargı; belirli sürenin dolması veya anlaşma örneklerinde olduğu gibi, iş sözleşmesinin kıdem tazminatının düzenleyen yasa maddelerinde sayılmayan nedenlerle sona bulmasının kıdem tazminatı hakkı doğurmayacağı konusunda tam bir uzlaşma içindedir.

Yasanın açıkça saydığı durumlara (kimi fesih halleri, ölüm) ek olarak, sözleşmenin işçi ve işveren sıfatının aynı kişide birleşmesi yoluyla sona ermesinin de işçiye kıdem tazminatı hakkı kazandıracığı gibi bir önermeye hukuki bir gerekçe bulmak olanak dışıdır. Zira kıdem tazminatı hakkının

doğumunu düzenleyen pozitif hukuk normlarında iş sözleşmesi sona eren işçinin hangi hallerde kıdem tazminatını hak edeceği katalog yöntemiyle sayılmıştır. Nitekim iş sözleşmesinin yasa gereği (*ipso jure, van rechtswege*) sona erdiği durumlardan belirli süreli iş sözleşmesinin taraflarca kararlaştırılan sürenin dolması nedeniyle son bulması, işçiye kıdem tazminatı hakkı kazandırmamaktadır. İş sözleşmesinin sona ermesi yönünde tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarını (öneri ve kabul) içeren bir hukuki işlem (sözleşme) olan anlaşmanın (ikale/bozma) yasal düzenlemelerde kıdem tazminatına hak kazandıran haller arasında sayılmaması iş ilişkisi anlaşmayla biten işçinin –taraflar aksini kararlaştırmadıkları sürece– kıdem tazminatı hakkını yitirmesi sonucunu doğurmaktadır. Özetle kıdem tazminatı hakkının doğumunu iş sözleşmesinin yasada sınırlı biçimde sayılan durumlarda sona ermesi koşuluna bağlayan bir hukuk düzeninde; sözleşmenin işçi ve işveren sıfatının aynı kişide birleşmesinden ötürü son bulması, işçiden işverene evirilen kişiye kıdem tazminatı hakkı sağlamayacaktır.

Hiç kuşku yok ki, kıdem tazminatına hak kazanma koşulları nispi emredici olup, söz konusu koşullar -işçi lehine olmak kaydıyla- sözleşmeyle değiştirilmeye veya genişletilmeye elverişlidir. Bundan dolayı, iş sözleşmesine konulacak bir kayıtla ileride gerçekleşebilecek bir sıfat birleşmesinde işçiye kıdem tazminatı ödeneceği kararlaştırılabileceği gibi; birleşmeden hemen önce ayrı bir sözleşme bağlanarak işverene kıdem tazminatı ödeme yükümlülüğü getirilebilir. Üstelik işverenin birleşme nedeniyle işçi sıfatını yitirecek işçiye kıdem tazminatı ödemesinin önünde hiçbir hukuki engel yoktur. Şayet işveren, sıfatlar birleştiği sırada böyle bir ödeme yapmışsa; sonradan sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak ödenen tutarın iadesini isteyemez. Diğer yandan, iş sözleşmesiyle çalıştığı şirkete ortak olarak somut işveren sıfatını kazanan işçinin, iş sözleşmesini, işçi ve işveren sıfatının bir araya gelmesinden önce süreli fesih bildirimiyile veya usulsüz olarak sonlandırmasının kıdem tazminatı hakkına etkisi sorgulanmalıdır. Birleşmeden önce iş sözleşmesini yasal bildirim

süresine uyararak veya işverene bildirim süresi tanımaksızın usulsüz biçimde fesheden işçi, kıdem tazminatı hakkını birleşmenin gerçekleşeceği tarihten daha önce yitirecektir. Bununla birlikte, ortada işçinin imzasını içeren yazılı bir fesih bildirimiminin – *istifa dilekçesi gibi* - bulunmadığı ve sigortalı işten ayrılış bildirgesinde işten çıkış nedeninin işveren tarafından 4 numaralı kod kullanılarak '*belirsiz süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı sebep bildirilmeden feshi*' olarak gösterildiği takdirde işçi kıdem tazminatına hak kazanır. Zira Sosyal Güvenlik Kurumu'na yapılan bildirim işvereni bağlar³². Kaldı ki iş sözleşmesinin işçinin süreli fesih bildirimiyi veya usulsüz feshiyle (istifa) sona erdiğini, böylece işçinin kıdem tazminatı hakkından yoksun kaldığını ispat yükü işverenin üzerindedir. İşveren böyle bir savı, salt işçinin imzasını taşıyan yazılı bir fesih bildirimiyi – *istifa dilekçesi gibi* – kanıtlayabilir³³. Ne var ki işten ayrılış bildirgesinde sıralanan işten çıkış kodları arasında '*işçi ve işveren sıfatının aynı kişide birleşmesi*' veya benzer bir nedene yer verilmemiştir. Öyleyse işçi ve işveren sıfatı aynı kişide birleştiğinde, birleşmeyle birlikte işveren sıfatını kazanan işçi için verilecek sigortalı işten ayrılış

bildirgesinde mutlaka 22 numaralı kod (*diğer nedenler*) kullanılmalıdır. Yoksa çıkış nedeninin '*belirsiz süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı sebep bildirilmeden feshi*' olarak gösterilmesi örneğinde olduğu üzere, Kurum'a yapılacak yanlış bir bildirim sonucunda iş sözleşmesi birleşmeden önce sona ermiş sayılacak ve işçi kıdem tazminatına hak kazanacaktır.

b) İhbar Tazminatı

İşçi ve işveren sıfatının aynı kişide birleşmesiyle iş ilişkisi kendiliğinden sonlandığından işçi ihbar tazminatına hak kazanamaz. Zira ihbar tazminatı, iş sözleşmesinin usulsüz feshiyle doğan bir alacaktır³⁴. Oysa işçi ve işveren sıfatının aynı kişide birleşmesi durumunda işçi veya işveren, sözleşmenin karşı tarafına bildirim süresi tanımak zorunda değildir. Aynı biçimde, sıfatların aynı kişide toplanması yoluyla sona ermede işverenin bildirim süresine denk gelen ücreti işçiye peşin ödemesi söz konusu olmaz. Şu kadar ki işçi ve işveren sıfatının aynı kişide birleşmesine karşın, sigortalı işten ayrılış bildirgesinde işten çıkış nedeninin işveren tarafından '*belirsiz süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı sebep bildirilmeden feshi*' olarak gösterildiği durumlarda işçi ihbar tazminatını hak eder. Böyle bir olasılıktaki, iş sözleşmesinin birleşmeden önce işverence feshedildiği varsayılmalıdır. Bunun yanında, işveren sözleşmesel bir kayıtle veya birleşme öncesi bağitlanan bir sözleşmeyle, sıfatların kendisinde birleşeceği işçiye ihbar tazminatı ödemeyi yükümlenebilir. Görüldüğü üzere, kıdem tazminatına yönelik saptamaların birçoğu ihbar tazminatı açısından da geçerlidir.

c) Yıllık İzin Ücreti

İş sözleşmesi sona erdiğinde hak edilen ancak kullanılmayan yıllık ücretli izin, nitelik değiştirerek yıllık izin ücreti olarak adlandırılan parasal bir edime dönüşür. Nitekim gerek Türk Borçlar Kanunu'nda gerek de İş Kanunu'nda iş (hizmet) sözleşmesinde

32 Yargıtay işçinin imzaladığı bir istifa dilekçesi bulunsa dahi resmi bildirim işvereni bağladığı kanısındadır: "... Uyuşmazlık taraflar arasındaki iş sözleşmesinin ne şekilde sona erdiği noktasındadır. Dosya da mevcut "ücret ve ücret sayılan ödemelerin nakden alınmış olduğuna dair" başlıklı ve imzası Adli Tıp Raporu ile davacı eli ürünü olduğu anlaşıl原因 belge de "kendi isteğiyle ayrılmış olup ücret, aynı ve nakdi tüm ödemelerin eksiksiz olarak aldım" ibaresi mevcuttur. Davacı 17.11.2004 tarihinde Türkiye İş Kurumu Kırıkkale İl Müdürlüğüne müracaat ederek işsizlik ödeneği talebinde bulunmuş ve 24.10.2004 tarihinden itibaren de 300 gün işsizlik ödeneğine hak kazandığı belirtilmiştir. Kendi isteğiyle işyerinden ayrılan bir işçiye işsizlik ödeneği bağlanmayacağı açıktır. İşverence İş-Kura verilen belge kendisini bağlayacaktır. Artık bu durumda istifa dilekçesine itibar edilemez. Davacının SSK hizmet döküm cetvelinde de işverenden ayrılışı 23.10.2004 olarak gösterilmiştir. İş sözleşmesinin işverence haklı bir neden olmaksızın feshedildiği kabul edilerek davacının ihbar ve kıdem tazminatı istekleri hüküm altına alınmalıdır. Yazılı şekilde davanın reddedilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir..." (Yarg. 9. HD., 12.5.2008, E: 2007/18999, K: 2008/12213, Çalışma ve Toplum Dergisi 19. sayı 2008/4, s. 268-269).

33 İstifa dilekçesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özdemir, Erdem: İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları, Beta, İstanbul 2006, s. 258-273.

34 İhbar tazminatı konusunda detaylı bilgi için bkz. Eyrenci /Taşkent/Ulucan, s. 190-191; Süzek, s.549-542; Şakar, s.333.

leşmesinin herhangi bir nedenle son bulması durumunda işçinin hak kazanıp da kullanmadığı yıllık izin süresine ait ücretinin, sözleşmenin sona erdiği tarihteki ücreti üzerinden kendisine veya mirasçılara ödeneceği yazılıdır (TBK m. 425, İK m. 59). Her ikisi de iş sözleşmesinin sona ermesine bağlı haklar arasında yer alan kıdem tazminatıyla yıllık izin ücreti, hakkın doğumuna yol açan hukuki işlem veya eylemler açısından belirgin ölçüde birbirinden ayrılmaktadır. Zira kıdem tazminatı hakkı iş sözleşmesinin fesih bildirimisiyle son bulduğu kimi hallerle işçinin ölümünde gündeme gelirken, kullanılmayan yıllık ücretli izin iş sözleşmesinin sona erdiği her durumda yıllık izin ücretine dönüşmektedir³⁵. Buna göre, işçiye veya mirasçılara yasada sıralan sona erme halleri dışında kıdem tazminatı ödeme borcu bulunmayan işveren; iş sözleşmesi son bulduğu anda iş ilişkisinin nasıl veya hangi nedenle (sürelili fesih, derhal fesih, ölüm, anlaşma, birleşme) ortadan kalktığına bakmaksızın işçinin kullanmadığı yıllık ücretli izin süresine denk gelen ücreti, işçiye veya iş sözleşmesi işçinin ölümüyle sona ermişse mirasçılara ödemekle yükümlüdür. Öyleyse iş sözleşmesine dayanan hukuki ilişkinin işçi ve işveren sıfatının aynı kişide bir araya gelmesi nedeniyle bitmesi, işçi sıfatını yitirdiği tarihte işveren sıfatını kazanan kişinin iş ilişkisi sırasında hak ettiği, ancak kullanmadığı yıllık ücretli izin hakkının yıllık izin ücreti alacağına dönüşmesini sağlayacaktır. Kaldı ki sözleşmenin sona ermesinde yıllık izin ücretini düzenleyen yasal kurallarda geçen '*sözleşmesinin herhangi bir nedenle son bulması*' ibaresi, işçi ve işveren sıfatı kişiliğinde birleşen işçinin iş ilişkisi boyunca kullanmadığı yıllık izin sürelerine ait ücretten yoksun kalacağı tarzında bir yorumu olanaksız kılmaktadır.

VI. Değerlendirme ve Sonuç

Türk Borçlar Kanunu, alacaklı ve borçlu sıfatının aynı kişide birleşmesine borcun ve/veya borç ilişkisinin sona ermesi gibi bir sonuç bağlamaktadır (TBK m. 135/1). Ancak sözleşmenin her iki tarafına karşılıklı borç yükleyen bir sözleşme ni-

teliği taşımasına rağmen, iş yasalarında işçi ve işveren sıfatının birleşmesinin hukuki sonuçları düzenlenmemiştir. Buna karşılık, öteki sözleşmeler de olduğu gibi iş sözleşmesinin taraflarına özgü sıfatların da (işçi ve işveren) aynı kişide toplanması olanaklıdır. Örneğin işveren öldüğünde, işçi ve işveren sıfatı mirasçı işçide yasa gereği (kendiliğinden) bir araya gelmektedir. Öte yandan işçi, iş görme borcunu ifa ettiği işyerini satım veya kira sözleşmesiyle işverenden devraldığında veya çalıştığı şirkete kendisine somut işveren sıfatı kazandıracak düzeyde bir pay satın almak suretiyle ortak olduğunda birleşme gerçekleşmektedir. Alacaklı ve borçlu sıfatı birleştiğinde borcun ortadan kalkacağını kurala bağlayan genel hüküm, nedeni ne olursa olsun, işçi ve işveren sıfatının aynı kişide birleştiği bütün durumlara uygulanmalı ve iş sözleşmesine dayalı hukuki ilişkinin birleşmeyle ortadan kalktığı kabul edilmelidir.

İş ilişkisinin birleşme yoluyla sona ermesi iş sözleşmesinin son bulmasından önce doğan alacakları -kural olarak- etkilemez. Dolayısıyla işçi ve işveren sıfatı üzerinde toplanan kişinin ücret, ikramiye ve fazla çalışma ücreti gibi birleşmeden önce doğan alacakları ortak olduğu şirketten veya öteki mirasçılardan/terekeden istemesinin önünde hukuki bir engel yoktur. Ne var ki, işçinin ölen işverene tek mirasçı olduğu bir durumda birleşmeden önce doğan alacaklar kendiliğinden ortadan kalka. İş sözleşmesi işçi ve işveren sıfatının aynı kişide toplanmasıyla sona eren işçi, sözleşmenin sona ermesine bağlı haklardan kıdem tazminatına hak kazanamaz. Zira 1475 sayılı İş Kanunu'nun yürürlükteki 14. maddesi başta olmak üzere, iş yasalarında kıdem tazminatına hak kazandıran durumlar sınırlı olarak sayılmıştır. Buna göre, sözleşmenin fesih bildirimisiyle son bulduğu bazı durumlarla işçinin ölümü dışında kıdem tazminatı hakkı doğmamaktadır. Nitekim öğretide gerek tarafların anlaşmasının gerek de sürenin dolmasının kıdem tazminatına hak kazandıran hallerden olmadığı görüşü egemendir. Kuşkusuz kıdem tazminatına hak kazandıran durumlarla ilgili düzenleme nispi emredici nitelik taşıdığından, taraflar sözleşmesel bir kayıtla

35 Çelik /Caniklioğlu /Canbolat, s. 701; Eyrenci /Taşkent/ Uluçan, 342; Süzek, s.864.

veya birleşme öncesi bağitlanacak ayrı bir sözleşmeyle kıdem tazminatının işçi ve işveren sıfatı birleştiğinde ödeneceğini kararlaştırabilir. Kıdem tazminatı için varılan sonuç, ihbar tazminatı için de geçerlidir. Eş anlatımla, iş ilişkisi birleşmeyle son bulduğunda -sözleşmeyle aksi kararlaştırılmadıkça- ihbar tazminatının ödenmesi söz konusu olmaz. Bununla birlikte, iş sözleşmesinin sıfat birleşmesiyle sona ermesi, kullanılmayan yıllık izin süresine ait ücretin talep edilmesini engellemektedir. Zira işçinin kullanmadığı yıllık izin hakkının iş sözleşmesinin sona ermesiyle birlikte yıllık izin ücretine dönüşmesini öngören pozitif hukuk normları, iş sözleşmesini sona erdiren durumlar arasında ayırım yapmamakta; sözleşme herhangi bir nedenle bittiğinde kullanılmayan yıllık izin hakkının yıllık izin ücretine evrileceğini kurala bağlamaktadır.

Öğretinin konuya eğilmemesi ve Yargıtay'ın da bu konuda bir içtihat geliştirememesi, çalışma yaşamında farklı uygulamaların ortaya çıkmasına neden olmuştur. Örneğin birleşme öncesinde iş sözleşmesi işverence feshedilmekte veya işçi, iş sözleşmesini süreli veya usulsüz fesih (istifa) bildiriyle sonlandırmaktadır. Bazen tarafların iş sözleşmesini anlaşmayla sona erdirdikleri görülmektedir. Şayet sıfatlar aynı kişide toplanmadan önce bir fesih bildiriminde bulunulmuş veya bir bozma sözleşmesi bağitlanmışsa, iş sözleşmesi birleşmeden önce fesih bildiriyle veya anlaşmayla sona ermiş sayılmalı; bu gibi durumlara feshe veya bozmaya (ikale) özgü kurallar uygulanmalıdır. Ne var ki işçi ve işveren sıfatının aynı kişide bir araya gelmesinin iş sözleşmesinin son bulmasına yol açan bağımsız bir sona erme biçimi olduğunun çalışma yaşamının aktörleriyle çoğu uygulayıcı tarafından bilinmemesi; birleşmeyle bağlantılı uyuşmazlıkların çözümünü güçleştirmekte ve ortaya çıkan sorunları yer yer içinden çıkılmaz hale getirmektedir. İş hukuku yazınının işçi ve işveren sıfatının aynı kişide birleşmesini iş sözleşmesinin son bulmasını sağlayan kendine özgü ve bağımsız bir sona erme modeli olarak içselleştirmesi; ayrıca iş hukuku alanında yayınlanan genel yapıtlarla ders kitaplarında fesih, ölüm,

sürenin bitimi ve tarafların anlaşmasının yanında sıfat birleşmesine de iş sözleşmesini sona erdiren bir durum olarak yer verilmesi, uygulamayı yönlendirecek ve böylece birleşme konusunda yakın gelecekte yerleşik bir içtihat oluşmasının önü açılacaktır.

KAYNAKÇA

- Akıntürk, T./Ateş, D. (2017). Borçlar Hukuku, 26. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları
- Alpagut, G. (2008). İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Sözleşmesel Kayıtlar ve Sözleşmenin Tarafların Anlaşmasıyla Sona Ermesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Toplantısı, 11. Yıl Toplantısı, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, s. 19-52.
- Alpagut, G. (2010). İşyerinin Devri ve İş Sözleşmesinin Feshi, (İstanbul): Beta Yayınları
- Astarlı, M. (2016). İş Hukukunda İkale (Bozma Sözleşmesi), 2. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi
- Beltzer, R.M. (2008). Overgang van onderneming in de private en publieke sector, Deventer: Kluwer
- Çelik, N./Caniklioğlu, N./Canbolat, T. (2017). İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 30. Bası, İstanbul: Beta Yayınları
- Dural, M./Öz, T. (2016). Türk Özel Hukuku, Cilt IV, Miras Hukuku, İstanbul: Filiz Kitabevi
- Engin, E. M. (1993). Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşveren, İstanbul: Basisen Eğitim ve Kültür Yayınları
- Eyrenci, Ö./Taşkent, S./Ulucan, D. (2017). Bireysel İş Hukuku, 8. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları
- Gümüş, M.A. (2008). Alacaklı ve Borçlu Sıfatının Birleşmesi, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007/1, Cilt 7, Sayı 2, Temmuz 2008, s. 25-59
- Güzel, A. (1987). İşverenin Değişmesi- İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi, İstanbul: Kazancı Yayınları

- Mollamahmutoğlu, H./Astarlı, M./Baysal, U. (2014). İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Bası, Ankara: Yetkin Yayınları
- Nomer, N.H. (2017). Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Bası, İstanbul: Beta Yayınları
- Oğuzman, M. K./Öz, M.T. (2011). Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt -1, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip Genişletilmiş 9. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık
- Özdemir, E. (2006). İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yüğü ve Araçları, İstanbul: Beta Yayınları
- Özdemir, E. (2009). İstifa ve İkale –İşçinin İş Sözleşmesini Sona Erdiren Hukuki İşlemlerin Geçerliliği, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, s. 13-48
- Özkaraca, E. (2008). İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul: Beta Yayınları
- Süzek, S. (2017). İş Hukuku, Yenilenmiş 14. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları
- Şakar, M. (2016). İş Hukuku Uygulaması, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 11. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları
- Taquet, F. (2004). Le départ négocié (Rupture de contrat de travail par consentement mutuel), Édition 2004, Le Mans: Gereso
- Tunçomağ, K./Centel, T. (2016). İş Hukukunun Esasları, 8. Bası, İstanbul: Beta Yayınları
- Van Heusden, R.L. (2006). Beëndigingsovereenkomsten en het recht op WW-uitkering, Monografieën Sociaal Recht, Deventer: Kluwer

İş Hukukunda Ücret Zammı

Öz

Ücret zammı konusu, işçilerin motivasyonunu sağlamak ve daha iyi koşullarda başka bir işe geçmelerini engellemek gibi iki amaca hizmet etmektedir. Bununla birlikte, Yüksek Mahkeme kararlarında istikrarlı bir şekilde ifade edildiği üzere, bireysel iş sözleşmesinde veya işveren ile sendika arasında bağtlanan toplu iş sözleşmesinde bir hüküm bulunmadıkça yahut iş hukukunun diğer

kaynaklarında yer almıyorsa işçilerin ücret zammı talep hakkı söz konusu olamamaktadır.

Bu çerçevede makalede işçilere ücret zammı yapılması gereken durumlar ayrıntılı olarak incelenmiş ve mevcut ücret zammı düzeninin kimler tarafından, ne şekilde değiştirilebileceği belirlenmiştir. Nihayet mevcut yasal düzenlemenin hangi çalışan grubunu nasıl etkilediği saptanmıştır.

Anahtar Sözcükler:

Ücret zammı, işyeri uygulaması, eşitlik ilkesi, işçilik alacakları.

Wage Increase in Labour Law

Abstract

The salary increase serves two purposes: to motivate workers and to keep employees from leaving for a better-paying job. However, according to Supreme Court's stable verdicts; employees do not have a right to a wage increase, unless it is stipulated in employment contracts or determined by a collective agreement between the employer and the trade union , or set down

by other labour law sources.

In this context, the cases where the wage increase should be executed for the employees are examined in detail and identified how and by whom the current wage increase system can be changed. Finally, it has been determined which group of employees are most effected by the current legal regulations.

Keywords:

Wage increase, workplace practices, principle of equality, worker's claims.

*Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı
efeyamakoglu@gmail.com

I. Giriş

İşçinin, iş sözleşmesinden doğan temel borcu olan iş görme borcunun karşılığında işverenin ücret ödeme borcu bulunmaktadır. İş görme, bir kimsenin iktisadi yönden iş olarak değerlendirilen her türlü çalışması olup, bedenen veya fikren yapılan her türlü iş görme bu kapsamda değerlendirilir¹. Ücret ödeme borcu da iş görme borcu gibi iş sözleşmesinin oluşması için gerekli temel bir borçtur (İş K. m. 8/f.1; TBK m. 393/f.1). Anayasamızın 18. maddesinde, hiç kimsenin zorla çalıştırılmaya-cağı ve angaryanın yasak olduğu düzenlenmekte; 4857 sayılı İş Kanunu m. 39'da ise iş sözleşmesiyle çalışan ve tüm işçileri kapsayacak şekilde belirlenen asgari ücret düzenlemesine yer verilerek iş görme borcunun karşılığının parasal olarak en alt düzeyi belirlenmektedir.

İş ilişkilerini düzenleyen muhtelif kanunlarda iş sözleşmesinin temel unsuru olan işçinin ücretine ilişkin hükümler yer almaktadır. Bu çerçevede Türk Borçlar Kanunu'nun hizmet sözleşmesini düzenleyen altıncı bölümünde "işverenin borçları" kenar başlığı altında m. 401 ila 412 arasında; 4857 sayılı İş Kanunu'nun üçüncü bölümünde m. 32 ila 62 arasında; 5953 sayılı Basın İş Kanunu m. 14'de ve nihayet 854 sayılı Deniz İş Kanunu m. 29 ila 44 arasında ücrete ilişkin düzenlemeler bulunur.

Hal böyle olmakla birlikte belirli zamanlarda güncellenen asgari ücretin miktarı bir kenara bırakılacak olursa ücreti bu miktarın üzerinde belirlenen işçilerin temel ücreti bakımından belirli ara-

lıklarla yapılması zorunlu yasal bir zam oranı belirlenmemiştir. Şüphesiz ücret zammının işveren için borç teşkil edeceği belirli haller bulunmakla birlikte, konu özellikle sözleşmelerle herhangi bir zam yapılmasının öngörülmediği iş ilişkileri bakımından da önemlidir. Zira enflasyon baskısının güçlü şekilde hissedildiği ülkemizde, zam yapılmaksızın çalışmaya devam edecek asgari ücret üstü çalışan işçilerin alım gücünün de buna bağlı olarak yıldan yıla azalacağı şüphesizdir.

Bu çerçevede çalışmamızda, ücret zammının hangi şartlarda yapılmasının işveren açısından bir borç teşkil edeceği, mevcut zammın ne şekilde kaldırılabilirliği veya değiştirilebileceği, ücret zammının yapılmaması halinde duruma göre bunun hukuki sonuçlarının ne olacağının üzerinde durulacaktır.

II. Ücret Zammının Yapılması ve Kaldırılmasına İlişkin Esaslar

1- Ücret Zammı Yapılacak Haller

a. İş Sözleşmesinde Hüküm Bulunması

İşçi ile işveren arasındaki çalışma ilişkilerinin önemli bir kaynağını oluşturan iş sözleşmesi mevzuatın emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olmamak kaydıyla "sözleşme serbestisi" çerçevesinde (TBK m. 26, 27) düzenlenir. İşçi ile işveren imzaladıkları iş sözleşmesiyle kendilerini bağlayan sübjektif hukuk kuralları oluştururlar². Bu çerçevede sözleşmenin içeriğinde çalışma süresi, ücret, izin süreleri gibi konulara yer verilebilmektedir³. Şu halde ücret zammının işveren açısından bir borç teşkil ettiği ilk durum tarafların

1 Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat: İş Hukuku Dersleri. Yenilenmiş 29. Baskı. Beta Yayınları, İstanbul, 2016, 116-117; Süzek, Sarper: İş Hukuku. Yenilenmiş 14. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2017, 138, 236; Şakar, Müjdat: İş Hukuku Uygulaması. Yenilenmiş ve Genişletilmiş 10. Baskı, Beta Yayınları. İstanbul, 2014, 33; Narmanlıoğlu, Ünal: İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I. Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2014, 99; Akyiğit, Ercan: İş Hukuku. 9. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2013, 92; Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim: Bireysel İş Hukuku, 9. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2017, 25; Hunscha, Axel: Grundzüge des Arbeitsrechts. Januar, 2016, 9.

2 Süzek, İş Hukuku, 62; Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş: İş Hukuku. Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2014, 79, 335; Şakar, 26.

3 Sümer, Haluk Hadi: İş Hukuku. Yirmibirinci Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016, 12.

ücrete belirli aralıklarla ve oranda zam yapılacağı iş sözleşmesinde açıkça kararlaştırılmasıdır. Yasaların emredici hükümleri saklı kalmak kaydıyla tarafların ücretin miktarını serbestçe belirlemesi kuşkusuz piyasa ekonomisinin de vazgeçilmez bir koşuludur⁴. Bu çerçevede sözleşmede belirtilen ücret zammı tarihi geldiğinde işçinin ücreti güncellenmiş miktar ile muaccel olur ve bunun eksik ödenmesi (zamsız ödenmesi) buna ilişkin işçinin yasal haklarını kullanmasını sağlar. Bu çerçevede işçi dava açarak eksik ödenen ücret miktarını talep konusu yapabileceği gibi, çalışmaktan kaçınma hakkı, sözleşmenin haklı nedenle feshi gibi hukuki yollara da başvurabilecektir.

b. Toplu İş Sözleşmesinde Hüküm Bulunması

aa. Toplu İş Sözleşmesinin Yürürlüğü Sırasında

Toplu iş sözleşmesi, iş hukukuna özgü bir kaynak niteliğinde olup iş sözleşmesinden farklı olarak çok sayıda işçiyi ilgilendiren, objektif ve genel nitelikte bir hukuk kaynağı olma özelliğindedir⁵. Bittabi, toplu iş sözleşmesi hiçbir şekilde işçi ile işveren arasında bir iş ilişkisi kurmamakta olup bireysel düzeyde bir iş sözleşmesi varken, daha üst düzeyde bu ilişkileri dışarıdan, kısmen düzenleyen, farklı nitelikli bir işlemidir⁶.

Anayasamız iş ilişkisinin taraflarına karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumları ile çalışma şartlarını düzenlemek amacıyla toplu iş sözleşmesi yapma hakkı tanımıştır (m. 53/f.1). 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda ise toplu iş sözleşmesinin tanımı "*İş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesine ilişkin hususları düzenlemek üzere işçi sendikası ile işveren sendi-*

kası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında yapılan sözleşme" şeklinde yapılmıştır. Görüldüğü gibi, toplu iş sözleşmesinin normatif (düzenleyici) kısmı bu sözleşmenin zorunlu unsurunu oluşturmakta olup iş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesine ilişkin konulardan en az biri toplu iş sözleşmesinde yer almak durumundadır. Bu çerçevede ücret zammı da toplu iş sözleşmesinin içeriğine (muhtevasına) ilişkin bir konu olma özelliği gösterir.

Ücret zamlarına ilişkin hükümler, konuya ilişkin kanunlarda açık düzenleme olmaması vesilesiyle toplu iş sözleşmesinin içerik hükümleri arasındaki en önemli konu başlıklarındandır. Bununla ilgili olarak toplu iş sözleşmelerinde bütün üyelere eşit ölçüde (seyyanen) zam öngörülebileceği gibi, maktu veya yüzdeye göre yahut ilk dönem dışındaki dönemler için enflasyon oranında yıllık veya altışar aylık zam yapılacağı da kararlaştırılabilir. Belirtelim ki, batı hukukunda toplu iş sözleşmeleriyle ücretlerin bazı veriler esas alınarak endekslenmesi enflasyonist etki sebebiyle tartışma konusu yapılmıştır. Buna karşın ülkemizde asgari ücretteki artışlara veya TÜFE istatistiklerine bağlı olarak endeksleme yapılması yaygın bir uygulamadır^{7,8}. Bunun yanında objektif bazı ölçütler getirilerek üyelerin işlerine, kıdemlerine ve iş gruplarına göre değişen zam oranları da belirlenebilmektedir^{9,10}.

7 Ayrıntılı bilgi için bkz. Özdemir, Erdem: "Ücretlerin Endekslenmesine İlişkin Hükümlerin Sonraya Etkisi". Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart, 2011, 195-196.

8 Alman Hukukunda toplu iş sözleşmesi taraflarının ekonomik ve sosyal düzenin çıkarlarını korumak ve özellikle para değerinin değişmesine yol açacak nitelikte toplu iş sözleşmesi zamlarını öngören kararlaştırmaları yapmaktan kaçınmak zorunda olduklarına dikkat çekilmiştir, ayrıntılı bilgi için bkz. Çelik, Nuri: Toplu İş Sözleşmesi İle Çalışma Koşullarının Düzenlenmesinde ve Fesih Bildirimi Sürelerinin Artırılmasında Karşılaşılan Sorunlar. Çalışma ve Toplum Dergisi, 2011/4, 13.

9 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 730; Süzek, İş Hukuku, 479-480.

10 Daha sonra ayrıntılı inceleyeceğimiz üzere (Bkz. Aşağıda: II), bu şekilde keyfilikten uzak, haklılaştırılabilir ölçütler ile işçiler arasında değişik zam oranlarının belir-

4 Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 140.

5 Narmanlioğlu, Ünal: İş Hukuku II, Toplu İş İlişkileri. Yeni Mevzuta Göre Yazılmış 3. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2016, 6; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, 78; Şakar, 26; Sümer, 12, 234; Akyiğit, Ercan: Toplu İş Hukuku El Kitabı. Seçkin Yayınları, Ankara, 2015, 489-490.

6 Sur, Melda: İş Hukuku Toplu İlişkiler. Güncelleştirilmiş 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, 247, 309; Narmanlioğlu, İş Hukuku II, 310.

Parasal nitelikte olması sebebiyle sözleşmedeki ücret zammı düzenlemesinin uygulanabilmesi için işçinin TİS'ten yararlanıyor durumda olması gerekmektedir (STİSK m. 25/f.2). Diğer bir ifadeyle işçinin sendika üyesi olarak (STİSK m. 39/f.1), üye değilse dayanışma aidatı ödeyerek (STİSK m. 39/f.4) yahut teşmil yoluyla (STİSK m. 40) ve nihayet uygulamada pek karşılaşılsa da sendikanın yazılı muvafakatiyle (STİSK m. 26/f.4) TİS'ten yararlanması mümkündür.

Toplu iş sözleşmesinin normatif hükümleri, TİS kapsamına giren işçilerin iş sözleşmeleri üzerinde doğrudan doğruya etki gösterir. TİS hükümleri kural olarak emredici etkiye sahiptir. Ancak Kanunda, toplu iş sözleşmesinde bunun aksinin kararlaştırılabileceği belirtilmiştir. Bu çerçevede, iş sözleşmesinde yer verilen zam oranından daha işçi lehine bir zammın öngörüldüğü TİS hükmü uygulama alanı bulacağı gibi, iş sözleşmesindeki boşluklara da TİS hükümlerinin uygulanması gerekeceğinden iş sözleşmesinde herhangi bir zammın öngörülmediği işçiler de TİS'den yararlandığı müddetçe TİS'de öngörülen zammı talep edebilecektir. Buna karşılık, iş sözleşmesinde TİS'de öngörülenden daha lehe bir hüküm bulunması halinde işçi yararına olan iş sözleşmesi hükmü uygulanacaktır (STİSK m. 36/f.1). Yararlılığın tespitinde konu ile ilgili hükümlerin grup olarak karşılaştırılması prensibi kabul edilmektedir¹¹. Bu çerçevede sadece ücret zammı oranını değil diğer parasal menfaaferi de dikkate alarak yararlılığın tespitinin yapılması gerekecektir.

Burada işçinin bizzat toplu iş sözleşmesinde yer alan ücret zammından feragat edip edemeyeceği de açıklığa kavuşturulmalıdır. Bir açıdan bakıldığında genellikle iş ilişkisinin pazarlık gücü zayıf tarafı olan işçinin işini kaybetme korkusuyla kolektif kazanımlarından feragat etmesinin toplu iş sözleşmesi ve sendikal hakların anlamının yiti-

lenmesi, işverenin eşit davranma borcuna aykırılık teşkil etmemektedir.

11 Yarg. 22. HD. 11.02.2014, E. 2014/37333, K. 2014/2014, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2015/2, 415-417.

rilmesine yol açacağı ileri sürülebilir¹². Diğer yandan iradeyi fesada uğratacak herhangi bir sebep bulunmaksızın gerçekleşecek bireysel feragatin geçerli sayılması gerektiği de düşünülebilir¹³. Bu hususta Yargıtay, yürürlükteki toplu iş sözleşmesindeki ücret artışından işçinin bireysel olarak vazgeçmesinin geçerli olmadığı görüşündedir. Yüksek Mahkeme, yürürlüğe giren ücret artışını öngören hükmün uygulanmasından bireysel olarak vazgeçmenin mülga 2822 sy. K. m. 6/f.1'de yer verilen "toplular iş sözleşmesinde aksi belirtilmedikçe hizmet akitleri toplular iş sözleşmesine aykırı olamaz. Hizmet akitlerinin toplular iş sözleşmesine aykırı hükümlerinin yerini toplular iş sözleşmesindeki hükümler alır" hükmüne aykırı bulmuştur¹⁴. Benzer bir düzenleme yürürlükteki Kanunda da olduğundan bu yöndeki karar ve gerekçeler güncelliğini korumaktadır. Belirtelim ki, benzer gerekçelerle Alman hukukunda da toplular iş sözleşmesi devam ederken işçi aleyhine değişiklik yapılabilmesi mümkün görülmemektedir¹⁵.

12 Doğan Yenisey, Kübra: "Sosyal Kamu Düzeni: İş Hukukunun Kendine Özgü Emredici Doğası". Çalışma Yaşamının Güncel Sorunları III. Sempozyum, Kocaeli, 2011, 23-24; Sur, 347.

13 Bu konuda 6098 sayılı TBK'nın yürürlüğünden önceki hukuki incelemeler için bkz. Şen, Murat: "Toplu İş Sözleşmesinden Doğan Haklardan Feragat". TÜHİS, Ağustos, 2005, 33 vd.; Başbuğ, Aydın: "Toplu İş Sözleşmesinden Doğan Haklardan Feragat". Sicil İş Hukuku Dergisi, Eylül, 2007, 72 vd.; Aktekin, Şeyda: "Çalışanlarla Anlaşarak Toplu İş Sözleşmesi İle Belirlenen Koşullardan Farklı Çalışma Koşullarının Getirilmesi". Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart, 2010, 315-316; İşçinin münferit olarak bu haklar doğduktan sonra tasarrufta bulunabileceği yönünde bkz. Şahlanan, Fevzi: "Toplu İş Sözleşmesi Yürürlüğe Giren Ücret Artışından İşçinin Feragat Etmesi (Karar İncelemesi)", Tekstil İşveren Dergisi, S: 327, Nisan 2007, 2; Akyiğit'e göre tümünden TİS dışında kalabilen bir işçinin isterse neden kısmen (kimisi hükümlerden) kendisini dışlayamayacağını anlamak zordur. Bu sebeple belirli koşullarla bunun mümkün görülmesi gerekir (Toplu İş Hukuku, 644).

14 Yarg. 9. HD. 10.05.2007, E. 2007/27830, K. 2007/14717, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2008/1, 313-315; Yarg. 9. HD. 11.05.2005, E. 2005/19012, K. 2005/24835, www.legalbank.net.

15 Alman Federal İş Mahkemesi verdiği bir kararında Toplu Pazarlık Kanunu (Tarifvertragsgesetz (TVG) § 4 Abs.

bb. Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi

Toplu iş sözleşmesi görüşmelerine geçilmeden aşılması gereken yetki alımı prosedürünün ve toplu görüşmelerin çoğunlukla uzun sürmesi ve bu süreçte eski toplu iş sözleşmesinin süresinin sona ermesi neticesinde bu sözleşme ile tanınmış hakların ortadan kalkmasının ortaya çıkarılabileceği boşlukların yaratacağı sakıncalar dikkate alındığında eski toplu iş sözleşmesinin bir takım normatif hükümlerinin yenisi yürürlüğe girinceye kadar etkisini sürdürmesi bir gereklilik olarak ortaya çıkmıştır¹⁶. Bu hususta 6356 sayılı Kanunun –toplular iş sözleşmesinin hükmü- kenar başlıklı 36. madde düzenlemesinde TİS'in yürürlüğü sırasında iş sözleşmeleri üzerindeki etkisinin yanı sıra TİS'in art etkisinin etki alanı, süresi ve hukuki niteliği de açıklığa kavuşturulmuştur. Buna göre, *sona eren toplu iş sözleşmesinin iş sözleşmesine ilişkin hükümleri yenisi yürürlüğe girinceye kadar iş sözleşmesi hükmü olarak devam eder* (STİSK m. 36/f.2). Görülüyor ki, toplu iş sözleşmesinin yalnızca normatif hükümlerinin iş sözleşmesi hükmü olarak devamı söz konusu olacaktır. Bir içerik hükmü olarak ücret zammı konusu da art etki kapsamında değerlendirilecektir.

Belirtilmelidir ki, sona eren toplu iş sözleşmesinin art etkisi, sadece sözleşmenin sona ermesi sırasında var olan iş sözleşmelerini etkilemektedir. Ücret zammı konusu da yalnızca toplu iş sözleşmesinden yararlananları ilgilendiren bir konu olma özelliği gösterdiğinden (STİSK m. 25/f.2) TİS'in konuya ilişkin art etkisinden bahsedebilmek için sona erme tarihinde işyerinde çalışıp

TİS'den yararlanıyor durumda olmak gerekir¹⁷. Şu halde, kanımızca zaman sınırlaması olmaksızın belirli aralıklarla zam öngörülen toplu iş sözleşmeleri hükmü için art etki söz konusu olabilmelidir¹⁸. Buna karşın bir kararında Yargıtay sona eren toplu iş sözleşmesi hükümlerinin iş sözleşmesi hükmü olarak devam edeceği şeklindeki düzenlemenin kazanılmış hakların korunması amacına yönelik olduğunu, süresi sona eren toplu iş sözleşmesinin ardından işverenin yürürlüğü sona eren hükümlere göre yeniden ücret artışı yapma zorunluluğunun bulunmadığını, bu sebeple TİS'in sona ermesinin ardından her altı ayda bir zam öngörülmesiyle ücret artışına gidilmesini hatalı bulmuştur¹⁹. Yüksek Mahkeme-

17 Yarg. 9. HD. 22.11.2006, E. 2006/9890, K. 2006/30806, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2007/2, 258-259; Yarg. 9. HD. 03.02.2014, E. 2011/51887, K. 2014/2792, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2014/4, 407-408.

18 Aynı yönde bkz. *Sur*, 325; *Akyiğit*, Toplu İş Hukuku, 690; *Keser*, 110, 116; *Doğan Yenisey*, Kübra: "Toplu İş Sözleşmesinin Ard Etkisi Kazanılmış Hakların Korunması. Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran, 2010, 172.

19 Yarg. 9. HD. 19.01.2010, E. 2009/48194, K. 2010/432, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2010/3, S.26, 452-454; Kararı değerlendiren *Doğan Yenisey* (bkz. A.g.e. s. 172), isabetli olarak kararda toplu iş sözleşmesinde yer alan ücret zammına ilişkin hükmün yapısına dair bir açıklığın bulunmadığını, eğer zamlar toplu iş sözleşmesinin yürürlük dönemiyle sınırlandırılmışsa kararın isabetli olduğunu, böyle bir sınırlamanın bulunmaması durumunda ise zam hükmünün ard etkisinin bulunması gerektiği kanısındadır; Aynı yönde karar için bkz. Yarg. 9. HD 16.03.2010, E. 2010/8088, K. 2010/6920, kararı isabetli bulan *Narmanlioğlu*, Yüksek Mahkemenin kararının isabetli olduğu yönünde görüş bildirmekle birlikte, gerekçe olarak toplu iş sözleşmesine yürürlük süresi içinde uygulanacağını öngörülmüş olması halinde hizmet akdi olarak devam etmesi veya uygulanmasının mümkün olmadığını, ileri etki açıkça düzenlenmişse ard etkinin söz konusu olacağını ifade etmektedir (*Narmanlioğlu*, Ünal: "Toplu İş İlişkileri Açısından Yargıtayın 2010 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi". Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2010, Ankara, 2012, 356-357); Yüksek mahkemenin bu yöndeki kararlarını isabetli bulan *Özdemir* de endeksleme hükümlerinin sonraya etkisi kabul edildiği takdirde çoğu zaman bir yorum sorunu ile karşılaşılacağını, aksi yönde bir açıklık olmadığı müddetçe işveren tarafın ıra-

1)'daki esasa işaret ederek toplu iş sözleşmesinin normatif normlarının tarafları bağlayıcı ve direkt etkisi sebebiyle işçi aleyhine yapılacak anlaşmaların geçersizliğine işaret etmiştir. Böyle bir anlaşma işveren işverenin, işveren sendikasıdan ayrılması halinde de geçerlilik kazanamaz, bkz. 01.07.2009, 4 AZR 250/08, openjur.de/u/171913.html (Ulaşım Tarihi: 22.09.2017).

16 *Narmanlioğlu*, İş Hukuku II, 506-507; *Keser*, Hakan: "Sona Eren Toplu İş Sözleşmesi Hükümlerinin Art Etkisi". Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran, 2007, 106; *Doğan Yenisey* Kübra: "Toplu İş Sözleşmesinin Ard Etkisi Kazanılmış Hakların Korunması, 167; *Akyiğit*, Toplu İş Hukuku, 684 vd.

nin kararında ifade ettiği gibi Yasadaki art etki düzenlemesini kazanılmış hakların korunması temeline dayandırılması isabetsizdir²⁰. Zira kazanılmış hak kavramı bireyin hukuki alanında doğmuş haklarını ifade etmektedir. Bu açıdan TİS'de yer alan ücret zammı ancak işçi açısından tahakkuk ettiği anda kazanılmış hak halini alacaktır²¹. Şüphesiz, uygulaması sözleşmede belirli süre ya da tarih ile sınırlandırılmış olan haklar bakımından bu hükümlerin sonraya etkisinden bahsetmek mümkün değildir. Örneğin ücret zammının TİS'in yürürlüğü sırasında ödeneceği yolunda açık bir düzenlemenin bulunması halinde artık bu hükmün art etkisinden bahsedilemeyecek ve aynı oranda tekrar zam talep edilemeyecektir. Bu hususta toplu iş sözleşmesindeki hükmün düzenleniş biçimi göz önünde tutulmalıdır²².

Ücret zammına ilişkin sona eren TİS'de yer verilen hükümlerin etkisi yeni bir TİS'in yürürlüğe girmesiyle sona erecektir. Bu bağlamda taraflar anlaşarak söz konusu hükümleri değiştirmemiş olsalar da²³ artık yeni TİS ile getirilen sistem, -düzen ilkesi- gereği uygulama alanı bulacak ve daha lehe olsa bile bir önceki TİS'in ücret zammı oranları talep edilemeyecektir²⁴. Bu noktada yeni im-

desinin zamların TİS süresini aşar şekilde uygulanması yönünde kabulünün güçlük arz edeceğini, bu şekilde yorum tartışmalarına girmektense Yargıtayın değerlendirmesini benimsemenin daha yerinde olacağını ifade etmektedir. (A.g.e, 198-199).

20 Doğan Yenisey, Ard Etki, 169; *Akyiğit*, Toplu İş Hukuku, 685.

21 Doğan Yenisey, Ard Etki, 168-169; *Alpagut*, Gülsevil: "Uygulamada ve Borçlar Kanunu Tasarısında İşçilik Alacaklarından Vazgeçme". İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2008 Yılı 12. Toplantı Notları, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul Barosu Yayınları, 2009, 67.

22 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 780; *Sur*, 325; *Keser*, 110; Doğan Yenisey, Ard Etki, 172; *Akyiğit*, Toplu İş Hukuku, 688-689; *Güzel*, Ali: "Toplu İş İlişkileri Açısından Yargıtayın 2013 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi". Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013, Mess, 2015, 387 vd.

23 Bkz. II, 2.a.

24 *Sur*, 316-317; *Narmanlioğlu*, İş Hukuku II, 509; *Çelik/Caniklioğlu/Canbolat*, 781-782; *Sümer*, 250; *Keser*, 110-111; *Doğan Yenisey*, Ard Etki, 171; *Şen*, 38-39.

zalanan TİS'in yürürlüğünün geriye götürüldüğü ve ücret zamlarının kaldırıldığı veya düşürüldüğü varsayımında işçiye zamlı olarak ödenen ücretin farkının geri istenmesi söz konusu olabilecek midir sorusunun da cevaplanması gerekir. Bu ihtimalde, önceki toplu iş sözleşmesinin art etkiye sahip ücret zammı hükmü ile yeni yapılan toplu iş sözleşmesinin geriye etkili hükümleri arasında çatışma bulunduğu görülmektedir²⁵. Kanımızca tahakkuk etmiş ve işçinin kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel alacak niteliğine dönüşmüş olan ücret korunmalıdır ve ücret zam oranları ancak -ileriye etkili olarak- işçi aleyhine değiştirilebilmelidir. Nasıl ki kural olarak yasaların geriye yürüme yasağı hukuk devletinin temel ilkelerinden biriyse Anayasanın taraflara tanıdığı toplu iş sözleşmesi yapma özerkliğinin de sınırını teşkil eder²⁶. Ayrıca burada art etkinin düzenlendiği hükmün (m. 36/f.2) amacının da göz önünde tutulması gerekir. Sona eren toplu iş sözleşmesinin bazı hükümlerine art etkinin tanınmasındaki amaç, işçilerin TİS ile sağladıkları kazanımları geçiş döneminde de korumak ve bu sayede çalışma barışının korunmasıdır. İşçilerin art etki ile elde ettikleri kazanımları kaybetme riskinin bulunması normun koruma amacına da aykırılık teşkil eder. Özetle, kazanılmış hak prensibi ve normun koruma amacı dikkate alındığında yeni toplu iş sözleşmesinin yürürlük başlangıcının geriye götürüldüğü durumlarda işçilerin bir önceki TİS'in art etkisi kapsamında hak kazanmış oldukları zamlı ücretlerin iadesinin söz konusu olmayacağı söylenmelidir²⁷. Daha önce de belirttiğimiz gibi

25 *Özkaraca*, Ercüment: Toplu İş Sözleşmesinin Geriye Etkisi. Beta Yayınları, İstanbul, 2014, 93; *Akyiğit*, Toplu İş Hukuku, 599.

