

SİCİL

İŞ HUKUKU DERGİSİ

TOPLU İŞ HUKUKU

BİREYSEL İŞ HUKUKU SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU

KARAR İNCELEMELERİ **ÇALIŞMA CEZA HUKUKU**

TOPLU İŞ HUKUKU *BİREYSEL İŞ HUKUKU*

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU

MALİ HUKUK KARAR İNCELEMELERİ **TOPLU İŞ HUKUKU**

TOPLU İŞ HUKUKU SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU

BİREYSEL İŞ HUKUKU

BİREYSEL İŞ HUKUKU

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU

ÇALIŞMA CEZA HUKUKU

ÇALIŞMA CEZA HUKUKU

KARAR İNCELEMELERİ

KARAR İNCELEMELERİ

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU

TOPLU İŞ HUKUKU

TOPLU İŞ HUKUKU

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU

BİREYSEL İŞ HUKUKU *TOPLU İŞ HUKUKU*

BİREYSEL İŞ HUKUKU

KARAR İNCELEMELERİ MALİ HUKUK

MALİ HUKUK *TOPLU İŞ HUKUKU*

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU KARAR İNCELEMELERİ

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU

MALİ HUKUK *TOPLU İŞ*

ÇALIŞMA CEZA HUKUKU

HUKUKU

KARAR İNCELEMELERİ *ÇALIŞMA CEZA HUKUKU*

TOPLU İŞ HUKUKU KARAR İNCELEMELERİ

BİREYSEL İŞ HUKUKU

KARAR İNCELEMELERİ

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU

MALİ HUKUK *TOPLU İŞ HUKUKU*

ÇALIŞMA CEZA HUKUKU MALİ HUKUK

BİREYSEL İŞ HUKUKU AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU

SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU **ÇALIŞMA CEZA HUKUKU**

KARAR İNCELEMELERİ *TOPLU İŞ HUKUKU*

MALİ HUKUK SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU

ÇALIŞMA CEZA HUKUKU KARAR İNCELEMELERİ

BİREYSEL İŞ HUKUKU SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU **TOPLU İŞ HUKUKU**

MALİ HUKUK *ÇALIŞMA CEZA HUKUKU* KARAR İNCELEMELERİ

SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU *BİREYSEL İŞ HUKUKU*

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU MALİ HUKUK *ÇALIŞMA CEZA HUKUKU*

KARAR İNCELEMELERİ SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU *TOPLU İŞ HUKUKU*

ÇALIŞMA CEZA HUKUKU AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU

MALİ HUKUK *BİREYSEL İŞ HUKUKU*

SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU KARAR İNCELEMELERİ

TOPLU İŞ HUKUKU *ÇALIŞMA CEZA HUKUKU*

KARAR İNCELEMELERİ **AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU**

MALİ HUKUK **TOPLU İŞ HUKUKU**

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU *SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU*

KARAR İNCELEMELERİ **AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU** *TOPLU İŞ HUKUKU*

TOPLU İŞ HUKUKU MALİ HUKUK **SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU**

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU **MALİ HUKUK**

ÇALIŞMA CEZA HUKUKU KARAR İNCELEMELERİ

BİREYSEL İŞ HUKUKU

BİREYSEL İŞ HUKUKU

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU

ÇALIŞMA CEZA HUKUKU

KARAR İNCELEMELERİ

TOPLU İŞ HUKUKU

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU

BİREYSEL İŞ HUKUKU

MALİ HUKUK *TOPLU İŞ HUKUKU*

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU

ÇALIŞMA CEZA HUKUKU

KARAR İNCELEMELERİ

TOPLU İŞ HUKUKU

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU

MALİ HUKUK *TOPLU İŞ HUKUKU*

ÇALIŞMA CEZA HUKUKU MALİ HUKUK

BİREYSEL İŞ HUKUKU AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU

SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU **ÇALIŞMA CEZA HUKUKU**

KARAR İNCELEMELERİ *TOPLU İŞ HUKUKU*

MALİ HUKUK SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU

ÇALIŞMA CEZA HUKUKU KARAR İNCELEMELERİ

BİREYSEL İŞ HUKUKU SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU **TOPLU İŞ HUKUKU**

MALİ HUKUK *ÇALIŞMA CEZA HUKUKU* KARAR İNCELEMELERİ

SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU *BİREYSEL İŞ HUKUKU*

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU MALİ HUKUK *ÇALIŞMA CEZA HUKUKU*

KARAR İNCELEMELERİ SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU *TOPLU İŞ HUKUKU*

ÇALIŞMA CEZA HUKUKU AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU

MALİ HUKUK *BİREYSEL İŞ HUKUKU*

SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU KARAR İNCELEMELERİ

TOPLU İŞ HUKUKU *ÇALIŞMA CEZA HUKUKU*

KARAR İNCELEMELERİ **AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU**

MALİ HUKUK **TOPLU İŞ HUKUKU**

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU *SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU*

KARAR İNCELEMELERİ **AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU** *TOPLU İŞ HUKUKU*

TOPLU İŞ HUKUKU MALİ HUKUK **SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU**

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU **MALİ HUKUK**

ÇALIŞMA CEZA HUKUKU KARAR İNCELEMELERİ

BİREYSEL İŞ HUKUKU



SİCİL İŞ HUKUKU DERGİSİ

SİCİL LABOUR LAW JOURNAL

Yıl/Year: 2022 **Sayı/Issue:** 48 **ISSN** 1306-6153

Hakemli Dergi/Peer Reviewed Journal

MESS adına Sahibi/Publisher On Behalf of MESS: Özgür Burak AKKOL
MESS Yönetim Kurulu Başkanı/Chairman of MESS Management Board

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü/Responsible Manager:

Fatih AY, MESS Genel Sekreteri/Secretary General of MESS

Yayın Yönetmeni/Editorial Director:

Av. Erten CILGA, MESS Baş Hukuk Müşaviri/Chief Legal Advisor of MESS

Dil Editörü/Language Editor:

Av. Nağme HOZAR, MESS, In-House Counsel

Yayın Kurulu/Editorial Board:

Av. Mesut ULUSOY, MESS, In-House Counsel
Av. Şeyda VIEIRA NOBRE BISCAYA, MESS, In-House Counsel
Av. Murat BATUR, MESS, In-House Counsel
Av. Nağme HOZAR, MESS, In-House Counsel
Av. Uygur BOSTANCI, MESS, In-House Counsel
Av. Kadir GÜNAY, MESS, In-House Counsel
Av. Emre BÜYÜKKARABOSTANOĞLU, MESS, In-House Counsel
Av. Ömer Faruk İŞLER, MESS, In-House Counsel
Av. Mesut SERİN, MESS, In-House Counsel

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 Reviewed, Local, Periodical Publication

Yayın Dili/Language of Publication:

Türkçe/Turkish

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 2023/January 2023

İletişim Adresi/Contact Adress:

Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası/Turkish Employers' Association of Metal Industries
Ferko Signature, Büyükdere Cad. No: 175 Kat: 13-14 34394 Şişli-İstanbul
Telefon/Telephone: +90 212 371 63 00 (pbx) Faks/Fax: +90 212 371 63 01
E-posta/E-mail: mess@mess.org.tr
sicil.mess.org.tr

Bu dergi (TÜBİTAK Ulakbim) TR Dizin Hukuk veri tabanında yer almaktadır.
This journal is scanned in the TR Law Index of TUBITAK Ulakbim databases.

Bu dergide yayımlanan yazılarda yer alan görüşler yazarlara aittir. Kaynak gösterilerek alıntı yapılabilir.
Articles published in this journal represent the views of the authors. Quotations may be used by reference.

DANIŞMA KURULU

Prof. Dr. Levent AKIN - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. A. Nizamettin AKTAY - Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ercan AKYİĞİT - MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Gülsevil ALPAGUT - İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Kadir ARICI - Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ufuk AYDIN - İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Zehra Gönül BALKIR - Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Nurşen CANIKLIOĞLU - Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Tankut CENTEL - Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Fevzi DEMİR - Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Murat DEMİRCİOĞLU - Yıldız Teknik Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Prof. Dr. Toker DERELİ - İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi -
Işık Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ - İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Münir EKONOMİ - İstanbul Teknik Üniversitesi Emekli Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Nüvit GEREK - Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Hakan KESER - Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Prof. Dr. Metin KUTAL - İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Ünal NARMANLIOĞLU - Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Serkan ODAMAN - Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Polat SOYER - Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER - Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER - Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Sarper SÜZEK - Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Müjdat ŞAKAR - Marmara Üniversitesi İktisat Fakültesi

Prof. Dr. Doğan ŞENYÜZ - Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. A. Can TUNCAY - Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN - Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

SİCİL İŞ HUKUKU DERGİSİ HAKKINDA

Amaç ve Kapsam

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 (yılıda 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 ve sosyal güvenlik 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 değerlendirilmektedir.

ABOUT SİCİL LABOUR LAW JOURNAL

Aim and Scope

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 analysis in SİCİL Labour Law Journal, which we believe is an important source of reference in the field of current and draft labour and social security legislation, is being 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.

SİCİL İş Hukuku dergimizin 48. sayısında 9 makale bulunmaktadır. Bu çerçevede bu sayıda; Prof. Dr. Nurşen Caniklioğlu'nun "Sözleşme ile Bayram ve Genel Tatil Günlerinde Çalışmayı Kabul Eden İşçinin Bu Günlerde Çalışmaması Devamsızlık Sayılır mı?", Prof. Dr. Serkan Odaman'ın "Resmi Arabuluculuk Sistemi ve Uygulamasındaki Sorunlar ile Çözüm Önerileri", Prof. Dr. Ercüment Özkaraca-Arş. Gör. Merve Akkaya'nın "Hak Sahiplerinin Hizmet Tespit Davası Açma Süresi", Doç. Dr. Ulaş Baysal-Dr. Öğr. Üyesi Çiçek Ersoy'un "Alman Tedarik Zincirleri Özen Yükümlülükleri Kanunu (Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz) ve Türkiye'deki Çalışma İlişkilerine Etkileri", Doç. Dr. Ayşe Gül Kökkılınç-Doç. Dr. Gözde Kaya'nın "AB Hukukunda Kadın Erkek Arasında Ücret Eşitliği İlkesi: Güncel Gelişmeler Üzerine Bir İnceleme", Dr. Öğr. Üyesi

Duygu Çelebi Demir-Dr. Mehpere Çaptuğ Dilek'in "Vakıf Üniversitesinde Çalışan Akademik Personelin Eşit Ücret Hakkı", Dr. Öğr. Üyesi Emre Ertan'ın "İş Sözleşmesinin İşverenin Ölümüyle Sona Ermesi", Dr. Öğr. Üyesi Ayça İzmirlioğlu'nun "Toplum Yararına Program Kapsamında Çalışan İşçilerin İş Sözleşmelerinin Türü Hakkında Değerlendirme" ve Dr. Eda Odaman'ın "İşletme Toplu İş Sözleşmesinin Varlığı İddiasıyla Yapılan Yetki İtirazı" 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 48. sayısını siz değerli okuyucularımızın bilgilerine sunar; yazarlarımıza, makaleleri ve karar incelemelerini büyük bir titizlikle inceleyen hakemlerimize ve Danışma Kurulumuza teşekkür ederiz.

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

Saygılarımızla,

Yayın Yönetmeni/Editorial Director

SİCİL İŞ HUKUKU DERGİSİ YAYIN POLİTİKASI

- 1 Dergide yayımlanması istenen yazılar MESS'in mess@mess.org.tr elektronik posta adresine gönderilmelidir.
- 2 SİCİL İş Hukuku dergisi altı ayda bir (yılda iki kez) yayımlanan hakemli bir dergidir.
- 3 Dergide yayımlanabilecek yazılar, iş hukuku ve sosyal güvenlik hukuku alanını ilgilendiren içerikte yazılardır (Makale, karar incelemesi ve çeviri).
- 4 Yazıların dili Türkçedir.
- 5 Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
- 6 Dergiye gönderilen yazılar Türkçe ve İngilizce başlık ve hem Türkçe hem de İngilizce özet kısmı içermelidir.
- 7 Dergiye gönderilen yazılarda ilgili yazıdaki konuyu tanımlayan Türkçe ve İngilizce uygun anahtar sözcükler kullanılmalıdır.
- 8 Dergiye gönderilen yazıların yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu ve basılmaya hazır olarak gönderildiği kabul edilir.
- 9 Yayımlanan yazıların her türlü sorumluluğu yazar(lar)ına aittir.
- 10 Hakemlerin ve yazarların isimleri gizli tutulur.
- 11 Yazıların yayımlanması konusunda son karar Yayın Kurulu'na aittir.
- 12 Yayımlanmayan yazılar iade edilmez.
- 13 Dergide yer alan yazılar kaynak gösterilmeden kullanılamaz.
- 14 Dergide yayımlanan yazıların yayın hakkı MESS Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası'na aittir.
- 15 Dergide yayımlanan yazılarda yer alan görüşler yazarlara aittir. Kaynak gösterilerek alıntı yapılabilir.

HAKEM DEĞERLENDİRME SÜRECİ

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. Hakem değerlendirme raporları, TÜBİTAK ULAKBİM TR Dizin Komitesi'nin incelemesine olanak verecek şekilde yayın tarihinden sonra en az beş yıl süreyle saklanmaktadır. Yazıların yayımlanması konusunda son karar Yayın Kurulu'na aittir. Yayımlanmayan yazılar iade edilmez.

ÜCRET POLİTİKASI

Makale gönderim/süreç işletimi ücretsizdir.

İçindekiler

Araştırma Makaleleri

11

Sözleşme ile Bayram ve Genel Tatil Günlerinde Çalışmayı Kabul Eden İşçinin Bu Günlerde Çalışmaması Devamsızlık Sayılır mı?

Prof. Dr. Nurşen CANIKLIOĞLU

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

31

Resmi Arabuluculuk Sistemi ve Uygulamasındaki Sorunlar ile Çözüm Önerileri

Prof. Dr. Serkan ODAMAN

Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

48

Hak Sahiplerinin Hizmet Tespit Davası Açma Süresi

Prof. Dr. Ercüment ÖZKARACA* -Arş. Gör. Merve AKKAYA**

*Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

**Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı

72

Alman Tedarik Zincirleri Özen Yükümlülükleri Kanunu (Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz) ve Türkiye'deki Çalışma İlişkilerine Etkileri

Doç. Dr. Ulaş BAYSAL- Dr. Öğr. Üyesi Çiçek ERSOY

İstanbul Teknik Üniversitesi İşletme Fakültesi İşletme Mühendisliği

84

AB Hukukunda Kadın Erkek Arasında Ücret Eşitliği İlkesi: Güncel Gelişmeler Üzerine Bir İnceleme

Doç. Dr. Ayşe Gül KÖKKİLİNÇ* -Doç. Dr. Gözde KAYA**

* Dokuz Eylül Üniversitesi İşletme Bölümü Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

** Dokuz Eylül Üniversitesi Uluslararası İlişkiler Bölümü Avrupa Birliği Hukuku Anabilim Dalı

107

Vakıf Üniversitesinde Çalışan Akademik Personelin Eşit Ücret Hakkı

Dr. Öğr. Üyesi Duygu ÇELEBİ DEMİR* -Dr. Mehpare ÇAPTUĞ DİLEK**

* Çankırı Karatekin Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

** Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı

İçindekiler

- 127** İş Sözleşmesinin İşverenin Ölümüyle Sona Ermesi
Dr. Öğr. Üyesi Emre ERTAN
Marmara Üniversitesi İktisat Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı
- 143** Toplum Yararına Program Kapsamında Çalışan İşçilerin İş Sözleşmelerinin Türü Hakkında Değerlendirme
Dr. Öğr. Üyesi Ayça İZMİRLİOĞLU
İzmir Demokrasi Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı
- 164** İşletme Toplu İş Sözleşmesinin Varlığı İddiasıyla Yapılan Yetki İtirazı
Dr. Eda ODAMAN
Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

Contents

Research Articles

11

On the Assumption Employee Agrees to Work on National Day and Public Holidays within a Contract, Could His Failure to Work Be Considered as an Absenteeism?

Prof. Dr. Nurşen CANİKLİOĞLU

Marmara University, Faculty of Law, Labour and Social Security Law

31

Official Mediation System, Problems and Solution Proposals in the Application

Prof. Dr. Serkan ODAMAN

Yaşar University, Faculty of Law, Labour and Social Security Law

48

The Term of Litigation for Service Detection Action for the Right Holders

Prof. Dr. Ercüment ÖZKARACA* - Res. Assist. Merve AKKAYA**

* Marmara University, Faculty of Law, Labour and Social Security Law

** Marmara University, Institute of Social Sciences, Private Law

72

German Supply Chains Due Diligence Act (Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz) and Its Impact on Labor Relations in Turkey

Assoc. Prof. Dr. Ulaş BAYSAL - Assist. Prof. Dr. Çiçek ERSOY

Istanbul Technical University, Faculty of Management, Management Engineering

84

The Principle of Equal Pay Between Women and Men under EU Law: An Analysis on Recent Developments

Assoc. Prof. Dr. Ayşe Gül KÖKKİLİNÇ* - Assoc. Prof. Dr. Gözde KAYA**

* Dokuz Eylül University, Faculty of Business Administration, Trade Law

** Dokuz Eylül University, International Relations Department, EU Law

107

Equal Pay Right of Academic Staff Working at Private University

Assist. Prof. Dr. Duygu ÇELEBİ DEMİR* - Dr. Mehpare ÇAPTUĞ DİLEK**

* Çankırı Karatekin University, Faculty of Law, Labour and Social Security Law

** Dokuz Eylül University, Faculty of Law, Administrative Law

Contents

127

The Ending of the Employment Contract by Employer's Death

Assist. Prof. Dr. Emre ERTAN

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

143

Evaluation About the Type of Employment Contracts of Workers Working under the Public Workfare Programme

Assist. Prof. Dr. Ayça İZMİRLİOĞLU

İzmir Democracy University, Faculty of Law, Labour and Social Security Law

164

Disputing the Competence Related to the Existence of Enterprise Collective Labour Agreement

Dr. Eda ODAMAN

Dokuz Eylül University, Faculty of Economics and Administrative Sciences, Labour Economics and Industrial Relations Department, Labour and Social Security Law

Prof. Dr. Nurşen CANIKLIOĞLU*

Araştırma Makalesi
Sicil, 2022/II Sayı 48: 11-30
Makale Gönderim Tarihi: 14 Aralık 2022
Makale Kabul Tarihi: 21 Aralık 2022

Sözleşme ile Bayram ve Genel Tatil Günlerinde Çalışmayı Kabul Eden İşçinin Bu Günlerde Çalışmaması Devamsızlık Sayılır Mı?

Öz

Ulusal bayram ve genel tatil günlerinde resmi daire ve kuruluşların tatil edilmesi gerekmektedir. Buna karşılık özel işyerleri açısından böyle bir hüküm bulunmamaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu'na göre, iş sözleşmesi ya da toplu iş sözleşmesine konulan bir hükümle işçi bayram ve genel tatillerde çalışmayı kabul etmemişse bu gibi günlerde çalıştırılması

işçinin onayına tabidir. İşçinin onay vermesine rağmen sözü edilen günlerde çalışmaması ise daha önceki Yargıtay kararlarında bir devamsızlık olarak değerlendirilirken Yargıtay son dönemde bu görüşünü terk etmiş görünmektedir. Bu çalışmada konuya ilişkin Yargıtay kararları ortaya konulacak ve isabetli olup olmadığı değerlendirilecektir.

Anahtar Sözcükler:

Ulusal bayram ve genel tatiller, devamsızlık, işgünü kavramı, haklı sebep.

On the Assumption Employee Agrees to Work on National Day and Public Holidays within a Contract, Could His Failure to Work Be Considered as an Absenteeism?

Abstract

On national and public holidays, government offices and entities must be closed. On the other hand, there is no such provision for private enterprises. According to Labor Law No. 4857, if the employee does not agree to

work on national and public holidays with a provision in the employment contract or collective bargaining agreement, his employment on such days is subject to the approval of the employee. Failure to work on holidays despite

*Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, nursenca@hotmail.com,
ORCID: 0000-0001-5864-8270.

this consent was considered absenteeism in the previous Supreme Court decisions, but the Supreme Court seems to have abandoned this

view recently. In this article, verdicts of the Supreme Court on different aspects of the subject will be examined and evaluated.

Keywords:

National day and public holidays, absenteeism, workday concept, valid reason.

I. Giriş

Ulusal bayram ve genel tatil günleri bir ülke halkını bir araya getiren, o ülke halkının ortak duygu ve düşüncelerle hep birlikte kutladıkları özel günlerdir. Bu günlerin anlamına uygun olarak yaşanabilmesi için sözü edilen günlerin tatil olması gerekir. Zira ancak bu sayede bu günlerin birlikte, coşku içinde, aynı duygularla yaşanabilmesi mümkün olur.

Ülkemizde de pek çok bayram ve genel tatil günü vardır. Büyük bir "Kurtuluş Savaşı" yaşamış ülkemizde Cumhuriyetin kurulması hiç de kolay olmamıştır. Yok edilmek istenen bir millet, destansı savaşlarla var olma mücadelesi vermiş ve kazandığı bu mücadelenin şanlı sayfalarını da bayram ilan etmiştir. Ancak bir ülke halkının ortak harcının oluşmasında sadece milli günlerin öneminden söz edilemez. Dini günler de bu açıdan büyük önem taşır ve bu günlerin de hep birlikte kutlanmasını sağlayacak özel düzenlemelerin yapılması gerekir. Nitekim 2429 sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun ile hem dini hem de milli bayramlar tatil günü olarak düzenlenmiş, bunların dışında bazı özel günler de genel tatil günü olarak kabul edilmişlerdir.

2429 sayılı Kanun'a göre, bayramlarda ve genel tatil günlerinde *resmi daire ve kuruluşlar* tatil edilir. Hükmün de gösterdiği gibi Kanun sadece resmi daire ve kuruluşlara yönelik düzenleme öngörmekte, ancak özel sektör işyerlerinin tatil edileceğine ilişkin bir hüküm içermemektedir. Denilebilir ki, kanun koyucu bu konuda tüm iş-

yerleri için genel bir kural getirmekten özel olarak kaçınmış, resmi daire ve kuruluşları düzenlemekle yetinmiş, işyerlerindeki işin sürekliliği ya da işyerlerinin ihtiyaçlarını dikkate alarak konunun düzenlenmesini iş kanunlarına bırakmayı tercih etmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun konuya ilişkin 44. maddesinde de bayramlarda ve genel tatil günlerinde İş Kanunu kapsamına giren işyerlerinin tatil edilmesi gerektiğine yönelik bir hüküm bulunmamaktadır. Buna karşılık 44. madde *aksine bir anlaşma olmadığı sürece* ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışmayı işçinin onayına tabi tutmaktadır. Bu düzenleme biçiminden kanun koyucunun iradesinin söz konusu günlerin esas itibarıyla tatil olması yönünde olduğu, ancak aksine anlaşmayı da mümkün kıldığı ortaya çıkmaktadır.

Bu noktada şunu da belirtmek isteriz ki, ulusal bayram ve genel tatil günleri kişilerin dinlenmesini sağlama amacı gütmemektedirler. Gerçekten bu günlerin tatil olması ile -en azından resmi daire ve kuruluşlar için- amaçlanan, yukarıda da belirtildiği gibi, ortak gurur, birlik ve beraberlik günlerinin yine ortak duygu ve düşüncelerle kutlanmasına, kişilerin aile ve sevdikleri ile birlikte olmalarına imkân tanımaktır¹. Kuşkusuz bu günlerin tatil olmasının doğal sonucu olarak kişiler o gün dinlenme olanağına da kavuşurlar, ancak bu durum anılan günleri bir dinlenme günü olarak nitelendirmeyi gerektirmez. Bu

1 Aynı yönde Süzek, Sarper: İş Hukuku, 21. Baskı, İstanbul 2021, 864.

nedenle bu günler iş kanunlarında düzenlenen dinlenme haklarının dışında başka bir öneme ve işleve sahiptirler.

Bu makalede, iş sözleşmesi ya da toplu iş sözleşmesi ile bayram ve genel tatillerde çalışacağına kararlaştırılmasına rağmen işçinin bu yükümlülüğüne aykırı davranmasının yaptırımı üzerinde durulacaktır. Konunun açıklığa kavuşturulabilmesi amacıyla öncelikle, ulusal bayram ve genel tatil günlerinin yasal çerçevesi ortaya konulacak, işçinin ulusal bayram ve genel tatillerde çalışmasının gerekip gerekmediğine ilişkin iş kanunlarındaki düzenlemeler ele alınacaktır. Ardından ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışmayı kabul etmesine rağmen çalışmayan işçinin bu davranışının işverene iş sözleşmesini haklı nedenle feshetme hakkı verip vermediği, bu bağlamda da sözü edilen davranışın İş Kanunu m.25/II, (g) bendi uyarınca izinsiz ve mazeretsiz devamsızlık niteliği taşıyıp taşımadığı değerlendirilecektir.

Belirtelim ki, Yargıtay konuya ilişkin olarak nispeten kısa aralıklarla verdiği kararlarında birbirinden oldukça farklı sonuçlara ulaşmıştır. Bu nedenle makalenin son bölümünde konuya ilişkin yargı kararlarındaki gelişim üzerinde daha geniş durulacak ve ardından görüşümüz ortaya konulacaktır.

II. 2429 Sayılı Kanun'a Göre Ulusal Bayram ve Genel Tatil Günleri

2429 sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tatil Günleri Hakkında Kanun, bayramları üçe ayırmıştır. Bunlardan ilki ulusal bayram, diğerleri ise resmi ve dini bayramlardır. Kanun bunların dışındaki bazı özel günleri ise "genel tatil günleri" olarak nitelendirmiş ve özel olarak hüküm altına almıştır.

Kanun'a göre, 1923 yılında Cumhuriyetin ilan edildiği 29 Ekim günü Ulusal Bayram'dır. Türkiye'nin içinde ve dışında Devlet adına yalnız bu gün tören yapılır ve Bayram 28 Ekim günü saat

13.00'ten itibaren başlar, 29 Ekim günü devam eder (m.1). Hükümün de gösterdiği gibi ulusal bayramımız tek olup Kanun'da sadece 29 Ekim Cumhuriyet Bayramı Ulusal Bayram olarak kabul edilmiştir.

Resmi bayramlar ise; "23 Nisan günü Ulusal Egemenlik ve Çocuk Bayramı", "19 Mayıs günü Atatürk'ü Anma ve Gençlik ve Spor Bayramı", "30 Ağustos günü Zafer Bayramı"dır (m.2/1, A). Kanun'da dini bayram olarak "Ramazan Bayramı" ile "Kurban Bayramı" sayılmış, Ramazan Bayramı tatilinin arefe günü saat 13.00'ten itibaren başladığı ve 3,5 gün olduğu (m.2/1, B, 1), Kurban Bayramı tatilinin ise arefe günü saat 13.00'ten itibaren başlayarak 4,5 gün olduğu (m.2/1, B, 2) belirtilmiştir.

Kanun'a göre, 1 Ocak günü "yılbaşı tatili", 1 Mayıs günü "Emek ve Dayanışma Günü", 15 Temmuz günü ise "Demokrasi ve Milli Birlik Günü" tatilidir (m.2/1, C). Bu günler Kanun'da, yukarıda da belirttiğimiz gibi, genel tatil günleri olarak düzenlenmişlerdir. Bunlardan 15 Temmuz "Demokrasi ve Milli Birlik Günü" tatili Kanun'a 25.10.2016 tarih ve 6752 sayılı Kanun'un 2. maddesi ile eklenmiştir².

Ulusal, resmi ve dini bayram günleri ile yılbaşı günü, 1 Mayıs günü ve 15 Temmuz günü resmi daire ve kuruluşlar tatil edilir (m.2/1, 4, D). Söz konusu günlerin ya da bitiminin cuma gününe rastlaması halinde takip eden cumartesi günü de tatil edilir. Gerçekten Kanun'a bu konuya ilişkin olarak özel bir hüküm eklenmiş ve "Bu Kanunda belirtilen Ulusal Bayram ve genel tatil günleri; Cuma günü akşamı sona erdiğinde müteakip Cumartesi gününün tamamı tatil yapılır." denilerek bu günleri takip eden cumartesi gününün de tatil olması amaçlanmıştır (m. 2/3).

Önemle eklenmelidir ki, bayram ve genel tatil gününü takip eden cumartesinin tatil oluşu bu günün de bayram ya da genel tatil günü olduğu anlamına gelmemektedir. Bir diğer deyişle bu güne ilişkin olarak Kanun ya da sözleşmeler-

² RG., 29.10.2016, 29872.

deki bayram ve genel tatil günü için kararlaştırılan hükümler uygulanmaz, sadece o gün işçinin çalışması gerekmez. Buna rağmen tatil gününü takip eden cumartesi günü işçi tatil yapmayarak çalışırsa o günün ücretine hak kazanır, bu çalışma fazla çalışma niteliği taşırsa ayrıca fazla çalışma ücreti de ödenir. Buna karşılık bayram ve genel tatiller için sözleşmelerle ayrıca bir ilave ücret kararlaştırılmışsa işçi bu ücrete hak kazanamaz³. Nitekim Yargıtay da 2003 yılında bu yönde karar vermiştir⁴.

3 Aksi görüş, Danar, Cüneyt: Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun Gereği Tatil Edilen Cumartesi Günü Genel Tatil Günü Müdür?, Sicil İş Hukuku Dergisi, Eylül 2006, 110 vd.

4 Yarg. 9 HD., 23.10.2003, E. 2003/17723, K. 2003/17653, (www.kazanci.com). Yargıtay bu kararında, "Davacının dayanak yaptığı 01.03.2001-28.02.2003 dönemini kapsayan Toplu İş Sözleşmesinin 36.maddesinin "Ulusal Bayram ve Genel Tatil Günleri Ücretleri" başlıklı II. bendinde; "...ulusal bayram ve genel tatil günleri, ilgili kanunlarda belli edilen günler olup, bu güne ait ücretleri çalıştırılmadıkları takdirde bir iş karşılığı olmaksızın tam yevmiye, tatil yapmayarak çalıştırdıkları takdirde ise bir misli fazlası ödenir. Ayrıca, bu iki misli ücretin % 50'si tutarı tazminat olarak ödenir..." hükmü yer almaktadır.../... Yine aynı sözleşmenin 36. maddesinde "... haftalık iş süresi 5 gün ve 45 saat olarak uygulanan işçilerden haftalık iş süresine uygun olarak çalışmış olup, Cumartesi günü dinlenmesi gereken işçilerin bu gün çalıştırılmaları halinde çalıştırlıkları süreye ait ücretleri % 75 zamlı ödenir..." denilmektedir. Davacı genel tatil günü olan Cuma gününden sonraki Cumartesi gününün de genel tatil günü olarak değerlendirilmesini talep etmektedir. Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun'unun 2/D maddesinde; "Bu kanunda belirtilen Ulusal Bayram ve Genel Tatil Günleri Cuma günü akşamı sona erdiğinde müteakip Cumartesi gününün tamamı tatil yapılır..." hükmü yer almaktadır. Kanunun bu maddesinin düzenleniş amacı, Kanunun yayımlandığı tarihte Cumartesi günleri saat 13'e kadar çalışma yapılmasıdır. Yasa belirtilen maddesiyle bu süreyi de tatil gününün kapsamı içine almış olup, Cumartesi gününün genel tatil günü olarak kabulü mümkün değildir.../... Bugünün de normal Cumartesi günü olarak değerlendirilmesi gerekir.../... Ayrıca yukarıda belirtilen Yasada genel tatil günlerinin kaç gün olduğu da belirtilmiştir. İlgili toplu iş sözleşmesinde Cumartesi günleri çalışma yapılması halinde ödenecek ücret de açıkça belirtilmiştir. Yine 1475 sayılı İş Kanununun 38. maddesinde de Cumartesi günü ücreti düzenlendiği gibi aynı Yasanın 42.maddesinde de genel tatil günü ücretinin hangi günler için ödeneceği belirtilmektedir. Bütün bu yasal düzenlemeler karşısında son günü Cumaya gelen genel tatil gününü takip eden Cumartesi gününün de genel tatil günü olarak kabul edilmesi mümkün olmayacağından, usul ve yasaya aykırı olarak verilmiş olan mahkeme kararının bozulması gerekmiştir."

2429 sayılı Kanun'da ulusal bayram ve genel tatillerde tüm resmi daire ve kuruluşların tatil yapacağı öngörüldükten sonra devamlılığında zorunluluk olan hizmetler dikkate alınarak "mahiyetleri itibariyle sürekli görev yapması gereken kuruluşların özel kanunlarındaki hükümler" in saklı olduğu belirtilmiştir (m.2/3). Bu düzenlemenin ardından da Kanun'da 29 Ekim Günü özel işyerlerinin kapanmasının zorunlu olduğu (m.2/4) hükmüne yer verilmiştir.

Düzenlemelerin maddedeki bu sıralaması dikkate alındığında mahiyetleri itibariyle sürekli görev yapması gereken özel sektör işyerlerinin 29 Ekim günü kapalı olması gerekip gerekmediği duraksama yaratacak niteliktedir. Gerçekten yukarıda da belirtildiği gibi, Kanun'da "mahiyetleri itibariyle sürekli görev yapması gereken kuruluşların özel kanunlarındaki hükümler" in saklı olduğu hükmü özel işyerlerinin 29 Ekim günü kapanmasının zorunlu olduğuna ilişkin hükümden önce düzenlenmiştir. Bu düzenleme biçimi de 29 Ekim günü için herhangi bir istisna olmadığı anlamı çıkarmaya müsaittir. Oysa bir hizmetin, örneğin sağlık hizmeti sunan bir hastanenin hizmetinin kesintiye uğraması, o gün itibariyle hastanenin kapatılması mümkün değildir. Aynı şekilde ulaşım hizmetlerinin 29 Ekim günü de devam etmesi gerektiği açıktır. Bu bağlamda özel ya da kamuya ait olup olmadığına bakılmaksızın bir hastanenin ya da örneğin ulaşım hizmetlerinin 29 Ekim günü ya da diğer bayram ve genel tatil günlerinde faaliyetinin devam etmesi gerektiğinde şüphe yoktur. Bu nedenle bize göre, Kanun'da işin niteliği gereği kesintisiz hizmet verilmesi gereken işyerlerinin ulusal bayram ve genel tatillerde kapanmak zorunda olmadığına belirtilmesi ile yetinilmesi çok daha isabetli olurdu. Bu yöndeki hükmün de işyerlerinin tatil olmasına ya da kapanmasına ilişkin hükümlerden sonra yer alması gerekirdi.

Esasında, 29 Ekim günü özel işyerlerinin kapanmasına yönelik hükmün de tekrar gözden geçirilmesinde fayda bulunmaktadır. Bize göre sadece hizmetin devamında zorunluluk olan işyerleri ile sınırlı olmaksızın tüm işyerlerinde 29 Ekim

günü çalışma yapılabilmesi mümkün olabilmelidir⁵. Kaldı ki, özel işyerlerinin 29 Ekim günü kapatılması zorunluluğuna uymayan işverenler için kanunlarda özel bir yaptırım da öngörülmemiştir. Bu durum söz konusu hükmü bir temenni niteliğinde bırakmakta, ancak ihtiyaçlar dikkate alındığında bir yaptırım öngörülmemiş olması da isabet taşımaktadır. Bu nedenle sözü edilen zorunluluğun kaldırılması daha isabetli olacaktır kanaatindeyiz.

III. Ulusal Bayram ve Genel Tatil Günlerinde Özel Sektör İşyerlerinin Tatil Olması Gerekip Gerekmediği

1. İş Kanunlarındaki Düzenlemeler

Yukarıda da belirtildiği gibi, ulusal bayram ve genel tatil günlerinde sadece "resmi daire ve kuruluşlar" tatil edilirler (UBGTK., m.2/1, D). Özel işyerlerinin kapatılması ise 29 Ekim Cumhuriyet Bayramı ile sınırlı tutulmuş (UBGT., m.2/son), 29 Ekim gününe yönelik bu düzenleme dışında Kanun'da özel sektöre ait işyerleri için herhangi bir düzenleme yapılmamış, konu iş kanunlarına bırakılmıştır.

4857 sayılı İş Kanunu m. 44'de "Ulusal bayram ve genel tatil günlerinde işyerlerinde çalışılıp çalışılmayacağı toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmeleri ile kararlaştırılır. Sözleşmelerde hüküm bulunmaması halinde söz konusu günlerde çalışılması için işçinin onayı gereklidir." denilmiştir (m.44/1). Kanun'a göre, bu günlere ait ücretler 47. maddeye göre ödenir (m.44/2).

854 sayılı Deniz İş Kanunu'nda ise bayram ve genel tatillerde çalışma yapılıp yapılmayacağına ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. "Genel tatil ücreti" başlıklı 43. maddede ise doğrudan bu gibi günlerde yapılan çalışmalar için ödenmesi gereken ücrete ilişkin kural belirlenmiştir. Buna göre; "Bu kanun kapsamına

giren gemilerde çalışan gemiadamlarına, 2739 sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Kanunu ile anılan kanuna ek 3466 ve 221 sayılı kanunlarda yazılı bulunan ulusal bayram ve genel tatil günlerinde, bir iş karşılığı olmaksızın bir günlük ücreti tutarında tatil ücreti, ücret ödeme şekline bakılmaksızın ayrıca ödenir" (m.43). Ekleyelim ki, maddede sözü geçen 2739 sayılı Kanun 2429 sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun'la yürürlükten kaldırılan bir önceki Kanun'dur. 2429 sayılı Kanun'un 5. maddesinde "27/5/1935 tarihli ve 2739 sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun ile bu Kanun'da değişiklik yapan kanunlar yürürlükten kaldırılmıştır." denilmiş, ancak kanunlarda 2739 sayılı Kanun'a yapılan atıfların 2429 sayılı Kanun'a yapılmış sayılacağına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Her ne kadar bu yönde bir düzenleme yapılmamış olsa da 854 sayılı Kanun'daki 2739 sayılı Kanun'a yapılan atfın 2429 sayılı Kanun'a yapılmış sayılacağı açıktır.

Konuya ilişkin olarak değerlendirilmesi gereken bir diğer husus ise bu günlerde gemiadamının çalışmak zorunda olup olmadığıdır. Kanun'daki bu düzenleme boşluğunu İş K. m.44'deki düzenlemeyi kıyasen uygulayarak doldurmak gerekir kanaatindeyiz. Bize göre, bayram ve genel tatil günlerinde çalışılıp çalışılmayacağına ilişkin olarak sözleşmesinde ya da toplu iş sözleşmesinde hüküm bulunmadığı sürece kural olarak gemiadamının onayının alınması gerektiği kabul edilmelidir. Ancak gemide çalışmanın arz ettiği özellikler dikkate alındığında, Kanun'a, o anki koşulların ve işin niteliğinin gemiadamının çalışmasını gerektirdiği hallerde onaya gerek olmaksızın çalışması gerektiği yönünde bir düzenleme konulması da isabetli olur.

5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun'da (Basın İş Kanunu) da Deniz İş Kanunu'na benzer yönde bir düzenleme bulunmaktadır. Bu Kanun'da da ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışılıp çalışılmayacağına ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilme-

5 Bu konudaki açıklamalar için aşağıda bkz. III, 3.

miş⁶, doğrudan bu günlerde çalışmanın sonucunu düzenlemiştir. Kanun'a göre, "Yukarıki fıkra hükmünün dışında kalarak, gündüz veya gece devresindeki çalışma müddetinin daha fazla hadlere artırılması ve ulusal bayram, genel tatiller ve hafta tatilinde çalışılması bu kanuna göre (Fazla saatlerde çalışma) sayılır." (m. Ek m.1/2). Öğretide, bizce de isabetli olarak, İş Kanunu'nun 44. maddesindeki düzenlemenin gazeteciler için de kıyasen uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir⁷. Dolayısıyla bize göre de iş sözleşmesi ya da toplu iş sözleşmesinde gazetecinin çalışacağına ilişkin bir hüküm bulunmadıkça ya da o günlerde çalışmaya onay vermedikçe gazeteci ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışmak zorunda değildir.

Öte yandan Basın İş Kanunu'nda ulusal bayram ve genel tatil günlerinin 2429 sayılı Kanun'da düzenlenen günler olduğuna ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamakta, sözü edilen Kanun'a atıf yapılmamaktadır. Ancak Ek m. 1/2'de sözü edilen düzenleme ile kast edilen ulusal bayram ve genel tatil günlerinin 2429 sayılı Kanun'da düzenlenen ulusal bayram ve genel tatiller olduğunda şüphe bulunmamaktadır. Dolayısıyla gazetecinin 2429 sayılı Kanun'da sözü edilen ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışması halinde Ek m.1/2 hükmü uygulama alanı bulacaktır.

Türk Borçlar Kanunu'nda ise konuya ilişkin hiç bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durumda İş Kanunu'nun kapsamı dışında bıraktığı ve diğer iş kanunlarının da kapsamına girmeyen işçiler açısından 2429 sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun'da 29 Ekim günü dışındaki bayram ve genel tatil günlerinin işgünü olduğu ve o gün çalışmaya ilişkin herhangi bir ilave ücret ödeme zorunluluğu da bulunmadığı akla gelebilir. Ancak bu sonucun hem 2429 sayılı Kanun'un genel amacına hem de adalete uygun olmadığı kanaatindeyiz. Bu nedenle bize göre Türk Borçlar Kanunu'nda bu konuda bir boşluk olduğu ka-

bul edilmeli ve İş Kanunu m.44 ve 47 hükümleri kıyasen 6098 sayılı Kanun kapsamındaki işçiler hakkında da uygulanmalıdır. Kuşkusuz konunun Kanun'da açıkça düzenlenmesi çok daha isabetli olurdu.

2. 4857 Sayılı İş Kanunu'ndaki Düzenlemenin Değerlendirilmesi

Yukarıda da belirtildiği gibi, 4857 sayılı İş Kanunu ulusal bayram ve genel tatil günlerinin tatil olacağı konusunda açık bir düzenleme öngörmemiş, bu günlerde çalışılıp çalışılmayacağını tarafların iradesine bırakmıştır (m.44/1, c.1). Dolayısıyla taraflar bu günlerde çalışılıp çalışılmayacağını sözleşmeye koyacakları bir hüküm ile istedikleri gibi düzenleyebilirler ve bu düzenleme tarafları bağlar. Buna karşılık, sözleşmelerde özel bir kararlaştırma bulunmaması halinde işçinin anılan günlerde çalışması için onayının alınması şarttır (m.44/1, c.2).

Tüm bu düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde 4857 sayılı İş Kanunu'na göre bayram ve genel tatil günlerinde çalışılmaması asıl olup⁸, işçinin o gün çalışma yükümlülüğünün doğması için bu yükümlülüğün sözleşmelerde açıkça kararlaştırılmış olması gerekir⁹. Böyle bir kararlaştırma yoksa somut gün için işçinin rızası alınmalıdır. İşçinin daha önceki bayram ve genel tatil günlerinde çalışması bundan sonraki tüm bayram ve genel tatil günlerinde çalışacağı yönünde bir onay olarak kabul edilemez. Kanaatimizce bu

6 Tosun, Tarık Gökhan: Basın İş Hukukunda Ücret, İstanbul 2019, 87.

7 Tulukçu, N. Binnur: İş Hukukunda Dinlenme Hakkı, Ankara 2012, 414.

8 Süzek, 864; Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim/Baskan, Esra: İş Hukuku, 10. Baskı, İstanbul 2020, 334; Narmanlioğlu, Ünal: İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, 5. Baskı, İstanbul 2014, 695; Sümer, Haluk Hadi: İş Hukuku, Gözden geçirilmiş 25. Baskı, Ankara 2020, 159.

9 Çelik, Nuri/ Caniklioğlu, Nursen/ Canbolat, Talat/ Özkaraca, Ercüment: İş Hukuku Dersleri, 35. Bası, İstanbul 2022, 775; ayrıca bkz. Ekonomi, Münir: İş Hukuku, C.1 Ferdi İş Hukuku, Yenilenmiş 3. Bası, İstanbul 1984, 209; Süzek, 864; Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhiddin/Baysal, Ulaş: İş Hukuku, Güncellenmiş 7. Baskı, Ankara 2022, 1377; Tulukçu, 221; Narmanlioğlu, 695; Ekmekçi, Ömer/Yiğit, Esra: Bireysel İş Hukuku Dersleri, 3. Baskı, İstanbul 2021, 463. Yazarlara göre, işçinin fazla çalışma bakımından rızasının olması, ulusal bayram ve genel tatil gününde yapılacak çalışmalar bakımından sonuç doğurmaz, Ekmekçi/Yiğit, 464.

gibi çalışmaların sıklığı da işçiye bundan sonraki bayram ve genel tatil günlerinde çalışma zorunluluğu yüklemeyiz. İşçinin daha önceki örtülü ya da açık rızasının o günkü bayram ve genel tatil gününe ilişkin olduğunu kabul etmek gerekir. Aksi için işçiden iş sözleşmesi ya da toplu iş sözleşmesi ile genel olarak bir rıza alınması gerekir.

Uygulamada bazı toplu iş sözleşmeleri ile bu konuda düzenlemeler yapılmakta anılan günlerde işverenin talebi halinde işyerinde çalışma yapılacağı açıkça düzenlenmektedir. Böyle bir düzenleme halinde taraflarca çalışma günü olarak kararlaştırılan gün ya da günlerde işçinin işe gelip çalışması gerekmektedir.

Bazı toplu iş sözleşmelerinde ise çalışma konusunda 4857 sayılı Kanun'a atıf yapılmakta, bunun yanında anılan günlerde yapılacak çalışmaların ücretleri ayrıca düzenlenmektedir. Bu gibi hükümlerin olduğu toplu iş sözleşmelerinin işçiye bayram ve genel tatil günlerinde çalışma yükümlülüğü öngördüğünden bahsetmek mümkün değildir. Bu durumda ancak işçinin onayı ile sözü edilen günlerde çalışma yükümlülüğü doğar. Esasında pek çok toplu iş sözleşmesinde bayram ve genel tatillerde çalışma halinde o güne ilişkin ücretin artırılması öngörülmekte¹⁰, örneğin işçiye o gün için üç yevmiye ödeneceği belirtilmekte, böylece işçi o gün çalışmaya zorlanmamakta, ancak daha yüksek ücret ödemek suretiyle bir anlamda işçinin onayının alınması kolaylaştırılmaktadır. Ancak işçi onay vermedikçe çalışma yükümlülüğü de doğmamaktadır.

Bazı toplu iş sözleşmelerinde de işçinin çalıştırılması açıkça onayına tabi tutulup bu günlerde çalışmanın parasal sonuçları düzenlenmektedir. Örneğin MESS'in Grup Toplu İş Sözleşmelerinde konuya ilişkin olarak "Dini bayramların arefe günleri tam gün tatil yapılır ve ücreti tam ödenir. Ulusal Bayram ve genel tatil günleri ile dini bayramların arefe günlerinde çalıştırılanların

ücretleri %100 zamlı (çalışma karşılığı olmayan tatil ücreti dahil üç yevmiye) olarak ödenir. Ancak 13.00'den sonra başlayan tatillerde işçinin 13.00'den sonra fiilen çalıştığı sürenin ücreti %100 zamlı ödenir. Ulusal Bayram ve genel tatil günlerinde işçinin çalışması muvafakatine bağlıdır. Ancak koruma görevlilerinde ve işin devamında teknik zaruret olan işlerde çalışanlar için bu muvafakat aranmaz." denilmektedir (m.30). Böylece, anılan Grup Toplu İş Sözleşmesinde çalışmaya onay, bizce de isabetli olarak, ikili bir ayırımla düzenlenmekte, kural olarak ulusal bayram ve genel tatillerde çalışma işçinin onayına tabi tutulmakta, ancak devamında zorunluluk olan hizmetler için işçinin çalışması gerektiği yönünde düzenleme yapılmaktadır.

Toplu iş sözleşmelerinin kapsamında olmayan işçiler açısından ise uygulamada iş sözleşmeleri ile işçinin bayram ve genel tatil günlerinde çalışmasına yönelik onayı alınmaktadır. Ancak sözleşmelerde sıklıkla bu günlere ilişkin olarak işçiye ödenecek ücrete yönelik bir düzenleme yapılmamaktadır. Gerçekten iş sözleşmelerinde işçinin bayram ve genel tatil günlerinde işverence talep edilmesi halinde çalışacağı kararlaştırılmakta, bu sürenin ücreti konusunda özel bir düzenleme yapılmaksızın işçiye Kanun'daki hükümler çerçevesinde ücret ödenmektedir.

İşçilere bayram ve genel tatillerde çalışmaları halinde ödenecek ücrete ilişkin düzenleme ise 4857 sayılı Kanun'unun 47. maddesinde yer almaktadır. Anılan maddeye göre, "Bu Kanun kapsamına giren işyerlerinde çalışan işçilere, kanunlarda ulusal bayram ve genel tatil günü olarak kabul edilen günlerde çalışmazlarsa, bir iş karşılığı olmaksızın o günün ücretleri tam olarak, tatil yapmayarak çalışırlarsa ayrıca çalışılan her gün için bir günlük ücreti ödenir." (m.47/1)¹¹. Yüzde usulünün uygulandığı işyerlerinde işçilerin ücretleri esas itibariyle müşterilere sunulan hizmet bedelinin içinde müş-

10 Öğretide de uygulamada toplu iş sözleşmeleri ile ulusal bayram ve genel tatil günlerinde yapılan çalışmanın karşılığı olan ücretlerin artırıldığı belirtilmektedir, Ekmekçi/Yiğit, 464.

11 Ulusal bayram ve genel tatil günü ücreti hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, 773-774; Süzek, 864 vd.;1379 vd.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 1379 vd.; Eyrenci/Taşkent/Uluçan/Baskan, 334-335; Ekmekçi/Yiğit, 464-465.

terilerden tahsil edildiği ve ilgili Yönetmelik uyarınca bu ücretler işçiler arasında belirli bir yüzde dahilinde dağıtıldığı için bayram ve genel tatil günü ücretinin işverence işçiye ödeneceği özel olarak hüküm altına alınmıştır (m.47/2).

Ekleyelim ki, İş Kanunu m. 47 hükmü nispi emredicidir¹². Nitekim bu husus İş Kanunu m. 45'de açıkça belirtilmiştir. Dolayısıyla işçi lehine olmak üzere işçiye bayram ve genel tatil günlerinde çalışmaları halinde bir günlük ücretten daha fazla ücret ödeneceği yönünde Kanun'daki düzenlemeden daha farklı düzenlemeler yapılabilir. İş sözleşmesinde ya da toplu iş sözleşmesinde işçi lehine bir hüküm olmadığı sürede bayram ve genel tatillerde çalışan işçilere İş Kanunu'ndaki bu hükme göre ücret ödenmesi gerekir.

3. 29 Ekim Günü Özel İşyerlerinin Kapanması Gerekip Gerekmediği Sorunu

2429 sayılı Kanun'da 29 Ekim günü özel işyerlerinin kapanmasının zorunlu olduğu belirtilmiştir (m.2/son). Buna karşılık 4857 sayılı İş Kanunu'nun 44. maddesinde "Ulusal bayram ve genel tatil günlerinde işyerlerinde çalışılıp çalışılmayacağı toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmeleri ile kararlaştırılır." biçiminde düzenleme yapılmıştır.

Hükümdeki özel işyerleri kavramı açıklanmaya muhtaçtır. Özel işyeri ibaresi sadece özel sektöre ait işyerlerini akla getirmektedir. Gerçekten özel hukuk hükümlerine tabi kamu kurum ve kuruluşları özel işyeri kavramına dahil değildir. Ancak kanun koyucunun bu işyerleri arasında bir ayırım yapmasını haklı kılan bir neden yoktur. Bu nedenle, öğretide de isabetle belirtildiği gibi, bu hükümdeki özel işyerleri ibaresinden sadece özel sektör işyerlerinin değil özel hukuk hükümlerine tabi kamu iktisadi teşebbüslerinin de anlaşılması gerekmektedir¹³.

Bu noktada asıl tartışılması gereken husus ise 2429 sayılı Kanun'daki düzenleme ile 4857 sayı-

lı Kanun'daki düzenleme arasında bir çelişki olup olmadığıdır. Zira 2429 sayılı Kanun'da özel işyerlerinin kapanması zorunluluğundan söz edilerek 29 Ekim günü bu işyerlerinde çalışma yapılamayacağı belirtilirken İş Kanunu'nun 44. maddesinde ulusal bayramda çalışılıp çalışılmayacağının sözleşmelerle kararlaştırılabileceği belirtilmekte, dolayısıyla iki hüküm arasında çelişki ortaya çıkmaktadır.

Öte yandan, her ne kadar 2429 sayılı Kanun'da 29 Ekim gününde tüm özel işyerlerinin kapanması gerektiği yönünde düzenleme yapılmış olsa da bu yükümlülüğe aykırılığa bir yaptırım da öngörülmemiştir. Buna rağmen "Yetkili mercilerce verilen emirlere aykırılık"tan dolayı açılan davada mahkumiyet kararı verilmesi üzerine Cumhuriyet Savcısı tarafından hükmün Yargıtay'ca incelenmesi talep edilmiş, bunun üzerine Yargıtay 2. Ceza Dairesi, "Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkındaki 2429 sayılı Kanunun 2. maddesinin son fıkrası, 29 Ekim günü özel işyerlerinin kapatılması zorunluluğunu getirmekte ise de, bu zorunluğa uymayanlar hakkında bir müeyyide koymadığı gibi, takibat yapılacağına dair bir hüküm de ihtiva etmediği cihetle, kanunsuz suç ve ceza olmaz prensibinden hareket edilerek sanığın beraatine karar verilmesi gerekirken, olayda uygulama yeri olmayan yazılı madde ile mahkumiyetine karar verilmesi, bozmayı gerektirmiştir." yönünde karar vermiştir¹⁴.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da 2019 yılında vermiş olduğu bir kararda, işçinin onayının alınması halinde 29 Ekim günü de dahil olmak üzere ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışma yapılabileceğini belirtmiştir¹⁵.

Öğretideki baskın görüş ise, eğer işyerindeki faaliyetin devamında zorunluluk varsa özel sektör işyerlerinin 29 Ekim günü de işçi çalıştırılabileceği yönündedir¹⁶. Öğretide *Mollamah-*

14 Yarg. 2. CD., 17.9.1985, E. 1985/6678, K. 1985/6909, (www.kazanci.com).

15 YHGK, 16.5.2019, E. 2015/22-3352, K. 2019/569, (www.kazanci.com).

16 Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat/Özkaraca, 775. Yazarlar, 2429 sayılı Kanun'daki hükmün işin niteliği gereği devamlı olarak çalışmak zorunda olan işyerlerinin durumunu zorlaştırmış olduğunu, ancak 4857 sayılı İş Kanunu'nda bu işyerleri göz önüne alınarak 47. maddede yeni bir

12 Süzek, 806.

13 Süzek, 863; Tulukçu, 219; Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, 333.

mutoğlu/Astarlı/Baysal, İş Kanunu m. 44'deki hüküm dikkate alındığında, iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi ile düzenleme yapıldığında ya da rızası alındığında işçinin 29 Ekim günü çalışma yapabileceğini, 2429 sayılı Kanun'daki düzenlemenin İş Kanunu kapsamı dışındaki işçiler için bir zorunluluk getirdiğini kabul etmektedirler¹⁷. Buna karşılık öğretilerde aksi yöndeki görüş, 2429 sayılı Kanun'daki hükmün özel hüküm olduğunu ve İş Kanunu m.44'e göre öncelikle uygulanması gerektiğini belirtmekte, İş Kanunu m. 44 ve m. 47'deki hükümlerin 29 Ekim haricindeki bayram ve genel tatil günleri açısından uygulama alanı bulması gerektiğini savunmaktadır¹⁸.

Bize göre ise, 2429 sayılı Kanun her ne kadar açıkça 29 Ekim günü özel işyerlerinin kapanmasının zorunlu olduğundan söz etse de 4857 sayılı İş Kanunu daha sonraki kanun olup doğrudan özel işyerlerindeki çalışmayı düzenlemektedir, dolayısıyla bu konuda İş Kanunu'ndaki hükmün önceliği olması gerekir. İş Kanunu m. 44'de ise açıkça *ulusal bayram gününde* çalışmanın iş sözleşmesi ya da toplu iş sözleşmesinde kararlaştırılabileceği belirtilmektedir. Dolayısıyla kanaatimize göre, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı'nda da belirtildiği üzere, faaliyetin devamında zorunluluk olup olmadığına bakılmaksızın 29 Ekim günü işyerinde çalışılıp çalışılmayacağı sözleşmelerle kararlaştırılabilir.

IV. İş Sözleşmesinin Devamsızlık Sebebiyle Feshi

1. Genel Olarak

İşçinin iş sözleşmesinden doğan en önemli borcu iş görme borcudur. İş görme borcunun

gereği gibi yerine getirilebilmesi için işçinin iş günlerinde işe gelmesi ve iş görme edimini görev tanımına uygun bir biçimde yerine getirmesi gerekir. İşçinin izinsiz ve mazeretsiz olarak işe gelmemesi o gün iş görme borcunu hiç yerine getirmemesi anlamına gelir¹⁹ ve bu borcun yerine getirilmemesi de sözleşmeye aykırılık oluşturur. Bu durum ise belirli bir ağırlığa ulaştığında işveren için devamsızlık sebebine dayanan bir haklı fesih sebebi olur.

4857 sayılı İş Kanunu işçinin işe devamsızlığını m. 25'de bir haklı fesih sebebi olarak düzenlemiştir. Ancak kanun koyucu bu konuda devamsızlığın nedenine göre ayırım yapmıştır. Devamsızlığın sağlık sebeplerine dayanmasını sağlık sebepleri (m.25/I) başlığı altında, izinsiz ve mazeretsiz olmasını ise ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık ve benzerlerini bendinde (m.25/II, g) düzenlemiştir.

İş K. m.25/I'deki sağlık sebepleri ile devamsızlık da kendi içinde ikiye ayrılmaktadır. Bunlardan ilki işçinin kendi kusuru ile hastalanmasına ilişkindir. Esasında hastalık işçide geçici ifa imkânsızlığı yaratmakta işverene de en azından belirli bir süre için buna katlanma yükümlülüğü yüklemekte, hemen iş sözleşmesini feshetme hakkı tanımamaktadır. Kanun koyucu bu konudaki bekleme süresinin uzunluğunu işçinin hastalık durumunun ortaya çıkışındaki kusuruna göre belirlemektedir. İşçinin ağır kusuru ile sebebiyet verdiği hastalık durumlarında kanun koyucu işçinin kusurlu ifa imkânsızlığı yarattığı düşüncesi ile olsa gerek işverenin söz konusu devamsızlığa katlanma yükümlülüğünü oldukça kısa bir süre için kabul etmekte ve işverene işçinin iyileşmesi için uzun süre bekleme yükümlülüğü yüklemektedir (m.25/I, a).

Hastalık sebebi ile devamsızlığa ilişkin ikinci düzenleme ise m.25/I, b, 2. fıkrada yer almaktadır. Burada işçinin m.25/I, (a) bendi dışındaki sebeplerle hastalanması, kazaya uğraması veya

düzenlemeye gidilmek suretiyle bu konuda açıklık sağlandığını belirtmektedirler. Öğretilerde Süzek de, her ne kadar 2429 sayılı Kanun'da 29 Ekim günü işyerlerinin kapatılması zorunlu tutulmuşsa da, yine aynı Kanun'un 2. maddesi uyarınca niteliği bakımından sürekliliğinde zorunluluk bulunan işyerlerinin 29 Ekim günü de işçi çalıştırabileceğini belirtmektedir, Süzek, 863.

17 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 1377.

18 Tulukçu, 221-222.

19 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 871; Savaş, Fatma Burcu: İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi, İstanbul 2012, 109.

hut doğum ve gebelik gibi sebeplerle işe devam edememesi işverenin bu gibi devamsızlıklara daha uzun süre katlanmasını gerektirmektedir (m.25/l, b, 2). İş sözleşmesinin devamlı niteliği dikkate alındığında işçinin hiç hastalanmadan yıllarca çalışması mümkün olmadığı, daha doğru bir deyişle bu gibi hallerin her zaman gerçekleşme olasılığı söz konusu olduğu için kanun koyucu bu devamsızlıkların bir anlamda işveren için katlanılmaz hale geldiğinde işverene sözleşmeyi fesih yetkisi vermektedir. Böylece işçinin iş sözleşmesinin devamındaki haklı menfaati ile işverenin işin aksamadan devam etmesindeki haklı menfaati dengelenmeye çalışılmaktadır. Aşağıda İş Kanunu m.25/l ve m.25/II'deki devamsızlık sebebi ile fesih üzerinde durulacak, ardından da devamsızlık kavramının işgünü kavramı ile ilgili sebebiyle bayram ve genel tatillerde işe gelmemenin devamsızlık sayılıp sayılmayacağı değerlendirilecektir.

2. Devamsızlık Kavramı

Devamsızlık işçinin işgününde işyerine hiç gelmemesi²⁰ ve iş görme edimini o gün hiç yerine getirmemesidir²¹. Eğer işçi o gün işe gelmiş ancak çalışmamışsa bu durumda devamsızlıktan söz etmek mümkün değildir. Gerçekten bu durum işçinin hatırlatıldığı halde görevini yapmaması halini oluşturur²². Buna karşılık işçi o gün hiç işe gelmemişse artık devamsızlıktan söz etmek gerekir.

Uzaktan çalışmanın bir türünü oluşturan tele çalışmada devamsızlık ise o gün işçinin işyeri ile iş görme ediminin yerine getirilmesi için bağlantı içinde olması gereken teknolojik iletişim araç-

ları ile hiç iletişim kurmaması, iş saatleri içinde kendisine ulaşılmak istenmesine rağmen işçiye o gün için hiç ulaşılamaması olarak kabul edilmelidir²³. Ulaşılmamasına ve o gün için çalışmanın başlamasına rağmen sonrasında işçinin görevlerini yapmaması ya da ulaşılamaz olması görevini yapmama olarak değerlendirilmelidir.

Yargıtay da verdiği kararlar ile devamsızlık kavramından ne anlaşılması gerektiğini ilke kararlarında açıklığa kavuşturmuştur. Yargıtay'ın ilke olarak verdiği kararlara göre, işverenin ücretli ya da ücretsiz olarak izin verdiği bir işçinin, izin süresince işyerine gitmesi beklenemeyeceğinden, bu durumda bir devamsızlıktan söz edilemez²⁴. Ancak yıllık izin zamanını belirlemek işverenin yönetim hakkı kapsamında olduğundan, işçinin kendiliğinden izne ayrılması söz konusu olamaz²⁵. Yine Yargıtay'a göre, "İşçinin yıllık iznini kullandığını belirterek işyerine gelmemesi, işverence izinli sayılmadığı sürece devamsızlık halini oluşturur (Yargıtay 9.HD. 1.7.2008 gün 2007/21656 E, 2008/18647 K.)"²⁶.

Öte yandan işçinin işe devamsızlığı, her durumda işverene haklı fesih imkânı vermez. Devamsızlığın haklı bir nedene dayanması halinde, işverenin derhal ve haklı nedenle fesih imkânı bulunmamaktadır (Yargıtay 9.HD. 9.5.2008 gün, 2007/16956 E, 2008/11983 K). Yargıtay'a göre, "İşçinin hastalığı, aile fertlerinden birinin ya da yakınlarının ölümü veya hastalığı, işçinin tanıklık ve bilirkişilik yapması gibi haller, işe devamsızlığı haklı kılan nedenlerdir. Mazeretin ispatı noktasında, sahteliği ileri sürülüp kanıtlanmadığı sürece özel sağlık kuruluşlarından alınan raporlara

20 Yargıtay da verdiği bir kararda, "... Devamsızlık, işçinin işine devam etmemesi halidir. İşyerine gittiği halde mesai saatlerine uymayan bir işçi devamsızlıkta bulunmuş sayılmaz." diyerek işverence yapılan haklı nedenle fesih haksız fesih olduğunu, ancak işçinin sık sık işe geç gelip erken çıkmasının davranışa dayalı geçerli sebep oluşturduğunu kabul etmiştir, Yarg. 9 HD., 13.4.2017, E. 2017/19816, K. 2017/6531, (www.kazanci.com).

21 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 871; Başbuğ, Aydın/Yücel Bodur, Mehtap: İş Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 2021, 206; Savaş, 109.

22 Savaş, 109.

23 Bu konudaki bir Yargıtay kararı için bkz. aşağıda, dn. 35.
24 Yarg. 9 HD., 23.2.2021, E. 2021/1158, K. 2021/4708, (www.kazanci.com).

25 Yargıtay'a göre, işçinin izin dilekçesini bırakmış olması kendisine izin verileceği anlamına gelmez, eskiden böyle bir uygulama olması da davacı işçiye bir hak sağlamaz, bu durum devamsızlık sayılır, bkz. Yarg. 9. HD., 4.4.1991, E. 1990/14393 K. 1991/7202, Kararın incelemesi için bkz. Caniklioğlu, Nurşen: Ücretli Yıllık İzin Hakkı-Devamsızlık-Hizmet Sözleşmesinin Feshi, İHD, Nisan-Haziran 1993, 257-262.

26 Yarg. 9 HD., 24.6.2020, E. 2016/18691, K. 2020/6288, (www.kazanci.com).

da değer verilmelidir.”²⁷

Yargıtay’a göre, “devamsızlık süresi, ardı ardına iki işgünü veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki iş günü ya da bir ayda üç işgünü olmadıkça, işverenin haklı fesih imkanı yoktur. Belirtilen işgünlerinde hiç çalışmamış olunması gerekir. Devamsızlık saatlerinin toplanması suretiyle belli bir gün sayısına ulaşılmasıyla işverenin haklı fesih imkanı doğmaz.../... Devamsızlık, işçinin işine devam etmemesi halidir. İşyerine gittiği halde iş görme borcunu ifaya hiç başlamayan bir işçi devamsızlıkta bulunmuş sayılmamalıdır. İşçinin yapmakla yükümlü olduğu ödevleri hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi ayrı bir fesih nedeni olup, bu durumda 4857 sayılı Yasanın 25/II-h maddesi uyarınca değerlendirme yapılmalıdır.”²⁸

Maddede geçen “bir ay” ifadesi takvim ayını değil ilk devamsızlıktan sonra geçecek olan bir ayı ifade eder²⁹. İlk devamsızlığın yapıldığı gün ayın kaçınıcı günüyse takip eden ayın aynı günü bir aylık süre sona erer. Son ayda ilk devamsızlığının gerçekleştiği günün bulunmaması halinde son ayın son günü bir aylık süre dolmuş olur. Sonraki devamsızlıklar ise takip eden aylık dönemler içinde değerlendirilir³⁰.

Yargıtay verdiği kararlarda inceleme konu-

muz açısından daha fazla önem taşıyan konular üzerinde de durmakta ve işgünü kavramından ne anlaşılması gerektiğini açıklığa kavuşturmaktadır. Yargıtay’a göre, “İşgünü, işçi bakımından çalışılması gereken gün olarak anlaşılmalıdır. İş sözleşmesinde, genel tatil günlerinde çalışılacağına dair bir kural mevcutsa, bu taktirde söz konusu günlerde çalışılmaması da işverene haklı fesih imkanı tanır.”³¹ Dolayısıyla işçinin iş sözleşmesinde böyle bir kural yoksa, daha önce de ifade ettiğimiz gibi işçinin devamsızlığından söz etmek de mümkün olmaz. Nitekim Yargıtay 22. Hukuk Dairesi verdiği bir kararda bu hususa dikkat çekmiş ve işverenin feshini haksız saymıştır.

Yüksek Mahkeme’nin 2015 yılında verdiği bir karara göre; “Somut olayda mahkemece, davacının 13-08.2010-29.8.2010-30.8.2010 tarihleri arası izinsiz ve mazeretsiz olarak işe gelmediği, 4857 Sayılı Kanun’un 25/II-g. maddeleri uyarınca iş sözleşmesinin haklı ve geçerli sebeplerle fesih edildiği kanaatine varıldığından işverenin haklı sebeple iş sözleşmesini feshinde işçinin kıdem ve ihbar tazminatı talep etme hakkı bulunmadığı gerekçesiyle bu talepler reddedilmiştir. Ancak karar dosya içeriğine uygun düşmemektedir. Dosya bir bütün olarak değerlendirildiğinde, davacının devamsızlık yaptığı iddia edilen tarihlerin 13.8.2010, 29.8.2010 ile 30.8.2010 tarihleri olduğu, buna göre, bu tarihlerin hafta sonu ve resmi tatile denk geldiği anlaşılmıştır. Taraflar arasında resmi bayramlarda da çalışılacağına dair sözleşmede hüküm bulunmamaktadır. Buna göre, 30 Ağustos 2010 tarihinde de resmi tatil olduğunun anlaşılması karşısında kanunun aradığı bir ay içerisinde üç iş günü devamsızlık yapılmasına dair şart oluşmadığından dolayı davalı işveren tarafından devamsızlık sebebiyle yapılan fesih haklı sayılmayacaktır.”³²

Karara konu olayda işçinin iş sözleşmesinde bayram ve genel tatil günlerinde çalışacağına

27 Devamsızlık kavramına ilişkin açıklamalar için bkz. Yarg. 9 HD., 7.10.2020, E. 2016/25512, K. 2020/10828; Yarg. 9 HD., 23.6.2014, E. 2012/22299, K. 2014/21005; Aynı yönde başka bir karar için bkz. Yarg. 9 HD., 26.3.2012, E. 2009/49614, K. 2012/9973, kararlar için bkz. (www.kazanci.com). Devamsızlığın haklı sayılmasına ilişkin diğer örnekler için bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, 633.

28 Yarg. 9 HD., 23.2.2021, E. 2021/1158, K. 2021/4708; Yarg. 9 HD., 24.6.2020, E. 2016/18691, K. 2020/6288, (www.kazanci.com).

29 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, 633; Ekonomi, 209; Süzek, 702; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 872; Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, 244; Akyiğit, Ercan: 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi, 3. Baskı, Ankara 2008, 1232; Sümer, Haluk: Yargıtay Kararlarının Işığı Altında İşçinin İş Devamsızlığı Nedeniyle Hizmet Sözleşmesinin Feshi, Prof. Dr. Metin Kural’a Armağan, Ankara 1998, 211; Ekmeçli/Yiğit, 720; Başbuğ/Yücel Bodur, 206; Arslan, Seda: İşverenin Haklı Nedenle Fesih Hakkı, İstanbul 2012, 105; Savaş, 111.

30 Yarg. 9 HD., 9.12.2019, E. 2016/9899, K. 2019/21877, (www.kazanci.com).

31 Yarg. 9 HD., 23.2.2021, E. 2021/1158, K. 2021/4708; Yarg. 9 HD., 23.6.2014, E. 2012/22299, K. 2014/21005; Yarg. 9 HD., 1.7.2008, E. 2007/21656, K. 2008/18647, kararlar için bkz. (www.kazanci.com).

32 Yarg. 22 HD., 28.4.2015, E. 2014/4189, K. 2015/15545, (www.kazanci.com).

ilişkin bir hüküm olmadığı için Yargıtay isabetli olarak işçinin bir ay içinde üç işgünü işe gelme eyleminin gerçekleşmediği yönünde karar vermiştir. Gerçekten 29 Ağustos 2010 tarihi Pazar gününe denk gelmektedir. 30 Ağustos ise 2429 sayılı Kanun'a göre "Zafer Bayramı" olup o gün işçinin iş sözleşmesinde bir hüküm olmadığı için işe gelme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi işçinin daha önce örneğin 30 Ağustos Zafer Bayram'ında gelip çalışması bundan sonraki tüm bayramlarda da çalışacağı anlamına gelmemektedir ki, somut olayda –en azından karardan anlaşıldığı kadarıyla- bu yönde bir iddia da bulunmamaktadır. Sonuç olarak işçinin hafta tatilinde ve resmi bayramda çalışması gerekmemektedir. Bu nedenle de Yargıtay'ın kararı bizce de isabetlidir.

Devamsızlık kavramı açısından değinilmesi gereken bir başka özel durum işyerinde cumartesi gününde çalışılmamasıdır. Cumartesi günü işyerinde çalışılmıyorsa o gün işçinin işe gelme yükümlülüğünden söz etmek mümkün değildir. Dolayısıyla bu günde işe gelmemek devamsızlık olarak değerlendirilemez. Nitekim Yargıtay da vermiş olduğu bir kararında buna değinmiş ve cumartesi günü işyerinde iş günü ise "belirtilen günde devamsızlık da diğer koşulların varlığı halinde haklı fesih nedenini oluşturabilir." (Yargıtay 9.HD. 5.10.2009 gün, 2008/43280 E, 2009/25721 K)³³ demek suretiyle çalışılmayan cumartesi günü işçinin işe gelmemesinin fesih sebebi olmayacağını ifade etmiş olmaktadır.

Yargıtay tele çalışmada devamsızlık konusunda, bizce de isabetli bir karar vermiştir. Yukarıda da bahsettiğimiz gibi³⁴ çalışma günü içinde işçiye hiç ulaşılamaması hali devamsızlık olarak değerlendirilmelidir. Bir hastanede döner sermaye faturalama bölümünde, bilgisayar ortamında kendi adına tanımlanan kullanıcı adı

ve şifresi ile evinden çalışan ve elektronik faturalama işlemi yapan işçinin iş sözleşmesinin, 01.10.2013, 02.10.2013, 03.10.2013, 04.10.2013 ve 07.10.2013 tarihlerinde işe gelmediğinin ve belirtilen tarihlerde çalışmadığının ... kayıtlarında belirlenmesi üzerine davalı işverence haklı nedenle yapılan feshin mahkemece haksız fesih sayılması üzerine Yargıtay bu iddianın araştırılması ve sonucuna göre karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Yargıtay'a göre, davalı işverenin haklı fesih yapıldığını beyan etmesi karşısında bu konuda gerekli araştırmaların yapılarak, işverence devamsızlık yaptığı savunulan tarihlere ilişkin davacı işçi tarafından sisteme veri girişinin yapıp yapılmadığının LOG kayıtlarının da incelenmesi suretiyle belirlenmesi gerekir³⁵.

3. İş Kanunu'ndaki Devamsızlığa Dayanan Haklı Fesih Sebepleri

a) Sağlık sebebine dayanan devamsızlık

İş Kanunu m.25/1, (a) bendine göre, "İşçinin kendi kastından veya derli toplu olmayan yaşayışından yahut içkiye düşkünlüğünden doğacak bir hastalığa yakalanması veya engelli hâle gelmesi durumunda, bu sebeple doğacak devamsızlığın ardı ardına üç iş günü veya bir ayda³⁶ beş iş gününden fazla sürmesi" halinde işveren işçinin iş sözleşmesini haklı sebeple feshedebilir³⁷. Bu bentte fesih sebebi olan husus işçinin hastalığı değil, hastalığı sebebi ile devamsızlık yapmasıdır³⁸. Gerçekten m.25/1, (b) bendinde düzenlenen

35 Yarg. 22 HD., 16.4.2019, E. 2016/22103, K. 2019/8847, (www.kazanci.com).

36 Bu bentteki bir aylık süre ilk devamsızlıktan sonraki bir sonraki ayın aynı gününe denk gelen günü ifade eder, Caniklioğlu, Nurşen: Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, İstanbul 2001, 246; Demir, Cuma Arif: Hastalığın İş İlişkisine Etkisi, İstanbul 2021, 197; Narmanlıoğlu, 437; Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, 239-240; Savaş, 48.

37 Söz konusu bende ilişkin açıklamalar için bkz. Caniklioğlu, 236 vd.; Ergin, Hediye: Türk ve Alman Hukukunda İş Sözleşmesinin Sağlık Nedeniyle Sona Ermesi, İstanbul 2009, 106 vd.; Demir, 187 vd.; Ekmekçi/Yiğit, 697-698; Savaş, 45 vd.

38 Caniklioğlu, 236; Sümer, 203; Uşan, Fatih: "Karar İncelemesi: Sağlık Durumuna Bağlı Devamsızlık Nedeniyle Hizmet Sözleşmesinin Feshi-Kıdem Tazminatı", Kamu-İş,

33 Yarg. 9 HD., 5.10.2020, E. 2016/25554, K. 2020/10512, (www.kazanci.com).

34 Bkz. yukarıda IV, 2.

sebepler işçinin hastalığının işyerinde çalışmasına olanak tanımaması iken bu bentte sağlık sebebi ile işe devamsızlığıdır.

İş Kanunu m.25/l, (a) bendi uyarınca haklı sebeple iş sözleşmesinin feshi için devamsızlığın Kanun'da anılan sebeplerden kaynaklanan bir hastalığa ya da engelliliğe dayanması gerekmektedir.

İş Kanunu m. 25/l'de sağlık sebepleri başlığı altında düzenlenen bir diğer hal ise işçinin m.25/l, (a) bendinde sayılan sebepler dışında hastalanması, kazaya uğraması veya hamilelik sebebi ile işe devamsızlığıdır. Kanun koyucu bu bentte yakalanılan hastalık ya da uğranılan kazada işçinin kusursuz olmasını aramamış, belirtilen süre kadar devamsızlığı bir haklı sebep saymıştır. Kanun'a göre, "(a) bendinde sayılan sebepler dışında işçinin hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerde işveren için iş sözleşmesini bildirimli fesih hakkı; belirtilen hallerin işçinin işyerindeki çalışma süresine göre 17 nci maddedeki bildirim sürelerini altı hafta aşmasından sonra doğar." (m.25/l, b, c.2).

Belirtelim ki, bu çalışmada işgünü kavramı üzerinde durulduğu ve işçinin bayram ve genel tatillerde çalışmamasının işgününde işe gelmemek, dolayısıyla devamsızlık olarak kabul edilip edilmeyeceği değerlendirilmek istendiği için m.25/l, b, c. 2'de düzenlenen devamsızlık sebebi özel olarak incelenmeyecektir. Zira bu bende göre işçinin devamsızlığının işgünü olması gerekmemektedir. Gerçekten m.25/l, b, c. 2'de belirtilen sebeple iş sözleşmesinin feshinde geçmesi gereken gerek ihbar süresinin gerekse ihbar süresine eklenmesi gereken altı haftalık sürenin işgünleri dikkate alınarak hesaplanacağına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır.

b) İzinsiz ve haklı bir sebebe dayanmaksızın yapılan devamsızlık

İşçinin işverenden izin almaksızın veya haklı bir sebebe dayanmaksızın ardı ardına iki işgünü

veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki iş günü yahut bir ayda üç işgünü işine devam etmemesi de 4857 sayılı İş Kanunu'nda haklı fesih sebebi olarak düzenlenmiştir. Bu bent uyarınca fesih yapılabilmesi için sadece belirtilen gün sayısının işe gelmeme yetmemekte, ayrıca bunun işverenden izin almaksızın ya da haklı bir sebebe dayanmaksızın yapılması koşulu da aranmaktadır³⁹.

İşçinin işe gelmemesi haklı bir sebebe dayanıyorsa işverenin sözleşmeyi devamsızlık gerekçesiyle feshetme hakkı doğmaz⁴⁰. Hangi hallerde işe gelmemenin haklı sayılacağı belirli bir kurala bağlanamaz ve dürüstlük kuralına göre belirlenmesi gerekir⁴¹. Her olayda durumun özelliğine göre bu konuda bir sonuca varılmalıdır.

İşçinin izinsiz ve mazeretsiz işe gelmeme gün sayısının haklı sebep oluşturması için ya ardı ardına iki işgünü ya da aynı ay içinde olmak üzere iki tatil gününden sonraki işgünü veyahut yine aynı ay içinde olmak üzere bir ay içinde en az üç işgünü işe gelmemesi gerekir. İşte bu bent uyarınca işgünü kavramına bayram ve genel tatillerde çalışmayı kabul eden işçinin sözleşmeye aykırı bir biçimde anılan günlerde işe gelmediği günlerin de dahil olup olmadığı üzerinde durulması gereken bir sorun olarak ortaya çıkmakta, uygulamada uyuşmazlıklara neden olmaktadır. Kuşkusuz sağlık sebepleri ile feshin düzenlendiği m.25/l, (a) bendi açısından da aynı sorun vardır. Zira anılan bentte de devamsızlık süresi açısından işgünü kavramına yer verilmiştir⁴².

39 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, 632; Süzek, 702-703; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 872 vd.; Akyiğit, 1233 vd.; Sümer, Devamsızlık, 211-212; Başbuğ/Yücel Bodur, 207-208; Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, 244; Narmanlioğlu, 454; Ekmekçi/Yiğit, 718-719; Savaş, 112.

40 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, 633; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 872; Sümer, Devamsızlık, 212; Narmanlioğlu, 454; Ekmekçi/Yiğit, 719.

41 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, 633; Süzek, 703; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 873; Sümer, Devamsızlık, 213; Uşan, 63; Akyiğit, 1233; Ergin, 130; Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, 244; Savaş, 112.

42 Yargıtay maddede yer alan "işgünü" ifadesinin işçi bakımından çalışılması gereken gün olarak ifade etmektedir, Ekmekçi/Yiğit, 720.

C. 5, S. 2, Ankara Ocak 2000, 61-62; Narmanlioğlu, 437; Ekmekçi/Yiğit, 698; Savaş, 47.

V. Sözleşmedeki Hükme Rağmen Bayram ve Genel Tatillerde İşe Gelmemenin İşgününde Devamsızlık Olup Olmadığı Sorunu

1. Öğreti Görüşleri

Şimdiye kadarki açıklamaların da ortaya koyduğu gibi, bayram ve genel tatil günlerinde çalışmayı kabul ettiğine ilişkin bir onayı olmadıkça işçinin bayram ve genel tatil günlerinde işe gelip çalışma zorunluluğu bulunmamaktadır. Buna karşılık iş sözleşmesinde ya da toplu iş sözleşmesinde anılan günlerde işçinin çalışacağına ilişkin bir rızası varsa anılan günde gelip çalışması gerekir. İşçinin bu yöndeki rızasına rağmen işe gelip çalışmamasının sözleşmeye aykırılık oluşturacağı konusunda şüphe yoktur. Ancak bu davranışın devamsızlık mı olduğu yoksa sözleşmeye aykırılık mı oluşturacağı konusunda öğretilerde farklı görüşler bulunmaktadır⁴³.

Öğretilerde bir görüş bu durumu izinsiz ve mazersiz olarak işe gelmeme, bir diğer deyişle İş Kanunu m. 25/II, (g) bendi uyarınca devamsızlık olarak kabul etmektedir. Öğretilerde Ekonomi, iş sözleşmesi ya da toplu iş sözleşmesi ile işçinin bayram ve genel tatillerde çalışacağına ilişkin hüküm olması halinde işe devam yönünden bu günlerin işgünü olarak kabul edileceğini belirtmektedir⁴⁴. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal'a göre, İş Kanunu m.25/II, (g) bendinde sözü geçen işgünü tabiri kanunen işgünü sayılan günlerin yanında sözleşmeyle işgünü olarak kabul edilen günleri ve buna göre de toplu iş sözleşmesi ile çalışılacağı öngörülen genel tatil günlerini de kapsar⁴⁵. Dolayısıyla yazarlar iş sözleşmesinde

onayı olan işçinin bayram ve genel tatil gününde işe gelmemesini devamsızlık olarak kabul etmektedirler. Öğretilerde Akyiğit de, devamsızlık sebebiyle haklı feshin koşullarını incelediği kısmında "hizmet akdi veya TİS ile işçinin tatil gününde de çalışacağı öngörülmüşse bu durumda işçinin çalışma borcunun varlığı açıktır" diyerek işe gelmemenin devamsızlık sayılacağını kabul etmektedir⁴⁶. Aynı şekilde öğretilerde Arslan da, işçinin iş sözleşmesi ya da toplu iş sözleşmesi ile bayram ve genel tatil günlerinde çalışacağını kabul etmesi halinde anılan günlerde çalışmamasının devamsızlığa dayalı haklı fesih sebebi olacağını belirtmektedir⁴⁷.

Ekleyelim ki, öğretilerde başka yazarlarca da kanunen işgünü kabul edilen günlerin yanı sıra iş sözleşmesinde veya toplu iş sözleşmesinde genel tatil günlerinde de çalışılacağı kararlaştırılmışsa bu günlerin de işgünü olarak kabul edilmesi gerektiği, bizce de isabetli bir biçimde, belirtilmektedir⁴⁸.

Öğretilerde Tulukçu ise, ulusal bayram ve genel tatil günlerinde de çalışacağına kararlaştırılması halinde işçinin haklı bir sebebi olmadıkça çalışması gerektiğini, işçinin anılan günlerde çalışmaması halinde işverenin işçinin iş sözleşmesini iş görme borcunu yerine getirmemesinden dolayı haklı sebeple feshedebileceğini kabul etmektedir⁴⁹. Yazarın ifadesinden bu durumu devamsızlık mı yoksa görevi yapmama mı olarak kabul ettiği tam olarak anlaşılacakla birlikte "işgörme borcunu yerine getirmeme" yönündeki ifadesi dikkate alındığında yazarın bu durumu devamsızlık saymadığı, görevi yapmama görü-

46 Akyiğit, 1230.

47 Arslan, 102.

48 Ekonomi, 209; Sümer, Devamsızlık, 209; karş. Başbuğ/Yücel Bodur, 206. Yazarlar, devamsızlık ve iş görme borcuna aykırı davranışın işgünlerinde meydana gelmesi gerektiğine işaret ettikten sonra, bunun için esas alınacak işgünü kavramının kanuni işgünü kavramını ifade etmediğini, o işyeri ve işçi için zorunlu bulunan işgünlerini ifade ettiğini, örneğin Pazar günü çalışıp hafta içinde hafta tatilini kullanan işçi için Pazar gününün işgünü olduğunu, aynı durumun ulusal bayram ve genel tatil günleri için de geçerli olduğunu belirtmektedirler, 206.

49 Tulukçu, 223.

43 Ekmekçi/Yiğit işçinin rızasının bulunmasına rağmen ulusal bayram ve genel tatil gününde çalışmaması halinde buna ilişkin yaptırımların uygulanacağını ifade etmiştir, 464.

44 Ekonomi, 209.

45 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 871. Aynı yönde bkz. Savaş, 109.

şünde olduğu söylenebilir kanaatindeyiz. Kuşkusuz işçinin işe gelmesine rağmen çalışmaması halinde bu görüşe katılmak mümkündür. Buna karşılık işe hiç gelmeme durumunu devamsızlık olarak değerlendirmek gerekir kanaatindeyiz. Aşağıda görüşümüz ayrıntılı bir biçimde ortaya konulacağı için burada daha fazla değerlendirme yapılmayacak, Yargıtay'ın verdiği kararlara üzerinde durulacaktır.

2. Yargıtay Kararlarındaki Konuya İlişkin Gelişim

Yargıtay'ın konuya ilişkin kararlarının istikrarlı bir seyir izlediğinden söz etmek mümkün değildir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi önceki yıllarda verdiği kararlarında, işçinin iş sözleşmesinde ya da toplu iş sözleşmesinde bayram ve genel tatillerde çalışacağına ilişkin hüküm olmasına rağmen gelip çalışmamasını devamsızlık olarak kabul etmiş ve bu durumun haklı fesih sebebi oluşturduğu yönünde hüküm tesis etmiştir.

Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararına göre, "Davalı savunmasında davacının dini bayramın birinci günü hariç diğer günlerinde ardarda iki gün işine devam etmediğini, TİS hükmü uyarınca anılan günlerde işyerinde çalışma yapılacağına ilişkin bir hafta öncesi işyerinde ilan yapılarak duyuruda bulunulduğunu, buna rağmen davacının işbaşı yapmaması nedeniyle iş akdinin 1475 sayılı İş Kanunu'nun 17 nci maddesinin II. bendinin (f) fıkrası⁵⁰ gereğince feshedildiğini ileri sürmüştür.../... TİS'nin 22. maddesinde Ulusal bayram ve genel tatillerin yasada gösterilen gün ve zamanlar olduğu belirtildikten sonra, ulusal bayram ve genel tatillerinde çalışmanın işçilere 48 saat önceden duyurulacağı, ancak dini bayramların birinci günü işyerinde çalışılmayacağı öngörülmüştür.../... Gerçekten davacının duyuruya rağmen sözü edilen günlerde işe gelmediği ve çalışmadığı dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Genel tatillerde çalışılmayacağı TİS'de öngörülmediğine göre, davacının sözleşme hükmüne uyarak davet üzerine çalışmaya gelmesi

gerekirdi. Buna riayet etmediğine göre, işverenin İş Kanunu'nun 17 nci maddesinin II. bendinin (f) fıkrası hükmüne göre fesih hakkı doğmuştur. Böyle olunca davacı ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanamayacağından bu isteklerin reddine karar vermek gerekir ..."⁵¹

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 1995 yılında verdiği bir başka kararında da bu görüşünü devam ettirmiştir. Yargıtay'a göre, "Davacının 2-3-4 Haziran 1993 günlerinde işyerine gelmediği tutulan tutanak ve dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Herne kadar anılan kurban bayramının 2. ve müteakip günleri tatil ise de TİS'nin 14/a maddesine göre bugünlerde de çalışılması öngörüldüğünden davacının mazeretsiz üst üste 3 gün devamsızlıkta bulunması işverene hizmet akdini haklı olarak feshetme yetkisi verir. Bu husus dikkate alınarak ihbar ve kıdem tazminatı isteklerinin reddine karar verilmesi gerekirken yanlış değerlendirme ile kabulü isabetsizdir."⁵²

Bu noktada yarım gün tatil olan bayramlara da dikkat çekmek gerekir. Gerçekten işçinin m. 25/II, (g) -1475 sayılı Kanun döneminde m. 17/II, (f) bendi- uyarınca iş sözleşmesinin haklı nedenle feshi için işe devamsızlığın en az Kanun'da aranan süre kadar gerçekleşmiş olması gerekir. Bu açıdan özellikle Ramazan Bayramı ile Kurban Bayramı özellik arz eder. Zira bu iki bayramın arefe günleri de tatildir, ancak tam gün değil yarım gün tatil söz konusu olur. Bayram ve genel tatillerde çalışacağı taahhüdünde bulunan işçinin arefe günündeki yarım gün çalışmaması bir işgünü devamsızlık halini oluşturmaz. Nitekim Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de 2005 yılında çıkan bir uyuşmazlık üzerine verdiği bir kararda bu hususa dikkat çekmiş ve "Davacının iş sözleşmesi 08.02.2003 cumartesi ve 10.02.2003 pazartesi arefe günleri mazeretsiz olarak işe gelmediği gerekçesi ile 1475 sayılı İş Kanununun 17/2-f maddesi gereğince feshedilmiştir. Mahkemece feshin haklı olduğu gerekçesi ile ret kararı verilmiştir. 2429

51 Yarg. 9. HD., 31.1.1992, E. 1991/12798, K. 1992/815, (www.kazanci.com).

52 Yarg. 9 HD., 4.12.1995, E. 1995/20094, K. 1995/34946, (www.kazanci.com).

50 Bu fıkra 4857 sayılı Kanun'da m. 25/II (g) bendine tekaül etmektedir.

sayılı ulusal bayram ve genel tatiller hakkındaki kanunun 2. maddesinin B bendi gereğince arefe günü yarım gün tatildir. Böyle olunca davacının üst üste iki iş günü devamsızlık şartı gerçekleşmemiştir.⁵³ demek suretiyle işverence yapılan feshi, bizce de isabetli olarak, haksız saymıştır⁵⁴.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi konuya ilişkin olarak yukarıda belirttiğimiz yönde karar verirken 2019 yılında verdiği bir kararda bu görüşünü değiştirmiş görünmektedir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2019 yılında verdiği kararında işçinin iş sözleşmesindeki hükme rağmen Kurban Bayramı'nda gelip çalışmamasını haklı değil, geçerli sebep saymıştır. Uyuşmazlık konusu olayda işçinin iş sözleşmesi işverence Kurban Bayramı'na denk gelen ardı ardına dört gün boyunca devamsızlık sebebi ile m. 25/II, (g) bendine göre haklı nedenle feshedilmiş, işçi feshin geçersiz sayılarak işe iadesini talep etmiştir. Yerel mahkeme işe iade talebini kabul etmiş, kararın istinafi üzerine bölge adliye mahkemesi de istinafi esastan reddetmiştir.

Yüksek Mahkeme ise, "Davacı işçi, davalı işyerinde işe başlarken imzaladığı bireysel iş sözleşmesi ile ulusal bayram genel tatil günlerinde de çalışmayı kabul etmiştir. Fazla mesaiye muvafakat her yıl yeniden alınması gerekirken bu yükümlülük ulusal bayram genel tatil çalışmaları bakımından geçerli değildir. Davacının çalıştığı işyeri unlu mameüller üzerine üretim yapmakta olup bayramda da çalışması işin doğası gereğidir. 2015 yılı Kurban Bayramı günleri için hangi işçilerin hangi gün nöbetçi olup çalışacakları vardiya çizelgesi ile düzenlenmiş ve davacı işçi Kurban Bayramı süresi içinde çalışacak işçiler arasında gösterilmiştir. Söz konusu vardiya çizelgesi dosyaya sunulmuştur. Davacı işçinin nöbetçi olduğu halde Kurban Bayramı süresince vardiyasına gelmediği uyuşmazlık dışı-

dır. Davacı işçinin bayram sonrası işe geldiğinde alınan savunmasının içeriğinden de anlaşılacağı üzere davacı işçi bayramda çalışacak işçilerden olduğunu da bilmektedir. Davacı işçinin izin vermeye yetkili kişiyi arayıp izin almadığı da hem savunma içeriğinden, hem de ilgilinin tanık beyanından anlaşılmaktadır.

Sonuç itibariyle, davacının 2015 yılı Kurban Bayramında nöbetçi bırakılan işçilerden olduğu halde izin almaksızın vardiyasına gitmediği sabittir. Hal böyle iken Kurban Bayramı günlerinin resmi tatil oluşu karşısında gelmemenin haklı feshe dayanak teşkil edecek devamsızlık niteliği de yoktur. Davacının söz konusu davranışı devamsızlık niteliği taşımamakla birlikte işverenden habersiz gerçekleştiği için iş akışını bozduğu ve işyerinde olumsuzluklara neden olduğu açıktır. Bu nedenle davalının iş akdinin feshinin haklı değil, ancak geçerli nedene dayandığı kabul edilerek davanın bu nedenle reddi gerekirken yazılı gerekçe ile kabulü hatalıdır.⁵⁵ diyerek feshin haklı değil geçerli nedene dayandığı sonucuna ulaşmıştır.

Görüldüğü üzere Yargıtay 9. Hukuk Dairesi bu kararında, "Kurban Bayramı günlerinin resmi tatil oluşu karşısında gelmemenin haklı feshe dayanak teşkil edecek devamsızlık niteliği de yoktur. Davacının söz konusu davranışı devamsızlık niteliği taşımamakla birlikte işverenden habersiz gerçekleştiği için iş akışını bozduğu ve işyerinde olumsuzluklara neden olduğu açıktır." diyerek artık bayram ve genel tatillerde işe gelmemenin devamsızlık olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir. Yargıtay kararında işçinin bayram ve genel tatillerde çalışacağına ilişkin hükme dikkat çektikten sonra bu sürelerde işe gelmemeyi devamsızlık olarak kabul etmemesi söz konusu hükmün işçiyi bağlamadığı anlamına mı geldiği konusunda Yüksek Mahkemenin bir değerlendirmesi bulunmamaktadır.

Yargıtay (kapatılan) 22. Dairesi ise 2014 yılında önüne gelen bir uyuşmazlıkta "... Somut olayda, davacının 18 ve 19 Mayıs 2010 tarihle-

53 Yarg. 9 HD., 21.12.2005, E. 2005/9245, K. 2005/40377, (www.kazanci.com).

54 Aynı yönde görüş için bkz. Şen, Murat: Ulusal Bayram ve Genel Tatil Günlerine Rastlayan Haftalarda Fazla Çalışma, Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2010, 6; Öğretide Sümer de 1,5 günlük devamsızlığın haklı feshi gerektirmeyeceğini, isabetli bir biçimde belirtmektedir, Sümer, Devamsızlık, 210.

55 Yarg. 9 HD., 3.4.2019, E. 2018/9185, K. 2019/7777, (www.kazanci.com).

rinde devamsızlık yaptığı sabit olup, izin aldığı veya haklı bir mazeretinin bulunduğunu ispatlamış değildir. Bu durumda, işveren tarafından yapılan fesih haklı sebebe dayanmaktadır... Davacı taraf, 19 Mayıs'ın resmi tatil olduğundan işe gitmek zorunluluğu olmadığını ileri sürmüştür. Oysa iş günü, işçi bakımından çalışılması gereken gün olarak anlaşılmalıdır. Toplu iş sözleşmesinde ya da iş sözleşmesinde genel tatil günlerinde çalışılacağına dair bir kural mevcutsa, bu taktirde sözkonusu günlerde çalışılmaması da işverene haklı fesih imkanı tanır. Nitekim, davacıya ait iş sözleşmesinin 10. maddesinde davacının bayram ve genel tatillerde çalışmayı kabul ettiği yer almaktadır. Ayrıca, davacının davalıya ait diyaliz merkezinde çalışan tek laborant olduğundan, genel tatillerde de çalıştığı şahit beyanları ve tüm dosya içeriğinden anlaşılmaktadır.

Açıklanan bu maddi ve hukuki olgular gözönünde tutulduğunda, kıdem ve ihbar tazminatı isteminin de reddi gerekirken, yazılı şekilde kabulüne karar verilmesi usul ve kanuna aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.⁵⁶ diyerek işverence yapılan feshin haklı nedene dayandığını kabul ederek yerel mahkeme kararını bozmuştur. Ancak yerel mahkeme bozma kararına karşı direnmiş ve uyuşmazlık Yargıtay Hukuk Genel Kurulu önüne gitmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, direnme üzerine verdiği kararda, "Somut olayda, taraflar arasında imzalanan iş sözleşmesinin 1.10. maddesinde, "Personel fazla çalışma yapmayı... bayram ve genel tatil günlerinde çalışmayı peşinen kabul eder, çalışılan ulusal bayram ve tatillerde çalışılan her gün için bir günlük ücret ödenir..." şeklinde düzenleme bulunduğu görülmektedir.

İş sözleşmesinde ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışılacağı belirtilmiş ise de, müşterek tanık beyanında personel imza föyü olduğunu, 23 Nisan ve 19 Mayıs'ta izinli olduklarını, uygun olunması hâlinde o gün çalışmadıklarını beyan etmiş; davalı tanığı başhemşire ise be-

yanında, bir hafta öncesinde çalışma listesinin hazırlandığını, işçilerin izinli olacağını bildiklerini, davacının da 19 Mayıs günü çalışması gerektiğini bildiğini beyan ettiği, ayrıca davalı vekili de cevap dilekçesinde, 19 Mayıs 2010 günü iş yerinde çalışılmakta olup, bir hafta öncesinde hazırlanan çalışma gün ve saat listesinde de davacının adının mevcut olduğunu belirtmiştir.

Bu delil durumu karşısında davalı iş yerinde genel tatil günlerinde iş yerinde çalışma yapılmakla birlikte, genel tatil günlerinde çalışacak işçilerle ilgili olarak bir hafta öncesinde çalışma gün ve saat listesinin hazırlandığı anlaşılmıştır. Ancak davacının kural olarak çalışmadan dinlenerek geçirmesi gereken resmî tatil günü olan 19 Mayıs 2010 tarihinde iş yerinde çalışacağına dair davalı işveren tarafından davacı işçiye yapılmış bir bildirim dosya kapsamında rastlanılmamıştır. Dolayısıyla davacının 19 Mayıs genel tatil gününde iş yerinde çalışacağına, bir başka deyişle bu günün davacı için çalışma günü olarak değerlendirilmesine bu delil durumu karşısında imkân bulunmamaktadır.

Diğer taraftan; 19 Mayıs genel tatil olup, iş mevzuatı yönünden iş günü olmadığından görevlendirildiği hâlde gelmeme devamsızlık değil, verilen görevi yapmama olarak değerlendirilmelidir." diyerek işverence yapılan fesihte haklı nedenle feshin koşullarının oluşmadığını belirtmiştir⁵⁷.

Kararda ilgimizi çeken ve aşağıda özel olarak değerlendireceğimiz husus ise 19 Mayıs gününün iş mevzuatı yönünde iş günü olmadığı, dolayısıyla işçinin eyleminin devamsızlık değil, görevi yapmama olarak değerlendirilmesi gerektiğidir. Gerçekten Hukuk Genel Kurulu'nun işçinin 19 Mayıs günü işe gelmemesini devamsızlık olarak kabul etmediği, bir anlamda şimdiye kadarki Yargıtay kararlarından oldukça farklı bir sonuca ulaştığı görülmektedir. Bunun yerleşik hale gelen bir görüş değişikliği mi olduğunu ise zaman gösterecektir.

56 Yarg. 22 HD., 15.4.2014, E. 2013/8617, K. 2014/8159, (www.kazanci.com).

57 YHGK, 16.5.2019, E. 2015/22-3352, K. 2019/569, (www.kazanci.com).

3. Görüşümüz ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı'nın Değerlendirilmesi

İşçinin iş görme borcunu gereği gibi yerine getirmiş sayılması için üstlendiği iş görme edimini kanuna ve sözleşmeye uygun olarak ifa etmesi gerekir. İş görme ediminin konusu işçinin görev tanımı ile belirlenirken edimin ifa zamanı da, kanunun emredici hükümlerine aykırı olmak kaydıyla sözleşmelerde özel olarak kararlaştırılmaktadır. Taraflar işçinin hangi gün işyerine geleceği, hangi saatler arasında çalışacağı konusunda anlaşmışlarında işçinin bu anlaşmaya uygun olarak işyerine gelmesi ve iş görme edimini yerine getirmesi gerekir.

Bu açıdan taraflar İş Kanunu'nun 44. maddesindeki düzenlemeye uygun olarak iş görme ediminin ifa zamanını genişletebilir ve kural olarak işgünü sayılmayacak bir süreyi işgünü olarak belirleyebilirler. Bu bağlamda da işçinin bayram ve genel tatil günlerinde çalışmayı kabul etmesi ve işverenin de o gün çalışılacağını işçiye duyurması ile birlikte artık o günün tatil günü olarak değil, işgünü olarak kabul edilmesi gerekir kanaatindeyiz. Bunun sonucunda anılan günde işçinin işyerine gelmemesi bize göre devamsızlık olarak kabul edilmelidir. İşçinin sözleşmesindeki hüküm uyarınca bayram veya genel tatil gününde işyerine gelmesine rağmen iş görme edimini yerine getirmemesi hali ise görevini yapmama olarak değerlendirilmelidir.

Yukarıda belirttiğimiz görüşümüz çerçevesinde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2019 tarihli Kararı'nda vardığı sonuca katılamamaktayız. Karar kanaatimize göre, birkaç açıdan eleştiriye açıktır. Kararda, "... Görüldüğü üzere, işçilerin dinlenme hakkı Anayasa ile güvence altına alınmış yine Anayasa'nın 50'nci maddesinde dinlenmenin çalışanların hakkı olduğu belirtildikten sonra yıllık izin, hafta tatili ve bayram tatili hakları ayrıca vurgulanmıştır. Gerçekten de kişinin hiç dinlenmeden sürekli biçimde çalışması gerek beden ve ruh sağlığı, gerekse sosyal, kültürel ve toplumsal birliktelik açısından olumsuz sonuç-

lara yol açacaktır." denilmektedir. Oysa dolaylı olarak dinlenme olanağı verdiği söylenebilirse de bayram ve genel tatillerin öngörülmesindeki amaç işçinin dinlendirilmesi değildir. Bu nedenle bayram ve genel tatillerde işçinin sözleşmesindeki hükme rağmen işe gelmemesini haklılaştırırken Hukuk Genel Kurulu'nun anayasal dinlenme hakkına dayanması bizce isabetli olmamıştır⁵⁸.

Yine Hukuk Genel Kurulu kararında, "... işin niteliği nedeniyle devamlı faaliyet göstermesi gereken iş yerlerine gelince, bunlar 2429 Sayılı Kanuna da İş Kanunu'nun 44'üncü maddesinin birinci fıkrası hükümlerine de tabi olmaksızın ulusal bayram ve genel tatillerde faaliyetlerini sürdürürler ve işçi çalıştırabilirler." denilmektedir. Ancak bu gerekçeye de katılamadığımızı belirtmeliyiz. Zira 2429 sayılı Kanun'da "Mahiyetleri itibarıyla sürekli görev yapması gereken kuruluşların özel kanunlarındaki hükümler saklıdır." hükmü yer almaktadır. Görüldüğü üzere 2429 sayılı Kanun'da, nitelikleri gereği devamlı faaliyet göstermesi gereken işyerleri için o işyerindeki işçilerin rızasının aranmayacağına ilişkin bir düzenleme yer almamakta, "...özel kanunlarındaki hükümler saklıdır." denilmek suretiyle bu konuda özel bir düzenleme olması aranmaktadır. Konu İş Kanunu açısından değerlendirildiğinde İş Kanunu'nda da konuya ilişkin hiçbir düzenleme yer almamaktadır. Oysa örneğin hastaneler niteliği gereği hizmetin devamlılığının esas olması gereken işyerleridir. Nitekim Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliğinde bayram ve genel tatil günlerinde nöbet esasına göre çalışmadan söz edilmektedir⁵⁹.

58 Öğretide Baycık bu tatil hakkının diğer dinlenme haklarından farklı olduğunu belirttiikten sonra, işçinin ulusal bayram ve genel tatil ücretinin ücretin içinde olduğunun kararlaştırılması halinde bu hakkın karşılığının alınmamış olacağını, bu durumun da anayasal dinlenme hakkının ihlali niteliği taşıyacağını ileri sürmektedir, Baycık, Gaye: İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri, İşin Düzenlenmesi, Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, 2016, İstanbul 2018, 299. Ancak bu görüşe katılamadığımızı ifade etmek isteriz.

59 Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nin (RG., 13.01.1983, 17927) 41. maddesinde, "Genel olarak yataklı tedavi kurumlarında nöbet; normal çalışma saatleri dışında ve resmi tatil günlerinde dışarıdan gelecek

Uygulamada iş sözleşmesine konulan hükümlerle bu onaylar başlangıçta alınmaktadır, ancak bu onayın alınmadığı ihtimalde konu sorun yaratabilecek niteliktedir. Bu nedenle olması gereken hukuk açısından, niteliği gereği sürekli hizmet sunumunun şart olduğu işyerleri ile sınırlı olmak üzere, işverenin talebi halinde ulusal bayram ve genel tatil günlerinde -en azından belirli bir nöbet sistemi dahilinde- işçilerin çalışmak zorunda olduklarına ilişkin bir hükmün öngörülmesi isabetli olurdu. Ancak mevcut düzenlemeler karşısında bu gibi işyerlerinde de işçilerin bayram ve genel tatillerde çalıştırılabilmeleri için rızalarının alınması gerekecektir.

VI. Sonuç

2429 sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun'da ulusal bayram ve genel tatillerde resmi daire ve kuruluşların tatil edileceği belirtilmiş, 29 Ekim günü dışında özel sektöre ait işyerleri için bir düzenleme yapılmamıştır. Bir diğer deyişle belirtilen günlerde işçilerin çalışıp çalışmayacakları iş kanunlarına bırakılmıştır. 4857 sayılı İş Kanunu'nda konuya ilişkin olarak ulusal bayram ve genel tatil günlerinde işçinin çalışıp çalışmayacağını iş sözleşmesi ya da toplu iş sözleşmesi ile kararlaştırılabileceği, böyle bir kararlaştırmanın olmaması halinde ancak işçinin onayı ile bayram ve genel tatil gününde işçinin çalıştırılabileceği belirtilmiştir.

Kanun'daki hüküm çerçevesinde iş sözleşmesinde ya da toplu iş sözleşmesinde işçinin çalışacağına ilişkin rızasının olması halinde bayram ve genel tatil günlerinde işe gelip çalışması gerekmektedir. Artık sözü edilen günler işçi açısından işgünü niteliği taşır ve işçinin o gün işe gelmemesi izinsiz ve haklı bir sebebi olmaksızın işe gelmeme, bir diğer deyişle devamsızlık durumu oluşturur. Bunun sonucunda da devamsızlığın Kanun'da belirtilen süreleri aşması halinde işçi-

nin iş sözleşmesi işverence devamsızlık gerekçeyle haklı sebeple feshedilebilir.

Yargıtay da daha önceki kararlarında bu yönde sonuca ulaşırken son dönemde görüş değiştirmiş görünmektedir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2019 yılında verdiği bir kararda sözleşmeyle kabul etmesine rağmen bayram ve genel tatillerde işçinin işe gelmemesinin haklı değil, geçerli sebep olduğunu kabul etmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ise, işçinin bayram ve genel tatillerde işe gelmemesinin devamsızlık değil, görevi yapmama olduğunu belirtmiştir. Bize göre her iki karar da eleştiriye açık olup, isabet taşımamaktadırlar.

KAYNAKÇA

- Akyiğit, Ercan: 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi, 3. Baskı, Ankara 2008.
- Arslan, Seda: İşverenin Haklı Nedenle Fesih Hakkı, İstanbul 2012.
- Başbuğ, Aydın/Yücel Bodur, Mehtap: İş Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 2021.
- Baycık, Gaye: İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri, İşin Düzenlenmesi, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, 2016.
- Caniklioğlu, Nurşen: Ücretli Yıllık İzin Hakkı-Devamsızlık- Hizmet Sözleşmesinin Feshi, İHD, Nisan-Haziran 1993.
- Caniklioğlu, Nurşen: Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, İstanbul 2001.
- Çelik, Nuri/ Caniklioğlu, Nurşen/ Canbolat, Talat/ Özkaraca, Ercüment: İş Hukuku Dersleri, 35. Bası, İstanbul 2022.
- Danar, Cüneyt: Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun Gereği Tatil Edilen Cumartesi Günü Genel Tatil Günü Müdür?, Sicil İş Hukuku Dergisi, Eylül 2006.
- Demir, Cuma Arif: Hastalığın İş İlişkisine Etkisi, İstanbul 2021.
- Ekmekçi, Ömer/Yiğit, Esra: Bireysel İş Hukuku Dersleri, 3. Baskı, İstanbul 2021.

hastalarla, kurum içindeki hastaların acil durumlarında tıbbi ve bununla ilgili idari ve teknik yardımları vaktinde sağlayabilmek, olması muhtemel idari ve teknik olay ve kasalara zamanında müdahale edebilmek amacını güder." denilmektedir.

- Ekonomi, Münir: İş Hukuku, C.1 Ferdi İş Hukuku, Yenilenmiş 3. Bası, İstanbul 1984.
- Ergin, Hediye: Türk ve Alman Hukukunda İş Sözleşmesinin Sağlık Nedeniyle Sona Ermesi, İstanbul 2009.
- Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim/Baskan, Esra: İş Hukuku, 10. Baskı, İstanbul 2020.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhiddin/Baysal, Ulaş: İş Hukuku, Güncellenmiş 7. Baskı, Ankara 2022.
- Narmanlıoğlu, Ünal: İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, 5. Baskı, İstanbul 2014.
- Savaş, Fatma Burcu: İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi, İstanbul 2012.
- Sümer, Haluk Hadi: İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş 25. Baskı, Ankara 2020, (İş Hukuku).
- Sümer, Haluk: Yargıtay Kararlarının Işığı Altında İşçinin İşe Devamsızlığı Nedeniyle Hizmet Sözleşmesinin Feshi, Prof. Dr. Metin Kural'a Armağan, Ankara 1998, (Devamsızlık).
- Süzek, Sarper: İş Hukuku, 21. Baskı, İstanbul 2021.
- Şen, Murat: Ulusal Bayram ve Genel Tatil Günlerine Rastlayan Haftalarda Fazla Çalışma, Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2010.
- Tosun, Tarık Gökhan: Basın İş Hukukunda Ücret, İstanbul 2019.
- Tulukçu, N. Binnur: İş Hukukunda Dinlenme Hakkı, Ankara 2012.
- Uşan, Fatih: "Karar İncelemesi: Sağlık Durumuna Bağlı Devamsızlık Nedeniyle Hizmet Sözleşmesinin Feshi-Kıdem Tazminatı", Kamu-İş, C. 5, S. 2, Ankara Ocak 2000.

