

Sicil

İŞ HUKUKU DERGİSİ

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

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

KARAR İNCELEMELERİ

TOPLU İŞ HUKUKU

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU

SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU

BİREYSEL İŞ HUKUKU

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU

ÇALIŞMA CEZA HUKUKU

KARAR İNCELEMELERİ

TOPLU İŞ HUKUKU

HUKUKU

MALİ HUKUK

BİREYSEL İŞ HUKUKU

SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU

MALİ HUKUK

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU

SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU

KARAR İNCELEMELERİ

ÇALIŞMA CEZA HUKUKU

BİREYSEL İŞ HUKUKU

MALİ HUKUK

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU

ÇALIŞMA CEZA HUKUKU

KARAR İNCELEMELERİ

TOPLU İŞ HUKUKU

MALİ HUKUK

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU

BİREYSEL İŞ HUKUKU

SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU

TOPLU İŞ HUKUKU

MALİ HUKUK

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU

BİREYSEL İŞ HUKUKU

SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU

KARAR İNCELEMELERİ

SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU

ÇALIŞMA CEZA HUKUKU

BİREYSEL İŞ HUKUKU

TOPLU İŞ HUKUKU

MALİ HUKUK

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU

KARAR İNCELEMELERİ

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU

BİREYSEL
İŞ HUKUKU

ÇALIŞMA CEZA HUKUKU

SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU

SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU

BİREYSEL İŞ HUKUKU

MALİ HUKUK

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU

KARAR İNCELEMELERİ

TOPLU İŞ HUKUKU

MALİ HUKUK

ÇALIŞMA CEZA HUKUKU

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU

BİREYSEL İŞ HUKUKU

TOPLU İŞ HUKUKU

SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU

ÇALIŞMA CEZA HUKUKU

KARAR İNCELEMELERİ

TOPLU İŞ HUKUKU

MALİ HUKUK

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU

SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU

TOPLU İŞ HUKUKU

MALİ HUKUK

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU

KARAR İNCELEMELERİ

MALİ HUKUK

ÇALIŞMA CEZA HUKUKU

KARAR İNCELEMELERİ

TOPLU İŞ HUKUKU

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU

SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU

TOPLU İŞ HUKUKU

BİREYSEL İŞ HUKUKU

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU

ÇALIŞMA CEZA HUKUKU

KARAR İNCELEMELERİ

SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU

BİREYSEL İŞ HUKUKU

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU

ÇALIŞMA CEZA HUKUKU

KARAR İNCELEMELERİ

MALİ HUKUK

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU

BİREYSEL İŞ HUKUKU

MALİ HUKUK

TOPLU İŞ HUKUKU

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU

TOPLU İŞ HUKUKU

HUKUKU

BİREYSEL İŞ HUKUKU

MALİ HUKUK

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU

ÇALIŞMA CEZA HUKUKU

KARAR İNCELEMELERİ

SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU

TOPLU İŞ HUKUKU

MALİ HUKUK

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU

BİREYSEL İŞ HUKUKU

SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU

ÇALIŞMA CEZA HUKUKU

BİREYSEL İŞ HUKUKU

TOPLU İŞ HUKUKU

MALİ HUKUK

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU

KARAR İNCELEMELERİ

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU

.SAYI

SİCİL İŞ HUKUKU DERGİSİ

SİCİL LABOUR LAW JOURNAL

Yıl/Year: 2023 **Sayı/Issue:** 50 **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. 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:

Elit Yazıcı Çözümleri Kırtasiye Tabela Üretim Ltd. Şti.

Çınar Mah. Mustafa Kemal Atatürk Cad. Oğuzlar Apt No: 14 İç Kapı No: 47 Maltepe/ 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:

Aralık 2023/December 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 Misafir Öğretim Üyesi

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. Hediye ERGİN - Marmara Üniversitesi İktisat Fakültesi

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

Bu sayıyla birlikte SİCİL Dergisi'nin 50. sayısını yayımlamış olmanın haklı sevincini ve gururunu yaşıyoruz. Dergimiz hukukçular, akademisyenler, yargı mensupları, üyelerimiz ve çalışma mevzuatının tüm uygulayıcılarına ışık tutması ve tartışma platformu oluşturması amacıyla Mart 2006 tarihinde yayın hayatına başladığında üç ayda bir yayımlanıyordu. 2014 yılındaki ilk sayısı olan 31. sayıdan itibaren ise yılda iki defa hakemli dergi olarak yayımlanmaya başladı. Dergimize ait sicil.mess.org.tr sitesinde SİCİL'in 2006 yılından itibaren yayımlanan tüm sayılarına ulaşabileceğinizi de bu vesile ile hatırlatmak isteriz.

Dergimiz ilk sayısından itibaren çalışma yaşamının güncel konularını ayrıntıları ile işleyen makale ve karar incelemeleriyle yoğun talep ve ilgi görmektedir. 2006 yılında başlayan bu süreçte yazarlarımız, hakemlerimiz, Danışma Kurulumuz başta olmak üzere Dergimize çok değerli katkıları olan ve her zaman büyük bir özveri ve gayretle bizden desteklerini esirgemeyen bilim insanlarına teşekkürü bir borç biliriz.

SİCİL İş Hukuku dergimizin 50. sayısında 9 makale bulunmaktadır. Bu çerçevede dergimizin bu sayısında; Prof. Dr. Nurşen Caniklioğlu'nun "Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin Unsurları- Unsur Yokluğunun ve Geçersizliğin Sonuçları", Prof. Dr. Ömer Ekmekçi - Doç. Dr. Esra Yiğit'in " - Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararından Sonra- Yeni Yargı Kararları Çerçevesinde Toplu İş Sözleşmesinden Dayanışma Aidatı Ödeyerek Yürürlük Tarihinden İtibaren Yararlanma", Prof. Dr. Serkan Odaman'ın "Kamuda Değişen Taşeronların Değişmeyen İşçilerinin EYT Sonrası Kıdem Tazminatından Sorumluluk", Doç. Dr. Orhan Ersun Civan - Dr. Öğr. Üyesi Çiğdem Yatağan

Özkan'ın "İşçilere Yönelik Hisse Senedi Opsiyon Planlarının İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", Doç. Dr. Çağlar Çopuroğlu'nun "7438 sayılı Kanun'un (EYT) Anayasa'ya Aykırılığı", Doç. Dr. A. Eda Manav Özdemir'in "Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Alternatif Çözüm Yöntemleri ve Tahkime İlişkin Değerlendirmeler", Doç. Dr. Dilek Dulay Yangın'ın "Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'nun İş İlişkisinde Ayrımcılık Yasağına İlişkin 2023/238 Sayılı Kararı ve Düşündürdükleri", Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimi Volkan Altıntaş'ın "Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukukun Genel İşlem Koşulları Bağlamında Değerlendirilmesi" ve Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimleri Mehmet Anıl Arslanoğlu - Taylan Kantemir'in "Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Hukukunda Kuruluş Yöneticilerinin Hukuki Sorumluluğu" 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 50. sayısını siz değerli okuyucularımızın bilgilerine sunar; yazarlarımız, 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.

İlginizin ve desteğinizin her zaman sürmesi dileğiyle,

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

Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin Unsurları- Unsur Yokluğunun ve Geçersizliğin Sonuçları

Prof. Dr. Nurşen CANIKLIOĞLU

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

43

-Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararından Sonra-Yeni Yargı Kararları Çerçevesinde Toplu İş Sözleşmesinden Dayanışma Aidatı Ödeyerek Yürürlük Tarihinden İtibaren Yararlanma

Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ* - Doç. Dr. Esra YİĞİT**

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

**Türk - Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

74

Kamuda Değişen Taşeronların Değişmeyen İşçilerinin EYT Sonrası Kıdem Tazminatından Sorumluluk

Prof. Dr. Serkan ODAMAN

Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

89

İşçilere Yönelik Hisse Senedi Opsiyon Planlarının İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Değerlendirilmesi

Doç. Dr. Orhan Ersun CİVAN* - Dr. Öğr. Üyesi Çiğdem YATAĞAN ÖZKAN**

* TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

** TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

116

7438 Sayılı Kanun'un (EYT) Anayasa'ya Aykırılığı

Doç. Dr. Çağlar ÇOPUROĞLU

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku

127

Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Alternatif Çözüm Yöntemleri ve Tahkime İlişkin Değerlendirmeler

Doç. Dr. A. Eda MANAV ÖZDEMİR

Hâkim, Ankara

İçindekiler

- 151** Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'nun İş İlişkisinde Ayrımcılık Yasağına İlişkin 2023/238 Sayılı Kararı ve Düşündükleri
Doç. Dr. Dilek DULAY YANGIN
Manisa Celal Bayar Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı
- 175** Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukukun Genel İşlem Koşulları Bağlamında Değerlendirilmesi
Volkan ALTINTAŞ
Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimi
- 207** Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Hukukunda Kuruluş Yöneticilerinin Hukuki Sorumluluğu
Mehmet Anıl ARSLANOĞLU - Taylan KANTEMİR
Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimleri

Contents

Research Articles

11 Elements Of The Main Employer-Sub-Employer Relationship - Consequences Of Absence Of Elements And Invalidity

Prof. Dr. Nurşen CANIKLIOĞLU

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

-After The Constitutional Court's Annulment Decision-Benefitting From The Retroactive Provisions Of Collective Labour Agreement By Paying Solidarity Due In Light Of The New Judicial Decisions

43 **Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ* - Assoc. Prof. Dr. Esra YİĞİT****

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

** Turkish-German University, Faculty of Law, Labour and Social Security Law

74 Responsibility From The Severance Pay Of The Retirement Age Victims Of The Unchanged Employees Of The Changed Public Subcontractors

Prof. Dr. Serkan ODAMAN

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

The Evaluation Of Employee Stock Option Plans With Regard To Labour And Social Security Law

89 **Assoc. Prof. Dr. Ersun CİVAN* - Assist. Prof. Dr. Çiğdem YATAĞAN ÖZKAN****

*TOBB University of Economics and Technology, Faculty of Law, Labour and Social Security Law

** TOBB University of Economics and Technology, Faculty of Law, Commercial Law

116 Unconstitutionality Of Law No. 7438 (Victims Of Delayed Pension Age - EYT)

Assoc. Prof. Dr. Çağlar ÇOPUROĞLU

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

127 Evaluation Of Alternative Resolution Methods And Arbitration In Individual Labor Disputes

Assoc. Prof. Dr. A. Eda MANAV ÖZDEMİR

Judge, Ankara

Contents

- 151** The Decision Of Human Rights And Equality Institution Of Turkey No. 2023/238 As To Prohibition Of Discrimination In Employment Relationship And Its Thoughts
Assoc. Prof. Dr. Dilek DULAY YANGIN
Manisa Celal Bayar University, Faculty of Economic and Administrative Sciences, Labour Economics and Industrial Relations, Labour and Social Security Law
- 175** Evaluation Of The Law Applicable To Employment Contracts Containing Foreign Elements In The Context Of General Terms And Conditions
Volkan ALTINTAŞ
Rapporteur Judge of the Civil Chamber No. 9 of the Court of Cassation
- 207** Legal Liabilities Of Organizations' Directors In Terms Of Unions And Collective Labour Agreement Law
Mehmet Anil ARSLANOĞLU - Taylan KANTEMİR
Rapporteur Judges of the Civil Chamber No. 9 of the Court of Cassation

Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin Unsurları- Unsur Yokluğunun ve Geçersizliğin Sonuçları

Öz

Asıl işveren alt işveren ilişkisi iş hukukunun en sorunlu alanlarından birini oluşturmaktadır. Uygulamada da yargıya en fazla yansıyan konuların başında gelmektedir. Bunun temelinde yatan neden ise Kanunda bu ilişkiyi tanımlayan hükmün çok soyut ve belirsiz koşullar içermesidir. Bu düzenleme biçimi taraflar arasında kurulan bir borçlar hukuku ilişkisinin aynı zamanda iş hukuku açısından da bir asıl işveren alt işveren ilişkisi yaratıp yaratmadığı konusunda duraksamalara neden olmakta, uyumsuzluklar ortaya çıkarmaktadır. Bu belirsizliğin dışında Kanundaki tanım maddesi bir yandan bir asıl işveren alt işveren ilişkisinin mevcudiyeti için gerekli koşulları, bir başka deyişle bu tanımın olmaz-

sa olmaz unsurlarını belirlerken bir yandan da geçerli bir asıl işveren alt işveren ilişkisinin koşullarını düzenlemektedir. Tanımdaki bu iç içe geçen düzenleme biçimi uygulamada ve öğretici görüşlerinde yanlış tanımlamalara yol açabilmekte, bazen geçerli bir asıl işveren alt işveren ilişkisinden söz edilmesi gereken durumlarda sanki bu koşullar bir asıl işveren alt işveren ilişkisinin mevcudiyeti için gerekli koşullarmış gibi ifade edilmektedir. Oysa bu iki olgu sonuçları bakımından birbirinden çok farklıdır. Bu makalede asıl işveren alt işveren ilişkisinin unsurları ve geçerlilik koşulları belirlenecek, ardından unsur yokluğu ile geçersizliğin sonuçları ortaya konulacaktır.

Anahtar Sözcükler:

Asıl işveren, alt işveren, asıl işveren alt işveren ilişkisinin unsurları, asıl işveren alt işveren ilişkisinin geçersizliği, muvazaa.

Elements Of The Main Employer-Sub-Employer Relationship- Consequences Of Absence Of Elements And Invalidity

Abstract

The main employer-sub-employer relationship constitutes one of the most problematic areas of labor law. In practice, it is one of the most frequently reflected issues in the judi-

ary. The underlying reason for this is that the provision defining this relationship in the Law contains very abstract and ambiguous conditions. This form of regulation causes hesitations

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

and disputes as to whether a relationship established between the parties in the law of obligations also creates a main employer-sub-employer relationship in terms of labor law. Apart from this ambiguity, the definition article in the Law sets out the conditions for the existence of a main employer-sub-employer relationship, in other words, the indispensable elements of this definition, while at the same time regulating the conditions for a valid main employer-sub-employer relationship. This intertwined form of regulation in the definition may lead to misleading definitions in practice and doc-

trinal opinions, and sometimes, in cases where a valid main employer-sub-employer relationship should be mentioned, these conditions are expressed as if these conditions are necessary conditions for the existence of a main employer-sub-employer relationship. However, these two facts are very different from each other in terms of their consequences. In this article, the elements and validity conditions of the main employer-sub-employer relationship will be determined, and then the consequences of the absence of elements and invalidity will be revealed.

Keywords:

Main employer, sub-employer, elements of the main employer-sub-employer relationship, invalidity of the main employer-sub-employer relationship, collusion.

I. Giriş

Alt işverenlik uygulaması, bir işyerindeki mal veya hizmet üretimini dışsallaştırmanın tipik örneğini oluşturmaktadır¹. Bu uygulamayla işveren kendi işyerinde kendi işçileri ile gerçekleştireceği ve yarar sağlayacağı bir üretimi başka bir işveren ve onun işçileri aracılığıyla yerine getirmekte, böylece asıl işin sahibi, kendi işyerinde, başka bir işverenin işçileri aracılığı ile ürettiği mal veya hizmetten fayda sağlamaktadır². İşte bu sonuç nedeniyle asıl işin sahibinin herhangi bir hukuki ilişki içinde bulunmadığı bu işçilere karşı sorumlu olması gerektiği hukukumuzda öteden beri kabul edilmekte ve ilk İş Kanunu olan 1936 tarih ve 3008 sayılı Kanun'dan bu yana çıkarılan tüm iş kanunlarında asıl işin sahibi (asıl işveren) alt işveren işçilerine karşı sorumlu tutulmaktadır.

Asıl işverenin alt işveren işçilerine karşı sorumluluğu hemen hemen tüm kanunlarımızda açıkça

düzenlenmekle birlikte daha önceki kanunlarımızda asıl işveren-alt işveren ilişkisinin tanımı yapılmamıştı. Gerçekten 4857 sayılı Kanun'dan önce yürürlükte olan 1475 sayılı İş Kanunu, alt işveren kavramını açık bir biçimde tanımlamamış, asıl işverenlerin hangi durumlarda alt işverenin işçilerine karşı sorumlu olacaklarını düzenlemişti³. Anılan Kanundaki düzenlemeyle, bir işverenden belirli bir işin bir bölümünde veya eklentilerinde iş alan ve işçilerini münhasıran o işyerinde ve eklentilerinde çalıştıran diğer işverenin kendi işçilerine karşı o işyeri ile ilgili ve bu yasadan veya hizmet akdinden doğan yüklemelerinden asıl işverenin de birlikte sorumlu olacağı belirtilmişti (m. 1/son). Maddede sözü geçen "diğer işveren" deyiminin karşılığı olarak öğreti ve uygulamada, "aracı", "taşeron", "müteahhit", "alt yüklenici" veya "alt işveren" terimleri kullanılmaktaydı⁴. 4857 sayılı

1 Güzel, Ali: İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Sınırları, Çalışma ve Toplum, 2004/1, 38.

2 Güzel, 38.

3 Canbolat, Talat: Türk İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri, İstanbul, 1992, 16; Güzel, 38; Göktaş, Seracettin: Alt İşverenlik Uygulamasının Önemli Bazı Sorunları, Sicil İHD, Aralık 2008, 97.

4 Ekonomi, Münir: Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Prof.

Kanun'daki düzenlemeyle bu konuda bir terim birliği sağlanmış, bir işverenin işyerinde Kanunda belirtilen nitelikte bir iş üstlenen diğer işveren alt işveren olarak kabul edilmiştir. Ancak daha da önemlisi 1475 sayılı Kanun döneminde, işin alt işverene verilmesine ilişkin herhangi bir sınırlama bulunmazken, 4857 sayılı Kanunda konuya ilişkin çok önemli sınırlamalar öngörülmüştür. Ayrıca birçok ayrıntıyı düzenlemek üzere konuya ilişkin olarak 2008 yılında Alt İşverenlik Yönetmeliği çıkarılmıştır.

4857 sayılı İş Kanunu, 1475 sayılı Kanun döneminde uygulamada yaygınlaşan kötüye kullanmalara tepki olarak⁵, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin koşullarını daha ayrıntılı bir biçimde düzenlemiş, bu konuda bazı sınırlama ve yasaklar getirmiştir⁶. İş Kanunu m. 2/6 hükmünde alt işveren kavramı, "Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirildiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren" biçiminde tanımlanmış, aynı fıkranın devamında, bu işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişki "asıl işveren-alt işveren ilişkisi" olarak nitelendirilmiştir. Görüldüğü gibi Kanun hükmü, sadece asıl işveren-alt işveren ilişkisini tanımlamamış aynı zamanda açıkça alt işveren kavramını da kullanarak terminoloji birliği sağlamıştır.

Söz konusu tanım bir yandan bir *asıl işveren-alt işveren ilişkisinin mevcudiyeti* için gerekli koşulları, bir başka deyişle *bu tanımın unsurlarını* belirlerken bir yandan da *geçerli bir asıl işveren alt işveren ilişkisinin* koşullarını düzenlemektedir. Bu iç içe geçen düzenleme biçimi uygulamada ve öğreti görüşlerinde yanılıklı tanımlamalara yol açabilmekte, bazen *geçerli* bir asıl işveren alt işveren ilişkisinden söz edilmesi gereken durumlarda sanki bu koşullar bir asıl işveren alt işveren ilişkisinin *mevcudiyeti* için gerekli koşullarını gibi ifade edilmektedir. Oysa bu iki olgu sonuçları bakımından birbirinden çok farklıdır. Gerçekten eğer iki işveren arasında kurulan ilişki asıl işveren alt işveren ilişkisinin unsurlarını barındırmıyorsa bu durumda taraflar arasında İşK m. 2/6 hükmüne göre bir asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulmamakta, bunun sonucunda da asıl işveren sıfatıyla bir sorumluluk söz konusu olmamaktadır. Buna karşılık taraflar arasında kurulan bu ilişkide tanımın unsurlarının mevcut olduğu, ama kurulan ilişkinin Kanunun aradığı geçerlik koşullarına sahip olmadığı anlaşılması halinde kurulan bu ilişki geçersiz sayılmakta ve "*asıl işveren olarak görünen kişi*" "*tek ve gerçek işveren*" olarak kabul görmektedir (İşK m. 2/7). Dolayısıyla tanımlama yapılırken ya da somut olayın incelemesi yapılırken bu ayırmadan hareketle konunun ele alınması büyük önem taşımaktadır.