26 Ayrıntılı bilgi için bkz. *Centel*, Tankut: "Toplu İş Sözleşmesi Özerkliğinin Hukuki Sınırları". Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart, 2010, 211 vd.

27 Aynı yönde bkz. *Oğuzman*, M. Kemal: Hukuki Yönden İşçi İşveren İlişkileri. C.1, 4. Bası, İstanbul, 1987, dn. 91a,82; *Makas*, Recep: "Toplu İş Sözleşmesinin Ard Etkisi-İşyeri Uygulaması (Karar İncelemesi)". EÜHFD, C. XV, S. 1-2, 2011, 168; *Doğan Yenisey*, Kübra: "Sona Eren Toplu İş Sözleşmesi Hükümlerinin Hukuki Niteliği Üzerine Bir Deneme". İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk

her sözleşme günün ekonomik koşulları, işverenin karlılık durumu ve ödeme gücü göz önüne alınarak imzalanır²⁸. Bu çerçevede kazanılmış haklara dokunmadan yeni TİS ile ücret zamlarını işçi aleyhine değiştirmenin mümkün olduğunu tekrar belirtelim.

c. Personel Yönetmeliği ve Eşdeğer Kaynaklarda Ücret Zammı Öngörülmesi

4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesinde personel yönetmeliği ve benzeri kaynakların iş sözleşmesinin eki niteliğinde olduğu açıkça belirtilmiştir. Uygulamada "işyeri yönetmeliği", "iç yönetmelik", "insan kaynakları yönergesi" de denilen düzenlemeler ile işyerinde veya bir bölümünde işçiler için geçerli olacak genel ve ortak çalışma koşulları işveren tarafından tek taraflı olarak belirlenmektedir. İşçi bu koşulları kabul ederek işe başlamak, ya da sözleşme yapmaktan vazgeçmek, seçenekleri ile karşı karşıyadır²⁹. Bu kapsamda işyeri/işletmedeki ücret politikasına ilişkin, ez-cümle ücret zammına ilişkin düzenlemelere (örn. zammın oranı ve uygulama zamanı) personel yönetmeliğinde yer verilmesi mümkündür³⁰.

Personel yönetmeliği ve eş değer kaynakların bağlayıcılığından bahsedebilmek için genel kanun niteliğindeki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun "genel işlem koşulları" başlığını taşıyan m. 20 ila 25 hükümlerini de göz önünde bulundurmak gerekir. Genel kanun niteliğinde olan TBK'nın söz konusu hükümlerinin personel yönetmelikleri için de geçerli olacağı söylenmelidir³¹. TBK m. 20'de genel işlem koşulları, "bir sözleşme yapılırken düzenleyen, ilerde çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleri" olarak tanımlanmıştır. Bu koşulların, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli, nitelendirmede önem taşımayacaktır (TBK m. 20/f.1).

İşyerine özgü bir kaynak niteliğindeki personel yönetmeliklerinin uygulama alanı bulabilmesi için iş sözleşmesinin yapılmasından önce ya da yapılması sırasında işçinin bilgilendirilmesi ve işçiye inceleme olanağının tanınmış olması gerekmektedir³². Diğer bir ifadeyle genel iş koşulu niteliğini haiz iç yönetmelik hükümlerinden işçinin habersiz olması durumunda, bunların işçi bakımından bağlayıcılık ifade edeceğini düşünmek mümkün değildir³³. Uygulamada da çoğu işyerinde iç yönetmelikler iş sözleşmesi yapılırken işçilere gösterilmekte, okutulmakta ve okunup kabul ettiklerine dair imzaları alınmaktadır.

Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara, 2006, 625-626; Geçmiş dönemde işçiye fiilen sağlanan hakların geçersiz sayılmayacağını kazanılmış hak prensibiyle açıklayan görüş için bkz. *Özkaraca*, 96-97; *Şahlanan*, Fevzi: Toplu İş Sözleşmesi, İstanbul, 1992, 118; *Akyiğit*, Toplu İş Hukuku, 599.

28 *Topalhan*, Türker/*Bayat*, Bülent/*Güler*, Şerafettin: "Toplu İş Sözleşmesi Düzeninde Kazanılmış Hak Kavramı", *Çalışma İlişkileri Dergisi*, C. 7, S. 2, 2016, 8.

29 *Süzek*, Sarper: "İş Hukukunda İç Yönetmelikler", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.44, Sayı 1-4, Ankara 1995, 183; *Çelik/Caniklioğlu/Canbolat*, 193; *Eyrenci/Taşkent/Ulucan*, 18-19; *Sümer*, 12-13; *Civan*, Ersun: Genel İş Koşulları. Beta Yayınları, İstanbul, 2015, 63; *Ertürk*, Şükran: "Genel İş Koşulları ve Genel İş Koşullarının Denetlenmesi". Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 15, Özel Sayı, 2013, 91.

30 Fransız Hukukunda iç yönetmeliklerin içeriği kanunla belirlenmiş olup hijyen ve iş güvenliği ile disipline ilişkin olanlar dışındaki hükümler hukuken geçersizdir. Hukukumuz açısından da toplu iş sözleşmeleriyle düzenlenen konularda (6356 sy. K. m. 33) iç yönetmelikle düzenleme yapılamaması gerektiği öğretide ileri sürülmüştür.

Ayrıntılı bilgi için bkz. *Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal*, 81; İş Hukukunun bünyesine uygun olarak işçi şehine olup emredici hükümlere aykırı olmayan iç yönetmelik hükümlerinin geçerli olduğu yönünde bkz. *Narmanlioğlu*, Ferdi İş İlişkileri, 35; *Süzek*, İç Yönetmelikler, 185.

31 *Karaçöp*, Eda/*Yamakoğlu*, Efe: "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri ve İş Kanunları ile İlişkisi". *Legal İSGHD*, S. 38, C.10, 2013, 97; *Süzek*, İş Hukuku, 66; *Çelik/Caniklioğlu/Canbolat*, 195; *Narmanlioğlu*, Ferdi İş İlişkileri, 36-37; *Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal*, 83; *Civan*, 65-66.

32 *Süzek*, İç Yönetmelikler, 186-187, aynı yazar bkz İş Hukuku 68-69; *Narmanlioğlu*, Ferdi İş İlişkileri, 36; *Eyrenci/Taşkent/Ulucan*, 19; *Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal*, 83-84; *Sümer*, 13; *Ertürk*, 92; *Şakar*, 27; *Alpagut*, İşçilik Alacaklarından Vazgeçme, 77; *Karaçöp/Yamakoğlu*, 97.

33 *Ertürk*, 92. *Narmanlioğlu*, Ferdi İş İlişkileri, 36.

Şunu da belirtmek gerekir ki, personel yönetmeliğinde yapılacak işçi aleyhine değişikliklerin işçinin onayına bağlı olacağı söylenmelidir (İş K m. 22). Bu hususta iş sözleşmesine konulacak bir hükümle personel yönetmeliğinde yapılacak işçi aleyhine değişikliklerin baştan işçi tarafından kabul edilmiş sayılacağına ilişkin bir hüküm ile ücret zammının ortadan kaldırılmasına veya sözleşmede belirtilen oranın aşağısına çekilmesinin geçerliliğinden de söz edilemeyecektir³⁴. Keza, TBK'ya göre, *genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede yer alan ve düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtlar yazılmamış sayılır* (TBK m. 24).

d. Ücret Zammının Çalışma Koşulu (İşyeri Uygulaması) Haline Gelmesi

İş hukukuna özgü bir diğer hukuki kaynak işyeri uygulamasıdır. Herhangi bir kanunda veya sözleşmelerle öngörülmüş olmamasına rağmen, tek yanlı olarak belirli yararların düzenli ve genel olarak işçilere sağlanması ve dürüstlük kurallarına göre işverenin bu uygulamaya devam edeceği yönünde haklı bir beklentinin oluşması durumunda işverenin tek taraflı olarak vazgeçemeyeceği bir çalışma koşulunun varlığı kabul edilmektedir³⁵. Bir uygulamanın çalışma koşulu haline geldiğinden bahsedebilmek için bunun genel nitelik taşıması ve tekrarlanmış olması şarttır. Ancak bu uygulamanın ne kadar süreden beri yapılıyor olması veya kaç kez tekrarlanması gerektiğine ilişkin kesin bir kural yoktur. Bunun her olayda dürüstlük kuralı çerçevesinde belirlenme-

si gerekir³⁶. Yargıtay'a göre ise, uygulamanın üç defa tekrar edilmesi halinde çalışma koşulunun varlığından söz edilir³⁷. İşverenin şarta bağladığı veya vazgeçme hakkını saklı tuttuğu uygulamaların ise çalışma koşulu haline geldiğinden bahsedilemeyecektir^{38,39}.

İşverence belirli dönemlerde ücrete zam yapılması da bunun işyeri uygulamasına dönüşmesine neden olabilecektir. Bu gibi durumlarda işçinin işyeri uygulaması haline gelmiş ücret zammını talep hakkı doğar. İş Kanunu'nun 22. maddesine göre, *"İşveren, ... işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekilde uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz"*. Diğer bir ifadeyle, işverenin artık böyle bir uygulamadan tek taraflı olarak dönmesi mümkün olmaz. Ancak söz gelimi, düzen arz etmeyen ve ülke koşulları dikkate alınarak işçilerin ücretlerinde iyileştirme yapılması ücret

34 *Süzek*, İş Hukuku, 73-74; *Karaçöp/Yamakoğlu*, 98; *Civan*, 82 vd.; *Ertürk*, 92-93.

35 *Süzek*, Sarper: "İşyeri Uygulamaları". Kamu-İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C:4, S:2, 1997, 151 vd., aynı yazar bkz. İş Hukuku, 82; Soyer, Polat: Genel İş Koşulları. İzmir, 1987, 41 vd.; *Eyrenci/Taşkent/Ulucan*, 20 vd.; *Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal*, 86-87; *Çelik/Caniklioğlu/Canbolat*, 195; *Şakar*, 27; *Narmanlioğlu*, Ferdi İş İlişkileri, 39; *Sümer*, 13; *Makas*, 169 vd.

36 *Süzek*, İşyeri Uygulamaları, 153, aynı yazar bkz. İş Hukuku, 84; *Çelik/Caniklioğlu/Canbolat*, 197; *Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal*, 87-88; *Şakar*, 27-28; *Narmanlioğlu*, Ferdi İş İlişkileri, 40; *Sümer*, 14; *Makas*, 170; *Karaçöp/Yamakoğlu*, 99.

37 Yarg. HGK. 05.02.2003, E. 2003/9-11; K. 2003/54, Legal İSGHD, S. 2, 2004, 622-624.

38 *Süzek*, İşyeri Uygulamaları, 154, aynı yazar bkz. İş Hukuku, 85; *Çelik/Caniklioğlu/Canbolat*, 196-197; İlgili kayıtların genel işlem koşulu niteliğinin de göz önünde tutulması gerektiği görüşü için bkz. *Civan*, 110; Aksi görüşe göre, vazgeçme koşuluna rağmen, bir uygulamanın yıllarca devam ettiği bir durumda, işçide haklı olarak o ödemenin ya da yardımın yapılacağı yolunda bir beklenti oluşur. Dolayısıyla böyle bir uygulama çalışma koşulu haline gelmiş olur, *Eyrenci/Taşkent/Ulucan*, 22; Her ödeme döneminde işverenin aynı açıklamayı yapması gerektiği yönünde bkz. *Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal*, 89.

39 "... Ücret ve zamlarına ilişkin bireysel veya toplu iş sözleşmesi hükümlerinin zorunluluk taşıması, mutlak, kesin ve uygulanır olması gerekir. Bu hükümlerin belirtilen unsurları taşınamaması, örneğin belirli olguların gerçekleşmesi ve işverenin yönetim hakkına bırakılması halinde uygulanması olanağı yoktur". Yarg. 9. HD. 16.09.2013, E. 2011/18568, K. 2013/22524 (<http://ismahkemesi.com/2015/09/ucret-zammi-yargitay-kararlari>).

zammına ilişkin işyeri uygulamasının ortaya çıktığından bahsedebilmek için yeterli değildir. Bunun gibi, örneğin belirli bir kar oranına ulaşıldığı takdirde işçi ücretlerine zam yapılacağına açıkça belirtilmesi halinde, söz konusu koşul sağlanmadığı takdirde belirlenen dönemde zam yapılamayabilecektir.

Konuyla ilgili, Yüksek Mahkeme bir kararında ücret zammının işyeri uygulaması olarak dikkate alınamayacağı şeklinde anlaşılmasına müsaade bir karar vermiştir. Buna göre, "...yazılı sözleşmede ücret zammının zorunluluğu ve oranı konusunda açık düzenleme olmadığı takdirde önceki yıllarda yapılan zam ve oranlar işvereni bağlamaz. Zam işverenin yönetim hakkı kapsamında olup önceki zamlar işyeri uygulaması olarak değerlendirilemez. Davacının hak ve alacaklarının zamsız ücrete göre değerlendirilmesi ve ücret zammı fark alacağı talebinin reddi gerekir"⁴⁰. Kararın içeriğinden önceki yıllarda işçilere yapılan zam oranlarına ilişkin bir bilgiye rastlanmamakla birlikte söz konusu karar ücret zamlarının hiçbir şekilde işyeri uygulamalarının konusunu teşkil edemeyeceği şeklinde anlaşılmasına müsaadetir. Kanımızca, belirlilik ve süreklilik unsurlarının varlığı halinde dürüstlük kuralı çerçevesinde ücret zamları da işyeri uygulaması haline gelebilecektir⁴¹. Bu hususta farklı ihtimal-

leri göz önünde bulundurmak gerekir. Eğer işyerinde genel bir uygulama olarak her sene belirli bir oranda, söz gelimi %10 oranında veya seyriyana 100 TL gibi bir zam verilmesi söz konusuysa yahut somut bir veriye endekslenme varsa artık işyeri uygulamasının varlığından söz edilebilir. Buna karşılık her yıl değişik oranlarda işçilere zam yapılması halinde bunun işçilere belirli bir oran üzerinden talep hakkı vermeyeceği söylenebilecektir. Zira burada bir menfaatin işveren tarafından –aynı koşullarla sağlanması- söz konusu değildir⁴². Bunun gibi Yüksek Mahkeme, isabetli olarak daha önceki dönemlerde toplu iş sözleşmesinden yararlanmayan işçilere toplu iş sözleşmesinde belirlenen oranlarda zam yapılmasının bu yönde bir işyeri uygulamasının varlığını göstermeyeceğini ve daha sonra zam yapılmaması sebebiyle işçilerin talepte bulunamayacağına işaret etmiştir⁴³.

bir yazılı delil yoktur. İşyeri uygulamasının da bulunmadığı anlaşılmaktadır. Mahkemece ücret farkı talebinin reddi yerine kabulüne karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir. 9. HD. 11.11.2010, E. 2008/42907, K. 2010/33650, <http://ismahkemesi.com/2015/09/uc-ret-zammi-yargitay-kararlari> (Ulaşım tarihi: 10.10.2017).

42 Öğretide bu koşulun çok katı bir şekilde düşünülmemesi gerektiği, önemli olanın aynı davranışın aynı nedenler karşısında tekrarlanması olduğu, bu itibarla işverence tek taraflı olarak bir edimin sağlanması yönünde devamlı bir uygulama oluşmuş ancak edimin tutarı konusunda değişik uygulamalar nedeniyle henüz belirgin bir ilke ortaya çıkmamışsa miktarın hakkaniyete göre belirlenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. *Soyer*, 43-44; *Süzek*, İşyeri Uygulamaları, 153, aynı yazar bkz. İş Hukuku, 84; *Narmanlıoğlu*, Ferdi İş İlişkileri, 40; Miktarın önemli olmadığı, bir ödemenin yapılacağı inancının oluşmasının çalışma koşulu oluşmasında yeterli olduğu yönünde ayrıca bkz. *Eyrenci/Taşkent/Ulucan*, 22.

43 "...Somut olayda, davacı işçinin işyerinde uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesinin tarafı olan Petrol İş sendikasına üye olmadığı ve sendikaya dayanışma aidatı da ödemediği sabittir. Ancak davacı, kendisine daha önce uygulanan ücret artışlarının toplu iş sözleşmeleri doğrultusunda gerçekleştirildiğini, bu sebeple toplu iş sözleşmesinden yararlandırılması hususunda işyeri uygulaması oluştuğunu, son çalışma yılında ücretine toplu iş sözleşmesinde öngörülen zam oranının yansıtılmadığını ileri sürerek, fark ücret alacağı talep etmektedir.

40 Yarg. 9. HD. 30.01.2012, E. 2009/37863, K. 2012/2312, www.kazanci.com.

41 Keza Yarg. 22. HD'nin bir kararında da ücret zammının işyeri uygulaması olarak doğabileceği şu ifadelerle belirtilmiştir: "...Dosya içeriğine göre davacının 13.12.2005-13.05.2011 tarihleri arasında davalı işyerinde kaynakçı olarak çalıştığı, ücret zammı talebinin işveren tarafından kabul edilmemesi üzerine 13.05.2011 günü işyerinden ayrıldığı anlaşılmaktadır. Ücret zammı yapılması yönünde işvereni bağlayan bir iş sözleşmesi veya işyeri uygulaması bulunmamaktadır. İş sözleşmesi ücret zammı talebi yerine getirilmediğinden davacı tarafından feshedildiğinden kıdem ve ihbar tazminatı isteklerinin reddi yerine yazılı şekilde hüküm kurulması hatalıdır". 22. HD. 19.02.2013, E. 2012/13005, K. 2013/3331; Benzer şekilde 9. HD'de verdiği daha önceki tarihli bir kararında işyeri uygulamasının şartlarının oluşması halinde ücret zammı talebine geçerlilik tanınacağı şeklinde anlaşılacak bir karar vermiştir. Buna göre, "...Dosya kapsamından ücret farkı için işverenin taahhüdünün olmadığı gibi her hangi

e. İş Hukukuna Özel Kaynaklarda Yer Almadığı Durumlarda İşçinin Ücret Zammı Talebi

Buraya kadar iş hukukuna özel kaynaklarda işverenin işçiye zam yapma yükümlülüğü altında bulunduğu haller değerlendirilmiştir. Bu başlık altında ise mevzuatta veya diğer kaynaklarda yer almamasına karşılık işverenin işçiye zam yapma yükümlülüğü altında olup olmayacağı değerlendirilecek olup nihayetinde kanaatimiz belirtilecektir.

Konuyla ilgili Yargıtay görüşü istikrar kazanmış durumdadır. Yüksek Mahkemeye göre, işçi açısından talep hakkı doğması için ücret ve zamlarına dair bireysel veya toplu iş sözleşmesi hükümlerinin zorunluluk taşıması, mutlak, kesin ve uygulanır olması gerekir. Bu hükümlerin belirtilen unsurları taşınamaması, örneğin belirli olguların gerçekleşmesi ve işverenin yönetim hakkına bırakılması halinde uygulanması olanağı yoktur⁴⁴. Diğer bir ifadeyle sözleşmelerde hüküm bulunmuyorsa ve çalışma koşulu haline gelen bir işyeri uygulamasının varlığından da bahsedilemiyorsa işverenin işçilere zam yapma kararı yönetim hakkı çerçevesinde kendi takdirindedir. Şüphesiz işveren, yönetim hakkını kullanırken keyfi davranmamalı ve özellikle eşitlik ilkesine uygun hareket etmelidir.

Bilindiği üzere iş hukukunun varlık amacı işçinin korunmasıdır. Genellikle tek geçim kaynağı ücreti olan işçinin iş ilişkisinin ekonomik yönden zayıf tarafı olduğu ve işveren karşısında pazarlık gücünün pek bulunmadığı da bir gerçektir. Bu itibarla, işçinin iş sözleşmesi akdedilirken sözleşmeye ücret zammına ilişkin bir hüküm koydurma olanağı çoğu zaman bulunmamaktadır. Pazarlık gücü bulunan, nitelikli işçiler bir yana bırakılacak olursa asgari ücret seviyesinin üzerinde çalışan ve sendikal örgütlenmenin bulunmadığı işyerlerinde⁴⁵ çalışmakta olan işçilerin üç, dört sene aynı ücret seviyesinde çalıştığına rastlanmaktadır.

Bu hususta uzun yıllar zam yapılmaması sebebiyle işçinin mahkemeden uyarılma talebinde bulunup bulunamayacağı veya sözleşmesini haklı nedenle feshedip edemeyeceği de akla gelen bir sorudur. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun –aşırı ifa güçlüğü- kenar başlıklı 138. maddesi konuyu düzenlemektedir. Buna göre, "Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülme ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır". Kanımızca ve maalesef bu sorulara olumsuz cevap vermek

Dosya içerisinde mevcut ücret bordrolarının incelenmesinde, davacının toplu iş sözleşmesinde öngörülen bir kısım sosyal yardımlardan yararlandığı görülmektedir. Her ne kadar şahitler, güvenlik görevlilerine sendikali işçilerin yararlandığı hakların tanındığı yönünde beyanda bulunmuşlarsa da; taraflar arasında ücret artış oranlarının belirlendiği bir iş sözleşmesi bulunmadığı ve davacının da sendika üyesi olmaması sebebi ile toplu iş sözleşmesinden kanunen yararlanma imkanının var olmadığı sabittir. Davacının ücretinin, önceki yıllarda toplu iş sözleşmelerinde belirlenen oranlarda artırılmış olması, 2010 yılından sonra da toplu iş sözleşmelerinde belirlenen oranlarda artış yapılması gerektiğini göstermez. Taraflar arasında yazılı bir sözleşme bulunmaması halinde, ücret artış oranlarının belirlenmesi işverenin yönetim hakkı kapsamında kaldığından, bu hususta bir işyeri uygulamasının oluştuğunda kabul edilmez. Saptanan bu durum karşısında ve yukarıda açıklanan maddi ve hukuki olgular gözönünde tutulduğunda, davacının toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan fark ücret alacağı isteminin reddi gerekirken kabulüne karar verilmesi isabetsizdir". Yarg. 22. HD. 04.06.2013, E. 2012/24089, K. 2013/13504, <http://ismahkemesi.com/2015/09/ucret-zammi-yargitay-kararlari> (Ulaşım Tarihi: 10.10.2017).

44 Yarg. 9. HD. 24.6.2013, E. 2011/11084, K. 2013/19249, www.kazanci.com.

45 Sendikaların varoluş sebebi olarak işveren karşısında işçilerin pazarlık gücünü artırdığı ve ücret zammına ilişkin hükümlerin de bu çerçevede toplu iş sözleşmelerine sıklıkla koydurabildikleri bir gerçektir, *Bagchi, Aditi*: "Unions and the Duty of Good Faith in Employment Contracts". *The Yale Law Journal*, Vol. 112, April, 2003, 1881,1899.

gerekecektir. Zira uyarılma talebi için gerekli öngörülebilirlik şartı ve işlem temelinin çökmesi bu durumda söz konusu değildir⁴⁶.

Enflasyonist etki dikkate alınarak ücret zammına ilişkin iş kanunlarında herhangi bir düzenleme yapılmadığı düşünülebilir. Bununla birlikte asgari ücrette her sene artışa gidilmesi, memurlara istisnasız her yıl belirli oranlarda zam öngörülmesi ve ülkenin bir gerçeği olan -istikrarlı- enflasyon artışı göz önünde bulundurulduğunda mevcut konjunktürde belirli bir işçi grubunun mağduriyetinin söz konusu olduğu da göz ardı edilmemelidir. Yukarıda belirttiğimiz sebeplerle konunun ülke gerçekleri de dikkate alınarak iş mevzuatında açıkça düzenlenmesi gerektiğini düşünüyoruz.

2- Ücret Zammının Kaldırılmasına ve Zam Oranının Değiştirilmesine İlişkin Durumların Değerlendirilmesi

a. İş Sözleşmesi Taraflarının Anlaşması

Anayasa'nın 48. maddesinde herkesin, dilediği

alandaki çalışma ve sözleşme özgürlüğüne sahip olduğu belirtilmiş, madde gerekçesinde de sözleşme serbestisinin ancak kamu yararıyla sınırlandırılabilmesine işaret edilmiştir. Bunun gibi, 6098 sy. Türk Borçlar Kanunu m. 26'da tarafların, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilecekleri hüküm altına alınmıştır. Sözü edilen düzenlemeler, sözleşme özgürlüğünün yasal temellerini oluşturur. Sözleşme özgürlüğünün görünüm biçimleri genel olarak sözleşme yapma özgürlüğü, sözleşmenin içeriğini düzenleme özgürlüğü, sözleşmeye son verme özgürlüğü ve şekil serbestisi olarak sıralanabilir. Bu çerçevede iş sözleşmesi tarafları da sözleşme serbestisi çerçevesinde akdettikleri sözleşmenin içeriğinde serbest iradeleriyle değişikliğe gidebileceklerdir.

İşverenin tek taraflı olarak gerçekleştireceği -yönetim hakkına dayalı- değişiklikler İş K. m. 22'de yer verilen esaslı değişiklik prosedürüne tabi değildir⁴⁷. Bununla birlikte konumuz bakımından ücret zammı oranlarının düşürülmesi veya ücret zammının ortadan kaldırılması işçi aleyhine esaslı değişiklik niteliği taşır. Bu çerçevede, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesinde çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapılmak istenmesi halinde izlenecek yöntem belirtilmektedir. Buna göre; *"İşveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da iş yeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekilde uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı iş günü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz. İşçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir. İşçi bu durumda 17. ila 21. madde hükümlerine göre dava açabilir.*

Taraflar aralarında anlaşarak çalışma koşulla-

46 Fransız ve Alman hukukundaki gelişmeleri dikkate alarak sürekli borç ilişkilerinde uyarılmanın hangi şartlarda mümkün olabileceğini değerlendiren *Cashin-Ritaine*, sözleşmenin kurulmasından sonra edimler arasında dengesizlik söz konusu olması, edimin ifasının aşırı derecede güçleşmesi yahut edimler ile izlenen amacın anlamsızlaşması halinde sözleşmenin uyarlanması söz konusu olabilmektedir, (Dr. Eleanor *Cashin-Ritaine*'in "Emprevizyon, Hardship ve İşlem Temelinin Çökmesi: Pacta Sunt Servanda ve Alman-Fransız Hukuki İlişkilerinde Sözleşmenin Uyarlanmasına Giden Yollar" isimli eserinden çeviri: *Baysal*, Başak, İÜHFM, C: LXIII, S,1-2, 2005, 321 vd.); İster dürüstlük kuralı, ister birlikte veya ayrı ayrı *clausula rebus sic stantibus*, işlem temelinin çökmesi yahut aşırı ifa gücüne ile açıklansın, bu teori global ekonomik sistemin doğurduğu olumsuzlukları giderme kaygısını taşımaktadır...Teorinin görünürdeki amacı, belirli şartların oluşması halinde, büyük sermayeye karşı zayıf kalması kuvvetle muhtemel bireyi korumaktır, *Tüzüner*, Özlem/Öz, Kerem: "Aşırı İfa Gücüne İlişkin İçtihat İncelemesi". Ankara Barosu Dergisi, 2015/3, 427; Emprevizyon teorisinin ortaya çıkış amacı ve toplu İş hukuku bakımından uygulanabilir olup olmadığının değerlendirilmesi için ayrıca bkz. aşağıda II, 2, d.

47 *Hunscha*, 99.

rını her zaman değiştirebilir. Çalışma koşullarında değişiklik geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulamaz". Şüphesiz işçinin yararına olarak yapılan değişikliklerde İş K m. 22 uygulanmayacaktır. Zira kural olarak böyle bir değişikliği reddetmek iyi niyet kurallarına aykırılık oluşturur. Diğer bir ifadeyle bu tür değişiklikleri de işveren tek taraflı olarak gerçekleştirebilmektedir⁴⁸. Bu bağlamda İş K. m. 22'de yer verilen usul esasen işçinin aleyhine olacak şekilde ücret zammının kaldırılması veya zam oranının indirilmek istendiği hallerde ortaya çıkacaktır. Daha önce açıkladığımız üzere, toplu iş sözleşmesinin normatif etkiye sahip içerik hükümlerinin emredici etkisi TİS'in sona ermesi ile birlikte sona ereceğinden⁴⁹ iş sözleşmesi taraflarının (işçi-işveren) ücret zammına ilişkin hükümler üzerinde kendi serbest iradeleriyle değişikliğe gidebilmeleri mümkün hale gelecektir⁵⁰. Şu halde, sona eren TİS'de yer verilmiş olan ve art etkiye sahip ücret zammı oranları iş sözleşmesi taraflarının anlaşmasıyla düşürülebilecek veya ücret zamları ortadan kaldırılabilir.

İş sözleşmesi üzerinde tarafların değişikliğe gidebilmesi hususu, ayrıca iş güvencesi kapsamındaki işçinin sözleşmesinin geçerli nedenle feshinde de önem taşımaktadır. Her ne kadar İş Kanununda açıkça yer almıyor olsa da ölçülülük ilkesi temelinde işe iade davalarında feshin son çare olması (*ultima ratio*) ilkesinin uygulanması söz konusu olmaktadır⁵¹. Feshin son çare olması ilkesine uygun hareket edilmemesi durumunda ise yapılan feshin geçerliliğinden bahsedilemeyeceği özellikle Yargıtay kararlarında vurgulanmaktadır⁵². Bu çerçevede her ne kadar işçi çıkartmayı

gerektiren bir işletmesel olgu söz konusu olsa da işçilerin ücretlerinin düşürülmesi, ücret zamlarının kaldırılması veya ertelenmesi gibi bir takım önlemlere başvurulması sözleşmelerin feshinin engellenebileceği durumlarda önce bu yol denenmelidir⁵³. Bunun için de İş K m. 22'deki usule uyulması, bundan sonuç alınamaması durumunda son çare olarak feshe başvurulması gerekmektedir. Belirtelim ki, zam düşüklüğü/kaldırılması/ertelenmesi teklifi ile birlikte ret beyanı halinde sözleşmenin feshedileceği de karşı tarafa bildirilebilir. Bu çerçevede gerçekleşen değişiklik feshi de iş güvencesi kapsamındaki işçiler bakımından geçerli fesih denetimine tabidir⁵⁴.

Yüksek Mahkeme, nispeten yeni bir kararında iş sözleşmelerinin yapıldığı sırada öngörülemez bir durum neticesinde işçilerin iş sözleşmelerindeki ücret zammına ilişkin hükmün değiştirilmesi önerisini çalışanların büyük çoğunluğunun kabul etmesine rağmen davacı işçinin kabul etmemesi sonrası gerçekleşen işveren feshini işyerinde ücret dengesizliği oluşacağı ve bunun iş barışını bozacağı gerekçesiyle geçerli neden olarak kabul etmiştir⁵⁵.

b. Toplu İş Sözleşmesi Taraflarının Anlaşması

Toplu iş sözleşmesi yürürlüğü sırasında TİS'de yer alan ücret zammı hükümlerinin ne şekilde ve kimler tarafından değiştirilebileceği üzerinde de durulmalıdır. Baştan belirtilmelidir ki, toplu iş sözleşmesi yürürlüğü sırasında işyeri/işletmenin içinde olduğu sektöre etki eden dışsal etkiler ve işyeri/işletmenin bünyesinden kaynaklı gereklilikler ile toplu iş sözleşmesinde değişiklik yapma ihtiyacı doğabilmektedir. Bu sebeple sözleşmeyi akdeden tarafların yürürlük sırasında da halin gerektirdiği değişiklikleri yapabilmeleri müm-

48 Sözek, İş Hukuku, 682; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 390.

49 Bkz. Yukarıda II, 1, b, bb.

50 Sur, 323-324; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 780; Sümer, 250; Keser, 108; Akyiğit, Toplu İş Hukuku, 644.

51 Holly, Hans G.: Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und Ultima-ratio Prinzip im Arbeitsvertraglichen Kündigungsrecht. Diss., Bonn, 1989, 19-20.

52 Feshin son çare olması ilkesine uygunluğu denetiminde, somut duruma uygun bir inceleme yapılmalı ve feshin yerine başvurulacak somut tedbirler araştırılmalı ve

açıklanmalıdır, Yarg. 9. HD. 20.07.2009, E. 2009/27271, K. 2009/27272, Kamu-İş 2008-2009 Yargotay Kararları, 333 vd.

53 Holly, 50; Hunscha, 242.

54 Hunscha, 242-243.

55 Yarg. 22. HD. 24.11.2016, E. 2016/25588, K. 2016/25972, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2017/3, 1742-1744.

kündür. Toplu iş sözleşmesinde sonradan yapılan değişiklik, bu sözleşmeden ayrı yeni bir toplu iş sözleşmesi olmayıp onun eki niteliğindedir⁵⁶.

Kanunda sadece toplu iş sözleşmesinin süresine ilişkin bir değişiklik yapılması engellenmiş olup (STİSK m. 35/f.2) hükmün mefhum-u muhalifinden sözleşme tarafı olan işçi sendikası ile işveren sendikası yahut sendika üyesi olmayan işveren arasında⁵⁷ toplu iş sözleşmesinin yürürlüğü sırasında bunun dışında kalan konularda⁵⁸, bu çerçevede ücret zammına ilişkin olarak da, değişiklik yapılabileceği sonucu çıkarılabilir⁵⁹. Belirtelim ki, toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında belirsiz bazı hususlara atıfla zam oranının belirlendiği durumlar değişiklik niteliği taşımaz. Örneğin, toplu iş sözleşmesi zammı için fiyat değişim endekslerine veya işverenin diğer işyerinde müzakeresi süren toplu iş sözleşmesinin durumuna atıf yapılması halinde bu atıf yapılan durum gerçekleştiğinde, sözleşmedeki hakların buna uydurulması sözleşmede değişiklik yapıldığı anlamını taşımayacaktır⁶⁰.

Şüphesiz, toplu iş sözleşmesi tarafları değişen

ekonomik şartlara göre işçiler için yalnızca henüz doğmuş bir hak olmayan ücret zamlarını düşürmeye yönelik değişiklik yapabilir. Diğer bir ifadeyle ücret zammı yapıldığı tarihten protokolün imzalandığı tarihe kadar olan ücretin zamlı hali işçiler bakımından doğmuş bir hak sayılacağından TİS tarafları anlaşsa dahi geçmişe dönük bunun ortadan kaldırılması veya azaltılması mümkün olmayacaktır⁶¹, ⁶². Şu halde, taraflar arasında akdedilen protokol ancak ileriye etkili (*ex nunc*) olarak sonuç doğurabilecektir.

56 *Ekmekçi*, Ömer: "Toplu İş Sözleşmesinde Tarafların İradeleriyle Sonradan Değişiklik Yapılması". Çimento İşveren Dergisi, C:10, S: 5, Eylül, 1996, 14; *Akyiğit*, Toplu İş Hukuku, 662-663.

57 Toplu iş sözleşmesinde değişiklik öngören protokolün değişiklik yapmaya yetkili kişilerce yapılması gerektiği yönünde bkz. Yarg. 9. HD. 25.02.2014, E. 2014/2478, K. 2014/5936, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2014/3, 387; Toplu iş sözleşmesi yapma yetkisine sahip olanların protokol yapma yetkisini de haiz olduğu ve değişiklik protokolü imzalama konusunda ayrıca özel bir yetkiye gerek bulunmadığı yönünde bkz. Yarg. HGK, 28.11.2007, E. 2007/9-872, K. 2007/899, Değerlendirme için bkz. *Engin*, Murat: "Toplu İş Sözleşmesinin Normatif Hükümlerinin Taraflarca Değiştirilmesi". Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart, 2009, 144-145; *Akyiğit*, Toplu İş Hukuku, 663.

58 Şüphesiz tarafların toplu iş sözleşmesinde değişiklik yapabileceği hususlar, sözleşmenin akdedilmesi esnasında belirlenmesi tarafların iradesine bırakılan konularla sınırlıdır, *Ekmekçi*, 17; *Narmanlioğlu*, İş Hukuku II, 386; *Akyiğit*, Toplu İş Hukuku, 662.

59 *Çelik/Caniklioğlu/Canbolat*, 807; *Engin*, 144; *Sur*, 305; *Narmanlioğlu*, İş Hukuku II, 386-387; *Akyiğit*, Toplu İş Hukuku, 645, 662.

60 *Ekmekçi*, 13-14.

61 Yarg. HGK, 28.11.2007, E. 2007/9-872, K. 2007/899, Yüksek Mahkemenin kararını isabetli bulan *Engin'e* göre, toplu iş sözleşmeleriyle öngörülen ücret zamlarının, altı aylık ya da bir yıllık dönemler için kararlaştırıldığı düşünüldüğünde, ekonomik kriz ile ortaya çıkan acil önlem zorunluluğuna rağmen, işvereni en az beş ay ve hatta bir yıla varan sürelerle zamlı ücreti ödemek zorunda bırakmak sonuçta protokol uygulamasını anlamsız kılarak işletmeyi ayakta tutma ve fesihleri önleme işlevini yerine getirememesine neden olacaktır. Bu sebeple uygulamaya girmiş olan paraya ilişkin normatif hükmün taraflarca protokolün imza tarihinden itibaren geleceğe yönelik olarak ortadan kaldırılması hukuken mümkündür (A.g.e, 146-147); *Ekmekçi'ye* göre de taraflar toplu iş sözleşmesiyle yükseltmiş işçi ücretini ileriye yönelik olarak düşürebilirler (A.g.e, 19-20); *Başbuğ'a* göre, toplu iş sözleşmesi hükümlerinin sonradan değiştirilmesi, bu yönde açık bir pozitif düzenleme olmadığı sürece sözleşme serbestisi ve toplu iş sözleşmesi özerkliği çerçevesinde değerlendirilmeli ve gerek işçi lehine gerek işçi aleyhine değişikliklerin ileriye yönelik olarak yapılabileceği kabul edilmelidir. Toplu iş sözleşmesinin ücret zammına ilişkin düzenlemesinin kazanılmış hak olarak değerlendirilmesi güçtür. Şu halde münferit alacak hakkı doğmayan dönemler için değişiklik yetkisi mevcuttur (A.g.e, 70-71).

62 Bu hususta öğretide bir görüş, TİS'te öngörülen zam tarihinde ücretlerin artırılmış düzeye yükselmiş olacağını ve bunun protokol ile değiştirilmesinin mümkün olmayacağını ancak bir sonraki ücret zam dönemi için anlaşmanın geçerli olacağını savunmaktadır, *Güzel*, Ali: "Toplu İş İlişkileri Açısından Yargıtayın 1996 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi". Yargıtay'ın İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1996, 193-194; *Çelik/Caniklioğlu/Canbolat*, 808-809; *Şen*, 30-31; *Canbolat*, Talat: "Toplu İş İlişkileri Açısından Yargıtayın 2011 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi". Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2011, Ankara, 2013, 321-322.

c. İşverenin Tek Taraflı İradesi

İşverenin, sözleşmelerde veya sözleşmenin eki niteliğindeki personel yönetmeliğinde işçi aleyhine tek taraflı değişiklik yapması mümkün değildir⁶³. Ücret konusunda işverene tek taraflı değişiklik yetkisi tanıyan hükümler de bu anlamda geçersiz sayılacaktır.

Konu daha ziyade çalışma koşulu haline gelmiş menfaatler bakımından tartışmalıdır. Yukarıda çalışma koşulu haline gelmiş işyeri uygulamalarının tek taraflı olarak işverence kaldırılmasının mümkün olmayacağından bahsedilmişti⁶⁴. Bunun aksine olarak işçinin aleyhine bir işyeri uygulamasının –olumsuz çalışma koşulu- haline geldiğinden bahisle işçinin talep hakkını ortadan kaldırıp kaldırmayacağı sorusu akla gelebilecektir. Konumuz bakımından işyeri uygulaması haline gelmiş bir ücret zammının belirli bir dönem itibarıyla oranının azaltılması veya zammın ortadan kaldırılması durumunda ve işçilerin de bu uygulamaysa uzun süre ses çıkarmaması ile olumsuz iş koşulu haline gelen bir durumun varlığından bahsetmek kanımızca isabetli değildir⁶⁵. Ne var ki, Yarg. 22. HD'nin daha önce vermiş olduğu bir kararında 'çalışma koşulu haline gelmiş ikramiye uygulamasına ilişkin olarak' ikramiyenin kaldırılmasına rağmen buna itiraz etmeyip belirli bir süre çalıştıktan sonra işten ayrılan işçinin ikramiye talebini uzun süre ikramiye ödenmemesinin olumsuz yönde iş

koşulu haline geldiği gerekçesiyle reddetmiştir⁶⁶. İş ilişkisinin ekonomik yönden zayıf tarafı olan işçinin çoğu zaman hür iradesiyle ücret zam oranlarının kaldırılmasını veya indirilmesini kabul ettiğini söylemek güçtür. İşçinin buna ses çıkarmaması zımnî kabulü olarak yorumlanmamalıdır. Belirtilmelidir ki, Yüksek Mahkemenin de bu görüşümüzü destekleyen birçok kararı bulunmaktadır⁶⁷. Bu hususta öğretilde çalışma koşullarında esaslı değişiklik öngören İş K. m. 22'nin ücret ve diğer çalışma koşullarındaki

63 "...Uyuşmazlık zamdan kaynaklanan ücret alacağı noktasından çıkmaktadır. İşyerinde uygulanmakta olan personel yönetmeliği iş sözleşmesi eki niteliğindedir. Personel Yönetmeliğinin değiştiği ve bu değişikliğin işçiye bildirildiği konusunda herhangi bir bilgi dosya içeriğinde bulunmamaktadır. Ücret zammının 2 yıllık süreç içerisinde ödenmemesi adı geçen yönetmelik dikkate alındığında iş şartı haline gelmez. Mahkemece yapılacak iş, ilgili yönetmelik dikkate alınarak hesaplama yapılması, bu arada işverence yapılan bir zam var ise bu hesaplama içinde dikkate alınarak sonucuna göre karar vermekten ibarettir. Eksik inceleme sonucu verilen karar hatalıdır". Yarg. 9. HD. 20.02.2008, E. 2007/9794, K. 2008/1303, www.kazanci.com.

64 Bkz. II, 1, d.

65 *Eyrenci/Taşkent/Ulucan*, 21; *Süzek*, İş Hukuku, 698; *Sümer*, 14; *Makas*, 171.

66 Yarg. 22. HD. 11.02.2013 tarih ve E. 12745, K. 2608, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2013/3, 654 vd., Söz konusu kararın incelemesi ve eleştirisi için ayrıca bkz. *Alp*, Mustafa: "Olumsuz İşyeri Uygulaması ile Bir İkramiyenin Kaldırılması – Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ve 22. Hukuk Dairesi Kararlarının İncelenmesi". *Dokuzeyül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, Özel Sayı 2014, 3088 vd. ayrıca bkz. *Alp*, Mustafa: "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 2013 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi". *Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi* 2013, MESS, İstanbul, 2015, 217 vd.

67 Yarg. 9. HD. 03.10.2016, E. 2016/29114, K. 2016/17089, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2017/3, 1650-1659, Karara göre : "...Çalışma koşullarının değişikliğinden söz edilmek için öncelikle bu koşulların neler olduğunun ortaya konulması gerekir. Sözü edilen 22 nci maddenin yanı sıra Anayasa, yasalar, toplu ya da bireysel iş sözleşmesi, personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ile işyeri uygulamasından doğan işçi ve işveren ilişkilerinin bütünü, çalışma koşulları olarak değerlendirilmelidir... 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesinin yürürlüğe girdiği 10/06/2003 tarihinden itibaren İş Hukukunda 'zımnî kabul, işyeri şartı haline gelme' müesseseleri ortadan kalkmıştır. İşçi aleyhine iş şartlarında yapılacak aleyhe değişikliklerin 4857 sayılı Kanunun 22. maddesindeki prosedüre uygun olması yasal zorunluluktur. 4857 sayılı Kanunun 22. maddesine uymayan ve işçi aleyhine yapılan değişikliklerin hukuki dayanağı yoktur. Davacı işçinin ücretinin açık yazılı rızası dışında düşürülmesi yasal olarak mümkün değildir"; Ayrıca bkz. Yarg. 7. HD. 06.03.2014, E. 2013/8710, K. 2014/5492, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2015/1, 363-372 ve kararı isabetli bulan inceleme için ayrıca bkz. *Alpagut*, Gülsevil: "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2014 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi". *Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi* 2014, Ankara, 2016, 47 vd.; Yarg. 9. HD'nin 08.12.2011, 2009/28912, K. 2011/47659; Yarg. HGK. 27.02.2013, E. 2012/9-1166, K. 2013/279.

değişiklikler olarak ikiye ayrılarak incelenmesi gerektiği; diğer çalışma koşullarında örneğin bir işyeri veya görev değişikliğinde işverenin gönderdiği işyerine giden veya yeni görevi kabul eden işçinin, uygun bir davranışla değişikliğe rıza gösterdiği kabul edilebilecek iken düşük ücret almaya veya bir ikramiyenin verilmemesine itiraz etmemenin değişikliği kabul anlamında yorumlanmaması gerektiği belirtilmiştir⁶⁸. Şu halde çalışma koşulu haline gelmiş ücret zam oranlarının ancak İş K m. 22'deki usul dikkate alınmak suretiyle işçinin yazılı onayıyla işçi aleyhine değiştirilebileceğini kabul etmek gerekir⁶⁹.

Toplu iş hukuku bakımından ise Yargıtay görüşü istikrarlıdır. Yargıtay'ın bir kararında 4 yıl boyunca toplu iş sözleşmesinde belirlenen ücret zammı yerine daha düşük bir oranda zam uygulanmasının ve ihtirazı kayıt konulmadan bunun kabul edilmesine karşın, işçinin daha sonra alacak talebi haklı görülmüştür. Kararın gerekçesi ise toplu iş sözleşmesinde yer alan ücret artışından bireysel olarak vazgeçmenin mümkün olmaması-

68 *Alp*, Olumsuz İşyeri Uygulaması, 3089-3090; *Süzek*, İş Hukuku, 699; Bu hususta *Civan'a göre*, işçinin uzunca bir süre eksik ödenen ücrete ses çıkarmaması, iş sözleşmesi sona erdikten sonra bu durumu ileri sürmesi duruma göre dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edebilecektir. Aynı yazar, işçinin işten çıkarılma korkusuyla iş sözleşmesi devam ederken itiraz etmemiş olabileceği yönündeki iddiayı ise işçinin iş güvencesi kapsamında bulunması halinde dayanaksız olduğunu belirtmektedir (A.g.e, 104-105). Hukuk sistemimizdeki iş güvencesi hükümlerinin mutlak bir işe iade öngörmemesi ve işverene işe iade veya buna aykırılığın tazmini şeklinde seçimlik bir hak tanınması nedeniyle bu görüşe katılmıyoruz. Kaldı ki, sadece fesih olgusu değil iş ilişkisi içinde de işçilerin karşılaşılabileceği çeşitli güçlükler karşısında işçilerin iş sözleşmesi devam ederken çoğu zaman dava yolunu tercih edemedikleri bir gerçektir.

69 Alman hukukunda kabul edilen bir görüşe göre, işyeri uygulaması haline gelen bir uygulamaya objektif koşulların, haklı gerekçelerin varlığı halinde (ekonomik kriz gibi) işveren tarafından tek yanlı olarak son verilebilir. Türk hukukunda da azınlık tarafından ileri sürülen bu görüşe karşın, İş K. m. 22'nin açık lafzı gereği işyeri uygulamasının değiştirilmesi de iş sözleşmelerinin değiştirilmesiyle aynı şartlara, yani yazılılık esasına dayalıdır. Bu çerçevede bu görüşün benimsenebilmesi zordur (*Alp*, Olumsuz İşyeri Uygulaması, 3090-3091).

dır⁷⁰ (Bkz. TSGLK m. 6/f.1, şimdi STİSK m. 36/f.1).

d. Uyarılma Talebi (Emprovizyon Teorisi)

Değişen ekonomik koşullar çerçevesinde sözleşme taraflarının toplu iş sözleşmesinde değişiklik yapabileceklerine yukarıda değinilmişti. Burada tartışılacak husus, hakim tarafından sözleşmenin değişen ekonomik koşullara uyarlanıp uyarlanamayacağıdır. Konu özellikle ekonomik kriz zamanlarında ortaya çıkan uyuşmazlıklar bakımından önem arz etmektedir.

Bilindiği gibi ahde vefa (*pacta sunt servanda*) ilkesine göre, serbest iradesiyle sözleşme yapmış olan kişilerin bu sözleşmeye bağlı kalması ve sözleşmedeki şartlarla borçlarını ifa etmeleri beklenir. Bununla birlikte bu ilkenin mutlak şekilde uygulanması bazı durumlarda adaletsizliğe yol açabilmektedir. Sözleşmenin yapılmasının ardından meydana gelebilecek, önceden öngörülmesi mümkün olmayacak nitelikteki olaylar neticesinde sözleşme dengesi taraflardan birinin buna katlanmasının beklenemeyeceği ölçüde bozulmuş olabilir. İşte, olağanüstü ve objektif nitelikte değişen hal ve durum neticesinde (savaş, devalüasyon vb.) hakim müdahalesi ile sözleşmenin değişen koşullara uyarlanabilmesi görüşü (*emprovizyon teorisi*) ortaya atılmış ve söz konusu adaletsizliğin önüne geçilmek istenmiştir⁷¹. Teorinin yasal dayanağı ise Medeni Kanununun 1., 2. ve 4. maddeleridir.