Resmi Arabuluculuk Sistemi ve Uygulamasındaki Sorunlar ile Çözüm Önerileri

Öz

Toplu menfaat uyuşmazlıklarının çözümüne yönelik sürecin amacı toplu iş sözleşmesinin imzalanmasıdır. Türk çalışma mevzuatı da çatışmacı çözüm yollarına gitmeden önce uyuşmazlığın barışçı çözüm yolları kullanılarak çözümlenmesini hedeflemiştir. Bu anlamda, grev ve lokavta başvurmadan önce arabuluculuk sürecinden geçilmesi de bir zorunluluk olarak düzenlenmiştir. Resmi arabuluculuk; toplu menfaat uyuşmazlıklarında taraflardan birinin toplu sözleşme görüşmelerine dahil olmaması ya da görüşmelere devam etmemesi ya da toplu iş sözleşmesi görüşmelerinin başlamasından itibaren kanunda öngörülen ilk görüşme süresinin sona ermesine rağmen tarafların anlaşamaması durumlarında, tarafların grev ve lokavta ya da zorunlu hakeme gitmeden önce başvurmaları gereken barışçı bir çözüm yoludur. Çalışmamızda sürecin en önemli aktörü olan arabulucunun nitelikleri, resmi ara-

buluculuk sürecinin süresi, bu sürenin kullanımına ilişkin hususlar, tarafların süreyi kötü niyetle kullanmaya ilişkin teşebbüslerinin örnekleri, resmi arabulucu nezdinde yapılan görüşmelerde tarafların kullandıkları stratejilerin neticeleri ve hukuka uygunluğu, arabulucunun süreç içerisindeki çalışma yöntemi, riayet etmesi gereken hususlar, arabulucunun görevini yerine getirirken olası kusurlu davranışının sonuçları ile kendisine karşı işlenen suçlar, arabuluculuk sürecinin toplu iş sözleşmesinin akdedilmesiyle sonuçlanması ile anlaşmama halinde tutulacak tutanağın içeriği ve nihayet arabuluculuk süreci sonrasındaki yasal durum etrafında ele alınacak ve müessese gerek teorik açıdan gerekse uygulamadan gelen tecrübemizle pratik açıdan incelenecektir. Ayrıca resmi arabuluculuk sürecinin mevcut düzenlemesi ile uygulamasına ilişkin eleştiriler ile önerilerimiz de açıklanacaktır.

Anahtar Sözcükler:

Resmi arabuluculuk, toplu menfaat uyuşmazlığı, görevli makam, anlaşmama tutanağı, yetkili sendika.

Official Mediation System, Problems and Solution Proposals in the Application

Abstract

The purpose of the process for the resolution of collective interest disputes is to conclude a

collective labour agreement. Turkish labour legislation also aims to resolve the conflict using

* Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, serkan.odaman@yasar.edu.tr, ORCID: 0000-0002-4720-5914.

peaceful solutions before applying for confrontational solutions. In this sense, mediation process is regulated as a necessity before resorting to strikes and lockouts. Official mediation is one of the peaceful conflict solution method that the parties have to apply before starting the labour struggle or before applying to the arbitration, in cases where one of the parties does not participate in or does not continue the negotiations in collective interest disputes, or in cases where the parties cannot come to an agreement despite the expiry of the first meeting period stipulated in the law after the beginning of the collective labour agreement negotiations. In this study the qualifications of the mediator, who is the most important actor in the process, the duration of the official mediation process, matters related to the use of this period, examples of attempts by the parties

to use the period in bad faith, the results and legality of the strategies used by the parties in the negotiations before the official mediator, the mediator's working method in the process, matters to be observed, the consequences of the mediator's possible faulty behaviour while performing his duty, and the crimes committed against him, concluding the mediation process with the conclusion of the collective labour agreement, the content of the minutes to be kept in case of non-agreement and finally, the legal situation after the mediation process will be discussed in detail and the institution is going to be examined both theoretically and practically with our experience from practice. Besides, our criticisms and suggestions regarding the current arrangement and application of the official mediation process is going to be explained.

Keywords:

Official mediation, collective interest dispute, competent authority, non-agreement report, competent employee's trade union.

Giriş

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu henüz 1. maddesinde amacını tanımlarken; Kanun'un amacını; işçi ve işveren sendikaları ile konfederasyonların kuruluşu, yönetimi, işleyişi, denetlenmesi, çalışma ve örgütlenmesine ilişkin usul ve esaslar ile işçilerin ve işverenlerin karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumları ile çalışma şartlarını belirlemek üzere toplu iş sözleşmesi yapmalarına, uyuşmazlıkları barışçı yollarla çözümlenmelerine, grev ve lokavta başvurmalarına ilişkin usul ve esasları düzenlemek şeklinde belirtmektedir.

Doktrinde toplu menfaat uyuşmazlıklarının grev ve lokavt yoluyla çözülmeye çalışılmasının asıl olduğu, ancak grev ve lokavtın sadece uy-

gulanan işyerinde değil aynı zamanda ülkenin ekonomik yapısı ile kamu düzeninde de olumsuz neticelere yol açabildiğinden bahisle grev ve lokavta başvurmadan önce barışçı çözüm yollarını kullanmanın bir zorunluluk olarak getirildiği ifade edilmektedir¹. Ancak Kanun'un hemen başlangıcında, amacında görüldüğü üzere sürecin hedefi toplu iş sözleşmesinin akdedilmesidir. Bu hedefe ulaşırken de mevzuat elden geldiğince grev ve lokavt gibi çatışmacı çözüm yollarına gitmeden uyuşmazlığın barışçı çözüm yolları da kullanılarak çözümlenmesine odaklanmış ve bu çerçevede yapılandırılmıştır. Türk iş hukuku sisteminde grev ve lokavta kadar gidebilmek için birçok farklı aşamadan geçilmesinin zorunlu ol-

1 Şahlanan, F.: Toplu İş Hukuku, İstanbul, 2020, s. 517.

ması, ayrıca toplu hak uyuşmazlıklarında da grev ve lokavtın mümkün olmaması bu görüşümüzü güçlendirmektedir kanısındayız. Uyuşmazlığın çözümünde son nokta olarak tarif edilebilecek grev ve lokavt ise farklı hukuk sistemlerinde farklı şekillerde uygulama alanı bulmakta ve hatta bazı ülkelerde hiç uygulanmamaktadır.

Toplu iş uyuşmazlıklarının çözümü sistemlerine bakıldığında bazı ülkelerde taraflara grev ve lokavta başvurma olanağının tanınmadığı, bir başka deyişle grev ve lokavtın yasaklanmış olduğu görülmektedir. Söz konusu sistemde taraflar sadece ilgili ülke mevzuatının düzenlemiş olduğu zorunlu hakem yöntemini takip edebilmektedirler. Bu hakem kurullarının vermiş olduğu kararlar kesin olmakta, tarafları bağlamakta ve bu kararlara karşı da grev ve lokavta gidilememektedir. Örneğin sosyalist hukuk sistemini benimseyen eski doğu bloku ülkelerinde tüm üretim araçları devlete ait olduğundan ve özel mülkiyet de mevcut olmadığından işçilerin grev ve başvuruları söz konusu dahi değildi. Bunun uzantısı olarak elbette lokavtın varlığı da mümkün olamazdı.

Sınırlı bir grev ve lokavt sisteminin bulunduğu ülkelerde ise tarafların öncelikle barışçı yollara başvurusu teşvik edilmekte, ancak buna rağmen uyuşmazlık çözümlenemiyorsa bu durumda da grev ve lokavta gidilebilmektedir. Ne var ki, grev ve lokavta başvurulmasında sonsuz bir özgürlükten bahsedilememekte, adı geçen kavramlar ilgili ülkenin mevzuatı çerçevesinde belirlenen birtakım sınırlandırmalara tabi tutulmaktadır.

Nihayet, geniş bir grev ve lokavt özgürlüğünün olduğu sistemlerde ise tarafların hem kendi uyuşmazlık çözüm yollarını bularak barışçı yöntemleri uygulamaları mümkündür hem de grev ve lokavta başvuruları tümüyle serbesttir.

Avrupa Birliği üyesi ülkelerde toplu iş uyuşmazlıklarının çözümünde "idari yoldan çözüm" belirlenmiş olup bunlardan biri de arabuluculuktur. Arabuluculuğun üye ülkelerde de farklı

uygulamaları mevcuttur². Örneğin İsveç'te ancak tarafların anlaşmasıyla arabulucuya grevden önce gidilirken, Almanya'da ise arabuluculuk toplu iş sözleşmeleriyle taraflarca açıkça kabul edilmişse başvurulabilecek gönüllü bir çözüm yoludur³.

Türkiye'de gerek 275 sayılı gerek 2822 sayılı gerekse de 6356 sayılı Kanun döneminde sürekli bir şekilde sınırlı bir grev ve lokavt sistemi geçerli olmuştur. Adı geçen kanunlar dönemlerinde grev ve lokavta başvurmadan önce arabuluculuk sürecinden geçilmesi de bir zorunluluk olarak düzenlenmiştir.

Arabuluculuk Kavramı

Arabuluculuk; toplu menfaat uyuşmazlığının söz konusu olması halinde taraflardan birinin toplu sözleşme görüşmelerine dahil olmaması ya da görüşmelere devam etmemesi ya da toplu iş sözleşmesi görüşmelerinin başlamasından itibaren Kanun'da öngörülen ilk görüşme süresinin sona ermesine rağmen tarafların anlaşamaması hallerinde, tarafların grev ve lokavta ya da zorunlu hakeme gitmeden önce başvuruları gereken barışçı bir çözüm yoludur⁴. Arabuluculuk her ne kadar grev ve lokavta yönelmeden önce geçirilmesi zorunlu olan bir aşama olsa da taraflara bu süreçte herhangi bir zorla telkinde bulunulması söz konusu değildir. Zira süreç sadece toplu menfaat uyuşmazlığının barışçı bir şekilde çözümlenmesi, grev ve lokavt gibi çatışmacı yöntemlere gerek kalmaması için öngörülmuş bir prosestir. Arabulucunun görevi taraflar arasında mevcut bulunan toplu menfaat uyuşmazlığının çözümlenmesi için katkıda bulunmaktır. Resmi arabuluculuk; işçi sendikası ile işveren sendikasının ya

2 Avrupa Birliğine üye ülkelerdeki arabuluculuk sistemleri için bkz. Kökkılınç, A.G.: Avrupa Birliği Hukukunda Toplu İş Uyuşmazlıklarının Çözümünde Arabuluculuk, Prof. Dr. Fevzi Demir'e Armağan, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Özel Sayı, 2009/24, s. 316 vd.

3 Tuncay, A.C./Savaş Kutsal, B.: Toplu İş Hukuku, İstanbul, 2019, s. 378-379.

4 Çelik, N./Caniklioğlu, N./Canbolat, T./Özkaraca, E.: İş Hukuku Dersleri, 35.Bası, İstanbul, 2022, s. 1053.

da sendika üyesi olmayan işverenin tarafsız ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nca yetkilendirilmiş bir kişinin önünde uyuşmazlık konularını daha sağlıklı bir şekilde değerlendirmelerini sağlamak ve uyuşmazlığın kavga ortamına çekilmeden çözülmesine katkı sunmaktır⁵.

Bu anlamda arabulucu çözüm getirmekten ziyade süreci kolaylaştırıcı bir işlev görmektedir. Esasen bu mantık toplu iş sözleşmesi görüşmelerinin felsefesi ile uyum göstermektedir. Zira toplu sözleşme düzeninin özerk bir yapı içinde olmasının neticesi olarak taraflara süreçte herhangi bir baskıda bulunulması ve hatta dış bir unsurdan telkin gelmesi söz konusu olamaz. Söz konusu açıklamalar çerçevesinde görüldüğü ve doktrinde de isabetle ifade edildiği üzere grev ve lokavt müesseseleri esasen süreçte ulaşılmaması gereken ya da istenen bir amaç değil, tam tersine toplu iş sözleşmesinin akdedilebilmesi için olsa bir araç niteliği taşımaktadırlar⁶.

Arabulucuların Seçimi ve Görevlendirilmesi

6356 sayılı Kanun md. 57'ye göre "...arabulucuların nitelikleri, seçimi, ücretleri ve görevlendirilmeleri Maliye Bakanlığının görüşü alınarak Bakanlıkça çıkarılacak bir yönetmelikle düzenlenir". Nitekim adı geçen Yönetmelik, 28884 sayılı ve 07.12.2013 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Toplu İş Sözleşmesinde Arabulucuya ve Hakeme Başvurma Yönetmeliği'nin 7. maddesinde arabulucularda aranan nitelikler sayılmıştır. Buna göre arabulucuların Türk vatandaşı olmaları, medeni ve siyasi hakları kullanma ehliyetine sahip olmaları, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun ilgili maddesinde öngörülen genel koşulları taşımaları, siyasi parti

organlarında görevli olmamaları, sendika şubesi, sendika ve konfederasyonlarda herhangi bir suretle görevli bulunmamaları, Yükseköğretim Kanunu hükümleri saklı kalmak kaydıyla, kamu kurum ve kuruluşlarında görevli bulunmamaları, hukuk, çalışma ekonomisi ve endüstri ilişkileri, maliye, iktisat ve işletme öğrenimi yapılan en az dört yıllık bir yükseköğretim kurumunu bitirmiş ve işçi-işveren ilişkileri alanında en az beş yıl çalışmış veya diğer yükseköğretim kurumlarını bitirmiş ve kamu kurum ve kuruluşlarında en az on yıl iş hukukuyla ilgili görevlerde çalışmış olmaları gerekmektedir.

Arabulucu olmak için haiz olunması gereken söz konusu niteliklere bakıldığında öncelikle arabulucunun Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olması gerekir. Bu anlamda, yabancılar arabulucu olamayacağı gibi Türk soylu yabancıların da arabulucu olamayacağı mevcut düzenleme karşısında açıktır. Ancak Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlığının nasıl kazanıldığının konu bakımından önemi bulunmamaktadır⁷.

Arabulucunun medeni ve siyasi hakları kullanma ehliyetine de sahip olması gerekir. Akyiğit, bundan anlaşılması gerekenin fiil ehliyetine de sahip olmak olduğunu belirtmektedir⁸.

Bunlardan başka, arabulucunun siyasi parti organlarında da görevli olmaması gerekmektedir. Buradan anlaşılması gereken ise arabulucu olacak kişinin siyasi parti üyesi olması ya da siyasi parti faaliyetlerine katılması değil, merkez karar yönetim kurulu, il başkanlığı, ilçe başkanlığı gibi görevlerde bulunmamasıdır. Arabulucu olmak için siyasi parti üyesi olmayı serbest bırakıp organlarda görev almayı yasaklamanın mantığı tarafımızca anlaşılabilir. Zira eğer siyaset yapmak bu görevi ifa etmek için bir sorun olarak algılanıyorsa, kişi zaten siyasi parti üyesi olarak siyasi görüşünü açıklamış olmaktadır. Kanımızca bu anlamda siyasi parti organlarında görev yapıyor olmak da bir problem teşkil etmemelidir.

5 Arıcı, K.: Türk İş Hukuku-II, Toplu İş İlişkileri Hukuku, Ankara, 2022, s. 313.

6 Subaşı, İ.: Toplu İş Hukukunda Arabuluculuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt II, İstanbul, 2003, s. 760; Canbolat, T.: 6356 Sayılı Kanunda Barışçıl Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2013/4, s. 259-261.

7 Akyiğit, E.: Toplu İş Hukuku, 4.Baskı, Ankara, 2022, s. 544.

8 Akyiğit, s. 544.

Arabulucu olabilmek için kamu kurum ve kuruluşlarında görevli olmamak da gerekmektedir. Bunun tek istisnası üniversite öğretim üyeleridir. Gerçekten de kamu üniversitelerinde görev yapan öğretim üyelerinin arabuluculuk yapmasına hukuken bir engel bulunmamaktadır. Vakıf üniversitelerinde görev yapan öğretim üyeleri ise kamu görevlisi sayılmadıkları için doğal olarak bu çerçevede değerlendirilmeyeceklerdir.

Yukarıda da ifade edildiği üzere arabulucu olabilecek kişilerin hukuk, çalışma ekonomisi ve endüstri ilişkileri, maliye, iktisat ve işletme öğrenimi yapılan en az dört yıllık bir yükseköğretim kurumunu bitirmiş ve işçi-işveren ilişkileri alanında en az beş yıl çalışmış veya diğer yükseköğretim kurumlarını bitirmiş ve kamu kurum ve kuruluşlarında en az on yıl iş hukukuyla ilgili görevlerde çalışmış olmaları gerekmektedir. Kanımızca bu görevi sağlıklı bir şekilde yerine getirebilmek için sadece genel bir iş hukuku eğitimi almak yeterli olmamalı, kapsamlı bir toplu iş hukuku eğitimi almış olunmalıdır. Bunun için de hukuk fakültesi mezunu olmak ya da iktisadi ve idari bilimler fakültesi veya siyasal bilgiler fakültelerinin çalışma ekonomisi ve endüstri ilişkileri bölümü mezunu olmak şartının aranması gerekli ve yeterli olmalıdır. Elbette sadece bu fakülte veya bölümden mezun olmak da yeterli sayılmamalı, mevzuat hükmünde belirtildiği üzere işçi-işveren ilişkileri alanında en az beş yıl çalışmış olma şartı da aranmalıdır. Bundan başka, diğer yükseköğretim kurumlarını bitirmiş ve kamu kurum ve kuruluşlarında en az on yıl iş hukukuyla ilgili görevlerde çalışmış olmaları koşulu da kanımızca isabetli değildir. Zira iki yıllık yüksek okullar da dahil olmak üzere çalışma hayatıyla hiçbir alakası olmayan bir bölümü bitiren, hatta sosyal bilimler alanında bile olmayan bir fakülte mezunu kişinin resmi arabulucu olabilmesi kanımızca uygun değildir. Kamu kurum ve kuruluşlarında en az on yıl iş hukukuyla ilgili görevlerde çalışmış olunması koşulu da son derece muğlak bir ifadedir ve müessesenin etkinliği açısından kabulü kanımızca mümkün değildir.

Yönetmeliğin 4. maddesine göre arabuluculuk sistemi; Genel Müdürlük, Seçici Kurul ve arabuluculardan oluşur. Genel Müdürlük, yönetmelikte belirtilen görevleri yerine getirir; Seçici Kurulun raportörlük hizmetlerini ve diğer büro hizmetlerini yürütür.

Yönetmeliğin 5. maddesi uyarınca arabuluculuk yapabilecek olanlar Seçici Kurul'ca belirlenir. Seçici Kurul, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanının başkanlığında; müsteşar veya müsteşar yardımcısı, çalışma genel müdürü, üniversitelerin iş hukuku ve sosyal güvenlik hukuku anabilim dalı ile çalışma ekonomisi ve endüstri ilişkileri bölümü öğretim üyeleri arasından Yükseköğretim Kurulunca seçilen bir üye, en çok üyeye sahip ilk iki işçi sendikaları konfederasyonu yönetim kurullarınca seçilen birer üye, en çok üyeye sahip işveren sendikaları konfederasyonu yönetim kurulunca biri kamu işverenlerinden olmak üzere seçilen iki üye ile oluşur. Seçimle gelen üyelerin görev süreleri üç yıldır. Bu üyeler yeniden seçilebilir. Her bir üye için iki yedek üye seçilir. Herhangi bir nedenle görevi sona eren üyenin yerine seçilen üye kalan süreyi tamamlar. Bakanın toplantıya katılmaması halinde, Seçici Kurula, müsteşar veya müsteşar yardımcısı başkanlık eder. Seçici Kurul üyelerinin izinli veya mazeretli olmaları halinde, toplantıya bu makama vekâlet edenler ya da yedek üyeler katılır.

Nihayet yönetmeliğin 6. maddesine göre ise; Seçici Kurul, Bakanlıkça yapılan çağrı üzerine toplanır. Toplantının yer, gün ve saati, toplantı tarihinden en geç üç iş günü önce üyelere bildirilir. Seçici Kurul, başkan dışında en az beş üyenin katılımıyla toplanır. Kararlar oy çokluğuyla alınır. Oyların eşitliği halinde, başkanın bulunduğu taraf çoğunluğu sağlamış sayılır. Kararlar, karar defterine yazılarak başkan ve üyelerce imzalanır.

Yönetmeliğin 8. maddesine göre ise Seçici Kurul, görev yapacak arabulucu sayısı ile görev alanı ve görev alanını kapsayan il veya illeri önceden belirler; bu sayıyı ihtiyaca göre değiştirebilir. Genel Müdürlük, bu Yönetmelik gereğince arabulucularda aranan nitelikleri, Seçici Kurul'a

yapılacak başvuruların şeklini, son başvuru tarihini ve seçilecek arabulucu sayısını seçim tarihinden en az bir ay önce Bakanlık internet sitesinden ilan eder. Seçici Kurul, başvuruları inceler ve Aralık ayı içinde arabulucu seçimini yapar. Seçilen arabulucuların listesi Resmî Gazete’de ilan edilir ve Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüklerine bildirilir. Arabulucular, seçildikleri ayın son iş günü göreve başlamış sayılır. Arabulucular, tercihleri dikkate alınarak en çok iki görev alanı il ya da iller için seçilir⁹. Ancak istek olmayan görev

alanı il ya da iller için diğer görev alanlarına yapılan başvurular arasından Seçici Kurul’ca re’sen görevlendirme yapılabilir. Arabulucuların görev süresi üç yıldır; istekleri halinde yeniden seçilmeleri mümkündür.

Aynı Yönetmeliğin 9. maddesi uyarınca da görev alanı ilde, görevden ayrılma ya da herhangi bir mazeret dolayısıyla görev yapacak arabulucu kalmamışsa, durum Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü’nce derhal Bakanlığa bildirilir. Bakanlık, üç iş günü içerisinde re’sen görevlendirme yapar. Niteliklerini kaybedenlerin arabuluculuğu kendiliğinden sona erer. Gerekli nitelikleri taşımadığı halde veya niteliklerini kaybetmesine rağmen arabulucu olarak görevlendirilenler ise, tebliğ tarihinden itibaren üç iş günü içinde görevi iade etmek üzere görevli makama başvurur.

Nihayet Yönetmelik md. 10 uyarınca toplu menfaat uyuşmazlıklarında, işveren veya işverene ait işyerlerinde görevli olanlar arabuluculuk yapamaz. Bu hükmün ihlali durumundaysa mahkemeye veya görevli makama başvuru gerekmektedir. Tuncay’a göre işçi ve işveren sendika ile konfederasyonlarında görevli bulunmama şartı doğal olarak arabulucunun tarafsızlığına ve güven verici olma özelliğine bağlı bir husustur. Yazar, görevli olmama şartının oldukça geniş bir kavram olduğunu, bununla birlikte sendikaların vekaletnamesini alan bağımsız bir avukatın ya da mükellefi sendika olan bir mali müşavirin bu yasak kapsamına girmeyeceğini belirtmektedir¹⁰. Akyiğit, adı geçen yasaklamanın gerek işçi gerekse de işveren sendikalarında ve konfederasyonlarında görev almanın arabuluculuğu engellediği şeklinde anlaşılması gerektiğini belirtmektedir. Yoksa kastedilenin kamu görevlileri sendikaları olarak anlaşılması gerektiğini, zira konuyu düzenleyen Yönetmeliğin 6356 sayılı Ka-

9 Konuyla ilgili olarak 2822 sayılı eski kanun döneminde resmi arabulucular listesinde davacının adının yer almasına ilişkin işlemin iptali işlemleriyle dava açılması üzerine Ankara 4 Nolu İdare Mahkemesince; 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasasının 65. maddesine dayanılarak çıkarılan Hakeme ve Resmî Arabulucuya Başvurma Tüzüğü’nün 27. maddesinde, seçici kurulun her bölgede görev yapacak resmi arabulucu sayısını önceden belirleyeceği, resmi bölge müdürlükleri görev alanlarından en çok iki bölgede görevlendirebilecekleri, ihtiyaç halinde en yakın bölge müdürlüğü alanı için başvuranlardan üçüncü bölge için de görevlendirme yapılabileceği kurallarının getirildiği, söz konusu Tüzük hükümlerine göre bölge düzeyinde arabuluculuk sistemi uygulandığı, davacının ... Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi İktisat Bölümü Başkanı olarak görev yapmakta iken, 10.6.1993 günlü başvuru formu ile ... ve ... Bölgelerinde resmi arabuluculuk görevi için başvurduğu ancak ikamet ettiği yer ile istediği bölgelerin farklı olması nedeniyle listeye alınmadığının anlaşıldığı, davacının istediği bölgelerin ikamet ettiği bölgeden uzak olması nedeniyle listeye alınmayarak bu bölgelere aynı iller ve yakın illerden arabulucu tayininde kamu yararı ve hizmet gerekleri bakımından hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı tarafından, mevzuatta resmi arabuluculuk için başvuranların başvurdukları yerde ikamet etmeleri şartının aranmadığı, başvuru yapılırken öngörülmeyen bir koşulun işleme gerekçe oluşturamayacağı, resmi arabuluculuk için başvuru sırasında, istediği yerlere tayin için uğraştığı, diğer atananların ikamet ettikleri yerlerin dışında ikamet ettikleri illeri sürülerek anılan mahkemenin 3.11.1994 gün ve E:1993/1243, K:1994/1760 sayılı kararının temyizden incelenerek bozulması istenmiştir.

Danıştay’a göre; bozulması istenen karar, usul ve hukuka uygun olup dilekçede ileri sürülen temyiz sebepleri kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmediğinden temyiz isteminin reddi ile bozulması istenen kararın onanmasına 14.03.1996 tarihinde oyçokluğuyla karar verilmiştir.

Karşı oy olarak yapılan açıklamaya göre ise; 2822 sayılı Yasanın 65. maddesine dayanılarak çıkarılan “Hakem ve Resmî Arabulucuya Başvurma Tüzüğü”nün resmi arabuluculuk yapılabilecek olanların seçimi ve görevlendirilmelerine ilişkin 24. ve 27. maddelerinde, resmi arabu-

luculuk için başvuranların, görev yapacakları bölgede ikamet sahibi olmalarını zorunlu kılan bir hükme yer verilmemiştir. Bu durumda, dava konusu işleme gerekçe alınan ve davacının görev yapacağı bölgede ikamet sahibi olmaması hususu ve buna dayanılarak başvurunun reddi mevzuata aykırı olup, iptali gerekmektedir.

10 Tuncay/Savaş Kutsal, s. 383.

nun kapsamında bir olguya yönelik çıkarıldığını ve bu kanun çerçevesinde anlamlandırılması gerektiğini ifade etmektedir. Yazar, bu kuruluşların herhangi bir departmanında işçi olarak çalışanların ya da herhangi bir zorunlu veya seçimlik kurulda üye bulunanların da bu yasak kapsamında olacağını ifade etmekte ancak sendikaya eser sözleşmesiyle ya da vekalet sözleşmesiyle bağımsız olarak hizmet sunan kişilerin yasak kapsamında olmayacağını belirtmektedir¹¹.

Her bir uyuşmazlık için ayrı birer arabulucunun atanması gerekliliği bulunmaktadır. Ancak işletme toplu iş sözleşmesi söz konusu olması halinde tek bir prosedür izleneceğinden tek bir arabulucu atanmalıdır¹². Grup toplu iş sözleşmelerinde ise Yargıtay, her bir işyeri için ayrı bir arabulucunun atanabileceğini kabul etmektedir. Yüksek Mahkeme'ye göre; "Aynı işkolunda birden çok işyerini kapsamak üzere yapılmak istenen toplu iş sözleşmesi görüşmelerinde kapsama girecek her bir işyeri için ayrı seçilmesinde de yasa-ya aykırılık yoktur."¹³ Konu hakkında görüş bildiren Eyrenci grup toplu iş sözleşmelerinde tek bir arabulucunun atanmasının isabetli olacağını belirtmiştir¹⁴. Tuncay ise, grup toplu iş sözleşmelerinde tek bir arabulucu atanmasının daha uygun olduğunu ancak kapsam içinde çok işyeri varsa her biri için ayrı arabulucu atanmasının da caiz görülebileceğini ifade etmiştir¹⁵.

Arabulucunun Belirlenmesi

Resmi arabulucunun görev yapması için öncelikle bir toplu menfaat uyuşmazlığı söz konusu olmalıdır. Bir başka deyişle toplu iş sözleşmesi görüşmelerinin başlamamış olması ya da başlamış ancak tarafların anlaşmaya varamamış ol-

ması ve durumun tespitiyle gerekli başvurunun yapılmış olması gerekmektedir.

Bu anlamda, sürecin resmi arabuluculuk aşamasına gelebilmesi için yukarıda da belirtildiği üzere öncesinde belli bazı aşamaların yaşanmış olması gerekmektedir. 6356 sayılı Kanun'un 46. maddesine göre; taraflardan biri, yetki belgesinin alındığı tarihten itibaren on beş gün içinde karşı tarafı toplu görüşmeye çağırır. Çağrı tarihi, çağrıyı yapan tarafça derhâl görevli makama bildirilir. Bu süre içerisinde çağrı yapılmazsa, yetki belgesinin hükmü kalmaz. Yine aynı Kanun'un 47. maddesi uyarınca; çağrının karşı tarafa tebliğ edildiği tarihten itibaren altı iş günü içinde taraflar toplu görüşmenin yer, gün ve saatini aralarında anlaşarak belirler ve bunu görevli makama yazı ile bildirir. Anlaşmaya varılamazsa, taraflardan birinin başvurusu üzerine, yapılacak ilk toplantının yeri, günü ve saati görevli makamca derhâl belirlenir ve taraflara bildirilir. İşçi sendikası, çağrı tarihinden itibaren otuz gün içinde yapılacak olan ilk toplantıya gelmez veya aynı süre içinde toplu görüşmeye başlamazsa yetkisi düşer. Toplu görüşmenin süresi, ilk toplantı tarihinden itibaren altmış gündür.

6356 sayılı Kanun'un 49. maddesi uyarınca da toplu görüşme için kararlaştırılan ilk toplantıya taraflardan biri gelmez veya geldiği hâlde görüşmeye başlamazsa, toplu görüşmeye başladıktan sonra toplantıya devam etmezse veya taraflar toplu görüşme süresi içerisinde anlaşamadıklarını bir tutanakla tespit ederlerse ya da toplu görüşme süresi anlaşma olmaksızın sona ererse, taraflardan biri uyuşmazlığı altı iş günü içinde görevli makama bildirir. Aksi takdirde işçi sendikasının yetkisi düşer. Ekmekçi, altmış günün tamamlanması nedeniyle arabulucu tayin edilmesi için tarafların anlaşamadıklarını bir tutanak altına almalarının gerekmediğini, taraflardan birinin anlaşma olmadığını belirterek görevli makama başvurmalarının yeterli olduğunu, toplu iş sözleşmesi görüşmelerinin başlayacağı gün görevli makama bildirildiği için görevli makamın altmış günlük sürenin tamamlanmış olup

11 Akyiğit, s. 545-546.

12 Eyrenci, Ö./Taşkent, S./Ulucan, D./Baskan, E.: İş Hukuku, İstanbul, 2020, s. 657.

13 Yargıtay 9.HD., 30.04.1992, E.1992/4308, K.1992/4881, www.legalbank.net, 18.11.2022.

14 Eyrenci, Ö.: 6356 Sayılı Kanunda Toplu İş Sözleşmesi Türleri, DEÜHFD, C.15, Özel Sayı, Polat Soyer'e Armağan, 2014, s. 130.

15 Tuncay, C.: Karar İncelemesi, Çimento İşveren Dergisi, Ocak-1993, s. 20.

olmadığını izleyebilecek durumda olduğunu, ancak uygulamada tarafların çoğunlukla hiç gerekmediği halde anlaşamadıkları konusunda bir tutanak tanzim ettiklerini belirtmektedir¹⁶. Yazının görüşündeki mantığa esasen tümüyle katılıyor olmakla birlikte kanun metninde açık bir şekilde tarafların toplu görüşme süresi içerisinde anlaşamadıklarını bir tutanakla tespit edecekleri belirtildiğinden uygulamada “uyuşmazlık tutmak” şeklinde ifade edilen işlemin yapılmasının gerekli olduğu kanaatindeyiz.

Ancak ilk toplantıya gelmeyen ya da gelse bile görüşmeye başlamayan taraf işçi sendikası ise bu durumda Kanun’un 47/2. maddesine göre sendikanın yetkisi düşer. Bu durumda da uyuşmazlık tutanağı tutulmasına gerek kalmayacak, daha sonraki aşama olan arabuluculuk sürecine geçilmesi de söz konusu olmayacaktır. Bu gerekçeyle, 6356 sayılı Kanun md. 49’daki toplu iş sözleşmesi görüşmelerinin ilk toplantısına gelmeyen, gelip de başlamayan ya da başlayıp da devam etmeyen tarafı işveren tarafı olarak anlamak ve gelen işçi tarafının da altı işgünü içinde durumu görevli makama bildireceğini düşünmek isabetli olacaktır¹⁷. Gerçekten de esasen burada yetkinin düşebileceği durum, altmış günlük ilk görüşme süresinde tarafların bir anlaşmaya varamamasına veya tarafların anlaşamadıklarını tespit etmelerine rağmen bu durumun altı işgünü içerisinde görevli makama bildirilmemesidir. Zira diğer durumlarda, bir başka deyişle ilk toplantıya gelinmemesi, gelinmesine rağmen görüşmeye başlanmaması, görüşmelere devam edilmemesi durumları taraflar arasında gerçekleşir ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’nın bu durumu kendiliğinden tespit etmesi olası değildir¹⁸.

Diğer yandan, taraflar ilk toplantı tarihinden itibaren başlayan altmış günlük sürenin sona ermesini beklemeden, bu süre içerisinde de uyuşmazlık tutanağı tutabilirler¹⁹.

16 Ekmekçi, Ö.: Toplu İş Hukuku Dersleri, İstanbul, 2022, s. 505.

17 Tuncay/Savaş Kutsal, s. 382.

18 Ekmekçi, s. 504-505

19 Şahlanan, s. 518-519.

Aynı Kanun’un 50. maddesi ise öncelikle arabulucunun görevlendirilmesini düzenleme altına almaktadır. Buna göre; uyuşmazlık yazısını alan görevli makam altı iş günü içinde taraflardan en az birinin katılımı ile veya katılım olmazsa re’sen, resmî listeden bir arabulucu görevlendirir. Tarafların resmî arabulucu listesindeki bir arabulucu ismi üzerinde anlaşma sağlamaları hâlinde, belirlenen kişi görevli makam tarafından o uyuşmazlıkta arabulucu olarak görevlendirilir.

Toplu İş Sözleşmesinde Arabulucuya ve Hakeme Başvurma Yönetmeliğinin 9/1. maddesine göre görevli makam; her iki tarafın arabulucuyu belirlemek için yapılan toplantıya gelmesi halinde üzerinde anlaşılan arabulucuyu, her iki tarafın anlaşmaması veya taraflardan biri ya da her iki tarafın toplantıya gelmemesi halinde, Resmî Gazetede ilan edilen arabulucular listesinden bir arabulucuyu sırasıyla görevlendirir. Görüldüğü üzere söz konusu süreçte arabulucu resmi listeden olmak kaydıyla taraflarca özgürce tespit edilebilir. Tarafların arabulucunun kimliği üzerinde anlaşmaları halinde arabulucu tayini resmi listeden ismen kararlaştırılarak yapılabilir²⁰. Yeri gelmişken belirtmek gerekir ki 6356 sayılı Kanun md. 60/7 uyarınca kanuni grev kararı alınan bir uyuşmazlıkta Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı uyuşmazlığın çözümü için bizzat arabuluculuk yapabileceği gibi bir kişiyi de arabulucu olarak görevlendirebilir. Bu noktada hangi arabulucunun atanacağı hususunda kuraldan farklılık bulunmaktadır. Zira atanacak arabulucunun mutlaka listeden olması gerekliliği bulunmakla birlikte Bakan’ın atayacağı arabulucunun listeden olması zorunlu değildir.

Arabulucunun Faaliyetleri

6356 sayılı Kanun’un 50/3. maddesine göre; arabulucunun görevi kendisine yapılacak bildirimden itibaren on beş gün sürer. Bu süre tarafların anlaşması ile en çok altı iş günü uzatılabilir

20 Sur, M.: İş Hukuku Toplu İlişkiler, 10. Basi, Ankara, 2022, s. 421.

ve görevli makama bildirilir. Uzatma en çok altı işgünü olabileceğinden elbette daha kısa bir uzatma süresinin öngörülmesi mümkündür. Ancak uzatma altı işgünü geçerse, bu durumda altı işgünü aşan kısım geçersiz olacak, yoksa altı işgünü tümüyle geçersiz olmayacaktır²¹. On beş günlük ve altı işgünlük sürelerin toplamı azami süre olduğundan, tarafların mutabakatı bile olsa arabulucunun görev süresinin ikinci defa uzatılması mümkün değildir²². Ayrıca görevli makama bildirim bir geçerlilik koşulu olmadığı da belirtilmelidir. Bildirim olsa olsa Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na süreç hakkında ara bir bilgilendirme yapılması anlamı taşıyacaktır ve müessesenin etkinliği açısından büyük bir önem taşımamaktadır. Ayrıca uzatmaya ilişkin bildirim ne zaman ve nasıl yapılacağı da belirsizdir. Bu anlamda, uzatma bildiriminin hem uzatma döneminde hem de arabuluculuk görevinin sona ermesinde diğer belgelerle birlikte yapılması mümkündür²³.

Uzatma her iki tarafın da ortak iradesi neticesinde ve arabulucunun da buna katılmasıyla vuku bulacaktır. Bu anlamda her iki tarafın da uzatma konusunda mutabık kalmış olmaları gerekmektedir. Hukuk uyuşmazlıklarındaki arabuluculuk müessesesinde arabulucunun kendi iradesiyle süreyi uzatma imkânı varken çalışmamızın konusu olan arabuluculukta arabulucu tek başına süreyi uzatmaya karar verememekte, ayrıca taraflardan sadece birisinin isteğiyle de süreyi uzatamamaktadır. Uygulamada bazı durumlarda taraflardan birinin ilk toplantıya katıldığı, bu ilk toplantıda hiçbir yeni teklif sunmadığı görülmektedir. Bu ihtimalde diğer tarafın da söz konusu ilk toplantıda "muhataplarını ciddi bulmadığı ve bu durum karşısında toplantıların devamını istemediği" yönündeki talepleri karşısında arabulucunun görüşmeleri devam ettirmesi mümkün değildir. Belirtmek gerekir ki, söz konusu ilk toplantı arabulucunun on beş günlük ilk görev

süresinin hemen başında da olabilir. Örneğimizdeki gibi taraflardan biri toplantıların devamını istemezken diğer tarafın on beş günün sonuna kadar beklenmesi gerektiği yönündeki iddialarının hukuken hiçbir dayanağı bulunmamaktadır. Bir başka deyişle, bu ilk toplantı on beş günün henüz ilk gününde bile olsa, eğer taraflardan biri sürecin devamını istemiyorsa artık arabulucu raporunu yazmak için on beş günlük sürenin sona ermesini beklememeli, raporunu derhal kaleme almalıdır.

Akyiğit katılmadığımız görüşünde; kanun ve yönetmelik hükümlerinin lafzi yorumunu yaparak düzenlemenin kesinlik içerdiğini, bu anlamda on beş günlük sürenin mutlaka beklenmesi gerektiğini, bunun yaşanması gereken bir süre olduğunu, tarafların bu süreyi sadece uzatabileceklerini ancak ortadan kaldırmalarının ya da kısaltmalarının mümkün olmadığını belirtmektedir²⁴. Güler de on beş günlük sürenin taraf iradeleri ile değiştirilemeyeceğini ve kısaltılmayacağını, arabulucunun taraflar arasında anlaşma ümidi olmadığı gerekçesi ile arabuluculuğu sona erdirip süre bitiminden önce tutanak düzenleyemeyeceğini ifade etmektedir²⁵.

Demir ise, kanımızca isabetli olarak tarafların on beş günlük süre içinde bile anlaşmayla arabulucunun görevini, bir başka deyişle arabuluculuğu sona erdirebileceklerini ifade etmiştir²⁶. Tarafların süre uzatımı konusunda mutabık kalmaları halinde ise bu hususun tarafların da imzasıyla tutanak altına alınması isabetli olacaktır.

Kanun'da arabulucunun nasıl bir çalışma şekli yürüteceğine dair bir hüküm bulunmamaktadır. Bu anlamda arabulucu esasen oldukça geniş bir hareket kabiliyetine sahiptir. Bu süreçte taraflar ve diğer bütün ilgililer, arabulucunun anlaşmazlık konusu ile ilgili istediği her türlü bilgi ve

21 Akyiğit, s. 550.

22 Narmanlıoğlu, Ü.: İş Hukuku-Toplu İş İlişkileri, 3. Baskı, İstanbul, 2016, s. 530-531.

23 Akyiğit, s. 549.

24 Akyiğit, s. 550.

25 Güler, Ş.: Toplu İş Uyuşmazlıklarının Barışçı Yollarla Çözümünde Arabulucu, Görevli Makam ve Yetkili İşçi Sendikasının Fonksiyonları, Hak-İş Uluslararası Emek ve Toplum Dergisi, C. 5, Yıl 5, Sayı 13, s. 37-38.

26 Demir, F.: İş Hukuku ve Uygulaması, 11. Baskı, İzmir, 2018, s. 707.

belgeyi vermekle yükümlüdür. Arabulucu bu anlamda işletmenin ödeme gücü hakkında bilgi alabilir, gerekli evrak ve defterleri inceleyebilir, bilirkişi dinleyebilir, tarafların iddialarıyla alakalı her türlü belgeyi talep edebilir ve inceleyebilir²⁷. Ancak arabulucu sadece tarafların üzerinde anlaşamadıkları konularda bilgi ve/veya belge isteyebilir. Diğer yandan arabulucu taraflardan ancak uyuşmazlığın çözümüne katkı sunabilmesine imkân verecek ölçüde ve miktarda bilgi isteyebilir²⁸.

Ancak Yönetmeliğin 9. maddesinde arabulucunun görev süresi içerisinde yapacaklarına dair bazı düzenlemeler yer almaktadır. Buna göre; arabulucu, tarafları ayrı ayrı veya birlikte toplantıya çağırarak üzere bir davet yazısı düzenler ve taraflara tebliğ eder. Uygulamada genellikle arabulucu ilk toplantıyı düzenlerken her iki tarafı da bir araya getirmeye gayret eder. Doktrinde arabulucunun yapacağı ilk işin her iki tarafın etkili kişilerinin kim olduğunu araştırmak olduğu ifade edilmiştir²⁹. Gerek bu toplantı esnasında gerek izleyen toplantılarda elbette arabulucunun taraflarla bire bir görüşme yapmasına herhangi bir engel bulunmamaktadır. Hatta uyuşmazlığın çözümünde bunun son derece yararlı olduğu bile söylenebilir. Bire bir görüşmeler her iki tarafın da hazır bulunduğu toplantılarda da yapılabilir. Ancak kanımızca burada dikkat edilmesi gereken husus; her iki tarafın da bulunduğu toplantılarda taraflardan biriyle görüşme yapıldığında mutlaka diğer tarafla da görüşme yapılmasıdır. Bu husus elbette hukuki bir zorunluluk değildir ancak arabulucunun tarafsızlığının bir gereği olarak söz konusu yöntemin tercih edilmesi isabetli olur kanısındayız.

İlk toplantıda öncelikle tarafların toplu iş sözleşmesi görüşmeleri sürecinde hangi noktada oldukları, herhangi bir anlaşılacak madde olup olmadığı, varsa anlaşılacak anlaşamadıkları maddelerin neler olduğu netleştirilmelidir. Bundan

başka arabulucunun tarafları bir araya getirdiğine ve bu toplantının yapıldığına dair bir tutanak tutarak görüşmeyi belgelemesi gerekmektedir. Ayrıca arabulucu sürecin sonunda raporunu düzenlerken esas almak üzere işyerinin unvanını, işyerinin adresini, işyeri dosya numarasını, işverenin yazışma adresini, yetkili sendikayı, toplam işçi sayısını, sendikalı işçi sayısını, işyerinin faal olup olmadığını, personel giderlerinin ciro içindeki yerini de öğrenmelidir. Arabulucu toplantı yerini belirlerken tarafları görevli makamın bulunduğu Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü'nde ya da tarafsız bir yerde bir araya getirmeye özen gösterir. Genellikle toplantılar arabulucunun ofisinde yapılmaktadır. Ancak tarafların da kabulüyle toplantının/toplantıların sendikada ya da işverenin belirlediği bir adreste yapılmasında da sakınca bulunmamaktadır. Yapılan her toplantı sonucunda da üzerinde anlaşma sağlanan veya sağlanamayan hususlar toplantıya katılanlarca düzenlenecek bir tutanakla açıkça belirtilir. Hiçbir madde üzerinde anlaşma sağlanamasa bile oturum yine de tutanak altına alınmalı, genel görüşme yapıldığı belirtilmeli ve hiç olmazsa bir sonraki toplantının günü, saati ve yeri belirlenmelidir. Arabulucu, görev süresi içerisinde tarafları mümkün olan en fazla sayıda bir araya getirmeye gayret eder. Bu nedenle de arabulucunun görevi almasıyla birlikte hızlı hareket etmesi ve ilk görev süresi olan on beş günün hemen başında ilk toplantıyı yapması önem arz etmektedir. Uygulamada bazı durumlarda yanlış bilindiği üzere on beş günlük süre ilk toplantıdan itibaren başlamamaktadır. Söz konusu süre arabulucunun görevi tebellüğ ettiği gün itibarıyla başlamaktadır. Sadece bu gerekçeyle bazı taraflar "süre başlasın" düşüncesiyle ilk görüşmeyi yaptıklarını beyan etmekte ve bu ilk toplantıda teklif dahi sunmamaktadırlar. Bu tarz bir hareketin arabuluculuk müessesesinin zaafa uğratılması, sürecin kötüye kullanılması anlamını taşıdığı kanaatindeyiz.

Tartışılması gereken önemli bir husus ise, arabulucunun tarafların değerlendirmelerini dinleyerek sadece uyuşmazlığın çözümüne yardımcı

27 Sur, s. 426.

28 Arıcı, s. 313.

29 Tunçomağ, K./Centel, T.: İş Hukukunun Esasları, 10. Baskı, İstanbul, 2022, s. 450.

mı olacağı yoksa somut önerilerde de bulunup uyuşmazlık çözümünü kolaylaştırıp kolaylaştırmayacağı noktasındadır. 6356 sayılı Kanun md. 50/2 uyarınca arabulucu, tarafların anlaşmaya varması için her türlü çabayı harcar ve ilgililere önerilerde bulunur. Yine Yönetmeliğin 9/5. maddesine göre arabulucu ilk toplantıda belirlenen uyuşmazlık konuları üzerinde her iki tarafın taleplerine uygun çözüm önerileri geliştirir ve taraflara sunar. Kanundaki ve yönetmelikteki ifadelerden anlaşılır; arabulucunun özellikle ilk toplantıda ama elbette sürecin her aşamasında taraf taleplerini açıklığa kavuşturacak ve zikredilen kalemlerin dışına çıkmayacak şekilde önerilerde bulunabileceği şeklindedir. Nitekim Demir de, arabulucunun görevini taraflar arasında çıkan uyuşmazlık konuları ile sınırlı olarak yerine getireceğini, taraflardan biri veya her ikisinin imzalayarak görevli makama verdiği uyuşmazlık tutanağındaki teklif tasarısı maddelerinin arabulucunun görevinin sınırını belirleyeceğini belirtmektedir³⁰. Kanımızca arabulucu tarafların taleplerinde konu edilen kalemlerin dışında da toplu iş sözleşmesi görüşmelerine kendi görev yaptığı dönemde açılım getirebilir ve çözümsüzlüğün görüldüğü noktalarda toplu iş sözleşmesinin akdedilebilmesi için her iki tarafla yaptığı toplantılarda ya da bire bir görüşmelerde alternatif çözüm önerilerinde bulunabilir. Nitekim doktrinde de arabulucunun tarafların daha önce birbirlerine yaptıkları ancak mutabakata varmadıkları konulara ilişkin tekliflerinin yerine yeni teklifler getirebileceği de belirtilmektedir³¹. Nitekim 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 7036 sayılı Kanun'la getirilen 15/7. maddesinde de bu husus düzenleme altına alınmıştır. Bu hükmün kıyasen resmi arabuluculuk müessesine ilişkin sürece de uygulanması neticesinde bundan daha farklı bir sonuca ulaşılamamaktadır. Arabulucunun taleplere bağlı ya da bağlı olmayan çözüm önerilerini elbette

tarafların kabul etmek gibi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Arabulucu hakem ya da hâkim olmadığı için uyuşmazlığı direkt neticelendirecek bir karar veremediği gibi bağlayıcı bir görüş de ileri süremez. Neticede uyuşmazlığı sonlandırabilecek olan bir başka deyişle nihai kararı verecek olan taraflardır.

Nihayet, arabulucu görevini ifa ederken kusurlu davranışıyla taraflara zarar verirse zarar görenler doğal olarak kendisinden tazminat talebinde bulunabilirler. Diğer yandan arabulucular bir kamu görevi yerine getirdikleri için bu görevlerinin ifası sırasında ya da ifasından dolayı işledikleri ya da kendilerine karşı işlenen suçlar açısından memur sayılacaklardır. Bu anlamda, arabulucu görevi nedeniyle kendisine verilen veya aynı nedenle bilgi edildiği ve gizli kalması gereken belgeleri veya bilgileri açıklarsa Türk Ceza Kanunu md. 258/1 uyarınca cezalandırılabilir³². Zira arabulucunun süreçte elde etmiş olduğu bilgilerle alakalı olarak sır saklama yükümlülüğü bulunmaktadır³³.

Arabuluculuk Sürecinin Sonuçlanması

Arabulucu, tarafların anlaşmasını sağlarsa kanunun 48. maddesi hükmü uygulanır. Bir başka deyişle, arabuluculuk sürecinde bir anlaşmaya varılırsa dört nüsha olarak düzenlenecek olan toplu iş sözleşmesi taraf temsilcilerince imzalanır ve iki nüshası altı iş günü içinde çağrışı yapan tarafça görevli makama tevdi edilir. Bu durumda toplu iş sözleşmesinin imzalanmasıyla arabuluculuk görevi sona erer. Tarafların imzalamış olduğu toplu iş sözleşmesi metninde teorik olarak arabulucunun imzasının bulunması gerekmektedir. Ne var ki toplu iş sözleşmesinin sonuçlandığına ve sürecin neticelendiğine ilişkin bir tutanak tutulmadıysa, arabulucunun toplu iş sözleşmesinde imzasının bulunması, arabulucunun tarafları belirtilen tarihte anlaşmış oldu-

30 Demir, s. 707.

31 Aktay, A.N./Ertürk, O.Ö: Toplu İş Hukuku, Ankara, 2022, s. 262.

32 Tuncay/Savaş Kutsal, s. 384.

33 Arıcı, s. 313.

ğunun anlaşılmasına yarayacaktır³⁴.

Uygulamada genellikle toplu iş sözleşmesinin redaksiyonu taraflarca daha sonra yapıldığı için görevli makama tevdi edilen toplu iş sözleşmesinin nihai metni değil, tarafların altmış günlük sürede anlaşamayıp arabuluculuk sürecine bırakmak zorunda kaldıkları ve arabulucu aşamasında mutabık kaldıkları, tutanak altına aldıkları maddelere ilişkin son tutanak olmaktadır. Görevli makam sözleşmenin bir nüshasını Bakanlığa gönderir. İşveren bu durumda toplu iş sözleşmesini işyeri veya işyerlerinde işçiler tarafından görülebilecek yerlere asmakla yükümlüdür. Belirtmek gerekir ki uygulamada bazı durumlarda tarafların bu süreçte arabulucunun varlığından bağımsız olarak kendi aralarında da anlaşabilmeleri ihtimal dahilinde olabilmektedir. Hatta bazen tarafların her ikisinin de toplu iş sözleşmesi görüşmelerinde ilerleme sağladıklarını, anlaşmak üzere olduklarını belirterek arabulucudan raporunu yazmasını istediklerine şahit olunmaktadır. Uçum, bu durumda arabuluculuk görevinin kendiliğinden sona ereceğini belirtmektedir³⁵. Ancak kanımızca arabulucu bu durumda bile en azından bir toplantı yapmalı ve söz konusu durumu tutanak altına alıp sonrasında raporunu hazırlamalıdır.

Ancak aksi yönde bir netice ortaya çıkarsa, 6356 sayılı Kanun'un 50/5. maddesine göre arabuluculuk süresinin sonunda anlaşma sağlanamamışsa, arabulucu üç iş günü içinde uyuşmazlığı belirleyen bir tutanak tutar ve uyuşmazlığın sona erdirilmesi için gerekli gördüğü önerileri de ekleyerek, yönetmelik ekinde örneği bulunan arabulucu raporunu düzenler ve görev yaptığı süre içerisinde tuttuğu tutanaklarla birlikte üç iş günü içinde görevli makama tevdi eder. Görevli makam, tutanağı en geç üç iş günü içinde taraflara tebliğ eder. Doktrinde isabetli olarak bu tebliğ tarihinin toplu iş uyuşmazlıklarının çözümünde izlenecek yol ayrımının başlangıcı olduğu da ifa-

de edilmiştir. Zira gerçekten de bu uyuşmazlığın grev ve lokavt yasağı nedeniyle tahkim yoluyla mı yoksa grev ve lokavt yoluyla mı çözümleneceğiyle alakalı yasal süreç söz konusu arabulucu raporunun taraflara tebliği ile başlayacaktır³⁶. Gerçekten de taraflar, arabuluculuk faaliyeti sona ermeden çatışmacı çözüm yollarına başvuramazlar. Bu dönem doktrinde tarafların sulh borcunun devam ettiği dönem olarak tanımlanmaktadır³⁷.

Belirtmek gerekir ki; arabulucunun bir tavsiye eklemesi zorunlu değildir. Nitekim uygulamada da tavsiye eklenmiş arabulucu raporlarına sıklıkla rastlanmamaktadır. Arabulucu raporunda uyuşmazlığın esasına ilişkin önerilerini belirtebileceği gibi görüşmeler esnasında tarafların göstermiş oldukları tutumlarını, süreci gerçekten de anlaşmayla sonuçlandırmak üzere samimi bir çabada bulunup bulunmadıklarını da açıklayabilir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere uygulamada tarafların ilk toplantı gününün arabulucunun önerisiyle on beş günlük sürenin ilk günlerinde yapılmasına onay verdikleri, bu toplantıya katıldıkları, bazen taraflardan birinin sadece imza yetkisi olan ancak konudan tümüyle habersiz olan vekilini gönderdiği, bu ilk toplantıda hiçbir yeni teklif sunmadığı gibi on beş günün sonlarına doğru yeni bir toplantı yapılmasını istediği görülmektedir. Bu ihtimalde bazen diğer tarafın da yeni teklif beklediğini ve görüşmelere devam etmeye hazır olduğunu ancak diğer tarafın yeni hiçbir şey söylememesinin ve/veya konudan habersiz bir kişiyi toplantıya göndermesinin kötü niyet teşkil ettiğini belirttiği ve bu durum karşısında görüşmelerin devamını kesinlikle istemediği tespit edilebilmektedir. Böyle bir durum karşısında arabulucunun görüşmeleri devam ettirmesi kanımızca mümkün değildir. Artık arabulucu raporunu yazmak için on beş günlük sürenin sona ermesini beklememeli, raporunu hemen yazmalıdır. Zira diğer taraf toplantıların devamını istemediği sürece, taraflardan birinin süreci sadece uzatma amaçlı hareketine itibar

34 Akyiğit, s. 551.

35 Uçum, M.: Türkiye'de Toplu İş Uyuşmazlıklarının Çözümünde Resmi Arabuluculuk, İstanbul, 2000, s. 36.

36 Şahlanan, s. 521-522.

37 Aktay/Ertürk, s. 263.

etmemelidir. İşte örneğimiz benzeri bir durumla karşı karşıya kalan arabulucunun tüm bu gerçekleri suçlayıcı olmadan, makul bir ifadeyle raporuna yazmasının son derece isabetli olacağı kanaatindeyiz. Zira süreci bire bir yaşamış olan arabulucunun söz konusu rapordaki ifadeleri, uyuşmazlığın özel hakeme ya da Yüksek Hakem Kurulu'na gitmesi halinde gerçekçi bir değerlendirme yapılmasına hizmet edecektir³⁸. Nihayet söz konusu üç işgünlük süreye riayet edilmemesi arabulucu raporunu geçersiz kılmayacaktır. Ancak doktrinde arabulucunun hukuki sorumluluğunu gündeme getirebileceği ifade edilmektedir³⁹.

Arabulucu usulüne uygun olarak yürütülmüş olan arabuluculuk sürecinin sonunda hazırlayacağı söz konusu arabulucu raporunda Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın veri tabanında da bulunmak üzere işyerinin türünü (özel/kamu), yetki belgesi türünü (işyeri/işletme), görevlendirme makamını (Bakanlık/İl Müdürlüğü), işyerinin grev ve lokavt yasakları kapsamında olup olmadığını (yasak var/yasak yok), yapılan toplantı sayısını (bir/birden fazla/yapılmadı), toplantının nerede yapıldığını (İl Müdürlüğü/diğer), toplantının kiminle yapıldığını (iki tarafla/sendika ile/işveren ile), uyuşmazlık toplantısına gidilip gidilmediğini (aynı ilde gidildi/aynı ilde gidilmedi/başka ilde gidildi/başka ilde gidilmedi), çalışma süresinin uzatılıp uzatılmadığını (uzatıldı/uzatılmadı), uyuşmazlık sonucunun ne olduğunu (görev tebliğ sonrası anlaşma ile/görev tebliğ öncesi anlaşma ile/olumsuz) belirtir.

Bunlardan başka arabulucunun ilk toplantıda öğrenmesinin gerekli olduğunu ifade ettiğimiz işyerinin unvanı, işyerinin adresi, işyeri dosya no, işverenin yazışma adresi, yetkili sendika, toplam işçi sayısı, sendikalı işçi sayısı, görevi veren makam, görevlendirme tarihi, görevlendirme tebliğ tarihi, uzatma tarihi, görev süresi bitiş tarihi, uyuşmazlığın kapsamı, uyuşmazlık tespiti, toplantı öncesi uyuşmazlık maddeleri, işyerinin

durumu, personel giderlerinin ciro içindeki yeri, toplantı yeri/yerleri, sonuç olumsuz ise toplantı sonrası uyuşmazlık maddeleri de arabulucu raporunda doldurulması gereken hususlar olarak dikkat çekmektedir.

Kanun'un 50/7. maddesi uyarınca; görevli makam, uyuşmazlığın kapsamını ve niteliğini de dikkate alarak arabulucuya ödenmesi gereken ücreti Yönetmelikte belirtilen alt ve üst sınırlar içerisinde belirler. Arabulucunun ücreti uyuşmazlık konusu işyerindeki işçi sayısına göre belirlenmektedir. Buna göre; işçi sayısı 1-10 arasındaysa 5.000 gösterge, 11-50 arasındaysa 7.000 gösterge, 51-100 arasındaysa 10.000 gösterge, 501'den fazlaysa 20.000 gösterge ve nihayet birden fazla il müdürlüğündeki görev alanı içerisindeki uyuşmazlıklarda 25.000 gösterge kullanılmaktadır.

Arabulucu ücreti; toplu iş sözleşmesi kapsamındaki işyeri veya işyerlerinde çalışan işçi sayısına göre belirlenen söz konusu gösterge rakamının, memur aylık katsayısıyla çarpımı suretiyle hesaplanır. Görevlendirilen arabulucu ve belirlenen ücret, görevli makamca arabulucuya, taraflara ve Bakanlığa bildirilir. Taraflar, bildirimden itibaren en geç üç iş günü içinde, belirlenen ücreti muhasebe biriminin ya da illerde defterdarlık muhasebe müdürlüğünün, ilçelerde ise mal müdürlüğünün kasa veya banka hesabına eşit olarak yatırarak ödeme bilgilerini Çalışma Genel Müdürlüğü'ne gönderir. Bakanlık Merkez Muhasebe Birimi, görevli makamca belirlenen ücretten yüzde yedi oranında gider payı keserek emanetler hesabına aktarır ve yatırılan tutardan hesaplanan gider payı ile geriye kalan tutarı ayrı ayrı izler. Görevli Makam'ca arabulucunun görevinin sona erdiğinin Bakanlığa bildirilmesi üzerine, tarafların hesaba yatırdıkları tutardan vergiler ve gider payı kesildikten sonra kalan miktar arabulucunun hesabına aktarılır. İkamet ettiği il dışında görevlendirilen arabulucuya, 10/2/1954 tarihli ve 6245 sayılı Harcırah Kanunu hükümlerine göre harcırah ödenir.

Arabuluculuk sürecinin sonunda eğer anlaş-

38 Akyiğit, s. 552.

39 Tuncay/Savaş Kutsal, s. 385.

ma sağlanamamışsa arabulucunun tutanağa ekleyeceği tavsiyeleri yukarıda da belirtildiği üzere hakem kararından farklıdır ve tarafları bağlayıcı nitelikte değildir. Tuncay'a göre; her ne kadar arabulucunun süreçle alakalı olarak bağlayıcı karar alma yetkisi bulunmasa da taraflar arabulucunun önerilerini itiraz etmeden kabul edeceklerine dair bir yazılı anlaşma yapmışlarsa bunun geçerli olduğu ve tarafları bağladığı kabul edilmelidir. Yazara göre; bu durumda arabulucunun kararı toplu iş sözleşmesi hükmünde olacaktır⁴⁰. Kocaoğlu ise, kanımızca isabetli bir şekilde artık bu durumda arabuluculuktan değil, hakemden söz etmenin daha doğru olacağını belirtmektedir⁴¹.

Arabulucu raporu taraflara tevdi edildikten sonra süreç arabulucunun yokluğunda devam etmektedir. Bir başka deyişle anlaşmanın vuku bulmamasıyla doğrudan grev başlamamaktadır. Tarafların arabuluculuk sonrası söz konusu dönemde arabulucunun tavsiyelerine itibar etmeleri muhtemel olmakla birlikte çatışmacı çözüm yollarını tercih etmelerine de bir engel bulunmamaktadır.

Arabuluculuk Sürecinin İşlevselliğine İlişkin Genel Değerlendirmeler

Arabuluculuk müessesesinin etkinliğine ilişkin olarak yapılan eleştirilerden en önemlisi tarafların üzerinde mutabık kaldıkları bir arabulucunun süreçte görev yapmasının daha olumlu sonuçlar vereceği yönündedir. Mevcut sistem buna olanak vermektedir. Zira Kanun'a göre tarafların resmî arabulucu listesindeki bir arabulucu ismi üzerinde anlaşma sağlamaları hâlinde, belirlenen kişi görevli makam tarafından o uyumsuzlukta arabulucu olarak görevlendirilir. Burada eleştiri konusu olan temel husus ise resmi liste dışından arabulucu seçilmesine olanak tanınma-

miş olmasıdır. Kanımızca bu eleştiriye katılmak mümkün değildir. Zira arabulucu olabilmek için belli bazı vasıflara sahip olunması gerekliliği bulunmaktadır. Ancak bu şartları yerine getirenlerin bu görevi yerine getirme yeterliliğinin olması hususunda tereddüt bulunmamaktadır. Aksi bir düzenleme toplu iş sözleşmesi akdedilmesi gibi çalışma hayatını derinden etkileyebilecek bir uyumsuzluğun ehil kişiler tarafından değerlendirilememesi sonucunu beraberinde getirecektir. Ancak mevcut sistemde listedeki arabulucuların seçiminin sağlıklı yapıp yapılmadığı hususunda da tereddütlerimiz olduğunu yukarıda ifade etmiş bulunuyoruz.

İtiraf etmek gerekir ki; arabuluculuk aşamasında süreçlerin anlaşmayla sonuçlanma oranı oldukça düşüktür. Buradaki problem arabulucuların yeterliliğinden ziyade tarafların sürece gereken ehemmiyeti vermemeleri, sürenin kısa olması, işverenlerin genellikle arabuluculuğu süreci uzatma aracı olarak kullanmak istemeleri, işçi sendikalarının bir an önce grev kararı alıp işveren üzerinde baskı oluşturabilmek için sürecin olabildiğince hızlı sonuçlanmasını talep etmeleri, bu çerçevede de görüşmekten kaçınmalarıdır. Sürecin altı işgünü süre uzatma olanağı da kullanılarak uzatılmasını isteyen işveren tarafı ile hızla sonuçlandırılmasını talep eden işçi sendikası tarafı arasında kalan arabulucunun zaten bağlayıcılığı olmayan bir süreci başarıya ulaştırması elbette çok zor olmaktadır. Belirtmek gerekir ki başarılı gözükse sonuçların da azımsanmayacak bir bölümü arabulucunun katkısıyla değil, tarafların isteğiyle vuku bulmaktadır. Arabulucunun sürece gerçekten etkide bulunmasını sağlayan ise genellikle kimliğinin kayda değerliği olmaktadır.

Yine eleştiri konusu olan "tek arabulucu" sisteminin ise uygulamada sakınca doğurmadığı kanaatindeyiz⁴². Doktrinde de bunun çok yerinde bir çözüm olduğu, bu şekilde "tarafsız aracı" gibi Türk çalışma hayatı bakımından geçmişte

40 Tuncay/Savaş Kutsal, s. 379-380.

41 Kocaoğlu, M.: Türk İş Hukukunda Arabuluculuk Kurumu, Ankara, 1999, s. 29.

42 Aksi görüş için bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkara, s. 1057-1058.

anlamsızlıkları ve anlaşmayı zorlaştırıcı tarafları görülen kişilerin arabuluculuk faaliyeti dışında tutulduğu ve bu faaliyetin tek bir kişiye bırakıldığı ifade edilmiştir⁴³. Ancak arabulucunun teknik uzmanlığı olmayan bir husus söz konusu olduğunda, mevzuatın arabulucuyu ilgili konunun uzmanına, örneğin bilirkişiye yönlendirebilme olanağı tanınması kanımızca isabetli olacaktır. Söz konusu bilirkişinin tespitinin ise arabulucunun talebi üzerine görevli makam tarafından yapılması tarafımızca önerilmektedir. Konuyu etraflıca incelemek ve değerlendirmek için mevcut düzenlemedekinden daha fazla vakti olan ve uzmanlığı mevcut düzenlemeye göre daha netleştirilmiş kişilerin görevlendirilmesi, süreci daha kayda değer ve saygı duyulan bir müessese haline dönüştürecektir⁴⁴.

Sonuç

6356 sayılı Kanun'da düzenlenen toplu menfaat uyuşmazlıklarının çözümüne yönelik sürecin amacı toplu iş sözleşmesinin akdedilmesidir. Mevzuat olabildiğince grev ve lokavt gibi çatışmacı çözüm yollarına gitmeden uyuşmazlığın barışçı çözüm yolları da kullanılarak çözümlenmesini hedeflemiştir.

Türkiye'de gerek 275 gerek 2822 sayılı gerekse de 6356 sayılı Kanun döneminde sürekli bir şekilde sınırlı bir grev ve lokavt sistemi geçerli olmuştur. Adı geçen kanunlar dönemlerinde grev ve lokavta başvurmadan önce arabuluculuk sürecinden geçilmesi de bir zorunluluk olarak düzenlenmiştir.

Arabuluculuk; toplu menfaat uyuşmazlıklarında taraflardan birinin toplu sözleşme görüşme-

lerine dahil olmaması ya da görüşmelere devam etmemesi ya da toplu iş sözleşmesi görüşmelerinin başlamasından itibaren Kanun'da öngörülen ilk görüşme süresinin sona ermesine rağmen tarafların anlaşamaması hallerinde, tarafların grev ve lokavta ya da zorunlu hakeme gitmeden önce başvurmaları gereken barışçı bir çözüm yoludur.

Toplu İş Sözleşmesinde Arabulucuya ve Hakeme Başvurma Yönetmeliği'nde sayılan arabulucularda aranan niteliklerden mezuniyet ve tecrübe koşuluna bakıldığında kanımızca bu görevi sağlıklı bir şekilde yerine getirebilmek için hukuk fakültesi mezunu olmak ya da iktisadi ve idari bilimler fakültesi veya siyasal bilgiler fakültelerinin çalışma ekonomisi ve endüstri ilişkileri bölümü mezunu olmak şartının aranması ve ayrıca işçi-işveren ilişkileri alanında en az beş yıl çalışmış olma şartı yeterli olmalıdır. Bundan başka, diğer yükseköğretim kurumlarını bitirmiş ve kamu kurum ve kuruluşlarında en az on yıl iş hukukuyla ilgili görevlerde çalışmış olmaları koşulu da kanımızca isabetli değildir. Kamu kurum ve kuruluşlarında en az on yıl iş hukukuyla ilgili görevlerde çalışmış olunması koşulu da son derece muğlak bir ifadedir ve müessesenin etkinliği açısından kabulü kanımızca mümkün değildir.

Her bir uyuşmazlık için ayrı birer arabulucunun atanması gerekliliği bulunmaktadır. Ancak işletme toplu iş sözleşmesi söz konusu olması halinde tek bir prosedür izleneceğinden tek bir arabulucu atanmalıdır. Grup toplu iş sözleşmelerinde ise Yargıtay, her bir işyeri için ayrı bir arabulucunun atanabileceğini kabul etmektedir.

Resmi arabulucunun görev yapması için öncelikle bir toplu menfaat uyuşmazlığı söz konusu olmalıdır. Ayrıca sürecin resmi arabuluculuk aşamasına gelebilmesi için öncesinde belli bazı aşamaların yaşanmış olması gerekmektedir.

Arabulucunun görevi kendisine yapılacak bildirimden itibaren on beş gün sürer. Bu süre tarafların anlaşması ile en çok altı iş günü uzatılabilir ve görevli makama bildirilir. Uygulamada bazı durumlarda yanlış bilindiği üzere on beş günlük süre ilk toplantıdan itibaren başlamamaktadır.

43 Tunçomağ/Centel, s. 449.

44 Şahlanan'a göre ise; "...Arabuluculuğun temel amacı, uyuşmazlığın grev ve lokavta başvurmadan çözülmesi olduğuna göre arabuluculuktan bu anlamda bir yarar bekleniyorsa, yasal sistemin bütünüyle gözden geçirilerek, arabuluculuğun toplu iş sözleşmesi yapma süreci içerisindeki yürürlükteki kanunda bulunan yeri değiştirilmeli, Kanun'un 60/7. maddesinde yer alan ve kullanılan grev kararı ile zorunlu arabulucu tayini yolunu işleten ve bir yasanın diğer hükümlerini de göz önünde tutan sistem kurulmalıdır." Bkz. Şahlanan, s. 526.

Söz konusu süre arabulucunun görevi tebellüğ ettiği gün itibarıyla başlamaktadır. Sadece bu gerekçeyle bazı taraflar “süre başlasın” düşüncesiyle ilk görüşmeyi yaptıklarını beyan etmekte ve bu ilk toplantıda teklif dahi sunmamaktadırlar. Bu tarz bir hareketin, arabuluculuk müessesesinin zaafa uğratılması ve sürecin kötüye kullanılması anlamını taşıdığı kanaatindeyiz.

Uygulamada bazen taraflardan birinin ilk toplantıya katıldığı, bu ilk toplantıda hiçbir yeni teklif sunmadığı görülmektedir. Bu ihtimalde diğer tarafın da söz konusu ilk toplantıda “muhataplarının ciddi bulmadığı ve bu durum karşısında toplantıların devamını istemediği” yönündeki talepleri karşısında arabulucunun görüşmeleri devam ettirmesi mümkün değildir. Artık arabulucu raporunu yazmak için on beş günlük sürenin sona ermesini beklememeli, raporunu derhal kaleme almalıdır.

Kanun’da arabulucunun nasıl bir çalışma şekli yürüteceğine dair bir hüküm bulunmamaktadır. Bu anlamda arabulucu, esasen oldukça geniş bir hareket kabiliyetine sahiptir.

Kanımızca arabulucu, tarafların taleplerinde konu edilen kalemlerin dışında da toplu iş sözleşmesi görüşmelerine kendi görev yaptığı dönemde açılım getirebilir ve çözümsüzlüğün görüldüğü noktalarda toplu iş sözleşmesinin akdedilebilmesi için her iki tarafla yaptığı toplantılarda ya da bire bir görüşmelerde alternatif çözüm önerilerinde bulunabilir. Ancak arabulucunun taleplere bağlı ya da bağlı olmayan çözüm önerilerini elbette tarafların kabul etmek gibi bir yükümlülükleri bulunmamaktadır. Arabulucu hakem ya da hâkim olmadığı için uyuşmazlığı direkt neticelendirecek bir karar vermediği gibi bağlayıcı bir görüş de ileri süremez. Neticede uyuşmazlığı sonlandırabilecek olan bir başka deyişle nihai kararı verecek olan taraflardır.

Arabulucu görevini ifa ederken kusurlu davranışıyla taraflara zarar verirse, zarar görenler doğal olarak kendisinden tazminat talebinde bulunabilirler. Diğer yandan arabulucular, bir kamu görevi yerine getirdikleri için bu görevlerinin ifası sırasında ya da ifasından dolayı işledikleri ya da kendilerine karşı işlenen suçlar açısından memur sayılacaklardır.

Arabulucu, tarafların anlaşmasını sağlarsa toplu iş sözleşmesinin imzalanmasıyla arabuluculuk görevi sona erer. Uygulamada bazı durumlarda tarafların bu süreçte arabulucunun varlığından bağımsız olarak kendi aralarında da anlaşabilmeleri ihtimal dahilinde olabilmektedir. Hatta bazen tarafların her ikisinin de toplu iş sözleşmesi görüşmelerinde ilerleme sağladıklarını, anlaşmak üzere olduklarını belirterek arabulucudan raporunu yazmasını istediklerine şahit olunmaktadır.

Arabuluculuk süresinin sonunda anlaşma sağlanamamışsa, arabulucu uyuşmazlığı belirleyen bir tutanak tutar ve uyuşmazlığın sona erdirilmesi için gerekli gördüğü önerileri de ekleyerek arabulucu raporunu düzenler. Arabulucunun bir tavsiye eklemesi zorunlu değildir. Nitekim uygulamada da tavsiye eklenmiş arabulucu raporlarına sıklıkla rastlanmamaktadır. Arabulucu, raporunda uyuşmazlığın esasına ilişkin önerilerini belirtebileceği gibi, görüşmeler esnasında tarafların göstermiş oldukları tutumlarını, süreci gerçekten de anlaşmayla sonuçlandırmak üzere samimi bir çabada bulunup bulunmadıklarını da açıklayabilir. Arabulucunun tüm gerçekleri suçlayıcı olmadan, makul bir ifadeyle raporuna yazmasının son derece isabetli olacağı kanaatindeyiz. Zira süreci bire bir yaşamış olan arabulucunun, söz konusu rapordaki ifadeleri, uyuşmazlığın özel hakeme ya da Yüksek Hakem Kurulu’na gitmesi halinde gerçekçi bir değerlendirme yapılmasına hizmet edecektir.

Arabulucu raporu taraflara tevdi edildikten sonra süreç arabulucunun yokluğunda devam etmektedir. Bir başka deyişle anlaşmanın vuku bulmamasıyla doğrudan grev başlamamaktadır. Tarafların arabuluculuk sonrası söz konusu dönemde arabulucunun tavsiyelerine itibar etmeleri muhtemel olmakla birlikte çatışmacı çözüm yollarını tercih etmelerine de bir engel bulunmamaktadır.

Arabuluculuk müessesesinin etkinliğine ilişkin olarak yapılan eleştirilerden en önemlisi tarafların üzerinde mutabık kaldıkları bir arabulucunun süreçte görev yapmasının daha olumlu

sonuçlar vereceği yönündedir. Mevcut sistem buna olanak vermektedir. Burada eleştiri konusu olan temel husus ise resmi liste dışından arabulucu seçilmesine olanak tanınmamış olmasıdır. Kanımızca bu eleştiriye katılmak mümkün değildir. Zira arabulucu olabilmek için belli bazı vasıflara sahip olunması gerekliliği bulunmaktadır. Ancak bu şartları yerine getirenlerin bu görevi yerine getirme yeterliliğinin olması hususunda tereddüt bulunmamaktadır. Ne var ki mevcut sistemde arabulucuların seçiminin sağlıklı yapıp yapılmadığı da bir soru işaretidir.

Arabuluculuk aşamasında süreçlerin anlaşmayla sonuçlanma oranı oldukça düşüktür. Buradaki problem arabulucuların yeterliliğinden ziyade, tarafların sürece gereken ehemmiyeti vermemeleri, sürenin kısa olması, işverenlerin genellikle arabuluculuğu süreci uzatma aracı olarak kullanmak istemeleri, işçi sendikalarının bir an önce grev kararı alıp işveren üzerinde baskı oluşturabilmek için sürecin olabildiğince hızlı sonuçlanmasını talep etmeleri, bu çerçevede de görüşmekten kaçınmalarıdır.

“Tek arabulucu” sisteminin ise uygulamada sakınca doğurmadığı kanaatindeyiz. Ancak arabulucunun teknik uzmanlığı olmayan bir husus söz konusu olduğunda mevzuatın arabulucuyu ilgili konunun uzmanına, örneğin bilirkişiye yönlendirebilme olanağı tanınması kanımızca isabetli olacaktır. Söz konusu bilirkişinin tespitinin ise arabulucunun talebi üzerine görevli makam tarafından yapılması tarafımızca önerilmektedir. Konuyu etraflıca incelemek ve değerlendirmek için mevcut düzenlemedekinden daha fazla vakit olan ve uzmanlığı mevcut düzenlemeye göre daha netleştirilmiş kişilerin görevlendirilmesi, süreci daha kayda değer ve saygı duyulan bir müessese haline dönüştürecektir.

KAYNAKÇA

- Arıcı, K.: Türk İş Hukuku-II, Toplu İş İlişkileri Hukuku, Ankara, 2022.
- Canbolat, T.: 6356 Sayılı Kanunda Barışçıl Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2013/4, s. 253-279.
- Çelik, N./Caniklioğlu, N./Canbolat, T./Özkaraca, E.: İş Hukuku Dersleri, 35. Bası, İstanbul, 2022.
- Demir, F.: İş Hukuku ve Uygulaması, 11. Bası, İzmir, 2018.
- Ekmekçi, Ö.: Toplu İş Hukuku Dersleri, İstanbul, 2022.
- Eyrenci, Ö./Taşkent, S./Ulucan, D./Baskan, E.: İş Hukuku, İstanbul, 2020.
- Eyrenci, Ö.: 6356 Sayılı Kanunda Toplu İş Sözleşmesi Türleri, DEÜHFD, C. 15, Özel Sayı, Polat Soyer'e Armağan, 2014, s. 119-146.
- Güler, Ş.: Toplu İş Uyuşmazlıklarının Barışçıl Yollarla Çözümünde Arabulucu, Görevli Makam ve Yetkili İşçi Sendikasının Fonksiyonları, Hak İş Uluslararası Emek ve Toplum Dergisi, C. 5, Yıl 5, Sayı 13, s. 26-47.
- Kocaoğlu, M.: Türk İş Hukukunda Arabuluculuk Kurumu, Ankara, 1999.
- Kökkılınç, A.G.: Avrupa Birliği Hukukunda Toplu İş Uyuşmazlıklarının Çözümünde Arabuluculuk, Prof. Dr. Fevzi Demir'e Armağan, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Özel Sayı, 2009/24, s. 309-342.
- Narmanlıoğlu, Ü.: İş Hukuku-Toplu İş İlişkileri, 3. Baskı, İstanbul, 2016.
- Subaşı, İ.: Toplu İş Hukukunda Arabuluculuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt II, İstanbul, 2003, s. 743-833.
- Şahlanan, F.: Toplu İş Hukuku, İstanbul, 2020.
- Tuncay, C.: Karar İncelemesi, Çimento İşveren Dergisi, Ocak-1993, s. 17-20.
- Tuncay, A.C./Savaş Kutsal, B.: Toplu İş Hukuku, İstanbul, 2019.
- Tunçomağ, K./Centel, T.: İş Hukukunun Esasları, 10. Bası, İstanbul, 2022.
- Uçum, M.: Türkiye'de Toplu İş Uyuşmazlıklarının Çözümünde Resmi Arabuluculuk, İstanbul, 2000.

Araştırma Makalesi
Sicil, 2022/II Sayı 48: 48-71
Makale Gönderim Tarihi: 29 Kasım 2022
Makale Kabul Tarihi: 6 Aralık 2022

Hak Sahiplerinin Hizmet Tespit Davası Açma Süresi

Öz

Sosyal güvenlik hukukumuzda benimsenen zorunluluk ilkesinin sonucu olarak sigortalılık ilişkisi çalışmaya başlama ile kurulmaktadır. Bununla birlikte sosyal sigorta yardımlarından yararlanabilmek için Kurum'un sigortalıdan haberdar olması gerekmektedir. Bu sebeple

de 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu m. 86/8'de düzenlenen hizmet tespit davaları sosyal güvenliğin tesisi bakımından önemlidir. Çalışma konumuzu sigortalının ölümü halinde hak sahiplerinin dava açma süresi oluşturmaktadır.

Anahtar Sözcükler:

Hizmet tespit davası, hak sahibi, dava açma süresi, hak düşürücü süre.

The Term of Litigation for Service Detection Action for the Right Holders

Abstract

As a result of the mandatory insurance principle in our social security law, insurance relationship arises automatically by starting work. However Social Security Institution must be notified about the insurance in order to benefit from social insurance benefits. For this rea-

son, service detection actions regulated in Article 86/8 of the Social Insurance and General Health Insurance Law No. 5510 are important in terms of establishing social security. Our subject of study is the term of litigation for the right holders in case of death of the insured.

Keywords:

Service detection actions, right holders, the term of litigation, period of prescription.

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, ercumentozkaraca@yahoo.com, ORCID: 0000-0003-3625-9041.

** Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, merve.akkaya@marmara.edu.tr, ORCID: 0000-0001-7962-9845.

Giriş

Sosyal güvenlik hakkı Anayasa ile güvence altına alınmış temel haklardandır. Sosyal güvenlik sistemimizde benimsenen zorunluluk ilkesi gereğince sigortalının Kurum'a bildirilmesi, sigortalılığın başlaması için önem arz etmemektedir. Fakat primli rejimin benimsendiği sosyal sigortalarda, sosyal sigorta yardımlarından faydalanmak için Kurum'un sigortalıdan haberdar olması gerekmektedir. İşverenler tarafından sigortalıya ilişkin yükümlülüklerin yerine getirilmemesi dikkate alınarak sigortalıların sosyal güvenliğinin sağlanması için kanun koyucu birtakım düzenlemeler yapmıştır. Bu düzenlemelerden birisi de 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu m. 86/8 ile sigortalılara kayıt dışı geçen hizmetlerinin tespiti için hizmet tespit davası açma olanağı verilmesidir.

Hizmet tespit davası sosyal güvenlik hukukuna ilişkin davaların büyük çoğunluğunu oluşturmakta olup, bu dava ile ilgili olarak yargı kararlarında ve öğretide tartışılan birçok husus mevcuttur. Çalışmamız ile amaçlanan sigortalının ölümü halinde hak sahiplerinin dava açma süresinin belirlenmesidir. Bu kapsamda öncelikle sigortalılığın tespiti, özel olarak da hizmet tespit davası hakkında genel bilgiler verilecektir. Ardından öğretide oldukça tartışmalı olan hizmet tespit davası açma süresi ve hukuki niteliği ele alınacaktır. Son olarak dava açma süresinin başlangıcı başlığı altında hak sahiplerinin dava açma hakkı ve dava açma süresi öğretisi görüşleri ve yargı kararları ışığında irdelenecektir.

I. Genel Olarak

Sosyal sigortaların en önemli ilkelerinden biri zorunluluk ilkesidir. 5510 sayılı Kanun m. 92'de pozitif dayanağını bulan zorunluluk ilkesi gereği sigortalı, işveren ve Sosyal Güvenlik Kurumu arasında hükümleri emredici biçimde belirlenen bir hukuksal ilişki ortaya çıkmaktadır¹. Söz konu-

su bu hukuki ilişki sosyal sigorta ilişkisi olarak ifade edilmektedir².

Kanun'da sigortalılık statülerine göre sigortalılığın başlangıç anı düzenlenmiştir (m. 7). Buna göre m. 4/1 (a) bendi kapsamındaki sigortalılar çalışmaya başlamaları ile sigortalı sayılacaklardır. Görüldüğü üzere kişilerin iradelerinden bağımsız olarak³ Kanun'da belirtilen şekilde çalışmaya başlamayla birlikte kendiliğinden sigortalılık niteliği kazanılmaktadır⁴. Sigortalının işveren tarafından Kurum'a bildirilmiş olması da sigortalılık niteliğinin kazanılması bakımından gerekli değildir⁵.

venlik Hukuku, 19. Baskı, İstanbul 2021, 153; Sözer, Ali Nazım: Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2021, 34; Sözer, Ali Nazım: Sosyal Sigorta İlişkisi, İzmir 1991, 30 vd.; Tuncay, A. Can/Ekmekçi, Ömer: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 21. Baskı, İstanbul 2021, 154-155; Uşan, Fatih: Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, Ankara 2009, 74; Arıcı, Kadir: Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara 2015, 269; Alper, Yusuf: Sosyal Sigortalar Hukuku, 11. Baskı, Bursa 2020, 60; Saraç, Coşkun: Sigortalı Hizmetlerin Hükmen Tespiti, Osman Güven Çankaya'ya Armağan, Ankara 2010, 451; Yılmaz, Halil: Yargıtay Kararları Işığında Sigortalı Hizmetlerin Tespiti Davalarında Süre, Çimento İşveren Dergisi, C. 30, S. 2, 2016, 10; Ermumcu, Senem: Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Hizmet Tespitinde Prime Esas Kazançların İspatı, Çalışma ve Toplum, S. 69, 2021, 903; Kabakcı, Mahmut: Hizmet Tespit Davaları, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 20. Toplantısı İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2015 Yılı Toplantıları, İstanbul Barosu-Galatasa-ray Üniversitesi, 29-30 Mayıs 2015, İstanbul 2016, 256; Öztürk, Meltem: Sosyal Sigortalar Hukukunda Hizmet Tespit Davası, Ankara 2021, 22.

2 Sözer, Sosyal Sigorta İlişkisi, 15; Arıcı, 269; Saraç, Hükmen Tespit, 451; Yılmaz, 10; Kabakcı, Hizmet Tespit, 256; Öztürk M, 22; Tuncay/Ekmekçi, 154-155; Uşan, 74; Alper, 60.

3 Güzel/Okur/Caniklioğlu, 154; Tuncay/Ekmekçi, 160; Demircioğlu, Murat/Güzel, Ali: İşverenin Sosyal Sigorta Yükümlülükleri ve Sorumluluğu, 2. Baskı, İstanbul 2002, 46; Alper, 60; Korkusuz, M. Refik/Uğur, Suat: Sosyal Güvenlik Hukuku, 5. Baskı, Bursa 2016, 78; Öztürk M, 20; Duman, Barış: 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanuna Göre Hizmetlerin Tespiti, Ankara 2001, 26; Arıcı, 272.

4 Güzel/Okur/Caniklioğlu, 154; Tuncay/Ekmekçi, 160; Şakar, Müjdat: Sosyal Sigortalar Uygulaması, 12. Baskı, İstanbul 2017, 96; Sözer, Sosyal Sigorta İlişkisi, 14; Duman, 27; Alper, 60; Korkusuz/Uğur, 78; Sözer, Sosyal Sigortalar, 55; Arıcı, 273; Yılmaz, 10; Ermumcu, 903; Saraç, Hükmen Tespit, 452; Öztürk M, 48; Demircioğlu/Güzel, 46.

5 Arıcı, 273; Sözer, Sosyal Sigortalar, 55; Güzel/Okur/Caniklioğlu, 154; Şakar, 96; Tuncay/Ekmekçi, 161; Demircioğlu/Güzel, 46; Sözer, Sosyal Sigorta İlişkisi, 32;

1 Güzel, Ali/Okur, Ali Rıza/Caniklioğlu, Nurşen: Sosyal Gü-

Sigortalının malullük, yaşlılık gibi bazı sigorta kollarından sağlanan yardımlara hak kazanabilmesi için belirli bir süre sigortalı olması ve/veya belirli bir prim ödeme gün sayısına sahip olması gerekir. Bu sebeple her ne kadar sigortalılık niteliğinin kazanılması bakımından sigortalının Kurum'a bildirilmesi önem arz etmese de Kurum'un sosyal sigortalardan sağlanan gerekli yardımları yapabilmesi ve Kanun'da yer alan diğer yükümlülüklerini yerine getirebilmesi için sigortalının Kurum'a bildirilmesi önem arz eder⁶. Bu sebeple de işverenlere sigortalının Kurum'a bildirilmesi (m. 8), sigortalı hakkındaki prim belgelerinin Kurum'a verilmesi (m. 86) gibi birtakım yükümlülükler⁷ getirilmiştir. Fakat bazı işverenlerin bu yükümlülüklerini yerine getirmediği ve

sigortalının kayıt dışı olarak çalıştırıldığı⁸ görülmektedir.

Kanun koyucu sigortalıların hak kayıplarının ve kayıt dışı istihdamın önüne geçmek⁹ için Kurum'a bildirilmeyen sigortalı hizmetlerin tespitine olanak tanımıştır. Kayıt dışı geçen bu süreler Kurum tarafından re'sen yapılacak bir idari işlemle ya da sigortalı tarafından açılacak bir dava ile tespit edilebilmektedir. Kanun'a göre, sigortalı olarak çalışmasına rağmen bildirilmemiş ya da prim belgeleri verilmemiş sigortalının tespit edilmesi ve yapılan tebligata rağmen işverenin Kurum'a vermesi gereken belgeleri vermemesi halinde söz konusu belgeler Kurum tarafından düzenlenir (m. 86/6)¹⁰. Yapılan bu işlem kişinin sigortalılığının ve sigortalı hizmetlerinin Kurum tarafından tespit edilmesini ifade etmektedir¹¹.

Kurum'un re'sen tespit edebileceği kayıt dışı geçen süreler Kanun'da bir üst sınır getirilmiş ve tespit yapıldığı tarihten geriye doğru en fazla bir yıllık sürenin dikkate alınacağı ifade edilmiştir (m. 86/7). Öğretide de belirtildiği gibi bu düzenlemenin yerindeliği tartışılır nitelik-

Uşan, 126; Duman, 27; Özveri, Murat: Yargı Kararları ve Sigortalı Hizmetlerin Tespiti, VII. Sosyal İnsan Hakları Uluslararası Sempozyumu, 10-11 Aralık 2015 Denizli, 226; Öztürk, Özgür: Sigortalı Hizmetin Tespiti, Çimento İşveren Dergisi, S. 1, 1998, <https://33doxp2ncc21zsc-1r9kym919-wpengine.netdna-ssl.com/wp-content/uploads/2019/10/1998ocak.pdf> (15 Ocak 2022), 2/9.

- 6 Çenberci, Mustafa: Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Ankara 1977, 627; Güzel/Okur/Caniklioğlu, 158; Saraç, Hükmen Tespit, 453; Sözer, Sosyal Sigortalar, 55; Demircioğlu/Güzel, 123-124; Arıcı, 481; Arslanköylü, Resul: Sosyal Sigortalar Kanunu Yorumu, Ankara 2003, 701; Duman, 33; Arap, Erdal: Hizmet Tespit Davaları, 2. Baskı, Ankara 2021, 54-55; Duran, Abdurrahman: 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 79/10 Maddesi Gereğince Açılan Hizmet Tespiti Davalarının Yasa Hükümleri ve Yargı Uygulaması Yönünden İncelenmesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 6, 2007, 171; Erbaş, Coşkun: Hizmet Aktiyle Çalışanların Sosyal Sigortalar Kurumuna Bildirilmeyen Sürelerine İlişkin Tespit Davaları ve Yargılama Süreci, Kamu- İş, C. 7, S. 3, 2004, 1; Öztürk M, 73; Öztürk Ö, 1/9; Yılmaz, 10-11. "...Öte yandan, 506 sayılı Kanun'un 6. maddesi uyarınca çalıştırılanlar, işe alınmalarıyla kendiliğinden sigortalı olurlar; çalıştırılanların bu niteliği kazanmaları için herhangi bir işlemin gerçekleştirilmiş bulunmasında zorunluluk yoktur. Ne var ki bazı sigortalılık haklarının doğumu, belli gün sayıda prim ödemesi koşuluna bağlıdır. Şayet işveren 506 sayılı Kanun'un 79. maddesinde belirtilen belgeleri belirleyen usul ve esaslar çerçevesinde düzenleme ve Kuruma göndermezse, sigortalının sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısının etkili bulunduğu sosyal sigorta yardımlarından yararlanamama olasılığı söz konusu olabilecektir..."; YHGK, 29.04.2021, E. 2017/21-227, K. 2021/538, www.kazanci.com.
- 7 Demircioğlu/Güzel, 46; Sözer, Sosyal Sigortalar, 125-151; Arıcı, 281-189; Duman 1; Güzel/Okur/Caniklioğlu, 158; Arap, 61; Öztürk Ö, 1/9.

8 Kasım 2021'de yayınlanan İşgücü İstatistiği'ne göre kayıt dışı istihdam oranı %29'dur, <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=İsgucu-Istatistikleri-Kasim-2021-45641>.

9 Sözer, Sosyal Sigortalar, 167, 470; Öztürk, M, 71; Çenberci, 627; Aydın, Ufuk: Sosyal Güvenlik Hukukunda Tespit Davaları, Emeğin Hukuku Kurultayı-II, Türkiye Barolar Birliği 27.05.2016, Ankara 2017, 153; Tuncay/Ekmekçi, 287; Arıcı, 480; Aydın, Ufuk: Sosyal Sigortalının Genel Hükümleri ve Türleri, Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2015, İstanbul 2017, 628; Erbaş, 1; Ermumcu, 905; Özkaraca, Ercüment: Sosyal Sigorta Primlerinde Zamanlaşımı, İstanbul 2020, 46. Kayıt dışı istihdamın azaltılması için Kuruma verilen hak ve yetkiler hakkında detaylı bilgi için bkz. Özkaraca, 11-14. Kurumun denetim yetkisi ile çalışanların sosyal güvenlik haklarını sağlamak, Kurumun prim kayıpları ile haksız rekabeti önlemek amaçlanmaktadır, Duman, 51.

10 Kurum tarafından re'sen tespit yapılabilmesi için sigortalının ismen tespit edilmiş olması gerekir, Balcı, Mesut/Yılmaz, Halil: Sosyal Sigorta Prim Alacaklarının Takip ve Tahsili, Ankara 2014, 42. İdari yolla kayıt dışı hizmetlerin tespiti hakkında detaylı bilgi için bkz. Güzel/Okur/Caniklioğlu, 291-293; Tuncay/Ekmekçi, 280; Öztürk, M, 69-70; Sözer, Sosyal Sigortalar, 167-169; Aydın, Tespit Davaları, 154-156; Özkaraca, 45-47; Balcı/Yılmaz, 40 vd.; Korkusuz/Uğur, 379-380.

11 Aydın, Tespit Davaları, 155; Güzel/Okur/Caniklioğlu, 292.

tedir¹². Kurum'un re'sen tespit işlemi ile tespit edeceği sigortalı süreler bakımından herhangi bir üst sınırın bulunmaması hükmün amacına uygun olacaktır¹³. Kanun'da yer alan bir yıllık süre sınırının yaratacağı sorunlar Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'ne eklenen "Bir yıllık süreyi aşan sigortalı çalışmalar ise her zaman düzenlenebilir nitelikte olmayan kanunen geçerli kayıt ve belgeler ile kanıtlanmak şartıyla dikkate alınabilir." cümlesi ile giderilmeye çalışılmıştır. Fakat söz konusu düzenlemenin Kanun'da değil de Yönetmelikte yer alması isabetsizdir¹⁴.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, Kurum'un sigortalıyı re'sen tespiti dışında, kayıt dışı geçen hizmetlerin tespiti bakımından sigortalılara da bir imkânı tanınmıştır. Kanun'a göre, "Aylık prim ve hizmet belgesi veya muhtasar ve prim hizmet beyannamesi işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Kurumca tespit edilemeyen sigortalılar, çalıştıklarını hizmetlerinin geçtiği yıl sonundan başlayarak beş yıl içerisinde iş mahkemesine başvurarak, alacakları ilam ile ispatlayabilirlerse, bunların mahkeme kararında belirtilen aylık kazanç toplamları ile prim ödeme gün sayıları dikkate alınır" (m. 86/8). İlgili madde uyarınca açılacak dava niteliği bakımından bir tespit davasıdır¹⁵. Tespit davası, bir hakkın ya da hukuki ilişkinin

varlığının veya yokluğunun belirlenmesinin mahkemeden talep edildiği dava olup söz konusu dava türü HMK m. 116'da düzenlenmiştir¹⁶. Nitekim Kanun m. 86/8'de düzenlenen dava ile kişi sigortalı sıfatını kazanmamakta, esas olarak Kurum'un haberi olmaksızın geçen çalışma sürelerinin Kanun kapsamında sigortalı olmasını gerektirecek şekilde bir çalışma olduğu tespit edilmektedir¹⁷.

16 Kuru, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü C. 2, 6. Baskı, İstanbul 2001, 1409; Kuru, Baki/Budak, Ali Cem: Tespit Davaları, 2. Baskı, İstanbul 2010, 68; Pekcanitez, Hakan: Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku C. II, 15. Baskı, İstanbul 2017, 972; Budak, Ali Cem/Karaaslan, Varol: Medeni Usul Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2018, 136, Alangoya, H. Yavuz/Yıldırım, M. Kamil/Deren Yıldırım, Nevhis: Medeni Usul Hukuku Esasları, 8. Baskı, İstanbul 2011, 202. Tespit davaları olumlu ve olumsuz tespit davaları olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Mahkemeden bir hakkın veya hukuki ilişkinin varlığının tespitinin istendiği davalar olumlu tespit davası olarak ifade edilmektedir, Kuru, 1463; Kuru/Budak, 73; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, 206-207; Pekcanitez, 975-976. Bu bakımdan Kanun m. 86/9'de düzenlenen dava olumlu tespit davasıdır, Çenberci, 630; Güzel/Okur/Caniklioğlu, 295; Tuncay/Ekmekçi, 286; Saraç, Hükmen Tespit, 454; Aydın, Tespit Davaları, 157; Arap, 69; Duman, 52; Aydın, Değerlendirme 2015, 629; Kabakçı, Hizmet Tespit, 257; Öztürk M, 75; Öztürk Ö, 2/9.

17 Aydın, Tespit Davaları, 157. "...Bu tür davalar hukukça olumlu bir tespit davasıdır; yoksa inşai (yenilik yaratıcı) dava değildir. Zira mahkeme esasen var olan hukuksal durumu ortaya çıkarmaktadır. Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında olumlu hizmet tespit davaları ve kararlarının niteliği değerlendirildiğinde; hizmet tespiti davalarında aslında geçmişte var olan ancak kayıtlara girmemiş hizmetlerin tespiti istenmektedir. Yargılama sonunda verilen tespit kararı ile çalıştırılanların işe alınmalarıyla kendiliğinden doğan ve gerçekleşen ve olan hizmet akdi ilişkisinin varlığının tespitine karar verilmekte, yeni hukuksal durum yaratılmamaktadır. Öte yandan, tespitine karar verilen süreler hizmetin geçtiği yıla maledilerek, Kurum kayıtlarına yine hizmetin ait olduğu yıl itibarıyla geçecektir. Verilecek tespit hükmü ile varolan bir hizmet akdinin kurulması söz konusu olmayıp, varolan ancak kayıtlara geçmemiş bir çalışma ait olduğu yılda kayıtlara usulüne uygun olarak bildirilmiş gibi işlem görecektir, kayıtlara geçmemiş süre ile çalışma tarihindeki durum saptanarak hukuksallaştırılacaktır. Zira hizmet akdine dayalı olarak 506 sayılı Kanun kapsamındaki çalışmaların hukuksal sonuçları, çalışmanın geçtiği anda doğmuştur. Bu nedenle hizmet akdi ile çalışmanın sigortalılık hakları yönünden doğurduğu sonuçlar hizmet tespiti davasının kesinleştiği tarihte değil, hizmet akdi ile çalışma anı itibarıyla doğmaktadır..." YHGK, 29.04.2021, E. 2017/21-227, K. 2021/538; Yarg. 10. HD., 01.12.2015, E. 2015/4588, K. 2015/21120; Yarg. 10. HD., 26.01.2015, E. 2014/25253, K. 2015/1199; YHGK, 28.09.2011, E.

12 Söz konusu sınırlamanın isabetsiz olduğu yönünde bkz. Güzel/Okur/Caniklioğlu, 292; Aydın, Tespit Davaları, 155; Sözer, Sosyal Sigortalar, 168-169; Kabakçı, Hizmet Tespit, 258.

13 Güzel, Ali: Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri Açısından Yargıtayın 2008 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2008, Ankara 2010, 314; Güzel/Okur/Caniklioğlu, 292; Aydın, Tespit Davaları, 155. Bir yıldan daha eski çalışmalara ilişkin verilerin olması halinde dahi bu çalışmaların dikkate alınmaması anayasal sosyal güvenlik hakkına aykırı olduğu gibi işverenlere getirilen belgelerin uzun yıllar saklanması yükümlülüğü de bu bakımdan anlamsız kalmaktadır, Sözer, Sosyal Sigortalar, 168.

14 Güzel/Okur/Caniklioğlu, 292; Aydın, Tespit Davaları, 155.

15 Güzel/Okur/Caniklioğlu, 295; Tuncay/Ekmekçi, 286; Saraç, Hükmen Tespit, 454; Aydın, Tespit Davaları, 157; Arap, 67; Yılmaz, 11. Bu davalar bakımından da tespit davalarının genel koşulları aranacak olmakla birlikte hukuki yararın kanun koyucu tarafından getirilmesi nedeni ile eda davası açılacağından hareketle dava reddedilmeyecektir, Çenberci, 629.

Hizmet tespit davasının açılabilmesi için kişinin tespitini istediği süreler Kanun kapsamında sigortalı olmayı gerektirecek nitelikte olmalıdır¹⁸. Bu bakımdan kişi Kanun m. 4/1 (a) bendi ya da geçmiş dönemler bakımından 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu kapsamında sigortalı olarak çalışmış olmalıdır. Aynı şekilde tespiti istenen sürelerin Kanun kapsamında ya da kapsama alınması gereken bir işyerinde geçmiş olması gerekmektedir¹⁹. Sigortalı olarak çalışan kişinin aylık prim ve hizmet belgesinin veya muhtasar ve prim hizmet beyannamesinin²⁰ işveren tarafından verilmemiş olması ve çalıştığı Kurum tarafından da tespit edilememiş olması gerekir. Anılan belgelerin verilmiş olması ya da işveren tarafından ilgili belgeler verilmemiş olsa dahi sigortalının Kurum tarafından tespit edilmesi halinde sigortalı söz konusu davayı açamayacaktır²¹. Nitekim çalışmaları Kurum tarafından

tespit edilen kişilerin dava açamayacakları Kanun m. 86/8'de da "...çalıştıkları Kurumca tespit edilemeyen sigortalılar..." olarak ifade edilmiştir. Kuşkusuz bu engel sadece Kurum'ca tespiti yapılan dönemler açısından söz konusudur. Tüm bunlara ek olarak ifade edilmelidir ki hizmet tespit davasının temelde bir tespit davası olması nedeni ile sigortalının bu davayı açmakta hukuki yararı olmalıdır²².

II. Dava Açma Süresi

A. Genel Olarak

Kurum tarafından tespit edilemeyen, kayıt dışı geçen hizmetlerin tespitine ilişkin dava açma hakkı Kanun'da belirlenen sürede kullanılmalıdır. Nitekim sigortalı hizmetlerin tespiti davası m. 86/8 uyarınca "...hizmetlerin geçtiği yılın sonundan başlayarak beş yıl içinde²³..." açıl-

2011/10-475, K. 2011/560, (www.kazanci.com).

- 18 Tuncay/Ekmekçi, 287; Güzel/Okur/Caniklioğlu, 295; Sözer, Sosyal Sigortalar, 470; Demircioğlu/Güzel, 126; Arıcı, 482; Şakar, 138; Çenberci, 628; Duman, 13; Arslanköylü, 702; Duran, 175; Erbaş, 3; Arap, 29; Saraç Hükmen Tespit, 460; Öztürk M, 76-80; Öztürk Ö, 3/9; Yılmaz, 11; Sözer, Sosyal Sigorta İlişkisi, 75; Korkusuz/Uğur, 382; Bilgili, Abbas: Hizmet Tespit Davaları, Adana 2011, 7; Yücel, Merve: Hizmet Tespit Davasının Yargılama Usulü Genel Bilgiler, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 3, Y. 2, 2016, 82.
- 19 "Hizmet tespit davalarının amacı hizmetlerin karşılığı olan sosyal güvenlik haklarının korunmasıdır. Hizmet akdine dayalı çalışma olgusunun ispatında delil sınırlandırması yoksa da davacının Kurum sicil dosyası, işyeri özlük dosyası temin edilip işyerinin Kanunun kapsamında veya kapsama alınacak nitelikte bulunup bulunmadığı eksiksiz bir şekilde belirlendikten sonra iddia edilen çalışmanın başlangıç ve bitiş tarihleri, hangi işyerinde ne iş yapıldığı, işyerinin kapsam, kapasite ve niteliği, prime esas kazançta tabi ücretin ne olduğu, çalışmanın sürekliliği, kesintili, mevsimlik olup olmadığı eksiksiz bir şekilde açıklığa kavuşturulmalıdır.", Yarg. 10. HD., 18.04.2022, E. 2022/618, K. 2022/5766; Yarg. 10. HD., 21.03.2022, E. 2022/85, K. 2022/4012, (www.kazanci.com). Yarg. 10. HD., 13.01.2020, E. 2018/4074, K. 2020/8, Çalışma ve Toplum, 2020/4, 2666-2670.
- 20 506 sayılı Kanun m. 79/8'de "Yönetmelikle tespit edilen belgeleri işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Kurumca tespit edilemeyen sigortalılar" ibaresi yer almakta olup Yönetmelikte düzenlenen belgeler ile kast edilen ise işyeri bildirgesi, sigortalı işe giriş bildirgesi ve aylık prim ve hizmet belgesidir, Tuncay/Ekmekçi, 288; Yılmaz, 11; Duran, 175; Arslanköylü, 703.
- 21 Güzel/Okur/Caniklioğlu, 297; Tuncay/Ekmekçi, 288-289;

Demircioğlu/Güzel, 126; Saraç, Hükmen Tespit, 456; Duran, 175; Erbaş, 12; Arap, 66-67; Yılmaz, 11.

22 Öztürk Ö, 2/9; Öztürk M, 83; Duman, 53-54; Kabakçı, Hizmet Tespit, 261; Aydın, Tespit Davaları, 162.

23 İlgili belgeleri işveren tarafından süresinde verilmeyen sigortalılara dava açma hakkını veren ilk düzenleme olan 5417 sayılı İhtiyarlık Sigortası Kanunu'nun (RG, 08.06.1949, 7227) 6391 sayılı Kanunla değişik m. 26/3'de dava açma hakkı herhangi bir süre ile sınırlanmamıştı. Aynı şekilde 5502 sayılı Hastalık ve Analık Sigortası Kanunu'nun (RG, 10.01.1950, 7402) 6901 sayılı Kanunla değişik m. 25/3'de ve 6900 sayılı Maluliyet, İhtiyarlık ve Ölüm Sigortası Kanununda da (RG., 13.02.1957, 9534) sigortalılara tanınan sigortalı hizmetlerin tespitine ilişkin dava hakkı herhangi bir süre ile sınırlandırılmamıştı. Sigortalının Kurum tarafından tespit edilemeyen kayıt dışı geçen sürelerine ilişkin dava açma hakkı ilk kez 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nda (RG, 29-31.07.1964, 01.08.1964, 11766-11779) sınırlandırılmıştır. 506 sayılı Kanun m. 79/5'in ilk halinde dava açma süresi 5 yıl iken, 3395 sayılı 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine ve Bu Kanuna Ek ve Geçici Maddeler Eklenmesine Dair Kanun (RG, 09.07.1987, 19512) m. 5 ile bu süre 10 yıla çıkarılmıştır. 10 yıllık dava açma süresi ise 3995 sayılı 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine ve Bu Kanuna Bir Ek Madde Eklenmesi ile 4972 sayılı Sosyal Sigortalar Kurumu Kanununun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun (RG, 07.06.1994, 21953) m. 3 ile tekrar 5 yıla düşürülmüştür. "...Yukarıdaki bilgiler ışığında talep konusu dönemin 1954-1985 yılları olduğu gözetildiğinde ve 506 sayılı Kanunun yürürlük tarihinin 17.07.1964 tarihi olması karşısında 1964-1985 dönemi yönünden hak düşürücü süreye uğramış ise de; 1954-1964

malıdır²⁴. Madde metninden anlaşıldığı üzere Kanun m. 86/8 ile sigortalıya tanınan dava açma hakkı belirli bir süre ile sınırlandırılmıştır. Bu durum öğretide eleştirilmiştir. Buna göre, davanın Kanun'da belirlenen süre içinde açılmaması halinde kişilerin sosyal sigorta hakkının zarara uğrayacak olması, niteliği gereği davanın kamu düzenine ilişkin olması nedenleri ile kişilerin her durumda bu hakka kavuşmalarının sağlanması ve dava açma hakkının herhangi bir süreye tabi olmaması gerekir²⁵. Yine sigortalılığın çalışmaya başlama ile kendiliğinden başlayacağı, sigortalılığın zorunlu olması hükümleri ile hizmet tespit davasının açılması için Kanun'da yer alan beş yıllık sürenin çelişki yarattığı konuya ilişkin olarak ileri sürülen eleştirilerden bir başkasıdır²⁶. Ayrıca, sigortalıları Kurum'a bildirme görevinin işverene; bu görevi ve gerekli belgelerin verilip verilmediğini denetleme ile gerektiğinde ilgili belgeleri re'sen düzenleme yetkisinin de Kurum'a verilmiş ödevler olduğu, bunların yerine getirilmemesine ilişkin sonuçların sigortalıya yüklenmesinin hukuka aykırı olduğu da ileri sürülen bir diğer gerekçedir²⁷. Bu görüşlere karşılık

öğretide, geçmiş uzun süreli hizmetlere ilişkin bilgilerin eksiksiz bir şekilde hatırlanmasının hayatın olağan akışına uygun olmaması nedeni ile hizmet tespit davalarının açılmasına ilişkin bir süre sınırı getirilmesinin adaletin temini açısından yerinde olduğu ifade edilmiştir²⁸. Yine bu yöndeki bir görüşe göre dava açma hakkının süre ile sınırlandırılmaması, işverenlerin Demokles'in kılıcı gibi süresiz tehdit altında tutulmasına sebep olacaktır ki bu isabetli olmaz²⁹. Kaldı ki sosyal sigortaların temel ilkelerinden birisi olan kişisel sorumluluk ilkesi gereğince³⁰ sigortalıya da birtakım görevler düşmekte olup bu bakımdan dava açma hakkının süre ile sınırlandırılması yerindedir³¹. Kanaatimizce de uzun yıllar önceki çalışmaların ispatındaki zorluklar, işverenlerin süresiz bir şekilde dava tehdidi altında tutulmaması gibi sebeplerle hizmet tespit davası açılmasının süreye bağlanması yerindedir.

Dava açma hakkının süresine ilişkin bir YHGK kararına yazılan karşı oyda Anayasa m. 65 uyarınca sosyal güvenlik hakkının vatandaşlara sınırsız sunulamayacağı, sosyal güvenlik hakkının yasal ceviz esasına dayandığı, yasanın vermediği hiçbir sosyal güvenlik hakkının kullanılmayacağı belirtilmiştir. İlgili karşı oyda ayrıca "...Onun için yasa koyucu ekonomik istikrarın bozulacağı, mali imkanların yetmeyeceği düşüncesiyle sigortalılara sınırsız hizmet tesbiti davası açma hakkı tanımadır. Zira bu davaları disiplin altına almak istemiş, sınırsız dava hakkının suistimallere yol açacağını, mahkemeden ilam alanların çoğalıp bilahare aylık bağlama talebiyle kuruma başvuracağını, Kurumun ise bu talepleri karşılamada mali sıkıntıya düşeceğini varsayarak bu yolda bir hüküm getirme gereği³²" duyulduğu ifade edilmiştir.

arası dönem yönünden mülga 4/2/1957 tarihli ve 6900 sayılı Maluliyet, İhtiyarlık ve Ölüm Sigortası Kanununun halen yürürlükte olduğu göz önünde tutularak eldeki davada 1964 öncesi talep dönemi yönünden hak düşürücü süre yoktur, bu dönem yönünden davanın esasına girilerek bir karar verilmesi gerekir.", Yarg. 10. HD., 10.11.2021, E. 2021/27, K. 2021/13831, www.kazanci.com; aynı yönde, Yarg. 10. HD., 17.03.2021, E. 2020/3566, K. 2021/3443, (www.kazanci.com).

24 Sigortalının SSK m. 79/5 uyarınca geriye dönük yalnızca beş yıl sigortalılık süresinin tespit edilebileceği görüşü için bkz. Centel, Tankut: Sosyal Sigortalar Açısından Yargıtayın 1984 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın 1984 Yılı İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri, İstanbul 1986, 244.