Biz bu makalede Kanunun tanımından yola çıkarak önce asıl işveren alt işveren ilişkisinin unsurlarını ortaya koyacak, ardından da geçerli bir asıl işveren alt işveren ilişkisinin koşullarını inceleyeceğiz.

Şunu da önemle belirtelim ki, asıl işveren alt işveren ilişkisinin mevcudiyeti için gerekli unsurların her biri üzerinde çok fazla tartışma yapılabilecek belirsizlikler içermekte, öğretide çok farklı görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Aynı şekilde asıl işveren alt işveren ilişkisinin geçersizliği de öğretide ve yargı kararlarında çok farklı yönleriyle ele alınmakta, tartışılmaktadır. Bu makale ayrıntılı bir biçimde bu konular üzerinde durma amacı taşımamakta, sadece asıl işveren alt işveren ilişkisini ortaya koyan tanımın

Dr. Nuri Çelik'e Vefa Toplantısı, İstanbul 2008, 25; *Canbolat*, Alt İşveren, 7; *Mollamahmutoğlu*, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş: İş Hukuku, 7. Bası, Ankara 2021, 200-201; *Eyrenci*, Öner/Taşkent, Savaş/ULucan, Devrim/Baskan, Esra: Bireysel İş Hukuku, 10. Baskı, İstanbul 2020, 32.

5 *Güzel*, 39; *Canbolat*, Talat: 4857 Sayılı İş Kanununun Temel Kavramlara İlişkin Hükümlerinden Doğan Uygulama Sorunları ve Çözüm Önerileri, 10. Yılında 4857 Sayılı İş Kanunu (Uygulama Sorunları ve Çözüm Önerileri) Sempozyumu, Temmuz 2016, 33; *Soyer*, Polat: 4857 Sayılı İş Kanunu Açısından Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sonuçları, Sicil İHD, Mart 2006, 16; *Eyrenci/Taşkent/ULucan/Baskan*, 34; *Özdemir*, M Erdem: İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları, İstanbul 2006, 77.

6 *Narmanlioğlu*, Ünal: İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Bası, İstanbul 2014, 117.

lafzından hareketle bu ilişkinin mevcudiyeti için gerekli unsurlar ile bu ilişkinin geçersizliği arasındaki farkı ortaya koyma ve hukuki sonucuna dikkat çekmek istemektedir.

II. Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin Unsurları ve Unsur Yokluğunun Sonucu

1. Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin Unsurları

a) Genel Olarak

Asıl işveren alt işveren ilişkisi, esas itibarıyla, konusu iş görme olan bir Borçlar Hukuku sözleşmesinin iş hukukuna yansımadır. Bu açıdan eser sözleşmesi özel bir önem taşır. Gerçekten uygulamaya bakıldığında asıl işveren alt işveren ilişkisi kuran sözleşmelerin sıklıkla eser sözleşmesi olduğu söylenebilir. Ancak taraflar arasında ille de bir eser sözleşmesinin bulunması gerekmez. Bunun başka bir sözleşme, örneğin bir taşıma sözleşmesi, kira sözleşmesi ya da uygulamada gittikçe daha yaygın şekilde kullanılmaya başlayan bir hizmet alım sözleşmesi olması da mümkündür⁷.

Taraflar arasındaki bu sözleşmeler aynı zamanda İşK. m. 2/6 hükmünde yer alan tanımın unsurlarını da içeriyorsa bu durumda söz konusu ilişki sadece bir borçlar hukuku ilişkisi olmasının dışına taşar ve bir asıl işveren alt işveren ilişkisi yaratır. Denilebilir ki, iki işveren arasında konusu bir iş görme olan sözleşmenin yapıldığı her ihtimalde bir asıl işveren-alt işveren ilişkisi doğmaz.

Ama konusu iş görme olan bu sözleşme taraflar arasında İşK. m. 2/6'da öngörülen asıl işveren alt işveren ilişkisinin tanımının unsurlarını da barındırıyorsa bu sözleşmenin kurulması ile birlikte asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulur. Bunun için tarafların aralarında bir asıl işveren alt işveren ilişkisi kurma niyetinin olup olmamasının bir önemi yoktur, bu ilişki kendiliğinden ortaya çıkar.

Asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi için aşağıda incelenecek unsurların tümünün birlikte bulunması da zorunludur. Belirtilen unsurlardan birinin dahi eksikliği, taraflar arasında bu nitelikte bir sözleşmesel ilişkinin kurulmasını engeller⁸. Bunun sonucunda da bu ilişkide asıl işveren alt işveren ilişkisine bağlanan hukuki sonuçlar oluşmaz.

Görüldüğü gibi, bu ilişkinin unsurlarının belirlenmesi tarafların iş hukuku açısından sorumluluklarının olup olmadığının tespiti için çok büyük önem taşır. Bu nedenle, bir hukuki ilişkiye uygulanacak kurallar saptanırken, *tanımlayıcı hükümlerin emredici yapısı gereği*⁹ öncelikle taraflar arasındaki ilişkinin tanımın unsurlarını barındırıp barındırmadığının hiçbir duraksama yaratmayacak biçimde değerlendirilmesi ve İş Kanunu anlamında bir asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulup kurulmadığının belirlenmesi gerekir. Şüphesiz bunun için de Kanunda konuyu düzenleyen hukuk normunun, bir diğer deyişle İşK. m. 2/6'daki tanımın unsurlarının somut olayda mevcut olup olmadığının tespit edilmesi şarttır. Aşağıda asıl işveren alt işveren ilişkisinin unsurları ele alınacaktır.

b) Sözleşmenin Her İki Tarafının Sözleşme Konusu İşin Yapılacağı İşyerinde "İşveren Sıfatına" Sahip Olması

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin doğumu için

7 Bu konuda bkz. Çelik, Nuri/ Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat/ Özkaraca, Ercüment: İş Hukuku Dersleri, 36. Baskı, İstanbul 2023, 101 vd.; Süzek, Sarper: İş Hukuku, 21. Baskı, İstanbul 2021, 164; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, 201; Güzel, 39; Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, 33; Narmanlioğlu, 119; Akyiğit, Ercan: İş Hukuku, Güncellenmiş 14. Baskı, Ankara 2022, 70; Aydınli, İbrahim: Türk İş Hukukunda Alt İşveren (Taşeron) İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara 2021, 186; Soyer, 17; Taşkent, Savaş: Alt İşveren, Legal İSGHD, S.2, 2004, 363; Göktaş, 102-103.

8 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, 104; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, 201, 205; Birben, Erhan: İş Kanunu'nun 2. Maddesindeki Müteselsil Sorumluluk Bakımından Anahtar Teslimi İnşaat Sözleşmesi Kavramı ve Bu İlişkiye Bağlanan Hukuki Sonuçlar, İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, İstanbul 2017, 2.

9 Doğan Yenisey, Kübra: İş Hukukunun Emredici Yapısı, İstanbul 2014, 62.

gerekli ilk unsur, bu ilişkinin her iki tarafının da işveren sıfatına sahip olmasıdır. Bu unsur hem kanun hükmünün lafzından hem de düzenlemenin amacından çıkmaktadır. Gerçekten kanun koyucu bu ilişkiyi tanımlarken “asıl işveren” ve “alt işveren” terimlerini kullanarak her iki tarafın da işveren sıfatına sahip olması gerektiğini ortaya koyduğu gibi, düzenlemenin temelinde yatan “alt işveren işçilerine karşı sorumluluk” da o işte çalışan en az bir alt işveren işçisi olmasını, dolayısıyla bir işverenden iş alan diğer tarafın da işveren sıfatına sahip olmasını gerektirir. Bu unsura, “Asıl işverenin işyerinde mal veya hizmet üretimi işlerinde çalışan kendi işçileri de bulunmalıdır.” denilmek suretiyle Alt İşverenlik Yönetmeliği’nde de açıkça yer verilmiştir (m. 4/1, a).

Yukarıda belirtilen unsurun bir sonucu olarak bir başka işverenin işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretiminin bir bölümünü ya da yardımcı işini üstlenen kişi bu işi *bizzat kendisi yerine getiriyorsa*, bir diğer deyişle bu iş sebebiyle o işyerinde işveren sıfatına sahip değilse taraflar arasında kurulan ilişki asıl işveren alt işveren ilişkisi olmaz¹⁰, sadece borçlar hukuku kapsamında kalan bir ilişki olur.

Öte yandan sözleşmenin her iki tarafının işverenlik sıfatına sahip olması “sözleşme konusu işyerinde” işçi çalıştırması sebebiyle olmalıdır¹¹. Alt işveren yerine getirmeyi üstlenmiş olduğu sözleşme konusu işte, asıl işveren ise bu işin yerine getirildiği işyerinde işçi çalıştırmalı, bu sebeple işveren sıfatına sahip olmalıdır. Sözleşme taraflarından birinin başka işyeri ya da işyerlerindeki iş ya da işleri sebebiyle işveren sıfatına sahip olması bu ilişki açısından önemli değildir.

Belirtelim ki bu unsur özellikle iş sahibinin sözleşme konusu işte hiç işçi çalıştırmaması halinde büyük önem taşır. Gerçekten sözleşme konusu işte hiç işçi çalıştırmadan işi *bir bütün olarak* başka işverene veren kişi, *işin görüldüğü yerde hiç*

*işçi çalıştırmadığı için asıl işveren sayılmaz*¹². Bu durumda eğer taraflar arasındaki sözleşme bir eser sözleşmesi ise işi veren borçlar hukukundaki ifadesiyle “iş sahibi” (TBK. m. 470), kamu ihale mevzuatının ifadesiyle “ihale makamı”¹³, eğer taraflar arasındaki sözleşme bir kira sözleşmesi ise kiralayan olur ama asıl işveren olmaz.

Öğretide de asıl işverenin, alt işveren kavramı bakımından işverenlik sıfatının salt işçi çalıştırmamasından kaynaklanmaması, alt işverene verdiği işte işçi çalıştırıyor olmasından kaynaklanması gerektiğine dikkat çekilmektedir¹⁴.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de vermiş olduğu kararlarda, hem işverene ait işyerinde iş alan ikinci bir işverenin varlığının şart olduğunu, hem de işi bir bütün olarak başkasına veren kişinin asıl işveren olarak kabul edilemeyeceğini belirtmektedir¹⁵. Yargıtay’ın bu yöndeki bir kararına göre, “Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığı için öncelikle işin başka bir işverenden alınmış olması, bir başka ifade ile asıl işverenin işverenlik sıfatına devredilen iş dolayısıyla sahip olması, asıl işyeri ya da işyerinden sayılan yerlerde kendi adına işçi çalıştırıyor olması gerekir. İşin belirli bir bölümünde değil de, tamamının bir bütün halinde ya da bölümlere ayrılarak başkalarına devredildiği, işten bu yolla tamamen el çekildiği, sigortalı çalıştırılmadığı için işveren sıfatının haiz olunmadığı durumda

10 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, 104; Süzek, İş Hukuku, 166; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 201; Güzel, 51; Akyiğit, 69.

11 Güzel, 51; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 206; Soyer, 17; Aydın, 189.

12 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, 104; Süzek, İş Hukuku, 165; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 206; Narmanlioğlu, 122; Güzel, 40; Soyer, 17; Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, 35; Alpagut, Gülsevil: 4857 Sayılı İş Yasasının Alt İşveren Kurumundaki Yeni Yapılanma, Yeni İş Yasasının Alt İşveren Kurumuna Bakışı, İNTES, Ankara 2004, 16; Birben, 2, 4; Tunçomağ, Kenan/Centel, Tankut: İş Hukununun Esasları, 9. Bası, İstanbul 2018, 57.

13 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, 103; Süzek, İş Hukuku, 165; Aydın, 188.

14 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, 104; ayrıca bkz. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 206; Süzek, İş Hukuku, 165; Güzel, 39-40; Çankaya, Osman Güven/ Çil, Şahin: İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara 2006, 17.

15 YHGK, 4.10.2023, E. 2022/9-1277, K. 2023/888; Yarg. 9 HD., 9.5.2022, E. 2022/5051, K. 2022/5696; Yarg. 9 HD., 23.11.2020, E. 2017/29, K. 2020/16291; Yarg. 22 HD., 16.7.2020, E. 2017/29980, K. 2020/9612; Yarg. 22. HD., 1.7.2020, E. 2017/43719, K. 2020/8418; Yarg. 9. HD., 28.4.2008, E. 2007/19452, K. 2008/10426, kararlar için bkz., (www.kazanci.com).

ise, bunları devralan kişiler alt işveren, devredenler de asıl işveren olarak nitelendirilemeyecektir.../...
2. Alt işveren sıfatının kazanılmasında diğer koşullar ise, asıl işverenden istenilen işin, asıl iş ya da işyeriyle ilgili işin bir bölümünde veya işyeri eklentilerinde alınmış olması ve bu işte işi alanın kendi işçilerinin çalıştırılması ve bu nedenle de işveren sıfatına sahip olunmasıdır.”¹⁶

Yargıtay’ın bu kararlarındaki görüşü isabetli ise de, “asıl işverenin işverenlik sıfatına devredilen iş dolayısıyla sahip olması gerektiği”ne ilişkin anlatımı duraksama yaratacak niteliktedir¹⁷. Gerçekten asıl işverenin işveren sıfatına “devredilen iş sebebiyle” sahip olması asıl işverenin alt işverene verdiği işte işçi çalıştırması anlamına gelir. Oysa bu durum, özellikle de alt işverene verilen iş asıl işin bir bölümü ise Yargıtay Kararlarında bir muvazaâ göstergesi olarak kabul edilmektedir¹⁸. Yargıtay’ın bu ifade ile anlatmak istediği, asıl işverenin de sözleşme konusu işin yerine getirildiği işyerinde işçi çalıştırması gerektiğidir, yoksa alt işverene verdiği işte işçi çalıştırılması değildir kanaatindeyiz.

Öte yandan vermiş olduğu pek çok kararda

16 Yarg. 9 HD., 9.5.2022, E. 2022/5051, K. 2022/5696, (www.kazanci.com).

17 Öğretide de benzer ifade biçimi kullanılmaktadır. Bu konuda bkz., Çelik/Caniklioglu/Canbolat/Özkaraca, 104; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, 206; Aydınli, 188; Birben, 3. Ancak bu konuda kastedilen aynı işyerinde her iki işverenin de işçi çalıştırması, başka işyerlerinde işçi çalıştırıyor olmasının bu açıdan önemli olmamasıdır.

18 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin bu yöndeki bir kararına göre, “Bu inceleme ve değerlendirme ise muvazaâ tespiti açısından sonuca ulaşmada yetersizdir. Dava konusu muvazaâ denetimine ilişkin olarak uzman bilirkişiler eşliğinde keşifle işyerinde inceleme yapılarak, davacının fiilen yaptığı ... ve bu işin hizmet alım sözleşmesi kapsamında belirlenen ... olup olmadığı tespit edilmeli, işyerinde asıl işveren işçileri ile alt işveren işçilerinin aynı işi yapıp yapmadıkları, davalı Şirketler arasındaki ilişkinin 4857 Sayılı Kanun’a uygun kurulup kurulmadığı, aralarındaki ilişkinin muvazaâya dayalı olup olmadığı tespit edilmelidir.”, Yarg. 9 HD., 11.9.2023, E. 2023/8203, K. 2023/11735; Bir başka kararda da Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, “... asıl işveren işçileriyle alt işveren işçilerinin aynı yerde, yan yana, aynı işi yaparak çalıştıkları, davalı Şirket ile dava dışı alt işverenler arasındaki ilişkinin muvazaâlı olduğu” gerekçesiyle davalı işverenin yaptığı istinaf başvurusunu esastan reddeden BAM kararını onamıştır, Yarg. 9 HD., 11.9.2023, E. 2023/8151, K. 2023/11651, (www.kazanci.com).

Yargıtay yukarıda belirttiği ilkeyi tekrar etse de, diğer işverene verilen iş eğer işverenin işyerinde yürüttüğü asıl iş ise, iş sahibi (iş veren) işin görüldüğü yerde hiç işçi çalıştırmasa, bu işi bir bütün olarak başka bir işverene vermiş olsa da taraflar arasındaki ilişkinin asıl işveren alt işveren sayılacağı belirtilmektedir.

Bu yöndeki bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararına göre, “Davalılar Gayrimenkul A.Ş., ... Uluslararası A.Ş., Gayrimenkul A.Ş. ve Gayrimenkul A.Ş.’nin Türkiye Ticaret Sicil Gazetesinde yayımlanan ana statülerinde şirketlerin amaç ve konuları arasında inşaat yapmak ve yaptırmak belirtilmiş ve bunlar şirketlerin asıl işleri arasında sayılmıştır. Ancak davalılar kendi iştiğal alanlarına giren Ulus Projesi 1. Etap İnşaat işini ihale ile diğer davalı ... İnşaat A.Ş.’ye vermiştir. Bu durumda anahtar teslimi iş sözleşmesinden bahsedilemeyeceğinden ... Gayrimenkul A.Ş., Uluslararası A.Ş., Gayrimenkul A.Ş. ve ... Gayrimenkul A.Ş.’nin asıl işveren konumunda olduklarının kabulü gerekir.”¹⁹

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin de 2019 yılında verdiği aynı yöndeki bir başka kararda da, “Davalı ... Gayrimenkul Yatırım Ortaklığı A.Ş., Sermaye Piyasası Kurulunun ilgili düzenlemelerine göre gayrimenkullere ve gayrimenkul projelerine yatırım yapmak üzere kurulmuş halka açık bir gayrimenkul yatırım ortaklığıdır.../... Davalı Gayrimenkul Yatırım Ortaklığı A.Ş.’nin konut, alt yapı ve sosyal donatı uygulamaları yapmak veya yaptırmak asıl işi kapsamındadır. Bu iş Gayrimenkul Yatırım Ortaklığı A.Ş.’nin devamlılık arzeden faaliyet alanı içinde yer almaktadır. Diğer davalı şirkete asıl işini ihale kapsamında yapılması için vermiştir. Bu işten elini çekmediği gibi ve faaliyet alanı dışında bağımsız bir iş değildir. Verilen iş, asıl iş olduğundan anahtar teslimi iş olarak nitelendirilemez. Davalı ... Gayrimenkul Yatırım Ortaklığı A.Ş. ile konut, alt yapı ve sosyal donatı uygulamaları yapma üstlenen diğer davalı arasında asıl-alt işveren ilişkisi vardır.” denilmiştir²⁰. Yargıtay bu kararlarıyla verilen işin

19 YHGK, 18.3.2021, E. 2016/9-2276, K. 2021/302, (www.kazanci.com).

20 Yarg. 9 HD., 7.2.2019, E. 2015/29718, K. 2019/2927, (www.kazanci.com).

asıl iş olması halinde anahtar teslim işten bahsedilemeyeceğini belirtmiş, iş sahibini asıl işveren olarak kabul etmiştir.

Yargıtay'ın bu görüşüne katılmadığımızı ifade etmeliyiz. Bize göre Yargıtay bu ve bu yöndeki kararlarında *anahtar teslim işin nitelikleri ile asıl işveren alt işveren ilişkisinin unsurları arasındaki farkı gözden kaçırmaktadır*. Eğer başka bir işverene verilen iş iş sahibinin işyerinde yapılıyorsa bizce de o işin anahtar teslim olabilmesi için "o işyerinde yürütülen mal ve hizmet üretiminin dışında" "yabancı bir iş" olması, Yargıtay Kararlarında belirtildiği üzere, asıl işin bir parçası ya da tamamlayıcısı veyahut yardımcı iş olmaması gerekir²¹. Ancak bu yorum için öncelikle bir başka işverenin üstlendiği iş, iş sahibinin (iş verenin) *işyerinde yapılıyor* olmalıdır. Eğer üstlenilen iş, iş verenin işyerinde yerine getirilmiyorsa, iş bir bütün olarak başka bir işverene verilmiş, işin yerine getirildiği işyerinde iş sahibinin hiç işçisi yoksa bu işi asıl işveren alt işveren ilişkisi kapsamında saymamak gerektiği için artık verilen iş asıl iş mi yoksa değil mi bunun araştırılmasına gerek bulunmamaktadır. Bu durumda taraflar arasındaki ilişki, "sözleşme konusu işyerinde işçi çalıştıran iki işveren olmadığı için", bu unsurun yokluğu sebebiyle, asıl işveren alt işveren ilişkisi oluşturmayacak, anahtar teslim iş sayılacaktır.