Ülkemizde 5 Nisan 1994 kararlarını izleyen yıllarda Yargıtay verdiği kararlarında, tüketici ve toptan eşya fiyatları endeksinde dayalı ücret artışı öngören hükümlerin aynen icra edilmesinin aşırı güçlüğü karşısında, hükümet genelgesi ile borçların vadeye bağlanmasının kabul edilmesi gerektiği sonucuna varmıştı⁷². Yargıtay kararlarına konu işyerlerinin ka-

70 Yarg. 9. HD. 10.05.2007, E. 2007/27830, K. 2007/14717, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2008/1, 313-315.

71 *Çelik/Caniklioğlu/Canbolat*, 803; *Akyiğit*, Toplu İş Hukuku, 664-665; *Sur*, 367; *Tüzüner/Öz*, 459 vd.

72 Yarg. 9. HD. 31.01.1995, 1994/16730, 1995/1307; HGK, 3.5.1995 E. 1995/9-267, K. 1995/442; Yarg. 9. HD. 6.2.1995, E. 17670, K. 2538; HGK, 3.5.1995, E. 1995/9-

muya ait olması ve toplu iş sözleşmelerinin aynen ifasının istihdam üzerinde yaratacağı olumsuz etkinin uyarılama taleplerinin kabulünde göz önüne alındığı söylenebilir⁷³.

Emprovizyon teorisinin TİS alanında uygulama alanı bulacağına ilişkin Yüksek Mahkeme kararlarına katılan görüşler mevcuttur. SUR'a göre, işletmenin içinde bulunduğu güçlük ve getirilen ücret zamlarının yüksekliği değerlendirildiğinde, sözleşmede öngörülen zammın kademeli uygulanması önerisi, objektif dürüstlük ilkesi çerçevesinde kabul edilebilir niteliktedir. Bu bağlamda, toplu iş sözleşmesi özerkliğinin katı ve mutlak bir biçimde ele alınmaması gerekir. Önemli olan bu müdahalenin çok istisnai hallere özgü kalmasıdır⁷⁴. AKYİ-ĞİT'de (STİSK m. 80)'de yer verilen yasal atıf⁷⁵ gereği TBK m. 138'de yer alan kuralın toplu iş sözleşmelerine de uygulanması gerektiği görüşündedir⁷⁶.

Bununla beraber öğretilerde aksi görüşte olanlar da bulunmaktadır. ÇELİK'e göre, toplu iş sözleşmesi niteliği itibarıyla diğer sözleşmelerden farklı olup, toplu iş sözleşmesi taraflarına adeta bir yasa koyucu gibi emredici hukuk kuralları koyabilme hak ve yetkisi tanınmıştır. Bu nedenle hakimin sözleşmeye müdahalesi Anayasanın sözleşme taraflarına tanıdığı toplu iş sözleşmesi yapma hak ve özerkliği ile bağdaşmamaktadır. Benzer şekilde sadece hakim değil, yasa koyucunun dahi çıkaracağı kanunlarla toplu iş sözleşmelerine konulacak ücret zamlarına ilişkin olarak herhangi bir sınırlama getirmesinin ve müdahalede bulun-

392, K. 494; Yarg. 9. HD. 14.3.1996, E. 1996/4479, K. 1996/5354; HGK, 26.2.1997, E. 1996/9-679, K. 1997/119.

73 Sur, 367.

74 Sur, 368.

75 STİSK m. 80/f.2 uyarınca, "toplular iş sözleşmeleri hakkında, bu Kanunda hüküm olmayan hâllerde 4721 sayılı Kanun ve 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile iş sözleşmesini düzenleyen diğer kanunların bu Kanuna aykırı olmayan hükümleri uygulanır".

76 Akyiğit, İş Hukuku, 511; Aynı yazar bkz. Toplu İş Hukuku, 665.

masının mümkün olmadığı belirtilmiştir^{77,78}.

III. İşverenin Eşit Davranma Borcu Bağlamında Ücret Zammının Değerlendirilmesi

1. Ayrımcılık Yasakları

İşverenin, kendi işçilerine haklılaştırılmayan sebeplerle farklı işlemde bulunmaması ve onlara eşit davranması iş hukukunun temel ilkelerindedir. Ancak eşitlik ilkesi tüm işçilere aynı şekilde işlemde bulunulması gerektiği anlamını taşımamakta olup farklı durumdaki işçilere durumlarına göre farklı işlemde bulunulması da bu ilkenin temel mantığında yer almaktadır⁷⁹. Bu bağlamda işverenin işçiler arasında keyfi biçimde ayırım yapması yasaklanmıştır.

Eşit davranma ilkesi hukuki kaynağını Anayasa'nın 10. maddesi ile iş ilişkileri bakımından İş K. m. 5 oluşturulmaktadır⁸⁰. Anayasaya göre herkes dil, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetmeksizin kanun önünde eşittir. İş K. m. 5 hükmünde de benzer şekilde ve sınırlı sayıda olmamak üzere, "İş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz" denilerek ayrımcılık yasağı düzenlenmiştir. Bunlardan başka eşit davranma ilkesi, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi,

77 Çelik, Toplu İş Sözleşmesi ile Çalışma Koşullarının Düzenlenmesi, 17-18; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 805-806; Aynı yönde bkz. Centel, 218-219; Süzek, Sarper: "İşçi Ücretlerinin Ödenmemesinin Hukuki Sonuçları". Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 56, S: 4, 2007, 216-217.

78 Anayasa Mahkemesinin kamu kesiminde çalışan işçiler ile ilgili olarak 1976 yılı Bütçe Kanununda yer verilen toplu iş sözleşmelerindeki ücret zamlarına tavan getiren düzenlemenin iptali yönünde bkz. AYM, 09.12.1976, E. 1976/34, K. 1976/52, RG. 15.03.1977, S. 15879.

79 Yıldız, Gaye Burcu: İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu. Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, 32; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 165 vd.; Sümer, 89; Süzek, İş Hukuku, 472-473, 476; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 722-723.

80 Ayrıntılı bilgi için bkz. Yıldız, 54, 62 vd.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa Sosyal Şartı, Avrupa Ekonomik Topluluğu Antlaşması, Uluslar arası Çalışma Örgütü'nün Sözleşme ve Tavsiye kararlarında da çeşitli biçimlerde ele alınmıştır. Bu çerçevede örneğin, işyerinde çalışan tüm işçilere belirli bir oranda zam yapılırken sadece etnik kökeni veya inancı yüzünden bir kısım işçinin bu zamdan ayrık tutulması ayrımcılık teşkil edecektir.

Maddenin devamında sözleşme türlerine göre ayrımcılık yasağı özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre, "İşveren, esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmi süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz. Bu kapsamda olmak üzere söz gelimi, işyerinde çalışan tam süreli çalışanlara zam yapılmışsa, kısmi süreli çalışan emsal işçiye de zam yapılarak asıl ücreti tam süreli çalışan emsal işçinin ücretiyle orantılı hale getirilmelidir. Zira İş K. m. 13/f.2'ye göre, kısmi süreli çalışan işçinin ücret ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatleri, tam süreli emsal işçiye göre çalıştığı süreye orantılı olarak ödenir.

Eşit davranma ilkesi, kadın ve erkek çalışanlar arasında, özellikle medeni ve ailevi duruma göre doğrudan veya dolaylı şekilde cinsiyet temelli ayrımcılık yapılmaması anlamını da taşır⁸¹. Bu çerçevede İş K. m. 5/f.3,4,5 işe girişte ve iş ilişkisinde işverenin cinsiyet temelli ayrımcılık yapmasını yasaklamaktadır. Hüküm uyarınca, "işveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz.

Aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılmaz.

İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz". Örneğin, işyerinde uygulanacak olan ücret zamlarının kadınlar için daha az kararlaştırılmış olması doğrudan cinsiyet ayrımcılığı oluşturacaktır. Bunun gibi, hamilelik ya da doğum gibi kadın cinsine özgü bir niteliğe dayalı olarak farklı işleme maruz bırakılma da cinsiyet temelli ayrımcılık teşkil edecektir. Şu

halde, işyerinde yıl içindeki devamlılığa göre zam oranının belirlendiği bir ücret politikasında aynı yıllık izin veya mazeret izinleri gibi yasal bir hak olduğu için gebelik hükümleri çerçevesinde işine devam edememiş kadın işçinin de bu zamdan ayrık tutulmaması gerekir. Aksi bir uygulama, dolaylı ayrımcılık teşkil edecektir⁸².

Yukarıda örnek yoluyla açıklamaya çalıştığımız durumlara benzer hallerde bunun hukuki yaptırımı ve ayrımcılığın ispatı İş K m. 5/f.5 ve 6'da düzenleme konusu yapılmıştır. Buna göre, "İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir. 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31 inci maddesi hükümleri saklıdır.

20 nci madde hükümleri saklı kalmak üzere işverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davrandığını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur". Şu halde işçi, ayrımcı bir uygulamaya maruz kaldığını ispat edebilirse yoksun kaldığı haklarını, konumuz bakımından zamlı ücretini talep edebileceği gibi ayrımcılık tazminatı da isteyebilecektir.

2. İşçiler Arasında Farklı Zam Oranı Belirlenmesinin Haklılaştırılabildiği Durumlar

Yukarıda sözünü ettiğimiz ve ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirilen hususlar dışında ücret zammı bakımından işverenin mutlak anlamda bir eşit davranma borcundan bahsedilmesi doğru olmayacaktır. Zira sözleşme özgürlüğü çerçevesinde işveren, farklı kıdem⁸³, eğitim durumu gibi nesnel yahut deneyim, beceri, çalışkanlık gibi subjektif niteliklere dayalı olarak

82 Yıldız, 78,80; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 723-724; Hunscha, 84.

83 Ücret kademelerinde kıdem ve mesleki tecrübe ölçütü konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Ünal, Canan: İş Hukukunda Yaş Ayrımcılığı (Yayımlanmamış Doktora Tezi). Marmara Üniversitesi SBE, İstanbul, 2017, 267.

81 Hunscha, 83-84.

işçiler açısından ücrette ve ücret zammı oranlarında farklılık yaratabilecektir^{84,85}. Bu çerçevede ücret politikasının belirlenmesinde yapılan işlerin farklılığının esas alınması yanında aynı veya benzer işi gören işçiler bakımından da işçilerin kendilerine özgü nitelikleri dikkate alınarak farklılaşma yaratılabilir. Bu durumun da eşit davranma borcuna aykırı bir yanı bulunmamaktadır. Bu çerçevede keyfilikten uzak bir ücret politikası ile işyerinde çalışan işçilerin yalnızca bir kısmına zam öngörülmesi veya farklı oranlarda zam verilmesi mümkündür. Şüphesiz, bu farklılaşma yaratılırken haklı kılınabilen nedenlerin varlığı ve yapılan ayırımın izlenen haklı amaçla orantılı olması şartları aranacaktır^{86,87}.

84 Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat, 331; Süzek, İş Hukuku, 475-476; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 725; Narmanlıoğlu, Ferdi İş İlişkileri, 327-328; Sümer, 91; Yıldız, 66; Bedük, Nusret: İş Hukukunda Eşit Ücret Hakkı ve Uygulaması (Yayımlanmamış Doktora Tezi). Selçuk Üniversitesi SBE, Konya, 2004, 95,110; Bizim de katıldığımız görüş çerçevesinde işyerindeki ücret kademelerinde yaş ölçütü getirilmesinin ayrımcılık oluşturacağı yönünde bkz. Ünal, 265 vd.

85 Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin yakın tarihli bir kararında daifade ettiği üzere "İşyerinde çalışan tüm işçilere karşı aynı zam oranının uygulanacağı yönünde bir kural ve ilke yoktur. Çalışma şartlarına ve alınan verime göre farklı zam oranları uygulanabilir. Ayrıca eşit davranma tazminatının şartlarının oluşması için 4857 sayılı Kanun'un 5. maddesi gereğince işverenin belirli bir olgu gözetilerek işçiye diğerlerinden farklı ve kasıtlı bir uygulamasının bulunması şarttır. Sırf işçinin ücretine zam yapılmaması halinin değinilen madde kapsamında değerlendirilerek tazminata hükmedilmesini haklı kılmaz". Yarg. 22. HD. 20.04.2016, E. 2014/33007, K. 2016/11696, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2017/2, 1174-1176.

86 Hunscha, 84; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 168; Süzek, İş Hukuku, 476; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 724; Narmanlıoğlu, Ferdi İş İlişkileri, 328; Çelik, Nuri: "Kapsam Dışı Personele Sağlanan Menfaatlere İlişkin Yargıtay Kararları Üzerine". Kamu-İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C:7, S:3, 2004, 4; Bedük, 95,109.

87 "Davalı İşveren tarafından mukayese imkanı sağlayacak şekilde davacının ve işyerinde aynı pozisyonda çalışan diğer personelin ücret bordroları dosyaya sunulmuştur...diğer çalışanlarla başarı puanı ve başarı yüzdesi oranları bakımından dikkate değer büyük farklar olmadığı, birçok ayda diğer çalışanlar ile birlikte aynı ve birbirine yakın başarı puanı ve başarı yüzdesi değerlendirmesi yapıldığı görülmüştür. Tüm deliller ve

Yargıtay uygulamasına baktığımızda, toplu iş sözleşmesiyle kapsam dışı bırakılan personelin toplu iş sözleşmesinden yararlanan işçilere zam yapıldığını emsal göstererek zam talebinde bulunmasına olumsuz cevap verilmiştir. Aynı tip sözleşmeyle çalışan kapsam dışı personelin bir kısmına zam yapıldığı diğer bir kısmına zam yapılmaması gibi bir durum olmadığı müddetçe kapsam dışı personele zam yapılmayarak toplu iş sözleşmesinden yararlananlara zam yapılmasının işverenin eşitlik işlem borcuna aykırı bir yanı da bulunmamaktadır. Yüksek Mahkeme, bu tip durumlarda kapsam dışı personelin yalnızca tabi buldukları yönetmelik ya da skilada öngörülen zamları talep edebileceğini belirtmektedir^{88, 89}. Ayrıca, kapsam dışı personele toplu iş

dosya kapsamı bu şekilde değerlendirilerek davacının 2005 ve 2006 senelerinde işverenlik tarafından eşit davranma ilkesine aykırı uygulama yapılarak ücretine düşük oranda zam yapıldığı davacının işyerinden bu şekilde ayrılmaya zorlandığı, davacı tarafından noterden gönderilen bildirim haklı fesih olduğu kanaatine varılmış içeriği itibarıyla dosyadaki belgelere, usul ve yasaya uygun olan bilirkişi raporunda belirtilen miktarla sınırlı olarak davanın kabulüne karar verilmiştir", Yarg. 9. HD. 24.03.2011, E. 2009/7079, K. 2011/8486, ÇEİS, Temmuz, 2012, 47-78; "...Davacı işçinin verimsiz çalıştığına dair işverence yapılmış bir tespit de bulunmamaktadır. İşverenin gerekçesiz olarak davacıya emsallerinden daha az ücret artışı yapması, işçiye iş sözleşmesini haklı olarak fesih imkanı vermektedir. Davacı işçinin işverenin bu beyanı üzerine işyerinden ayrıldığı işverence tutulan tutanaklar ile dinlenen tanık beyanlarından anlaşılmaktadır. Davacı işçinin iş sözleşmesini feshi haklı nedene dayandığından kıdem tazminatı isteğinin kabulü gerekir. Kararın bu yönden bozulması gerekmiştir", Yarg. 9. HD. 05.04.2005, E. 2005/9518, K. 2005/12140, Çalışma Ve Toplum Dergisi, 2005/3, 289-290; Ayrıca bkz. Yarg. 9. HD. 18.02.2003, E. 2002/13208, K. 2003/1836, www.kazanci.com; Yarg. 9. HD. 30.06.2011, E 17321, K. 19795, kararın değerlendirmesi için bkz. Tuncay, Can: "İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2011 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi". Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2011, Ankara, 2013, 73.

88 Yarg. 22. HD. 03.04.2012, E. 2012/2711, K. 2012/6207, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2012/4, 395-397.

89 Alman Federal İş Mahkemesinin bir kararında diğer kapsam dışı personele ücret artışı yapılmasına rağmen

sözleşmesinde yer alan bazı hakların tanınması da diğer hakların ve ücret zammının verilmesini gerektirmez⁹⁰. Kapsam dışı personele uygulanacak olan ücret zammı, toplu iş sözleşmesinde kararlaştırılan miktarın altında ya da üstünde olabilir. Zammın gerçekleşme tarihi bakımından da toplu iş sözleşmesinde yer alan tarihe uyma zorunluluğu yoktur⁹¹.

IV. İş Sözleşmesinin Sona Ermesinin Hukuki Sonuçları: İşçilik Alacaklarının Hesabında Ücret Zammının Etkisi

1. Kıdem Tazminatının Hesabında

Kıdem tazminatı, 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinde öngörülen asgari bir yıllık çalışma süresini dolduran işçinin iş sözleşmesinin yine kanunda belirtilen nedenlerden birisiyle son bulması durumunda, işverence işçiye veya mirasçılara işçinin kıdemi ve ücreti dikkate alınarak ödenen paradır⁹².

Kıdem tazminatı, işçinin son brüt ücreti üzerinden hesaplanır (m. 14/f.9). Bu çerçevede yıllar itibariyle işçiye ödenen ücret miktarı değil son zam oranıyla birlikte işçinin geldiği son ücret seviyesi, kıdem tazminatı miktarının hesabına esas alınacaktır⁹³. Örneğin iş sözleşmesinde ücreti 2000

TL gösterilen bir işçinin aldığı zamlar da dikkate alınarak iş sözleşmesinin son bulunduğu tarihteki rakam (Örn. 3000 TL) üzerinden hesaplama yapılacaktır. Şüphesiz temel ücreti yanında düzenli olarak işçiye sağlanan para ve parayla ölçülebilen menfaatler de hesaplamada dikkate alınır.

İhbar öneli tanımak suretiyle yapılan fesihle ihbar süresinin verildiği tarih değil, sürenin bittiği tarihteki ücret seviyesi dikkate alınmalıdır. Bu çerçevede feshin tebliği ile sözleşmenin son bulması arasında işçi ücretlerine zam yapılması halinde kıdem tazminatı bu zamlı ücret üzerinden hesap edilmelidir. İşverenin bildirim süresine ait ücreti peşin ödemek suretiyle iş sözleşmesini sona erdirdiği durumda (m.17/f.3) fesih tebliği ile iş sözleşmesinin sona erme tarihi aynı gün olduğundan işçinin o günkü ücretine göre kıdem tazminatı hesaplanacaktır⁹⁴. Buna karşın, fesih için bildirim şartına uyulmadan veya eksik ödeme yapılmak suretiyle işverence yapılan fesih varsa bildirim öneli sonuna kadar işyerinde uygulamaya konulan ücret zammından iş sözleşmesi m. 17'de gösterilen usule aykırı feshedilen işçinin de yararlandırılması ve kıdem tazminatının bu artan ücret esas alınarak hesaplanması gerekir⁹⁵.

Yukarıda açıklanan esasa göre işçinin zamlı ücret döneminde herhangi bir süre çalışma şartı aranmamakta olup, zammın yürürlüğe gireceği tarihte çalışıyor durumda olması yeterlidir. Örneğin toplu iş sözleşmesinde 15.01.2017 olarak belirlenen ücret artışının yürürlüğe girdiği tarihte işçinin çalışıyor olması ve aynı gün içinde sözleşmesinin feshedilmiş olması halinde, işçinin kıdem tazminatı zamlı ücret üzerinden hesap edilip ödenmelidir⁹⁶.

kendisine yapılmayan işçinin durumu incelenmiştir. İşletmenin mali olanakları ve işçilerin performansına göre yönetim kurulu tarafından her yıl için öngörülen ücret artışlarına ilişkin olarak davacı işçinin talebi üzerine işverenin ücret artışına ilişkin uyguladığı kriterleri açıklamak zorunda olduğu sonucuna varılmıştır, BAG, 01.12.2004, S: 5 AZR 664/03, <http://lexetius.com/2004,3310> (Ulaşım Tarihi: 03.10.2017)

90 Çelik, Kapsam Dışı Personale Sağlanan Menfaatler, 3.

91 Çelik, Kapsam Dışı Personale Sağlanan Menfaatler, 3-4.

92 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 491 vd.; Süzek, İş Hukuku, 755; Özcan, Durmuş: İş Hukukunda İşçilik Alacakları. Adalet Yayınları, Ankara, 2016, 1.

93 Diğer iş kanunlarında da kıdem tazminatına ilişkin düzenleme bulunmaktadır. Gazetecilerin kıdem tazminatı

hesabı, çıplak brüt ücret üzerinden yapılmalıdır. Gemiadamlarında ise giydirilmiş brüt ücret dikkate alınır, Özcan, 23.

94 Yarg. 9. HD. 20.04.2005, E. 2004/25001, K. 2005/13861, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2005/3, 241-242.

95 Yarg. 9. HD. 07.03.2016, E. 2015/6012, K. 2016/5580, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2017/1, 437-440; Yarg. 9. HD. 30.06.2011, E. 17310, K. 19792, Özcan, 69-70.

96 Çil, Şahin: "Kıdem Tazminatı Hesabında Ücret". Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart, 2009, 60.

Parça başı, akort, götürü veya yüzde usulü gibi ücretin sabit olmadığı hallerde ise son bir yıllık süre içinde ödenen ücretin o süre içinde çalışılan günlere bölünmesi suretiyle bulunacak ortalama ücret tazminatın hesabına esas alınmaktadır. Ancak son bir yıl içinde işçi ücretine zam yapıldığı takdirde, tazminata esas ücret, işçinin işten ayrılma tarihi ile zammın yapıldığı tarih arasında alınan ücretin aynı süre içinde çalışılan günlere bölünmesi suretiyle hesaplanır (m. 14/f.10).

Nihayet iş güvencesi kapsamındaki işçinin sözleşmesinin feshi üzerine açtığı işe iade davasının lehine sonuçlanması halinde fark kıdem tazminatına hak kazanıp kazanamayacağına da belirtilmesi gerekir. Aşağıda ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz üzere, işe iade kararı neticesinde işe başlatılmayan işçiye iş güvencesi tazminatı ve dört aya kadar boşta geçen sürelerin ücreti (ve diğer hakları) ödenmektedir. Yargıtay uygulamasında, dört aya kadar olan bu süre işçinin hizmet süresine eklenmekte olup bunu aşan kısım kıdem tazminatının hesabında dikkate alınmamaktadır⁹⁷. Bununla birlikte işe iade davasının işçi lehine sonuçlanmasının ardından işverence işçinin işe alınmayacağına açıklandığı veya bir aylık işe başlatmama süresinin son bulunduğu tarih fesih tarihi olarak kabul edilmekte olup kıdem tazminatının da bu tarihteki ücret seviyesine göre hesap edilmesi gerekmektedir⁹⁸. Şu halde, işe iade davasının son bulup işverenin işçiyi işe başlatmaması nedeniyle sözleşmenin son bulunduğu tarihe kadar ücretlere zam yapılması halinde, işçinin ücreti bu zamlı oran üzerinden ve yine bu tarihteki kıdem tazmina-

97 Yarg. 9. HD. 03.10.2005, E. 2005/16932, K. 2005/31926, www.legalbank.net.

98 Yarg. 9. HD. 10.10.2016, E. 2016/21532, K. 2016/17631, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2017/3, 1641-1646; Yarg. 9. HD. 19.06.2012, E. 4041, K. 24441; Yarg. 9. HD. 28.04.2009, E. 2008/28644, K. 2009/11827; Ayrıca bkz. *Bilgili*, Abbas: "İşe İade Davası Lehine Sonuçlanan İşçinin İşe Başlatılmaması Durumunda Kıdem Tazminatı". Sicil İş Hukuku Dergisi, Eylül, 2012, 71.

tı tavanı⁹⁹ esas alınmak suretiyle hesaplanmalıdır¹⁰⁰.

2. İhbar Tazminatının Hesabında

Yasalarımızda, ihbar tazminatının tanımı yapılmamıştır. Yargıtay'a göre ihbar tazminatı, belirsiz süreli iş sözleşmesini, haklı bir neden olmaksızın ve usulüne uygun ihbar öneli tanımadan fesheden tarafın, karşı tarafa ödemesi gereken bir götürü bir tazminattır. Kısacası usulsüz feshin yaptırımıdır¹⁰¹. Fesih için bildirim şartına uyulmadan veya eksik ödeme yapılmak suretiyle işverence yapılan fesih varsa bildirim öneli sonuna kadar iş yerinde uygulamaya konulan ücret zammından iş sözleşmesi kanunda gösterilen bildirim usulüne aykırı feshedilen işçinin de yararlandırılması ve tazminatın bu artan ücret esas alınarak hesaplanması gerekmektedir¹⁰².

İşe iade davası neticesinde boşta geçen sürenin işçinin kıdemine eklenmesi neticesinde kıdem tazminatının her şekilde bundan etkileneceğini ve hesaplamanın işçinin kıdemine bu süre eklendikten sonra yapılacağını yukarıda belirtmiştik¹⁰³. İhbar tazminatını da ücret artışı meydana geldiğinde veya süre eklendiğinde işçinin yasal önel süresi değiştiğinde etkilemektedir. İhbar tazminatının hesaplanacağı tarih, işe iade neticesinde ortaya çıkan yeni fesih tarihi olduğundan, bu tarihteki ücret üzerinden hesaplanması gerekecektir. Zira önceki fesih ortadan kalkmıştır¹⁰⁴.

3. İş Güvencesi Tazminatı ile Boşta Geçen Süre Ücretinin Hesabında

İş Kanunu'nun iş güvencesi hükümlerine bakıl-

99 Belirtelim ki, Deniz İş Kanunu'nda tavan sınırlaması varken, Basın İş Kanunu'nda tavan uygulaması yoktur. İş güvencesi hükümleri Basın İş Kanunu kapsamında çalışan gazetecilere de kıyasen uygulanmaktadır.

100 *Çil*, 61; *Özcan*, 31.

101 Yarg. 9. HD. 10.10.2011, E. 2010/37145, K. 2011/36924; *Özcan*, 107.

102 Yarg. 9. HD. 30.06.2011, E. 17310, K. 19792, *Özcan*, 69-70; *Çil*, 60, 66.

103 Bkz. IV, 1.

104 Yarg. 9. HD. 10.10.2016, E. 2016/21532, K. 2016/17631, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2017/3, 1641-1646.

dığında işverenin ancak geçerli bir fesih nedeninin varlığı halinde iş sözleşmesini feshedilebileceği hükme bağlanmıştır. Bu şekliyle, işverenin süreli fesih hakkı iş güvencesi kapsamındaki işçilere yönelik olarak sınırlandırılmıştır. Geçersiz feshin sonuçlarını düzenleyen İş K. m. 21'e göre işverence geçerli sebep gösterilmeden veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiği takdirde işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşveren, bu başvuru üzerine işçiyi işe başlatmaması halinde işçiye –en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti- tutarında bir tazminat ödemekle yükümlü olur. Uygulamadaki adıyla iş güvencesi tazminatının, işe iade davalarının uzun sürmesi ve bu süreçte işçi ücretlerine zam yapılması halinde, işçinin hangi tarihteki ücret seviyesine göre belirleneceği sorusu akla gelebilir. İşçinin işe iade sonrasında başvurusuna rağmen işe başlatılmaması durumunda, işe başlatılmayacağına sözlü veya eylemli olarak açıklandığı tarihte veya madde metninde belirtilen bir aylık başlatma süresinin sonunda iş sözleşmesi işverence feshedilmiş sayılacaktır. İş güvencesi tazminatının da fesih tarihindeki ücrete göre hesaplanması gerektiği istikrarlı bir uygulama halini almıştı¹⁰⁵. Bununla birlikte, 7036 sayılı yeni İş Mahkemeleri Kanunu¹⁰⁶'nun 01.01.2018'de yürürlüğe girecek 12. maddesi uyarınca İş Kanunu'nun 21. maddesi değiştirilmiş ve iş güvencesi tazminatının işçinin "dava tarihindeki ücreti" esas alınarak parasal olarak belirleneceği hükme bağlanmıştır.

Bunun gibi, Kanunda, işe iade davası işçi lehine sonuçlandığı halde ayrıca kararın kesinleşmesine kadar geçen süreye ait işçinin en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücreti ve diğer haklarının ödeneceği düzenlenmektedir (m. 21/f.3). 7036

sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun kabulünden önce boşta geçen süre ücreti bakımından geçersizliği tespit edilen fesih işlemini izleyen dönem ücretlerine göre hesaplama yapılmaktaydı. Diğer bir ifadeyle geçersiz sayılan fesih tarihinden sonra boşta geçen en çok dört aylık sürede işçinin çalışması devam ediyormuş gibi ücret ve diğer haklar belirlenmekteydi¹⁰⁷. Bu çerçevede geçersiz fesih işlemini takip eden dört aylık süreçte işçi ücretlerine zam yapılmışsa işçiye boşta geçen süre ücreti de zamlı ücret üzerinden hesaplanarak ödenmekteydi. Buna karşın 01.01.2018'den itibaren boşta geçen süre ücretinin hesabında "dava tarihindeki ücret" dikkate alınacak olup dava tarihinden sonra işçi ücretlerine yapılacak zamlar söz konusu tarih itibarıyla dikkate alınmayacaktır.

V. Sonuç ve Değerlendirme

Çalışmada iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi, işyeri personel yönetmeliği, çalışma koşulu haline gelen işyeri uygulamaları gibi iş hukukuna özel kaynaklardan doğan ücret zammı talebi ve bu kaynaklarda yapılacak değişikliklerin hangi esaslar çerçevesinde gerçekleşeceği ayrıntılı olarak incelenmeye çalışılmıştır.

Bu çerçevede, ilk ihtimal ücret zammının hangi dönem ve hangi oranda yapılacağına ilişkin iş sözleşmesinde bir kayıt bulunmasıdır. Böyle bir kayıt bulunduğu takdirde sözleşmede belirtilen dönem geldiğinde ücret zamlı haliyle muaccel olacak ve sözleşmeden doğan ücret ödeme borcunun yerine getirilmemesi işçiye kanundan doğan haklarını kullanma olanağı bahşedecektir. Şüphesiz işçi ve işverenin İş K. m. 22'deki prosedüre göre çalışma koşullarını her zaman değiştirebilmesi mümkündür.

İşyerinde veya işletmede bir toplu iş sözleşmesi akdedildiğinde ise çoğu zaman ücret zammına ilişkin hükümler de bu sözleşmede yer almaktadır. Toplu iş sözleşmesinin muhtevasına ilişkin bir konu olma özelliği gösteren ücret zammı hükümleri TİS'den yararlanan işçilerin iş sözleşmeleri

105 Yarg. 9. HD. 05.06.2014, E. 2012/14019, K. 2014/18274, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2015/4, 487-489; Yarg. 22. HD. 03.04.2012, E. 2012/2706, K. 2012/6206, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2012/4, 400-402; Yarg. 22. HD. 06.04.2012, E. 2012/1933, K. 2012/6508, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2013/1, 544-546.

106 R.G. 25/10/2017, S: 30221.

107 Bkz. 61. dn'de geçen Yarg. Kararları.

üzerinde doğrudan ve emredici olarak etki eder ve TİS ile iş sözleşmesi arasında yararlılık tespiti de yapılarak işçiye verilecek ücret zammı miktarı belirlenmiş olur. Kanunun emredici buyruğuna uygun olarak toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan bu ücret zammından işçinin bireysel olarak vazgeçmesinin mümkün olmadığı da Yüksek Mahkeme kararlarında istikrarlı bir şekilde ve isabetli olarak vurgulanmaktadır. Buna karşın toplu iş sözleşmesinin tarafları ekonomik koşullar göz önüne alınarak, yapacakları bir protokol ile ileri etkili olmak kaydıyla ücret zam oranlarını düşürebilecekler, erteleyebilecekler veya ortadan kaldıracabileceklerdir. Bunun dışında iş hukuku öğretisinde tartışmalı olmakla birlikte çok istisnai hallerde mahkemeden uyarılma talebinde bulunulması da gündeme gelebilmektedir.

Toplu iş sözleşmesinin sona ermesi ile birlikte söz konusu ücret zammı hükümleri, yürürlüğü kendi dönemiyle sınırlandırılmamış olmak koşuluyla, yeni bir TİS akdedilinceye kadar iş sözleşmesi hükmü olarak uygulanmaya devam edecektir. Uygulamada buna TİS'in art etkisi denmektedir. Yeni TİS'in imzalanmasıyla birlikte düzen ilkesi gereğince bir önceki TİS'de yer verilen ücret zammı hükümlerinin işçi aleyhine olsa dahi değiştirilmesi mümkündür. Bununla birlikte yeni TİS'in yürürlüğünün geri götürülüp işçilerin kazanılmış haklarına hanel getirecek şekilde değişiklikler yapılamayacaktır.

Personel yönetmeliklerinde de ücret zammına ilişkin hükümlerin bulunması mümkün olup bu gibi durumlarda TBK'daki genel işlem şartları hükümlerinin göz önünde tutulması gerekir. Bunun gibi, ücret zammının işçi açısından talep konusu yapılabileceği bir diğer hal iş sözleşmesinde veya toplu iş sözleşmesinde yer almamasına karşın düzenli olarak tekrar eden ve dürüstlük kuralı gereğince işçilerde haklı bir beklenti oluşturan işyeri uygulamalarıdır. Bu çerçevede yapıla gelen ücret zam oranının işveren tarafından azaltılması veya zammın ortadan kaldırılması tek taraflı olarak mümkün değildir.

Konu, yukarıda zikredilen kaynaklarda ücret

zammına ilişkin bir düzenleme veya uygulama bulunmaması halinde sorunludur. Zira Yüksek Mahkeme kararlarında defaatle belirtildiği üzere işçi açısından talep hakkı doğması için ücret ve zamlarına dair bireysel veya toplu iş sözleşmesi hükümlerinin zorunluluk taşıması, mutlak, kesin ve uygulanır olması gerekir. Aksi halde işçilere zam yapma kararı yönetim hakkı çerçevesinde işverenin kendi takdirinde bulunmaktadır. Şu halde asgari ücretin üzerinde çalışan ancak iş sözleşmesi akdedilirken veya sonrasında ücret zammına ilişkin talepte bulunacak denli pazarlık gücü olmayan işçiler bakımından bir mağduriyet söz konusu olduğu kanısındayız. Sendikalaşma oranının dünyada ve ülkemizde giderek azaldığı gerçeği¹⁰⁸ de göz önüne alınırsa yadsınamaz bir çoğunluğun bu durumdan şikayetçi olduğu bir gerçektir. Zira söz gelimi 3-4 sene aynı işyerinde çalışmış ancak ücret zammı alamamış olan bir işçinin önünde mevcut durumda iki seçenek vardır: ilk seçenek istifa edip daha iyi koşullarda başka bir işyerine geçmektir ki bu takdirde işçinin kıdem tazminatına hak kazanması söz konusu olmayacaktır. Ayrıca iş değişikliği ile gündeme gelebilecek bir takım maliyetler veya ailevi sebepler karşısında da işçinin bu kararı vermesi kolay olmamaktadır. İkinci seçenek ise aynı koşullarda çalışmaya devam etmektir. Bu halde de yıldan yıla işçinin alım gücü azalacak ve haliyle motivasyonu ve verimi düşecektir. Bu sebeplerle, ülke gerçekleri de göz önünde tutularak iş kanunlarında belirli koşulların oluşması halinde ücretlerin uyarlanmasına ilişkin bir düzenlemenin düşünülmesi isabetli olacaktır.

Nihayet işverenin işyerindeki her işçisine eşit oranda zam yapmak zorunda olup olmadığı, bu çerçevede eşit işlem yapma borcunun ücret zammında ne şekilde tezahür edeceği akla gelen bir sorudur. Bu noktada işverenin mutlak anlamda bir eşit davranma borcundan bahsedilmesi doğru olmayacaktır. Zira sözleşme özgürlüğü çerçevesinde işveren, eşit veya eşit değerde iş görseler dahi

108Andrias, Kate: "The New Labor Law". The Yale Law Journal, Vol. 126, October, 2016, 5 vd.

işçiler arasında nesnel yahut sübjektif niteliklerine dayalı olarak ücrette ve ücret zammı oranlarında farklılık yaratabilecektir. Şüphesiz, bu yapılırken işverenin keyfilikten uzak durması ve farklı işlemleri haklılaştırabilen nedenleri aranacaktır.

KAYNAKÇA

- Aktekin, Şeyda (2010): "Çalışanlarla Anlaşarak Toplu İş Sözleşmesi İle Belirlenen Koşullardan Farklı Çalışma Koşullarının Getirilmesi". Sicil İş Hukuku Dergisi, Y.5, S. 17, 310-316.
- Akyiğit, Ercan (2013): İş Hukuku. 9. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi.
- Akyiğit, Ercan (2015): Toplu İş Hukuku El Kitabı. Ankara, Seçkin Yayınları.
- Alp, Mustafa (2014) : "Olumsuz İşyeri Uygulaması İle Bir İkramiyenin Kaldırılması – Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ve 22. Hukuk Dairesi Kararlarının İncelenmesi". Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, C. 16, 3073-3091.
- Alp, Mustafa (2015): "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 2013 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi". Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013, İstanbul, MESS.
- Alpagut, Gülsevil (2009): "Uygulamada ve Borçlar Kanunu Tasarısında İşçilik Alacaklarından Vazgeçme". İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2008 Yılı 12. Toplantı Notları, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul Barosu Yayınları.
- Alpagut, Gülsevil (2016): "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2014 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi". Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2014, Ankara, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği.
- Andrias, Kate (2016): "The New Labor Law". The Yale Law Journal, October, Vol. 126, 2-100.
- Bagchi, Aditi (2003): "Unions And The Duty Of Good Faith In Employment Contracts". The Yale Law Journal, April, Vol. 112, 1881-1910.
- Başbuğ, Aydın (2007): "Toplu İş Sözleşmesinden Doğan Haklardan Feragat". Sicil İş Hukuku Dergisi, Y.2, S. 7, 68-76.
- Bedük, Nusret (2004): İş Hukukunda Eşit Ücret Hakkı ve Uygulaması (Yayımlanmamış Doktora Tezi). Konya, Selçuk Üniversitesi SBE.
- Bilgili, Abbas (2012): "İşe İade Davası Lehine Sonuçlanan İşçinin İşe Başlatılmaması Durumunda Kıdem Tazminatı". Sicil İş Hukuku Dergisi, Y.7, S.27, 68-79.
- Canbolat, Talat (2013): "Toplu İş İlişkileri Açısından Yargıtayın 2011 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi". Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2011, Ankara, Kamu-İş.
- Cashin-Ritane, Eleanor: "Emprovizyon (2005), Hardship ve İşlem Temelinin Çökmesi: Pacta Sunt Servanda ve Alman-Fransız Hukuki İlişkilerinde Sözleşmenin Uyarlanmasına Giden Yollar" (çev: Baysal, Başak), İÜHFM, C: LXIII, S,1-2, 321-342.
- Centel, Tankut (2010): "Toplu İş Sözleşmesi Özerkliğinin Hukuki Sınırları". Sicil İş Hukuku Dergisi, Y.5, S.17, 211-220.
- Civan, Ersun (2015): Genel İş Koşulları. İstanbul, Beta Yayınları.
- Çelik, Nuri (2004): "Kapsam Dışı Personelle Sağlanan Menfaatlere İlişkin Yargıtay Kararları Üzerine". Kamu-İş Hukuku ve İktisat Dergisi, S.3, C:7, 1-7.
- Çelik, Nuri (2011): "Toplu İş Sözleşmesi İle Çalışma Koşullarının Düzenlenmesinde ve Fesih Bildirimi Sürelerinin Artırılmasında Karşılaşılan Sorunlar". Çalışma

- ve Toplum Dergisi, S.4, 11-24.
- Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat (2016): İş Hukuku Dersleri. Yenilenmiş 29. Bası. İstanbul, Beta Yayınları.
 - Çil, Şahin (2009): "Kıdem Tazminatı Hesabında Ücret". Sicil İş Hukuku Dergisi, Y.4, S. 13, 59-74.
 - Doğan Yenisey, Kübra (2006): "Sona Eren Toplu İş Sözleşmesi Hükümlerinin Hukuki Niteliği Üzerine Bir Deneme". İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara. 611-630.
 - Doğan Yenisey, Kübra (2010): "Toplu İş Sözleşmesinin Ard Etkisi Kazanılmış Hakların Korunması". Sicil İş Hukuku Dergisi, Y.5, S. 18, 165-174.
 - Doğan Yenisey, Kübra (2011): "Sosyal Kamu Düzeni: İş Hukukunun Kendine Özgü Emredici Doğası". Çalışma Yaşamının Güncel Sorunları III. Sempozyum, Kocaeli Üniversitesi/Kocaeli Barosu, 11-31.
 - Ekmekçi, Ömer (1996): "Toplu İş Sözleşmesinde Tarafların İradeleriyle Sonradan Değişiklik Yapılması". Çimento İşveren Dergisi, C. 10, S. 5, 13-27.
 - Engin, Murat (2009): "Toplu İş Sözleşmesinin Normatif Hükümlerinin Taraflarca Değiştirilmesi". Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 4, S. 13, 142-147.
 - Ertürk, Şükran (2013): "Genel İş Koşulları ve Genel İş Koşullarının Denetlenmesi". Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, C: 15, 81-118.
 - Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim (2017): Bireysel İş Hukuku, 9. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları.
 - Güzel, Ali (1998): "Toplu İş İlişkileri Açısından Yargıtayın 1996 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi". Yargıtay'ın İş Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1996.
 - Güzel, Ali (2015): Toplu İş İlişkileri Açısından Yargıtayın 2013 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi. Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013, MESS.
 - Holly, Hans G. (1989): "Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und Ultima-ratio Prinzip im Arbeitsvertraglichen Kündigungsrecht." Diss., Bonn.
 - Hunscha, Axel (2016): Grundzüge des Arbeitsrechts. Januar.
 - Karaçöp, Eda/Yamakoğlu, Efe (2013): "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri ve İş Kanunları İle İlişkisi". Legal İSGHD, S. 38, C.10, 83-148.
 - Keser, Hakan (2007): "Sona Eren Toplu İş Sözleşmesi Hükümlerinin Art Etkisi". Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 2, S. 6, 106-123.
 - Makas, Recep (2011): "Toplu İş Sözleşmesinin Ard Etkisi-İşyeri Uygulaması (Karar İncelemesi)". EÜHFD, S. 1-2, C. Xv, 161-175.
 - Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhiittin/Baysal, Ulaş (2014): İş Hukuku. Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi Yayınları.
 - Narmanlıoğlu, Ünal (2012): Toplu İş İlişkileri Açısından Yargıtayın 2010 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi. Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2010, Ankara, Kamu-İş.
 - Narmanlıoğlu, Ünal (2014): İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I. Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları.
 - Narmanlıoğlu, Ünal (2016): İş Hukuku II, Toplu İş İlişkileri. Yeni Mevzuta Göre Yazılmış 3. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları.
 - Oğuzman, M. Kemal (1987): Hukuki Yönden İşçi İşveren İlişkileri. C.1, 4. Bası, İstanbul, İstanbul Üni. Huk. Fak. Yayını.
 - Özcan, Durmuş (2016): İş Hukukunda İş-

- çilik Alacakları. Ankara, Adalet Yayınları.
- Özdemir, Erdem (2011): "Ücretlerin Endekslenmesine İlişkin Hükümlerin Sonraya Etkisi". Sicil İş Hukuku Dergisi, Y.6, S. 21, 192-200.
- Özkaraca, Ercüment (2014): Toplu İş Sözleşmesinin Geriye Etkisi. İstanbul, Beta Yayınları.
- Soyer, Polat (1987): Genel İş Koşulları. İzmir, Özgün Matbaacılık.
- Sur, Melda (2017): İş Hukuku Toplu İlişkiler. Güncelleştirilmiş 6. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi Yayınları.
- Sümer, Haluk Hadi (2016): İş Hukuku. Yirmibirinci Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları.
- Süzek, Sarper (1995): "İş Hukukunda İş Yönetmelikler", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.44, Sayı 1-4, 183-191.
- Süzek, Sarper (1997): "İşyeri Uygulamaları". Kamu-İş Hukuku Ve İktisat Dergisi, S.2, C.4, 151-155.
- SÜZEK, Sarper (2007): "İşçi Ücretlerinin Ödenmemesinin Hukuki Sonuçları". Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.4, C. 56, 207-221.
- Süzek, Sarper (2017): İş Hukuku. Yenilenmiş 14. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları.
- Şahlanan, Fevzi (1992): Toplu İş Sözleşmesi. İstanbul, Acar Matbaacılık.
- Şahlanan, Fevzi (2007): "Toplu İş Sözleşmesi Yürürlüğe Giren Ücret Artışından İşçinin Feragat Etmesi (Karar İncelemesi)", Tekstil İşveren Dergisi, S: 327, Nisan 2007, 2-4.
- Şen, Murat (2005): "Toplu İş Sözleşmesinden Doğan Haklardan Feragat". Tühis, S. 5, C. 19, 19-41.
- Topalhan, Türker/Bayat, Bülent/Güler, Şerafettin (2016): "Toplu İş Sözleşmesi Düzeninde Kazanılmış Hak Kavramı", Çalışma İlişkileri Dergisi, C. 7, S. 2, 1-12.
- Tuncay, Can (2013): "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2011 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi". Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2011, Ankara, Kamu-İş.
- Tüzüner, Özlem/Öz, Kerem (2015): "Aşırı İfa Güçlüğüne İlişkin İçtihat İncelemesi". Ankara Barosu Dergisi, S.3, 423-470.
- Ünal, Canan (2017): İş Hukukunda Yaş Ayrımcılığı (Yayımlanmamış Doktora Tezi). İstanbul, Marmara Üniversitesi SBE.
- Yıldız, Gaye Burcu (2008): İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu. Ankara, Yetkin Yayınları.
- Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası: www.kazanci.com (çevrimiçi).
- Legalbank Elektronik Hukuk Bankası: www.legalbank.net (çevrimiçi).
- Çalışma ve Toplum Dergisi Yargıtay Kararları: www.calismavetoplum.org.
- Die Freie Juristische Datenbank: open-jur.de.
- <http://lexetius.com>.

Yrd. Doç. Dr. Dilek DULAY YANGIN*

Makale Gönderim Tarihi: 11 Ağustos 2017

Makale Kabul Tarihi: 21 Ağustos 2017

Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisinde Eşit İşlem İlkesi Üzerine Değerlendirmeler

Öz

Atipik bir istihdam modeli olarak geçici iş ilişkisi, 6715 sayılı yasa ile köklü bir değişime uğrayarak, özel istihdam büroları aracılığıyla kurulan mesleki anlamda geçici iş ilişkisini de kapsayacak şekilde parçalı bir yapıya bürünmüştür. Özel istihdam büroları aracılığı ile kurulan geçici iş ilişkisi, işsizliğin önlenmesi ve işletmelerin değişen piyasa koşullarına ayak uydurabilmeleri bakımından çeşitli avantajları sağlamakla birlikte, Fordist üretim modeli göz önünde tutularak,

tek bir işverene, belirsiz bir süreyle bağımlı olarak çalışılmasını esas alan iş hukuku kurallarının getirdiği güvenceyi zayıflatmakta ve işçiler açısından birtakım sakıncaları beraberinde getirmektedir. Geçici iş ilişkisinin kurulabileceği hallerin gerek süre gerekse konu bakımından sınırlandırılması ve eşit işlem borcunun yasal çerçevede güvence altına alınması bu sakıncaları ortadan kaldırmaya yönelik getirilen tedbirler arasında sayılabilir.

Anahtar Sözcükler:

Geçici iş ilişkisi, özel istihdam büroları, eşit davranma borcu.

Evaluations on the Equal Treatment in the Temporary Employment Relationship

Abstract

Temporary work relationship as an atypical employment model, has undergone radical change by Act No. 6715 and has become a fragmented structure including temporary work relation in the professional sense established through private employment agencies. Although employment relationship established through private employment agencies has several advantages in terms of preventing unemployment and keeping up the enterprises with

the changing market conditions, by taking Fordist production model into consideration, it weakens the security of working under one employer with an indefinite contract and brings some disadvantages for the employees. Limitations of the cases in which the temporary work relationship can be established, both in terms of time and subject matter and regulate the equal treatment can be counted among the measures taken to correct the mistakes.

Keywords:

Temporary employment relationship, private employment agencies, equal treatment.