25 Sözer, Sosyal Sigorta İlişkisi, 79 vd.; Sözer, Sosyal Sigortalar, 471; Kabakçı, Hizmet Tespit, 269; Arslanköylü, 705; Orhan, Rüzgar: Sigortasız Çalışmaların Tespiti Davaları ve Hak Düşürücü Süre, İstanbul Barosu Dergisi, C. 91, 2017/4, 158-161. Dava açma süresinin en azından 10 yıla çıkarılması gerektiği yönünde Arap, 75; Sözer, Ali Nazım: Sosyal Sigortalar Hukukunun Genel Hükümleri Açısından Yargıtayın 1991 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin 1991 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri, İstanbul 1993, 166.

26 Duran, 175; Arslanköylü, 705. Hüküm tartışmaya açık olduğu yönünde bkz. Arap, 75.

27 Duran, 175; Arslanköylü, 705.

28 Duman, 57. Sürenin geçmesi ile dava hakkının düşmesi sigortalılık hakkının ortadan kalkması anlamına gelmemekte olup hak düşürücü süre yalnızca hak arama özgürlüğünün kamu yararı nedeni ile sınırlandırılması olarak değerlendirilebilir, Saraç Hükmen Tespit, 468.

29 Savaş Kutsal, F. Burcu: Türk Sosyal Sigortalar Hukukunun Temel İlkeleri, İstanbul 2016, 43.

30 Kişisel sorumluluk ilkesi hakkında bkz. Savaş Kutsal, 145 vd.

31 Savaş Kutsal, 44.

32 YHGK, 02.12.1998, E. 1998/21-826, K. 1998/855, www.

Hizmet tespit davasının açılmasına ilişkin beş yıllık sürenin Anayasa'ya aykırı olduğu iddiası ile Kadıköy 1. İş Mahkemesi tarafından Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuştur. Yüksek Mahkeme, "Hizmet tespiti davalarının, çalışanların Kurum kayıtlarına geçirilmemiş aylık kazanç toplamları ve prim ödeme gün sayılarının sigortalılığın hesabında esas alınmasına yönelik olmaları nedeniyle, sosyal güvenlik sistemi üzerindeki etkileri açıktır. Dolayısıyla bu davalar için öngörülen 5 yıllık hak düşürücü sürenin, sistemin süreklilik arz edecek şekilde veya makul olmayacak ölçüde uzun bir süre dava tehdidi altında tutulmasını önlemek suretiyle sosyal güvenlik sisteminin istikrarının sağlanması amacıyla getirildiği anlaşıldığından bunun bir sınırlama olarak nitelendirilmesi'nin mümkün olmadığına, bu sebeple de ilgili hükmün Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir³³.

B. Hukuki Niteliği

Hizmet tespit davası açma süresinin zamanaşımı süresi³⁴ mi yoksa hak düşürücü süre mi olduğu öğretide tartışmalıdır. Dava açma süresinde hareketsiz kalmaya bağlanacak sonucun belirlenmesi bakımından söz konusu sürenin niteliğinin tespiti önem arz etmektedir. Zamanaşımı genel olarak, Kanun'da belirlenen süre içinde gerekli davranışların yerine getirilmemesi nede-

ni ile alacağın dava ve cebri icra yolu ile talep edilebilme imkânının ortadan kalkması olarak tanımlanmaktadır³⁵. Zamanaşımının geçmesi ile alacak hakkı sona ermemekte, yalnızca alacağın dava edilebilirliği etkilenmektedir³⁶. Alacaklının zamanaşımı süresinin dolması ile birlikte alacağın dava ve cebri icra yolu ile elde edilmesine ilişkin hakkı ortadan kalkmakta³⁷, daha doğru bir ifade ile sürenin geçmesi borçluya ifadan süresiz olarak kaçınma imkânı vermektedir³⁸. Önemle ifade etmek gerekir ki salt zamanaşımı süresinin geçmesi, kendiliğinden alacak hakkının talep edilebilirliğini ortadan kaldırmamaktadır³⁹. Alacak hakkının talep edilemez olması

35 Erdem, 7; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 1030; Oğuzman/Öz, 600-601; Tutumlu, Mehmet Akif: Türk Borçlar Hukukunda Zamanaşımı ve Uygulaması, İstanbul 1991, 6; Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Ankara 2017, 1307.

36 Erdem, 7; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 1030; Tutumlu, 6; Eren, 1307.

37 Tutumlu, 6; Erdem, 7; Eren, 1308.

38 Oğuzman/Öz, 600; Kocayusufpaşaoğlu, Yusuf/Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdülkadir: Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. I, 4. Basıdan 7. Tıpkı Bası, İstanbul 2017, 48. Zamanaşımına uğrayan bir alacak dava edilebilirse de borçlunun zamanaşımı definde bulunması halinde davanın reddi gerekir, Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 1031; Tutumlu, 7; Erdem, 8; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, 48. Zamanaşımına uğrayan alacak kendiliğinden eksik borç haline gelmez, bunun için borçlunun zamanaşımı definde bulunması gerekir, Tutumlu, 6. Yargıtay bu hususu "... Zamanaşımı def'i, davalının aslında var olan borcunu özel bir nedenle yerine getirmekten kaçınmasına olanak veren bir haklıdır. Bu itibarla zamanaşımının sonucu; alacak hakkına son verme değil, onu eksik borç haline getirme şeklinde ortaya çıkmaktadır. Zamanaşımına ilişkin düzenlemelerin temelinde iddia edilen alacağın aradan uzun zaman geçmiş olmasına rağmen kullanılmaması karşısında borçlunun oldukça uzak geçmişte kalan bir borçtan doğabilecek ihtilafı karşı korunması, kendi alacağına karşı uzun süre kayıtsız kalan kimsenin bu hakkının artık korunmaya layık olmadığını kabul etmiş sayılması yatmaktadır. Zamanaşımına uğrayan alacağın tahsili konusunda devlet kendi gücünü kullanmaktan vazgeçmekte, böylece söz konusu alacağın ödenip ödenmemesi keyfiyeti borçlunun iradesine bırakılmaktadır. Şu halde zamanaşımına uğrayan alacak ortadan kalkmamakla beraber artık doğal bir borç haline gelmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, alacağın salt zamanaşımına uğramış olması, onun eksik borca dönüşmesi için yeterli olmayıp borçlunun kendisine karşı açılmış olan alacak davasında alacaklıya yönelik bir def'i-de bulunması gerekir..." (YHGK, 22.02.2022, E. 2020/9-707, K. 2022/174, www.kazanci.com).

39 Özkaraca, 58.

kazanci.com).

33 AYM, 26.01.2011, E. 2008/109, K. 2011/25, RG, 02.04.2011, 27893. Anayasa Mahkemesi'nin kararının sosyal sigorta hukukunun ilkeleri ile bağdaşmadığı yönünde bkz. Kabakçı, Mahmut: Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2018, İstanbul 2021, 465. Kararın gerekçesinin eleştirisi için bkz. Arap, 74-75.

34 Zamanaşımı, kazandırıcı ve düşürücü zamanaşımı olmak üzere iki başlık altında incelenmektedir. bkz. Erdem, Mehmet: Özel Hukukta Zamanaşımı, İstanbul 2010, 5 vd.; Tekinay, S. Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993, 1030; Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. I, 12. Baskı, İstanbul 2014, 600. Düşürücü zamanaşımı ifadesinin yanıltıcı olabileceğine ilişkin bkz. Oğuzman/Öz, 601. Konumuz bakımından önem arz eden zamanaşımı düşürücü zamanaşımı olup çalışma kapsamında zamanaşımı kavramı yalnızca düşürücü zamanaşımı için kullanılacaktır.

için borçlunun zamanaşımı defini kullanması gerekir⁴⁰. Bu kapsamda zamanaşımına uğrayan bir alacak dava ve talep konusu yapılabirken, borçlu zamanaşımı defini kullanarak borcu ifadan kaçınma olanağına sahiptir⁴¹.

Zamanın haklara etkisi bakımından ele alınması gereken bir diğer kavram ise hak düşürücü süredir. Belirlenmiş sürede bir hakkın ileri sürülmemesi ve bu nedenle hakkın sona ermesi hali hak düşürücü süre ile açıklanmaktadır⁴². Görüldüğü üzere zamanaşımından farklı olarak hak düşürücü sürenin geçmesi ile hak sona ermektedir.

Zamanaşımı süresinin dolduğu iddiası bir def'i niteliğinde⁴³ olup, hâkim zamanaşımı süresini re'sen dikkate alamaz⁴⁴. Buna karşılık hak düşürücü sürenin geçmiş olduğuna ilişkin savunma bir itiraz niteliğindedir ve hâkim hak düşürücü sürenin geçip geçmediğini re'sen dikkate alır⁴⁵. Hak düşürücü sürelerin durması ve kesilmesi söz konusu değilken, zamanaşımı sürelerinin durması (TBK m. 153) ve kesilmesi (TBK m. 154) söz konusudur⁴⁶. Görüldüğü üzere bir sürenin zamanaşımı süresi ya da hak düşürücü süre olarak kabul edilmesinin hukuki sonuçları oldukça farklıdır. Bu sebeple de bir sürenin hak düşürücü süre mi yoksa zamanaşımı süresi mi olduğunun tespit edilmesi önem arz etmektedir. Kanun'da yer alan sürenin hukuki niteliğinin belirlenmesinde hakkın niteliği ve süre getiren hükmün amacı dikkate alınarak değerlendirme yapılmalıdır⁴⁷. Kural olarak yenilik doğuran haklar hak düşürücü süreye⁴⁸ tabiyken, alacak hak-

ları zamanaşımına tabidir⁴⁹.

Hizmet tespit davası açma süresinin hukuki niteliği konusunda öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. Öğretideki bir görüşe göre, Kanun'un amacının Kurum'a bildirilmeyen sigortalıların haklarının korunması olması nedeniyle, zamanaşımının kesilmesi, durmasına ilişkin hükümlerin uygulanmasının sağlanması bakımından bu sürenin zamanaşımı süresi olarak yorumlanması doğru olur⁵⁰. Bu konuda ileri sürülen bir diğer gerekçeye göre, bir kimsenin sırf belli bir süre içinde dava açmaması nedeni ile Anayasa ile güvence altına alınan bir hakkının ortadan kalkacağı ileri sürülmesi doğru değildir⁵¹. Sözü edilen görüşe göre, hak düşürücü sürelerin ancak Kanun'da açıkça öngörülmesi halinde söz konusu olması da bu kabulü gerektirir⁵². Aynı şekilde Yasa'da açık hüküm olmamasına karşın mülkiyet benzeri bir nitelik taşıyan sosyal güvenlik hakkının hak düşürücü süreye tabi tutulması sigortalıların yeterli korumadan yoksun bırakılmasına neden olmaktadır⁵³.

Öğretide başka bir görüş, söz konusu sürenin hak düşürücü süre niteliğinde olduğunu ileri sürmektedir⁵⁴. Bu görüşe göre hükmün konulu-

40 Tutumlu, 6; Özkaraca, 58.

41 Özkaraca, 58.

42 Tutumlu, 9; Erdem, 25; Oğuzman/Öz, 600; Eren, 1308; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, 51.

43 Tutumlu, 7; Erdem, 8; Eren, 308; Oğuzman/Öz, 603.

44 Oğuzman/Öz, 603; Eren, 1308; Tutumlu, 7-8.

45 Tutumlu, 9; Eren, 1309; Oğuzman/Öz, 601; Erdem, 27.

46 Eren, 1309; Oğuzman/Öz, 601; Erdem, 28.

47 Oğuzman/Öz, 601; Erdem, 28; Tutumlu, 10.

48 Oğuzman/Öz, 601; Erdem, 25; Tutumlu, 10; Eren, 1309; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, 52; Buz, Vedat: Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005, 261.

49 Eren, 1309; Oğuzman/Öz, 601; Erdem, 16, 27; Tutumlu, 10.

50 Güzel/Okur/Caniklioğlu, 298; Özveri, 252; Okur, Ali Rıza: Sosyal Sigortalar Açısından Yargıtayın 1994 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1994, İstanbul 1996, 152; Arap, 83; Duman, 62; Sarıbay Öztürk, Gizem: Hizmet Tespit Davalarında Beş Yıllık Hak Düşürücü Süreye İlişkin Yargıtay Uygulaması, Sosyal Sigortalar Hukuku İncelemeleri I, Ankara 2022, 290-291.

51 Öztürk, Ö, 6/9; Arap, 83; Yücel, 96.

52 Sözer, Değerlendirme 1991, 166.

53 Sözer, Sosyal Sigortalar, 471.

54 Tuncay/Ekmekçi, 290; Aydın, Tespit Davaları, 170; Çenberci, 629; Uşan, 162; Bulut, Mehmet: Türk Hukuk Sisteminde Hizmet Sözleşmesi Gereği Açılan Hizmet Tespit Davaları, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 97, 2011, 96; Alper, 140; Erbaş, 13; Korkusuz/Uğur, 381; Ertürk, Şükran: Sosyal Sigortalıların Genel Hükümleri ve Türleri, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016, İstanbul 2018, 825; Yılmaz, 14; Şakar, 138; Balcı/Yılmaz, 47; Aydın, Değerlendirme 2015, 636; Saraç Hükmen Tespit, 466; Demircioğlu/Güzel, 126. Beş yıllık hak düşürücü sürenin sosyal güvenlik hakkının kullanımını tamamen ortadan kaldırdığı için orantılı bir düzenleme olmadığı yönünde bkz. Öztürk M, 95.

amacı ve kanun metninin kamu düzenine yönelik ifadesinden hareketle, sürenin hak düşürücü süre olduğunun kabulü gerekir⁵⁵. Uzun yıllar önce gerçekleşmiş olaylara ilişkin ispat vasıtalarının kaybolması ya da ispata elverişliliğinin yitirilmesi ihtimali de bu bakımdan ileri sürülen bir başka gerekçedir⁵⁶. Kanaatimizce de hükmün lafzı, konuluş amacı ve kamu düzenini ilgilendirmesi nedeni ile hizmet tespit davası açılmasına ilişkin Kanun'da yer alan beş yıllık süre hak düşürücü süre niteliğindedir.

Yargıtay da hizmet tespit davasına ilişkin beş yıllık dava açma süresinin hak düşürücü süre olduğunu kabul etmektedir. Yüksek Mahkeme'ye göre "...Diğer taraftan, 506 Sayılı Kanun'un 79/10. (benzer 5510 Sayılı Kanun m. 86/8) maddesine göre Kuruma bildirilmeyen hizmetlerin sigortalı hizmet olarak değerlendirilmesine ilişkin davanın, tespiti istenen hizmetin geçtiği yılın sonundan başlayarak 5 yıl içinde açılması gerekir. Kanunda yer alan 5 yıllık süre, hak düşürücü olup mahkeme tarafından kendiliğinden nazara alınması gerekir..."⁵⁷

55 Tuncay/Ekmekçi, 294. Kanunda yer alan sürenin kamu yararı ve kamu düzenini ilgilendirmesi nedeni ile hak düşürücü süreye tabi kılınması yerinde olur, Ertürk, 825; Saraç, Hükmen Tespit, 467; Aydın, Değerlendirme 2015, 636.

56 Saraç Hükmen Tespit, 467; Aydın, Tespit Davaları, 170; Ertürk, 825; Yılmaz, 14; Aydın, Değerlendirme 2015, 636. Oldukça eski dönemlere ilişkin deliller ile sigortalılığın ispatı kamu düzenini ters yönde etkileyebilir, Saraç, Hükmen Tespit, 467.

57 Yarg. 10. HD., 09.05.2019, E. 2018/4747, K. 2019/4149; Yarg. 21. HD., 23.05.2013, E. 2012/6345, K. 2013/10635, (www.kazanci.com). "... Anlaşılabacağı üzere, çalışmanın tespiti istemiyle hak arama yönünden Kanun ile getirilen süre, doğrudan doğruya hakkın özünü etkileyen hak düşürücü niteliktedir ve dolması ile hakkın özü bir daha canlanmamak üzere ortadan kalkmaktadır...", YHGK, 12.03.2020, E. 2016/10-2715, K. 2020/296; Yarg. 10. HD., 05.05.2015, E. 2015/6821, K. 2015/8723, (www.kazanci.com). Hizmet tespit davası öncesinde işçilik alacaklarının ödenmesi talebi ile dava açan işçinin iş sözleşmesinin sona erme tarihi bu davada kararın bazı yerlerinde 31.12.2006, bazı yerlerinde ise 01.01.2007 olarak kabul edilmiştir. Bunun üzerine işçi 27.12.2012 tarihinde hizmet tespit davası açmış ve davası hak düşürücü sürenin geçmesi nedeni ile dava reddedilmiştir. İlgili kararın bireysel başvuru konusu yapılması üzerine Anayasa Mahkemesi, "Sonuç olarak başvuru konusu davanın süre yönünden reddedilmesiyle başvurucunun emeklilik hakla-

III. Dava Açma Süresinin Başlangıcı

A. Genel Olarak

Kanun m. 86/8 uyarınca hizmetleri Kurum tarafından tespit edilemeyen sigortalılar, hizmetlerinin tespiti için "... hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak beş yıl içerisinde..." iş mahkemesine başvurmalıdırlar. İlgili maddenin lafzı, dava açma süresinin kayıt dışı çalışılan günlerin ait olduğu yılın sonundan başlayacağı şeklinde yorumlanmasına müsaittir⁵⁸. Öğretide belirtildiği gibi dava açma süresi sigortalının işten ayrıldığı yılın sonundan itibaren başlar⁵⁹. Nitekim bağımlı olarak çalışan sigortalının çalışma ilişkisi devam ederken işten çıkarılma korkusu nedeni ile işverenine karşı dava açması fiili olarak güçtür⁶⁰.

rını doğrudan ilgilendiren davadaki esasa ilişkin iddiaların görüşülmesi imkanının ortadan kalktığı, dava açma süresinin başlangıcı için esas alınacak tarih olan iş yerindeki son hizmet tarihiyle ilgili yeterli araştırma yapılmamasının başvurucunun mahkemeye erişimine zarar verdiği açıktır. Bu nedenle de başvurucunun mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği"ne karar vermiştir, AYM, İkinci Bölüm, 27.10.2016, Başv. Nu. 2014/16928 (RG, 18.11.2016, 29892).

58 Öztürk Ö, 6/9; Arap, 76.

59 Güzel/Okur/Caniklioğlu, 298; Tuncay/Ekmekçi, 290-291, 293; Sözer, Sosyal Sigortalar, 471; Saraç Hükmen Tespit, 468; Uşan, 162; Korkusuz/Uğur, 202, 382; Aydın, Tespit Davaları, 160-161; Öztürk Ö, 6/9; Arap, 76; Yılmaz, 13; Öztürk M, 92; Özveri, 253; Duman, 59; Sözer, Sosyal Sigorta İlişkisi, 75; Demircioğlu/Güzel, 126; Arıcı, 482; Güzel, Ali: Sosyal Sigortalar Açısından Yargıtayın 1985 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1985, İstanbul 1987, 200; Arslanköylü, 706; Bulut, 97.

60 Güzel/Okur/Caniklioğlu, 298; Tuncay/Ekmekçi, 290-291; Yılmaz, 13; Öztürk M, 92-93; Özveri, 252-253; Güzel, Değerlendirme 1985, 200; Arslanköylü, 706; Duman, 59; Saraç Hükmen Tespit, 468; Bulut, 97; Duran, 174; Arap, 76. Yüksek Mahkeme doğrudan olmamakla birlikte verdiği bir kararda bu hususu şu şekilde ifade etmiştir: "... Kuruma bildirilmemiş çalışmaların sigortalı hizmet olarak tesbitine ilişkin davaların; 506 Sayılı Kanun'un 3995 sayılı Kanunla değişik 79. maddesi uyarınca 5 yıllık hak düşürücü süre geçirilmeden açılması gerekir. Ancak askerlik yükümlülüğünü yerine getirmek üzere işinden ayrılan sigortalı, askerlik dönüşü aynı işyerinde yeniden işe girse; bu durumda askerlik süresince hizmet akdi askıda olduğundan hak düşürücü süreden söz edilemez. Başka bir

Yargıtay da öğreti görüşlerine paralel olarak kayıt dışı çalıştırılan sigortalının iş sözleşmesi devam ederken işverene karşı dava açması beklenemeyeceğinden hareketle⁶¹ dava açma süresinin sigortalının iş sözleşmesinin sona erdiği yılın sonundan itibaren başlayacağına karar vermektedir. Yüksek Mahkeme'ye göre "... Somut olayda her ne kadar mahkemece davacının eşine ait, davalı işveren tarafından düzenlenen bir işe giriş bildirgesi bulunmadığı ve talep edilen 15.04.2010 tarihinden dava tarihi 10.11.2015 tarihine kadar 5 yıllık hak düşürücü sürenin geçtiğinden bahisle davanın reddine karar verilmişse de; yukarıda açıklandığı üzere hak düşürücü süre, çalışmaların geçtiği yılın sonundan başlayarak 5 yıl sonunda dolmaktadır. Bu itibarla; mahkemece yapılacak araştırma sonucu toplanan deliller ışığında, davacı murisin çalışmalarının 15.04.2010 tarihinde sona erdiği kanaatine varılması halinde 5 yıllık hak düşürücü süre 31.12.2015 tarihinde sona erecektir..."⁶²

Bu durumda iş sözleşmesi 17.02.2022 tarihinde sona eren sigortalı, bu tarihten veya tespiti istenen hizmetlerin ait olduğu her bir yılın sonundan itibaren değil, 31.12.2022 tarihinden itibaren beş yıl içinde hizmet tespit davası açabilecektir. Bu halde sigortalının dava açmasına

işverene ait işyerinde işe girilmesi halinde ise hak düşürücü süreden söz edilemez. Başka bir işverene ait işyerinde işe girmesi halinde hak düşürücü süre kesilmez. Zira başka bir işyerinde çalışan sigortalının böyle bir dava açtığı takdirde işinden atılma korkusu yaşayacağı düşünülemez. Başka bir anlatımla; işyerini değiştiren sigortalının hizmet tespiti davası açarken işverenin manevi baskısı altından olduğu söylenemez..."; Yarg. 10. HD., 08.07.2003, E. 2003/5435, K. 2003/5625, (www.kazanci.com).

61 "...Hemen belirtmek gerekir ki, tesbiti istenen çalışmanın geçtiği işyeriyle sigortalı işçinin bilahare çalışmakta olduğu işyerinin aynı işverene ait olması halinde işçinin iş akdinin selameti bakımından işvereniyle hasım duruma düşmek istemeyeceği ve bunun manevi baskısı altında kalacağından iş akdi devam ettiği müddetçe de kendisinden belirli süre içerisinde dava açmasının beklenemeyeceği görüşü devamlılık kazanmış yargısal kararlar gereğidir..." ; YHGK, 20.04.1998, E. 1994/10-161, K. 1994/228, (www.kazanci.com).

62 Yarg. 21. HD., 12.02.2018, E. 2016/13480, K. 2018/1051, (www.kazanci.com). Aynı yönde bkz. Yarg. 21. HD., 27.10.2005, E. 2005/9200, K. 2005/10369, (www.kazanci.com).

ilişkin son süre 31.12.2027 olacaktır.

B. Sigortalının Ölümü Halinde

1. Hak Sahiplerinin Dava Açma Hakkı

5510 sayılı Kanun m. 86/8 uyarınca, kayıt dışı geçen hizmetlerin tespiti davasının davacı sigortalıdır. Sigortalının söz konusu davayı açmadan ölmesi halinde hak sahiplerinin bu davayı açıp açamayacaklarının ele alınması gerekmektedir. Öğretide *Arslanköylü*, maddenin dar yorumlanması halinde hak sahiplerinin dava açma haklarının olmadığı, dava açma hakkının yalnızca sigortalıya tanındığının dahi ileri sürülebileceğini ifade etmiştir⁶³. Buna karşılık madde hükmünün amaca uygun yorumu ile sigortalının ölümü halinde hak sahiplerinin de bu davayı açabileceklerinin kabulünün gerektiği belirtilmektedir⁶⁴.

Sigortalının çalışmaya başlaması ile birlikte kurulan sosyal sigorta ilişkisi yalnızca sigortalı ile işvereni değil, sigortalının hak sahiplerini de kapsamaktadır⁶⁵. Nitekim Kanun m. 3/1, b. 7'de sigortalının hak sahipleri "*sigortalının veya sürekli iş göremezlik geliri ile malullük, vazife malullüğü veya yaşlılık aylığı almakta olanların ölümü halinde, gelir veya aylık bağlanmasına veya toptan ödeme yapılmasına hak kazanan eş, çocuk, ana ve babası*" olarak kabul edilmiştir. Bu bakımdan sigortalının hak sahipleri Kurum ile doğrudan bir ilişki içinde olmasalar da sosyal sigorta yardımlarından yararlanmada kapsama alınmışlardır⁶⁶.

63 Arslanköylü, 720.

64 Tuncay/Ekmeççi, 295; Tuncay, A. Can: Sosyal Sigortalının Genel Hükümleri ve Türleri, Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 2013, İstanbul 2017, 486.

65 Sosyal sigorta ilişkisinde iş ilişkisinden farklı olarak yalnızca işçi ve işveren değil, sigortalının işlem muhatapları, Kurum, hizmet sunucuları ve bağlı sigortalılar da taraftır, Sözer, Sosyal Sigortalılar, 34-35; Sözer, Sosyal Sigorta İlişkisi, 15-16; Uşan, 74.

66 Duman, 82.

Öğreti⁶⁷ ve yargı kararlarında⁶⁸ da sigortalının ölümü halinde hak sahiplerinin hizmet tespit davası açabilecekleri ifade edilmiştir. Öğretide, hak sahiplerinin sigorta ilişkilerinin ve haklarının sigortalınıninkinden ayrı ve bağımsız olması nedeni ile sigortalının sağlığında da bu davayı açabilmeleri gerektiğini ileri süren bir görüş de bulunmaktadır⁶⁹.

Sigortalının ölümü halinde ölüm aylığına hak kazanma bakımından gerekli olan prim ödeme gün sayısı ve/veya sigortalılık süresini tamamlamak bakımından hak sahiplerinin hizmet tespit davası açmakta hukuki yararlarının bulunduğu şüphesizdir⁷⁰. Bu sebeple de sigortalının ölümü

halinde hak sahiplerinin hizmet tespit davasının davacısı olabileceğinin kabulü gerekmektedir.

Gerek öğretide⁷¹ bazı yazarlar tarafından gerekse de yargı kararlarında⁷² hak sahiplerinin hizmet tespit davasının davacısı olabileceği ifade edilirken “sigortalının mirasçıları” ifadesinin kullanıldığı görülmektedir. Oysa sigortalının mirasçıları yerine hak sahipleri ifadesinin kullanılması daha isabetli olacaktır. Zira miras hukukuna konu olabilecek haklar devir ve intikal edebilen haklardır⁷³. Buna karşılık bazı haklar vardır ki, miras bırakana aittir ve ölümle mirasçılara geçmeyip, doğrudan mirasçıların ya da mirasçı olmayan kişilerin şahsında doğar⁷⁴. Ölüm, söz konusu bu hakların doğum sebebidir⁷⁵. Sigortalının ölümü ile hak sahiplerine bağlanacak olan ölüm aylığı sosyal güvenlik mevzuatından doğan bir hak olması nedeni ile bu tür bir hak olup, terekeye dahil değildir⁷⁶. Ölüm aylığına hak ka-

67 Güzel/Okur/Caniklioğlu, 296; Tuncay/Ekmekçi, 295; Korkusuz/Uğur, 202, 381; Erbaş, 3-4; Alper, 140; Saraç Hükmen Tespit, 459; Çenberci, 629; Duman, 82; Uşan, 163; Sözer, Sosyal Sigortalar, 473-474; Öztürk M, 96, 121; Duran, 171; Uşan, Fatih: Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri Açısından Yargıtayın 2011 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2011, Ankara 2013, 421; Aydın, Değerlendirme 2015, 636; Ermumcu, 907; Aydın, Tespit Davaları, 161; Kabakçı, Hizmet Tespit, 262; Öztürk Ö, 4/9; Arap, 77, 108; Demircioğlu/Güzel, 127; Balcı/Yılmaz, 48; Bilgili, 11; Yücel, 84; Sarıbay Öztürk, 308. Halefiyet prensibi de mirasçıların tespit davası açabilmelerine olanak sağlar, Duman, 82.

68 “...Eşin dahi Sosyal Sigortalar Kanunu’nun 79 uncu maddesinin 5 inci fıkrasına dayanarak eski hizmetlerin tesbitini istemesinde yasalara aykırı bir yön bulunmamaktadır. Özellikle davacının anılan kanunun 66/d maddesinde öngörülen ölüm aylığından yararlanabilmesinin koşullarından bulunan sigortalılık süresinin tesbit ettirilmesi zorunlu bulunmaktadır. Mahkemece, bu yön gözönünde bulundurulmaksızın davanın sıfat yokluğundan ötürü reddi cihetine gidilmesi isabetli değildir...”, Yarg. 10. HD., 17.01.1977, E. 1977/1250, K. 1977/22, Çenberci, 1331. “... Maddede sigortalının sahip olduğu tespit davası açma hakkına ölümü halinde mirasçıların da sahip olup olmadıkları konusunda bir açıklık bulunmamakta ise de, maddenin yukarıda da açıklanan, işverenin bildirmedığı hizmetlerin tespitine imkan sağlama amacı gözetildiğinde, sigortalının ölümü halinde mirasçıların sigortalıya tebaen hizmetlerin tespiti talebi ile dava açabileceklerinin kabulü gerekir...” YHGK, 14.11.2012, E. 2012/21-735, K. 2012/795, (www.kazanci.com).

69 Türe, Murat: 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu Kapsamında İşverenin Bildirge Verme Yükümlülüğü ve Uymamanın Sonuçları (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi 1999), 89; Yücel, 85; Öztürk Ö, 4/9. Muristen bir hakkın intikalinin ancak ölüm ile söz konusu olması nedeni ile ilgili görüşün eleştirisi için bkz. Duman, 82.

70 Aynı yönde bkz. Duran, 177; Bilgili, 11-12; Yücel, 84. “...

Davanın yasal dayanağının 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 79 uncu maddesi bulunmasına ve sigortalının ölmesi dolayısıyla eş ve çocukların dahi böyle bir dava açmalarında, ölüm aylığından yararlanmaları bakımından hukuki menfaatlerinin bulunduğu kabulü gerekmiş olmasına göre...”, Yarg. 10. HD., 03.03.1977, E. 1977/6480, K. 1977/1496, Çenberci, 1331; YHGK, 25.05.1983, E. 1981/9-1157; K. 1983/564, (www.kazanci.com).

71 Aydın, Tespit Davaları, 161; Duran, 172; Tuncay/Ekmekçi, 295; Güzel/Okur/Caniklioğlu, 299; Saraç, Hükmen Tespit, 459, dn 33; Yılmaz, 17; Öztürk Ö, 6/9; Duman, 81; Özveri, 254; Uşan, Değerlendirme 2011, 421; Centel, Tankut: Sosyal Sigortalar Açısından Yargıtayın 2005 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2005, Ankara 2007, 268-269; Centel, Tankut: Sosyal Sigortalar Açısından Yargıtayın 1996 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1996, İstanbul 1998, 262; Aydın, Değerlendirme 2015, 636; Öztürk M, 96; Ertürk, 824; Sarıbay Öztürk, 308.

72 YHGK, 04.02.2020, E. 2018/10-171, K. 2020/75; Yarg. 21. HD., 25.03.2014, E. 2013/5130, K. 2014/5809; YHGK, 14.11.2012, E. 2012/21-735, K. 2012/795, (www.kazanci.com).

73 Dural, Mustafa/ Öz, M. Turgut: Türk Özel Hukuku, C. IV, Miras Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2013, 8.

74 Dural/Öz, 11; Kocayusufpaşaoğlu, Necip: Miras Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 1987, 36-37.

75 Dural/Öz, 11-12; Kocayusufpaşaoğlu, 36-37.

76 Kocayusufpaşaoğlu, 37; Dural/Öz, 12; Tuncay/Ekmekçi, 596; Yürekli, Sabahattin: Sosyal Güvenlik Hukukunda Özel Bir Durum: Muristen Bağlanan Aylık, Mirasın Reddi Halinde Kesilir mi? (Mirasın Reddinin destekten yoksun

zanabilme bakımından kişinin mirasçı olması değil, hak sahibi olması önem arz eder. Öğretilde Sözer tarafından da ifade edildiği üzere, hak sahipleri ile kurulan bağlı sosyal sigorta ilişkisi aile hukukunun dışında olduğu gibi bahse konu bu ilişkiye miras hukukunun da uygulanması söz konusu olmaz⁷⁷. Öte yandan mirasçı sıfatı ile hak sahibi sıfatları örtüşmeyebilecektir. Örneğin ilk derecede yer alan mirasçıların varlığı nedeniyle esasen mirasçı olamayan ana-baba, bazı koşulların varlığı halinde hak sahibi olabilecektir⁷⁸. Benzer şekilde mirası reddetmiş olan bir mirasçı-hak sahibi, Kanunda yer alan koşulları sağlaması halinde hak sahibi olabilecektir⁷⁹. Nitekim Yargıtay kararları da bu yöndedir⁸⁰. Mirası red-

detmiş olan hak sahipleri sigortalının, kayıt dışı geçen hizmetlerinin tespiti için dava açabilecek olup⁸¹, bu sebeple sigortalının mirasçıları ifadesi yerine hak sahipleri ifadesinin kullanılması daha isabetlidir⁸².

Önemle ifade etmek gerekir ki hak sahiplerinin hizmet tespit davası açabilmeleri için, sigortalının sağlığında dava açma süresi olan beş yıllık hak düşürücü sürenin geçmemiş olması gerekir⁸³. Yargıtay da verdiği kararlarda bu hususa dikkat çekmektedir⁸⁴. Yüksek Mahkeme'ye göre "...Esasen hak sahibi yönünden, hak düşürücü sürenin gerçekleşip gerçekleşmediğinden söz edebilmek için öncelikle muris yoluyla bu kişiye

kalma ve manevi tazminat hakkına olan etkisi), Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 20, 2010, 148; Keser, Hakan: 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Işığında Mirasın Reddinin, Mirastan İskatın ve Sigortalının Öldürülmesinin Sosyal Güvenlik Kurumunca Bağlanacak Olan Ölüm Aylığına Etkisi, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 19, 2008, 1035.

77 Sözer, Sosyal Sigorta İlişkisi, 28. Hak sahibi kavramı ile mirasçı kavramı birbirinden farklıdır, Tuncay/Ekmekçi, 573.

78 Aynı yönde bkz. Keser, 1034. Zira Miras hukuku bakımından yalnızca aile bağı esas alınırken, Sosyal Sigortalar hukukunda bu bağı ek olarak birtakım şartlar da aranır, Sözer, Sosyal Sigorta İlişkisi, 28.

79 Yürekli, 148; Kocayusufpaşaoğlu, 37; Sözer, Sosyal Sigortalar, 448; Keser, 1035; Güzel/Okur/Caniklioğlu, 650; Tuncay/Ekmekçi, 573; Uşan, 245. Zira mirasın reddi Miras Hukukunun konusu olup ölüm aylığının bağlanması ise Sosyal Güvenlik Hukukunun konusudur, Tuncay/Ekmekçi, 596. Ölüm sigortası ile sigortalının ölümü halinde geride kalanlarının sosyal güvenliğinin sağlanması amaçlanmaktadır. Sosyal güvenlik hakkı vazgeçilemez, feragat edilemez bir anayasal hak olup mirası reddetmiş olan hak sahibi ölüm aylığını almaktan mahrum bırakılmamalıdır, Yürekli, 148; Keser, 1035.

80 "...506 sayılı Kanun kapsamında, sosyal sigorta yardımlarından yararlanacak hak sahiplerinin kimler olduğu, hak sahiplerinin gelir ya da aylık bağlanması hakkından yararlanmalarını önleyen ve ileride bu yararlanmayı kaldıran nedenlerin, anılan Kanunun emredici nitelikteki ilgili maddelerinde sınırlı ve sayılı biçimde ayrı ayrı düzenlendiği, hal böyle olunca anılan Kanun kapsamında, sosyal sigorta yardımlarından yararlanma koşullarının (hak sahipliğine ilişkin olanlar da dahil olmak üzere) miras hukukuna göre mirasçılık sıfatından ayrı olduğu, mirasçı olamamanın hak sahipliği niteliğini etkilemeyeceği açık bulunmakla..."; (Yarg. 10. HD, 09.11.2010, E. 2009/7798, K. 2010/15275, www.kazanci.com). Aynı yönde bkz. Yarg. 4. HD., 15.01.2008, E. 2007/10817, K.2008/85, (www.kazanci.com). Mirası ret durumunun hak sahibine iş kazası

nedeniyle Kurum tarafından gelir bağlanmasına engel teşkil etmemesi yönünde bkz. Yarg. 10. HD., 05.12.2017, E. 2017/1293, K. 2017/8597, (www.kazanci.com). Yüksek Mahkeme işverenin mirasçılarının mirası reddetmesinin mirasbırakana ait işyerinde geçen kayıt dışı hizmetlerin tespitini etkilemeyeceğini, bu hususun primlerin tahsili aşamasında dikkate alınacağını ifade etmiştir, (Yarg. 10. HD., 13.12.1984, E. 1984/6364, K. 1984/6417, www.kazanci.com). Kararı hizmet tespit davalarının malvarlığına (terekeye) yönelik olmaması, sigortalya ait çalışma olgusunun tespitine ilişkin olması nedeniyle sigortalılık süresinin tespiti davasında mirasın reddinin etkili olmayacağı nedeni ile isabetli bulan değerlendirme için bkz. Centel, Değerlendirme 1984, 219.

81 Öztürk M, 98. Nitekim miras hakkından farklı olarak sosyal güvenlik hakkı vazgeçilemez temel bir haktır, Öztürk M, 98.

82 Yargıtay hak sahibi olduğunun veraset ilanı ile ispatlanamaması nedeni ile reddedilen davada davacının sigortalının eşi olduğunun aile nüfus kayıt tablosundan anlaşılmasının dava şartı olan sıfatı kanıtlamaya yeterli olduğuna karar vermiştir, Yarg. 10. HD., 06.03.1997, 1997/1871, K. 1997/1826, Çakmak, İhsan: Hizmet Tespit Davaları, Ankara 2003, 449-450.

83 Sözer, Sosyal Sigortalar, 474; Aydın, Tespit Davaları, 159; Öztürk M, 97-98, 123; Güzel/Okur/Caniklioğlu, 299; Tuncay/Ekmekçi, 295; Duman, 67; Tuncay Değerlendirme 2013, 486; Yücel, 84; Saraç Hükmen Tespit, 469; Yılmaz, 17; Bulut, 98; Aydın, Değerlendirme 2015, 636; Demircioğlu/Güzel, 127; Öztürk Ö, 6/9; Ertürk, 824.

84 "...miras bırakanın sigortasız geçen çalışma sürelerinin tespitine yönelik açılan davalarda ise hak sahiplerinin sosyal güvenlikleri düşünülerek, murisin sağlığında hak düşürücü sürenin gerçekleşmemesi koşuluyla..."; Yarg. 21. HD., 07.04.2009, E. 2008/7408, K. 2009/5224; Yarg. 21. HD., 19.12.2005, E. 2005/9908, K. 2005/13358, (www.kazanci.com); Yarg. 21. HD., 27.11.2007, E. 2007/673; Yarg. 21. HD., 29.04.2008, E. 2007/14142, K. 2008/6853 (www.lexpera.com.tr). Aynı yönde bkz. YHGK, 02.12.1998, E. 1998/21-826, K. 1998/855; YHGK, 04.02.2020, E. 2018/10-171; K. 2020/75, (www.kazanci.com).

*sigorta kollarından bir hakkın intikal etmesi koşuluyla talep hakkının doğması gerekir...*⁸⁵ Yargıtay 21. Hukuk Dairesi bir kararında, dava açma süresi olan beş yıllık hak düşürücü sürenin sigortalının sağlığında geçmiş olması sebebiyle, muristen hak sahiplerine sigorta kolundan bir hak intikal etmediğini ve bu nedenle de buna bağlı talep haklarının doğmadığını ifade ederek yerel mahkeme kararını bozmuştur⁸⁶.

Sigortalının dava açma süresi içinde ölümü halinde hak sahiplerinin dava açma hakkını “*muris yoluyla sigorta kollarından bir hakkın intikal etmesi*” olarak nitelemek doğru değildir. Nitekim sosyal güvenlik hakkı kişiye sıkı suretle bağlı bir hak⁸⁷ olup devri ya da miras yolu ile intikali mümkün değildir⁸⁸. Sigortalının çalışmaya başlaması ile çok taraflı ve çok açılı ilişkiler bütünü ortaya çıkar ve sigortalı bakımından doğan borç ilişkisi asıl/temel borç ilişkisi; hak sahibi bakımından doğan borç ilişkisi ise bağlı borç ilişkisi olarak adlandırılır⁸⁹. Hak sahipleri sigortalının çalışmaya başlaması ile kurulan sosyal sigorta ilişkisinin, sigortalının aile bireyleri olmaları nedeni ile tarafı haline gelirler⁹⁰. Bu bakımdan hak sahipleri, bağlı sigortalı oldukları asıl/temel sigortalının dava açma hakkı devam ettiği sürece dava açabilirler⁹¹. Hak sahipleri başlangıçtan itibaren sosyal sigorta ilişkisinin anılan şekilde tarafı olsalar da sigortalının sağlığında dava açma

hakları yoktur. Zira sigortalı hayatta olduğu sürece dava açma hakkı asıl sigortalıya aittir. Fakat asıl sigortalının ölümü ile birlikte bağlı sigortalıların ya da diğer bir ifadeyle hak sahiplerinin de baştan beri tarafı oldukları sosyal sigorta ilişkisi nedeniyle dava açma hakları ortaya çıkar.

Sigortalının sağlığında dava açma süresini geçirmiş olması durumunda kayıt dışı geçen hizmetlerinin tespitini isteme hakkı düşecektir. Hizmetlerinin sona erdiği yılın sonundan başlamak üzere beş yılın sonunda asıl sigortalıya verilmeyen dava hakkının, evleviyetle asıl sigortalıya bağlı sigortalılara da tanınmaması gerekir⁹². Zira hak sahiplerinin dava açma hakkı sigortalıdan kaynaklanmakta olup bir kararın karşı oyunda da ifade edildiği üzere sigortalıya tabandır⁹³. Bu bakımdan ancak kayıt dışı geçen sürelerin tespitini isteme hakkının henüz düşmediği bir süre içinde vefat eden sigortalının hak sahipleri söz konusu davayı açabilirler.

2. Hak Sahipleri İçin Dava Açma Süresi

a. Öğreti Görüşleri ve Yargı Kararları

Sigortalının henüz hizmet tespit davası açma süresinin devam ettiği bir dönemde vefat etmesi halinde hak sahipleri bakımından dava açma süresinin başlangıç anının nasıl belirleneceği daha doğru ifade ile hak sahipleri için yeni bir beş yıllık sürenin mi başlayacağı yoksa davanın kalan sürede mi açılması gerektiği hususunda öğretide görüş birliği bulunmamaktadır⁹⁴. Öne sürülen ilk görüşe göre, hak sahipleri için dava açma süresi, sigortalının ölümünden itibaren yeniden başlamalıdır⁹⁵. Bu görüşü savunan ya-

85 Yarg. 21. HD., 09.03.2009, E. 2008/4572, K. 2009/3399; Yarg. 21. HD., 07.10.1996, E. 1996/5611, K. 1996/5402; Yarg. 21. HD., 27.04.1999, E. 1999/2735, K. 1999/2874, (www.kazanci.com).

86 Yarg. 21. HD., 08.12.2005, E. 2005/7849, K. 2005/12658, (www.kazanci.com).

87 Yargıtay Anayasa m. 12 ile m. 60 birlikte değerlendirildiğinde sosyal güvenlik hakkının kişiye sıkı sıkıya bağlı dokunulmaz ve vazgeçilemez bir hak olduğu sonucuna ulaşıldığını ifade etmektedir, Yarg. 10. HD., 15.04.2014, E. 2014/3068, K. 2014/8788; YHGK, 15.02.2017, E. 2016/668, K. 2017/250, (www.legalbank.com.tr).

88 Tuncay, A. Can: Sosyal Sigortalar, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1992, İstanbul 1994, 149.

89 Sözer, Sosyal Sigorta İlişkisi, 22.

90 Sözer, Sosyal Sigorta İlişkisi, 22, 28.

91 Aile bireylerinin sosyal sigorta ilişkisi sigortalıya ait sosyal sigorta ilişkisine bağlıdır. Onunla birlikte doğar ve sürer, Sözer, Sosyal Sigorta İlişkisi, 29.

92 Yüksek Mahkeme bu hususu bir kararında şu şekilde ifade etmiştir: “...Ne var ki, muris tarafından sağlığında kullanılmamış ve hak düşürücü sürenin gerçekleştiği bir durumda, artık hak sahibine intikal edecek bir dava hakkının da söz konusu olamayacağı kuşkusuzdur...”, Yarg. 21. HD., 07.10.1996, E. 1996/5611, K. 1996/5402, (www.kazanci.com).

93 YHGK, 02.12.1998, E. 1998/21-826, K. 1998/855, (www.kazanci.com).

94 Arap’a göre sigortalının çalışmakta iken ölmesi halinde, hak sahipleri bakımından dava açma süresi ölüm tarihinden itibaren başlayacaktır. Bu kabul mirasın intikali kurallarına da uygundur, 80.

95 Güzel/Okur/Caniklioğlu, 299; Öztürk Ö, 6/9; Aydın, Tes-

zarlara göre; hak sahiplerine dava açma hakkı ölümle intikal etmektedir ve bu nedenle de dava açma süresi olan beş yıllık sürenin sigortalının ölümünden itibaren yeniden başlatılması isabetli olacaktır⁹⁶.

Öğretide ileri sürülen diğer görüşe göre ise sigortalının hak sahipleri bakımından dava açma süresi sigortalının kalan dava açma süresi kadardır⁹⁷. Bu görüşe göre, sürenin sigortalının ölüm tarihinden itibaren yeniden başlatılması SSK m. 79/8 (şimdi m. 86/8)'de yer alan sürenin hak düşürücü özelliği ile bağdaşmadığı⁹⁸ gibi halefiyet ilkesi gereğince de hak sahiplerinin sigortalının kalan dava açma süresi içinde dava açmaları daha yerindedir⁹⁹. Kanun'da sürenin hak sahipleri bakımından tekrar başlatılmasına imkân sağlayan bir ifade bulunmamaktadır¹⁰⁰. Aynı şekilde hak sahiplerinin sigortalıya tabi olarak dava açmaları nedeni ile sigortalının tabi olduğu süreye bağlı olmaları gerekmektedir¹⁰¹. *Tuncay ve Ekmekçi*, öğreti ve yargı kararlarına atıfla, henüz hak düşürücü sürenin dolmadığı bir tarihte ölen sigortalının hak sahiplerinin dava

açma süresinin ölüm tarihinde başlayacağını kabul edildiğini ifade etmiştir. Ardından murisin hak düşürücü sürenin dolmasına kısa bir süre kala ölmesi halinde ne olacağını açık olmadığını, ancak bu halde dahi kanun hükmünün açık olması nedeniyle farklı bir sonuca gitmenin mümkün olmadığını belirtmiş¹⁰² ve böylece hak sahipleri bakımından dava açma süresinin sigortalının kalan dava açma süresi olduğu görüşünü benimsemişlerdir.

Yargıtay'ın bu konudaki kararlarına bakıldığında, yıllar içinde farklı kararlar verdiği ve daireler arasında da görüş birliği bulunmadığı görülmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 1984 yılında sigortalının hizmet tespit davası açma süresi içinde vefat etmiş olması halinde hak sahiplerinin dava açma süresinin, sigortalının kalan dava açma süresi kadar olduğuna karar vermiştir¹⁰³.

1996 yılında 21. Hukuk Dairesi, hak sahibi yönünden dava açma süresinin, sigortalının dava açma süresi içinde vefat etmesi halinde, ölüm tarihinden itibaren başlaması gerektiğine, yani yeni bir 5 yıllık sürenin söz konusu olduğuna karar vermiştir. Yüksek Mahkeme'ye göre "... Henüz hakkının doğmadığı, murisin sağlığında kullanıp kullanmayacağı belli olmayan, murise ait bir hakkın kullanılmasından ve buna bağlı hak düşürücü süreden söz edilemez. Şu duruma göre, bir hak sahibi yönünden hak düşürücü süre; ancak muristen kendisine sigortalılık tesbit istemine ilişkin bir hakkın intikal ettiği ölüm tarihinde başlamalıdır..."¹⁰⁴

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun, (kapatılan) 21. Hukuk Dairesi'nin bu yöndeki birçok kararında da yer alan, bu bakımdan bir anlamda ilke kararı haline gelen 1998 tarihli kararı konumuz bakımından önem arz eden kararlardan birisidir. Karardan anlaşıldığı üzere 21. HD., bu defa 1996 yılındaki kararından farklı olarak, hak sahi-

pit Davaları, 161; Bulut, 98; Saraç Hükmen Tespit, 469; Özveri, 254; Duman, 67; Öztürk M, 97, 123; Uşan, Değerlendirme 2011, 482; Aydın, Değerlendirme 2015, 636; Demircioğlu/Güzel, 127; Balcı/Yılmaz, 48; Ertürk, 824; Yücel, 84; Sarıbay Öztürk, 309.

96 Öztürk M, 97, 123; Duman, 67; Saraç Hükmen Tespit, 469; Öztürk Ö, 6/9.

97 Arslanköylü, 720-721; Duran, 177; Centel, Değerlendirme 1996, 262; Yılmaz, 17; Centel, Değerlendirme 2005, 268-269; Arap, 80. Korkusuz/Uğur, sigortalının ölmüş olması halinde hak düşürücü süreyi geçirmemek şartı ile hak sahiplerinin dava açabileceklerini ifade etmiştir, 202, 383.

98 Centel, Değerlendirme 1996, 262; Yılmaz, 17; Arap, 79. Aksi durumda hem sigortalılara hem de hak sahiplerine beşer yıllık süre tanınmış olacak; bu ise kanunda kesin olarak gösterilmiş beş yıllık hak düşürücü sürenin artırılması anlamı taşıyacak olup bu ise hukuken söz konusu değildir, Centel, Değerlendirme 2005, 268-269.

99 Centel, Değerlendirme 1996, 262.

100 Yılmaz, 17; Duran, 177.

101 Duran, 177. Aynı tarihte hizmetleri sona eren sigortalılardan birisinin dava açma süresi içinde ölmesi halinde hak sahipleri bakımından ölümden itibaren yeni bir beş yıllık süre başlayacaktır. Hayatta olan sigortalı beş yılın sonunda dava açmasının mümkün olmaması nedeni ile cezalandırılmış olmaktadır ki bu Anayasa m. 10'a aykırıdır, Duran, 177.

102 Tuncay/Ekmekçi, 295.

103 YHGK, 20.04.1984, E. 1982/10-304, K. 1984/447.

104 Yarg. 21. HD., 07.10.1996, E. 1996/5611, K. 1996/5402, (www.kazanci.com).

bi bakımından dava açma süresini sigortalının ölümünden itibaren başlatan yerel mahkeme kararını, sürenin hizmetlerin geçtiği yılın sonundan başlaması gerektiği sebebi ile bozmuştur. Yerel mahkemenin kararında direnmesi üzerine konu Hukuk Genel Kurulu'na gelmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu öncelikle, hak sahipleri tarafından açılacak hizmet tespit davasının dava açma süresinin başlangıcına ilişkin Kanun'da bir hüküm bulunmadığını, yalnızca sigortalılar bakımından bir düzenleme getirildiğini, bu kişiler bakımından hizmetlerin geçtiği yılın sonundan itibaren dava açma süresinin başlayacağını ifade etmiştir. Daha sonra "...Oysa, sözü edilen sürenin, hak sahiplerince açılacak davalarda aynen uygulanması halinde, ortaya telafisi imkansız hak kayıpları ile Anayasal Sosyal Güvenlik haklarına yönelik yasal bir yolun kullanımının fiilen ve hukuken ortadan kalkacağı endişesi çok açıktır. Gerçekten, hak düşürücü sürenin gerçekleşmesine çok az bir süre kala, miras bırakanın ölmesi halinde hak sahibinin, daha sorunu kavramadan ve dava hakkına ilişkin kanıtları toplayıp, davasını açma imkanını sağlayamadan hak düşürücü sürenin gerçekleşmesi durumunda Yasa'ca amaçlanmayan bir durumun ortaya çıkması olağandır. Bu tür bir sonuç ise, hem adalet duygusuna hem de hak arama özgürlüğünün özne aykırıdır. Kişinin henüz sigorta kollarından birine ilişkin hakkının doğmadığı ve miras bırakanın sağlığında kullanıp kullanmayacağı belli olmayan ve bizatihi ona ait dava hakkına ilişkin hak düşürücü sürenin aynen, hak sahibine uygulanması düşünülemez. En önemlisi Sosyal Güvence Hukukunun amaç ve ilkeleri ile bağdaşmaz. O nedenle uyumsuzluğun çözümünde Anayasal sosyal güvenlik ilkelerinin gerekleri, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu içeriği ve kabul ettiği kurallar ile sosyal güvenliğe ilişkin düzenleme yapan yasalar dikkate alınması zorunludur ve kaçınılmazdır..." gerekçeleri ile hak sahipleri yönünden dava açma süresinin ölüm tarihinden itibaren başlatılması gerektiğine karar vermiştir¹⁰⁵. Genel Kurul'a göre hak sahiplerinin dava

açma süresinin ölümden itibaren başlamasına bir başka gerekçe de dava konusunun ve uyumsuzluğun temelinde ölüm sigortası olması ve kanun koyucunun ölüm sigortası bakımından hak düşürücü süreyi kaldırmasıdır. Buna göre hak sahipleri, miras bırakanlara ilişkin konularda haklarının kullanımı ve bunlara ilişkin süreler bakımından murislerinden ayrılmaktadır ve hak sahiplerine yeni süre ile haklar tanınmış olması da göz önünde bulundurulması gereken bir diğer husustur¹⁰⁶.

İlgili kararda iki karşı oy yazısı bulunmaktadır. Karşı oylardan birinde somut olayda davacının işe giriş bildirgesi ve prim belgelerinin bulunması nedeni ile Kurum'un sigortalıdan habersiz olduğunun söylenemeyeceği, bu nedenle de hak düşürücü sürenin hiç tartışılmaması gerektiği belirtilmiştir. Diğer karşı oyda ise çalışma konumuz olan sigortalının ölümü halinde hak sahiplerinin dava açma süresi ele alınmış olup buna göre "...Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira yasada açıkça "sigortalı" sözcüğünü kullanmak suretiyle tesbit davası açma hakkını sadece sigortalıya tanımıştır ve giderek tek bir hak düşürücüye yer vermiş ve ikinci bir hak düşürücü süreye imkan tanımamıştır. Hak sahiplerinin tespit

kazancı.com). YHGK'nun olan değil olması gereken hukuken uyguladığı ve bu şekilde de yasama gücünün yetki alanına girerek yeni bir hüküm getirdiği eleştirisi için bkz. Arslanköylü, 720. Kararın eleştirisi için bkz. Arap, 79. 106 Karar'a göre, "...Nitekim Yasa'nın 60/F maddesinde, hak sahipleri miras bırakanlarının askerlik sürelerinin borçlanmasında muristen ayrı ve bağımsız borçlanma sistemi kabul edilmiş ve hak sahiplerinin, ölümden sonra tıpkı miras bırakan gibi, iki yıllık süre içerisinde borçlanabilecekleri kabul edilmiştir. Aynı şekilde, Yasa'nın ek 14. maddesinde muris tarafından tasfiye edilen hizmetlerin, hak sahiplerince ihya edilebilmesini öngörülmüştür. Nihayet 3201 sayılı Yasa'nın 3/son maddesi, hak sahiplerine, murislerine ilişkin yurt dışında çalışılan sürelerin borçlanmasına ilişkin aynen "Yurt dışında çalışmakta iken veya yurda kesin dönüş yaptıktan sonra iki yıllık müracaat süresi içerisinde ölenlerin hak sahipleri de ölüm tarihinden itibaren iki yıllık süre içerisinde ... bu kanunla getirilen haklardan yararlanırlar" kuralını getirmiş ve açıkça ölüm tarihinin hak düşürücü süre başlangıcı olduğunu vurgulamıştır. Şu duruma göre, sosyal güvenlik hukukunun temel öğeleri ve kabul ettiği ilkeler gereği, hak sahipleri yönünden, muris çalışmalarına ilişkin bir tesbit davası ancak hakkın ortaya çıktığı, ölüm tarihinden başlatılmalıdır..."

105 YHGK, 02.12.1998, E. 1998/21-826, K. 1998/855, (www.

*davas*ı açma hakkı sigortalıya tabandır. Tesbit davası açma yönünden ölü sigortalı ne kadar sosyal sigorta hakkına sahipse hak sahibi de o kadarına sahiptir. Sigortalının işten ayrıldığı tarihten itibaren 5 yıllık hak düşürücü süre işlemeye başlar ve ölüm tarihinden itibaren de işlemeye devam eder. Ölüm tarihinden itibaren yeni bir 5 yıllık hak düşürücü sürenin başlatılması hak düşürücü sürenin kesilmezliği ilkesine ters düşer. Bilindiği gibi hak düşürücü süre ile zamanaşımı arasındaki fark hak düşürücü sürenin kesilmeyeceği oysa koşullar varsa zamanaşımın kesileceği noktasındadır...". Karşı oyda ifade edilen bir diğer husus hak düşürücü sürelerin kamu düzeni ile ilgili olduğu ve çoğunluk kararı ile hak düşürücü süre ile zamanaşımı süresi arasındaki farkın kanuna aykırı şekilde ortadan kaldırıldığıdır. Karşı oya göre çoğunluk kararı Anayasa m. 65'e aykırılık içermektedir. Zira, çoğunluk kararı her ne kadar sosyal güvenlik hukukunun temel ilkelerine değinmişse de sosyal güvenlik hakkı ancak Kanun'un cevaz verdiği durumlarda kullanılabilir. Bu yönü ile çoğunluk kararı Anayasa'ya aykırılık içermektedir¹⁰⁷.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun sözü edilen kararından sonra 1999 yılında 21. Hukuk Dairesi, hizmetin geçtiği yılın sonundan başlamak üzere beş yıllık hak düşürücü sürenin hak sahibi bakımından da cari olduğu gerekçesi ile davayı reddeden yerel mahkeme kararını bozmuştur. Özel Daire'ye göre hak sahibi yönünden sözü edilen

sürenin gerçekleşip gerçekleşmediğinden bahsedilebilmesi için her şeyden önce muristen bu kişiye sigorta kollarından bir hakkın intikal etmesi ve buna bağlı olarak da talep hakkının doğması gerekir. Buna göre "...Henüz hakkının doğmadığı, murisin sağlığında kullanıp kullanmayacağı belli olmayan, murise ait bir hakkın kullanılmamasından ve buna bağlı hak düşürücü süreden söz edilemez. Şu duruma göre, bir hak sahibi yönünden hak düşürücü süre; ancak muristen kendisine sigortalılık tesbit istemine ilişkin bir hakkın intikal ettiği ölüm tarihinde başlamalıdır..."¹⁰⁸. Görüldüğü üzere Yüksek Mahkeme söz konusu kararında 1996 tarihli kararında yer alan gerekçelerini kullanmıştır.

Özel Daire'nin 2001 tarihli bir kararına konu olayda ise hak sahipleri esas olarak sigortalının dava açma süresinin geçmediği bir sürede dava açmışlardır. Yüksek Mahkeme, sigortalıya ait hak düşürücü sürenin henüz sona ermediğini belirttiikten sonra "...Kaldı ki hak sahipleri bu davayı açmış olduklarına göre hak sahiplerinin murisin ölüm tarihi itibarıyla dava tarihi de göz önünde tutulduğunda 5 yıllık hak düşürücü süre içerisinde dava açtıkları da ortadadır..."¹⁰⁹ ifadesi ile görüşünü sürdürdüğünü açıklamıştır.

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin 2005 yılında konu hakkında verdiği üç kararı bulunmaktadır. Yüksek Mahkeme bu yılda verdiği ilk kararda, 1996 yılında verdiği karardaki gerekçelerle, hak sahipleri yönünden dava açma süresinin ölümünden itibaren başlatılması gerektiğine hükmetmiştir¹¹⁰. Diğer iki kararında "...Miras bırakanın

107 Genel Kurul'un gerekçelerinden biri olan ölüm ayılığına ilişkin düzenlemelere karşılık olarak ise "...Gene çoğunluk kararında hak sahibinin hizmet tesbiti kararını aldıktan sonra kurumdan ölüm ayılığı talebinde bulunabileceği, dolayısıyla ölüm ayılığı isteme hakkının yasadana kaynaklandığı öne sürülmektedir. Oysa burada gözden kaçırılan önemli bir nokta vardır. O da; hak sahiplerince yasadana ölüm ayılığı için sayılan koşullar oluşmuşsa aylık bağlanabilmektedir. Bu koşullardan birisi de muayyen sürede sigortalı çalışma koşuludur. Hak sahibi kanunda sayılan sürede geçerli ve muteber sigortalı çalışmayı isbat ettiği takdirde ölüm ayılığına hak kazanacaktır. Oysa olayımızda iddia edilen çalışmalar hak düşürücü süreye uğradığı için ölüm ayılığı bağlamada dikkate alınması mümkün değildir. Öte yandan bu davanın konusu sigortalı hizmet tesbiti davası olup ölüm ayılığı davası olmadığını ölüm ayılığına ilişkin hükümlerinin burada uygulama yeri yoktur..."

108 Yarg. 21. HD., 27.04.1999, E. 1999/2735, K. 1999/2874, (www.kazanci.com).

109 Yarg. 21. HD., 02.04.2001, E. 2001/2381, K. 2001/2498, (www.kazanci.com).

110 "...Henüz hakkının doğmadığı, murisin sağlığında kullanıp kullanmayacağı belli olmayan, murise ait bir hakkın kullanılmamasından ve buna bağlı hak düşürücü süreden söz edilemez. Şu duruma göre, bir hak sahibi yönünden hak düşürücü süre; ancak muristen kendisine sigortalılık tesbit istemine ilişkin bir hakkın intikal ettiği ölüm tarihinde başlamalıdır..." Yarg. 21. HD., 11.07.2005, E. 2005/3052, K. 2005/7320, (www.kazanci.com). Kararı isabetli bulmayan değerlendirme için bkz. Centel, Değerlendirme 2005, 268-269.

sigortasız geçen çalışma sürelerinin tesbitine yönelik açılan davalarda ise hak sahiplerinin sosyal güvenlikleri düşünülerek, murisin sağlığında hak düşürücü sürenin gerçekleşmemiş olması koşuluyla hak düşürücü sürenin başlangıcı olarak ölüm tarihinin esas alınması benimsenmiştir...” ifadeleri ile 1998 tarihli YHGK kararıyla uyumlu kararlarını sürdürmüştür¹¹¹. Özel Daire, 2007 ve 2008 yıllarında da bu gerekçelerle hak düşürücü sürenin sigortalının ölümünden itibaren yeniden başlayacağına ilişkin içtihadını devam ettirmiştir¹¹².

Özel Daire’nin 2009 yılına ait bir kararına konu olayda sigortalının eşi, 01.04.1997-09.08.2002 tarihleri arasında her yıl bağ sezonunda altı ay olmak üzere sigortalının mevsimlik olarak çalıştığı iddiası ile kayıt dışı geçen bu sürelerin tespiti talep etmiştir. Yüksek Mahkeme, hak sahiplerinin dava açma süresinin ölümünden itibaren tekrar başlayacağına ilişkin içtihadını yinelemiş ve dava açma tarihi olan 19.03.2007 tarihinde hak düşürücü sürenin geçmediğini ifade etmiştir¹¹³.

2014 yılına gelindiğinde ise Yargıtay 21. Hukuk Dairesi’nin bu konudaki içtihadını değiştirdiği görülmektedir. Yüksek Mahkeme söz konusu kararında, hak düşürücü sürenin durması, kesilmesi ya da uzamasının mümkün olmadığını, bu sebeple de Kanun’da yer alan sürenin dolması ile hak düşürücü sürenin de kendiliğinden dolacağını ve sonuçlarını doğuracağını ifade etmiştir. Daha sonra “...Hizmet tespitine ilişkin hakkın kullanılması da 506 sayılı Kanunun 79/10. maddesinde 5 yıllık bir hak düşürücü süre ile sınırlanmıştır. Bu süre hizmetin geçtiği yılın sonunda başlar. Hiçbir şartta uzamaz. Bu nedenle mirasçılar için de bu süre, hizmetin geçtiği yılın sonunda başlar ve 5 yılın geçmesiyle hak düşürücü süre tamamlanır. Murisin bu hakkı kullanmadan ölmesi halinde mirasçılar için 5 yıllık hak düşürücü süre ölüm tarihinden itibaren yeniden başlamaz. Mirasçı hakkın doğduğu tarihten itibaren Kanunda öngörülen süre içerisinde bu hakkını ileri sürebilir. Özetle mirasçılar, murisin ölümünden sonra ancak kalan süreyi kullanabilirler...¹¹⁴” gerekçesi ile hizmetin geçtiği yılın sonundan başlayan hak düşürücü sürenin dolması nedeni ile yerel mahkemenin kararını bozmuştur.

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, sigortalının dava açma süresi içinde vefat etmesi halinde hak sahiplerinin kalan dava açma süresi içinde dava açmaları gerektiğine karar vermektedir. Özel Daire’nin 2010 yılındaki bir kararına konu olan olayda yerel mahkeme, sigortalının ölümünden itibaren beş yıllık hak düşürücü sürenin geçmesi nedeni ile hak sahiplerinin dava açma hakkının bulunmadığına karar vermiştir. Yüksek Mahkeme ise her ne kadar yerel mahkeme kararını başka bir sebeple bozmuş olsa da kararında “...Sigortalının, hayatta iken hizmetlerinin tespitine ilişkin dava açmamış olması halinde hak sahipleri de bu tür bir davayı açabilirler. Ancak, hak sahiplerinin bu hakkı ölen sigortalıdan kaynaklanmakta olup, 506 sayılı Kanunda açıkça hak düşürücü sürenin hizmetin geçtiği yılın sonundan başlayacağı belirtilmiş, hak sahipleri için ayrı bir hak düşürücü süre, başka bir ifade ile, hak düşürücü sürenin ölüm tarihinden başlatılacağına dair ayrık bir hüküm getirilmemiş, sigortalının ölümü, söz konusu süreyi kesen sebep olarak da düzenlenmemiştir...¹¹⁵” ifadeleri ile bu

111 Yarg. 21., 08.12.2005, E. 2005/7849, K. 2005/12658; Yarg. 21. HD., 19.12.2005, E. 2005/9908, K. 2005/13358, (www.kazanci.com).

112 “...Miras bırakanın sigortasız geçen çalışma sürelerinin tesbitine yönelik açılan davalarda ise hak sahiplerinin sosyal güvenlikleri düşünülerek, murisin sağlığında hak düşürücü sürenin gerçekleşmemiş olması koşuluyla hak düşürücü sürenin başlangıcı olarak ölüm tarihinin esas alınması benimsenmiştir...”; Yarg. 21. HD., 27.11.2007, E. 2007/1673, K. 2007/21344; Yarg. 21. HD., 29.04.2008, E. 2007/14142, K. 2008/6853, (www.lexpera.com.tr).

113 Yarg. 21. HD., 07.04.2009, E. 2008/7408, K. 2009/5224, (www.kazanci.com).

114 Yarg. 21. HD., 25.03.2014, E. 2013/5130, K. 2014/5809, (www.kazanci.com).

115 Yarg. 10. HD., 30.03.2010, E. 2008/21645, K. 2010/4563, (www.lexpera.com.tr). Yüksek Mahkeme yerel mahkeme kararını sigortalının ilgili işyerinde işe giriş bildirgesi bulunduğunu, bu bildirgenin hak düşürücü süre içinde verilip verilmediğinin araştırılması gerektiği sebebi ile bozmuştur. Muris sigortalı hakkında işe giriş bildirgesi verilmiş olması nedeni ile hak düşürücüden bahsedilemeyeceği kararı için bkz. Yarg. 21. HD., 23.05.2013, E. 2012/6345, K. 2013/ 10635, (www.kazanci.com). Kararın

görüşünü de ifade etmiştir.

Özel Daireye ilişkin tespit edebildiğimiz bir diğer karar 2014 yılına ait olup, söz konusu kararda da yukarıda yer verilen gerekçe ile hak sahipleri bakımından dava açma süresini ölüm tarihinden itibaren başlatan yerel mahkemenin kararını, hak sahipleri yönünden hak düşürücü sürenin dolmuş olması nedeni ile bozmuştur¹¹⁶.

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin söz konusu kararından sonra yerel mahkemenin kararında direnmesi üzerine dava YHGK'na gelmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2020 yılında, hak sahiplerinin dava açma süresi hakkında son kararı olan 1998 tarihli kararından farklı bir karar vermiş ve bu konudaki içtihadını değiştirmiştir. Buna göre "...Sigortalının dahi yaşarken 5 yıllık hak düşürücü süreyi geçirmesi halinde kanunen kullanamayacağı bir hakkı mirasçılara tanımak hukuka aykırıdır. Sigortalının süresi içerisinde dava açmayarak düşen hakkını ölümünden sonra mirasçılara yeniden isteme hakkından söz edilemeyeceği gibi hak düşürücü süreye uğrayarak ölen bir hak mirasçıları vasıtasıyla yeniden canlandıramaz. Tüm bu hususlar göz önüne alındığında sigortalının mirasçıları yönünden de hak düşürücü sürenin hizmetin geçtiği yılın sonundan itibaren beş yıl olarak hesaplanması gerekmektedir..."¹¹⁷. Genel Kurul'un söz konusu kararında bir karşı oy yazısı bulunmaktadır. Karşı oy yazısında öncelikle sosyal güvenlik hakkının içinde bulunan sosyal güvenlik pozisyonundan doğan maddi taleplerin mülkiyet hakkı kapsamında olduğu ve korunduğu ifade edilmiştir¹¹⁸. Ardından YH-

GK'nun 1998 tarihli içtihadına yer verilmiş, bu bakımdan kararının sosyal güvenlik hakkının niteliğine ve 1998 tarihli içtihadı uygun düşmediği belirtilmiştir.

Karşı oy yazısında dikkat çeken bir gerekçe bulunmaktadır. Buna göre "...Miras, miras bırakanın ölümü anında kendiliğinden mirasçılara geçer. Mirasçılar ve tereke, ölüm anına göre belirlenir (4721 Sayılı TMK Mad. 575). Kısaca miras hakkı, murisin ölümü ile doğar. Bu nedenle mirasçının bu hakkı kullanması, ölüm ile gerçekleşir. Mirasçının doğmadan bu hakkı kullanması olanağı olmadığına göre, murisin sağlığında ileri sürmesi gereken bir hakkı, mirasçının kullanması olanağı bulunmadığından, muris için geçerli olan hak düşürücü sürenin mirasçı açısından da geçerli kabul edilmesi olanağı da bulunmamaktadır. Mirasçı açısından bu süre hakkı kullanmaya başladığı an, kısaca murisin ölümü ile başlatılması gerekir..."

Hem YHGK kararında hem de karara karşı yazılan karşı oy yazısında hak sahiplerinin dava açma hakkı ve dava açma sürelerinin miras hukukundan da hareketle açıklandığı görülmektedir. Oysa daha önce de ifade edildiği¹¹⁹ üzere hak sahiplerinin dava açma hakkı bağlı sigortalı olmalarından doğar. Bu durum sosyal güvenlik hukukunun konusunu teşkil eden sosyal sigorta ilişkisinin sonucudur. Bağlı sigortalı olma hususu aile hukuku ve miras hukukunun dışındadır. Bu sebeple de hak sahiplerinin dava açma süresinin belirlenmesinde miras hukukuna ilişkin gerekçelerin kullanılması isabetli değildir.

Karşı oy yazısında yer alan murisin sağlığın-

değerlendirmesi için bkz. Tuncay, Değerlendirme 2013, 486-487.

116 Yarg. 10. HD., 31.10.2014, E. 2014/16165, K. 2014/21825, (www.kazanci.com).

117 YHGK, 04.02.2020, E. 2018/10-171, K. 2020/75, (www.kazanci.com).

118 Karşı oya göre, "...Yararlanıcının herhangi bir maddi katkısı bulunmayan sosyal yardımlar ile hizmetler ve yararlanıcının maddi katkısı bulunan sosyal sigortalar olarak ikiye ayrılan sosyal güvenlik, özünde hukuki koşulları gerçekleştiğinde bu araçlardan gelecek parasal karşılığı/ödenmeyi talep hakkı olarak tanımlanabilir. Sosyal güvenlik ödemeleri parasal bir karşılığa tekbül ettiği için, anayasal mülkiyet hakkının temel ölçütü olan ekonomik

bir değer teşkil etmektedir. Bu yönüyle, sosyal güvenlik hakkı değil ama içinde bulunan sosyal güvenlik pozisyonundan kaynaklanan maddi talepler mülkiyet hakkı kapsamında korunmaktadır. Parayla ölçülebilen neredeyse her değeri kapsayan ve dolayısıyla devasa bir uygulanabilirlik spektrumu bulunan anayasal mülkiyet hakkının korunduğu değerler arasında kişilerin sosyal güvenlik hukukundaki (mevcut ya da beklenen) statüleri de yer almaktadır. Hukuki koşulları gerçekleştiğinde, sosyal yardımlar ile hizmetler ve sosyal sigortalar kapsamında hak edilen ödemeleri talep hakkı doğar. AYM ve AHM anayasal mülkiyet hakkı kapsamında bu talep hakkını korumaktadır..."

119 Bkz. yukarıda II, C, 2, a.

da ileri sürmesi gereken bir hakkın, mirasçı tarafından murisin sağlığında kullanılması olanağı bulunmaması nedeni ile muris için geçerli olan hak düşürücü sürenin mirasçılar bakımından kabul edilmesi olanağının bulunmadığı ifadesi de eleştiriye açıktır. Bilindiği üzere hak düşürücü süreler zamanaşımı sürelerinden farklı olarak durmaz ve kesilmez. Murisin sağlığında işlemeye başlayan hak düşürücü süreler, ölümü ile mirasçılar nezdinde işlemeye devam eder. Bu bakımdan ölüm hak düşürücü süreyi kesen ya da durduran bir sebep değildir.

İrade bozuklukları nedeni ile iptal hakkına sahip olan kişinin durumu konumuz bakımından hareket noktası olabilecek niteliktedir. TBK m. 30 vd. maddelerinde irade bozukluğu halleri hüküm altına alınmıştır. TBK m. 39/1 ise iradesi bozulmuş kişi bakımından; kişinin yanılma veya aldatmayı öğrendiği ya da korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı andan başlayarak bir yıl içinde sözleşme ile bağlı olmadığını bildirme hakkına sahip olduğunu düzenlemiştir. Öğretide iptal hakkı¹²⁰ olarak ifade edilen bu hak bir yenilik doğuran hak olup, dolayısıyla da kanunda yer alan bir yıllık süre hak düşürücü süredir¹²¹. Bu bakımdan bir yıllık süre içinde iptal hakkını kullanmayan kişi bu hakkını kaybedecektir. İradesi bozuk biçimde sözleşme akdetmiş olan bir kişinin, henüz iptal hakkını kullanmadan ölmesi halinde kullanılmayan iptal hakkı kendiliğinden mirasçılara geçecektir¹²². Bu halde yanılma veya aldatmayı öğrenmesi ya da korkutmanın etkisinin kalkması ile murisin sağlığında işlemeye başlayan bir yıllık hak düşürücü süre, mirasçılar bakımından kesilerek yeniden başlamaz, işle-

meye devam eder¹²³ ve mirasçılar iptal hakkını kalan süre içinde kullanabilirler.

Tüm bu ifadelerden sonra denilebilir ki karşı oyda yer alan ifadeden farklı olarak, ölüm mirasçılar bakımından hak düşürücüyü yeniden başlatan bir durum değildir. Bu bakımdan ölüm hak düşürücü sürelerin kesilmesi için bir neden değildir. Zira hak düşürücü süreler kesin süreler¹²⁴ olup, zamanaşımı sürelerinden farklı olarak durmaz ve kesilmezler. Konu miras hukuku ilkeleri çerçevesinde değerlendirildiğinde aksi durumun kabulü murisin süreye bağlı haklarının tümü bakımından ölüm ile sürenin tekrar başlamasına neden olacaktır ki bu hak düşürücü sürenin kesilmezliğine ve halefiyet ilkesine aykırıdır.

b. Görüşümüz

Görüldüğü üzere gerek öğretilerde gerekse de yargı kararlarında hak sahiplerinin hizmet tespit davası açma sürelerine ilişkin olarak bir görüş birliği bulunmamaktadır. Daha önce de ifade edildiği gibi¹²⁵ hak sahipleri sigortalının çalışmaya başlaması ile sosyal sigorta ilişkisinin tarafı haline gelirler. Sigortalının ölümü ile sosyal sigorta ilişkisi, bu çok yönlü ve karmaşık ilişkinin tarafı olan hak sahipleri için devam etmektedir. Bu durum Kanun'un sigortalının geride kalanları bakımından ölümü bir sosyal risk olarak kabul etmesinin sonucudur. Bu bakımdan hak sahiplerinin dava açma hakkı asıl sigortalıdan kaynaklanmakta olup, bu kişiler ancak sigortalının sahip olduğu haklara sahiptirler. Hak sahipleri bakımından sigortalının sağlığında işlemeye başlayan hak düşürücü süreler sigortalının ölümü ile de işlemeye devam edecektir. Kanun m. 86/8'de yer alan süre niteliği itibari ile bir hak düşürücü süre olup, hak düşürücü süreler nitelikleri gereği durmaz ve kesilmez. Sigortalının ölümü ile kalan dava açma süresinin hak sahipleri bakımından yeniden başlatılması hak düşü-

120 İrade bozukluklarının sözleşmeye etkisini düzenleyen TBK m. 39/1'de yer alan "sözleşme ile bağlı olmama" ifadesinin anlamı ve sözleşme üzerindeki etkisi hakkında öğretici görüşleri için bkz. Oğuzman/Öz, 119 vd.; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, 429 vd.; Eren, 425 vd.

121 Eren, 428; Oğuzman/Öz, 126; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, 438; Karakocalı, Ahmet: Roma Hukukunda ve Türk Hukukunda Korkutma (Metus), Ankara 2016, 105.

122 Buz, 284; Karakocalı, 106; Oğuzman/Öz, 127, dn. 294.

123 Oğuzman/Öz, 127, dn. 294; Karakocalı, 106. Bu sonuç mirasçılarının külli halef olmalarından çıkmaktadır, Oğuzman/Öz, 127, dn. 294.

124 Buz, 264.

125 Bkz yuk. II, C, 2, a.

rücü sürenin kesilmez niteliğine ve kesinliği ilkesine de aykırılık teşkil etmektedir.

Öğretide hak sahiplerinin sigortalının kalan dava açma süresi içinde dava açmalarının gerekçelerinden birisinin halefiyet ilkesi olduğu daha önce ifade edilmişti¹²⁶. Kelime anlamı olarak bir kişinin yerine geçme anlamına gelen halefiyet¹²⁷, bir hakkın bir başkasına intikali halinde söz konusu olur¹²⁸. Bu bakımdan da bahsedilen bu halefiyet genel anlamda halefiyet olup esas olarak halefiyet borçlar hukuku bakımından teknik ve dar bir kavramdır¹²⁹. Dar anlamda halefiyet başkasına ait borcu ifa eden kişinin kanunen kendiliğinden alacaklının haklarına sahip olmasını ifade eder¹³⁰. Bir hakkın halefiyete konu olabilmesi için niteliği itibari ile el değiştirebilen bir hak olması gerekmektedir¹³¹. Bu bakımdan sigortalının ölümü halinde hak sahiplerinin dava açma hakkı mirasa konu bir hak olmaması nedeni ile külli halefiyete dayanmadığı gibi dar anlamda halefiyete de dayanmamaktadır. Sosyal güvenlik hakkının devredilmez bir hak olması da bu sonucu gerektirmektedir. Esas olarak hak sahiplerinin hizmet tespit davası açabilmelerinin sebebi sigortalıdan bir hakkın intikal etmesi değil, asıl sigortalının ölümü sonucu ölüm sigortasından yararlanmak bakımından bağlı sigortalı olmalarıdır. Daha net ifade etmek gerekirse hak sahipleri bu sigorta ilişkisinin başlangıcından itibaren tarafıdır.

Her ne kadar sosyal sigorta hakkı ile eş değer olmasa da Kanun'da yer alan sürenin hukuken niteliğinin hak düşürücü süre olması nedeni ile irade bozukluğu sebebiyle sahip olunan iptal hakkı bu konuda yol gösterici olabilecektir.

Tam bu noktada tekrar ifade etmek gerekir ki, hak sahiplerinin dava açma hakkı, irade bozukluğu nedeni ile iptal hakkı bulunan kişinin mirasçılardan farklı olarak, sigortalıdan miras ile intikal etmemekte, bağlı sigortalı olmalarından kaynaklanmaktadır. Hak düşürücü süreye tabi olan hizmet tespit davası açmak için sigortalının sağlığında başlayan süre, sigortalının ölümü ile kesilmeyecek, hak sahipleri ancak sigortalının sahip olduğu kalan dava açma süresi içinde dava açabileceklerdir. Bu durum hak düşürücü sürenin kesilmezliği ilkesinin sonucu olduğu gibi, sigortalı- işveren-Kurum- hak sahipleri arasında tek bir sosyal sigorta ilişkisi olmasının da bir sonucudur.

Sigortalının dava açma süresi içinde ölmesi halinde, hak sahiplerinin dava açma süresini ölümden itibaren yeniden başlatan görüşün gerekçelerinden birisi hak sahiplerine dava hakkının ölümle geçmesidir. Esas olarak bu görüş, sağlığında dava açma süresi dolan sigortalının ölümü halinde de hak sahipleri için dava açma süresinin yeniden başlatılmasını gerektirmektedir. Zira söz konusu görüş hak sahiplerinin sosyal sigortalılığını, asıl sigortalıdan bağımsızlaştırmaktadır.

Önemle ifade etmek gerekir ki, genel olarak bir hakkın ileri sürülmesinin bir süreye bağlanmasının özellikle de hak düşürücü sürelerin öngörülmesinin, ileri sürülen hakkın muhatapı açısından da gerekçeleri bulunmaktadır. Sigortalının ölümü ile hizmet tespit davası açma süresinin yeniden başlatılması, sürenin getirilme amacına aykırılık teşkil etmektedir. Sürenin uzatılması ile işveren Kanun'a aykırı bir şekilde, düzenlenen süreden daha uzun süre dava tehdidi altında kalmaktadır. Bunu öngören bir yasal düzenleme olmadıkça sürenin yeniden başlatılması mümkün değildir. Tüm bu tartışmaları ortadan kaldırmak amacı ile sigortalının hizmet tespit davası açma süresi içinde ölmesi halinde hak sahiplerinin kalan sürede hizmet tespit davası açabilecekleri Kanun'da düzenlenmelidir.

126 Centel, Değerlendirme 1996, 262.

127 Türk Hukuk Kurumu, Türk Hukuk Lügatı, 3. Baskı, Ankara 1991, 115.

128 Nomer, Haluk N.: Halefiyet ile Rücu Hakkı Arasındaki İlişki, Özellikle Sosyal Sigortalar ile Özel Sigortaların Rücu Hakları Bakımından Halefiyetin Rolü, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 55, S. 3, 1997, 244.

129 Kılıçoğlu, Ahmet M.: Türk Borçlar Hukukunda Kanuni Halefiyet, Ankara 1979, 3; Nomer, 246; Korkmaz, Ekin: Türk Borçlar Hukukunda Halefiyet, İstanbul 2021, 14.

130 Kılıçoğlu, 3; Korkmaz, 7-8.

131 Korkmaz, 42.

Sonuç

Sosyal sigortalarda geçerli olan zorunluluk ilkesi gereğince sigortalılığın başlangıcı için Kurum'a bildirim şart olmasa da sosyal sigorta yardımlarından yararlanabilmek için Kurum'a bildirim yapılması önem arz etmektedir. İşverenlerin sigortalıları Kurum'a bildirmemesi ve sigortalının da gerekli prim ödeme gün sayısı ve/veya sigortalılık süresini sağlayamaması ihtimaline karşılık Kanun m. 86/8 ile sigortalılara hizmet tespit davası açma imkânı getirmiştir. Buna göre çalışmaları Kurum'a bildirilmeyen sigortalılar hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak beş yıl içinde hizmet tespit davası açabileceklerdir. Kanaatimizce Kanun'da yer alan süre hükmün lafzı, konuluş amacı ve kamu düzenini ilgilendirmesi nedeni ile hak düşürücü süre niteliğindedir.

Hizmet tespit davasını sigortalı dışında sigortalının ölümü halinde hak sahipleri de açabilecektir. Nitekim sigortalının çalışmaya başlaması ile kurulan sosyal sigorta ilişkisi hak sahiplerini de kapsamaktadır. Ayrıca sigortalı hizmetleri Kurum tarafından tespit edilemeyen sigortalının hak sahiplerinin, ölüm aylığından yararlanma bakımından gerekli prim ödeme gün sayısı ve/veya sigortalılık süresinin sağlanması bakımından bu davayı açmakta hukuki yararları da bulunmaktadır. Bu bakımdan hak sahiplerinin hizmet tespit davasının davacısı olmaları miras hukukundan kaynaklanmamaktadır. Zira hak sahiplerinin dava açma hakkının temelinde sigortalının bağlı sigortalısı olmaları yatmakta olup, hak sahiplerinin ölüm aylığı talebinde bulunma hakları da terekeye dahil değildir. Bazı durumlarda mirasçı sıfatı ile hak sahibi sıfatı örtüşebilecekse de bu, her durum için söz konusu olmayacaktır. Bu sebeple hak sahiplerinin dava açma hakkının ele alındığı yargı kararlarında ve öğretideki çalışmalarda yer alan "sigortalının mirasçılığı" ifadesi eleştiriye açıktır.

Hak sahiplerinin hizmet tespit davasının davacısı olmaları ile kalan sürede dava açmaları halefiyet ilkesinden kaynaklanmamaktadır.

Borçlar hukuku bakımından teknik ve dar bir kavram olan halefiyet intikal eden haklarda söz konusu olmaktadır. Hak sahiplerinin dava açma hakları sosyal sigorta yardımlarından yararlanma bakımından sosyal sigorta ilişkisinin tarafı olmalarından kaynaklanmakta olup hak sahiplerine sigortalıya ait bir hakkın intikali söz konusu değildir. Hak sahiplerinin dava açma hakkı, miras hukukuna konu olmaması sebebi ile külli halefiyet ile açıklanamayacağı gibi intikal eden bir hakkın olmaması nedeni ile dar anlamda halefiyet ile de açıklanamaz.

Hak sahiplerinin hizmet tespit davası açabilmeleri için sigortalının dava açma süresi içinde ölmesi gerekmektedir. Hak sahiplerinin dava açma hakkı sigortalıdan kaynaklanmakta olup, hak sahipleri ancak sigortalının sahip olduğu haklara sahip olabilirler. Bu bakımdan hak düşürücü süre geçtikten sonra sigortalıya tanınmayan dava açma hakkı ölen sigortalının hak sahiplerine tanınamayacaktır. Hak sahiplerinin dava açma hakkının sigortalıdan kaynaklanmasının bir diğer sonucu da hak sahiplerinin dava açma süresinin sigortalının kalan dava süresi olmasıdır. Hizmet tespit davasının açılmasına ilişkin sürenin hak düşürücü süre olması da bu sonucu gerektirir. Nitekim hak düşürücü süreler nitelikleri itibarıyla durmaz ve kesilmezler. Bu sebeple de sigortalının sağlığında işlemeye başlayan hak düşürücü süre, sigortalının ölümü ile kesilmemeli ve hak sahipleri bakımından da kaldığı yerden devam etmelidir. Hizmet tespit davası açma süresinin hak sahipleri için ölümden itibaren yeniden başlatılması hak düşürücü sürenin kesilmezliğine ve kesinliği ilkesine de aykırılık teşkil etmektedir.

Sigortalının ölümü ile dava açma süresinin yeniden başlatılması, dava açma süresinin getirilmesinin temelinde yer alan, işverenin sürekli olarak dava tehdidi altında olmaması sebebine de aykırılık teşkil etmektedir. Kanun'da sürenin uzatılmasını gerektiren bir hüküm olmadıkça, sürenin yeniden başlatılmaması gerekir.

Tüm bu gerekçelerle Hukuk Genel Kurulu'nun

Yüksek Mahkeme'nin önceki içtihatlarından farklı olarak, hak sahiplerinin hizmet tespit davası açma süresinin kalan dava açma süresi olduğuna ilişkin 2020 yılında verdiği kararı isabetlidir. Önemle ifade etmek gerekir ki; karışıklığa mahal vermemek ve söz konusu tartışmaları sona erdirmek için sigortalının hizmet tespit davası açma süresi içinde ölmesi halinde, hak sahiplerinin kalan sürede hizmet tespit davası açabilecekleri Kanun'da düzenlenmelidir.

KAYNAKÇA

- Alangoya, H. Yavuz/ Yıldırım, M. Kamil/Deren Yıldırım, Nevhis: Medeni Usul Hukuku Esasları, 8. Baskı, İstanbul 2011.
- Alper, Yusuf: Sosyal Sigortalar Hukuku, 11. Baskı, Bursa 2020.
- Arap, Erdal: Hizmet Tespit Davaları, 2. Baskı, Ankara 2021.
- Arıcı, Kadir: Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara 2015.
- Arslanköylü, Resul: Sosyal Sigortalar Kanunu Yorumu, Ankara 2003.
- Aydın, Ufuk: Sosyal Güvenlik Hukukunda Tespit Davaları, Emeğin Hukuku Kurultayı-II, Türkiye Barolar Birliği, 27.05.2016, Ankara 2017, 153-181 (Tespit Davaları).
- Aydın, Ufuk: Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri, Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2015, İstanbul 2017 557-868 (Değerlendirme 2015).
- Balcı, Mesut/Yılmaz, Halil: Sosyal Sigorta Prim Alacaklarının Takip ve Tahsili, Ankara 2014.
- Bilgili, Abbas: Hizmet Tespit Davaları, Adana 2011.
- Budak, Ali Cem/Karaaslan, Varol: Medeni Usul Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2018.
- Bulut, Mehmet: Türk Hukuk Sisteminde Hizmet Sözleşmesi Gereği Açılan Hizmet Tespit Davaları, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 97, 2011, 93-116.
- Buz, Vedat: Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005.
- Centel, Tankut: Sosyal Sigortalar Açısından Yargıtayın 1984 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın 1984 Yılı İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri, İstanbul 1986, 219-249 (Değerlendirme 1984).
- Centel, Tankut: Sosyal Sigortalar Açısından Yargıtayın 1996 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1996, İstanbul 1998, 249-273 (Değerlendirme 1996).
- Centel, Tankut: Sosyal Sigortalar Açısından Yargıtayın 2005 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2005, Ankara 2007, 257-317 (Değerlendirme 2005).
- Çakmak, İhsan: Hizmet Tespit Davaları, Ankara 2003.
- Çenberci, Mustafa: Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Ankara 1977.
- Demircioğlu, Murat/Güzel, Ali: İşverenin Sosyal Sigorta Yükümlülükleri ve Sorumluluğu, 2. Baskı, İstanbul 2002.
- Duman, Barış: 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanuna göre Hizmetlerin Tespiti, Ankara 2001.
- Dural, Mustafa/Öz, Turgut: Türk Özel Hukuku, C. IV, Miras Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2013.
- Duran, Abdurrahman: 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 79/10 Maddesi Gereğince Açılan Hizmet Tespiti Davalarının Yasa Hükümleri ve Yargı Uygulaması Yönünden İncelenmesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 6, 2007, 171-184.
- Erbaş, Coşkun: Hizmet Aktiyle Çalışanların Sosyal Sigortalar Kurumuna Bildirilmeyen Sürelerine İlişkin Tespit Davaları ve Yargılama Süreci, Kamu-İş, C. 7, S. 3, 1-16.
- Erdem, Mehmet: Özel Hukukta Zamanaşımı, İstanbul 2010.
- Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Ankara 2017.
- Ermumcu, Senem: Sosyal Güvenlik Hukuku

- Açısından Hizmet Tespitinde Prime Esas Kazançların İspatı, Çalışma ve Toplum, S. 69, 2021, 899-928.
- Ertürk, Şükran: Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016, İstanbul 2018, 745-1026.
 - Güzel, Ali: Sosyal Sigortalar Açısından Yargıtayın 1985 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1985, İstanbul 1987, 179-237 (Değerlendirme 1985).
 - Güzel, Ali: Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri Açısından Yargıtayın 2008 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2008, Ankara 2010, 295-373.
 - Güzel, Ali/Okur, Ali Rıza/Caniklioğlu, Nurşen: Sosyal Güvenlik Hukuku, 19. Baskı, İstanbul 2021.
 - Kabakçı, Mahmut: Hizmet Tespit Davaları, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 20. Toplantısı İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2015 Yılı Toplantıları, İstanbul Barosu-Galatasaray Üniversitesi, 29-30 Mayıs 2015, İstanbul 2016, 255-278 (Hizmet Tespit).
 - Kabakçı, Mahmut: Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2018, İstanbul 2021, 409-521.
 - Karakocalı, Ahmet: Roma Hukukunda ve Türk Hukukunda Korkutma (Metus), Ankara 2016.
 - Keser, Hakan: 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Işığında Mirasın Reddinin, Mirastan İskatin ve Sigortalının Öldürülmesinin Sosyal Güvenlik Kurumunca Bağlanacak Olan Ölüm Aylığına Etkisi, S. 19, 2008, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 1023-1044.
 - Kılıçoğlu, Ahmet M.: Türk Borçlar Hukukunda Kanuni Halefiyet, Ankara 1979.
 - Kocayusufpaşaoğlu, Necip: Miras Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 1987.
 - Kocayusufpaşaoğlu, Yusuf/Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdülkadir: Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. I, 4. Basıdan Tıpkı 7. Bası, İstanbul 2017.
 - Korkmaz, Ekin: Türk Borçlar Hukukunda Halefiyet, İstanbul 2021.
 - Korkusuz M. Refik/Uğur, Suat: Sosyal Güvenlik Hukuku, 5. Baskı, Bursa 2016.
 - Kuru, Baki/Budak, Ali Cem: Tespit Davaları, 2. Baskı, İstanbul 2010.
 - Kuru, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü C. 2, 6. Baskı, İstanbul 2001.
 - Nomer, Haluk N.: Halefiyet ile Rücu Hakkı Arasındaki İlişki, Özellikle Sosyal Sigortalar ile Özel Sigortaların Rücu Hakları Bakımından Halefiyetin Rolü, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 55, S. 3, 1997, 243-260.
 - Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. I, 12. Baskı, İstanbul 2014.
 - Okur, Ali Rıza: Sosyal Sigortalar Açısından Yargıtayın 1994 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1994, İstanbul 1996, 129-158.
 - Orhan, Rüzgar: Sigortasız Çalışmaların Tespiti Davaları ve Hak Düşürücü Süre, İstanbul Barosu Dergisi, C. 91, S. 4, 2017, 131-162.
 - Özkara, Ercüment: Sosyal Sigorta Primlerinde Zamanaşımı, İstanbul 2020.
 - Öztürk, Meltem: Sosyal Sigortalar Hukukunda Hizmet Tespit Davası, Ankara 2021.
 - Öztürk, Özgür: Sigortalı Hizmetin Tespiti, Çimento İşveren Dergisi, S. 1, 1998, <https://33-doxp2ncc21zsc1r9kym919-wpengine.netdna-ssl.com/wpcontent/uploads/2019/10/1998o-cak.pdf> (E.T: 15 Ocak 2022).
 - Özveri, Murat: Yargı Kararları ve Sigortalı Hizmetlerin Tespiti, VII. Sosyal İnsan Hakları Uluslararası Sempozyumu 10-11 Aralık 2015 Denizli, 223-256.
 - Pekcanitez, Hakan: Pekcanitez Usul-Medeni

- Usul Hukuku C. II, 15. Baskı, İstanbul 2017.
- Saraç, Coşkun: Sigortalı Hizmetlerin Hükmen Tespiti, Osman Güven Çankaya'ya Armağan, Ankara 2010, 451-488.
 - Sarıbay Öztürk, Gizem: Hizmet Tespit Davalarında Beş Yıllık Hak Düşürücü Süreye İlişkin Yargıtay Uygulaması, Sosyal Sigortalar Hukuku İncelemeleri I, Ankara 2022, 285-322.
 - Savaş Kutsal, Fatma Burcu: Türk Sosyal Sigortalar Hukukunun Temel İlkeleri, İstanbul 2016.
 - Sözer, Ali Nazım: Sosyal Sigortalar Hukukunun Genel Hükümleri Açısından Yargıtayın 1991 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin 1991 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri, İstanbul 1993, 161-186 (Değerlendirme 1991).
 - Sözer, Ali Nazım: Sosyal Sigorta İlişkisi, İzmir 1991.
 - Sözer, Ali Nazım: Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2021 (Sosyal Sigortalar).
 - Şakar, Müjdat: Sosyal Sigortalar Uygulaması, 12. Baskı, İstanbul 2017.
 - Tekinay, S. Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993.
 - Tuncay, A. Can: Sosyal Sigortalar, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1992, İstanbul 1994, 147-172.
 - Tuncay, A. Can: Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri, Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 2013, İstanbul 2017, 461-600 (Değerlendirme 2013).
 - Tuncay, A. Can/Ekmekçi, Ömer: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 21. Baskı, İstanbul 2021.
 - Tutumlu, Mehmet Akif: Türk Borçlar Hukukunda Zamanaşımı ve Uygulaması İstanbul 1991.
 - Türe, Murat: 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu Kapsamında İşverenin Bildirge Verme Yükümlülüğü ve Uymamanın Sonuçları, (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi 1999).
 - Türk Hukuk Kurumu, Türk Hukuk Lûgatı, 3. Baskı, Ankara 1991.
 - Uşan, Fatih: Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, Ankara 2009.
 - Uşan, Fatih: Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri Açısından Yargıtayın 2011 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2011, Ankara 2013, 339-540 (Değerlendirme 2011).
 - Yılmaz, Halil: Yargıtay Kararları Işığında Sigortalı Hizmetlerin Tespiti Davalarında Süre, Çimento İşveren Dergisi, C. 30, S. 2, 2016, 10-23.
 - Yücel, Merve: Hizmet Tespit Davasının Yargılama Usulü Genel Bilgiler, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2, 2016, 75-111.
 - Yürekli, Sabahattin: Sosyal Güvenlik Hukukunda Özel Bir Durum: Muristen Bağlanan Aylık Mirasın Reddi Halinde Kesilir mi? (Mirasın Reddinin destekten yoksun kalma ve manevi tazminat hakkına olan etkisi), Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 20, 2010, 145-153.

Araştırma Makalesi
Sicil, 2022/II Sayı 48: 72-83
Makale Gönderim Tarihi: 22 Aralık 2022
Makale Kabul Tarihi: 26 Aralık 2022

Alman Tedarik Zincirleri Özen Yükümlülükleri Kanunu (Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz) ve Türkiye'deki Çalışma İlişkilerine Etkileri

Öz

1 Ocak 2023'te yürürlüğe girecek olan Alman Tedarik Zincirleri Özen Yükümlülükleri Kanunu, tedarik zincirinin tüm aşamalarında -yalnızca Kanun kapsamındaki Almanya'da mukim şirketin kendi operasyonlarında değil, aynı zamanda doğrudan veya dolaylı tedarikçilerinin süreçlerinde ve operasyonlarında belirli yasal standartların sağlanması gereğini öngörmektedir. Tedarik zincirindeki üretim, büyük ölçüde uluslararası hukuki işlemler ile düzenlemekte ve üçüncü dünya ülkelerindeki tedarikçilerin devreye girmesini gerektirmektedir. Bu süreçlerdeki 'sorumsuz' uluslararası ticaret, insan hakları ihlalleri ve çevresel tahribat riskini artırmıştır. Alman Tedarik Zincirleri

Özen Yükümlülükleri Kanunu, küresel tedarik zinciri süreçlerinden kaynaklanan yasal ve ticari risklere odaklanmakta ve insan hakları ihlalleri ve çevresel zararlarla ilgili olarak şirketlerin tedarik zinciri operasyonları için standartlar tanımlamaktadır. Yeni düzenlemeden, AB dışı ülkelerde (tedarikçi konumundaki Türk işletmeleri gibi) farklı ölçeklerdeki birçok işletme etkilenecektir. Türk işletmeleri bakımından Kanun'da aranan standartların karşılanması konusunda büyük güçlükler söz konusu olmayacaksa da Kanun tarafından getirilen şekli ve usuli şartların karşılanması uluslararası ticaretimizin geleceği açısından önem taşımaktadır.

Anahtar Sözcükler:

Tedarik zinciri, uyum, insan hakları, çalışma ilişkileri.

German Supply Chains Due Diligence Act (Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz) and Its Impact on Labor Relations in Turkey

Abstract

The new German Supply Chain Act, which will come into force by 1st January, 2023, as-

ures certain legal standards at all stages of the supply chain - not only in the company's

* İstanbul Teknik Üniversitesi İşletme Fakültesi İşletme Mühendisliği, baysalu@itu.edu.tr, ORCID: 0000-0003-0954-2183

** İstanbul Teknik Üniversitesi İşletme Fakültesi İşletme Mühendisliği, cicek.ersoy@itu.edu.tr,

ORCID: 0000-0002-4724-8252

own operations, but also in the processes and operations of its direct or indirect suppliers. The production value chain, whether intra firm or inter firm, is designed mostly by transnational legal transactions and the production processes are mostly shaped by suppliers from third world countries. As a result of this 'irresponsible' international trade, the risk of human rights violations and environmental destructions has increased. German Supply Chain Act focuses on the legal and commercial risks arising from the global supply chain

processes and defines standards for the companies value chain operations regarding business human rights violations and environmental harms. Many companies of different scales in non-EU countries (like Turkish companies, which are in the supplier position) will be affected. Although there will not be great difficulties in meeting the standards sought in the Supply Chain Act for Turkish enterprises, meeting the formal and procedural conditions introduced by the Supply Chain Act is important for the future of our international trade.

Keywords:

Supply chain, compliance, human rights, employment relationships.

I. Giriş: Tedarik Zinciri Uyum ve Özen Yükümlülüğü Kavramları

Sürdürülebilir kalkınma, gelecek kuşakların kendi ihtiyaçlarını karşılayabilme imkânlarını tehlikeye sokmadan bugünkü kuşakların ihtiyaçlarını karşılamayı ifade etmektedir. Bu çerçevede özellikle son yıllarda hız kazanarak gerçekleştirilen sürdürülebilirlik dönüşümü, insanlığın, kaynakların daha rasyonel kullanımı hedefine yönelik olarak daha yaşanabilir bir dünya için attığı en somut adımdır. İşletmelerin faaliyetleri açısından kurumsal sürdürülebilirlik ise, şirketlerde uzun vadeli değer yaratmak amacıyla ekonomik çevresel ve sosyal (ESG- *Environmental Social Governance*) faktörlerin kurumsal yönetim ilkeleri ile birlikte şirket faaliyetlerine ve karar mekanizmalarına uyarlanması ve bu konulardan kaynaklanabilecek risklerin yönetilmesi olarak tanımlanmaktadır¹. Şirket faali-

yetlerinin kurumsal olarak sürdürülebilir hale getirilmesi için, özellikle son yıllarda farklı ülkelerin kanun koyucuları tarafından kapsamlı bir mevzuat çalışması yapılmaya başlandığı görülmektedir. Bu süreç, Avrupa Birliği'nin yeni bir sanayi dönüşümü modeli olarak kabul ettiği yeşil mutabakat ile de somutlaşmıştır. Bu çerçevede iş hukuku, toplu iş hukuku, iş sağlığı ve güvenliği hukuku gibi daha geleneksel hukuk dalları da, sürdürülebilirliğin getireceği yeni ekonomi modeli ışığında yeniden tanımlanmakta ve yorumlanmaktadır.

Tedarik zinciri, ürün veya hizmet şeklinde bir değer yaratmaya yönelik etkinlik veya süreçlerde ürünün veya hizmetin son kullanıcıya (müşteriye) ulaşıncaya kadar farklı yönlerdeki aktarımları kapsayan organizasyon ağı şeklinde tanımlanabilir². Tedarik zincirleri, işletmeleri küresel çapta üretici ve taşıyıcılar ile sıkı bir şekilde bütünleştirerek uluslararası bir iş bölümünü zorunlu kılmaktadır. Modern ticaret hayatında

1 <https://www.borsaistanbul.com/data/kilavuzlar/surdurulebilirlik-rehberi.pdf> (Son Erişim Tarihi: 21.12.2022).

2 John Mangan, Chandra Lalwani, et al.; *Global Logistics and Supply Chain Management*, s. 10.

piyasaya sunulan neredeyse tüm ürünler, tedarik zinciri içerisindeki farklı üreticiler tarafından üretilen parçaların birleştirilmesine yönelik faaliyetlerin sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla günümüzün ticaret yaşamı için tedarik zinciri sistemlerinin oluşturulması ve iyi yönetilmesi, vazgeçilmez hale gelmiştir.

Tedarik zincirlerinde, özellikle zincirin ilk halkalarında yaşanan insan hakları ihlalleri, uluslararası basına yansarak, tedarik zincirindeki tüm işletmeler açısından bir prestij kaybı oluşmasına ve marka değerlerinin düşmesine neden olmaktadır³. Bu nedenle birçok işletme bu konuda kendi inisiyatifleri ile girişimlerde bulunarak, kendilerini ve tedarikçilerini bağlayan kurallar oluşturmuştur. Bu tedarikçi öndeneti sistemlerinde, satın alma yapan şirket potansiyel tedarikçileri belirli kriterlere tabi tutularak bir tedarikçi havuzu oluşturur ve satın bu havuzdan tedarikçilerini seçer. Ancak bu denetim genellikle sadece birinci derece tedarikçiler (doğrudan tedarikçiler) için söz konusu olur ve tedarik zincirinin sonraki halkaları denetimsiz kalır. Bugüne kadar işletilen bu tedarikçi öndeneti sistemlerinde, tedarikçi havuzuna girebilmek kriterleri oldukça dar ve genellikle satın alınan ürün/hizmetin kalitesi odaklı belirlenmiştir. Kurumsal sürdürülebilirlik hedefleri, bu standartların genişletilmesine ve tedarikçinin çalışan haklarına ilişkin uyguladığı standartlar, çevresel standartlar, şirketin genel uyum politikaları (yolsuzluk politikası, rekabet hukuku politikası vb.) standartları gibi daha sıkı kurallar getirilmesine neden olmuştur.

Tedarik zincirlerine ilişkin bugüne kadar 'soft law-yumuşak hukuk' olarak uygulanan bazı stan-

dartlar ve şirket politikaları⁴ yeterli görülmediğinden, son dönemde tedarik zincirlerinde, insan hakları ve çevrenin korunması bakımından yaşanan ihlallerin tedarik zincirlerinin sonunda yer alan işletmeler tarafından denetlenmesi yükümlülüğüne ilişkin norm oluşturma çabaları gündeme gelmektedir. Bugüne kadar farklı ülkelerde getirilen düzenlemeler dar kapsamlı ve oldukça spesifik konuların regüle edilmesine yönelik olup⁵, tedarik zinciri düzenlemeleri konusunda geniş çaplı ilk Kanun çalışması Almanya'da gerçekleşmiştir⁶⁷. 11 Haziran 2021 tarihinde kabul edilip yasalanan Alman Tedarik Zinciri Özen Yükümlülükleri Kanunu⁸ (Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz-LkSG) 1 Ocak 2023 tarihinde yürürlüğe girecektir⁹. Bu Kanun'un, kapsamı, uygulama alanının genişliği ve getirdiği yaptırımlar göz önüne alındığında, Avrupa Birliği'nde bir ilk olduğu söylenebilir¹⁰. Tedarik Zinciri Kanunu'nun çıkarılmasının hemen ardından

3 24 Nisan 2013'deki Rana Plaza felaketinde 1138 çalışan vefat etmiş, bu konu basında uzun zaman yer bulmuş ve bu kaza çalışan insan hakları açısından bir dönüm noktası olmuştur. https://en.wikipedia.org/wiki/2013_Rana_Plaza_factory_collapse (Son Erişim Tarihi: 21.12.2022). Rana Plaza ve diğer benzer kurumsal insan hakları ihlalleri için bkz. Tarman, Z. D. "İş Dünyası ve İnsan Hakları: Zorunlu İnsan Hakları Durum Tespit Yükümlülükleri". Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 71 (2022): 1183-1225.

4 Tedarik Zinciri operasyonlarındaki sosyal sürdürülebilirlik uygulamaları için bkz. VG Venkatesh, Abraham Zhang, Eric Deakins, Venkatesh Mani, Drivers of sub-supplier social responsibility compliance: An emerging economy perspective, Supply Chain Management: An International Journal, 25/6 (2020) 655-677.

5 Fransa Kurumsal Özen Yükümlülüğü Kanunu, 2017; Hollanda Çocuk İşçiliği Denetim Kanunu, 2022; Avusturya Tedarik Zinciri Kanunu Teklifi; Belçika Değer Zincirinde Kurumsal Sorumluluğa İlişkin Kanun Teklifi.

6 Almanya ve AB'deki tedarik zinciri düzenlemelerinin tarihsel gelişimi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Ersoy, Çiçek and Hatice Camgöz Akdağ. "Recent Developments in Supply Chain Compliance and in Europe and Its Global Impacts on Businesses." In Digitizing Production Systems, edited by Numan M Durakbaşa and M Güneş Gençyılmaz, 578-584. Springer, 2022.

7 Daha öncesinde ABD ve İngiltere'de yapılan düzenlemeler için bkz. Fleischer, H., Hahn J., Berichtspflichten über menschenrechtliche Standards in der Lieferkette, Recht der Internationalen Wirtschaft, 2018, s. 397-400.

8 Çalışmada uygulamada sıklıkla kullanıldığı üzere ilgili Kanun'un ismi "Tedarik Zinciri Kanunu" olarak kısaltılmıştır.

9 Çalışmanın kaleme alındığı tarih itibarıyla henüz yürürlüğe girmemiştir.

10 Alman Tedarik Zinciri Kanunu'nun Anayasaya aykırılığı konusunda Literatürde bazı tartışmalar da devam etmektedir. Özellikle Alman Anayasası m. 12 ve 14 ile korunan irade özerkliği ve sözleşme özgürlüğünü biçimde sınırlandırabilecek hükümlerin Anayasa ile bağdaşırılığı konusunda bkz. Passarge, M., CB-Beitrag: Wo bleibt die Diskussion zum LkSG?, Compliance Berater, 2022/4, s. 93.

dan AB bünyesinde yapılan çalışmalar sonucu konuya ilişkin AB çapındaki ilk düzenleme olan Kurumsal Sürdürülebilirlik Denetimine İlişkin AB Direktif Taslağı (Proposal for EU Directive on Corporate Sustainability Due Diligence), yayımlanmıştır¹¹. 18 Şubat 2021'de Avrupa Komisyonu yayınladığı 'Ticaret Politikası Konusunda İletişim Belgesi' ile başlanan bu çalışma, AB'nin ticaret politikasını, AB yeşil mutabakat ve dijital dönüşüm hedeflerine yönelik olarak yeniden inşa etme amacını taşımaktadır. Bu düzenleme taslağı, AB'de sürdürülebilir bir ticaret politikası oluşturmaya yönelik olarak, Avrupalı şirketlerin tedarik zinciri operasyonlarında özellikle çevresel ve insan hakları risklerini belirli standart ve ilkelere uygun olarak yönetmeleri için bir çerçeve niteliğindedir. Bu düzenleme yürürlüğe girdikten sonra tüm üye ülkelere belirli bir süre verilerek, kendi iç hukuklarında bu direktif ile uyumlu yerel düzenleme yapmaları istenecektir. Böylece tüm AB üyesi ülkelerde önümüzdeki yıllarda direktifle uyumlu tedarik zinciri kanunları kabul edilecektir. Gerek Almanya'daki gerekse AB'deki düzenleme, şirketler açısından özellikle tedarik zincirinin tüm aşamalarında insan hakları ihlalleri (çocuk işçi çalıştırma, zorla çalıştırma gibi) ve çevresel ihlaller ile mücadelede dikkat edilmesi gereken temel kuralları ve tedarikçi denetim standartlarını içermektedir.