Buna karşılık eğer sözleşme konusu işyerinde her iki taraf da işçi çalıştırıyorsa, bu durumda diğer işverene verilen işin işyerinde yürütülen mal ya da hizmet üretiminin bir parçası olup olmadığının değerlendirilmesi gerekecektir. İşte bu ihtimalde diğer işverene verilen iş, "asıl işin bir parçası ya da tamamlayıcısı veyahut yardımcı iş" ise bu ilişki asıl işveren alt işveren ilişkisi sayılacak, -hatta somut olayın özelliğine göre, verilen iş iş letmenin ve işin gerekleri ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirmiyorsa bu ilişki geçersiz olacak- eğer verilen iş yukarıda belirtilen nitelikte değil, bir diğer deyişle asıl işin bir bölümü ya da yardımcı iş değilse anahtar teslim iş olarak

kabul edilecektir. Bize göre bu biçimde net ayrımlar yapılmadığında yanılığılı değerlendirmeler kaçınılmaz olmaktadır. Bu nedenle Yargıtay'ın bu yöndeki kararları bizce isabet taşımamaktadır.

Bu noktada şuna da dikkat çekmek gerekir ki, Kanundaki tanımlara kanun koyucunun yüklediği anlamın dışına çıkacak şekilde tanımın içerdiği unsurlardan başka unsurlar eklenmemelidir. Zira kanun koyucu o tanımları yapmakla o kavramın kapsamını ve sınırını belirlemiştir. Bunun değiştirilmesi anlamına gelecek eklemeler yapılması kanundaki tanımın da değiştirilmesi anlamına gelir ki, artık bu durumda bir yorum faaliyetinden değil yeni hukuk kuralı yaratmaktan söz etmek gerekir. Bunu ise isabetli bulmamak gerekir kanaatindeyiz.

Nitekim öğretide de özel hukukta bir davranışı emreden ya da yasaklayan hukuk normlarının yanında tanımlayıcı hukuk normlarının da emredici nitelik taşıdığı, Kanun hükümleri uygulanırken o hukuki kavramın Kanundaki tanımı dışında anlaşılamayacağına dikkat çekilmektedir²². Bizce de isabetli bu görüş dikkate alındığında, söz konusu hukuk normunun kapsamına almadığı bir hukuki ilişkiye o normu uygulama olanağı bulunmadığı gibi hukuk normunun kapsamına aldığı bir hukuki ilişkiyi bunun dışında bırakmak da mümkün olmaz. Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin tanımı konusunda da bu esasların geçerli olduğu kuşkusuzdur.

Ekleyelim ki, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2023 yılında verdiği bir kararda, anahtar teslim işe ilişkin yukarıda belirttiğimiz kararlardan daha farklı sonuca ulaşmıştır. Yüksek Mahkeme bu kararda inşaat işini gayrimenkul yatırım ortaklığının asıl işi kapsamında görmemiştir. Ama bizce daha önemlisi, işin bir bütün olarak başka bir işverene verilmesi halinde artık işin asıl iş olması ya da olmamasının bir önemi olmadığını belirtmiş, taraflar arasındaki ilişkiyi asıl işveren alt işveren ilişkisi kapsamında saymamıştır. Yüksek Mahkeme'ye göre, "İnşaat işi, davalı ... Gayrimenkul Yatırım Ortaklığı A.Ş.'nin asıl faaliyet alanına girmemekte

21 Bu konudaki Yargıtay görüşü için bkz. aşağıda dn. 34'deki kararlar.

22 Doğan Yenisey, 62.

olup aksi düşünülse dahi, süreklilik arz etmeyen kaba inşaat yapı işinde kontrol ve denetim amacıyla istihdam edilen personel haricinde bu şirketin işçi çalıştırmadığı göz önünde bulundurulduğunda aralarındaki ilişkinin asıl işveren-alt işveren ilişkisi olarak değerlendirilmesine imkân bulunmamaktadır.”²³

Gerçekten şirket ana sözleşmesinde inşaat işi açıkça asıl iş olarak belirtilmediği, fiilen inşaat işi yapılmadığı sürece inşaat işleri bir gayrimenkul yatırım ortaklığının faaliyet alanına girmez. Bu nedenle Yargıtay Kararının isabetli olduğu kanaatindeyiz. Ayrıca, inşaat işinin gayrimenkul yatırım ortaklığının faaliyet alanına girmesi halinde dahi o iş bir bütün olarak başkasına verildiğinde, iş sahibi orada hiç işçi çalıştırmadığında taraflar arasındaki ilişki asıl işveren alt işveren ilişkisi olmaz. Sonuç olarak Yargıtay'ın bu kararını isabetli bulmak gerekir düşüncesindeyiz.

c) İşyerinde Yürütülen Mal veya Hizmet Üretimine İlişkin Bir İşin Başka Bir İşverene Verilmesi

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin bir diğer unsuru, işi verenin *işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin bir işi ya da yardımcı işini* başka bir işverene vermesidir. Önemle vurgulamak gerekir ki, bu unsur açısından başka bir işverene verilen işin asıl işin bir bölümü ya da yardımcı iş olmasının bir önemi yoktur. Hatta bu işin asıl işin bir bölümü olması halinde, aşağıda geçerlik koşullarını ele alırken geniş bir şekilde üzerinde duracağımız üzere, işletmenin ve işin gerekleri ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir bölüm olup olmasının da bir önemi yoktur²⁴. Belirttiğimiz bu son koşul *kurulan ilişkinin geçerli olup olmaması açısından* çok büyük bir önem taşır ve çok önemli sonuçlar ortaya çıkarır,

ancak kurulan ilişkinin asıl işveren alt işveren ilişkisinin unsurlarını içermediği sonucu yaratmaz. Öğretide bazı yazarlar²⁵ asıl işin alt işverene verilmesi halinde bu işin “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş” olmasını asıl işveren alt işveren ilişkisinin bir unsuru olarak ifade etmektedirler ki, daha önce de ifade ettiğimiz gibi bu koşul bir unsur değil, taraflar arasında kurulan ilişkinin geçerlilik koşulu. Bunun sonucunda taraflar arasında bir asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulmadığı değil, geçersiz bir asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulduğu, asıl işveren olarak görünen işverenin tek ve gerçek işveren olarak kabul edileceği anlamına gelir.

Öte yandan uygulama açısından duraksama yaratan en önemli unsur da budur. Zira bu unsurun tespiti diğer unsurların tespitine göre daha zordur. Gerçekten sözleşmenin her iki tarafının işveren olup olmadığı ya da bu işin asıl işverenin işyerinde yapılıp yapılmadığı veyahut sadece işverene ait işyerinde çalışma unsurlarının tespiti sıklıkla büyük bir sorun yaratmaz. Ancak bazı işler açısından bir başka işverene verilen işin işyerinde yürütülen işin bir bölümü olup olmadığı, özellikle de yardımcı iş niteliği taşıyıp taşımadığı duraksama yaratacak nitelikte olabilmektedir. Oysa varılacak sonuca göre taraflar arasında kurulan ilişki salt bir borçlar hukuku ilişkisi olarak nitelenebileceği gibi iş hukuku açısından asıl işveren alt işveren ilişkisi olarak da kabul edilebilecektir. Gerçekten bu unsur çok fazla teknik bilgiye sahip olmayı gerektirdiği gibi konunun en fazla yorum açık alanını da oluşturmakta, bu nedenle pek çok uyuşmazlık da bu unsurun varlığı ya da yokluğu konusunda yaşanmaktadır.

23 Yarg. 9 HD., 26.4.2022, E. 2022/4622, K. 2022/5292, (www.kazanci.com).

24 Yargıtay vermiş olduğu bir kararda asıl işveren ilişkisi kurulması için “Asıl-alt işveren ilişkisinin gerçekleşmesi için, asıl işverenin mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işi ya da işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle asıl işin bir bölümünü alt işverene vermesi gerekir.”, Yarg. 9 HD., 1.7.2019, E. 2016/5678, K. 2019/14612, (www.kazanci.com).

25 Öğretide Narmanlioğlu, bu durumda asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulmayacağını belirtmektedir, *Narmanlioğlu*, 124. Aynı şekilde Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal da asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesi halinde bu işin “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş” olmasını asıl işveren alt işveren ilişkisinin bir unsuru olarak ifade etmektedirler, *Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal*, 207; aynı yönde *Soyer*, 17; *Alpagut*, 17-18; *Aydınlı*, 195; *Tunçomağ/Centel*, 60. Kanaatimizce tüm bu ifadeleri geçerli bir asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulmayacağı biçiminde anlamak gerekir.

Bu unsura olumsuz açıdan bakıldığında işyerinde yürütülen bir mal ya da hizmet üretimine ilişkin olmayan ya da yardımcı iş niteliği taşımayan bir işin başka bir işverene verilmesi halinde taraflar arasında kurulan ilişki asıl işveren alt işveren ilişkisi olmayacaktır²⁶. Örneğin; bir ilaç fabrikası işyerinde bir ek bina yapılması, bir otomobil fabrikasının çatısının onarım işi, işyeri binasının boya, badana, bakımı, tadilatı gibi işleri alan diğer işveren, işçilerini, işi veren işverenin işyerinde çalıştırırsa da alt işveren sayılmayacaktır²⁷.

Şüphesiz bu kapsamdaki işler sadece yukarıda belirtilen inşaat işleri ile ya da bakım onarım işleri ile sınırlı değildir. Her somut olayda başka bir işveren tarafından üstlenilen işin bu unsur açısından değerlendirilmesi gerekecektir. İşyerine satın alınan büyük makinelerin montajı işi, işyerinde yürütülen asıl işin bir parçası olmadığı için asıl işveren alt işveren ilişkisi kurmaz²⁸. Aynı şekilde, işyerindeki ziyaretçilerin, çalışanların kullandıkları, işin bir parçası niteliği taşımayan, süreklilik unsuru olmayan, ara sıra yapılan asansör bakım işi de asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurmayan, işyerinde yürütülen asıl işin bir parçası ya da yardımcı iş olarak değerlendirileme-

yecek işlerdendir²⁹. Bunun gibi, bir otomobil fabrikasının tefriş edilmesi, dış duvarların tel örgü ile çevrilmesi işleri de asıl iş ya da yardımcı iş niteliği taşımamakta³⁰, dolayısıyla da asıl işveren alt işveren ilişkisi kurmamaktadır. İşyerindeki iş için bir yazılım geliştirilip bunun sisteme entegre edilmesi, kurulumu da bu kapsamda değerlendirilmelidir. Buna karşılık düzenli ve sürekli olarak bilgi işlem ile ilgili işler, bir başka işverene verilmiş ve onun işçileri tarafından işyerinde yerine getiriliyorsa bu durumda bu iş yardımcı iş sayılmalıdır³¹. İşyerinde yürütülen işin özelliğine göre bu işin asıl işin bir parçası olup olmadığı da değerlendirilmelidir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 1475 sayılı Kanun'da bu unsura ilişkin açık bir düzenleme olmamasına rağmen vermiş olduğu kararlarla asıl işveren-alt işveren ilişkisinden söz edebilmek için işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin bir işin bir başka işverene verilmiş olması gerektiğini kabul etmişti. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 1996 yılında verdiği bir kararda, bir fabrikanın yıllık mutad bakım onarım işinin başka bir işverene verilmesi halinde iki işveren arasındaki ilişkinin asıl işveren-alt işveren ilişkisi olamayacağına, bunun sonucunda da iş sahibi hakkında müteselsil sorumluluk hükümlerinin uygulanamayacağına hükmetmişti³². Aynı şekilde Yargıtay 21. Hukuk

26 Hükmü eleştiren görüş için bkz. Güzel, 40. Yazara göre, "İşçilerin, sadece asıl işverene ait ve onun yararına bir iş yaptıkları dönem için, asıl işverenin işyerinde yürütülen bir iş ile bağlantısı olmadığı gerekçesiyle, bu işçileri güvenceden yoksun bırakmanın mantığını kavramak olanaklı değildir. Ayrıca, örneğin bina veya çatı onarımı işinin, yardımcı iş sayılmak açısından, yemek veya temizlik işinden bir farkı da bulunmamaktadır. Gerçekten, örneğin üretim yapan bir fabrikanın yemek veya temizlik işi, -hijyen, verim gibi sebeplerle- asıl işi ne derece tamamlıyor, asıl işin yapım sürecine ne derece katkıda bulunuyor ve bunun sonucu olarak yardımcı iş sayılıyor ise, çatı onarımı işi de, çatısı akan bir binada üretim yapılamayacağına göre, o derece yardımcı iş sayılmalıdır."

27 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, 105; Süzek, İş Hukuku, 166; Narmanlioğlu, 122; Eyrenci, Öner: 4857 Sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler, Legal İSGHD, 2004/1, 21; Akyiğit, 71; Ekmekçi, Ömer: İş Kanunu Tasarısının Bazı Hükümleri Üzerine, Çalışma Hayatımızda Yeni Dönem, Türkiye Toprak İşverenleri Sendikası, İstanbul 2002, 66; Alpagut, 17. Öğretide Soyer de bu kapsamda bir depo ya da revir inşaatını örnek olarak vermektedir, Soyer, 18.

28 Bkz. Aydın, 193; Aksi yöndeki görüş için bkz. Süzek, İş Hukuku, 167-168.

29 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, 105.

30 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, 105; Ekmekçi, Ömer/Yiğit, Esra: Bireysel İş Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2022, 131; Özkaraca, Ercüment: Asıl İş veya Yardımcı İş Dışındaki Bir İşin Başka Bir İşverene Yaptırılması (Karar İncelemesi), Tekstil İşveren, Hukuk 146, Ekim 2022, 6.

31 Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. Çil, Şahin: Uygulamaya Yansıyan Yönüyle Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri Sempozyumu, İstanbul 2009, 12 vd.

32 Yarg. HGK., 07.02.1996, E. 1995/9-901, K. 1996/44, (www.kazanci.com). Karara göre, "Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle, davalılar ... A.Ş. ile ... Müteahhitlik firması arasında bir ast-üst işveren ilişkisi mevcut değildir. ... firması, bu tür onarım işlerini üstlenen, tamamen bağımsız bir firmadır. Davalılar arasındaki hukuki ilişki eser sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Ölen işçi de tatilde bulunan ... fabrikasındaki yıllık mutad bakım ve onarım işini üstlenen ... Müteahhitlik firmasının işçisidir. Olayın gerçekleşme biçimi itibari ile davalılardan ... A.Ş. sorumlu tutulamayacağına göre, Hukuk

Dairesi de 1995 yılında verdiği bir kararda, bir otomobil fabrikasının çatı tamir işini bir bütün olarak, anahtar teslimi üstlenen işverenin yaptığı işin niteliği açısından asıl işten bağımsız olması nedeniyle işçisinin uğradığı iş kazasından dolayı müteselsil sorumluluğun söz konusu olamayacağı kabul etmişti³³. 4857 sayılı İş Kanunu Yargıtay'ın bu kararlarını esas alarak konuyu açıkça düzenlemiş ve alt işveren verilen işin işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin bir iş olmasını hükme bağlamıştır (m. 2/6).

Sonuç olarak, işyerinde yürütülen mal ya da hizmet üretimine ilişkin olmayan bir işin başka bir işverene verilmesi, onun da bu işi, kendi işçileri ile iş sahibinin (iş verenin) işyerinde yerine getirmesi halinde uygulama ve yargı kararlarındaki ifadesi ile "anahtar teslim iş"³⁴ söz konusu olacak, bu gibi işlerde İşK. m. 2/6 uygulanmayacaktır. Bir diğer deyişle taraflar arasındaki ilişki, *unsur yokluğu sebebiyle* asıl işveren alt işveren ilişkisi oluşturmayacaktır.

Kanunda tanımlanmayan, ancak uygulamada çok sık kullanılan anahtar teslim işten ne anlaşılması gerektiği ise yargı kararları ile açıklığa kavuşturulmaktadır. Yargıtay'a göre, "Anahtar teslimi işten bahsedilmesi için; Alt işverenin asıl işverenden aldığı işin, Asıl işverenin sigortalı çalıştırdığı işe göre ayrı ve bağımsız bir nitelik taşıması, İşyerindeki üretimle ilgisinin olmaması veya asıl

*işin tamamlayıcısı niteliğinde bulunmaması, verilen işin asıl iş yada yardımcı iş niteliğinde olmayıp, başkaca bağımsız bir iş olması gerekir .../... Burada önemli olan asıl işverene ait "asıl iş" kavramının hangi iş olduğudur. Asıl işverene ait olan ve alt işverenin yapacağı iş, asıl işverenin ürettiği mal ve hizmet süreci içinde veya tamamlayıcı olmalıdır .../... İşin bir bölümünde işçi çalıştırmayan, işin tamamını anahtar teslimi ve ihale yolu ile başkasına devreden ve işten elini çeken kişi asıl işveren olarak nitelendirilemez .../... Görüldüğü gibi anahtar teslimi işte, işverenin asıl faaliyet alanı olan mal ve üretim alanı dışında bir yapım işi söz konusudur."*³⁵

Öte yandan her ne kadar yukarıda sözü edilen Yargıtay Kararlarında işyerindeki çatı tamiri işinin asıl işveren alt işveren ilişkisi yaratmadığı kabul edilmiş olsa da, Yargıtay (kapatılan) 21. Hukuk Dairesi bize göre anahtar teslim işlerde Kanunda olmayan bazı kriterleri de dikkate alarak bu gibi işleri İşK. m. 2/6 kapsamında saymıştır. Gerçekten Yargıtay 21. Hukuk Dairesi 2006 yılında verdiği bir kararda, bir tersanenin hangar çatı onarım işinin başka bir işverene verilmesini asıl işveren-alt işveren ilişkisi kapsamında saymayan mahkeme kararını, onarım işi yapan firmanın da gemi inşaat sanayi ile iştigal ettiği, taraflar arasındaki sözleşmede işi üstlenen şirketin taşeron olarak isimlendirildiği, hangar çatısında kullanılacak malzemelerin iş sahibi tarafından verildiği ve iş sahibinin işin kontrol ve gözetimini kendisinde tuttuğu gerekçesiyle bozmuştur. Yerel mahkemenin kararında direnmesi üzerine Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, bizce de isabetli olarak, işin niteliği ve yürütümü bakımından gemi yapım ve onarım işinden tamamen farklı ve bağımsız nitelikte olduğu belirgin bulunan çatı onarım işinde sigortalı (işçi) çalıştırmayan gemi yapım ve onarım işverenin asıl işveren olarak kabul edilemeyeceğine hükmetmiştir³⁶.

Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır."

33 Yarg. 21. HD., 4.7.1995, E. 1995/2660, K. 1995/3844, (www.kazanci.com). Özel Daire'ye göre, "Buna karşı, bir işin bütünüyle bir işverene devri durumunda, veya anahtar teslimi denilen biçimde işin verilmesi durumunda, artık üst-alt işveren ilişkisi ortada bulunmamaktadır. Arsanın veya binanın salt maliki olmak ve ihale makamı olarak işi bütünüyle devretme durumlarında, ortada aracı denilen kurumdan söz edilemez. Çünkü burada iş tamamiyle ve bütün olarak bağımsız bir işverene devredilmektedir. Dava konusu olayda da, davalılardan Türk A.Ş. fabrika çatı tamir ve onarım işini, ihale suretiyle ve bütün olarak dosyada aksi kanıtlanamayan belgelerle davalı Kadir'e devrettiğine göre davalı Kadir aracı, kendisi de üst işveren olarak nitelendirilemez. Davalı şirket sadece, bunun malikidir. Gördüğü asıl iş ise, otomobil veya buna benzer araçlar üretmektedir. Çatı tamir işvereni ise gördüğü iş niteliği ile bağımsız ve ayrı bir işverendir."

34 Anahtar teslim inşaat sözleşmesi hakkında geniş bilgi için bkz. *Birben*, 5 vd.

35 Yarg. 9 HD., 21.3.2023, E. 2023/3241, K. 2023/4141; aynı yönde Yarg. 9 HD., 18.10.2022, E. 2022/6924, K. 2022/12750; Yarg. 22 HD., 27.9.2017, E. 2017/39749, K. 2017/19574, (www.kazanci.com).