*Manisa Celal Bayar Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı - dulaydilek@gmail.com

Giriş

Ekonomik ve teknolojik değişiklikler, işletmelerin uluslararası rekabete ayak uydurma eğilimleri, küreselleşme, bilgi ve iletişim teknolojilerinde meydana gelen gelişmeler, ekonomik kriz ve neticesinde ortaya çıkan işsizliğe çözüm arayışları fabrika modeline dayanan Fordist üretimin ciddi bir dönüşüm geçirmesine ve buna bağlı olarak iş hukukunda esnek çalışma modellerinin ortaya çıkmasına zemin hazırlamıştır¹. Belirli süreli iş sözleşmesi, evde ve tele çalışma, iş paylaşımı, ödünç (geçici) iş ilişkisi ve kısmi (yarı) zamanlı çalışma anılan bu esnek çalışma modelleri arasında sayılmaktadır.

İş hukukunda esnekleşme; fabrika modeli çerçevesinde şekillenen, belirsiz süreli iş sözleşmesi ile bir işverenin emir ve talimatı altında, belirli bir işyerinde ve tam gün süre ile çalışma esasını ifade eden tipik iş sözleşmeleri göz önünde tutularak getirilmiş olan kuralları ve kalıpları zorlayarak yumuşamalarına sebep olsa da bu durum hiçbir şekilde tam bir "kürsüleştirme" olarak değerlendirilmemelidir. Bu anlamda esneklik uğruna işçi güvencesiz ve korumasız bırakılmamalı; "mümkün olduğu kadar işçinin korunması ve gerekli olduğu ölçüde kürsüleştirme" yaklaşımı benimsenmelidir².

Tipik iş ilişkilerinden farklı olarak üçlü hukuksal ilişkiyi içerisinde barındıran geçici iş ilişkisi, bir üst kavram olarak, hem meslek edinilmiş (profesyonel) hem de meslek edinilmemiş geçici iş ilişkisi olarak nitelendirilen hukuki ilişkileri kapsar. 6715 sayılı Yasa ile İş Kanunu'nun 7.maddesinde yapılan değişiklik ile birlikte mesleki (profesyonel) anlamda geçici iş ilişkisi mevzuatımıza girmiş ve yasal bir zemine oturtulmuş-

tur. Biz bu çalışmamızda işçiyi koruyucu bir mekanizma olarak, mesleki anlamda geçici iş ilişkisinde süre ve konu bakımından getirilen sınırlamaları genel olarak değerlendirdikten sonra, eşit işlem ilkesini uluslararası düzenlemeleri de göz önünde tutarak irdelemeye ve çözüm önerileri sunmaya çalışacağız.

I. Süre ve Konu Bakımından Sınırlandırma Yoluyla İşçilerin Korunması

Geçici iş ilişkisinin süreklilik kazanması ve belirsiz süreli iş sözleşmesinin yerini almasının önlenmesi bakımından farklı hukuk sistemlerinde çeşitli yaklaşımlar benimsenmiştir. Fransız İş Kanunu geçici iş ilişkisini düzenleyen bölümün ilk maddesi olan, L.124-2 hükmüne göre, "Geçici süreli iş sözleşmesi, bir işletmenin normal ve devamlılık arz eden iş ilişkilerinin yerini alma konusunda ve bu etkiye sahip olacak biçimde düzenlenemez."³Almanya'da da Ödünç Çalışma Kanunu'nda (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz-AÜG) Ekim 2016'da yapılan ve fakat Nisan 2017'de yürürlüğe giren düzenleme ile süre bakımından maksimum 18 aylık bir sınırlama getirilmiştir⁴. Geçici iş ilişkisine yönelik 2008/104/EC sayılı AB Yönergesinde de bu husus vurgulanmış ve md.3/1'de "Kullanıcı işletme, geçici istihdam bürosu çalışanını geçici olarak kendi yönetim ve gözetimi altında çalıştıran kuruluştur" şeklinde tanımlanmıştır. Anılan bu Direktif'in 4.maddesi uyarınca, bu esnek çalışma modeline getirilecek yasaklama ve sınırlamaların 'haklı' nitelendirilebilmesi için, geçici çalışanların ko-

1 Cordova, E.: "From Full Time Wage Employment To Atypical Employment: A Major Shift In the Evolution of Labour Relations", ILR., Vol.125, No.6, Nov-Dec.1986, s.646; Demircioğlu, Murat/ Engin, Murat: Dünya'da ve Türkiye'de Esnek Çalışma, İTO Yayınları, İstanbul 2002, s.17; Lang, Carole/Schömann, Isabella/Clauwaert, Stefan: "Atypical Forms of Employment Contracts In Times of Crisis", Working Paper 2013, European Trade Union Institute, Brussels 2013, s.5

2 Ekonomi, Münir: "Türk İş Hukuku'nda Esnekleşme Gereği", Çalışma Hayatında Esneklik, Yaşar Eğitim ve Kültür Vakfı Yayını, 1994 İzmir,s.60-61; Tuncay, A. Can: "İşin Düzenlenmesi Bakımından Esnekleşme Türk Mevzuatının Durumu ve Uygulama Sorunları", Çalışma Hayatında Esneklik ve İş Hukukuna Etkileri, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2000 Yılı Ekim Toplantısı, s.152.

3 Özdemir, Erdem: "Mesleki Faaliyet Olarak Geçici İş İlişkisi Düzenlenmeli, Ama Nasıl?", Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2010, s.25.

4 http://www.unternehmerverband.org/fileadmin/content/unternehmerverband/04_aktuelles/beamer/Recht/2016/Anlage2-Synopse_BDA.pdf (erişim:31.12.2016); Alman hukukunda geçici işçi temininde yalnızca süre sınırlaması getirilmesinin "Drehtür-Effekt" adı verilen azami süresi dolan işçinin defalarca aynı işyerine yerleştirilmesi şeklinde ortaya çıkan uygulama ile kötüye kullanılabilmesi ifade edilmiştir. Lembke, Mark: "Neue Rechte von Leiharbeitnehmern gegenüber Entleihern", NZA 2011, s.320; Waas, Bernard: "Recent Development In The Area of Atypical Employment", European Labour Law Journal, Volume (1) 2010, No.4, s.519 (Atypical Employment).

runmasına, iş sağlığı ve güvenliği gereklerine işgücü piyasalarının düzenli işleyişine, kötüye kullanmaların önlenmesine yönelik olmaları gerekmektedir⁵.

Salt süre bakımından getirilecek bir sınırlama kötüye kullanımları engelleme bakımından yetersiz kalacağından buna başvurulmasının objektif nedenlere de bağlanması daha etkin bir çözüm olacaktır⁶. Bunu göz önüne alan yasa koyucu yalnızca süre bakımından sınırlama getirmekle yetinmemiş aynı zamanda mesleki anlamda geçici iş ilişkisine başvuru olacak haller sınırlı olarak sayılmıştır. Buna göre;

- a) *Bu Kanununun 13 üncü maddesinin beşinci fıkrası ile 74 üncü maddesinde belirtilen hâllerde, işçinin askerlik hizmeti hâlinde ve iş sözleşmesinin askıda kaldığı diğer hâllerde,*
- b) *Mevsimlik tarım işlerinde,*
- c) *Ev hizmetlerinde,*
- d) *İşletmenin günlük işlerinden sayılmayan ve aralıklı olarak gördürülen işlerde,*
- e) *İş sağlığı ve güvenliği bakımından acil olan işlerde veya üretimi önemli ölçüde etkileyen zorlayıcı nedenlerin ortaya çıkması hâlinde,*
- f) *İşletmenin ortalama mal ve hizmet üretim kapasitesinin geçici iş ilişkisi kurulmasını gerektirecek ölçüde ve öngörülemeyen şekilde artması hâlinde,*
- g) *Mevsimlik işler hariç dönemsellik arz eden iş artışları hâlinde,*
kurulabilir.

Geçici işçi sağlama sözleşmesi ikinci fıkranın (a) bendinde sayılan hâllerin devamı süresince, (b) ve (c) bentlerinde sayılan hâllerde süre sınırı olmaksızın, diğer bentlerde sayılan hâllerde ise en fazla dört ay süreyle kurulabilir. Yapılan bu sözleşme ikinci fıkranın (g) bendi hariç toplam sekiz ayı geçmemek üzere en fazla iki defa yenilenebilir. Geçici işçi çalıştıran işveren, belirtilen sürenin sonunda aynı iş için altı

ay geçmedikçe yeniden geçici işçi çalıştıramaz. ..."

İşletmenin günlük işlerinden sayılmayan ve aralıklı olarak gördürülen işlerin kapsam ve içeriğini tayin etmek her zaman kolay değildir. Madde gerekçesinde bu nitelikte işlere, yeni bir yazılımın geliştirilmesi, teknik ve bakım onarım gibi ihtiyaçların ortaya çıkması, belirli süreli proje işleri gibi işler örnek olarak gösterilmiştir. "Günlük iş" ibaresinin çok geniş bir biçimde yorumlanarak, işletmenin her türlü işinin bu kapsamda değerlendirilmesi bu çalışma modelinin uygulanabilirliğini tamamen ortadan kaldıracığından sakınca arz etmektedir⁷. Bununla birlikte, günlük işler deyimi yorumlanırken, düzenli ve kısa aralıklarla tekrar eden işlerin de bu kapsamda değerlendirilmesi uygun olacaktır⁸. "İşletmenin günlük işlerinden sayılmayan ve aralıklı olarak gördürülen işler" dışında, "dönemsellik arz eden iş artışları", "iş hacminin öngörülmeyen şekilde artması" kavramlarının kapsam ve sınırlarını tayin etmek güçlükler arz etmektedir ve bu durum hukuken belirsizlikleri beraberinde getirmeye elverişlidir. Tüm bu kavramlar yorumlanırken belirli süreli iş sözleşmelerinin kurulmasını mümkün kılan objektif nedenlerden faydalanılmasının, belirsiz süreli iş sözleşmelerinin yerini geçici iş sözleşmelerinin almasını önleyecek bir fonksiyonu haiz olduğu kanaatindeyiz. Aksi durum belirli süreli iş sözleşmesi kurulmasının mümkün olmadığı hallerde işverenin bu yolla ulaşmak istediği sonuca geçici iş sözleşmesi ile ulaşması sonucunu doğurmaya elverişlidir⁹.

II. Eşit İşlem İlkesinin Güvence Altına Alınması Yoluyla İşçilerin Korunması

A. Genel Olarak

Geçici iş sözleşmelerinin, belirsiz süreli iş sözleşme-

5 Directive 2008/104/EC of the European Parliament and of the Council of 19 November 2008 on temporary agency work <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008L0104&from=EN> (erişim: 31.12.2016); Direktifin kabul süreci hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Blanpain, Roger, European Labour Law, 9. Th Edition, Kluwer Law International, Lahey 2003, s. 345-353.

6 Kabakçı, Mahmut: "5920 Sayılı Kanunun Ödünç İş İlişkisi Hakkındaki Veto Edilen Hükmünün AB Yönergesi İşliğinde Değerlendirilmesi", Çalışma ve Toplum, 2011/4, s.79 vd.

7 Odaman, Serkan: "Ödünç İş İlişkisinde Değişiklik Bu Defa Gerçekleşiyor mu?", Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2012, s. 48 (Değişiklik).

8 Yenisey, Kübra Doğan: "Yeni Bir Tasarı İşliğinde Mesleki Faaliyet Olarak Geçici İş İlişkisi ve Geçici İş İlişkisi", Prof. Dr. Turhan ESENER I. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Ankara, Nisan 2016, s.157.

9 Alpagut, Gülsevil: "Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisi: Sınırlamadan Teşvike", Prof. Dr. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005, s.273-275; Kabakçı, s.92; Yenisey, s.158.

si akdetmek yerine ucuz işgücü temini için araç olarak kullanılıyor olduğu gerçeği karşısında, eşit işlem yapma borcu ve bu borca aykırılığın yaptırımı hayati bir önem göstermektedir. Bunu göz önüne alan yasa koyucu geçici iş ilişkisinde eşit davranma borcunu güvence altına almak amacıyla çeşitli hükümler sevk etmiştir¹⁰. 6715 sayılı Yasa ile değişik İş Kanunu md.7/f.10 uyarınca, "Geçici işçinin, geçici işçiyi çalıştıran işverenin işyerindeki çalışma süresince temel çalışma koşulları, bu işçilerin aynı işveren tarafından aynı iş için doğrudan istihdamı hâlinde sağlanacak koşulların altında olamaz." Md.7/f.9,d uyarınca ise "Geçici işçi çalıştıran işveren,.... Geçici işçileri çalıştırdıkları dönemlerde, işyerindeki sosyal hizmetlerden eşit muamele ilkesince yararlandırır. Geçici işçiler, çalışmadıkları dönemlerde ise özel istihdam bürosundaki eğitim ve çocuk bakım hizmetlerinden yararlandırılır."

Geçici iş ilişkisine yönelik 2008/104/EC sayılı AB Yönergesi'nin 5.maddesi konuya ilişkin önemli kaynaklardan biri olarak karşımızca çıkmaktadır. Birinci fıkraya göre, "Ödünç işçinin devrin devam ettiği süredeki esaslı çalışma koşulları, aynı işe ödünç alan işverenin işçisi olarak alınsaydı uygulanacak koşullara uygun olmalıdır". Yönerge'nin amacını belirten 2. maddede ise bu husus açık bir şekilde ortaya konmuştur. Anılan maddeye göre Yönerge, geçici çalışanların korunması; eşit muamele ilkesinin sağlanması ve geçici istihdam bürosunun işveren olarak tanınması ile geçici çalışmanın kalitesinin yükseltilmesi; esnek çalışma modellerinin geliştirilmesi ve istihdam yaratılmasını amaçlamaktadır.

B. Temel Çalışma Koşulları

Geçici iş sözleşmesinin kurulmasının gerek yapılacak işlerin niteliği gerekse süre bakımından sınırlamaya tabi tutulması, bu hukuki ilişkinin sürekli nitelik kazanarak belirsiz süreli iş sözleşmelerine ikame olmasını engelleme bakımından önemli bir işlev görmektedir. Ancak geçici iş ilişkisinde kötüye kullanımlar genellikle işçinin bağlı olduğu özel istihdam bürosu tarafından değil, iş gücünü kendisine tahsis ederek emir ve talimatları ile bağlı olduğu işveren nezdinde

gerçekleşmektedir. İşverenler geçici iş ilişkisini iş gücü maliyetlerini düşürmek amacıyla bir araç olarak kullanmaktadır ve düşük ücretlerle çalıştırılan geçici işçilerin korunması bakımından eşitlik ilkesinin hayata geçirilmesi büyük bir önem arz etmektedir. Diğer bir deyimle geçici iş ilişkisinde eşitlik ilkesi kötüye kullanımların önlenmesi bakımından önemli bir mekanizmayı sağlamaktadır¹¹.

6715 sayılı Yasa ile değişik İş Kanunu md.7/f.10'de geçici iş ilişkisinde eşitlik ilkesi mutlak bir biçimde değil; "...temel çalışma koşulları..." ile sınırlı olarak güvence altına alınmıştır. Hükümde ifade edilmiş olan "...temel çalışma koşulları..." ile kastedilen nedir? Ücret ve diğer sosyal haklar bu kapsamda değerlendirilebilir mi? Madde gerekçesinde çalışma koşulları kapsamında, çalışma süreleri, fazla çalışma, ara dinlenmeleri, gece çalışmaları, işyerinde yapılacak mesleki eğitim, yıllık izin, iş sağlığı ve güvenliği, genç çalışanların ve hamilelerin korunması gibi tüm koşulları kapsadığı ve böylelikle 2008/104/EC sayılı AB Direktifi'nin temel ilkesi olan eşit muamele ilkesini uyum sağlandığı ifade edilmiştir. Bu nedenle söz konusu hüküm, düzenlemeye esas teşkil eden Yönerge'ye uygun olarak değerlendirilmeli ve eşitlik ilkesinin kapsamı bu şekilde tayin edilmelidir¹².

6715 sayılı Yasa md.7'de tasarı halinde iken yer alan, "ücrette eşitlik" ilkesini hayata geçiren ve fakat tasarı yasalaşmadan evvel metinden çıkarılan "Özel istihdam bürosu, iş sözleşmesinde yer alan ücretten az olmamak kaydıyla özel istihdam bürosu işçisine, geçici işçi çalıştıran işverenin aynı kıdemi haiz emsal işçisinin aldığı

10 Genel anlamda işverenin eşit davranma borcuna ilişkin olarak bkz. Tuncay, Can; İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul 1982.

11 Kabakcı, s.102; Eşit işlem yapma borcunun geçici iş ilişkisinin kurulması esnasında mevcut olmadığı; bu durumda eşit işlem yapma borcu yerine sözleşme akdetme özgürlüğünün tercih edilmesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. Odaman, Serkan: "Yeni Düzenlemeler Çerçevesinde Türk İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi ve Uygulaması", Sicil, Ocak 2017, s.53 (Ödünç İş).

12 Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nursen/Canbolat, Talat; İş Hukuku Dersleri, İstanbul Eylül 2016, s.180; Yenisey, s.159; Alman hukukunda temel çalışma koşullarının kapsamı için bkz. Römer, Stefanie; Gleichbehandlung von Leiharbeitsnehmern: Die europarechtlichen Vorgaben und deren Umsetzung in Deutschland, Hamburg, Verlag 2004, s.38; Yönerge'nin hazırlanmasına ve kabul edilmesine ilişkin tarihsel süreç için bkz. Christie, David/Busby, Nicola: "The Regulation of Temporary Agency Work in the European Union", Cambrian Law Review (15), 2015, s.16-25.

ücret, ikramiye ve bu nitelikteki istihkakı geçici çalıştığı dönemle sınırlı olarak ödemek zorundadır.” hükmü AB Yönergesinden daha geniş kapsamlı bir koruma öngörmekte idi. Doktrinde Civan, AB Yönergesi'nin üye devletlere, özel istihdam bürosu ile geçici işçi arasında belirsiz süreli iş sözleşmesinin yapıldığı hallerde, ücret bakımından eşit işlem yapma borcuna istisnalar getirebilme imkanı tanıdığını; yasal düzenlemenin de bu çerçevede değerlendirilerek düzenlemenin, işçiler açısından aleyhe bir durum olarak değil yasa koyucu tarafından yapılan iç hukuk sistemine ilişkin bir tercih olarak algılanması gerektiğini ileri sürmüştür¹³. Süzek tarafından ileri sürülen ve bizim de katıldığımız görüşe göre, mevcut düzenlemeden daha kapsamlı bir güvence getiren bu hükmün tasarıdan çıkarılması, eşitlik ilkesinin hayata geçirilmesi bakımından önemli bir eksiklik oluşturmuştur¹⁴. İleride açıklanacağı üzere AB üyesi bir çok ülkede eşit davranma borcu oldukça geniş yorumlanmış ve özellikle toplu iş sözleşmeleri ve yasal düzenlemeler vasıtasıyla ücret dahil olmak üzere çalışma koşulları bu ilkenin kapsamına alınmaya çalışılmıştır. İşkolu düzeyinde kapsamlı toplu iş sözleşmelerinin yürürlükte olduğu Almanya gibi bir ülkede dahi, geçici iş ilişkisi yoluyla düşük ücretli işçi çalıştırma yolunu açan toplu iş sözleşmelerinden şikayet edildiğinden¹⁵, Ödünç Çalışma Kanunu'nda (AÜG) reforma gitme ihtiyacı duyulmuş ve Nisan 2017'de yürürlüğe giren düzenleme ile ücrette eşitlik ilkesinin toplu iş sözleşmeleri ile ortadan kaldırılması önlenmeye çalışılmıştır. İşkolu düzeyinde toplu iş sözleşmesi yapılmasının mümkün olmadığı toplu iş hukuku sistemimiz geçici işçilerin toplu iş sözleşmesi özerkliğinden dışlanması sonucunu doğuracağı gibi; değişik işyerlerinde görevlendirilmiş büro işçilerinin bir araya gelerek sendika kurmaları ve yasada öngörülen yetki

koşullarını sağlayarak toplu iş sözleşmesi akdetmeleri oldukça güçtür. Bu sebeple diğer ülke uygulamalarından farklı olarak ücret bakımından eşit işlem yapma borcunun, ülkemiz toplu iş hukuku sistemi karşısında, toplu iş sözleşmeleri ile güvence altına alınması mümkün gözükmemektedir¹⁶. Son tahlilde, toplu iş sözleşmeleri ile güvence altına alınması mümkün olmayan ücrette eşitlik ilkesine ilişkin hükmün tasarıdan çıkarılmasının, işçiler aleyhine bir durum yarattığı ve kötüye kullanımların engellenmesi bakımından önemli bir eksiklik oluşturduğu kanaatindeyiz.

Yönerge md.3/f.1'e göre genel çalışma koşulları; çalışma süresine, fazla çalışmaya, ara dinlenmelere, gece çalışmasına, bayramlara, genel tatillere, ücrette ilişkin olarak mevzuat, toplu iş sözleşmesi, idari hüküm veya sair bağlayıcı kurallar ile düzenlenen ve devralan işverenin işyerinde yürürlükte olan çalışma koşullarıdır. 2. fıkrada ise ücret, iş sözleşmesi, iş ilişkisi ve çalışan için ulusal hukukta yer alan tanımların geçerli olacağı hükme bağlanmıştır. Eşit davranmaya ilişkin genel prensiplerin yer aldığı 5.maddenin birinci fıkrasında ise genel çalışma koşullarının geçici çalışana uygulanmasındaki temel kriterin, geçici çalışanın aynı işi yapmak üzere devralan işveren tarafından doğrudan işe alınsaydı ona uygulanacak olan çalışma koşulları olduğu hükme bağlandıktan sonra 2.fıkrada üye ülkenin, Yönergeyi iç hukukuna aktarırken, sosyal ortaklara da danışarak, geçici istihdam bürosu tarafından 'sürekli istihdam olunan' ve 'geçici görevlendirmeler arasındaki zaman dilimlerinde de ücreti ödenen' geçici çalışanları md.5/f.1'in kapsamı dışında tutabileceği ifade edilmiştir ("Alman Derogasyonu"). Yönerge'nin giriş bölümünde de (b.15) sürekli istihdam olunan (belirsiz süreli) işçilerin bağitlandıkları sözleşmenin sağladığı koruma göz önünde tutularak ödünç alan işverenin işyerinde geçerli olan kuralların uygulanmasını sağlayan koruyucu düzenlemeden muaf tutulabileceği ifade edilmiştir. Bunun dışında üye devletlerin Yönerge'yi iç hukuka aktarırken toplu iş sözleşmesinden faydalandıkları hallerde ücret dışında diğer çalışma koşullarında da eşitlik ilkesinden ayrılabilmesi mümkündür (md.5/f.3) ("İskandinav Derogasyonu")¹⁷. Ancak bu

13 Civan, Orhan Ersun: "Meslek Edinilmiş Ödünç İş İlişkisi İle İlgili Güncel Gelişmeler", İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, Beta, İstanbul 2017, s.117.

14 Süzek, Sarper; İş Hukuku, Yenilenmiş 12.Baskı, Ankara 2016, s.313.

15 Schüren, Peter/Wank, Rolf: "Die neue Leiharbeitsrichtlinie und ihre Umsetzung in deutsches Recht", RdA 2011, s.8; 2017 reformundan evvel çeşitli tarihlerde yapılan diğer iyileştirme çalışmaları için bkz. Leuchten, Alexius: "Das neue Recht der Leiharbeit, Die wesentlichen Neuerungen im AÜG", Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 2011, s. 610.

16 2822 sayılı yasa döneminde aynı görüş için bkz. Kabakcı, s.94-95.

17 Bu hüküm "Nordic Deregation" olarak nitelendirilmek-

durumda dahi eşitlik ilkesinden ayrılma durumunda geçici işçiler için bir koruma düzeyi sağlanmalıdır. Örneğin, geçici işçiye muamele eşitliği ilkesinin gerektirdiğinden daha düşük bir ücret ödenecek ise bunun karşılığında devralan işveren nezdinde veya bir diğer yerde verilen kurstan, mesleki eğitimden veya staj imkanından yararlandırılmalıdır¹⁸. İşkolu toplu iş sözleşmesinin kanunen tanımlanmadığı veya teşmilin mümkün olmadığı bir üye ülkede Direktif iç hukuka aktarılırken, toplu iş sözleşmesinin genel çalışma koşullarından sapma yapabileceği, eşit muamele ilkesinden yararlanabilmenin bir deneme süresine bağlanabileceği öngörülebilir (m. 5/4) ("*İngiliz Derogasyonu*"). Direktifin 5. maddesinin imkan sağladığı bu derogasyonlara başvurulması durumunda, ilgili üye devletin, AB Komisyonu'nu derogasyondan ve derogasyonun kötüye kullanılmasını önlemek üzere alınan önlemlerden haberdar etmesi gerekmektedir (m. 5/5). Yönerge md.5/f.1,b'de eşitlik ilkesi ile ayrımcılık yasağı bir arada düzenlenerek; kadın erkek eşitliğine, cinsiyet, ırk veya etnik köken, din, inanç, özürllülük, yaş veya cinsel yönelim temelinde ayrımcılıkla mücadeleyle ilişkin düzenlemeler yapılacağı hükme bağlanmıştır.

Eşitlik ilkesinin kapsamı üye ülkelerin bir çoğunda geniş bir biçimde yorumlanmış ve ücrette dahil tüm diğer çalışma koşulları bu ilkenin kapsamına dahil olacak şekilde düzenlenmiştir. Fransa'da İş Kodunda geçici işçilerin geçici işverenin aynı nitelikteki emsal iş-

çileri ile ücret, diğer ödemeler ve çalışma koşulları bakımından eşit olduğu ifade edilirken¹⁹; İtalya'da 2012 yılında yapılan ve "*Fornero Yasası*" olarak adlandırılan düzenleme ile birlikte geçici işçilerin eşit işleme tabi tutulması ücreti de kapsayacak şekilde mutlak bir hale getirilmiştir²⁰. İspanya'da ise 2010 yılında yapılan değişiklik ile kapsamı genişletilen eşit davranma borcu, temel çalışma koşullarını güvence altına almakta ve ücrete ilişkin düzenlemelere toplu iş sözleşmelerinde yer verdiği görülmektedir²¹. Hollanda'da da işverenin eşit davranma borcunun kapsamı ve ücrete ilişkin düzenlemelere toplu iş sözleşmelerinde yer verilmekte; kötüye kullanıma karşı uygun önlemlerin alınmış olması koşuluyla eşit işlem ilkesinden ayrılmanın mümkün olabileceği kabul edilmektedir²². İngiltere'de eşit davranma ilkesinin hayata geçirilmesi on-iki haftalık periyodun geçirilmesine bağlı olduğundan Yönerge md.5/f.4'te eşit muamele ilkesinden yararlanabilmenin bir deneme süresine bağlanabileceği öngörülmüştür ("*İngiliz Derogasyonu*")²³.

Almanya'da Ödünç Çalışma Kanunu'nda (AÜG)²⁴,

19 Fransız hukukuna ilişkin olarak bkz. Güzel, Ali/Heper, Hande: "Sürekli İstihdamdan Geçici Atipik İstihdamla...:- Mesleki Amaçlı Geçici İş İlişkisi", Çalışma ve Toplum, 2017/1, s.50.

20 Sartori, s.113.

21 Guaman, Adorocion: "Temporary Agency Work Directive and Its Transposition in Spain", European Labour Law Journal, Volume 1, 2010 (3), s. 415, 416.

22 Sartori, s.114; Visser, Dieuwke / Plessen, Willem / Jacobs, Antoine; Temporary Agency Work and the Information Society in: Blanpain, Roger / Graham, Ronnie, Bulletin of Comparative Labour Relations Series Set (Vol. 50), Kluwer Law International, Den Haag, 2004, s.229; Hartmann, Thomas: Temporary Work in Germany and Netherlands, Tilburg University Master Thesis, Tilburg Netherlands, 2012, s.26-30.

23 Anılan bu imkan yalnızca İngiltere'ye sağlanmış olup diğer üye devletlerin eşitlik ilkesini deneme süresine tabi tutmaları mümkün değildir. Davies, Anne: "The Implementation of the Directive on Temporary Agency Work In The UK: A Missed Opportunity", European Labour Law Journal, Volume 1, 2010 (3), s. 314; Süral, s.40.

24 Alman hukukunda ödünç iş ilişkisi gerçek (echte) ve gerçek olmayan (unechte) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. İşverenin işçiyi kendi işyerinde çalıştırmak üzere işe alması ve fakat geçici süre bir başka işverene ödünç vermesi durumunda gerçek ödünç iş ilişkisi ortaya çıkar. Hekimler, Alpay: "Federal Almanya'da Profesyonel Ödünç İş İlişkisinin Yasal Çerçevesi", İşveren, Nisan 2004,

te ve İskandinav ülkelerinde sıklıkla uygulama alanı bulmaktadır. Danimarka'da belirli sektörlerde çalışan geçici işçiler bakımından eşit ücret uygulaması toplu iş sözleşmeleri yoluyla sağlanırken; İsveç'te eşit ücret uygulaması yalnızca mavi yakalı işçiler bakımından getirilmiş olup, beyaz yakalı işçilere bu yolla herhangi bir güvence sağlanmamaktadır. Temporary Agency Work and Collective Bargaining in the EU, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, s.34, https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef0899en.pdf (erişim: 10.7.2017); Sartori, Alessandra, "Temporary Agency Work in Europe, Degree of Convergence Following Directive 2008/104/EU", European Labour Law Journal, Volume 7, 2016(1), s.112; Schlachter, Monica: Equal Treatment for Transnational Temporary Agency Workers, Formula, March 2012, s.12, <http://www.jus.uio.no/ifp/english/research/projects/freemov/publications/papers/WP32-Schlachter.pdf>. (erişim:03.01.2017).

18 Süral, Nurhan: "AB Müktesebatında Geçici İş İlişkisi", Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Geçici İş Semineri, Tebliğler ve Görüşler, TİSK, 25 Ocak 2013, Ankara, s.40.

geçici işçilere ödenecek ücretin işveren tarafından kendi işçilerine ödenen ücretten daha düşük olamayacağını (equal pay); aksi takdirde, işçi gönderme izninin iptal edileceğini belirttikten (§ 3 Abs. (1) 3) sonra, bu kuralın toplu iş sözleşmeleriyle aksinin geçici işçi aleyhinde kararlaştırılabileceğini öngörmektedir (§ 3 Abs. (1) 3)²⁵. 2016 yılında yapılan değişiklik ile birlikte eşit işe eşit ücret ilkesi benimsenerek toplu sözleşmelerle bu ilkenin bertaraf edilmesi olanağı ortadan kaldırılmaya çalışılmaktadır. Nisan 2017’de yürürlüğe girmiş olan bu düzenleme 9 ay boyunca aynı işveren nezdinde çalışan geçici işçiye uygulanırken; sektörel bazda ödenecek olan ücretleri düzenleyen bir toplu sözleşmenin varlığı halinde (*“Branchenzuschlagstarifvertrag”*) bu süre 15 aya kadar uzayabilecektir (§ 8 Abs. (4))²⁶.

C. Eşitlik İlkesinin Uygulanmasında Göz Önünde Tutulacak Olan Faraziye: “...aynı işveren tarafından aynı iş için doğrudan istihdamı hâlinde sağlanacak koşullar...”

6715 sayılı Yasa ile değişik İş Kanunu md.7/f.10 uyarınca, *“Geçici işçinin, geçici işçiyi çalıştıran işverenin işyerindeki çalışma süresince temel çalışma koşulları, bu işçilerin aynı işveren tarafından aynı iş için doğrudan istihdamı hâlinde sağlanacak koşulların altında olamaz.”* Yasa koyucu eşitlik ilkesinin uygulanmasında bir faraziye giderek geçici işçi işveren tarafından doğrudan

işe alınsaydı hangi şartlar altında istihdam edilecek ise bu şartların sağlanması gerektiğini hükme bağlamıştır. 2008/104/EC sayılı AB Yönergesi’nin eşitlik ilkesini düzenleyen 5.maddesi de işçinin özel istihdam bürosunca görevlendirilmeyip doğrudan işveren tarafından işe alınsaydı sağlanacak olan koşullar varsayımından hareket etmektedir²⁷.

Madde hükmünden de anlaşılacağı üzere farazi çalışma koşullarının tespitinde *“aynı iş”* (*“same job”*), *“gleichen arbeitsplatz”*) esas alınmış; belirli süreli ve kısmi süreli iş sözleşmesine tabi olarak çalışan işçiler aleyhine ayrımcılıkta olduğu gibi *“emsal işçi”* kıstasına başvurulmamıştır. Şu halde eşit işlem ilkesi uygulanırken işin niteliğinden hareket edilmesi gerekecektir²⁸. Bununla beraber belirli süreli ve kısmi süreli iş sözleşmelerinde eşitlik ilkesini düzenleyen md.12 ve md.13 hükmü, her ne kadar *“emsal işçi”* esas alınmış olsa da, geçici iş ilişkisinde farazi çalışma koşulları tespit edilirken yol gösterici nitelikte olabilir. Geçici işverenin işyerinde, aynı veya benzer nitelikte işçi bulunmadığı hallerde, o işkolunda faaliyet gösteren şartlara uygun işyerinde aynı veya benzer işi üstlenen işçi göz önünde tutulabileceği gibi toplu iş sözleşmelerinde yer alan hükümler de yol gösterici olabilir²⁹.

Farazi iş koşullarının somutlaştırılması özellikle geçici işçinin ifa ettiği işin geçici işverenin işyerinde birden fazla işçi tarafından yerine getirildiği hallerde karmaşık bir görünüm arz etmektedir. Özellikle ayrımı haklı kılan nedenlerin her bir işçinin şahsından kaynaklandığı hallerde geçici işçi, aynı işi ifa ettiği ve fakat en iyi çalışma koşullarına sahip olan işçilerin şartlarını talep edemez³⁰. Geçici işçinin ifa ettiği işi yapan ve işyerine son giren işçinin çalışma koşullarının eşitlik ilkesinin hayata geçirilmesinde dikkate alınacak koşullar olarak göz önünde tutulması bir çözüm tarzı olarak benimsenebilir³¹.

s.35; Bu ayrımın teorik boyutta kaldığı ve yasanın uygulama alanı bakımından fark yaratmadığına ilişkin olarak bkz. Preis, Ulrich; Arbeitsrecht, 3. Auflage, Köln 2009, s.103.

25 Federal Mahkeme Aralık 2010’da vermiş olduğu bir kararında CGZP (Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personal Service-Agenturen)’nin toplu iş sözleşmesi yapma ehliyeti bulunmadığına hükmetmiş ve bu durum işverenin geçici işçiye benzer nitelikte olan kendi işçisine ödediği ücrete eşit bir ödeme bulunulması zorunluluğunu ortaya çıkarmıştır. Waas, Atypical Employment, s.520; Schlegel, Rainer: Arbeits und sozialversicherungsrechtliche Konsequenzen des CGZP Beschlusses, NZA (2011), s.380; Yönerge’nin kabulünden evvel Alman Hukukundaki düzenlemeler için bkz. Alpagut, Gülsevil: “Geçici İş İlişkisini Düzenleyen Avrupa Birliği Yönergesi’nin Değerlendirilmesi”, Prof.Dr.Sarper Süzek’e Armağan, C.I, İstanbul 2011, s.360 vd.

26 Lembke, Mark; AÜG Reform 2017, Eine Reformatio in Peius, NZA 2017, s.12.

27 Schlachter, s.9; Zimmer, Reingard: “Die Auswirkungen der Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG auf die Leiharbeit in Deutschland”, Vortrag bei der Hans-Böckler-Stiftung, s.11.

28 Kabakçı, s.84; Yenisey, s.162-163.

29 Kabakçı, s.84-85; Thüsing, Gregor; AÜG, Kommentar zum Arbeitnehmer Überlassungs Gesetz 1. Auflage, Beck-Verlag, 2005, § 9 Rn 28; Römer, s.39-40.

30 Lembke, s.324; Schüren/Wank, s.4.

31 Kabakçı, s. 85; Aynı veya benzer işi yapan birden fazla işçi söz konusu olduğunda en düşük ücretin esas alın-

D. İş Hukuku Terminolojisine Yabancı Bir İfade: “...işyerindeki sosyal hizmetlerden eşit muamele ilkesince yararlandırma...”

6715 sayılı Yasa ile değişik İş Kanunu md.7/f.9,d bendi uyarınca “Geçici işçi çalıştıran işveren,... geçici işçileri çalıştırdıkları dönemlerde, işyerindeki sosyal hizmetlerden eşit muamele ilkesince yararlandırır. Geçici işçiler, çalışmadıkları dönemlerde ise özel istihdam bürosundaki eğitim ve çocuk bakım hizmetlerinden yararlandırılır.” Bu madde ile sosyal güvenlik hukuku bakımından teknik bir anlam taşıyan ve fakat iş hukuku terminolojisine yabancı olan “sosyal hizmetler” kavramı eşit muamele borcunun kapsamına alınmıştır³². Madde gerekçesinde ise bu ifade ile ulaşım, yemek, kantin ve çocuk bakım hizmetleri gibi hizmetlerin kastedildiği ifade edilmiştir. Geçici işverenin işyerinde diğer işçiler için bu gibi yardımlar sağlıyorsa işveren, geçici işçilere de bunları aynen sağlamak zorundadır.

2008/104/EC sayılı AB Yönergesi md.6/f.4'de geçici işçilerin, ayrımı haklı kılan objektif bir neden olmadıkça, kullanıcı işletmenin imkanlarından özellikle kantin, çocuk bakımı ve taşıma gibi hizmetlerden diğer işçiler ile birlikte eşit olarak yararlandırılacağı hükme bağlanmıştır. Aynı maddenin 5.fıkrasında ise geçici istihdam büroları tarafından sunulan eğitim ve çocuk bakım hizmetleri ile kullanıcı işletmeler tarafından verilen mesleki eğitim hizmetlerinden geçici işçilerin, kullanıcı işletmelerdeki görevlendirmeler arasındaki süreler de dahil olmak üzere, kural olarak yararlanabilecekleri ifade edilmiştir. Üye ülkeler, geçici işçilerin bu hizmetlere başvurabilmelerini iyileştirici uygun önlemleri alacaklar veya sosyal ortaklar arasındaki diyalogu bu yönde teşvik edeceklerdir.

E. Eşit İşlem Borcuna Aykırılığın Yaptırımı

Türkiye İş Kurumu Kanunu md.18/f.2,e bendi uyarınca özel istihdam bürosuna kurumca verilen geçici iş ilişkisi kurma yetkisi İş Kanunu md.5'de öngörülmüş olan ayrımcılık yasaklarının ihlali halinde iptal edilebi-

lir. İptalin söz konusu olması için ihlale konu olan son fiilden geriye dönük olarak iki yıl içerisinde ayrımcılık yasağına üç kez aykırı davranıldığına tespit edilmesi gerekmektedir. Bu durumda özel istihdam bürosunun geçici iş ilişkisi kurma yetkisi iptal edilir ve üç yıl süre ile izin verilmez.

Alman hukukunda ise devrin devam ettiği sürede, ödünç alan işveren işyerinde emsal işçiye uygulanan ücret dahil esaslı iş koşullarının geçici işçiye sağlanmaması istihdam bürosunun faaliyet izninin iptali ve yenilenmemesi sebepleri arasında sayılmaktadır (§ 3 AÜG). Geçersizlik yaptırımına ilişkin § 9 AÜG uyarınca, ödünç alan işveren işyerinde emsal işçiye uygulanan ücret dahil esaslı iş koşullarından daha kötü şartları öngören sözleşmeler, ödünç işçinin geçici işveren işyerindeki yemek, servis, kreş gibi sağlanan imkanlardan faydalanmasını sınırlandıran kayıtlar geçersizlik yaptırımına tabi olacak ve hüküm ifade etmeyecektir.

Geçici iş ilişkisinde eşit işlem yapma borcuna aykırı davranılması halinde sorumluluğun hangi işverenin şahsında doğacağı hususunda yasada bir açıklık olmamakla birlikte geçici iş ilişkisinde işverenin özel istihdam bürosu olduğuna ilişkin düzenleme yol gösterici niteliktedir. Doktrinde Yenisey tarafından da ifade edildiği üzere geçici işçinin emsal işi yapan işçilerle aynı koşullardan yararlanmasıyla, bunun geçici işverenin sorumluluğu olarak düzenlenmesi birbirinden farklı hususlar olup; geçici işçinin iş sözleşmesi özel istihdam bürosu ile kurulduğundan bu sözleşmeden kaynaklanan borçlardan hukuki sorumluluk işveren sıfatını taşıyan büroya aittir³³. Geçici iş ilişkisinde kötüye

33 Yenisey, s.161; Alt işverenlik hususunda Yargıtay'ın benzer bir yaklaşımı için bkz. “...Asıl işverenin alt işverenin işçilerine karşı eşit işlem yapma borcu bulunmamaktadır. Alt işverenin işçileri ile asıl işveren arasında iş sözleşmesi bulunmadığından alt işverenin işçileri, eşit işlem yapma borcuna dayalı olarak asıl işverenden herhangi bir talepte bulunamazlar. Eğer bu ilişki muvazaaya dayanıyorsa kanunun açık hükmü gereği alt işverenin işçileri başlangıçtan beri asıl işverenin işçiler sayılacağından, işçiler eşit işlem yapma borcuna dayalı olarak da asıl işverenden yasal haklarını talep edebileceklerdir...” 9.HD, 28/02/2011 E. 2010 / 23498 K. 2011 / 5236; Aynı yönde 9. HD, 4.3.2011 E. 2010 / 49665 K. 2011 / 5998; Y. 9. HD, 27.3.2006 E. 2006/4860 K. 2006/7479, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; 6715 sayılı yasa henüz tasarı halinde iken 7. maddede yer alan ve fakat yasalasmayan geçici işverenin “Çalışma koşulları açısından işçisiyle emsal iş yapan geçici işçi arasında esaslı bir neden olmadıkça ayırım ya-

ması gerektiğine ilişkin görüş için bkz. Römer, s.40.
32 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.180; Yenisey, s.162.

kullanımların işçinin iş sözleşmesi ile bağlı olduğu büroda değil, iş organizasyonuna dahil olduğu geçici işveren nezdinde gerçekleşiyor olması sebebi ile, eşit davranma borcunun kapsamını tayinde belirleyici olan çalışma koşulları, geçici işverenin işyerinde geçerli olan koşullardır ve yasa koyucu isabetli bir biçimde AB Yönergesinde de benimsediği üzere geçici işçi hakkında, devralan işverene ait işyerindeki esaslı çalışma koşullarının uygulanması gerektiğini öngörmüştür. Yasa koyucunun eşitlik ilkesinin bağlama noktası olarak, geçici işverenin işyerindeki çalışma koşullarını tercih ediyor olmasının, bu borcun ihlali halinde doğacak yaptırımlardan geçici işverenin sorumlu olacağı yönündeki bir sonuca ulaşılmasını mümkün kılması gerektiği ve işveren sıfatını taşıyan büronun sorumlu olması gerektiği kanaatindeyiz.

Mesleki anlamda geçici iş ilişkisinde eşit işlem ilkesine aykırılık halinde tartışılması gereken bir diğer husus yoksun kalınan haklar yanında ayrımcılık tazminatının da talep edilemeyeceğidir. Doktrinde ileri sürülen ve bizim de katıldığımız görüşe göre, İş Kanunu md.5, kenar başlığı her ne kadar "eşit davranma ilkesi" ise de ayrım yasağını düzenleme konusu yapmış, bunun dışında genel anlamda eşit davranma borcunu dışla-

pamaz" hükmü ile 4904 sayılı Kanunun 19. maddesinde değişiklik öngören "Özel istihdam bürosu, iş sözleşmesinde yer alan ücretten az olmamak kaydıyla özel istihdam bürosu işçisine, geçici işçi çalıştıran işverenin aynı kademi haiz emsal işçisinin aldığı ücret, ikramiye ve bu nitelikteki istihkaki geçici çalıştığı dönemle sınırlı olarak ödemek zorundadır." hükmü dikkat çekici niteliktedir. Tasarı halinde iken metinden çıkarılan bu hükümler ile özel istihdam bürosunun eşit işlem borcu ücret ve ekleri ile sınırlandırılırken, geçici işverene tüm çalışma koşulları açısından ayrım yasağı getirilmiştir. Yasalaşan mevcut hükümde ise, geçici işçileri çalıştırdıkları dönemlerde, işyerindeki sosyal hizmetlerden eşit muamele ilkesince yararlandırma geçici işverenin borçları arasında düzenlenirken; geçici işçinin, geçici işçiyi çalıştıran işverenin işyerindeki çalışma süresince temel çalışma koşullarının, bu işçilerin aynı işveren tarafından aynı iş için doğrudan istihdamı hâlinde sağlanacak koşulların altında olamayacağını öngören hüküm geçici işverenin sorumlulukları arasında sayılmamıştır. Doktrinde Çelik/Caniklioğlu/Canbolat ise eşit davranma borcunun geçici işverenin yükümlülükleri arasında düzenlendiğini; geçici işçinin bu borca aykırılık halinde İK md.5 uyarınca hem yoksun kaldığı hakları hem de ayrımcılık tazminatını talep edebileceğini ifade etmiştir. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.181.

mıştır. Bu sebeple genel anlamda eşit davranma borcunun ihlali halinde anılan bu maddenin uygulanarak ayrımcılık tazminatına hükmedilmesi mümkün görünmemektedir³⁴. Diğer görüşe göre ise burada bir kanun boşluğu söz konusudur ve genel anlamda eşit davranma borcuna aykırılık hallerinde de ayrımcılık tazminatına hükmedilmesi gerekmektedir³⁵. Yargıtay ise isabetli olarak muvazaalı asıl işveren alt işveren ilişkisinde konuyu ele alarak işverenin başlangıçtan itibaren kendi işçisi sayılan muvazaalı alt işveren işçilerine karşı eşit davranma borcu olduğuna hükmetmiş ve fakat her iki grup işçi arasında yapılan farklı işlemin kural olarak İş Kanunu md.5'de belirtilen ayrımcılık hallerinden birini oluşturmayacağını ve ayrımcılık tazminatına hükmedilemeyeceğini ortaya koymuştur³⁶. AB Yönergesi md.5/f.1,b'de

34 Süzek, s.512; Yenisey, Kübra Doğan: "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2013 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", İstanbul 2015, s.118 (Değerlendirme 2013); Doktrinde Çelik/Caniklioğlu/Canbolat eşit davranma borcuna aykırılık halinde geçici işçinin, İK md.5 uyarınca hem yoksun kaldığı hakları hem de ayrımcılık tazminatını talep edebileceğini ifade etmiştir. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.181.

35 Yıldız, Gaye Burcu; İşverenin Eşit İşlem Borcu, Yetkin, Ankara 2008, s.329; Baysal, Ulaş : "İşverenin Eşit Davranma Borcu ve İş Sözleşmesinin Feshinde Uygulanması", Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 25, İstanbul 2010, s.76.

36 9.HD, 22.4.2008, E.13925, K.9890, Yenisey, Değerlendirme 2013, s.118; "...Asıl işverenin alt işverenin işçilerine karşı eşit işlem yapma borcu bulunmamaktadır. Eğer bu ilişki muvazaaya dayanıyorsa kanunun açık hükmü gereği alt işverenin işçileri başlangıçtan beri asıl işverenin işçileri sayılacağından, işçiler eşit işlem yapma borcuna dayalı olarak da asıl işverenden yasal haklarını talep edebileceklerdir. (...)Ancak eşit işlem borcuna aykırılıktan dolayı tazminatın gerekçesiz hüküm altına alınması ve madde uyarınca 4 aya kadar üst sınır belirlendiğinden miktar olarak belirtilmemesi doğru görülmemiştir. Mahkemece eşit işlem borcuna aykırılık tazminatının neden kabul edildiği gerekçelendirilmeli ve bu tazminatın bir ile dört ay arasında ne kadar olması gerektiği..." 9. HD., 28.2.2011, E. 23498, K. 5236, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Yüksek mahkeme bir başka kararında asıl ve alt işveren arasında organik bağın bulunması ve işin tamamen asıl işveren tarafından yönetilmesinden hareketle ilişkinin muvazaalı olduğunu tespit ederek davacı işçinin, davalının diğer işçilerine verilmekte olan yakacak yardımı, bayram ve yılbaşı yardımı gibi haklardan yararlanması gerektiğini hükme bağlamıştır. Kararda önem taşıyan nokta; işçinin eşit davranma ilkesine aykırılık nedeniyle İş Kanunu md. 5/f.6 uyarınca dört aya kadar ücret

ortaya konulan ve kadın erkek eşitliğine, cinsiyet, ırk veya etnik köken, din, inanç, özürlülük, yaş veya cinsel yönelim temelinde ayrımcılığa dayanan fiillerin söz konusu olduğu hallerde ise ayrımcılık tazminatının talep edilebilmesi mümkündür³⁷.