Özellikle Almanya ve Avrupa Birliği hukukundaki bu güncel düzenlemelerin etkisi ile terminolojik olarak kabul edilmeye başlanan 'tedarik zinciri uyumu' kavramı, tedarik zincirinin tüm aşamalarında (şirketin kendi operasyonlarında ve ayrıca doğrudan veya dolaylı tedarikçilerinin süreç ve operasyonlarında) belirli hukuki güvence ve standartların sağlanması ve buna yönelik bir risk yönetim sistemi oluşturulmasıdır. Amaç, tedarik zincirinde artan hukuki ve ticari risklerin (şirketlere uygulanabilecek hukuki yaptırımlar veya ticari ilişkilerin sonlandırılması gibi) doğru

yönetilerek azaltılmasıdır. Tedarik zinciri uyumu, bugüne kadar üçüncü taraf denetimi (*third party due diligence*) olarak da adlandırılan satın alma süreçlerindeki denetim sisteminin artan hukuki riskleri de kapsayacak şekilde genişletilmiş halidir. Bu sistemin kurulması şirketlerde sadece uyum veya satın alma departmanlarının yetki ve sorumluluğunda olmayıp, insan kaynakları, risk yönetimi, hukuk, iş sağlığı ve güvenliği gibi farklı paydaşların birlikte çalışmalarını ve koordinasyonlarını gerektirmektedir.

II. Alman Tedarik Zinciri Kanunu'nun Amacı, Uygulama Alanı ve Yürürlük Tarihi

Alman Tedarik Zinciri Kanunu, Alman şirketlerinin uluslararası tedarik zincirinin bütünsel olarak dönüştürülmesi ve tüm tedarik zinciri (doğrudan ve dolaylı) açısından sorumluluk üstlenmesi prensibine dayanmaktadır. Kanun ile özetle insan haklarına saygılı ve çevre ile dost bir global tedarik zinciri oluşturulması amaçlanmaktadır¹². Bu düzenleme ile global anlamda hedeflenen, tedarik zincirinin parçası olan tüm ülkelerde Almanya'daki sosyal standardı sağlamak değil, tüm ülkelerdeki çalışanlar için bir asgari insan hakları standardı (çocuk işçiliğinin ve zorla çalıştırmanın önlenmesi gibi) oluşturmaktır¹³. Bu amaca yönelik olarak Kanun, tedarik zinciri üzerinde faaliyet gösteren tüm şirketlere açık ve uygulanabilir bazı özen yükümlülüğü normları getirmektedir. Kanun, hammaddeden başlayarak ürünün nihai tüketiciye ulaşana kadar olan tüm süreçteki tedarik ilişkilerini düzenler. Bu süreçlerin de büyük kısmı sınır ötesindeki üretici ve ihracatçılar aracılığıyla gerçekleştirildiğinden, Kanun, etkilerini büyük ölçüde Almanya dışında gösterecektir. Bir

11 Direktif ve Alman Tedarik Zinciri Kanunu'na ilişkin karşılaştırmalı çalışma için bkz. Giesberts, L., Sorgfaltspflichten für die Lieferkette, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 2022, s. 1497-1505.

12 Kanun'un gerekçesinde söz konusu amaç doğrudan ifade edilmektedir: BT-Drs. 19/28649, s. 1.

13 <https://www.bmz.de/de/themen/lieferkettengesetz> (Son Erişim Tarihi: 21.12.2022).

başka deyişle Kanun, Almanya'da mukim şirketlere uygulanacak olmakla beraber ticari etkilerini Türkiye dahil, Alman şirketlerin tedarik ilişkisi içinde olduğu tüm ülkelerde gösterecektir.

Tedarik Zinciri Kanunu 1 Ocak 2023'den itibaren kademeli olarak yürürlüğe girecektir ve aşağıda verilen kriterlere uygun Almanya'da mukim veya faaliyet gösteren şirketlerin sınır ötesi operasyonlarını da kapsayacak şekilde uygulanacaktır (Alman Tedarik Zinciri Kanunu m. 1). Bu kriterlere uygun Alman şirketlerin tedarikçileri doğrudan ve dolaylı olarak bu Kanun'un uygulamasından etkileneceklerdir. Kanun'un "uygulama alanı" başlıklı birinci maddesine göre, Kanun, ticari işletmenin türü ve kuruluş şekline bakılmaksızın,

- Yönetim merkezi, ana faaliyet yeri veya idari merkezi Almanya'da bulunan¹⁴ ve 3000'den fazla çalışanı olan ticari işletmelere 2023'ten itibaren uygulanacaktır. Alman Federal Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Bakanlığı (Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung - BMZ) tarafından yaklaşık 900 Alman şirketinin bu kriterleri karşılayarak 2023 yılından itibaren Kanun'un kapsamına gireceği tahmin edilmektedir¹⁵.
- Yönetim merkezi, ana faaliyet yeri veya idari merkezi Almanya'da bulunan ve 1000'den fazla çalışanı olan ticari işletmelere 2024'ten itibaren uygulanacaktır. BMZ yaklaşık 4800 Alman şirketinin bu kriterleri karşılayarak 2024 yılından itibaren Kanun'un kapsamına gireceğini tahmin etmektedir¹⁶.

Kanun'un uygulama kapsamı belirlenirken kriter olarak getirilmiş olan çalışan sayısının hesaplanması, bazı zorluklar doğurabilecektir. Bu nedenle Kanun'un ilgili maddesi ikinci fıkrasında iki konuda açıklık getirilmiştir: Öncelikle geçici işçi çalıştıran şirketin geçici işçilerin sayısı, görev süreleri altı ayı aşıyorsa dikkate alınacaktır (Alman Tedarik Zinciri Kanunu m. 1/II). İkinci olarak da bağlı şirketlerde (Alman Anonim Şirketler Kanunu 15. bölüm anlamında) ana şirketin çalışan sayısı hesaplanırken şirketler topluluğuna ait tüm şirketlerin Almanya içindeki çalışanları hesaplanacaktır (Alman Tedarik Zinciri Kanunu m. 1/III). Bir başka deyişle, aynı iş kolunda istihdam edilip edilmediklerine bakılmaksızın tüm grup şirketleri bünyesinde çalışan tüm çalışanlar dâhil edilecektir¹⁷. Burada ayrıca Almanya dışında bir ülkede geçici olarak görevlendirilmiş çalışanlar da dikkate alınır.

Bir işletmenin çalışan sayısı eşiklerini aşmış aşmadığı belirlenirken, çalışan kavramı, Alman Medeni Kanunu (BGB) m. 611a'daki işçi kavramı ile örtüşür şekilde yorumlanmalıdır. Bu ilgili madde de tam zamanlı ve yarı zamanlı çalışan farkı gözetilmediğinden, aynı prensip Alman Tedarik Zinciri Kanunu açısından da uygulanmalıdır. Çalışanın deneme süresi içinde olması veya annelik izninde olması, çalışan sayısına dahil olmasını engel olmaz¹⁸.

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşıldığı üzere, KOBİ'ler Kanun'un uygulama alanı içinde değildirler ancak 2024 yılı sonrasında ise Kanun'un uygulama alanının kademeli olarak genişletilmesine ilişkin tartışma ve planlamalar mevcuttur¹⁹. Kanun, ticari olarak faaliyet göstermeleri şartıyla, kamu tüzel kişilerine de uygulanmaktadır.

Son olarak, şirket veya işletme teriminin Ka-

14 Kanun, Almanya'da mukim olma şartını oldukça geniş tanımlamıştır. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Nietsch, M./Wiedmann, M., Adressatenkreis und sachlicher Anwendungsbereich des neuen Lieferkettengesetz, NJW 2022, s. 1.

15 <https://www.bmz.de/resource/blob/60000/lieferkettengesetz-fragen-und-antworten.pdf> (Son Erişim Tarihi: 21.12.2022).

16 <https://www.bmz.de/resource/blob/60000/lieferkettengesetz-fragen-und-antworten.pdf> (Son Erişim Tarihi:

21.12.2022).

17 Nietsch/Wiedmann, s.2.

18 Kanun'un gerekçesindeki bu konudaki açıklamalar için: BT-Drs. 19/28649, s. 33-34.

19 Kanun'un AB düzenlemeleri vesilesiyle uygulama alanının genişlemesi yönünde bkz. Krebs, D, Menschenrechtliche und umwelt bezogene Sorgfaltspflicht: Der Wettlauf zwischen europäischer und deutscher Rechtssetzung, ZUR 2021, s. 396.

nun bağlamında oldukça geniş yorumlandığına dikkat çekmek gerekir. Kanun'un, yasal yapısına ve faaliyet gösterdiği sektör veya faaliyet gösterdiği sektöre bakılmaksızın tüm teşebbüslere uygulanacak olması nedeniyle uygulama alanı oldukça geniştir. Örneğin bankalara, finansal hizmet sağlayıcılarına ve muhasebe işletmeleri gibi hizmet sektöründeki şirketler de Kanun'un kapsamına girmektedirler.

III. Alman Tedarik Zinciri Kanunu ile Tanımlanan Riskler ve İşletmelere Getirilen Yükümlülükler

Kanun kapsamında iki temel risk belirlenmiştir: Tedarikçilerin çalışanlarının çalışma hayatı ile bağlantılı olarak ortaya çıkabilecek insan hakları ihlalleri ve çevresel riskler.

Kanun'un ikinci maddesindeki tanımlar içinde öncelikli olarak yer alan 'insan hakları ihlali riskleri', farklı ulusal ve uluslararası düzenleme ve standartlara atıf yapılarak tanımlanmıştır. Bu düzenlemelerle getirilen yasakların ihlali, somut vakianın özellikleri de göz önünde bulundurulacak değerlendirilecek ve yasaklardan birinin ihlal edilmesine ilişkin yeterli olasılığın olması halinde, bu durum risk olarak nitelendirilecektir (ATZK m. 2/II). İnsan hakları risklerinin önemli bir kısmı çalışma hayatına ilişkin olmakla beraber, bir kısmı da 'insan hakları riski olarak değerlendirilebilecek çevresel risk' kategorisindedir. Bunlar, gıdaların muhafaza ve üretimi için doğal yapıyı önemli ölçüde bozarak, kişinin güvenli içme suyuna erişimini engelleyerek, kişinin sıhhi müesseselere erişimini güçleştirerek ya da ortadan kaldıran veya kişinin sağlığına zarar vererek, zararlı toprak tahribatına, su kirliliğine, hava kirliliğine, zararlı gürültü emisyonuna veya aşırı su tüketimine yol açma yasağının ihlali olarak tanımlanmıştır (ATZK m. 2/II-9). Ayrıca kişilerin geçim kaynağını oluşturan arazi, orman ve suyun hukuka aykırı bir şekilde edinilmesi veya hukuka

aykırı olarak bu alanların boşaltılması da çevresel insan hakları ihlali olarak kategorize edilmiştir (ATZK Madde 2/II-10).

Çevresel riskler ise yine insan hakları risklerinde olduğu gibi bazı uluslararası düzenlemelere atıf yapılarak tanımlanmıştır (ATZK m. 2/III). Kanun'a göre yiyecek, temiz su ve sıhhi tesislere erişimin engellenmesi; toprak orman ve suya erişim imkanlarından haksız yere yoksun bırakılma; atıkların çevreye duyarlı olmayan şekilde işlenmesi; tehlikeli atıkların ihraç ve ithalatı; cıva ve kalıcı organik kirleticilerin üretimi ve kullanımı gibi ihlaller, Kanun kapsamında çevresel ihlal olarak nitelendirilmiştir (ATZK m. 2/IX-X).

Alman Tedarik Zinciri Kanunu, yukarıda bahsedilen risklerin tespiti ve bertaraf edilmesi için işletmelere belirli yükümlülükler tanımlamaktadır. Kanun kapsamına giren şirketlerin sorumlulukları, şirketin kendi faaliyet alanı, doğrudan tedarikçisinin faaliyet alanı ve dolaylı tedarikçilerinin faaliyetine göre kademeli olarak belirlenmiştir (ATZK m.3/II). İhlal halinde de şirketin faaliyet gösterdiği sektör, faaliyetin türü ve kapsamı, şirketin ihlale etkisi, ihlalin ağırlığı ve bu ağırlıkta şirketin rolü gibi farklı kriterlere bakılarak sorumluluk getirilmiştir. Kanun kapsamına giren şirketler sadece kendi faaliyetlerinden değil, doğrudan ve dolaylı tedarikçilerinin faaliyetlerinden de farklı kapsamlarda sorumlu olacaklardır.

Şirketlerin kendi operasyonları ve doğrudan tedarikçilerinin operasyonları açısından yükümlülükleri, öncelikle Kanun'da 'özen yükümlülüğü' başlığı altında genel hatlarıyla belirlenmiştir (ATZK m. 3/I):

1. Risk yönetim sistemi oluşturulması.
2. Kanun'un uygulanmasına ilişkin şirket içi yetkilendirme yapılması.
3. Düzenli risk analizi yapılması.
4. İlkesel bildirge yayınlanması.
5. Kendi faaliyet alanına ve doğrudan tedarikçilere ilişkin önleyici tedbirlerin alınması.
6. İyileştirici tedbirlerin alınması.

7. Şikâyet mekanizmasının oluşturulması.
8. Dolaylı tedarikçilerden kaynaklanan risklere ilişkin özen yükümlülüğünün yerine getirilmesi.
9. Belgeleme ve raporlama yapılması.

Şirketlerin dolaylı tedarikçilerinin operasyonları açısından denetim (due diligence) yükümlülüğü belirli koşulların varlığı halinde ve şirketin ihlali öğrenmesinden itibaren geçerlidir (ATZK m. 9/III). Şirket, dolaylı tedarikçisinde oluşan yüksek ihlali riski halinde ivedilikle risk analizi yapılarak ihlalden doğacak olumsuz sonuçların en aza indirilmesi için strateji ve uygulanacak tedbirleri belirlemelidir.

Kanun'un etkin uygulanmasına yönelik olarak getirilen önemli düzenlemelerden biri de, Kanun'dan doğan sorumlulukların yerine getirilmesi ve takibi amacıyla şirket içinde bir yetkili ve görevli çalışanın belirlenmesi ve atanması zorunluluğudur.

IV. Alman Tedarik Zinciri Kanunu ile Getirilen Yaptırım Sistemi

Alman Tedarik Zinciri Kanunu'nun ihlali halinde şirketler açısından üç temel yaptırım söz konusu olabilir: İdari para cezaları (ATZK m. 24), kamu ihalelerinden men (ATZK m. 24) ve tazminat. Kanun'da özellikle idari para cezaları ve kamu ihalelerinden men yaptırımını düzenlenmiş olup, zarara uğrayanların tazminat talepleri ise Alman Borçlar Kanunu m. 823 vd. maddelerinde düzenlenen genel haksız fiil hükümlerine tabidir.

Kanun'un uygulanmasında idari yaptırımları uygulayacak kamu otoritesi, Federal Ekonomi ve İhracat Denetimi Kurumu (*Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle-BAFA*) olarak belirlenmiştir. Kurum, şirketlerin Kanun'a uyumunu izleme ve denetleme yetkisi kapsamında kendine yöneltilen şikâyetleri inceleme ve soruşturma, Kanun'un uygulama alanına giren şirket raporlarını inceleme ve gereğinde yaptırım uygulama

yetkileri ile donatılmıştır.

Kanun'a aykırılık hallerinde BAFA tarafından her ihlal için 100.000 ile 8 Milyon Avro arasında değişen idari para cezaları uygulanacaktır. Alman Tedarik Zinciri Kanunu'ndaki idari para cezası sistemi, şirketin ekonomik büyüklüğüne göre, maktu ve nisbi cezaların söz konusu olmadığı karma bir hesaplama dayandır. Ciroyu yıllık 400 milyon Avro'yu aşan şirketler açısından ciro bazlı idari para cezası, bunların dışındaki şirketler açısından maktu idari para cezası sistemi benimsenmiştir. Maktu para cezaları da ihlalin tipi ve ağırlığına göre belirli aralıklarda tespit edilmiştir. Ayrıca ciddi ihlalde bulunan şirketlere kamu ihalelerinden üç yıla kadar men cezası da uygulanabilecektir.

Alman Tedarik Zinciri Kanunu'nun uygulanmasında, sendikaların, sivil toplum kuruluşlarının veya farklı kurumların Alman mahkemeleri önünde üçüncü şahıs hak ihlallerinde zarar görenleri temsil hakkı olduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle, mağdur olduğunu iddia eden bir kişi, sendikalara ve STK'lara, kendisi adına dava açma yetkisi verebilecektir (ATZK m. 11/I). Bu imkanın etkin şekilde uygulanması özellikle üçüncü dünya ülkelerindeki çalışan hakları ihlalleri açısından önem arz etmektedir. Zira bu ülkelerde bir çalışanın tek başına dava açma maliyeti ve emeğine katlanması söz konusu değildir.

V. Alman Tedarik Zinciri Kanunu'nun Çalışma İlişkilerine Dair Getirdiği Sınırlamalar

Tedarik Zinciri Kanunu sistematığına bakıldığında çalışma ilişkilerinin düzenlenmesi açısından da ikili bir ayırım görülmektedir. Kanun'un kapsamına giren işletmeler, işletmelerin tedarikçileri ve dolaylı tedarikçiler bakımından getirdiği yükümlülükler insan haklarına ilişkin yükümlülükler ve çevrenin korunmasına ilişkin yükümlülükler şeklinde ikiye ayrılmakta-

dır. Çevrenin korunmasına ilişkin yükümlülükler, Türk işletmeleri bakımından esaslı şekilde önem arz ediyorsa da çalışmamızın kapsamı dışında kalmaktadır. Çalışmada esas olarak Tedarik Zinciri Kanunu'nun Türkiye'deki çalışma hayatına ilişkin doğrudan ve dolaylı etkileri incelendiğinden, aşağıda Kanun'un çalışma hayatını etkiler şekilde, insan hakları bakımından getirdiği yükümlülükleri ele almaktayız. Kanun'da insan hakları bakımından getirilen yükümlülüklerin korunan süjesi, birçok noktada tedarik zincirinde çalışan kişilerdir. Tedarik Zinciri Kanunu'nda düzenlenen insan hakları yükümlülükleri büyük ölçüde Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 29, 97, 98, 100, 105, 111, 138 ve 182 sayılı sözleşmelerinde düzenlenen hak ve özgürlükleri içermektedir. Ayrıca Kanun kalem alınırken, Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi ile Ekonomik, Sosyal, Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme de korunması gereken insan hakları konusunda temel alınmıştır. Nitekim Tedarik Zinciri Kanunu'nun gerekçesine bakıldığında, neredeyse tüm ülkelerde kabul edilen, insan haklarının korunmasına dair uluslararası sözleşmelerin hayata geçirilmesinin amaçlandığı görülmektedir²⁰. Ancak eklemek gerekir ki, Kanun bahsi geçen Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) Sözleşmelerinin tedarikçinin bulunduğu ülkede uygulanıp uygulanmadığı ile ilgilenmemektedir. Tedarikçinin bulunduğu ülke bahse geçen uluslararası sözleşmelere taraf olmasa bile Kanun kapsamındaki Alman işverenler açısından, o ülkedeki tedarikçilerin eylemleri de sorumluluk doğurmaktadır. Tedarik zinciri Kanunu'nda insan hakları konusunda getirilen yasaklar ve kısıtlamalar uygulamada en fazla ihlal yaşanan konulara ilişkindir²¹. Aşağıda Tedarik Zinciri Kanunu'nun çalışma hayatı ile doğrudan ilişkili olan yasaklar ve kısıtlamalar içeren düzenlemelerine değinilecektir.

1) Çocuk İşçiliği

Tedarik Zinciri Kanunu'na bakıldığında çocuk işçiliği konusunda iki farklı hususun düzenlendiği dikkati çekmektedir. Bunlardan ilki zorunlu eğitime tabi çocukların çalıştırılması yasağıdır (ATZK m. 2/II). Burada öngörülen bir istisna ILO'nun 138 sayılı Sözleşmesinin 4 ila 8. maddelerinde düzenlenen hallerin mevcudiyetidir. Bu çerçevede hafif işlerde 12. yaşın veya 13. yaşın tamamlanmasından itibaren bir çalışmanın çocuğunun eğitimi sürerken de mümkün olacağı Alman doktrininde ifade edilmektedir²². Ancak Türk çalışma mevzuatı bakımından 14 yaşını doldurulmasından önce bir çalışma mümkün olmayacağından bahsi geçen örneğin Türkiye bakımından geçerli olmadığı açıktır. Alman Tedarik Zinciri Kanunu m. 2'de yer alan ikinci kısıtlama ise kölelik, zorla çalıştırma, uyuşturucu ticaretinde çalıştırma gibi halleri içeren şekilde, çocukların sağlıklarına ve güvenliklerine zarar verecek ve ahlak kurallarına aykırı olacak şekilde çalıştırmalarına dairdir. Buradaki söz konusu olan düzenleme 138 sayılı ILO Sözleşmesi m. 3 ile benzerlik içerse de ILO Sözleşmesindeki düzenlemenin aksine Alman Tedarik Zinciri Kanunu'nda ilgili yasağa ilişkin herhangi bir istisnaya yer verilmemiştir.

2) Zorla Çalıştırma (Angarya)

Alman Tedarik Zinciri Kanunu m. 2, ILO'nun 29 sayılı Sözleşmesi m. 2 ile paralel bir şekilde bir zorla çalıştırma tanımı yapmaktadır. Kanun, zorla çalıştırma konusundaki yasağın istisnalarına dair olarak ise ILO'nun 29 sayılı Sözleşmesi m. 2 ve Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi m. 8'de gösterilen istisna hallerine gönderme yapmakla yetinmektedir. Kısaca belirtilecek olursa askerlik hizmeti çerçevesinde yapılan çalışmalar, vatandaşlık yükümlülükleri çerçevesinde yapılanlar, bir yargı kararının uygulanması amacıyla yapılan çalışmalar, toplum hayatını tehdit eden olağanüstü durum ve felaket halinde yapılan çalışmalar zorla çalıştırma yasağının istisnaları-

20 BT-Drs. 19/28649, 34.

21 Sagan/Smith, s. 284.

22 Sagan/Smith, s. 285.

nı oluşturmaktadır. Türkiye'deki çalışma ilişkileri bağlamında bu yasağın ihlaline rastlanmasa da, örneğin Uygur Türklerinin zorla çalıştırılması suretiyle üretilen malların tedarikçiler tarafından kullanılması durumunda bu yasak kapsamına girilmesi söz konusu olabilecektir²³.

3) İş Sağlığı ve Güvenliği

Alman Tedarik Zinciri Kanunu m. 2/II/5 iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin çerçeveyi çizmektedir. Bahsi geçen norm mevcut haliyle Türkiye'deki tedarikçiler bakımından ciddi bir risk içermektedir. Çünkü Kanun kapsamındaki işverenleri, Avrupa Birliği veya Alman mevzuatı ya da konuya ilişkin uluslararası sözleşmeler uyulmamasından dolayı sorumlu tutulmamıştır. Düzenleme sadece çalışmanın gerçekleştiği ülkedeki iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına uyulmaması halini yaptırıma tabi tutmaktadır. Türkiye'deki tedarikçi Türk hukukunun iş sağlığı ve güvenliği bakımından getirdiği standartlara uyduğu süreçte bir sorun oluşmayacaktır. Kaldı ki ilgili düzenleme sağlığı ve güvenliği alanındaki tüm mevzuata aykırılıkları da yaptırma tabi tutmamaktadır. Burada yaptırma tabi bir mevzuata aykırılık için "açıkça yetersiz güvenlik standartları"nın söz konusu olması gerekmektedir. Bu nedenle ilgili normun ihlali için iş sağlığı ve güvenliği normlarının ihlalinin, yaşam ve vücut bütünlüğü yönünden yeterli derecede somut ve ağır bir tehlike oluşturması gerekmektedir.

4) Örgütlenme Özgürlüğü

Alman Tedarik Zinciri Kanunu m. 2/II/6'da "örgütlenme özgürlüğünün ihlali" düzenlenmektedir. İlgili normda işçilerin sendika kurma ve sendikaya üye olma konusunda özgür oldukları belirtilmekte, bu nedenlerden dolayı ayrımcı ve misilleme içeren davranışlar yasaklanmaktadır. Grev ve toplu pazarlık hakkı ile diğer sendikal fa-

aliyetler bakımından ise düzenlemede, istihdam yeri hukukuna atfı yapılmakta, bu konudaki yasağın yasal sınırı, istihdam yeri hukukunun ihlal edilmemesi şeklinde belirlenmektedir. Buradaki düzenlemeye ilişkin temel problemlerden birisi uluslararası sözleşmelerin örgütlenme özgürlüğü konusunda ne derecede dikkate alınacağıdır. Düzenlemenin gerekçesinde konu ile ilgili Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi m. 22, Ekonomik, Sosyal, Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme m. 8 ve ILO'nun 87 ve 98 sayılı Sözleşmelerinden bahsedilmektedir. Halbuki söz konusu madde ve sözleşmelerin içerikleri birbiri ile mutlak bir uyum halinde değildir. Örneğin; Ekonomik, Sosyal, Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme m. 8'de örgütlenme hakkı, Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi m. 22'den daha geniş şekilde düzenlenmektedir. ILO'nun 87 ve 98 sayılı Sözleşmeleri ve Sözleşmelere ilişkin ILO Uzmanlar Komitesi raporları oldukça kapsamlı bir çerçeve çizmektedir. Buradaki sınırların nasıl belirleneceği bir kenara bırakılsa bile istihdam edilenin ülkesinde sendika özgürlüğü konusundaki devlet müdahalelerine karşı, kanuna tabi Alman işletmelerinin devletlerin müdahalelerine ilişkin olarak özen yükümlülüğünü nasıl yerine getirecekleri belirsizlik içermektedir²⁴. Türk iş hukuku bakımından da sadece 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda öngörülen birimlerde örgütlenilebilmesi veya işkolu barajları gibi hususların bu konuda tartışmaya neden olması muhtemel gözükmektedir. Ayrıca düzenlemeden açıkça anlaşıldığı üzere Türkiye'de faaliyet gösteren tedarikçilerde sendika özgürlüğüne müdahaleler ve bu durumun en somut örneği sendikal fesihler yasağın kapsamına girmektedir. Bu hale ilişkin özellikle Türkiye'deki küçük ölçekli dolaylı tedarikçilerde sendikal örgütlenmenin engellenmesi yönündeki uygulamalar, Türkiye'deki doğrudan tedarikçi ve Kanun'un kapsamındaki Alman işletmeler açısından sorunlar yaratma ihtimali mevcuttur.

23 Uygur Türklerinin zorla çalıştırılması ve bu konudaki riskler hakkında bkz. Hembach, H., Der Uyghur Forced Labor Prevention Act, Compliance Berater, 2022, s. 477 vd.

24 Sagan/Smith, s. 286.

5) Ayrımcılık

Alman Tedarik Zinciri Kanunu'nda yasaklanan bir başka husus ise ayrımcılıktır. ATZK m. 2/II/7 uyarınca istihdamın şartları gerektirmedikçe milliyet, etnik köken, sosyal sınıf, sağlık durumu, engellilik, cinsi yönelim, yaş, cinsiyet, siyasi görüş, din veya dünya görüşü temelinde ayrımcılık yasaktır. Aynı düzenleme uyarınca eşit davranmama özellikle eşit değerde işe farklı ücret ödenmesini kapsamaktadır. Esasında bu ayrımcı davranış için verilen bir örnektir²⁵. Düzenlemede, Alman kanun koyucusu tarafından Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi m. 2/I ile Ekonomik, Sosyal, Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme m. 2/II ile m. 7/a/i ve ILO'nun 111 sayılı Sözleşmesi m. 1/a esas alınmıştır. Sadece bir işçinin değil de düzenlemede sayılan ayrımcılık hallerinden birine dayanarak bir işçi grubunun aleyhe olacak şekilde farklı muameleyle tutulması da ATZK m. 2/II/12 uyarınca yasak kapsamındadır. Türk çalışma hayatı bakımından İş Kanunu m. 5 ile paralellik arz eden düzenleme, Türk hukukundaki düzenlemeden farklı olarak iş sözleşmesinin türü bakımından bir ayrımcılık yasağına yer vermemekte ve ayrımcılık yasakları haricinde geniş anlamda bir eşit davranma borcunu içermemektedir. Bu konuda geleceğe yönelik olarak, Alman Ücret Şeffaflığı Kanunu'nun Alman işverenler hakkında getirdiği yükümlülükler de dikkate alındığında²⁶, Türkiye'deki doğrudan ve dolaylı tedarikçiler bakımından cinsiyet ücret seviyeleri raporlaması konusunda Alman işletmelerin taleplerinin olması ihtimal dahilindedir.

6) Adil Ücret

Adil ücret, Alman Tedarik Zinciri Kanunu'nda tedarik zincirinde istihdam koşulları bakımından

öngörülen bir diğer kısıtlamadır. Alman Tedarik Zinciri Kanunu m. 2/II/8'de adil bir ücretten mahrum bırakılma yasağı düzenlenmiş olup, ilgili norm uyarınca adil ücret en az uygulanacak hukuka göre belirlenen asgari ücret olarak nitelendirilmiştir. Bu noktada öncelikle devletler özel hukuku kuralları dikkate alınarak uygulanacak hukukun belirlenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Adil ücret konusunda diğer hususlarda ise istihdam yeri hukukunun esas olacağı düzenlemede yer verilen bir başka noktadır. Bu noktada istihdam yerindeki adil ücret bakımından, ülkede uygulanan asgari haricinde çalıştığı bölgede ayrı bir asgari ücret mevcutsa bu asgari ücret de dikkate alınmalıdır²⁷. Türkiye'deki tedarikçiler bakımından ülkede geçerli asgari ücret altında bir ücret söz konusu olamayacağı gibi maden sektöründeki gibi farklı asgari ücretler söz konusuysa bu husus da göz önüne alınacaktır.

7) Özel ve Resmi Güvenlik Gücü Kullanımı

Alman Tedarik Zinciri Kanunu'nda örgütlenme özgürlüğü konusunda getirilen özel nitelikli bir yasak ise, işletme projelerinin korunması amacıyla görevlendirilen özel ve resmi kolluk kuvvetlerinin davranışlarına ilişkindir. Söz konusu yasak uyarınca işletme kontrolü ve talimatı altındaki güvenlik güçlerinin bazı davranışlarını engellemekte yükümlüdür. Güvenlik güçlerinin yasaklanan davranışlarının başında işkence zalimane insanlık dışı ve aşağılayıcı muamelelerde bulunmak ile hem hakkına ve vücut bütünlüğünü ihlal gelmektedir. Ayrıca bir araya gelme ve örgütlenme özgürlüğünün ihlal edilmesi de bu kapsamda yasaklanmıştır. Türkiye'de faaliyet gösteren tedarikçiler bakımından resmi güvenlik güçlerinin kendi kontrol ve talimatları altında olamayacağı göz önüne alındığında resmi güvenlik güçleri bakımından bir risk söz konusu olmayacaktır. Ancak 5188 sayılı Kanun çerçevesinde işyerinde özel güvenlik faaliyeti yürüten özel güvenlik personelinin davranışları işletmeler bakımından

²⁵ Sagan/Smith, s. 286.

²⁶ Alman Ücret Şeffaflığı Kanunu'nun Alman işverenler bakımından getirdiği yükümlülükler için bkz. Baysal, Ulaş, Kişisel Veri Olarak Ücret ve Ücretin Gizliliği, İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi, 2018, Oniki-levha Yayıncılık, s. 339 vd.

²⁷ Sagan/Smith, s. 286.

özen gösterilmesi gereken konulardandır. Söz konusu özel güvenlik personelinin alt işverene bağlı şekilde çalışması da alt işverenin de dolaylı tedarikçi olacağı gerçeği karşısında, bahsedilen yasağın ihlali sonucunu değiştirmeyecektir.

8) Diğer İnsan Hakları İhlalleri

Alman Tedarik Zinciri Kanunu m. 2/II/12, Kanun'un yasakları konusunda genişletici bir düzenlemedir. Norm uyarınca 1 ila 11. bentlerde zikredilmemiş yasakların ötesine geçen bir davranış veya ihmal, özellikle korunması amaçlanan kişilerin hukuki durumunu kötüleştiriyorsa ve hukuka aykırılık durumun şartları makul bir biçimde dikkate alındığında açıkça anlaşılıyorsa yasaklanmış kabul edilmelidir. Böyle bir durumda da bir insan hakları ihlali varlığı kabul edilecektir. Alman Tedarik Zinciri Kanunu m. 2/II/12 ile, ilişkilerin nitelendirilmesi veya kavramların yorumlanması gibi nedenlerle bozulabilecek somut olay adaleti sağlanmaya çalışılmıştır.

VI. Sonuç

Alman Tedarik Zinciri Kanunu'nun yürürlük tarihi olan 1.1.2023'ten itibaren Alman şirketleri, tedarikçilerinden yeni Kanun kapsamındaki uyum çalışmalarını hızlandırmalarını talep edecektir. Kanun'un uygulama alanı içindeki Alman şirketlerinin Türkiye'deki yavru şirket ve iştiraklerinin ve bu şirketlerin Türkiye'deki doğrudan ve dolaylı tedarikçisi pozisyonundaki şirketlerin Kanun'un getirdiği yükümlülüklerle uyum sağlaması için bir sistem kurulması, şirketlerin ticari ilişkilerini sürdürmeleri açısından bir zorunluluk öngörülmüştür. Alman şirketlerinin tedarikçisi konumunda olan Türkiye'deki şirketler ve Almanya'da mukim şirketlerin Türkiye'de de faaliyet yürüten bağlı şirketlerdeki risklerin tespit edilmesi, bu risklerin bertaraf edilmesi ve düzenli olarak denetlenmesi Kanun'a uyumun temel mekanizmasıdır. Alman Tedarik Zinciri Kanunu, tüm tedarik zinciri açısından bütünsel ve sınır ötesi bir uyum öngördüğünden, şirketlerin tedarik zinciri üzerindeki diğer iş ortaklarını denetlemeye iliş-

kin bir sistem kurmaları gerekmektedir.

Özellikle tedarik (satın alma) sözleşmelerinde, Kanun'un ihlalden doğan sorumluluğun taraflar (Almanya'daki müşteri şirket ve Türkiye'deki tedarikçi şirket) arasında nasıl paylaşılacağına ilişkin ciddi revizyonlara gidilmesi beklenmektedir. Kanun, müşteri şirkete doğrudan ve dolaylı tedarikçileri denetim yükümlülüğü getirdiğinden, şirketlerin tedarikçi denetimini sağlıklı şekilde yapabilmeleri için, tedarikçi sayılarını azaltma eğilimine girecekleri söylenebilir. Bu durum, Türkiye'deki şirketler için hem risk hem de fırsatlar doğurmaya açıktır.

Türkiye'de üretim yapan ve AB ülkelerine ihracat yapan veya AB ülkelerinden ithalat yoluyla ürün satın alan firmalar doğrudan veya dolaylı olarak yeni tedarik zinciri düzenlemelerinin muhatabı olacaklardır. Özellikle üretim ve tedarik yoğun sektörlerde, çeşitli ve farklı hammadde girdilerinin kullanılması, ithal girdi sayısının yüksek olması gibi nedenlerle değer zinciri uzun ve karmaşık bir yapıya sahiptir. Tüm bu karmaşık ve çok taraflı yapıda doğru bir denetim sisteminin kurulması ciddi zorluklar içermektedir. Buradaki hukuki riskin bertaraf edilmesi için, özellikle çevreye duyarlı üretim ve tedarik koşulları yaratılması ve çalışanların iş koşullarının insana yararlı iş (decent work) standartlarına ulaştırılması sağlanmalıdır. Türkiye'de tedarikçi niteliği taşıyan işverenler bakımından Alman Tedarik Zinciri Kanunu'nun yukarıda değinilen çalışma hayatına ilişkin standartları halihazırda karşılanmaktaysa da Kanun'un öngördüğü şekli ve prosedürel gereklere de hızlı bir şekilde uyum gösterilmesi Türk işletmelerin uluslararası piyasalardaki geleceği açısından önem taşımaktadır.

KAYNAKÇA

- Baysal, U., Kişisel Veri Olarak Ücret ve Ücretin Gizliliği, İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi, 2018, Onikilevha Yayıncılık, s. 319-353.
- Ersoy, Ç./Akdağ, H. C., Recent Developments in

Supply Chain Compliance and in Europe and Its Global Impacts on Businesses, In Digitizing Production Systems, edited by Numan M Durakbaşa and M Güneş Gençyılmaz, Springer, 2022, s. 578-584.

- Giesberts, L., Sorgfaltspflichten für die Lieferkette, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 2022, s. 1497-1505.
- Hembach, H., Der Uyghur Forced Labor Prevention Act, Compliance Berater, 2022, s. 477-481.
- Krebs, D, Menschenrechtliche und umwelt bezogene Sorgfaltspflicht: Der Wettlauf zwischen europäischer und deutscher Rechtssetzung, Zeitschrift für Umweltrecht, 2021, s. 394-402.
- Mangan, John, Chandra Lalwani, et al.; Global Logistics and Supply Chain Management, 2021.
- Nietsch, M./Wiedmann, M. Adressatenkreis und sachlicher Anwendungsbereich des neuen Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz, Neue juristische Wochenschrift, 2022, s. 1-7.
- Passarge, M., CB-Beitrag: Wo bleibt die Diskussion zum LkSG?, Compliance Berater, 2022/4, s. 332-335.
- Sagan, A./ Schmidt, A. J., Das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz-Ein Überblick aus der Perspektive des Arbeitsrechts, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht-Rechtsprechungs-Report, 2022, s. 281-291.
- Tarman, Z. D., İş Dünyası ve İnsan Hakları: Zorunlu İnsan Hakları Durum Tespit Yükümlülükleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2022, Volume 71, Issue 3, s. 1183-1225.
- VG Venkatesh, Abraham Zhang, Eric Deakins, Venkatesh Mani, Drivers of sub-supplier social responsibility compliance: An emerging economy perspective, Supply Chain Management: An International Journal, 25/, 2020, 655-677.

Araştırma Makalesi
Sicil, 2022/II Sayı 48: 84-106
Makale Gönderim Tarihi: 23 Kasım 2022
Makale Kabul Tarihi: 30 Kasım 2022

AB Hukukunda Kadın Erkek Arasında Ücret Eşitliği İlkesi: Güncel Gelişmeler Üzerine Bir İnceleme

Öz

Kadın ve erkek için eşit ya da eşdeğerde işe eşit ücret ilkesi, AB Hukuku'nda garanti alınan temel haklardan biridir. Bununla birlikte, AB'ye üye devletlerde kadın ve erkek çalışanlar arasında ücret eşitliğinin hala etkin bir şekilde uygulanamadığı görülmektedir. AB, cinsiyete dayalı ücret farkıyla mücadele etmek için çeşitli önlemler almaktadır. Bunlardan birisi de Avrupa Komisyonu tarafından Mart 2021'de sunulan Ücret Şeffaflığına ilişkin 2021/93 sayılı Direktif Tasarısı'dır. Bu

çalışmada, AB'de eşit ücret ilkesi, AB Hukuku'nda yer alan hükümler ile Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın yerleşmiş içtihat hukuku temelinde incelenmiş; cinsiyete dayalı ücret farkı AB'nin güncel verileri ışığında sunulmuştur. Bunu takiben, Komisyon'un Direktif Tasarısı'na ait hükümler ve getirdiği yenilikler incelenmiş ve sosyal taraflar olan Avrupa İş Dünyası ile Avrupa İşçi Sendikaları Konfederasyonu'nun Tasarı'ya ilişkin yaklaşım ve görüşlerine yer verilmiştir.

Anahtar Sözcükler:

AB Hukuku, cinsiyet eşitliği, ücret eşitliği, ücret farkı, ücret şeffaflığı.

The Principle of Equal Pay Between Women and Men under EU Law: An Analysis on Recent Developments

Abstract

The principle of equal pay for equal work or work of equal value for women and men, is one of the fundamental rights guaranteed under EU law. Yet, it's seen that pay equality between female and male employees has still not

been fully implemented within the EU Member States. The EU has been taking several measures to tackle the gender pay gap. One of these measures is the Directive Proposal 2021/93 on Pay Transparency that was submitted by the

*Dokuz Eylül Üniversitesi İşletme Bölümü Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, aysegul.kokkilinc@deu.edu.tr, ORCID: 0000-0003-3204-0413.

**Dokuz Eylül Üniversitesi Uluslararası İlişkiler Bölümü Avrupa Birliği Hukuku Anabilim Dalı, gozde.kaya@deu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-3256-6952.

European Commission in March 2021. In this study, the principle of equal pay is examined within the framework of EU legislation and the settled case of the European Court of Justice; and the gender pay gap is submitted under the recent data of the EU. Accordingly, the articles

and the novelties introduced by the Commission Proposal are studied and the approaches and opinions put forward by the social partners European Business and European Trade Union Confederation with regard to the Proposal, are covered.

Keywords:

EU Law, gender equality, pay equality, pay gap, pay transparency.

Giriş

Kadın ve erkek için eşit ya da eşdeğerde işe eşit ücret ilkesi, AB'nin Kurucu Antlaşmaları ile garanti altına alınmış temel haklardan birini oluşturmaktadır. AB'de günümüzde mevcut hukuksal düzenlemelere rağmen, kadın ve erkek çalışanlar arasında ücret eşitliğinin uygulamada hala etkin bir şekilde gerçekleştirilemediği görülmektedir. Avrupa Komisyonu tarafından bu konuda hazırlanan pek çok değerlendirme ve uygulama raporunda, bunun önündeki başlıca engellerden birinin ücret şeffaflığının bulunmaması olduğu vurgulanmıştır.¹

Avrupa Komisyonu, 2014 yılında AB mevzuatındaki eşit ücrete ilişkin hükümleri güçlendirmek amacıyla 2014/124 sayılı Ücret Şeffaflığı Tavsiyesi'ni² kabul etmiştir. Ancak Komisyon Tavsiyesi'nin bağlayıcı gücü bulunmaması nedeniyle, üye devletlerde etkisi çok sınırlı kalmıştır.³ 2006/54 sayılı

Birleştirilmiş Direktif'in⁴ ücret eşitliğine ilişkin hükümlerinin değerlendirildiği 2020 yılı Komisyon raporunda da⁵, şeffaflığın artmasının işletme ya da organizasyonların ücret yapılarındaki cinsiyete dayalı önyargı ya da ayrımcılıkları ortaya koyacağı belirtilmiştir. Komisyon tarafından hazırlanan 2020-2025 dönemini kapsayan Cinsiyet Eşitliği Stratejisi'nde⁶ ücret şeffaflığına ilişkin bağlayıcı hükümlere ihtiyaç duyulduğu vurgulanmıştır. Böylelikle, Avrupa Komisyonu, tüm taraflara danıştıktan sonra, 4 Mart 2021 tarihinde Ücret Şeffaflığına İlişkin 2021/93 sayılı Direktif Tasarısı'nı⁷ kabul etmiştir.

Ücret Şeffaflığı Direktif Tasarısı, AB'nin cinsiyete dayalı ücret farkıyla mücadelesi kapsamında gerçekleştirilen, güncellenmiş Barselona hedefleri, Yönetim Kurullarında Cinsiyet Dengesinin

1 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council to strengthen the application of the principle of equal pay for equal work or work of equal value between men and women through pay transparency and enforcement mechanisms, COM (2021) 93 final, 2021/0050 (COD), s.1.
2 Commission Recommendation 2014/124/EU of 7 March 2014 on the strengthening the principle of equal pay between men and women through pay transparency, OJ L 69, 08.03.2014.
3 Leckerf, Marie, Rosamund Shreeves: "Legislative Train 10.2022, A New Push For European Democracy", European Parliament, s. 1.

4 Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (recast), OJ L 204/23.

5 Commission Staff Working Document Evaluation of the relevant provisions in Directive 2006/54 implementing the Treaty principle on 'equal pay for equal work or work of equal value', 5.3.2020, SWD (2020) 50 final.

6 Communication from the Commission, 'A Union of Equality: Gender Equality Strategy 2020-2025' of 5 March 2020, COM (2020) 152 final.

7 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council to strengthen the application of the principle of equal pay for equal work or work of equal value between men and women through pay transparency and enforcement mechanisms, COM (2021) 93 final, 2021/0050 (COD).

Geliştirilmesine İlişkin Direktif Tasarısı⁸ ve İş Yaşam Dengesi Direktifi⁹ ile birlikte alınan önlemler kapsamında gündeme gelmiştir. Barcelona Stratejisi, çocuk bakımından yaşam boyu bakıma kadar herkes için kaliteli hizmetlere daha iyi ve daha uygun fiyatlı erişim sağlayan, sürdürülebilir bakımın geliştirilmesine yönelik politika reformları içermektedir. Komisyon tarafından Şirket Yönetim Kurullarında Cinsiyet Dengesinin Geliştirilmesine İlişkin 2012 Tarihli Direktif Tasarısı'nda ise, cam tavanı kırmaya yardımcı olmak için icrada görevli olmayan yönetim kurulu üyelerinin en az %40'ının daha az temsil olunan cinsiyetten oluşturulması amaçlanmaktadır. 2019 yılında kabul edilen İş Yaşam Dengesi Direktifi'nde, kadınların aile bireylerine bakmak için daha fazla izin aldıklarını göz önüne alarak, babalık izni, ebeveyn izni, bakıcı izni ve çalışan ebeveynlerle bakıcıların çalışma saatlerinin esnekleştirilmesini talep etme haklarına ilişkin önlemlere yer verilmektedir.

Bu çalışmanın ilk bölümünde, AB'de kadın ve erkek çalışanlar için eşit ve eşdeğerde iş için eşit ücret ilkesi, AB Hukuku'nun birincil ve ikincil kaynaklarında yer alan hükümler ve Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın (ABAD) bu konudaki yerleşmiş içtihat hukuku temelinde incelenmiştir. Bunu kadın ve erkek çalışanlar arasındaki ücret farkının AB'nin güncel istatistiksel verileri ışığında irdelenmesi izlemektedir. Çalışmanın ikinci bölümünde Avrupa Komisyonu'nun 2014 yılı Ücret Şeffaflığına ilişkin Tavsiyesi ile 2021 yılı Ücret Şeffaflığı Direktif Tasarısı'na ait hükümler ve getirdikleri yenilikler incelenmiştir. Son bölümde ise sosyal tarafların AB'nin sosyal politika alanındaki karar alma sürecine etkileri nedeniyle, Avrupa İş Dünyası ile Avrupa İşçi Sendikaları Konfederas-

yonu'nun Ücret Şeffaflığı Direktif Tasarısı'na ilişkin yaklaşım ve görüşlerine yer verilmiştir.

I. AB'nin Kurucu Antlaşma ve Direktiflerinde Eşit Ücret İlkesi

AB Hukuku'nda, eşit ücret ilkesine ilk olarak Avrupa Ekonomik Topluluğu Antlaşması'nın (AETA) 119. maddesinde yer verilmiştir. Buna göre, "Her Üye Devlet, ilk aşama boyunca aynı iş için kadın ve erkek işçilere eşit ücret ödenmesi ilkesinin uygulanmasını temin eder ve daha sonra bu uygulamayı sürdürür." Bu maddenin Antlaşma'ya dahil edilmesi sosyal adaleti sağlama kaygısından ziyade ekonomik sebeplere dayanır.¹⁰ Esasen Topluluğa kuruluş döneminde egemen olan kanaat, Avrupa'nın ekonomik bütünlüğünün sosyal ilerlemeyi kendiliğinden sağlayacağı yönünde olmuştur.¹¹ Serbest rekabeti olumsuz etkilemeye elverişli bir ayrımcılık türü olan ücret konusunda cinsiyet temeline dayanan ayrımcılığı ortadan kaldırmayı amaçlayan AETA 119. madde, AB sosyal politikasının bu özel alanındaki ender kurullarından biri olarak değerlendirilmektedir.¹² ABAD'ın, *Defrenne II*¹³ kararında da belirtildiği üzere, bu hükmün amacı eşit ücret ilkesini uygulayan üye devletlerde kurulu teşebbüslerin ücret yönünden ayrımcılığı ortadan kaldırmamış olan devletlerde kurulu teşebbüslere kıyasla, Birlik içinde rekabette dezavantaja maruz kalmalarının önlenmesidir.¹⁴ Divan bu hükmün aynı zamanda,

8 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on improving the gender balance among non-executive directors of companies listed on stock exchanges and related measures, COM/2012/0614 final - 2012/0299 (COD).

9 Directive (EU) 2019/1158 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on work-life balance for parents and carers and repealing Council Directive 2010/18/EU, OJ L 188, 12.7.2019, p. 79-93.

10 Atamer, Yeşim M.: "Sosyal Politika" içinde Gülören Tekinalp, Ünal Tekinalp, Avrupa Birliği Hukuku, BETA Basım Yayım Dağıtım AŞ, İstanbul, 2000, s. 641.

11 Heper, Altan: Avrupa İş Hukuku ve Türkiye, Avrupa-Türkiye Araştırmaları Enstitüsü (ATA-Enstitüsü), 1. Basım. İstanbul, 1997, s.123.

12 Gülmez, Mesut: İnsan Hakları ve Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılığın Kaldırılması ve Türkiye, Belediye-İş Sendikası, Ankara, 2009, s. 342.

13 Case 43/75 *Defrenne v. Société Anonyme Belge de Navigation Aérienne Sabena* (No.2), [1976], ECR 455.

14 Heper, s. 123; Atamer, s. 641; Foubert, Petra: The Legal Protection of the Pregnant Worker in the European Community- Sex Equality, Thoughts of Social and Economic Policy and Comparative Leaps to the United

Topluluğun sosyal hedefleriyle de örtüştüğünü belirterek, Topluluğun sadece ekonomik nitelikte bir Birlik olmadığını ve aynı zamanda sosyal gelişmeyi ve kişilerin yaşam ve çalışma koşullarının iyileştirilmesini sağlamayı amaçladığını belirtmiştir.¹⁵ *Defrenne II* kararının AB hukuk düzeni için önemi AETA 119. maddenin, hem ekonomik hem sosyal temelli iki amaca hizmet ettiğini belirtmesindedir. Kararda AETA 119. maddenin dikey ve yatay doğrudan etkili bir antlaşma hükmü olduğuna, bir başka deyişle devlet ve birey ilişkisinin yanı sıra bireyler arasındaki ilişkilerde de ileri sürülebilecek hak ve yükümlülükler doğuran bir niteliği olduğuna hükmedilmiştir. Bu kararla AETA 119. madde uyarınca ücret eşitliği, Üye Devletlerin ulusal mahkemelerinde doğrudan ileri sürülebilir hale gelmiştir.¹⁶

AET Antlaşması'nın 119. maddesinin amaçları bakımından ücret kavramı, "İşçinin yaptığı iş karşılığında doğrudan doğruya veya dolaylı olarak ve ister nakdi ister ayni olsun, işvereninden aldığı temel veya asgari, ücret ya da maaş ve herhangi bir bedel" anlamına gelir. Cinsiyet farkı gözetmeksizin ücret ödenmesi, "parça başına göre ödenen ücretin aynı iş için aynı ölçü birimi üzerinden ödenmesini, zaman esası üzerinden ödenen ücretin aynı iş için eşit olmasını" ifade eder. Bu düzenleme ücretin tanımı bakımından Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 100 sayılı Eşit

Ücret Sözleşmesinin¹⁷ 1. maddesi ile uyumlu olmakla birlikte; Sözleşme'nin 2. maddesinde yer verilen eşit değerde iş için eşit ücret ilkesi, madde metnine alınmamıştır.¹⁸

Amsterdam Antlaşması'nın¹⁹141/1. maddesinde eşit iş için eşit ücret ilkesinin kapsamı eşit değer işi içerecek şekilde genişletilmiş ve Antlaşma, Divan kararlarıyla aynı çizgiye getirilmiştir. Bu hüküm uyarınca, "Her üye devlet kadın ve erkek işçilere aynı veya eşit değerde iş için eşit ücret ilkesinin uygulanmasını sağlar."²⁰ Gerek Amsterdam Antlaşması ve gerek Antlaşma'nın 141/1. maddesi, Topluluğun amaç ve hedeflerini önemli ölçüde güçlendirmiştir. Antlaşma'nın 2. maddesinde kadın erkek eşitliğinin sağlanması, Topluluğun görevlerinden biri haline gelmekte; 3. maddenin 2. paragrafında ise Topluluk bu maddede belirtilen tüm faaliyetlerinde erkekler ve kadınlar arasındaki eşitsizliği gidermeyi ve eşitliği sağlamayı amaç edinmektedir.²¹ Bu hükümler bir arada AB'nin temel ilkelerinden biri olan "Toplumsal cinsiyeti tüm politikaların merkezine koyma yaklaşımını (gender mainstreaming)" içermektedir.²²

17 6 Haziran 1951 tarihinde kabul edilen Sözleşme'nin Türkiye tarafından onaylanması 13.12.1966 tarihli ve 810 sayılı Kanunla uygun bulunmuştur. Resmî Gazete Yayın Tarihi ve Sayısı: 22.12.1966/12484, Erişim: https://www.ilo.org/ankara/about-us/WCMS_412372/lang--tr/index.htm (Erişim tarihi: 30.10.2022). 100 sayılı Sözleşme, 111 sayılı Ayrımcılık (İş ve Meslek) Sözleşmesi ile birlikte Uluslararası Çalışma Örgütü'nün temel sözleşmeleri arasındadır. İstihdam ve meslekte ayrımcılığın ortadan kaldırılması, çalışma yaşamında temel haklara ilişkin ilkeler ILO Bildirgesi ile kabul edilen dört temel ilkedendir. ILO üyeleri, söz konusu sözleşmeleri onaylamış olsalar dahi, örgüt üyesi olmakla bu Sözleşmelerde sayılan temel haklara ilişkin ilkelere iyiniyetle ve ILO Anayasası'nın bir gereği olarak saygı göstermek, bu ilkeleri geliştirmek ve gerçekleştirmekle yükümlüdürler.

18 Gülmez, s. 342; Heper, s. 127.

19 Amsterdam Antlaşması'nın Türkçe metni için bkz. Erişim: <https://www.ikv.org.tr/images/files/A6-tr.pdf> (Erişim tarihi: 25.10.2022).

20 Barnard, Catherine: *EC Employment Law*, Oxford University Press, New York, 2006, s. 306.

21 Blanpain, Roger: *European Labor Law*, Kluwer Law International, 10th Revised Edition, The Hague, The Netherlands, 2006, s. 452.

22 Bruun, Niklas: "The New Legal Framework For Equality In The European Union" içinde *The Changing Face of European Labour Law and Social Policy*, Alan C. Neal (Ed), Kluwer Law International, The Hague, The Netherlands,

States of America, Kluwer Law International, The Hague, 2002, ss. 92-93; Tobler, Christa: *Indirect Discrimination, A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC Law*, E.M. Meijers Instituut, Intersentia Antwerpen, 2005, s. 37; Hervey, Tamara: *Justifications for Sex Discrimination in Employment*, Butterworth & Co. Publishers Ltd, London, 1993, s. 37; Sargeant, Malcolm: *Discrimination Law*, Pearson Education Limited, England, 2004, s. 14; Yenisey, Ku bra Doğan: "Kadın Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukuku'nun Avrupa Birliği Hukuku ile Olası Uyum Sorunları", *Kamu-İş, Yargıç Dr. Aydın Özkul'a Armağan*, Cilt. 6, Sayı. 4, 2002, s. 3; Baykal, Sanem-İlke Göçmen: *Hakim ve Savcılar İçin Avrupa Birliği Hukuku El Kitabı*, Adalet Bakanlığı Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü Yayını, Ankara, 2021, s. 575.

15 Kaya, Gözde: *Avrupa Birliği İş Hukuku'nda Cinsiyet Ayrımcılığı*, Avrupa Birliği Bakanlığı Akademik Araştırmalar Serisi-1, Ankara, 2012, s. 135; Bercusson, Brian: *European Labour Law*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2009, s. 339.

16 Kaya, s. 135; Heper, s.126.

Antlaşma'nın 13. maddesi, Bakanlar Konseyi'ne cinsiyet dahil olmak üzere tüm ayrımcılık türleriyle mücadele etme konusunda yetki vermesi bakımından büyük bir öneme sahiptir. Eşdeğer işe eşit ücret ilkesinin kabulünde, Kadın ve Erkek Çalışanlar arasında Eşit Ücret İlkesinin Uygulanması Hakkında Üye Devletler Mevzuatının Yakınlaştırılmasına Dair 75/117 sayılı Konsey Direktifi²³ ve Eşit Muamele Konusunda 76/207 sayılı Konsey Direktifi²⁴ ile ABAD içtihat hukukunun önemli bir yeri bulunmaktadır.²⁵

75/117 sayılı Direktif'in 1.maddesi uyarınca, "AETA 119. maddesinde yer alan kadın ve erkek için ücret eşitliği ilkesi, aynı iş veya eşit değer atfedilebilir iş için, ücretlendirmenin tüm yönleri ve koşullarıyla ilgili olarak cinsiyete dayalı her türlü ayrımcılığın ortadan kaldırılması anlamına gelmektedir. Özellikle, ücretin belirlenmesinde bir iş sınıflandırma sisteminin kullanıldığı durumlarda hem erkekler hem de kadınlar için aynı kriterlere dayandırılmalı ve cinsiyete dayalı herhangi bir ayrımcılığı dışlayacak şekilde düzenlenmelidir."

Avrupa Topluluğu Antlaşması'nın (ATA) 141/1. maddesiyle konulan bu ilke, Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma'nın (ABİDA) 157. maddesinin birinci fıkrasına aynen aktarılmıştır. ABİDA'nın 157. maddesi hem ekonomik hem sosyal amaç gütmekte; sosyal amaç ekonomik amaca göre önce gelmektedir.²⁶ AET Antlaşması'nın ilk metninde ve AB Kurucu Antlaşmalarının gözden geçirilmiş metinlerinde eşit iş terimi eşit değerde işe tercih edilmiş olmasına rağmen, uygulamasının esasen çok benzer sonuçları olmuştur.²⁷

2004, s. 84.

23 Council Directive 75/117/EEC of 10 February 1975 on the approximation of the laws of the Member States relating to the application of the principle of equal pay for men and women, OJ L 45, 19.2.1975.

24 Council Directive 76/207/EEC of 9 February 1976 on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions, OJ L 039.

25 Atamer, s. 642.

26 Baykal ve Göçmen, s. 572.

27 Servais, Jean-Michel: International Labour Law, Kluwer Law International, 2005, The Netherlands, s. 153.

Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, AB Temel Haklar Şartı'nda da önemli bir yere sahiptir. Şart'ın 21. maddesinin 1. paragrafında aralarında cinsiyetin de bulunduğu ayrımcılık sebepleri sayma yoluyla sınırlı olmaksızın belirtilmiştir. Şart'ın 'Erkekler ve Kadınlar Arasında Eşitlik' başlığı altında düzenlenen 23. maddesinin 1. paragrafı, erkek ve kadınlar arasında eşitliğin, istihdam, çalışma ve ücret dahil olmak üzere bütün alanlarda sağlanmasını gerektirir. Maddenin 2. paragrafı olumlu ayrımcılığı düzenlemekte olup, eşitlik ilkesinin yeterli bir şekilde temsil edilmeyen cinsin lehine belirli avantajlar sağlanmasını öngören önlemlerin sürdürülmesini ve benimsenmesini engellemeyeceğini hüküm altına alır.²⁸

2006/54 sayılı Direktif²⁹ ile erkekler ve kadınlar arasında eşit muamele ve eşit ücret konularında, aralarında 75/117 sayılı Direktif ile 76/207 sayılı Direktif'in de bulunduğu yedi Direktif konsolide edilmiştir.³⁰ 2006/54 sayılı Direktif'in Birinci Bölümünde yer verilen 4. madde, ayrımcılık yasağına ilişkindir. Bu madde uyarınca, "Aynı iş veya eşit değer atfedilen iş için ücretlendirmenin tüm yönleri ve koşulları bakımından cinsiyete dayalı doğrudan veya dolaylı ayrımcılığın ortadan kaldırılması gerekir." Özellikle ücretin belirlenmesinde bir iş sınıflandırma sisteminin kullanıldığı durumlarda, bunun hem kadınlar hem de erkekler için aynı ölçütlere dayalı olacak ve cinsiyete dayalı herhangi bir ayrımcılığı dışlayacak şekilde düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir. (md. 4/2) ABAD *Rummler*³¹ kararında davacı kadın işçinin, işverenin ücret skalasında daha yüksek bir kategoride sınıflandırılması istemiyle ulusal mahkemede açtığı davada bir iş sınıflandırma sisteminin kas gücü veya işin ağırlığı kriterlerine dayalı olma-

28 Barnard, s. 313; Blanpain, s. 452.

29 Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (Recast Directive), OJ L 204/23, 26.07.2006.

30 2006/54 sayılı Direktif ile 75/117; 76/207; 2002/73; 86/378; 96/97; 97/80 ve 98/52 sayılı Direktifler iptal edilerek, yürürlükten kaldırılmıştır.

31 Case 237/85, *Gisela Rummler v. Dato-Druck GmbH* [1986], ECR 2101.

sının, kadın ve erkekler için eşit ücret ilkesiyle uyumlu olup olmadığını değerlendirmiştir. Di- van'a göre, 75/117 sayılı Direktif, ücret miktarını belirlemek amacıyla yapılan bir iş sınıflandırma sisteminde, -sistem diğer kriterleri de dikkate alarak cinsiyete dayalı ayrımcılığı bir bütün halinde engellediği sürece- doğası veya ağırlığı gereği belirli bir fiziksel güç ve çaba kullanımını gerektiren işlerde, kas gücünün bir kriter olarak alınmasını yasaklamamaktadır.³² 75/117 sayılı Direktif'e göre, ücret sınıflandırmasını düzenleyen kriterler, aynı iş ister kadın ister erkek çalışan tarafından görülsün, nesnel olarak aynı ücreti sağlamalıdır. İşin ne ölçüde çaba gerektirdiğini veya ağır olup olmadığını belirlemek için bir cinsiyetten işçilerin ortalama performansını yansıtan değerlerin kullanılması, cinsiyete dayalı bir ayrımcılık oluşturduğundan, Direktif'e aykırı olacaktır. Dolayısıyla, bir iş sınıflandırma sisteminin bir bütün olarak ayrımcı olmaması için, sistem ifa edilen işin doğası izin verdiği ölçüde, her bir cinsiyetten çalışanın özel olarak gösterebileceği yeteneği ölçüt olarak dikkate alınmalıdır.³³

2006/54 sayılı Direktif, ücretin belirlenmesi için mesleki sınıflandırma sisteminin kullanılmasını sağlamak üzere, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (ILO) 100 sayılı Sözleşmesi'ne kıyasla daha açık bir ifade kullanmaktadır.³⁴ 100 sayılı ILO Sözleşmesi anlamında eşit değerde iş için erkek ve kadın işçiler arasında eşit ücret deyi mi cinsiyet esasına dayanan bir ayırım gözetmeksizin tespit edilmiş bulunan ücret hadlerini ifade eder. Eşit ücret ödenecek işlerin eşit değerde bir iş olup olmadığı, objektif bir değerlendirmeyle belirlenmelidir. Sözleşme'de iş değerlendirmesinin görülecek iş temelinde yapılması gerektiği öngörülmüştür. İş değerlendirmesi, bir işyerinde görülmekte olan her işin, belirli objektif kriterle-

re göre birbirleriyle karşılaştırılması sonucu ayrı ayrı değerlendirilmesi ve böylece bu işler için ödenmesi gereken ücret miktarının belirlenmesidir.³⁵ İşçilerin ücretleri arasında bu tür bir objektif değerlendirmeyle cinsiyet esasına dayanan bir ayırım gözetmeksizin tespit edilen farklar, ücret eşitliği ilkesine aykırı sayılmayacaktır. İş değerlendirmesinde izlenecek yöntemler, ücret hadlerinin tespitine yetkili makamlar tarafından, ücret hadleri toplu iş sözleşmeleriyle tespit ediliyorsa bu sözleşmelere taraf olanlarca kararlaştırılabilir. 90 sayılı ILO Tavsiyesi'nin³⁶ 5. maddesi uyarınca üye ülkeler, ücretin veya oranlarının eşit ücret ilkesine uygun olarak belirlenmesini kolaylaştırmak amacıyla işlerin cinsiyete bakılmaksızın sınıflandırılmasının sağlanması ve görülen işin, iş analizi ve diğer prosedürler vasıtasıyla nesnel olarak değerlendirilmesi için gerekli yöntemlerin oluşturulmasını teşvik edeceklerdir.

Eşdeğerde iş kavramı eşit işten daha geniş bir kavram olarak, uygulamada özellikle kadınların tasarrufunda olan ve erkeklerin işleriyle karşılaştırılması daha güç olan belirli meslekleri kapsamaktadır. 100 sayılı ILO Sözleşmesi bu sebeple üye ülkeleri işleri, görülen iş temelinde objektif bir şekilde değerlendirmeye teşvik etmektedir. Daha çok kadınlar tarafından yapılan ve bu nedenle kadın işi denilen işlere iş değerlendirmesi sırasında daha az değer ve düşük puanlar verilmesi ayrımcı bir uygulama oluşturur.³⁷

Farklı kişiler tarafından yapılan işin aynı veya eşit değerde olup olmadığını tespit etmek için işin niteliği, eğitim gereklilikleri ve çalışma koşulları gibi çeşitli faktörler göz önüne alınarak, bu kişilerin benzer durumda sayılıp sayılmayacağı belirlenmelidir. Bunun sonucunda, bu kişilerin benzer durumda sayılması halinde ortada aynı veya eşit değerde iş olduğu kabul edilir; aksi hal-

32 Case 237/85, *Gisela Rummler v. Dato-Druck GmbH* [1986], ECR 2101, Court ruling para.1, s. 2118.

33 Case 237/85, *Gisela Rummler*, Court ruling para.2, ss. 2118-2119.

34 Bronstein, Arturo: *International and Comparative Labour Law: Current Challenges*, International Labour Organization, Palgrave Macmillan, Geneva, 2009, s. 133.

35 Tuncay, Can: *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s. 192.

36 ILO Recommendation R090, *Equal Remuneration*, 1952 (No. 90).

37 Servais, s. 153; Onaran-Yüksel Melek: *Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın-Erkek Eşitliği*, BETA Basım AŞ, İstanbul, 2000, s. 198.

de eşit veya eşdeğer işten söz etmek mümkün değildir.³⁸ Bu konuda ABAD *Royal Copenhagen*³⁹ davasında verdiği kararında, AETA 119. maddesi ile 75/117 sayılı Direktif'in eşit ücrete ilişkin hükümlerinin, Avrupa ülkelerinde ücretin tamamen veya büyük ölçüde her işçinin bireysel üretimine bağlı olduğu, parça başı ücret düzenine uygulanabileceğini belirtmiştir.⁴⁰ Bununla birlikte Divan, ağırlıklı olarak kadınlardan oluşan ve tek bir tür iş gören bir grup işçinin ortalama ücretinin ağırlıklı olarak erkeklerden oluşan ve eşit değer atfedilebilen başka bir işi gören bir grup işçinin ortalama ücretinden önemli ölçüde düşük olmasının, ücret konusunda ayrımcılığın varlığını kanıtlamak için yeterli olmadığını belirtmiştir. Öte yandan, bireysel ücretin her bir işçinin üretimine bağlı olarak değişken bir unsurdan ve ilgili işçi grubuna göre değişen sabit bir unsurdan oluştuğu parça başı ücret düzeninde -ücretteki değişken unsuru hesaplamak için kullanılan ölçümde oranları ve faktörleri belirlemek mümkün olmadığından- işverenin bu farklılıkların cinsiyet ayrımcılığından kaynaklanmadığını kanıtlamak zorunda kalabileceğine işaret etmiştir.⁴¹ Divan, parça başına ücret ödenen iki grup işçinin ortalama ücreti arasında yapılacak karşılaştırmanın amacı bakımından, ulusal mahkemenin, işin

doğası, eğitim gereklilikleri ile çalışma koşulları vb. faktörleri göz önüne alarak, her iki gruptaki tüm işçilerin karşılaştırılabilir durumda olduklarından ve farklılıkların tamamen tesadüfi ya da kısa vadeli faktörlerden kaynaklanmadığından emin olması gerektiğini vurgulamıştır. Divan, erkek ve kadınlar için eşit ücret ilkesinin, ücret unsurlarının toplu pazarlık veya müzakereler yoluyla belirlendiği durumlarda da geçerli olduğunu; bununla birlikte ulusal mahkemenin değerlendirmesinde iki grup işçinin ortalama ücretleri arasındaki farkların cinsiyete dayalı herhangi bir ayrımcılıkla ilgili olmayan nesnel faktörlerden kaynaklanıp kaynaklanmadığını dikkate alabileceğini belirtmiştir.⁴²

ABAD'a göre toplu iş sözleşmeleri de eşit ücret ilkesine uymalıdır. Divan, *Commission v United Kingdom*⁴³ kararı ve aynı yöndeki *Kowalska*⁴⁴ kararında AB Hukuku'nun toplu iş sözleşmelerine uygulanacağı ve hukuka aykırı olarak ayrımcılık yapılamayacağını açıklığa kavuşturmuştur. ABAD, *Enderby*⁴⁵ kararında ise kanun sözcüsünün işaret ettiği gibi toplu iş sözleşmesi sürecinin, cinsiyete dayalı ayrımcılık yasağından hiçbir şekilde ayırık tutulamayacağını ve bu nedenle toplu iş sözleşmelerinin, ayrımcılık karşıtı hukuk kurallarından kaçınmanın bir yolu olarak kullanılamayacağını hükme bağlamıştır.⁴⁶

Bir işletmede kadın ve erkek çalışanlara aynı iş için farklı ücret ödendiğinde ve bu farklı ödemenin sadece cinsiyet farklılığına dayanması durumunda, doğrudan ayrımcılık ortaya çıkar.⁴⁷ Diğer bir ifadeyle, 2006/54 sayılı Direktif'te yer alan ta-

38 Baykal ve Göçmen, s. 574.

39 Case C-400/93, *Specialarbejderforbundet i Danmark v Dansk Industri, formerly Industriens Arbejdsgivere, acting for Royal Copenhagen A/S*, European Court Reports 1995 I-01275. Davaya konu olayda, ilgili işletmede seramik üretiminde çalışan 1150 işçinin %60'ı kadın, %40'ı erkek çalışandan oluşmaktadır. İşçiler, üretim aşamalarında porselen kil kütlesini şekillendirmek için çeşitli teknikler kullanan tornacılar, ürünleri süsleyen ressamlar ve fırınların işletilmesi, tasnif, cilalama, fabrika içinde nakliye vb. işleri gören vasıfsız işçiler olmak üzere üç gruba ayrılmış ve bunlar da çeşitli alt gruplara ayrılmıştır. Somut olayda tüm çalışanlar aynı toplu iş sözleşmesi kapsamında parça başı ücretle çalışmaktadırlar. Diğer bir ifadeyle aldıkları ücret, ürettikleri parça sayısına bağlıdır. Bununla birlikte tüm gruplar için aynı olan sabit bir saatlik ücret de tercih edilebilecektir. Bu durumda aldıkları ücret sabit bir saatlik ücret ve üretilen parça sayısına göre değişen ücret olmak üzere iki unsurdan oluşacaktır.

40 Case C-400/93, *Royal Copenhagen*, Court ruling para.1, s. I-1315.

41 Case C-400/93, *Royal Copenhagen*, Court ruling para.2, ss. I-1315-I-1316.

42 Case C-400/93, *Royal Copenhagen*, Court ruling para.5, ss. I-1316; Shaw, Jo, Jo Hunt and Chloë Wallace: *The Economic and Social Law of the European Union*, Palgrave Macmillan, the United Kingdom, 2007, s. 373.

43 Case 165/82, *Commission of the European Communities v United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, *European Court Reports*, 1983 -03431.

44 Case C-33/89, *Maria Kowalska v Freie und Hansestadt Hamburg*, ECLI:EU:C:1990:265.

45 Case C-127/92, *Dr. Pamela Mary Enderby v Frenchay Health Authority and Secretary of State for Health*, *European Court Reports* 1993 I-05535.

46 Shaw ve diğerleri, s. 374.

47 Heper, s. 132.

nımı çerçevesinde doğrudan cinsiyet ayrımcılığı, bir kişiye cinsiyetine dayalı olarak, kıyaslanabilir bir durumda bulunan farklı bir kişiden daha az lehte davranılması anlamına gelmektedir.⁴⁸ Bununla birlikte, cinsiyet açısından nötr görünen bir kuralın, fiilen bir cinsiyete mensup kişileri diğer cinsiyetten olanlara göre daha fazla etkilemesi ve bunun cinsiyete bağlı ayırım yapma nedeni dışında başka bir nedenle açıklanamaması halinde ise dolaylı ayrımcılık ortaya çıkmaktadır.⁴⁹ 2006/54 sayılı Direktif'te öngörüldüğü haliyle, dolaylı ayrımcılık, meşru bir amaçla objektif olarak gerekçelendirilemeyen ve amaca ulaşmak için uygun ve elverişli olmayan, görünürde tarafsız olan bir hüküm, ölçüt ya da uygulamanın, bir cinsiyettekileri diğer cinsiyettekilere kıyasla belirli bir mağduriyete uğratması anlamına gelmektedir.⁵⁰

ABAD Jenkins⁵¹ Kararı'nda işyerinde kısmi süreli çalışan davacı kadın işçinin saat ücretinin aynı işi tam zamanlı olarak yapan erkek işçiye ödenen ücretten daha az olmasıyla ilgili olarak yaptığı değerlendirmede, tam zamanlı çalışan işçilerle kısmi süreli çalışan işçilere ödenen farklı ücret, kısmi zamanlı çalışan işçilerin tamamının veya büyük çoğunluğunun kadın işçilerden oluşması ve kısmi süreli çalışanların ücretlerinin dolaylı olarak düşük tutulmasına vasıta olması halinde, bunun AETA 119. maddesine aykırılık oluşturacağı yolunda hükme varmıştır.⁵²

Divan *Brunnhoffer*⁵³ davasında ise, davacı kadının işçi Brunnhoffer'in işvereni olan banka tarafından kendisine ödenen ücretle, bir erkek meslektaşına ödenen ücret arasında fark olduğuna ilişkin iddiasını, yine AETA 119. md ve 75/117 sayılı Direktif çerçevesinde incelemiştir. Somut olayda Brunnhoffer'in aynı işyerinde çalışan er-

kek meslektaşı, işyerinde önemli müşterilerle ilgilenmek ve bağlayıcı taahhütlere girmekle yetkili ve sorumludur. Davacı Brunnhoffer, kredileri denetlemekle görevli olup, müşterilerle daha az temas halindedir ve işvereni doğrudan bağlayan taahhütlerde bulunmamaktadır. Divan'a göre ulusal mahkeme öncelikle davacı kadın çalışan ile erkek meslektaşının karşılaştırılabilir bir iş yapıp yapmadıklarını belirlemelidir. Divan, cinsiyete dayalı ayrımcılığa uğradığını iddia eden kadın çalışanla karşılaştırılan erkek çalışanın iş ilişkilerini düzenleyen toplu iş sözleşmesi kapsamında aynı iş kategorisinde sınıflandırılmış olmasının, bu kriterin karşılandığına dair göstergelerden sadece birisi olması nedeniyle, AETA 119. madde anlamında eşit veya eşit değer atfedilen bir iş gördükleri sonucuna varmak için yeterli olmadığına hükmetmiştir.⁵⁴ Divan'a göre, ayrımcılığa uğradıklarını düşünen çalışanlar, işverenden karşı cinsten emsal bir çalışana ödenen ücretten daha düşük ücret aldıklarını ve emsal çalışan ile aynı işi veya eşit eşit değerde iş yapmakta olduklarını ispat etmelidirler. ABAD, işverenin, bunu takiben somut olayda hem kadın ve erkek çalışan için eşit ücret ilkesinin uygulandığını, hem de ücretteki farklılığın cinsiyete dayalı bir ayrımcılıkla ilgisi olmadığını haklı bir şekilde gerekçelendirmesi gerektiğini hükme bağlamıştır.⁵⁵

II. AB'de Cinsiyete Dayalı Ücret Farkı

Cinsiyete dayalı ücret farkı, en yalın ifadesiyle kadın ve erkek çalışanların saat başına aldıkları ücretteki farklılığı ifade eder ve erkek çalışanların saat başına aldıkları ücret referans alınarak, bunun belirli bir yüzdesi şeklinde belirtilmesi suretiyle hesaplanır. Diğer bir ifadeyle bu ücret farkı, işgücü piyasasında ücretli, maaşlı ya da yevmiyeli olarak çalışmakta olan tüm kadın ve erkek çalışanların ortalama ücret düzeyleri arasındaki farkı ölçmektedir. Bu fark, çalışanların

48 Kaya, s. 107.

49 Heper, s. 132.

50 Kaya, s. 109.

51 Case 96/80, *J.P. Jenkins v Kingsgate (Clothing Productions) Ltd.*, *European Court Reports* 1981-00911.

52 Barnard, s. 306; Kaya, s. 147.

53 Case C-381/99, *Susanna Brunnhofer v Bank der österreichischen Postsparkasse AG*, ECR [2001] I-04961.

54 Case C-381/99, *Brunnhofer*, s. I-5004.

55 Case C-381/99, *Brunnhofer*, s. I-5005.

mutlaka aynı işi yapmalarını ve aynı özelliklere sahip olmalarını gerektirmez.⁵⁶ Cinsiyete dayalı ücret farkı, genellikle ülke temelinde ve alt kategorileri olan yaş, eğitim düzeyi, meslek, sektör, kamu-özel sektör ve kayıtlılık durumları göz önüne alınmak suretiyle detaylı şekilde incelenerek, tespit edilmektedir.⁵⁷

Cinsiyete dayalı ücret farkının temel nedenleri arasında işyerinde cinsiyet temelli doğrudan ya da dolaylı ayrımcılık yapılması, kadın ve erkeklerin farklı işkolları ve sektörlerde çalışmakta olmaları, bazı iş ya da meslek gruplarının tamamen kadın ya da erkek çalışanlara özgülenmesi, kadın çalışanların özellikle çoğunlukta oldukları işlerde kadınların emeğinin, becerilerinin ve yetkinliklerinin daha az değerli olacak şekilde değerlendirilmesi ve kadınların yönetici vb. üst düzey pozisyonlarda erkeklere kıyasla daha az çalışmakta olmaları şeklinde sıralanabilir.⁵⁸ Diğer bir ifadeyle, kadın işi denilince, erkekler tarafından da görülebilmekle birlikte, alışılmış biçimde hep kadınların çalıştıkları ve çalıştırıldıkları işler anlaşılır. Bu ayrıma göre işler beceri, işin niteliği, cinslerin sahip oldukları özellikler ve arzuya göre kadınlar ve erkekler arasında paylaşılır ve giderek toplumda belli işlerin erkekler belli işlerin kadınlar tarafından yapılacağı düşüncesi egemen olur.⁵⁹

Kadın çalışanlar, tüm dünya genelinde kendilerine özgülenmiş toplumsal cinsiyet rolleri nedeniyle, çalışma ve aile yaşamını birlikte yürütmekte zorluk çekmektedir. Kadın çalışanların bazen kendi seçimleri, bazen de işverenlerinin ayrımcı işlemleri sebebiyle işgücü piyasasında daha ziyade düşük statülü, yeterli bir hukuki ko-

ruma sağlamayan, kariyer olanakları kısıtlı, daha arka planda kalan, pasif ve dolayısıyla düşük ücretli "kadın işi" olarak nitelendirilen meslek ve işlerde çalıştığı görülmektedir.⁶⁰ Kadınların ağırlıklı olarak evdekine benzer nitelikteki işlerde, eğitim ya da pazarlama sektöründe, ücret bakımından getirisi daha sınırlı olan kamu sektöründeki işlerde, sağlık sektöründe hasta bakımı hizmetlerinde⁶¹ ya da temizlik sektöründe⁶² çalıştığı görülmektedir. Böylelikle işgücü piyasasında daha yüksek sorumluluk, yönetim ve yetki gerektiren, daha nitelikli, güvenceli, süreklilik arz eden ve yüksek ücretli işler ise "erkek işi" olarak vasıflandırılıp, erkek çalışanlara özgülenmiştir.⁶³

Kadınlar, AB'ye üye ülkelerde de toplumun kendilerinden beklediği annelik ve aile yükümlülüklerini üstlenmeleri neticesinde, çoğunlukla kendilerine daha az hukuki koruma sağlayan kısmi süreli işlerde çalışmak zorunda kalmaktadırlar. 2021 yılı itibarıyla AB'de kadınların %28'i diğer bir ifadeyle üçte biri, kısmi süreli olarak çalışmaktadır. Erkek çalışanlarda ise bu oran %8 olarak kaydedilmiştir.⁶⁴ Kısmi süreli kadın çalışanların en yoğun olduğu ülke Hollanda (%74) olarak tespit edilirken, en az olduğu ülke ise Bulgaristan (%2) olarak belirlenmiştir.⁶⁵ Bu su-

56 Cinsiyete Dayalı Ücret Farkının Ölçümü-Türkiye Uygulaması, ILO-Uluslararası Çalışma Örgütü ve TÜİK Raporu, 2020, s. 12. Erişim: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-ankara/documents/publication/wcms_756659.pdf (Erişim tarihi: 18.10.2022).

57 Cinsiyete Dayalı Ücret Farkının Ölçümü- ILO ve TÜİK Raporu, ss. 20-27.

58 Tackling the gender pay gap in the European Union, European Commission, Publication Office of the European Union, Luxembourg, 2011, ss. 7-8.

59 Tuncay, s. 179.

60 Halaçlı, Bekirhan, Hacer Simay Karaalp-Orhan: "Türkiye'de Cinsiyete Dayalı Ücret Eşitsizliği: İşveren Yönlü Bir Analiz", Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 61, 2022, s. 69; Koray, Meryem: "Kadın Adına Gündem Oluşturmak", Amme İdaresi Dergisi, Cilt.23, Sayı. 3, Eylül 1990'dan Ayrı Bası, Ankara, 1990, s. 81.

61 Landmesser, J.M., A.J.Orlowski and M.A. Rusek: "Gender Pay Gap Across the Income Distribution: Analysis for the EU", Proceedings of the 10th Polish Symposium on Physics in Economy and Social Sciences (FENS 2019) Acta Physica Polonica A, No.1, Vol.138, 2020, s.31; Ahrens, Petra and Alexandra Scheele, "Game-Changers for Gender Equality in Germany's Labour Market? Corporate Board Quotas, Pay Transparency and Temporary Part-Time Work", German Politics, 31:1, 2022, s. 158; Koray, s. 81.

62 Peruzzi, Marco: "Contradictions and misalignments in the EU approach towards the gender pay gap, Cambridge Journal of Economics, Vol. 39, No. 2, 2015, s. 450.

63 Halaçlı, Karaalp-Orhan, 69; Landmesser ve diğerleri, s. 31.

64 "More people in work", Eurostat, Erişim: https://ec.europa.eu/eurostat/cache/digpub/european_economy/bloc-1d.html?lang=en. (Erişim tarihi: 12.10.2022)

65 "Women's employment in the EU", Eurostat, 06.03.2020,

retle kadın çalışanların haftalık ve yıllık çalışma süreleri erkeklere kıyasla daha az olmakta, buna bağlı olarak da daha az ücret kazanmaktadırlar. Kadınların özellikle de tek ebeveyn olmaları durumunda, yoksulluğa daha fazla maruz kaldıkları görülmektedir.⁶⁶

AB'de cinsiyete dayalı ücret farkı, 2020 yılı itibarıyla AB'de %13; Avro-alanında ise %14,1 civarında seyretmektedir.⁶⁷ 2014 yılı Komisyon Tavsiyesi'nde %16,2 olarak⁶⁸ belirtilen bu farkın aradan geçen zamana rağmen, sadece iki puanlık bir düşüş göstermiş olması dikkat çekmektedir. Üstelik bu düşüşün nedeninin kadın çalışanların ücretlerinde meydana gelen bir artıştan değil, aksine erkek çalışanların ücretlerindeki azalmadan kaynaklandığı belirtilmelidir.⁶⁹ Diğer bir ifadeyle, cinsiyete dayalı ücret farkının azalması, kadın ve erkek çalışanlar arasında cinsiyet eşitliğinin daha etkin şekilde yaşama geçirildiği ve kadınlara sağlanan hukuki korumada her daim ilerleme kaydedildiği anlamına gelmemektedir.⁷⁰

AB'de 2020 yılı verileri itibarıyla cinsiyete dayalı ücret farkının en az olduğu ülkeler arasında Lüksemburg (%0,7), Romanya (%2,4), Slovenya (%3,1), İtalya (%4,2) ve Belçika (%5,3) başı çekmektedir. Bu oranın en yüksek olduğu ülkeler arasında ise Letonya (%22,3), Estonya (%21,1), Avusturya (%8,9), Almanya (%18,3) ve Macaristan (%17,2) yer almaktadır.⁷¹ Cinsiyete daya-

lı ücret farkının, özellikle Orta ve Doğu Avrupa ülkelerinde sosyalist dönemden kalan cinsiyet eşitliğine ilişkin uygulama ve düzenlemelere rağmen, oldukça yüksek seyrettiği görülmektedir.⁷² Bu ücret farkının üye devletlerde özel sektöre kıyasla kamu sektöründe daha yüksek oranlarda seyrettiği belirtilmelidir. Bunun nedeni ise, üye ülkelerin çoğunda ücretin kamu sektöründe kadın ve erkek çalışanlara eşit şekilde uygulanan şeffaf ücret sistemleri aracılığıyla belirlenmekte olmasıdır.⁷³

Yapılan araştırmalar, cinsiyete dayalı ücret farkının az olduğu İtalya gibi ülkelerde genellikle, kadın çalışanların işgücü piyasasındaki istihdam oranlarının da buna paralel olarak düşük olduğu⁷⁴ ve kadın işgücünün daha ziyade niteliksiz işgücünden oluştuğuna işaret etmektedir.⁷⁵ Bunun da bu ülkelerin çalışma ve aile yaşamını uzlaştırmada ve/veya çocuk bakımıyla ilgili altyapı tesis etmede yeterince ilerleme gösterememiş olmalarından kaynaklandığı tespit edilmiştir. İlaveten bu ülkelerde işgücü piyasasına daha ziyade yüksek ücret kazanma olasılığı olan kadın çalışanların katıldığı gözlenmiştir. Genellikle kadın istihdamı oranlarının yüksek düzeyde olduğu, kadınların çoğunlukla kısmi süreli işlerde çalıştıkları, çocuk bakım olanaklarının yerleşik ve yaygın olduğu ülkelerde ise kadın ve erkek arasındaki toplumsal cinsiyet rollerinin daha eşitlikçi bir perspektifte ele alınmasına rağmen, cinsiyete dayalı ücret farkının yüksek düzeyde olduğu tespit edilmiştir.⁷⁶ Dolayısıyla araştırmaların sonucu,

Erişim: <https://ec.europa.eu/eurostat/web/products-eurostat-news/-/EDN-220200306-1> (Erişim tarihi: 16.10.2022).

66 Ahrens and Scheele, s. 158.

67 AB Üye Devletleri ortalamasında ortaya çıkan cinsiyete dayalı bu ücret farkı, kadın çalışanların, erkeklerin kazandığı her bir Avro başına, 86 Avro cent daha az kazandıkları ve kadınların bu farkı kapatabilmeleri için erkeklerden ikişer ay daha fazla çalışmaları gerektiği anlamına gelmektedir. Bknz. European Commission Equal Pay Factsheet, "Equal Pay? Time to close the Gap!", October 2021, s. 1. Erişim: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/aid_development_cooperation_fundamental_rights/equalpayday_factsheet.pdf (Erişim tarihi: 17.10.2022).

68 Commission Recommendation 2014/124/EU, Preamble, para. 7.

69 Rubery, Jill: "Closing the Gender Pay Gap in the EU", *Intereconomics*, Vol. 50, Issue. 2, 2015, s. 62; Peruzzi, s. 451.

70 Peruzzi, s. 451.

71 Gender pay gap statistics-tables and figures, Gender

pay gap statistics, Eurostat, 29.07.2022, Erişim: https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Gender_pay_gap_statistics#Gender_pay_gap_higher_in_the_private_sector (Erişim: 20.20.2022).

72 Page, Douglas: "How the Criteria for Joining the European Union Affect Public Opinion: The Case of Equal Pay between Women and Men in Bosnia and Herzegovina", *Journal of Common Market Studies*, Vol. 56, No. 2, 2018, s. 234.

73 Gender pay gap statistics-tables and figures, Eurostat.

74 Rubery, s. 62.

75 Landmesser ve diğerleri, s. 31.

76 Boll, Christina, Andreas Lagemann: Gender pay gap in EU Countries based on SES (2014), European Commission Directorate General for Justice, Publication Office of the European Union, Luxembourg, 2018, ss. 8 ve 21.

Avrupa gibi gelişmiş bir coğrafyada bile cinsiyette ana akım yaklaşımının iki temel hedefini oluşturan kadın ve erkek çalışanlar arasında daha düşük ücret farkına sahip olma ve kadın çalışanların istihdam oranını arttırma hedeflerinin bir arada bulunmasının zor olduğunu göstermektedir.⁷⁷ Ücret farkının, kadınların yaşam kalitesi, yoksulluğa artan şekilde maruz kalma ihtimalleri ve günümüzde AB düzeyinde %33 olarak kaydedilen emeklilik aylığı farkı üzerinde de uzun dönemli etkileri bulunmaktadır.⁷⁸

III. Avrupa Komisyonu'nun 2014/124 Sayılı Ücret Şeffaflığı Tavsiyesi

AB Hukuku'nda çalışma yaşamında kadın ve erkek çalışan arasında ücrette eşitliğin şeffaflık aracılığıyla güçlendirilmesi, Avrupa Komisyonu'nun 2014 yılında kabul ettiği Ücret Şeffaflığı Tavsiyesi⁷⁹ ile düzenlenmiştir. Komisyon Tavsiyesi'nin, AB Hukuku uyarınca bağlayıcılığı bulunmaması nedeniyle, üye devletleri herhangi bir yükümlülük altına almadığı belirtilmelidir.

Avrupa Komisyonu'nun 2014/124 sayılı Tavsiyesi'nde gerek Komisyon gerekse Avrupa Parlamentosu tarafından önceki dönemlerde hazırlanmış bazı belgelere⁸⁰ dikkat çekilerek, kadın çalışanların işgücü piyasasında ücrette eşitliğin sağlanamaması nedeniyle ayrımcılığa maruz

kalmaya devam ettikleri ve bu sebeple çalışma yaşamında potansiyellerini tam olarak gerçekleştiremedikleri vurgulanmıştır. Komisyon'un konuya ilişkin 2007 tarihli Bildirisi'nde de mevcut hukuksal düzenlemelerin ücrette eşitliğin sağlanması bakımından yeterli olmadığı belirtilmiştir.⁸¹ Komisyon tarafından aynı konuda 2013 yılında hazırlanan bir diğer raporda⁸² ise ücrette eşitlik ilkesinin uygulamada gerçekleştirilmesine engel teşkil eden hususlar tespit edilmiştir. Ücret sistemlerinde yeterli düzeyde şeffaflığın bulunmayışı ve eşdeğerde iş kavramı üzerinde kesinleşmiş bir terim birliğinin kabul edilmiş olmaması bunların başında gelmektedir. İlaveten, çalışanların dava açmaları halinde, ücrette ayrımcılığa uğradıklarını ve haklılıklarını mahkeme önünde ispatlayabilecekleri bilgi ve belgelerden yoksun olmaları gibi usule dair birtakım engeller de bulunmaktadır.⁸³

Komisyon Tavsiyesi'nde ücrette eşitlik ilkesinin uygulamada etkili bir biçimde gerçekleştirilebilmesi için ücret kategorilerinde şeffaflık sağlanması gerektiği üzerinde durulmuştur. Ücrette şeffaflığın sağlanmasının çalışan, işveren ve sosyal tarafların ücrette eşitliğin sağlanmasına yönelik daha etkin önlemler alabilmesinin önünü açacağı belirtilmiştir. Bu önlemler, çalışanların işverenlerinden ücret politikalarına ilişkin bilgi talep edebilmeleri, işletmelerin bu konuda rapor hazırlamaları gerekliliği, ücret denetimleri ve ücrette eşitlik konusunun toplu pazarlıklarda ele alınması olarak belirtilmiştir. Böylelikle üye devletlerin, bu önlemlerden kendilerine en uygun olan en az birini seçerek, uygulayabilmelerine imkan tanınmıştır.⁸⁴

77 Boll, Lagemann, s. 8.

78 Proposal for Pay Transparency Directive 2021/93, s. 1.

79 Commission Recommendation 2014/124/EU of 7 March 2014 on the strengthening the principle of equal pay between men and women through pay transparency, OJ L 69, 08.03.2014.

80 Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions of 18 July 2007 'Tackling the pay gap between women and men', COM (2007), 424 final; European Parliament resolution of 18 November 2008 with recommendations to the Commission on the application of the principle of equal pay for men and women, 2008/2012 (INL); European Parliament resolution of 24 May 2012 with recommendations to the Commission on application of the principle of equal pay for male and female workers for equal work or work of equal value, 2011/2285 (INL).

81 Commission Recommendation 2014/124/EU, Preamble, para.8.

82 Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the application of Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation, COM (2013), 861 final.

83 Commission Recommendation 2014/124/EU, Preamble, para. 13.

84 Ibid, para. 15.

Komisyon Tavsiyesi'nde çalışanlara, çalıştıkları işletmelerde eşit ya da eşdeğerde iş için belirlenen ücret seviyeleri hakkında bilgi talep edebilme hakkı tanımıştır. Böylelikle çalışanlar, işveren tarafından kendilerine yapılan ücret ödemeleriyle aynı işyerinde çalışan ve kendileriyle eşit ya da eşdeğerde iş yapan diğer meslektaşlarına yapılan ücret ödemeleri bakımından oluşabilecek ve cinsiyete dayalı ayrımcı işleme yol açabilecek nitelikteki herhangi bir farklılığı tespit etme imkanına kavuşmaktadırlar. İşletmelerde ücrette şeffaflığın sağlanmasının en büyük avantajı, çalışanların yargı yoluna başvurmaları durumunda, davada iddialarını ispatlayabilmelerini büyük ölçüde kolaylaştırması ve işverenleri ayrımcı işleme başvurmaktan caydırıcı bir nitelik taşımasıdır.⁸⁵

Komisyon, ücret politikalarının toplu ve şeffaf bir şekilde açıklanmasına ilişkin önlemin, orantısız bir yük oluşturmaması amacıyla, 50'den az işçi çalıştıran küçük ölçekli işyeri ve işletmelere uygulanmayacağını belirtmiştir.⁸⁶ Tavsiye'de yer alan hususlardan bir diğeri, ücret denetimlerinin gerçekleştirilmesi konusudur. Ücret denetimlerinin bu yönde bir araç olarak işveren ve işçi temsilcileri arasındaki görüşmelerde yer alması tavsiye edilmektedir. Ücret denetimine ilişkin önlemlerin, 250'den az işçi çalıştıran orta ölçekli işyeri ve işletmeler bakımından uygulanmayacağı belirtilmiştir.⁸⁷

IV. 2021/93 Sayılı Ücret Şeffaflığı Direktif Tasarısı

Komisyon'un Ücret Şeffaflığına İlişkin 2021/93 sayılı Direktif Tasarısı, AB'nin 2020-2025 dönemi kapsayan Cinsiyet Eşitliği Stratejisi'nin temel önceliklerinden biri olarak, ilk kez Komisyon'un 2020 yılına ait çalışma programında yer almış ve bunu takiben 4 Mart 2021 tarihinde resmi olarak sunulmuştur. Direktif Tasarısı'nda üye dev-

letler tarafından ücrette eşitlik ilkesinin etkili bir şekilde uygulanmasında hala ciddi sıkıntıların mevcut olduğu ifade edilmiştir. Uygulamadaki başlıca sorun, ücret ve eşdeğerde iş kavramlarının Komisyon'un 2014 yılı Tavsiyesi'nde belirlenmesine rağmen, üye devletler tarafından hala ulusal hukuk düzenlerinde yeknesak bir şekilde tanımlanmamış olmasıdır. Dolayısıyla üye devletler arasında bu kavramların yorumlanmasına ve uygulanmasına ilişkin önemli farklılıklar bulunmaktadır. Oysaki, tüm Birlik çapında uygulanacak kesin ve net birtakım kriterlerin belirlenmesi, ücrette eşitlik ilkesinin daha etkili şekilde uygulanmasına katkı sağlayabilecektir.⁸⁸

Komisyon, ücret şeffaflığının sağlanmasına ilişkin 2014 yılı Tavsiyesi'nde belirtilen önlemlerin alınmasının işverenler bakımından maliyetinin oldukça düşük olduğunu belirtmektedir. Komisyon'a göre, kadın ve erkek çalışanlar arasında yüksek düzeyde ücret farklılığının bulunması, ilgili işyerinde çalışanlar arasında memnuniyetsizliğe ve akabinde iş veriminin düşmesine yol açabilecek nitelikte olup, bunun işverene maliyeti işyerinde gerekli önlemlerin alınmasına kıyasla daha yüksek olabilecektir.⁸⁹ Dahası, cinsiyete dayalı ücret ayrımcılığının önlenmesi, işverenlerin yetenekli çalışanları işletmede tutabilmelerine, işletmelerinin tanınırlığının artmasına ve böylelikle daha fazla kazanç sağlamalarına destek olacaktır.⁹⁰

Komisyon'a cinsiyet eşitliği konusunda destek olan Danışma Komitesi'nin 2017 yılında hazırladığı raporda, işletmelerin ücret politikalarını ve ücrette temel alınan kriterleri nadiren açıkladıkları, ücret şeffaflığına ilişkin açık ve net yaptırımların bulunmadığı ve ulusal düzeyde alınan önlemlerin denetiminin yetersiz düzeyde olduğuna dikkat çekilmiştir.⁹¹

1. Tasarı'nın Kapsam ve İçeriği

Ücret Şeffaflığı Direktif Tasarısı, AB'ye üye

85 Ibid, para. 16.

86 Ibid, para. 17.

87 Commission Recommendation 2014/124/EU, Preamble, para. 18.

88 Proposal for Pay Transparency Directive 2021/93, s. 6.

89 Ibid, s. 6.

90 Ibid, s. 8.

91 Proposal for Pay Transparency Directive 2021/93, s. 7.

devletlerde hem kamu hem de özel sektördeki tüm işverenleri kapsamaktadır. Tasarı'da 2006/54 sayılı Direktif'te yer alan ücret, ayrımcılık vb. kavramlar ve bunlara ilişkin tanımlar korunmuş, bunlara ek olarak ücret düzeyleri, ücret farkı, medyan ücret, medyan ücret farkı, çeyrek ücret bandı ve işçi kategorileri gibi yeni kavramlara da yer verilmiştir. (md. 3/1) Bunun yanı sıra, cinsiyete dayalı ücret ayrımcılığı, cinsiyetin yanı sıra diğer ayrımcılık sebeplerini de içerebileceği için, mahkemelerin ya da diğer yetkili makamların çoklu ayrımcılığı ve bunun yaratabileceği dezavantajlı durumları dikkate alabilmelerinin sağlanması hedeflenmiştir.⁹² Bu sebeple, Direktif Tasarısı'nın, cinsiyetin 2000/43 sayılı Direktif⁹³ ya da 2000/78 sayılı Direktif'te⁹⁴ korunan diğer ayrımcılık sebepleriyle birleşmesi durumlarında ortaya çıkan ücret ayrımcılığına da uygulanacağı hükme bağlanmıştır (md. 3/3). Bu duruma özellikle cinsiyetleri, ırk ya da etnik kökenleri ya da din ya da inançları nedeniyle çoklu ayrımcılığa maruz kalan göçmen kadınlar örnek olarak verilebilir.⁹⁵

Direktif Tasarısı'nda Üye devletlerin işverenlerin kadın ve erkek çalışanlara eşit ya da eşdeğerde iş için eşit ücret ödemelerini sağlayan ücret yapılanmalarına sahip olduklarını garanti eden tüm önlemleri almaları gerektiği belirtilmiştir (md. 4/1). Bu hüküm gereği, üye devletlerin çalışanlar ve işverenlerin eşdeğerde işi değerlendirebilmeleri için objektif nitelikte kriterlere dayanan birtakım araç ve yöntemler tespit etmeleri beklenmektedir. Eşdeğer nitelikte işin tespiti için başvurulacak bu kriterler, çalışanların eğitim du-

rumları, mesleki deneyimleri, mesleki eğitim ve becerileri, icra edilen iş ve görevlerin niteliği, çalışan tarafından alınan sorumluluk ve iş için gösterilen çaba gibi unsurlardan oluşmaktadır (md. 4/2-3). Bu suretle, çalışanlar ilgili kriterleri dikkate almak suretiyle kendilerine bir emsal çalışan tespit ederek, eşit ya da eşdeğerde iş için ayrımcı bir işleme maruz kalıp kalmadıklarını değerlendirebileceklerdir. Bu kriterler sayesinde ilgili çalışanların kıyaslanabilir bir durumda olup olmadıkları tespit edilebilecektir. Aynı zamanda işverenlerin, iş pozisyonlarını daha iyi kategorize etmeleri ve ücret politikalarını objektif nitelikte cinsiyet ayrımı yapmayan kriterler çerçevesinde kararlaştırmalarını sağlayacaktır.⁹⁶

Tasarı'nın ilgili hükmünde iki nokta da açıklığa kavuşturulmuştur. Bunlar, ücrete dayalı ayrımcılık iddiasının tespiti için, durumları karşılaştırılan kadın ve erkek çalışanın aynı işveren için ya da aynı işveren için olsa dahi eşzamanlı olarak çalışma zorunluluklarının bulunmamasıdır (md. 4/4). Burada önemli olan ücrete ilişkin koşulların aynı kaynak tarafından belirlenmesidir. Buna örnek olarak, ücret konusunda aynı hukuki düzenlemelere ya da toplu iş sözleşmelerine tabi olan işletmeler verilebilir.⁹⁷ Dahası, karşılaştırma yapılabilecek bir emsal çalışanın bulunmaması durumunda, ayrımcılığın tespiti için farazi bir emsal çalışana ya da istatistik vb. belgelere başvurulmak suretiyle, ayrımcılık yapıldığını iddia etmek imkânı tanınmaktadır (md. 4/4). Farazi bir emsal çalışana başvurulması durumunda, ilgili çalışana karşı cinsten bir farazi çalışana dayanarak ayrımcı işleme maruz kaldığını ispatlama hakkı verilmektedir.⁹⁸ İlgili hükümde aynı zamanda, ücreti tayin etmek üzere iş değerlendirme ve sınıflandırma sistemlerine başvurulması durumunda, bunların kadın ve erkek çalışan arasında herhangi bir ayrımcılığa yol açmaması için, aynı cinsiyet ayrımı yapma-

92 Proposal for Pay Transparency Directive 2021/93, Detailed explanation of the specific provisions of the proposal, s. 10.

93 Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 Implementing the Principle of Equal Treatment between Persons Irrespective of Racial or Ethnic Origin, OJ L 180, 19.07.2000.

94 Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 Establishing a General Framework for Equal Treatment in Employment and Occupation, OJ L 303, 2.12.2000.

95 Proposal for Pay Transparency Directive 2021/93, Detailed explanation of the specific provisions of the proposal, s. 10.

96 Proposal for Pay Transparency Directive 2021/93, Detailed explanation of the specific provisions of the proposal, s. 10.

97 Ibid, s. 11.

98 Ibid, s. 11.

yan kriterlere dayanması gerektiği belirtilmiştir (md. 4/5).

Şüphesizdir ki, bu Tasarı'nın en önemli maddelerinden biri ücret şeffaflığına ilişkin olandır. Bir işe başvuran kişiler, işveren adaylarından cinsiyet ayrımı yapmayan kriterler çerçevesinde tespit edilmek suretiyle, o iş için öngörülen başlangıç ücreti ya da ücret aralığı hakkında bilgi almak hakkına sahiptirler. Bu bilginin başvuranlara ya iş ilanında yayımlanarak ya da iş görüşmesi öncesinde -sorulması beklenmeksizin- verilmesi gerekmektedir (md. 5/1). Ücrete ilişkin bilginin örneğin başvuran kişi iş görüşmesine davet edildiğinde ya da doğrudan sosyal taraflarca verilmesi mümkündür. AB Hukuku'nda bu hükme dek, ücrette şeffaflığa ilişkin işe alınma öncesini kapsayan herhangi bir asgari standardın bulunmadığını belirtmek gerekir.⁹⁹ Bunun yanı sıra, işverenlerin, işe başvuranlardan, önceki iş ilişkilerinde kendilerine ödenen ücret konusunda yazılı veya sözlü olarak ve şahsen ya da bir temsilci aracılığıyla herhangi bir bilgi istemesi yasaklanmıştır (md. 5/2). Bu hükmün amacı, çalışanların iş görüşmelerinde daha dengeli ve adil bir ücret pazarlığı yapabilmeleri için gerekli bilgileri edinmeleridir. Bu hüküm, işveren, çalışan ya da sosyal tarafların belirtilen ücret aralığı dışında bir ücret pazarlığı yapabilmelerine engel değildir.¹⁰⁰

Direktif Tasarısı'nda işverenlerin, çalışanların ücret düzeylerine ve kariyerlerinde yükselmelerine esas olan cinsiyet ayrımı yapmayan kriterleri, çalışanlar tarafından kolaylıkla ulaşılabilecek şekilde açıklaması gerektiği hükme bağlanmıştır (md. 6). Bu hüküm çerçevesinde işverenlere çalışanlarının sayısı ve işletmenin ölçeği göz önüne alınmak suretiyle -özellikle mikro ve küçük düzeyde işletmelere yük olunmaması amacıyla- belirli ölçüde esneklik tanınmıştır.¹⁰¹

Tasarı'nın getirdiği yeniliklerden bir diğerini,

çalışanların kendi ücret düzeyleri ile kendileriyle eşit ya da eşdeğerde iş yapan diğer çalışanların cinsiyete göre ayrılmış ortalama ücret düzeyleri hakkında bilgi alma hakkı oluşturmaktadır. Bu çerçevede işverenlerin her yıl tüm çalışanlarını bu hakka sahip oldukları yönünde bilgilendirmeleri gerekmektedir (md. 7/1-2). İlgili hükümde yer alan bilgilendirilme hakkı, Komisyon'un 2014 yılı Tavsiyesi'ne dayanmaktadır. Çalışanlar böylelikle, ücret hususunda emsal çalışanlarla kıyaslandığında, işveren tarafından kendilerine karşı ayrımcı nitelikte bir işlem yapıp yapılmadığını ayırt etme imkanına sahip olacaklardır.¹⁰²

İşverenler, çalışanlardan birinin bu yönde bir bilgi talebi olması durumunda, makul bir süre içinde ilgili çalışana gerekli bilgiyi vermekle yükümlüdür. Çalışanların bu bilgiyi temsilcileri ya da Eşitlik Kurumu vasıtasıyla talep etmeleri de mümkündür (md. 7/3-4). Bu hüküm özellikle, çalışanların işverenin buna karşı vereceği tepkiden endişe etmeleri durumunda uygulanmak üzere tasarlanmıştır.¹⁰³

Diğer önemli bir husus ise, çalışanların eşit ücret ilkesinin uygulamaya geçirilmesini sağlamak amacıyla kendi ücretlerini açıklamalarının engellenemeyeceğine ilişkindir (md. 7/5). Bu hükümle, işverenlerin çalışanlarının hizmet sözleşmelerine ücrete ilişkin olarak gizlilik şartı koymalarının engellenmesi amaçlanmaktadır. Böylelikle, cinsiyete dayalı ücret ayrımcılığına maruz kalan çalışanların iddialarını ispatlamaları kolaylaşacaktır.¹⁰⁴ Öte yandan, ilgili hükümde aynı zamanda işverenler de korunmuş olup, çalışanların ücret politikasına dair edindikleri bu bilgiyi, ücrette eşitlik ilkesi gereği haklarını korumak amacının dışında kullanmaları ya da amacının dışında başkalarına yaymaları yasaklanmıştır (md. 7/6).

Direktif Tasarısı'ndaki yeniliklerden bir diğeri, işverenlerin kadın ve erkek çalışanlar arasındaki

99 Ibid, s. 11.

100 Proposal for Pay Transparency Directive 2021/93, Detailed explanation of the specific provisions of the proposal, s. 11.

101 Ibid, s. 12.

102 Ibid, s. 12.

103 Ibid, s. 12.

104 Proposal for Pay Transparency Directive 2021/93, Detailed explanation of the specific provisions of the proposal, s. 12.

ücret farkını rapor etme yükümlülüğünün getirilmesidir. Bu suretle, işyerlerinde 250'den fazla işçi çalıştıran işverenler, tüm kadın ve erkek çalışanlar arasında hem temel ücret hem de onun ötesindeki tamamlayıcı ve değişken unsurlar çerçevesinde ücret farkına ilişkin bilgiyi herkese açık ve ulaşılabilir hale getirmekle yükümlüdürler (md. 8/1). İşverenler bu bilgiyi yıllık olarak internet ya da benzer diğer vasıtalarla açıklayacaklardır. Önceki dört yıla ilişkin bilgi de talep edilmesi halinde erişime açılacaktır (md. 8/3). Tasarı'nın 26. maddesi uyarınca üye devletler, bu düzenlemenin iş hukuk düzenlerinde uygulanmasını desteklemek ve süreci izlemekten sorumlu birer gözlem kurumu kuracaklardır. Gözlem kurumunun ilgili üye devlette halihazırda mevcut olan bir kurumun ya da yapının parçası olarak yapılandırılması mümkündür. Üye devletler, gözlem kurumlarını işverenlerden yukarıda bahsi geçen 8. madde çerçevesinde elde edilecek bilgiyi toplama ve herkes tarafından ulaşılabilir hale getirmekle görevlendireceklerdir (md. 8/6). Toplanan bilgi çerçevesinde üye devletlerde faaliyet gösteren farklı işverenler, çalışılan sektörler ve bölgeler arasında kıyaslama yapabilmek mümkün hale gelecektir.

İşverenlerin ücret farkını raporlamasını takiben, işyerinde herhangi bir kategoride eşit ya da eşdeğerde iş yapan kadın ve erkek çalışanlar arasında %5'ten fazla oranda bir ortalama ücret farkının ortaya çıkması ve bu farkın objektif ve cinsiyet ayrımı yapmayan kriterlerle gerekçelendirilememesi durumunda, ilgili işverenin işçi temsilcileriyle birlikte ortak bir ücret değerlendirmesi yapması beklenmektedir (md. 9). Bu suretle, işverenin ücret tayininde dikkate aldığı uygulamaları zorunlu olarak gözden geçirmesi ve eşit ücret ilkesinin ihlaline yol açabilecek nitelikteki cinsiyet yanlı ücret yapılarını tespit edebilmesi sağlanacaktır. Eşit ya da eşdeğer iş yapan kadın ve erkek çalışanlar arasındaki ücret farkının objektif olarak gerekçelendirilememesi halinde, işverenin işçi temsilcileri, iş müfettişi ve/veya Eşitlik Kurumuyla işbirliği içerisinde gerekli önlemleri alması gerekmektedir. Cinsiyete da-

yalı doğrudan ya da dolaylı ücret ayrımcılığının engellenebilmesi için alınan önlemler arasında ilgili işyerinde cinsiyet ayrımı yapmayan bir iş değerlendirme ve sınıflandırma sisteminin kurulması mutlaka yer almalıdır.¹⁰⁵

Direktif Tasarısı'nda dikkat çeken bir diğer husus, cinsiyet eşitliği ilkesinin uygulanmasıyla ilgili bir hukuksal çıkarı bulunan tüm kuruluş, organizasyon, Eşitlik Kurumu ve işçi temsilcileri ile buna benzer kurum ve kuruluşların bu Tasarı'da yer alan yükümlülüklerin yaşama geçirilmesi bakımından gerekli adli ve idari mekanizmalara başvurabilmelerine olanak sağlanmasıdır. İlgili kurumlar, işçinin izni olması şartıyla onu temsil edebilecektir (md. 13). Bu husus, özellikle üye devletlerdeki Eşitlik Kurumlarının ayrımcılığa uğradığını iddia eden çalışan adına hareket etmesine imkân tanınması bakımından önemlidir. Keza, halihazırda Eşitlik Kurumlarının bu tür bir yetkisi bulunmamaktadır. Eşitlik Kurumlarına ve işçi temsilcilerine bu yetkinin tanınması çok önemlidir. Çünkü böylelikle ücrette cinsiyet ayrımcılığına maruz kalan çalışanlara haklarını ararken hem usule ilişkin karşılaştıkları zorlukların hem de yargı yoluna başvururken ortaya çıkan yüksek maliyetlerin üstesinden gelmede belirgin bir destek sağlanacaktır.¹⁰⁶

Tasarı'da ücrette cinsiyet ayrımcılığına maruz kalan çalışana, kaynağını 2006/54 sayılı Direktif'in 16. maddesinde bulan kapsamlı bir tazminat hakkı da tanınmıştır. Bu suretle, ayrımcılığa uğrayan çalışana aldığı ücretin, ikramiye ya da aynı ödemelerin tümüyle geri ödenmesi ve kaybettığı fırsatlardan doğan zararı ile manevi zararının tazmini gerekmektedir (md. 14).