36 YHGK, 20.12.2006, E. 2006/21-796, K. 2006/812, (www.kazanci.com); ayrıca bkz. Yarg. HGK., 6.2.2013, E. 2012/21-732 K. 2013/207, (www.kazanci.com). Kararın incelemesi için bkz. *Aykaç*, Hande Bahar: Alt İşverenlik-Anahtar Tesli-

Bize göre bu konuda, tarafların sözleşmesel ilişkide kendilerini asıl işveren alt işveren olarak tanımlayıp tanımlamamaları önem taşımaksızın, somut ilişkide yasal tanımdaki unsurların mevcut olup olmadığı önemli olmalıdır³⁷. Bu açıdan malzemenin kim tarafından sağlandığı da önemli değildir³⁸. İş sahibinin iş sağlığı ve güvenliği açısından denetim ve gözetimi kendisinde tutması da taraflar arasındaki ilişkiyi asıl işveren alt işveren ilişkisi olarak nitelendirmeyi gerektirmez³⁹. Bunun sonucunda, işyerinde diğer işverene anahtar teslim bir iş veren, iş sağlığı ve güvenliği açısından denetim ve gözetimi kendinde tutup bunun gereklerine uymayan iş sahibi, işçiye karşı *asıl işveren sıfatıyla sorumlu olmaz*, ama somut olayın özellikleri de dikkate alındığında kusuru varsa bu sebeple sorumlu olabilir.

d) Alt İşverenin Üstlendiği İş Asıl İşverenin İşyerinde Yerine Getirmesi

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin üçüncü un-

mi İş Ayırımı, Çimento İşv. D, Mayıs 2015, 46-55.

37 Aynı yönde, Özkaraca, 7.

38 Ancak 21. Hukuk Dairesi yine bir çatı tamir işinde, taraflar arasındaki sözleşmedeki "davalı M. A.'nın "taşeron" olarak çatı tadilatının tüm işçiliğini üstlendiği"ni dikkate alarak olayda anahtar teslim iş olmadığına ve iş sahibinin asıl işveren sıfatıyla sorumlu olduğuna hükmetmiştir, Yarg. 21. HD. 10.12.2019, 2018/7395, K. 2019/7641, Tekstil İşv. D., Hukuk 146, Ekim 2022, 2-5. Karara göre, "... inşaat malzemelerinin davalı M. A.'nın hazırladığı listeye göre şirket tarafından alındığı dikkate alındığında, davalılar arasında anahtar teslim, bir eser akdi ilişkisi değil, asıl - alt işveren ilişkisi bulunduğu, bu nedenle davalı E. Kerestecilik Tic. A.Ş.'nin asıl işveren olarak hükmedilen tazminatlardan müştereken ve müteselsilen sorumluluğuna karar verilmesi gerektiği anlaşılmaktadır." Kararın isabetsiz olduğu açıktır, aynı yönde, Özkaraca, 7; taraflar arasındaki ilişkiye anahtar teslim niteliğinin verilmesinde önemli olanın emek olduğu, malzemenin kim tarafından sağlandığının bu açıdan önemli olmadığı haklı görüşü için bkz. *Birben*, 7-8. YHGK da, yukarıda sözünü ettiğimiz 2006/21-796 Esas sayılı Kararında, "Borçlar Kanunu'nun 357. maddesi uyarınca, eserin imalinde kullanılacak malzemeyi yüklenici temin edebileceği gibi tarafların kararlaştırmaları üzerine malzeme iş sahibi tarafından da sağlanabilir. Bu durum, malzemelerin özenli kullanılması, hesap verme ve artan kısımlarını iade borcu, ihbar yükümlülüğü gibi konularda mükellefiyetler yüklemekte olup taraflar arasındaki hukuki ilişkinin niteliğine etkisi bulunmamaktadır..." diyerek, isabetli bir biçimde iş sahibinin malzeme sağlamanın taraflar arasındaki hukuki ilişkiyi değiştirmediğini belirtmiştir.

39 Bkz. ve karşı. *Birben*, 9 vd.

suru bir başka işverenden iş alanın bu işi, işi üstlendiği işverenin işyerinde yerine getirmesidir. Kanunda bu unsur, "Bir işverenden, iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren..." den söz edilmek suretiyle (m. 2/6) ifade edilmiştir. Dolayısıyla bir işverenden iş alan kişinin bu işi iş aldığı işverenin işyerinde değil de kendisinin başka bir yerdeki, bağımsız bir işyerinde yerine getirmesi halinde asıl işveren alt işveren ilişkisinden söz edilemez. Bir diğer deyişle, fason imalat şeklinde bir işverenden iş alan ve bu işi kendi işyerinde yapan kişi ile işveren arasında kurulan ilişki asıl işveren alt işveren ilişkisi olmaz⁴⁰.

Bu madde anlamındaki işyeri kavramı ise İş Kanunu m. 2'ye göre belirlenecektir. Anılan maddeye göre, "İşveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddî olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime işyeri denir. İşverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağlı yerler) ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve mesleki eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır. İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür." (f. 1, 2, 3). Bu durumda, iş sahibinin belirtilen işyeri sınırları dışında, yukarıda da belirtildiği gibi kendisine ait işyerinde işi yerine getirmesi halinde işi üstlenen alt işveren sıfatı taşımaz.

Öte yandan bazı işler niteliği gereği işyerinde yapılamaz. Böyle bir durumda bu gibi işlerin alt işverene verilmesi halinde de asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulduğunu kabul etmek gerekir⁴¹. Örneğin; asıl işi meşrubat (içecek) üretimi olan bir işverenin üretilen ürünlerin dağıtım işini

40 Ekonomi, 33; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, 104; Süzek, İş Hukuku, 166; Eyrenci/ Taşkent/ Ulucan/Baskan, 36; Taşkent, 363; Alpagut, 17; Çil, 13.

41 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, 107; ayrıca bkz., Canbolat, Alt İşveren, 24; Süzek, İş Hukuku, 166; Soyer, 18; Demir, Ender: Asıl İşveren ile Alt İşverenin Müteselsil Sorumluluğu, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan C. I, İKÜ HFD, Özel Sayı, C.15, S.1, Ocak 2016, 839.

alt işverene vermesi halinde dağıtım işinin işyerinde yapılmadığından bahisle bu ilişkinin bir asıl işveren alt işveren ilişkisi olmadığı söylenemez⁴². Bunun gibi, personel taşımacılığı da işin niteliği gereği işyerinde yapılamaz, ama bir yardımcı iş olarak asıl işveren alt işveren ilişkisi yaratabilir⁴³. Ancak bu gibi işlerde de sadece asıl işverene özgülenme (münhasıranlık) unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediği titizlikle incelenmelidir.

Yargıtay da bir mal ya da hizmet sunumu işi üstlenen kişinin bu işi kendi işyerinde yapması halinde bu ilişkinin asıl işveren-alt işveren ilişkisi yaratmayacağını belirtmektedir. Yüksek Mahkeme'nin bu yönde verdiği bir karara göre, "Alt işveren, işçilerini asıl işverene ait işyerinde çalıştırıyor olmalıdır. Bu bakımdan da, bir işverenden iş alan, ancak işi kendi işyerinde gören işveren (fason üretim yapan) ile diğeri arasında yine böyle bir ilişki doğmaz. Ancak buradaki işyeri, 4857 Sayılı İş Kanununun 2. Maddesi tanımında yer alan işyeridir. Buna göre, İşverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağıllığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağlı yerler) ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve mesleki eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır. İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür. Dolayısı ile üretimden dağıtım aşamalarına kadar iş organizasyonu içinde yer alan işyeri ve araçlar işyeri içindedir. Bu sebeple dağıtım işi araçla işyeri dışında gerçekleşse de araç işyerine bağlı olduğundan işin işyerinde yapıldığı kabul edilmelidir."⁴⁴

42 Yarg. 9. HD., 26.9.2011. E. 2011/5359 K. 2011/33287, (www.kazanci.com).

43 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, 107; Ekonomi, 30-31; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 212; Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, 36; Taşkent, 365; Soyer, 18; Aksi yöndeki görüş için bkz. Ekmekçi/Yiğit, 121-122

44 Yargıtay'a göre, "Alt işveren, işçilerini asıl işverene ait işyerinde çalıştırıyor olmalıdır. Bu bakımdan da, bir işverenden iş alan, ancak işi kendi işyerinde gören işveren (fason üretim yapan) ile diğeri arasında yine böyle bir ilişki doğmaz. Ancak buradaki işyeri, 4857 Sayılı İş Kanununun 2. Maddesi tanımında yer alan işyeridir. Buna göre, İşverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağıllığı bulunan ve aynı yönetim altında ör-

gütlenen yerler (işyerine bağlı yerler) ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve mesleki eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır. İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür. Dolayısı ile üretimden dağıtım aşamalarına kadar iş organizasyonu içinde yer alan işyeri ve araçlar işyeri içindedir. Bu sebeple dağıtım işi araçla işyeri dışında gerçekleşse de araç işyerine bağlı olduğundan işin işyerinde yapıldığı kabul edilmelidir.", Yarg. 9 HD., 14.12.2015, E. 2014/24574, K. 2015/35275, (www.kazanci.com).

Yargıtay vermiş olduğu bir kararında fason üretimden ne anlaşılması gerektiğini belirttikten sonra somut olayda muvazaalı bir ilişkinin olup olmadığının da araştırılması gerektiğine işaret etmiştir. Yargıtay'a göre "... *"Malzemesi marka sahibi tarafından karşılanarak başka bir firmaya yaptırılan üretime, fason üretim"* denmektedir. Kısaca, bir ana firmaya ait bir mal ya da hizmetin tümünün ya da bir bölümünün başka bir firmaca üretilmesidir.../... Kural olarak fason üretim, ana firmanın işyeri dışında yapıldığında, muvazaalı olgusu hariç yapılan iş asıl işverene ait işyerinde yapılması unsurunu taşımadığı için asıl alt işveren ilişkisi olarak kabul edilemez. Ancak işlemin muvazaalı olması veya fason üretimin ana firmanın işyerinde yapılması halinde asıl alt işveren ilişkisinin varlığı kabul edilmelidir.../... Öncelikle davacının iddia ettiği dönem için kurumdan SSK giriş ve ayrılış kayıtları, bu kayıtlardaki işverenlerin kimler olduğu, asıl işveren olduğu iddia edileni ile aralarındaki ilişki, bu ilişkiye esas olan sözleşme ve kayıtlar, kayden görülen şirketlerin işyerleri bağımsız olup olmadıkları incelenmeli, yukarıda açıklanan ilkeler kapsamında bu kişiler ile davalı şirket arasında asıl-alt işverenlik ilişkisi bulunup bulunmadığı, ilişkinin muvazaaya dayanıp dayanmadığı, gerçek anlamda fason üretim işi olup olmadığı incelenmeli...dir"⁴⁵. Görüldüğü gibi, Yargıtay bu kararında fason üretim halinde de tarafların muvazaalı bir ilişki içine girebileceklerini kabul etmiştir. Taraflar arasındaki ilişki muvazaalı da değilse, fason üretimde işin işverenin işyerinde yerine getirilmemesi sebebiyle asıl işveren alt işveren ilişkisi olmayacaktır.

Şunu da ekleyelim ki, Yargıtay 2007 yılında ver-

gütlenen yerler (işyerine bağlı yerler) ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve mesleki eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır. İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür. Dolayısı ile üretimden dağıtım aşamalarına kadar iş organizasyonu içinde yer alan işyeri ve araçlar işyeri içindedir. Bu sebeple dağıtım işi araçla işyeri dışında gerçekleşse de araç işyerine bağlı olduğundan işin işyerinde yapıldığı kabul edilmelidir.", Yarg. 9 HD., 14.12.2015, E. 2014/24574, K. 2015/35275, (www.kazanci.com).

45 Yarg. 9 HD., 23.6.2015, E. 2014/10300, K. 2015/22696, (www.kazanci.com).

diği bir kararda fason üretim yapan işverenin bu işi sadece işinin bir bölümünü üstlendiği işveren adına yapıp yapmadığının da incelenmesini istemiştir. Yargıtay Kararına göre, "İşyeri kayıtlarına göre davacı işçi, işe girdiği tarihten itibaren davalılardan Ekip Taşeronluk işçisi olarak çalışmıştır. Davalılar arasında fason mal imalatına dair bir sözleşme dosyaya sunulmuştur. Anılan sözleşmeye göre, davalılardan ekip taşeronluk, davalı Tavsan AŞ'nin siparişi ettiği ürünleri imal etmeyi üstlenmiştir. Bu yönde bazı faturaların da varlığından söz edilmiştir. / Öncelikle davalılar arasında yapılmış olan bahsi geçen sözleşmenin değerlendirilmesi gerekir. Davalı Ekip Taşeronluğun farklı bir yerde faaliyette bulunması ve davalı Tavsan AŞ. dışında başkaca kişi ve kuruluşlara üretim yapması halinde taraflar arasında muvazaalı şekilde işçi istihdamına yönelik bir uygulama içine girildiğinden söz edilemez."⁴⁶

Görüldüğü gibi Yargıtay, işyerindeki mal ya da hizmet üretiminin bir parçasını üstlenen kişinin bunu işini üstlendiği işverenin işyeri dışında yapıyor olmasını yeterli görmemekte, başkaca hususları da araştırmaktadır. Yargıtay, işi üstlenen bu işi bağımsız işyerinde yerine getiriyor, başka başka işverenlere de iş yapıyor, somut olayda muvazaayı akla getiren unsurlar da bulunmuyorsa bu ilişkiyi asıl işveren-alt işveren ilişkisi kapsamında değerlendirmemektedir.

e) İş Üstlenen İşverenin İşçilerini "Sadece" Asıl İşverene Ait İşte Çalıştırması

İş Kanunu m. 2/6 hükmünde, "Bir işverenden..... iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren..." denilerek asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığı için gerekli son unsura yer verilmiştir. Bu hüküm uyarınca, bir asıl işveren-alt işveren ilişkisinin doğumu için alt işverenin işçilerini sadece asıl işverene ait işte çalıştırması, bir diğer deyişle sadece bu işe özgülemesi gerekmektedir. Şu hâlde, alt işveren, üstlendiği iş için çalıştırdığı işçilerinin tamamını, iş üstlendiği başka başka

işverenlerin işyerlerinde de çalıştırıyorsa, hiçbir işçisini tek bir asıl işverenin işine özgülememişse taraflar arasında bir asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulmuş olmayacaktır⁴⁷.

Bu unsur 1475 sayılı Kanun'daki düzenlemede de yer almaktaydı. Ancak bu unsurun düzenleniş biçimi 1475 sayılı Kanun'da daha farklıydı. Öncelikle 1475 sayılı Kanun'da bu unsur "münhasıranlık" koşulu olarak ifade edilmekteydi⁴⁸. Daha da önemlisi bu unsur, 1475 sayılı Kanun'da asıl işverenin alt işveren işçisine karşı alt işverenle birlikte (müteselsil) sorumlu olması açısından önem taşımakta, kavramın bir unsurunu oluşturmamaktaydı. 4857 sayılı Kanun ise bu koşulu, asıl işveren alt işveren ilişkisinin olmazsa olmaz bir unsur olarak düzenlemiştir⁴⁹. Bunun sonucunda yukarıda da belirtildiği gibi bir işverenin işyerinde iş üstlenen, ancak bu işte çalıştırdığı işçilerini sadece burada çalıştırmayıp başka işverenlerin işindeki işlerde görevlendiren işveren asıl işveren sayılamayacaktır.

Kanunda bu unsur düzenlenirken "bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren"den söz edildiği için "sadece asıl işverenin işyerinde çalıştırma koşulu"nun bizzat alt işveren açısından mı yoksa alt işverenin işçileri açısından mı aranacağı sorusu akla gelebilir. Hüküm lafız olarak dikkate alındığında, çalıştırma olgusundaki vurgunun alt işverene yönelik olduğu, bunun sonucunda da alt işverenin sadece asıl işverene hizmet sunması gerektiği ileri sürülebilir. Bu yorum sonucunda, bizzat alt işverenin başka başka işverenlere hizmet sunması halinde taraflar arasındaki ilişkinin asıl işveren alt işveren ilişkisi olmayacağı söylenebilir. Ancak hükmün koruma amacı

47 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, 108; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 213-214; Süzek, İş Hukuku, 171; Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, 36; Güzel, 51; Soyer, 21; Taşkent, 364; Alpagut, 19.

48 1475 sayılı Kanun m. 1/5'e göre, "Bir işverenden belirli bir işin bir bölümünde veya eklentilerinde iş alan ve işçilerini münhasıran o işyerinde ve eklentilerinde çalıştıran diğer bir işverenin kendi işçilerine karşı o işyeri ile ilgili ve bu nundan veya hizmet akdinden doğan yüklemelerinden asıl işveren de birlikte sorumludur."

49 Bkz. karş. Akyiğit, 71.

46 Yarg. 9. HD., 23.1.2007 E. 2006/29129, K. 2007/442, (www.kazanci.com).

dikkate alındığında böyle bir yorum yapılması mümkün değildir⁵⁰. Gerçekten böyle bir yorum yapıldığında, alt işverenin tek işçisini dahi başka bir işverenden alınan işte çalıştırması halinde ya da başka işverenlere de hizmet sunduğunda alt işveren işçileri açısından kanun koyucunun sağlamak istediği koruma etkisiz hale gelir. Bu nedenle öğretide de isabetle belirtildiği üzere, müteselsil sorumluluğun işçilere karşı söz konusu olduğu dikkate alındığında anılan koşulun da alt işveren yönünden değil, işçiler açısından değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmelidir⁵¹. Bunun sonucunda alt işverenin hangi işçisi ya da işçileri sadece o asıl işverene özgülenmişse sadece o işçiler açısından bu ilişkinin varlığı kabul edilecek, buna karşılık bazı işçiler başka başka işverenlerin işlerinde de çalıştırılıyorsa bu işçiler açısından asıl işveren alt işveren ilişkisi kapsamında birlikte sorumluluk söz konusu olmayacaktır⁵².

Yargıtay da verdiği ilke kararlarında bu hususu belirtmektedir. Yargıtay bir kararında, "4857 Sayılı Kanun'un 2. maddesinin yedinci fıkrası ve Alt İşverenlik Yönetmeliği'nin 4. maddesine göre alt işveren, üstlendiği iş için görevlendirdiği işçilerini sadece o işyerinde aldığı işte çalıştırmalıdır. İşçiler sadece asıl işverene ait işyerinde değil de farklı işverenlere ait çeşitli işyerlerinde çalışıyorlarsa o işçiler açısından asıl işveren alt işveren ilişkisinden söz edilemez dedikten sonra somut olayda bu unsurun gerçekleşmediğine dikkat çekmiştir. Yargıtay Kararına göre; "Davacının kayıtlarda işvereni olarak görünen davalı ... Şirketinin diğer davalı ... Denizcilik AŞ'ye ait işyerinde alt işveren olarak iş aldığı ve işçi çalıştırdığı sabittir. Ancak davalı Şirketlerin tanıklarının ve davacı tanıklarının beyanları birlikte değerlendirildiğinde; davacının, yevmiye usulü çalıştığı, ... bitiminde istirahatli olduğu dönemde ... Şirketi dışında başka firmaların tersanelerinde de çalıştığı, ... Şirketinin, davacının çalıştığı süre zarfında sadece ... Denizcilik AŞ'nin değil başka firmaların da işlerini aldığı

ve davacının da bu firmaların tersanelerinde çalıştığı; bu nedenle hizmet süresi olarak kabul edilen dönemin tamamında emeğini münhasıran davalı ... Denizcilik AŞ'ye ait işyerine hasretmediği; davacı işçinin, asıl işveren işyerinde münhasıran alt işveren işçisi olarak çalıştığına tespit edilemediği anlaşılmıştır."⁵³

Yargıtay davacı işçinin, sadece asıl işverenden alınan işte çalışıp çalışmadığının uyuşmazlık konusu olduğu bir başka olayda, bizce de isabetli bir biçimde, konunun özel olarak araştırılması gerektiğini belirtmiştir. Yüksek Mahkeme'ye göre, "Gerçekten de Dairemiz incelemesinden geçen ve aynı davalılara karşı açılan davada (Dairemizin 2013/6767 E, 2014/38698 K) temyiz incelemesi sonunda "davacı tanığı ...'ın açık anlamından davalı şirketin sadece diğer davalı ...ne hizmet vermediği, davacı işçinin de münhasıran ...ne ait işyerinde çalışmadığı anlaşıldığından, somut olayda ... ile diğer davalı şirket arasındaki ilişki asıl işveren alt işveren ilişkisi olarak nitelendirilemeyeceği, ... aleyhine açılan davanın husumet yokluğundan reddi gerekirken kabulünün hatalı olduğu" gerekçesi ile bozma kararı verilmiştir. O sebeple bu dosyada da davalının bu itirazı nedeni ile alt işveren olarak kabul edilen davalı şirketin sadece diğer davalı ...ne hizmet verip vermediği, davacı işçinin de münhasıran ...ne ait işyerinde çalışıp çalışmadığı araştırılmalı, münhasıran hizmet vermediği takdirde ... hakkındaki davanın asıl-alt işveren ilişkisi olmadığından husumetten reddine karar verilmelidir."⁵⁴

Son olarak ekleyelim ki, "sadece" asıl işverene ait işyerinde çalışma koşulunu işçinin aynı dönemde başka bir işveren yanında çalışmaması biçiminde anlamamak gerekir. Öğretide de belirtildiği üzere, asıl işverenin alt işverenden aldığı hizmetin günün belirli saatlerinde ya da ayın belirli günlerinde yerine getirilmesi, işçinin de bu belirlenen saat ya da günlerde sadece bu asıl işverenin işyerinde çalışması, geri kalan sürede ise

50 Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat/Özkaraca, 108; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 212-213; Narmanlıoğlu, 126.