III. Sonuç ve Değerlendirme

İşverenlerin gerek ulusal gerekse uluslararası rekabete ve küreselleşmeye ayak uydurmaları, istihdamın yaygınlaştırılması ve istihdam piyasalarına işlerlik kazandırılması bakımından önemli bir fonksiyon gösteren özel istihdam büroları ücret seviyelerinin düşük olması, devamlı bir istihdam olanağı sağlamaması ve sürekli işe geçme konusundaki güçlükler, meslek hastalığı ve iş kazası riskleri bakımından birçok sakıncayı da beraberinde getirmektedir³⁸. Özellikle özel istihdam büroları aracılığı ile istihdam edilecek olan işçilerin ağırlıklı olarak vasıfsız ve diğer yollardan işe girme olanağı zayıf olan yahut iş gücü piyasasına yeni dahil olmuş genç ve tecrübesiz olduğu göz önünde tutulduğunda başta ücret olmak üzere

birçok çalışma koşulunun diğer işçilere göre daha düşük seviyede kalma tehlikesi karşımıza çıkmaktadır. Bu noktada yasa koyucu tarafından AB Yönergesi esas alınmak suretiyle eşit işlem ilkesinin getirilerek işçilerin güvence altına alınması olumlu bir gelişme olmakla birlikte yasal düzenleme birçok açıdan eleştirilebilir niteliktedir.

6715 sayılı Yasa henüz tasarı halinde iken 7.maddede getirilmiş olan "Özel istihdam bürosu, iş sözleşmesinde yer alan ücretten az olmamak kaydıyla özel istihdam bürosu işçisine, geçici işçi çalıştıran işverenin aynı kıdemi haiz emsal işçisinin aldığı ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki istihkaki geçici çalıştığı dönemle sınırlı olarak ödemek zorundadır." hükmü dikkat çekici nitelikte idi. Anılan bu hüküm "ücrette eşitlik" ilkesini sağlayarak AB Yönergesinden de kapsamlı bir düzenleme öngörmekte idi. Tasarıdan çıkarılan bu hükmün eşitlik ilkesinin sağlanması açısından olumsuz olduğu kanaatindeyiz³⁹. Ücrette eşitliğin sağlanması bakımından her ne kadar toplu iş sözleşmelerinin işlev göreceği ileri sürülebilse de, Almanya gibi toplu iş sözleşmesi sisteminin gelişmiş ve sendikaların güçlü olduğu bir ülkede dahi kötüye kullanımların önüne geçilememesi bu ihtimali sakıncalı hale getirmektedir⁴⁰. Mesleki anlamda geçici iş ilişkisi, işkolu esasına dayalı sendikalaşmaya imkan sağlamadığı gibi farklı işyerlerinde istihdam edilen büro işçilerinin bir araya gelerek işkolunda kurulu bir sendikaya üye olmaları ve 6356 sayılı yasada öngörülmüş olan yetki koşullarını sağlamaları mümkün gözükmemektedir. Bu durum büro işçilerinin toplu iş sözleşmesi özerkliğinden dışlanması sonucunu doğuracağı gibi; iş görme borcunun aralıklı olarak ifa ediliyor olması sebebiyle devralan işverenin işyerinde yürürlükte olan toplu iş sözleşmesinden faydalanmak gerek anlamda bir güvence oluşturmayacaktır⁴¹. Toplu iş sözleşmeleri aracılığıyla yeterli güvence-

talebinin reddedilmiş olmasıdır. Eşit davranma ilkesine ilişkin bir takım açıklamalara yer verildikten sonra, "... davalı işverenin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinde sözü edilen şekilde eşit davranma borcuna aykırılığın unsurları gerçekleşmemiştir. Burada işverenin sübjektif bir davranışı da yoktur. Böyle olunca eşit davranma borcuna aykırılık tazminatına hak kazanılması mümkün değildir" ifadeleri ile yerel mahkeme kararı bozulmuştur. 9. HD, 01.06.2010, 21080/15389, Çalışma ve Toplum, 2011/3, S. 30, s.539 Kararın değerlendirilmesi için bkz. Alpagut, Gülsevil: "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2010 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Kamu-İş, Ankara 2012, s.47 (Değerlendirme 2010).

37 Geçici işverenin kreş, kantin, yemek, ulaşım vb hizmetlerden işçiyi haklı bir sebep olmaksızın faydalandırması halinde ayrımcılık tazminatının talep edilebileceği yönündeki görüş için bkz. Lembke, s.323; Schüren/Wank, s.5

38 Yenisey, s.139; Hekimler, Alpay: "Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Geçici İş İlişkisine İlişkin Mevzuat ve Taslakların Genel Değerlendirmesi", Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Geçici İş Semineri, Tebliğler ve Görüşler, TİSK, 25 Ocak 2013, Ankara, s.50-52; Miltacher, L.W: "The Role of Temporary Agency Work in Different Industrial Relations Systems- a Comparison between German and USA". British Journal of Industrial Relations, 2007, 45(3), s.581-583.

39 Süzek, s.313; Bu hükmün düzenleme şekline ve sistematiğe ilişkin eleştiriler için bkz. Yenisey, s.162.

40 Nitekim Almanya'da geçici işçilerin büyük bir kısmının sendikaya üye olmadığı, bu alanda yapılan toplu iş sözleşmesi hükümlerinin iş sözleşmelerine dahil edildiği görülmektedir. Römer, s.42.

41 Kabakçı, s.95.

nin sağlanmadığı bu iş ilişkisinde ücrette eşitlik ilkesi güvence altına alan düzenlemenin yasalaşmaması kanımızca isabetli olmamıştır.

Geçici işçinin ödünç alan işveren nezdinde çalışacağı süre için uygulanacak olan temel çalışma koşullarının, özel istihdam bürosu ile ödünç alan işveren arasında yapılacak olan işçi sağlama sözleşmesinin içeriğinde kanunen yer verilmesi zorunlu unsurlar arasında sayılmaması bir eksiklik olarak değerlendirilebilir⁴². “*De lege ferenda*” açısından bu konuda Alman hukukunda getirilen düzenlemeleri göz önünde tutmak yararlı olacaktır. Alman hukukunda ilgili düzenleme uyarınca işçi sağlama sözleşmesinde ücret dahil ödünç alan işverenin işyerinde emsal işçi için geçerli olan çalışma koşullarının yer alması zorunludur (§ 12 AÜG). İşçi sağlama sözleşmesinin içeriğini hükme bağlayan yasal düzenlemede bu hususa yer verilmesinin eşit işlem borcunu güvence altına alan bir işlevi haiz olacağı kanaatindeyiz.

Farazi çalışma koşullarının tespitinde, AB Yönergesi'ne paralel bir biçimde “*aynı iş*” in esas alınarak; belirli süreli ve kısmi süreli iş sözleşmesine tabi olarak çalışan işçiler aleyhine ayrımcılıkta olduğu gibi “*emsal işçi*” kıstasına başvurulmaması isabetli bir düzenlemelidir. İşin niteliğini esas alan ölçüt “*emsal işçi*” ye kıyasla daha kapsayıcı, objektif, genel ve amaca uygun bir nitelik taşımaktadır. Kaldı ki geçici iş ilişkisine arızı işçi ihtiyacının doğduğu hallerde başvurulması ihtimalinde emsal işçiyi tespit oldukça güçleşmektedir⁴³.

Eşit davranma borcuna aykırılık halinde faaliyet izninin iptalini öngören hükmün ise yalnızca İK md.5'te öngörülmüş olan ayrımcılık yasaklarını kapsamına alması sebebiyle eksik bir düzenleme olduğu kanaatindeyiz. Ayrımcılık yasakları ve dar anlamda eşit işlem borcu eşit işlem ilkesinin iki farklı yönünü oluşturmaktadır. Dar anlamda eşit işlem borcunda haklı veya objektif nedenler bulunmaksızın keyfi olarak farklı muamelede bulunulması söz konusu olurken; ayrımcılık ya-

saklarında dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç vb sebeplerden kaynaklanan farklı işlem mevcuttur⁴⁴. Oysa ki mesleki anlamda geçici iş ilişkisinde eşit işlem borcunu öngören düzenlemeler yalnızca ayrımcılık yasaklarını değil, geniş anlamda eşit davranma borcunu da kapsamına almakta ve İK md.5'de öngörülmüş olan ayrımcılık yasaklarının kapsamına girerken bir davranıştan çok, büro işçileri ile geçici işverenin işçileri arasında farklı işlem yapılması söz konusu olmaktadır. Bu sebeple konuya ilişkin düzenlemenin İş Kanunu md.5'de ifade edilen ayrımcılık yasakları yanında eşit davranma borcuna ilişkin İK md.7/f.10 ve f.9,d bendini de kapsamına alacak şekilde düzenlenmesinin yararlı olacağı kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

- Alpagut, Gülsevil: “Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisi: Sınırlamadan Teşvike”, Prof. Dr. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005.
- Alpagut, Gülsevil: “Geçici İş İlişkisini Düzenleyen Avrupa Birliği Yönergesi'nin Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C.I, İstanbul 2011.
- Alpagut, Gülsevil: “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2010 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Kamu-İş, Ankara 2012.
- Baysal, Ulaş: “İşverenin Eşit Davranma Borcu ve İş Sözleşmesinin Feshinde Uygulanması”, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 25, İstanbul 2010.
- Blanpain, Roger; European Labour Law, Kluwer Law International, Lahey 2013.
- Christie, David/Busby, Nicola: The Regulation of Temporary Agency Work in the European Union, Cambrian Law Review (15), 2015.
- Civan, Orhan Ersun: “Meslek Edinilmiş Ödünç İş İlişkisi İle İlgili Güncel Gelişme-

42 Civan, s.107; Taşkent, Savaş/Kurt, Dilek: “Mesleki Anlamda Ödünç İş İlişkisi”, Kamu- İş, C.13, S.1/2013, s.8

43 Kabakçı, s.105.

44 Yenisey, Değerlendirme 2013, s.119-120.

- ler”, İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, Beta, İstanbul 2017.
- Cordova, E. : “From Full Time Wage Employment To Atypical Employment: A Major Shift In the Evolution of Labour Relations”, ILR., Vol.125, No.6, Nov-Dec.1986.
 - Davies, Anne: “The Implementation of the Directive on Temporary Agency Work In The UK: A Missed Opportunity”, European Labour Law Journal, Volume 1, 2010 (3).
 - Demircioğlu, Murat/ Engin, Murat: Dünya’da ve Türkiye’de Esnek Çalışma, İTO Yayınları, İstanbul 2002.
 - Ekonomi, Münir: “Türk İş Hukuku’nda Esnekleşme Gereği”, Çalışma Hayatında Esneklik, Yaşar Eğitim ve Kültür Vakfı Yayını, 1994 İzmir.
 - Guaman, Adorocion: “Temporary Agency Work Directive and Its Transposition in Spain”, European Labour Law Journal, Volume 1, 2010 (3).
 - Güzel, Ali/Heper, Hande: “Sürekli İstihdamdan Geçici Atipik İstihdama!...: Mesleki Amaçlı Geçici İş İlişkisi”, Çalışma ve Toplum, 2017/1.
 - Hartmann, Thomas: Temporary Work in Germany and Netherlands, Tilburg University Master Thesis, Tilburg Netherlands, 2012.
 - Hekimler, Alpay: “Federal Almanya’da Profesyonel Ödünç İş İlişkisinin Yasal Çerçevesi”, İşveren, Nisan 2004.
 - Hekimler, Alpay: “Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Geçici İş İlişkisine İlişkin Mevzuat ve Taslakların Genel Değerlendirmesi”, Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Geçici İş Semineri, Tebliğler ve Görüşler, TİSK, 25 Ocak 2013, Ankara.
 - Kabakcı, Mahmut: “5920 Sayılı Kanunun Ödünç İş İlişkisi Hakkındaki Veto Edilen Hükümünün AB Yönergesi Işığında Değerlendirilmesi”, Çalışma ve Toplum, 2011/4.
 - Lang, Carole/Schömann, Isabella/Clauwaert, Stefan: “Atypical Forms of Employment Contracts In Times of Crisis”, Working Paper 2013, European Trade Union Institute, Brussels 2013.
 - Lembke, Mark: “Neue Rechte von Leiharbeitnehmern gegenüber Entleihern”, NZA 2011.
 - Lembke, Mark; AÜG Reform 2017, Eine Reformatio in Peius, NZA 2017.
 - Leuchten, Alexius: “Das neue Recht der Leiharbeit, Die wesentlichen Neuerungen im AÜG”, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 2011.
 - Mitlacher, L.W: “The Role of Temporary Agency Work in Different Industrial Relations Systems- a Comparison between German and USA”. British Journal of Industrial Relations, 2007, 45 (3).
 - Odaman, Serkan: “Ödünç İş İlişkisinde Değişiklik Bu Defa Gerçekleşiyor mu?”, Sicil, Mart 2012.
 - Odaman, Serkan: “Yeni Düzenlemeler Çerçevesinde Türk İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi ve Uygulaması”, Sicil, Ocak 2017.
 - Özdemir, Erdem: “Mesleki Faaliyet Olarak Geçici İş İlişkisi Düzenlenmeli, Ama Nasıl?”, Sicil, Haziran 2010.
 - Preis, Ulrich; Arbeitsrecht, 3. Auflage, Köln 2009.
 - Römer, Stefanie: Gleichbehandlung von Leiharbeitnehmern, Die europarechtlichen Vorgaben und deren Umsetzung in Deutschland, Hamburg, Verlag 2004.
 - Sartori, Alessandra, “Temporary Agency Work in Europe, Degree of Convergence Following Directive 2008/104/EU”, European Labour Law Journal, Volume 7, 2016 (1).
 - Schlachter, Monica: Equal Treatment for Transnational Temporary Agency Workers, Formula, March 2012.
 - Schlegel, Rainer: Arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Konsequenzen des CGZP Beschlusses, NZA (2011).

- Schüren, Peter/Wank, Rolf: "Die neue Leiharbeitsrichtlinie und ihre Umsetzung in deutsches Recht", RdA 2011.
- Süral, Nurhan: "AB Müktesebatında Geçici İş İlişkisi", Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Geçici İş Semineri, Tebliğler ve Görüşler, TISK, 25 Ocak 2013, Ankara.
- Süzek, Sarper; İş Hukuku, Yenilenmiş 12.Baskı, Ankara 2016.
- Taşkent, Savaş/Kurt, Dilek: "Mesleki Anlamda Ödünç İş İlişkisi", Kamu- İş, C.13, S.1/2013.
- Thüsing, Gregor; AÜG, Kommentar zum Arbeitnehmer-Überlassungs-Gesetz 1. Auflage, Beck-Verlag, 2005.
- Tuncay, A. Can; İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul 1982.
- Tuncay, A.Can: "İşin Düzenlenmesi Bakımından Esnekleşme Türk Mevzuatının Durumu ve Uygulama Sorunları", Çalışma Hayatında Esneklik ve İş Hukukuna Etkileri, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, 2000 Yılı Ekim Toplantısı.
- Visser, Dieuwke / Plessen, Willem / Jacobs, Antoine; Temporary Agency Work and the Information Society in: Blanpain, Roger / Graham, Ronnie, Bulletin of Comparative Labour Relations Series Set (Vol. 50), Kluwer Law International, Den Haag, 2004.
- Yenisey, Kübra Doğan: "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2013 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", İstanbul 2015.
- Yenisey, Kübra Doğan: "Yeni Bir Tasarı Işığında Mesleki Faaliyet Olarak Geçici İş İlişkisi ve Geçici İş İlişkisi", Prof. Dr. Turhan Esener I. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Ankara, Nisan 2016.
- Yıldız, Gaye Burcu; İşverenin Eşit İşlem Borcu, Yetkin, Ankara 2008.
- Zimmer, Reingard: "Die Auswirkungen der Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG auf die Leiharbeit in Deutschland", Vortrag bei der Hans-Böckler-Stiftung.
- Waas, Bernard: "Recent Development In The Area of Atypical Employment", European Labour Law Journal, Volume (1) 2010, No.4.

İşe Başlatmama Tazminatının Belirlenmesinde Emekliliğin Ölçüt Olarak Değerlendirilmesi

Öz

İş Kanunu'nun 21. maddesi uyarınca, mahkeme veya özel hakem tarafından feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işçinin başvurusu üzerine işveren tarafından bir ay içinde işe başlatılmaz ise, işçiye ödenmek üzere en az dört, en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminatın belirlenmesi gerekir. İşe başlatmama tazminatı olarak adlandırılan bu tazminatın miktarının hesaplanmasında Yargıtay uygulaması ile "emeklilik" ölçütü dikkate alınmaya başlanmış ve emekliliğe hak kazananlar için işe başlatmama tazminatının alt sınırdan kararlaştırılmasına ilişkin uygulama yerleşmiştir. Ancak daha sonra 7. Hukuk Dai-

resi aksi yönde içtihat geliştirmiş ve işe başlatmama tazminatının belirlenmesinde emekliliği ölçüt olarak dikkate almamaya başlamıştır. 9. Hukuk Dairesi ile 22. Hukuk Dairesinin kararları da zaman içinde dalgalanmıştır. Söz konusu Dairelerin son kararlarında emeklilik ölçütünün tamamen terk edilmediği ancak eski içtihatlardan farklı olarak her geçerli fesih için de uygulanmadığı gözlenmektedir. Bu çalışmanın amacı, işe başlatmama tazminatının belirlenmesinde emekliliğin ölçüt oluşturup oluşturmadığının değerlendirilmesidir. Konu, gerçek zemini olan "yaş ayırimcılığı yasağı" çerçevesinde tartışılmıştır.

Anahtar Sözcükler:

İşe başlatmama tazminatı, emeklilik, 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu.

Consideration of Retirement While Determining Job Security Compensation

Abstract

According to Article 21 of the Employment Act, if the court or the arbitrator concludes that the termination of employment agreement is invalid, a compensation shall be determined to be paid in case the employer does not reinstate the employee to in work within one month upon employee's application. The compensation, to be not less than the employee's four months' salary and not more than eight months' salary, is called as job security compensation. As per the previous precedents of Court of Cassation, "retirement" should have been taken into consideration when determining the amount of job security compensation. In such a case, the court or arbitrator should have decided the job security compensation as

four months' salary which is the lower limit. However, later, 7th Civil Chamber created a counter-precedent and started not taking account whether the employee was retired or not when determining the amount of job security compensation. The decisions of 9th and 22nd Civil Chambers were not always in line with the former precedent and varied in years. In very recent precedents, it is observed that they both neither completely reject the criteria of retirement nor apply it for all the terminations with valid reason. In this article, it will be discussed whether "retirement" should be taken into consideration when determining the job security compensation amount within the scope of prohibition of age discrimination.

Keywords:

Job security compensation, retirement, Human Rights and Equality Institution of Turkey Act no 6701.

*Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı - canan.unal@yahoo.com

Giriş

İş Kanunu'nun 21. maddesi uyarınca, mahkeme veya özel hakem tarafından feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işçinin başvurusu üzerine işveren tarafından bir ay içinde işe başlatılmaz ise, işçiye ödenmek üzere en az dört, en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminatın belirlenmesi gerekir (f. I).

İşe başlatmama tazminatı adı verilen bu tazminatın belirlenmesinde maddenin emredici hükmü gereği hâkim ve özel hakem alt ve üst sınırlara riayet etmelidir (f. son)¹. Uygulamadaki

en önemli sorunlardan birini ise, işe başlatmama tazminatının hangi süreye göre hesaplanacağı oluşturmaktadır². Gerçekten, kanun hükmünde konuya ilişkin bir açıklık yoktur. Madde gerekçesinde ise bu tazminatın "iş sözleşmesinin sona erdirilmesi ve işverenin işçiyi işe başlatmama sebepleri göz önünde tutularak" mahkeme veya özel hakem tarafından takdir edileceği belirtilmiş olmakla birlikte bu ifade de konuya netlik kazandıramamıştır³. 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu⁴ ile İş Kanunu m. 21 hükmüne işe başlatmama tazminatının dava tarihindeki ücreti esas alarak parasal olarak belirleneceğine ilişkin ibare eklenmesine rağmen de işe başlatmama tazminatının belirlenmesine ilişkin belirsizlik devam etmektedir.

Bu çalışmanın konusunu, işe başlatmama tazminatının belirlenmesinde Yargıtay içtihatları ile kullanılmaya başlanan "emeklilik" ölçütünün değerlendirilmesi oluşturacaktır⁵. Yıllar boyunca Yargıtay'ın 7., 9. ve 22. Hukuk Dairelerinin yerleşmiş uygulaması ile, feshin geçersizliğinde davacının emekliliğe hak kazanmış olması hâlinde, işe başlatmama tazminatı alt sınır olan dört aydan belirlenmekte idi⁶. Buna göre, emekliliğe hak ka-

1 Yargıtay tarafından işe başlatmama tazminatının üst sınırın aşılmasının tek istisnası, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu (6356 sayılı Kanun, RG 07.11.2012, 28460) m. 25 hükmü gereği sendikal ayırıcılık oluşturulan fesihler olarak ifade edilmektedir. Bu maddede, işe iade davasında hâkim ve özel hakem iş sözleşmesinin sendikal sebeple feshini tespit ettiği takdirde işçinin en az bir yıllık ücreti tutarında sendikal tazminata karar vereceği düzenlenirken işçinin işe başlatılmaması hâlinde ayrıca İş Kanunu m. 21 hükmüne göre işe başlatmama tazminatına hükmedilmeyeceği belirtilmiştir (f. V). Örnek kararlar için bkz. Y. 9. HD 06.03.2014, E. 2013/10497, K. 2014/7356, Kazancı İçtihat Bankası; Y. 9. HD 22.02.2016, E. 2015/26205, K. 2016/3507, Çalışma ve Toplum, 2017/1; Y. 9. HD 13.02.2017, E. 2016/3550, K. 2017/1572, Kazancı İçtihat Bankası; Y. 9. HD 06.07.2017, E. 2016/17533, K. 2017/12197, Kazancı İçtihat Bankası; Y. 7. HD 25.03.2015, E. 2015/9209, K. 2015/5525, Kazancı İçtihat Bankası; Y. 7. HD 19.02.2015, E. 2014/18572, K. 2015/1919, Çalışma ve Toplum, 2016/1; Y. 7. HD 15.05.2013, E. 2013/9200, K. 2013/8904, Çalışma ve Toplum, 2013/3; Y. 22. HD 20.01.2014, E. 2013/37043, K. 2014/341, Çalışma ve Toplum, 2014/3. Mülga 2821 sayılı Sendikalar Kanunu (07.05.1983, 18040) m. 31 hükmü için aynı yönde, Y. 7. HD 24.04.2013, E. 2013/13110, K. 2013/7487, Çalışma ve Toplum, 2013/3; Y. 9. HD 04.02.2013, E. 2012/28221, K. 2013/3963, Çalışma ve Toplum, 2013/2; Y. 9. HD 08.04.2008, E. 2007/27773, K. 2008/7819, Kazancı İçtihat Bankası; Y. 9. HD 15.03.2010, E. 2009/49281, K. 2010/6751, Kazancı İçtihat Bankası; Y. 9. HD 24.06.2013, E. 2012/39753, K. 2013/19289, Kazancı İçtihat Bankası; Y. 9. HD 05.07.2017, E. 2016/23697, K. 2017/12038, Kazancı İçtihat Bankası; Y. 9. HD 04.07.2017, E. 2016/19481, K. 2017/11614, Kazancı İçtihat Bankası. Bu yaklaşım ile Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m. 25 hükmündeki tazminat "ağırlaştırılmış iş güvencesi tazminatı" olarak nitelendirilmesine rağmen düzenlendiği yer de dikkate alındığında aslında sendikal tazminat olduğu kanaatindeyiz. Kanun hükmü, sendikal tazminat ile birlikte işe başlatmama tazminatına hükmedilemeyeceğini düzenlemektedir. Aynı yönde, Ertürk, Şükran ve İlke Gürsel: "İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C. I, İstanbul: Beta, 2011, 451.

2 Güzel, Ali: "İşe İade Davalarına İlişkin Sorunların Çözümü Açısından Yeni Bir Model Önerisi", İş Hukukunda Güncel Sorunlar 4, Seminer: 22 Şubat 2014, Ankara: Seçkin, 2014, 100. İşe başlatmama tazminatı, Yargıtay'ın yerleşmiş uygulamasına göre süre olarak belirlenmekteydi, Y. 9. HD 20.11.2003, E. 2003/19348, K. 2003/19644, Kazancı İçtihat Bankası; Y. 9. HD 19.01.2004, E. 2003/22196, K. 2004/261, Kazancı İçtihat Bankası.

3 İşe başlatmama tazminatının belirlenmesinde "işverenin işçiyi işe başlatmama sebepleri" ölçütünün dikkate alınmasının iş güvencesi sistemimizde mümkün olmadığı yönünde, Bayram, Fuat: "İş Güvencesi Tazminatının Miktarının Belirlenmesine İlişkin Ölçütler", Legal İHSGHD, 2008, C. 5, S. 20, 1381; Ünal, Canan: İş Hukukunda Yaş Ayırıcılığı (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, 2017, 334.

4 RG 25.10.2017, 30221.

5 İşe başlatmama tazminatının belirlenmesinde yargı ve doktrin tarafından kullanılması önerilen diğer ölçütler hakkında detaylı değerlendirmeler için bkz. Bayram, Ölçütler, 1380 vd.; Ünal, 323 vd.

6 Y. 9. HD 06.03.2014, E. 2013/10497, K. 2014/7356, Kazancı İçtihat Bankası; Y. 9. HD 24.06.2013, E. 2012/39753, K. 2013/19289, Kazancı İçtihat Bankası; Y. 9. HD 20.03.2006, E. 2006/3009, K. 2006/7002, Kazancı İçtihat Bankası; Y. 9. HD 16.04.2007, E. 2007/10043, K. 2007/10566, Kazancı

zanan işçiler bakımından iş sözleşmesinin feshinin geçersiz kabul edilmesinde işe başlatmama tazminatı, kıdem dikkate alınmaksızın belirleniyordu. Ancak, emekliliğe hak kazanmış olan otuz yıllık kıdemi olan işçi ile yedi aylık kıdemi olan işçinin iş sözleşmelerinin feshinde işe başlatmama tazminatının eşit hesaplanmasının yerindeliği kuşkulu olup eleştiriyeye açıldı. Bu uygulama özellikle 9. Hukuk Dairesi'nin kararları ile şekillenmesine rağmen 9. Hukuk Dairesi ve öncesinde de 7. Hukuk Dairesi tarafından görüş değişikliğine gidilmiştir⁷. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi ise, diğer dairelerin aksine, bu uygulamayı devam ettirmiştir⁸. Öte yandan 9. ve 22. Hukuk Dairesi içtihatları da kendi içinde yıllar içinde çeşitlenmiştir. Gelişen noktada ise, işe başlatmama tazminatının belirlenmesinde emeklilik ölçütünü ne 9. Hukuk Dairesi tamamen reddedildiği, ne de 22. Hukuk Dairesi tarafından her geçerli fesih sebebi bakımından uygulandığı gözlenmektedir. Başka bir ifadeyle, konu hakkında içtihatlar yıllar içinde dalgalanmakla birlikte 9. ve 22. Hukuk Daireleri için ortak bir sonuca yaklaşılmıştır. Bunun yanında işe başlatmama tazminatının belirlenmesinde emeklilik ölçütünü reddeden 7. Hukuk Dairesinin kapatılması⁹ da sonucunda Yüksek mahkeme tarafından emeklilik ölçütüne sınırlı bir uygulama alanı bırakıldığı söylenebilir.

Oysa, işe başlatmama tazminatının belirlenmesinde emeklilik ölçütünün uygulanabilmesi, yaş ayırimcılığı oluşturmamasına bağlıdır ve konunun gerçek zemini olan "yaş ayırimcılığı ya-

sağı" çerçevesinde incelenmesi gerekmektedir. Zira, hâkim ve özel hakem tarafından işe başlatmama tazminatının emekliliğe hak kazananlar için alt sınırdan belirlenmesi, yaş temelinde doğrudan ayırimcılık oluşturabilecektir. Gerçekten, bu yöndeki mahkeme ve özel hakem kararları, emekliliğe hak kazanan bir kişiye, daha genç olanlara kıyasla daha az tercih edilebilir şekilde işlem yapılması anlamına gelmektedir. Bununla birlikte, söz konusu işlemin otomatikman hukuka aykırı olduğu sonucuna da ulaşılmamalıdır. Zira kanunkoyucu yaş temelinde farklı işlemin ayırimcılık oluşturmayacağı hâlleri düzenlemiştir. Dolayısıyla öncesinde yaş temelinde farklı işlemlerin haklı kılınmasına ilişkin bu düzenlemeler değerlendirilmelidir. Mevzuatımızda 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun¹⁰ "Ayrımcılık iddiasının ileri sürülemediği hâller" başlıklı m. 7 hükmü bu kapsamda uygulama bulacak olup değerlendirmelerimiz bu kanun hükmü kapsamında olacaktır. Ayrıca konunun açıklık kazanması için öncesinde Yargıtay içtihatlarının seyri detaylı olarak açıklanacak, ardından da yaş temelinde farklı işlemin haklı kılınmasına ilişkin Avrupa Birliği hukukundaki 2000/78/EC sayılı İş ve Meslekte Eşit İşlem Direktifi¹¹ hükmü incelenecektir. Birlik üyesi çeşitli ülke kanunlarındaki iş güvencesi amacı taşıyan tazminat düzenlemelerinde emekliliğe hak kazananlar aleyhine benimsenen esasların da bu Direktif çerçevesinde yaş ayırimcılık oluşturup oluşturmadığı ortaya konacaktır.

I. Yargıtay İçtihatlarının Gelişimi

Yargıtay'ın 9. Hukuk Dairesi tarafından 2006 yılında verilen bir karara konu olayda, norm kadro uygulaması olan bir işyerinde norm kadro kapsamında kalan işçinin 30 yılını doldurma ve

İçtihat Bankası; Y. 9. HD 15.03.2010, E. 2009/49281, K. 2010/6751, Kazancı İçtihat Bankası; Y. 9. HD 20.03.2006, E. 2006/1991, K. 2006/6982, Kazancı İçtihat Bankası; Y. 9. HD 06.04.2010, E. 2010/24400, K. 2010/23089; Y. 22. HD 28.1.2013, E. 2013/580, K. 2013/1148, Kazancı İçtihat Bankası; Y. 22. HD 09.03.2014, E. 2013/7557, K. 7539, Çalışma ve Toplum, 2015/2; Y. 22. HD 03.02.2014, E. 2014/362, K. 2014/1336, Çalışma ve Toplum, 2014/4; Y. 7. HD 24.04.2013, E. 2013/9792, K. 2013/7452, Çalışma ve Toplum, 2013/3; Y. 7. HD 24.04.2013, E. 2013/13110, K. 2013/7487, Çalışma ve Toplum, 2013/3.

7 Y. 7. HD 10.07.2013, E. 2013/19137, K. 2013/13064, Kazancı İçtihat Bankası; Y. 9. HD 23.06.2015, E. 2015/15213, K. 2015/22816.

8 Y. 22. HD 25.01.2016, E. 2015/35612, K. 2016/1799.

9 Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulunun 22.12.2016 Tarihli ve 398 Sayılı Kararı, RG 30.12.2016, 29934.

10 RG 20.04.2016, 29690.

11 2000/78/EC sayılı İş ve Meslekte Eşit İşlem için Genel Çerçeve Direktifi için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0078:en:HTML> (Erişim tarihi: 25.11.2017).

emekliliğe hak kazanmasına rağmen bu gerekçe ile feshinin geçersiz olduğuna karar verilmesinin yerinde olmasına rağmen işe başlatmama tazminatının dört aylık ücreti yerine altı aylık ücreti tutarında olarak belirlenmesi bozma gerekçesi olmuştur¹². Özel Daire aynı yıl verdiği benzer bir olaya ilişkin kararda ise, işletme gereklerine dayalı olarak 30 yılını dolduran ve emekliliğe hak kazanların iş sözleşmesinin feshedilmesinde davacının norm kadro fazlası olmaması sebebiyle mahkemenin feshin geçersiz olduğu yönündeki kararını uygun bulmuştur. Ancak 30 yılını dolduran ve emekliliğe hak kazanların iş sözleşmesinin feshedilmesi nedenine göre işe başlatmama tazminatının alt sınır olan dört aylık ücret yerine, üst sınır olan sekiz aylık ücret olarak hesaplanmasının hatalı olduğu sonucuna ulaşmıştır¹³.

9. Hukuk Dairesi başka bir kararında, salt emekliliğe hak kazanmanın geçerli sebep olmadığını belirttiikten sonra işe başlatmama tazminatının sekiz aylık ücreti tutarında belirlenmesine yönelik ilk derece mahkemesi kararını "alt sınırdan uzaklaşıldığı takdirde bunun nedenleri açıklanmalı ve gerekçelenme"si gerekliliğine değinerek bozmuştur¹⁴. Özel Dairenin başka bir kararında fesih sebebi, emekliliğe hak kazanma ve tazminatların ödenmiş olması dikkate alındığında işe başlatmama tazminatının üst sınırdan takdir edilmesinin hatalı olduğu ifade edilmiştir¹⁵.

Özel Dairenin 2007 yılında verdiği bir kararda da, norm kadrosu uygulaması sebebiyle iş sözleşmesi feshedilen emekliliğe hak kazanan üretim ustasının personel fazlası olduğunun kanıt-

lanamadığından ve emekliliğin tek başına fesih sebebi olmadığı için feshin geçersizliği sonucuna ulaşılmıştır. Kararda, "işe başlatmama tazminatının yasal sınırlar içerisinde belirlenmesinde fesih sebebi de dikkate alınmaktadır" ifadesine yer verilerek emekliliğe hak kazanma sebebi tazminatın alt sınırdan hesaplanması için gerekçe olarak kullanılmıştır¹⁶.

Aynı Daire daha sonraki yıllarda verdiği bir kararda¹⁷ ise yerel mahkemenin işverenin kötü niyetli olduğu gerekçesiyle emekliliğe hak kazanan işçi için üst sınırdan işe başlatmama tazminatına hükmetmesini¹⁸ hukuka aykırı bulmuştur. Daire, "işverenin fesihte kötü niyetli davrandığı kanıtlanmadığı gibi davalı işveren aksine emekliliğe hak kazanan işçilerin iş sözleşmelerini fesih yoluna gitmiştir. Bu tazminatın fesih nedenine göre davacının dört aylık ücreti oranında belirlenmesinin dosya içeriğine uygun düşecektir." yönünde sonuca ulaşmıştır.

Özel Daire tarafından 2012 yılında verilen bir başka kararda da, işletme gereklerinden kaynaklanan fesihte emeklilik sebebinin gösterilmesi ve davacının emekliliğe hak kazanması hâlinde işe başlatmama tazminatının alt sınırdan belirlenmesi gerektiğini belirtmiştir¹⁹.

Ancak, 9. Hukuk Dairesi görüş değişikliği sonucunda 2015 yılında verdiği bir kararında, otuz yıldan fazla kıdemi olan işçinin iş sözleşmesinin geçersiz sebeple feshinde emekliliğe hak kazanmasına rağmen altı aylık ücreti tutarında işe başlatmama tazminatı belirlenmesini uygun bulmuştur²⁰. Yüksek mahkeme, söz konusu kararda kıdem süresi ve fesih sebebinin dikkate alındığını belirtirken fesih sebebinin işçinin emeklilik hak-

12 Y. 9. HD 20.03.2006, E. 2006/3009, K. 2006/7002, Kazancı İçtihat Bankası; benzer bir karar için bkz. Y. 9. HD 16.04.2007, E. 2007/10043, K. 2007/10566, Kazancı İçtihat Bankası; Y. 9. HD 24.06.2013, E. 2012/39753, K. 2013/19289, Kazancı İçtihat Bankası; 22. HD'nin benzer yöndeki kararı için bkz. 28.01.2013, E. 2013/580, K. 2013/1148, Kazancı İçtihat Bankası.

13 Y. 9. HD 20.03.2006, E. 2006/1991, K. 2006/6982, Kazancı İçtihat Bankası; aynı yönde bkz. Y. 9. HD 15.03.2010, E. 2009/49281, K. 2010/6751, Kazancı İçtihat Bankası.

14 Y. 9. HD 19.01.2004, E. 2003/22196, K. 2004/261, Kazancı İçtihat Bankası.

15 Y. 9. HD 10.11.2003, E. 2003/18935, K. 2003/18929, Kazancı İçtihat Bankası.

16 Y. 9. HD 16.04.2007, E. 2007/10043, K. 2007/10566, Kazancı İçtihat Bankası.

17 Y. 9. HD 06.04.2010, E. 2010/24400, K. 2010/23089.

18 Mardin Asliye Hukuk Mahkemesi 25.03.2010, E. 2009/682, K. 2010/154.

19 Y. 9. HD 04.10.2012, E. 2012/15130, K. 2012/33199, Şahlanan, Fevzi: "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", *Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2012*, Ankara: Kamu-İş, 2014, 109-110.

20 Y. 9. HD 23.06.2015, E. 2015/15213, K. 2015/22816.

kını elde etmesi olduğu ve emekliliği gelmesine rağmen birçok işçinin çalışmaya devam ettiği, emekliliğe ilişkin genel ve nesnel bir uygulamanın bulunmadığını belirtmiştir.

Ardından 2016 ve 2017 yıllarında verdiği kararlarda "işletme gerekleri ile fesihle emeklilik nedeninin gösterilmesi ve davacının emekliliğe hak kazanması hâlinde işe başlatmama tazminatı alt sınırdan belirlenmektedir." şeklindeki daha net ifadelerle yer vermiştir²¹. Görüldüğü üzere, Yüksek mahkeme, emekliliğe hak kazanma hâlinde işe başlatmama tazminatının dört aylık ücret tutarında hesaplanmasını işletme gerekleri nedeniyle fesih ile sınırlı olarak kabul etmektedir. Gerçekten, Aynı Daire tarafından işçinin iş sözleşmesinin performans düşüklüğü sebebiyle feshedildiği bir olayda da emekliliğe hak kazanıp kazanmadığına ilişkin ilave bir değerlendirme yapmaksızın işe başlatmama tazminatı hesaplanmıştır²².

Ayrıca, Özel Daire tarafından emekliliğe hak kazanan işçiler bakımından işe başlatmama tazminatının alt sınırdan belirlenmesi için her işletme gerekleri nedeniyle fesih de yeterli değildir. Özel Daire'nin "işletme gerekleri ile fesihle emeklilik nedeninin gösterilmesi" ifadesini kullanılmıştır. Aynı Daire tarafından feshin iş sözleşmesinin işletmesel sebeple feshedildiği ancak böyle bir durumun olmadığı bir olayda feshin geçersizliğine karar verilirken emeklilik ölçüt olarak dikkate alınmamıştır²³.

7. Hukuk Dairesi ise emekliliğe hak kazanan bakımından işe başlatmama tazminatının alt sınırdan hesaplanmasına yönelik içtihatlarından²⁴ 2013 yılın-

da verdiği karar ile dönerken konu hakkındaki görüşünü net ifadelerle ortaya koymuştur: "Dairemizce emeklilik gerekçeleriyle yapılan fesihlerde ya da emekli olup çalışan işçilerin iş sözleşmelerinin feshinde belirlenecek işe başlatmama tazminatının, diğer işçilerin yapılan fesihlerinden farklı olarak yorumlanıp sadece 4 aylık işe başlatmama tazminatına hükmedilmesinin hakkaniyetli sonuçlar ortaya koymadığı düşünülerek, davacının emekliliğiyle ilgili sigorta primlerinin işçi hissesine isabet eden bölümünün ücretinden kesilmesi çalıştığı süre içerisinde davalı işverene sağladığı katkı gözönüne alındığında işçiler arasında bu şekilde bir ayırım yapılmasının başta eşitlik ilkesine aykırılık oluşturduğu doğru olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Dairemizce bundan sonra davacı işçinin kıdemi ve fesih nedeni dikkate alınarak tazminat miktarı belirleneceğinden emeklilik kriteri işe başlatmama tazminatının belirlenmesinde dikkate alınmayacaktır."²⁵. Görüldüğü üzere, 7. Hukuk Dairesi işe başlatmama tazminatının belirlenmesinde emekliliğin ölçüt oluşturmadığını açıkça ortaya koymaktadır. Bu yaklaşımında ise eşitlik ilkesine dayanmaktadır.

22. Hukuk Dairesi ise konu hakkında önceleri 7. ve 9. Hukuk Dairelerinden farklı bir çizgide ilerlemiş ve emekliliğe hak kazanan işçiler bakımından işe başlatmama tazminatının alt sınırdan hesaplanmasına ilişkin yerleşmiş uygulamayı daha uzun süre devam ettirmiştir. Gerçekten 2016 yılında verdiği bir kararda²⁶, emekliliğe hak kazanan işçiye işe başlatmama tazminatının dört aylık ücreti tutarında belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştir. Özel Daire, bu kararda iş sözleşmesinin performans düşüklüğü sebebiyle feshedildiği yönündeki iddianın işverence ispatlanmadığı için işe iade kararının dosya içeriğine uygun olduğuna karar verirken işe başlatmama tazminatının altı aylık ücreti tutarı belirlenmesini hatalı bulmuştur.

21 Y. 9. HD 18.10.2016, E. 2015/34910, K. 2016/18061, Kazancı İçtihat Bankası; Y. 9. HD 13.02.2017, E. 2016/3550, K. 2017/1572, Kazancı İçtihat Bankası; Y. 9. HD 27.02.2017, E. 2016/15675, K. 2017/2554, Kazancı İçtihat Bankası; Y. 9. HD 04.07.2017, E. 2016/19481, K. 2017/11614, Kazancı İçtihat Bankası; Y. 9. HD 05.07.2017, E. 2016/23697, K. 2017/12038, Kazancı İçtihat Bankası.

22 Y. 9. HD 05.07.2017, E. 2016/23697, K. 2017/12038, Kazancı İçtihat Bankası.

23 Y.9.HD 27.02.2017, E. 2016/15675, K. 2017/2554, Kazancı İçtihat Bankası; Y. 9. HD 04.07.2017, E. 2016/19481, K. 2017/11614, Kazancı İçtihat Bankası.

24 Y. 7. HD 24.04.2013, E. 2013/9792, K. 2013/7452, Çalışma ve Toplum, 2013/3; Y. 7. HD 24.04.2013, E. 2013/13110, K. 2013/7487, Çalışma ve Toplum, 2013/3.

25 Y. 7. HD 10.07.2013, E. 2013/19137, K. 2013/13064, Kazancı İçtihat Bankası; Aynı Daire 2016 yılında verdiği bir kararda da 28 yıl kıdemi olan işçinin iş sözleşmesinin işletmesel gereklilikler sebebiyle feshedildiği bir olayda "işçinin kıdemine ve fesih nedenine göre" dört aylık değil altı aylık ücreti tutarında işe başlatmama tazminatının belirlenmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır, Y. 7. HD 28.11.2016, E. 2016/23075, K. 2016/20136, Kazancı İçtihat Bankası; ayrıca Y. 7. HD 09.11.2016, E. 2016/28724, K. 2016/19023, Kazancı İçtihat Bankası.

26 Y. 22. HD 25.01.2016, E. 2015/35612, K. 2016/1799.

Daire, fesih sebebi ile çalışma süresi yanında işçinin emekliliği hak etmiş olmasından dolayı bu değerlendirmeyi yaptığını belirtmektedir.

22. Hukuk Dairesi, 2017 yılında verdiği bir kararda²⁷ ise emekliliğe hak kazanma işe başlatmama tazminatının belirlenmesinde dikkate alınırken "Somut uyuşmazlıkta, iş akdine işletme gerekleri ile son verilmiş olup sosyal seçim kriteri olarak davacının yasal emekliliğe hak kazanmış olması gösterilmiştir. ...Fesih sebebi ve davacının emekliliğe hak kazanmış olduğu dikkate alındığında, işe başlatmama tazminatının miktarının 6 ay olarak belirlenmesi hatalıdır. Bu tazminat miktarının davacının dört aylık ücreti tutarı olarak belirlenmesi dosya içeriğine ve Dairemiz'in yerleşik ilkelere uygun düşecektir." ifadelerini kullanmıştır. Ayrıca Özel Daire, Daire uygulamasını anlatırken şu ifadelerle de yer vermiştir: "*İşletme gerekleri ile fesih emeklilik sebebinin gösterilmesi ve davacının emekliliğe hak kazanması halinde işe başlatmama tazminatı alt sınırdan belirlenmektedir.*" Bu ifadenin kullanımı ile, 9. ve 22. Hukuk Daireleri için ortak bir yaklaşım sergilediği söylenebilir. 22. Hukuk Dairesi kararında işletme gerekleri ile fesih davacının yasal emekliliğe hak kazanmış olmasının sosyal seçim kriteri olarak gösterildiği belirtildikten sonra Sosyal Güvenlik Kurumu kayıtlarından da işçinin yaşlılık aylığı almaya hak kazandığının anlaşıldığı ifade edilmiştir. Özel Daire, "Fesih sebebi ve davacının emekliliğe hak kazanmış olduğu dikkate alındığında, işe başlatmama tazminatının miktarının 6 ay olarak belirlenmesi hatalı" olduğu sonucuna ulaşmıştır.

Görüldüğü üzere, işe başlatmama tazminatının hesabında dikkate alınan ölçütler olarak, Yargıtay'ın şablon ifadelerle karar metinlerinde "işçinin kıdemi, fesih sebebi gibi olgular"^{a28} yer

verilirken başlarda her üç daire de emekliliği de ölçüt olarak kabul etmekte idi. Ancak daha sonra 7. Hukuk Dairesi emekliliği bir ölçüt olarak dikkate almayacağını açıkça belirtmiştir. 9. Hukuk Dairesi ise son yıllarda belirli işletme gerekleri ile fesih hâlleri ile sınırlı olarak emeklilik ölçütünü uygulamaya başlamıştır. 22. Hukuk Dairesinin de 2017 yılı kararlarının benzer yöne evrildiği gözlenmektedir.

II. Karşılaştırmalı Hukukta Tazminat Hesabında Emekliliğin Dikkate Alınmasına İlişkin Düzenlemeler

Yargıtay uygulaması ile işe başlatmama tazminatının hesabında emeklilik ölçütünün dikkate alınmasının doğrudan ayırimcılık oluşturup oluşturmadığı incelenmeden önce, Avrupa Birlik hukuku ve Birlik üyesi ülkelerin kanuni düzenlemelerine bakılması faydalı olacaktır.

a. Avrupa Birliği Hukukunda Yaş Temelinde Farklı İşlemin Haklı Kılınması

Avrupa Birliği hukukunda yaş ayırimcılığı direktif düzeyinde İş ve Meslekte Eşit İşlem Direktifi ile yasaklanmaktadır. Ancak bu Direktif ile yaş temelinde farklı işlemin haklı kılındığı sebepleri de düzenlenerek ayırimcılık temelindeki bazı davranışlara hukuka uygunluk tanınmıştır. Bu bağlamda Direktif hükümleri ile mesleki gerek-

27 Y. 22. HD 03.04.2017, E. 2017/10199, K. 2017/7509, Kazancı İçtihat Bankası.

28 Y. 9. HD 08.04.2008, E. 2007/27773, K. 2008/7819, Kazancı İçtihat Bankası; Y. 9. HD 15.03.2010, E. 2009/49281, K. 2010/6751, Kazancı İçtihat Bankası; Y. 9. HD 24.06.2013, E. 2012/39753, K. 2013/19289, Kazancı İçtihat Bankası; Y. 9. HD 06.03.2014, E. 2013/10497, K. 2014/7356, Kazancı İçtihat Bankası; Y. 9. HD 13.02.2017, E. 2016/3550, K. 2017/1572, Kazancı İçtihat Bankası; Y. 9. HD 04.07.2017,

E. 2016/19481, K. 2017/11614, Kazancı İçtihat Bankası; Y. 9. HD 06.07.2017, E. 2016/17533, K. 2017/12197, Kazancı İçtihat Bankası; Y. 7. HD 19.02.2015, E. 2014/18572, K. 2015/1919, Çalışma ve Toplum, 2016/1; Y. 9. HD 23.06.2015, E. 2015/15213, K. 2015/22816; Y. 9. HD 22.02.2016, E. 2015/26205, K. 2015/3507, Çalışma ve Toplum, 2017/1; Y. 7. HD 24.04.2013, E. 2013/13110, K. 2013/7487, Çalışma ve Toplum, 2013/3; Y. 7. HD 15.05.2013, E. 2013/9200, K. 2013/8904, Çalışma ve Toplum, 2013/3; Y. 22. HD 24.01.2017, E. 2017/636, K. 2017/950, Kazancı İçtihat Bankası; Y. 22. HD 20.01.2014, E. 2013/37043, K. 2014/341, Çalışma ve Toplum, 2014/3.

liliğin varlığında (m. 4/l) ve pozitif ayrımcılık hâlinde (m. 7) yaş ve diğer ayrımcılık temellerinde farklı işlemin ayrımcılık oluşturmadığı düzenlenirken konumuz ile asıl yakından ilgili olan m. 6 hükmüdür²⁹. Bu madde ile yaş temelinde ayrımcılığa ilişkin olarak farklı işlemin haklı kılınması imkânı özel olarak düzenlenmiştir.