Direktif Tasarısı'nda, üzerinde önemle durulması gereken madde, ispat yüküne ilişkindir. Direktif Tasarısı'ndaki ispat yüküne ilişkin bu düzenleme yeni değildir ve 2006/54 sayılı Direktif'in 19. maddesine dayanmaktadır. Esasen, 2006/54 sayılı Direktif'in 19. maddesi de kaynağını 97/80

¹⁰⁵ Proposal for Pay Transparency Directive 2021/93, Detailed explanation of the specific provisions of the proposal, s. 13.

¹⁰⁶ Ibid, s. 15.

sayılı Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık Durumlarında İspat Yüküne İlişkin Direktif'in 4. maddesinde bulunmaktadır. Bu madde uyarınca eşit davranma ilkesinin ihlal edilmediğinin ispat yükü davalıya aittir. 97/80 sayılı Direktif tarafından getirilen bu düzenleme önemlidir. Çünkü bu Direktif'in yürürlüğe girmesinden önceki süreçte, ayrımcılık iddiasını ispat yükümlülüğü davacıya aitti. İspata yarayacak belgelerin çoğunlukla işverenin yedinde bulunması, davacı işçi için güçlük oluşturmaktaydı.¹⁰⁷ Böylelikle, ispat yükünün işverene geçmesi, davacı bakımından ayrımcılık iddiasının ispatını kolaylaştırmıştır. ABAD, bu konuyu ilk kez 97/80 sayılı Direktif'in yürürlüğe girmesinden birkaç yıl sonra verdiği *Danfoss*¹⁰⁸ kararında ele almış¹⁰⁹ ve işverenin ücrette şeffaflık politikasını hiçbir şekilde uygulamadığı bir işyerinde, davacı tarafından çalışanların büyük bir bölümünü oluşturan kadın çalışanların erkeklerden daha düşük ücret aldıklarının ortaya konulması durumunda, ücret politikasının ayrımcı nitelikte olmadığını ispat yükünün işverene ait olduğuna hükmetmiştir.¹¹⁰ ABAD, *Brunnhof*¹¹¹ kararında da aynı görüşünü teyit etmiştir. Divan, *Brunnhof* kararında davacının kadın ve erkek çalışan için ücrette farklılığın varlığına ve işin kıyaslama yapılabilen türden olduğuna ilişkin delil göstermesi halinde, ilk bakışta bir ayrımcılığın kabul edileceği ve bu durumda eşit ücret ilkesinin ihlal edilmediğini ispat yükünün işverene ait olacağı hükmüne varmıştır.¹¹² Ücret Şeffaflığı Direktif Ta-

sarısı'nda da Divan ile aynı yönde, ayrımcılığın ilk bakışta tespit edilebildiği durumlarda, ücrette eşitlik ilkesinin doğrudan ya da dolaylı olarak ihlal edilmediğine ilişkin ispat külfetinin işverene geçtiği hükme bağlanmıştır (md. 16/1). Bunun yanı sıra, Tasarı'da işverenin ücrette şeffaflığın sağlanmasına ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmemiş olması halinde, ispat yükünün işçinin ilk bakışta bir ayrımcılığın olduğunu kanıtlamasına dahi gerek olmaksızın, doğrudan işverene geçeceği düzenlenmiştir (md. 16/2). Tasarı'da dikkat çeken hususlardan biri de şüphe söz konusu olması durumunda, bundan davacının yararlanacağı öngörülmüş olmasıdır (md. 16/3).

2. Şeffaflık Direktif Tasarısı'na İlişkin Olarak Sosyal Tarafların Görüşleri

Avrupa İş Dünyası ve Avrupa İşçi Sendikaları Konfederasyonu, Ücret Şeffaflığı Direktif Tasarısı konusunda birbirinden temel noktalarda ayrışan farklı görüşler ortaya koymaktadırlar.

2.1. Avrupa İş Dünyası'nın Görüşü

Avrupa İş Dünyası (Business Europe) ilke olarak, AB'de cinsiyet eşitliği ilkesinin uygulamada daha etkin şekilde yaşama geçirilmesinin ve kadın çalışanların işgücü piyasasında potansiyellerini tümüyle ortaya koyabilmelerinin sağlanması gerektiği konusunda Komisyon ile hemfikir olmakla birlikte, Direktif Tasarısı'na ihtiyatla yaklaşmaktadır. Avrupa iş dünyası, Komisyon'un ücrette eşitlik ilkesinin uygulanmasındaki sıkıntıların başlıca nedeni olarak eşdeğerde iş kavramının ilgili mevzuatta açıklığa kavuşturulmamış olması yönündeki görüşüne katılmamaktadır. Avrupa iş dünyasına göre, eşit ya da eşdeğerde iş için eşit ücret ilkesinin uygulanması farklı ülkeler ve sektörler bir yana, aynı işletme içinde dahi kolay değildir. Dolayısıyla terminolojide yeterince açıklık bulunmayan ve AB mevzuatının üye devletlerde nasıl uygulanacağını bilinmediği bu tür durumlarda, çözümün ücret şeffaflığına ilişkin yeni bir düzenleme getirmekten ziyade yorumlayıcı rehberlik vasıtasıyla çözülebileceği-

107 Ellina, A. *Chrystalla: Promoting Women's Rights, The Politics of Gender in the European Union*, Routledge, London, 2003, s. 52; Kaya, s. 248.

108 Case 109/88 *Handels-og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark v Dansk Arbejdsgiverforening, acting on behalf of Danfoss*, ECR [1989] 03199.

109 Shaw ve diğerleri, s. 374.

110 Case 109/88 *Danfoss*, para. 16; Burri Susanne and Sacha Prechal: *EU Gender Equality Law, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg*, 2008, s. 19; Kaya, s. 249.

111 Case C-381/99 *Susanna Brunnhofer v Bank der österreichischen Postsparkasse AG*, ECR [2001] I-04961.

112 Case C-381/99 *Brunnhof*, para. 80; Ahtela, Karoliina: "The Revised Provisions on Sex Discrimination in European Law: A Critical Assessment", *European Law Journal*, Vol. 11, No. 1, 2005, s. 65; Kaya, s. 249.

ni belirtmektedir.¹¹³

Avrupa iş dünyasına göre Direktif Tasarısı'nın üye devletlerin çalışanlar ve işverenlerin eşdeğerde işi değerlendirebilmeleri için objektif nitelikte kriterlere dayanan birtakım araç ve yöntemler belirlemelerine ilişkin 4. madde hükmü, ücret tayininde sosyal tarafların yetki ve özerkliğine kısıtlama getirmektedir. Birliğe üye devletlerin endüstri ilişkileri alanındaki farklılıkları göz ardı edilmiştir. Sosyal tarafların ulusal ya da sektörel düzeyde ücretin, ücret sistemlerinin ve buna ilişkin kriterlerin belirlenmesinden sorumlu oldukları üye devletlerde, bu durum ücret yapılarının içeriğini belirleme yetkisini sosyal taraflardan alarak, ulusal yasama ya da yürütme organlarına devredecektir.¹¹⁴

Bununla birlikte, eşdeğer nitelikte işin tespiti için başvurulacak objektif kriterler arasında performansın (örneğin satış vb. işlerde), görülen işin/hizmetin süresi ve bireysel ücret müzakeresi gibi ücretin belirlenmesini etkileyen diğer unsurların yer almadığı tespit edilmiştir. Keza özellikle ücretin performansa bağlı olarak tespitinin çalışanların motivasyonu bakımından da önemli olduğu ve onların çıkarına olduğu vurgulanmıştır. Avrupa iş dünyasına göre, hükmün kapsamında yer almayan diğer bir objektif kriter ise işin organizasyonudur. Örneğin; vardiyalı çalışmayı gerektiren işlerde, çalışanın bu tür bir esnekliğe sahip olması doğrudan ücrete yansımaktadır. Benzer şekilde kimya ya da demiryolu sektörü gibi tehlikeli çalışma koşullarının söz konusu olduğu işlerde gece vardiyalarında genellikle erkek çalışanların yer aldığı ve dolayısıyla da gündüz işine ve kadın meslektaşlarına göre daha fazla ücret kazandıkları görülmektedir. Dolayısıyla ücrette farklılığın, mutlaka cinsiyete dayalı bir ayrımcılıktan kaynaklanmış olmayabileceği be-

lirtilmiştir. Öte yanda hükmün kapsamında yer alan farazi bir emsal çalışana başvurulmasının, uygulamada nasıl işleyeceği konusunun muğlak olduğu ve bunun işletmeler için hukuki bir belirsizlik yaratabileceği belirtilmiştir.¹¹⁵

Avrupa iş dünyasına göre ücret şeffaflığına ilişkin 5. madde hükmü de Komisyon tarafından aksi iddia edilmekte olsa da, işverenin ücreti çalışanın deneyimi, yetkinlikleri ve becerileri gibi önemli faktörleri göz önüne almak suretiyle belirlemesinde sahip olduğu esnekliği ortadan kaldırmaktadır. Öte yandan işe başvuran kişiye başlangıç ücretinin iş görüşmesi öncesinde belirtilmesinin, çok da kolay olmadığı ve ücretin kişisel özellikler temelinde farklılık gösterebileceği ifade edilmiştir.¹¹⁶

Avrupa iş dünyası, Komisyon'un ücret şeffaflığının sağlanmasına ilişkin önlemlerin alınmasının, işverenlere maliyetinin düşük olduğu yönündeki görüşüne de katılmamakta; aksine Tasarı'da işletmeler için öngörülen yükümlülüklerin ağır ve orantısız olduğunu, bunların yeterince düzgün bir biçimde gerekçelendirilmediğini ve işverenler bakımından idari külfetinin ve maliyetinin yüksek olacağını belirtmektedir.¹¹⁷

Bununla birlikte, Avrupa iş dünyası ücret şeffaflığına ilişkin bu düzenlemenin, ücrette mevcut eşitsizlikleri tespit etmek ve ücretleri tartışabilmek için bir araç olarak görülebilse de tek başına kadınları işgücü piyasasında erkek çalışanlarla tamamen eşit konuma getirmek için yeterli olmadığını düşünmektedir. Kadın ve erkek arasındaki ücret farklılıklarının, tek başına kadın çalışan aleyhine ayrımcılıkla ilişkilendirilmemesi ya da onu ayrımcılığı ispata yarayan bir araç olarak görülmemesi önem taşımaktadır. Çünkü ücrette farklılık, işgücü piyasasındaki pek çok etmene bağlı olarak ortaya çıkmaktadır. Bunlar, daha ziyade işgücü piyasasında mesleki sınıflandırmalardaki cinsiyete bağlı ayrışmalar, toplumsal cinsiyete dayalı önyargılar ve basmakalıp

113 Business Europe Position Paper, European Commission proposal for a directive on pay transparency, Remarks on specific articles, s. 8, Erişim: https://www.business-europe.eu/sites/buseur/files/media/position_papers/social/2021-05-05_pp_pay_transparency.pdf (Erişim tarihi: 20.10.2022).

114 Business Europe Position Paper, s. 9.

115 Business Europe Position Paper, ss. 10-12.

116 Ibid, s. 13.

117 Ibid, s. 2.

düşünceler ile aile ve evle ilgili yükümlülüklerin eşitsiz şekilde paylaşımından kaynaklanmaktadır. Nitekim daha önce belirtildiği gibi, çalışana verilen işler, eğitim, yetenek ve performans gibi pek çok objektif unsur ücretin tayininde belirleyici olmaktadır.¹¹⁸

Son olarak, Avrupa İş Dünyası'na göre, Direktif Tasarısı, oldukça detaylı ve kuralcı bir dille ifade edilmiş olup, uygulamada üye devletlere ulusal düzeyde farklı yapıdaki işletmelere ya da mevcut ücret sistemlerine göre uyarlama yapılabilmemesine imkân veren hiçbir bir esneklik payı tanımamaktadır. Bunun ötesinde Tasarının bazı üye devletlerde halihazırda mevcut ve iyi işleyen ücret şeffaflığı önlemlerini kesintiye uğratmasından endişe edildiği belirtilmiştir. Bu sebeple, üye devletlere kendilerine en uygun olan önlemleri seçebilmeleri için daha fazla esneklik tanınması gerekliliğine işaret edilmiştir.¹¹⁹

2.2. Avrupa İşçi Sendikaları Konfederasyonu'nun Görüşü

Avrupa İşçi Sendikaları Konfederasyonu (ETUC) ücret şeffaflığı konusunda Ekim 2019'da aldıkları İcra Kurulu kararında Komisyona bir Direktif çağrısında bulunmuştur. Kararın amacı, AB düzeyinde cinsiyete dayalı ücret şeffaflığına ilişkin hukuken bağlayıcı önlemler bakımından ETUC'un tutumunu ortaya koymak; cinsiyete dayalı ücret eşitliğinin önemi ve Avrupa düzeyinde hareket etme konusunda farkındalık yaratmak ve ekonomik gerilemenin etkilerini dikkate alarak kadın ve erkeklerin ücretleri arasındaki fark hakkında bir güncelleme sağlamaktır.¹²⁰

ETUC'a göre Direktif, sözleşmelerdeki ücret gizliliği hükümleri ve işverenler tarafından işçilere ücretin tartışılmasına konulan yasaklar gibi ücret şeffaflığını engellemeye yönelik uygulamaları önleyen, iş ilanlarının ücret skalaları ile ilan

edilmesini öngören hükümlere yer vermelidir. Bu bağlamda işverenlerin ücret şeffaflığından kaçınmak için verilerin korunması, özel hayatın gizliliği ya da idari külfet gerekçelerine sığınmaması garanti altına alınmalıdır.¹²¹

ETUC'a göre, Direktif Tasarısı'nın kapsamındaki işçi kavramı, ABİDA'nın 141. maddesinin ötesinde olabilecek en geniş çerçevede tanımlanmalıdır. Böylelikle, tüm memur ve kamu görevlileri, -özellikle atipik sözleşmeler ve kişisel hizmet sözleşmesiyle çalışanlarla serbest meslek sahipleri bu Direktif' in kapsamına girmelidir.¹²² ETUC, AB mevzuatında eşit değerde iş kavramının tanımlanmamış olması konusunda Komisyon'un görüşüne katılmakta bu kavramın Divan'ın içtihat hukuku ışığında AB düzeyinde açıklığa kavuşturulması gereğine işaret etmektedir.¹²³

ETUC, 10'dan fazla çalışanı olan işverenler için her yıl zorunlu olarak cinsiyete dayalı ücret denetimi yapılması gerektiğini belirtmiştir. Bu denetim çalışan kategorisi veya pozisyonuna göre ortalama ücret konusunda cinsiyete göre ayrılmış verileri, kullanılan iş değerlendirme ve sınıflandırma sisteminin analizi ile başlangıç ücretinin belirlenmesi, ücret artışları ve ek ödenekler için uygulanan düzenleme ve uygulamalarla, çalışanların çalışma deneyimi veya görev süresinin uzunluğu ve ücretiyle ilgili ayrıntılı bilgileri içermelidir.¹²⁴ Ücret denetiminin sonuçları işçiler ve temsilcileri tarafından talep edildiğinde sunulmalıdır.¹²⁵ İlave olarak, üye devletlerin, işverenlerin ve sosyal ortakların, aynı işi veya eşit değerde işi yapan çalışan kategorileri için cinsiyete göre ayrılmış ücret seviyeleri hakkında asıl ücret dışında prim ve ikramiye ödemeleri gibi bileşenleri de içerecek şekilde düzenli olarak bilgi toplamaya

118 Ibid, s. 1.

119 Business Europe Position Paper, s. 2.

120 ETUC Resolution on Gender Pay Transparency Directive Adopted at the Executive Committee Meeting of 22-23 October 2019, Erişim: <https://www.etuc.org/system/files/document/file2019-11/ETUC> (Erişim Tarihi: 23.10.2022).

121 ETUC Resolution on Gender Pay Transparency Directive s. 2.

122 ETUC Resolution on Gender Pay Transparency Directive, Annex I, s. 5.

123 Ibid, s. 5.

124 ETUC Resolution on Gender Pay Transparency Directive, Annex I s. 5.

125 Ibid, s. 6.

yönelik güçlü sistemler kurmalarını zorunlu kılmaları gerektiğine vurgu yapılmıştır.¹²⁶

Ücret raporlarına ilişkin olarak da ETUC, üye devletlerin, en az 10 çalışanı olan işverenlerin, çalışan kategorisine veya pozisyonuna göre cinsiyete göre ayrılmış ücret düzeylerine ilişkin olarak yılda iki kez ücret raporlama görevini yerine getirmesini sağlayacak önlemleri almaları ve unvan veya kategorisi ile cinsiyetine göre çalışan sayısının da bu raporlara dahil edilmesi gerektiğini belirtmiştir.¹²⁷ Direktif Tasarısı'nda rapor verme yükümlülüğü, en az 250 işçi çalıştıran işverenler için öngörülmüş iken, ETUC'un Direktif çağrısında bu yükümlülüğün kapsamının küçük ve orta ölçekli işletmeleri de içerecek şekilde önemli ölçüde genişletildiği görülmektedir.

ETUC'a göre, ortalama ücret seviyeleri, toplu sözleşmede veya diğer geçerli ücret tablosunda belirtilen resmi ücret seviyelerine değil, saat başına ödenen birikmiş, gerçek ücretlere dayalı olmalıdır. Bunun yanı sıra, anonim ücret raporlarının çalışanlara ve temsilcilerine açıklanması gereklidir. Söz konusu raporlama görevlerinin yerine getirilmemesi durumunda ise 2012 tarihli Avrupa Parlamentosu Kararı uyarınca kanunla idari veya cezai yaptırımlar uygulanmalıdır. ETUC'a göre, sendikaları ve Eşitlik Kurumlarını sürece dahil etmek ve onlara bu konuda gerekli yetkiyi vermek, ücret şeffaflığı önlemlerine uyum sağlamaya yardımcı olabilecektir.¹²⁸ Bunun yanı sıra, üye devletlerden, örneğin ücret göstergeleri sistemlerini kullanmak suretiyle cinsiyete dayalı ücret farkının gelişimini izleyen ve değerlendiren yıllık raporlar sunmalarının istenmesi gerektiğine de işaret edilmiştir.¹²⁹ ETUC, işverenlere cinsiyet ayrımcılığı içermeyen iş değerlendirme çerçevelerini kullanma zorunluluğu getirmek suretiyle eşit değerdeki iş için eşit ücret hakkının güçlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.¹³⁰ Bunun

yanı sıra, çalışanlar, işletme düzeyinde emsal çalışanlara ilişkin bireysel ücret verilerini talep etme hakkına sahip olmalıdır. Bu kapsamda çalışanların aynı ve eşit değerde iş yapan çalışan kategorileri için cinsiyete göre ayrılmış genel ücret düzeyleri hakkında bilgi talep etme hakkı olduğu vurgulanmıştır.¹³¹

ETUC, toplu pazarlığa ilişkin olarak ise, kadınlar ve erkekler arasındaki ücret eşitsizliklerini azaltmada toplu pazarlığın rolünün ulusal, sektörel, yerel ve şirket düzeyinde olmak üzere her düzeyde teşvik edilmesi gerektiğini belirtmiştir.¹³² Son olarak, cinsiyet eşitliğine ilişkin ücret şeffaflığını içeren güçlü bir yasal mevzuatın, bu konuda gönüllü olmayan işverenleri toplumsal cinsiyet eşitliği konularını daha da ciddiye almaları yönünde zorlayacağına altı çizilmiştir. Ancak bu konuda düzenleme yapmanın tek başına yeterli olmadığı ve sendikaların ve toplu pazarlığın güvence altına aldığı çok yönlü bir yaklaşıma ihtiyaç olduğu ifade edilmiştir.

Değerlendirme ve Sonuç

AB Hukuku'nda Kurucu Antlaşmalar, Direktifler ve ABAD içtihatlarıyla oluşan eşitlik normları üye devletler hukuk düzenlerinde kadın ve erkek çalışanlar arasında ücret eşitliğinin sağlanmasını güvence altına almaktadır. AB'de çalışma hayatında eşit ücret ilkesinin uygulanmasında karşılaşılan güçlükler, ücret eşitsizliğini gidermek amacıyla yeni ve bağlayıcı normlar oluşturma fikrini ortaya çıkarmıştır. AB Komisyonu tarafından hazırlanan Ücret Şeffaflığı Direktif Tasarısı, AB'de istihdamda kadın ve erkek eşitliğinin güçlendirilmesi ve cinsiyete dayalı ayrımcılığın yasaklanması yönünde gelişen politikaların bir ürünü olarak değerlendirilmektedir.

Eşit ve eşit değerde iş kavramları AB Hukuku'nda ABAD içtihatlarıyla açıklığa kavuşmuştur. Direktif Tasarısı, üye devletlerde işverenlerin eşit değerde işin öğretim ve mesleki eğitim gerek-

¹²⁶ Ibid, s. 6.

¹²⁷ Ibid, s. 6.

¹²⁸ Ibid, s. 6.

¹²⁹ Ibid, s. 6.

¹³⁰ ETUC Resolution on Gender Pay Transparency Directive, Annex I, s. 6.

¹³¹ Ibid, s. 7.

¹³² Ibid, s. 7.

lilikleri, beceri, çaba, sorumluluk gibi birtakım nesnel kriterler doğrultusunda değerlendirmelerini sağlamak ve iş pozisyonlarını nesnel, cinsiyetten bağımsız kriterlere dayalı olarak daha iyi kategorize etmelerine ve ücretlendirmelerine yardımcı olmak amacıyla çeşitli yöntem ve araçların oluşturulmasını öngörmektedir. Kanımızca görülen işin eşit değerinde iş olup olmadığı konusundaki uyumsuzluk, mahkemece somut olayın özelliği göz önüne alınarak ve ABAD içtihatları ışığında değerlendirilebilecektir.

Direktif Tasarısı'nda işçilere, kendisine aynı organizasyon içinde eşit veya eşit değerinde iş yapan diğer işçilere kıyasla ayrımcı olmayan bir şekilde ücret ödenip ödenmediğini değerlendirmek ve gerekirse eşit ücret hakkını kullanmak üzere işverence gerekli bilgilerin sağlanmasını öngören bir hükme yer verilmektedir. AB Temel Haklar Şartı'nın işçilerin işletme içinde bilgi alma ve danışılma hakkını düzenleyen 27. maddesine göre; Topluluk mevzuatı ile ulusal yasalar ve uygulamalarda öngörülen durum ve koşullarda işçiler ve temsilcilerine uygun düzeylerde ve zamanında bilgi verilmeli ve danışılmalıdır. İşverenlerin işçilere bilgi verme ve danışma yükümlülüğü konusunda 2002/14 sayılı Direktif¹³³ hükümleriyle de işyeri ve işletmelerde istihdamın durumu, yapısı ve işgücü organizasyonu konusunda işçi temsilcilerine bilgi verilmesi öngörülmüştür. Bununla birlikte Direktif Tasarısı'nda ücrette şeffaflığın sağlanmasına ilişkin hükümler, işçi ve işveren arasında yapılan ve ücretin gizli tutulmasına ilişkin hükümleri içeren sözleşmelerle, kişisel verilerin korunmasına ilişkin normlar üzerindeki hukuki tartışmaları beraberinde getirecektir. Ayrımcılığa maruz kaldığını iddia eden işçinin kendisiyle karşılaştırılabilir durumda olan işçinin ücretini bilmesi eşit ücret ilkesinin ve ayrımcılık yasağının ihlal edildiğini kanıtlanması bakımın-

dan önemlidir. Direktif Tasarısı'nda ispat yükünün yer değiştirmesine ilişkin hükümde bu Tasarı'nın doğrudan veya dolaylı ayrımcılığa ilişkin, hukuki veya idari işlemlerde ve mevcut içtihatlar doğrultusunda işçinin konumunu güçlendirdiği vurgulanmakta; işverenin Direktif tarafından belirlenen ücret şeffaflığı yükümlülüklerine uymaması durumunda, ispat yükünün ilk bakışta ayrımcılığın varlığını gösteren bir durumun ortaya konulmasına gerek kalmaksızın davalıya geçmesi gerektiği ifade edilmektedir. Tasarı'da ispat yükünün yer değiştirmesini güçlendiren bu hükmün yalnızca işçiler tarafından eşit ücret haklarının uygulanmasını kolaylaştırmakla kalmayacağı, aynı zamanda işverenlerin bu Direktif kapsamındaki şeffaflık yükümlülüklerine uymaları için ek bir teşvik sağlayacağı belirtilmektedir.

KAYNAKÇA

- Ahrens, Petra and Alexandra Scheele, "Game-Changers for Gender Equality in Germany's Labour Market? Corporate Board Quotas, Pay Transparency and Temporary Part-Time Work", *German Politics*, 31:1, 2022, ss. 157-176.
- Ahtela, Karoliina: "The Revised Provisions on Sex Discrimination in European Law: A Critical Assessment", *European Law Journal*, Vol. 11, No. 1, 2005, ss. 57-78.
- Atamer, Yeşim M.: "Sosyal Politika" içinde Gülören Tekinalp, Ünal Tekinalp, Avrupa Birliği Hukuku, BETA Basım Yayım Dağıtım AŞ, İstanbul, 2000.
- Barnard, Catherine: *EC Employment Law*, Oxford University Press, New York, 2006.
- Baykal, Sanem-İlke Göçmen: *Hakim ve Savcılar İçin Avrupa Birliği Hukuku El Kitabı*, Adalet Bakanlığı Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü Yayını, Ankara, 2021.
- Bercusson, Brian: *European Labour Law*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2009.
- Blanpain, Roger: *European Labor Law*,

133 Directive 2002/14/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 2002 establishing a general framework for informing and consulting employees in the European Community - Joint declaration of the European Parliament, the Council and the Commission on employee representation, OJ L 80, 23.3.2002.

- Kluwer Law International, 10th Revised Edition, The Hague, The Netherlands, 2006.
- Boll, Christina, Andreas Lagemann: Gender pay gap in EU Countries based on SES (2014), European Commission Directorate General for Justice, Publication Office of the European Union, Luxembourg, 2018.
 - Bronstein, Arturo: International and Comparative Labour Law: Current Challenges, International Labour Organization, Palgrave Macmillan, Geneva, 2009.
 - Bruun, Niklas: "The New Legal Framework For Equality In The European Union" içinde The Changing Face of European Labour Law and Social Policy, Alan C. Neal (Ed), Kluwer Law International, The Hague, The Netherlands, 2004, ss. 83-95.
 - Business Europe Position Paper, European Commission proposal for a directive on pay transparency, Remarks on specific articles, Erişim: https://www.buinessurope.eu/sites/buseur/files/media/position_papers/social/2021-05-05_pp_pay_transparency.pdf (Erişim tarihi: 20.10.2022).
 - Cinsiyete Dayalı Ücret Farkının Ölçümü-Türkiye Uygulaması, ILO-Uluslararası Çalışma Örgütü ve TÜİK Raporu, 2020, Erişim: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-ankara/documents/publication/wcms_756659.pdf (Erişim tarihi: 18.10.2022).
 - Communication from the Commission, 'A Union of Equality: Gender Equality Strategy 2020-2025' of 5 March 2020, COM (2020) 152 final.
 - Commission Recommendation 2014/124/EU of 7 March 2014 on the strengthening the principle of equal pay between men and women through pay transparency, OJ L 69, 08.03.2014.
 - Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions of 18 July 2007 'Tackling the pay gap between women and men', COM (2007), 424 final.
 - Commission Staff Working Document Evaluation of the relevant provisions in Directive 2006/54 implementing the Treaty principle on 'equal pay for equal work or work of equal value', 5.3.2020, SWD (2020) 50 final.
 - Ellina, A. Chrystalla: Promoting Women's Rights, The Politics of Gender in the European Union, Routledge, London, 2003.
 - ETUC Resolution on Gender Pay Transparency Directive Adopted at the Executive Committee Meeting of 22-23 October 2019, Erişim: <https://www.etuc.org/system/files/document/file2019-11/ETUC> (Erişim Tarihi: 23.10.2022).
 - European Commission Equal Pay Factsheet, "Equal Pay? Time to close the Gap!", October 2021, Erişim: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/aid_development_cooperation_fundamental_rights/equalpayday_factsheet.pdf (Erişim tarihi: 17.10.2022).
 - European Parliament resolution of 18 November 2008 with recommendations to the Commission on the application of the principle of equal pay for men and women, 2008/2012 (INL).
 - European Parliament resolution of 24 May 2012 with recommendations to the Commission on application of the principle of equal pay for male and female workers for equal work or work of equal value, 2011/2285 (INL).
 - Foubert, Petra: The Legal Protection of the Pregnant Worker in the European Community- Sex Equality, Thoughts of Social and Economic Policy and Comparative Leaps to the United States of America, Kluwer Law International, The Hague, 2002.
 - Gender pay gap statistics-tables and figures, Gender pay gap statistics, Eurostat, 29.07.2022, Erişim: <https://ec.europa.eu/>

- eurostat/statistics-explained/index.php?-title=Gender_pay_gap_statistics#Gender_pay_gap_higher_in_the_private_sector (Erişim: 20.20.2022).
- Gülmez, Mesut: İnsan Hakları ve Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılığın Kaldırılması ve Türkiye, Belediye-İş Sendikası, Ankara, 2009.
 - Halaçlı, Bekirhan, Hacer Simay Karaalp-Orhan: "Türkiye'de Cinsiyete Dayalı Ücret Eşitsizliği: İşveren Yönlü Bir Analiz", Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 61, 2022, ss. 65-90.
 - Heper, Altan: Avrupa İş Hukuku ve Türkiye, Avrupa-Türkiye Araştırmaları Enstitüsü (ATA-Enstitüsü), 1. Basım. İstanbul, 1997.
 - Hervey, Tamara: Justifications for Sex Discrimination in Employment, Butterworth & Co. Publishers Ltd, London, 1993.
 - ILO Recommendation R090, Equal Remuneration, 1952 (No. 90).
 - Kaya, Gözde: Avrupa Birliği İş Hukuku'nda Cinsiyet Ayrımcılığı, Avrupa Birliği Bakanlığı Akademik Araştırmalar Serisi-1, Ankara, 2012.
 - Koray, Meryem: "Kadın" Adına Gündem Oluşturmak", Amme İdaresi Dergisi, Cilt 23, Sayı 3, Eylül 1990'dan Ayrı Bası, Ankara, 1990.
 - Landmesser, J.M., A.J.Orlowski and M.A. Rusek: "Gender Pay Gap Across the Income Distribution: Analysis for the EU", Proceedings of the 10th Polish Symposium on Physics in Economy and Social Sciences (FENS 2019) Acta Physica Polonica A, No. 1, Vol. 138, 2020, ss. 31-40.
 - Lecerf, Marie, Rosamund Shreeves: "Legislative Train 10.2022, A New Push For European Democracy", European Parliament.
 - "More people in work", Eurostat, Erişim: https://ec.europa.eu/eurostat/cache/digpub/european_economy/bloc-1d.html?lang=en (Erişim tarihi: 12.10.2022).
 - Onaran Yüksel, Melek: Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın-Erkek Eşitliği, BETA Basım AŞ, İstanbul, 2000.
 - Page, Douglas: "How the Criteria for Joining the European Union Affect Public Opinion: The Case of Equal Pay between Women and Men in Bosnia and Herzegovina", Journal of Common Market Studies, Vol. 56, No. 2, 2018, ss. 230-246.
 - Peruzzi, Marco: "Contradictions and misalignments in the EU approach towards the gender pay gap", Cambridge Journal of Economics, Vol. 39, No. 2, 2015, ss. 441-465.
 - Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council to strengthen the application of the principle of equal pay for equal work or work of equal value between men and women through pay transparency and enforcement mechanisms, COM (2021) 93 final, 2021/0050 (COD).
 - Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the application of Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation, COM (2013), 861 final.
 - Rubery, Jill: "Closing the Gender Pay Gap in the EU", Intereconomics, Vol.50, Issue. 2, 2015, ss. 62-63.
 - Sargeant, Malcolm: Discrimination Law, Pearson Education Limited, England, 2004.
 - Servais, Jean-Michel: International Labour Law, Kluwer Law International, 2005, The Netherlands.
 - Shaw, Jo, Jo Hunt and Chloë Wallace: The Economic and Social Law of the European Union, Palgrave Macmillan, the United Kingdom, 2007.
 - Tackling the gender pay gap in the European Union, European Commission, Publication Office of the European Union, Luxembourg, 2011.

- Tobler, Christa: Indirect Discrimination, A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC Law, E.M. Meijers Instituut, Intersentia Antwerpen, 2005.
- Tuncay, Can: İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.
- "Women's employment in the EU", Eurostat, 06.03.2020, Erişim: <https://ec.europa.eu/eurostat/web/products-eurostat-news/-/EDN-220200306-1> (Erişim tarihi: 16.10.2022).
- Yenisey, Kübra Doğan: "Kadın Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukuku'nun Avrupa Birliği Hukuku ile Olası Uyum Sorunları", Kamu-İş, Yargıç Dr. Aydın Özkul'a Armağan, Cilt. 6, Sayı. 4, 2002.

Araştırma Makalesi
Sicil, 2022/II Sayı 48: 107-126
Makale Gönderim Tarihi: 7 Kasım 2022
Makale Kabul Tarihi: 14 Kasım 2022

Vakıf Üniversitesinde Çalışan Akademik Personelin Eşit Ücret Hakkı

Öz

Ülkemizde dönem dönem kamu kesiminde çalışan personel ile özel kesimde çalışanlar arasında mali haklar bakımından dengesizlikler olduğu gözlemlenmektedir. Akademik açıdan aynı niteliklere sahip olan vakıf üniversitesi akademik personeli ile devlet üniversitesi akademik personeli arasındaki ücret dengesizliğini gidermek amacıyla yakın zamanda kanuni bir düzenleme yapılarak, vakıf üniversitesi akademik personeli aleyhine

bozulan denge kanun koyucu tarafından yeniden tesis edilmek istenmiştir. Ancak uygulamada, tesis edilen söz konusu kanun hükmüne uyulmamasından doğan hukuki uyumsuzluklar, bu uyumsuzlukların nasıl çözüleceğine ilişkin soru işaretlerini beraberinde getirmiştir. Bu çalışmada eşit ücret hakkı ihlal edilen vakıf üniversitesi akademik personelinin başvurabileceği idari ve yargısal başvuru yolları değerlendirilmiştir.

Anahtar Sözcükler:

Vakıf üniversitesi, akademik personel, eşit ücret.

Equal Pay Right of Academic Staff Working at Private University

Abstract

In our country, from time to time, it is observed that there are imbalances between the personnel working in the public sector and those working in the private sector in terms of financial rights. A legal arrangement has been made recently in order to eliminate the wage imbalance between the academic staff of the private university and the academic staff of the state university, who have the same academic qualifications. Thus, the balance that was dis-

turbed against the academic staff of the private university was tried to be re-established by the legislator. However, legal disputes arising from non-compliance with the said provision of law established in practice have brought along question marks about how these disputes will be resolved. In this article, the administrative and judicial remedies that can be enjoyed by the academic staff of the private universities whose right to equal pay is violated were evaluated.

Keywords:

Private university, academic staff, equal pay.

*Çankırı Karatekin Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, duygucelebidemir@karatekin.edu.tr, ORCID: 0000-0002-6029-9564.

**Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, mehpere_90@hotmail.com, ORCID: 0000-0002-1377-2742.

Giriş

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu¹ 1982 Anayasası'ndan önce kabul edilen bir kanun olarak genel yapısı itibarıyla devlet üniversitelerini esas almıştır. 2547 sayılı Kanun'un vakıf üniversitelerine ilişkin hükümleri Kanun'a sonradan eklenmiş ve devlet üniversiteleri için öngörülen kurallarla irtibat sağlanmadığından vakıf üniversitelerine ilişkin bir takım tereddüt ve belirsizlikleri de ortaya çıkarmıştır².

Anayasa'nın 130. maddesinde, çağdaş eğitim-öğretim esaslarına dayanan bir düzen içinde milletin ve ülkenin ihtiyaçlarına uygun insan gücü yetiştirmek amacı ile; ortaöğretime dayalı çeşitli düzeylerde eğitim-öğretim, bilimsel araştırma, yayın ve danışmanlık yapmak, ülkeye ve insanlığa hizmet etmek üzere çeşitli birimlerden oluşan kamu tüzel kişiliğine ve bilimsel özerkliğe sahip üniversitelerin Devlet tarafından kanunla kurulacağı belirtilmiştir. Maddenin 2. fıkrasında ise Kanun'da gösterilen usul ve esaslara göre, kazanç amacına yönelik olmamak şartı ile vakıflar tarafından, Devletin gözetim ve denetimine tâbi yükseköğretim kurumları kurulabileceği ifade edilmiştir. Söz konusu maddenin 10. fıkrasında ise vakıflar tarafından kurulan yükseköğretim kurumlarının mali ve idari konuları dışındaki akademik çalışmaları, öğretim elemanlarının sağlanması ve güvenlik yönlerinden, Devlet eliyle kurulan yükseköğretim kurumları için Anayasada belirtilen hükümlere tabi olduğu ifade edilmiştir.

Vakıf üniversitesi, Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği'nin 5. maddesinde gelirlerini sadece kendi üniversitelerini ve mülkiyeti üniversitelere ait kurum ve kuruluşları geliştirmek amacıyla harcamak kaydıyla, vakıflar tarafından kanunla kurulmuş bulunan kamu tüzel kişiliğine sahip, yüksek düzeyde araştırma, eğitim-öğretim,

bilimsel araştırma, yayın ve danışmanlık yapan, fakülte, enstitü, yüksekokul, meslek yüksekokul, destek, hazırlık okulu veya birimleri, benzeri kuruluş ve birimlerden oluşan bir yükseköğretim kurumu olarak tanımlanmaktadır. Öğretim elemanı kavramı ise 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 3. maddesinde tanımlanmıştır. Düzenlemeye göre, öğretim elemanları yükseköğretim kurumlarında görevli öğretim üyeleri, öğretim görevlileri ve araştırma görevlilerini ifade etmektedir. 2547 sayılı Kanun'un Ek 8. maddesinde ise vakıflarca kurulacak yükseköğretim kurumlarındaki öğretim elemanlarının niteliklerinin devlet yükseköğretim kurumlarındaki öğretim elemanları ile aynı nitelikte olduğu belirtilmiştir.

Bu çalışma kapsamında ilk olarak vakıf üniversitesinde çalışan akademik personelin hukuki statüsü üzerindeki süregelen tartışmalar ortaya konularak bir saptama yapılacaktır. Ardından vakıf üniversitesinde çalışan akademik personelin Devlet üniversitesinde çalışan akademik personel ile eşit ücret hakkına ilişkin yasal düzenleme ve bu düzenlemeye dayalı olarak doğacak hukuki ihtilafların çözümünde başvurulabilecek idari ve yargısal yollar açıklanacaktır.

I. Vakıf Üniversitesinde Çalışan Akademik Personelin Hukuki Statüsü

A. Sözleşmenin Hukuki Niteliği

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun Ek 5. maddesinin 2. fıkrasında mütevellî heyet, yükseköğretim kurumunda görevlendirilecek yöneticiler ve öğretim elemanları ile diğer personelin sözleşmelerini yapmakla, atamalarını ve görevden alınmalarını onaylamakla görevlendirilmiştir. 2547 sayılı Kanun'un getirmiş olduğu söz konusu düzenleme incelendiğinde vakıf üniversitelerinde öğretim elemanlarıyla "sözleşme" yapılabileceğinin ifade edildiği gözlenmektedir. Buna karşın kanun koyucu söz konusu sözleşmenin hukuki niteliği konusunda açıkça bir düzenle-

1 RG, 6.11.1981, Sayı: 17506.

2 Mahmut Kabakçı, "Vakıf Yüksek Öğretim Kurumu Öğretim Elemanlarının Taraf Olduğu Davalarda Yargı Yolu", Prof. Dr. Savaş Taşkent'e Armağan, Editör: Prof. Dr. Kübra Doğan Yenisey, Ön İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 389-390.

meye yer vermemiştir. Söz konusu durum yargı kararlarında ve öğretide sözleşmenin niteliği konusunda bir tartışmaya sebep olmaktadır.

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun ifadesinde, yalnızca mütevelli heyetin öğretim elemanları ile sözleşme yapacağı, atamalarını ve görevden almalarını onaylayacakları belirtilmiştir. Madde metninde "sözleşme" ve "atama" kavramlarına yer verilmektedir. "Atama" kavramı, bulunduğu üzere idare hukukunda memurlara özgü tek taraflı bir idari işlemdir³. Vakıf üniversitelerinin kamu tüzel kişiliğine sahip olmaları, kamu hizmeti yürütmeleri ve istihdam edilenin özelliği nedeniyle vakıf üniversitelerinin öğretim elemanı ile yaptıkları sözleşmenin hukuki niteliğinin tespiti noktasında birtakım belirsizlikler ortaya çıkmaktadır⁴. Bu noktada sözleşmenin hukuki niteliğinin iş sözleşmesi mi yoksa idari bir sözleşme mi olduğunun tespiti önem kazanmaktadır. Nitekim söz konusu hukuki nitelendirmenin yapılması yargı yolunun belirlenmesinde de önem arz etmektedir. Buna göre vakıf üniversitesi ile öğretim elemanı arasında iş sözleşmesinin kurulduğunun kabulü durumunda uyuşmazlık adli yargı yolunda çözümlenecekken, idari bir sözleşmenin kabulü durumunda ise uyuşmazlıkta idare mahkemesi görevli olacaktır⁵.

Vakıf üniversiteleri ile öğretim elemanları arasındaki sözleşmenin hukuki niteliği konusunda gerek öğretide gerekse yargı kararlarında farklı görüşler bulunmaktadır. Konuya ilişkin bir görüşe göre, vakıf üniversiteleri kamu tüzel kişiliğine haiz olup, kamu hizmeti yürüttükleri için istihdam ettiği öğretim elemanı kamu görevlisidir. Bu nedenle vakıf üniversitesi ile öğretim elemanı arasında atama tasarrufuna dayalı idari hizmet sözleşmesi bulunmaktadır ve statü hukuksundan doğan uyuşmazlıkların idari yargıda çözümlenmesi gerekir⁶.

Konuya ilişkin doktrindeki diğer bir görüş ise vakıf üniversitesi ile öğretim elemanı arasında yapılan sözleşmenin iş sözleşmesi niteliğinde olduğunu kabul etmektedir⁷. Bu görüşteki bazı

kelimesi kullanılmıştır. Bkz. Kabakcı, s. 397-398.

3 Kabakcı, s. 418; Yalçın Bostancı/Sevde Bulun Toktaş, "Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 2020/479 E. 2020/626 K. Sayılı ve 26.10.2020 Tarihli Vakıf Üniversitesinde Çalışan Öğretim Üyesinin Alacak Talepli Açtığı Davanın "İdari Yargı" Yerinde Çözülmesi Gerektiğine İlişkin Verilen Kararın İncelenmesi", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2021, Cilt 29, Sayı 3, s. 2662.

4 Seracettin Göktepe, "Vakıf Üniversiteleri ile Öğretim Elemanları Arasındaki Hukuki İlişkinin Niteliği", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 29, S. 1, Y. 2021, s. 584.

5 İlhan Özay, Günışığında Yönetim, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004, s. 510 vd.; İsmail Giritli/Tayfun Akgüner/Kahraman Berk, İdare Hukuku, Der Yayınları, 7. Basım, İstanbul 2015, s. 1304; Ramazan Çağlayan, İdare Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, 7. Basım, Ankara 2019, s. 439; Bostancı/Bulun Toktaş, s. 2661. Doktrinde Kabakcı'ya göre, ek 5. maddede devlet memurlarına özgü bir terim olan atamadan söz edilse de öğretim elemanının istihdamının 23 ve devamı maddelerde farklı akademik unvanlar için üniversitenin farklı kurullarının olumlu kararı üzerine mümkün olduğundan, mütevelli heyetin sözleşme imzalamasından önceki aşamayı kapsamak üzere atama

6 Kemal Gözler/Gürsel Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, 18. Baskı, Bursa 2016, s. 620; Yıldırım Turan/Figen Samuray, "Vakıf Üniversitesi Öğretim Elemanlarının Statüsü", Maltepe Hukuk Dergisi, S. 1, Y. 2010, s. 91; Serkan Çınarlı/Refik Kiraz, "Vakıf Üniversitesi Personelinin Hukuki Statüsü ve Vakıf Tüzel Kişiliği Kaybı Durumunda Personele Yönelik Düzenleme Önerisi", Uluslararası Yükseköğretim Kongresi 2011, Bildiri Kitabı, C. 3, Bölüm XIII, 2011, s. 1788; Serkan Çınarlı/Sevinç Arslan Hızal/Abdullah Hızal, "Vakıf Üniversitelerinde Görev Yapan Öğretim Üyelerinin Ceza Soruşturması Usulü Sorunu", Leges Kamu Hukuku Dergisi, S. 3, Haziran 2013, s. 29-30.

7 Nuri Çelik, "Vakıf Üniversitesi Öğretim Elemanları ile Yapılan Sözleşmelerin Hukuki Niteliği Konusundaki Uyuşmazlık Mahkemesi ve Diğer Yargı Kararlarının Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, s. 14-15; Münir Ekonomi, "Bireysel İş İlişkinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2002, Ankara 2004, s. 27; Kübra Doğan Yenisey, "Bireysel İş İlişkinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi", Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2006, TİSK Yayınları, Ankara 2009, s. 45; Sarper Süzek, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2007, Genel Görüşme, İstanbul 2009, s. 76; Gülsevil Alpagut, "İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2010, Ankara 2012, s. 41-42; A. Can Tuncay, "İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2011, Ankara 2013, s. 56; Ali Rıza Okur, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2011, Genel Görüşme, s. 120; Öner Eyrenci, "İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2012, Ankara 2014, s. 10 vd.; Fatma Ayça İzmirlioğlu, Vakıf Üniversitelerinde Çalışan Akademik Personelin Hukuki

yazarlara göre, vakıf üniversitesi ile öğretim elemanı arasında sözleşmenin idari sözleşme olarak kabul edildiği durumda, yönetime üstünlük tanınan, iş güvencesinden yoksun bir meslek grubu yaratılacağından idare üstün yetkilerini kullanarak çalışma koşullarını istediği yönde belirleyeceği gibi sözleşmeyi de her zaman sona erdirebilecektir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun iş güvencesine ilişkin 18 ve devamı hükümlerinde öngörülen şekilde idari sözleşmelerde öğretim elemanını koruyucu hükümler getirilmediği takdirde idare her zaman tek taraflı olarak sözleşmeyi sona erdirebileceğinden meslek güvencesinin sağlanması zorlaşacaktır. Nitekim Kanun'da öğretim elemanları ile yapılan sözleşmenin idari hizmet sözleşmesi olduğuna yönelik bir düzenleme bulunmamaktadır⁸. Aynı görüşte olan Eyrenci, vakıf üniversitesi ile öğretim elemanı arasında kurulan sözleşme ilişkisinin idari işlemlerin ayırt edici unsuru olan sözleşme koşullarının belirlenmesinde kamunun baskın ve belirleyici olmasının söz konusu olmadığını, ilişkinin tamamen tarafların serbest iradeleriyle belirlenen bir sözleşmeye dayalı olması nedeniyle özel hukuk kurallarına tabi olduğunu ifade etmektedir⁹. Demircioğlu/Kaplan ise vakıf üniversiteleri ile öğretim elemanları arasındaki ilişkinin iş sözleşmesi kabul etmekle birlikte Uyuşmazlık Mahkemesi kararları

karşısında sözleşmeden doğan uyumsuzlukların idari yargıda çözümleneceğini ifade etmektedir¹⁰. Vakıf üniversitesi ile öğretim üyesi arasında imzalanan iş sözleşmesinin türü konusunda da eğitim ve araştırma faaliyetinin süreklilik arz etmesi, İş Kanunu'nun 11. maddesinin 1. fıkrasında sayılan objektif nedenlerin söz konusu olmaması ve yasada bu yönde getirilmiş bir düzenleme bulunmaması gerekçeleriyle doktrinde belirli süreli iş akdi yapılamayacağı da ifade edilmektedir¹¹.

Doktrinde Kabakcı'ya göre vakıf üniversitesi ile öğretim elemanı arasında iş sözleşmesine dayanan bir ilişki bulunmaktadır. Nitekim Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği'nin 23. maddesinde, "Vakıf yükseköğretim kurumlarında görev alacak olan akademik ve idari personelin çalışma esasları 2547 sayılı Kanunda devlet üniversiteleri için öngörülen hükümlere tabidir. Bu personelin aylık ve diğer özlük hakları bakımından ise 4857 sayılı İş Kanunu hükümleri uygulanır." ifadelerine yer verilmiştir. Maddenin ikinci fıkrası öğretim elemanlarının görevlendirilmelerinden sonra aylık ve diğer özlük hakları bakımından bir çalışan olarak 4857 sayılı İş Kanunu'na atıfta bulunmuştur. İş Kanunu'nun amacının işverenler ile bir iş sözleşmesine dayanarak çalıştırılan işçilerin çalışma şartları ve çalışma ortamına ilişkin hak ve sorumluluklarını düzenlemek olduğu düşünüldüğünde Yönetmelikteki atfın vakıf üniversitesi ile öğretim elemanı arasındaki ilişkinin iş sözleşmesine dayandığının kabulü şeklinde anlamak gerekmektedir¹².

Statüsü, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir 2017, s. 354-355; A. Murat Demircioğlu/Hasan Ali Kaplan, "Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 21.5.2012, 5.11.2012 ve 24.12.2012 Tarihli Kararları Işığında Vakıf Üniversitelerinde Görev Yapmakta Olan Öğretim Üyeleri ile Üniversiteler Arasındaki Sözleşmelerin Hukuki Niteliği", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 15, Özel Sayı, 2013, s. 72; Fatma Başterzi, "Vakıf Üniversitesi Öğretim Elemanı ile Yapılan Sözleşmenin Hukuki Niteliği ve Bazı Yargısal Sorunlar Üzerine Bir Değerlendirme", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan C. 2, İstanbul 2011, s. 1301-1311; Gaye Burcu Yıldız, "Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", Yargıtayın İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarını Değerlendirilmesi 2015, Beta Yayınları, İstanbul 2017, s. 84 vd.; Gaye Baycık, "Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri, ve İşin Düzenlenmesi", Yargıtayın İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016, Beta Yayınları, İstanbul 2018, s. 152 vd.; Kabakcı, s. 419.

8 Çelik, s. 14; Başterzi, s. 1311-1312.

9 Eyrenci, s. 10-11.

10 Demircioğlu/Kaplan, s. 72.

11 Sarper Süzek, İş Hukuku, Beta Basım, İstanbul 2022, s. 257. Yargıtay 9. Hukuk dairesi de vermiş olduğu bir kararında "... Davalı üniversitenin eğitim-öğretim iş süreklilik arz ettiğinden yardımcı doçent olan davacı ile belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasını gerektiren objektif koşullar da somut olayda bulunmamaktadır. Bu nedenle sözleşmenin belirsiz süreli olduğunun kabulü gerekir." ifadelerine yer vererek iş sözleşmesinin belirsiz süreli kurulduğunu kabul etmiştir. (Yarg. 9. HD., 28.06.2010, 20382/20662). 22. Hukuk Dairesi ise öğretim üyesi ile değil ancak öğretim görevlisi ile vakıf üniversitesi arasında belirli süreli iş sözleşmesi kurulabileceğini kabul etmiştir. Yarg. 22. HD., 18.03.2014, 7068/6392.

12 Kabakcı, s. 400.

Konuya ilişkin bir başka görüş ise, vakıf üniversitesinde çalışan öğretim elemanı ile üniversite arasında kurulan sözleşmenin idari hizmet sözleşmesi olmadığını ifade etmektedir. Belirtilen görüş, Yükseköğretim Kanunu'nun Ek 5. maddesinde ifade edilen atama işlemine ek olarak yapılacak sözleşmesinin özel hukuk sözleşmesi mi, idari hizmet sözleşmesi mi olduğuna ilişkin açık bir hükme yer verilmediğinden bahisle vakıf üniversitesinde çalışan öğretim elemanlarının kamu personeli olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır¹³.

Doktrindeki diğer bir görüş, vakıf üniversitele-riyle öğretim elemanları arasındaki ilişkide, statü ilişkisi ve sözleşme ilişkisi olmak üzere birbiriy-le bağlantılı iki aşamalı bir işlemin söz konusu olduğunu belirtmektedir. Buna göre, öncelikle atama, yükselme ve görev tanımı gibi statü iliş-kisine giren konuların yer aldığı idari bir işlem tesis edilmekte; sonrasında ücret, ek ders, teşvik ödemeleri, izin çalışma saati ve benzeri mali ve idari konuların kararlaştırıldığı sözleşme ilişkisi kurulmaktadır. Bu noktada mali ve idari konu-lar taraflarca sözleşme özgürlüğü çerçevesinde belirlendiğinden yapılan sözleşme idari bir söz-leşme değildir. Burada iki aşamalı olan işlemde statü ilişkisinden doğan uyuşmazlıklarda idari yargının, sözleşme ilişkisinden doğan uyuşmaz-lıklarda ise adli yargının görevli olduğu kabul edilmektedir¹⁴.

Anayasa'nın 130. maddesine göre, vakıflar tarafından kurulan yükseköğretim kurumları, malî ve idarî konuları dışındaki akademik çalış-maları, öğretim elemanlarının sağlanması ve güvenlik yönlerinden, Devlet eliyle kurulan yük-seköğretim kurumları için Anayasa'da belirtilen hükümlere tâbidir. Belirtilen düzenlemeye göre

mali ve idari konular dışında vakıf üniversitele-ri, devlet üniversiteleri için öngörülen ilke ve kurallara tabi olacaktır. Başka bir ifadeyle vakıf üniversiteleri ile devlet üniversiteleri arasında akademik yapı ve işleyiş bakımından bir fark bu-lunmamaktadır¹⁵. Nitekim 2547 sayılı Kanun'un Ek 8. maddesinin getirdiği düzenleme incelen-diğinde vakıf üniversitelerinde görev yapan öğ-retim elemanlarının da devlet üniversitelerinde çalışan akademisyenlerle aynı akademik güven-ceden yararlanacağı ifade edilmektedir¹⁶. 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nda öğretim ele-manlarının işe alınmaları ve görevde yükselme-leri iki aşamalı bir sistem olarak öngörülmüştür. Nitekim doktor öğretim üyesi atanmasına iliş-kin düzenleme getiren 2547 sayılı Kanun'un 23. maddesinde, doçent veya üç profesör öğretim üyesinin yazılı mütalaası ve sonrasında fakülte yönetim kurulunun olumlu görüşünün yer aldığı akademik aşama; rektör tarafından yapılan ata-mayla da idari aşamanın yer aldığı ikili bir sistem getirilmiştir. Doçent ve profesörlük atamasında da aynı akademik ve idari aşamalar yer verilmiş-tir. Burada akademik aşama öğretim elemanının başvurulan akademik unvanı alabilmesini, idari aşama ise yükseköğretim kurumu ile hukuki iliş-kinin kurulmasını ifade etmektedir¹⁷. Belirtilen akademik ve idari aşamalar vakıf yükseköğretim kurumları için de geçerli olup süreç aynı şekilde ilerlemektedir. Bu noktada vakıf üniversitesinde öğretim elemanlarına akademik nitelik kazan-dıran ön aşamalar ile bunu takip eden iş sözleş-mesinin kurulması aşamasının birbirinden ayırt edilmesi gerekmektedir. Nitekim Anayasa, vakıf üniversitelerinde çalışan öğretim elemanlarına akademik sıfatları bakımından iş sözleşmesi ile düzenlenmesi mümkün olmayan bir akademik güvence sağlamaktadır. Diğer taraftan üniversite ile öğretim elemanı arasındaki sözleşme idari sözleşme kabul edildiğinde, idareye üstünlük ta-nınarak iş güvencesinden yoksun bir meslek gru-

13 Nazile İrem Yeşilyurt/Başak Güneş, "Vakıf Üniversiteleri ile Öğretim Elemanları Arasında Kurulan Çalışma İlişkisinin Nitelenmesi Sorunu", Prof. Dr. Savaş Taşkent'e Armağan, Editör: Prof. Dr. Kübra Doğan Yenisey, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 955, 957.

14 Çiğdem Sever, "Bir Kamu Kurumu Olarak Vakıf Üniversiteleri ve Bu Üniversitelerde Çalışan Akademisyenlerin Hukuki Statüsü", Legal Hukuk Dergisi, Mart 2016, s. 1199 vd.

15 Kabakçı, s. 416; Bostancı/Bulun Tokkaş, s. 2664.

16 Kabakçı, s. 417.

17 Kabakçı, s. 397-398.

bu yaratılmasına sebebiyet verileceği yönündeki eleştiriler de haklılık payı bulunmaktadır. Zira idareye üstün yetki tanındığı durumda, idare söz konusu yetkisini kullanarak çalışma koşullarını istediği şekilde belirleyebilme ve sözleşmeyi güvence olmaksızın her zaman sona erdirebilme yetkisine de haiz olacaktır. Bu noktada vakıf üniversiteleri için belirtilen "öğretim elemanlarının sağlanması" ibaresi, öğretim elemanlarının atama, unvan ve yükselmeleri ile ilişkilendirilebilir. Zira 2547 sayılı Yükseköğretim Kurumu Kanunu ve 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanunu'nda, devlet yükseköğretim kurumlarında görev yapan öğretim elemanlarına ödenen tüm mali haklar vakıf yükseköğretim kurumlarında çalışan öğretim elemanlarına ödenmemektedir.

Yukarıdaki açıklamalarımızda da ifade edildiği üzere, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun Ek 5. maddesi gereği öğretim elemanın atama işleminin ardından, üniversite ile öğretim elemanı arasında sözleşme yapılması gerekmektedir. Söz konusu sözleşmenin hukuki niteliği konusunda yasada bir belirleme yapılmamış olsa da çalışma koşulları tek taraflı olarak üniversite tarafından belirlenmemektedir. İki tarafın müzakeresiyle ücret ve diğer çalışma koşulları sözleşme ile somutlaştırılmakta, iş görme, bağımlılık ve ücret unsurlarının ön plana çıktığı bir hukuki ilişki ortaya çıkmaktadır¹⁸. Nitekim 2547 sayılı Kanun'un Ek 8/2 maddesine eklenen "*Vakıf yükseköğretim kurumlarında çalışan öğretim elemanlarına, unvanlarına göre Devlet yükseköğretim kurumlarında ödenen ücret tutarından az ücret verilemez...*" ifadesi aynı zamanda vakıf üniversiteleri ile öğretim elemana arasında akdedilen sözleşmenin iş sözleşmesi olduğunu kabul eden bir düzenlemedir. Bilindiği üzere ücret, iş sözleşmesinin kurucu unsurudur. Durumu devlet üniversiteleri açısından değerlendirdiğimizde devlet üniversitelerinde yapılan öğretim elemanı atamasının ardından ücret ve diğer çalışma koşulları konusunda tarafların karşılıklı pazarlık yaptığı bir aşama söz konusu değildir. Devlet üniversitesine

ataması gerçekleştirilen akademisyen doğrudan akademik unvanı için öngörülen aylığa hak kazanmaktadır.

Kanun'da kamu tüzel kişileri tarafından istihdam edilenlerin idari hizmet sözleşmesine tabi olduklarına ilişkin açık bir hüküm bulunmaması hâlinde sözleşmenin niteliği, yürütülen işin kamu hizmetine ilişkin olması ve sözleşmede idareye özel hukuku aşan yetkilerin verilip verilmemesine göre belirlenir¹⁹. Sözleşmenin kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olması tek başına idari sözleşmenin varlığını ortaya koymaz. Vakıf üniversiteleri ile öğretim elemanları arasındaki ilişkinin sırf daha iyi güvence sağladığı düşüncesiyle idari hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi de doğru olmaz. Belirtilen normatif düzenlemelere göre kamu hizmeti, kamu görevlisi sayılan işçiler eliyle de yürütülebilir. Vakıf üniversitelerine devlet üniversiteleri gibi ayrıcalıklar tanınması ve kamu hizmetini yapmalarının sağlanması, kamu hizmetini sağlamak için çalıştırdığı öğretim görevlilerini statü hukukuna tabi kılmamalıdır. Burada yapılması gereken vakıf üniversitelerinde çalışan öğretim elemanlarının hukuki durumlarını açıkça ortaya koyan yasal bir düzenlemenin getirilmesi olacaktır. Yargı kararlarındaki istikrarsız ve çelişkili durum da göz önüne alındığında söz konusu yasal düzenlemenin yapılması hukuki güvenlik ilkesi²⁰ ve bu kapsamda hukuki belirlilik ilkesi açısından da elzemdir.

B. Yargı Kararlarında Durum

Vakıf üniversitelerinde görevli öğretim ele-

19 Metin Günday, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, 10. Baskı, Ankara 2011, s.184-187; Turgut Tan, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, 4. Baskı, Ankara 2015, s. 299-303; Bahtiyar Akyılmaz/ Murat Sezginer/ Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku, Savaş Yayınevi, 12. Baskı, Ankara 2020, s.477 vd.; Oğuz Sancakdar/Lale Burcu Önüt/Eser Us Doğan/Mine Kasapoğlu Turhan/Serkan Seyhan, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, Seçkin Yayıncılık, 10. Baskı, Ankara 2021, s. 598 vd.

20 Hukuki güvenlik ilkesi, hukuki belirlilik ilkesi, hukuki istikrar ve hukuki öngörülebilirlik ilkelerinden oluşan bir hukukun genel ilkesi olarak nitelendirilmektedir. Mehpere Çaptuğ, İdari Usul Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 59 vd.

18 Kabakçı, s. 420.

manlarının taraf olduğu davalarda yargı yoluna ilişkin görev uyuşmazlığı konusunda Uyuşmazlık Mahkemesi, 2012 yılından itibaren vermiş olduğu kararlarda idari yargının görevli olduğu yönünde kararlar vermesine karşın; 2018 yılına kadar Yargıtay 9. ve 22. Hukuk Dairelerince iş mahkemelerinin görevi içerisinde kabul edilmiştir. Nitekim konuya ilişkin Yargıtay kararları incelendiğinde, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 2018 yılına kadar vakıf üniversitesi ile öğretim elemanı arasındaki ilişkinin iş sözleşmesine dayandığını ve adli yargının görevli olduğu yönünde kararlar verdiği gözlenmektedir. 9. Hukuk Dairesi söz konusu kararlarında Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği'nin 23. maddesine atıf yapmış ve adli yargının görevli olduğunu kabul etmiştir²¹. 9. Hukuk Dairesi 2018 yılından sonra ise görüş değiştirerek vakıf üniversitesi ile öğretim elemanı arasındaki ilişkinin idari sözleşme olduğunu ve idari yargının görevli olduğu kabul etmiş; Uyuşmazlık Mahkemesi'nin kararlarını gerekçe göstererek 2547 sayılı Kanun'dan ve 4857 sayılı Kanun'dan doğan uyuşmazlık şeklinde bir ayırma gitmeksizin vakıf üniversitesine karşı öğretim elemanlarının açtığı davaların idari yargının konusu olduğu yönünde kararlar vermiştir²².

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi ise, 2014 yılına kadar vermiş olduğu kararlarda vakıf üniversiteleri ile öğretim elemanları arasındaki uyuşmazlıklarda Uyuşmazlık Mahkemesinin görüşünü benimseyerek idari yargının görevli olduğunu kabul ederken²³; 2014 yılından itibaren vermiş

olduğu kararlarında 9. Hukuk Dairesinin görüşünü benimsemiş ve vakıf üniversitesi ile öğretim elemanı arasındaki sözleşmenin iş sözleşmesi olduğundan bahisle adli yargının görevli olduğu yönünde kararlar vermiştir²⁴. Yargıtay 7. Hukuk Dairesi de vakıf üniversitesi ile öğretim elemanı arasındaki sözleşmenin iş sözleşmesi olduğunu kabul etmiştir²⁵. 2020 yılında 22. Hukuk Dairesinin kapanıp 9. Hukuk Dairesi ile birleşmesinden sonra 9. Hukuk Dairesi önceki görüşüne dönmek suretiyle öğretim elemanlarıyla ilgili açılacak davalarda adli yargının görevli olduğunu oybirliğiyle kabul etmiştir²⁶. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da 2017 yılında vermiş olduğu kararda vakıf üniversitesi ile öğretim görevlisi arasında iş sözleşmesi bulunduğu gerekçesiyle uyuşmazlığın adli yargıda çözümlenmesi gerektiğine hükmetmiştir²⁷. Nitekim Yargıtay Büyük Genel Kurulu 23.01.2020 tarih ve 2020/1 sayılı kararında vakıf üniversiteleri ile öğretim elemanları arasında İş Kanunu ve iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlık

BilgiBankasistemciWeb/ (E.T: 06.07.2022).

24 Yargıtay 22. H.D., 25.09.2014, E. 21194, K. 25575, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasistemciWeb/> (E.T: 06.07.2022).

25 Yargıtay 7. H.D., 01.04.2014, E. 2145, K. 7139, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasistemciWeb/> (E.T: 06.07.2022).

26 "...Tüm bu maddi ve hukuki olgular birlikte değerlendirildiğinde, özellikle 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun Ek. 11. Maddesine, 6745 sayılı Kanun ile 20/08/2016 tarihinde getirilen 10. bentte, hizmet sözleşmeleri hususunda 4857 sayılı İş Kanunu'na atıf yapılması ve taraflar arasında imzalanmış sözleşmelerde, sözleşmelere idari sözleşme niteliği verecek, kamusal yetkinin getirdiği üstünlük ve ayrıcalığın bulunmaması nedeniyle idareye tanınan üstünlük ve otorite ölçütünün yokluğu, davacı ile davalı Üniversite arasında bağitlanan sözleşmelerin bireysel iş sözleşmesi olduğunu, dolayısıyla bu iş ilişkisinin özel hukuk kurallarına göre belirlenen özel hukuk ilişkisi olduğunu göstermektedir. Davalı Vakıf Üniversitesinin, mali ve idari konuları dışındaki akademik çalışmaları, öğretim elemanlarının sağlanması ve güvenlik yönlerinden, Devlet eliyle kurulan yükseköğretim kurumları için Anayasa'da belirtilen hükümlere tabi olması, davacının iş sözleşmesi ile çalışma olgusunu ve buna bağlı olarak İş Mahkemesinin görevini ortadan kaldırmaz. Uyuşmazlık, Adli Yargı yolunda ve İş Mahkemesinde çözümlenmelidir..."", Yargıtay 9. H.D., 11.03.2021, E. 2020/1953, K. 2021/122, www.calismavetoplum.org (E.T: 25.07.2022).

27 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 22.03.2017, E. 2015/7, K. 2017/523, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasistemciWeb/> (E.T: 25.07.2022).

21 Yargıtay 9. H.D, 13.04.2009, E. 2009/2153, K. 2009/10426; Yargıtay 9. H.D, 11.02.2014, E. 2014/408, K. 2014/4041; Yargıtay 9. H.D, 09.07.2017, E. 15037, K. 23989; Yargıtay 9. H.D, 12.09.2012, E. 2011/44088, K. 2012/29283; Yargıtay 9. H.D, 21.03.2013, E. 2012/26710, K. 2013/6465; Yargıtay 9. H.D, 11.12.2014, E. 34679, K. 37998; Yargıtay 9. H.D, 03.06.2015, E. 2014/6509, K. 2015/20365; Yargıtay 9. H.D, 12.01.2016, E. 2015/35581, K. 2016/298, belirtilen kararlar için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasistemciWeb/> (E.T: 06.07.2022).

22 Yargıtay 9. H.D, 26.02.2019, E. 2018/11077, K. 2019/4781; Yargıtay 9. H.D, 12.03.2019, E. 2016/5316, K. 2019/5336 <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasistemciWeb/>

23 Yargıtay 22. H.D., 01.03.2013, E. 2012/15013, K. 2013/4250, <https://karararama.yargitay.gov.tr/Yargitay->

lardan kaynaklanan davaların temyizinde Yargıtay 9. ve 22. Hukuk Dairelerinin görevli olduğunu kabul etmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2021 yılında vermiş olduğu kararında ise vakıf üniversitesinde görev yapan öğretim elemanının işçilik alacağı isteminde davacının göreve başlaması ve sona ermesi tamamen akademik yönden olduğu gerekçesiyle devlet üniversitesi ile aynı statüde olan vakıf üniversitesi ile öğretim elemanı arasında çıkacak uyuşmazlıkların idari yargının görev alanı içinde olduğunu belirtmiştir²⁸.

Konuyu Uyuşmazlık Mahkemesi kararları ışığında incelediğimizde, Uyuşmazlık Mahkemesinin vakıf üniversiteleri ile öğretim elemanı arasındaki ilişkinin kamu hukukuna dayandığını kabul eden kararları bulunmakla birlikte²⁹; vakıf

üniversitesi ile öğretim elemanı arasındaki uyuşmazlığın özel hukuk sözleşmesinden kaynaklanmasını gerekçe göstererek adli yargının görevli olduğunu belirttiği kararları da bulunmaktadır³⁰. Konuya ilişkin verilen pek çok Danıştay kararında ise, Danıştay'ın vakıf üniversitesi ile öğretim elemanı arasındaki sözleşmenin idari hizmet sözleşmesi olarak kabul ettiği gözlenmektedir³¹. Söz konusu kararlarda vakıf üniversitelerinin kamu hizmeti yürütmek amacıyla akdetmiş oldukları sözleşmenin idari sözleşme olduğu, Anayasa'nın 130. maddesinde öngörülen bilimsel özerklik il-

kuşku bulunmamakla birlikte; davacının sözleşmesinin feshedilmesi üzerine açtığı işe iade davasında, Trabzon İdare Mahkemesince uyuşmazlığın esasının incelenmeye devam edildiği, görev uyuşmazlığına konu edilen davanın ise; iş sözleşmesinin feshinden kaynaklanan tazminat ve alacaklar olduğu görülmüştür. Bu bağlamda, esasen; davacının sözleşmesinin feshine ilişkin idari işlemde kaynaklanan tazmin isteminin 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "İdari Dava Türleri ve İdari Yargı Yetkisinin Sınırı" başlıklı 2. Maddesinin b fıkrasında belirtilen; "İdari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları" kapsamında idari yargı yerinde görülmesi gerekmektedir..." Uyuşmazlık Mahkemesi, 26.10.2020 T., E. 2020/479, K. 2020/626, <https://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/Karar/Content/fcf4ed9d-1b3b-4f40-9970-033b12474f6d?excludeGereke=False&wordsOnly=False> (E.T: 08.08.2022).

30 "...İdari davalardan olan iptal ve tam yargı davalarından davalı daima idaredir. Bir başka deyişle, idari yargı yerinde açılan bir iptal ya da tam yargı davasına bakılabilmesi için, diğer dava koşullarının yanı sıra, davanın idare aleyhine açılmış olması gerekmektedir; idari yargı yerinde gerçek kişiler aleyhine dava açılabilmesine hukuken olanak bulunmamaktadır. Bu durumda, davanın, ortada idarece kamu gücüne dayalı olarak ve idari usul ve esaslara göre re'sen ve tek yanlı biçimde tesis edilmiş bir işlem veya eyleminden dolayı hak ve menfaati ihlâl edilenler tarafından idare aleyhine açılmış 2577 sayılı Yasa'nın 2. maddesinde belirtilen davalardan biri olmayıp; davacı tarafından, tazminat istemiyle gerçek kişi aleyhine açılan dava olması karşısında, idari yargının görevine giren bir dava bulunduğundan söz etmek olanaksızdır. Buna göre, davacının, tazminat istemiyle gerçek kişi aleyhine açtığı davanın, özel hukuk hükümleri çerçevesinde görüm ve çözümünde adli yargı yeri görevlidir..." Uyuşmazlık Mahkemesi, 26.01.2015, E. 2015/41, K. 2015/29, <https://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/Karar/Content/9f607555-2920-45a4-8044-db2faa2f1207?excludeGereke=False&wordsOnly=False>

31 Danıştay Dava Daireleri Kurulu, 27.03.2014, E. 2011/1492, K. 2014/1350; Danıştay 8.D, 29.04.2011, E. 2008/8234, K. 2011/2452; Danıştay 8.D, 22.10.2018, E. 2016/8005, K. 2018/6018; Danıştay 8.D, 07.05.2019, E. 2014/1328, K. 2019/4279, <https://karararama.danistay.gov.tr/>

28 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 18.03.2021, E. 2016/1872, K. 2021/293, www.legalbank.net (E.T: 25.07.2022).

29 "...Vakıf yükseköğretim kurumlarında görev alacak olan akademik ve idari personelin çalışma esasları 2547 sayılı Kanunda devlet üniversiteleri için öngörülen hükümlere tabidir. Bu personelin aylık ve diğer özlük hakları bakımından ise 4857 sayılı İş Kanunu hükümleri uygulanır." kuralı yer almıştır. Davalı Üniversite de anılan mevzuat hükümleri çerçevesinde 2809 sayılı "Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanunu"nun Ek 53. maddesi ile vakıf yükseköğretim kurumlarına ilişkin hükümlere tabi olmak üzere, kamu tüzel kişiliğine sahip olarak kurulmuştur. İdari rejime dayalı olarak düzenlenmiş bulunan Türkiye'nin idari yapısında, kamu tüzel kişiliği idari yargının görev alanının belirlenmesinde kullanılan ölçütlerden birisidir. Kamu tüzel kişilerinin kuruluş amacı kamu yararı, faaliyet konuları ise kamu hizmetidir. Bu bağlamda, Kamu Tüzel Kişileri, özel hukuk tüzel kişilerine nazaran üstün ve ayrıcalıklı kamu gücüne sahiptirler ve tek taraflı işlemlerle yeni hukuki durum yaratabilirler. Bu nedenle de personeli kamu hukukuna tabidir. Kanunla kurulma ve kamu tüzel kişiliğine sahip olmanın yanı sıra, Devlet Üniversitelerinde olduğu gibi Vakıf Üniversitelerinin de Anayasal güvence altına alınmış olan "Bilimsel Özerkliğe sahip olmaları" bir diğer ayrıcalığıdır. Üniversitelerde bilimsel özerklik ilkesi benimsenirken güdülen amaç, yükseköğretimin çeşitli siyasal çevre ve baskı grupları ile düşünce kümelerinin etkisinin dışında tutarak, bilimsel amaç, hedefler ve gereksinimlerine bağlı olmalarını sağlamaktır. Bu nedenle de, bilimsel faaliyetin asli unsurları olan yükseköğretim elemanlarının, görevleri, unvanları, atama, yükselme ve emeklilikleri gibi özlük haklarının kanunla düzenleneceği konusu, anayasal teminat altına alınmıştır. Somut olay ve mevzuat hükümleri birlikte irdelendiğinde; davalı Üniversitenin, sürekli ve düzenli nitelikteki kamu hizmetinde çalıştığı davacının; statüsü, göreve alınması, hak ve yetkileri gözetildiğinde, İdare Hukuku kapsamında bir kamu personeli olduğu açıktır. Bununla birlikte, davacının sözleşmesinin feshine ilişkin davalı işleminin idare hukuku anlamında bir idari işlem olduğunda

kesi gereği yükseköğretim elemanlarının görevleri, unvanları, atama, yükselme ve emeklilikleri gibi özlük haklarının kanunla düzenleneceği konusunun anayasal teminat altına alındığı ve bu teminatın da idari sözleşmeyle gerçekleştirilebileceği gerekçesine dayanılmaktadır³².

II. Vakıf Üniversitesinde Çalışan Akademik Personelin Eşit Ücret Hakkı ve Denetimi

A. Ücret/Aylık Kavramı ve Farkları

1. 4857 Sayılı Kanun Anlamında “Ücret” Kavramı

Bir sözleşmenin iş sözleşmesi olarak kabul edilebilmesi için iş görme, ücret ve bağımlılık unsurlarını bir arada barındırması gerekmektedir³³. Görüldüğü üzere ücret iş sözleşmesinin kurucu unsurlarından biri olarak karşımıza çıkmaktadır. İşçinin iş görme borcu karşısında, işverenin de ücret ödeme borcu iş sözleşmesinden doğan temel borcu oluşturmaktadır.

Ücret, işçiler için arz ettiği önem nedeniyle Anayasa'nın 55. maddesi ile anayasal güvenceye kavuşturulmuştur. Söz konusu düzenlemeye göre ücret bir emeğin karşılığıdır ve devlet, çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri ve sosyal yardımlardan yararlanmaları için gerekli önlemleri almakla görevlendirilmiştir. Bu bağlamda Anayasa'nın getirdiği düzenlemeye uygun olarak devlet ücretin ko-

runması için emredici hukuk kuralları getirerek işverenin ücret ödeme borcuna geniş ölçüde müdahale etmiştir.

Konuyu vakıf üniversiteleri ile öğretim üyeleri arasında ilişki açısından değerlendirdiğimizde 2547 sayılı Kanun'un Ek 8. maddesine 7243 sayılı Kanun'la eklenen fıkraya göre, vakıf yükseköğretim kurumlarında çalışan öğretim elemanlarına, unvanlarına göre Devlet yükseköğretim kurumlarında ödenen ücret tutarından az ücret verilemez. Söz konusu fıkra kapsamında Devlet yükseköğretim kurumlarında ödenen emsal ücretin hesaplanmasında ilgili mevzuat uyarınca aylıklara ilişkin hükümlerin uygulandığı kadroya bağlı ödemeler dikkate alınacaktır.

Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği'nin “Öğretim elemanları” başlıklı 23. maddesinde ise; “*Öğretim elemanlarının seçimi, değerlendirilmesi, seçilenlerin uygun görülen akademik unvanlarla görevlendirilmeleri ve yükseltilmeleri yürürlükteki kanun ve yönetmelik hükümlerine uyularak vakıf yükseköğretim kurumunun yetkili akademik organlarınca yapılır. Öğretim elemanlarının atamalarında, devlet yükseköğretim kurumlarındaki atamalarda aranan şartlara ilaveten vakıf yükseköğretim kurumunun akademik yönden gerekli gördüğü şartlar da aranabilir. Vakıf meslek yüksekokullarında özellikle uygulamalı derslerde görevlendirilecek öğretim elemanlarının atanmasında çalışma deneyimine sahip olması gözetilir. Vakıf yükseköğretim kurumlarında görev alacak olan akademik ve idari personelin çalışma esasları 2547 sayılı Kanunda devlet üniversiteleri için öngörülen hükümlere tabidir. Bu personelin aylık ve diğer özlük hakları bakımından ise 4857 sayılı İş Kanunu hükümleri uygulanır.*” kuralına yer verilmiştir. Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği'nin 23. maddesinin 2. fıkrasının 1. cümlesinde, vakıf yükseköğretim kurumlarında görev alan akademik ve idari personelin çalışma esaslarının, 2547 sayılı Kanun'da devlet üniversiteleri için öngörülen hükümlere tabi olduğu belirtilerek Anayasa'nın 130. maddesine ve 2547 sayılı Kanun'un ilgili hükümlerine uygun bir düzenle-

32 Danıştay 8.D, 29.04.2011, 2008/8234, K. 2011/2452; Danıştay 8.D, 30.01.2017, E.2016/8936, K. 2017/339; Danıştay 8.D, 22.10.2018, E. 2016/8005, K. 2018/6018; Danıştay 8.D, 07.05.2019, E. 2014/1328, K. 2019/4279, <https://karararama.danistay.gov.tr/>

33 Süzek, s. 234; Nuri Çelik /Nurşen Caniklioğlu/Talat Canbolat/Ercüment Özkaraca, İş Hukuku Dersleri, 34. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2021, s. 181; Öner Eyrenci/Savaş Taşkent/Devrim Ulucan, Bireysel İş Hukuku, Beta Basım, İstanbul 2019, s. 61; Kenan Tunçomağ/Tankut Centel, İş Hukukunun Esasları, 9. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2018, s. 69 vd., Hamdi Mollamahmutoğlu/Muhittin Astarlı/Ulaş Baysal, İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt:1, Bireysel İş Hukuku, 2. Baskı, Lykeion Yayınları, Ankara 2018, s. 118 vd.

me tesis edilmiştir. Ancak yönetmelik hükümleri öğretim elemanlarının aylık hakları konusunda 4857 sayılı İş Kanunu'na tabi olacaklarını belirtmişse de bu konu, yasa değil, yönetmelik hükümü ile düzenlenmiştir. Asıl olan mahkemelerin görevinin kanunla düzenlenmesidir. Bu nedenle Yükseköğretim Kurulu'nun yönetmelikle kural koyarak hukuksal rejimi değiştirme yetkisi bulunmamaktadır³⁴. Nitekim Danıştay 2011 yılında vermiş olduğu kararla söz konusu hükümde yer alan "özlük hakları" ifadesinin iptaline karar vermiştir³⁵. Söz konusu karar İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 27.03.2014 tarihli ve 2011/1493 E., 2014/1351 K. sayılı kararı ile de onanmıştır. Söz konusu iptal kararı neticesinde İş Kanunu hükümleri aylıkların belirlenmesi ile sınırlı olarak uygulanabilecektir³⁶. Yönetmelikte ifade edilen aylık kavramının İş Kanunu'na göre karşılığının ücret olduğu konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Zira Yükseköğretim Kanunu'nun Ek 8/2. maddesi de "Vakıf yükseköğretim kurumlarında çalışan öğretim elemanlarına, unvanlarına göre Devlet yükseköğretim kurumlarında ödenen ücret

tutarından az ücret verilemez..." ifadeleri de bunu doğrulamaktadır.

2. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda "Aylık" Kavramı

2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanunu'nun "özlük hakları" başlıklı 62. maddesi uyarınca, "Üniversite öğretim elemanları ve üst kuruluşlar ile üniversitelerdeki memur ve diğer görevlilerin özlük hakları için bu kanun, bu kanunda belirtilmeyen hususlar için Üniversite Personel Kanunu, Üniversite Personel Kanununda bulunmayan hususlar için ise genel hükümler uygulanır." Düzenleme ile göndermede bulunulan genel hükümler, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'dur.

657 sayılı Kanun'un 147. maddesinde aylık, *bu Kanuna tabi kurumlarda görevlendirilen memurlara hizmetlerinin karşılığında, kadroya dayanılarak ay itibariyle ödenen para* olarak tanımlanmıştır. Aybaşı her ayın 15. günüdür ve memurlar işçilerden farklı olarak aylıklarını peşin alırlar (DMK. m.164-165).

Memurların brüt aylıkları, net (çıplak) aylığa eklentilerin (örneğin; iş güclüğü zammı, iş riski zammı, yabancı dil tazminatı, üniversite ödeneği gibi) eklenmesi ile hesaplanır. 2547 sayılı Kanun'un Ek 8. maddesine 7243 sayılı Kanun'la eklenen fıkrada devlet üniversitelerinde görev yapan akademisyenlerin emsal alınacak ücretlerinin net ücretleri mi yoksa brüt ücretleri mi olacağı hususu belirtilmemiştir. YÖK, 14 Nisan 2022 tarihli açıklamasında³⁷; "Konuya ilişkin 05.05.2020 tarihli Yürütme Kurulu toplantısında ise; "vakıf yükseköğretim kurumlarının, öğretim elemanlarına unvanlarına göre ödeyecekleri ücret türüne sözleşmelerde yer verilmesi ve sonuçlarının karşı tarafça anlaşılmasının temin edilmiş olması şartıyla; devlet yükseköğretim kurumlarında ödenen emsal ücretin net veya brüt miktarından birisini esas alabileceklerine" karar verilmiş olup bu husus vakıf yükseköğretim kurumlarına bildirilmiştir." ifa-

34 Yeşilyurt/Güneş, s. 963.

35 "...Dolayısıyla, vakıf yükseköğretim kurumlarında istihdam edilecek personelin mesleki güvencelerine ilişkin çalışma esaslarının (akademik personelin atanması, görevleri, unvanları, emeklilikleri, terfileri ve görevlerine son verilmesi gibi) idari sözleşmeyle belirlenmesi; akademik personelin yukarıda belirtilenler dışında kalan özlük haklarının ise (ücret, prim, çalışma saatleri, tatil günleri ve sosyal güvenli gibi) İş Kanunu hükümlerine göre belirlenmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır..." Belirtilen karar için bkz. Danıştay 8. Daire, 29.04.2011, E. 2008/8234, K. 2011/2452. Söz konusu karar doktrinde eleştirilmiştir. Nitekim Danıştay'ın karar gerekçesinde özlük hakları kavramının içeriğini kendi yorumuyla belirlemesinin iptal ettiği kavramı kısmen uygulanabilir hale getirdiği ifade edilerek çelişkili bulunmuştur. Bkz. Yeşilyurt/Güneş, s. 963.

36 Doktrinde iptal kararı ile birlikte akademik personelin atanması, görevleri, unvanları, emeklilikleri, terfileri ve görevlerine son verilmesi gibi mesleki güvencelerine ilişkin çalışma esasları dışında kalan özlük haklarına ilişkin hususlarda 4857 sayılı İş Kanunu hükümlerinin uygulanmasının mevzuatta hukuki dayanağının kalmadığı ifade edilmektedir. Vakıf üniversitesinde çalışanlar bakımından emekliliğin idari hizmet sözleşmesi ile sosyal güvenliğin ise İş Kanunu hükümlerine göre düzenlenmesi gerektiği yönündeki Danıştay tarafından değerlendirilmenin hukuka aykırı olduğu ifade edilmiştir. Yeşilyurt/Güneş, s. 964.

37 <https://www.yok.gov.tr/Sayfalar/Haberler/2022/yok-ten-vakif-universitelerinde-akademisyenlerin-maaslari-ve-isten-cikarmalar-ile-ilgili-aciklama.aspx> (E.T: 07.06.2022).

delerine yer vermiştir. Buna göre; net veya brüt ücretin emsal alınmasının sözleşmede taraflarca kararlaştırılması mümkün olabilmektedir.

B. Yükseköğretim Kurulu'nun Vakıf Üniversiteleri Üzerinde Denetim Yetkisinin Hukuki Niteliği ve Kapsamı

Yükseköğretim Kurulu, 14.04.2022 tarihinde resmî sitesinde "Bazı Vakıf Üniversitelerindeki Akademisyenlerin Maaşları ve İşten Çıkarılmalarına Yönelik Kamuoyuna Yansıyan Şikayetlerle İlgili Açıklama" başlığı altına bir duyuru yayınlamıştır³⁸. Duyuruda, vakıf üniversitelerinde çalışan akademik personelin eşit ücret hakkına ilişkin 2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun Ek 8. maddesine 7243 sayılı Kanun'un 11. maddesiyle eklenen hüküm hatırlatılarak, konuya ilişkin 05.05.2020 tarihli Yürütme Kurulu toplantısında; "vakıf yükseköğretim kurumlarının, öğretim elemanlarına unvanlarına göre ödeyecekleri ücret türüne sözleşmelerde yer verilmesi ve sonuçlarının karşı tarafça anlaşılmasının temin edilmiş olması şartıyla; devlet yükseköğretim kurumlarında ödenen emsal ücretin net veya brüt miktarından birisini esas alabileceklerine" karar verilmiş olduğu ve bu hususun vakıf yükseköğretim kurumlarına bildirildiği ifade edilmiştir.

Bununla birlikte vakıf üniversitelerinde görev alan akademisyenlerden gelen şikayetler üzerine, konu hakkında 09.02.2022 tarihli Yükseköğretim Yürütme Kurulunda; "vakıf yükseköğretim kurumlarına öğretim elemanlarına ücretlerinin zamanında ve mevzuata uygun olarak ödenmesi konusunda gerekli dikkat ve özenin gösterilmesi hususunun hatırlatılmasına" karar verildiği ve ilgili kararın vakıf yükseköğretim kurumlarına 02.03.2022 tarih ve 14390 sayılı yazı ile tebliğ edildiği duyurulmuştur.

Yükseköğretim Kurulu duyurusunda ayrıca,

bir süredir basına yansıyan bazı vakıf üniversitelerindeki akademisyenlerin maaşları ve işten çıkarılması ile ilgili şikayetler üzerine YÖK tarafından gerekli inceleme ve soruşturmanın başlatıldığı; akademik personellerden ücretlerinin mevzuata uygun belirlenmediği ve maaşlarına zamların yansıtılmadığı hususlarında yapılan şikayetler üzerine toplam dokuz vakıf yükseköğretim kurumuna Yükseköğretim Denetleme Kurulu Başkanlığı tarafından inceleme başlatıldığı ifade edilmiştir. Bu kapsamda söz konusu üniversitelerdeki şikayetleri denetlemek üzere YÖK Denetleme Kurulundan iki üye ve müfettişlerin görevlendirildiği, incelemelerin mevzuat kapsamında yapılmakta olduğu ve mevzuata aykırı tespitlerin olması halinde Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği'nin 25. maddesi kapsamında ilgili yükseköğretim kurumuna önlemler uygulanacağı belirtilmiştir.

Yükseköğretim Kurulu tarafından 21.07.2022 tarihinde yapılan basın açıklamasında³⁹ ise, Yükseköğretim Denetleme Kurulu Başkanlığı tarafından başlatılan incelemelerin tamamlandığı belirtilerek, "İnceleme raporlarında yer alan tespitlerde; "bazı vakıf yükseköğretim kurumlarının Kanun'da açık düzenleme olmasına karşın görev yapan öğretim elemanlarına ödenen ücretlerde Devlet üniversitelerindeki ücret artışının gözletmediği ya da ücret artışının sözleşme tarihleri bahane edilerek ilgili dönemlerde yapılmadığı" anlaşılmıştır. Söz konusu tespitler çerçevesinde Kurulumuzun yetki ve sorumlulukları çerçevesinde gerekli işlemler yapılmaktadır" ifadelerine yer verilmiştir.

Yükseköğretim Kurulu, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 6. maddesi uyarınca, Kanun'da kendisine verilen görev ve yetkiler çerçevesinde özerkliğe ve kamu tüzel kişiliğine sahip bir kuruluştur. YÖK'ün görevleri ise Kanun'un 7. maddesinde sayılarak belirtilmiştir. 2547 sayılı Kanun'da YÖK "üst kuruluşlar" başlığı altında düzenlenmiş

38 <https://www.yok.gov.tr/Sayfalar/Haberler/2022/yok-ten-vakif-universitelerinde-akademisyenlerin-maaslari-ve-is-ten-cikarmalar-ile-ilgili-aciklama.aspx> (E.T: 03.08.2022).

39 <https://www.yok.gov.tr/Sayfalar/Haberler/2022/vakif-yuksekogretim-kurumlarinda-ogretim-elemanlarina-odenen-ucetler-hakkinda.aspx> (E.T: 03.08.2022).

olmakla birlikte, ayrı tüzel kişiliğe sahip vakıf yükseköğretim kuruluşlarının teknik anlamda hiyerarşik üstü olmayıp, bunlar üzerinde yasada yer almasa dahi olağan ve genel bir hiyerarşik denetim⁴⁰ yetkisine sahip değildir⁴¹. Öte yandan 2547 sayılı Kanun'dan kaynaklanan ve kapsam ve sınırları da yine Kanun'da belirtilen bu denetim yetkisi Anayasa'nın 127. maddesinin 5. fıkrasında düzenlenen tipik "idari vesayet" yetkisi niteliğinde de değildir. Zira, Anayasa'da yer alan hükümde, idari vesayet yetkisinin merkezi idarenin mahalli idareler üzerinde, mahalli hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi amacıyla kanunda öngörülme kaydıyla kullanılan bir yetki olduğu ifade edilmektedir⁴². YÖK, merkezi idare içerisinde yer almadığı için kullanılan yetki idari vesayet yetkisi olarak nitelendirilememektedir.

Doktrinde bir yerinden yönetim kuruluşunun bir başka yerinden yönetim kuruluşunun Kanun'da belirtilen sınırlar içerisinde işlemlerini denetleme yetkisi, idari vesayete benzeyen "kendine özgü bir denetim" olarak nitelendirilmekte ve bu denetime "dış idari denetim" adı verilmektedir⁴³. Buna göre, yükseköğretim kuruluşlarının her türlü işlemi hakkında 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 11. maddesi uyarınca, ilgililer tarafından idari dava açılmadan önce idari işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması için YÖK'e

idari itirazda bulunmak mümkün değildir. Aksi durumda yapılan idari itiraz dava açma süresini durdurmayacak ve ilgililer bakımından dava açma süresinin kaçırılması durumunda hak kayıplarına neden olabilecektir. Ancak Kanun'da açıkça denetim yetkisi verilen hususlarda YÖK'e yapılan idari itiraz başvuruları dava açma süresini durduracaktır.

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 7. maddesinin o bendinde; vakıflar tarafından kurulacak yükseköğretim kurumlarına ilişkin gerekli düzenlemeleri yapmak ve bunları gözetmek, denetlemek yetkisi YÖK'e verilmiştir. Söz konusu Kanun'a dayanılarak ihdas edilen Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği'nde⁴⁴ ise vakıf yükseköğretim kurumlarının kuruluş, işleyiş, gözetim ve denetimine ilişkin esasları düzenlemektir. Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği'nin 24. maddesinde, vakıf yükseköğretim kurumlarının, eğitim öğretim ile idari, mali, ekonomik konularda YÖK'ün gözetim ve denetimine tabi olduğu belirtilmiştir. Vakıf yükseköğretim kurumlarının mevzuata aykırı işlem ve eylemleri hakkında uygulanacak önlemler ise Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği'nin 25. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, vakıf yükseköğretim kurumlarında mevzuatın emrettiği hususların yerine getirilmemesi halinde, 2547 sayılı Kanun gereğince eylemlerinin ağırlık derecesine göre; yol gösterici, düzeltici, kısıtlayıcı veya faaliyet iznini kaldırıcı nitelikte önlemler uygulanacaktır. Bu kapsamda YÖK'e, uyarma ve düzeltme isteme, yeni akademik birim kurma ve program açma taleplerinin askıya alınması, öğrenci kontenjanının kısıtlanması veya öğrenci alımının durdurulması, faaliyet izninin geçici olarak durdurulması ve kaldırılması yetkileri tanınmıştır.

Yukarıda ifade edildiği üzere, Yükseköğretim Kurulunun vakıf yükseköğretim kurumları üzerindeki denetim yetkisinin hukuki niteliği dış idari denetim olarak adlandırılan bir idari denetimdir. Bu noktada önem arz eden husus iki ayrı

40 Günday, s.83; Tan, s.102; Akyılmaz/ Sezginer/ Kaya, s.176 vd.; Sancakdar/Önüt/Us Doğan/Kasapoğlu Turhan/Seyhan, s.121; Ali D. Ulusoy, Yeni Türk İdare Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s.143.

41 Turan Yıldırım, "Vakıf Üniversitelerinin Denetlenmesi", Mehmet Akif Aydın'a Armağan, Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı, Yıl 2015, Cilt 21, Sayı 2, s. 459.

42 Kemal Gözler, İdare Hukuku, Ekin Yayınevi, 2. Bası, Bursa 2009, s.210; Anayasa Mahkemesi de, idari vesayet mahalli idareler üzerinde merkezi idareye tanınmış bir yetki olduğu ve bu nedenle de büyükşehir belediye idarelerinin bulunduğu yerlerde 5216 sayılı Büyükşehir Belediye Kanunu ile büyükşehir belediyesine ilçe ve alt kademe belediyeleri üzerinde tanınan yetkinin idari vesayet yetkisi olarak değerlendirilemeyeceği görüşündedir (AYM, E.2004/79, K.2007/6, T.25.01.2007, RG.17.01.2008/26759).

43 Özyay, s.173-176; Sancakdar/Önüt/Us Doğan/Kasapoğlu Turhan/Seyhan, s. 142.

44 RG. 31.12.2005/26040.

kamu tüzel kişi arasındaki bu yetkinin istisnai bir yetki olduğu ve bu yetkinin kanun ile düzenlenmesinin zorunlu olduğudur. Mevcut durumda, 2547 sayılı Kanun'da YÖK tarafından yapılacak denetimde hangi esaslara uyulacağı, denetim neticesinde yaptırım uygulanabilmesi için başvurulacak ölçütlerin neler olduğu, ayrıntılı olarak düzenlenmediği, söz konusu düzenlemelere kısmen Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği'nde yer verildiği görülmektedir. Yükseköğretim Kanunu ya da vakıf üniversitelerini düzenleyen ayrı bir yasada, denetime elverişli ölçütler düzenlenmelidir⁴⁵. Sonuç olarak denilebilir ki, YÖK'ün vakıf yükseköğretim kuruluşlarında görev yapan akademik personelin ücret hakkına ilişkin şikayetleri değerlendirip denetim yapması mevzuata uygun, ancak mevzuat (bu yetkilerin yönetmelikle değil kanun ile düzenlenmesi gerektiği yönüyle) hukuka uygun değildir.

III. Eşit Ücret Alacağı Hakkı İhlal Edilen Vakıf Yükseköğretim Kurumu Akademik Personelinin Başvurabileceği Hukuki Yollar

A. Eşit Ücret Alacağı Hakkı İhlal Edilen Vakıf Üniversitesi Personelinin Açacağı Davalarda Görevli Yargı Yeri

Anayasa'nın 130. maddesinin son fıkrası uyarınca, vakıf üniversitelerinde görev yapan akademik personelin görev yaptıkları vakıf üniversitesi ile arasındaki idari ve mali konular dışındaki uyuşmazlıkların idari yargının görev alanı içinde kalması konusunda tartışmaya yer yoktur. Ancak idari ve mali konuların kapsamı konusunda belirlenmesi gereken hususlar vardır. Bu bakımdan

yalnızca tarafların arasındaki ilişkinin hukuki niteliğini tespit etmek de yetersiz kalabilmektedir. Zira kanun koyucu kamu yararı gerekçesiyle özel hukuk alanında tesis edilen sözleşmesel ilişkilere de bazı sınırlamalar getirebilmektedir. Bu noktada görevli yargı yerinin tespitinde uyuşmazlığın tabii olduğu mevzuat dikkate alınmalıdır. Zira kanuni bir belirlemenin olmadığı durumlarda mahkemenin görevinin uzmanlık alanında kalıp kalmamasına göre belirlenmesi yerinde olacaktır. Bu kapsamda, toptancı bir yaklaşım yerine, uyuşmazlığın kamu hukuku kurallarına göre düzenlenen bir alandan mı kaynaklandığı yoksa tamamen tarafların karşılıklı irade beyanlarıyla belirleyebildikleri, üzerinde tasarruf hakları bulunan bir alandan mı kaynaklandığının tespit edilmesi gerekmektedir.

Vakıf üniversitelerinde çalışan akademik personelin ücret alacağına ilişkin konular mali nitelikte olduğundan, Anayasa'nın 130. maddesinin son fıkrası uyarınca Devlet üniversiteleri için öngörülen kurallara tabii değildir. Bu bağlamda ücret alacağı ve bu kapsamda ek ders ücreti alacağı gibi konularda yaşanan hukuki uyuşmazlıklar adli yargının görev alanı içindedir denilebilir. Ancak yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, kanunda açık belirleme olmayan durumlarda, hukuki uyuşmazlığa uygulanacak mevzuat hükmünün niteliğine bakmak gerekmektedir. 2547 sayılı Kanun'un Ek 8/2 maddesine eklenen "Vakıf yükseköğretim kurumlarında çalışan öğretim elemanlarına, unvanlarına göre Devlet yükseköğretim kurumlarında ödenen ücret tutarından az ücret verilemez..." şeklindeki düzenleme, tarafların ücret miktarını serbestçe belirlemelerini kısmen engelleyen bir düzenleme olup, bu düzenleme uyarınca, taraflar ücret hususunu Devlet yükseköğretim kurumlarında ödenen ücretin üzerinde serbestçe belirleyebilecekken, bu tutarın altında bir belirleme yapamayacaklardır. Burada kamu yararı gerekçesiyle kanun koyucu tarafından yasal bir sınır çizilmiştir. Bu nedenle, vakıf üniversitesinde görev yapan akademik personel, ücret alacağının unvanına göre devlet üniversitesinde çalışan bir akademik personele ödenen ücret tu-

45 Yıldırım, s. 357.

tarından az olması durumunda idari yargı kolunda dava açmalıdır.

B. İdari Başvuru Yolları

İdari yargının görev alanına tabi uyuşmazlıklar bakımından, iş hukuku uyuşmazlıklarında öngörülen dava şartı arabuluculuk uygulaması gibi, dava açmadan önce başvurulması zorunlu genel bir idari başvuru yolu bulunmamaktadır. Bununla birlikte, idari yargının iş yükünün sürekli artması nedeniyle giderek daha yavaş işler hale gelmesi, pahalı olması ve yargı denetiminin sınırlılığı sebebiyle yeterince tatmin edici olmaması gibi nedenlerle⁴⁶, ilgililerin dava açmadan önce idari başvuru yollarını denemesi avantajlı olabilmektedir.

Bu bağlamda ilk olarak Anayasa'nın 74. maddesi ve 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun⁴⁷ kapsamında, dilekçe hakkının kullanılması akla gelmektedir. Anayasa'da yer alan kurala göre, dilekçe sahiplerine kendileriyle ilgili başvuruların sonucu gecikmeksizin, yazılı olarak bildirilir. İlgililer 3071 sayılı Kanun ve 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu⁴⁸ kapsamında kullanabilecekleri bilgi edinme ve dilekçe haklarını doğrudan ilgili vakıf yükseköğretim kuruluşuna başvurarak ya da "CİMER (Cumhurbaşkanlığı İletişim Merkezi)"⁴⁹ olarak adlandırılan web servisi üzerinden kullanabilmektedir. İlgililerin başvurularını, mevzuattan kaynaklanan denetim yetkisi sebebiyle YÖK'e de iletmeleri bu kapsamda mümkündür.

Ayrıca Anayasa'nın 74. maddesi uyarınca, vakıf yükseköğretim kurumlarında görev yapan akademik personel, mevzuattan kaynaklanan

eşit ücret hakkının ihlali gerekçesiyle kamu denetçisine başvurabilir. 2012 yılında yürürlüğe giren 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu'nun 5. maddesine göre, Kamu Denetçiliği Kurumu'nun görevi, idarenin işleyişiyle ilgili şikâyetleri incelemektir. Ancak 6328 sayılı Kanun'un 17. maddesi gereğince, Kurum'a başvuruda bulunulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda öngörülen idari başvuru yolları ile özel kanunlarda yer alan zorunlu idari başvuru yollarının tüketilmiş olması zorunludur. Eğer başvuru yapılan kamu kurumu, başvuruya 60 gün içinde olumsuz cevap verirse, bu cevabın tebliğinden itibaren; 60 gün içinde cevap vermezse⁵⁰, 60 günlük sürenin bitiminden itibaren 6 ay içinde, ilgili tarafından Kamu Denetçiliği Kurumuna başvurulabilecektir. Dava açma süresi içinde yapılan başvuru, işlemeye başlamış olan dava açma süresini durdurur.

Kamu denetçisi, idarenin eylem ve işlemlerini yalnızca hukuka uygunluk yönüyle değil, ihtiyaca uygunluk açısından da denetlemektedir⁵¹. Bununla birlikte, Kamu Denetçiliği Kurumu'na yapılan başvuru neticesinde Kurum tarafından verilecek karar idari davaya konu olabilecek icrai bir karar niteliğinde olmayacaktır. Çünkü, 6328 sayılı Kanun'un 5. maddesinin 1. fıkrasına, Kurum, idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarına ilişkin olarak idareye sadece önerilerde bulunmakla görevlidir. Kurum'un idarenin işlem ve eylemleri üzerinde başka bir yetkisi bulunmadığı gibi, herhangi bir yaptırım uygulama yetkisi de bulunmamaktadır.

Eşit ücret hakkı ihlal edilen vakıf üniversitesinde görev yapan akademik personelin ayrımcılık yasağı kapsamında İnsan Hakları ve Eşitlik Kuruluna başvurup başvuramayacağı noktasında bir

46 A. Ülkü Azrak, "İdari Yargı Dışı Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Usulleri", Danıştay Başkanlığı 141. Yıl Sempozyumu, 11 Mayıs 2009, Ankara, s. 71.

47 RG. 10.11.1984/18571.

48 RG. 24.10.2003/25269.

49 İnternet üzerinden yapılan başvurularda; başvuru metni oluşturulduktan sonra "Başvurunuz, CİMER aracılığıyla en kısa sürede sonuçlandırılmak üzere seçeceğiniz kuruma doğrudan iletilecektir" butonu tıklanarak başvuru doğrudan seçilen kuruma gönderilebilmektedir (iletisim.gov.tr).

50 Kanaatimizce söz konusu 60 günlük sürenin 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "İdari makamların sükutu" başlıklı 10. maddesinde, 8.7.2021 tarihinde yapılan değişiklikle uyumlu olarak 30 gün olarak değiştirilmesi yerinde olacaktır.

51 Zehra Odyakmaz/ Serkan Çınarlı/ Ezgi Avcıoğlu Aksoy, İdare Hukukunda Yargı Öncesi Uyuşmazlık Çözüm Usulleri, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 42.

değerlendirme yapmak gerekir. 6.4.2016 tarih ve 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları Kurumu Kanunu ile kurulan Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'nun kuruluş amacı, insan onurunu temel alarak insan haklarının korunması ve geliştirilmesi, kişilerin eşit muamele görme hakkının güvence altına alınması, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada ayrımcılığın önlenmesi ile bu ilkeler doğrultusunda faaliyet göstermek, işkence ve kötü muameleyle etkin mücadele etmek ve bu konuda ulusal önleme mekanizması görevini yerine getirmek olarak belirlenmiştir.

6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları Kurumu Kanunu'nun 17. maddesi uyarınca, ayrımcılık yasağı ihlalden zarar gördüğü iddiasında bulunan her gerçek ve tüzel kişi Kurum'a başvurabilir. İlgililer, Kuruma başvurmadan önce bu Kanun'a aykırı olduğunu iddia ettikleri uygulamanın düzeltilmesini ilgili taraftan talep eder. Bu taleplerin reddedilmesi veya otuz gün içerisinde cevap verilmemesi hâlinde Kuruma başvuru yapılabilir. Ancak Kurum, telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ihtimali bulunan hâllerde, bu şartı aramadan başvuruları kabul edebilir. Dava açma süresi içinde Kuruma yapılan başvurular işlemeye başlamış olan dava açma süresini durdurur. 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları Kurumu Kanunu'nun 18. maddesine göre; Kurum, başvuruları ve resen yaptığı incelemeleri başvuru ve resen inceleme kararı tarihinden itibaren en geç üç ay içinde sonuçlandırır. Bu süre, Başkan tarafından bir defaya mahsus olmak üzere en fazla üç ay uzatılabilir. Başkan, incelemenin özelliğine göre, görüşlerin alınmasından sonra, resen veya talep üzerine tarafları uzlaşmaya davet edebilir. Uzlaşma yoluyla sonuçlandırılmayan başvurular ve incelemeler hakkında Kurul, insan hakları veya ayrımcılık yasağı ihlali yapıp yapılmadığına ilişkin karar verir. Kurul, konusu suç teşkil eden insan hakları veya ayrımcılık yasağı ihlallerini tespit ettiği takdirde, bunlarla ilgili suç duyurusunda bulunur. 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları Kurumu Kanunu'nun 25. maddesi kapsamında Kurul'a idari yaptırım uygulama yetkisi de verilmiştir. Kurula doğrudan idari yaptırım uygulama yetkisi verilmiş olması

Kurulun etkinliğini artırmasına katkı sağlamıştır. Kurulun verdiği idari para cezalarına karşı, 5326 sayılı Kanun'un 27. maddesi uyarınca 15 gün içerisinde sulh ceza mahkemesine başvurulabilir. Bu süre içinde başvurunun yapılmamış olması halinde idarî yaptırım kararı kesinleşir. Durumu Vakıf üniversitesinde istihdam edilen akademik personel açısından değerlendirdiğimizde ise, 6701 sayılı Kanun'un 3. maddesinin 2. fıkrası söz konusu 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 olduğunu ifade etmektedir. Vakıf üniversitesinde çalışan akademik personelin eşit ücret hakkının ihlal edilmesi söz konusu hüküm kapsamına girmediğinden, Kurula başvuru mümkün olamamaktadır.

C. Vakıf Üniversitesi Öğretim Elemanının Ücret Alacağına İlişkin Olarak Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Yapıp Yapamayacağı Meselesi

Anayasa'nın 148. maddesine göre "...Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır." Buna göre, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapabilmek için ihlal edilen hakkın hem Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden biri olmalı hem de AİHS kapsamında korunan haklardan biri olmalıdır.

Anayasa'nın "zorla çalıştırma yasağı" başlıklı 18. maddesi şöyledir: "Hiç kimse zorla çalıştırılmaz. Angarya yasaktır. Şekil ve şartları kanunla düzenlenmek üzere hükümlülük veya tutukluluk süreleri içindeki çalıştırmalar; olağanüstü hallerde vatandaşlardan istenecek hizmetler; ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda öngörülen vatandaşlık ödevi niteliğindeki beden ve fikir çalışmaları,

zorla çalıştırma sayılmaz.” Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 4. maddesinde de “kölelik ve zorla çalıştırma yasağı” düzenlenmektedir⁵². Bu yasak sözleşmeye taraf olan devletleri yalnızca kamusal organların değil, aynı zamanda özel kişilerin bu alana müdahalelerini önleme yükümlülüğü altına sokmaktadır⁵³. AİHM, yalnızca özel hukuka ilişkin bir talepte bulunmaya olanak sağlanmasını yeterli görmemekte, devletlerin hukuk sistemlerinde uygun ceza hükümlerine yer verilmesinin zorunluluğuna işaret etmektedir⁵⁴.

Günlük hayatta sıklıkla çalışmalarının karşılığında hak ettiği ücreti alamayan kişilerin “angarya yasağı” kavramına başvurduğu görülmektedir. Bu kapsamda vakıf üniversitelerinde çalışan akademik personelin çalışmalarının karşılığını tam olarak ya da hiç alamamaları durumunda idari ve yargısal başvuru yollarını tükettikten sonra Anayasa Mahkemesi’ne “angarya yasağı” kapsamında başvurmaları mümkün müdür?

Anayasa’nın 18. maddesinin gerekçesinde “angarya” kavramı tanımlanmıştır. Buna göre “angarya”, kişinin emeğinin karşılığını almadan zorla çalıştırılmasıdır. Anayasa Mahkemesi’nin çeşitli kararlarında da angarya kavramı, “bir maldan ya

da bir kişinin çalışmalarından karşılıksız yararlanma” olarak tanımlanmıştır⁵⁵. Mahkeme’ye göre, angarya zorla çalıştırmanın bedel ödenmeksizin yaptırılan şekli olarak kabul edilmelidir. Dolayısıyla angarya yasağı ile ilgili başvuruların da zorla çalıştırma yasağı kapsamında incelenmesi gerekmektedir. Zorla çalıştırmadan söz edilebilmesi içinse, kişinin ceza tehdidi altında ve rızası bulunmaksızın çalıştırılması gerekmektedir⁵⁶. Nitekim Mahkeme bu unsurları barındırmayan başvuruları zorla çalıştırma ve dolayısıyla angarya olarak nitelendirme-yerek reddetmektedir⁵⁷.

Bu sebeple, vakıf üniversitelerinde çalışan akademik personelin devlet üniversitelerinde çalışan akademik personelden daha az ücret alması gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi’ne “angarya yasağı” kapsamında başvurmaları durumunda başvuruları reddedilecektir. Çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri ayrıca Anayasa’nın 55. maddesinde güvence altına alınmış olmakla birlikte Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde düzenlenen haklardan değildir⁵⁸. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi bu yöndeki bireysel başvuruları da “konu yönünden yetkisizlik” nedeniyle reddetmektedir⁵⁹.

Eşit ücret hakkı ihlal edilen vakıf üniversitesi akademik personeli, diğer iç hukuk yollarını tüketmiş olmak kaydıyla, Anayasa Mahkemesi’ne “mülkiyet hakkı” kapsamında bireysel başvuru yapabilir. Zira mülkiyet hakkının kapsamı fiziki

52 Kölelik ve zorla çalıştırma yasağı konusunda AİHS m. 4’te;

“1. Hiç kimse köle ve kul halinde tutulamaz.

2. Hiç kimse zorla çalıştırılmaz ve zorunlu çalışmaya tabi tutulamaz.

3. Aşağıdaki haller bu maddede sözü geçen zorla çalıştırma veya zorunlu çalışmadan sayılmazlar:

a) Bu Sözleşme’nin 5. maddesinde öngörülen koşullar altında tutuklu bulunan kimseden tutukluluğu veya şartlı salıverilmesi süresince olağan olarak yapılması istenen çalışma;

b) Askeri nitelikte bir hizmet veya inançları gereğince askerlik görevini yapmaktan kaçınan kimselerin durumunu meşru sayan ülkelerde bu inanca sahip kimselere zorunlu askerlik yerine gördürülecek başka bir hizmet;

c) Toplumun hayat veya refahını tehdit eden kriz ve afet hallerinde istenecek her hizmet;

d) Normal yurttaşlık yükümlülükleri kapsamına giren her türlü çalışma veya hizmet” hükmü yer almaktadır.