51 Güzel, 51.

52 Güzel, 51.

53 Yarg. 9 HD., 7.6.2023, E. 2023/6823, K. 2023/8715, (www.kazanci.com).

54 Yarg. 9 HD., 14.12.2015, E. 2014/24574, K. 2015/35275, (www.kazanci.com).

başka bir işveren yanında çalışması bu koşulun gerçekleşmesine engel değildir⁵⁵.

2. Unsur Yokluğunun Sonucu: Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi Kurulmaması -Birlikte Sorumluluğun Olmaması

Yukarıdan beri yaptığımız açıklamalar, iki işveren arasındaki bir sözleşmenin asıl işveren alt işveren ilişkisi kurabilmesi için İşK m. 2/6'da düzenlenen tanımın unsurlarını barındırması gerektiğini ortaya koymaktadır. Bu unsurların tek bir tanesinin dahi yokluğu taraflar arasında kurulan ilişkinin asıl işveren alt işveren ilişkisi olarak nitelendirilmesine engel olur. Bunun iş hukuku açısından sonucu ise sözleşme konusu işte çalıştırılan işçilerin İşK. m. 2/6'da düzenlenen birlikte sorumluluk hükmünden yararlanamamasıdır⁵⁶.

Bu unsurların mevcudiyeti halinde ise, -eğer aşağıda ele alacağımız geçersizlik hallerinden biri de yoksa- kanuna uygun bir asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulacak, asıl işveren alt işveren işçisine karşı alt işverenle birlikte sorumlu olacaktır (İşK. m. 2/6). Bilindiği üzere, kanuna uygun bir asıl işveren alt işveren ilişkisinde asıl işveren, "... alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur." (m. 2/6, c. 2). Bu hüküm uyarınca alt işveren işçisi, asıl işverenin işyerinde çalıştığı süreye ilişkin olarak, ihbar, kıdem, kötüniyet ve işe iade sonucu işe başlatmama tazminatları ile ücret, fazla çalışma, hafta tatili, bayram ve genel tatili, yıllık izin, ikramiye, prim, yemek yardımı, yol yardımı gibi tüm işçilik alt işverenden talep edebileceği gibi asıl işverenden de talep etme hakkına sahip olacaktır⁵⁷. Bunun gibi, alt işveren

işçisi asıl işverenin işyerinde çalışırken bir iş kazasına uğrarsa bu zararın giderilmesini kendi işvereni olan alt işverenin dışında asıl işverenden de isteyebilecektir.

Şüphesiz asıl işverenin sorumlu olduğu alacak kalemleri bunlarla da sınırlı değildir⁵⁸. Asıl işveren iş sözleşmesinden doğan ikramiye, prim vs. gibi ücret eklerine ilişkin alacaklarını ya da toplu iş sözleşmesinden doğan alacaklarını da asıl işverenden talep edebilir. Dolayısıyla iki işveren arasında kurulan ilişkinin asıl işveren alt işveren ilişkisi olarak nitelendirilmesi işçi açısından çok önemli bir güvence oluştururken asıl işveren için de kanundan doğan özel bir sorumluluk kaynağıdır.

Taraflar arasındaki ilişkinin asıl işveren alt işveren ilişkisi niteliği taşımaması halinde ise yukarıda belirtilen birlikte sorumluluk söz konusu olmayacak, işçi iş sahibinin işyerinde işin görülmesi sırasında hak kazandığı işçilik alacaklarını ya da bu işyerinde uğradığı bir iş kazası sebebiyle oluşan maddi ve manevi zararını sadece kendi işvereninden talep edebilecektir. Gerçekten, iki işveren arasındaki ilişkinin örneğin anahtar teslim bir ek bina yapım işi olması ve işçinin bu iş için iş sahibinin işyerinde çalıştığı dönemdeki ücret alacağının ödenmemesi halinde işçi bu alacağının tahsili için iş sahibine başvuramayacak, İşK. m.36'da düzenlenen özel durum hariç, sadece kendi işverenine karşı dava açabilecektir. Bunun gibi, anahtar teslim bir çatı tamir işini yaptığı ya da işçinin çalışmasını sadece asıl işverene özgülemediği, başka başka işverenlerde de temizlik işine gönderildiği ve bu işverenlerden birinin işyerinde cam temizliği yaptığı sırada yüksekten düşüp iş göremez duruma düştüğünde meydana gelen maddi ve manevi zararını sadece kendi işvereninden talep edebilecektir. Bu nedenle bu nitelendirme hem işçi açısından hem de iş sahibi (veya asıl işveren) açısından bü-

55 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 215.

56 Anahtar teslim iş açısından aynı yönde, Birben, 15.

57 Yarg. 9 HD., 15.9.2022, E. 2022/7427, K. 2022/9452; Yarg. 9 HD., 21.10.2020, E. 2016/28138, K. 2020/12796; Yarg. 9 HD., 16.10.2019, E. 2019/2529, K. 2019/18202, kararlar için bkz. (www.kazanci.com).

58 Asıl işverenin birlikte sorumluluğu hakkında geniş bilgi için bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, 117 vd.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 215 vd.; Süzek, İş Hukuku, 40 vd.; Aydınli, 221 vd.; Aykaç, Hande Bahar: İş Hukukunda Alt İşveren, Ankara 2011, 280 vd.

yük önem taşımaktadır.

Öte yandan her ne kadar anahtar teslim bir işin görülmesi sırasında ya da münhasıranlık koşulunun mevcut olmadığı bir çalışma ihtimalinde işçi iş sahibinin işyerinde bir kazaya uğrar ve bu kazanın meydana gelmesinde iş sahibine izafe edilecek bir kusur söz konusu olursa zarara uğrayan işçi asıl işveren sıfatıyla değil ama haksız fiil hükümlerine dayanarak iş sahibinden zararının giderimi talebinde bulunabilir. Bu durumda buradaki sorumluluk İş Kanunu m.2/6'dan kaynaklanan bir sorumluluk değil, genel hükümler çerçevesinde bir sorumluluk olacaktır. Nitekim Yargıtay da vermiş olduğu kararlarda iş sahibinin somut olayda üçüncü kişi sıfatıyla bir sorumluluğunun olup olmadığını araştırılması gerektiğine hükmetmektedir⁵⁹.

III. Geçerli Bir Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin Koşulları

1. Genel Olarak

Asıl işveren alt işveren ilişkisinin *unsurlarını taşıyan* sözleşmesel bir ilişkinin *geçerli bir asıl işveren alt işveren ilişki yaratması* için İş Kanunu m. 2/6 ve 7'de özel olarak düzenlenen sınırlamalara da uygun olması gerekir. Bunun için de alt işverene verilen iş eğer asıl işin bir parçası ise bu işin *"işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş"* olması⁶⁰ (m. 2/6), ayrıca taraflar arasında kurulan ilişkinin *muvaazalı olmaması* şarttır (m. 2/7). Aksi halde taraflar arasında kurulan bu ilişki geçersiz olur ve bu ilişki

hakkında İş Kanunu m. 2/7'de düzenlenen yaptırım uygulanır.

Bu noktada bir hususa dikkat çekmekte de fayda bulunmaktadır. Yargıtay kararlarında asıl işin Kanundaki sınırlamaya aykırı olarak alt işverene verilmesi *muvaaza hali olarak* değerlendirilmektedir⁶¹. Esasında bu yaklaşım Alt İşverenlik Yönetmeliği'ndeki düzenlemeden kaynaklanmaktadır. Gerçekten Yönetmelikte, "İşyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl işin bir bölümünde uzmanlık gerektirmeyen işlerin alt işverene verilmesi" muvaaza olarak kabul edilmektedir (Yön. m. 3/1, g). Benzer düzenleme Yönetmelik m. 12'de de yer almaktadır (Yön. m. 12/2, b). Oysa bu durumu muvaaza olarak kabul etmek mümkün değildir. Zira muvaaza, iki tarafın iradesi ile beyanları arasında istenerek meydana getirilen bir uygunsuzluk halidir⁶². Asıl işin Kanundaki koşullar yokken asıl işveren tarafından alt işverene verilmesinde tarafların iradeleri ile beyanları arasında istenerek yaratılan bir uygunsuzluk bulunmamakta, aksine taraf iradeleri tam da görünürdeki sözleşme konusunda uyusmaktadır. Ancak asıl işveren alt işveren arasında kurulan bu sözleşme Kanunun emredici hükmüne aykırılık taşımakta, bu nedenle de bu ilişki TBK m. 27'deki, "*Kanunun emredici hükümlerine ... aykırı .. olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür*" hükmü uyarınca geçersiz olmaktadır. Buna karşılık taraflar arasındaki ilişkinin muvaazalı olması halinde ise bu ilişki TBK m. 19 uyarınca geçersiz sayılır. Sonuç olarak kurulan ilişki her iki durumda da geçersizlik yaptırımına tabi tutulacaktır, ancak kavramların doğru kullanılması isabetli olacaktır.

Aşağıda asıl işveren alt işveren arasındaki iliş-

59 Yarg. 10 HD., 27.4.2023, E. 2022/3497, K. 2023/4598; Yarg. 10 HD., 9.10.2019, E. 2019/3722, K. 2019/7263, (www.kazanci.com).

60 Öğretide hüküm eleştirilmekte ve dünyanın hiçbir ülkesinde işverenlere şu işleri bizzat yapmak zorunda olup başkalarına yaptırılmazlar şeklinde bir düzenleme olmadığı, İş Kanunu'ndaki alt işverenlere verilebilecek nitelikteki işlere yönelik asıl iş-yardımcı iş ayrımını isabetli olmadığı ifade edilmektedir, *Canbolat*, Temel Kavramlar, 38. Yazar bu konuda önemli olanın, böyle bir yasaklama yerine alt işverene verilen işlerde çalışan işçilerin asgari çalışma koşulları ile haklarının eksiksiz ve tam olarak ödenmesi olduğunu belirtmektedir, 38.

61 Bu yöndeki bazı kararlar için bkz. YHGK, 3.3.2022, E. 2020/9-619, K. 2022/248; aynı yönde YHGK, 17.6.2021, E. 2018/22-131, K. 2021/788, (www.kazanci.com). Yüksek Mahkeme bu kararlarında, "*Alt işverenlik ilişkisinde ilişkinin muvaazalı olup olmadığının belirlenmesinde; ... alt işverene verilen işin işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olup olmadığı...nın araştırılması ve irdelenmesi*" gerektiğinden söz etmektedir.

62 *Eren*, Fikret: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 24. Baskı, Ankara 2019, 394; *Antalya*, O. Gökhan/Topuz, Murat: Medeni Hukuk, Genişletilmiş 3. Baskı, İstanbul 2017, 181.

kinin geçerli olması için İş Kanunu m. 2/6 ve 7'de özel olarak düzenlenen hükümler üzerinde durulacak, bu hükümlere aykırılığın yaptırımından söz edilecektir.

2. Asıl İşin "İşletmenin ve İşin Gerekleri ile Teknolojik Nedenlerle Uzmanlık Gerektiren Bir Bölümü"nü Alt İşverene Verilmesi

a) Asıl İşin Alt İşverene Verilmesindeki Sınırlamanın Gerekçesi

1475 sayılı İş Kanunu döneminde asıl işverenin, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin herhangi bir işi, bu işin asıl işin bir parçası ya da yardımcı iş olup olmadığına bakılmaksızın alt işverene vermesi mümkündür. Zira Kanunda bu konuda sınırlayıcı herhangi bir kural bulunmamaktaydı. Bunun sonucunda uygulamada birçok işveren, işyerindeki yardımcı işlerinin yanında asıl işlerinin bir bölümünü de alt işveren işçileri ile yerine getirmeyi tercih etmekte; bu yöntem sayesinde daha ucuz işgücü temin edebilmekte, böylece maliyetlerini düşürebilmekteydiler. İşverenlere sağladığı bu fayda sebebiyle bu uygulama gittikçe daha da fazla yaygınlaşmakta, öyle ki, bazı işlerde aynı üretim bandının bir yanında asıl işveren işçileri diğer yanında alt işveren işçileri aynı işi yapabilmekte, ancak bu işçilerin iş sözleşmesinden doğan hakları çok farklı olmakta, aynı işyerinde aynı işi çok farklı haklara sahip olarak yerine getirmektedirler.

İşte, 4857 sayılı İş Kanunu'nun alt işverene verilecek işler konusundaki hükmü belirtilen bu uygulamalara bir tepki ve bu alandaki boşluğu doldurma amacına yönelik olarak öngörülmüştür⁶³. Bu husus madde gerekçesinde de ifade edilmiştir⁶⁴.

Kanun hükmüne göre, "Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir." (m. 2/6). Hemen görüleceği üzere hüküm alt işverene verilecek işler açısından "asıl iş" ve "yardımcı iş" arasında ayırım yapmaktadır. Gerçekten kanun hükmünde, yardımcı işlerin alt işverene verilmesinde herhangi bir sınırlama öngörülmemiştir. Buna karşılık asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesi "işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş" olması haline özgülenmiştir.

b) Hükmün Kaleme Alınışındaki Sorunlu Yön ve Olması Gereken Düzenleme

Madde metnindeki hükümlerin açıklamasına geçmeden önce tanımdaki düzenlemenin isabetsizliği üzerinde durmanın faydalı olacağı kanaatindeyiz. Gerçekten madde metni bize göre kaleme alınışı itibarıyla sorunludur. Zira kanun koyucunun buradaki amacı, asıl işin madde metninde belirtilen koşullar yokken alt işverene verilmesini sınırlamak ve bu hükme aykırı olarak kurulan ilişkiyi geçersiz saymak suretiyle alt işveren işçilerini asıl işverenin işçisi haline getirmek, böylece onlara, birlikte sorumluluğun da ötesinde daha güçlü bir koruma sağlamaktır. Asıl amaç bu olmasına rağmen asıl işin alt işverene verilebilmesine ilişkin koşul adeta bu ilişkinin kurulabilmesi için gerekli unsur gibi kaleme alınmıştır. Bu da koşula aykırılık taşıyan ilişkilerin asıl işveren alt işveren ilişkisi olarak nitelendirilememesine sebebiyet verecek bir özellik göstermektedir.

63 Güzel, 39; Taşkent, 363. Ancak öğretide Taşkent, bu konuda aşırıya kaçıldığını da belirtmektedir, 363.

64 Madde gerekçesine göre; "1980'li yıllardan sonra ekonomik şartların etkisiyle de olsa alt işverenlere işlerin verilmesinde sayısal artışlar olmuş ve bunun sonucu işçilerin bireysel ve kolektif haklarının sınırlandırılması, kullanılamaz hale getirilmesinin yaygın örneklerinin bulundu-

ğu yargıya intikal eden uyuşmazlıklarla da doğrulanmıştır. Yargıtayın tespitlerinde muvazaalı işlemlerin belirli ölçütlerle açıkça ortaya konulması ve hukuki sonuçları, önemli bir fren oluşturmuşsa da; yüksek mahkemenin görüşleri de dikkate alınarak asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kötüye kullanılmasına fırsat yaratmamak üzere konunun madde hükümleri arasına alınarak düzenlenmesi uygun görülmüştür."

Ekleyelim ki aynı yanılıklı yaklaşım madde gerekçesinde de görülmektedir. Madde gerekçesinde, "Asıl işveren-alt işverenin ilişkisinin tanımı unsurlarıyla birlikte açıklanmış, unsurlarında mevcut esaslar korunmakla beraber, görüş ayrılıklarına sebep olan bir konu da kavram açısından daraltıcı etkiye sahip bir hüküm haline getirilmiştir." denilerek asıl işin alt işverene verilmesine ilişkin koşulun tanımın unsurları arasında yer aldığı dolaylı bir biçimde ifade edilmiştir.

Madde metnindeki ve Gerekçedeki bu yaklaşım yargı kararlarına da yansımış, yargı kararlarında bu koşul bir unsur olarak sayılmıştır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ve Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'ne göre, "Bu tanımlara göre asıl işveren alt işveren ilişkisinin varlığından söz edebilmek için iki ayrı işverenin olması, mal veya hizmet üretimine dair bir işin varlığı, işçilerin sadece asıl işverenden alınan iş kapsamında çalıştırılması ve tarafların muvazaalı bir ilişki içine girmemeleri gerekir."⁶⁵

Bunun gibi öğretide de bu koşul, adeta unsur gibi asıl işverenin alt işveren ilişkisinin kurulma koşulları arasında belirtilmektedir⁶⁶. Tüm bunlar taraflar arasındaki ilişkinin asıl işveren alt işveren ilişkisi olmaması, dolayısıyla salt borçlar hukuku alanında kalan bir ilişki niteliği taşıması ile geçersizlik sebebiyle asıl işveren alt işveren ilişkisinin yaptırıma tabi tutulması gereken haller arasında bir belirsizlik, iç içe geçiş ve karmaşa ortaya çıkarmaktadır.

Kanun koyucunun bu konuda hükmü daha özenli olarak düzenlemesi gerektiğinde şüphe bulunmamaktadır. Bize göre, bu daraltıcı koşulun sistematik olarak kavramın unsurlarının düzen-

lendiği hükümden sonra bu ilişkinin geçerlilik koşulları arasında ayrıca özel olarak düzenlenmesi çok daha isabetli olurdu. Böylece kavramın unsurları ile geçersizlik koşulları birbirinden net sınırlarla ayrılabilirdi.

Asıl işin alt işverene verilmesine ilişkin hükmün kaleme alınışındaki bir başka sorunlu yön de, bu hükme aykırılığın yaptırımının Kanunda açıkça düzenlenmemiş olmasında yatmaktadır. Gerçekten, maddenin 6. fıkrasında asıl işin alt işverene verilebilme koşulu bir unsur gibi düzenlendikten sonra, aynı hükme bu defa muvazaalı asıl işveren alt işveren ilişkisinin ve bunun yaptırımının düzenlendiği 7. fıkra da yer verilmiş; fıkranın son cümlesinde, "İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez." denilmiştir. Ancak bu emredici hükme herhangi bir sonuç bağlanmamış, yaptırıma tabi tutulmamıştır⁶⁷.

Kanunun bu emredici hükmüne aykırılığın bir yaptırımının olması gerektiği ise açıktır. Nitekim öğretide de, hükmün hemen öncesinde yer alan muvazaalı asıl işveren alt işveren ilişkisine bağlanan geçersizlik yaptırımının bu koşula aykırılık halinde de uygulanması gerektiği, bizce de isabetli olarak, belirtilmektedir⁶⁸. Bu yorumun sözü konusu emredici düzenlemeye aykırılığı bir muvazaa hali olarak değerlendirmedikçe de dikkat çekmek gerekir. Gerçekten, daha önce de ifade ettiğimiz gibi, m. 2/7'de özel olarak düzenlenen muvazaa sebebiyle geçersizlikle kanunun emredici hükmüne aykırılık sebebi ile geçersizlik bir-

65 YHGK, 12.7.2023, E. 2022/1260, K. 2023/767; aynı yönde, YHGK, 20.10.2022, E. 2022/9-546, K. 2022/1345; Yarg. 9. HD., 4.10.2022, E. 2022/7875, K. 2022/11093; Yarg. 9. HD., 2.12.2021, E. 2021/11842, K. 2021/16075, kararlar için bkz. (www.kazanci.com). Yargıtay, hem asıl işin Kanundaki koşullar olmaksızın alt işverene verilmesini hem de teknik anlamda muvazaayı, "muvazaa" kavramı içinde değerlendirdiğinden, bu kararlardaki, "muvazaalı bir ilişki içine girmemeyi" hem asıl işin bölünmesi koşuluna aykırılık hem de teknik anlamda muvazaalı ilişki içine girmek biçiminde anlamak gerekir.