“Yaş temelinde davranış farklılıklarının haklı kılınması” başlıklı m. 6 hükmüne göre, üye devletler ulusal hukuklarında, objektif ve uygun olarak³⁰ özellikle istihdam politikaları, iş piyasası ve mesleki eğitimi kapsayan meşru bir amaca ulaşmak için yaşa dayalı olarak farklı uygulama yapılmasının ayrımcılık yaratmayacağına dair düzenleme yapabilirler. Ancak bunun için söz konusu amaca ulaşmak için kullanılan araçların uygun ve gerekli olması şarttır (f. l, 1. alt paragraf).

Aşağıda Danimarka hukukunda kıdem tazminatına ilişkin kanuni düzenleme ile Alman hukukunda iş güvencesi tazminatına ilişkin düzenlemeye ilişkin açıklamalarımızdan önce, Birlik hukukunda üye devletlere istihdam politikası ve sosyal politika alanlarında meşru bir amaca ulaşmakta uygun ve gerekli araçların seçimi bakımından geniş bir takdir yetkisi³¹ verildiğine dikkat çekilmelidir. Açıklanacak iki kanuni dü-

zenlemenin ortak noktası, tazminatlar ile yaşlılık aylığına hak kazanma arasında bir bağ kurulması iken bu yöndeki düzenlemelerin yaş ayrımcılığı yasağına aykırılığı, Direktif ile öngörülen takdir yetkisinin aşılması hâlinde söz konusu olacaktır.

b. Danimarka Hukukunda Emekliliğe Hak Kazanan İşçilerin Kıdem Tazminatından İstisna Edilmesine İlişkin Kanuni Düzenleme

Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 2015 yılında verdiği *Ingeniørforeningen i Danmark* kararı³², Danimarka hukukunda emeklilik aylığına hak kazanan işçileri kıdem tazminatından istisna eden kanuni düzenleme ile ilgilidir. Söz konusu düzenlemeye göre, aynı işletmede 12, 15 ve 18 yıl kıdemi olan işçiler sözleşmenin feshi üzerine emeklilik aylığına hak kazanmamak koşulu ile sırasıyla; bir, iki ve üç aylık ücretleri tutarında kıdem tazminatına hak kazanırlar (para. 45).

Divan, iş sözleşmesinin sona ermesinde emeklilik aylığı ile bağlantılı kıdem tazminatına ilişkin bu kanuni düzenlemenin yaş ayrımcılığı oluşturup oluşturmadığını incelerken öncelikle bu düzenlemenin korunan ayrımcılık temellerine dayalı olan farklı bir işlem olduğunu tespit etmiştir. Dolayısıyla 2000/78/EC sayılı İş ve Meslekte Eşit İşlem Direktifi kapsamında olduğunu belirttiği bu düzenlemeyi (para. 16) aynı Direktif'te yer alan yaş temelinde farklı işlemin haklı kılınmasını düzenleyen m. 6 hükmü çerçevesinde ele almıştır.

Divan'a göre kıdem tazminatından emeklilik aylığına hak kazanan işçileri istisna tutan kanuni düzenleme ile kanunkoyucunun amacı, bir işletmede uzun süren hizmeti sonucunda çalışma niyetinde olup yaşı yüzünden yeni bir iş bulması zorlaşan işçinin korunmasıdır (para. 30-31). Divan tarafından iş sözleşmesi feshedildiğinde emeklilik aylığına hak kazananları kıdem tazminatından istisna tutmanın bu amaca ulaşmak için uygun olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Aksine emekli olmak niyetindeki işçinin yeni iş arayışındaki işçiye destek amacını taşı-

29 Yaş temelinde farklı işlemin haklı kılınmasını düzenleyen söz konusu Direktif hükümlerine ilişkin açıklamalar için bkz. Waltermann, Raimund: “Verbot der Altersdiskriminierung-Richtlinie und Umsetzung”, NZA, 2005, Heft 22, 1266 vd.; Ünal, 158 vd.

30 İş ve Meslekte Eşit İşlem Direktifinin 6. maddesinin 1. fıkrasının Almanca çevirisinde farklı işlemin objektif ve uygun olması (*objektiv und angemessen*), İngilizce çevirisinde “objektif ve makul olarak haklı kılınmış olma” (*objectively and reasonably justified*) ifadelerine yer vermiştir. İfadeler arasında dillerden kaynaklanan farklılık söz konusudur. Divan da söz konusu maddeyi değerlendirdiği *Age Concern England* kararının Almanca çevirisinde bu ifade farklılığına işaret etmiştir. Bkz. ABAD, *Incorporated Trustees of the National Council for Ageing (Age Concern England) v. Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform* (C-388/07), 05.03.2009, para. 8. Belirtelim ki, diğer koşul olan makul amaca ulaşmak için aracın uygun olması koşulunda İngilizce ve Almanca çeviriler arasında anlamsal bir farklılık söz konusu değildir; İngilizce çevirisinde “appropriate”, Almanca çevirisinde “angemessen” ifadesine yer verilmiştir.

31 ABAD, *Ingeniørforeningen i Danmark v. Tekniq* (C-515/13), 26.02.2015, para. 19; Waltermann, Altersdiskriminierung, 1267.

32 ABAD, *Ingeniørforeningen i Danmark v. Tekniq* (C-515/13), 26.02.2015.

yan kıdem tazminatı talebini engelleyerek kötüye kullanımı sınırlandırdığı, dolayısıyla amacı sağlama uygun olduğu ifade edilmiştir (para. 27-28). Ayrıca bu düzenleme ile gerekli olanın ötesine de geçilmediği tespit edilmiştir. Zira bu düzenleme, genç işçilere uygulanması hedeflenmeyen sosyal koruma önlemlerinin genişletilmesine imkân vermemektedir (para. 30, 32, 34). Sonuç olarak bu düzenlemenin yaş ayırmacılığı oluşturmadığı ve İş ve Meslekte Eşit İşlem Direktifi'ne aykırı olmadığı tespit edilmiştir.

c. Alman Hukukunda Emekliliğe Hak Kazanan İşçiler İçin İş Güvencesi Tazminatının Alt Sınırdan Belirlenmesine İlişkin Kanuni Düzenleme

Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'nda, emekliliğe hak kazanan işçiler için iş güvencesi tazminatının alt sınırdan hükmedileceği öngörülmektedir (KSchG § 10). Kanaatimizce, bu düzenleme de Birlik hukuku ile üye devletlere istihdam politikası ve sosyal politika alanlarında meşru bir amaca ulaşmakta uygun ve gerekli araçların seçimi bakımından tanınan geniş takdir yetkisi³³ kapsamındadır. Dolayısıyla, bu düzenleme de yaş ayırmacılığı oluşturmayıp İş ve Meslekte Eşit İşlem Direktifi'ne aykırı değildir³⁴.

III. Yargıtay İçtihatlarının Yaş Ayırmacılığı Yasağı Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Emekliliğe hak kazananlar için işe başlatmama tazminatının alt sınırdan hesaplanmasına ilişkin Yargıtay uygulaması, doktrinde Alp tarafından eşitlik ilkesine aykırılık teşkil edebileceği gerekçesiyle eleştirilmiştir. Yazar, bu uygulamanın

haklı sebebi olmayan bir ayırmacılık oluşturduğunu savunurken³⁵ Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin 2013 yılında verdiği yukarıda izah edilen kararı ile işe başlatmama tazminatının belirlenmesinde emeklilik ölçütünü reddeden yaklaşımını "sevindirici", "önemli" ve "isabetli" bulmuştur³⁶.

Yargıtay 7. Hukuk Dairesi'nin kapanmasının ardından iş hukukuna ilişkin dosyalar bakımından görevli kalan 9. ve 22. Hukuk Dairelerinin güncel yaklaşımlarının ise -yukarıda açıklandığı üzere- işe başlatmama tazminatının belirlenmesinde sınırlı da olsa emeklilik ölçütünü dikkate almak yönündedir. Bunun sonucunda söz konusu uygulamanın eşitlik ilkesi bakımından tereddütleri gidermekte yetersiz kalacağı söylenmelidir.

Bununla birlikte konunun gerçek zemini olan yaş ayırmacılığı yasağı çerçevesinde değerlendirilmesi daha isabetli olacaktır. Zira, ayırmacılık yasakları, eşitlik ilkesinin somutlaştırılmış hâlidir. Mevzuatımızda kanun düzeyinde İş Kanunu m. 5 hükmü³⁷ ile

35 Alp, Mustafa: "İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 2013 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", *Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013*, İstanbul: MESS, 2015, 237. Yazar, uygulamanın "ilk giren son çıkar, son giren ilk çıkar" şeklindeki kıdemli işçilerin daha fazla korunmasına ilişkin ilkeye aykırı olduğu gibi İş Kanunu m. 18 hükmü gerekçesinde "işyerinden kaynaklanan sebeplerle yapılacak feshlerde emeklilik yaşına gelmiş olma" ifadesine dayanarak da geçerli bir sebep yokken emekliliğe sonuç bağlanmaması gerektiğini savunmuştur, aynı yer.

36 Alp, 2013 Yılı Karar Değerlendirmesi, 238.

37 İş Kanunu m. 5 hükmünün ilk fıkrasında "İş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz." cümlesine yer verilmiş olup "ve benzeri sebepler" kapsamında "yaş" da yer almaktadır. Bu yönde, Bakırcı, Kadriye: "Türk İş Hukuku'nda Çocuk ve Genç İşçilere Yönelik Ayırmacılık", *Prof. Dr. Cahit Talas Anısına Güncel Sosyal Politika Tartışmaları*, 2007, 118-119; Yıldız, Gaye Burcu: *İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu*, Ankara: Yetkin, 2008, 124; Aynı yazar: "Türk İş Hukukunda Özürlülük ve Sağlık Durumuna Dayalı Ayırmacılık Yasağı", *Sicil*, 2008, S. 10, 80; Aynı yazar: "İş Sözleşmesinin Feshinde Eşit İşlem Yapma Borcu ve Ayırmacılık Yasağı", *Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan*, C. 1, İstanbul: Beta, 2010, 851; Doğan Yenisey, Kübra: "Harmonisation of Turkish Law with EU's Regulations in Respect of Equal Treatment", *Managerial Law*, 2005, Vol. 27, 244-245; Gülmez, Mesut: "İnsan Haklarında Ayırmacılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler", *Çalışma ve Toplum*, 2010, C. 2, S. 25, 241; Çelik, Nuri; Nurşen Caniklioğlu ve Talat Canbolat: *İş Hukuku*

33 ABAD, *Ingeniørforeningen i Danmark v. Teknik* (C-515/13), 26.02.2015, para. 19.

34 Aynı yönde, Waltermann, Altersdiskriminierung, 1269.

6701 sayılı Kanun'da³⁸ yasaklanan yaş ayrımcılığı, yaş temelinde doğrudan ayrımcılığı da kapsamına almaktadır. Doğrudan ayrımcılık, 6701 sayılı Kanun ile "bir gerçek veya tüzel kişinin, hukukun tanınmış hak ve hürriyetlerden karşılaştırılabilir durumdakilere kıyasla eşit şekilde yararlanmasını bu Kanunda sayılan ayrımcılık temellerine dayanılarak engelleyen veya zorlaştıran her türlü farklı muamele" olarak tanımlanmıştır (m. 2/1, d). Genel itibarıyla, doğrudan ayrımcılığın unsurları (i) karşılaştırılabilir durumdakilere kıyasen (ii) daha az tercih edilebilir şekilde davranış ve (iii) bu davranışın korunan bir ayrımcılık temellerine dayanması olarak sayılabilir³⁹.

Dersleri, İstanbul: Beta, 2017, 380-381; Ertürk/Gürsel, Eşit Davranma İlkesi, 435; Manav, A. Eda: "2000/43, 2000/78, 2006/54 Sayılı AB Direktifleri Çerçevesinde İş Hukukunda Ayrımcılıkla Mücadele ve Türkiye'deki Uygulamalar", DEÜHFD (Prof. Dr. M. Polat Soyer'e Armağan), 2014, C. 15, Özel Sayı, 768; Yuvalı, Ertuğrul: *İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu*, Ankara: Turhan, 2012, 153; Zeytinoğlu, Emin: "İş Hukukunda Özürlülük, Sendika Üyeliği ve Yaş Açısından Ayrımcılık Yasağı", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2012, S. 22, 193; Kocabıyık, Selçuk: "Toplu İş Sözleşmelerinde Yer Alan Çalışma Yaşı Sınırına İlişkin Düzenleme Ayrımcılık Yasağına Aykırılık Teşkil Eder Mi?", *Sicil*, 2009, S. 13, 231; Ünal, Canan: "Yaş Ayrımcılığı Yasağı Kapsamında İş Sözleşmesinin Sona Ermesinde Yaş ve Emekliliğin Değerlendirilmesi", Kübra Doğan Yenisey ve Seda Ergüneş Emrağ (ed.), *İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar*, İstanbul: Beta, 2017, 316; Aynı yazar, 34. Süzek, ayrımcılık temeli olarak "yaşlılık"ın bu kapsamda olduğunu belirtmiştir, Süzek, Sarper: *İş Hukuku*, İstanbul: Beta, 2017, 482. Manav ise incelemesinde "benzeri sebepler" ifadesine "yaş"ın haricinde "yaşlılık"ın girdiğini de ifade etmiştir, Ayrımcılıkla Mücadele, 755.

38 6701 sayılı Kanun ile yaş ayrımcılığı ilk defa açık kanuni düzenlemeye kavuşmuştur. Söz konusu Kanunun "Ayrımcılıkla mücadelede eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı" başlıklı 3. maddesinde herkesin hukukun tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada eşit olduğu (f. I); bu Kanun kapsamında cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hâl, sağlık durumu, engellilik ve yaş temellerine dayalı ayrımcılığın yasak olduğu düzenlenmiştir. Kanun hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Ünal, Yaş ve Emeklilik, 326-327; Aynı yazar, 88 vd.

39 Bulgaristan, Danimarka, Almanya, Estonya, Fransa, Finlandiya, Yunanistan, İrlanda, İtalya, Letonya, Litvanya, Lüksemburg, Malta, Polonya, Portekiz, Slovakya, Slovenya, İsveç, Birleşik Krallık, Kıbrıs mevzuatında doğrudan ayrımcılığı tanımlarken bu unsurlara yer vermiştir, Europäische Kommission, *Entwicklung des Antidiskriminierungsrechts in Europa – Ein Vergleich in den 27 EU-Mitgliedstaaten*, Luxembourg: Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union, 2010, 28; Alman Genel Eşit İşlem Kanunu'ndaki doğrudan ayrımcılık tanımına ilişkin açıklamalar için bkz. Ergin, Hediye: "Almanya'da 'Genel Eşit Davranma Yasası'nın İş Hukukuna İlişkin Hükmeleri", *Legal IHSFGHD*, 2007, C. 4, S. 14, 645-646; doğrudan ayrımcılığın unsurları hakkında detaylı açıklama için bkz. Ünal, 92 vd.

İşe başlatmama tazminatının emekliliğe hak kazananlar için alt sınırdan belirlenmesi, yaş temelinde daha az tercih edilebilir bir davranıştır. Zira emekliliğe hak kazanan işçilere farklı davranış, yaşları sebebiyledir; bu işçiler daha genç işçilere nazaran daha düşük tazminat alabilmektedirler. Bu uygulamanın yaş temelinde doğrudan ayrımcılık oluşturmaması ve dolayısıyla hukuka uygun olması ise, ancak haklı kılınması hâlinde mümkündür. Mevzuatımızda yaş temelinde farklı işlemin haklı kılınmasına ilişkin esaslar ise, 6701 sayılı Kanun'un "Ayrımcılık iddiasının ileri sürülemeyeceği hâller" başlıklı m. 7 hükmünde yer almaktadır.

6701 sayılı Kanun'un 7. maddesinin yaş ayrımcılığı da dâhil korunan tüm ayrımcılık temellerine dayalı farklı işlemlerin haklı kılınmasına ilişkin uygulama bulan ve bu yüzden genel haklı kılma sebebi olarak ifade edilebilecek olan (a) bendi, işe başlatmama tazminatının belirlenmesinde emeklilik ölçütünün uygulanmasının haklı kılınmasında uygulanamayacaktır. Söz konusu bentte "İstihdam ve serbest meslek alanlarında, zorunlu mesleki gerekliliklerin varlığı hâlinde amaca uygun ve orantılı olan farklı muamele", bu Kanun kapsamında ayrımcılık iddiasının ileri sürülemeyeceği hâller ve istisnalar arasında sayılmıştır⁴⁰.

Madde hükmünde yer alan zorunlu mesleki gereklilik ile olmazsa olmaz mesleki bir gereklilik kastedilmemektedir. Aksi takdirde bendin uygulama alanı olmayacaktır; yaş yahut başka bir ayrımcılık temelinin bir mesleğin icrası için olmazsa olmaz olduğunu savunmak mümkün değildir. "zorunlu mesleki gereklilik" ifadesi, söz konusu

hungen der Europäischen Union, 2010, 28; Alman Genel Eşit İşlem Kanunu'ndaki doğrudan ayrımcılık tanımına ilişkin açıklamalar için bkz. Ergin, Hediye: "Almanya'da 'Genel Eşit Davranma Yasası'nın İş Hukukuna İlişkin Hükmeleri", *Legal IHSFGHD*, 2007, C. 4, S. 14, 645-646; doğrudan ayrımcılığın unsurları hakkında detaylı açıklama için bkz. Ünal, 92 vd.

40 6701 sayılı Kanun m 7/1, (a) bendine ilişkin açıklamalar için bkz. Ünal, Yaş ve Emeklilik, 320 vd.; Aynı yazar, 236 vd. Alman Genel Eşit İşlem Kanunu'nda mesleki gereklilik ile ayrımcılık temelinde farklı işlemin haklı kılınmasına ilişkin düzenleme hakkında bkz. Ergin, Genel Eşit Davranma Yasası, 651; Ünal, 181 vd.

bendin mehz düzenlemesi olan İş ve Meslekte Eşit İşlem Direktifi m. 4/1 hükmü ışığında yorumlanmalı; farklı işlemin haklı kılınması için önemli ve belirleyici bir mesleki gerekliliğin varlığı gerekli ve yeterli görülmelidir⁴¹. Bu unsurun gerçekleşerek farklı işlemin haklı kılınması için ise, nesnel bir değerlendirmeyle⁴² somut olayda işin *ayırıcılık temeli olmaksızın ancak daha kötü yapılabilmesi -daha doğru bir ifadeyle düzgün şekilde gerçekleştirilememesi-* tespit edilmelidir⁴³. Yaş ile ilgili özelliğin tali bir rol oynadığı durumlarda yani iş profili için merkezi öneme sahip bir bileşen oluşturmadığı ve karakteristik bir anlamının olmadığı hâllerde önemli ve belirleyici mesleki gereklilik unsuru yoktur⁴⁴. İnceleme konumuz bakımından işe başlatmama tazminatının belirlenmesinde yaş ile ilgili bir özelliğin iş profili için merkezi öneme sahip bir bileşen olduğu veya karakteristik bir anlamının olduğu savunulamaz. Dolayısıyla, emekliliğe hak kazanan işçiler için işe başlatmama tazminatının alt sınırdan belirlenmesi yönündeki Yargıtay uygulaması, 6701

sayılı Kanun m. 7/1, (a) bendi uyarınca haklı kılınmamaktadır. Belirtelim ki, yaş temelinde farklı işlemin bu bent kapsamında haklı kılınması zaten çok sınırlı hâllerde mümkün olabilmektedir⁴⁵.

Diğer taraftan emekliliğe hak kazananlar için işe başlatmama tazminatının alt sınırdan hesaplanmasına ilişkin Yargıtay uygulaması, 6701 sayılı Kanun m. 7/1, (c) bendi ile de haklı kılınmaz⁴⁶. Söz konusu bende göre, "İşe kabul ve istihdam sürecinde, *hizmetin zorunlulukları nedeniyle yaş sınırlarının belirlenmesi ve uygulanması*, gereklilik ve amaçla orantılı olması şartıyla yaşa dayalı farklı muamele" ayırıcılık oluşturmaz⁴⁷.

Kanun ve madde gerekçesinde açıkça ifade edildiği üzere, bu bent Avrupa Birliği müktesebatı esas alınarak hazırlanmıştır. Ancak lafzı, İş ve Meslekte Eşit İşlem Direktifi'ne nazaran son derece sınırlıdır. Bu ise Direktif m. 6 hükmünden daha dar bir uygulama alanına sahip olması sonucunu doğurmaktadır⁴⁸.

Yukarıda da belirtildiği üzere söz konusu Direktif hükmüne göre, üye devletler ulusal hukuklarında, nesnel ve uygun olarak *istihdam politikası ve sosyal politika alanlarında* meşru bir amaca ulaşmak için yaşa dayalı olarak farklı uygulama yapılmasının ayırıcılık yaratmayacağına dair düzenleme yapabilirler. Bunun için söz konusu amaca ulaşmak için kullanılan araçların uygun ve gerekli olması koşulu öngörülmüştür (f. 1, 1. alt paragraf).

Oysa hukukumuzda 6701 sayılı Kanun m. 7/1, (c) bendi ile *istihdam politikası ve sosyal politika alanlarında* meşru bir amaca yönelik yaş temelinde farklı işlemler değil sadece "*hizmetin zorunlulukları nedeniyle yaş sınırlarının belirlenmesi ve*

41 Ünal, Yaş ve Emeklilik, 321; Aynı yazar, 237.

42 Novara, Fabian: "Bewerbersauswahl nach Kundenwünschen?", NZA, 2015, 143.

43 Thüsing, Gregor: *Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz*, München: C. H. Beck, 2013, Rn. 321; Aynı yazar: "Zulässige Ungleichbehandlung weiblicher und männlicher Arbeitnehmer-Zur Unverzichtbarkeit i.S. des § 611a Abs. 1 Satz 2 BGB", RdA, 2001, 320; Schleusener, Aino, Jens Suckow und Burkhard Voigt (Hrsg.): *AGG: Kommentar zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz*, Köln: Luchterhand-Verlag, 2013, § 8, Rn. 12; Däubler, Wolfgang und Martin Bertzbach (Hrsg.): *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz: Handkommentar*, Baden-Baden: Nomos, 2013, § 8, Rn. 3; Waltermann, Altersdiskriminierung, 1267; BAG 18.03.2010 NZA 2010-8 AZR 77/09, NZA 2010, 875.

44 Schleusener, Schleusener/Suckow/Voigt içinde, § 8, Rn. 14; Säcker, Franz Jürgen und Roland Rixecker (Hrsg.): *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Beck, 7. Auflage, 2015, AGG § 8, Rn. 9; BAG 28.05.2009-8 AZR 536/08, NZA 2009, 1019, para. 38; ArbG Köln 06.08.2008, 9 Ca 7687, para. 49; Falke, mesleki gerekliliğin önemli olmasını, ayırıcılık temelini iş profili için merkezi öneme sahip bir bileşen oluşturması ve karakteristik bir anlamının olması şeklinde ifade ederken belirleyici olmasını ise, ayırıcılık temelini istenen yan bir etkiden ibaret olmaması olarak tanımlamaktadır, Rust, Ursula und Josef Falke (Hrsg.): *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz mit weiterführenden Vorschriften; Kommentar*, Berlin: Schmidt, 2007, § 8, Rn. 11-12; Ünal, 237.

45 6701 sayılı Kanun m. 7/1, (a) bendinin mehz düzenlemesi olan İş ve Meslekte Eşit İşlem Direktifi m. 4/1 hükmü ile ilgili Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın aynı yöndeki değerlendirmesi için bkz. ABAD, *Reinhard Prigge and Others v. Deutsche Lufthansa AG* (C-447/09), 13.09.2011, para. 71.

46 Ünal, 333.

47 6701 sayılı Kanun m 7/1, (c) bendine ilişkin açıklamalar için bkz. Ünal, Yaş ve Emeklilik, 326 vd.; Aynı yazar, 237 vd.

48 Ünal, Yaş ve Emeklilik, 327; Aynı yazar, 242.

uygulanması" yaş ayırmacılık yasağının istisnası olarak düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemenin temel hak sınırlaması da olması, dar yorumlanmasını gerektirmektedir⁴⁹. Bu durumlar ise, bendin uygulamasının son derece sınırlı kalmasına sebep olmaktadır. Öte yandan emekliliğe hak kazananlar için işe başlatmama tazminatının alt sınırdan hesaplanmasının hizmetin zorunlulukları sebebiyle yaş sınırı oluşturmadığı da açıktır. Dolayısıyla bu yöndeki Yargıtay uygulamasının 6701 sayılı Kanun m. 7/1, (c) bendi kapsamında haklı kılınması mümkün değildir⁵⁰.

Belirtelim ki, kanunkoyucunun bu tercihi yerine Birlik hukukundaki gibi *istihdam politikası ve sosyal politika alanlarında* meşru amaç ile haklı kılınma imkânı öngörülse idi, farklı bir sonuca ulaşılabilirdi⁵¹. Zira iş güvencesi ve işverenin işçiyi işe başlatmaması hâlinde somut olayın koşullarına göre farklılaşan koruma ihtiyacının sağlanması yönelik amaç, kanaatimizce, istihdam politikası ve sosyal politika alanlarında meşru bir amaç oluşturacaktır⁵². Bu durumda, hâkim tarafından işe başlatmama tazminatının belirlenmesinde emekliliğin bir ölçüt olarak dikkate alınması, bu amaca ulaşmakta uygun ve gerekli kabul edilebilecekti. Dolayısıyla, bu uygulama ile yaş ayırmacılığı ihlal edilmemiş olacaktır⁵³.

Öte yandan değerlendirmelerimiz, emekliliğin işe başlatmama tazminatının belirlenmesinde dikkate alındığı tüm geçerli fesih sebepleri bakımından aynıdır. Yukarıda açıklandığı üzere Yargıtay 9. ve 22. Hukuk Dairelerinin güncel kararlarında "*İşletme gerekleri ile fesihte emeklilik sebebinin gösterilmesi ve davacının emekliliğe hak kazanması halinde*" işe başlatmama tazminatının alt sınırdan belirleneceği ifade edilmekte olmasına rağmen bu yönde bir farklılaşmanın hukuki dayanağı yoktur.

Özel Dairelerin "*işletme gerekleri ile fesihte emeklilik nedeninin gösterilmesi*" ifadesini kullanmaları ile, emekliliği gelenlerin iş sözleşmelerinin feshedileceğine dair önceden belirlenen kuralın genel ve nesnel uygulanması hâlinde salt bu nedenle iş sözleşmesinin feshinin geçerli sebebe dayandığı yönündeki içtihatları⁵⁴ akla gelmektedir. Ancak bu durum ile sınırlı olarak da emekliliği işe başlatmama tazminatının belirlenmesinde bir ölçütünü uygulamasını da isabetli bulmamaktayız. Zira, iş güvencesinde esas olanın bireysellik olması, emekliliğin genel ve nesnel uygulama ile dahi olsa geçerli fesih sebebi olarak kararlaştırılmasını engellemektedir⁵⁵. Bu sonuç İş Kanunu m. 18/III hükmünün ve iş güvencesinin emredici niteliğinin de gereğidir. Aksinin kabulü ise iş güvencesi hükümlerinin dolanılması anlamına gelmektedir⁵⁶. Dolayısıyla, önceden

49 Birlik hukukunda yaş ayırmacılığı yasağını sınırlayan düzenlemeler bakımından aynı yönde kararlar için bkz. ABAD, *Tanja Kreil v. Bundesrepublik Deutschland* (C-285/98), 11.01.2000, para. 20; ABAD, *Marguerite Johnston v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary* (C-222/84), 15.05.1986, para. 36; ABAD, *Angela Maria Sirdar v. The Army Board and Secretary of State for Defence* (C-273/97), 26.10.1999, para. 23; ABAD, *Reinhard Prigge and Others v. Deutsche Lufthansa AG* (C-447/09), 13.09.2011, para. 72.

50 Ünal, 333.

51 Ünal, 333.

52 Ünal, Yaş ve Emeklilik, 328; Aynı yazar, 243.

53 Zira, emekliliğe hak kazanan işçinin emekli aylığı ile kaybettiği gelirin bir ölçüde telafi edilecek olması, korunma ihtiyacının emekliliğe hak kazanmayan işçi kadar olmayacağı sonucunu doğurmaktadır. Bu gerekçe ile söz konusu uygulamanın amacı sağlamakta uygun olduğu kanaatine ulaşılabilecek olup gerekli olanın ötesinde de olmayacağı kanaatindeyiz. Ancak bu durumda da, hâkimin ve özel hakemin takdir yetkisinin emekliliğe hak kazanan her işçi için işe başlatmama tazminatını asgari sınırdan vermek zorunluluğu ile sınırlandırılmamış olduğunun kabulü gerekirdi. Gerçekten, fesih sebebi

ve benzer olgular ile emekliliğe hak kazanan işçinin iş sözleşmesinin geçersiz feshinde de işe başlatmama tazminatının asgari sınırdan fazla kararlaştırılması mümkün olmalıdır.

54 Y. 9. HD 19.01.2009, E. 2008/36631, K. 2009/100, Çil, Şahin: *İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları 9. Hukuk Dairesi 2008-2009 Yılları*, Ankara: Turhan, 2009, 218-219; Y. 9. HD 04.03.2008, E. 2007/26106, K. 2008/3438, Kazancı İçtihat Bankası; kararların ve genel itibarıyla emekliliğin iş sözleşmesinin sona ermesi bakımından değerlendirilmesi için bkz. Ünal, Yaş ve Emeklilik, 323 vd.

55 Ünal, Yaş ve Emeklilik, 360.

56 Süzek, 590; Alpagut, Gülsevil: "Yargıtay Kararları Işığında İş Güvencesi ve Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik", *Bankacılık Dergisi*, S. 65, 2008, 93; Alpagut, Gülsevil: "İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Sözleşmesel Kayıtlar ve Tarafların Anlaşmasıyla Sona Ermesi (İkale Sözleşmesi)", *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku*, 11. Toplantı, İstanbul Barosu ve Galatasaray Üniversitesi, İstanbul: İstanbul Barosu, 2008, 25; Baysal, Ulaş: *İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Geçerli Sebeple İş Sözleşmesinin Feshi*, Ankara:

belirlenen kural, emekliliğe hak kazanan işçilerin iş sözleşmelerinin feshini -kural genel ve nesnel uygulansa da- geçerli sebebe dayalı fesih yapmaz iken bunun da ötesine geçerek işe başlatmama tazminatının alt sınırdan hesaplanmasına imkân sağlayarak yaş temelinde farklı işlem yapılmasına izin veremez.

Sonuç

Mahkeme ve özel hakem tarafından emekliliğe hak kazananlar bakımından işe başlatmama tazminatının alt sınırdan hesaplanması, yaş temelinde farklı işlem oluşturmaktadır. Bu yönde işlemlerin ayırimcılık yasağına aykırılık oluşturmaması ise kanun ile benimsenen esaslar çerçevesinde haklı kılınmasına bağlıdır. 6701 sayılı Kanun m. 7/1, (c) bendinde *hizmetin zorunlulukları nedeniyle yaş sınırlarının belirlenmesi ve uygulanmasının yaş ayırimcılığı oluşturmadığı* düzenlenmiş olup bu bendin dar yorumlanması gerekmektedir. Dolayısıyla, söz konusu bent işe başlatmama tazminatının hesaplanmasında emekliliğin dikkate alınmasına imkân vermez.

Bu kapsamda Yargıtay 9. ve 22. Hukuk Dairelerinin son kararları ile ulaşılan ve "orta yol" olarak nitelendirilecek sonuç da isabetli değildir. Söz konusu kararlar ile "*İşletme gerekleri ile fesih-te emeklilik sebebinin gösterilmesi ve davacının emekliliğe hak kazanması halinde işe başlatmama tazminatı alt sınırdan belirlenmektedir.*" Oysa

Adalet, 2011, 159 vd.; Baysal, Ulaş: "Emekliliğin Fesih İçin Geçerli Sebep Oluşturması ve Personel Yönetmeliğinde Değişiklik", *Sicil*, 2012, S. 28, 151; Ünal, Yaş ve Emeklilik, 359. Alp de yaş sınırlarına ilişkin sözleşme kayıtlarının iş güvencesi hükümlerinin dolanılması sonucunu doğurabileceğine işaret ederken bunlara dayalı fesihlerin geçerli olmasını birçok koşulu barındırmasına bağlamıştır. Bu bağlamda yazar, kayıtların sözleşmenin feshi için öngörülen tarihten en az üç yıl önce kararlaştırılmış olması veya bu üç yıl içinde işçi tarafından onay verilmiş olması koşuluna bağlı olması gerektiğini savunmuştur, Alp, Mustafa: "Personel Yönetmeliği ile Yaş Sınırı Getirilmesi", *Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Yargıtay Kararları ve İncelemeleri Dergisi*, 2007, S. 4, 188-189. Emekliliğe ilişkin sözleşmesel kayıtların fesih kapsamında değerlendirilmesi, doktrin görüşleri ve Yargıtay kararlarına ilişkin detaylı inceleme için bkz. Ünal, Yaş ve Emeklilik, 313 vd.

Yargıtay'ın işe başlatmama tazminatının belirlenmesinde emeklilik ölçütünü uygulamasını tüm fesih sebepleri bakımından terk etmesi, yaş ayırimcılığı yasağının gereğidir. Zira, 6701 sayılı Kanun'un kapsamında yargının da yer alması (m. 5/1) yaş ayırimcılığı yasağı ile hâkimin takdir yetkisini de sınırlanmasını gerektirir.

KAYNAKÇA

- Alp, Mustafa: "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 2013 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", *Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013*, İstanbul: MESS, 2015 (2013 Yılı Karar Değerlendirmesi).
- Alp, Mustafa: "Personel Yönetmeliği ile Yaş Sınırı Getirilmesi", *Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Yargıtay Kararları ve İncelemeleri Dergisi*, 2007, S. 4 (Personel Yönetmeliği).
- Alpagut, Gülsevil: "İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Sözleşmesel Kayıtlar ve Tarafların Anlaşmasıyla Sona Ermesi (İkale Sözleşmesi)", *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, 11. Toplantı*, İstanbul Barosu ve Galatasaray Üniversitesi, İstanbul: İstanbul Barosu, 2008 (Sözleşmesel Kayıtlar).
- Alpagut, Gülsevil: "Yargıtay Kararları Işığında İş Güvencesi ve Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik", *Bankacılık Dergisi*, S. 65, 2008 (Yargıtay Kararları).
- Bakırcı, Kadriye: "Türk İş Hukuku'nda Çocuk ve Genç İşçilere Yönelik Ayırimcılık", *Prof. Dr. Cahit Talas Anısına Güncel Sosyal Politika Tartışmaları*, 2007 (Ayırimcılık).
- Bayram, Fuat: "İş Güvencesi Tazminatının Miktarının Belirlenmesine İlişkin Ölçütler", *Legal İHSGHD*, 2008, C. 5, S. 20 (Ölçütler).
- Baysal, Ulaş: "Emekliliğin Fesih İçin Geçerli Sebep Oluşturması ve Personel Yönetmeliğinde Değişiklik", *Sicil*, 2012, S. 28 (Emeklilik).

- Baysal, Ulaş: *İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Geçerli Sebep İle İş Sözleşmesinin Feshi*, Ankara: Adalet, 2011.
- Çelik, Nuri; Nurşen Caniklioğlu ve Talat Canbolat: *İş Hukuku Dersleri*, İstanbul: Beta, 2017.
- Çil, Şahin: *İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları 9. Hukuk Dairesi 2008-2009 Yılları*, Ankara: Turhan, 2009.
- Däubler, Wolfgang und Martin Bertzbach (Hrsg.): *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz: Handkommentar*, Baden-Baden: Nomos, 2013.
- Doğan Yenisey, Kübra: "Harmonisation of Turkish Law with EU's Regulations in Respect of Equal Treatment", *Managerial Law*, 2005, Vol. 27 (Harmonisation).
- Ergin, Hediye: "Almanya'da 'Genel Eşit Davranma Yasası'nın İş Hukukuna İlişkin Hükümleri", *Legal İHSGHD*, 2007, C. 4, S. 14 (Genel Eşit Davranma Yasası).
- Ertürk, Şükran ve İlke Gürsel: "İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi", *Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan*, C. I, İstanbul: Beta, 2011 (Eşit Davranma İlkesi).
- Europäische Kommission, *Entwicklung des Antidiskriminierungsrechts in Europa – Ein Vergleich in den 27 EU-Mitgliedstaaten*, Luxembourg: Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union, 2010.
- Gülmez, Mesut: "İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler", *Çalışma ve Toplum*, 2010, C. 2, S. 25 (Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi).
- Güzel, Ali: "İşe İade Davalarına İlişkin Sorunların Çözümü Açısından Yeni Bir Model Önerisi", *İş Hukukunda Güncel Sorunlar 4*, Seminer: 22 Şubat 2014, Ankara: Seçkin, 2014 (Yeni Bir Model).
- Kocabıyık, Selçuk: "Toplu İş Sözleşmelerinde Yer Alan Çalışma Yaşı Sınırına İlişkin Düzenleme Ayrımcılık Yasağına Aykırılık Teşkil Eder Mi?", *Sicil*, 2009, S. 13 (Çalışma Yaşı).
- Manav, A. Eda: "2000/43, 2000/78, 2006/54 Sayılı AB Direktifleri Çerçevesinde İş Hukukunda Ayrımcılıkla Mücadele ve Türkiye'deki Uygulamalar", *DEÜHFD (Prof. Dr. M. Polat Soyer'e Armağan)*, 2014, C. 15, Özel Sayı (Ayrımcılıkla Mücadele).
- Novara, Fabian: "Bewerberauswahl nach Kundenwünschen?", *NZA*, 2015 (Bewerberauswahl).
- Rust, Ursula und Josef Falke (Hrsg.): *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz mit weiterführenden Vorschriften; Kommentar*, Berlin: Schmidt, 2007.
- Säcker, Franz Jürgen und Roland Rixcker (Hrsg.): *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Beck, 7. Auflage, 2015 (MüKoBGB).
- Schleusener, Aino, Jens Suckow und Burkhard Voigt (Hrsg.): *AGG: Kommentar zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz*, Köln: Luchterhand-Verlag, 2013.
- Süzek, Sarper: *İş Hukuku*, İstanbul: Beta, 2017.
- Şahlanan, Fevzi: "İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", *Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2012*, Ankara: Kamu-İş, 2014 (2012 Yılı Karar Değerlendirmesi).
- Thüsing, Gregor: "Zulässige Ungleichbehandlung weiblicher und männlicher Arbeitnehmer-Zur Unverzichtbarkeit i.S. des § 611a Abs. 1 Satz 2 BGB", *RdA*, 2001 (Ungleichbehandlung).
- Thüsing, Gregor: *Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz*, München: C. H. Beck, 2013 (Diskriminierungsschutz).
- Ünal, Canan: "Yaş Ayrımcılığı Yasağı Kapsamında İş Sözleşmesinin Sona Ermesinde Yaş ve Emekliliğin Değerlendirilmesi", Kübra Doğan Yenisey ve Seda Ergüneş Emrağ (ed.), *İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar*, İstanbul: Beta, 2017 (Yaş ve Emeklilik).

- Ünal, Canan: *İş Hukukunda Yaş Ayrımcılığı* (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, 2017.
- Waltermann, Raimund: "Verbot der Altersdiskriminierung-Richtlinie und Umsetzung", *NZA*, 2005, Heft 22 (Altersdiskriminierung).
- Yıldız, Gaye Burcu: "İş Sözleşmesinin Feshinde Eşit İşlem Yapma Borcu ve Ayrımcılık Yasağı", *Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan*, C. 1, İstanbul: Beta, 2010 (Fesih).
- Yıldız, Gaye Burcu: "Türk İş Hukukunda Özürlülük ve Sağlık Durumuna Dayalı Ayrımcılık Yasağı", *Sicil*, 2008, S. 10 (Ayrımcılık Yasağı).
- Yıldız, Gaye Burcu: *İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu*, Ankara: Yetkin, 2008.
- Yuvalı, Ertuğrul: *İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu*, Ankara: Turhan, 2012.
- Zeytinoğlu, Emin: "İş Hukukunda Özürlülük, Sendika Üyeliği ve Yaş Açısından Ayrımcılık Yasağı", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2012, S. 22 (Ayrımcılık Yasağı).

Gökhan YILMAZ*

Makale Gönderim Tarihi: 26 Aralık 2017

Makale Kabul Tarihi: 28 Aralık 2017

Güncel Yargıtay Uygulaması Işığında İşkolu Kavramı ve İşkolu Tespiti

Öz

Toplu iş hukuku uyuşmazlıklarının temyiz incelemesini gerçekleştiren Yargıtay Daireleri'nin, bu alandaki iş yükünün önemli bir kısmını işkolu uyuşmazlıkları oluşturmaktadır. Ayrıca, işkolu uyuşmazlıkları, yetki tespit sürecinde de en çok karşılaşılan itiraz ve

dava sebeplerinin başında gelmektedir. Sendikaların da faaliyet sınırını belirleyen ve toplu iş hukukumuzun en önemli kavramlarından olan "işkolu", güncel Yargıtay uygulamalarına da değinilerek bütün aşamaları ile birlikte incelenmiştir.

Anahtar Sözcükler:

İşkolu, işkolunun belirlenmesi, işyeri, işletme.

The Branch of Activity Concept and Determination of The Branch of Activity Under Current Practice of Court of Cassation

Abstract

Jurisdictional disputes over branch of activity generate majority of the workload of Court of Cassation Chambers which carry out appeal review of collective labor law disputes. Moreover disputes over branch of activity is the leading source of objection and filing a law suit during authority

determination process. In this study, "branch of activity" which is one of the most important notion in our law and which marks off the scope of the Unions, has been analysed throughout all of it's phases, including the most recent Court of Cassation decisions on the issue.

Keywords:

Branch of activity, determination of branch of activity, workplace, enterprise.

*Yargıtay 22. Hukuk Dairesi Tetkik Hakimi - gkhanylmz@gmail.com

Giriş

Dar ve teknik anlamdaki tanımı doğrultusunda mensuplarının menfaatlerini korumak amacıyla kurulsada¹, günümüz sosyal ve iktisadi yaşamında en önemli sivil toplum kuruluşlarının başında sendikaların geldiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Nitekim *Demir*'e göre de, "sendikalar, üye sayılarının çokluğu ve büyük rakamlara ulaşan malvarlıklarıyla, toplu iş sözleşmesi, grev-lokavt hakları ile, toplum hayatının iktisadi, sosyal ve siyasal düzenini yakından etkileyen kuruluşlardır"².

Toplu iş hukukumuzda, sendikalar kuruldukları işkolunda faaliyet göstermektedirler. Bu itibarla, sadece meslek kuruluşu değil, sivil toplum kuruluşu olarak da toplumsal hayatın önemli bir aktörü olan sendikaların hukuki anlamda görev sınırını belirleyen işkolu kavramı ve işkolu tespiti, toplu iş hukukumuzun önemli meselelerinin başında gelmektedir. Diğer taraftan, işkolu tespitine itiraz davaları, toplu iş uyuşmazlıkları arasında da nicelik olarak ilk sıralarda yer almaktadır.

Çalışmamızda, işkolu kavramına bağlı olarak, işkolu tespit süreci, işkolu tespitine itiraz davaları ve yetki sürecindeki işkolu itirazları incelenecektir. Yeri geldikçe, konu ile ilgili güncel Yargıtay uygulamalarına da değinmeye çalışılacaktır.

I. İşkolu Kavramı

1. Genel Olarak

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun (STİSK) 2/1-ğ maddesinde tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar olarak tanımlanan sendikalar, üyelerinin, ortak ekonomik ve sosyal hak ve çıkarlarını korumak üzere faaliyet gösterirler.

Sendikal örgütlenmenin, temel olarak, meslek, işyeri ve işkolu kavramları esas alınarak gerçekleştirildiği söylenilebilir. Bu bağlamda, sendikal örgütlenmenin hangi düzeyde gerçekleştirilece-

ği belirlenirken, kuşkusuz uluslararası sözleşme hükümleri de dikkate alınmakla birlikte, her ülkenin sosyal ve ekonomik şartlarına ve sendikal hareketin gelişim aşamasına bağlı olduğu ifade edilebilir³.

6356 sayılı Kanun'un 3. maddesinin birinci fıkrasında, sendikaların, kuruldukları işkolunda faaliyette bulunacakları ifade edilmiştir. Buna göre, kanun koyucu toplu iş hukukumuzda sendikal örgütlenme açısından işkolu esasını benimsemiştir.

Mevzuatımızda herhangi bir tanımı yapılmamış olsa da, işkolu, nitelik bakımından benzer iktisadi faaliyetlerin sınıflandırılması ve bunun sonucunda ortaya çıkan temel iktisadi faaliyet türleri olarak tanımlanabilir⁴.

Sendikal örgütlenmenin işkolu kavramı esas alınarak gerçekleştirildiği modelde, öncelikle çalışma hayatında yürütülen bütün faaliyetler belirli sayıdaki gruplara ayrılarak, benzer nitelikteki faaliyet türünün yer aldığı her bir gruba "işkolu" adı verilmekte ve işçilerin bireysel olarak icra ettiği mesleğin önemi olmaksızın her bir işyerinde yürütülen asıl işin dikkate alınarak belirlendiği işkollarında sendikalar kurulmaktadır⁵.

Diğer bir anlatımla, işkolu esasına göre örgütlenmede, işyerindeki teknik amaç doğrultusunda yürütülen ağırlıklı işin niteliğinin dikkate alındığı ve sendikanın da, bu esasa göre belirlenen işkolunda çalışan bütün işçilerin örgütlenmesini amaçladığı ifade edilebilir⁶.

Sendikal örgütlenmede işkolu esasının benimsenmesinde muhtelif amaçlar olduğu söylenebilirse de, bu husustaki temel gayenin, güçlü sendikacılığı oluşturmak olduğu ifade edilmeli-

1 TUNÇOMAĞ, Kenan/CENTEL, Tankut (2015) İş Hukukunun Esasları, 7. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, s.263.

2 DEMİR, Fevzi (2013) "Sendikaların Kuruluşu ve İşleyişi" Çalışma ve Toplum, S:39, s.19.

3 NARMANLIOĞLU, Ünal (2013) İş Hukuku Toplu İş İlişkileri, 2. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, s.77; TUNCAY, A. Can/SAVAŞ KUTSAL, Burcu (2015) Toplu İş Hukuku, 4. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, s.41.

4 KUTAL, Metin (2006) "Türk Toplu İş Hukukunda İşkolu Kavramı" Sicil, S:3, s.119.

5 CANBOLAT, Talat (2013) Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Türleri, 1. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, s.69.

6 DOĞAN YENİSEY, Kübra (2013) "Sendikal Örgütlenmede İşkolu Esası ve İşkolunun Belirlenmesi" Çalışma ve Toplum, S:39, s.44.

dir⁷. Nitekim, işyeri esasına göre örgütlenebilen ve faaliyet gösteren sendikalar, temelde sadece tek bir işyeri ile sınırlı olarak faaliyet yürüttüklerinden, ülke genelinde faaliyet yürüten ve üye sayıları oldukça fazla olan işkolu sendikalarına göre, sosyo-ekonomik anlamda daha güçsüz ve işveren etkisine daha açıktır⁸.