53 Durmuş Tezcan/ Mustafa Ruhan Erdem/ Oğuz Sancakdar/Rıfat Murat Önok, İnsan Hakları El Kitabı, Seçkin Yayıncılık, 9. Baskı, Ankara 2021, s. 225.

54 AİHM’in Fransa’ya karşı 26.7.2005 tarihli Siliadin kararı, NJW 2007, s. 41.

55 AYM, E.2011/150, K.2013/30, T.14.02.2013; AYM, E.2006/21, K.2006/38, T.13.3.2006.

56 Zorla ve zorunlu çalışma yasağı konusunda da 23.1.1998 tarih ve 4333 sayılı Kanun’la onaylanan Zorla ve Zorunlu Çalışma Hakkında 28.6.1930 tarihli ILO Sözleşmesi’nin (No.29) 2. maddesinde yer alan tanımdan hareket edilmektedir. Bu Sözleşme anlamında zorla veya zorunlu çalışma, “herhangi bir kişinin ceza tehdidi altında ve bu kişinin tam isteği olmadan mecbur edildiği tüm iş veya hizmetleri” ifade eder. AİHM de bugüne kadarki pek çok kararında genellikle bu sözleşme hükümlerine gönderme yapmıştır. Örneğin AİHM’in Belçika’ya karşı 23.11.1983 tarihli van der Mussel kararı, EuGRZ 1985, s. 477.

57 AYM, Başvuru No:2013/5062, T.14.1.2014.

58 AİHM de adaletli ücret hakkının Sözleşme’de ya da ek protokollerde korunan bir hak olmadığını açıkça ifade etmektedir (Bkz. Erdal Çalışkan/Türkiye, Başvuru No:36062/04, 2/12/2008, prg.17).

59 AYM, Başvuru No:2013/5062, T.14.1.2014.

varlığa sahip malların yanı sıra her türlü ekonomik değeri de içeren bir anlam taşımaktadır. Anayasa Mahkemesi de önüne gelen uyuşmazlıklarda, alacak hakkını Anayasa madde 35 ve 1 No.lu Ek Protokol'ün 1. maddesi kapsamında mülkiyet hakkı bağlamında değerlendirerek karar vermektedir⁶⁰.

Sonuç

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun Ek 5. maddesinin 2. fıkrasında vakıf üniversitelerinde çalışan öğretim elemanlarıyla vakıf üniversitesi arasında "sözleşme" yapılacağı ifade edilmiştir. Ancak kanun koyucu söz konusu sözleşmenin hukuki niteliği konusunda açıkça bir düzenlemeye yer vermemiştir. Söz konusu durum uzun yıllardır yargı kararlarında ve öğretilerde sözleşmenin niteliği konusunda bir tartışmayı da beraberinde getirmektedir.

2547 sayılı Kanun'un Ek 5. maddesi gereği öğretim elemanın atama işleminin ardından, üniversite ile öğretim elemanı arasında sözleşme yapılması gerekmektedir. Söz konusu sözleşmenin hukuki niteliği konusunda yasada bir belirleme yapılmamış olsa da çalışma koşulları tek taraflı olarak üniversite tarafından belirlenmemektedir. İki tarafın müzakeresiyle ücret ve diğer çalışma koşulları sözleşme ile somutlaştırılmakta, iş görme, bağımlılık ve ücret unsurlarının ön plana çıktığı bir hukuki ilişki ortaya çıkmaktadır. Nitekim 2547 sayılı Kanun'un 8/2. maddesine eklenen "Vakıf yükseköğretim kurumlarında çalışan öğre-

tim elemanlarına, unvanlarına göre Devlet yükseköğretim kurumlarında ödenen ücret tutarından az ücret verilemez..." ifadesi aynı zamanda vakıf üniversiteleri ile öğretim elemanı arasında akdedilen sözleşmenin iş sözleşmesi olduğunu kabul eden bir düzenlemedir. Bilindiği üzere ücret, iş sözleşmesinin kurucu unsurudur. Durumu devlet üniversiteleri açısından değerlendirdiğimizde devlet üniversitelerinde yapılan öğretim elemanı atamasının ardından ücret ve diğer çalışma koşulları konusunda tarafların karşılıklı pazarlık yaptığı bir aşama söz konusu değildir. Devlet üniversitesine ataması gerçekleştirilen akademisyen doğrudan akademik unvanı için öngörülen aylığa hak kazanmaktadır.

Kanun'da kamu tüzel kişileri tarafından istihdam edilenlerin idari hizmet sözleşmesine tabi olduklarına ilişkin açık bir hüküm bulunmaması hâlinde sözleşmenin niteliği, yürütülen işin kamu hizmetine ilişkin olması ve sözleşmede idareye özel hukuku aşan yetkilerin verilip verilmemesine göre belirlendiğinden, sözleşmenin kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olması tek başına idari sözleşmenin varlığını ortaya koymamaktadır. Vakıf üniversiteleri ile öğretim elemanları arasındaki ilişkinin sırf daha iyi güvence sağladığı düşüncesiyle idari hizmet sözleşmesi olarak nitelendirmesi de doğru olmaz. Belirtilen normatif düzenlemelere göre kamu hizmeti, kamu görevlisi sayılan işçiler eliyle de yürütülebilir. Vakıf üniversitelerine devlet üniversiteleri gibi ayrıcalıklar tanınması ve kamu hizmetini yapmalarının sağlanması, kamu hizmetini sağlamak için çalıştırdığı öğretim görevlilerini statü hukukuna tabi kılmamalıdır. Burada yapılması gereken vakıf üniversitelerinde çalışan öğretim elemanlarının hukuki durumlarını açıkça ortaya koyan yasal bir düzenlemenin getirilmesi olacaktır. Yargı kararlarındaki istikrarsız ve çelişkili durum da göz önüne alındığında söz konusu yasal düzenlemenin yapılması hukuki güvenlik ilkesi ve bu kapsamda hukuki belirlilik ilkesi açısından da bir ihtiyaç olarak ortaya çıkmaktadır.

Vakıf üniversitelerinde çalışan akademik per-

60 Mülkiyet hakkının kapsamına ilişkin bir belirleme yaptığı kararda AYM, "41. Bireysel başvuru yoluyla mülkiyet hakkının ihlali iddiasının ileri sürülebilmesi için mülkiyetin konusu "sahip olunan bir mülk"e ihlal sonucunu doğuracak bir müdahalenin olması gerekmektedir (Selçuk Emiroğlu, B. No:2013/5660, 20/3/2014, prg.26).

42. Bu doğrultuda öncelikle mülkiyet hakkının kapsamına dahil olabilecek mal varlığı değerinin belirlenmesi gerekir. Anayasa'nın 35. maddesi ile 1 No.lu Ek Protokol'ün 1. maddesinin koruma alanı içinde yer alan menfaatlerin kapsamına mevcut bir mülk girebileceği gibi kesin bir şekilde tanımlanmış alacak hakları da girebilir (AYM, E.2004/42, K.2001/361, 10/12/2001; AYM, E.2006/142, K.2008/148, 24/9/2008)." (Bkz. Bekir Yazıcı, [GK], Başvuru No:2013/3044, 17/12/2015).

sonelin ücret alacağına ilişkin konular mali nitelikte olduğundan, Anayasa'nın 130. maddesinin son fıkrası uyarınca Devlet üniversiteleri için öngörülen kurallara tabi değildir. Bu bağlamda ücret alacağı ve bu kapsamda ek ders ücreti alacağı gibi konularda yaşanan hukuki uyuşmazlıklar adli yargının görev alanındadır. Ancak Kanun'da açık belirleme olmayan durumlarda, hukuki uyuşmazlığa uygulanacak mevzuat hükmünün niteliğine bakmak gerekmektedir. Nitekim 2547 sayılı Kanun'un Ek 8/2 maddesine eklenen "Vakıf yükseköğretim kurumlarında çalışan öğretim elemanlarına, unvanlarına göre Devlet yükseköğretim kurumlarında ödenen ücret tutarından az ücret verilemez..." şeklindeki düzenleme, tarafların ücret miktarını serbestçe belirlemelerini kısmen engelleyen bir düzenleme olduğundan, bu düzenleme uyarınca, taraflar ücret hususunu Devlet yükseköğretim kurumlarında ödenen ücretin üzerinde serbestçe belirleyebilecekken, bu tutarın altında bir belirleme yapamayacaklardır. Burada kamu yararı gerekçesiyle kanun koyucu tarafından yasal bir sınır çizilmiştir. Bu nedenle, vakıf üniversitesinde görev yapan akademik personel, ücret alacağının unvanına göre devlet üniversitesinde çalışan bir akademik personele ödenen ücret tutarından az olması durumunda idari yargı kolunda dava açmalıdır. Yargısal yolları tüketmesine rağmen sonuç alamayan vakıf üniversitesi personeli, Anayasa Mahkemesi'ne "mülkiyet hakkı" kapsamında bireysel başvuru yapabilir. Nitekim mülkiyet hakkının kapsamı fiziki varlığa sahip malların yanı sıra her türlü ekonomik değeri de içeren bir anlam taşımaktadır.

Eşit ücret hakkı ihlal edilen vakıf üniversitesinde çalışan akademik personelin dava açmadan önce başvurabileceği idari yollar değerlendirildiğinde ise ilk olarak, 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun ve 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu kapsamında kullanabilecekleri bilgi edinme ve dilekçe haklarını doğrudan ilgili vakıf yükseköğretim kuruluşuna başvurarak ya da "CİMER (Cumhurbaşkanlığı İletişim Merkezi)" olarak adlandırılan web servisi üzerinden kullanabileceklerini ifade etmek gerekir.

Yine akademik personelin başvurularını, mevzuattan kaynaklanan denetim yetkisi sebebiyle YÖK'e de iletmeleri bu kapsamda mümkündür. Ayrıca Anayasa'nın 74. maddesi uyarınca, vakıf yükseköğretim kurumlarında görev yapan akademik personel, mevzuattan kaynaklanan eşit ücret hakkının ihlali gerekçesiyle kamu denetçisine de başvurabilir.

KAYNAKÇA

- Akyılmaz, Bahtiyar/ Murat Sezginer/ Cemil Kaya. Türk İdare Hukuku, Savaş Yayınevi, 12. Baskı, Ankara 2020.
- Alpagut, Gülsevil. "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2010.
- Azrak, A. Ülkü. "İdari Yargı Dışı Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Usulleri", Danıştay Başkanlığı 141. Yıl Sempozyumu, 11 Mayıs 2009, Ankara, ss. 71-85.
- Başterzi, Fatma. "Vakıf Üniversitesi Öğretim Elemanı ile Yapılan Sözleşmenin Hukuki Niteliği ve Bazı Yargısal Sorunlar Üzerine Bir Değerlendirme", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan C. 2, İstanbul 2011, 1301-1345.
- Baycık, Gaye. "Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri, ve İşin Düzenlenmesi", Yargıtayın İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016, Beta Yayınları, İstanbul 2018.
- Bostancı, Yalçın/Sevde Bulun Tokkaş. "Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 2020/479 E. 2020/626 K. Sayılı ve 26.10.2020 Tarihli Vakıf Üniversitesinde Çalışan Öğretim Üyesinin Alacak Talepli Açtığı Davanın "İdari Yargı" Yerinde Çözümlemesi Gerektiğine İlişkin Verilen Kararın İncelenmesi", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2021, Cilt 29, Sayı 3, 2657-2678.
- Çağlayan, Ramazan. İdare Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, 7. Basım, Ankara 2019.
- Çaptuğ, Mehpere. İdari Usul Hukukunda

- Hukuki Güvenlik İlkesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- Çelik, Nuri. "Vakıf Üniversitesi Öğretim Elemanları ile Yapılan Sözleşmelerin Hukuki Niteliği Konusundaki Uyuşmazlık Mahkemesi ve Diğer Yargı Kararlarının Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, 3-15.
 - Çelik, Nuri/Nurşen Canıklıoğlu/Talat Canbolat/Ercüment Özkaraca. İş Hukuku Dersleri, 34. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2021.
 - Çınarlı, Serkan /Refik Kiraz. "Vakıf Üniversitesi Personelinin Hukuki Statüsü ve Vakıf Tüzel Kişiliği Kaybı Durumunda Personele Yönelik Düzenleme Önerisi", Uluslararası Yükseköğretim Kongresi 2011, Bildiri Kitabı, C. 3, Bölüm XIII, 2011, 1783-1789.
 - Çınarlı, Serkan /Sevinç Arslan Hızal/Abdullah Hızal. "Vakıf Üniversitelerinde Görev Yapan Öğretim Üyelerinin Ceza Soruşturması Usulü Sorunu", Leges Kamu Hukuku Dergisi, S. 3, Haziran 2013, 23-42.
 - Demircioğlu, A. Murat /Hasan Ali Kaplan. "Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 21.5.2012, 5.11.2012 ve 24.12.2012 Tarihli Kararları Işığında Vakıf Üniversitelerinde Görev Yaptırma Olan Öğretim Üyeleri ile Üniversiteler arasındaki Sözleşmelerin Hukuki Niteliği", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 15, Özel Sayı, 2013, 51-80.
 - Doğan Yenisey, Kübra. "Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi", Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2006, TİSK Yayınları, Ankara 2009.
 - Ekonomi, Münir. "Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2002", Ankara 2004.
 - Eyrenci, Öner. "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2012, Ankara 2014.
 - Eyrenci, Öner /Savaş Taşkent/Devrim Ulu-
can. Bireysel İş Hukuku, Beta Basım, İstanbul 2019.
 - Giritli, İsmail /Tayfun Akgüner/Kahraman Berk, İdare Hukuku, Der Yayınları, 7. Basım, İstanbul 2015.
 - Gökteş, Seracettin. "Vakıf Üniversiteleri ile Öğretim Elemanları Arasındaki Hukuki İlişkinin Niteliği", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 29, S. 1, Y. 2021, 581-621.
 - Gözler, Kemal. İdare Hukuku, Ekin Yayınevi, 2. Bası, Bursa 2009.
 - Gözler, Kemal /Gürsel Kaplan. İdare Hukuku Dersleri, 18. Baskı, Bursa 2016.
 - Günday, Metin. İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, 10. Baskı, Ankara 2011.
 - İzmirlioğlu, Fatma Ayça. Vakıf Üniversitelerinde Çalışan Akademik Personelin Hukuki Statüsü, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir 2017.
 - Kabakcı, Mahmut. "Vakıf Yüksek Öğretim Kurumu Öğretim Elemanlarının Taraf Olduğu Davalarda Yargı Yolu", Prof. Dr. Savaş Taşkent'e Armağan, Editör: Prof. Dr. Kübra Doğan Yenisey, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, 389-428.
 - Mollamahmutoğlu Hamdi /Muhittin Astarlı/ Ulaş Baysal. İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt:1, Bireysel İş Hukuku, 2. Baskı, Lykeion Yayınları, Ankara 2018.
 - Odyakmaz, Zehra/ Serkan Çınarlı/ Ezgi Avcıoğlu Aksoy, İdare Hukukunda Yargı Öncesi Uyuşmazlık Çözüm Usulleri, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.
 - Okur, Ali Rıza. Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2011, Genel Görüşme, s. 120.
 - Özey, İlhan. Günışığında Yönetim, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004.
 - Sancakdar, Oğuz/Lale Burcu Önüt/Eser Us Doğan/Mine Kasapoğlu Turhan/Serkan Seyhan. İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı,

- Seçkin Yayıncılık, 10. Baskı, Ankara 2021.
- Sever, Çiğdem. "Bir Kamu Kurumu Olarak Vakıf Üniversiteleri ve Bu Üniversitelerde Çalışan Akademisyenlerin Hukuki Statüsü", Legal Hukuk Dergisi, Mart 2016, 1175-1216.
 - Süzek, Sarper. Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2007, Genel Görüşme, İstanbul 2009.
 - Süzek, Sarper. İş Hukuku, Beta Basım, İstanbul 2022.
 - Tan, Turgut. İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, 4. Baskı, Ankara 2015.
 - Tezcan, Durmuş/ Mustafa Ruhan Erdem/ Oğuz Sancakdar/Rifat Murat Önok. İnsan Hakları El Kitabı, Seçkin Yayıncılık, 9. Baskı, Ankara 2021.
 - Tuncay, A. Can. "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2011, Ankara 2013.
 - Tunçomağ, Kenan /Tankut Centel. İş Hukukunun Esasları, 9. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2018.
 - Yeşilyurt, Nazile İrem /Başak Güneş. "Vakıf Üniversiteleri ile Öğretim Elemanları Arasında Kurulan Çalışma İlişkisinin Nitelenmesi Sorunu", Prof. Dr. Savaş Taşkent'e Armağan, Editör: Prof. Dr. Kübra Doğan Yenisey, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, 943-972.
 - Yıldırım, Turan/ Figen Samuray. "Vakıf Üniversitesi Öğretim Elemanlarının Statüsü", Maltepe Hukuk Dergisi, S. 1, Y. 2010, 81-95.
 - Yıldırım, Turan. "Vakıf Üniversitelerinin Denetlenmesi", Mehmet Akif Aydın'a Armağan, Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı, Yıl 2015, Cilt 21, Sayı 2, 457-479.
 - Yıldız, Gaye Burcu. "Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", Yargıtayın İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarını Değerlendirilmesi 2015, Beta Yayınları, İstanbul 2017.

İş Sözleşmesinin İşverenin Ölümüyle Sona Ermesi**

Öz

İş sözleşmesi işçinin ölümüyle kendiliğinden sona erer. Bununla birlikte, işverenin ölümü, sözleşme işverenin kişiliğine bağlı olmadığı sürece iş sözleşmesinin sona ermesine yol açmaz. İşverenin hak ve borçları mirasçılara geçer. Şayet iş sözleşmesi işverenin kişiliğine bağlı olarak kurulmuşsa, işverenin ölümü sözleşmeyi sona

erendir. Bu durumda, İş Kanunu'na tabi ve en az bir yıl çalışma süresi bulunan işçi, işverenin mirasçılarında kıdem tazminatı talep edebilir. Türk Borçlar Kanunu'nun kapsamına giren veya İş Kanunu'na tabi olmakla birlikte asgari bir yıllık kıdem süresini doldurmayan işçi ise hakkaniyet tazminatına hak kazanır.

Anahtar Sözcükler:

İşverenin ölümü, iş sözleşmesinin sona ermesi, kişiye bağlı, kıdem tazminatı, hakkaniyet tazminatı.

The Ending of the Employment Contract by Employer's Death

Abstract

The employment contract ends by the law itself if the employee dies. Nevertheless the death of the employer does not cause the employment contract to cease unless it has been concluded intuitu personae. Rights and duties of the employer pass on to the heirs of the employer. If the contract has been made intuitu personae of the employer, employer's death brings the contract to an end. In this case, the

employee may request the severance pay from the employer's heirs provided that he falls within the scope of the Labour Act and the contract has lasted at least one year. The employee who falls within the scope of the Turkish Obligations Act as well as the one falling within the scope of the Labour Act whose length of service is shorter than one year is entitled to the equity pay.

Keywords:

Employer's death, ending of the employment contract, intuitu personae, severance pay, equity pay.

*Marmara Üniversitesi İktisat Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, emreertan28@hotmail.com, ORCID: 0000-0003-3583-2037.

**Başta anneannem Nevreste Gündem ve can dostum Avukat Osman Sivil olmak üzere pandemide yaşamını yitiren tüm sevdiğimiz ve meslektaşlarımızın aziz hatıralarına...

I. Giriş

Tam iki tarafa borç yükleyen ve sürekli bir borç ilişkisi yaratan iş sözleşmesi bir dizi durumda sona ermektedir. İşçi veya işverenin bozucu ve yenilik doğuran tek yanlı bir irade açıklamasıyla sözleşmeyi sona erdirmesi olarak tanımlanabilecek fesih, iş sözleşmesinin son bulmasını sağlayan haller arasında özel bir yere sahiptir. İş sözleşmesi, fesih dışında tarafların anlaşması, belirli sürenin bitimi, işçi ve işveren sıfatlarının aynı kişide birleşmesi ve ölüm gibi yollarla ortadan kalkmaktadır. Ölüm *intuiti personae* (kişiye bağlı) nitelikli sözleşmelerde kişisel bir borç yüklenen tarafın ölümü, sözleşmenin son bulmasına neden olur. Bu bağlamda, iş sözleşmesi *intuiti personae* (kişiye bağlı) sözleşmeler arasında yer almaktadır. Şu kadar ki sözleşmenin *intuiti personae* özelliği, iş görme borcunun kişisel niteliği nedeniyle işçinin şahsında somutlaşmaktadır. Buna karşılık, iş sözleşmesi, işveren gerçek kişi dahi olsa -kural olarak- işverenin kişiliğine bağlı değildir.

Şu halde işçinin ölümüyle iş sözleşmesi her hâlikarda son bulurken, işverenin gerçek kişi olduğu durumlarda işverenin ölümü, iş sözleşmesinin -kural olarak- ortadan kalkmasına yol açmamaktadır. Nitekim Türk Borçlar Kanunu'nda işçinin ölümüyle iş sözleşmesinin kendiliğinden sona ereceği öngörülmüşken; işverenin ölümü durumunda iş sözleşmesinin -yine kural olarak- son bulmayacağı ve iş ilişkisinin işverenin mirasçılara geçeceği kurala bağlanmıştır. Ancak yasa koyucu, iş sözleşmesinin nadiren de olsa işverenin ölümüyle ortadan kalkmayacağı kimi olasılıkları göz önünde bulundurmuş ve ağırlıklı olarak işverenin kişiliği dikkate alınarak kurulan iş sözleşmesinin işverenin ölümüyle kendiliğinden sona ereceğine yönelik bir düzenlemeye yer vermiştir. Ayrıca işverenin mirasçıları, işçiye hakkaniyete uygun bir tazminat ödemekle yükümlü kılınmıştır.

Türk iş hukuku yazınında, ölümün iş sözleşmesine etkisi, daha çok işçinin ölümü bağlamında incelenmiştir. Ancak işverenin ölümü ve işverenin ölümünün hukuki sonuçları üzerinde pek fazla durulmamıştır. İşverenin ölümünün kısıtlı bir

perspektifle ele alınmasının gerisinde ölümün iş sözleşmesinin sona erdirmesinin '*işçinin bakımını yaptığı hasta ve yaşlı işverenin yaşamını yitirmesi*' gibi seyrek olgularla sınırlı kaldığı düşüncesi yatmaktadır. Ne var ki işverenin ölümüyle iş sözleşmesinin sona ermesi bu olguyla sınırlı değildir. Özellikle SARS-CoV-2 pandemisi bazıları daha genç yaşta olan ve yanlarında işçi çalıştırmakla işveren sıfatını taşıyan avukat, mali müşavir, hekim ve diş hekimi gibi çok sayıda serbest meslek sahibinin ölümüne neden olmuş; bu noktada işçinin işverenin mirasçılarından kıdem tazminatı talep edip edemeyeceği sorusu ortaya çıkmıştır. 1475 sayılı mülga İş Kanunu'nun yürürlükteki 14. maddesinde işverenin ölümüne kıdem tazminatına hak kazandıran haller arasında yer verilmesi sorunu daha da çetrefilleştirmiştir.

Bu çalışmada öncelikle işverenin ölümünün iş sözleşmesine etkisi genel hatlarıyla ele alınacak; ardından işverenin ölümüyle iş sözleşmesinin sona erdiği durumlar irdelenecektir. Daha sonra iş sözleşmesinin işverenin ölümüyle sona ermesi, sözleşmenin sona ermesinden önce doğan alacaklar ve sona ermeye bağlı haklar açısından ayrı ayrı ele alınacaktır. Bu çerçevede, özellikle İş Kanunu'nun kapsamına giren işçilerin kıdem tazminatına hak kazanıp kazanmadıkları sorusuna yanıt aranacak; ayrıca kıdem tazminatıyla Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan özel tazminat (hakkaniyet tazminatı) arasındaki ilişki açıklanacaktır.

II. Kural: İş Sözleşmesinin İşverenin Mirasçılarıyla Devamı

İşveren öldüğünde iş sözleşmesi -kural olarak- sona ermemekte ve sözleşme bütün hak ve borçlarıyla birlikte işverenin mirasçılara geçmektedir¹. İşverenin ölümü konusunda Türk

1 Aktay, Nizamettin/Arcı, Kadir/Senay Kaplan, E. Tuncay: İş Hukuku, Yenilenmiş 4. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara 2011, s. 147; Akyiğit, Ercan: Ölüm ve İş İlişkisindeki Yeni Sonuçları, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2011/22, s. 39; Baskan, Ş. Esra: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çer-

hukukuna kaynaklık eden İsviçre hukukunda, işverenin ölümünün iş sözleşmesini sona erdiren bir neden olmadığı ve iş ilişkisinin işverenin mirasçılara geçeceği belirtilmektedir². Belçika hukukunda işverenin ölümü, -kural olarak- iş sözleşmesinin kendiliğinden sona ermesine yol açmaz³. Aynı biçimde, Hollanda hukukunda iş sözleşmesi işverenin ölümüyle kendiliğinden sona ermemektedir⁴. Nitekim Hollanda Medeni Kanunu'nda aksi sözleşmeden ileri gelmedikçe iş sözleşmesinin işverenin ölümüyle son bulmayacağı yazılıdır (Art. 675 Burgerlijk Wetboek). Hollanda iş hukuku öğretisinde bu hüküm, iş sözleşmesinin işverenin ölümüyle sona ermesinin sözleşmenin niteliğinden kaynaklanabileceği veya taraflarca aksinin kararlaştırılabileceği

şeklinde yorumlanmaktadır⁵. İşverenin gerçek kişi olduğu durumlarda iş sözleşmesinin işverenin ölümüyle son bulmaması, sözleşmenin kuruluşunda işverenin kişiliğinin belirleyici bir rol oynamamasıyla ve iş sözleşmesinin işveren yönünden malvarlıksal bir nitelik taşımasıyla açıklanmaktadır⁶. Şöyle ki; iş sözleşmesinde işçinin kişiliği özellikle ön planda olup, iş görme edimi işçinin kişiliğinden soyutlanamaz⁷. İşveren, iş sözleşmesinin kuruluşunda deneyim, bilgi, yetenek ve işe uyum gibi işçiye özgü kişisel özellikleri dikkate alır⁸. Buna karşılık, işçi aynı süreçte işverenin kişiliğinden çok işyerindeki çalışma koşullarına bakar; gerçek kişi işverenin kişiliği işçiyi pek fazla ilgilendirmez⁹. Burada *intuitu personae* öğesinin yerini *intuitu rei* öğesi almaktadır¹⁰. Dolayısıyla iş sözleşmesi *intuitu personae* karakterli bir sözleşme olmakla birlikte, sözleşmede *intuitu personae* öğesi tek taraflıdır¹¹. Eş anlatımla, iş sözleşmesini kişiye bağlı (*intuitu personae*) sözleşmelerden kılan işçidir. Yoksa işveren gerçek kişi bile olsa, iş sözleşmesi -kural olarak- iki tarafın kişiliğine bağlı bir sözleşmeye dönüşmez.

İş sözleşmesinin işçinin ölümüyle kendiliğinden (*ipso jure, van rechtswege*) sona ermesi, sözleşmenin tek taraflı *intuitu personae* özelliğinin doğal

çevesinde Ölümün Hizmet Sözleşmesine Etkisi ve Yeni Bir Tazminat: Ölüm Tazminatı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2013/104, s. 67. Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat./Özkaraca, Ercüment: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 35. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2022, s. 450; Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim/Baskan, Esra: İş Hukuku, 10. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2020, s. 177; Güzel, Ali: İşverenin Değişmesi – İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi, Kazancı Hukuk Yayınları No: 56, İstanbul 1987, s. 151; Kurt, Resul/Koç, Muzaffer: İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesi, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Seçkin Hukuk Yayınları, Ankara 2015, s. 110; Mollamahmutoğlu, Hamdi/ Astarlı; Muhittin/Baysal, Ulaş: İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt 1: Bireysel İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Lykeion Yayınları, Ankara 2019, s. 219; Narmanlioğlu, Ünal: İş Hukuku Ferdi İlişkileri I, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2014, s. 335; Şakar, Müjdat: İş Hukuku Uygulaması, Beta Yayınları, 13. Baskı, İstanbul 2022, s. 154; Tunçomağ, Kenan/Centel, Tankut: İş Hukukunun Esasları, 8. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2016, s. 195.

- 2 Rehbindler, Manfred: Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. Neu bearbeitete auflage, Stämpfli Verlag, Bern 2002, s. 147.
- 3 Cuypers, Daniël: Schets van het Belgische arbeidsrecht, Intersentia Educatief, Antwerpen-Oxford, 2009, s. 125. Humblet, Patrick/Rigaux, Marc: Synopsis van het Belgische Arbeitsrecht, Vierde Editie, Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2009, s. 232. Van Eeckhoutte, W.: Arbeitsrecht 2004-2005, Wolters Kluwer België, Mechelen 2004, s. 319.
- 4 Bouwens, W.H.A.C.M./Duk, R.A.A./Van der Grinten: Arbeidsovereenkomstenrecht, 23e druk, Kluwer, Deventer 2011, s. 310; Bouwens, W.H.A.C.M./Houwerzijl/M.S., Roozendaal, W.L., Schets van het Nederlandse Arbeitsrecht, 21e druk, Kluwer, Deventer 2011, s. 189; Van Genderen, D.M./Fluit, P.S./Stefels, M.E., Witte, W.G.M.J./De Wolf, D.J.B., Arbeitsrecht in de praktijk, Zevende herziene druk, Sdu Uitgevers, Den Haag 2010, s. 196.

- 5 Hollanda hukukunda belirsiz süreli iş sözleşmesinin işverenin ölümüyle sona ermemesinin belirsiz süreli iş sözleşmesi üzerinde hiçbir etkisi yoktur. Ne var ki işverenin ve işçinin mirasçıları belirli süreli iş sözleşmesini ortada sanki belirsiz süreli bir sözleşme varmış gibi ihbar önellerine uyararak feshedebilmektedir. Bu durumda iş sözleşmesi belirli süreli niteliğini korumakta, ancak her iki taraf süreli fesih hakkına kavuşmaktadır. Bununla birlikte, süreli fesih hakkının ölüm tarihinden başlayarak kullanılabilmesi bir süre öngörülmemiştir. Ayrıca işverenin ölümü durumunda belirli süreli iş sözleşmesinin süreli fesih yoluyla sona erdirilemeyeceği taraflarca kararlaştırılabilir. Bouwens/Duk, s. 310-313; Bouwens/Houwerzijl/Roozendaal, s. 189.

- 6 Akyiğit, s. 39; Mollamahmutoğlu/ Astarlı/Baysal, s. 219.
- 7 Güzel, s. 152.
- 8 Güzel, s. 152; Bulun Toktaş, Sevde: İş İlişkisinde Tarafların Ölümünün Bireysel İş Hukukuna Etkisi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2021, Cilt 29, Sayı 1, s. 208.
- 9 Akyiğit, s. 39.
- 10 Güzel, s. 153.
- 11 Güzel, s. 153.

sonucudur¹². Nitekim Türk Borçlar Kanunu'nda iş sözleşmesinin işçinin ölümüyle her durumda ken-diliğinden sona ereceği kurala bağlanmış olup, sözleşmenin işçinin ölümüyle sona ermesinin istisnası yoktur (Türk Borçlar Kanunu madde 440)¹³. Buna karşın, işveren öldüğü takdirde iş sözleşmesi -kural olarak - sona ermemekte, sözleşme külli halefiyet yoluyla işverenin mirasçılara geçmektedir¹⁴. Yasada işverenin ölümü hâlinde yerini mirasçılarının alacağı belirtilmektedir (Türk Borçlar Kanunu madde 440/1). Bu durumda, işyerinin tamamının veya bir bölümünün devriyle gerçekleşen iş ilişkisinin devrine ilişkin hükümler kıyas yo-

luyla uygulanır (Türk Borçlar Kanunu madde 440/1 cümle 2). İşverenin mirasçuları iş ilişkisini sürdürmek istemezse, iş sözleşmesi ancak sözleşme yapıldığında işverenin kişiliğinin göz önünde tutulduğu kanıtlanarak veya sözleşmede kararlaştırılan biçimde ya da yasada gösterilen koşullara uygun olarak (örneğin bildirim süresine uymak şartıyla fesih yoluyla) sona erdirilebilir¹⁵. Aynı biçimde mirasçılarla iş ilişkisini sürdürmek istemeyen işçi, iş sözleşmesini sözleşmenin işverenin kişiliğinin dikkate alınarak yapılmadığını kanıtlayarak veya yasadaki koşullara uyararak sona erdirebilecektir¹⁶. İşveren öldüğünde iş ilişkisinin işverenin mirasçularıyla devam edeceği ve işyeri devrine ilişkin kuralların kıyasen uygulanacağı Yargıtay'ca da kabul edilmektedir¹⁷. Bununla birlikte, mirasçılar mirasçılıktan çıkarılmış veya mirası reddetmişse iş sözleşmesi mirasçılara geçmeyecektir¹⁸.

III. İstisna: İş Sözleşmesinin İşverenin Ölümüyle Sona Ermesi

İş görme borcuyla işverenin kişiliği arasında is-

12 Kocagil, İpek: İşçinin Ölümünün İş İlişkisi Bakımından Sonuçları, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, 2014, Cilt 1 Sayı 1, s. 430. Alman iş hukuku öğretisinde, Alman Medeni Kanunu'nun işçiyi iş sözleşmesinden doğan borçlarını, aksi kararlaştırılmadıkça veya işin niteliğinden anlaşılmadıkça, kural olarak şahsen ifa etmekle ve yerine başkasını ikame etmemekle yükümlü kılmasından hareketle işçinin ölümüyle iş görme borcunun ortadan kalktığı ve mirasçılara geçmediği vurgulanmaktadır. Löwisch, Manfred: Arbeitsrecht, 7. Auflage, Werner Verlag, Düsseldorf 2004, s. 232. Hollanda ve Belçika hukuklarında işçinin ölümüyle iş sözleşmesi ortadan kalkmaktadır. Hollanda ve Belçika iş hukuku öğretilerinde iş sözleşmesinin işçinin ölümüyle sona ermesi sözleşmenin işçi yönünden *intuitu personae* niteliğiyle açıklanmaktadır. Bouwens/Duk, s. 309; Bouwens/Houwerzijl/Roozendaal, s. 189; Cuypers, s. 125; Van Eeckhoutte, s. 319; Van Genderen/Fluit /Stefels/Witte/De Wolf, s. 195.

13 Yürürlükten kalkan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda işverenin ölümü 347. maddenin 2. ve 3. fıkralarında düzenlenmiştir: "...İş sahibi öldüğü takdirde, akit başlıca onun şahsı nazarı itibara alınarak yapılmış ise nihayet bulur. Bu ikinci halde işçi vaktinden evvel nihayet bulması hasebiyle düçar olduğu zarar için hakkaniyet dairesinde bir tazminat isteyebilir..." 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda işverenin ölümünü düzenleyen hükümlerle yürürlükten kalkan norm açısından dilbilgisi ve kullanılan sözcükler dışında bir fark yoktur. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun madde gerekçesinde ifade edildiği üzere; her iki düzenleme İsviçre Borçlar Kanunu'nun 338 a maddesinin çevirisinden ibaret olup, eski ve yeni hükümler öz ve anlam yönünden özdeştir: "...Maddenin düzenlenmesinde, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 338a maddesi göz önünde tutulmuştur. Metninde yapılan arılaştırma ve düzeltme dışında, maddede 818 sayılı Borçlar Kanununa göre bir hüküm değişikliği yoktur..." (6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 440. madde gerekçesinden alıntı).

14 Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s. 219; Narmanlıoğlu, s. 335; Süzek, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 21. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2021, s. 538; Bulun Tokkaş, s. 208.

15 Güzel, s. 153; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 450.

16 Güzel, s. 155.

17 "...Davacı 16.02.2005 tarihinde davalıların murisi A. G. yanında çalışmaya başlamıştır. A. G. 17.03.2007 tarihinde vefat etmiştir. Dosya içindeki SSK sigortalı hizmet listesine göre 2007/Mart ayına kadar işveren "Ö... Ticaret-A. G." şeklinde 2007/Mart ayından itibaren ise "Ö... Ticaret-L. G." şeklinde gösterilmiştir. İşverenin ölümünü düzenleyen T.B.K. 441. maddesi "İşverenin ölümü halinde, yerini mirasçuları alır. Bu durumda işyerinin tamamının veya bir bölümünün devri ile gerçekleşen hizmet ilişkisinin devrine ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanır." hükmü yer almaktadır. Müteveffa A. G.'in ölümü ile işyeri mirasçuları olan davalılara geçmiştir. Dosya içindeki SSK sigortalı hizmet listesine göre işyeri L. G. adına ise de müteveffanın ölüm anıyla birlikte miras mirasçılara intikal ettiğinden davalılardan S. G. 17.03.2007 tarihine kadar olan dönem için miras payıyla sınırlı olarak davacının kıdem tazminatı, fazla çalışma, hafta ve genel tatil alacaklarından diğer davalı ile birlikte müteselsilen sorumlu olması gerekirken işçilik alacaklarının tamamından sorumlu tutulması hatalıdır..." Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 31.03.2015, Esas: 2014/271 Karar: 2015/12501. www.kazanci.com.tr

18 Akyiğit, s. 40; Baskan, s. 68; Mollamahmutoglu/ Astarlı/ Baysal, s. 219; Bulun Tokkaş, s. 209.

tisnai bazı durumlarda yoğun bir ilişki söz konusudur. Ayrıca işverenin kişiliğe bağlı bir serbest meslekle uğraştığı hallerde işyerinin işverenin mirasçılara geçmesi olanak dışıdır. Her iki durumda işverenin ölümüyle birlikte iş sözleşmesinin kendiliğinden son bulması gündeme gelmektedir. Türk Borçlar Kanunu'nda iş sözleşmesi ağırlıklı olarak işverenin kişiliği dikkate alınarak kurulduğunda işverenin ölümüyle sözleşmenin kendiliğinden sona ereceği yönünde bir düzenlemeye yer verilmiştir (Türk Borçlar Kanunu madde 441/2)¹⁹. Her ne kadar madde metninden iş sözleşmesinin işverenin ölümüyle sona erdiği hallerin sadece iş görme borcunun işverenin kişiliğine bağlı olduğu durumlarla sınırlı tutulduğu izlenimi uyansa da, yasal düzenleme işverenin kişiliğine bağlı bir serbest meslek icra etmesi olasılığını kapsayacak tarzda yorumlanmalı; giderek iş görme borcunun işverenin kişiliğine bağlı olduğu veya işverenin kişiliğe bağlı bir serbest meslek icra ettiği iş sözleşmelerinin işverenin ölümüyle sona erdiği kabul edilmelidir²⁰.

19 Öğretide bir görüşe göre; norm mutlak emredici olup, işverenin kişiliği önem taşıdığı bir iş sözleşmesi tarafların önceden anlaşmasıyla dahi işverenin mirasçısıyla sürdürülemez. Bu durumda, işçi mirasçılarla çalışmaya devam ettiği takdirde ortada yeni bir iş sözleşmesi vardır. *Yürekli*, Sabahattin; Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara 2016, s. 172. Öğretide diğer bir görüş; normun mutlak emredici olmadığını, işveren ölse bile iş ilişkisinin sona ermeyip mirasçısıyla devam edeceği yönündeki anlaşmaların pekâlâ geçerli olduğunu ve kaldı ki böyle bir anlaşmanın varlığı durumunda sözleşme kurulurken işçinin kişiliğinin gözetilmediğinin ortaya çıktığını savunmaktadır. *Akyığıt*, s. 41.

20 Belçika İş Sözleşmeleri Kanunu'nun 33. maddesi iş sözleşmesinin işverenin ölümüyle sona erdiği her iki durumu kapsamaktadır: "...İşverenin ölümü sözleşmenin sona ermesine neden olmaz. Şayet bu ölüm işçinin işe alındığı faaliyetin ortadan kalkmasına yol açmışsa veya sözleşme kişisel işbirliği dikkate alınarak kurulmuşsa hâkim, hakkaniyete göre bir tazminata hükmedilip edilmeyeceğine karar verdikten sonra tazminatın tutarını belirler..." (Wet betreffende de arbeidsovereenkomsten Art. 33) Belçika iş hukuku öğretisinde işverenin ölümünün kuramsal olarak iş sözleşmesinin sona ermesine yol açmayacağı; ancak iş sözleşmesinin işverenin kişiliğinden ötürü *intuitu personae* bağitlandığı veya işverenin ölümünün işyerindeki faaliyetin fiilen ve hemen son bulmasına neden olduğu hallerde iş ilişkisinin ortadan kalkacağı ifade edilmektedir. *Humblet/Rigaux*, s. 232.

IV. İşverenin Ölümüyle Sözleşmenin Sona Erdiği Durumlar

1. İş Görme Borcunun İşverenin Kişiliğine Bağlı Olması

Ağırlıklı olarak işverenin kişiliği dikkate alınarak kurulan bir iş sözleşmesinden söz edebilmek için, her şeyden önce işçinin üstlendiği iş görme borcuyla işverenin kişiliği arasında sıkı bir bağın var olması şarttır. Buna göre, işverenin ölümüyle beraber iş görme ediminin yerine getirilmesi fiilen imkânsızlaştığı takdirde iş sözleşmesinin kendiliğinden son bulması gündeme gelmektedir. Gerçekten işverenin kişiliğinin özellikle ön plana çıktığı bir iş ilişkisinin mirasçılarla sürdürülmesi olanaksızdır. İş sözleşmesinin kendiliğinden sona ermesi ise, bu durumun doğal bir sonucudur. Öğretide işverenin kişiliği göz önünde tutularak kurulan iş sözleşmelerine örnek olarak, yaşlı bir hastanın bakımı için hemşire veya kişinin anılarının yazılması için sekreter tutulması gösterilmektedir²¹. Ayrıca sözleşmenin özellikle işverenin kişiliği dikkate alınarak kurulmasının istisnai bir olgu olduğu dile getirilmektedir²². Belçika hukukunda, sözleşme işverenin kişiliği gözetilerek kurulmuşsa ve işçiyle işveren arasında yoğun bir kişisel işbirliği söz konusuysa iş sözleşmesinin sona ereceği kabul edilmektedir²³.

Yasal düzenlemede geçen '*ağırlıklı olarak*' sözcüklerinin karşıt anlamından (*argumentum a contrario*) iş sözleşmesi işverenin kişiliği dikkate alınarak kurulmuş olmasına rağmen iş ilişkisinde işverenin kişiliği bütünüyle baskın olmayıp borcun ifası işverenin mirasçılarınca kabul edilebilir nitelikteyse iş sözleşmesinin kendiliğinden

21 *Güzel*, s. 154; *Süzek*, s.538; *Şakar*; s. 152; *Tunçomağ/Centel*, s. 195. İsviçre öğretisinde ağırlıklı olarak işverenin kişiliği gözetilerek kurulan iş sözleşmelerine verilen örnekler sırasıyla kâhyalık, özel sekreterlik ve bakıcılıktır. *Rehbinder*, s. 147.

22 *Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat/Özkaraca*, s. 450; *Süzek*, s. 538.

23 *Van Eeckhoutte*, s. 319.

sona ermeyeceği sonucu çıkmaktadır. Örneğin; ev hizmetleri kapsamında temizlik görevlisi olarak çalışan işçinin işvereni öldüğünde sözleşme işverenin mirasçılarıyla devam edecek; şayet işverenin mirasçıları iş sözleşmesini sürdürmeyi yeğlemiyorsa fesih yoluna gideceklerdir. Örnekteki iş sözleşmesinin kuruluşunda işverenin kişiliği de kısmen etkili olmuş olmakla birlikte, bu örnekte kişilik iş sözleşmesinin kendiliğinden sona ermesini gerektirecek düzeyde başat bir faktör değildir. Şöyle ki; işveren öldüğünde iş görme borcunun ifa edildiği taşınmaz mirasçılara geçmektedir. Burada iş görme ediminin konusu evin temizliği olup, bu edim mirasçılara karşı ifa edilebilir niteliktedir. Özetle iş sözleşmesinin kendiliğinden sona ermesi için sözleşmenin işverenin kişiliği dikkate alınmak suretiyle kurulması tek başına yeterli sayılmaz. Ancak *ağırlıklı olarak* işverenin kişiliği gözetilerek kurulan bir iş sözleşmesine taraf olan işverenin ölümü, iş sözleşmesini kendiliğinden ortadan kaldırır²⁴.

2. İşverenin Kişiliğe Bağlı Bir Serbest Meslek İcra Etmesi

Kişiliğine bağlı bir meslek icra eden işverenin ölümü – kural olarak – iş sözleşmesinin sona ermesine yol açmaktadır. Zira kişiliğe bağlı bir mesleğin, işverenin mirasçılarınca sürdürülmesi olanaksız olduğundan bu mesleği icra eden işverenin ölümü, iş sözleşmesini sona erdirmektedir. Kişiliğe bağlı meslek kavramıyla akla öncelikle avukatlık, mali müşavirlik, hekimlik, diş hekimliği ve eczacılık gelmektedir²⁵. Kuşkusuz kişiliğe bağlı meslekler, sayılanlarla sınırlı değildir. Ancak pratik gerekçelerle sayılan mesleklerden avukatlık, mali müşavirlik ve eczacılığın örnek olarak seçilip işverenin ölümü bağlamında ele alınması yeterli olacaktır.

Avukatlık Kanunu'nun 1. maddesi avukatlığı

24 *Akyiğit*, s. 41.

25 Belçika hukukunda işverenin ölümü işçinin işe alındığı faaliyetin ortadan kalkmasına yol açtığı takdirde iş sözleşmesi sona ermektedir. Belçika iş hukuku öğretisinde, işverenin ölümüyle ortadan kalkan faaliyete örnek olarak noterlik gösterilmektedir. *Van Eeckhoutte*, s. 319.

kamu hizmeti ve serbest meslek olarak tanımlanmaktadır. Avukatlık mesleği başta adliyeler olmak üzere çok geniş bir alanda icra edilmekle ve avukatlık faaliyetinin yerine getirileceği yerlerin sınırlarını katı biçimde çizmek pek olanaklı olmakla birlikte, Avukatlık Kanunu'nun 43. maddesi her avukatı levhaya yazıldığı tarihten itibaren üç ay içinde baro bölgesinde bir büro kurmakla yükümlü kılmaktadır. Kuşkusuz avukat kurduğu büroda mesleğini tek başına icra edebileceği gibi; dilediği takdirde sekreter, takip elemanı veya muhasebeci gibi yardımcı personel de istihdam edebilir. Üstelik Avukatlık Kanunu, avukatlık bürosunda salt avukatlık mesleği için gerekli olan yardımcı elemanların çalıştırılmasına olanak tanımakta; avukatların avukatlık mesleğiyle ilintisiz bir iş görme ediminin ifası amacıyla işçi işe almasını yasaklamaktadır²⁶. Ayrıca avukatın bir veya daha fazla avukatı iş sözleşmesiyle çalıştırması avukatlık mesleğinde yaygın bir uygulama olup, iş sözleşmesiyle çalışan avukatların sayısındaki hızlı artışla beraber '*işçi avukat*' olgusu gündeme gelmiştir²⁷. Bürosunda avukat veya yardımcı personel çalıştıran avukat işveren sıfatını kazanmakta; böylece avukatlık bürosu işyerine dönüşmektedir.

Avukatlık avukatın kişiliğine sıkı sıkıya bağlı bir meslek olup avukatın ölümü, avukatla müvekkileri arasında var olan vekâlet ilişkisinin sona ermesine yol açmakta; bu arada avukatlık bürosu kendiliğinden kapanmaktadır. Öyle ki; mirasçıların avukat unvanı taşıdıkları bir durumda dahi ölen avukata ait büronun mirasçılarınca açık tutulması olanak dışıdır. Nitekim Avukatlık Kanunu'nda mesleğin avukatın kişiliğiyle ayrılmaz bir bütün oluşturduğu gerçeğini dikkate alan bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre, avukatın ölümü durumunda avukatın kayıtlı ol-

26 "...Avukatlar ve avukatlık ortaklıkları, bürolarında yalnız avukatlık mesleği için gerekli olan yardımcı elemanları çalıştırabilirler..." (Avukatlık Kanunu madde 45/1).

27 '*İşçi avukat*' kavramıyla ilgili olarak bilgi için bakınız *Gürseler, Güneş*: Bir Avukat Yanında Aylıklı Olarak Çalışan Avukatın Durumunun Avukatlık Yasası Açısından Değerlendirilmesi, *Türkiye Barolar Dergisi*, 2006/63, s. 67-71.

duğu baro başkanı, ilgililerin yazılı istemi üzerine veya iş sahiplerinin yazılı muvafakatini almak koşuluyla, işleri geçici olarak takip etmek ve yürütmek için kendi barosuna kayıtlı bir avukatı görevlendirmek ve dosyaları kendisine devir ve teslim etmekle yükümlüdür (Avukatlık Kanunu madde 42).

O halde işveren avukat öldüğü takdirde iş sözleşmesi kendiliğinden sona ermekte; iş sözleşmesinin avukatın mirasçılara geçmesi kesinlikle söz konusu olmamaktadır. Şu kadar ki; Avukatlık Kanunu, mesleki faaliyetlerin avukatlık ortaklığı olarak adlandırılan bir tüzel kişi çatısı altında yürütülmesini sağlayan bir düzenleme içermektedir²⁸. Yasal düzenlemenin aynı ilde kurulu barolardan herhangi birine kayıtlı birden çok avukatın mesleklerini yürütmek için oluşturdukları tüzel kişilik olarak tanımladığı avukatlık ortaklığı, ortak avukat veya avukatlardan birinin ölümüyle sona ermemekte; mirasçı avukat olmadığı takdirde ortaklık payı gerçek değeri üzerinden diğer ortaklarca payları oranında alınmaktadır. Şayet mirasçı avukatsa ortaklık payı mirasçıya geçmektedir (Avukatlık Kanunu madde 44). Dolayısıyla ortak veya ortaklar yaşamını yitirse dahi avukatlık ortaklığına bağlı çalışan işçi avukatın veya yardımcı personelin iş sözleşmesi sona ermemekte; avukatlık ortaklığı iş sözleşmesinin tarafı kalmaya devam etmektedir.

Serbest muhasebeci mali müşavirlerle (bundan sonra SMMM olarak anılacaktır) yeminli mali müşavirler (bundan sonra YMM olarak anılacaktır) kişiliklerine sıkı sıkıya bağlı bir meslek icra eden meslek mensupları arasında yer almaktadır. Kuşkusuz diğer serbest meslek icra edenler gibi SMMM ve YMM'ler de yanlarında işçi çalıştırdıklarında işveren sıfatını kazanır. Serbest Muhase-

beci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu'nda SMMM ve YMM'lerin işveren sıfatını edinmesini engelleyen bir hüküm yoktur. Meslek yasasında SMMM ve YMM'lerin işçi istihdamına ilişkin tek norma yer verilmiş olup meslek mensuplarına mesleği yapmaları yasaklananları çalıştırma yasağı getirilmektedir (Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu madde 13). Yönetmelik ise yasal düzenlemeyi tekrarlamakla yetinmemiş; ayrıca meslek mensuplarının işçi alımını yalnız mesleki faaliyetlerini yapabilmek için gerekli olan yardımcı elemanlarla sınırlamıştır (Serbest Muhasebeci Mali Müşavir ve Yeminli Mali Müşavirlerin Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik madde 22). Böylece SMMM ve YMM'lerin meslekle bağlantısız bir iş görme ediminin ifası amacıyla işçi istihdam etmesi yasaklanmıştır.

Bununla birlikte, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu birden çok SMMM ve YMM'ye bir araya gelerek ortaklık bürosu veya şirket kurma hakkı tanımaktadır (madde 45/2). Bu durumda, ortaklar arasında yer alan SMMM veya YMM'nin ölümü ortaklık bürosu veya şirkette çalışan işçinin iş sözleşmesinin sona ermesine yol açmayacak; iş sözleşmesi ortaklık bürosu veya şirketle devam edecektir.

Avukatlarla SMMM ve YMM'lerin aksine, işveren eczacının ölümüyle iş sözleşmesi son bulmamaktadır. Eczacının ölümünün iş sözleşmesini ortadan kaldırmaması, meslek yasasında yer alan özel düzenlemeden kaynaklanmaktadır. Bu noktada, eczacılar öteki serbest meslek mensuplarından ayrılmaktadır. Şöyle ki; Sağlık Bakanlığı eczanenin ölen eczacının eşi veya çocukları hesabına bir sorumlu müdürün yönetiminde en fazla beş yıl boyunca işletilmesine ruhsat verilmektedir (Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun madde 9). Üstelik aynı maddede, ölen eczacının çocuğu bu sürenin sonunda ergin değilse ergin oluncaya veya eczacılık fakültesine girdiği takdirde mezun oluncaya kadar eczanenin açık kalacağı yazılıdır. Ancak ölen eczacının mirasçıları arasında eş veya çocuk yoksa süre en fazla bir

28 Avukatlık ortaklığı hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız *Arslan, İbrahim/Unal, Mücahit: Avukatlık Ortaklığının Diğer Ortaklık Türleri ile Karşılaştırılması ve Hukuki Niteliği, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2008, Cilt 16, Sayı 1, s. 47-69; Kubilay, Huriye: Avukatlık Kanununun Avukatlık Ortaklarına İlişkin Hükümünün Eleştirisi, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi, 2005, Cilt 7, Özel Sayı, s. 133-172.*

yıl olup, bu süre boyunca eczane yine mirasçılar hesabına mesul müdür tarafından yönetilecektir (Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun madde 10).

V. İşverenin Ölümünün İş Sözleşmesinden Doğan Alacaklara Etkisi

1. İşverenin Ölümünden Önce Doğan Alacaklar

İş sözleşmesinin işverenin ölümüyle sona ermesi, sözleşmenin son bulmasından önce doğan ücret, ikramiye, prim ve fazla çalışma ücreti gibi alacakları üzerinde - kural olarak - olumsuz bir etki yaratmaz. Yalnızca işçinin ölen işverenin mirasçısı olduğu bir durumda, iş sözleşmesi miras bırakan işverenin ölümünden ötürü alacaklı ve borçlu sıfatlarının aynı kişide birleşmesi nedeniyle kendiliğinden sona ereceğinden bu tür alacaklar ortadan kalkar²⁹. Örneğin; işveren avukat yine kendisi gibi avukatlık mesleğini icra eden eşini veya çocuğunu iş sözleşmesiyle çalıştırdığı takdirde, işverenin ölümüyle birlikte işçi ve işveren sıfatları ölen işverenin mirasçısı olan işçi avukatta birleşeceğinden iş sözleşmesinin sona ermesinden önce doğan borçlar da ortadan kalacaktır.

2. İş Sözleşmesinin Sona Ermesine Bağlı Haklar

a) Kıdem Tazminatı

İş sözleşmesinin işverenin ölümüyle sona ermesinin kıdem tazminatına hak kazandıran haller arasında yer alıp almadığı ve ağırlıklı olarak işverenin kişiliği dikkate alınarak kurulan bir iş sözleşmesi işverenin ölümüyle sona erdiğinde işverenin mirasçılarının miras bırakanın işçilerine kıdem tazminatı ödemekle yükümlü olup olma-

dıkları yanıtlanması gereken bir sorudur. Acaba iş sözleşmesi işverenin ölümüyle sona erdiğinde kıdem tazminatı hakkı doğar mı? Bu noktada kıdem tazminatının üç ayrı yasa düzenlendiği ve tüm bu yasaların kıdem tazminatına hak kazandıran durumlar açısından sınırlı sayı ilkesini benimsediği belirtilmelidir. 4857 sayılı İş Kanunu'na tabi işçileri kapsayan 1475 sayılı mülga İş Kanunu'nun 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 bazı durumlarda feshedildiğinde veya gazeteci ya da gemi adamı öldüğünde işverenden kıdem tazminatı talep edebileceklerini kurala bağlamıştır³⁰.

1475 sayılı mülga İş Kanunu'nun halen yürürlükteki 14. maddesinde işçinin ölümü kıdem tazminatına hak kazandıran bir hal olarak nitelendirildikten sonra, işçi öldüğü takdirde kıdem tazminatının kanuni mirasçılara ödeneceği öngörülmüştür. Peki, işçinin ölümüne işçinin mirasçılarının kıdem tazminatını hak etmesi gibi bir sonuç bağlayan yasa, aynı hakkı ölen işverenin işçilerinden esirgemiş olabilir mi? Bu bağlamda, ortada bir hukuk boşluğunun mu bulunduğu, yoksa işverenin ölümünü düzenlemeyen yasa koyucunun bilinçli bir tercihte mi bulunduğu sorgulanmalıdır. Esasen işverenin ölümüne kıdem tazminatına hak kazandıran haller arasında yer vermeyen yasama erkinin bilinçli davrandığı; başka bir anlatımla, yasa koyucunun ağırlıklı olarak işverenin kişiliği gözetilerek kurulan iş sözleşmesi işverenin ölümüyle sona erdiğinde ölen işverenin işçilerini kıdem tazminatı hakkından yoksun kılmayı amaçladığı söylenemez. Burada yasa koyucunun; iş sözleşmesiyle - kural olarak - işçinin kişiliğinin ön planda olduğu bir borç ilişkisinin ortaya çıktığı, işverenin kişiliğinin -yine kural olarak- iş sözleşmesinin kurulmasında be-

29 Ertan, Emre: İş Sözleşmesinin İşçi ve İşveren Sifatının Birleşmesiyle Sona Ermesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2017/38, s. 71-86.

30 Basın iş hukukunda kıdem tazminatına hak kazanma koşulları için bkz. Şakar, s. 335-345. Deniz iş hukukunda kıdem tazminatına hak kazanma koşulları için bkz. Şakar, s. 367-369.

lirleyici bir rol oynamadığı, bu durumda işverenin yaşamını yitirmesinin iş sözleşmesinin sona ermesine yol açmadığı, sonuç olarak iş ilişkisinin tüm alacak ve borçlarla birlikte mirasçılara geçtiği varsayımıyla hareket ettiği anlaşılmaktadır. Ancak ayırık (istisnai) durum (iş sözleşmesinin ağırlıklı olarak işverenin kişiliği dikkate alınarak kurulmuş olması olasılığı) gözden kaçırılmış ve bu konuda işçinin ölümüne paralel bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Şu hâlde kıdem tazminatına ilişkin yasal düzenlemede işverenin ölümüyle ilgili olarak bir hukuki boşluk bulunmakta olup, boşluk Medeni Kanunu'nun 1. maddesi çerçevesinde doldurulmalıdır. Boşluk kıyas yöntemiyle doldurulmalı; işçinin ölümünü yasal mirasçılara kıdem tazminatına hak kazandıran bir hal olarak tanımlayan norm ağırlıklı olarak işverenin kişiliği dikkate alınarak kurulan iş sözleşmesinin, işverenin ölümüyle son bulmasına da uygulanmalıdır. Böylelikle ağırlıklı olarak işverenin kişiliği dikkate alınarak kurulan bir iş sözleşmesine taraf işveren öldüğü takdirde, işçi işverenin mirasçılardan kıdem tazminatı isteyebilecektir. Ekleyelim ki, yasada açıkça sayılmayan bir olguya kıdem tazminatı hakkının doğumu gibi bir sonuç bağlayan böyle bir görüşün sınırlı sayı (*numerus clauses*) ilkesiyle çeliştiği söylenemez. Gerçekten sınırlı sayı ilkesinin kabul edildiği bir durumda dahi pekâlâ bir hukuk boşluğu ortaya çıkabilir. Böyle bir olasılıkta, sınırlı sayı kuralının katı biçimde yorumlanması ve boşluğun göz ardı edilmesi isabetli bir yaklaşım olmayacaktır. Bu saptama, kıdem tazminatına hak kazandıran haller için de evleviyetle (*a fortiori*) geçerlidir. Nitekim öğretilerde, yasada açıkça kıdem tazminatına hak kazandıran haller arasında sayılmamakla birlikte; şirket bölünme veya birleşmesine itirazın işçiye kıdem tazminatına hak kazanmasını sağlayacağı, zira ortada bir yasal boşluk bulunduğu isabetle öne sürülmektedir³¹.

Bununla birlikte, uygulamada ortaya çıkabilecek duraksamaların önüne geçebilmek ve olası bir hukuki belirsizliği gidermek için 1475 sayılı mülga İş Kanunu'nun yürürlükteki 14. maddesinin 2. fıkrası e bendinin işverenin kişiliğine bağlı iş sözleşmesine taraf işverenin ölümünü kapsayacak biçimde değiştirilerek bendin aşağıdaki şekilde yeniden kaleme alınması uygun olacaktır: "...506 Sayılı Kanunun 60 ıncı maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin (a) ve (b) alt bentlerinde öngörülen yaşlar dışında kalan diğer şartları veya aynı Kanunun Geçici 81 inci maddesine göre yaşlılık aylığı bağlanması için öngörülen sigortalılık süresini ve prim ödeme gün sayısını tamamlayarak kendi istekleri ile işten ayrılmaları nedeniyle, feshedilmesi veya kadının evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde kendi arzusu ile sona erdirmesi veya işçinin ölümü veya hizmet akdi ağırlıklı olarak işverenin kişiliği dikkate alınmak suretiyle kurulmuşsa işverenin ölümü sebebiyle son bulması hallerinde işçinin işe başladığı tarihten itibaren hizmet aktinin devamı süresince her geçen tam yıl için işverence işçiye 30 günlük ücreti tutarında kıdem tazminatı ödenir..."

b) Hakkaniyet Tazminatı

Türk hukukunda ağırlıklı olarak işverenin kişili-

hakkı düzenlenmiş, işçinin daha iyi korunması amaçlanmış, fakat bu hakkın sonuçları ihmal edilerek korumanın ayrıntıları düzenlenmemiştir. Esasen hakkın sonuçlarını düzenleyerek işçiyi koruma amacını gerçekleştirmek de ticaret hukukçularından ziyade iş hukukçularının görevi olmaktadır. İş mahkemeleri bu yasa boşluğunu doldururken, iş hukukunun ilke ve amaçları yanında, TTK 178'in gerekçe ve amacını da dikkate aldıklarında sonuç, devre itiraz eden işçinin kıdem tazminatını alabilmesi olmalıdır... Şüphesiz aksi görüşün de aynı şekilde savunulması ve benimsenmesi mümkündür. Bir yasa boşluğunun bulunmadığı, yasa ile açıkça kıdem tazminatı sonucu düzenlenmediğine göre devre itiraz eden işçinin bu hakkı kazanamayacağı söylenebilir. Kıdem tazminatına dair düzenlemenin tazminata hak kazanılan halleri sınırlı olarak saydığı ve genişletilemeyeceği de savunulabilir. Ancak böyle bir sonucun adil olmaktan öte yasanın amacına da uygun olmayacağı söylenmelidir. Her durumda önemli olan, yasa yapılırken kıdem tazminatı konusunun düşünülmemiş ve düzenlenmemiş olması karşısında konunun tartışılmasıdır. Farklı gerekçeleri değerlendirerek bir sonuca varmak yargının görev ve yetkisindedir..." Alp, Mustafa: Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirmenin İş İlişkilerine Etkisi (TTK 178; 158; 190), Çalışma ve Toplum Dergisi, 2012/1, s. 67-68.

31 "...Bu gerekçelere dayanarak kanaatimiz, işçinin devre itirazı halinde kıdem tazminatı alması gerektiğidir. Bu görüşe dayanak olarak, kıdem tazminatı bakımından yasada bir boşluk olduğu gösterilebilir. TTK 178 ile işçinin devre itiraz

ği gözetilerek kurulan iş sözleşmesinin tarafı işçiye, ölen işverenin mirasçılarında uğradığı zarar için hakkaniyete uygun bir tazminat talep etme hakkı tanınmıştır³². Buna göre, işçi sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zarar için, işverenin mirasçılarında hakkaniyete uygun bir tazminat isteyebilmektedir (Türk Borçlar Kanunu madde 441/2). Öncelikle yasal düzenlemeye konu bu tazminatın *hakkaniyet tazminatı* olarak kavramlaştırılması pratik açıdan gerek iş hukuku yazınına gerek uygulayıcılara kolaylık sağlayacaktır. İşte bu noktada, hakkaniyet tazminatının borçlularıyla tutarının yanı sıra işverenin ölümüyle kıdem tazminatına hak kazanan işçinin kıdem tazminatıyla birlikte hakkaniyet tazminatı talep edip edemeyeceği değerlendirilmelidir.

Öğretide bir görüşe göre, yasa tazminatın ödenmesi sözleşmenin süresinden önce sona ermesi koşuluna bağladığından hakkaniyet tazminatı salt belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçi tarafından talep edilebilir³³. Buna karşılık, baskın yaklaşım '*sözleşmenin süresinden önce sona ermesi*' sözcükleriyle belirli süreli iş sözleşmesinin kastedilmediği; madde metninin belirli süreli iş sözleşmesi için belirlenen sürenin dolması, belirsiz süreli iş sözleşmesi için ise ihbar önelinden önce sona ermesi gerektiği tarzında yorumlanması gerektiği yönündedir³⁴. Çağdaş iş huku-

kunda belirsiz süreli iş sözleşmesi kural, belirsiz süreli iş sözleşmesi istisnadır. Dolayısıyla hakkaniyet tazminatının belirli süreli iş sözleşmesi gibi istisnai bir duruma özgülenerek belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçilerin dışlanması, normun korumayı amaçladığı çıkarla bağdaşmayacağı gibi, işçi lehine yorum ilkesiyle de örtüşmeyecektir. O halde sözleşmenin türü bakımından ayırma gidilmeksizin belirsiz veya belirli süreli iş sözleşmesiyle iş gören bütün işçilerin hakkaniyet tazminatından yararlanması en isabetli çözüm olacaktır.

Hakkaniyet tazminatının borçlusu, işverenin mirasçısıdır. Yasal düzenleme yasal mirasçılarla atanmış mirasçılar arasında bir ayırım gözetmemekle *mirasçılar* kavramı yasal mirasçılardan yanıda atanmış mirasçılar da kapsamaktadır³⁵. Miras paylaşılana kadar mirasçılar terekeye elbirliğiyle malik ve tereke borçlarından birlikte sorumlu olduğundan işçi hakkaniyet tazminatını bütün mirasçılardan (miras ortaklığından) talep etmelidir. Ekleyelim ki, mirasın reddi ve mirasçılıktan çıkarılma, mirasçılığı hakkaniyet tazminatı borcundan kurtarmaktadır³⁶.

Ölüm tazminatının tersine hakkaniyet tazminatı götürü bir tazminat değildir. Gerçekten Türk Borçlar Kanunu, işvereni ölen işçinin sağ kalan eşine ve ergin olmayan çocuklarına, yoksa bakmakla yükümlü olduğu kişilere, ölüm gününden başlayarak bir aylık; iş ilişkisi beş yıldan uzun bir süre devam etmişse iki aylık ücret tutarında bir ödeme yapmakla yükümlü kılmaktadır (Madde 441/1). Buna karşın, işverenin ölümü olasılığında sadece hakkaniyete uygun bir tazminattan söz edilmektedir. Bu durumda, ilk bakışta hakkaniyet tazminatının belirlenmesinde hâkime sınırsız bir takdir yetkisi verildiği izlenimi uyansa bile, tutar tespit edilirken keyfi davranılmamalı; aksine nes-

32 Kaynak İsviçre hukukunda da işçi sözleşmenin zamanından önce sona ermesinden ötürü mirasçılardan uygun bir tazminat talep edebilmektedir. *Rehbinder*, s. 147. Belçika hukukunda iş sözleşmesi işverenin ölümüyle son bulunduğu takdirde hâkim işçi lehine hakkaniyete uygun bir tazminata hükmedebilmekte; tazminatın tutarını ise serbestçe takdir etmektedir. *Humblet/Rigaux*, s. 232; *Van Eeckhoutte*, s. 319. Belçika iş hukuku öğretisinde bir görüş, hâkimin somut olayın koşullarına göre hakkaniyete uygun bir tazminata hükmedeceğini belirtmekle birlikte hâkimin ihbar tazminatına denk bir tazminata da hükmedebileceğini dile getirmektedir. *Cuypers*, s. 126.

33 *Güven*, Ercan/Aydın, Ufuk: Bireysel İş Hukuku, Nisan Kitabevi, 6. Baskı, Eskişehir 2017, s. 154.

34 Bu bağlamda, öğretide bir yazar; İsviçre Borçlar Kanunu'nda iş ilişkisinin '*zamanından önce sona ermesinden söz edilirken*' Türk Borçlar Kanunu'nda '*sözleşmenin süresinden önce sona ermesinden*' bahsedildiği, yasadaki '*sözleşmenin süresinden önce sona ermesi*' deyiminin hem belirli süreli hem de belirsiz süreli sözleşmede uygulanabilecek tarzda İsviçre'deki gibi sözleşmenin '*zamanından önce sona ermesi*' biçiminde anlaşılması ve sözleşme

belirli süreliyse belirli süresinden evvel; belirsiz süreliyse de işçinin kıdemine denk gelen fesih bildirim süresinden evvel sona ermesi biçiminde yorumlanması gerektiği dile getirilmektedir. *Akyiğit*, s. 42. Ayrıca bakınız *Bulun Toktaş*, s. 211.

35 *Akyiğit*, s. 44.

36 *Akyiğit*, s. 44.

nel ölçütler geliştirilmeli, gerekirse kıyas yoluna başvurulmalıdır. Bununla birlikte, tutarın saptanmasında dikkate alınması gereken ilk nokta işverenin ölümüyle sona eren sözleşmenin türüdür. Öyleyse iş sözleşmesinin belirli veya belirsiz süreli olup olmadığına göre kıyasen uygulanacak hükümler değişkenlik gösterecektir.

İşverenin ölümüyle sona eren belirsiz süreli iş sözleşmesine taraf işçiye ödenecek hakkaniyet tazminatına kıyasen uygulanmaya elverişli iki ayrı hüküm bulunmaktadır. Kıyasen uygulanabilecek hükümlerden ilkinde ihbar tazminatı, diğerinde ise haksız fesih tazminatı düzenlenmektedir. Belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshi durumunda, sözleşme fesih bildiriminden diğer tarafa ulaşmasından başlayarak, iş sözleşmesi süresi bir yıla kadar sürmüş olan işçi için iki hafta sonra; bir yıldan beş yıla kadar sürmüş işçi için dört hafta ve beş yıldan fazla sürmüş işçi için altı hafta sonra sona ermektedir (Türk Borçlar Kanunu madde 432/2). İşveren belirsiz süreli iş sözleşmesini haksız veya usulsüz feshettiğinde işçi, fesih bildirim süresine bu sürelerle uyulmuş olsaydı kazanabileceği miktarı ihbar tazminatı olarak isteyebilmektedir (Türk Borçlar Kanunu madde 438/1). Öğretide işverenin kişiliğine bağlı belirsiz süreli iş sözleşmesi için TBK m. 432/2'deki ihbar süresi kadar bir tazminat istemenin hakkaniyete uygun düşeceği ileri sürülmüştür³⁷. Bu durumda Türk Borçlar Kanunu'na tabi işçinin hak edeceği tazminat tutarı bildirim önelleriyle doğru orantılı artacak; kıdemi bir yıla kadar olan işçi iki haftalık, kıdemi bir yıla beş yıl arasında olan işçi beş haftalık ve kıdemi beş yılı aşan işçi altı haftalık ücreti tutarında bir hakkaniyet tazminatına hak kazanacaktır.

Türk Borçlar Kanunu'nda işçinin belirsiz veya belirli süreli iş sözleşmesini haklı bir neden olmaksızın fesheden işvereni, belirsiz süreli iş sözleşmesinde ihbar tazminatının, belirli süre-

li sözleşmesinde ise bakiye süre ücretine denk tazminatının yanında, özel bir tazminat ödeme borcu yükleyen bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, iş sözleşmesinin işveren tarafından haksız feshi durumunda, tutarı bütün durum ve koşullar göz önünde tutularak belirlenen bir tazminatın işçiye ödenmesine karar verilebilmekte; ancak tazminat tutarı işçinin altı aylık ücretini geçmemektedir (Türk Borçlar Kanunu madde 438/3). Öğretide *haksız fesih tazminatı* olarak adlandırılan söz konusu tazminatın tespitinde hâkime ancak sınırlı bir takdir yetkisi tanındığı görülmekte; öyle ki işçinin altı aylık ücretinde fazla bir tutara kesinlikle hükmedilememektedir³⁸. Pekâlâ, haksız fesih tazminatı için öngörülen tavan, belirsiz süreli iş sözleşmesi yönünden kıyasen hakkaniyet tazminatına da uygulanabilir. Bu durumda, belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçinin isteyebileceği hakkaniyet tazminatı – kural olarak - işçinin altı aylık ücretini geçmeyecektir. Öte yandan tazminatın tutarına bir alt sınır çizilip çizilemeyeceği ayrıca tartışılmalıdır. Ölüm tazminatı hakkaniyet tazminatından farklı olarak götürü nitelik taşımakla birlikte, iş ilişkisi beş yıldan kısa süren ölen işçinin sağ kalan eşine ve ergin olmayan çocuklarına, yoksa bakmakla yükümlü oldukları kişilere bir aylık ücret tutarında bir tazminat ödenmektedir. Daha yalın bir anlatımla, işe başladığı gün ölen işçinin hak sahipleri dahi bir aylık ücrete denk bir ölüm tazminatına hak kazanmaktadır. Öyleyse ölüm tazminatına ilişkin normun kıyasen uygulanması ve belirsiz süreli iş sözleşmesiyle iş gören işçinin asgari bir aylık ücreti kadar bir hakkaniyet tazminatına hükmedilmesi uygun olacaktır. Şu kadar ki hâkim, alt ve üst sınırları gözetmek koşuluyla yasanın kendisine tanıdığı takdir yetkisinden yararlanabilir. Nitekim öğretide tazminat tutarının hâkim tarafından hakkaniyete göre takdir edileceği ifade edilmektedir³⁹.

Şayet işverenin ölümüyle son bulan iş sözleşmesi belirli süreliyse sözleşmenin haksız feshine

37 Akyiğit, s. 43; Bulun Tokkaş, s. 211; Tunçomağ/Centel, s. 195. Belçika iş hukuku öğretisinde hâkimin ihbar tazminatına denk bir tazminata hükmedebileceği dile getirilmiştir. Cuypers, s. 126.

38 Süzek, s. 730-731.

39 Bulun Tokkaş, s. 211.

ilişkin kural (Türk Borçlar Kanunu madde 438/1) kıyasen uygulanmalı; bu doğrultuda sözleşmenin sona kendiliğinden sona ereceği tarihe kadar işleyecek ücrete denk bir hakkaniyet tazminatına hükmedilmelidir. Eş anlatımla, işveren belirli süreli iş sözleşmesini haklı neden olmaksızın derhâl feshettiğinde işçinin sözleşme süresine uyulmaması durumunda bu süreye uyulmuş olsaydı kazanabileceği tutarı tazminat olarak isteyebileceği yönündeki düzenleme, hakkaniyet tazminatında da devreye girecektir⁴⁰. Ancak öğretide sözleşmenin geri kalan kısmının oldukça uzun, ifa edilen kısmın ise buna göre oldukça az olduğu bir durumda geri kalan sürenin tamamına denk bir tazminata hükmedilmesinin hakkaniyete uygun olmayacağı dile getirilerek belirsiz süreli iş sözleşmelerindeki gibi hizmet süresine göre bir belirleme yapılması ya da Türk Borçlar Kanunu'nun işverenin temerrüdünü düzenleyen 408. maddesiyle haksız feshin sonuçlarını düzenleyen 438. maddesine başvurularak indirim yapılması gerektiği ileri sürülmüştür⁴¹. Gerçekten işverenin kişiliğine bağlı beş yıl süreli bir iş sözleşmesi bağtlandığı ve işveren işçinin işe başlamasından sadece bir ay sonra yaşamını yitirdiği bir durumda, işverenin mirasçılarını işçinin dört yıl on bir aylık ücretine eş değer bir tazminata mahkûm etmek hakkaniyete aykırıdır⁴². Böyle bir olasılıkta, kıyasen uygulanacak hüküm Türk Borçlar Kanunu'nun 438. maddesinin 2. fıkrasıdır. Buna göre, işçinin iş sözleşmesinin sona ermesi nedeniyle tasarruf ettiği tutarla başka bir işten elde ettiği veya bilerek elde etmekten kaçındığı gelir gibi faktörler dikkate alınarak tazminatta bir indirimle gidilmelidir.

İşverenin ölümünün İş Kanunu'nun kapsamına girip en az bir yıl kıdemi bulunan işçiye kıdem tazminatıyla birlikte hakkaniyet tazminatını talep hakkı verip vermeyeceği üzerinde durulması gereken bir sorudur. Öğretide kimi yazarlar, Türk Borçlar Kanunu'nun genel kanun niteliği taşıma-

sı ve özel kanunlarda bu konuda bir düzenleme yer almaması nedeniyle hakkaniyet tazminatına ilişkin düzenlemenin İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu'na tabi iş ilişkilerine de uygulanacağı kanısındadır⁴³. Ne var ki İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu'na tabi olup, aynı zamanda kıdem tazminatına hak kazanmak için gereken süreyi dolduran işçilerin işverenin ölümü durumunda kıdem tazminatına hak kazanıp kazanamayacakları ve kıdem tazminatıyla birlikte ayrıca hakkaniyet tazminatını talep edemeyecekleri tartışılmamıştır. Esasen kıdem tazminatının ölüm tazminatıyla ilişkisi bağlamında ortaya atılan görüşler, kıdem tazminatıyla hakkaniyet tazminatı arasındaki ilişkisinin açığa kavuşturulmasında yol gösterici olabilir. Öğretide kıdem tazminatı hakkına sahip olmayan veya İş Kanunu'na tabi olup ancak bir yıllık kıdemi bulunmayan işçilerin hak sahiplerine ölüm tazminatı ödeneceği kabul edilmektedir⁴⁴. Bununla birlikte, İş Kanunu'na tabi ve bir yıldan fazla kıdeme sahip olan işçinin hak sahiplerinin ölüm tazminatına hak kazanıp kazanamayacağı tartışmalı bir konudur. Öğretide bir görüşe göre, İş Kanunu'na tabi ve bir yıldan fazla kıdeme sahip olan işçinin hak sahipleri, kıdem tazminatının yanında ölüm tazminatına da hak kazanır⁴⁵. Bu görüşü benimseyen yazarlar; kıdem tazminatının alacaklısı kanuni mirasçılar olduğu halde ölüm tazminatının işçinin eşine bunlar yoksa bakmakla yükümlü olduğu kişilere ödendiği, kanuni mirasçılarının kıdem tazminatına hak kazanabilmesi için işçinin bir yıllık kıdeme sahip olması gerektiği halde ölüm tazminatında işçinin kıdemine bakılmadığı, kıdem tazminatına ilişkin yasal düzenlemeyle miras bırakan işçinin işyerinde uzun zamana yayılan hizmetinin karşılanması amaçlanırken ölüm tazminatına ilişkin yasal düzenlemede ölüm halinde geride kalanlara bir destek veya yardım sağlanması düşüncesinin hükmün

40 Akyiğit, s. 43-44.

41 Bulun Tokkaş, s. 211.

42 Akyiğit, s. 43-44.

43 Akyiğit, s. 44-45; Mollamahmutoğlu/ Astarlı/Baysal, s. 219; Bulun Tokkaş, s. 211.

44 Süzek, s. 769.

45 Akyiğit, s. 38; Süzek, s. 769.

amacını oluşturduğunu savunmaktadır⁴⁶. Nitekim oldukça yakın tarihli bir karardan Yargıtay'ın da aynı görüşü paylaştığı anlaşılmaktadır⁴⁷. Buna karşılık, İş Kanunu'na tabi ve en az bir yıl kıdeme sahip işçinin ölümü durumunda hak sahiplerinin ölüm tazminatına hak kazanamayacağı da öne sürülmektedir⁴⁸.

Öğretide bir grup yazarla Yargıtay tarafından da benimsenen ve İş Kanunu'na tabi ve en az bir yıllık çalışma süresini tamamlayan işçinin kıdem tazminatının yanında ölüm tazminatını da hak edeceği tarzındaki yaklaşım, ölüm tazminatı bakımından son derece yerinde olmakla birlikte, kıdem tazminatıyla hakkaniyet tazminatı arasındaki ilişki yönünden aynı sonuca varmak olanak dışıdır. Şöyle ki gerek kıdem tazminatında gerek de hakkaniyet tazminatında borçlu işverenin mirasçılardır. Oysa kıdem ve ölüm tazminatlarında borçlu sıfatı yönünden açık bir farklılaşma söz konusu olup, kıdem tazminatında alacaklı sıfatı işçinin mirasçılara aitken, ölüm tazminatının alacaklıları işçinin yasada sayılan hak sahipleridir. Diğer yandan ölüm tazminatının destek/yardım karakteri belirginken, hakkaniyet tazminatında zarar gören işçinin zararının giderilmesini amaçlayan klasik tazminat özelliği baskındır. Yasada geçen '*sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zarar için*' sözcükleri de başka tarzda bir yoruma olanak bırakmamaktadır. Dolayısıyla İş Kanunu'nun kapsamına giren ve en az bir yıl çalışma süresini tamamlayan işçinin işvereni yaşamını yitirdiği takdirde işçi işverenin mirasçılarında kıdem tazminatı talep edebileceken, Türk Borçlar Kanunu'na tabi işverenin ölümü durumunda veya ölen işveren İş Kanunu'nun kapsamına girmekle birlikte işçinin çalışma süresi bir yıldan kısaysa işçi sadece hak-

kaniyet tazminatına hak kazanacak; ancak her iki olasılıkta iki tazminat birlikte istenemeyecektir. Ekleyelim ki, Basın İş Kanunu ile Deniz İş Kanunu'nun kapsamına giren iş ilişkilerinde bu tartışmalar asla gündeme gelmeyecektir. Zira gazetecilerle gemi adamlarının işverenleri gerçek kişi olsa bile söz konusu yasalara tabi işverenlerle ağırlıklı olarak işverenin kişiliği dikkate alınarak bir iş sözleşmesi kurulması mantık kuralları çerçevesinde olanaksız olup, işverenin öldüğünde gemi adamının çalıştığı gemi veya gazetecinin çalıştığı basın yayın işyeri iş sözleşmeleriyle birlikte işverenin mirasçılara geçmektedir.

Hakkaniyet tazminatına genel zamanaşımı süresi uygulanır. Buna göre, hakkaniyet tazminatı on yıllık zamanaşımına tabidir (Türk Borçlar Kanunu madde 146). İş Kanunu'nun kapsamına girmekle birlikte bir yıllık çalışma süresini doldurmamış olan işçinin işvereni öldüğü takdirde hakkaniyet tazminatında zamanaşımı süresi yine on yıldır. Çünkü zamanaşımı süresini bazı tazminatlar yönünden beş yıla sınırlayan İş Kanunu'nun Ek 3. maddesinde hakkaniyet tazminatı zikredilmemiştir. Hakkaniyet tazminatı, işverenin öldüğü tarihte işçiye ödenen çıplak ücret üzerinden hesaplanır; temerrüt durumunda tazminata yasal temerrüt faizi işletilir. Tutarı belirleme konusunda hâkime takdir yetkisi tanıdığından hakkaniyet tazminatı belirsiz alacak davasına konu edilemez.

c) Yıllık İzin Ücreti

İş sözleşmesi sona erdiğinde hak edilen ancak kullanılmayan yıllık ücretli izin, nitelik değiştirip yıllık izin ücreti olarak adlandırılan parasal bir edime dönüşmektedir. Nitekim gerek Türk Borçlar Kanunu'nda gerek de İş Kanunu'nda iş sözleşmesinin herhangi bir nedenle son bulması durumunda işçinin hak kazanıp da kullanmadığı yıllık izin süresine ait ücretin, sözleşmenin sona erdiği tarihteki ücreti üzerinden kendisine veya mirasçılara ödeneceği belirtilmektedir (Türk Borçlar Kanunu madde 425, İş Kanunu madde 59). Buna göre, işveren; iş sözleşmesi son bulduğu anda iş ilişkisinin nasıl veya hangi nedenle

46 Sözek, s. 769.

47 "...Yine aynı Kanun'un 440. maddesinde öngörülen ölüm tazminatı, diğer kanunlarda yer verilen kıdem tazminatından ayrı olarak düzenlendiğinden ve hak sahipliği mirasçılık belgesinden ayrı olarak belirlendiğinden, genel kanun hükmü olarak doğrudan uygulanabilecektir..." Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 11.10.2021, Esas: 2021/9053 Karar: 2021/14005 www.kazanci.com.tr

48 Mollamahmutoğlu/ Astarlı/Baysal, s. 317.

(süreli fesih, derhal fesih, işçinin veya işverenin ölümü, 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. Şu hâlde iş ilişkisinin işverenin ölümüyle son bulması, kullanılmayan yıllık ücretli iznin izin ücretine dönüşmesine yol açacak; işçi yıllık izin ücretini işverenin mirasçılardan talep edebilecektir.

VI. Değerlendirme ve Sonuç

İşçinin kişiliğine bağlı (*intuitu personae*) karakterli bir sözleşmeden doğan iş ilişkisi, işçinin ölümüyle kendiliğinden (*ipso jure*) son bulmaktadır. Ancak iş sözleşmesinde gerçek kişi işverenin kişiliği genellikle önem arz etmediğinden işverenin ölümü iş sözleşmesinin ortadan kalkmasına neden olmamakta; iş ilişkisi bütün hak ve borçlarıyla birlikte işverenin mirasçılara geçmektedir. Nitekim Türk Borçlar Kanunu'nda sözleşmenin, işçinin ölümüyle kendiliğinden sona ereceği düzenlenmişken, işverenin ölümü hâlinde yerini mirasçılarının alacağı kurala bağlanmıştır.

Bununla birlikte, iş sözleşmesi kimi durumlarda işverenin kişiliğine bağlı bir karakter taşıyabilir. Türk Borçlar Kanunu'nda iş sözleşmesinin nadiren dahi olsa işverenin kişiliğine bağlı olarak kurulmuş olabileceği düşünülerek '*hizmet sözleşmesi ağırlıklı olarak işverenin kişiliği dikkate alınmak suretiyle kurulmuşsa, onun ölümüyle kendiliğinden sona erer.*' şeklinde bir hükme yer verilmiştir. Böyle bir olasılıkta, iş sözleşmesi kendiliğinden sona ermektedir. Yasal düzenlemede geçen '*sözleşmenin ağırlıklı olarak işverenin kişiliği dikkate alınarak kurulmuş olması*' ifadesi, iş görme borcunun işverenin kişiliğine bağlı olmasının yanı sıra işverenin kişiliğe bağlı bir serbest meslek icra etmesini de kapsayacak biçimde yorumlanmalıdır. Yaşlı bir hastanın kendisine bakması için hemşire istihdam etmesi veya bir kişinin anılarının yazılması için sekreter tutması, işverenin kişiliğine bağlı iş sözleşmelerine tipik örnekler. Avukatlık, mali müşavirlik, hekimlik ve diş he-

kimliği ise kişiliğe bağlı serbest mesleklerden ilk akla gelenlerdir. Kişiliğine bağlı bir serbest meslek icra eden kişi (örneğin avukat) aynı zamanda işveren sıfatını taşıyorsa ölümüyle birlikte taraf olduğu iş sözleşmesi kendiliğinden sona erer. Ne var ki meslek kanununda yer alan özel düzenleme, ölen eczacının taraf olduğu iş sözleşmelerinin mirasçılara geçmesini sağlamaktadır.

İş sözleşmesi, işverenin ölümüyle sonlandığında sözleşmenin sona erme tarihinden önce doğan borçların mirasçılara geçeceği konusunda duraksama yoktur. İş sözleşmesinin işverenin ölümüyle sona ermesine bağlı haklar; kıdem tazminatı, hakkaniyet tazminatı ve yıllık izin ücreti olmak üzere üç başlık altında toplanabilir. 1475 sayılı mülga İş Kanunu'nun yürürlükteki 14. maddesinde işçinin ölümü, kıdem tazminatına hak kazandıran hallerden sayılmakla birlikte işverenin ölümüyle ilgili bir hükme yerilmemiştir. Yasa'da işverenin ölümüne hiç değinilmemesinden hareketle, ağırlıklı olarak işverenin kişiliği dikkate alınarak kurulan bir iş sözleşmesine taraf işveren öldüğü takdirde işçinin, işverenin mirasçılardan kıdem tazminatı talep edemeyeceği sonucuna varılamaz. Zira ortada bir yasa boşluğu vardır. Bu bağlamda, işçinin ölümüne mirasçılardan kıdem tazminatına hak kazanması sonucunu bağlayan kural, işveren yönünden *intuitu personae* karakterli iş sözleşmelerine de kıyasen uygulanmalıdır. Böylece ağırlıklı olarak işverenin kişiliği dikkate alınarak kurulan iş sözleşmesine taraf işveren öldüğünde işçi, işverenin mirasçılardan kıdem tazminatı isteyebilecektir. Şu kadar ki, 1475 sayılı mülga İş Kanunu'nun yürürlükteki 14. maddesinin 2. fıkrasının e bendinin işverenin kişiliğine bağlı iş sözleşmesine taraf işverenin ölümünü kapsayacak biçimde değiştirilmesi ve bendin şu şekilde yeniden kaleme alınması, uygulamada ortaya çıkabilecek sorunların önüne geçilmesi bakımından yararlı olacaktır: "...506 Sayılı Kanunun 60 ıncı maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin (a) ve (b) alt bentlerinde öngörülen yaşlar dışında kalan diğer şartları veya aynı Kanunun Geçici 81 inci maddesine göre yaşlılık aylığı bağlanması için öngörülen sigortalılık süresini ve

prim ödeme gün sayısını tamamlayarak kendi istekleri ile işten ayrılmaları nedeniyle, feshedilmesi veya kadının evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde kendi arzusu ile sona erdirmesi veya işçinin ölümü veya hizmet akdi ağırlıklı olarak işverenin kişiliği dikkate alınmak suretiyle kurulmuşsa işverenin ölümü sebebiyle son bulması hallerinde işçinin işe başladığı tarihten itibaren hizmet aktinin devamı süresince her geçen tam yıl için işverence işçiye 30 günlük ücreti tutarında kıdem tazminatı ödenir..."

Türk Borçlar Kanunu'na göre, sözleşme işverenin ölümüyle sona ererse işçi, uğradığı zarar için işverenin mirasçılarında hakkaniyete uygun bir tazminat isteyebilir. Hakkaniyet tazminatı olarak adlandırılabilir bu tazminata hak kazanmada sözleşmenin türü önemli değildir. Her ne kadar tazminat tutarının belirlenmesinde hâkime belirgin bir takdir yetkisi tanınmışsa da sözleşme belirsiz süreliyse tazminata hükmedilirken haksız fesih tazminatının üst sınırıyla ölüm tazminatının alt sınırı gözetilmelidir. Buna göre, hakkaniyet tazminatı -kural olarak- işçinin bir aylık ücretinin altında kalmamalı, altı aylık ücretini aşmamalıdır. Belirli süreli iş sözleşmelerinde ise, geri kalan süre ücretine denk bir tazminata hükmedilmeli; ancak hâkim tazminata takdiri indirim uygulayabilmelidir. Şayet işçi İş Kanunu'na tabi ise ve bir yıllık çalışma süresini tamamlamışsa, işverenin mirasçılarında salt kıdem tazminatı talebinde bulunabilir. Şu hâlde sadece Türk Borçlar Kanunu'nun kapsamına giren işçilerle İş Kanunu'na tabi olmakla birlikte bir yıllık çalışma süresini doldurmamış işçiler, hakkaniyet tazminatına hak kazanır. Her durumda iki tazminatın birlikte hak edilmesi olanak dışıdır. Kıdem ve hakkaniyet tazminatlarının benzer bir amaca hizmet etmesi ve borçlularındaki özdeşlik -her iki tazminatın mirasçılardan talep edilebilmesi- böyle bir çözümü haklı kılmaktadır.

KAYNAKÇA

- Aktay, N./Arıcı, K./Senyen Kaplan, E. Tuncay (2011). İş Hukuku, Yenilenmiş 4. Baskı, Ankara: Gazi Kitabevi.
- Akyiğit, E. (2011). Ölüm ve İş İlişkisindeki Yeni Sonuçları, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2011/22, s. 32-45.
- Alp, M. (2012). Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirmenin İş İlişkilerine Etkisi (TTK 178; 158; 190), Çalışma ve Toplum Dergisi, 2012/1, s. 51-74 .
- Arslan, İ./Ünal, M. (2008). Avukatlık Ortaklığının Diğer Ortaklık Türleri ile Karşılaştırılması ve Hukuki Niteliği, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2008, Cilt 16, Sayı 1, s. 47-69.
- Başkan, Ş. E. (2013). 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Ölümün Hizmet Sözleşmesine Etkisi ve Yeni Bir Tazminat: Ölüm Tazminatı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2013/104, s. 55-72.
- Bouwens, W.H.A.C.M/Duk, R.A.A. (2011). Van der Grinten Arbeidsovereenkomstenrecht, 23e druk, Deventer: Kluwer.
- Bouwens, W.H.A.C.M/Houwerzijl, M.S./Rozen-daal, W.L. (2011). Schets van het Nederlandse Arbeidsrecht, 21e druk, Deventer: Kluwer.
- Bulun Tokkaş, S. (2021). İş İlişkisinde Tarafların Ölümünün Bireysel İş Hukukuna Etkisi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2021, Cilt 29, Sayı 1, s. 179-217.
- Cuypers, D. (2009). Schets van het Belgische arbeidsrecht, Antwerpen-Oxford: Intersentia Educatief.
- Çelik, N./Caniklioğlu, N./Canbolat, T./Özkaraca, E. (2022). İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 35. Bası, İstanbul: Beta Yayınları.
- Ertan, E. (2017). İş Sözleşmesinin İşçi ve İşveren Sıfatının Birleşmesiyle Sona Ermesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2017/38, s. 71-86.
- Eyrenci, Ö./Taşkent, S./Ulucan, D./Başkan, E. (2020). İş Hukuku, 10. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları.
- Gürseler, G. (2006). Bir Avukat Yanında Aylıklı Olarak Çalışan Avukatın Durumunun Avukatlık Yasası Açısından Değerlendirilmesi, Türkiye

- Barolar Dergisi, 2006/63, s. 67-71.
- Güven, E./Aydın, U. (2017). Bireysel İş Hukuku, 6. Baskı, Eskişehir: Nisan Kitabevi.
 - Güzel, A. (1987). İşverenin Değişmesi – İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi, No:56, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları.
 - Humblet, P./Rigaux, M. (2009). Synopsis van het Belgische Arbeidsrecht, Vierde Editie, Antwerpen-Oxford: Intersentia.
 - Kocagil, İpek (2014). İşçinin Ölümünün İş İlişkisi Bakımından Sonuçları, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, 2014, Cilt 1 Sayı 1, s. 429-458.
 - Kubilay, H. (2015). Avukatlık Kanununun Avukatlık Ortaklarına İlişkin Hükmünün Eleştirisi, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi, 2005, Cilt 7, Özel Sayı, s. 133-172.
 - Kurt, R./Koç, M. (2015). İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesi, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara: Seçkin Hukuk Yayınları.
 - Löwisch, M. (2004). Arbeitsrecht, 7.Auflage, Düsseldorf : Werner Verlag.
 - Mollamahmutoğlu, H./ Astarlı, M./Baysal, U. (2019). İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt 1: Bireysel İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Ankara: Lykeion Yayınları.
 - Narmanlıoğlu, Ü. (2014). İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları.
 - Rehbindler, M. (2002). Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. Neu bearbeitete auflage: Bern Stämpfli Verlag.
 - Süzek, S. (2021). İş Hukuku, Yenilenmiş 21. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları.
 - Şakar, M. (2022). İş Hukuku Uygulaması, 13. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları.
 - Tunçomağ, K./Centel, T. (2016). İş Hukukunun Esasları, 8. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları.
 - Van Eeckhoutte, W. (2004). Arbeitsrecht 2004-2005, Mechelen: Wolters Kluwer België.
 - Van Genderen, D.M./Fluit, P.S./Stefels, M.E., Witte, W.G.M.J./De Wolf, D.J.B. (2010). Arbeitsrecht in de praktijk, Zevende herziene druk, Den Haag: Sdu Uitgevers.
 - Yürekli, S. (2016). Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Toplum Yararına Program Kapsamında Çalışan İşçilerin İş Sözleşmelerinin Türü Hakkında Değerlendirme

Öz

Toplum yararına programlar (TYP'ler) Türkiye İş Kurumu tarafından yürütülen temel faaliyetler arasında yer almaktadır. Toplum yararına programların hedefi, işsiz bireylerin çalışma alışkanlık ve disiplininden uzaklaşmalarını engellemek ve bu kişilere geçici gelir desteği sağlamaktır. Yargıtay kararlarına konu olduğu üzere toplum yararına program kapsamında iş görme ediminin yerine getirildiği kamu kurumu ile katılımcı arasında iş ilişkisi kurulmakta ve katılımcı işçi olarak kabul edilmektedir. Hâl böyle olunca TYP katılımcısı ile yüklenici (hizmet sağlayıcı) arasında yapılan sözleşme iş sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir. Tarafların ve özellikle toplum yararına programlar kapsamında geçici süre ile çalışan işçilerin kıdem tazminatı ile sair tazminat ve alacakları ile işe iade talep haklarının bulunup bulunmadığı bakımından ise öncelikle çalışmamızın konusunu oluşturmakta olan toplum yararına program kapsamında yapılan iş sözleşmelerinin türünün

tain edilmesi önem arz etmektedir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin güncel bir kararına toplum yararına program katılımcısının kıdem ve ihbar tazminatı talebi ile açtığı dava konu olmuş ve Yüksek Mahkeme toplum yararına program kapsamında çalışan katılımcıların işçi statüsünde olduğuna, taraflar arasında iş sözleşmesi bağitlandığına ve sözleşmenin belirli süreli iş sözleşmesi olarak kabulünün gerektiğine karar vermiştir. Çalışmamızda, toplum yararına programlar kapsamında yapılan iş sözleşmelerinin türü; belirli süreli ve belirsiz süreli iş sözleşmesi ayrımının ölçütleri, toplum yararına programların özellikleri ve TYP'ye ilişkin mevzuat değişiklikleri incelenecektir. Aynı zamanda Yüksek Mahkeme kararına konu işin temizlik işi olmasından hareketle, temizlik işinin niteliği itibarıyla belirli süreli iş sözleşmesine konu olup olamayacağı hususu tartışılarak konu yargı kararları ışığında değerlendirilmeye çalışılacaktır.

Anahtar Sözcükler:

Toplum yararına program, iş sözleşmesi, belirli süreli iş sözleşmesi, temizlik işi.

Evaluation About the Type of Employment Contracts of Workers Working under the Public Workfare Programme

Abstract

Public workfare programmes are among the main activities carried out by the Turk-

ish Employment Agency. The aim of the the public workfare programme is to prevent

*İzmir Demokrasi Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, ayca.izmirlioglu@idu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-8900-331X

unemployed individuals from moving away from their working habits and discipline and to provide temporary income support to these people. As the subject of the Supreme Court decisions, an employment relationship is established between the public institution where the act of working for the public workfare programme is fulfilled and the employee, and the unemployed individual is accepted as a worker. As such, the contract concluded between the parties is considered as an employment contract. It is important to determine the type of employment contracts made within the scope of the program for the public workfare programme which is the subject of our study, in terms of whether the parties and especially the workers working temporarily within the scope of the programs for the public workfare programme have the right to demand severance pay and other compensation and receivables and reemployment. In a recent decision of the 9th Civil Chamber of the

Supreme Court of Appeals, it became the subject of a lawsuit filed by the program participant employee demanding severance and notice pay, and the Supreme Court decided that the contract of the workers working within the scope of the public workfare programme should be accepted as a fixed-term employment contract. In our study, the type of employment contracts made within the scope of programs for the public workfare programme; by examining the criteria of the distinction between fixed-term and indefinite-term employment contracts, the characteristics of programs for the public workfare programme and the legislative changes regarding programs for the public workfare programme And also by discussing whether the cleaning work can be subject to a fixed-term employment contract due to its nature, considering that the work subject to the Supreme Court's decision, cleaning work tried to be evaluated in the light of judicial decisions.

Keywords:

Public workfare programme, employment contract, fixed-term employment contract, cleaning work.

I. Giriş

Türkiye İş Kurumu tarafından yürütülen aktif işgücü programları kapsamında temel faaliyetler; mesleki eğitim kursları, işbaşı eğitim programları ve çalışmamızın konusu olan toplum yararına programlardır¹. Toplum yararına programlarda (TYP'lerde) çalışanlar programa yönelik imza altına alınan Katılımcı Taahhünamesi uyarınca "katılımcı", çalışmalarını yürüttükleri gerçek veya tüzel kişiler ise yüklenici veya hizmet sağlayıcı olarak anılmaktadır. Toplum yararına program kapsamında yapılan çalışmaların

iş görme (hizmet sağlama) şeklinde olması aşağıda ayrıntılı şekilde inceleneceği üzere taraflar arasında iş ilişkisi olduğunu ortaya koymakta olup, taraflar arasında işçi- işveren statüsü ile iş ilişkisi kurulmaktadır. Çalışmamızda yargı kararları ışığında bahsi geçen statülere ilişkin değerlendirme ile tarafların imzaladıkları sözleşmenin iş sözleşmesi olduğundan hareketle, iş sözleşmesinin türünün belirli mi belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak mı kabul edilmesi gerektiğine dair değerlendirmemize ve sözleşmenin türünün hangi hukuki sonuçları doğuracağına dair açıklamalarımıza yer verilecektir. Son olarak ise, konuya ilişkin birtakım görüş ve önerilerimiz sunulacaktır.

1 Bkz. İşKur internet sayfası, <https://www.iskur.gov.tr/is-aran/aktif-isgucu-programlari/>, Erişim Tarihi 01.08.2022.

II. Toplum Yararına Programın Tanımı, Amacı ve Kapsamına Genel Bakış

Türkiye İş Kurumu tarafından işgücü piyasasının ihtiyaçları doğrultusunda kamu kurum ve kuruluşları ile gerçekleştirilecek olan Toplum Yararına Programların uygulanmasına ilişkin usul ve esasları kapsamakta olan ve 29 Mayıs 2022 tarihinde yürürlüğe giren Toplum Yararına Programların Yürütülmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in² 4. maddesinin r bendi uyarınca, "Toplum Yararına Program (TYP): "Afet, salgın, acil durum dönemlerinde ve diğer mücbir sebeplerde kamu hizmetlerinin desteklenmesi yoluyla özel politika gerektiren gruplar başta olmak üzere işsizlerin çalışma alışkanlık ve disiplininden uzaklaşmalarını engelleyen ve bu kişilere geçici gelir desteği sağlayan programları ifade eder."

Toplum yararına programın iki temel amacı bulunmaktadır. TYP'nin ilk amacı, programdan faydalanan dezavantajlı gruplara iş yaratarak onlara gelir desteği sağlamak ve yoksulluğu azaltmaya çalışmaktır. Programın ikinci amacı, toplum yararına doğrudan iş yaratarak emek yoğun projeler ile yapısal işsizliğin önüne geçmek ve istihdamı arttırmaktır³. Toplum Yararına Programların Yürütülmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin amacı ise, ilgili Yönetmeliğin 1. maddesi uyarınca, afet, salgın, acil durum dönemlerinde ve diğer mücbir sebeplerde kamu hizmetlerinin desteklenmesi yoluyla özel politika gerektiren gruplar başta olmak üzere işsizlerin çalışma alışkanlık ve disiplininden uzaklaşmalarını engellemek ve bu kişilere geçici gelir desteği sağlamak üzere Türkiye İş Kurumu tarafından aktif işgücü hizmetleri kapsamında kamu kurum ve kuruluşları ile iş birliği yapılarak düzenlenen toplum yararına programların yürü-

tülmesine ilişkin usul ve esasları belirlemektir. Dolayısıyla, toplum yararına programların temel amacı, işsiz bireylere geçici gelir desteği sağlamaktır. Nitekim ilerleyen kısımlarda detaylı şekilde irdeleneceği üzere, sözleşmenin belirli süreli kurulabilmesi bakımından objektif sebebi programın amacı ortaya koymaktadır.

Yargıtay kararlarına konu uyumsuzluklar sırasında yürürlükte olan Mülga Aktif İşgücü Hizmetleri Yönetmeliğinin⁴ 65. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, "TYP uygulanabilecek alanlar"; çevre temizliği, kamusal altyapının yenilenmesi, Milli Eğitim Bakanlığı'na bağlı resmi okullarda çevre düzenlemesi, Milli Eğitim Bakanlığı'na bağlı resmi okullarda bakım, onarım ve temizlik işleri yapılması, restorasyon, tarihi ve kültürel mirasın korunması, ağaçlandırma, park düzenlemeleri, vadi ve dere ıslahı ile erozyon engelleme çalışmalarıdır⁵. Keza mülga Yönetmeliğin 4. maddesi dd bendi uyarınca yapılan tanıma göre, "Toplum yararına program (TYP): İşsizliğin yoğun olduğu dönemlerde veya yerlerde doğrudan veya yüklenici eli ile toplum yararına bir iş ya da hizmetin gerçekleştirilmesi yoluyla özellikle istihdamında zorluk çekilen işsizlerin çalışma alışkanlık ve disiplininden uzaklaşmalarını engelleyerek işgücü piyasasına uyumlarını amaçlayan ve bunlara geçici gelir desteği sağlayan programları" ifade etmekteydi.

Hemen belirtilmelidir ki, yürürlükte olan Toplum Yararına Programların Yürütülmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 4. maddesi m bendine göre, "Özel politika veya uygulama gerektiren gruplar: İş gücü piyasasında yer alan diğer gruplara göre istihdamında daha fazla güçlük çekilen; kadınlar, gençler, uzun süreli işsizler, engelliler gibi grupları ifade eder." Bu kapsamda, ilgili Yönetmeliğin "TYP uygulanabilecek durumlar" başlıklı 5. maddesi uyarınca, "(1) 15/5/1959 tarihli ve 7269 sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Do-

2 RG T. 29.05.2022, S. 31850.

3 Bulut Kalaçay, Meryem: İşsizlikle mücadelede uygulanan Toplum Yararına Programının (TYP) Etkinliği: Kars Örneği, Kafkas Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kars 2020, s. 1.

4 RG T. 12.03.2013, S. 28585.

5 Benzer husus "TYP uygulanabilecek alanlar" başlığı altında mülga 2013/1 sayılı Toplum Yararına Program Genelgesi 6. maddesinde de hüküm altına alınmaktaydı.

layisiyle Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanun ile 9/6/1958 tarihli ve 7126 sayılı Sivil Savunma Kanunu kapsamında meydana gelen afet, salgın, acil durum ve diğer mücbir sebep kararlarını müteakip veya bunlar beklenmeksizin meydana gelen sosyal kriz durumlarını aşmak için ihtiyaç görülmesi halinde kamusal hizmetleri desteklemek amacıyla program düzenlenebilir.

(2) Belirli bir mesleğe yönelik TYP düzenlenemez." Dolayısıyla yeni Yönetmelik hükmü uyarınca TYP kapsamında yapılan işler ancak afet, salgın, acil durum ve diğer mücbir sebep kararlarını müteakip veya bunlar beklenmeksizin meydana gelen sosyal kriz durumlarını aşmak için ihtiyaç görülmesi halinde kamusal hizmetleri desteklemek amacıyla yürütülebilecektir.

TYP Yönetmeliğinin "Yürürlükten kaldırılan yönetmelik kapsamındaki iş ve işlemler" başlıklı Geçici 3. maddesine göre, "(1) Bu Yönetmeliğin yayımı tarihinden önce sözleşme ilişkisi kurulan TYP'ler ile başlatılan iş ve işlemler sonuçlanana kadar Aktif İşgücü Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 63 üncü maddesiyle yürürlükten kaldırılan Aktif İşgücü Hizmetleri Yönetmeliği ve buna dayanılarak hazırlanan ilgili mevzuat uygulanmaya devam olunur." "Yürürlükten kaldırılan yönetmeliğe tabi programlarda katılımcıların azami faydalanma süreleri" başlığı altında hüküm altına alınan Geçici Madde 2 uyarınca ise, "(1) Bu Yönetmeliğin yayımı tarihi itibarıyla 8/4/2022 tarihli ve 31803 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Aktif İşgücü Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 63 üncü maddesiyle yürürlükten kaldırılan Aktif İşgücü Hizmetleri Yönetmeliği kapsamında uygulanan TYP'lerden 27/9/2017 tarihinden itibaren dokuz ay ve daha fazla süreyle yararlanmış olanlar için 10 uncu maddenin beşinci fıkrasındaki azami süre tamamlanmış sayılır. Bu Yönetmeliğin yayımı tarihi itibarıyla TYP'ye devam eden katılımcılara, devam ettikleri programlarla sınırlı olmak üzere, anılan mülga Yönetmelik ve aynı Yönetmeliğe dayanılarak hazırlanan ilgili mevzuat uygulanır.

(2) Birinci fıkrada belirtilen mülga Yönetmelik kapsamında uygulanan TYP'lerden 27/9/2017 tarihinden itibaren toplamda dokuz aydan az yararlanan kişiler bu Yönetmelik kapsamında düzenlenen TYP'lerden dokuz aydan kalan süreleri kadar yararlanabilir.

(3) Birinci fıkrada belirtilen mülga Yönetmelik ve aynı Yönetmeliğe dayanılarak hazırlanan ilgili mevzuat kapsamında haklarında yasaklılık işlemi uygulananlar, yasaklılıkları tamamlanıncaya kadar bu Yönetmelik kapsamındaki programlardan yararlanamazlar.

Diğer taraftan, sözü geçen Yönetmeliğe dayanılarak Türkiye İş Kurumu Genel Müdürlüğü tarafından 2022/2 No.lu Toplum Yararına Programların Yürütülmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Genelge⁶ hazırlanmış ve sözü geçen Genelge 12.08.2022 tarihinde yürürlüğe girmiştir. İlgili Genelge'nin "TYP'nin uygulama sürecine ilişkin esaslar" başlıklı 14. maddesi uyarınca, TYP'lerde haftalık yararlanma süresinin kırk beş saattir. TYP uygulama süresi, her bir program için en fazla altı ay olup, TYP'nin süresi uzatılmaz. İki TYP arasında bekleme süresi aranmaz ve bir katılımcı TYP'den en fazla dokuz ay yararlanabilir. Ayrıca, Genelge'nin 15. maddesinde⁷ devam

6 Genelgeye ulaşmak için bkz. <https://km.corpus.com.tr/MevzuatLcerik.aspx?id=0b333q1U2d0X3S0X1B3I2O-1V3u3q0k3e>

7 "(1) Katılımcıların TYP'ye devamı zorunludur. Katılımcılar yükleniciye ve Kuruma bilgi vermek ve Kurum ya da yükleniciden onay almak şartıyla hafta tatili ve resmi tatiller hariç beş güne kadar ücretsiz izin kullanabilir. Ücretsiz izin kullanılan dönemde katılımcıya herhangi bir ücret ödenmez ve SGK bildirimini de devamsızlıklar düşüldükten sonra kalan süre üzerinden yapılır. Hafta tatili günleri ve resmi tatil günleri de programa katılım sağlanmış olarak değerlendirilir.

(2) Sağlık sorunları, evlenme, doğum ve birinci derece yakınların vefatı ve benzeri durumlar da beş günlük ücretsiz izin kapsamında değerlendirilir.

(3) İzin kullanımı için izin dilekçesinin yükleniciye onaylatılması gerekmekte olup dilekçede mazeret bildirilmesi zorunlu değildir.

(4) 5510 sayılı Kanun'a göre iş kazası ve meslek hastalığı kapsamına giren sağlık sorunları hariç, herhangi bir nedenle beş günlük izin süresinin aşılması halinde, yüklenici tarafından katılımcının ilişkisi kesilerek il müdürlüğüne bildirilir.

zorunluluğu ve mazeretlere ilişkin özel düzenleme mevcuttur.

Söz konusu program aracılığıyla gerek mülga Yönetmelik gerek yürürlükte olan Yönetmelik sırasında Milli Eğitim Bakanlığı bünyesinde okullarda temizlik işlerinin yürütülmesi amacıyla bakım, onarım ve temizlik uygulama alanı kapsamında TYP başvuruları alınmış ve çeşitli illerde İŞKUR'a kayıtlı işsiz ve başvuru yapan bireylerden kura yoluyla temizlik işçisi olarak TYP kapsamında geçici süreli çalışmak üzere istihdam sağlanmıştır⁸.