66 Dn. 25'de sözü edilen yazarlar.

67 Öğretide bu düzenleme dikkate alındığında kanun koyucunun asıl iş için sınırlama getirdiği, ancak yardımcı iş için bir sınırlama getirmediğinin ortaya çıktığı ifade edilmektedir, *Alpagut*, 18.

68 *Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca*, 137, 139; *Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan*, 41-42; *Güzel*, 62; ayrıca bkz., *Çil*, 13; Öğretide Soyer hükmün muvazaa yaptırımından sonra düzenlenmesinin, kanun koyucunun bu hükme aykırılık halinde alt işveren işçilerini asıl işverenin işçisi saymak istemediğini gösterdiği düşüncesindedir. Yazara göre, hükmü asıl işverenin alt işverene verdiği işlerde kendi işçisini de çalıştırmamasını yasaklayan bir düzenleme olarak değerlendirmek gerekir, *Soyer*, 20.

birine karıştırılmamalıdır⁶⁹.

Şüphesiz olması gereken, konunun sistematik bütünlük içinde, kavramlar ve kurumlar birbirine karıştırılmadan, her bir geçersizlik halinin ayrı ayrı düzenlenmesi ve geçersizlik yaptırımına tabi tutulması ise de kanun metninin yorumunda ve uygulamasında yargı kararları ile bunun net biçimde ortaya konulması da mümkündür. Dolayısıyla yargı kararlarının bu konuda yol gösterici olması, ayırımları net biçimde ortaya koyması yanılığlı değerlendirmeleri ortadan kaldıracaktır.

c) Asıl İşin Alt İşverene Verilmesine İlişkin İşletmenin ve İşin Gereği ile Teknolojik Nedenlerle Uzmanlık Gerektirme Koşulunun Bütünlük Taşıyıp Taşımadığı

Yukarıda da belirtildiği gibi 4857 sayılı İş Kanunu'nda asıl işin alt işverene verilmesi daraltıcı koşula tabi tutulmuştur. Bu düzenlemeye göre, bir işveren işyerinde yürüttüğü asıl işin bir bölümünü ancak bu işin ayrı bir uzmanlığı gerektirmesi halinde alt işverene verebilecektir. Ayrı bir uzmanlık gereksinimi doğuran nedenler ise Kanunda, "işletme ve işin gerekleri ve teknolojik nedenler" olarak öngörülmüştür.

Bu daraltıcı koşula uyma zorunluluğu ancak asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesi halinde söz konusu olacaktır. Zira daha önce de ifade edildiği gibi yardımcı işlerin alt işverene verilmesinde herhangi bir sınırlandırma bulunmamaktadır. Bu durumda öncelikle çözümlenmesi gereken hukuki sorun "asıl iş" kavramından ne anlaşılması gerektiğidir.

Asıl iş kavramı İş Kanunu'nda tanımlanmamıştır. Buna karşılık Alt İşverenlik Yönetmeliği'nde asıl iş "Mal veya hizmet üretiminin esasını oluşturan iş" olarak tanımlanmıştır (m. 3/1, c). Yönetmelikteki tanım çok genel bir ifade içermektedir. Bunu da isabetli bulmak gerekir, zira her işyerine özgü bir asıl iş tanımı yapmak mümkün değildir. Bu nedenle herhangi bir uyumsuzlukta işyerindeki asıl işin, teknik bilirkişiler marifetiyle, her so-

mut olaya göre belirlenmesi gerekir. Bize göre, alt işverene verilen iş dikkate alındığında, bu iş olmadan işyerindeki nihai ürünün ortaya çıkmayacağı ya da çıksa dahi istenilen nitelikte bir üründen söz edilemediği durumda sözü edilen işin asıl işin bir parçası olduğunu kabul etmek gerekir. Öğretide asıl işin alt işverenlere verilmesinin istisna olduğu kabul edilerek tereddütlü durumlarda hükmün dar yorumlanması gerektiği de ifade edilmektedir⁷⁰.

Uygulamada Yargıtay da verdiği kararlarda asıl işin belirlenmesine ilişkin esas alınması gereken ilkeleri ortaya koymaktadır. Yargıtay, işyerindeki asıl iş belirlenirken işveren şirketin ana sözleşmesinde "Faaliyet Alanı" olarak nelerin yer aldığına, bunun yanında işyerinde yapılacak bir keşif marifetiyle işyerindeki mal veya hizmet üretiminin esasını oluşturan işin tespit edilmesi gerektiğini belirtmekte, bu bağlamda konusunda uzman bilirkişiler aracılığıyla asıl işin belirlenmesi gerektiğini kabul etmektedir⁷¹.

Alt işverene verilen işin asıl işin bir parçası olduğu sonucuna ulaşıldığında da, ikinci aşama olarak alt işverene verilen işin, "işin ve işletmenin gerekleri ile teknolojik nedenle uzmanlık gerektiren" bir iş olup olmadığının tespiti gerekmektedir. Ancak fıkra da sözü edilen bu ölçütler son derecede soyuttur ve somut olaylara uygulanmasında sorunlarla karşılaşılacağı kuşkusuzdur.

Uzmanlık, Yönetmelikte, "İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren iş, mal veya hizmet üretiminin zorunlu unsurlarından olan, işin niteliği gereği işletmenin kendi uzmanlığı dışında ayrı bir uzmanlık gerektiren iştir." biçiminde tanımlanmıştır (m. 11/1). Öğretide uzmanlık tanıtın asıl işverenden bu işlerin yapımının beklenemeyeceği farklı teknoloji ve uzmanlığa ihtiyaç duyulması olduğu belirtilmektedir⁷². Bize göre de, her somut olay değerlendirilirken o uz-

70 Canbolat, Temel Kavramlar, 37.

71 Yarg. 22. HD., 2.3.2017, E. 2017/5431, K. 2017/4260, (www.kazanci.com).

72 Canbolat, Temel Kavramlar, 37.

69 Aynı yönde Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, 137.

manlığın işverende olup olmadığı değil, işyerinin amacı dikkate alındığında o uzmanlığın işverenden beklenip beklenemeyeceğinin değerlendirilmesi gerekir.

Öte yandan Kanunun ifadesindeki "ile" sözcüğü de öğretide tartışmalara neden olmuştur. Öğretide bir görüşe göre fıkra da geçen "ile" bağlacı "ve" olarak anlaşılmalıdır⁷³. Buna karşılık öğretide savunulan bir başka görüşe göre, bu sözcüğün "veya" anlamında kabul edilmesi gerekir⁷⁴. Bu konuda bir başka görüş ise, "ile" bağlacının "veya" olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmekte, ancak asıl işin "işletmenin ve işin gereği ile alt işverene bırakılabilmesi" için alt işverene bırakılan işin "işletmenin ve işin gereği olarak uzmanlık gerektiren bir iş olması"nın gerektiğini kabul etmektedir⁷⁵. Öğretide bir başka görüş, asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesinde sadece gerçekçi ekonomik gerekçelere dayandırılmasının yeterli olduğunu, aynı olayda bir de ayrıca uzmanlık ölçütünün aranması gerekmediği yönündedir⁷⁶. Bize göre, madde metninde geçen "ile" bağlacı "ve" olarak anlaşılmalıdır. Aksinin kabulü halinde Kanunda yapılan değişikliğin bir anlamı kalmamaktadır kanaatindeyiz.

Yargıtay da kararlarında "ile" bağlacını "ve" biçiminde kabul etmektedir. Gerçekten Yargıtay'ın 2008 yılından itibaren vermiş olduğu kararlarında "ile" sözcüğünün bir ölçüt bütünlüğü sağladığı

ifade edilmektedir. Yargıtay'a göre, "4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinde asıl işveren alt işveren ilişkisini sınırlandırılması yönünde yasa koyucunun amacından da yola çıkılarak asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesinde "işletmenin ve işin gereği" ile "teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler" ölçütünün bir arada olması gerektiği belirtilmelidir"⁷⁷. Yargıtay bu görüşünü istikrarlı bir biçimde devam ettirmektedir⁷⁸.

3. Asıl İşveren Alt İşveren Arasında Kurulan İlişkinin Muvazaalı Olmaması

A) Muvazaa Kavramı

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin Kanundaki koşullara uygun bir şekilde kurulması halinde de eğer taraflar arasındaki ilişki muvazaalı ise bu ilişki yine Kanuna aykırı olacaktır. Bu nedenle konunun asıl işveren-alt işveren ilişkisinde muvazaa açısından da değerlendirilmesi gerekir.

Bilindiği gibi, muvazaa, iki tarafın iradesi ile beyanları arasında istenerek meydana getirilen bir uygunsuzluk halidir⁷⁹. Muvazaa, bir hukuki ilişkinin (sözleşme) taraflarının üçüncü kişilere karşı bir işlem yapmış olarak görünmelerine (göstermelerine) rağmen gerçekte hiçbir hukuki işlem yapmamak veya dışarıya gösterdiklerinden başka bir işlem yapmak konusunda anlaşmalarını ifade eder⁸⁰.

73 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, 109; Süzek, İş Hukuku, 168-169; Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, 37; Güzel, 48 vd.; Taşkent, 365; Çankaya/Çil, 25; Çil, 16; Göktaş, 98-99.

74 Ekmekçi, Ömer: Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı, Dava Süreci ve Olası Uygulama Sorunları, Mercek, Temmuz 2003, 134; Alpagut, 18-19; Soyer, 19 vd.; Ekonomi, 42 vd.; Tunçoğlu/Centel, 60.

75 Bu görüşe göre; "Uzmanlık gerektiren iş tabirinin teknolojik nedenlerle sınırlı tutulmaması işletmenin ve işin gereği ifadesini de kapsadığı kabul edilmelidir. Aksi halde işletmenin ve işin gereğinin yeterli görülmesi uygulamada Kanunun alt işverenlik hükümlerini dolanma olanağı veren bir yorum olur. Zira "işletmenin ve işin gereği" ya da "işletmenin ve işin gereği" olarak işverene asıl işin bir bölümünü keyfi olarak başka işverene bırakma olanağı verecek kadar subjektif bir kavramdır. Şu halde asıl işin bölünerek bir alt işverene bırakılabilmesinin temel koşulu uzmanlık gerektiren bir iş olmasıdır.", Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, 209.

76 Aydınli, 208.

77 Yarg. 9. HD., 15.12.2009, E. 2008/31954 K. 2009/35494; Yarg. 9 HD., 25.9.2014, E. 2014/18849, K. 2014/28260; Yarg. 22 HD., 7.10.2015, E. 2015/25116, K. 2015/27454; Yarg. 22 HD., 15.12.2014, E. 2014/33112, K. 2014/35567, (www.kazanci.com).

78 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'ne göre, "Alt işverene yardımcı işin verilmesinde bir sınırlama olmasa da, asıl işin bir bölümünün teknolojik uzmanlık gerektirmesi zorunludur. Gerek 4857 Sayılı Kanun'un 2. maddesi gerekse kanun koyucunun asıl işveren alt işveren ilişkisinin sınırlandırılması yönündeki amacından yola çıkılacak olursa asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesinde "işletmenin ve işin gereği" ile "teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren işler" ölçütünün bir arada bulunması şarttır", Yarg. 9. HD., 14.3.2023, E. 2023/2566, K. 2023/3838; aynı yönde, Yarg. 9. HD., 15.6.2022, E. 2022/6641, K. 2022/7773; Yarg. 9. HD., 21.9.2021, E. 2021/6684, K. 2021/12482, kararlar için bkz. (www.kazanci.com).

79 Eren, 394; Antalya/Topuz, 181.

80 Eren, 394; Tekinay, S. Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Ha-

Muvazaa öğretide mutlak muvazaa ve nispi muvazaa olarak ikiye ayrılmaktadır⁸¹. Tarafların gerçekte hiçbir işlem yapmak istemedikleri halde başkalarına karşı sanki bir hukuki işlem yapmış gibi görünmek konusunda anlaşmaları halinde mutlak muvazaa, kendi aralarında yaptıkları gerçek hukuki işlemi görünürdeki işlemin arkasına gizlemek, başka bir deyişle sanki görünürdeki hukuki işlemi yapmış gibi görünmek konusunda anlaşmalarına ise nispi muvazaa denilmektedir⁸².

Mutlak muvazaa halinde yapılan işlem muvazaa sebebiyle kesin geçersizdir⁸³. Nispi muvazaa halinde ise, görünürdeki işlem muvazaa sebebiyle kesin geçersiz iken geçersiz işlemin arkasına gizlenen gizli işlemin geçerli olup olmadığı, söz konusu işlemin geçerlilik şartlarını taşıyıp taşıyamamasına göre belirlenir⁸⁴.

Öte yandan muvazaa yargılama hukuku bakımından itiraz niteliğinde olduğu için, hukuken korunmaya değer bir çıkarı bulunan herkesin muvazaayı ileri sürmesi mümkün olduğu gibi, kimse ileri sürmese de hâkimin muvazaayı re'sen nazara alması gerekir⁸⁵. Ayrıca belirli bir sürenin geçmesi ile muvazaalı işlem geçerlilik de kazanmaz⁸⁶.

Özel hukuka ilişkin olup tüm hukuksal ilişkilerde uygulama alanı bulan muvazaa kavramının iş hukukunda en sık uygulandığı alan ise asıl işveren-alt işveren ilişkisidir. Bunun sebebi de kuş-

kusuz m. 2/7'de oluş biçimine göre bazı asıl işveren alt işveren ilişkisinin açıkça muvazaalı kabul edilmesidir. Gerçekten, anılan maddeye göre, "Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz. Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler."

Madde iki farklı konuyu iç içe düzenlemektedir. İlk olarak, maddede özel olarak yasak hükmüne aykırı olarak kurulan asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı kabul edileceği belirtilmekte; ikinci olarak, eğer asıl işveren-alt işveren ilişkisinde genel olarak muvazaa tespit edilirse bu durumda da söz konusu ilişkinin bu sebeple geçersiz sayılacağı söylenmektedir. Her iki durumda da işçi baştan itibaren asıl işverenin işçisi olarak işlem görecektir. Ancak Kanunda özel olarak muvazaalı olacağı belirtilen hallerden farklı olarak burada yasal karine söz konusu olmadığı için muvazaayı iddia eden işçi ispat etmek zorunda kalacaktır⁸⁷.

Önemle ekleyelim ki, daha önce asıl işverenin işçisi olan biriyle alt işveren ilişkisi kurulması ya da daha önce asıl işverenin işçisinin alt işveren işçisi olarak çalıştırılmak suretiyle haklarının kısıtlanması halinde salt bu sebeple muvazaalı sayılması, bizce de isabetli olarak, öğretide eleştirilmektedir⁸⁸. Gerçekten bizce de somut olayın muvazaa halinin varlığını gösteren olgular içermesi gerekir.

Yargıtay da verdiği kararlarda, Kanundaki yasak kapsamında düzenlenerek muvazaalı sayılacağı kabul edilen halleri, aksi ispatlanabilir kanuni karine kabul etmektedir. Yargıtay'a göre, "Muvazaa Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş olup tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla ve kendi gerçek iradelerine uymayan ve aralarında hüküm ve sonuç meydana getirmesi arzu etmedik-

luk/Altop, Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993, 408; Oğuzman, M. Kemal/Öz, Turgut: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.1, 21. Bası, İstanbul 2023, 133; Antalya/Topuz, 181; Süzek, Sarper: Muvazaalı Alt İşveren İlişkisi, Legal İSGHD, 2010/27, 934; muvazaa kavramına ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Aydınli, 42 vd.; Canbolat, Temel Kavramlar, 39; Aykaç, 367.

81 Eren, 397 vd.; Antalya/Topuz, 181; Aydınli, 57; Aykaç, 367-368.

82 Eren, 398; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 410-411; Oğuzman/Öz, 134; Ayrıca bkz. Antalya/Topuz, 182; Aydınli, 57 vd.; Aykaç, 367-368.

83 Oğuzman/Öz, 135, 180; Antalya/Topuz, 209; Aydınli, 355; Aykaç, 476 vd.; Muvazaalı işleme bağlanan hukuki sonucun yokluk olduğu görüşü için bkz. Eren, 401 vd.

84 Antalya/Topuz, 209; bu konuda açıklamalar için bkz. Oğuzman/Öz, 137.

85 Antalya/Topuz, 183.

86 Antalya/Topuz, 183.

87 Özdemir, 79.

88 Alpagut, 19; Ekmekçi, 67.

leri görünüşte bir anlaşma olarak tanımlanabilir. Üçüncü kişileri aldatmak kastı vardır ve sözleşmedeki gerçek amaç gizlenmektedir. Muvazaanın ispatı genel ispat kurallarına tabidir. Bundan başka 4857 Sayılı Kanun'un 2. maddesinin 7. fıkrasında sözü edilen hususların adi kanuni karine olduğu ve aksinin ispatlanmasının mümkün olduğu kabul edilmelidir.⁸⁹

Yargıtay verdiği kararlarda muvazaaya ilişkin olarak bazı ölçütler belirlemiştir. Aşağıda önce İşK. m. 2/7'de özel olarak düzenlenen haller üzerinde durulacak, ardından genel olarak muvazaa sayılan hallerde Yargıtay'ın belirlediği ölçütler ele alınacaktır.

b) Kanundaki Özel Hükümler Çerçevesinde Muvazaalı Sayılan Haller

aa) Genel Olarak

İş Kanunu'nun 2. maddesinin gerekçesinde, uygulamadaki muvazaalı işlemlere ilişkin Yüksek Mahkemenin görüşleri de dikkate alınarak asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kötüye kullanılmasına fırsat vermeme üzere konunun düzenlenmesinin uygun görüldüğü belirtilmektedir. Gerçekten Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, özellikle kamu kurum ve kuruluşları için, çok sayıda işçi tarafından açılan davalarda alt işverenlerle kurulan ilişkilerin muvazaalı olduğuna karar vermiş ve somut olayda alt işverenlerin işveren vekili konumunda olduklarını kabul etmişti⁹⁰. Yargıtay'ın bu kararları da esas alınarak kurulan bazı asıl işveren alt işveren ilişkileri yasaklanmış, bu yasağa aykırı kurulan ilişkiler de muvazaalı sayılmıştır.

Kanuna göre, "Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz. Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandı-

ğı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler. İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez." (m. 2/7).

Kanundaki bu hükümler, özellikle de daha önce asıl işverenin işçisi olan biriyle daha sonra asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulmasının, gerçekten muvazaalı bir ilişki olup olmadığına ilişkin hiçbir kriter getirilmeden doğrudan muvazaa olarak kabul edilmesi bize göre amacı aşan bir yaptırım olmuştur.

bb) Asıl İşverenin İşçisinin Hakları Kısıtlanmak Suretiyle Alt İşveren Tarafından Çalıştırılmaya Devam Ettirilmesi

Kanuna göre, asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz (m. 2/7, c. 1). Kanundaki bu yasak, 1475 sayılı Kanun döneminde bazı işverenlerin işçilerini daha düşük ücretle alt işverene geçirmek suretiyle üretim maliyetini azaltma çabalarına bir tepki olarak öngörülmüştür⁹¹. Ancak öğretilerde de savunulduğu gibi, bize göre de hüküm bu biçimiyle eleştirilere açık olup iyi niyetli uygulamaları da engeller niteliktedir⁹². Ayrıca, 1475 sayılı Kanun döneminde yargı zaten muvazaalı hallerde asıl işveren alt işveren arasındaki ilişkiyi geçersiz kabul etmekte, asıl işvereni tek ve gerçek işveren saymıştı⁹³. Dolayısıyla kanun hükmü ile ulaşılmak istenen sonuca Yargıtay vermiş olduğu kararlarla zaten ulaşmıştı. Kuşkusuz Kanundaki hüküm ispat açısından işçiye büyük kolaylık sağlamakta⁹⁴, bir kanuni karine öngördüğü için taraflar arasındaki ilişkinin muvazaalı olmadığını işverenin ispatlaması gerekmektedir, ancak biraz önce de ifade edildiği gibi iyiniyetli uygulamaları da engellemektedir. Gerçekten hüküm, özellikle işçi sayısının çok fazla olmadığı, işçinin yeni bir iş, işverenin de işçi bulmakta güçlü-

89 Yarg. 22 HD., 9.10.2017, E. 2017/40259, K. 2017/21244; aynı yönde Yarg. 9 HD., 13.3.2014, E. 2013/12836, K. 2014/8253, www.kazanci.com

90 Yarg. 9 HD., 6.11.2001, E. 2001/14228, K. 2001/17344; aynı yönde Yarg. 9 HD., 6.11.2001, E. 2001/14230, K. 2001/17346, (www.kazanci.com).