Toplu iş hukukumuzda, sendikaların sadece işkolu esasına göre örgütlenebileceği öngörüldüğünden, meslek yahut işyeri düzeyinde sendika kurulamayacağı sonucuna ulaşılmaktadır. Uygulamada ve öğretide, belirtilen nitelikteki sınırlamanın, uluslararası sözleşmelere aykırı olması sebebiyle uygulanmaması gerektiği ileri sürülmektedir⁹. Ne var ki, bu konuya ilişkin gerek Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, gerekse Yargıtay 9. Hukuk Dairesince¹⁰, işkolu esasına göre örgütlenmenin uluslararası sözleşme hükümlerine uygun olduğu sonucuna varılmıştır. Konuya ilişkin Yargıtay 22. Hukuk Dairesi kararında¹¹ özetle şu görüşlere yer verilmiştir: “...Yukarıda ifade edilen uluslararası sözleşme hükümlerine ilaveten, Uluslararası Çalışma Örgütünün, Teşkilatlanma ve Kolektif Müzakere Hakkı Prensiplerinin Uygulanmasına ilişkin 98 sayılı sözleşmesine değinmekte de zaruret vardır. Söz konusu sözleşmenin üçüncü maddesine göre “Bundan önceki maddelerde tarif olunan “Teşkilatlanma hakkı”na riayet edilmesini sağlamak üzere icabettiği takdirde milli şartlara uygun teşkilat kurulacaktır.” Aynı sözleşmenin dördüncü maddesine göre ise “Çalışma şartlarını kollektif mukavelelerle tanzim etmek üzere işverenler veya işveren teşekkülleriyle işçi teşekkülleri arasında ihtiyari müzakere usulün-

den faydalanılmasını ve bu usûlün tam bir surette geliştirilmesini teşvik etmek ve gerçekleştirmek için lüzumu halinde milli şartlara uygun tedbirler alınacaktır.” 4688 sayılı Kanun’un dördüncü maddesinin gerekçesinde de, güçlü bir sendikacılık oluşturulması hedefine uygun olarak, sendikaların hizmet kolu esasına göre faaliyet göstermeleri ilkesinin benimsendiği ve meslek veya işyeri esasına göre sendika kurulamayacağına öngörüldüğü hususları belirtilmiştir. Sendikal hareketin ilk döneminde yaygın örgütlenme modeli meslek sendikacılığı iken, sanayileşme ile birlikte modern sendikacılık işkolu düzeyinde örgütlenmektedir...Sendikaların işkolu esasına göre örgütlenmelerine ilişkin hükmün, sendikaların güçlü bir şekilde yapılanmaları amacını taşıdığı şüphesizdir...Sendikaların güçlü bir şekilde örgütlenmesi ise tabiatıyla işçilerin haklarının daha iyi bir şekilde korunmasını sağlayacaktır. Diğer taraftan, üyelerinin ortak ekonomik ve sosyal hak ve çıkarlarını korumak amacıyla kurulan sendikaların, belirtilen amacı gerçekleştirebilecekleri en iyi aracın serbest toplu pazarlık hakkı çerçevesinde bağitlanacak bir toplu iş sözleşmesi olduğu gözetildiğinde de, yukarıda ifade edilen 98 sayılı ILO sözleşmesinin dördüncü maddesi gereği ihtiyari müzakere usûlünün geliştirilmesi için, sendikaların güçlü bir şekilde yapılanmaları gerektiğini belirtmek gerekir. Bu açıklamalar ışığında ifade etmek gerekir ki, sendikaların işkolu yahut hizmet kolu esasına örgütlenmesi ilkesi, uluslararası sözleşme hükümlerine aykırı düşmektedir...Nitekim yerleşik Yargıtay uygulaması da aynı yöndedir.”

2. İşkolları

Sendikaların kurulabileceği işkolları sayısı, 07.11.2012 tarihinde yürürlükten kaldırılan mülga 2821 sayılı Sendikalar Kanunu’nun 60. maddesinde 28 başlık halinde belirlenmiş idi. Aynı maddede, bir işkoluna giren işlerin neler olacağına tüzükle düzenleneceği öngörüldüğünden, uyuşmazlıklar 2821 sayılı Kanun ile birlikte o dönemde yürürlükte bulunan “İşkolları Tüzüğü”ne göre sonuçlandırılmaktaydı.

- 7 AKTAY, Nizamettin (2015) Toplu İş Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Gazi Kitabevi, s.17 ; SUR, Melda (2017) İş Hukuku Toplu İlişkiler, 6. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, s.83.
- 8 ŞAHLANAN, Fevzi (1995) Sendikalar Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, Yılmaz Ajans Matbaacılık, s.24.
- 9 BAYCIK, Gaye (2014) “6356 Sayılı Kanunun Uygulanması Bakımından Sendikal Örgütlenme Düzeyi ve İşkolunun Belirlenmesi” İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:5, S:2, s.218.
- 10 Yarg. 9. HD. , 21.02.2012, 2011/49782-2012/4945 E.K. (UYAP)
- 11 Yarg. 22. HD. , 02.11.2015, 2015/21519-2015/29700 E.K. (UYAP)

07.11.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'na ekli cetvelde ise işkolları sayısı 20 olarak öngörülmüştür.

6356 sayılı Kanun'un dördüncü maddesinin üçüncü fıkrasına göre ise "Bir işkoluna giren işler, işçi ve işveren konfederasyonlarının görüşü alınarak ve uluslararası normlar göz önünde bulundurularak Bakanlıkça çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenir."

Madde doğrultusunda çıkartılan ve 19.12.2012 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren İşkolları Yönetmeliği'nin ikinci maddesinin birinci fıkrasında, her bir işkoluna giren işlerin neler olduğunun, ekonomik faaliyetlerin sınıflandırılmasına ilişkin uluslararası norm ve standartlar göz önünde bulundurularak düzenlendiği belirtilmiş ve işkolları yönetmeliğe ekli listede sayılmıştır.

Hukumumuzda mevcut işkolları şu şekildedir: 1. Avcılık, balıkçılık, tarım ve ormancılık, 2. Gıda sanayi, 3. Madencilik ve taş ocakları, 4. Petrol, kimya, lastik, plastik ve ilaç, 5. Dokuma, hazır giyim ve deri, 6. Ağaç ve kâğıt, 7. İletişim, 8. Basın, yayın ve gazetecilik, 9. Banka, finans ve sigorta, 10. Ticaret, büro, eğitim ve güzel sanatlar, 11. Çimento, toprak ve cam, 12. Metal, 13. İnşaat, 14. Enerji, 15. Taşımacılık, 16. Gemi yapımı ve deniz taşımacılığı, ardiye ve antrepoculuk, 17. Sağlık ve sosyal hizmetler, 18. Konaklama ve eğlence işleri, 19. Savunma ve güvenlik, 20. Genel işler.

II. İşkolu Tespiti

1. Genel Olarak

6356 sayılı Kanun'un beşinci maddesinin birinci fıkrasında, işkolu tespit işleminin "işyeri" esas alınarak yapılacağı açık bir şekilde belirtilmiştir. STİSK'nın 4/3. maddesi doğrultusunda çıkartılan İşkolları Yönetmeliği'nin dördüncü maddesinde de, işkolu tespiti işleminin işyeri esas alınarak gerçekleştirileceği belirtilmiştir. Bu noktada ifade etmek gerekir ki, sendikal örgütlenmenin işkolu esasına göre gerçekleştirilmesinde, işyeri bir

bütün olarak dikkate alınıp, işyerinde yürütülen asıl işin niteliği doğrultusunda işkolu belirlendiği için, her bir işyerinin sadece bir işkolunda faaliyet gösteren bir ünite olduğu kabul edilmektedir¹².

6356 sayılı Kanun'un 5/1. ve Yönetmeliğin 4/1. maddelerine göre, bir işyerinin girdiği işkolu Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından belirlenir. STİSK'nın beşinci maddesinin birinci fıkrasına göre "Bir işyerinin girdiği işkolunun tespiti Bakanlıkça yapılır. Bakanlık, tespit ile ilgili kararını Resmî Gazete'de yayımlar. Bu tespite karşı ilgililer, kararın yayımından itibaren on beş gün içinde dava açabilir. Mahkeme iki ay içinde kararını verir. Karar hakkında istinaf yoluna başvurulması hâlinde bölge adliye mahkemesi iki ay içinde kararını verir. Bu karara karşı temyiz yoluna başvurulması hâlinde Yargıtay, uyuşmazlığı iki ay içinde kesin olarak karara bağlar."

Belirtilen düzenlemelere göre, işkolu tespiti Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından yapılacaktır. Ancak ifade etmek gerekir ki, her ne kadar Kanun ve Yönetmelik metnine göre, faaliyete geçen her bir işyeri için Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından işkolu tespit işlemi yapılacağı gibi bir anlam ortaya çıkmakta ise de, işkolu tespit işlemi, sadece bu husustaki mevcut bir uyuşmazlık durumunda, ilgililerin talebi üzerine gerçekleştirilmektedir¹³. Nitekim bu husus Yönetmeliğin 4. maddesinde "Bir işyerinin hangi işkoluna girdiği konusunda anlaşmazlık çıkması halinde, ilgililerin başvurusu üzerine, işkolu, o işyerinde yürütülen işin niteliğine göre Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca belirlenir" şeklinde ifade edilmiştir.

Bu noktada, tescil, işkolu tespiti ve işkolu tespitine itiraz olmak üzere üç aşamalı bir sürecin mevcut olduğu söylenilebilir.

12 EKONOMİ, Münir (1991) "İşkolu Esasına Göre Sendikalaşma ve İşyerinin Girdiği İşkolunun Belirlenmesi" İş Hukuku Dergisi, C.1, S:1, s. 34.

13 BAŞTERZİ, Süleyman (2016) Toplu İş Sözleşmesi Ehliyeti, 1. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, s.69 ; GÜNAY, Cevdet İlhan (1991) Batı ve Türk Hukukunda Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisi, 1. Baskı, Ankara, İlk-San Matbaası, s.92.

2. Tescil

İşkolu tespitine dair ilk aşama, işyerinin tescili anında Bakanlık tarafından yapılan belirlemedir. Buna göre, işyeri tescil işlemi sırasında, beyana dayalı olarak, yapılan işin mahiyetine göre Bakanlık tarafından işyerinin girdiği işkolu belirlenmektedir.

Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinin "İşyeri bildirgesi" başlıklı 27. maddesinin birinci fıkrasına göre "İşyerinde, Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi veya (c) bendi kapsamında sigortalı çalıştıran, sigortalı çalıştırılan bir işyerini devir alan ya da bu nitelikte işyeri kendisine intikal eden işveren, Kanunun 11 inci maddesinde belirtilen sürelerde vermekle yükümlü olduğu ... işyeri bildirgesini Kuruma e-sigorta ile göndermek zorundadır." Yönetmeliğin "İşyeri sicil numarası" başlıklı 28. maddesinin birinci fıkrasına göre de "Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi gereğince sigortalı çalıştırılan işyerine; Kurumca 'Mahiyet kodu', 'İşkolu kodu', 'Ünite kodu', 'Sıra numarası', 'il kodu', 'ilçe kodu' ve 'Kontrol numarası'nı ihtiva eden bir işyeri sicil numarası verilir ve bu numara işverene tebliğ edilir."

İşkolu kodu ise Yönetmeliğin 28/1-b maddesinde "yapılan işin Ek-12'de yer alan İşkolu Kodu Listesine göre hangi iş koluna girdiğini belirtmeye yönelik olup dört hane rakamdan ibarettir" şeklinde tanımlanmıştır.

Bu konudaki Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı muktesasına göre¹⁴ ise, "İşyerinin hangi işkoluna girdiğinin belirlenmesi işyeri tescil edilirken yapılan işin mahiyetine göre belirlenecek olup; taraflardan itiraz gelmesi halinde Bakanlığımız tarafından işyerinde inceleme yapılarak tespit edilecektir." İşyeri tescil edilirken, kurum tarafından işkolu kodunu da kapsayan bir işyeri sicil numarası verildikten sonra, işkolu kodunu da içeren işyeri sicil numarası işverene tebliğ edilecektir.

Bu bağlamda, esasen ilk aşama olan tescil aşamasının son derece önem arz ettiğini ifade etmek gerekir. Zira ilgililerin talebi üzerine Bakanlık tarafından yapılacak tespit ve tespite itiraz yollarına başvurulmadığı takdirde, işyerinin girdiği işkolu, tescil aşamasında Bakanlık tarafından işyeri sicil numarası ile verilen işkolu koduna göre tayin edilecektir¹⁵.

Tescil aşamasına ilişkin son olarak şu hususa değinmekte fayda var ki, işkolu kodunun belirlenmesi ile işyerinin girdiği işkolu da tescil edilmiş olacağı için, yapılmış olan tescilin hatalı olduğunun yahut maddi hata bulunduğu anlaşılmaması durumunda, daha sonra Bakanlık tarafından resen işkolu kodu değişikliği yapılabilir ise de, değişiklik ancak bu tarihten sonra hüküm ifade edecektir. Nitekim bu husustaki bir Yargıtay kararına göre¹⁶ "...Dosya kapsamında yer alan işyeri tescil belgesine göre ise, işyerinin, 4941.01 nace kodu ile tescil edildiği, söz konusu işkolu kodunun "Karayolu ile şehir içi yük taşımacılığı" açıklaması ile taşımacılık işkolunda yer aldığı ve ayrıca Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca da "Taşımacılık" işkolunda yer aldığı belirlendiği, bu suretle davacı sendikanın e-devlet sistemi üzerinden işyerinde örgütlendiği anlaşılmıştır. Başvuru tarihi itibarıyla de, işyerinde çalışan işçi sayısının 658, sendika üye sayısının ise 406 olduğu görülmüştür. Ne var ki, tespit konusu işyeri başlangıçta "Taşımacılık" işkolunda tescil edilmiş ise de, yetki başvurusundan sonra Bakanlık tarafından "Genel İşler" işkolu olarak düzeltilmiş ve bu suretle taşımacılık işkolunda faaliyet gösteren davacı sendikanın başvurusu reddedilmiştir...Bütün bu açıklamalar ile ayrıntılı olarak belirtilen düzenlemeler karşısında ifade etmek gerekir ki, somut olayda işveren tarafından, yapılan işin niteliği ve hizmet alım sözleşmesine uygun şekilde verilen bildirme doğrultusunda Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından tespit konusu işyerinin "Taşımacılık" işkolunda tescil edildiği ve yetki başvuru

14 <http://www.csgeb.gov.tr/csgebPortal/ShowProperty/WLP%20Repository/csgeb/mevzuat/muktezalar/cgm/topluis>, s.176

15 DOĞAN YENİSEY, İşkolu, s.59.

16 Yarg. 22. HD. , 12.12.2016, 2016/32588-2016/26771 E.K. (UYAP)

tarihine kadar işkoluna ilişkin herhangi bir itiraz ve başvuru bulunmadığı da gözetildiğinde, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından tescilden sonra yapılan işkolu değişikliği nedeniyle ortaya çıkan uyumsuzluk bekletici mesele yapılamayacak ve yetki süreci başladığı için işkolu değişikliği bir sonraki dönem için geçerli olacaktır. Açıklanan maddi ve hukuki olgular karşısında, yetki tespiti için başvuru tarihi olan 24.04.2015 tarihi itibarıyla, davacı sendikanın, taşımacılık işkolunda yer alan tespit konusu işyerinde gerekli çoğunluğu sağladığı anlaşıldığından, mahkemece davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ve yanlılgı değerlendirme ile yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsizdir.”

Esasen, Yargıtay kararına konu olay, gerek işkolu tespit süreci gerekse yetki tespit süreci yönünden oldukça önem arz etmektedir. Zira, işveren beyanına istinaden işkolunun hatalı tescil edilmesi durumunda, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından resen yapılan değişikliğin, değişiklik tarihinden önceki dönemi de kapsayacağını kabul etmek, işyerinde bir dönem işçilerin sendika hakkının önemli ölçüde zedelenmesi sonucunu doğuracaktır.

Nitekim, işçiler e-devlet üzerinden sendika üyesi olduktan sonra, Bakanlık tarafından hatalı tescil edildiği gerekçesine istinaden işkolunun değiştirilmesi durumunda, değişiklik tarihine kadar vâki üyeliklerin geçersiz olduğunu kabul etmek gerekecektir. Diğer taraftan, mevcut e-devlet sisteminin işleyişine göre de, sendikaya üye olmak isteyen işçinin, başvuru aşamasında sistem tarafından işyerinin kurulu bulunduğu işkolunda yer alan sendikalara yönlendirildiği ve bir başka işkolunda yer alan sendikaya yapılan üyelik başvurusunun sistemde hatalı başvuru olarak değerlendirildiği gözetildiğinde de, işkolu değişikliğinin geçmişe etkili olacağını kabulü, fiilen işyerinde sendika hakkının mevcut olmadığı bir dönem ortaya çıkaracaktır. Bu itibarla, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi tarafından, değişikliğin ancak sonraki toplu iş sözleşmesi dönemi için geçerli olacağını kabul edildiği görülmektedir.

3. İşkolu Tespit İşlemi

İşkolu tespit işlemine dair ikinci aşama ise, ilgililerce yapılacak başvuru sonrasında Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından tespit yapılmasıdır. Bu hususta ilk olarak, tescil aşamasında Bakanlık tarafından yapılan işkolunun belirlenmesi işleminin işveren tarafından kabul edilmemesi üzerine başvuru yapılabileceği ifade edilebilir. İkinci olarak, sendikaların talepte bulunabileceğini belirtmek gerekir.

Bakanlık, ilgililerin başvurusu üzerine, o işyerinde yürütülen işin niteliğine göre işkolunu belirleyecek ve tespit ile ilgili kararını Resmi Gazetede yayımlayacaktır. Uygulamada, Bakanlık tarafından, işkolu tespit edilecek işyerinde inceleme yapmak üzere iş müfettişi görevlendirilmekte, müfettiş tarafından yerinde yapılan inceleme sonucunda, işyeri ile ilgili rapor tanzim edilmekte, daha sonra işin niteliğine göre tespit edilen işkoluna dair verilen karar Resmi Gazetede yayımlanmaktadır. İş müfettişlerinin düzenlemiş olduğu raporlar ise, işyeri bilgileri, mahallinde tespit edilen hususlar, hukuki durum ve bu bağlamdaki değerlendirmeleri ihtiva etmektedir.

Bu açıklamalar ışığında, işkolu tespiti görev ve yetkisinin sadece Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nda olduğunu da söylemek gerekir. Bu cümleden olarak, mahkemedeki işyerinin girdiği işkolunun tespiti talep edilemez, ancak yapılmış olan işkolu tespitinin iptali talep edilebilir. Nitekim bu husustaki bir Yargıtay kararına göre¹⁷ “Uyumsuzluk, işkolu tespitine itiraz davasının şartlarının oluşup oluşmadığı noktasındadır... İşkolunun belirlenmesi konusunu düzenleyen 6356 sayılı Kanun’un 5. maddesine göre, işkolu tespiti Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca yapılacaktır. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca yapılan tespit ile ilgili kararın Resmi Gazete’de yayımlanmasını müteakip, bu tespite karşı ilgililer, onbeş gün içinde dava açabilir. 6356 sayılı Kanun’un 4/3. maddesi doğrultusunda çıkartılan

17 Yarg. 22. HD. , 10.03.2014, 2014/6624-2014/5297 E.K. (UYAP)

İşkolları Yönetmeliğinin 4. maddesinin birinci fıkrasına göre de “Bir işyerinin hangi işkoluna girdiği konusunda anlaşmazlık çıkması halinde, ilgililerin başvurusu üzerine, işkolu, o işyerinde yürütülen işin niteliğine göre Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca belirlenir.” Belirtilen düzenlemelere göre, bir işyerinin girdiği işkolunun tespiti görev ve yetkisinin, münhasıran Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığında olduğu tartışmasızdır. Bakanlık bu yetkisini, kendisine intikal eden uyuşmazlık üzerine yapacağı tespit ve bu tespitin Resmi Gazete’de yayımlanması suretiyle kullanacaktır. İlgililer ise, usulünce alınmış bir işkolu tespit kararı ve bu kararın resmi gazetede yayımlanmasını müteakip, işkolu tespitine itiraz istemli dava açabileceklerdir. Usulüne uygun olarak alınan ve Resmi Gazete’de yayımlanan bir işkolu tespit kararı, bu davanın açılabilmesi için ön şarttır.”

Belirtmek gerekir ki, bir işyerinin girdiği işkolunun tespiti talebi her zaman yapılabilir. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı da, işyerinde yürütülen asıl işin niteliğine göre işkolu tespit işlemini gerçekleştirecektir¹⁸.

4. İşkolu Tespitine İtiraz Davası

İşkolu tespitine dair üçüncü aşama ise, Bakanlık tarafından yapılan tespitin Resmi Gazete’de yayımlanmasını müteakip, ilgililerce açılacak dava neticesinde görülecek yargılama aşamasıdır. STİSK’nın beşinci maddesinde, işkolu tespit kararına karşı ilgililerce on beş gün içinde dava açılabileceği düzenlemesi yer almıştır. Maddede belirtilen dava açma süresi hak düşürücü niteliktedir¹⁹.

Kanun metninde “ilgililer” deyimini tanımlanmamış ise de, yargı kararları ile söz konusu dava açısından aktif husumet ehliyetine sahip olanlar ortaya konulmuştur. Konuya temas eden bir Yargıtay kararına göre²⁰, “İşkolu tespitine itiraz

davalarının niteliği ve dava sonucunda verilecek kararın mahiyeti dikkate alındığında, “ilgililer” ifadesinden öncelikle anlaşılması gerekenin, işveren ile işkolu tespit kararı kapsamı dışında kalan, ancak tespit konusu işyerinin, kendi kurulu bulunduğu işkolunda yer aldığını iddia eden sendikalar olduğu kabul edilmelidir. Nitekim, bu dava sonucunda verilecek karar ile bir işyerinin, hangi sendikaların faaliyet alanı kapsamında yer alacağı tespit edilecektir.”

İşkolu tespitine itiraz davalarında, işyerinin bulunduğu yer iş mahkemesi kesin yetkilidir. Bu konudaki uygulama, Yargıtay’ın müstakir içtihatları ile birlikte artık yerleşmiştir²¹.

6356 sayılı Kanun’un, işkolu tespitine itiraz davasını düzenleyen beşinci maddesine göre “Mahkeme iki ay içinde kararını verir. Karar hakkında istinaf yoluna başvurulması hâlinde bölge adliye mahkemesi iki ay içinde kararını verir. Bu karara karşı temyiz yoluna başvurulması hâlinde Yargıtay, uyuşmazlığı iki ay içinde kesin olarak karara bağlar.” İşkolu tespitine itiraz davalarının, sendikal örgütlenme ve yetki süreci açısından önemi gözetildiğinde, maddede, söz konusu uyuşmazlığın bir an önce sonuçlanması için oldukça kısa düzenleyici süreler öngörülmüştür. *Günay*’a göre, bir uyarı ve temenni niteliği taşıyan bu tür sürelerle, iş sayısının çokluğu nedeniyle tam olarak uyuşmamaktadır²².

İşkolu tespitine itiraz davaları sonucunda, mahkemece verilen karara karşı öncelikle istinaf kanun yoluna başvurulacağı, bölge adliye mahkemesi kararının temyizi halinde ise Yargıtay tarafından uyuşmazlığın kesin olarak karara bağlanacağı kanunda ifade edilmiştir. Uygulamada ilk derece mahkemesi ve/veya bölge adliye mahkemesi kararının hatalı olması durumunda Yargıtay tarafından, hükmün veya hükümlerin bozularak

18 CANBOLAT, s.77.

19 TUNCAY/ SAVAŞ KUTSAL, s.45 ; NARMANLIOĞLU, s.86 ; ESENER, Turhan/ BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, Yeliz (2014) Sendika Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s.97.

20 Yarg. 22. HD. , 22.09.2014, 2014/24973-2014/24719 E.K.

(UYAP)

21 Bkz. Yarg. 22. HD. , 14.04.2014, 2014/9137-7932 E.K. (UYAP) ; Yarg. 9. HD. , 15.06.2015, 2015/16830-21571 E.K. (UYAP)

22 GÜNAY, Cevdet İlhan (2008) “İşyerinin Girdiği İşkolunun Tespiti” Sicil, S:10, s.133.

ortadan kaldırılmasına karar verildikten sonra, yeniden esastan hüküm kurulmaktadır. Ancak belirtilen düzenlemeye karşın, eksik araştırma yahut taraf teşkilinin sağlanması gerektiği gibi gerekçelerle bozma kararları verilerek dosya ilk derece mahkemesine yeniden gönderilebilmektedir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, STİSK'nın 5. maddesinde uyuşmazlığın Yargıtay tarafından kesin olarak karara bağlanacağı ifade edildiğinden, Yargıtay'ın bozma kararına karşı direnme kararı verilmesi olanaklı değildir²³.

İşkolu tespitine itiraz davalarına ilişkin bir başka husus, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı yanında, işverenin ve karardan etkilenecek sendikaların da davalı olarak yargılamada yer alması gerekliliğidir. Bu noktaya temas eden bir Yargıtay kararında²⁴ "Somut olayda, işveren tarafından, dava, sadece Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına yöneltilmiş, mahkemece de, tespit karardan etkilenecek sendikalara davanın yöneltilmesi sağlanmamıştır. Yukarıda ayrıntılı olarak izah edildiği üzere, işkolu tespitine itiraz davasının, bakanlık yanında, dava sonucunda verilecek karardan etkilenecek olan sendikalara da yöneltilmesi gerekmektedir. Bu itibarla, mahkemece, davacının, Bakanlık tarafından dava konusu işyerinin girdiği işkolu olarak tespit edilen "Konaklama ve Eğlence İşleri" işkolunda kurulu sendikalara davayı yöneltmesinin sağlanması ve bundan sonra işin esasının incelenmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir" hususları ifade edilmiştir.

Son olarak değinmek istediğimiz nokta, uygulamada karşılaşıldığı üzere aynı işkolu tespit kararının iptali için farklı taraflarca dava açılması meselesidir. Belirtilen durumda, çoğu zaman taraflar ve dava sebepleri de farklı olduğu için 6100 sayılı Kanun'un 114. maddesinde ifade edilen dava şartlarından derdestlik ve kesin hükmün uygulama-

ma alanı bulamaması sebebiyle²⁵, aynı işkolu tespit kararının iptali talepli birden fazla dava aynı anda görülmeye devam etmektedir. Yargıtay uygulamasında, davalardan birisinin kesinleşmesi durumunda, diğer dava yahut davaların konusuz kaldığı kabul edilmektedir. Konuya dair Yargıtay kararına göre²⁶ "...bir başka davacı tarafından aynı işkolu tespit kararının iptali ve işyerinin genel işler işkoluna girdiğinin tespiti talebi ile açılan dava kabul edilmekle ve temyiz konusu eldeki davanın karar tarihinden önce kesinleşmekle, somut uyuşmazlık yönünden davanın konusuz kaldığı kabul edilmelidir. Nitekim, inceleme konusu davada iptaline hükmedilecek bir işkolu tespit kararı da artık mevcut değildir. Bu itibarla, mahkemece karar verilmesine yer olmadığı yönünde hüküm tesisi gerekirken, yazılı şekilde verilen karar isabetsizdir."

5. Davanın Esasına İlişkin Yargıtay Uygulaması

a) İşyerindeki Ağırlıklı İşe Göre Tespit

Yukarıda da belirtildiği üzere, gerek STİSK'nın beşinci maddesi, gerekse İşkolları Yönetmeliği hükümleri gereğince işkolu tespit işlemi "işyeri" esas alınarak yapılacaktır. STİSK, işyeri kavramı konusunda ise 4857 sayılı İş Kanunu'na atıfta bulunmaktadır. 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesinde "İşveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddî olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime işyeri denir" şeklinde işyeri kavramı tanımlanmıştır. Yine aynı maddede "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 meslekî eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır. İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş or-

23 YHGK, 29.11.2017, 2016/2315-2017/1458 E.K. (UYAP)

24 Yarg. 22. HD., 29.06.2015, 2015/18637-2015/22278 E.K. (UYAP)

25 YILMAZ, Ejder (2013) Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s.791-792.

26 Yarg. 22. HD., 25.04.2017, 2017/32380-2017/9468 E.K. (UYAP)

ganizasyonu kapsamında bir bütündür” hususları ifade edilmekle, işyeri unsurları itibariyle de belirlenmiştir.

İşyeri kavramını tanımlayan bir Yargıtay kararına göre²⁷ “4857 sayılı İş Kanunu’nun 2. maddesinin gerekçesinde, işyeri, teknik bir amaca, diğer bir deyişle mal ve hizmet üretimine yönelik ve değişik unsurlardan meydana gelen bir birim olarak belirtilmiştir. İşyerinin sınırlarının saptanmasında “işyerine bağlı yerler” ile “eklentiler” ve “araçların” bir birim kapsamında oldukları belirtildikten sonra özellikle bir işyerinin mal ve hizmet üretimi için ayrı bir alanı da kullanması halinde bunların tek işyeri mi yoksa birbirinden bağımsız işyerleri mi sayılacağı konusunda “amaçta birlik”, aynı teknik amaca bağlı olarak üretimde bulunma, nitelik yönünden bağlılık ile “yönetimde birlik”, aynı yönetim altında örgütlenmiş olma şartlarının aranacağı düzenlenmiştir. Öte yandan, teknolojik ve ekonomik gelişmeler doğrultusunda, bir işyeri çerçevesinde mal ve hizmet üretimi, pazarlama ve müşterilere sunum hususlarının çok yönlü bir yapısal değişikliği gerektirmesi sebebiyle, bir işyerinin amacının gerçekleşmesinde işlerin görülmesi işyerinin kurulu bulunduğu “yerin” dışına taşmış, özellikle “iş organizasyonu” içerisinde, işyeri niteliğinde olmayan irtibat bürolarına veya yurt genelinde veya ilin içinde işlerin yürütüldüğü örgütlenmeye kadar genişletmek ihtiyacı duyulmuştur.”

Yönetmeliğin dördüncü maddesine göre bir işyerinin girdiği işkolu, işyerinde yürütülen işin niteliğine göre belirlenecektir. İşyeri kavramının yukarıda belirtilen unsurları da nazara alındığında, teknik amaç doğrultusunda yapılan işin niteliğine göre işkolunun belirlenmesi gerektiği ifade edilebilir. Bununla birlikte, aynı işyerinde farklı nitelikte mal veya hizmet üretimlerinin söz konusu olması durumunda, birden fazla teknik amaç mevcut olabilir. Bu ihtimalde, işyerinde yürütülen faaliyet kapsamındaki ağırlıklı işin niteliğine

göre işkolunun tespit edilmesi gerekmektedir²⁸. Bu cümleden olarak, ağırlıklı iş, işyerinde gerçekleştirilen mal veya hizmet üretimi için yapılan yatırımların oranı ve fazlalığı ile kurulan iş organizasyonundaki ağırlıklarına göre belirlenecektir²⁹.

Yargıtay uygulamasında da, uzman bilirkişiler aracılığı ile işyerinde yapılan ağırlıklı işin niteliğinin belirlenerek sonuca gidilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Bu noktaya temas eden Yargıtay kararlarında, somut olayın özelliğine göre araştırılması gereken hususlar belirtilmektedir. Bu hususta birkaç örnek vermek gerekirse, Yargıtay kararlarında “uzman bilirkişiler aracılığı ile işçilerin hangi işleri yaptığı somut olarak belirlenmeli, yapılan işlerin niteliği tam olarak tespit edilmeli ve bundan sonra alt işveren tarafından yapılan ağırlıklı işe göre işkolu tespiti yapılması” gerektiği³⁰, “işyerinde yapılan ağırlıklı iş belirlenirken de işçilerin hangi işleri yaptıkları, birden fazla iş yapılıyorsa işçilere göre istatistiksel verilerin nasıl olduğu, bir işçi birden fazla iş yapıyorsa ayrı ayrı zamanının ne kadarını söz konusu işlere ayırdığı, yaptığı işler bakımından eğitim almasının gerekip gerekmediği, gerekiyorsa bu eğitimin verilip verilmediği, hizmet alım sözleşmeleri kapsamında çalışan alt işveren işçilerinin üstlenilen işleri yapmak için yeterli olup olmadıkları, asıl işverenin kendi işçilerinin bu işlerde çalışıp çalışmadıkları gibi kriterler”in dikkate alınması gerektiği³¹, “işyerinde üretilen ya da montajı yapılan ürünlerin neler olduğu, bunların hangi malzemelerden yapıldığı, malzemelerin işyerinde üretilip üretilmediği, dışarıdan temin edilip edilmediği, ürünlerde kullanılan malzemelerin miktar ve ekonomik olarak ağırlıklı hangi malzemelerden oluştuğu, işyerinde ekonomik ve miktar itibariyle ağırlıklı olarak hangi ürünlerin üretildiği ya da montajının yapıldığı, işyerinde kaç işçinin çalıştığı ve hangi

27 Yarg. 22. HD. , 04.04.2016, 2016/7631-2016/9650 E.K. (UYAP)

28 TUNCAY/SAVAŞ KUTSAL, s.41 ; BAŞTERZİ, s.79-80 ; SUR, s.88.

29 DOĞAN YENİSEY, Kübra (2007) İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, 1. Baskı, İstanbul, Legal Yayınevi, s.317.

30 Yarg. 22. HD. , 23.11.2015, 2015/31096-2015/31026 E.K. (UYAP)

31 Yarg. 9. HD. , 06.10.2016, 2016/29105-2016/17461 E.K. (UYAP)

işleri yaptıkları, ağırlıklı olarak yaptıkları iş ya da işlerin neler olduğu'nun belirlenmesi gerektiği³² gibi hususlar vurgulanmıştır.

İşkolu tespit işleminin "işyeri" kavramı esas alınarak gerçekleştirilmesi gerektiği gözetildiğinde, işçilerin yerine getirdikleri münferit faaliyetlere göre işkolu tespit işlemi yapılamaz. Konuya ilişkin bir Yargıtay kararına göre³³ "...işkolu tespit işleminin "işyeri" kavramı esas alınarak yapılması gerektiği tartışmasızdır. Nitekim dava tarihinde yürürlükte bulunan 2821 sayılı Kanun'un 4. maddesine göre de "Bir işyerinin girdiği işkolunun tespiti Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca yapılır." Bu anlamda, işyerinde çalışan bir kısım işçiler nazara alınarak işkolu tespit işlemi yapılamaz ise de, dava konusu işkolu tespit kararı ile, 6111 sayılı Kanun gereğince bazı İl Emniyet Müdürlüklerine devredilen işçilerin işkolu tespit işlemi yapılmıştır. Bu itibarla, mahkemece, davanın kısmen kabulü ile işkolu tespit kararının iptaline ve fazlaya dair istemin reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir."

Bu kısımda son olarak şu hususa temas etmeden geçmeyelim, toplu iş hukukumuzda "işletme" kavramı esas alınarak işkolu tespit işlemi yapılması olanaksızdır. Nitekim, bir "işletme"nin varlığı, bağımsız işyerlerinin ayrı ayrı işkollarının tespiti ile mümkündür. Anılan hususlar bir Yargıtay kararında³⁴ şu şekilde vurgulanmıştır: "...mahkemece somut olayda işkolu tespitinin işletmeye ilişkin olduğu yönünde yapılan tespit isabetli değildir. Nitekim yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, işkolu tespitinde birim olarak "işyeri"nin esas alınması gerektiği tartışmasızdır. Ayrıca, 6356 sayılı Kanun'un 34. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan, bir gerçek ve tüzel kişiye veya bir kamu kurum ve kuruluşuna ait aynı işkolunda birden çok işyerinin bulunduğu işyerlerinde toplu iş sözleşmesinin ancak işletme düzeyinde yapılabileceği-

ne ilişkin hüküm de nazara alındığında, bir toplu iş sözleşmesi ünitesi olan "işletme"nin belirlenmesi de, işyerlerinin girdiği işkollarının ayrı ayrı tespiti ile mümkün olacaktır."

b) Asıl İş-Yardımcı İş Ayırımı

STİSK'nın 5/2. maddesinde "Bir işyerinde yürütülen asıl işe yardımcı işler de, asıl işin girdiği işkolundan sayılır" düzenlemesi yer almaktadır. Aynı düzenleme yönetmeliğin 3. maddesinde de tekrar edilmiştir.

"Alt İşverenlik Yönetmeliği"nin 3. maddesinde asıl iş "Mal veya hizmet üretiminin esasını oluşturan iş" olarak, yardımcı iş ise "İşyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin olmakla beraber doğrudan üretim organizasyonu içerisinde yer almayan, üretimin zorunlu bir unsuru olmayan ancak asıl iş devam ettikçe devam eden ve asıl işe bağımlı olan iş" olarak tanımlanmıştır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesine ilişkin değişiklik önergesinin gerekçesinde de yardımcı işler "doğrudan üretim organizasyonu içerisinde yer almayan yükleme, boşaltma, temizlik, yemek hizmetleri, odacılık ve çay hizmetleri, personel taşıma, güvenlik, teknik bakım gibi işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin işler olarak ifade edilmiştir³⁵. Belirtilen hususlara göre yardımcı iş, mal veya hizmet üretiminin esasını oluşturan asıl işin vazgeçilmez ve ayrılmaz bir unsuru olmamakla birlikte, asıl işin bir düzen içerisinde görülmesini sağlayan, sağlıklı bir şekilde yürütülmesine imkan tanıyan ve kolaylaştıran işler olarak tanımlanabilir³⁶.

Daha önce de ifade edildiği üzere, bir işyerinin girdiği işkolunun tespiti için işyerinde yürütülen "asıl iş" esas alınacak, bir başka ifadeyle, işkolu, teknik amaç doğrultusunda o işyerinde üretilen mal veya hizmete göre belirlenecektir³⁷. Bu ilke ışığında, söz konusu düzenleme ile işkolu tes-

32 Yarg. 22. HD. , 14.05.2014, 2014/10701-2014/12825 E.K. (UYAP)

33 Yarg. 22. HD. , 09.03.2015, 2015/5087-2015/9237 E.K. (UYAP)

34 Yarg. 22. HD. , 25.01.2016, 2015/35132-2016/1781 E.K. (UYAP)

35 KILIÇOĞLU, Mustafa/ŞENOCAK, Kemal (2013) İş Kanunu Şerhi, 3. Baskı, İstanbul, Legal Yayınevi, s.16.

36 ÇELİK, Nuri/CANIKLIOĞLU, Nurşen/CANBOLAT, Talat (2016) İş Hukuku Dersleri, 29. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, s.66.

37 EKONOMİ, s.37 ; GÜNAY, Yetki, s.91.

piti açısından bölünmez bir bütün kabul edilen işyerinde, yardımcı işlerde çalışan işçiler ile asıl işe dair faaliyetlerde çalışan işçilerin, sendikal örgütlenmede aynı düzene tabi olması öngörül- müştür³⁸.

Belirtelim ki, farklı ünitelerin her biri, birbiriy- le doğrudan bağlantılı olmayan mal veya hizmet üretimine yönelik olsa dahi, bu ünitelerin tama- mının aynı teknik amaç doğrultusunda faaliyet göstermesi durumunda, bu nitelikteki ünitelerin tamamı tek bir işyeri niteliğindedir. Bu anlamda olmak üzere, tek bir işyeri niteliğini haiz birden fazla ünite de, ancak tek bir işkolunda yer alabilir.

Başbuğ tarafından, yardımcı işin unsurları ola- rak; işin sadece ait olduğu birim yada birimlere hizmet etmesi, girdilerinin birimin maliyetlerine katılması, çıktılarının birimin nihai ürününün par- çası olmaması ve sabit sermaye oluşumu sağla- maması ve benzer bir ölçekte karşılaştırılabilir bir faaliyetin, benzer üretim birimlerinde yürütülme- si hususları ifade edilmiştir. Buna göre, bir faaliyet ancak söz konusu unsurların tamamını taşıması halinde yardımcı iş sayılacaktır³⁹.

Diğer taraftan, daha sonra ayrıntılı olarak de- ğineceğimiz üzere, toplu iş hukukumuzda bir işverene ait aynı işkolunda yer alan işyerlerini ifade eden ve bir toplu iş sözleşmesi ünitesi olan işletme kapsamında yer alan her bir işyeri, aynı işverene ait olsa da birbirinden bağımsız nitelikte bulunduğundan, burada yürütülen faaliyetlerin birbirine yardımcı iş niteliğinde olmasının işkolu tespiti açısından herhangi bir önemi bulunma- maktadır⁴⁰.

c) Alt İşveren İşyerleri

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinin 6. fıkrasındaki düzenlemeye göre "Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölü-

münde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik ne- denlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerin- de aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir". Yönetmeliğin 3. maddesin- deki tanım da benzer niteliktedir.

Anayasa Mahkemesinin 2016/2-198 E.K. sayılı kararında da belirtildiği gibi, çalışma hayatında teknolojik ve ekonomik gelişmelerin etkisiyle üretimin çeşitlenmesi sonucu belli bir alanda uz- manlaşmaya gidilmesinin gerekli hale gelmesi, ayrıca işverenlerin daha seri ve ucuz üretim ya- pabilme ve rekabet edebilme ihtiyacının baş gös- termesi, kural olan işçi-işveren ilişkisi haricinde asıl işveren-alt işveren ilişkisinin ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir.

Geçerli bir asıl işveren-alt işverenlik ilişkisinin bulunması durumunda, alt işverenin işyeri, asıl işverenin işyerinde yer almakla birlikte, ayrı işve- renler söz konusu olduğundan⁴¹, işkolu tespitinin her işverenin işyeri için ayrı ve bağımsız yapılması gerekir⁴². Nitekim asıl işveren-alt işveren ilişkisi- nin mevcut olduğu durumlarda, her ne kadar her iki işverenin işçileri fiziken aynı mekanda faaliyet gösteriyor ise de, hukuki anlamda her iki işyeri birbirinden farklıdır ve alt işveren işçileri bağım- sız alt işveren işyerinin çalışanlarıdır⁴³.

Yerleşik Yargıtay uygulaması da, alt işveren iş- yerlerine ait işkolu tespitlerinin, asıl işverenden bağımsız olarak yapılması gerektiği yönündedir. Bu cümleden olarak, alt işveren işçileri tarafından yapılan ağırlıklı işin niteliğine göre, alt işveren iş- yerinin girdiği işkolu tespit edilmelidir. Belirtmek gerekir ki, alt işveren tarafından yapılan işlerin, asıl işveren tarafından yapılan işlere yardımcı iş sayılarak işkolu tespiti yapılması durumunda da bozma kararı verilmektedir.

38 CENTEL, Tankut (2006) "Alt İşverenlere Ait İşkolu Tespitleri" TİSK Akademi, C:1, S:2, s.8; SUR, s.87.

39 BAŞBUĞ, Aydın (2012) Toplu İş İlişkileri ve Hukuk, Ankara, Şeker-İş Yayınları, s.90.

40 TUNCAI, A. Can/SAVAŞ KUTSAL, Burcu (2015) Toplu İş Hukuku, 4. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, s.46.

41 SÜZEK, Sarper (2012) İş Hukuku, 8. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, s.153.

42 ÖZKARACA, Ercüment (2016) "Toplu İş İlişkileri" Yargıta- yın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2014, Ankara, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği Yayını, s.200.

43 CENTEL, s.9.

Alt işverenlere ait işkolu tespiti esasları bir kararda⁴⁴ "İşkolu tespit davalarında her işverenin işyerinin bağımsız işyeri olarak kabul edilip o işyerinde yapılan işlerin niteliği itibarıyla işkolu tespiti gerekir. Alt işverenin işkolu tespiti asıl işverenin yaptığı işe göre belirlenmez. Alt işverenin işkolu tespiti asıl işverenden ayrı olarak yapılmalıdır. Alt işverene ait işyerinde yapılan işlerin, asıl işverene ait işyerinde yapılan işlere yardımcı iş olarak değerlendirilmesi de doğru olmaz." şeklinde ifade edilmiştir.

Son olarak şu noktaya da değinmek gerekir ki, Yargıtay uygulamasında, alt işveren işyerine dair işkolu tespitine itiraz davalarında hasım olarak asıl işverenin de gösterilmesi durumunda, asıl işveren yönünden pasif husumet yokluğu sebebiyle davanın reddi gerektiği kabul edilmektedir⁴⁵.

d) Zaman Bakımından Uygulama

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu 07.11.2012 tarihinde, İşkolları Yönetmeliği ise 19.12.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. STİSK geçici maddelerinde, özellikle yetki tespitine itiraz davalarına ilişkin olmak üzere bir takım geçiş hükümleri yer almış ise de, STİSK işkolu tespitine itiraz davaları ile ilgili olarak herhangi bir geçiş hükmü öngörmemiştir.

Bu durum, henüz kesin hükümle sonuçlanmamış işkolu tespitine itiraz davalarında uygulanması gereken düzenlemeler konusunda farklı yaklaşımlara sebebiyet vermiştir. Bu cümleden olarak, iş hukuku uyuşmazlıklarının temyiz incelemesini gerçekleştiren Yargıtay Daireleri arasında konuya ilişkin farklı nitelikte kararlar bulunduğu ifade etmek gerekir.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin konuya ışık tutan bir kararında⁴⁶ "...medeni yargılama hukukunda, dava açılmasının en önemli sonuçlarından birisi de, asıl olarak her davanın açıldığı tarihteki

fiili ve hukuki duruma göre karara bağlanması zorunluluğudur(KURU, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, İstanbul 2001, s. 1674 vd.). Medeni yargılama hukukunda, usul hükümleri yönünden derhal uygulama ilkesi geçerli ise de, maddi hukuk normları yönünden anılan ilke geçerli değildir. Bu anlamda olmak üzere, işkolu tespit tarihinden sonra yürürlüğe giren 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu ile İşkolları Yönetmeliği maddi hukuka ilişkin düzenlemeler olduğundan, yürürlük tarihlerinden önceki uyuşmazlıklara uygulanamayacağı tartışmasızdır. Bu açıklamalar ışığında belirtmek gerekir ki, işkolu tespitine itiraz davaları, kamu düzenini ilgilendirmesi sebebiyle delil toplama yönünden "kendiliğinden araştırma" ilkesinin uygulandığı davalardan ise de, belirtilen ve başkaca bazı istisnalar dışında medeni yargılama hukuku ilke ve kurallarının tatbik edildiği davalardır. Bu itibarla, hukuk devleti ilkesi ile "belirlilik – hukuki öngörülebilirlik" ilkeleri karşısında, işkolu tespitine itiraz davalarının, işkolu tespit tarihindeki fiili ve hukuki duruma göre karara bağlanması da bir zarurettir" tespitlerine yer verilmiştir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi uygulaması da, STİSK ve İşkolları Yönetmeliğinin yürürlüğe girmesinden sonra aynı istikamette seyretmiştir. Nitekim 2015 yılında vermiş olduğu bir kararında⁴⁷ Dairemizin yerleşik kararları gereğince dava tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan İş Kolları Tüzüğü uyarınca değerlendirme yapılması gerekirken yargılama sırasında yürürlüğe giren İşkolları Yönetmeliği uyarınca hüküm kurulması hatalıdır" gerekçesiyle bozma kararı verilmiş, bir başka kararda⁴⁸ yer alan "Yargılama sırasında yürürlüğe giren maddi hukuka ilişkin bir yasanın yargı erkince uygulanmasıyla yapılacak yeni tespit, ilgili Bakanlıkça tespit tarihindeki yasal düzenlemeye göre hukuka uygun olarak yapılmış işlemin değiştirilmesi neticesini doğuracaktır. Bu durum ise yargı-

44 Yarg. 22. HD., 03.10.2016, 2016/22550-2016/22186 E.K. (UYAP)

45 Bkz. Yarg. 22. HD., 08.05.2017, 2017/33263-2017/10495 E.K. (UYAP)

46 Yarg. 22. HD., 05.12.2016, 2016/32012-2016/26245 E.K. (UYAP)

47 Yarg. 9. HD., 22.01.2015, 2014/37433-2015/1933 E.K. (UYAP); aynı yönde Yarg. 9. HD., 13.10.2015, 2015/28846-2015/28491 E.K. (UYAP)

48 Yarg. 9. HD., 15.06.2015, 2015/16639-2015/21569 E.K. (UYAP)

nın idarenin yerine geçerek işlem yapmasına yol açacaktır. Oysaki tarafların yargıya başvurusundaki amaç; yargılama sırasında yürürlüğe girecek yeni düzenlemeye göre mahkemece yeniden bir tespit yapılması değil; tespit tarihinde yürürlükte bulunan yasal düzenlemeyle ortaya çıkan neticenin hukuka uygunluğunun denetlenmesidir” ifadeleri ile de tespit tarihindeki mevzuatın uygulanması gerektiği ortaya konulmuştur.

Ne var ki, 9. Hukuk Dairesi'nin son tarihli kararları ile uygulamasını değiştirdiği ve eski tarihli tespitlere de yeni mevzuatın uygulanması gerektiği görüşünü benimsediği anlaşılmaktadır. Daire, konuya temas eden bir kararında⁴⁹ şu ifadelerle yer vermiştir: “Birçok Yargıtay kararında da açıkça vurguladığı üzere bu tür yeni yasaların ünlü hukukçu Roubier'in açıkladığı üzere yürürlüğe girmeleri ile görülmekte olan tüm uyuşmazlıklara uygulanması gerektiği başka bir anlatımla yeni yasanın yürürlüğe girdiği andan itibaren derhal tesirini göstereceği ve tamamlanmamış tüm hukuki işlemlere uygulanacağı tartışmasızdır. Bu gibi durumlarda kanunların geriye yürümesinin değil, zaman içerisindeki ani etkileri söz konusu olmaktadır. Esasen HUMK'nun 578. maddesi nedeniyle Yargıtay'ın 07.12.1964 günlü Tevhidi İctihadi ile Hukuk Genel Kurulunun 09.03.1988 gün 1987/860 Esas, 1988/232 Karar sayılı kararında da bu görüşe yer verilmiştir. Uyuşmazlığa konu bu olayda hukuksal ve maddi alanda etkisini göstermiş hukuk kuralları uyarınca tamamlanmış ve sonuçlarını doğurmuş bir kazanılmış hak söz konusu değildir. “İşkolu Tespitine” ilişkin işlemlerin kamu düzenine ilişkin olması nedeniyle ihtilafa uygulanması gerekmektedir.”