Önemle belirtilmelidir ki, çalışmamızın konusunu oluşturan Yargıtay kararlarının tesis edildikleri sırada TYP ye ilişkin düzenlemelerin yer aldığı mülga Aktif İşgücü Hizmetleri Yönetmeliği⁹ yürürlükte idi. İlgili Yönetmelik yukarıda bahsi geçen 8/4/2022 tarihli ve 31803 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Aktif İşgücü Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 63'üncü maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır. Ayrıca, mülga Aktif İşgücü Hizmetleri Yönetmeliğine dayanarak hazırlanan 2013/1 sayılı Toplum Yararına Program Genelgesi¹⁰ ise 2022/2 No.lu Toplum Yararına Programların Yü-

rütülmesine ilişkin Usul ve Esaslar Hakkında Genelge yayımlanana kadar yürürlükte kalmıştır.

Çalışmamızın tartışma konusunu oluşturan ve bahsi geçen mülga Yönetmelik ve mülga Genelgenin yürürlükte olduğu sırada doğan bir uyumsuzluğa ilişkin olarak 21 Mayıs 2022 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan Yargıtay 9. Hukuk Dairesi E. 2022/2226 K. 2022/2943 sayılı kararında¹¹ toplum yararına program kapsamında yapılan işlerin belirli süreli iş niteliğinde olduğuna karar verilmiştir. Yüksek Mahkeme'nin ilgili kararına göre, "Her ne kadar işin niteliği olan temizlik işi sürekli bir iş olsa da objektif nedenin varlığı bakımından ifa edilen işin değil, toplum yararına çalışma programının kendisi gözetilmeli, program dahilinde süreli bir iş söz konusudur. Temel amacı işsiz bireylere geçici gelir desteği sağlamaktır ve süreleri ile süre uzatımı yapılması halinde uzatım süreleri de belirli sürelidir. Dolayısıyla özü itibarıyla süreli olup, yapılan iş doğası gereği süreli bir iş niteliğinde olduğundan objektif esaslı nedenin varlığı kabul edilmelidir. Programın hedefi, niteliği ve aktif işgücü hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin usul ve esaslar hakkında yönetmelik hükümleri bir bütün olarak dikkate alındığında çalışmanın belirli süreli olduğu sonucuna varılmıştır." Dolayısıyla, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, TYP kapsamında çalışanların belirli süreli iş sözleşmesiyle istihdam edildiklerine, belirli süreli iş sözleşmesinin sona ermesinin fesih sayılmayacağına, somut olayda TYP kapsamında çalışan işçinin belirli süreli iş sözleşmesinin, TYP'den yararlanma süresi sona ermesi nedeniyle bittiğine dikkat çekmiş ve işçinin kıdem ve ihbar tazminatı alamayacağına hükmetmiştir.

III. TYP Kapsamında Çalışanların İşçi Statüsü ve Sözleşmenin İş Sözleşmesi Olarak Nitelendirilmesi

TYP kapsamında çalışan katılımcıların işçi sta-

(5) Katılımcıların yükleniciye ve Kuruma bilgi vermeden ve bunlardan onay almadan ya da belgeye dayalı mücbir nedenleri olmadan TYP'ye devamsızlık hakları bulunmamaktadır. Bu şekildeki bir günlük devamsızlıkta dahi yüklenici tarafından katılımcının TYP ile ilişkisi kesilerek il müdürlüğüne bildirilir. TYP'ye katılmaya hak kazanan katılımcının programa başladığı ilk gün katılım sağlamadan programdan ayrılması halinde, herhangi bir ödeme yapılmaz."

8 Söz konusu istihdama ilişkin 2022-2023 Öğretim Yılı güz dönemine ilişkin TYP başvuru örnekleri için bkz <https://foca.meb.gov.tr/www/toplum-yararına-program-duyurusu-TYP-no307649/icerik/2067>, Erişim Tarihi:12.10.2022; <https://www.hurriyet.com.tr/galeri-TYP-kura-sonuclari-isim-listesi-2022-iskur-ile-okullara-temizlik-ve-guvenlik-personeli-alimi-kuralari-devam-ediyor-iste-TYP-personel-alimi-sorgulama-ekrani-42133125/2>, Erişim Tarihi:12.10.2022; https://aksaraymahmudiyeortakokulu.meb.k12.tr/icerikler/2022-2023-egitim-ogretim-yili-TYP-toplum-yararına-program-basvuru-takvimi-yayinlandi_13145046.html, Erişim Tarihi: 12.10.2022.

9 RG T. 12.03.2013, S. 28585.

10 İlgili Genelgeye ulaşmak için bkz. <https://km.corpus.com.tr/Mevzuat/icerik.aspx?id=3M2M1j1r0v251C-193n1e1S2R2k062t3S>

11 RG T. 21.05.2022, S. 31842.

tüsünde olup olmadığına dair Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 01.03.2016 T. 3024/5992 sayılı kararında toplum yararına program çerçevesinde Milli Eğitim Bakanlığı'na bağlı bir Anadolu Lisesinde temizlik işlerini yürüten davacının işten çıkarılması nedeniyle işe iade talepli açtığı davada Yargıtay 22. Hukuk Dairesi davacının işçi olduğunu ve tarafların arasında iş ilişkisi bulunduğunu belirtmiş ve davacının iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacağına karar vermiştir. Söz konusu karar kanaatimizce isabetlidir¹². Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 19.12.2016 T. 30951/28059 sayılı kararında ise, Yüksek Mahkeme toplum yararına programdan yararlanan davacı işçinin Belediye Başkanlığı bünyesinde yaptığı çalışmanın 4857 sayılı İş Kanunu¹³ anlamında işçi işveren ilişkisi olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir. İlgili karar Dairenin önceki kararı ile çelişkili olup, kararın isabetli olduğunu belirtmek kanaatimizce mümkün değildir. Çünkü Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin bir kararında¹⁴ zikredildiği üzere, toplum yararına programdan yararlanan ve katılımcı olarak adlandırılan bireyler ile işyerlerinde işi görülen ve hizmet sağlayıcı veya yüklenici olarak adı geçen gerçek veya tüzel kişiler arasında 4857 sayılı İş Kanunu anlamında iş ilişkisi bulunduğu kabul edilmiş ve söz konusu işçilerin yetki tespitinde işçi sayısına dahil edilmesine karar verilmiştir¹⁵. Ayrıca Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 13.03.2017 tarihinde verdiği bir kararda¹⁶ aynı kamu kurumuna bağlı olarak çalışma yapan işçinin TYP kapsamında yaptığı 59 güne karşılık gelen çalışması Yıldız'ın da isabetli bulunduğu üzere,

12 Öğretide Baycık, Yüksek Mahkemenin toplum yararına programın özelliklerine değindiğini ancak Daire tarafından davacı işçinin iş güvencesinden hangi gerekçe ile yararlanamayacağına açıklığa kavuşturulmadığını belirtmekle birlikte ilgili kararı isabetli bulmaktadır. Baycık, Gaye: İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, 2016, Ankara 2017, s. 8.

13 RG. T. 10/6/2003, S. 25134.

14 Y. 9. HD., 9.2.2017 T., 772/1321 sayılı karar, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 01.11.2022.

15 Baycık, s. 9-10; Yıldız, s. 312-315.

16 13.3.2017 T., 364/3654, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 01.11.2022.

işçi statüsü ile yapılan çalışma sürelerinden dışlanmamıştır¹⁷.

Benzer şekilde, toplum yararına program kapsamında çalışanların işçi olduğuna dair Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 2019 yılında verdiği bir kararda¹⁸ taraflar arasında iş ilişkisi kurulduğu şöyle ifade edilmiştir: "Toplum yararına program kapsamında katılımcı olarak çalıştıranlar sözleşmeli personel veya geçici personel değildir. Türkiye İş Kurumu işveren olmadığına göre asıl-alt işveren ilişkisi de 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesi kapsamında kabul edilemez. Ayrıca aynı kanunun 7. maddesi uyarınca geçici (ödünç) iş ilişkisinin yasal unsurları da bulunmamaktadır. O halde yaptıkları iş ve yönetmeliğin 72. maddesi değerlendirildiğinde işçi oldukları açıktır. İşçi program kapsamında katıldığı kurumda veya işyerinde iş görme edimini hizmet sağlayıcısına karşı yerine getirmektedir. İhale ile hizmet sağlayan yüklenici ücretini ödemektedir. Bu nedenle iş ilişkisi yüklenici ile kurulmuştur. Anılan yönetmelik hükümleri yasal düzenlemeler ile birlikte irdelendiğinde, her ne kadar genelgeye ek katılımcı taahhünamesinin birinci maddesinde "TYP herhangi bir kamu kurumunda geçici veya daimi surette işçi statüsünü kazandırmaz" yönünde ibare bulunsa da işsizlerin başvurusu sonrası noter kurusuyla veya listeye girmesi üzerine kamu kurum veya kuruluşları, sivil toplum kuruluşları veya özel sektör işyerlerinde çalıştıkları, iş için başvuruda bulunanın bu yönde bir taahhütte bulunmasının statüsünün işçi sayılmasını engellemeyeceği, programa katılanların yaptıkları iş ve yönetmeliğin 72. maddesi değerlendirildiğinde, davacının TYP uyarınca T.C. Milli Eğitim Bakanlığı'na bağlı okul işyerinde çalışmasıyla davacı ile iş görme ediminin yerine getirildiği T.C. Milli Eğitim Bakanlığı arasında işçi işveren ilişkisinin kurulduğunun kabulü gerekir. Davacı işçi ile davalı Bakanlık arasında 4857 sayılı 2/1. fıkrasına uygun olarak iş ilişkisinin kurulduğu kabul edilmelidir." İlgili kararda zikredildiği üzere mülga Genelge'nin eki niteliğinde olan Katı-

17 Yıldız, s. 312.

18 12/11/2019 T., E. 2019/5463 K. 2019/19706, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 01.11.2022.

İlimci Taahhütnamesi'nde yer alan "TYP herhangi bir kamu kurumunda geçici veya daimi surette işçi statüsünü kazandırmaz" ibaresine Yüksek Mahkeme itibar etmemiştir. Keza, 2022 yılında yürürlüğe giren Genelge'nin eki niteliğinde olan Katılımcı Taahhütnamesi'nde, *mülga Genelgenin ekinde yer alan mülga Katılımcı Taahhütnamesi'nin 1. maddesinde düzenlenen "TYP, herhangi bir kamu kurumunda geçici veya daimi surette işçi statüsü kazandırmaz"* ibaresine isabetli olarak yer verilmemiş ve hüküm kaldırılmıştır. Sözü geçen hüküm, yapılan sözleşme iş sözleşmesi olduğu için çalışanın işçi sayılmasını ve İş Kanunu'ndan yararlanmasını engelleyici nitelikte olduğu için eleştirilmekteydi ve hükmün TBK 25. maddesi doğrultusunda geçersiz sayılması gerektiği ifade edilmekteydi¹⁹.

Sözleşmenin katılımcı ile hizmet sağlayıcısı veya yüklenici olarak ifade edilen gerçek veya tüzel kişiler arasında imzalanan sözleşmenin iş sözleşmesi olup olmadığını incelemeyen önce sözleşme yapma serbestisi kavramını ele almak gerekirse, sözleşme yapma serbestisini kişilerin diledikleri bir sözleşmeyi geçerli olarak yapabileme konusunda sahip oldukları özgürlük şeklinde tanımlamak mümkündür²⁰. 1982 Anayasası'nın 48. maddesi uyarınca, sözleşme özgürlüğü kavramı, çalışma özgürlüğü ile birlikte ele alınmıştır. İlgili düzenlemeye göre, "Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir". Ayrıca, Türk Borçlar Kanunu²¹ da gerek sözleşmenin şekli (TBK, m.12)²² gerek içeriği (TBK, m.26)²³ konusunda tarafların serbesti içinde olduğunu vurgulamış ancak birtakım sınırlar da getirmiştir.

(TBK, m.12/2; m.27)²⁴. Sözleşme yapma serbestisi kavramı, geniş bir kavram olup, tarafların bir sözleşmeyi yapmak zorunda bulunmamaları, sözleşmenin içeriğini serbestçe tespit edebilmeleri, kendisiyle sözleşme yapılacak kimseyi seçebilmeleri, sözleşmenin tipini diledikleri gibi tayin edebilmeleri, sözleşmeyi karşılıklı anlaşma ile ortadan kaldıracılabilmeleri ve içeriğini değiştirebilmeleri gibi özgürlükler, sözleşme yapma özgürlüğünü ortaya koyar²⁵.

Sözleşme yapma özgürlüğü doğrultusunda TYP kapsamında imzalanan sözleşmenin iş sözleşmesi olduğunu belirtmek mümkündür. Çünkü İş Kanunu m. 8/1 uyarınca, "İş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir." Bahsi geçen tanıma göre iş sözleşmesinin unsurları; iş görme, ücret ve bağımlılık unsurlarıdır.

TYP katılımcılarının toplum yararına bir iş ya da hizmetin gerçekleştirilmesi yoluyla geçici gelir sağladıkları bir başka anlatımla geçimlerini sağlayabilmek amacıyla ücret elde ettikleri bir iş gördükleri dikkate alındığında, İş Kanunu'nda hüküm altına alınan tanım ile bağdaşan bir iş ilişkisi içerisinde iş sözleşmesi ile iş görme edimin, ifa ettiklerini belirtmek mümkündür. Keza, yasada yer alan tanım doğrultusunda TYP kapsamında görülen işlerin iş sözleşmesinin temel unsurlarından olan işverenin gözetimi ve denetimi altında bir iş organizasyonu ile yerine getirilmekte olduğunu ve TYP kapsamındaki iş ilişkisinin iş sözleşmesinin unsurlarını barındırdığını belirtmek mümkündür. Ayrıca Yönetmelik ve Genelge ile TYP'ye ilişkin birtakım özel dü-

19 İlgili eleştiri ve Katılımcı Taahhütnamesinin genel işlem şartı niteliği taşıdığına dair ayrıntılı değerlendirme için bkz. Baycık, s. 13-14.

20 Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla: Borçlar Hukuku, İstanbul 1993, s. 362.

21 RG. T. 4/2/2011, S. 27836.

22 "Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekilde bağlı değildir. Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz."

23 "Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler."

24 TBK m. 27 uyarınca, "Kanunun emredici hükümlerine, ah-laka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur."

25 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 363; Yiğit, Yusuf: Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapma Serbestisi ve Bu Serbestinin Sınırları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.14, S. 2, 2012, s. 106-107.

zenlemelerin hüküm altına alınması sözleşmenin iş sözleşmesi olarak nitelendirilmesine engel oluşturmayacaktır. Örneğin, devamsızlık sınırına ilişkin düzenlemede olduğu gibi bazı özel düzenlemeler TYP'nin niteliğinden kaynaklı olarak ve TYP ilişkisini düzenlemek amacıyla yer verilen ve aynı zamanda işçinin de bütünsel olarak kabul ettiği düzenlemelerdir. Bu düzenlemeler işçi aleyhine sözleşme dengesini dürüstlük kurallarına aykırı şekilde bozmayan kurallardır²⁶. Ayrıca Yıldız da TYP katılımcılarının bir yükleniciye bağlı olarak, bu yüklenicinin iş organizasyonunda ve onun emir ve talimatı altında ücret karşılığı çalıştıklarını ifade etmekte ve söz konusu kişilerin feshe karşı koruma, iş kazası veya meslek hastalığı bakımından Yargıtay kararlarında da yer verdiği üzere işçi olarak değerlendirilmesi gerektiği görüşündedir²⁷. Benzer şekilde Özer de, katılımcıların yükleniciye karşı iş görme borcu altında olduklarını ve bu borcu yerine getirirken bağımlılık ilişkisine uygun bir biçimde davranmakla yükümlü olduklarını ve yaptıkları işin karşılığı olarak katılımcılara asgari ücret düzeyinde ödeme yapıldığını ifade etmektedir. Dolayısıyla, yazar bu hususların katılımcılara işçi statüsü kazandırması gerektiği düşüncesindedir²⁸.

IV. TYP Kapsamında Çalışanların İş Sözleşmesinin Türünün Değerlendirilmesi

Yukarıdaki yargı kararları doğrultusunda TYP çalışanlarının iş sözleşmesi ile çalıştıkları sübuta ermiş olmakla birlikte imzalanan iş sözleşmesinin türünün tespiti bakımından belirli süreli ve belirsiz süreli iş sözleşmesinin ayrımı ve özellikle belirli süreli iş sözleşmesine ilişkin İş Kanunu'nda yer alan düzenlemeler aşağıda incelenmeye çalışılacaktır.

26 Baycık, s. 14.

27 Yıldız, s. 319.

28 Özer, Hatice Duygu: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Boyutuyla Toplum Yararına Program, Ankara 2021, s. 53-67.

A. Belirsiz Süreli İş Sözleşmesi - Belirli Süreli İş Sözleşmesi Ayrımı

İş Kanunu'nun 9. maddesinin ikinci fıkrasına göre, "İş sözleşmeleri belirli veya belirsiz süreli yapılır." İş Kanunu'nun 11. maddesinde ise, "Belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmesi" başlığı altında belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmesi özel olarak düzenlenmiştir. İlgili maddenin birinci fıkrasına göre, "İş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı halde sözleşme belirsiz süreli sayılır." Dolayısıyla, iş ilişkisi, normal şartlarda belirsiz süreli olarak kurulmaktadır. İş sözleşmelerinin belirsiz süreli olması asıl, belirli süreli olması ise istisnai bir durumdur²⁹. Ancak işin belirli bir süre devam etmesi veya iş ilişkisinin belirli bir süre esas alınarak kurulması hallerinde, iş ilişkisinin belirli süreli olduğu kabul edilmektedir. Bu bağlamda, belirli süreli iş ilişkisinin kural dışı (atipik) bir nitelik taşıdığı kabul görmektedir³⁰. Belirli süreli iş sözleşmesi yapma hakkı, iş hukukunda sınırsız bir özgürlük olarak görülmemektedir. İş Kanunu'nun 11. maddesinde, belirli süreli iş sözleşmesi yapma hakkına sınırlama getiren düzenlemelere yer verilmiştir. Bu sınırlamanın sebebi belirli süreli iş sözleşmesinin işçinin birtakım işçilik alacaklarını talep edememesinden kaynaklanmaktadır³¹. Bahsi geçen sınırlamalar, belirli süreli sözleşmenin "şekli" ile ilgili olduğu gibi, "belirli süreye bağlı olarak yapılması" ve "objektif koşullara bağlı olarak yapılması" olarak da ifade edilebilir. Ayrıca, belirli süreli iş sözleşmelerinin yenilenmesi de İş Kanunu'na göre objektif (esaslı) koşullara bağlanmıştır (İK. m.11/2). Dolayısıyla belirli süreli iş sözleşmesinde tarafların sözleşmenin niteliğini sadece isimlendirmeleri ile değil, bu sözleşmenin ancak kanunda belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasını gerektiren olguların varlığı ile ger-

29 Yiğit, s. 113.

30 Çil, Şahin: Belirli Süreli İş Sözleşmesi, Osman Güven Çankaya'ya Armağan, Ankara 2010, s. 33-35; Güzel/Özkaraç/Ügan, s. 475-476; Süzek, s. 251. Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 361; Yiğit, s.101-166.

31 Akyiğit, Ercan: İş Kanunu Şerhi (I. Cilt), Seçkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2006, s. 457.

çekleşebileceğini belirtmek gerekir³². Ayrıca İş Kanunu m. 11 ile zikredilen tanımda sözleşmenin taraflarca bir süreye bağlanması unsuruna yer verilmemiş olup, sadece tarafların subjektif olarak süre belirlemek yoluyla belirli süreli iş sözleşmesi yapmasına imkân tanınmamıştır³³. Belirli süreli iş sözleşmeleri, salt belli bir zaman içerisinde herhangi bir anda sona erdirileceği kararlaştırılmış bir sözleşme değildir, kurulduğu anda taraflarınca sona erme anının bilindiği veya öngörülebildiği bir sözleşmedir³⁴.

B. Belirli Süreli Sözleşmelerin Objektif Koşula Bağlanması

Kanun koyucu hakkın kötüye kullanılmasını engellemek amacıyla belirli süreli iş sözleşmelerini objektif koşullara bağlamıştır³⁵. Taraflar ancak objektif nedenlerin bulunduğu hallerde belirli süreli iş sözleşmesi yapabilme imkânına

sahip olurlar. Taraflar objektif nedenler bulunmasına rağmen sözleşmeyi süreye bağlamadıkları takdirde sözleşme belirsiz süreli olacaktır. Bir başka anlatımla, taraflar objektif koşullar bulunsa dahi iş sözleşmesini belirsiz süreli akdedebilir³⁶. Objektif nedenlerin bulunması ve sözleşmenin süreye bağlanması farklı kavramlar olup, bir arada bulunmaları durumunda belirli süreli iş sözleşmesinin bağlanması mümkündür³⁷. Ayrıca objektif neden belirli süreli sözleşmenin başlangıcından itibaren bulunmalıdır³⁸.

Diğer taraftan, taraf iradeleri uyuşsa dahi, sonradan doğabilecek ihtilaflarda yargı tarafından da objektif sebebin açıkça algılanması gereklidir. Bu sebeple, belirli süreli iş sözleşmesinin yapılma gerekçelerinin sadece taraflarca değil, aynı zamanda konuya muhatap başka kişiler tarafından da anlaşılabilir olması beklenmektedir. Buradan hareketle belirli süreli iş sözleşmesinden söz edebilmek için, belirli süreli iş sözleşmesinin hukuki ilişkinin kurulduğu anda taraflarca açık veya örtülü olarak yapılan kararlaştırma sonucu sona erme anının bilinmesi veya öngörülebilmesi gereklidir³⁹.

İş Kanunu'nun 11. maddesinin ilk fıkrasında ifade edilen objektif koşulların varlığı halinde iş sözleşmesinin taraflarının iş ilişkisini belirli bir süreye bağlayabilmesi mümkündür. Bu sözleşmeler, belirli bir vadeye bağlı kılınarak yapılmaktadır. Bu bağlamda, belirli iş sözleşmesinde süre açıkça tarih, gün, hafta, ay, yıl gibi belirli bir zaman dilimi ile belirlenebilir⁴⁰. Örneğin, bir ay, altı ay, bir yıl gibi bir takvim birimi veya sözleşmenin sona ereceği tarihin kararlaştırılması şeklinde

32 Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, s. 457; Özdemir, Erdem, "Teoride ve Uygulamada İş Hukuku Borçlar Hukuku İlişkisi & Yeni İş Sözleşmesi Türleri", Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu Semineri, 20-21 Eylül 2011, İstanbul 2011, s. 171; Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat/ Özkaraca, Ercüment: İş Hukuku Dersleri, 34. Baskı, İstanbul 2021, s. 194; "İşyerinde işverenin işyeri hekimi istihdamı devam etmekte ve yapılan iş süreklilik göstermektedir. Davacı işçi ile belirli süreli iş sözleşmesinin yapılmasını ve bu sözleşmenin yenilenmesini gerektiren objektif ve esaslı nedenler bulunmamaktadır". Y9HD, 18.02.2008, E.2007/24530, K.2008/171, Çalışma ve Toplum, 2008/3, S:18, s. 359-360; "Davacının 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkındaki Kanuna tabi olarak belirli süreli izinlerde çalışması ve işi dikkate alındığında bir ya da iki sömestr için belirli süreli iş sözleşmesi yapılması bakımından esaslı nedenin bulunduğu kabul edilmelidir. Bu nedenle iş ilişkisinin belirsiz süreli hale dönüştürmesi mümkün değildir" Y9HD, 11.10.2005, E.2005/12936, K.2005/33070, Tühis, İş Hukuk ve İktisat Dergisi, Şubat-Mayıs 2006, s. 83; Yiğit, s. 104.

33 Yiğit, s. 109.

34 Yiğit, s. 109.

35 Aktay, Nizamettin/Arıcı, Kadir/Kaplan-Seneyen Tuncay: İş Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2009, s. 86; Narmanlioğlu, Ünal: İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, 5. Bası, İstanbul 2014, s. 215; Şahankaya, Sarp: Belirli Süreli İş Sözleşmeleri, Ankara Barosu Dergisi, 2016/4, s. 190. Sözleşmenin belirli bir süreye bağlanması işçinin haklarını engelleme amacı taşıyorsa, işverenin hakkını kötüye kullandığı düşünülecektir. Ekonomi, Münir: 4857 Sayılı Kanun Hüükümlerine Göre Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Hukuka Uygunluğu, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 9, 2006, s. 16, vd.; Narmanlioğlu, s. 227.

36 Çil, s. 42; Ayan, Serkan: Belirli Süreli İş Sözleşmesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 54, 2005, s. 431-487 s.445; Sümer, Haluk Hadi: İş Hukuku, 22. Baskı, Ankara 2017, s. 42; Şahankaya, s. 191.

37 Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat/ Özkaraca, s. 197; Çil, s.42; Ayan, s.445; Şahankaya, s. 191.

38 Ekonomi, s. 16-17; Alpagut, s. 77; Başterzi, s. 131-132; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat/ Özkaraca, s. 199.

39 Alpagut, Gülsevil: Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi, TÜHİS Yayınları, Yayın No:24, Ankara 1998, s. 8; Narmanlioğlu, s. 216.

40 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 197; Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 362; Yiğit, s. 103.

belirlenebilecektir⁴¹. Ancak belirlenen sürenin “ortalama bir yıl” gibi ifadeler ile muğlak nitelikte olmaması gereklidir. Ayrıca, sözleşmenin ne zaman sona ereceğinin iki taraftan birinin iradesine bırakan sözleşme hükümleri sözleşmeyi belirli süreli hale getirmeyecektir. Dolayısıyla sürenin her iki taraf bakımından aynı şekilde bilinebilir olması gereklidir⁴².

Diğer taraftan, işçinin üstlendiği işin niteliği ve sözleşmeye konu olan işin amacı göz önünde tutularak belirli süreli bir iş sözleşmesinin var olduğu sonucuna ulaşılması da mümkündür⁴³. Bu şekilde işin niteliği ve amacı esas alınarak sürelendirme yapılması iş sözleşmesinin örtülü olarak belirli süreye bağlandığı şeklinde değerlendirilebilecektir⁴⁴. Dolayısıyla bir projenin tamamlanması⁴⁵, bir bilgisayar sisteminin kurulması, bir siparişin bitirilmesi, bir ürünün tanıtım kampanyası süresince işe alım gibi konulara ilişkin sözleşmeler bakımından taraflar anlaşmaya varırsa ve sözleşmenin işin amacı ile sınırlı bulunduğu ve sözleşmenin ne zaman sona ereceği taraflarca ve özellikle işçi tarafından anlaşılabilir durumda ise, sözleşme belirli süreli iş sözleşmesi olarak kabul edilebilecektir⁴⁶. Örneğin Yargıtay tarafından bir baraj inşaatı⁴⁷ veya petrol boru hattının yapımı⁴⁸ işinin ne zaman sona ereceğinin öngörülebilir olmaması nedeniyle sözü geçen işlere ilişkin iş sözleşmeleri belirsiz süreli kabul edilmektedir. Ancak bir inşaatı geçici olarak kaynak ve montaj işi için bir işçi ile yapılacak iş sözleşmesi bakımından işin biteceği tarih, açıkça

kararlaştırılmamış olsa dahi öngörülebilir nitelikte olduğu için sözleşmenin belirli süreli olduğu kabul edilmiştir⁴⁹.

Belirli süreli iş sözleşmesinin kurulmasını mümkün hale getiren objektif koşullar; işin belirli süreli olması, belli bir işin tamamlanmasına yönelik olması ile belirli bir olgunun ortaya çıkması ve düzenlemede yer alan “gibi” sözcüğü doğrultusunda benzer haller olarak ifade edilebilir⁵⁰. Çünkü “gibi” ifadesi ile, belirtilen objektif (esaslı) nedenlerin sınırlı sayıda olmayıp örnek niteliğinde olduğu yasa koyucu tarafından belirtilmek istenmiştir. Dolayısıyla, yasada sayılan objektif koşullara benzer hallerde de, belirli süreli iş sözleşmesi kurulabilmesi mümkündür⁵¹. Nitekim Yargıtay, kanunda yer alan objektif sebeplerin örnek olarak sayıldığını, sınırlı sayıda olmadığını açıkça belirtmektedir⁵². Aşağıda yasada bahsi geçen objektif nedenler ayrıntılı olarak incelenmeye çalışılacaktır.

1. İşin Belirli Süreli Olması (İşin Belirli Süre Devam Edecek Olması)

İşin belirli süreli olması; sözleşmenin yapıldığı esnada sona erme anının bilinebilecek ya da öngörülebilecek durumda olması anlamına gelmektedir⁵³. İşin ne kadar süre ile devam edeceği; taraflarca süre öngörülebildiği müddetçe önem taşımaz. Bu bağlamda, iş birkaç gün sürebileceği gibi, birkaç yıl da sürebilmesi olasıdır. Önem-

41 Süzek, Sarper: İş Hukuku, 21. Baskı, İstanbul 2021, s. 260; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s.197; Sümer, s. 41; Ekmekçi, Ömer/ Yiğit, Esra: Bireysel İş Hukuku Dersleri, 2. Baskı, İstanbul 2020, s. 53.

42 Narmanlioğlu, Ünal: İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, 5. Baskı, İstanbul 2014, s. 215; Ekmekçi/Yiğit, s. 53.

43 Süzek, s. 260; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 197-198.

44 Süzek, s. 260.

45 Süzek, s. 260-261; Akyiğit, Ercan: İş Hukuku, 12. Baskı, Ankara 2018, s. 139; Sümer, s. 41.

46 Alpagut, s. 99; Süzek, s. 260-261.

47 Y. 9. HD. 10.3.1998 T., 20294/3771; Süzek Değerlendirme, s. 67-68; Süzek, s. 261.

48 Y. 9. HD. 16.11.2009 T., 6794/31883, ÇİL, İlke Kararları, B. 3, s. 187; Süzek, s. 261.

49 Y. 9. HD. 31.3.2008 T., 7443/7075, Mollamahmutoğlu/Asarlı/Baysal, s. 419, vd; Süzek, s. 261.

50 Süzek, s. 253-255.

51 Alpagut, s. 74; Narmanlioğlu, s. 219; Akyiğit, s. 138; Güzel, Ali: “Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Hukuki Nitelemesi -Haksız Feshe Bağlı Tazminat ve Cezai Şart”, Çalışma ve Toplum, C.3, S.73, Y. 2022, s. 1705-1732, s. 1708; Başterzi, Süleyman: Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapılmasına İlişkin Objektif Nedenlerin Tespitinde Menfaatler Dengesi “İşçinin Haklı Menfaati”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 15, Özel S., 2013, s. 425.

52 Yargıtay 22. HD, 17.12.2019 T., 2016/26407 E., 2019/23559 K. sayılı karar için bkz. Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 66, 2020/3, <https://www.calismatoplum.org/yargitay-karari/belirli-sureli-is-sozlesmesi-8>

53 Güzel, Ali/ Özkaraca, Ercüment/ Ugan, Deniz: “Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Belirli Süreli İş Sözleşmesi: Yapılma ve Yenilenme Koşulları”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C. I, İstanbul 2011, s. 537; Narmanlioğlu, s. 214; Şahankaya, s. 192.

li olan husus, işin niteliği gereği devamlılık arz eden işlerden olmaması gereğidir. Çünkü daimi nitelik arz eden işlere ilişkin olarak, belirli süreli iş sözleşmesi yapılması mümkün değildir⁵⁴. Bu bağlamda, bir binanın inşaat işleri⁵⁵, mevsimlik ve kampanya işleri⁵⁶ belirli süre devam edecek işlere örnektir. Bir konferans veya sportif organizasyon bakımından da, işin ne kadar süreceği bilindiği için yapılan sözleşme belirli süreli iş sözleşmesi olacaktır⁵⁷. Ancak, sadece işin niteliği dikkate alınarak yapılacak bir değerlendirme belirli süreli iş sözleşmesi yapılıp yapılamayacağına ilişkin verilecek kararda yanıltıcı olabilecektir. Nitekim Yargıtay'ın önceki bazı kararlarında olduğu gibi kaynak işini vasıfsız bir iş olarak görüp, bu tür bir işe ilişkin olarak yapılacak iş sözleşmesinin her zaman için belirsiz süreli bir iş sözleşmesi sayılacağını söylemek Keser'e göre isabetli olmayacaktır. Zira, bir iş sözleşmesinin belirli veya belirsiz süreli sayılabilmesine ilişkin olarak "işin niteliğinin veya "işçinin niteliği"nin ölçüt olarak alınacağı, İş Kanunu'nun 11. maddesinde hüküm altına alınmamıştır. Nitekim Yargıtay da kaynak işine ilişkin yapılan sözleşmenin belirli süreli olarak yapılıp yapılamayacağını tespit ederken bu ölçütü kullanmamış "yapılan işin sürekli bir iş olup olmadığı" noktasından hareket etmiştir⁵⁸.

Öte yandan, Yüksek Mahkeme kararlarına göre⁵⁹, işçinin niteliği gözetilerek sözleşmenin belirli ya da belirsiz süreli olarak değerlendirilmesi olanağı bulunmamaktadır. Ancak yapılan

işin niteliği belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilmesi için önem arz etmektedir. Çünkü belirli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif şartlara bağlı olarak "belirli süreli iş sözleşmesi" yapılabilecektir⁶⁰.

2. Belli Bir İşin Tamamlanması

Zaman içinde devamlılık arz eden işlerden ziyade tamamlanması ile sona erecek işlerde çalıştırılmak üzere de belirli süreli iş sözleşmeleri yapılabilmekte olup, işverenlerin ihale sonucu aldığı işler buna örnektir. Süzek'e göre, sadece işin ihale ile alınmış olması belirli süreli iş sözleşmesi yapma imkânı vermemeli, işin niteliği göz önünde tutularak değerlendirme yapılmalıdır⁶¹. Dolayısıyla, süreklilik arz eden işlerin ihale ile verilmesi belirli süreli iş sözleşmesi yapma imkânı sağlamamaktadır. Kanun koyucunun belli bir işin tamamlanması ifadesi ile bir objektif unsur zikretmesinin esasen yarıda kalmış işler bakımından önem arz ettiği ifade edilmektedir⁶². Zira işin belirli süreli olmasının; belli bir işin tamamlanması unsurunu da kapsadığı belirtilmektedir⁶³.

Diğer objektif nedenler gibi işin tamamlanmasında da sürenin öngörülebilir ya da belirli, işin ise geçici nitelikte olması gereklidir. Projenin büyüklüğü ve sona erme tarihinin öngörülemez olması durumunda objektif neden oluşmayacaktır⁶⁴.

Öte yandan, Yargıtay objektif neden olsa dahi tarafların sözleşmeyi akdettiği takdirde, iş ilişkisinin sona ereceği tarih belli değil veya belirlenebilir de değilse, bağitlanan sözleşmeyi belirsiz süreli kabul etmektedir⁶⁵.

3. Belli Bir Olgunun Ortaya Çıkması

Henüz ortada bulunmayan ancak bir olgunun ortaya çıkması durumunda yapılacak işler belli

54 Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz: Türk İş Hukuku'nda Belirli Süreli İş Sözleşmesi, İstanbul 2012, s.168; Şahankaya, s. 192.

55 Süzek, s.254; Narmanlıoğlu, s. 220; Yiğit, s.140; Ayan, s.461; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s.193-194; Sümer, s. 41; Şahankaya, s. 193.

56 Süzek, s.253; Yiğit, s.140; Ayan, s.461; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s.193-194; Sümer, s. 41; Şahankaya, s. 192. Ancak, mevsim ve kampanya işlerinde tarafların sözleşmeyi sadece bir çalışma dönemi ile bağlı olmaksızın belirsiz süreli hizmet sözleşmesi şeklinde yapabilmesi de mümkündür. Alpagut, s. 106.

57 Süzek, s.253; Yiğit, s.140; Ayan, s.461; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s.193-194; Şahankaya, s.193.

58 Keser, s. 115-116.

59 Yarg. 9. HD. 24.12.2020, E.2018/300, K.2020/20141, Çalışma ve Toplum, S: 69, 1371 vd.; 15.09.2020, E.2016/22178, K.2020/7846, Lexpera İçtihat Bankası; Güzel, s. 1709.

60 Güzel, s. 1709.

61 Süzek, s. 254; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s.209; Şahankaya, s. 193.

62 Güler, s.42; Şahankaya, s. 193.

63 Güzel/Özkaraca/Ugan, s. 539; Şahankaya, s. 193.

64 Y9HD 16.11.2009 E.2009/6794 – K.2009/31338, Güzel/Özkaraca/ Ugan, s.539; Şahankaya, s. 193.

65 Yargıtay 9. HD. 23.06.2008, 2007/42976 E., 2008/17137 K. sayılı karar, Çil, İlke Kararları, s.192; Narmanlıoğlu, s. 220.

bir olgunun ortaya çıkması grubuna girer⁶⁶. Bu bağlamda, işyerinde ortaya çıkan bir olgunun İş Kanunu'nun 11. maddesinde sayılan objektif nedenlerden sayılabilmesi için; işletmenin normal faaliyetine dahil olmamalı veya normal durumun dışında bir olgu olmalıdır. Bu olguların aynı zamanda geçici süreliğine ortaya çıkması da aranmaktadır⁶⁷.

Objektif neden teşkil edecek olguların işyerinden veya işverenin başka bir işçisinden kaynaklanması mümkündür. Ayrıca asıl iş dışında yardımcı işlerle ilgili ortaya çıkan olgular nedeniyle belirli süreli iş sözleşmeleri yapılması da gündeme gelebilir. İşyerinin çok fazla sipariş alması nedeni ile işgücü ihtiyacı duyması işyerinden kaynaklanan sebeplerdir. Bir işçinin hamilelik veya askerlik nedeni ile geri dönmek üzere ayrılması durumunda, bu boşluğun kapatılması için işçi alımı yapılırsa, başka işçiden kaynaklanan sebepler söz konusudur. Sipariş artışında zaman kazanmak için o dönem için aşçı tutulması ise yardımcı işle ilgili olgulara örnek oluşturur⁶⁸.

4. Benzer Haller ve Kanundan Doğan Belirli Süreli İş İlişkileri

Objektif neden teşkil edecek benzer hallerin tespit edilebilmesi için somut olay ve şartlar incelenmelidir. Bu doğrultuda, işçi ve işverenin meşru menfaatlerinin dikkate alınması ve adil denge gözetilmesi gereklidir⁶⁹. Örneğin işletmenin menfaatıyla ilişkili olarak belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasının mümkün olabileceği durumlara, mevsimlik iş sözleşmeleri ile yapılan işin türü ve niteliği gereği, sahne sanatçıları⁷⁰ ile teknik direktör ve menajerlerle, başarıya bağlı olarak üst düzey yöneticilerle yapılan iş sözleş-

melerini belirtmek mümkündür⁷¹.

Ayrıca, kanunlarda bazı iş sözleşmelerinin belirli süreli olarak yapılmasına imkân tanınmakta olup, söz konusu hükümlerin bulunduğu hallerde İş Kanunu'nun aradığı objektif şartların varlığı aranmayacağı gibi, bu sözleşmelerin zincirleme yapılması halinde de esaslı neden bulunması gerekmemektedir⁷².

Kanundan doğan belirli süreli iş sözleşmesi bakımından ise örneğin, 14.02.2007 tarihinde yürürlüğe giren ve 625 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nun yerini alan 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu⁷³ ile yönetici, öğretmen, uzman öğretici ve usta öğreticiler ile kurucu ve kurucu temsilcisi ile yapılacak iş sözleşmelerinin süresinin en az bir senelik olması koşulu getirilmiştir. İstisnai olarak, mazeretleri nedeni ile kurumdan ayrılanlar yerine alınacak olanlarla bir yıldan daha az süreli sözleşmeler yapılabileceği düzenlenmiştir. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu kararıyla⁷⁴, sözleşmenin belirli süreli iş sözleşmesi olarak kabul edileceği ifade edilmiştir. Çünkü sözü geçen içtihadı birleştirme kararına göre, "5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu eğitim ve öğretimin kesintisiz devam etmesi amaçlandığından, öğrenciler bakımından "en az bir takvim yılı süreli" sözleşme imzalanmasını öngören 5580 sayılı Kanun'un 9. maddesi, diğer maddelerle birlikte değerlendirildiğinde özel öğretim kurumları personeli ile yapılan sözleşmenin belirli süreli iş sözleşmesi olduğu sonucuna varılmıştır."

66 Başterzi, s. 116, vd.; Ekonomi, s. 15, vd.; Narmanlıoğlu, s. 221.

67 Y9HD 16.11.2009 E.2009/6794 - K.2009/31338 Güzel/Özkaraca/Ugan, s. 539; Şahankaya, s. 193

68 Güzel/Özkaraca/Ugan, s. 540-541; Ayan, s. 449; Şahankaya, s. 194.

69 Alpagut, s. 74.

70 Süzek, s. 255; Güzel/Özkaraca/Ugan, s. 541; Alpagut, s. 88-91; Ayan, s. 450; Şahankaya, s. 194.

71 Gümrükçüoğlu, s. 190 vd.; Başterzi, Avrupa Konseyi, s. 152-172; Başterzi, s. 429.

72 "İş sözleşmesinin süresinin kanunla belirlenmiş olması halinde, Kanunda belirtilen süreye uygun olarak yapılan sözleşmelerin belirli süreli olmasının yasal bir zorunluluk olması nedeniyle bu sözleşmelerde objektif nedenin varlığı aranmayıp, sözleşmenin zincirleme olarak birden fazla yapılması halinde de belirsiz süreli sözleşmeye dönüşmesi söz konusu değildir." YHGK 01.04.2015 T., E.2013/22-1943-K.2015/1131, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 01.11.2022.

73 RG T. 14/2/2007, S. 26434.

74 Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, 23.2.2018 T., E. 2017/1 K. 2018/2 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi 10.10.2022.

V. Yargı Kararları Işığında Belirli Süreli İş Sözleşmesine Genel Bakış

Yargı kararları bakımından önemle belirtilmelidir ki, iş sözleşmesinin İş Kanunu m. 11 uyarınca belirli süreli kurulabilmesi için objektif nedenin bulunması gerektiğine dair norm, hukuka aykırı olarak belirli süreli iş sözleşmesi kuran işverenler bakımından işçiyi koruma amacı ile getirildiğinden söz konusu norma aykırılık yalnızca işçi tarafından ileri sürülebilir. Dolayısıyla kanunda yer alan emredici düzenlemenin sadece işçi lehine uygulanabilmesi mümkündür. Hâl böyle olunca, işçinin belirli süreli iş akdine dayanarak hak talebinde bulunduğu bir uyuşmazlıkta, iş akdinin belirsiz süreli olduğu hakim tarafından resen dikkate alınmamalıdır. Aksi halde sözleşmenin belirsiz süreli kabul edilmesi Süzek'e göre, yasanın amacına ters düşecektir. Çünkü, her ne kadar ilk bakışta emredici bir düzenlemenin hukuki sonucu olarak sözleşmenin belirsiz süreli olduğunun kabulü gerekse de bu durum işçi bakımından adil olmayan sonuçların doğmasına yol açacaktır⁷⁵. Konuya ilişkin işçi yerine işveren tarafından sözleşmenin objektif neden yokluğuna dayanarak belirsiz süreli iş sözleşmesi olduğunun ileri sürülmesi durumunda da benzer şekilde Yargıtay 22. Hukuk Dairesi işveren iddiasının kabulünün kanunun amacına aykırı olacağı gibi hakkın kötüye kullanılması niteliği olduğu sonucuna varmaktaydı⁷⁶. Yargıtay 9. Hu-

kuk Dairesi ile 22. Hukuk Dairesinin birleşmesi sonrasında alınan ilke kararı doğrultusunda Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ilke kararı doğrultusunda işveren tarafından sözleşmenin objektif neden yokluğuna dayanarak belirsiz süreli olduğunun ileri sürülmesinin Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesi uyarınca hakkın kötüye kullanımı teşkil ettiğini ve sözleşmenin belirsiz süreli olduğunu ileri sürme hakkının sadece işçiye ait olması gerektiği kanaatine varılmıştır⁷⁷. Örneğin işçinin yeni bir işe girmek için şehir değiştirme veya ev kiralama durumu olacağından mevcut işi ile ilgili belirli süreli iş sözleşmesi yapması işçinin kendi lehine ise, söz konusu durumların yasada sayılan objektif nedenler arasında olmaması gerekçesiyle sözleşmenin belirsiz süreli sayılması Ekmekçi/Yiğit'e göre, maddenin amacı ile bağdaşmayacaktır. Çünkü söz konusu düzenleme işçiyi korumaya yönelik getirildiği için işçinin menfaati sözleşmenin belirli süreli yapılması yönünde ise, işçinin iradesine değer verilmelidir⁷⁸.

Öte yandan, işçinin belirli süreli sözleşmede düzenlenen bakiye süre ücreti gibi haksız feshe ilişkin cezai şart talebi reddedilmekte⁷⁹, ayrıca bir aylık süre içinde işçinin işe iade davası açmaması nedeniyle işçinin iş güvencesinden doğan haklarını talep edememesine yol açmaktadır⁸⁰. Bu nedenle belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilmesi İş Kanunu'nda belli şartlara bağlanarak sınırlandırılmıştır⁸¹. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin yerleşik içtihadı doğrultusunda kanunda belirtilen objektif nedenler olmadığı halde belirli süreli yapılan iş sözleşmeleri 9. Daire tarafından belirsiz süreli sayılmakta ve işçi bakiye süre ücreti talep edememekteydi⁸². Ancak cezai şart ve bakiye

75 Süzek, s. 258-259.

76 Konuya ilişkin işçi yerine işveren tarafından sözleşmenin objektif neden yokluğuna dayanarak belirsiz süreli iş sözleşmesi olduğunun ileri sürülmesi durumunda da benzer şekilde Yargıtay 22. HD. İşveren iddiasının kabulünün kanunun amacına aykırı olacağı gibi hakkın kötüye kullanılması niteliği olduğu sonucuna varmaktadır. Bkz. Y. 22. HD, 21.12.2017 T., 20653/30350 sayılı kararı, Kazancı İçtihat Bankası, Alp, Mustafa: Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Yargıtay Tarafından Resen Belirsiz Süreli İş Sözleşmesine Dönüştürülmesi, Prof. Dr. Savaş Taşkent'e Armağan, İstanbul 2019, s. 496, vd. Benzer şekilde "sözleşmenin belirsiz süreli olduğunu ileri sürme hakkının sadece işçiye ait olduğu yönünde" bkz. Y. 22. HD. 06.07.2020 T., 2017/41331 E., 2020/8853 K. sayılı karar,

Ekmekçi/Yiğit, s. 57-58.

77 Y. 9. HD. 03.03.2021 T., 854/5458 sayılı kararı, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 12.10.2022.

78 Ekmekçi/Yiğit, s. 56-57.

79 Süzek, s. 258-259.

80 Süzek, s. 258-259; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 193; Sümer, s. 41; Ekmekçi/Yiğit, s. 51.

81 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 193; Ekmekçi/Yiğit, s. 51.

82 Y. 9. HD. 5.7.2012 T., 23674/26556, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 12.10.2022; Y. 9. HD. 7.04.2014 T., 2012/7189 E., 2014/11509 K., Çalışma ve Toplum Dergisi,

süre ücreti talepleri bakımından Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ile 22. Hukuk Daireleri arasında ortaya çıkan görüş farklılıklarından dolayı uyumsuzluk Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu tarafından incelenmiş ve Genel Kurul objektif sebebin yokluğu halinde iş sözleşmesinin belirsiz süreli sayılacağını ancak cezai şartın varlığını koruyacağına karar vermiştir⁸³. Belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce feshedilmesi bakımından işçinin hem bakiye süre ücreti alacağını hem de cezai şartı talep edip edemeyeceği hususunda ise, TBK m. 179/1 maddesi⁸⁴ gözetilerek Yargıtay, taraflar arasında bağitlanan sözleşmede açık bir hüküm olmadığı müddetçe cezai şart ile bakiye süre ücreti tutarı tazminatın birlikte istenmeyeceği, davacıya seçimlik hakkını kullanması için süre verilmesi ve davacının talebine göre sonuca gidilmesi gerektiğini belirtmektedir⁸⁵.

Alt işverenlik, asıl işe yardımcı işlerin yürütülmesinde ve farklı uzmanlık gerektiren işlerin sürdürülmesinde özellikle kamusal alanda olmak üzere, genellikle bir süreye bağlı olarak oldukça sık başvurulan bir yoldur. Bu bağlamda örneğin işyerinin güvenlik, temizlik, yemek üretimi ve dağıtım gibi yardımcı işlerin genellikle birer yıllık sözleşmelerle alt işverenlere gördürülmektedir. Bu noktada, İş Kanunu'nun 11. maddesinde işin niteliğinden ziyade veya işin niteliği ile birlikte işin devamı bir süre ile sınırlı ise işin devam edeceği süre, belirli süreli iş sözleşmesi yapmak için objektif bir neden olarak kabul edilmiştir. Buna göre alt işverenlik uygulamalarında, yapılan işin nitelik olarak belirsiz süreli de olsa belirli süreli sözleşmeyi caiz kılan işin belirli süreli olması

sonucu ortaya çıkmaktadır⁸⁶. Ancak bu konuda da dikkat edilmesi gereken birtakım hususlar bulunmaktadır. Şöyle ki, her şeyden önce yapılacak olan belirli süreli iş sözleşmesinin belirlenmiş olan iş süresi (örneğin ihaleli işlerde ihale süresi) ile uyumlu olması gerekecektir. Bu uyum iki sürenin denk olması, eş süreli olması anlamındadır. Kural bu olmakla birlikte iş sözleşmesi sona eren bir işçinin yerine işe giren bir işçi veya sonradan ortaya çıkan eleman ihtiyacını karşılamak üzere işe giren bir işçi ile kalan süre kadar belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilir⁸⁷. Nitekim Yargıtay da bir kararında hastane işyerinde ihale ile alınan bir işte güvenlik görevlisi olarak çalışma durumunda, ihale süresinin de önem arz ettiğini belirterek, ihale süresi ile sözleşme süresinin aynı olması gerektiğine işaret etmiştir⁸⁸.

Öte yandan, belirli süreli sözleşmenin yenilenmesi bakımından, İş Kanunu'nun 11. maddesinin 2. fıkrasında, belirli süreli iş sözleşmesinin esaslı bir neden olmadıkça, birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamayacağı, aksi halde iş sözleşmesinin başlangıçtan itibaren belirsiz süreli kabul edileceği hüküm altına alınmıştır. Hemen belirtmeli ki, esaslı nedenler ibaresi ile objektif nedenler (koşullar) terimleri arasında bir fark bulunmamaktadır⁸⁹.

Ayrıca, ilgili madde metninde geçen "birden fazla üst üste (zincirleme)" ibaresi, belirli süreli iş sözleşmesinin esaslı bir neden olmaksızın bir kere yenilenmesinin mümkün olduğu yönünde anlaşılmalıdır⁹⁰. Ancak aynı maddenin üçüncü fıkrası uyarınca, esaslı nedene dayalı zincirleme iş sözleşmeleri ise, belirli süreli olma özelliğini koruyacaklardır. Bu bağlamda objektif (esaslı)

2015/4, s. 562-564; YHGK 18.01.2017 T., 2014/9-2514 E., 2017/13, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 12.10.2022.

83 YİBGK, 8.3.2019 T., 2017/10 E., 2019/1 K. sayılı kararı, RG. T. 18.07.2019, S. 30835. İlgili İBK'na ilişkin ayrıntılı değerlendirme için bkz. Güzel, s. 1715-1716.

84 İlgili düzenleme şöyledir: "Bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için bir ceza kararlaştırılmışsa, aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça alacaklı, ya borcun ya da cezanın ifasını isteyebilir."

85 Y. 9. HD. 25.3.2021 T., 498/6992; Y. 9. HD. 3.3.2021 T., 854/5458; Y. 22. HD. 12.02.2020 T., 2016/29534, 2020/2899, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 12.10.2022; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 203

86 Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, s. 462; Evren, Öcal Kemal, "Belirli Süreli İş Sözleşmelerinde Objektif Koşul Kavramı", Sicil İş Hukuku Dergisi, S.10, Haziran 2008, s. 100.

87 Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, s. 459; Evren, s. 100.

88 Y. 9. HD. 2006-22123/2006-30722/20.11.2006, Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 13, s 279-280; Evren, s. 100.

89 Ekonomi, s. 37; Başterzi, s. 47; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 207; Süzek, s. 262; Sümer, s. 42.

90 Güzel/Özkaraca/Ugan, s. 529 vd.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 206; Ekonomi, s. 29; Alpagut, Gülsevil: "4857 Sayılı Yasa Çerçevesinde Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi", Mercek, S:33, Y. 2004, s. 85; Güzel, s. 1712.

neden, sözleşmenin ilk kurulduğu sırada var olan neden olabileceği gibi, farklı bir neden de olabilir⁹¹. Yargıtay altı yıl belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan bir işçiye ilişkin bir kararında, yıllar boyunca devam eden zincirleme iş sözleşmelerine bir sınır getirilmesi gerektiğini, bunun aksinin kanunun belirli süreli sözleşme yapmayı sınırlandırma amacına uygun düşmeyeceğini ifade etmektedir⁹². Aksi halde uzun yıllar belirli süreli iş sözleşmesi yapmak somut olayın özelliğine göre işçinin hakları ile iş güvencesinden yararlanmasını engellemek amacıyla hakkın kötüye kullanılmasını oluşturabilecek ve yasanın amacına uygun düşmeyecektir⁹³. Nitekim objektif koşullar sözleşmenin süresinin belirlenmesinde gözetilmeli ve sözleşme süresi belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasını gerektiren sebep ile tutarlılık içinde olmalıdır⁹⁴.

Türk Borçlar Kanunu'nda ise, belirli süreli iş sözleşmesinin zincirleme yapılabilmesi İş Kanunu'nun 11. maddesi ile paralel şekilde esaslı nedenin varlığı koşuluna dayandırılmaktadır⁹⁵ (TBK m. 430/2)⁹⁶. Ayrıca yine bahsi geçen fıkraya göre,

sözleşme süresinin bitiminden sonra sözleşme örtülü olarak devam ediyorsa belirsiz süreli sözleşmeye dönüşmektedir.

TYP bakımından incelendiğinde ise, TYP Yönetmeliğinin 10. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, "TYP uygulama süresi, her bir program için en fazla altı aydır ve sözleşmede belirlenen sürenin tamamlanmasıyla sona erer." Süre uzatımına ilişkin ise, aynı maddenin dördüncü fıkrasına göre, "TYP'nin süresi uzatılamaz." Mülga Aktif İşgücü Yönetmeliğinin 66. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkrası uyarınca ise, "(2) TYP uygulama süresi, her bir program için dokuz aydan fazla olamaz. İl müdürlüğü TYP'nin niteliğine göre, toplam süreyi aşmamak şartı ile süreyi belirleme yetkisine sahiptir.

(3) Katılımcılar için yararlanma süresi, on iki ay içerisinde ayrı ayrı olarak veya bir defada en fazla dokuz aydır. Dokuz aylık süre, kişinin TYP kapsamındaki bir programdan yararlanmaya başlama tarihi üzerinden değerlendirilir. Katılımcıların programa başladığı tarihten on iki ay sonra yeniden yararlanma hakkı doğar."

Belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasının hukuki sonuçları bakımından ise, sözleşmenin süresinin bitimi ile kendiliğinden sona ermesi durumunda belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçi kıdem tazminatına hak kazanamaz⁹⁷. Söz konusu işçilere bildirim öneli uygulanmaz⁹⁸. İşçinin iş güvencesinden kaynaklanan talep hakkı bulunmaz⁹⁹. Ayrıca, sözü geçen işçilerin yeni iş arama izni de bulunmamaktadır¹⁰⁰. Dolayısıyla belirsiz süreli iş

91 Güzel/Özkaraca/Ugan, s. 557 vd.; Güzel, s. 1712. Nitekim Yargıtay'a göre de, "...belirli süreli iş aktinin yapılmasının objektif nedeni varsa ve bu neden devam ediyorsa veya yeni bir neden ortaya çıkmışsa belirli süreli iş sözleşmeleri yenilenebilir...Zincirleme iş sözleşmelerini belirli süreli niteliğini koruyabilmeleri için her birinde aranan objektif nedenlerin aynı olması da şart değildir..." Yarg. 9.HD., 23.6.2008, E.2007/42976, K.2008/17137, Çil, Şahin: İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (2019-2021 Yılları), 8. Baskı, Ankara 2021, s. 194; 18.02.2008, E.2007/24530 K.2008/171, aynı yönde, Yarg. 9. HD., 02.06.2008, E.2007/39341 K.2008/13324; 26.05.2008, E.2007/37495, K.2008/12518, Kazancı İçtihat Bankası; Güzel, s. 1712.

92 Y. 9. HD. 5.5.2005, 12170/15792, Çalışma ve Toplum Dergisi, 4, s. 231-232; Süzek, s. 263.

93 Güzel, Ali: Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, 2005, Ankara 2007, s. 32-33; Alpagut, s. 117; Çil, C. I, s. 574; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 174, vd.; Süzek, s. 263. Aksi görüş için bkz. Taşkent, Savaş; Mevsimlik Bir İşte Yapılan Belirli Süreli İş Sözleşmesi, Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan, C. 1, İstanbul 2010, s. 762-763.

94 Sümer, s. 42.

95 Süzek, s. 262; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 209.

96 İlgili düzenleme şöyledir: "Belirli süreli sözleşme, süresinin bitiminden sonra örtülü olarak sürdürülüyorsa, belirsiz süreli sözleşmeye dönüşür. Ancak, esaslı bir se-

bebin varlığı hâlinde, üst üste belirli süreli hizmet sözleşmesi kurulabilir."

97 Şakar, s. 114; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 193; Sümer, S. 41; Narmanlioğlu, s. 217, 225.

98 Şakar, s. 114; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 193.

99 Süzek, s. 259. Bkz. İş Kanunu m. 19/1: "Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır."

100 Caniklioğlu, belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilere sözleşmeye özel bir hüküm ile iş arama izni hakkının tanınabileceği görüşündedir. Caniklioğlu Nurşen: İş Kanununun 10. Yılında Belirli Süreli İş Sözleşmesi ile Kısmi Süreli İş Sözleşmesi ve Uygulamada Yaşanan Sorunlar,

sözleşmelerinin belirli süreli iş sözleşmelerine kıyasla daha fazla işçi yararına olduğu kabul görmektedir¹⁰¹. Bu doğrultuda işçiyi koruma düşüncesi ile sadece belirli süreli iş sözleşmelerinin zincirleme olarak yapılmasıyla değil, sözleşmenin ilk defa yapılması durumunda da işçiyi koruyucu düzenlemelere gidilmiştir¹⁰².

VI. Belirli Süreli İş Sözleşmesinin İşin Sürekliliği, Niteliği ve Temizlik İşİ Özelinde İncelenmesi

Sözleşmenin yapılması sırasında ifa edilecek olan işin ne kadar süre devam edeceğinin bildirildiği ya da öngörülebildiği durumda, niteliği itibarıyla yapılan iş belirli süreli iş kabul edilebilecektir. "Belirli süreli iş" kavramı tarafların iradesinden bağımsız olarak, işin niteliği gereği süresinin belirli süreli olmasını ifade etmektedir. Bir başka anlatımla, işin süresinin taraflarca kararlaştırılması anlamına gelmemektedir¹⁰³. Önemle belirtilmelidir ki, bir faaliyetin süreklilik arz etmesi, söz konusu faaliyet bakımından bir objektif nedenin ortaya çıkması durumunda, belirli süreli bir iş sözleşmesine konu olmasına herhangi bir engel oluşturmayacaktır. Bu sebeple, Yargıtay kararlarında da isabetle belirtildiği üzere, bir faaliyet süreklilik dahi arz etse, bir işin tamamlanması ya da bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif bir nedenin varlığı halinde, bu faaliyet açısından da belirli süreli iş sözleşmesi kurulabilecektir. Bu bağlamda, önemli olan husus, objektif nedenin

tespitidir¹⁰⁴. Keza, Yargıtay tarafından işçinin yaptığı işin süreklilik arz etmesinin, bu işçi ile belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasına engel teşkil etmeyeceği ifade edilmekte ve bu işi yapan diğer işçinin hastalanıp rapor alması, ücretsiz izne çıkması gibi sözleşmenin belirli süreli yapılmasını gerektiren bir olgu varsa, işçi ile işveren arasında belirli süreli iş sözleşmesi yapılabileceğine işaret edilmektedir¹⁰⁵.

Bu doğrultuda, işçi ile zaman içinde devam edecek bir iş değil de tamamlanması ile sona erecek bir işte çalıştırılmak üzere belirli süreli iş sözleşmesi kurulabilmektedir¹⁰⁶. Örneğin bir projenin bitirilmesi için belirli süreli iş sözleşmesi yapılabileceği Yargıtay içtihadı ile sabittir¹⁰⁷. Bu bağlamda çalışmamızın konusunu oluşturan toplum yararına çalışma programlarının yasa çerçevesinde belirli sürenin tamamlanması ile programın bitecek olmasından hareketle belirli süreli sözleşmeye konu olacağı Yargıtay içtihadı ile tespit edilmiştir. Sözü geçen 21 Mayıs 2022 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin E. 2022/2226 K. 2022/2943 sayılı kararına göre, "Her ne kadar işin niteliği olan temizlik işi sürekli bir iş olsa da objektif nedenin varlığı bakımından ifa edilen işin değil, toplum yararına çalışma programının kendisi gözetilmeli, program dahilinde süreli bir iş söz konusudur. Temel amacı işsiz bireylere geçici gelir desteği sağlamaktır ve süreleri ile süre uzatımı yapılması halinde uzatım süreleri de belirli sürelidir. Dolayısıyla özü itiba-

"10. Yılında 4857 Sayılı İş Kanunu Sempozyumu", 26-27 Nisan 2013, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Temmuz 2016, s. 169; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 193.

101 Süzek, s. 251.

102 Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, s. 458; Sümer, s. 42.

103 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, 196 vd., Süzek, s. 250 vd.; Eyrenci/Taşkent/ Ulucan/Baskan, s. 71 vd; Güzel, s. 1709.

104 Güzel/ Özkaraca/ Ugan, s. 527 vd.; Güzel, s. 1709.

105 Y. 9.HD., 03.04.2006, E. 2006/4680, K. 2006/8238, Çalışma ve Toplum 2006/3, 192-194; Güzel, s. 1710. Ayrıca karara ilişkin değerlendirme için bkz. Doğan Yenisey, Kübra: "Yargıtayın Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesine İlişkin 2006 Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2006, Ankara 2009, s. 44-45.

106 Süzek, s. 253.

107 Y. 9. HD. 2.2.2005 T., 31717/2891, Çankaya/Günay/Göktaş, s. 319-320; Alpagut, Değerlendirme 2005, s. 76; Canbolat, *Talat* (2007) "Mevzuatta Öngörülen Bazı İş Sözleşmesi Türlerinin 4857 Sayılı İş Kanununun Belirli Süreli İş Sözleşmesine İlişkin Esasları Yönünden Değerlendirilmesi", Legal İHD, S.13, s. 187-219, s. 196; Güzel, s. 1710; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 198.

riyle süreli olup, yapılan iş doğası gereği süreli bir iş niteliğinde olduğundan objektif esaslı nedenin varlığı kabul edilmelidir. Programın Hedefi, Niteliği ve Aktif İşgücü Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik hükümleri bir bütün olarak dikkate alındığında çalışmanın belirli süreli olduğu sonucuna varılmıştır.”

İşin niteliği ve amacı bakımından sözleşmenin süresinin belirlenmesi bakımından Ekmekçi/Yiğit'e göre, hasta olan işçinin yerine çalıştırılma, sipariş yoğunluğu, mevsim sonu satışları gibi örnekler bakımından her ne kadar amaca bağlı sürelendirme örnekleri olarak öğretide¹⁰⁸ kabul görse de, bahsi geçen örnekler işin niteliğine bağlı sürelendirme için yeterli değildir. Çünkü belirtilen örnekler sürelendirmeyi haklı kılmakta ve objektif neden ise de, “sipariş yoğunluğu süresince” gibi bir ibare ile sözleşmenin kurulması sözleşmeyi başlı başına belirli süreli hale getiremeyecektir. Çünkü işin niteliğine bağlı sürelendirme ile bir nedenin veya olgunun sürelendirmeyi haklı kılması farklı kavramlardır¹⁰⁹.

Temizlik işi özelinde konunun değerlendirilmesi bakımından ise, öncelikle belirtilmelidir ki, işçinin salt nitelikli işçi olmaması sebebiyle işçiyile belirli süreli iş akdi yapılamayacağını ileri sürmek isabetli olmayacaktır. Yüksek Mahkeme kararlarına konu olduğu üzere, örneğin Yargıtay 9. Hukuk Dairesi temizlik işçisi ile belirli süreli iş sözleşmesi kurulmasının mümkün olmadığına şöyle karar vermiştir: “*Temizlik, yükleme, güvenlik ve imalat işlerine ilişkin iş sözleşmeleri belirsiz süreli sayılmalıdır*”¹¹⁰. Yargıtay'ın bir başka kararı uyarın-

ca, “İşyerindeki görevin “imalat işi” gibi “temizlik işi” gibi “süreli işe” ilişkin olması halinde objektif (esaslı) bir neden oluşturmaz; belirli süreli iş sözleşmesi yapılamaz”¹¹¹. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi de benzer şekilde temizlik işinde “işin niteliğine göre taraflar arasında belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasını gerektirecek bir objektif neden bulunmadığı” yolunda değerlendirme yapmıştır¹¹². O halde bu karara göre, objektif neden bulunması durumunda temizlik işinin belirli süreli iş sözleşmesi yapılması mümkün olabilecektir. Benzer şekilde “kaynak işi” yapan davacı tarafın sürekli bir iş yaptığı gerekçesi ile iş sözleşmesinin belirli süreli olarak nitelenemeyeceği bir başka Yargıtay kararına konu olmuştur¹¹³. Ayrıca, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, işyerinde bütün işçileri yapacağı kararlaştırılan vasıfsız işçi¹¹⁴ ile ya da asgari ücretle çalışan¹¹⁵ veya su sayacını okumakla görevli işçilerle belirli süreli iş sözleşmesi kurulmasının mümkün olmadığına karar vermiştir¹¹⁶. Ancak çalışmamızın konusu bakımından önem arz ettiği üzere, bahsi geçen işçilerle de objektif nedenler varsa belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasına herhangi bir engel bulunmamaktadır. Örneğin bir vasıfsız işçi ile bir fuar süresince çalıştırılmasına ilişkin belirli süreli bir sözleşme yapılması

karar için bkz. Y. 9. HD. 13.6.2005 T., 25545/21051 sayılı kararı, Legal İHSGHD, S. 8, s. 1681; Süzek, s. 256.

111 Y. 9. HD. 15.5.2006 T., 10737/4979, Çil, Şerh, s. 576

112 Y. 22. HD. 22.01.2019 T., 2018/16917, 2019/1546 sayılı kararı, Ekmekçi/Yiğit, s. 54.

113 Y. 9. HD. 12.03.2007 T., 2006/20114, 2007/6285. Yargıtay sözü geçen kararında kaynak işine ilişkin iş sözleşmesinde işten ya da işçinin vasfından kaynaklanan bir objektif ve esaslı nedenden bahsedilmediği ve işyerindeki kaynak bölümünün sürekli bir iş olduğu gerekçelerini ileri sürerek aradaki sözleşmenin belirli süreli bir iş sözleşmesi sayılamayacağını aksine bu sözleşmenin belirsiz süreli bir iş sözleşmesi sayılarak ona göre hüküm verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Karara ilişkin ayrıntılı inceleme için bkz. Keser, Hakan, İşyerinde Yürütülen Sürekli İşlere İlişkin Olarak Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapılamayacağına Yönelik Yargıtay Kararının İncelenmesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 10, Haziran 2008, s. 111-119.

114 Y. 9. HD. 10.4.2006 T., 4580/8990 sayılı kararı, Legal İHSGHD, S. 11, s. 1031-1032; Süzek, s. 256.

115 Y. 9. HD. 24.3.2005 T., 18955/9551 sayılı kararı, Legal İHSGHD, S. 7, s. 1337-1338; Süzek, s. 256.

116 Y. 9. HD. 16.10.2006 T., 5882/27048 sayılı kararı, Legal İHSGHD, S. 8, s. 1681; Süzek, s. 256.

108 Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 198; Süzek, s. 253-254; Alpagut, Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi, s. 96, vd.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 465-466; Güler, Belirli Süreli İş Sözleşmesi, s. 43-44; Başterzi Süleyman: Avrupa Birliği Konseyinin 99/70 Sayılı Yönergesi Işığında Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapma Koşulları ve 4857 Sayılı İş Kanununun Öngördüğü Sistem, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Millî Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006, s. 152-153, 156-157; Güven/Aydın, s. 62; Akyiğit, s. 140.

109 Ekmekçi/Yiğit, s. 54-55.

110 Y. 9. HD. 18.2.2004 T., 2003/12750, 2004/2701 sayılı kararı, Günay, İş Kanunu Şerhi, s. 353; Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 209. Benzer şekilde bir başka

mümkündür¹¹⁷. Bir başka örnek ile kaynak işini vasıfsız bir iş olarak görüp, bu tür bir işe ilişkin olarak yapılacak iş sözleşmesinin her zaman için belirsiz süreli bir iş sözleşmesi saymak Keser'in de ifade ettiği üzere isabetli olmayacaktır¹¹⁸. Diğer taraftan, iş ilişkisini belirli bir süre ile sınırlamayı gerektirecek objektif başka bir nedenin mevcut olduğu durumlarda da, tarafların belirli süreli iş sözleşmesi bağitlaması mümkün olacaktır. Ancak, salt tarafların iradesi sonucu sözleşmenin bir süreyle sınırlanması yeterli olmayacak ve aynı zamanda işçinin kendisi yahut unvanı dikkate alınmayacaktır. Bu noktada, işin niteliği dikkate alınacak ve işyerinde ortaya çıkan geçici bir işgücü ihtiyacının bulunup bulunmadığı gözetilmek suretiyle belirli süreli iş sözleşmesi kurulabilmesi söz konusu olabilecektir¹¹⁹. Dolayısıyla, her uyumsuzluk bakımından, somut olay nezdinde sözleşmenin belirli süreli kabul edilmesine gerekçe olan bir objektif nedenin veya nedenlerin bulunup bulunmadığı değerlendirilerek sözleşmenin türüne ilişkin hüküm tesis edilmelidir.

Toplum yararına programa ilişkin mevzuat bakımından, Aktif İşgücü Hizmetleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik¹²⁰ m. 29 uyarınca Aktif İşgücü Hizmetleri Yönetmeliğinin 66 ncı maddesinin dördüncü fıkrasında“(4) Bir katılımcı aynı kurum veya kuruluşla düzenlenen TYP'den en fazla on sekiz ay yararlanabilir.” şeklinde yapılan değişiklik ile Mülga Yönetmeliğin “TYP'nin tamamlanması” başlıklı 72. maddesinin ikinci fıkrasında “TYP tamamlanmadan önce veya ilişik kesme işlemlerinden önce, TYP'nin özelliği gereği 4857 sayılı Kanunun 17 nci maddesinde yer alan belirsiz süreli sözleşmelere ilişkin olarak belirlenmiş olan bildirim süreleri uygulanmaz.” İlgili hüküm Yargıtay kararına konu uyumsuzluk sırasında yürürlükte olduğu için Yüksek Mahkeme ilgili hükmü de gözeterek taraflar arasındaki iş sözleşmesinin belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak kabul edilemeyeceğini ifade etmiştir. 2017

yılında yürürlüğe giren Aktif İşgücü Hizmetleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik¹²¹ 5. maddesi ile bahsi geçen fıkra yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak Daire, 2017 yılında Yönetmelikte yapılan değişikliklerin sözleşmenin belirli süreli olma özelliğini değiştirmediğini aksine kuvvetlendirdiğini ifade etmiş ve programın hedefi, niteliği ve Aktif İşgücü Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik hükümleri bir bütün olarak dikkate alındığında çalışmanın belirli süreli olduğu sonucuna varmıştır. Sözü geçen ve toplum yararına program kapsamında çalışan işçiler bakımından yapılan sözleşmenin Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tarafından belirli süreli iş sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerek işin niteliği bakımından gerek iş hukukunun temel ilkeleri arasında olan işçinin korunması ilkesi bakımından tartışılmaya değer niteliktedir.

Konuya ilişkin Baycık, toplum yararına programlarda İş Kanunu m. 11 anlamında programdan ve yapılan işin doğasından kaynaklanan bir objektif nedene sahip olduğu görüşündedir. Ayrıca yazar, Yönetmelik ve Genelgenin emredici hükümleri karşısında TYP kapsamında çalışanların sözleşmelerinin belirli süreli iş sözleşmesi olarak yapılmasının zorunlu olduğu kanaatinde¹²². Gün ise, toplum yararına programın işçiler bakımından iş güvencesinin, kıdem tazminatının, ihbar tazminatının ve yıllık izin hakkının kaybı anlamına geldiğini belirtmekte ve İş Kanunu'nda düzenlenen bahsi geçen hakların programın uygulanmasında mevcut olmamasını eleştirmektedir¹²³.

İşin niteliğine ilişkin öğretiden verilmeye çalışılan örnekler ve çeşitli yargı kararlarından hareketle toplum yararına programın amacı, kapsamı ve süresi gözetildiğinde yasa koyucunun İş Kanunu m. 11'de hüküm altına aldığı objektif neden kavramı ile programın amacının örtüştüğü ve

117 Süzek, s. 256.

118 Keser, s. 115-116.

119 Güzel/Özkaraca/Ugan, s. 527 vd.; Güzel, s. 1711.

120 RG T. 12.02.2016, S. 29622.

121 RG T. 27.09.2017, S. 30193.

122 Baycık, s. 15.

123 Gün, Servet: Toplum Yararına Çalışma Programı: İşsizlikle Mücadelede Yeni Bir Yöntem mi?, Sosyal Güvenlik Dergisi, C. 3, S. 2, Y. 2013, s. 93.

bu sebeple işin niteliği bakımından temizlik işinin de toplum yararına programın özellikleri ve doğası gereği sözleşmenin niteliğinin belirli süreli olmasına engel oluşturmadığı kanaatindeyiz. Aynı zamanda ilgili karar iş hukukunun temel bir ilkesi olan işçinin korunması ilkesi bakımından ele alındığında, Yargıtay kararlarında da belirtilmiş olduğu gibi, delillerin hüküm vermeye yeterli olmadığı ya da kesinlik göstermediği, delil ve karşı deliller değerlendirildiğinde, birine üstünlük verilemediği durumlarda işçinin korunması ve işçi lehine yorum ilkelerinden hareket edilmelidir¹²⁴. Dolayısıyla Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin sözleşmenin niteliğine ilişkin değerlendirmeyi yaparken ilgili mevzuat ve dosyaya sunulu deliller hüküm tesis edilebilmesi bakımından yeterli görülmüş olmalıdır ki işçinin korunması ilkesinin uygulanmasına lüzum görülmemiştir. Biz de mevzuat ve dosyaya sunulu delillerin davalı tarafta üstünlük verdiği ve işçinin korunması ilkesinin zedelendiğini belirtmenin mümkün görünmediği düşüncesindeyiz. Sonuç itibarıyla, ilgili Yargıtay kararını yerinde bulmaktayız.

VII. Sonuç

Günümüzde özellikle Millî Eğitim Bakanlığı bünyesinde yer alan okulların bakım onarım ve temizlik işlerinin yürütülmesi kapsamında İŞKUR resmi sayfası üzerinden 2022-2023 Öğretim Yılı 1. Dönemi için 4,5 ay süreli (geçici süreli) TYP uygulamasına devam edilmektedir. TYP kapsamında geçici istihdam yerine kadrolu işçi statüsü ile işe alım yapılması işsiz olan bireyler bakımından daha kalıcı bir istihdam sağlayacaktır. Ancak bu durum ayrı bir tartışma konusu olup, TYP'nin geçici gelir desteği hedefi ve sınırlı süreli bir program olması karşısında geçici istihdama karşılık olarak iş sözleşmesinin belirli süreli kabul edilmesinin yasa koyucunun amacı gözetildiğinde hukuka aykırılık teşkil etmediği düşüncesindeyiz. Bu sebeple yukarıda bahsi geçen TYP kapsamında yapılan sözleşmelerin belirli süreli iş

sözleşmesi olarak kabul edildiği Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Kararını isabetli bulmaktayız çünkü öğretide ve ilgili yargı kararında zikredildiği ve bizim de katıldığımız üzere, İş Kanunu m. 11 anlamında toplum yararına programın başlı başına, yapılan işin ve programın doğasından kaynaklanan bir objektif neden oluşturduğunu belirtmek mümkündür. Ayrıca, Yönetmelik ve Genelge'nin emredici hükümleri TYP kapsamında çalışmalara ilişkin iş sözleşmesinin belirli süreli iş sözleşmesi olarak yapılmasını gerektirmektedir. Bu bağlamda, yasal düzenlemeler ile sözleşmenin süresine ve sözleşme süresinin uzatılmasına ilişkin birtakım koşullar getirilmesi, sözleşmenin sadece sınırlı bir süre için yapılabileceğini açıkça ortaya koymaktadır. Keza, işçilerin programa katılırken programın koşullarını ve sözleşmenin sınırlı bir süreyi kapsadığını bilerek sözleşme yaptıkları göz ardı edilmemelidir. İzaha çalışılan sebeplerle, kanaatimizce yürürlükte olan toplum yararına program mevzuatı bakımından da toplum yararına program katılımcısı ile hizmet sağlayıcı arasında yapılan sözleşme belirli süreli iş sözleşmesi kabul edilmelidir.

Diğer taraftan, temizlik işi özelinde doğabilecek tartışmaların ve tereddütlerin önlenmesi bakımından yürürlükte olan Yönetmelik doğrultusunda sadece deprem, sel ve sair doğa olaylarının gerçekleştiği il veya ilçelerde, bir başka deyişle salt mücbir sebeplerin varlığı halinde TYP kapsamında temizlik işi gördürülmesinin mümkün kılınmasında yarar olacağı düşüncesindeyiz. Mücbir sebeplerin haricinde ise, okulların ve sair kamu kurum ve kuruluşların bakım, onarım ve temizlik işlerinin yürütülmesi kapsamında geçici değil kadrolu işçi alımı yoluyla istihdam sağlanabilmesine yönelik bir sosyal politika yürütülmesi kanaatimizce konuya ilişkin tereddütleri giderebilecektir.

KAYNAKÇA

- Alp, Mustafa: Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Yargıtay Tarafından Resen Belirsiz Süreli İş Sözleşmesine Dönüştürülmesi, Prof. Dr.

124 Y. HGK. 27.02.2008 T., 2008/9-179 E, 2008/165 K., www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 03.11.2022.

- Savaş Taşkent'e Armağan, İstanbul 2019, s. 477-502.
- Alpagut, Gülsevil: "4857 Sayılı Yasa Çerçevesinde Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi", *Mercek*, S: 33, Y. 2004, s. 73-91.
 - Alpagut, Gülsevil: *Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi*, TÜHİS Yayınları, Yayın No: 24, Ankara 1998.
 - Aktay, Nizamettin/Arıcı, Kadir/Kaplan-Senayen Tuncay: *İş Hukuku*, 3. Baskı, Ankara 2009.
 - Akyiğit, Ercan: *İş Hukuku*, 12. Baskı, Ankara 2018.
 - Akyiğit, Ercan: *İş Kanunu Şerhi (I. Cilt)*, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2006 (İş Kanunu Şerhi).
 - Ayan, Serkan: "Belirli Süreli İş Sözleşmesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 54, 2005, s. 431-487.
 - Başterzi, Süleyman, "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", *Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi* 2009, Ankara 2010, s. 3-131.
 - Başterzi, Süleyman: *Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapılmasına İlişkin Objektif Nedenlerin Tespitinde Menfaatler Dengesi "İşçinin Haklı Menfaati"*, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 15, Özel S.*, 2013, s. 423-449.
 - Başterzi Süleyman: *Avrupa Birliği Konseyinin 99/70 Sayılı Yönergesi Işığında Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapma Koşulları ve 4857 Sayılı İş Kanununun Öngördüğü Sistem*, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı*, Ankara 2006, s. 119-190.
 - Baycık, Gaye: *İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi*, *Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi*, 2016, Ankara 2017, s. 7-356.
 - Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz: *Türk İş Huku-*
 - ku'nda Belirli Süreli İş Sözleşmesi, İstanbul 2012.
 - Bulut Kalaçay, Meryem: *İşsizlikle mücadelede uygulanan Toplum Yararına Programının (TYP) Etkinliği: Kars Örneği*, *Kafkas Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, Kars 2020, s. 1.
 - Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat/Özkaraca, Ercüment: *İş Hukuku Dersleri*, 34. Baskı, İstanbul 2021.
 - Çil, Şahin: *Belirli Süreli İş Sözleşmesi*, *Osman Güven Çankaya'ya Armağan*, Ankara 2010, s. 33-65.
 - Çil, Şahin: *İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (2019-2021 Yılları)*, 8. Baskı, Ankara 2021.
 - Doğan Yenisey, Kübra: "Yargıtayın Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesine İlişkin 2006 Kararlarının Değerlendirilmesi", *Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi* 2006, Ankara 2009, s. 9-99.
 - Ekmekçi, Ömer/ Yiğit, Esra: *Bireysel İş Hukuku Dersleri*, 2. Baskı, İstanbul 2020.
 - Ekonomi, Münir: *4857 Sayılı Kanun Hükümlerine Göre Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Hukuka Uygunluğu*, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 9, 2006, s. 15-32.
 - Evren, Öcal Kemal, "Belirli Süreli İş Sözleşmelerinde Objektif Koşul Kavramı", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S.10, Haziran 2008, s. 93-105.
 - Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/ Ulucan, Devrim/Baskan, Esra: *İş Hukuku*, 10. Baskı, İstanbul 2020.
 - Güzel, Ali: "Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Hukuki Nitelemesi -Haksız Feshe Bağlı Tazminat ve Cezai Şart", *Çalışma ve Toplum*, C. 3, S. 73, Y. 2022, s. 1705-1732.
 - Güzel, Ali: *Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi*, *Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi*, 2005, Ankara 2007, s. 9-71.

- Gün, Servet: Toplum Yararına Çalışma Programı: İşsizlikle Mücadelede Yeni Bir Yöntem mi?, Sosyal Güvenlik Dergisi, C. 3, S. 2, Y. 2013, s. 76-95.
- Güzel, Ali/Özkaraca, Ercüment/Ugan, Deniz; "Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Belirli Süreli İş Sözleşmesi: Yapılma ve Yenilenme Koşulları", Prof. Dr. Sarper SÜZEK'e Armağan, C. 1, İstanbul 2011.
- Keser Hakan, "İşyerinde Yürütülen Sürekli İşlere İlişkin Olarak Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapılamayacağına Yönelik Yargıtay Kararının İncelenmesi", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 10, Haziran 2008, s. 111-119.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin; İş Hukuku, 4.B, Ankara 2011.
- Narmanlıoğlu, Ünal: İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, 5. Bası, İstanbul 2014.
- Özdemir, Erdem, "Teoride ve Uygulamada İş Hukuku Borçlar Hukuku İlişkisi & Yeni İş Sözleşmesi Türleri", Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu Semineri, 20-21 Eylül 2011, İstanbul 2011.
- Özer, Hatice Duygu: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Boyutuyla Toplum Yararına Program, Ankara 2021.
- Sümer, Haluk Hadi: İş Hukuku, 22. Baskı, Ankara 2017.
- Süzek, Sarper: İş Hukuku, 21. Baskı, İstanbul 2021.
- Süzek, Sarper: İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, 1998, İstanbul 2000, s. 65-131.
- Taşkent, Savaş: "Belirli Süreli İş sözleşmesi Yapma Serbestisi ve Bunun Sınırı", Sicil İş Hukuk Dergisi, Mart 2008, S. 9, s. 14-23.
- Taşkent, Savaş: Mevsimlik Bir İşte Yapılan Belirli Süreli İş Sözleşmesi, Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan, C. 1, İstanbul 2010, s. 745-767.
- Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla: Borçlar Hukuku, İstanbul 1993.
- Yıldız, Gaye Burcu: Toplum Yararına Program Katılımcılarının İş Hukuku Açısından Hukuki Niteliğinin Değerlendirilmesi, Sosyal Politika-İktisat Yazıları, Prof. Dr. Seyhan Erdoğan'ya Armağan, Ankara 2020, s. 308-319.
- Yiğit, Yusuf: Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapma Serbestisi ve Bu Serbestinin Sınırları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 14, S. 2, 2012, s. 101-166.

İşletme Toplu İş Sözleşmesinin Varlığı İddiasıyla Yapılan Yetki İtirazı

Öz

Bir gerçek veya tüzel kişiye yahut bir kamu kurum veya kuruluşuna ait aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması durumunda yapılacak toplu iş sözleşmesi türü işletme toplu iş sözleşmesidir. Amaç, aynı işverene ait aynı işkolunda yeknesak kuralların uygulanmasının ve böylelikle çalışma barışının yerine getirilmesinin sağlanmasıdır. O nedenle de işletme toplu iş sözleşmesi kamu düzenine ilişkindir. Bu noktada 6356 sayılı Kanun ile işkoluna ilişkin itirazların yetki sürecinde bekletici neden yapılmayacağına ilişkin düzenlemenin işletme toplu iş sözleşmesine ilişkin iddialarda uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. Uygulama-

da işletme toplu iş sözleşmesine ilişkin yetki itirazlarında yetkili mahkemenin belirlenmesi hususunda sorunlar yaşanmaktadır. Zira yetki itirazını inceleyip değerlendirme yetkisine sahip olan mahkeme ile toplu iş hukuku anlamında işletmenin var olup olmadığını belirleme yetkisine sahip olan mahkeme aynı olabileceği gibi farklı da olabilmektedir. Çalışmada, işletme toplu iş sözleşmesine ilişkin yetki itirazında ortaya çıkan tüm bu hususların İş Mahkemeleri, Bölge Adliye Mahkemeleri ve Yargıtay Kararları çerçevesinde ne şekilde ele alındığının incelenmesi ve değerlendirmelerin sunulması hedeflenmiştir.

Anahtar Sözcükler:

İşletme toplu iş sözleşmesi, yetki itirazı, bekletici neden, işkolu tespiti, kamu düzeni.

Disputing the Competence Related to the Existence of Enterprise Collective Labour Agreement

Abstract

The agreement which covers more than one workplace in the same branch of activity belonging to a legal or natural person or a public

institution must be concluded as the type of the enterprise collective labour agreement. The aim is to apply uniform rules in the workplaces

* Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, eda.odaman@deu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-9203-2063.

which are in the same branches belonging to the same employer and thus to ensure the labour peace. Because of this reason, the enterprise collective labour agreement is related to public order. At this point, it has been discussed that the regulation explains that the objections related to the branch of activity will not be a pending issue in the competence process regulated in the Code numbered 6356 will be applied or not to the claims related to the enterprise collective labour agreement. In practice, there are problems in determining the competent court for disputes as to competence concerning the conditions required

for workplaces for which enterprise collective labour agreement. Because, the competent court to examine and evaluate the dispute as to competence and the competence court to determine the conditions required for workplaces for which enterprise level collective agreement is to be concluded may be the same or different. In this study, it has been aimed to examine and submit assessments related to all these issues that arise in the disputes as to competence regarding the enterprise collective labour agreement are handled within the framework of the Labour Courts, Regional Courts of Justice and the Court of Cassation decisions.

Keywords:

Enterprise collective labour agreement, disputes as to competence, pending issue, determination of the branch of activity, public order.

Giriş

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda¹ ("6356 sayılı Kanun") işyeri, işletme ve işyerleri (grup) toplu iş sözleşmesi olmak üzere düzeyine göre üç toplu iş sözleşmesi türüne yer verilmektedir². Bunlardan işletme toplu iş

toplu iş sözleşmesi türlerinden hukuki niteliği çok farklı yeni bir toplu iş sözleşmesi türü olduğuna ilişkin görüş için bkz. Demir, F.: En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir, 2018, s. 634. Katıldığımız bir diğer görüşe göre ise; çerçeve sözleşmenin toplu iş sözleşmesinin bir türü olarak kabulü tanım ve içeriğinin farklılığı nedeniyle mümkün değildir. (Narmanlıoğlu, Ü.: İş Hukuku II, Toplu İş İlişkileri, İstanbul, 2016, s. 330; Narmanlıoğlu, Ü.: "19.03.2012 tarihli Toplu İş İlişkileri Kanununun Tasarısının Getirdikleri", Sicil İş Hukuku D., S.: 27, Eylül 2012/III, s. 148; Kutal, M.: Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Yasasının Kimi Hükümlerinin İptali İstemi ile Anayasa Mahkemesine Açılan Davaya İlişkin Notlar, Çalışma ve Toplum D., S. 44, 2015/1, s. 21; Canbolat, T.: 6356 sayılı Kanuna Göre Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Türleri, İstanbul, 2013, s. 152; Canbolat, T.: "6356 sayılı Kanun'da Öngörülen Çerçeve Sözleşmenin Hukuki Niteliği", Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.:20, S.: 1, İstanbul, 2014, s. 533; Eyrenci, Ö.: "6356 sayılı Kanunda Toplu İş Sözleşmesi Türleri", Prof. Dr. Polat Soyler'e Armağan I, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.: 15, Özel S., İzmir, 2013, s. 119; Arıcı, K.: Türk İş Hukuku-II, Toplu İş İlişkileri Hukuku, Ankara, 2022, s. 239; Akyiğit, E.: Toplu İş Hukuku, Ankara, 2022, ss. 416-419; Şahlanan, F.: Toplu İş Hukuku, İstanbul, 2020, s. 342; Sur, M.: İş Hukuku-Toplu İlişkiler, Ankara, 2022, s. 301; Ekmeççi, Ö.: Toplu İş Hukuku Dersleri, İstanbul, 2022, s. 291; Subaşı, İ.: "6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'na Göre Toplu İş Sözleşmesi", Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.: 20, S.: 1, İstanbul, 2014, s.

1 R.G., 7/11/2012, 28460.

2 6356 sayılı Kanun'un 2. maddesinin 1. fıkrasının b bendinde "Ekonomik ve Sosyal Konseyde temsil edilen işçi ve işveren konfederasyonlarına üye işçi ve işveren sendikaları arasında işkolu düzeyinde yapılan sözleşme" olarak tanımlanan çerçeve sözleşmenin de toplu iş sözleşmesinin bir türü olup olmadığı öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre; çerçeve sözleşme işkolu düzeyinde akdedilmesi gereken bir toplu iş sözleşmesidir. (Aktay, N.A./Özdemir Ertürk, O.: Toplu İş Hukuku, Ankara, 2022, s. 156-157; Dereli, çerçeve sözleşmeyi yeni bir toplu iş sözleşmesi türü olarak tanımlamakla beraber çerçeve sözleşmenin gerçek bir işkolu toplu iş sözleşmesi olmadığını belirtmektedir. Dereli, T.: "6356 sayılı Yeni Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, Genel Değerlendirme", Çalışma ve Toplum D., S.: 36, 2013/1, s. 54. İşkolu toplu iş sözleşmesi aynı ekonomik faaliyetin yürütüldüğü işyerlerinde çalışan işçilerin çalışma koşullarını belirleyen, ulusal, bölgesel, kentsel veya daha düşük düzeyde yürürlük alanına sahip toplu iş sözleşmesi olarak tanımlanmaktadır. Yan görüş için bkz. Tunçoğlu, K./Centel, T.: İş Hukukunun Esasları, Temmuz, İstanbul, 2022, s. 373. Çerçeve sözleşmenin diğer

sözleşmesi aynı işverenin aynı işkolundaki işyerlerinde yeknesak kuralların uygulanmasını sağlama amacını gütmektedir. Bu nedenle 6356 sayılı Kanun aynı işverene ait aynı işkolunda birden fazla işyeri olması durumunda işyerlerinin aynı il sınırında olmasını aramaksızın hepsini kapsayacak şekilde tek bir toplu iş sözleşmesinin akdedilmesinin zorunlu olduğunu düzenlemektedir. Yine işletme toplu iş sözleşmesinin akdedilebilmesi için gerekli olan yetki belirlenirken işyeri ve grup toplu iş sözleşmesinden farklı bir ünite barajı öngörülmektedir. Zira işyeri ve grup toplu iş sözleşmesinde yetki için aranan işyeri barajı işyerinde çalışan işçilerin yarısından fazlasının sendika üyesi olmasıyla; işletme toplu iş sözleşmesinde işyerleri bir bütün olarak dikkate alınarak baraj için aranan çoğunluk yüzde kırk olarak belirlenmektedir. Bu nedenle toplu iş sözleşmesine konu işyerinin bir tek üniteden mi oluştuğu, aynı işverene ait birden fazla işyeri varsa işyerlerinin aynı işkolunda olup olmadığı ve hatta işverenlerin farklı olup olmadığının tespiti yetki açısından büyük önem taşımaktadır.

Toplu iş sözleşmesi yapma yetkisinin belirlenmesi yetki itirazı bakımından da önemlidir. 6356 sayılı Kanun'un 43. maddesinin son fıkrası uyarınca yetki itirazı yetki kesinleşinceye kadar yetki işlemlerini durdurmaktadır. Yine 6356 sayılı Kanun'un 5. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca işkolu tespit talebi ve buna ilişkin açılan davalar yetki tespitine ilişkin süreçte bekletici neden kabul edilmemektedir. Yargıtay'ın bu hükmün işletme toplu iş sözleşmesinin varlığına yönelik yetki itirazı davalarında işletme toplu iş sözleşmesinin kamu düzenine ilişkin olması nedeniyle uygulanmayacağı şeklinde kararları yanında konunun bekletici neden sayılmaması gerektiği yönünde kararları da mevcuttur. İşletme toplu iş sözleşmesine ilişkin itirazlarda bir başka sorun ise iti-

razın yapılacağı mahkemenin belirlenmesinde ortaya çıkmaktadır.

Çalışmamızda uygulamada sıklıkla karşılaşılan işletme toplu iş sözleşmesinin varlığı iddiası ile yapılan yetki itirazlarında ortaya çıkan sorunların değerlendirilmesi ve bu hususta görüşlerimizin sunulması amaçlanmaktadır. Bu çerçevede öncelikle işletme toplu iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesinde yetki ve yetki itirazı kavramları açıklanacak akabinde işletme toplu iş sözleşmesine ilişkin yetki itirazında yetkili mahkemenin belirlenmesi ile Yargıtay'ın, Bölge Adliye Mahkemelerinin ve İş Mahkemelerinin işletme toplu iş sözleşmesine ilişkin itirazlardaki yaklaşımları değerlendirilecektir.

I. İşletme Toplu İş Sözleşmesi ve Yetki Kavramları

A. İşletme Toplu İş Sözleşmesi

6356 sayılı Kanun'un 2. maddesinin birinci fıkrasının h bendinde 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 tanımlanmaktadır. Aynı hükmün ç ve d bentlerinde ise grup toplu iş sözleşmesi ile işletme toplu iş sözleşmesi açıklanmaktadır. İşveren sendikası üyesi olan ayrı işverenlere ait aynı işkolundaki işyerlerini ve işletmeleri kapsayacak şekilde ihtiyari olarak akdedilen toplu iş sözleşmesi grup toplu iş sözleşmesi olarak adlandırılmaktayken; işletme toplu iş sözleşmesi aynı işverene ait aynı işkolundaki işyerleri için akdedilmesi zorunlu olan toplu iş sözleşmesini ifade etmektedir³.

3 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun (R.G., 07/05/1983, 18040) 3. maddesinin 2. fıkrasında işletme toplu iş sözleşmesi "Bir tüzel kişiye veya bir kamu kurum ve kuruluşuna ait aynı işkolunda birden çok işyerine sahip bir işletmede işçilerin bir işyerinden diğerine naklinin işletmenin niteliği icabı olduğu hallerde bu işyerlerinin tümü için yapılan bir toplu iş sözleşmesi" olarak tanımlanmaktaydı. Bkz. Kanun'un 3. maddesinin 2. fıkrası 3299 sayılı ve 03/06/1986 tarihli "2822 Sayılı

607; Eyrenci, Ö./Taşkent, S./Ulucan, D./Baskan, E.: İş Hukuku, İstanbul, 2020, s. 594) Çerçeve sözleşme bir toplu iş sözleşmesi olmamakla beraber özellikleri bakımından alelade bir Borçlar Hukuku sözleşmesi değil, toplu iş hukukuna ilişkin bir sözleşmedir (Tuncay, A.C./Savaş Kutsal, F. B.: Toplu İş Hukuku, İstanbul, 2019, s. 236).

İşletme toplu iş sözleşmesinde yer alan ve 6356 sayılı Kanun'da tanımına yer verilmeyen "işletme" kavramı iktisadi anlamdaki işletmeden de ticari anlamındaki işletme kavramından da farklı niteliktedir⁴. Toplu iş hukukunda işletme ile kastedilenin aynı işverene ait ve aynı işkolunda yer alan birden fazla işyerinin oluşturduğu bir birim olduğu kabul edilmektedir⁵. Bu noktada öncelikle işveren kavramını tanımlamak gerekir. İşveren kavramı bakımından 6356 sayılı Kanun'un 2. maddesinin üçüncü fıkrasında 4857 sayılı İş Kanunu'na⁶ ("4857 sayılı Kanun") atıf yapılmaktadır.

4857 sayılı Kanun'un 2. maddesinde işveren tanımlanmaktadır. İşveren gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir. Hatta tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşların da işveren olarak kabul edilmesi mümkündür. Yine işveren özel hukuk tüzel kişisi olabileceği gibi kamu hukukuna tabi de olabilir. Yine aynı hükmün devamında işyeri kavramı açıklanmaktadır. Buna göre işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan unsurlar ile gayri maddi unsurların işçi ile bir araya getirildiği örgütlenmiş birim işyerini ifade etmektedir. İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür.

6356 sayılı Kanun'da yer alan işletme aynı işverene ait aynı işkolundaki işyerlerini kapsar bir bütünü ifade etmektedir. Yine aynı Kanun'un 34. maddesinin ikinci fıkrasında "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 yapılabileceği" düzenlenmektedir. İşletme toplu iş sözleşmesinin akdedilmesi için iki koşul mevcuttur. Birinci koşul; bir gerçek ve tüzel kişiye veya ayrı tüzel kişilikleri de olabilecek bir kamu kuruluşuna ait işyerlerinin varlığı⁷; ikinci koşul

Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun'un (R.G., 19/06/1986, 19139) 1. maddesi ile değiştirilerek "Bir gerçek ve tüzel kişiye veya bir kamu kurum ve kuruluşuna ait aynı işkolunda birden çok işyerine sahip bir işletmede ancak bir toplu iş sözleşmesi yapılabilir. Bu Kanun anlamında bu sözleşmeye işletme toplu iş sözleşmesi denir. Ancak, kamu kurum ve kuruluşlarına ait müessesese işyerleri ayrı tüzel kişiliğe sahip olsalar dahi, bu kurum ve kuruluşlar için tek bir işletme toplu iş sözleşmesi yapılır." şeklini almıştır.

- 4 İşletme; iktisadi anlamda iktisadi bir amacın gerçekleşmesi için bir müteşebbise ait bir veya birden fazla işyerinin örgütlenmesinden (organizasyonundan) oluşan bir birim olarak tanımlanmaktadır Doğan Yenisey, K.: İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, İstanbul, 2007, s. 35; Süzek, S.: İş Hukuku, İstanbul, 2021, s. 200; Ticaret hukuku anlamında işletme ise ekonomik bir menfaat sağlamak amacıyla emek ve sermayenin müteşebbis tarafından bağımsız bir organizasyon içinde bir araya getirilmesini ifade eder. Poroy, R./Yasaman, H.: Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2022, s. 51 vd; İşyeri Ticaret Hukukundaki İşletmeden farklı bir amaç gütmektedir, zira ticari işletmede işçi çalıştırma zorunluluğu yoktur. Ertürk, Ş.: İş Hukuku Dersleri Bireysel İş Hukuku, Ankara, 2022, s. 84.
- 5 Yarg. İBHGK., 09/06/2017, E. 2016/3, K. 2017/4, "...İşletme toplu iş sözleşmesinde (m.34/2) "işletme" kavramı STİSK'na özgü olup, ne Türk Ticaret Kanunu anlamında "ticari işletme"ye, ne de iktisadi anlamda "işletme" kavramına uyar. Burada, tek işverenin aynı işkolundaki birden fazla işyerini kapsayan bir toplu pazarlık, toplu iş sözleşmesi ünitesi söz konusudur ... İşletme kavramı 4857 sayılı İş Kanunu'nda tanımlanmamıştır. İktisadi anlamda işletme, genel olarak, iktisadi bir amacın gerçekleştirilmesi için aynı işverene ait bir veya birden fazla işyerinin örgütlenmesi ile oluşmuş ünite olarak tanımlanabilirse de toplu iş hukuku anlamında işletme kavramı, farklı bir nitelik arz etmektedir ... 6356 sayılı Kanunun 2 nci ve 34 ncü maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, kanundaki "işletme" deyiminin, gerçek anlamdaki işletmeyle ilgisi bulunmadığı, "bir işverenin aynı işkolundaki birden çok işyerini" ifade etmek için kullanıldığı anlaşılmaktadır. Bu itibarla, bir toplu iş sözleşmesi birimi olarak "işletme" niteliğinin varlığını tespit için, "işveren kavramı en önemli unsurdur..." R.G., 21/07/2017, 30130.
- 6 R.G., 10/6/2003, 25134.

- 7 Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarının Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına bağlı işyeri niteliğinde olup olmadığına ilişkin farklı Yargıtay kararlarının ortaya çıkması üzerine bunların bağlı işyeri niteliği taşımadıkları ve bu nedenle işletme toplu iş sözleşmesinin burada yapılmayacağına ilişkin karşı oy yazısı da yer alan Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı yayımlanmıştır. Yarg. İBBGK., 09/06/2017, E. 2016/3, K. 2017/4, "...3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu ile kurulan sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıflarının özel hukuk tüzel kişiliğine sahip olup, ayrı işyeri olan bağımsız işveren oldukları, bu nedenle her vakıf için işyeri düzeyinde toplu iş sözleşmesi yetkisi verilebileceği; iş güvencesi hükümlerinden yararlanmanın ön koşullarından olan işçi sayısının dikkate alınacağı, 09.06.2017 günlü üçüncü oturumda esas hakkında oy çokluğu ile karar verilmiştir..." R.G., 21/07/2017, 30130; 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanun'un 7. maddesi 7144 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 7. maddesi ile değiştirilmiştir. İlgili değişiklik uyarınca, "Vakıflar, 18/10/2012 tarihli ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 34 üncü maddesinin ikinci fıkrası hükmüne göre, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Sosyal Yardımlar Genel Müdürlüğüne imzala-

ise bu işyerlerinin aynı işkolunda olmasıdır⁸. Bu noktada Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) kayıtlarında faal bir işyeri numarası bulunsa da işçi çalıştırılmayan bir yerin işyeri olarak kabulünün mümkün olamayacağı vurgulanmalıdır⁹. Bağlı ortaklıklarda ana teşekküllerle birlikte tek bir işletme toplu iş sözleşmesi akdedilmesi zorundur¹⁰. Yine işletme toplu iş sözleşmesine ilişkin düzenleme kamu düzenine ilişkin ve emredici nitelikte olduğundan işletme toplu iş sözleşmesi kapsamına giren işyerlerinin bölünerek her biri için ayrı işyeri veya işletme toplu iş sözleşmesi yapılması mümkün değildir¹¹.

nakac işletme düzeyinde toplu iş sözleşmesi kapsamında işyerleridir.” R.G., 25/05/2018, 30431.

- 8 Kılıçoğlu, M./Tüfek, Ö. F.: Toplu İş Hukukundan Doğan Davalar ve Çözüm Yolları, Ankara, 2021, s. 414; Eyrenci, Toplu İş Sözleşmesi Türleri, ss. 136-138.
- 9 Yarg. 9. H.D., 03/03/2022, E. 2022/1971, K. 2022/2790, “...Belirtmek gerekir ki bir teknik amaç doğrultusunda faaliyet yürütülen ve bu kapsamda işçi çalıştırılan her birim işyeri olarak nitelendirilebilir. Buna göre işçi çalıştırılmayan bir yerin ise işyeri niteliğinde olması mümkün değildir. Bu anlamda olmak üzere işyeri kavramının vazgeçilmez unsurlarından birisi “işçi” olup, çalışan işçi bulunmaması durumunda bir “işyeri”nden söz edilemez. Bu ihtimalde Sosyal Güvenlik Kurumu kayıtlarında faal bir işyeri sicil numarasının bulunması da sonuca etkili değildir. Bu açıklamalara göre, yetki başvuru tarihinde çalışan işçi bulunmadığı anlaşılan (....) sicil numaralı birim işyeri niteliğini haiz olmadığından, yetki tespitinin sadece (....) sicil numaralı işyerine ve işyeri toplu iş sözleşmesine ilişkin olduğu, bu işyeri bakımından da sendika tarafından yarıdan fazla çoğunluğun sağlanması gerektiği açıktır. Nitekim somut olayda, işletme toplu iş sözleşmesinin söz konusu olabilmesi için gereken aynı işkolunda yer alan birden fazla işyeri şartı mevcut değildir...”, www.legalbank.net, 22/11/2022.
- 10 Yarg. 9. H.D., 17/10/1986, E. 1986/8353, K. 1986/9306, “...Bu açıklamalarla, kamu ve kurum ve kuruluşlarına hem mali hem ekonomik ve hem de organizasyon yönünden bağlılığı, bütünlüğü anlaşılan adı geçen bağlı ortaklıkların teşekkül ve müesseselerle birlikte bir işletme TİS’i içinde yer alması ve yetki tespitinin de buna göre yapılması yasanın amacına uygun düşeceğinden aksi doğrultudaki mahkeme kararının bozulması icap etmiştir.”, www.lexpera.com.tr, 22/11/2022.
- 11 Yarg. 9. H.D., 05/07/1985, E. 1985/7488, K. 1985/7295, “...Buna göre, bir işletme Toplu İş Sözleşmesi yapılabilmesi için öncelikle bir işletmede aynı işkolunda birden çok işyerinin bulunması, ikinci olarak da işçilerin bir işyerinden diğerine naklinin işletmenin niteliği icabı olması gibi koşulların birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu koşulların gerçekleşmesi ile işletme kavramı bir bütünlüğü oluşturur. Bu bütünlük, bölünmek suretiyle, ayrı ayrı işletmelerden söz edilemez. 3. madde anlamında “İşletme” kavramını

B. Yetki ve Yetki İtirazı

1. Yetki Koşulları

6356 sayılı Kanun’da toplu iş sözleşmesinin ancak işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında akdedilebileceği ifade edilmektedir. Toplu iş sözleşmesi yapma ehliyetine işçi bakımından münhasıran işçi sendikaları sahiptir¹². İşveren tarafı bakımından ise toplu iş sözleşmesine ya işveren ya da işveren sendikasının taraf olması mümkündür¹³. İşçi ve işveren konfederasyonunun ise toplu iş sözleşmesi yapma ehliyeti bulunmamaktadır.

Toplu iş sözleşmesi yetkisi, toplu iş sözleşmesi

da böyle tanımlamak mümkündür. Davada söz konusu edilen Orman Genel Müdürlüğü, Tarım Orman ve Köy İşleri Bakanlığı’nın bir bağlı kuruluşudur. Orman Bölge Müdürlükleri ise, bu kuruluşun birimleridir ve Bölge Müdürlüklerinin tamamının aynı işkolunda bulunduğu da tartışmasızdır. Yukarıda belirlenen bütünlük bölünemeyeceğine göre her Bölge Müdürlüğünü ayrı bir işletme olarak mütalaa etmek mümkün olamayacaktır. Her bölge Müdürlüğünün aynı niteliği haiz oldukları da açıktır. Böyle olunca, işçilerin bir Bölge Müdürlüğünden diğerine naklinin işin icabından olduğu da bir gerçek olarak ortaya çıkmaktadır. Buna göre, Orman Genel Müdürlüğü bünyesinde yer alan ve dava konusunu teşkil eden Orman Bölge Müdürlüklerinin her birinin İşletme Toplu İş Sözleşmesi yönünden ayrı birer işletme durumunda bulunmadıklarının ve her biri için ayrı ayrı İşletme Toplu İş Sözleşmesi yapılamayacağına Orman Genel Müdürlüğünün 2822 sayılı Kanununun 3. maddesindeki tarife uygun bir işletme olduğunun ve Orman Genel Müdürlüğü seviyesinde tek bir İşletme Toplu İş Sözleşmesi yapılacağına kabulü gerekir...”; Yarg. 9. H.D., 17/03/1989, E. 1989/2148, K. 1989/2465, www.lexpera.com.tr, 22/11/2022.

- 12 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın (R.G., 9/11/1982, 17863 (Mükerrer), “Anayasa”) 53. maddesinin 1. fıkrasında her ne kadar “İşçiler ve işverenler, karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenlemek amacıyla toplu iş sözleşmesi yapma hakkına sahiptirler.” düzenlemesi yer alsa da toplu iş sözleşmesi yapma ehliyetine işçiler değil işçi sendikaları haizdir. 1961 Anayasası döneminde benzer hükmün Anayasa’ya aykırılığı iddiası ile yapılan başvuruda verilen bir Anayasa Mahkemesi kararında da Anayasanın “işçiler” ile kastettiğinin işçi sendikaları olduğu vurgulanmış ve hüküm Anayasa’ya aykırı bulunmamıştır. R.G. 02/05/1969, 13188.
- 13 İşveren işyeri ve işletme toplu iş sözleşmesi yapma ehliyetine sahipken işveren sendikasının ise grup toplu iş sözleşmesinin sadece işveren sendikalarının akdedilebileceğine ilişkin hüküm uyarınca işyeri, işletme ve grup toplu iş sözleşmesi yapma ehliyeti bulunmamaktadır. Narmanlıoğlu, s. 346.

ehliyetine sahip taraflardan birinin karşı tarafla toplu iş sözleşmesi yapmak amacıyla toplu sözleşme sürecini yürütme hakkını ifade etmektedir¹⁴. 6356 sayılı Kanun'da yetki şartlarının toplu iş sözleşmesi tarafları bakımından ayrı ayrı bulunması gerekliliği ifade edilmiş ancak 6356 sayılı Kanun'un 41. maddesinde yetki şartları sadece işçi sendikaları bakımından düzenlenmiştir¹⁵. Kanun iki yetki şartı öngörmektedir. Bunlardan ilki işkolu barajı, ikincisi de işyeri barajıdır.

a) İşkolu Barajı

İşkolu teknik amaç doğrultusunda yapılan işin niteliğine göre belirlenmektedir¹⁶. Bir işyerinin tabii olduğu işkolu Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ("*Bakanlık*") tarafından belirlenir. Bakanlığın tespitiyle ilişkin kararı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmektedir. Bakanlığın işkolu tespitine ilişkin sürecini belirlemek üzere İşkolları Yönetmeliği yayımlanmıştır¹⁷. İşkolları Yönetmeliği'nde 20 adet işkolu listelenmekte ve hangi işyerlerinin bu işkollarından hangisine girdiği belirtilmektedir. Yönetmeliğin 5. maddesi uyarınca "*Her işkolunda çalışan, sendikalara üye olan ve olmayan işçilerin sayılarıyla bunların sendikalara dağılımı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca, her yıl ocak ve temmuz aylarında çıkartılacak istatistiklerde gösterilir; bu istatistikler Resmî Gazete'de yayımlanır. Yayımlanan istatistik, toplu iş sözleşmesi ve diğer işlemler için yeni istatistik yayımlanıncaya kadar geçerlidir.*"

6356 sayılı Kanun'un yetki koşullarını düzenleyen 41. maddesinde işkolu barajı olarak işçi sendikasının kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde birini üyesi yapmış olması

şartını gerçekleştirilmesi aranmaktadır. Ancak işçi sendikasının işkolu barajını aşmış olması diğer deyişle yetki şartlarından birini sağlaması tek başına işçi sendikasına yetkili sendika niteliğini kazandırmaz. İşçi sendikasının aynı zamanda işyeri barajını da sağlaması zorunludur.

b) İşyeri Barajı

6356 sayılı Kanun'da öngörülen ikinci yetki barajı işyerine ilişkindir. 41. maddenin devamında işkolu barajına sahip işçi sendikasının toplu iş sözleşmesi yetkisini alabilmesi için toplu iş sözleşmesinin kapsamına girecek işyerinde başvuru tarihinde çalışan işçilerin yarısından fazlasının, işletmede ise yüzde kırkının kendi üyesi bulunması gerekliliği işyeri barajı olarak düzenlenmiştir. İşkolu barajında toplu iş sözleşmesi türleri bakımından bir farklılık öngörülmemişken; işyeri barajında işyeri ve grup toplu iş sözleşmesi ile işletme toplu iş sözleşmesi arasında bir farklılık mevcuttur. Zira işyeri veya grup toplu iş sözleşmesi için yetki başvurusunda bulunan işçi sendikasının işyerinde veya grup toplu iş sözleşmesi ile grup toplu iş sözleşmesi kapsamına girecek olan her bir işyerinde¹⁸ yetki başvurusu yapmış olduğu tarihte yarısından fazlasını üyesi yapmış olması zorunludur. Toplu iş sözleşmesi türünün işletme toplu iş sözleşmesi olması durumunda ise işçi sendikasının yetkili olabilmesi için aynı işverene ait aynı işkolundaki işyerlerinin toplamında en az yüzde kırk üyesinin bulunması gerekir.