91 Güzel, 56; Ekmekçi/Yiğit, 152.

92 Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat/Özkaraca, 132; Ekmekçi, 67; aksi yönde, Süzek, Muvazaalı Alt İşveren İlişkisi, 935.

93 Bkz. dn 90'daki kararlar.

94 Süzek, İş Hukuku, 176-177; Süzek, Muvazaalı Alt İşveren İlişkisi, 935; Aydınllı, 285.

çekebileceği küçük yerleşim yerlerindeki işyerleri açısından daha fazla sorun yaratacak niteliktedir.

Öğretide, bizim de katıldığımız görüşe göre, hükmün adi kanuni karine olarak kabul edilmesi gerekmektedir⁹⁵. Yargıtay da lafzın katı anlatımına rağmen yerleşik kararları ile hükmü adi kanuni karine olarak kabul etmekte⁹⁶, somut olayın özelliğini dikkate alarak taraflar arasındaki ilişkinin muvazaa sebebiyle geçersiz olup olmadığına karar vermektedir⁹⁷.

Madde lafzı dikkate alındığında daha önce asıl işveren işçisi olan bir işçinin alt işveren tarafından işe alınarak asıl işverenin işyerinde çalıştırılmasının yasaklanmadığı, ancak haklarının kısıtlanmasının yasaklandığı anlaşılmaktadır⁹⁸. Hangi durumda işçinin haklarının kısıtlanmış sayılacağı her somut olaya göre belirlenmelidir. Ancak işçinin ücretinde ya da ücret eklerindeki her türlü azalış haklarının kısıtlanması olarak kabul edilecektir. Bunun gibi işçiye sağlanan bazı hakların ortadan kaldırılması, örneğin; servisten yararlanmaması, özel sağlık sigortası hakkının artık olması gibi durumları da bu kapsamda düşünmek gerekir kanaatindeyiz⁹⁹.

Bu konuda değerlendirilmesi gereken bir diğer nokta da asıl işveren işçisinin iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra alt işverence haklarında azalma olacak şekilde çalıştırılmasında bir süre sınırı olup olmadığıdır. Kanunda bu konuda herhangi bir süre öngörülmemiştir. Gerçekten hükmün lafzından daha önce asıl işveren işçisi olan birinin hiçbir zaman alt işverence daha düşük ücretle çalıştırılmayacağı gibi bir anlam çıkmaktadır. Ancak hükmü bu kadar katı yorumlamak gerekir kanaatindeyiz. Normun koruma amacı alt işveren uygulamasının kötüye kullanılmasına engel olmaktır. İşçinin iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra, özellikle de başka işverenler yanında da çalıştıktan sonra, eski asıl işvereninden iş alan bir alt işverence işe alınmasını kötüye kullanma olarak kabul etmek mümkün olmamalıdır. Kaldı ki, aradan uzun zaman geçtikten sonra ücretlerdeki ya da yan haklardaki değişiklikler de işçinin haklarının kısıtlanıp kısıtlanmadığı konusunda belirlemeyi zorlaştıracaktır. Bu nedenle bizce asıl işverenle olan iş sözleşmesi sona erdikten sonra geçen sürenin uzunluğu bu konuda dikkate alınması gereken bir ölçüttür¹⁰⁰. Ancak hükmün, işçinin asıl işverenle iş sözleşmesi bittikten hemen sonra kesintisiz bir şekilde alt işverende çalışmaya başlaması halinde uygulanması gerektiği yönündeki görüşe¹⁰¹ de katılmamaktayız.

Bizce bu konuda her somut olayın özelliği dikkate alınarak sonuca ulaşılması, ihtiyaçların ne kadar bu uygulamayı haklılaştırabildiği ya da haklılaştıramadığının değerlendirilmesi gerekir. Bu noktada işçinin alt işveren tarafından işe alınmasının, asıl işveren alt işveren ilişkisi devam ederken mi gerçekleştiği yoksa daha öncesinde mi işe alındığı, işe alınma ile asıl işveren alt iş-

95 *Eyrenci*, 22; *Süzek*, İş Hukuku, 179; *Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal*, 225; *Eyrenci/Taşkent/ Ulucan/Baskan*, 39; *Özdemir*, 78; *Aydınlı*, 209, dn.157; öğretilerde Çil, yasal düzenlemenin açık olduğunu ve buna aykırılığın asıl işveren alt işveren ilişkisinin varlığını ortadan kaldıracığının düşünülmesi gerektiğini, yasanın bu katı düzenlemesinin yine bir yasa hükmü çerçevesinde esnetilebileceğini, 21.

96 YHGK, 20.10.2022, E. 2022/9-546, K. 2022/1345; aynı yönde Yarg. 9. HD., 25.2.2021, E,2021/161, K. 2021/5154; Yarg. 9. HD., 21.9.2021, E. 2021/6684, K. 2021/12482; Yarg. 22 HD., 4.7.2018, E. 2018/5249, K. 2018/16784, kararlar için bkz. (www.kazanci.com).

97 Yarg. 9. HD., 15.6.2011, E. 2010/3390, K. 2011/18137, Çalışma ve Toplum, 2012/2, 311-313.

98 *Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca*, 132; *Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal*, 226; *Eyrenci*, 21; *Ekmekçi/Yiğit*, 153-154; *Süzek*, Muvazaalı Alt İşveren İlişkisi, 935-936; *Akyiğit*, 72; Bkz. ve karşı *Güzel*, 56-57; *Soyer*, 22; hakların kısıtlanmasından ne anlaşılması gerektiği hakkında bkz. *Çil*, 19-20.

99 Aynı yönde, *Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca*, 133. Öğretilerde *Süzek*, bu durumdaki işçilerin hak kaybına uğrayıp uğramadığı değerlendirilirken sadece işçinin alt işverene devri esnasında doğmuş olan haklarının değil asıl işverene ait işyerinde çalışmış olsalardı gerçekleşecek hakları da göz önünde tutulması demektedir, örneğin toplu iş sözleşmesinden yararlanmasının önüne geçilip

geçilmediğinin dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir, *Süzek*, Muvazaalı Alt İşveren İlişkisi, 936; aynı yönde, *Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal*, 226.

100 *Soyer* de uzun bir süre geçtikten sonra işçilerin işe alınmaları halinde hükmün uygulanamayacağını ifade etmektedir, *Soyer*, 22.

101 *Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal*, 225-226. Öğretilerde *Soyer* de, bu yasağın işçilerin asıl işverene bağlı olarak çalıştıkları süre için geçerli olduğu görüşündedir, *Soyer*, 22.

veren ilişkisi kurulması arasında ne kadar zaman geçtiği gibi ölçütler hep birlikte değerlendirilerek sonuca ulaşılması isabetli olur. Nitekim Yargıtay da bu konuda verdiği kararlarda somut olaya göre sonuca ulaşmaktadır¹⁰².

Yargıtay daha yeni bir kararında, daha önce o fabrikada çalışıp emekli olduktan sonra alt işveren işçisi olarak yine aynı fabrikada ve karardan anlaşıldığı kadarıyla asıl işte çalıştırılan 10 işçinin durumunu, salt bu hükmeye aykırılık sebebi ile muvazaalı kabul etmemiş, Bakanlık müfettişleri tarafından hazırlanan raporda olayda muvazaa olmadığı tespit edilirken mahkemece alınan bilirkişi raporunda muvazaadan söz edilmesi sebebiyle iki rapor arasındaki çelişkinin giderilmesini istemiştir¹⁰³. Somut olayın ayrıntıları farklı bir sonuca ulaşmayı haklı gösteriyorsa, bu durumda karar isabetli bulunabilirse de, olayın oluş biçimi dikkate alındığında karar konu olayda kanunun yasakladığı bir ilişki olduğu açıktır.

Öğretide bir görüşe göre, bu hükümlerle yasaklanmak istenen işçinin çalıştığı işyerinde hakları kısıtlanmak suretiyle daha sonra alt işveren işçisi olarak çalıştırılmasıdır, yoksa işçinin daha önce işverenin başka bir işyerinde çalışmış olması halinde Kanundaki yasak gerçekleşmiş olmaz¹⁰⁴.

cc) Daha Önce Asıl İşverenin İşçisi Olan Kişi ile Alt İşveren İlişkisi Kurulması

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kötüye kullanılmasını önlemek amacıyla¹⁰⁵ Kanuna getirilen düzenlemelerden bir diğeri de, daha önce asıl işverenin işçisi olan bir kimseyle daha sonra alt işveren ilişkisinin kurulamayacağına ilişkin hükümdür (m. 2/7, c. 1). 4857 sayılı Kanun'daki bu

102 Asıl işveren işçisinin alt işveren tarafından daha düşük ücretle işe alınması durumunda asıl işverenin işçisi sayılacağı yönünde, Yarg. 9. HD., 11.7.2005, E. 2005/18822, K. 2005/24469, Legal İSGHD, 2006/9, 273-274; Yarg. 9 HD., 15.5.2006, E. 2006/11741, K. 2006/14066, (www.kazanci.com). Yargıtay'ın bu son kararına göre, "büyük çoğunluğu kendi işçi kadrosundan oluşan ve asıl işverenin birkaç işçisini işe alarak çalıştıran alt işverenin bu tutumu işlemler muvazaalı hale getirmemelidir".

103 Yarg. 9 HD., 25.2.2021, E. 2021/161, K. 2021/5154, (www.kazanci.com).

104 Çil, 22.

105 Bu konudaki açıklamalar için bkz. Güzel, 58-59.

hükümle sadece kötünietli uygulamalar değil, girişim, çalışma ve sözleşme özgürlüğü (AY, m. 48) de engellenmiş olduğu için öğretide eleştirilmektedir¹⁰⁶.

Öğretide bir görüş bu hükmün mutlak emredici olduğu, herhangi bir istisna ve süre sınırlanması içermediği, asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulmak istendiği tarihte asıl işverenin işyerinde çalışmakta olan bir işçi ile alt işveren ilişkisi kurulmasını engellediği gibi; o tarihte bu işyerinde çalışmayan ancak daha önce çalışmış olan bir işçi ile de alt işveren ilişkisi kurulmasını engellediğini ileri sürmektedir¹⁰⁷. Bir başka görüş ise örneğin; 2-3 yıl önce o işyerindeki işinden ayrılıp kendisine iş kuran, o alanda ciddi çalışmalar yapan ve sonrasında da eski işvereninden alt işveren olarak bir iş üstlenen kişi ile kurulan ilişkinin muvazaalı olacağından söz edilemeyeceğini belirtmektedir¹⁰⁸.

Bizce de hükmün koruma amacı dikkate alındığında yıllar önce asıl işveren yanında çalışarak işten ayrılıp alanında tanınır ve tercih edilir hale gelen bir kişi ile kurulan asıl işveren alt işveren ilişkisinin geçersiz sayılmasını gerektiren bir durum yoktur.

c) Genel Olarak Muvazaalı İlişki İçine Girmemiş Olmak

Kanunda, yasak kapsamında düzenlenen ve muvazaalı olarak kabul edileceği belirtilen haller dışında da, "Aksi halde ve genel olarak" denilmek

106 Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat/Özkaraca, 133; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 227; Ekmekçi, 67; Akyiğit, 72-73; Aykaç, 379; Narmanlıoğlu, 129-130; Soyer, 23. Öğretide Narmanlıoğlu, bu hususun mutlak anlam taşımadığı, hükümle halen çalıştırdığı bir işçisini alt işveren olarak gösteren asıl işverenin tasarrufunun engellendiğinin kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir, Narmanlıoğlu, 130.

107 Güzel, 59.

108 Taşkent, 366; öğretide Tunçomağ/Centel de, "daha önce"nin kısa bir zaman aralığı olarak anlaşılması gerektiğini, aksi halde geçmişte işçi olarak çalışmış olan alt işverenlerin hiçbir şekilde eski işyerlerinden iş alamaları tehlikesi ortaya çıkacağını belirtmektedirler, 60; öğretide Çil bu hüküm açısından, eski işçi yeni alt işverenin asıl işverenin geçmişte işçisi olmasının yeterli olduğunu, onun daha önce çalıştığı işyerinde alt işveren sıfatıyla iş üstlenmesinin gerekli olmadığını, işverenin başka herhangi bir işyerinde iş üstlenmesi halinde de muvazaanın gündeme gelebileceğini belirtmektedir, 22.

suretiyle taraflar arasındaki ilişkinin muvazaalı olması halinde kurulan asıl işveren alt işveren ilişkisinin geçersiz sayılacağı belirtilmiştir (m. 2/7).

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ve Yargıtay 9. Hukuk Dairesi önüne gelen uyuşmazlıklarda asıl işveren-alt işveren arasındaki ilişkinin muvazaalı olup olmadığını denetlemekte, geliştirdiği ölçütlerle somut olayda muvazaa olup olmadığını belirlemektedirler.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu verdiği bir kararda muvazaa tespiti için somut olayda incelenmesi gereken hususları şu şekilde ifade etmiştir: *"Tarafların gerçek iradeleri işçi temini olduğu hâlde, bunu bir asıl işveren alt işveren ilişkisi olarak göstermişlerse muvazaalı bir hukuki işlem söz konusudur. Asıl işveren işçilerinin hakları kısıtlanarak alt işveren işçisi olarak çalıştırılması, hangi alt işverenle çalıştıklarını bilmemesi gibi bulgular bu ilişkinin muvazaalı olduğuna işaret eden diğer özelliklerdir.../... Bir alt işveren, bir asıl işverenden sözleşme ile üstlendiği mal veya hizmet üretimi için belirli bir organizasyona, uzmanlığa ve hukuksal bağımsızlığa sahip değilse, kısaca üretim ya da hizmet sunumuna dair ekonomik faaliyetin bağımsız yönetimini üstlenmemişse asıl işveren alt işveren ilişkisinden çok olayda, asıl işverene işçi temini söz konusu olacaktır."*¹⁰⁹ Bu kriterler arasında yer

alan "uzmanlık" koşulunun sağlanmaması, daha önce de ifade ettiğimiz üzere bize göre muvazaa tanımına uymayan, dolayısıyla da muvazaanın tespitinde kullanılacak ölçütler olmamalıdır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, Alt İşverenlik Yönetmeliği'ni esas alarak "kanuna aykırılık" sebebiyle geçersiz olan durumları da, bunlarla gerçekten "muvazaa" sayılacak haller arasında ayırım yapmaksızın bu ölçütleri kullanmaktadır. Bize göre de, bir işverenden iş üstlenen işverenin (alt işverenin) orada kendi organizasyonunu kurması gerekir. Bu açıdan Yargıtay kararını isabetli görmek gerekir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu daha yeni tarihli bir başka kararında yine benzer ölçütlere yer vermiş, *"Alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olup olmadığının belirlenmesinde hukuksal ve ekonomik bağımsızlık ile ayrı bir iş organizasyonuna sahip iki ayrı işverenin bulunup bulunmadığı, alt işveren işçilerinin sadece asıl işverenden alınan iş kapsamında çalıştırılıp çalıştırılmadıkları, alt işverene verilen işin, işyerinde asıl işveren tarafından yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl işin yardımcı işlerinden olup olmadığı, alt işverenin daha önce o işyerinde çalıştırılan bir kişi olup olmadığı, alt işverenin işe uygun yeterli ekipman ile tecrübeye sahip olup olmadığı, istihdam edeceği işçilerin niteliklerinin yapılacak işe uygun olup olmadığı, alt işverene verilen işte asıl işveren adına koordinasyon ve denetimle görevlendirilenlerden başka asıl işverenin işçisinin çalışıp çalışmadığı, yapılan alt işverenlik sözleşmesinin iş hukukunun öngördüğü kamusal yükümlülüklerden kaçınmayı amaçlayıp amaçlamadığı, yapılan alt işverenlik sözleşmesinin işçilerin iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi yahut mevzuattan kaynaklanan bireysel veya kolektif haklarını kısıtlamaya ya da ortadan kaldırmaya yönelik yapıldığı yapılmadığının araştırılması ve irdelenmesi gerekir.../... 20. Bir alt işveren, bir asıl işverenden sözleşme ile üstlendiği mal veya hizmet*

109 YHGK., 20.12.2017, E. 2017/7-2237, K. 2017/2031, (www.kazanci.com). Yargıtay bu kararında Alt İşverenlik Yönetmeliği'ne atıfla, Yönetmelik m. 12/2'de sayıldığı üzere, biri asıl diğeri hukuksal ve ekonomik bağımsızlık ile ayrı bir iş organizasyonuna sahip iki ayrı işverenin bulunup bulunmadığı, alt işveren işçilerinin sadece asıl işverenden alınan iş kapsamında çalıştırılıp çalıştırılmadıkları, alt işverene verilen işin, iş yerinde asıl işveren tarafından yürütülen mal veya hizmet üretimine dair asıl işin, yardımcı işlerinden olup olmadığı, alt işverene verilen işin işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren bir iş olup olmadığı, alt işverenin daha önce o iş yerinde çalıştırılan bir kişi olup olmadığı, alt işverenin işe uygun yeterli ekipman ile tecrübeye sahip olup olmadığı, istihdam edeceği işçilerin niteliklerinin yapılacak işe uygun olup olmadığı, alt işverene verilen işte asıl işveren adına koordinasyon ve denetimle görevlendirilenlerden başka asıl işverenin işçisinin çalışıp çalışmadığı, yapılan alt işverenlik sözleşmesinin iş hukukunun öngördüğü kamusal yükümlülüklerden kaçınmayı amaçlayıp amaçlamadığı, yapılan alt işverenlik sözleşmesinin işçilerin iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi

yahut mevzuattan kaynaklanan bireysel veya kolektif haklarını kısıtlamaya ya da ortadan kaldırmaya yönelik yapıldığı yapılmadığının araştırılması ve irdelenmesi gerektiğini belirtmiştir. Yargıtay pek çok kararında aynı ilkeyi tekrarlamaktadır.

üretimi için belirli bir organizasyona, uzmanlığa ve hukuksal bağımsızlığa sahip değilse kısaca üretim ya da hizmet sunumuna ilişkin ekonomik faaliyetin bağımsız yönetimini üstlenmemişse olayda asıl işveren-alt işveren ilişkisinden çok, asıl işverene işçi temini söz konusu olacaktır.”¹¹⁰ diyerek muvazaa tespitinde dikkate alınması gereken esasları belirlemiştir.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi ise verdiği bir kararda, bizce de isabetli olarak, işçiyi kimin yönettiği, işe alma ve çıkarmada kimin yetkili olduğunun araştırılmasını istemiştir. Yargıtay Kararına göre; “... davacının işyerinde tam olarak ne iş yaptığı, yaptığı işin davalı ... Şirketinin asıl işi mi yoksa yardımcı işi mi olduğu, asıl işi ise uzmanlık gerektirip gerektirmediği, yapılan işin hizmet alım sözleşmesi kapsamında olup olmadığı, davacı ile aynı işi yapan asıl işveren ... Şirketi işçisi bulunup bulunmadığı, hizmet alım sözleşmesinin işçi temini amacı taşıyıp taşımadığı, alt işveren işçilerinin emir ve talimatları kimden aldığı, işçi alma ve çıkarmada kimin yetkili olduğu, alt işveren şirketin davalı ... Şirketi ile arasındaki hizmet alım sözleşmesinin sona ermesinden sonra işyeri kapanmasını gerektirecek çıkışlar yaptığı da dikkate alındığında alt işveren şirketin ekonomik ve hukuki bağımsızlığının bulunup bulunmadığı, davacının çalıştığı işyeri dışında başka bir işyeri ya da davalı ... Şirketi dışında çalıştığı bir şirket, yapmış olduğu bir hizmet alım sözleşmesi ya da aldığı bir ihale olup olmadığı araştırılarak sonucuna göre muvazaa konusunda bir karar verilmelidir.”¹¹¹ Bizce de, alt işveren bir

başka işverenden üstlendiği işte/işyerinde kendisi adına bir organizasyon oluşturuyorsa, işçisini o işyerine gönderip, işçi o işyerinin işvereni/işveren vekilleri tarafından yönetiliyorsa bu durumda tarafların (asıl işveren-alt işverenin) gerçek iradesinin asıl işveren alt işveren ilişkisi kurma değil, işi veren işverenin kendi emir ve talimatı altında çalıştıracağı işçi temin etme olduğunu kabul etmek gerekir.