Bu bahiste son olarak belirtmek gerekir ki, Yargıtay (kapatılan) 7. Hukuk Dairesi'nin uygulaması da⁵⁰, yeni yürürlüğe giren STİSK ve İşkolları Yönetmeliği'nin, kesin hükümle sonuçlanmamış tüm davalara derhal uygulanması gerektiği yönündeydi.

III. Yetki Sürecinde İşkolu İtirazı

1. Genel Olarak

6356 sayılı Kanun'un 2. maddesinde toplu iş sözleşmesi “İş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesine ilişkin hususları düzenlemek üzere işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında yapılan sözleşme” şeklinde tanımlanmıştır. Düzenlemeye göre, hukukumuzda toplu iş sözleşmesi ehliyeti, sadece işçi sendikası ile işveren sendikası ve sendika üyesi olmayan işverene tanınmış bulunmaktadır.

STİSK'nın 41. maddesinin birinci fıkrasında göre⁵¹ “Kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde birinin üyesi bulunması şartıyla işçi sendikası, toplu iş sözleşmesinin kapsamına girecek işyerinde başvuru tarihinde çalışan işçilerin yarısından fazlasının, işletmede ise yüzde kırkının kendi üyesi bulunması hâlinde bu işyeri veya işletme için toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkilidir.”

Günay'a göre, “toplular iş sözleşmesi yetkisi, toplu iş sözleşmesi ehliyetine sahip kuruluş veya kişinin belli bir toplu iş sözleşmesi yapabilmesi için Kanunun aradığı niteliğe sahip olmasını gösterir”⁵².

Hukukumuzda toplu iş sözleşmesi yetkisi için, işkolu barajı ile işyeri ve işletme çoğunluğu olarak ifade edilebilecek iki kıstas söz konusudur. Buna göre, sendika tarafından toplu iş sözleşmesi yetkisi alabilmek için ilk koşul, yüzde bir oranında ifade edilen işkolu barajını sağlama gerekliliğidir. Buna göre, sendika, kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde birini üye olarak kaydetmiş olmalıdır. Bu konuda, 6356 sayılı Kanun'un geçici altıncı maddesi ile bir geçiş dönemi oluşturulduğunu ve yüzde bir olarak belirtilen işkolu barajı konusunda farklı uygulamalar öngörüldüğünü belirtmek gerekmektedir.

49 Yarg. 9. HD., 08.12.2016, 2016/35551-2016/21756 E.K. (UYAP)

50 Yarg. 7. HD., 14.09.2015, 2015/25600-2015/14750 E.K. (UYAP)

51 Madde, 10/9/2014 tarihli ve 6552 sayılı Kanunun 20. maddesiyle değiştirilmiştir.

52 GÜNAY, Cevdet İlhan (2013) İş Hukuku Yeni İş Yasaları, 5. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 942.

Toplu iş sözleşmesi yetkisi alabilmek için ikinci koşul ise işyeri ve işletme çoğunluğunu sağlama gerekliliğidir. Kanunda ifade edildiği üzere, yetki için, işyeri toplu iş sözleşmesi söz konusu ise işçilerin yarısından fazlasının, işletme toplu iş sözleşmesi söz konusu ise işçilerin yüzde kırkının sendika üyesi olması gerekmektedir.

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından olumlu yetki tespiti yapılmış ise, söz konusu tespit, o işkolunda kurulu işçi sendikaları ile taraf olacak işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işverene bildirilir. Bakanlık tarafından olumsuz yetki tespiti yapılmış ise, bildirim, sadece başvuru yapıldığı bildirilir.

Bakanlık tarafından söz konusu bildirimlerin yapılması üzerine, altı iş günü içerisinde, işçi sendikası yahut işveren sendikası ile sendika üyesi olmayan işveren, olumlu veya olumsuz yetki tespitine itiraz istemli mahkemeye başvurabilir.

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca yapılan olumlu ve olumsuz yetki tespitine muhtelif sebeplerle itiraz söz konusu olmaktadır. Bu konuda uygulamada en sık karşılaşılan itirazlara misal vermek gerekirse, işçi ve üye sayılarına dair itirazlar, işyerinin farklı işkolunda yer aldığı itirazı ile işyeri ve işletme niteliğine dair itirazlar zikredilebilir.

Bu şekilde öz olarak yetki tespit sürecine de gindikten sonra, bu süreçteki işkolu itirazlarını incelemek faydalı olacaktır.

2. İşkolu İtirazı ve Bekletici Mesele

Belirtildiği üzere, toplu iş sözleşmesi bağitlayabilmek için öncelikle, toplu iş sözleşmesi ehliyetine sahip olmak gerekmektedir. İşçi tarafı yönünden ise ehliyet, sadece sendikalara tanınmıştır⁵³.

STİSK'nın 3/1. maddesinde yer alan "Sendikalar kuruldukları işkolunda faaliyette bulunur" düzenlemesi nazara alındığında, sendikaya tanınmış toplu iş sözleşmesi ehliyetinin, kurulu bulunduğu

53 ŞAHLANAN, Fevzi (1992) Toplu İş Sözleşmesi, İstanbul, Acar Matbaacılık, s.44.

işkolundaki işyerlerine münhasır olduğu sonucuna ulaşılmaktadır⁵⁴. Bu itibarla, bir işyerinin girdiği işkolu, o işyerinde hangi sendikaların faaliyet göstereceğini belirlediğinden, işkolu tespiti yetki sürecinde son derece önem taşımaktadır.

Mülga 2821 ve 2822 sayılı Kanunların yürürlükte olduğu dönemde, yetki tespitine itirazın işkolu uyuşmazlığına ilişkin olması durumunda, bu hususun bekletici mesele sayılması gerektiği kabul edilmekteydi⁵⁵. Konuya ilişkin bir Yargıtay kararına göre⁵⁶ "... sendikası vekili 30.7.2009 hava-tarihli dilekçesinde resmi gazetede yayınlanan işkolu tespit kararı ile ilgili Aydın iş mahkemesine dava açıldığını belirtmiştir...O halde somut olayda 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 4. maddesinde öngörülen prosedüre göre öncelikle işyerinin girdiği işkolunun tespiti yönünden, ... sendikası tarafından işkolu tespit kararına karşı dava açılmış ise bu davanın sonucu bekletici mesele yapıp sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken, yazılı biçimde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir."

Yetki sürecinde ileri sürülen işkolu itirazlarının bekletici mesele sayılması, yetki tespitine itiraz davasının da uzun süre sonuçlanmasının gecikmesini beraberinde getirmektedir. Bu durum da, tabiatıyla yıllarca toplu iş sözleşmesinin bağitlanamamasına yol açmaktaydı. Bu itibarla, işyerinin, yetki tespit başvurusunda bulunan sendikanın kurulu bulunduğu işkoluna girmediği iddiasının özellikle yetki tespit süreci başladıktan sonra yapılmasının, hakkın kötüye kullanımı niteliğinde olduğu ve bu kötüye kullanma nedeniyle yetki sürecinin uzadığı görüşü hâkimdir⁵⁷.

Kanun koyucu STİSK'da yer alan yeni düzenlemeyle sorunu ortadan kaldırmayı amaçlamıştır.

54 BAŞTERZİ, s.46.

55 GÜNAY, Cevdet İlhan (2004) İş Hukuku Yeni İş Yasaları, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 965 ; ŞAHLANAN, Sözleşme, s.77.

56 Yarg. 9. HD. , 20.04.2010, 2010/13660-2010/11491 E.K. (UYAP)

57 ÖZVERİ, Murat (2013) Türkiye'de Toplu İş Sözleşmesi Yetki Sistemi ve Sendikasılaştırma (1963-2009), 1. Baskı, İstanbul, Legal Yayıncılık, s.276.

6356 sayılı Kanun'un 5. maddesinin ikinci fıkrasına göre "İşkolu tespit talebi ve buna ilişkin açılan davalar, yetki işlemlerinde ve yetki tespit davalarında bekletici neden sayılmaz."

Belirtilen hükme dair hükümet gerekçesine göre "İşyeri veya işletme için yeni dönem yetki sürecinin başlamış olması halinde, yetki başvurusundan sonraki işkolu değişikliğine ilişkin Bakanlık tespiti veya mahkeme kararı mevcut veya yapılacak toplu iş sözleşmesini etkilemeyecek, işkolu değişikliği bir sonraki dönem için geçerli olacaktır. Yeni bir toplu sözleşme için yetki süreci başlamış ise işkolu değişikliği tespiti bir sonraki dönem için geçerli olacak, işkolu tespit talebi ve buna ilişkin açılan davalar, yetki işlemlerinde ve yetki tespit davalarında bekletici neden sayılmayacak, işkolu değişiklikleri yürürlükteki toplu iş sözleşmelerinin uygulamasını etkilemeyecektir. İşkolu tespit talebi ve buna ilişkin açılan davalar, yetki işlemlerinde ve yetki tespit davalarında bekletici neden sayılmayacaktır. Bu hüküm ile işkolu itirazlarının toplu sözleşme yapma sürecini gereksiz şekilde uzatması ve zaman zaman bu itirazların toplu sözleşme sürecini kilitlemek için kötüye kullanılması önlenmek istenmiştir."

Buna göre, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi ile Kanunu ile birlikte, işkolu tespit talebi ve buna ilişkin açılan davaların, yetki sürecinde bekletici mesele yapılamayacağı esası benimsenmiştir. Madde gerekçesinden, söz konusu düzenlemedeki yegâne gayenin, toplu sözleşme sürecinin gereksiz şekilde uzamasının ve süreci kilitlemek üzere kötüye kullanmaların önüne geçmek olduğu anlaşılmaktadır.

Öğretide de, söz konusu düzenlemenin, yetki belgesinin verilmesi ve toplu görüşmelere başlanmasının uzatılmasına yönelik kötü niyetli davranışları önleyici nitelikte olması sebebiyle isabetli olduğu savunulmaktadır⁵⁸. Yine *Günay*'a

göre, bu düzenleme, sistemin işlemesine yardım edecektir⁵⁹.

Bu noktada, söz konusu düzenleme ile doğrudan ilgili birkaç hususa değinmekte fayda vardır. İşkolu tespitine dair davalar, yetki tespiti sürecinde bekletici mesele yapılamayacak ise de, *Şahlanan* tarafından, işletme kavramını aynı işverenin aynı işkolunda yer alan işyerlerinin bütünü olarak tanımlayan ve işletme niteliğinin bulunup bulunmadığına ilişkin uyuşmazlıkların işletme merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemede karara bağlanacağına ilişkin olarak STİSK'nın 34. maddesi hükmü karşısında, işkolu tespitlerinde yine bekletici mesele sorunuyla karşılaşılacağı ileri sürülmüştür⁶⁰. Diğer taraftan *Canbolat*'a göre ise, böyle bir yorum kanunun sistemine aykırı olup, işletme niteliğinin belirlenmesine ilişkin açılacak dava, zorunlu olarak, işyerlerinin girdiği işkolunu yeniden belirlemek değil, mevcut kayıtlarda hangi işkolunda gözüktüklerinin tespiti mahiyetinde olacaktır ki, bunun için yargılamaya gerek yoktur⁶¹. Bir başka görüş⁶², işletme niteliği itirazı sonucunda, sadece işkoluna ilişkin kayıtlarda maddi hata bulunup bulunmadığının araştırılması ile yetinilmesi gerektiği yönündedir.

Uygulamada sık karşılaşılmaması itibarıyla ve konunun önemine istinaden, bu son meselenin, ayrı bir başlık altında değerlendirilmesi faydalı olacaktır.

3. İşletme Niteliği İtirazı

Esasen uygulamada sıklıkla karşılaşılan itiraz sebeplerinden birisi de işletme niteliği itirazıdır. 6356 sayılı Kanun'un 41. maddesine göre, yetkili sendika olabilmek için, işyeri toplu iş sözleşmesi söz konusu ise başvuru tarihinde çalışan işçilerin yarısından fazlası, işletme toplu iş sözleşmesi söz konusu ise işçilerin yüzde kırkının üye kaydedilmesi gerektiği yukarıda ifade edilmiştir.

58 CANBOLAT, s.77; ŞAHLANAN, Fevzi (2013) "6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun Sendikalara İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi" Çalışma ve Toplum, S:39, s.113 ; ENGIN, E. Murat (2013) "6356 sayılı Yasa'da Toplu İş Sözleşmesi Yetkisi" Çalışma ve Toplum,

S:39, s.146.

59 GÜNAY, 2013, s.991.

60 ŞAHLANAN, Değerlendirme, s.113.

61 CANBOLAT, s.80.

62 ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.662.

6356 sayılı Kanun'un 34. maddesinin ikinci fıkrasına göre de "Bir gerçek ve tüzel kişiye veya bir kamu kurum ve kuruluşuna ait aynı işkolunda birden çok işyerinin bulunduğu işyerlerinde, toplu iş sözleşmesi ancak işletme düzeyinde yapılabilir."

İşletme kavramı gerek 4857 sayılı İş Kanunu'nda gerekse 6356 sayılı Kanun'da tanımlanmamıştır. Bununla birlikte, iktisadi anlamda işletme, genel olarak, bir işverene ait işyeri veya işyerlerinden oluşan ve nihai amacı iktisadi olan ünite şeklinde tanımlanabilirse de⁶³, toplu iş hukuku anlamında işletme kavramı, farklı bir nitelik arz etmektedir. STİSK'da yer alan düzenlemeler karşısında, toplu iş hukukumuzdaki "işletme" kavramından, "bir işverene ait ve aynı işkolunda yer alan işyerleri"nin anlaşılması gerektiği ifade edilebilir⁶⁴.

Toplu iş hukuku anlamında, aynı işverene ait ve aynı işkolunda bulunan birden çok işyerinin varlığı durumunda, toplu iş sözleşmesinin ancak işletme düzeyinde yapılabileceğine dair kural, Yargıtay uygulamasında kamu düzenine ilişkin ve emredici olarak kabul edilmektedir.

Yetki tespitine itiraz davalarında işletme niteliği itirazı, çoğunlukla iki şekilde ileri sürülmektedir. İlk olarak, Bakanlık tespitine karşı işverence, aynı işkolunda yer alan başkaca işyerlerinin de bulunmasına karşın, bu işyerlerinin nazara alınmadığı iddiasıyla olumlu yetki tespitine itiraz edilmektedir.

İşletme niteliğiyle ilgili ikinci olarak da, işletme yetki tespitine karşı, işletme kapsamında değerlendirilen işyerlerinin bir veya birkaçının farklı işkolunda bulunduğu ve bu suretle işletme kapsamının yahut işletme niteliğinin hatalı belirlendiği iddiasıyla yetki tespitine itiraz edilmektedir.

Her iki durumda da, esasen bir kısım işyerleri yönünden işkolu itirazı söz konusu olmaktadır.

Yargıtay uygulamasında, 6356 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren ilk aşamada, iş hukuku uyuşmazlıklarının temyiz incelemesi-

ni gerçekleştiren Yargıtay 7, 9 ve 22. Hukuk Dairelerinin uygulaması aynı şekilde olup, her üç daire de, işletme toplu iş sözleşmesine dair düzenlemenin kamu düzenine ilişkin olup emredici nitelikte olduğu gerekçesiyle, işletme niteliğine dair itirazların incelenerek sonuçlandırılması gerektiğini kabul etmiştir. Buna göre, itiraz konusu işyerlerinin girmiş olduğu işkolunun tespit edilerek işletme niteliği ile kapsamının belirlenmesi, bu anlamda ilgili işyerleri ile ilgili işkolu başvurusu yapılarak sonucunun da beklenmesi gerektiği içtihat edilmiştir.

Konuya ilişkin 22. Hukuk Dairesi kararında⁶⁵ "Öncelikle belirtmek gerekir ki, 6356 sayılı Kanun'un 5. maddesinin 2. fıkrasında yer alan düzenlemenin yetki süreci devam ederken ortaya çıkan ve çözümü aynı maddenin 1. fıkrasında özel olarak düzenlenen işkolu tespit prosedürü ile mümkün olan işkolu uyuşmazlıklarıyla sınırlı olarak değerlendirilmesi gereklidir. Ancak gerek 6356 sayılı Kanun'da gerekse mülga 2822 sayılı Kanun'da işletme kapsamına ilişkin uyuşmazlıkların bekletici mesele yapılamayacağına dair yukarıdaki düzenlemeye benzer bir düzenleme yer almamaktadır. Ayrıca işletme toplu iş sözleşmesi yapılmasına ilişkin kural kamu düzenine ilişkindir. Bu sebeplerle işletme kapsamına ilişkin bir uyuşmazlık söz konusu ise, mahkemenin bu uyuşmazlığı çözmeye de yetkili olması halinde işletme olup olmadığı ile varsa kapsamına ilişkin uyuşmazlığın, mülga 2822 sayılı Kanun'un uygulandığı olaylarda söz konusu Kanunun 3. maddesinin 3. fıkrası hükmüne göre, 6356 sayılı Kanun'un uygulandığı olaylarda ise anılan Kanunun 34. maddesinin 4. fıkrası hükmüne göre ön mesele olarak çözüme kavuşturulması gereklidir. Yetki uyuşmazlığını inceleyen mahkemenin işletme olup olmadığı ile varsa kapsamına ilişkin uyuşmazlığı çözmeye yetkili olmaması halinde ise yine aynı hükümlere göre bu problemin çözümü bekletici mesele yapılmalıdır." görüşlerine yer verilmiştir.

63 DOĞAN YENİSEY, İşyeri, s.32.

64 CANBOLAT, s.126.

65 Yarg. 22. HD., 15.09.2014, 2014/21190-2014/23771 E.K. (UYAP); aynı yönde Yarg. 22. HD., 15.11.2013, 2013/27028-2013/24696 E.K. (UYAP)

Yine 9. Hukuk Dairesi'nin konuya ilişkin bir kararında⁶⁶ "Somut uyuşmazlıkta yetki tespiti dökümlerine göre yetki tespiti davacının 4 işyerini kapsamaktadır. Davacının Zonguldak'taki ... sicil numaralı işyeri, SGK koduna göre 2733 olarak 4 sıra numaralı "Petrol, Kimya, Lastik, Plastik ve İlaç" iş kolunda "Kablolamada kullanılan gereçlerin imalatı" olarak kodlanmıştır. İstanbul'daki ... sicil numaralı işyeri ise 7022 olarak 10 sıra numaralı "Ticaret, büro, eğitim ve güzel sanatlar" işkolunda "İşletme ve diğer idari danışmanlık faaliyetleri" olarak kodlanmıştır. Bursa'daki ... sicil numaralı işyeri 2790 olarak 12 sıra numaralı "Metal" işkolunda "Diğer elektrikli ekipmanların imalatı" olarak kodlanmıştır. Ankara'daki ... sicil numaralı işyeri ise 8211 olarak 10 sıra numaralı "Ticaret, büro, eğitim ve güzel sanatlar" işkolunda "Kombine büro yönetim hizmeti faaliyetleri" olarak kodlanmıştır. Mahkemece yapılması gereken söz konusu işyerlerinde hangi işlerin yapıldığına ilişkin faaliyet belgeleri ve tespit tarihi itibarıyla dönem bordroları kurumdan getirilmeli, yine tespit öncesi söz konusu işyerlerine ilişkin bir işkolu tespit kararı bulunup bulunmadığı Bakanlık'tan sorulmalı, işyerlerinde çalışan işçilerin görev listeleri temin edilmeli ardından söz konusu işyerlerinin bağımsız aynı iş kolunda işyerleri ve dolayısı ile işletme oluşturup oluşturmadığı araştırılmalıdır." hususları ifade edilerek ilk derece mahkemesi kararı bozulmuştur.

Yargıtay 7. Hukuk Dairesi'nin konuya değinen bir kararında da⁶⁷ "...yetki tespiti davasında bir gerçek veya tüzel kişiye ait aynı işkolunda birden çok işyerinden oluşan bir işletme olduğu iddiası var ise, işletme düzeyinde ancak tek bir TİS yapılacak olması (işletme toplu iş sözleşmesi) ve bu hususun kamu düzeni ile ilgili olması karşısında, işverene ait işyerlerinin işletme oluşturup oluşturmadığının tespiti için, iddia konusu işyerlerinde bakanlıkça 6356 sayılı Yasanın 5. maddesi uyarınca yapılmış işkolu tespit kararları

var ise buna göre, yoksa yapılacak işkolu tespiti bekletici mesele yapılarak sonucuna göre değerlendirme yapılarak karar verilmesi gerekecektir." görüşleri ifade edilmiştir.

Ancak belirtmek gerekir ki, işletme niteliği itirazlarının ileri sürüldüğü yetki tespitine itiraz davaları açısından, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin, güncel kararlarına göre görüş değiştirdiği anlaşılmaktadır. Nitekim, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca altı işyerinden oluşan bir işletmede, sendikanın toplu iş sözleşmesi yetkisi için gerekli çoğunluğu sağladığının tespit edildiği bir olayda, işveren tarafından işletme kapsamında değerlendirilmesi gereken yedinci bir işyerinin daha bulunduğu gerekçesiyle yetki tespitine itiraz edilmiş, yargılama aşamasında ÇSGB tarafından verilen işkolu tespit kararı ile itiraz konusu yedinci işyerinin de diğer işyerleri ile aynı işkolunda bulunduğu tespit edilmesine karşın, ilk derece mahkemesince yetki tespiti için başvuru tarihinde itiraz konusu işyerinin farklı işkolunda yer aldığı ve daha sonra yapılan işkolu tespitinin ise bir sonraki toplu iş sözleşmesi dönemi için nazara alınabileceği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, mahkeme kararı 22. Hukuk Dairesi tarafından onanmıştır⁶⁸. Yine benzer nitelikteki bir uyuşmazlığa ilişkin Dairenin bir başka kararında da⁶⁹ "...hukuk devleti kavramı çerçevesinde hukuکی belirliklik ve öngörülebilirlik ilkeleri nazara alındığında, uyuşmazlığın yetki tespiti için başvuru tarihindeki şartlara göre değerlendirilmesi gerektiği, başvuru tarihinde her üç işyerinin farklı işkollarında yer aldığı ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca da bu esaslara göre tespit yapıldığı, bu anlamda olmak üzere farklı işkollarında yer alan işyerlerinin tek bir işyeri yahut işletme niteliğinde değerlendirilmesinin mümkün olmadığı..." görüşlerine yer verilmiştir.

22. Hukuk Dairesi'nin, öncelikle "Hukuk Devleti" kavramından hareket ettiği anlaşılmaktadır.

66 Yarg. 9. HD., 08.12.2016, 2016/35791-2016/21757 E.K. (UYAP)

67 Yarg. 7. HD., 14.09.2015, 2015/32058-2015/14761 E.K. (UYAP)

68 Yarg. 22. HD. , 06.02.2017, 2017/2717-2017/1099 E.K. (UYAP)

69 Yarg. 22. HD. , 10.10.2016, 2016/24072-2016/23021 E.K. (UYAP)

Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında da⁷⁰ belirtildiği üzere, hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "belirlilik"tir. Belirlilik ilkesi, hukuki güvenlikle bağlantılı olup gerçek ve tüzel kişiler, yasadan, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını bilmelidir. Gerçek ve tüzel kişiler ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

Belirtmek gerekir ki, işçi sendikasının yetki tespiti için başvuru yapmadan önce gerçekleştireceği yegâne hazırlık, SGK kayıtlarında bir işyerinin hangi işkoluna girdiği ile işverene bağlı aynı işkolunda yer alan kaç işyeri bulunduğu tespitini ve daha sonra kayıtlara göre örgütlenmekten ibarettir. Buna göre, işçi sendikasının, tamamen resmi kayıtlara güvenerek örgütlenme faaliyetini tamamlaması ve gerekli çoğunluğu sağladıktan sonra yetki tespiti başvurusunu yaptığı gözetildiğinde, başvuru tarihinden sonra kayıtlara göre başka işkolunda yer alan bir işyerinin de yetki tespitinde nazara alınması gerektiği görüşünün, hukuk devleti ilkesinin esaslarından olan "belirlilik" ve "öngörülebilirlik" kavramları ile bağdaştığını savunmak güçtür.

Öte yandan, uygulamada çoğunlukla işveren tarafından işletme niteliği itirazının ileri sürüldüğü ve işkolu tespit sürecinin yukarıda ayrıntılı olarak belirtilen aşamaları da nazara alındığında, işverenlerin kendi bildirimlerine göre belirlenen işkoluna sadece yetki tespiti aşamasında itiraz etmesinin, işkolunun belirlenmesi amacından ziyade sendikanın yetki almasını engellemek veya en azından bunu geciktirmek amacına yönelik olduğunu ifade etmek yanlış olmayacaktır⁷¹.

Bu itibarla, 22. Hukuk Dairesi'nin güncel uygu-

lamasında, işletme kapsamı yahut niteliği itirazına dayalı olarak yetki tespitinin iptalinin talep edildiği davalarda, işkoluna dair itirazlar bekletici mesele yapılmamakta, başvuru tarihi itibarıyla Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ile Sosyal Güvenlik Kurumu kayıtlarına göre itirazın ve davanın sonuçlandırılması cihetine gidildiği anlaşılmaktadır.

Nitekim, yetki tespitine itiraz davasına ilişkin çok yeni tarihli bir kararda da⁷² şu hususlara yer verilmiştir: "Somut uyuşmazlıkta, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından yapılan çoğunluk tespiti ile ... adresinde yer alan ... sicil numaralı davacı işverene ait tek işyerinde, 16/02/2016 başvuru tarihi itibarıyla toplam 45 işçi çalıştığı ve 26 sendika üyesi bulunduğu gerekçesiyle davalı sendikanın toplu iş sözleşmesi yapabilmek için gerekli çoğunluğu sağladığı belirlenmiştir. Tespit konusu işyerinin işkolu kodu (1396) olup, işyeri "Dokuma, Hazır Giyim ve Deri" işkolunda yer almaktadır. SGK dönem bordrosuna göre de, söz konusu birimde başvuru tarihinde toplam 45 işçinin çalıştığı görülmekte olup, sendika üye sayısının 26 olduğu da ihtilafsızdır.

Davacı işveren toplam işçi sayısına da itiraz etmekle birlikte, temel itirazı, farklı bir işyeri olarak gözüken idare merkezinde 15 işçinin çalıştığı, bununla birlikte bu birim ile tespit konusu birimin tek bir işyeri niteliğinde bulunduğu ve toplam işçi sayısının her iki birim nazara alınarak belirlenmesi gerektiğine ilişkindir. İtiraz konusu ... sicil numaralı ikinci birimin adresinin de ... olduğu, (7010) işkolu kodu ve "idare merkezi faaliyetleri" açıklaması ile "Genel işler" işkolunda tescil edildiği anlaşılmaktadır. Diğer taraftan, yetki tespitinden önce, itiraz konusu birimin işkoluna dair bir itiraz ve başkaca bir tespit talebi de söz konusu olmamıştır.

6356 sayılı Kanun'un 5. maddesinin ikinci fıkrasına göre "Yeni bir toplu iş sözleşmesi için yetki süreci başlamış ise işkolu değişikliği tespiti bir

70 AYM, 26.12.2013 gün, 2013/67-2013/164 E.K. (Resmi Gazete)

71 ÖZVERİ, s.274.

72 Yarg. 22. HD., 19.10.2017, 2017/38132-2017/22480 E.K. (UYAP)

sonraki dönem için geçerli olur. İşkolu tespit talebi ve buna ilişkin açılan davalar, yetki işlemlerinde ve yetki tespit davalarında bekletici neden sayılmaz.”

İnceleme konusu davada, işverenin, idare faaliyetlerinin yürütüldüğü birimin de yetki tespitinde nazara alınması gerektiği iddiası, esas itibarıyla işkolu itirazı niteliğindedir. Yukarıda belirtilen açık düzenleme gereği, bu itiraz mevcut yetki uyuşmazlığında ileri sürülemeyeceği gibi, ancak bir sonraki dönem için geçerli olacaktır. Diğer taraftan, hukuk devleti kavramı çerçevesinde hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkeleri nazara alındığında, uyuşmazlığın yetki tespiti için başvuru tarihindeki şartlara göre değerlendirilmesi gerektiği de tartışmasız olup, bu anlamda olmak üzere farklı işkollarında yer alan işyerlerinin tek bir işyeri yahut işletme niteliğinde değerlendirilmesi mümkün değildir.

Açıklanan maddi ve hukuki olgular karşısında, davanın reddine karar verilmesi gerekirken, anılan hususlar gözetilmeksizin İlk Derece Mahkemesince yazılı şekilde hüküm tesisi ve bu karara karşı yapılan istinaf başvurusunun esastan reddi kararı hatalıdır.”

Sonuç

Sendikaların, üyelerinin ortak ekonomik ve sosyal hak ve çıkarlarını korumaları için sahip oldukları en etkin aracın, serbest toplu pazarlık hakkı çerçevesinde bağitlanacak bir toplu iş sözleşmesi olduğu şüphesizdir.

Toplu iş sözleşmesine giden süreçteki ilk aşama olan işkolu tespiti ise, gerek toplu iş sözleşmesinin düzeyinin belirlenmesi, gerekse hangi sendikaların ilgili işyeri ve işletmede örgütlenebileceklerinin belirlenmesi açısından temel bir işlem olarak karşımıza çıkmaktadır.

İşyerinin tescili aşamasında, işveren beyanına ve sunulan belgelere istinaden tayin edilen işkolu kodu ile işyerinin girdiği işkolu belirlenmiş olmakta, itiraz vâki olana kadar işyerinin girdiği işkolu, anılan kod esas alınarak tespit edilmektedir.

Bununla birlikte, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca resen tescil edilen işkolunun yahut işkolu kodunun değiştirilmesi gibi uygulamalar yapılabilmekte ise de, değişikliğin bir sonraki toplu iş sözleşmesi dönemini etkileyeceği ve mevcut yetki başvurusunun sonucuna etkili olmayacağı Yargıtay 22. Hukuk Dairesi uygulamasında kabul edilmektedir.

Tescil edilen işkoluna ilgililer tarafından itiraz edilmesi durumunda ise Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca görevlendirilen iş müfettişinin mahallinde yapmış olduğu tespitler ve araştırma ile hukuki değerlendirme neticesinde işkolu tespit edilmektedir. Bu noktada, iş müfettişlerinin tespit ve değerlendirmelerinin isabetli olmasının sürecin uzamaması açısından önemli olduğunu ifade etmeliyiz.

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca gerçekleştirilen işkolu tespitinin iptali talepli davada, kesin yetkili mahkemenin işyerinin bulunduğu yer mahkemesi olduğu hususu Yargıtay uygulamasında yerleşmiştir. Yine işkolu tespitine itiraz davasında, işverenin ve sendikaların davalı olarak yer alması gereği de yerleşik uygulama halini almıştır.

Belirtmek gerekir ki, davanın esası yönünden dikkat edilmesi gereken en önemli nokta alanında uzman bilirkişiler aracılığı ile ağırlıklı işin tespit edilmesi gerekliliğidir. Bu hususta işyerinin kapsamı ve sınırlarını doğru belirleyerek sonuca gitmek gerekmektedir.

Özellikle, 6356 sayılı STİSK yürürlüğe girmeden önceki dönemde yetki tespitine itiraz davasında ileri sürülen işkolu itirazlarının bekletici mesele sayılmasına ilişkin uygulama, uzun yıllar toplu iş sözleşmesinin bağitlanmasını geciktirdiğinden, toplu iş hukukumuzda önemli bir sorun teşkil etmekteydi. 6356 sayılı STİSK ile birlikte bu sorunun ortadan kalktığını belirtmek gerekmektedir.

Bununla birlikte, yetki tespitine itiraz aşamasında ileri sürülen işletme niteliği itirazlarında halen bekletici mesele sorununun tam olarak çözüldüğünü ifade etmek olanaklı değildir. Nitekim

STİSK'nın 34. maddesinde yer alan düzenlemeler ve işletme toplu iş sözleşmesine dair düzenlemelerin kamu düzenine ilişkin ve emredici nitelikte olduğunun kabulü, Yargıtay tarafından işletme niteliğinin tespiti yönünden bekletici mesele uygulamasının devamı sonucunu ortaya çıkarmıştır.

Ancak son dönemde Yargıtay 22. Hukuk Dairesince, temelde işkolu itirazı niteliği taşıyan işletme itirazlarının kayıtlar esas alınarak çözülmesi gerektiği kabul edilerek, bekletici mesele uygulamasına son verilmiştir.

Son olarak bütün bu açıklamalar yanında şu noktayı belirtelim ki, toplu iş sözleşmesine giden süreçte belki de en önemli husus, sosyal tarafların karşılıklı iyiniyete sahip olması gerekliliğidir⁷³.

KAYNAKÇA

- Aktay, Nizamettin (2015) Toplu İş Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Gazi Kitabevi.
- BAŞBUĞ, Aydın (2012) Toplu İş İlişkileri Ve Hukuk, Ankara, Şeker-İş Yayınları.
- Başterzi, Süleyman (2016) Toplu İş Sözleşmesi Ehliyeti, 1. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi.
- Baycık, Gaye (2014) "6356 Sayılı Kanunun Uygulanması Bakımından Sendikal Örgütlenme Düzeyi ve İşkolunun Belirlenmesi" İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:5, S:2, s.209-258.
- CANBOLAT, Talat (2013) Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Türleri, 1. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi.
- Centel, Tankut (2006) "Alt İşverenlere Ait İşkolu Tespitleri" TİSK Akademi, C:1, S:2, s.6-12.
- Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat (2016) İş Hukuku Dersleri, 29. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi.
- Demir, Fevzi (2013) "Sendikaların Kuruluşu ve İşleyişi" Çalışma ve Toplum, S:39, s.17-42.
- Doğan Yenisey, Kübra (2007) İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, 1. Baskı, İstanbul, Legal Yayıncılık. (İşyeri)
- Doğan Yenisey, Kübra (2013) "Sendikal Örgütlenmede İşkolu Esası ve İşkolunun Belirlenmesi" Çalışma ve Toplum, S:39, s.43-68. (İşkolu)
- Ekonomi, Münir (1991) "İşkolu Esasına Göre Sendikalaşma ve İşyerinin Girdiği İşkolunun Belirlenmesi" İş Hukuku Dergisi, C.1, S:1, s. 31-49.
- Engin, E. Murat (2013) "6356 sayılı Yasa'da Toplu İş Sözleşmesi Yetkisi" Çalışma ve Toplum, S:39, s.143-164.
- Esener, Turhan/Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz (2014) Sendika Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Günay, Cevdet İlhan (1991) Batı ve Türk Hukukunda Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisi, 1. Baskı, Ankara, İlk-San Matbaası. (Yetki)
- Günay, Cevdet İlhan (2004) İş Hukuku Yeni İş Yasaları, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Günay, Cevdet İlhan (2008) "İşyerinin Girdiği İşkolunun Tespiti" Sicil, S:10, s.126-137.
- Günay, Cevdet İlhan (2013) İş Hukuku Yeni İş Yasaları, 5. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Kılıçoğlu, Mustafa/Şenocak, Kemal (2013) İş Kanunu Şerhi, 3. Baskı, İstanbul, Legal Yayıncılık.
- Kutal, Metin (2006) "Türk Toplu İş Hukukunda İşkolu Kavramı" Sicil, S:3, s.118-125.
- Narmanlıoğlu, Ünal (2013) İş Hukuku Toplu İş İlişkileri, 2. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi.

73 GÜNAY, Yetki, s.47.

- Özkaraca, Ercüment (2016) "Toplu İş İlişkileri" Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2014, Ankara, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği Yayını.
- Özveri, Murat (2013) Türkiye'de Toplu İş Sözleşmesi Yetki Sistemi ve Sendikasıztırma (1963-2009), 1. Baskı, İstanbul, Legal Yayıncılık.
- Sur, Melda (2017) İş Hukuku Toplu İlişkiler, 6. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi.
- Süzek, Sarper (2012) İş Hukuku, 8. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi.
- Şahlanan, Fevzi (1992) Toplu İş Sözleşmesi, 1. Baskı, İstanbul, Acar Matbaacılık. (Sözleşme)
- Şahlanan, Fevzi (1995) Sendikalar Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, Yılmaz Ajans Matbaacılık.
- Şahlanan, Fevzi (2013) "6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun Sendikalara İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi" Çalışma ve Toplum, S:39, s.110-142. (Değerlendirme)
- Tuncay, A. Can/Savaş Kutsal, Burcu (2015) Toplu İş Hukuku, 4. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi.
- Tunçomağ, Kenan/Centel, Tankut (2015) İş Hukukunun Esasları, 7. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi.
- Yılmaz, Ejder (2013) Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.

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 4 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. Ayrıca, en fazla 150'şer kelimedenden oluşacak ve araştırmamanın 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 yazarların 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.
3. Kaynaklar yazının sonunda ayrı bir sayfada "Kaynakça" başlığı altında yazar soyadlarına göre alfabetik sıraya dizilmelidir.
4. Yararlanılan ve gönderme yapılan kaynaklar, aşağıda örnekleri sunulan APA (American Psychological Association) ölçütlerine göre yazılmalıdır.

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 bulunan 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.baslayan.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/ti.asp?eid=1000&i-cid=0> adresinden erişildi.

Yeni Yayınlar

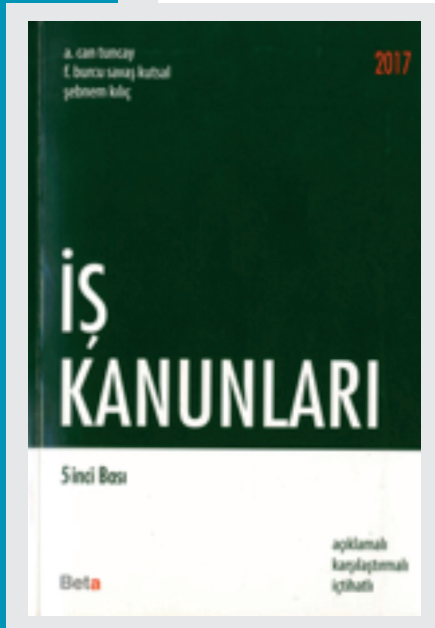


Prof. Dr. A. Can Tuncay ve **Yrd. Doç. Dr. Burcu Savaş Kutsal** tarafından hazırlanan **“Toplu İş Hukuku”** adlı eserin 6. basısı, Eylül 2017 tarihinde yayımlanmıştır.

İlk basısı 1999 yılında yapılan eser, son basıdan bu yana çeşitli kanunlarla getirilen yeni düzenlemeler, diğer yazarlarca çıkarılan yeni yayınlar, Anayasa Mahkemesi ve diğer yargı kararları göz önünde tutularak güncellenmiş; bu çerçevede yabancı hukuka da değinilmiştir.

Her şeyden önce öğrencilerin ders kitabı ihtiyacını karşılamayı amaç edinen eserde, Yargıtay kararlarına ve doktriner tartışmalara fazlaca girilmemeye çalışılmış, daha çok toplu iş hukukunun genel esaslarının ve özelliklerinin vurgulanmasına özen gösterilmiş ve mümkün olduğu ölçüde yabancı kaynaklara da yer verilmeye çalışılmıştır.

Eserde “Sendikalar” birinci bölümde, “Toplu iş sözleşmeleri” ikinci bölümde, “Toplu iş uyuşmazlıkları” üçüncü bölümde ve “Kamu görevlilerinin toplu pazarlık hakları” dördüncü bölümde ayrıntılarıyla yer almaktadır.



Prof. Dr. A. Can Tuncay, **Yrd. Doç. Dr. F. Burcu Savaş** ve **Ar. Gör. Şebnem Kılıç** tarafından hazırlanan **“İş Kanunları”** adlı kitabın güncellenmiş 5. basısı Eylül 2017 tarihinde yayımlanmıştır.

Bu basıda; en son mevzuat değişikliklerine ve gerekli açıklamalara yer verilmiş, 7036 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılan ve 1924 yılından bu yana yürürlükte olan 394 sayılı Hafta Tatili Hakkında Kanun, kitap içeriğinden çıkarılmıştır. Bunun yanı sıra aynı Kanunla 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanunu’nda yapılan değişiklikler kitaba işlenmiştir.

Öğrencilere ve iş hukuku uygulayıcılarına doyurucu ve pratik bir iş hukuku mevzuat derlemesi olma amacı taşıyan eserin ilk bölümünde bireysel iş hukukuna ilişkin kanunlara, ikinci bölümünde toplu iş hukukuna ilişkin kanunlara ve üçüncü bölümünde ise “Diğer İlgili Mevzuat” başlığı altında Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve çeşitli kanunların iş hukuku ile ilgili maddelerine yer verilmiştir.

Prof. Dr. A. Can Tuncay ile **Prof. Dr. Ömer Ekmekçi** tarafından hazırlanan **“Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri”** adlı eserin yenilenmiş 19. basısı Ekim 2017 tarihinde yayımlanmıştır.

Eserin 18. basısından itibaren geçen bir yılda 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda; 6770, 6824, 7020 ve 7033 sayılı Kanunlar ve 681, 687 ve 690 sayılı Kanun Hükmünde Kararnemeler ile yapılan değişiklikler işlenmiştir.

Bunun yanında, yeni basıda yeni kitap ve makaleler ile yeni Yargıtay içtihatları göz önünde tutulmuş ve her basıda olduğu gibi bu basıda da yabancı hukuka yer verilmiştir. Söz konusu eser öğrenciler kadar uygulamacıların da kolaylıkla anlayabileceği şekilde kaleme alınmıştır.

Eser'in birinci bölümünde “Sosyal Güvenliğin Genel Esasları”, ikinci bölümünde “Türk Sosyal Güvenlik Sistemi”, üçüncü bölümünde “Sosyal Sigortaların Özellikleri, Finansmanı ve İşveren Yükümlülükleri”, dördüncü bölümünde “Sosyal Sigortaların Kapsamı ve İsteğe Bağlı Sigortalılık”, beşinci bölümünde “Sosyal Sigorta Türleri İtibariyle Kısa Vadeli Sigorta Kolları”, altıncı bölümünde “Sosyal Sigorta Türleri İtibariyle Uzun Vadeli Sigorta Kolları”, yedinci bölümde “Genel Sağlık Sigortası ve İşsizlik Sigortası”, sekizinci bölümde “Hizmetlerin Birleştirilmesi ve Borçlanma Yoluyla Değerlendirilmesi”, dokuzuncu bölümde “Bireysel Emeklilik Sistemi”, onuncu bölümde “Katılsız Sosyal Güvenlik Sistemi” konularına yer verilmiştir.

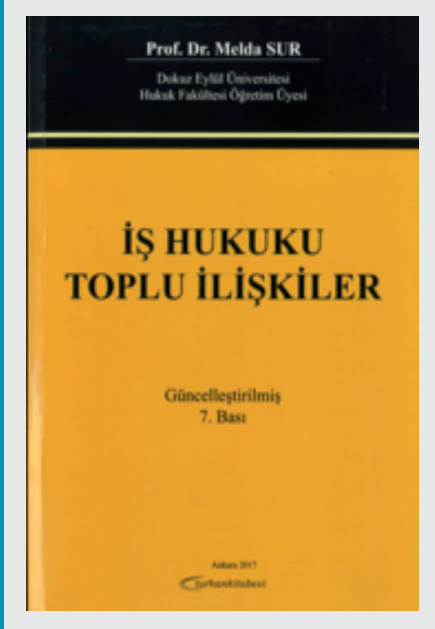
Prof. Dr. Hamdi Mollamahmutoğlu, Doç. Dr. Muhittin Astarlı ve **Yrd. Doç. Dr. Ulaş Baysal** tarafından hazırlanan **“İş Hukuku Ders Kitabı Cilt 1: Bireysel İş Hukuku”** adlı eserin 1. basısı Ekim 2017 tarihinde yayımlanmıştır.

Eser, Prof. Dr. Hamdi Mollamahmutoğlu ve Doç. Dr. Muhittin Astarlı'ya ait Ekim 2014 tarihli “İş Hukuku” adlı kitabın, içerik ve boyut olarak artık öğrencilere yönelik olmaktan uzaklaştığı düşüncesiyle ayrı bir “İş Hukuku Ders Kitabı” ihtiyacını karşılamak üzere hazırlanmıştır. Söz konusu eserin amacı, iş hukuku uygulamasının ayrıntılı problemlerini ele almak veya iş hukuku kavramlarının teorik temellerini derinlemesine tartışmak yerine, iş hukuku dersini alan öğrencilerin, bu alanın temel bilgilerini ve ilkelerini kavramasını sağlamaktır. Bu nedenle “İş Hukuku” kitabında ele alınan birçok konuya “İş Hukuku Ders Kitabı” içeriğinde yer verilmemiştir. Söz konusu eserde ayrıca yüksek mahkeme kararlarının değerlendirilmesi ve karşılaştırılmalı hukuk açısından konuların ele alınması “İş Hukuku” kitabına göre oldukça sınırlı tutulmuştur.

İki kısımdan oluşan eserin “İş Hukukuna Giriş” adlı birinci kısmında sırasıyla; “İş Hukukuna İlişkin Genel Bilgiler”, “İş Hukukunun Temel Kavramları” ve “Bireysel İş İlişkilerini Düzenleyen Kanunların Uygulama Kapsamı” bölümleri yer almakta, “Bireysel İş Hukuku” adlı ikinci kısımda sırasıyla; “İş Sözleşmesi” ve “İşin Düzenlenmesi” bölümleri bulunmaktadır.



Yeni Yayınlar



Prof. Dr. Melda Sur tarafından hazırlanan “**İş Hukuku Toplu İlişkiler**” adlı eserin güncelleştirilmiş 7. baskısı, Kasım 2017 tarihinde yayımlanmıştır.

Söz konusu eserin yeni baskısı hazırlanırken, daha önce de olduğu üzere temel olarak mevzuat ve yasa gerekçeleri esas alınmıştır. Resmi Gazete’de yeni yayımlanan 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nun toplu iş ilişkilerini doğrudan ilgilendiren düzenlemeleri de yeni basıda esere işlenmiştir. Bunun yanı sıra eserde, Türkiye’nin taraf olduğu başlıca uluslararası antlaşmalar ile Avrupa İnsan Hakları Divanı’nın ilgili içtihatlarına yer verilmiştir.

Öğrencilerin kullanacağı bir araç olarak hazırlanan eserin aynı zamanda araştırmacı ve uygulamacılar için de bir kaynak olabilmesi amacıyla, yasadaki sistematığe ve anlatıma uyulmuştur. Eserde ayrıca, tarihi gelişmelere ve yargı kararlarına da yer verilmekte, bazı tartışmalı konular ayrıntılarıyla incelenmektedir.

Eserde “İş Hukuku ve Toplu İlişkilerin Önemi” başlıklı giriş kısmından sonra sırasıyla; “Sendikalar Hukuku”, “Toplu İş Sözleşmeleri” ve “Toplu İş Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları” bölümlerine yer verilmiştir.



Prof. Dr. Sarper Süzek tarafından hazırlanan “**İş Hukuku**” adlı eserin, yenilenmiş 14. baskısı Eylül 2017 tarihinde yayımlanmıştır.

Bu baskıda da; öngörülen son yasalar, “torba yasalarda” yer alan iş hukukuna ilişkin kurallar, yeni yüksek mahkeme kararları açıklanmış ve yorumlanmıştır. Bunun gibi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği tarafından kırk yılı aşkın süredir düzenlenen ve kitap halinde yayımlanan Yargıtay kararları değerlendirilmesi son seminerlerinde yer alan kararlar ve öğretici görüşleri bu baskıda da yorumlanmaya çalışılmıştır. Ayrıca üretken iş hukuku öğretisi tarafından yapılan yeni yayınlarda ileri sürülen bilimsel görüşlerin okurlara aktarılmasına ve değerlendirilmesine çaba gösterilmiştir.

Eserden, uygulamacılar yanında öğrencilerin de yararlanacağı düşünülerek, kapsamı daha geniş tutmamak amacıyla fazla ayrıntıya girmekten mümkün olduğu kadar kaçınılmıştır. Bununla beraber, daha derin incelemeler için başvurulabilecek bilimsel kaynaklar ve yargı kararları dipnotlarda gösterilmiştir.

Eser’in “Genel Esaslar” başlıklı birinci kitap kısmında “İş hukukuna giriş” ve “Temel kavramlar” başlıklı bölümler yer almaktadır. “Bireysel İş Hukuku” başlıklı ikinci kitap kısmı ise, “İş akdi”, “İş akdinden doğan borçlar”, “İş akdinin sona ermesi”, “İşin düzenlenmesi (Kamusal iş hukuku)” ve “İş sağlığı ve güvenliği” bölümlerinden oluşmaktadır.