6356 sayılı Kanun'un 41. maddesinin 2. fıkrası uyarınca "*İşletme toplu iş sözleşmeleri için işyerleri bir bütün olarak dikkate alınır ve yüzde kırk çoğunluk buna göre hesaplanır.*". Diğer deyişle işyerlerinin tümündeki sayıya göre yüzde kırk barajı hesaplanmaktadır. Hal böyle olunca işletmeye dair işyerlerinin birinde ya da daha fazlasında hiçbir üyesi bulunmasa bile işyerlerinin tümü hesaplandığında yüzde kırk barajını sağlıyorsa işçi sendikası işletme toplu iş sözleşmesi yapma yetkisini kazanacaktır¹⁹.

14 Narmanlıoğlu, ss. 3576-357.

15 Narmanlıoğlu, s. 358.

16 Yarg. 9. H.D., 14/10/2021, E.2021/8953, K.2021/14350, "İşyeri kavramının 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 gerekmektedir.", www.kazanci.com.tr, 11/11/2022.

17 R.G., 19/12/2012, 28502.

18 Cengiz Urhanoğlu, İ.: "Türk Hukukunda İşyerleri Toplu İş Sözleşmesi", TBB D., S.: 89, 2010, s. 138.

19 Yarg. 9.H.D., 23/02/1990, E. 1990/2093, K. 1990/1797,

Örneğin X işkolunda İstanbul, İzmir ve Ankara'da üç ayrı işyeri bulunan bir işverenin var olduğunu, İstanbul'daki işyerinde işçi sendikasına üye olmayan 40 işçisi bulunduğunu, İzmir ve Ankara'daki işyerlerinde ise toplam 160 işçisi bulunduğunu ve bunlardan 85'inin A işçi sendikası üyesi olduğunu varsayalım. İşverenin bu üç işyerini kapsayacak şekilde akdedilecek toplu iş sözleşmesinin, üç işyerinin de aynı işkolunda olması nedeniyle işletme toplu iş sözleşmesi olması zorunlu olacaktır. İşyerlerinin bulunduğu işkolunda yüzde 1 üyesi bulunan işçi sendikası A'nın bu işyerleri için işletme toplu iş sözleşmesi yapabileceğine sahip olması için tüm işyerlerindeki toplam işçilerden yüzde kırkını üyesi yapmış olması gerekecektir. 200'ün %40'ı 80 yaptığından ve işçi sendikasının 85 üyesi bulunduğu İstanbul, Ankara ve İzmir'deki işyerlerini kapsayacak şekilde bir işletme toplu iş sözleşmesi yetkisi için başvurusu durumunda yetkili kabul edilmesi gerekecektir. İstanbul'daki işyerinde hiç üyesinin bulunmaması sonucu değiştirmeyecektir.

İşletme toplu iş sözleşmesinde işyeri barajı belirlenirken işyerine bağlı yer kavramı uygulamada önem arz etmektedir. İşyerine bağlı yer ilişkisi kapsamında tek bir işyerinin bulunduğu veya bağımsız işyerinin varlığı yönündeki itirazlarda Yargıtay, işyerine bağlı yer belirlemesi yaparken nitelik yönünden amaçta birlik ile yönetim altında örgütlenmeye göre değerlendirme yanında Bakanlık kayıtlarında söz konusu yerlerin aynı işkolunda görünmesi²⁰ ve coğrafi yakınlık unsurunun

İşveren D., C: 29, Aralık, 1990, ss.17-18; Yarg. 9. H.D., 03/05/2016, E. 2016/14028, K. 2016/11178, www.lexpera.com.tr, 22/11/2022.

20 Yarg. 9. H.D., 21/10/2021, E. 2021/10449; K. 2021/14734; "...Bu açıklamalar çerçevesinde, dosya kapsamında mevcut deliller, işyerlerine ilişkin Sosyal Güvenlik Kurumu kayıtları ile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı kayıtları, mahallinde icra edilen keşif ve bilirkişi raporları bir bütün halinde değerlendirildiğinde, yetki tespitine esas alınan birimlerden (1127975) sicil numaralı birimde iklimlendirme cihazlarının üretimine yönelik faaliyet yürütüldüğü ve başvuru tarihi itibarıyla söz konusu birimde sicil numaralı birimlerde ise işveren tarafından üretilen iklimlendirme cihazlarının satışı ile satış sonrası hizmetlerine yönelik faaliyetler ve servis hizmetlerinin yürütüldüğü,

da mevcut olmasına göre karar vermektedir²¹.

2. Yetkili Sendikanın Tespiti

Yetki tespiti, Toplu İş Sözleşmesi Yetki Tespiti ile Grev Oylaması Hakkında Yönetmeliğin²² ("Yönetmelik") 3. maddesinin 1. fıkrasının ç bendinde tanımlanmaktadır. Buna göre yetki tespiti "Kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde birini üyesi bulduran işçi sendikaları için başvuru tarihi itibarıyla işyeri ya da işletmelerde sendikalı işçilerin çalışan işçilere oranının Kanu-

sicil numaralı birimlerde ise başvuru tarihi itibarıyla 7'şer işçi çalıştığı, her üç birimde de aynı teknik amaca yönelik faaliyet yürütüldüğü, yönetimde birlik, amaçta birlik ve aynı iş organizasyonu kapsamında faaliyet gösterme unsurlarının mevcut olduğu, her üç birimin de metal işkolunda kayıtlı olduğu, bu itibarla yetki tespitine konu üç birimin de tek bir işyeri niteliğinde olması sebebiyle toplu iş sözleşmesi yapabilmek için sendika tarafından yarım fazla çoğunluğun sağlanması gerektiği tartışmasıdır..."; www.lexpera.com.tr,, 22/11/2022; Kararın haklı eleştirisi için bkz. Özkaraca, E.: "Toplu İş Sözleşmesi Yetki Tespitinde Bağlı Yer Niteliğindeki Birimlerin Belirlenmesi (Karar İncelemesi)", *Tekstil İşveren D.*, Hukuk Eki 144, Ağustos, 2022, ss. 2-8.

21 Yarg. 9. H.D., 12/01/2022, E. 2021/12327, K. 2022/231, "...Bozma kararında da açıklandığı üzere, işyeri kavramının sınırları ile işyerine bağlı yerlerin tespiti için "amaçta birlik" ve "yönetimde birlik" unsurları aranmaktadır. Bu bağlamda 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2 nci maddesi de "İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür" şeklindedir. Bununla birlikte toplu iş hukuku bağlamında işyerinin sınırları ile bağlı yerlerin belirlenmesi için normun koruma amacından hareket edilmesi de bir zarurettir. Bu noktada belirtmek gerekir ki, işçilerin ortak çalışmaya dayalı menfaat birliğinin mevcudiyeti ile birlikte çalışmaya müstenit dayanışma olgusu da göz ardı edilemez (DOĞAN YENİSEY, Kübra: İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, İstanbul 2007, s. 371-372; YILDIZ, Gaye Burcu: "Toplu İş Hukuku Açısından İdare Merkezi ile Fabrika İşyeri Arasındaki İlişkinin Belirlenmesi" *Sicil*, S:20, Aralık 2010, s. 138). Bu itibarla birimler arasındaki coğrafi yakınlık durumu da işyerinin sınırları ve işyerine bağlı yerlerin yahut bağımsız işyerlerinin tespiti bakımından dikkate alınması gereken bir unsurdur. Bu açıklamalara göre, yetki tespitine esas alınan birimlerin geneli itibarıyla farklı il ve ilçelerde bulunduğu ve ayrıca yetki tespitine esas alınan işçi sayısının da 768 olduğu gözetildiğinde tüm birimlerin tek bir işyeri niteliğinde olduğunu kabul etmek olanaklı değildir. Bu anlamda, somut olayda işletme toplu iş sözleşmesine yönelik yetki tespiti söz konusu olduğundan, işçi sendikasının toplu iş sözleşmesi yetkisi için işçilerin %40'ını üye kaydetmesi gerekmektedir. Dosya içeriğine göre sendikanın %40 çoğunluğu sağladığı da açık olduğundan, mahkemece davanın reddine karar verilmesi gerekmektedir..."; www.legalbank.net, 22/11/2022.

22 R.G., 11/10/2013, 28792.

*nun aradığı çoğunluğa uygun olup olmadığının tespitini, ifade eder.*²³

6356 sayılı Kanun'un 42. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, yetki tespiti için mutlaka Bakanlığa başvuru yapılması gereklidir²⁴. Bakanlık re'sen bir işçi sendikasının yetkili olup olmadığını belirleyemez. Toplu iş sözleşmesi yapmak isteyen işçi sendikası, işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren Bakanlığa başvurarak yetkili işçi sendikasının tespitini isteyebilir. Başvurunun yazılı yapılması gereklidir. Kural olarak bir işyerinde uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesi yoksa yetki tespit başvurusu her zaman yapılabilir. İşyerinde yürürlükte olan bir toplu iş sözleşmesinin varlığı halinde başvuru en erken yürürlükteki toplu iş sözleşmesinin bitimine en çok 120 gün kala bir süre içerisinde yapılabilir²⁵ veya toplu iş sözleşmesi bitimi beklenecek akabinde yetki başvurusu yapılabilecektir²⁶. İşyerinde teşmil yoluyla uygulanan, yürürlükte bir toplu iş sözleşmesinin bulunması durumda ise yetki başvurusunun her zaman yapılabilmesi mümkündür²⁷.

Başvuruyu alan Bakanlık, öncelikle başvuruya konu işçi sendikasının yapılmak istenen toplu iş sözleşmesini kapsayacak işyeri veya işyerleriyle aynı işkolunda olup olmadığını inceleyecektir. Akabinde işyerinde/işyerlerinde yetkili bir sendi-

kanın bulunup bulunmadığı ve yürürlükte olan bir toplu iş sözleşmesinin var olup olmadığına bakılacaktır. Bu koşullar sağlandığında işkolu ve işyeri barajı bakımından işçi sendikasının yetkili olup olmadığı değerlendirilecektir. Bakanlık yetki tespitini yaparken başvuru tarihini esas alarak²⁸ kendisine gönderilen üyelik ve istifa bildirimleri ile SGK'ya yapılan işçi bildirimlerini dikkate alır. Uygulamada daha çok işçi sendikasının yetki tespiti ile başvuruda bulunması söz konusu olmaktadır. Bakanlık iki tür karar verebilir. İşçi sendikası yetki şartlarını taşıyorsa başvurudan itibaren 6 işgünü içinde yetkili olduğuna dair olumlu yetki tespiti yazısı hazırlanarak işçi sendikasına gönderilir. Aynı yazı işkolundaki yüzde bir işkolu barajını aşan diğer işçi sendikaları ile taraf olan işveren veya işveren sendikasına ve ilgili Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü'ne de aynı sürede gönderilir. Yetki başvurusunda bulunan işçi sendikasının yetki şartlarını taşımadığının tespiti halinde ise olumsuz yetki tespit yazısı sadece yetki için başvuran işçi sendikasına gönderilir²⁹.

3. Yetki Tespitine İtiraz

Bakanlık tarafından işçi sendikasına toplu iş sözleşmesi yapabilmesi için verilen yetki belgesi bir tespit belgesi niteliğinde olup bu belgeye itiraz edilebilir³⁰. 6356 sayılı Kanun'un 43. maddesine göre yetki itirazı olumlu yetki tespiti ile olumsuz yetki tespitinde farklılık arz etmektedir. İşçi sendikasının yetkili olduğu tespit edildiğinde Bakanlığın düzenlemiş olduğu yetki tespit yazısını alan işveren veya işveren sendikası ile o işkolunda kurulu yüzde bir yetki barajını sağlayan diğer işçi sendikaları itirazlarına konu olan nedenleri belgeleyerek, delillerini somut olarak

23 Yönetmelikte yapılan tanım işkolu barajının her durumda aranması ve işyeri barajı bakımından hesaplamada dikkate alınan kriterin yanlış ifade edilmiş olması dolayısıyla öğretilerde eleştirilmektedir, Akyiğit, yetki tespitini toplu iş sözleşmesinin akdedileceği işyeri, işyerleri veya işletmede hangi sendikanın işkolu ve işyeri barajını aştığının veya aşmadığının belirlenmesi olarak tanımlanmaktadır, Akyiğit, s. 361.

24 Yetki tespitinin Bakanlık yerine hakimlerden oluşacak Yetki Tespit Kurumu kurularak onun aracılığıyla yapılmasına ilişkin öneri için bkz. Türk-İş Çalışma Raporu, XIV Genel Kurul, s. 129 vd.

25 Yarg. 9. H.D., 02/1171990, E. 1990/11621, K. 1990/11769, Narmanlıoğlu, 241. dpn. s. 390.

26 Aktay/Özdemir Ertürk, s. 177; Grup toplu iş sözleşmesinde muhatap işveren sendikası üyesi işverenin işyerinde yürürlükte toplu iş sözleşmesi varsa veya mevcut toplu iş sözleşmesinin bitimine 120 günden fazla kalmışsa o halde bu işyerinin gruba dahil edilmesi mümkün olacaktır.

27 Akyiğit, s. 362.

28 Yarg. 9. H.D., 07/10/2021, E. 2021/9511, K. 2021/13922, Yarg. 9. H.D., 21/10/2021, E. 2021/10449, K. 2021/14734, Yarg. 9. H.D., 09/12/2021, E. 2021/9028, K. 2021/16362, www.lexpera.com.tr., 22/11/2022.

29 Böylelikle başvuruyu yapan işçi sendikasının gizli sayılabilecek bilgilerinin diğer sendikalar ile işverene ulaşması engellenmiş olur. Aktay/Özdemir Ertürk, s. 177.

30 Aktay/Özdemir Ertürk, s. 179.

belirterek³¹ yetki tespitine itiraz edebilir³². 6356 sayılı Kanun'un 43. maddesinin 3. fıkrası uyarınca "İşçi ve üye sayılarının tespitinde maddi hata ve süreye ilişkin itirazları mahkeme altı iş günü içinde duruşma yapmaksızın kesin olarak karara bağlar³³. Bunların dışındaki itirazlar için mahkeme, duruşma yaparak karar verir ve bu karar hakkında istinaf yoluna başvurulması hâlinde bölge adliye mahkemesi bir ay içinde kararını verir. Bu karara karşı temyiz yoluna başvurulması hâlinde Yargıtay bir ay içinde kesin olarak karar verir."

Olumsuz yetki tespitinde ise ya başvuran işçi sendikasının yetkili olmadığı ya da işveren veya

işveren sendikasının başvurusunda hiçbir işçi sendikasının yetki şartlarını taşımadığının tespiti söz konusu olmaktadır³⁴. İşçi sendikası başvurmuş ve yetkisiz olduğu tespit edilmişse yetki itirazını sadece bu işçi sendikası yapacaktır. İşçi sendikası itirazında yetkili olduğunu ve yapılan tespitin hatalı olduğunu belirtir. İşveren yahut işveren sendikasının başvurusu üzerine başvuruya konu işçi sendikasının yetkisizliğinin tespiti halinde ise itiraz hakkı başvuruyu yapan işveren yahut işveren sendikasıdır³⁵. 6356 sayılı Kanun'un 43. maddesinin 4. fıkrası uyarınca, "kendisine yetki şartlarına sahip olmadığı bildirilen işçi sendikası, altı iş günü içinde yetkili olup olmadığının tespiti için dava açabilir. Mahkeme açılan davayı o işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde birini üye kaydeden işçi sendikaları ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işverene de bildirir. Mahkeme davayı iki ay içinde sonuçlandırır."³⁶

İtiraz etme imkânı olanlar yetki itirazını olumlu veya olumsuz yetki tespit yazısını tebellüğ oldukları tarihten itibaren hak düşürücü süre niteliğindeki 6 işgünü³⁷ içinde yetkili iş mahkeme-

31 Aksi halde dava incelenmeksizin reddedilecektir. Yarg. 22. H.D., 26/06/2013, E. 2013/16422, K. 2013/15619, Çalışma ve Toplum D., S.39, 2013/4, ss. 610-613, <https://www.calismatoplum.org/yargitay-karari/tis-yetkisine-itaraz>, Öğretide "dava incelenmeksizin reddedilecektir" ifadesi yerine "dava esasa girilmeksizin reddedileceği" ifadesinin kullanılmasının daha uygun olduğunu haklı olarak ifade etmektedir, Ekmekçi, s. 352; Göktaş, S./Yılmaz, Y.: 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Şerhi, Ankara, 2021, s. 906; Kararın incelemesi için bkz. Kızıloğlu, H.: "Yetki İtirazı Dilekçesinde Somut Delillerin Yer Almaması Halinde İtirazın İncelenmeksizin Reddedilmesi", Sicil İş Hukuku D., S.: 31, 2014, ss. 114-122.

32 Yüzde bir işkolu barajını sağlayan işçi sendikasının itiraz edebilmesi için ayrıca faaliyetini durdurmamış olması gerekmektedir. Aksi takdirde yetki itirazı hukuken geçersiz sayılacak ve reddi gerekecektir. Akyiğit, s. 382; Yetki tespit yazısı verilen işçi sendikasının kurulu bulunduğu işkolu dışında kurulan sendikaların yetki tespitine itirazı mümkün değildir. Aktay/Özdemir Ertürk, s. 180.

33 Öğretide ilgili düzenlemenin isabetsiz olduğu, yetki sürecindeki maddi hata ve süreye ilişkin itirazlarda dahil olmak üzere her türlü itirazın duruşma yapılarak çözümlenmesinin ve bu itirazlara da temyiz yolunun açık olmasının gerekliliği ifade edilmektedir. Ekmekçi, s. 350; Aynı yönde grevin durdurulması ve yetki belgesinin geçersizliğine karar verilmesine ilişkin başvuruya konu Yargıtay kararı için bkz. Yarg. 9. H.D., 29/03/2016, E. 2016/9772, K. 2016/7725, "...Taraflara hukuki dinlenilme hakkı tanınması Anayasa'nın 36.maddesinde tanımını bulan "hak arama hürriyetinin" gereğidir. Bu hak; yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunmasını, açıklama ve ispat hakkını, mahkemenin, açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesini ve kararların somut ve açık olarak değerlendirilmesini içerdiğinden, dosya üzerinden karar verilebilecek hallerin hukuki dinlenilme hakkını ihlal etmeyecek haller ile sınırlı tutulması doğru olacaktır. Bu nedenledir ki dosya üzerinden karar verilebilecek hallerin, HMK'nın 138. maddesinde yazılı olduğu üzere dava şartları ve ilk itirazlar ile sınırlı tutulması gerekir...", www.karararama.yargitay.gov.tr, 17/11/2022.

34 Akyiğit, ss. 380-381.

35 Tuncay/Savaş Kutsal, s. 279.

36 Olumlu yetki tespitine itirazda mahkemenin davayı görüp karara varması açısından bir süre Kanun'da belirtilmemişken olumsuz yetki tespitinde bu sürenin iki ay olarak düzenlenmesinin abesle işgal olduğu yönünde görüş için bkz. Ekmekçi, s. 355.

37 Altı günlük süre işgünü olarak düzenlendiğinden genel tatil, bayram günleri ile hafta tatilinde sürenin işleme söz konusu değildir. Yarg. 9 H.D., 23/02/1995, E. 1995/5441, K. 1995/5874; Yarg. 9 H.D., 23/06/2009, E. 2009/24179, K. 2009/19064; Yarg. 9. H.D., 13/09/2011, E. 2011/39911, K. 2011/29894, "Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarına göre 6 işgünün hesabında başvuru yapılacak mercii olan mahkemelerin cumartesi ve Pazar günleri, ulusal bayram ve genel tatil günleri açık bulunmadığı dikkate alınmalı ve bu günler iş günlerinden sayılmamalıdır.", www.lexpera.com.tr, 11/11/2022; Covid 19 salgınına ilişkin olarak 7226 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un geçici maddesiyle bazı süreler durdurulmuştur. 6 işgünlük süre de bu kapsamda değerlendirilmelidir. Yarg. 9. H.D., 09/03/2022, E. 2022/2769, K. 2022/2952, "Dava sendikasının yetki tespitinin iptali istemine ilişkindir. Bölge Adliye Mahkemesince, Yetki tespitine karşı yapılan itirazların yetki tespiti yazısının taraflara tebliğ edildiği tarihten itibaren 6 iş günü içerisinde mahkemeye yapılabileceği, bu dilekçenin görevli makama kayıt ettirildikten sonra mahkemeye verileceğinin açıkça hüküm altına alındığı ve 6 iş günlük sürenin hak düşürücü

sine yapmak zorundadırlar³⁸. Aksi durumunda itirazlar dinlenmez. Ayrıca itiraz dilekçesinin yetkili iş mahkemesine verilmeden önce görevli makama kaydettirilmesi zorunludur³⁹. Aksi takdirde yetki itirazı reddedilecektir. Zira bu husus yetki tespitinin iptali bakımından dava şartıdır⁴⁰. 6356

sayılı Kanun'un 43. maddesinin son fıkrası ve Yönetmeliğin 10. maddesinin 5. fıkrasında yetki tespitine itirazın söz konusu olduğu durumda mahkeme kararı kesinleşinceye kadar yetki işlemlerinin duracağı belirtilmektedir. Yargılama sürecinde Anayasa'nın 51. maddesi ile korunan sendikal hakların ihlal edilmemesi için sürecin özen yükümlülüğü çerçevesinde makul sürede sonlandırılması gerekmektedir⁴¹.

süre olduğu, somut olayda davacı işyerine Bakanlığın yetki tespitine ilişkin yazısı 31/03/2020 tarihinde tebliğ edildiği, 06/04/2020 tarihinde dava dilekçesi formatında bir dilekçenin kuruma verildiği ve kurumca 07/04/2020 tarihinde kayıt altına alındığı, davanın ise kanunda emredilen 6 iş günlük süre geçtikten sonra 01/06/2020 tarihinde açıldığı, bu duruma göre süresinde açılan bir davadan söz etmenin mümkün olmadığı, Mahkemece davanın süresinde açıldığı kabulü ile esasa girerek gerekçesiz bir şekilde davanın esastan reddedilmesinin hatalı olduğu, davanın süresinde açılmaması sebebiyle usulden reddi gerektiği gerekçesiyle davanın süresinde açılmaması nedeniyle dava şartı yokluğundan usulden karar verilmiştir. Bununla birlikte; Resmi Gazete'de yayımlanan 7226 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un geçici maddesiyle; dava açma, icra takibi başlatma, başvuru, şikâyet, itiraz, ihtar, bildirim, ibraz ve zamaşımı süreleri, hak düşürücü süreler ve zorunlu idari başvuru süreleri de dâhil olmak üzere bir hakkın doğumu, kullanımı veya sona ermesine ilişkin tüm süreler; 13/3/2020 tarihinden, ... İtibaren 30/4/2020 tarihine kadar durdurulmuştur. 30.04.2020 tarihli ve 31114 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Cumhurbaşkanın kararı ile bu sürelerin 01.05.2020 tarihinden 15.06.2020 tarihine kadar uzatılmasına karar verilmiştir. Bu tespit bağlamında, davacı tarafa yetki tespit yazısının durma süresi içinde tebliğ edildiği, dolayısıyla dava açma süresinin 15.06.2020 tarihine kadar da uzadığı açıktır. Hal böyle iken 01.06.2020 tarihinde açılan davanın 6 iş günlük süresi içinde olmadığını kabul etmek yerinde değildir.," www.legalbank.net, 11/11/2022.

38 Süreç, iş uyuşmazlıklarında dava şartı olan arabuluculuğa tabi değildir. Ekmekçi, Ö./Özkes, M./Atalı, M./Seven, V.: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, İstanbul, 2019, s. 219; Özkaraca, E./Ünal, C.: "Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Hükümlerinin Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Açısından Uygulanması", Sicil İş Hukuku Dergisi, S.: 42, 2019, s. 36; Akyiğit, s. 382.

39 6356 sayılı Kanun'un 2. Maddesinin 1. Fıkrasının c bendinde görevli makamın neresi olacağı açıklanmaktadır. Buna göre "Görevli makam: İşyeri toplu iş sözleşmesi için işyerinin, işletme toplu iş sözleşmesi için işletme merkezinin bağlı bulunduğu Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğünü, aynı Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğünün yetki alanına giren işyerleri için yapılacak grup toplu iş sözleşmelerinde bu işyerlerinin bağlı bulunduğu Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğünü, birden fazla Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğünün yetki alanına giren işyerlerini kapsayacak grup toplu iş sözleşmesi için ise Bakanlıkı ifade eder."

40 Yarg., 9. H.D., 18/01/2022, E. 2021/12535, K. 2022/520, "...Tespit yazısına konu işyerinin Konya'da olduğu ve itiraz dilekçesinin buradaki görevli makama kayıt ettirildiği, davacının görevli makam olarak süresi içinde Ankara Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğüne itiraz dilekçesini kayıt

ettirerek asıl dava ile yetki itirazında bulunduğu açıktır. Nitekim bu olgu, taraflarında kabulündedir. Uyuşmazlığı asıl doğuran nedenin davacının Konya yerine Ankara'daki görevli makama itiraz dilekçesini kayıt ettirip davasını açmasından kaynaklanmaktadır. Bu meyanda uygulamaya bakıldığında, yetki sürecinde ilgi sendikaların itiraz dilekçelerini görevli makama kayıt ettirilmesi üzerine yapılan inceleme ile kaydın yapıldığı yer (görevli makam) hatalı dahi olsa KEP (kamu elektronik posta sistemi) üzerinde ilgili idareye bu itiraz bildirilmektedir. Böylelikle Kanun'un amaçladığı bildirim şartı gerçekleşmektedir. Dairemce uygulama da dikkate alınarak ilgili Kanun hükümlerinin amaçsal (gai) yorumundan hareketle salt itiraz dilekçesinin başka bir il müdürlüğüne kaydedilmiş olması yetki tespitine itiraz edilmediği şeklinde yorumlanamayacağı kabul edilmekte, böyle bir durumda yapılan bu itirazın sonuçlanıncaya kadar yetki işlemlerinin durdurulması gerektiği kabul edilmektedir..."; www.legalbank.net, 11/11/2022; Yarg., 9. H.D., 16/09/2021, E. 2021/4676, K. 2021/12060; Yargıtay 6356 sayılı Kanun'un açık hükmüne karşın yetki itiraz dilekçesinin görevli makam dışındaki başkaca bir Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü'ne kaydedilmesinin yetki tespitine itiraz edilmediği şeklinde yorumlanamayacağını kararlarında belirtmektedir; Yarg. 22. H.D., 17/09/2019, E. 2019/6045, K. 2019/16485; Yarg., 9. H.D., 16/02/2017, E. 2017/2223, K. 2017/1945; www.karararama.yargitay.gov.tr, 11/11/2022.

41 AYM., 19/11/2020, Başvuru No.: 2016/13328, "...Dolayısıyla başvuruya konu yargılamayla ilgili olarak davanın makul sürede sonuçlandırılmadığı kabul edilmelidir. Bu durumda başvurucu Sendikanın yetki tespiti ile ilgili sürece dair yargılama sürüncemede bırakılarak başvurucunun davacı işyerinde sendikalaşabilmesi hususundaki hukuki belirsizlik hızlı bir yargısal süreç yürütülerek giderilmemiştir. Başka bir ifade ile başvurucu Sendikanın üyeleri adına söyleyeceklerini dinlemesi için işvereni ikna etmeye çalışmak ve ilke olarak işverenle toplu sözleşme yapma hakkından etkin bir şekilde yararlanmasını sağlamak konusundaki yükümlülüklerin yerine getirilmediği anlaşılmıştır. İncelenen başvuruda göz önüne alınması gereken önemli bir husus da yetki tespiti sürecinde işyerindeki işçilerin sendikal hakları meselesidir. Zira işçilerin bir sendikaya üye olmalarındaki başlıca amaçlardan birisi de o işyerinde yapılacak bir toplu iş sözleşmesi ile sosyal ve ekonomik haklar ile çalışma şartlarını geliştirmek ve korumaktır. TİS beraberinde grev hakkını da getirir. Yani işçilerin TİS ile buluşamaması sendikal haklardan bir bütün olarak yararlanamamaları anlamına da gelmektedir. Somut olayda başvuruya konu işyerinde işçiler dört yıl gibi uzunca bir süre

Yetki itirazında görevli ve yetkili mahkeme 6356 sayılı Kanunu'nun 79. maddesinde düzenlenmektedir. İlgili hükme göre, "Bu Kanunun uygulanmasından doğan uyuşmazlıklar iş davalarına bakmakla görevli ve yetkili mahkemelerde görülür. Ancak yedinci ila on birinci bölümlerin uygulanmasından doğan uyuşmazlıklar için, görevli makamın bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir."⁴² Yetki itirazında görevli mahkeme İş Mahkemesidir. 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun⁴³ 2. maddesinin 3. fıkrası uyarınca "İş mahkemesi kurulmamış olan yerlerde bu mahkemenin görev alanına giren dava ve işlere, o yerdeki asliye hukuk mahkemesince, bu Kanundaki usul ve esaslara göre bakılır."⁴⁴ Yetkili iş mahkemesi belirlenirken de 6356 sayılı Kanun'un görevli makama ilişkin düzenlemesi dikkate alınarak toplu iş sözleşmesi türüne göre hareket edilmesi gerekmektedir. Zira Yargıtay 2021 tarihli kararında 6356 sayılı Kanun'un 79. maddesinin 2. fıkrası uyarınca yetkili mahkemenin çok açık belirlendiği durumlarda İş Mahkemesi ve Bölge Adliye Mahkemesi de aynı yönde karar vermişken yetki yönünden temyiz başvurusunda bulunulmasını kötü niyetli temyiz kapsamında değerlendirmiştir⁴⁵.

TİS'in getireceği sendikal haklar ve koruma sisteminden faydalanamamıştır..." R.G., 17/02/2021, 31398.

42 Akyiğit'e göre 6356 sayılı Kanun'un 79. maddesinde Kanun'un 8. bölümünde düzenlenen yetki itirazında yetkili iş mahkemesinin nasıl belirleneceğine ilişkin bir belirleme yapılmamaktadır. Bu yönüyle 7. ve 11. bölümden doğan uyuşmazlıklar için söz konusu olan düzenleme kapsamında görevli makama göre belirleme yapılması gerekmektedir. Bu noktada Akyiğit'in ilgili hükümdede yer alan 7 ila 11. Bölüm ifadesindeki "ila" bağlacını "ve" olarak değerlendirerek bir öneri getirdiği kanaatini taşıdığımızı belirtmek isteriz. Akyiğit, s. 383.

43 R.G., 25/10/2017, 30221.

44 İş Mahkemelerinin görevli mahkeme olmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Mutlay, F.B./ Işık, M.: "7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu Uyarınca Görev", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi D., C.:3, S.: 68, 2019, ss. 565-634.

45 Yarg. 9. H.D., 02/12/2021, E. 2021/11639, K. 2021/16107, "Öncelikle belirtmek gerekir ki, somut uyuşmazlıkta işyeri toplu iş sözleşmesi yetki tespitine itiraz edildiğinden, 6356 sayılı Kanun'un 79 uncu ve 2 nci maddeleri gereğince kesin yetkili mahkemenin Bilecik İş Mahkemesi olduğu açıktır. Nitekim İlk Derece Mahkemesi ve Bölge Adliye Mahkemesi kararında da bu hususlar açıklanmıştır. Hal böyle olmakla birlikte, ivedi şekilde

II. İşletme Toplu İş Sözleşmesi Yetkisine İlişkin İtiraz

Yetki itirazlarında yetki şartlarının başvuru tarihinde işçi sendikası bakımından sağlandığı veya sağlanmadığı iddiaları esas olan itirazlardır. Ancak uygulamada işyerinin bir başka işkoluna girdiği iddiası ile işveren tarafından işletme niteliği itirazının öne sürülmesine ya da işçi sendikasına verilen işletme toplu iş sözleşmesi yapma yetkisinin iptali ve işyeri toplu iş sözleşmesinin söz konusu olmasına ilişkin itirazlara da rastlanmaktadır.

6356 sayılı Kanun'un 5. maddesi işkolu itirazlarına ilişkin özel bir düzenleme içermektedir. İlgili hüküm uyarınca, "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"⁴⁶. 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. Yeni bir toplu iş sözleşmesi için yetki süreci başlamış ise işkolu değişikliği tespiti bir sonraki dönem için geçerli olur. İşkolu tespit talebi ve buna ilişkin açılan davalar,

sonuçlandırılması gereken yetki tespitine itiraz istemine ilişkin somut uyuşmazlıkta, açık bir şekilde mahkemenin yetkisiz olmasına göre, davacı vekili tarafından temyiz kanun yoluna başvurulması kötüniyetlidir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "Kötüniyetle temyiz" başlıklı 368 inci maddesine göre "Temyiz talebinin kötüniyetle yapıldığı anlaşılırsa Yargıtay'ca 329 uncu madde hükümleri uygulanır." 6100 sayılı Kanun'un 329'uncu maddesinin ikinci fıkrasına göre ise "Kötüniyet sahibi davacı veya hiçbir hakkı olmadığı hâlde dava açan taraf, bundan başka beşyüz Türk Lirasından beşbin Türk Lirasına kadar disiplin para cezası ile mahkûm edilebilir. Bu hâllere vekil sebebiyet vermiş ise disiplin para cezası vekil hakkında uygulanır." Bu açıklamalar karşısında İlk Derece Mahkemesi ve Bölge Adliye Mahkemesi kararı isabetli olmakla birlikte, davacı vekili tarafından temyiz talebinin kötüniyetle yapıldığının anlaşılmasına göre davacının 3.000,00 TL disiplin para cezasına mahkûm edilmesi gerekmektedir.", www.legalbank.net, 17/11/2022.

46 Yarg. 9. H.D., 17/03/2022, E. 2022/2765, K. 2022/3547, www.legalbank.net 12/11/2022.

yetki işlemlerinde ve yetki tespit davalarında bekletici neden sayılmaz. İşkolu değişikliği yürürlükteki toplu iş sözleşmesini etkilemez.”

6356 sayılı Kanun’un genel gerekçesinin 7. paragrafında ve 5. maddenin gerekçesinde işkolu tespitlerinin Bakanlık tarafından yapılacağı, tespite karşı ilgililerin yetkili iş mahkemesinde itiraz haklarının bulunduğu, hükmün ikinci fıkrasındaki düzenleme ile işkolu itirazlarının toplu iş sözleşmesi yapma sürecini gereksiz yere uzatmamasının ve bu hususun kötüye kullanılmasının engellenmesinin sağlandığının amaçlandığı ifade edilmektedir⁴⁷. Yargıtay kararlarında, yetki başvurusundan hemen önce yapılan işkolu itirazını hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirmekte ve itirazın dikkate alınmaması gerektiğini belirtmektedir⁴⁸.

A. Görevli ve Yetkili Mahkeme

İşçi sendikası işyeri toplu iş sözleşmesi yetkisinin tespiti için Bakanlığa başvuru yapmış ve yetkili olduğu tespit edilmiş ancak işverenin kendisine ait aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunduğu yönündeki iddiası mevcut ise bu durumda işveren veya işveren sendikasının işletme toplu iş sözleşmesinin varlığı nedeniyle yetki tespitinin iptali için yetki itirazında bulunması söz konusu olacaktır. İşverenin işletme toplu iş sözleşmesinin varlığına ilişkin yetki itirazı söz konusu olduğunda 6356 sayılı Kanun’un 79 ve 2.

maddeleri ile 6356 sayılı Kanun’un 34. maddesinin 4. fıkrası çerçevesinde yetki itirazında görevli ve yetkili mahkemenin belirlenmesi büyük önem taşımaktadır.

6356 sayılı Kanun’un 79. maddesi uyarınca yetki itirazı görevli makamın bulunduğu iş mahkemesi tarafından incelenecektir. Ancak dava açılmadan önce 6356 sayılı Kanun m. 43/5 uyarınca itiraz dilekçesinin görevli makama kaydedilmesi dava şartıdır. Görevli makam, 6356 sayılı Kanun’un 2. maddesinin 1 fıkrasının c bendine göre toplu iş sözleşmesinin türü dikkate alınarak belirlenecektir. Bu çerçevede eğer akdedilecek olan toplu iş sözleşmesi işyeri toplu iş sözleşmesi ise görevli makam işyerinin bulunduğu Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü’dür. Grup toplu iş sözleşmesinde görevli makam, işyerlerinin bağlı bulunduğu Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü; birden fazla Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğünün yetki alanına giren işyerlerini kapsayacak grup toplu iş sözleşmesi için ise Bakanlıktır. İşletme toplu iş sözleşmesinin söz konusu olduğu durumda ise görevli makam işletme merkezinin bağlı bulunduğu Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü’dür.

Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus görevli makamın Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü olduğudur, ilçe müdürlüklerinin bu konuda görevli makam olarak belirlenmesi söz konusu değildir. Örneğin işçi sendikasına Ödemiş ilçesindeki işverene ait işyerinde işyeri toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi verilmişse, buna itiraz ederken itiraz dilekçesinin kaydının yapılacağı görevli makam Çalışma ve İş Kurumu’nun İl Müdürlüğü olarak İzmir Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü olacaktır. Ödemiş’teki Çalışma ve İş Kurumu ilçe müdürlüğü olduğu için kaydı kabul etmeyecektir. Uygulamada bu hususta iş mahkemelerinin yetkili mahkeme olup olmadıklarının tespiti bakımından farklı kararlar verdiği ve mahkemeler arasında yetki ihtilaflarının ortaya çıktığı durumlara ve Bölge Adliye Mahkemesinin mahkemeler arasındaki yetki ihtilaflarının çözümüne

47 <https://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0567.pdf>, 12/11/2022.
48 Yarg. 9. H.D., 12/01/2022, E. 2021/12153, K. 2022/230, “Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dayandıkları belgelere, uyuşmazlığa uygulanması gereken hukuk kuralları ile hukuki ilişkinin nitelendirilmesine, dava şartlarına, yargılama ve ispat kuralları ile temyiz olunan kararda belirtilen gerekçelere ve özellikle yetki tespitine konu işletmede işçi sendikasının uzun yıllardır örgütlü olduğunun, işletmede yetki başvuru tarihi itibarıyla yürürlükte Toplu İş Sözleşmesi bulunduğu, yetki başvuru tarihinden önce yapılmakla birlikte Toplu İş Sözleşmesinin yürürlük süresinin bitmesinden kısa süre önce yapılan işkolu tespit başvurusu hakkın kötüye kullanımı niteliğinde olduğundan işkolu itirazının dikkate alınmamasının isabetli olduğunun anlaşılmasına göre, davacı vekilinin yerinde bulunmayan temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun Bölge Adliye Mahkemesi kararının bu ilave gerekçe ile onanması gerekmektedir.”, www.legalbank.net, 12/11/2022.

ilişkin vermiş olduğu kararlara rastlanmaktadır⁴⁹.

6356 sayılı Kanun'un 43. maddesinin 4. fıkrası uyarınca da "işletme toplu iş sözleşmesi yapılacak işyerlerinin aranılan niteliğe sahip olup olmadıklarına ilişkin uyuşmazlıklar, işletme merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemede on beş gün içinde karara bağlanır. Karar hakkında istinaf yoluna başvurulması hâlinde bölge adliye mahkemesi on beş gün içinde kesin olarak karar verir.". İşletme toplu iş sözleşmesine ilişkin yetki itirazlarında işyerlerinin işletme niteliğinde olup olmadığının tespitinde yetkili mahkeme işletme merkezinin bulunduğu yerdeki iş mahkemesidir. Bu durumda yetki itirazında yetkili iş mahkemesi işletmenin varlığının tespiti bakımından da yetkili olabileceği gibi işletmenin varlığının tespitinde farklı bir mahkemenin de yetkili olması söz konusu olabilecektir.

49 Davaya konu dosyada işveren tarafından Sendikanın olumlu yetki tespitine işverenin aynı işkolunda yer alan işyerlerinin tamamının dahil edilmemesi nedeniyle işletme toplu iş sözleşmesi itirazı niteliğinde yetki itirazında bulunulmuştur. Karşıyaka 2. İş Mahkemesi 6356 sayılı Kanun'un 79. maddesi uyarınca, yetkili iş mahkemesinin işyerinin bağlı bulunduğu Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü İzmir olması nedeniyle itiraz bakımında yetkisizlik kararı vermiş ve dosyanın İzmir Nöbetçi İş Mahkemesine gönderilmesine karar vermiştir, Karşıyaka 2. İş Mah., 17/03/2022, E. 2022/47, K. 2022/59. Bunun üzerine İzmir 4. İş Mahkemesinde yetki tespiti davası incelenmiş ve İzmir 4. İş Mahkemesi de kararında 79. maddeye atıf yaparak, işyerinin kurulu bulunduğu adresin Çiğli/Karşıyaka olması nedeniyle davanın başlangıçta doğru açıldığına davaya bakmakla yetkili mahkemenin Karşıyaka İş Mahkemesi olduğuna bu nedenlerle yetkili mahkemenin İzmir İş Mahkemesi olmadığına karar vermiştir. Ayrıca kararda mahkemeler arasındaki olumsuz yetki ihtilafının çözümü için dosyanın talep halinde İzmir istinaf dairesine gönderilmesi yönünde hüküm kurmuştur, İzmir 4. İş Mah., 09/05/2022, E. 2022/191, K. 2022/141. Konuya ilişkin istinaf başvurusu üzerine inceleme ve değerlendirme yapan İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 23. Hukuk Dairesi kararında "...Somut olayda dava işletme toplu iş sözleşmesi yetki tespitine ilişkin olduğundan 6356 sayılı Kanun'un 79 uncu ve 2 inci maddeleri gereğince kesin yetkili mahkeme işletme merkezinin bağlı bulunduğu Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğünün bulunduğu yer olan İş Mahkemesi olup, davacının ticaret merkezi İzmir Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğüne bağlı olduğundan uyuşmazlığın İzmir 4. İş Mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerekir..." İzmir BAM., 23. H.D., 18/11/2022, Dosya No: 2022/2868, K. 2022/671 (Kararlara vekiller aracılığıyla ulaşılmıştır).

Bu durumda örneğin işçi sendikası işverenin Balıkesir ilinde bulunan işyeri için işyeri toplu iş sözleşmesi yetkisi başvurusu yapmış ve Bakanlık tarafından kendisine yetki belgesi verilmişse, işverenin işletme toplu iş sözleşmesine ilişkin iddia ile açacağı yetki tespitine itiraz davasını işletmenin merkezinin bulunduğu İzmir İş Mahkemesine değil yetki yazısına konu işyerinin bulunduğu Balıkesir İş Mahkemesine yapması gerekecektir. Zira burada yetkili mahkeme tespit edilirken yetki itirazında bulunan işverenin iddia ettiği husus değil Bakanlığın yetki belgesini hangi tür toplu iş sözleşmesini dikkate alarak verdiği belirleyici olmaktadır. Ancak bu noktada işkolu tespiti niteliğindeki işyerinin işletme niteliğine sahip olup olmadığının belirlenmesi için yapacağı başvuruyu 6356 sayılı Kanun'un 34. maddesinin 4. fıkrası uyarınca işletme merkezinin bulunduğu iş mahkemesine (örneğin İzmir İş Mahkemesi olacaktır) yapması gerekecektir.

B. Yetki İtirazında Bekletici Neden

Toplu iş hukukunda işkolu kavramı önemlidir. Zira mevzuat uyarınca sendikalar sadece işkolu düzeyinde kurulabilmekte ve faaliyetleri de kurulu buldukları işkolunda mümkün olabilmektedir. İşkolu, işyerlerinde benzer ve birbirine yakın faaliyetler grubunu ifade etmektedir⁵⁰. İşyerindeki faaliyetin yöneldiği teknik amaç o işyerinin girdiği işkolunu belirler. Ancak bazı işler vardır ki asıl faaliyetin gerçekleşmesine doğrudan etkisi olmayıp asıl işin gerçekleşmesini sağlar niteliktedir. Bunlar da asıl işe yardımcı iş olarak adlandırılır⁵¹. 6356 sayılı Kanun'un 4. mad-

50 Narmanlıoğlu, s. 83.

51 Yarg. 9. H.D., 02/02/2016, E. 2016/1338, K. 2016/2358, "...Oysa daha önce bozmada belirtildiği gibi, işkolu tespit davalarında her işverenin işyerinin bağımsız işyeri olarak kabul edilip o işyerinde yapılan işlerin niteliği itibarıyla işkolu tespiti gerekir. İşkolu tespitinde birim olarak "işyeri" esas alınır. İşyeri organizasyonu içerisinde asıl işin gerçekleşmesini sağlayan diğer işler ise yardımcı işlerdir. İşkolu esasının uygulanabilmesi, her işyerinin girdiği işkolunun tespit edilmesine bağlıdır. İşyerinin girdiği işkolu işyerinde yürütülen asıl işe göre belirlenir. Asıl iş, işyerinin teknik amacı, mal veya hizmet üretimi amacıyla yürütülen faaliyetlerdir..." Yarg. HGK, 06/12/2017, E.2016/2040, K. 2017/1543, "...Asıl iş ve yardımcı iş kavramının her bağımsız işyeri için bir bütün olarak değerlendirilmesi gerekir. Asıl

desinin 2. fıkrasında bir işyerinde yürütülen asıl işe yardımcı işlerin de asıl işle aynı işkolundan sayılacağı ifade edilmektedir.

Bir işyerinin hangi işkoluna girdiğinin Bakanlık tarafından belirleneceği 6356 sayılı Kanun'un 5. maddesinde yer almakla beraber İşkolları Yönetmeliği'nin 4. maddesinin 1. fıkrasında "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." düzenlemesine yer verilmektedir. İki düzenleme birlikte değerlendirildiğinde Bakanlığın işkolu tespitini başvuru üzerine yapabileceği gibi re'sen de yapabileceği sonucuna varmak uygun olacaktır⁵². Uygulamada ise Bakanlığın başvuru üzerine işkolu tespitini yaptığı görülmektedir.

Bakanlığın tespitine karşın ilgililer kararın yayımından itibaren on beş gün içinde itiraz etme hakkına sahiptirler. İlgililerden işçi sendikası, işveren sendikası, işveren sendikası üyesi olmayan işveren ile işkolunda kurulu diğer sendikaların anlaşılması gerekmektedir⁵³. İşyerinin kendi işkolunda yer aldığını düşünen işçi sendikaları da dava açma hakkına sahiptir⁵⁴. Bir görüşe göre yararları bulunmak kaydıyla işçilerin de "ilgililer" kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ve işçilerin de işkolu tespitine itiraz edebilecekleri belirtilmektedir⁵⁵. İşkoluna itiraz davasında görevli mahkeme iş mahkemesiyken yetkili mahkemenin Bakanlığın davada hasım gösterilmesi nede-

niyle Ankara İş Mahkemesi olduğu düşünülebilir. Ancak yetkili mahkeme işyerinin bulunduğu yer iş mahkemesi olacaktır.

6356 sayılı Kanun'un 5. maddesi uyarınca Bakanlık işyerinin girdiği işkolunun tespiti ile ilgili kararını Resmî Gazete'de yayımlar. 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'ndan⁵⁶ ("2821 sayılı Kanun") farklı olarak⁵⁷ işkolu tespit talebi ve işkolu tespitine ilişkin davaların yetki işlemleri ile yetki tespit davalarında bekletici neden yapılamayacağı düzenlemesine yer vermektedir. Zira 6356 sayılı Kanun'un 5. maddesinin 2. fıkrası ve 3. fıkrası uyarınca, "Yeni bir toplu iş sözleşmesi için yetki süreci başlamış ise işkolu değişikliği tespiti bir sonraki dönem için geçerli olur. İşkolu tespit talebi ve buna ilişkin açılan davalar, yetki işlemlerinde ve yetki tespit davalarında bekletici neden sayılmaz. İşkolu değişikliği yürürlükteki toplu iş sözleşmesini etkilemez."

C. İşletme Toplu İş Sözleşmesinin Kamu Düzenine İlişkin Olması

6356 sayılı Kanun'un 34. maddesinin 2. fıkrası uyarınca "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.". Grup toplu iş sözleşmesinden farklı olarak işletme toplu iş sözleşmesi akdedilmesi zorunlu bir toplu iş sözleşmesidir. Zira aynı işverene ait aynı işkolundaki tüm işyerlerinde yeknesak kuralların uygulanmasının sağlanması bu işyerleri ve işletmeleri kapsayacak şekilde tek bir işletme toplu iş sözleşmesinin akdedilmesi ile mümkündür.

iş yardımcı iş ayırımı bir işyerindeki işler için geçerli olup, işletme seviyesinde incelenemez, bir işletmeyi oluşturan farklı işyerleri arasında asıl iş yardımcı iş ilişkisi kurulamaz..." www.lexpera.com.tr, 29/11/2022.

52 Oğuzman, M.K.: Türkiye'de İşçi ve İşveren İlişkileri, İstanbul, 1984, ss. 16-17.

53 Sur, s. 307; Çelik, N./ Caniklioğlu, N./ Canbolat, T./ Özkaraca, E.: İş Hukuku Dersleri, İstanbul, 2022, s. 866.

54 Yarg. 22. H.D., 25/04/2017, E. 2017/32035, K. 2017/9466, "...Somut olayda, işveren tarafından, dava, sadece ...Bakanlığına yöneltilmiş, mahkemece de, tespit kararından etkilenecek sendikalara davanın yöneltilmesi sağlanmamıştır. Yukarıda ayrıntılı olarak izah edildiği üzere, işkolu tespitine itiraz davasının, dava sonucunda verilecek karardan etkilenecek olan sendikalara da yöneltilmesi gerekmektedir..." www.lexpera.com.tr., 29/11/2022.

55 Narmanlioğlu, s. 86.

56 R.G., 07/05/1983, 18040.

57 2821 sayılı Kanun'un 4. maddesinde işkolu tespitine yer verilmekteydi. Ancak düzenlemede yetki itirazında işkoluna ilişkin itirazın ileri sürülmesi durumuna ne şekilde hareket edileceğine ilişkin bir düzenleme yer almamaktaydı. Yargıtay kararlarında bu hususun ön mesele olarak değerlendirilmesi gerekliliği ifade edilmekteydi. Yine Yargıtay, yetki itirazını görüşen mahkemenin işkoluna ilişkin itirazın söz konusu olması durumunda davacıya süre vererek 2821 sayılı Kanun'un 4. maddesindeki prosedürün uygulanması ve tespit ön mesele yapılmasını kararlarında belirtmekteydi.

Yargıtay da kararlarında işletme toplu iş sözleşmesine ilişkin söz konusu düzenlemenin emredici nitelikte olduğunu ve kamu düzenine ilişkin olduğunu vurgulamaktadır. Bu nedenle toplu iş sözleşmesi yetki tespitinde öncelikle işletme niteliğinin bulunup bulunmadığı belirlenmelidir⁵⁸.

Yine Yargıtay, 6356 sayılı Kanun'un 5. maddesinin işyeri uyumsuzlukları ile sınırlı olarak uygulanması gerektiği, hükmün işletme itirazlarına ilişkin davalarda uygulanamayacağı, işkoluna ilişkin davaların eskiden olduğu gibi bekletici neden yapılmasının gerektiği yönünde 6356 sayılı Kanun'un 34. maddesinin 2. fıkrasının emredici niteliği ve kamu düzenine ilişkin olmasına da uygun şekilde kararlar vermiştir⁵⁹. Öğretide bizim de katıldığımız işletme toplu iş sözleşmesinde işkolu itirazının bekletici neden yapılmasının 34. maddenin 2. fıkrasının emredici niteliği ve amacı düşünüldüğünde isabetli olduğu görüşü çoğunlukta olmakla beraber⁶⁰ işletme toplu iş sözleşmesi itirazının

bekletici neden yapılmaması gerektiği yönünde görüşler de bulunmaktadır⁶¹. İşletme kapsamı ya da niteliğine ilişkin itirazlarda işkoluna dair itirazların bekletici neden yapılmasının uygun olmadığını savunan görüş buna gerekçe olarak aksinin kabulünün 5. maddenin 2. fıkrasındaki düzenlemenin işyeri uyumsuzlukları ile sınırlandırılması olacağını, hükmün uygulama alanını daraltacağını, işkolu itirazlarının yetki tespit davalarını gereksiz yere uzatmasının engellemesi amacını yerine getirmesini baltalayacağını ifade etmektedirler.

Yargıtay yeni tarihli kararlarında 6356 sayılı Kanun'un 5. maddesinin 2. fıkrasındaki düzenlemenin yetki tespit başvurusundan sonra ileri sür-

58 Yarg. 9. H.D., 21/10/2021, E. 2021/10449, K. 2021/14734, "...Diğer taraftan 6356 sayılı Kanun'un 34 üncü maddesinin ikinci fıkrasında, 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 ifade edilmiştir. Belirtilen düzenleme emredici nitelikte olup kamu düzenine ilişkindir (CANBOLAT, Talat: Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Türleri, ... 2013, s.128; DOĞAN YENİSEY, Kübra: İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, ... 2007, s.344). Dairemizin uygulaması da, işletme toplu iş sözleşmesine ilişkin hükmün kamu düzenine ilişkin olduğu yönündedir..."; Yarg. 9. H.D., 28/09/2018, E. 2018/6624, K. 2018/16946, "Toplu iş hukukunda bir toplu iş sözleşmesi ünitesi olan işletmeden söz edebilmek için kural olarak aynı işverene ait, aynı işkolunda yer alan işyerlerinin bulunması gereklidir. İşverenin işletme kapsamındaki işyerleri için ancak tek bir toplu iş sözleşmesi yapılabilir. Bu toplu iş sözleşmesi ise işletme toplu iş sözleşmesidir. Bu kural kamu düzenine ilişkin olup resen gözetilmelidir..."; Yarg. 9. H.D., 01/03/2018, E. 2018/1967, K. 2018/4643; Yarg. 7. H.D., 26/01/2016, E. 2015/42420, K. 2016/1132; Yarg. 9. H.D., 04/11/2014, E. 2014/31274, K. 2014/32408; Yarg. 9. H.D., 15/11/2014, E. 2014/33676, K. 2014/35455, www.lexpera.com.tr, 29/11/2022.

59 Yarg. 7. H.D., 26/04/2016, E. 2016/9586, K. 2016/9227; Yarg. 9. H.D., 08/12/2016, E. 2016/35791, K. 2016/21757; Yarg. 9. H.D., 12/10/2017, E. 2017/25458, K. 2017/15540; Yarg. 9. H.D., 12/12/2018, E. 2018/9983, K. 2018/22986; Yarg. 22. H.D., 20/09/2018, E. 2018/9952, K. 2018/19317, www.lexpera.com.tr, 29/11/2022.

60 Narmanlioğlu, s. 316; Şahlanan, s. 392; Güzel, A.: "Toplu İş İlişkileri Açısından Yargıtay'ın 2013 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Gü-

venlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri, Ankara, 2017, ss.382-383; Tuncay/Savaş Kutsal, s. 240; Savaş Kutsal, F.B.: "Toplu İş İlişkileri Açısından Yargıtay'ın 2019-2020 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtay'ın ve Bölge Adliye Mahkemeleri'nin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri İstanbul 13-14 Kasım 2021, İstanbul, 2022, s. 475.

61 Sümer, H.H.: "Toplu İş İlişkileri Açısından Yargıtay'ın 2016 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 2017, İstanbul, 2018, ss. 676-677; Özkaraca, E.: "Toplu İş İlişkileri Açısından Yargıtay'ın 2014 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 2015, Ankara, 2016, s. 213; Eyrenci, Toplu İş Sözleşmesi Türleri, s. 142; Eyrenci, yetki başvurusundan önce yetki süreci dışında bir tespit davası açıldığı durumda bu davanın Kanun'un 34. maddesinin 4. fıkrası uyarınca açılması gerektiğini, bu davada işyerinin girdiği işkolunun tespiti gerekiyorsa bunun Kanun'un 5. maddesi uyarınca yapılmasının uygun olduğunu ve yetki tespitine ilişkin davalarda işletme niteliğine ilişkin itiraz ileri sürülmüşse mahkemenin 34/4. madde uyarınca açılan davanın sonucunu bekletici neden saymasının uygun olacağını ifade etmektedir. Yetki sürecindeki itirazlarda ise mahkemenin re'sen inceleme yetkisini bir başka mahkemeye bırakması ve konunun bekletici neden yapılması uygun değildir, Eyrenci, Ö.: "Toplu İş İlişkileri Açısından Yargıtay'ın 2017 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri, İstanbul, 23-24 Kasım 2018, ss.432-433; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 979; Canbolat yetki itirazına bakan mahkemenin işletme niteliğini Bakanlık kayıtlarına göre tespit etmesi gerektiği, kayıtlarda gözükmenin aksine bir iddianın söz konusu olması durumunda Kanun'un 5. maddesi kapsamında başvuru yapılarak işkolu tespitinin istenebileceğini ancak bunun da bir sonraki dönem için geçerli olacağı görüşündedir, Canbolat, s. 140 vd.

rülen işkolu itirazlarına ilişkin olduğuna⁶², işletme toplu iş sözleşmesine ilişkin yetki tespitine itirazlarda işkoluna dair itirazların bekletici neden yapılmaması gerektiğine karar vermektedir. Yine Yargıtay, yetki başvurusu tarihindeki kayıtların dikkate alınarak işletme toplu iş sözleşmesine ilişkin itirazın değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir^{63,64}.

62 Yarg. 9. H.D., 15/04/2021, E. 2021/3116, K. 2021/8169, "...Belirtmek gerekir ki, işkolu itirazının yetki tespit sürecinde bekletici mesele yapılamayacağına dair kural, yetki tespit başvurusundan sonra ileri sürülen işkolu itirazına ilişkindir. Bununla birlikte yetki tespit başvuru tarihinden önce Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına işkolu tespit başvurusunda bulunulması durumunda, işkolu tespit kararı beklenilmeli, işkolu tespit kararına da itiraz edilmesi durumunda buna ilişkin yargılamanın sonuc u bekletici mesele yapılmalıdır. Nitekim bu ihtimalde yetki tespit başvurusundan önce işkolu tespit başvurusu yapıldığından, işkolu tespit sürecinin sonunda verilecek karar mevcut yetki uyumsuzluğu bakımından da geçerli olacaktır. Bu husus 6356 sayılı Kanun'un 5 inci maddesinin gerekçesinde de açık bir şekilde "Yeni bir toplu sözleşme için yetki süreci başlamış ise işkolu değişikliği tespiti bir sonraki dönem için geçerli olacak" şeklinde ifade edilmiştir...", www.lexpera.com.tr,, 29/11/2022.

63,64 Yarg. 9. H.D., 24/06/2021, E. 2021/3711, K. 2021/10868, "...Dosya kapsamının birlikte değerlendirilmesiyle yapılan inceleme sonucunda, uyumsuzluğa uygulanması gereken hukuk kurallarına ve özellikle ayrıntıları Dairemizin 2020/7861 – 2020/17017 E.K. sayılı ilâmında açıklandığı üzere başvuru tarihi itibarıyla yetki tespitine konu işyerinden farklı işkolunda yer alan bir işyerinin dikkate alınması gerektiğine dair itirazın, itiraz konusu işyeri bakımından işkolu itirazı niteliğinde olduğunun ve bu itirazın mevcut yetki uyumsuzluğunda ileri sürüleceğinin, somut olayda da Bakanlık kayıtlarına göre tespit konusu işyerinin "Metal" işkolunda yer aldığı, itiraz konusu işyerinin ise "Ticaret, büro, eğitim ve güzel sanatlar" işkolunda yer aldığı anlaşılmaya göre, yerinde görülmeyen tüm temyiz itirazlarının reddi ile usul ve kanuna uygun olan Bölge Adliye Mahkemesi kararının bu ilave gerekçe ile ONANMASINA, 24/06/2021 tarihinde oybirliği ile karar verildi.", www.karararama.yargitay.gov.tr, 29/11/2022; Yarg. 9. H.D., 14/01/2021, E. 2020/8682, K. 2021/907; "...Diğer taraftan, yetki tespitinden önce işyerlerinin işkoluna dair bir itiraz ve başkaca bir tespit talebi de söz konusu olmamıştır. Bununla birlikte işveren tarafından yetki tespit başvuru tarihinden sonra işkolu tespit talebinden bulunulmuş ve bunun üzerine Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının 01/07/2016 tarihli Resmî Gazetede yayımlanan 2016/30 sayılı işkolu tespit kararı ile yetki tespit konusu işyerlerinden (1035224) sicil numaralı işyerinin "Avcılık, balıkçılık, tarım ve ormancılık" işkolunda yer aldığı tespit edilmiştir. Bu işkolu tespit kararının iptali için açılan dava reddedilmiş ve karar onanmıştır. Bölge Adliye

III. İşletme Toplu İş Sözleşmesi Yetkisine İlişkin İtirazın Değerlendirilmesi

İşverenin işletme iddiası ile yetki tespitine itirazı işletme toplu iş sözleşmesi yapmak üzere işçi sendikasına yetki verildiği durumlarda aynı işverene ait işyerlerinin farklı işkollarında olduğu iddiasıyla olabileceği gibi, işyeri toplu iş sözleşmesi yapmak üzere verilmiş yetkide aynı işverene ait aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunduğu na ilişkin de olabilir. Her iki durumda da işveren yetki itirazında bulunmakta ve yetki itirazının te-

Mahkemesi tarafından tespit konusu işyerlerinin "Avcılık, balıkçılık, tarım ve ormancılık" işkolunda yer aldığı gerekçesiyle yetki tespitinin iptaline karar verilmiş ise de ulaşılan sonuç isabetli olmamıştır.6356 sayılı Kanun'un 5 inci maddesinin ikinci fıkrasına göre "Yeni bir toplu iş sözleşmesi için yetki süreci başlamış ise işkolu değişikliği tespiti bir sonraki dönem için geçerli olur. İşkolu tespit talebi ve buna ilişkin açılan davalar, yetki işlemlerinde ve yetki tespit davalarında bekletici neden sayılmaz." Hükümün madde gerekçesinde de "...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." hususları ifade edilmiştir. İnceleme konusu davada, işveren tarafından ileri sürülen işkolu itirazı, yukarıda belirtilen açık düzenleme gereği mevcut yetki uyumsuzluğunda ileri sürülemez ve bu talep ancak bir sonraki dönem için geçerli olabilir. Diğer taraftan, hukuk devleti kavramı çerçevesinde "hukuki belirlilik" ve "hukuki öngörülebilirlik" ilkeleri nazara alındığında, uyumsuzluğun yetki tespiti için başvuru tarihindeki hukuki duruma göre değerlendirilmesi gerektiği de tartışmasızdır. Nitekim işçi sendikasının Bakanlık kayıtlarına güvenerek örgütlenme faaliyetini yürüttüğü ve çoğunluk tespitine dair talepte bulunduğu gözetildiğinde, yetki tespit başvuru tarihinden sonra ileri sürülen işkolu itirazının dikkate alınması yukarıda belirtilen ilkelere aykırılık teşkil edecektir..."; Yarg. 9. H.D., 26/11/2020, E. 2020/7861, K. 2020/17017; Yarg. 9. H.D., 15/10/2020, E. 2020/2167, K. 2020/12192, www.lexpera.com.tr,, 29/11/2022; Sur, Yargıtay'ın işletme toplu iş sözleşmesine ilişkin itirazlarda işyerlerinin aynı işkoluna girip girmediğinin belirlenmesinin temel alındığı noktada konunun bekletici neden yapılmaksızın doğrudan yetki itirazını inceleyen hakim tarafından incelenmesinin sürecin uzamasının önlenmesine yönelik bir çözüm olarak değerlendirmektedir, Sur, ss. 325-326; aynı yönde Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 979.

melinde işverenin işyerlerinin aynı işkolunda yer alıp almadığının, işletme oluşturup oluşturmadığının ve sendikanın bu bağlamda yetkili olup olmadığının belirlenmesi yer almaktadır.

A. Yetki Uyuşmazlığını İnceleyen Mahkemenin İşletmenin Varlığını Tespit Yetkisinin Bulunması

İşletme toplu iş sözleşmesinin yapılması 6356 sayılı Kanun'un 3. maddesinin 2. fıkrası ve 34. maddesinin 2. fıkrası uyarınca zorunludur ve bu düzenlenmeler emredici nitelikte olup, kamu düzenine ilişkindir. Bu nedenle işletme kapsamına ilişkin bir uyuşmazlık söz konusu ise yetki tespitine itirazda öncelikle aynı işverene ait işyerlerinin aynı işkolunda olup olmadığının belirlenmesi gereklidir. Yargıtay, bu hususun işkolu itirazı niteliğinde olduğunu ifade etmektedir⁶⁵. İşkolu tespitine ilişkin düzenleme 6356 sayılı Kanun'un 5. maddesinde yer alırken Kanun'un 43. maddesinin 4. fıkrasında işletme niteliğine ilişkin itiraz düzenlenmektedir. Kanaatimiz bu noktada işletme niteliğinin belirlenmesinin işkolu tespiti niteliğinden farklı olduğu yönündedir⁶⁶. İşveren yahut işveren sendikası ya da aynı işkolunda itiraz etme hakkı bulunan işkolu barajını sağlayan işçi sendikaları yetki tespitine işletme iddiası ile itiraz ettiklerinde, itiraz mercii mahkeme işletmenin merkezindeki yetkili mahkeme ise bu durumda yetki uyuşmazlığını inceleyen mahkemenin işletmenin varlığını tespit yetkisi de bulunacaktır. Mahkeme işletme varlığının tespitini ön mesele yapıp öncelikli değerlendirecektir⁶⁷. Akabinde yapmış olduğu tespiti dikkate alarak işyeri barajı bakımından işçi sendikasının yetkili olup olmadığına karar vermesi gerekecektir.

Örneğin aynı işverene ait aynı işkolunda fark-

lı şehirlerde birden fazla işyeri bulunduğunu ve işletme merkezinin İzmir olduğunu varsayarsak, işçi sendikasının işverenin sadece İzmir'deki işyeri için yetki başvurusunda bulunduğu ve yetkiyi aldığı örnekte yetki itirazı İzmir İş Mahkemesine yapılacaktır. İzmir İş Mahkemesi hem işletme niteliğine ilişkin uyuşmazlığı hem de yetki itirazına ilişkin uyuşmazlığı çözmeye yetkili mahkemedir. Bu durumda öncelikle işletme niteliğinin bulunup bulunmadığı ön mesele olarak tespit edilecek ve aynı mahkeme tarafından akabinde yetki koşulları bu tespite göre incelenip işçi sendikasının yetkili olup olmadığına karar verilecektir.

B. Yetki Uyuşmazlığını İnceleyen Mahkemenin İşletmenin Varlığını Tespit Yetkisinin Bulunmaması

Yetki itirazında işletme niteliğinin tespitine ilişkin uyuşmazlığın söz konusu olduğu durumda bir başka olasılık ise, yetki itirazını inceleyen yetkili mahkemenin işletmenin niteliğinin varlığı konusunda 6356 sayılı Kanun'un 43. maddesinin 4. fıkrası uyarınca belirleme yapmaya yetkili olmaması durumudur. Yetki uyuşmazlığını inceleyen mahkemenin işletme niteliğinin olup olmadığı ve varsa kapsamına ilişkin uyuşmazlığı çözmeye yetkili olmaması halinde işletme niteliğinin tespitini bekletici neden yapması gerekecektir. Bu durumda işletme merkezinin nerede bulunduğu belirlenecek ve işletme merkezinin bulunduğu yerdeki iş mahkemesinde bir dava açılması söz konusu olacaktır.

Örneğin aynı işverene ait aynı işkolunda farklı şehirlerde birden fazla işyeri bulunduğunu ve işletme merkezinin İzmir olduğunu varsayarsak, işçi sendikasının işverenin Balıkesir'deki işyeri için yetki başvurusunda bulunduğu ve yetkiyi aldığı örnekte yetki itirazı 6356 sayılı Kanun'un 79. maddesi uyarınca, Balıkesir İş Mahkemesi'ne yapılacaktır. Bu durumda işletmenin merkezi İzmir olduğu için işletme niteliğinin belirlenmesinde yetkili mahkeme İzmir İş Mahkemesi'dir. Balıkesir İş Mahkemesi, 6356 sayılı Kanun'un 34/4. maddesi uyarınca İzmir İş Mahkemesi'nde açılacak olan

65 Yarg. 9. H.D., 24/06/2021, E. 2021/3711, K. 2021/10868, www.karararama.yargitay.gov.tr, 29/11/2022.

66 Ekmekçi, s. 362.

67 Yarg. 22. H.D., 06/12/2013, E. 2013/33468, K. 2013/28331, www.legalbank.net, 18/11/2022, Kararın incelemesi için bkz. Şahlanan, F.: İşletme İtirazının Yetki Davasında Bekletici Mesele Yapılması (Karar İncelemesi), Tekstil İşveren D., Hukuk Eki 89, S. 404, Eylül, 2014, ss. 2-3.

işletme niteliğinin tespitine ilişkin davayı bekletici neden yapacak ve o davanın sonucuna göre yetki itirazını değerlendirecektir.

Bir görüşe göre işletme niteliğinin bekletici neden olarak yetkili mahkeme tarafından değerlendirilmesi yönünde yetki itirazı sırasında veya öncesinde bir dava açılmaması durumunda sürecin hızlı şekilde çözümlenmesi için yetki itirazını inceleyen mahkemenin işletme niteliğini de değerlendirmesi mevzuata uygundur⁶⁸. Söz konusu görüş yetki sürecinin hızlı yürütülmesinden çok sağlıklı yürütülmesinin önemli olduğu ve bu görüşün kabulünün 6356 sayılı Kanun'un 43. maddesinin 2.ve 4. fıkrasında yer alan düzenlemeyi anlamsız kılacağı gerekçeleriyle eleştirilmektedir⁶⁹.

Yüksek Mahkeme uygulaması incelendiğinde konuya ilişkin farklı yönde kararlar bulunmakla beraber, 2020 yılı öncesindeki kararların ağırlıkla konunun bekletici neden yapılması gerektiği yönünde olduğunu söylemek mümkündür. Ancak 2020 yılından itibaren verilen kararlarda, yetki itirazında inceleme yapma yetkisine sahip mahkemenin aynı zamanda başvuru tarihindeki kayıtları inceleyerek konuyu bekletici neden yapmaksızın inceleyeceği ve işyerlerinin aynı işkolunda olup olmayacağını da belirleyeceği ifade edilmektedir⁷⁰.

Sonuç

Toplu iş mevzuatında aynı işverene ait aynı işkolundaki işyerlerini kapsar şekilde işletme toplu iş sözleşmesinin yapılması zorunludur. Düzenleme, kamu düzenine ilişkin olup emredici niteliktedir. Uygulamada, işletme niteliğine yönelik iddialar barındıran yetki itirazlarında

yetkili mahkemenin belirlenmesi ve konunun bekletici neden yapılıp yapılmaması hususu birçok sorunu da beraberinde getirmektedir. Asıl mesele 6356 sayılı Kanun'da yer alan ve işkolu tespitine ilişkin prosedürü düzenleyen Kanun'un 5. maddesi ve yetki itirazında görevli ve yetkili mahkemeyi düzenleyen 79. maddesi ile işletme niteliğine itiraza ilişkin 34. maddesinin 4. fıkrasındaki düzenlemenin ne şekilde değerlendirilmesi gerektiğidir. Toplu iş sözleşmesi sürecinin olabildiğince hızlı yürütülmesi mevzuatın amacıdır. Zira süreçte yaşanacak gecikmeler, toplu iş sözleşmesinin uygulanmasını geciktirecek ve bu da işçiler açısından hak kayıplarına neden olabilecektir. Bu nedenledir ki 6356 sayılı Kanun'un 5. maddesinin 2. fıkrasında "*işkolu tespit talebi ve buna ilişkin açılan davaların, yetki işlemlerinde ve yetki tespit davalarında bekletici neden sayılmayacağı*" düzenlenmiştir. Ancak sürecin doğru şekilde sonuçlandırılması da bir gerekliliktir. İşletme niteliğinin varlığı iddiası söz konusu olduğunda bu konuda Kanun'un 34. maddesinde yer alan düzenlemenin emredici nitelikte ve kamu düzenine ilişkin olduğu şüphesizdir. Yine aynı maddenin 4. fıkrasında "*İşletme toplu iş sözleşmesi yapılacak işyerlerinin aranılan niteliğe sahip olup olmadıklarına ilişkin uyuşmazlıklar, işletme merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemede on beş gün içinde karara bağlanır.*" düzenlemesi yer almaktadır. Yetki itirazlarında ise 79. maddede toplu iş sözleşmesi türüne göre görevli makam dikkate alınarak yetkili mahkemenin belirlendiği görülmektedir.

Her üç düzenlemenin varlığı işletme toplu iş sözleşmesine ilişkin yetki itirazlarında farklı görüş ve Yargıtay Kararlarının ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Zira Yargıtay'ın 2020 yılına kadar vermiş olduğu kararlarında işletme toplu iş sözleşmesine ilişkin düzenlemenin emredici nitelikte olduğu ve kamu düzenine ilişkin olduğu belirtilmektedir. Bu noktada yetki itirazında yetkili mahkemenin aynı zamanda işletme niteliğinin varlığını tespit yetkisinin bulunup bulunmamasına göre bir ayırım yapılmaktadır. Yetki itirazına bakan mahkemenin aynı zamanda işletme

68 Eyrenci, Toplu İş Sözleşmesi Türleri, ss.141-142; Yargıtay'ın 6356 sayılı Kanun'un 5. maddesinin 2. fıkradaki düzenlemeyi işyeri uyuşmazlıkları ile sınırlı tutmasının uygun olmayacağı, konunun bekletici neden yapılmadan yetki itirazını inceleyen mahkemenin işletme niteliğini de belirleme yetkisinin söz konusu olması gerektiği yönündeki görüş için bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 979.

69 59. dipnotta belirtilen yazarlar.

70 62 ve 63 numaralı dipnotlarda kararlara yer verilmiştir.

niteliğini de tespit yetkisi olan mahkeme olması durumunda işletme niteliğini ön mesele olarak değerlendirerek akabinde mahkemenin yetki itirazını incelemesinin gerektiği belirtilirken; yetki itirazında yetkili mahkemenin işletme niteliğini belirleme yetkisinin bulunmadığı durumlarda ise, işletme niteliğinin belirlenmesine ilişkin davayı bekletici neden yaparak dava sonucuna göre yetki itirazını değerlendirmesi gerektiği ifade edilmektedir. Öğretide Yargıtay'ın söz konusu kararlarına katılanlar yanında aksi görüş de olup işletme niteliğine ilişkin iddiaların varlığını içeren yetki itirazlarında yetki itirazını inceleyen mahkemenin Bakanlık kayıtlarını dikkate alarak işletme niteliğine ilişkin değerlendirmeyi de yapması gerektiği, konunun 6356 sayılı Kanun'un 5. maddesinin 2. fıkrası uyarınca bekletici neden sayılmasının uygun olduğu savunulmaktadır. 2020 yılı ve sonrasında Yargıtay'ın kararlarında konunun bekletici neden sayılmadığı görülmektedir.

Kanaatimiz işletme niteliğinin varlığı iddiası ile söz konusu olan yetki itirazlarında 6356 sayılı Kanun'un 34. maddesinin 4. maddesi kapsamında hareket edilmesi ve yetki tespitinden önce açılmış bir işkolu tespit davası varsa bunun sonucunun yetki itirazını inceleyen mahkeme tarafından ön mesele yapılarak değerlendirilmesinin uygun olacağı yönündedir. Ancak yetki itirazında işletme niteliğine yönelik bir itirazın bulunması durumunda konunun yetki itirazına bakmakla yetkili mahkemenin aynı zamanda işletme niteliğini değerlendirme yetkisinin bulunup bulunmamasına göre ön mesele yapılarak yahut bekletici neden yapılarak çözüme ulaştırılması mevzuata uygundur. Zira olması gereken, yetki sürecinin çabuk tamamlanması yanında doğru şekilde sonuçlandırılmasıdır. İşletme niteliğine ilişkin itirazlar, işkolu tespitine ilişkin itiraz kapsamında değerlendirilmemelidir.

KAYNAKÇA

- Aktay, N.A./Özdemir Ertürk, O.: Toplu İş Hukuku, Ankara, 2022.
- Akyiğit, E.: Toplu İş Hukuku, Ankara, 2022.
- Arıcı, K.: Türk İş Hukuku-II, Toplu İş İlişkileri Hukuku, Ankara, 2022.
- Canbolat, T.: 6356 sayılı Kanuna Göre Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Türleri, İstanbul, 2013.
- Canbolat, T.: "6356 sayılı Kanun'da Öngörülen Çerçeve Sözleşmenin Hukuki Niteliği", Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.:20, S.: 1, İstanbul, 2014, ss. 523-542 ("Çerçeve Sözleşme").
- Cengiz Urhanoğlu, İ.: "Türk Hukukunda İşyerleri Toplu İş Sözleşmesi", TBB D., S.: 89, 2010, ss. 129-153.
- Çelik, N./Caniklioğlu, N./Canbolat, T./Özkaraca, E.: İş Hukuku Dersleri, İstanbul, 2022.
- Demir, F.: En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir, 2018.
- Dereli, T.: "6356 sayılı Yeni Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, Genel Değerlendirme", Çalışma ve Toplum D., S.: 36, 2013/1, ss. 41-64.
- Doğan Yenisey, K.: İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, İstanbul, 2007.
- Ekmekçi, Ö.: Toplu İş Hukuku Dersleri, İstanbul, 2022.
- Ekmekçi, Ö./Özekes, M./Atalı, M./Seven, V.: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, İstanbul, 2019.
- Ertürk, Ş.: İş Hukuku Dersleri Bireysel İş Hukuku, Ankara, 2022.
- Eyrenci, Ö.: "6356 sayılı Kanunda Toplu İş Sözleşmesi Türleri", Prof. Dr. Polat Soyer'e Armağan I, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi D., C.: 15, Özel S., İzmir, 2013, ss. 119-146 (Toplu İş Sözleşmesi Türleri).
- Eyrenci, Ö.: "Toplu İş İlişkileri Açısından Yargıtay'ın 2017 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 2017, İstanbul, 23-24 Kasım 2018, ss. 399-497.
- Eyrenci, Ö./Taşkent, S./Ulucan, D./Baskan, E.: İş Hukuku, İstanbul, 2020.
- Göktaş, S./Yılmaz, Y.: 6356 sayılı Sendikalar ve

- Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Şerhi, Ankara, 2021.
- Güzel, A.: "Toplu İş İlişkileri Açısından Yargıtay'ın 2013 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri, Ankara, 2017, ss. 299-426.
 - Kılıçoğlu, M./Tüfek, Ö. F.: Toplu İş Hukukundan Doğan Davalar ve Çözüm Yolları, Ankara, 2021.
 - Kızıloğlu, H.: "Yetki İtirazı Dilekçesinde Somut Delillerin Yer Almaması Halinde İtirazın İncelenmeksizin Reddedilmesi", Sicil İş Hukuku D., S.: 31, 2014, ss. 114-122.
 - Kutal, M.: Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Yasasının Kimi Hükümlerinin İptali İstemi ile Anayasa Mahkemesine Açılan Davaya İlişkin Notlar, Çalışma ve Toplum D., S. 44, 2015/1, ss. 13-27.
 - Mutlay, F.B./Işık, M.: "7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu Uyarınca Görev", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi D., C.:3, S.: 68, 2019, ss. 565-634.
 - Narmanlıoğlu, Ü.: "19.03.2012 tarihli Toplu İş İlişkileri Kanununun Tasarısının Getirdikleri", Sicil İş Hukuku D., S.: 27, Eylül 2012/III, ss. 141-157 ("Tasarının Getirdikleri").
 - Narmanlıoğlu, Ü.: İş Hukuku II, Toplu İş İlişkileri, İstanbul, 2016.
 - Oğuzman, M.K.: Türkiye'de İşçi ve İşveren İlişkileri, İstanbul, 1984.
 - Özkaraca, E.: "Toplu İş İlişkileri Açısından Yargıtay'ın 2014 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 2015, Ankara, 2016, ss. 195-359.
 - Özkaraca, E.: "Toplu İş Sözleşmesi Yetki Tespitinde Bağlı Yer Niteliğindeki Birimlerin Belirlenmesi (Karar İncelmesi)", Tekstil İşveren D., Hukuk Eki 144, Ağustos, 2022, ss. 2-8.
 - Özkaraca, E./Ünal, C.: "Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Hükümlerinin Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Açısından Uygulanması", Sicil İş Hukuku Dergisi, S.: 42, 2019, ss. 16-41.
 - Poroy, R./Yasaman, H.: Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2022.
 - Savaş Kutsal, F.B.: Toplu İş İlişkileri Açısından Yargıtay'ın 2019-2020 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay'ın ve Bölge Adliye Mahkemeleri'nin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri İstanbul 13-14 Kasım 2021, İstanbul, 2022, ss. 405-533.
 - Sur, M.: İş Hukuku-Toplu İlişkiler, Ankara, 2022.
 - Subaşı, İ.: "6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'na Göre Toplu İş Sözleşmesi", Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.: 20, S.: 1, İstanbul, 2014, ss. 595-654.
 - Sümer, H.H.: "Toplu İş İlişkileri Açısından Yargıtay'ın 2016 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 2017, İstanbul, 2018, ss. 585-719.
 - Süzek, S.: İş Hukuku, İstanbul, 2021.
 - Şahlanan, F.: Toplu İş Hukuku, İstanbul, 2020.
 - Şahlanan, F.: İşletme İtirazının Yetki Davasında Bekletici Mesele Yapılması (Karar İncelemesi), Tekstil İşveren D., Hukuk Eki 89, S.: 404, Eylül, 2014, ss. 2-4 ("Karar İncelemesi").
 - Tuncay, A.c./ Savaş Kutsal, F. B.: Toplu İş Hukuku, İstanbul, 2019.
 - Tunçomağ, K./Centel, T.: İş Hukukunun Esasları, Temmuz, İstanbul, 2022.

YAZI TESLİM KURALLARI

1. Dergide yayımlanması istenen yazılar MESS'in mess@mess.org.tr elektronik posta adresine gönderilmelidir.
2. Yazılar Microsoft Word (Microsoft Office 2003 ve üzeri versiyonlar) formatında (doc. veya docx dosya uzantılı), Kaynakça ile birlikte 10.000 kelimeyi geçmeyecek şekilde 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 kelimededen oluşacak ve araştırmanın kapsamı ve amacının belirtildiği, kullanılan yöntemin tanımlandığı ve ulaşılan sonuçların kısaca yer verildiği Türkçe ve İngilizce özet, en az üç Türkçe ve üç İngilizce anahtar sözcük ile birlikte, yazının Türkçe ve İngilizce yazılmış başlığı, yazar ismi, kurumu ve yazarların açık adresleri, ORCID bilgisi 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: Basımevi-
nin İsmi

Oğuzman, M.K. (1981). Vak'a Metodu ile Hukuki Yönden İşçi-İşveren İlişkileri Olaylar-Kararlar. Genişletilmiş 3. Bası. İstanbul: Fakülteler Matbaası

- Yazılar kaynakça listesinde aşağıdaki şekilde yer almalıdır:
Yazar soyadı, adının BAŞ HARFLERİ. (Yıl). Yazının Başlığı. Derginin İsmi.
Cilt Numarası, İlk ve Son Sayfa Numaraları

Oğuzman, M.K. (1989). Grup Toplu İş Sözleşmeleri Hakkında Yargıtayın Görüşünün Değerlendirilmesi. Sicil İş Hukuku Dergisi. 10, 5-12

- İnternette alınan belgeler kaynakça listesinde aşağıdaki şekilde yer almalıdır: Yazar soyadı, adının BAŞ HARFLERİ. (Yıl). Yazının Başlığı. Kaynağın İsmi. Sayfa Numaraları. (Erişim tarihi Gün/Ay/Yıl) [http://www. ile başlayan internet adresi](http://www.ile.başlayaninternetadres)

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.

ETİK KURALLAR

Dergi, Üniversitelerarası Kurul Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesi ve Yayın Etik Komitesi COPE Yönergesi kapsamında belirlenen etik ilke ve kurallar temelinde TÜBİTAK/ULAKBİM (TRDİZİN) Standartları esas alınarak yayımlanmaktadır. Üniversitelerarası Kurul Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesinde ifade edilen bilimsel araştırma ve yayın etiğine aykırı eylemler aşağıda belirtilmiştir. Yazarların belirtilen araştırma ve yayın etiğine aykırı eylemlerde bulunmaması ve etik kurallara uyması beklenmektedir.

İntihal: Başkalarının özgün fikirlerini, metotlarını, verilerini veya eserlerini bilimsel kurallara uygun biçimde atıf yapmadan kısmen veya tamamen kendi eseri gibi göstermek

Sahtecilik: Bilimsel araştırmalarda gerçekte var olmayan veya tahrif edilmiş verileri kullanmak

Çarpıtma: Araştırma kayıtları veya elde edilen verileri tahrif etmek, araştırmada kullanılan cihaz veya materyalleri kullanılmış gibi göstermek, destek alınan kişi ve kuruluşların çıkarları doğrultusunda araştırma sonuçlarını tahrif etmek veya şekillendirmek

Tekrar yayım: Mükerrer yayınlarını akademik atama ve yükselmelerde ayrı yayınlar olarak sunmak

Dilimleme: Bir araştırmanın sonuçlarını, araştırmanın bütünlüğünü bozacak şekilde ve uygun olmayan biçimde parçalara ayırıp birden fazla sayıda yayımlayarak bu yayınları akademik atama ve yükselmelerde ayrı yayınlar olarak sunmak

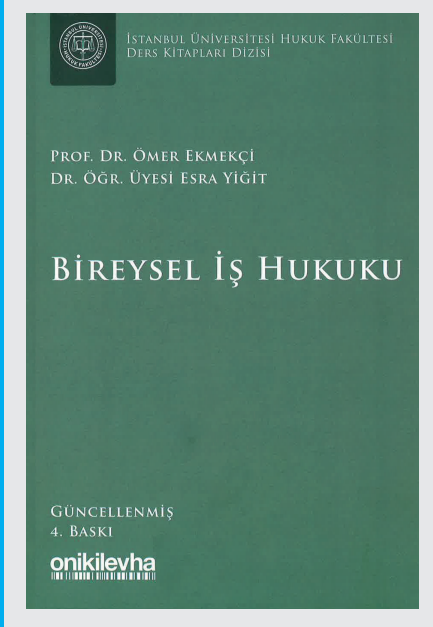
Haksız yazarlık: Aktif katkısı olmayan kişileri yazarlar arasına dâhil etmek veya olan kişileri dâhil etmemek, yazar sıralamasını gerekçesiz ve uygun olmayan bir biçimde değiştirmek, aktif katkısı olanların isimlerini sonraki baskılarda eserden çıkartmak, aktif katkısı olmadığı hâlde nüfuzunu kullanarak ismini yazarlar arasına dâhil ettirmek

Diğer etik ihlal türleri şunlardır:

- Destek alınarak yürütülen araştırmalar sonucu yapılan yayınlarda destek veren kişi, kurum veya kuruluşlar ile bunların katkılarını belirtmemek
- Henüz sunulmamış veya savunularak kabul edilmemiş tez veya çalışmaları, sahibinin izni olmadan kaynak olarak kullanmak
- Yayınlarında hasta haklarına riayet etmemek

- İnsanlarla ilgili biyomedikal arařtırmalarda veya diđer klinik arařtırmalarda ilgili mevzuat hűkűmlerine aykırı davranmak
- İncelemek űzere gűrevlendirildiđi bir eserde yer alan bilgileri eser sahibinin aēık izni olmaksızın yayımlanmadan űnce bařkalarıyla paylařmak
- Bilimsel araştırma iēin sağlanan veya ayrılan kaynakları, mekânları, imkânları ve cihazları amaē dışı kullanmak
- Bilimsel bir ēalıřma kapsamında yapılan anket ve tutum araştırmalarında katılımcıların aēık rızasını almadan ya da araştırma bir kurumda yapılacaksa ayrıca kurumun iznini almadan elde edilen verileri yayımlamak
- Arařtırma ve deneylerde; hayvanlara ve ekolojik dengeye zarar vermek, ēalıřmalara bařlamadan űnce alınması gereken izinleri yetkili birimlerden yazılı olarak almamak, mevzuatın veya Tűrkiye'nin taraf olduđu uluslararası sűzleřmelerin ilgili arařtırma ve deneylere dair hűkűmlerine aykırı ēalıřmalarda bulunmak
- Arařtırmacılar veya yetkililerce, yapılan bilimsel arařtırma ile ilgili olarak muhtemel zararlı uygulamalar konusunda ilgilileri bilgilendirme ve uyarma yűkűmlűlűđűne uymamak
- Bilimsel ēalıřmalarda, diđer kiři ve kurumlardan temin edilen veri ve bilgileri, izin verildiđi űlēűde ve řekilde kullanmamak, bu bilgilerin gizliliđine riayet etmemek ve korunmasını sađlamamak

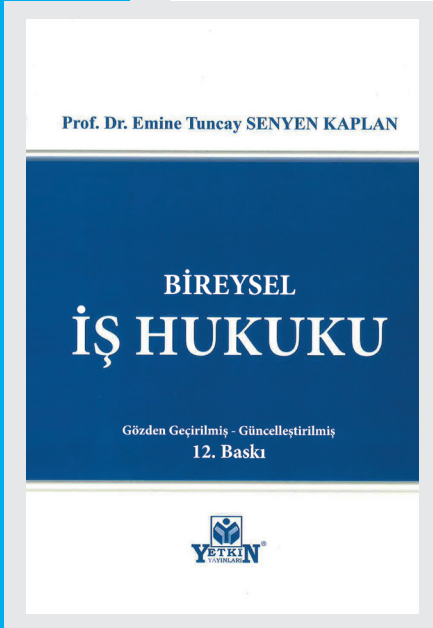
Yeni Yayınlar



Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ ve **Dr. Öğr. Üyesi Esra YİĞİT** tarafından kaleme alınan **“Bireysel İş Hukuku”** adlı kitabın Güncellenmiş 4. baskısı Aralık 2022 tarihinde yayımlanmıştır.

Başlangıçta öğrencilerin ders kitabı ihtiyacını karşılamak amacıyla hazırlanan eserin, yalnızca öğrenciler tarafından değil, uygulayıcılar tarafından da tercih edilen önemli bir kaynak haline geldiğinin gözlemlenmesi üzerine eserde birtakım güncellemeler yapılmıştır. Böylece eserin içeriğinin güncellenmesinin yanında, ismi de “Bireysel İş Hukuku Dersleri” yerine “Bireysel İş Hukuku” olarak değiştirilmiştir. Bu çerçevede, kitaba yeni bir başlık olarak “İşverenin İşçinin Kişisel Verilerini Koruma Borcu” başlığı eklenmiştir. Uygulamadaki durum da yansıtılarak eserin sadece öğrenciler için değil, aynı zamanda uygulayıcılar bakımından da yararlı olması amaçlanmıştır.

Diğer taraftan, eserde özellikle zikredilen yargı kararlarının sadece künyesinin verilmesi yerine en önemli ve yeni kararlar seçilmeye çalışılmıştır.



Prof. Dr. Emine Tuncay SENYEN KAPLAN tarafından kaleme alınan **“Bireysel İş Hukuku”** adlı kitabın Gözden geçirilmiş - Güncelleştirilmiş 12. baskısı Eylül 2022 tarihinde yayımlanmıştır.

İş hukukunun dinamik yapısı ve çalışma hayatında yeni gelişmeler mevzuatta yeni düzenlemeler yapılması ihtiyacını ortaya çıkarmaktadır. Bu doğrultuda, 4857 sayılı İş Kanunu’nda da çeşitli kanunlarla birtakım değişiklikler yapılarak Kanun’a yeni düzenlemeler ilave edilmiştir. Bu çerçevede; 2020 yılının başında Dünyayı etkisi altına alan Covid-19 salgınının bütün ülkelerde ekonomik ve sosyal hayata etkilerini azaltmak ve istihdamın korunmasını sağlamak amacıyla çeşitli tedbirler alınmış ve kanuni düzenlemeler yapılmıştır. Ülkemizde de Covid-19 salgını dönemine ilişkin düzenlemeler getiren 7226, 7244, 7252 ve 7256 sayılı Kanunlar çıkarılmıştır.

Eserin bu basısında, genel hatlarıyla kitapta yer alan bazı konular genişletilmiş ve bazı konular da ilave edilmiştir. Ayrıca, eserin daha önceki basılarında olduğu gibi yeni tarihli Yargıtay Kararlarına, öğretilerdeki görüşlere ve yeni yayınlara da yer verilmiştir.

Yeni Yayınlar

Prof. Dr. Hakan KESER tarafından kaleme alınan “**Bireysel-Toplu İş Hukuku ve Uygulaması**” adlı kitabın 7. baskısı Ekim 2022 tarihinde yayımlanmıştır.

Çalışma hayatına adım atıldığı andan itibaren herkesin bilmek zorunda hissedeceği ve ihtiyaç duyacağı bir hukuk dalı olan iş hukuku, hukuk fakültelerinin yanında üniversitelerin farklı fakültelerinde de okutulmaktadır.

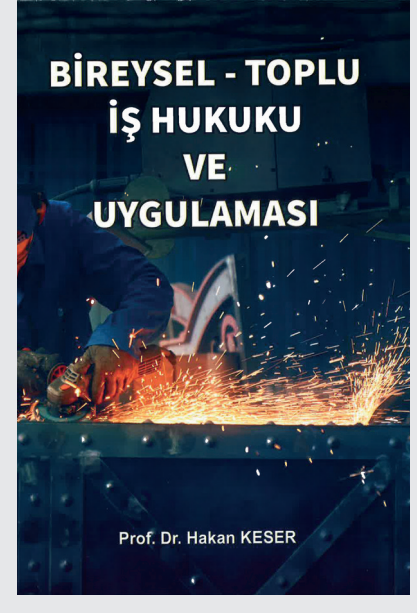
Üniversite yaşantısını son derece başarılı olarak bitiren bir öğrenci dahi, çalışma hayatında başarılı olmak için bir iş sözleşmesi yaparken nelere dikkat edilmesi gerektiğini, bir iş sözleşmesinde yazan şartların ne anlama geldiğini, herhangi bir belgeye atacağı bir imzanın kendisini ne tür yükümlülükler altına sokacağını ve iş sözleşmesi sonra ererken sahip olacağı hakları bilmeye gerekmektedir.

Eser, çalışma hayatına atılacak öğrencilere ve konuyla ilgilenenlere teorik anlamda bireysel ve toplu iş hukukuna ilişkin bilgi vermeyi ve Yargıtay Kararları doğrultusunda oluşan uygulamaları bu bilgilerle bağdaştırmayı amaçlamaktadır.

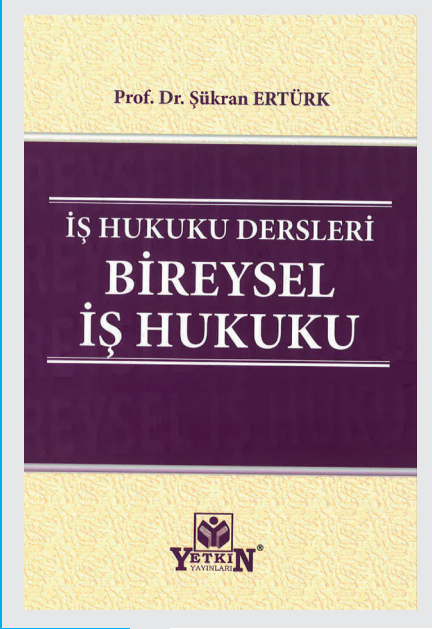
Dr. Fatih AYDIN tarafından kaleme alınan “**İşçinin Sosyal Medya Paylaşımlarının İş Sözleşmesinin Feshine Etkisi**” adlı kitabın ilk baskısı Ekim 2022 tarihinde yayımlanmıştır.

Bilişim alanındaki gelişmeler işletmeleri de yakından etkilemekte, işletmelerde internet ve sosyal medya kullanımı giderek yaygınlaşmaktadır. Özellikle Covid-19 salgını ile birlikte; uzaktan çalışma, evden çalışma, tele çalışma gibi yeni çalışma türlerinin yaygınlaştığı görülmektedir. Bu durum iş hukuku alanında yeni sorunları beraberinde getirmektedir.

Bu çerçevede eser, uygulamada birçok ihtilafa neden olan sosyal medya kullanımının iş ilişkisine etkisini inceleyen bir doktora tezi olarak hazırlanmıştır. Çalışmada önce sosyal medya kavramı, sosyal medya araçları ve sosyal medyanın iş hukuku alanındaki yeri üzerinde durulmuştur. Daha sonra işçinin sosyal medya paylaşımlarının temel haklarla ilgisi incelendikten sonra bunun iş ilişkisine etkisi ve iş sözleşmesinin feshine etkisi üzerinde kapsamlı bir inceleme yapılmıştır.

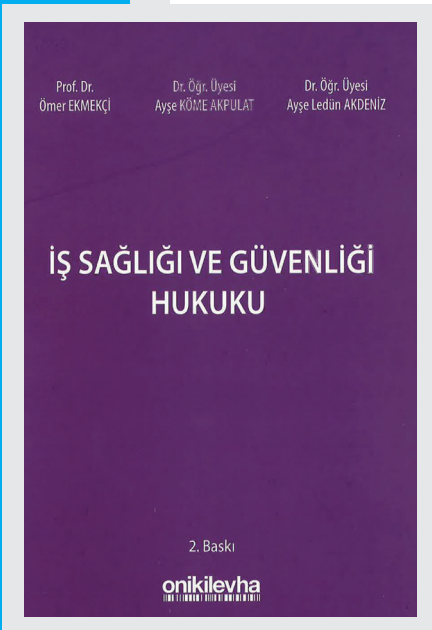


Yeni Yayınlar



Prof. Dr. Şükran ERTÜRK tarafından kaleme alınan “**İş Hukuku Dersleri Bireysel İş Hukuku**” adlı kitabın ilk baskısı Eylül 2022 tarihinde yayımlanmıştır.

Eser, bireysel iş hukukuna ilişkin ders kitabı olarak hukuk fakültesi öğrencilerine yönelik hazırlanmıştır. Hukuk fakültesi öğrencilerinin yargı kararlarının gelişimini ve içtihatların son durumunu öğrenmek istemeleri sebebi ile; sadece doktrinin görüşüne değil, her konunun sonunda Yargıtay’ın en güncel kararlarına yer verilmiştir. Yargıtay Kararlarının bazıları konu anlatımı içerisinde yer alırken, bir kısmına açıklamalı olarak dipnotlarda değinilmiştir. Ayrıca, dipnotlarda hangi konunun kararda ele alındığı ve öğrencilerin dikkat etmeleri gereken noktaların neler olduğu koyu yazım yöntemi kullanılmak suretiyle gösterilmiştir. Yargıtay’ın içtihatlarında bir değişiklik olması durumunda bu husus açıklandığı gibi bazı kararların “ilke” haline geldiği vurgusu yapılmıştır.



Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ, Dr. Öğr. Üyesi Ayşe KÖME AKPULAT ve Dr. Öğr. Üyesi Ayşe Ledün AKDENİZ tarafından kaleme alınan “**İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku**” adlı kitabın 2. baskısı Ekim 2022 tarihinde yayımlanmıştır.

Eserin yeni basısına yeni bir bölüm eklenerek, işyerinde başka işveren den hizmet alınması durumunun iş sağlığı ve güvenliği bakımından ortaya çıkardığı sonuçlar üzerinde durulmuştur. Bu kapsamda istihdam ilişkilerinde sıkça karşılaşılan alt işverenlik ve geçici iş ilişkisinin; bireysel iş hukukundaki anlam ve sonuçlarından ziyade, iş sağlığı ve güvenliği yönü ile ele alınması amaçlanmıştır. Bunun yanında, önceki basıda da yer verilen çalışma yaşamına ilişkin kimi istatistikler de güncellenerek çalışmaya eklenmiştir.

Eserin son bölümünün ayrıldığı iş teftişi konusunda da önemli bir gelişme yaşanmıştır. 1979 tarihli “İş Teftişi Tüzüğü” yürürlükten kaldırılarak, 19 Nisan 2022 tarih ve 31814 sayılı Resmi Gazete’de “İş Teftişi Hakkında Yönetmelik” yayımlanmış ve yürürlüğe girmiştir. Böylece ilgili bölüm, anılan Yönetmelik esasları da açıklanarak yeniden kaleme alınmıştır.

Yeni Yayınlar

İlk baskısı 1968 yılında **Prof. Dr. Nuri ÇELİK** tarafından yayımlanan “**İş Hukuku Dersleri**” adlı eserin Yenilenmiş 35. baskısı, **Prof. Dr. Nurşen CANIKLIOĞLU**, **Prof. Dr. Talat CANBOLAT** ve **Prof. Dr. Ercüment ÖZKARACA** tarafından hazırlanarak Ekim 2022 tarihinde yayımlanmış ve Sayın Prof. Dr. Nuri ÇELİK Hocamızın aziz hatırasına ithaf edilmiştir.

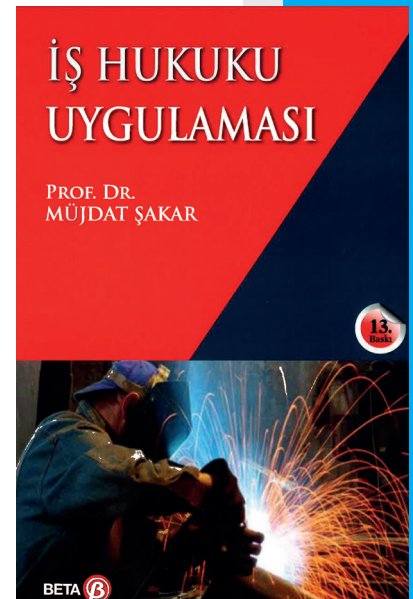
Eserin asıl amacı öğrencilerin ders kitabı ihtiyacını karşılamaktır. Ancak, kitap sadece öğrencilerin iş hukukunun esaslarını öğrenmesine yönelik olarak hazırlanmamıştır. Kitapta öğrencilerin mezuniyet sonrası karşılaşacakları uygulama sorunlarına da yer verilmiştir. Böylece, kitabın iş hukuku ile ilgilenen tüm çevrelerin ve uygulayıcıların da yararlanabileceği bir eser olması amaçlanmıştır. Bu amaç doğrultusunda eserin bu basısında da yeni gelişmeler, bu gelişmelerle bağlantılı olarak ortaya çıkan yeni uygulama sorunları, ilgili yargı kararları güncel ve geniş bir şekilde işlenmiştir.

Eser, sadece bireysel iş hukukunu değil toplu iş hukukunu da içermektedir. Bu çerçevede; tarihsel süreç içinde ortaya çıkan, teorik temellere kavuşturularak geliştirilen ve güçlenen, ekonomik ve sosyal haklar arasında önemli bir yer tutan sendikalar, toplu iş sözleşmesi, grev ve lokavt konularına da eserde yer verilmektedir.

Prof. Dr. Müjdat ŞAKAR tarafından kaleme alınan “**İş Hukuku Uygulaması**” adlı kitabın 13. baskısı Ekim 2022 tarihinde yayımlanmıştır.

Sosyal bilimler alanında eğitim ve öğretim veren fakülte ve yüksek okulların hemen her bölümünün yanında mühendislik fakültelerinin programlarında da iş hukuku dersine yer verilmektedir. Bu okullardan mezun olan öğrencilerin büyük çoğunluğu, çalışma hayatında ya işçi ya da işveren olarak görev alacağı için iş hukuku bilgilerini öğrenmek durumundadır. Bu düşüncelerle eser, öğrencilere ve uygulayıcılara yönelik basit anlatımlı ve kuramsal bilgileri sorunlara uygulamayı amaçlayan ders kitabı niteliğinde hazırlanmıştır.

Eserde, bir iktisat veya işletme fakültesi öğrencisi için gerekli görülen bilgiler verilmiştir. Eserde, konular örneklerle anlatılmıştır. Öğrencilerin ders kitabında yazılanlar dışında uygulamanın gerçeklerinden de haberdar olmaları amacıyla bazı bölümlerin sonlarına “Okuma Parçaları” eklenmiştir.



Yeni Yayınlar



Prof. Dr. Haluk Hâdi SÜMER ve **Dr. Öğr. Üyesi Hasan KAYIRGAN** tarafından kaleme alınan “**İşçilik Alacakları ve Hesaplamaları**” adlı kitabın Güncellenmiş ve Genişletilmiş 3. baskısı Eylül 2022 tarihinde yayımlanmıştır.

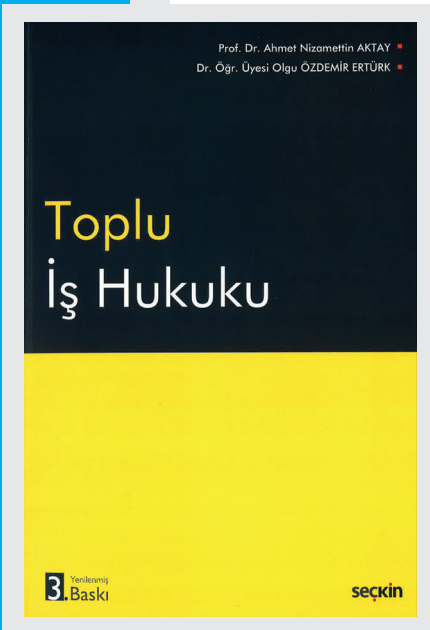
Eser, iş hukuku alanında çalışan kişilere bir rehber olarak hazırlanmıştır. Özellikle iş hukuku alanında bilirkişilik yapan kişilere ve bu alanda çalışan avukatlara yol gösterici olabilmek kitabın temel amacıdır.

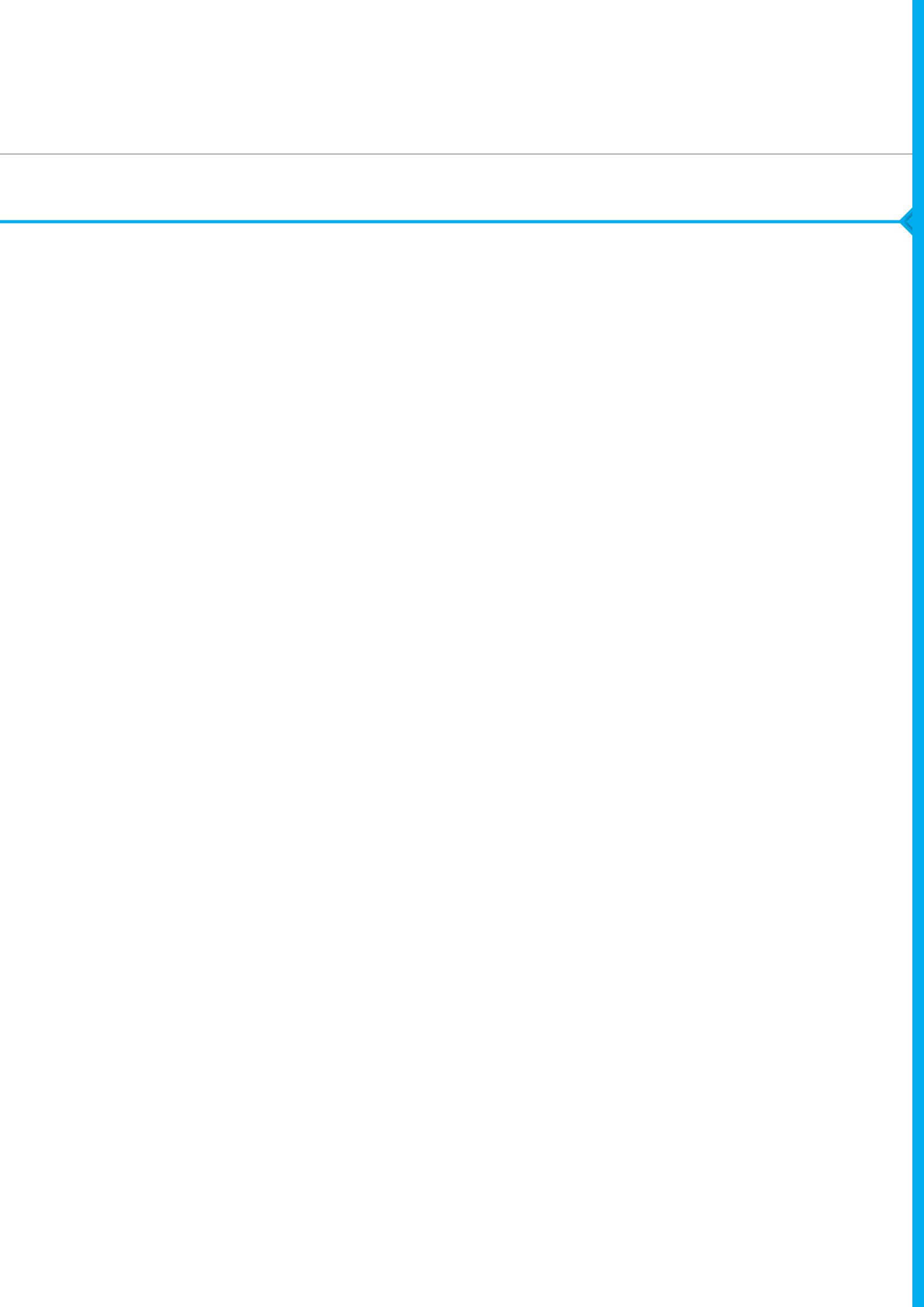
Bir bilirkişinin kendisine tevdi edilen bir dava dosyasında veya bir avukatın açtığı iş davasında dikkat etmesi gereken hususlar ve her bir işçilik alacağı açısından karşılaşılabileceği ihtimaller, örnek Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemesi Kararları, örnek hesaplamalarla açıklanmaya çalışılmıştır. Örnek Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemesi Kararlarının seçiminde titiz hareket edilmiş ve yeni baskı işçilik alacakları ve hesaplamalarına yönelik güncel Yargıtay Kararları bakımından önemli ölçüde yenilenmiştir. Ayrıca yeni baskıda, okurların aradıkları konulara kolaylıkla ulaşabilmelerini sağlamak için ana başlıklar daha fazla alt başlığa ayrılmıştır. İş sözleşmesinin türleri, kamu kurumunun alt işverene rücu etmesi ve dava dilekçesi örnekleri gibi yeni ana konu başlıklarına da bu baskı içerisinde yer verilmiştir.

Prof. Dr. Ahmet Nizamettin AKTAY ve **Dr. Öğr. Üyesi Olgu ÖZDEMİR ERTÜRK** tarafından kaleme alınan “**Toplu İş Hukuku**” adlı kitabın Yenilenmiş 3. baskısı Ekim 2022 tarihinde yayımlanmıştır.

Eserde, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun sistematikliğine sadık kalınarak; birinci bölümde “Sendikalar Hukuku”, ikinci bölümde ise “Toplu İş Sözleşmesi Hukuku” ele alınmıştır. Eser, 3. basısında mevzuatta yapılan değişiklikler doğrultusunda güncellenmiştir.

Kitap mevcut haliyle; 6356 sayılı Kanun üzerinde hem yasal olarak yapılmış son düzenlemeleri hem de Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararları sonrası değişiklikleri içermesi sebebiyle akademisyenlerin, avukatların, çalışanların, sendikacıların ve öğrencilerin ihtiyacını karşılamaya yönelik bir kaynaktır.







MERKEZ

Ferko Signature, Büyükdere Cad. No: 175
Kat: 13-14 34394 Şişli/İSTANBUL
Tel: (212) 371 63 00 Faks: (212) 371 63 01
e-posta: mess@mess.org.tr

ANKARA BÖLGE TEMSİLCİLİĞİ

Beştepeler Mahallesi Nergis Sokak
Via Tower No: 7B/6 D: 10
06330 Yenimahalle/ANKARA
Tel: (312) 219 10 80 Faks: (312) 219 18 50
e-posta: ankara@mess.org.tr

BURSA BÖLGE TEMSİLCİLİĞİ

Odunluk Mahallesi Akpınar Caddesi
No: 21 R Plaza K: 7 D: 13
16110 Nilüfer/BURSA
Tel: (224) 236 38 62 Faks: (224) 236 98 94
e-posta: bursa@mess.org.tr

İZMİR BÖLGE TEMSİLCİLİĞİ

Akdeniz Mahallesi Şehit Fethi Bey Caddesi
Heris Tower No: 55/6 D: 61
35210 Konak/İZMİR
Tel: (232) 482 25 70 Faks: (232) 484 45 80
e-posta: izmir@mess.org.tr

sicil.mess.org.tr

ISSN 1306-6153