Bilindiği gibi, işçiden iş sözleşmesi ile üstlendiği işgörmeye edimini yerine getirmeyi talep etme hak ve yetkisi, kural olarak, iş sözleşmesinin tarafı olan işverendedir. İşveren iş sözleşmesinden doğan bu hakkını bizzat kendisi ya da işveren vekilleri aracılığıyla işçiye emir ve talimat vererek kullanır. Dolayısıyla işçiye en üst düzeyde emir ve talimat verme hak ve yetkisi işverendedir. Sözleşmeye aykırılık halinde iş sözleşmesini sona erdirmeye hak ve yetkisi de işverene aittir. Eğer tüm bu yetkileri kâğıt üzerinde işveren olarak görünen kişi değil de başka birisi kullanıyorsa bu durumda gerçek işverenin eylemli olarak bu hak ve yetkileri kullanan kişi olduğu kabul edilir¹¹². Bu nedenle uygulamada iş müfettişleri ve mahkemelerce, muvazaa tespitinde işçinin işe alımında, işten çıkarılmasında, gerekli durumlarda ona izin verilmesinde kimin yetkili olduğu araştırılması bizce de isabetli bir yaklaşımdır. Ancak asıl işverenin alt işveren işçilerine karşı işin görülmesine ilişkin olarak değil de gerekli durumlarda işyeri düzenine ilişkin talimatlar vermesi bu ilişkiyi muvazaalı sayma sebebi olmamalıdır¹¹³. Gerçekten asıl işveren-alt işveren ilişkisinde, her iki işverenin aynı alanı işyeri olarak kullanması ve alt işve-

110 YHGK, 21.6.2023, E. 2023/88, K. 2023/685; aynı yönde YHGK, 5.7.2023, E. 2022/777, K. 2023/724; YHGK, 20.10.2022, E. 2022/9-546, K. 2022/1345, kararlar için bkz. (www.kazanci.com).

111 Yarg. 22. HD., 2.3.2017, E. 2017/5431, K. 2017/4260, (www.kazanci.com). Benzer yöndeki bir başka kararda da Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, “... yapılan iş asli işlerden ise, teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren bir iş olup olmadığı, yardımcı iş ise alt işveren işçilerinin hizmet alım sözleşmesine uygun olarak çalıştırılıp çalıştırılmadığı belirlenmeli, alt işveren işçilerinin davalının kadrolu işçileri ile aynı işi yapıp yapmadığı, yaptırılan iş yönünden alt işveren işçilerine emir ve talimatların kim/kimler tarafından verildiği, araç-gereçlerin nasıl temin edildiği, asıl işverenin gözetim ve denetim yükümlülüğünü aşacak boyutta ve özellikle yüklenici firmanın işverenlik sıfatını ortadan kaldıracak, onu bordro ya da kayden işveren durumuna sokacak

hususların olup olmadığı üzerinde durularak bu hususlar açıklığa kavuşturulmalı ve özellikle de yüklenici şirketin, işyerinde davalı işverenden ayrı ve bağımsız olarak kendine özgü organizasyon yapısı oluşturup oluşturmadığı, hukuki, fiili ve ekonomik bağımsızlığının bulunup bulunmadığı, davalı işverenden başka ticari faaliyetleri bulunup bulunmadığı yani salt davalı işverene hizmet vermek amacıyla hareket edip etmediği, aralarındaki ilişkinin işçi temini niteliğinde kabul edilip edilmeyeceği tespit edilmelidir.” diyerek aynı esası tekrarlamıştır, Yarg. 22 HD., 3.5.2018, E. 2018/3693, K. 2018/10518, (www.kazanci.com).

112 Soyer, 17.

113 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 202; benzer yönde Soyer, 23; Akyiğit, 74.

ren işçisinin uğradığı iş kazasından asıl işverenin de birlikte sorumluluğu dikkate alındığında; asıl işverenin, alt işveren işçisine iş sağlığı ve güvenliği, işyerinin düzeni, gözetimi gibi konularda dürüstlük kuralına uygun bir şekilde genel nitelikte emir ve talimat vermesi ilişkiyi muvazaalı hâle getirmez¹¹⁴.

Her ne kadar yargı kararlarında, iş görme edimini talep hakkı kapsamında asıl işverenin, alt işveren işçilerine emir ve talimat verilmesinde, onların işe alınmalarında ve işten çıkarılmalarında ya da izinli sayılmalarında bir yetkisinin olmadığı dile getirilse de, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2022 yılında verdiği bir kararda asıl işverenin işe alma ve çıkarma yetkisini denetim hakkı kapsamında kabul etmiş ve taraflar arasındaki ilişkiyi muvazaalı saymamıştır¹¹⁵. Yargıtay Kararına konu olayda mahkemenin hükmüne esas aldığı bilirkişi raporunda, davalı işveren idarenin hizmet alım sözleşmesi ve teknik şartnamesindeki hükümler dikkate alınmış ve muvazaa tespitinde bulunulmuştur. Rapordaki tespitlere göre; "Hizmet alım sözleşmelerinde yapılacak işler ile çalıştırılacak personelin vasıfları, personele verilecek kılık ve kıyafete ilişkin hükümler, personelin sigortası ile ilgili alt işverenin yükümlülüğüne ilişkin hükümler, çalıştırılacak personelin iş güvenliği ve sağlığı ile ilgili alt işverenin alması gereken önlemlerle ilgili hükümler, çalıştırılacak personelin sayısına ve niteliğine ilişkin hükümler, personele ödenecek ücrete ilişkin hükümler düzenlenmiştir. Sözleşme bedelinin oluşturulmasında ve fiyat farkı ile ilgili düzenlemelerde personel sayısı ile personele ödenecek ücret kriter olarak alınmıştır. Sözleşmede idareye uygun görülmeyen işçilerin işten çıkarılacağına, idarenin haberi ve onayı olmadan personelin görev yerinin değiştiremeyeceğine, çalışan işçilerin isim ve imzalarının bulunduğu listenin her gün idareye verileceğine, ne kadar ücret ödeneceğine, asıl işverenin işçilerin

işe alınması, çıkarılması, işçilerin görev değişikliği, izinleri, işin görülme yöntemi konularında söz sahibi olduğuna veya alt yüklenici işçilerine karşı kullandığı, iş organizasyonunu davalı asıl işveren karayolları" yapmaktadır. Mahkeme de bilirkişi raporundaki bu tespitleri esas alarak asıl işveren alt işveren arasındaki ilişkiyi muvazaalı saymıştır. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ise, "Asıl işverenin kendi işyerinde çalıştırılan alt işveren işçilerinden müteselsil sorumlu bulunan ve işin yürütümünün sağlıklı olmasından birinci derecede sorumluluğu bulunan kişi olması sebebiyle hizmet alım sözleşmesinde asıl işverene verilen yetkilerin denetleme yetkisi kapsamında kaldığının kabulü gerekir. Bu nedenle salt bu kapsamdaki bir kısım işveren yetkilerinin kullanılması muvazaanın varlığını göstermez.../... Davalı asıl işverenin özellikle kendisine kanun gereği yüklenen yükümlülükler dikkate alındığında sadece yukarıda yer alan denetleme yetkisi kapsamında kalan, emir ve talimatların gerekçe gösterilerek muvazaaya ilişkin tespit yapılması yerinde olmayıp davanın reddi yerine kabulü hatalıdır." diyerek ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur.

Belirtelim ki, ilk derece mahkemesi kararına esas aldığı bilirkişi raporunda belirtilen bazı olgular bizce de muvazaa göstergesi olarak kabul edilmemeli, taraflar arasındaki ilişki salt bu sebeplerle geçersiz sayılmamalıdır. Örneğin; hizmet alım sözleşmelerinde yapılacak işler ile çalıştırılacak personelin sayısına ve niteliğine ilişkin konulacak hükümler, üstlenilen işin gereği gibi yerine getirilip getirilemeyeceğinin tespiti açısından önemlidir ve bu gibi hükümlerin sözleşmelerde yer alması muvazaa tespit sebebi olamaz.

Bunun gibi, alt işveren işçilerinin sosyal sigortası ile ilgili alt işverenin yükümlülüklerine ilişkin hükümlerin sözleşmeye konulması, bu konuda asıl işverenin denetim yetkisine sahip olması, hizmet alım sözleşmesinde o işte çalıştırılacak işçilerle ilgili alınması gerekli iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin hükümlere yer verilmesi asıl işverenin hem 5510 sayılı Kanun uyarınca Kuruma karşı, hem de 4857 sayılı Kanun uyarınca ise işçiye kar-

114 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, 136; Yıldız, Eren: Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinde İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri, İstanbul 2022, 56.

115 Yarg. 9. HD., 30.3.2022, E. 2022/3443, K. 2022/4200, (www.kazanci.com).

şı birlikte sorumlu olmasının bir gereğidir ve bize göre bu gibi hükümler taraflar arasındaki ilişkiyi muvazaalı hale getirmez.

Aynı şekilde, biraz önce de belirtildiği gibi, alt işverence 6331 sayılı Kanun'daki yükümlülüklerle uyulup uyulmadığının denetlenmesi bu kapsamda da alt işverenlik ilişkisi kuran sözleşmeye iş sağlığı ve güvenliği açısından hükümler konulması da mümkündür. Kanaatimizce işyerinin güvenliği dikkate alındığında asıl işverenin haberi olmadan alt işveren işçisinin görev yerinin değiştirilemeyeceğine ilişkin hükümlerde de asıl işverenin korunması gereken bir menfaati bulunmaktadır. Asıl işverenin işyerinde çalıştırılan işçilerin isim ve imzalarının bulunduğu listenin her gün asıl işverene verileceğine ilişkin hüküm de işyerine gelen veya gelmeyen veyahut gelmekle birlikte gün içinde işyerinden ayrılan işçilerden haberdar olmak açısından önemlidir. Tüm bu hükümler asıl işverenin haklı menfaatini koruyan ve denetim hakkı kapsamında görülmesi gereken hükümlerdir.

Buna karşılık asıl işverence uygun görülmeyen işçilerin işten çıkarılacağına, işçilerin işe alınması, işten çıkarılması, işçilerin görev değişiklikleri, izinlerin kullandırılması, işin görülme yöntemi konularında asıl işverenin söz sahibi olduğuna ilişkin hükümler ya da eylemli olarak bu hak ve yetkilerin asıl işveren tarafından kullanılmasını "müteselsil sorumluluğun gerektirdiği bir denetim yetkisi" olarak kabul etmek mümkün değildir¹¹⁶. Ancak Yargıtay yine 2022 yılında verdiği bir başka kararda da, aynı gerekçeleri tekrarlamış ve "Asıl işverenin kendi işyerinde çalıştırılan alt işveren işçilerinden müteselsil sorumlu bulunan ve işin yürütümünün sağlıklı olmasından birinci derecede

sorumluluğu bulunan kişi olması sebebiyle hizmet alım sözleşmesinde asıl işverene verilen yetkilerin denetleme yetkisi kapsamında kaldığının kabulü gerekir. Bu nedenle salt bu kapsamdaki bir kısım işveren yetkilerinin kullanılması muvazaanın varlığını göstermemekle birlikte emsal alınan dosya doğrultusunda da muvazaa kararı verilemez." sonucuna ulaşmıştır¹¹⁷.

Tüm işverenlik yetkilerinin asıl işveren tarafından kullanıldığı bir uyuşmazlıkta, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, "... davacı ... Org. Tic. Ltd. Şti.'nin işyerinde bağımsız bir organizasyonunun bulunmadığı, nerede ihtiyaç olursa işçilerin o bölümde çalıştırıldıkları, asıl işveren işçileriyle vardiyalı çalıştıkları, tüm işverenlik yetkilerinin asıl işveren tarafından kullanıldığı dosya kapsamıyla sabit olmuştur. İhale konusu tüm işler hakkında muvazaa tespiti bu nedenle dosya kapsamına uygundur." diyerek asıl işveren alt işveren işçilerinin vardiyalı biçimde çalışmalarını, bizce de isabetli olarak muvazaa kapsamında saymıştır¹¹⁸.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, bir başka kararında araç ve gereçlerin asıl işverenden alınması halinde bunun bedelli olup olmadığını da muvazaa açısından dikkate almıştır. Yüksek Mahkeme'ye göre, "Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere; davalı ... Müdürlüğünün asıl işi kapsamında ki galeri açma işinin teknolojik uzmanlık gerektirdiği ve ihale alan ... A.Ş'nin bu işi yapabilecek ekonomik bağımsızlığa ve teknolojik kapasiteye sahip olduğu, asıl işverenin araç ve gereçlerini bedelsiz kullanmadığı, asıl işverenin aynı işlerde personel çalıştırmadığı, kontrol ve denetim görevi dışında çalışan işçisi bulunmadığı, emir ve talimatın ... A.Ş. yetkilileri tarafından verildiği, davalı ... A.Ş'nin asıl işverenden ayrı oluşturduğu iş organizasyonu kapsamında işin yürütüldüğü, asıl işverenin denetim dışında söz konusu işe müdahalesinin bulunmadığı, bu nedenle davalılar arasındaki ilişkinin muvazaalı olmadığı ve kanunen geçerli asıl işveren-alt

116 Yarg. 9. HD. 2010 yılında verdiği bir kararda da, "Davalı belediye performansından memnun kalınmadığı gerekçesi ile güvenlik elemanının değiştirilmesinin istenmesi iş güvenliği ve denetim yetkisi kapsamında olağan karşılanmalıdır. Mevcut olgulara göre davalılar arasındaki asıl işveren-alt işveren ilişkisi kanuna uygun ve muvazaaya dayanmadığı halde davalı şirket hakkındaki davanın reddi doğru olmamıştır." diyerek asıl işverenin alt işveren işçisinin değiştirilmesini denetim yetkisi kapsamında saymıştır, Yarg. 9. HD., 12.4.2010, E. 2010/7476, K. 2010/10020, (www.kazanci.com).

117 Yarg. 9. HD., 10.11.2022, E. 2022/11703, K. 2022/14695; aynı yönde, Yarg. 9. HD., 21.9.2022, E. 2022/10589, K. 2022/10159, kararlar için bkz. (www.kazanci.com).

118 Yarg. 9. HD., 22.6.2022, E. 2022/7400, K. 2022/8114, (www.kazanci.com).

işveren ilişkisi bulunduğu kabulü gerekmektedir."¹¹⁹ Bizce alt işverence üstlenilen işin asıl işverene ait araç ve gereçlerle yerine getirilmesi tek başına muvazaa göstergesi değildir. Kararda da belirtildiği gibi, söz konusu araç ve gereçler bir bedel karşılığında kullanılabileceği gibi taraflar hizmet bedelini bu durumu da dikkate alarak belirlemiş olabilirler.

Tüm bu kararların ve açıklamaların da gösterdiği gibi muvazaa olgusu her somut olay özelinde titiz bir değerlendirmeyi gerektirir. Bu nedenle bu konuda her durum ve koşul değerlendirilerek taraflar arasında muvazaalı bir ilişki olup olmadığı ortaya çıkarılmalıdır.

4. Geçersiz Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin Hukuki Yaptırımı: Asıl İşverenin Alt İşveren İşçisinin İşvereni Sayılması

Muvazaalı asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulmasının hukuki yaptırımı İşK. m. 2/7'de öngörülmüştür. Buna göre "Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler." Maddede geçen, "başlangıçtan itibaren" ibaresi asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulduğu ve alt işveren işçisinin asıl işverenin işyerinde çalışmaya başladığı tarihi ifade eder. Dolayısıyla alt işveren işçisi/işçileri bu tarihten itibaren asıl işverenin işçisi olarak işlem görürler.

Alt işveren işçilerinin asıl işveren işçisi sayılmalarının sonucu olarak işçiler, işverenin eşit davranma borcuna dayanarak asıl işverenin işyerinde çalıştıkları dönem için asıl işverenin emsal durumdaki işçilerine verdiği hakları talep edebileceklerdir¹²⁰. Bu durumda işçiye, emsal işçiye ödenen ücret, ikramiye, prim ya da diğer sosyal

hakların ödenmesi gerekeceği gibi işçinin kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, fazla çalışma ücret alacağı, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil ücretleri, yıllık izin alacağı veya boşta geçen süre ücreti, işe başlatmama tazminatı gibi tüm işçilik alacaklarının da emsal işçinin ücreti esas alınarak hesaplanacaktır.

Yargıtay da önüne gelen uyuşmazlıklarda eşitlik ilkesini gözetmekte, işçiye emsal işçiye ödenen hakların sağlanması gerektiğini kabul etmektedir. Yargıtay'a göre, "Davacının davalı işverenin işçisi olduğu, alt işverenle olan ilişkinin muvazaaya dayandığı işe iade davasında kesinleşmiş durumdadır. Bu durumda davacının yaptığı işi ve unvanına göre davalı işverenin diğer işçileri ile aynı ücreti alması gerekir. Muvazaalı alt işverenlik sözleşmelerine dayanılarak ücret konusunda işçiler arasında ayırım yapılması doğru olmaz. Mahkemece bu yönde gerekli araştırmaya gidilmiş değildir. Davacı işçinin fiilen hangi işte çalıştırıldığı belirlenmeli, aynı tarihlerde davalı işverenin diğer işçilerine ödediği ücret ve ekleri belirlenerek davacı işçiye aynı haklar sağlanmalıdır. İşverenin eşit davranma borcunu ihlal ettiği bir durumda işçinin ödenen ücrete itiraz etmemiş olması işveren lehine sonuçlar doğurmaz."¹²¹

Yargıtay'a göre, geçersiz asıl işveren alt işveren ilişkisinde alt işveren işçisine ödenecek fark alacaklar için öncelikle emsal işçinin tespiti gerekir¹²². İşyerinde işçinin emsali bir işçi olmaması

¹¹⁹ Yarg. 9 HD., 7.7.2009, E. 2009/25544, K. 2009/20096, (www.kazanci.com).

¹²⁰ Yargıtay'a göre; "Somut uyuşmazlıkta kesinleşen ... 11. İş Mahkemesi'nin 2015/374 Esas 2016/544 Karar sayılı ilamı ile her ne kadar davalı ile alt işveren şirketler arasındaki ilişkinin muvazaalı olduğu belirlenmiş ise de; davacının talep ettiği ek sosyal yardım, ikramiye ve ücret farkı alacakları tespit edilirken davacıya emsal olarak alınan kadrolu işçinin davacı ile aynı işi yapıp yapmadığı hususu açıklığa kavuşturulmamıştır.../... Mahkemece yapılması gereken öncelikle davalı işyerlerinde davacı ile aynı işi yapan emsal işçi bulunup bulunmadığı araştırılmalı, sendika üyeliği olup olmadığı belirlenmeli, davalı ile aynı işi yapan kadrolu çağrı merkezi çalışanı bulunması halinde ücret farkı, ikramiye ve ek sosyal yardımlar bu emsal işçiye göre belirlenmeli, davacı ile aynı işi yapan işçi olmaması halinde davacının istemlerinin reddine karar verilmelidir.", Yarg. 9. HD., 21.9.2021, E. 2021/6744, K. 2021/12351; Yarg. 9. HD., 7.10.2021, E. 2021/8326, K. 2021/13897, (www.kazanci.com).

¹¹⁹ YHGK, 5.7.2023, E. 2022/777, K. 2023/724, (www.kazanci.com).

¹²⁰ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, 139; Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, 43; Taşkent, 366; Aydınli, 357; Aykaç, 481.

halinde ise, işçi fark ücret talep edemez ancak o işyerinde işçilere ödenen sosyal hakların kendisine de ödenmesini talep edebilir¹²³. İşçinin 6772 sayılı Kanun kapsamına giren bir işverenin işçisi sayılması halinde eşitlik ilkesinin bir gereği olarak ilave tediye ücreti talep hakkı doğacaktır¹²⁴.

Yargıtay'ın önüne gelen uyuşmazlıklardan biri de, geçersiz asıl işveren alt işveren ilişkisi sebebiyle işçinin fark işçilik alacakları yanında aynı zamanda ayrımcılık tazminatı da talep edip edemeyeceğine ilişkindir. Yargıtay'a göre, muvazaalı sebebiyle ayrımcılık İşK. m. 5 hükmünde yer almadığından işçi ayrımcılık tazminatı talep edemez¹²⁵. Bize göre de, muvazaalı asıl işveren alt işveren ilişkisinde işçi yoksun kaldığı hakları isteyebilirse de, salt muvazaalı hali ayrımcılık tazminatı ödenmesini gerektirmez.

O işyerinde uygulanmakta olan bir toplu iş sözleşmesi olması halinde, geçersiz asıl işveren alt işveren ilişkisi uyarınca o işyerinde çalışan alt işveren işçisinin bu toplu iş sözleşmesindeki haklardan yararlanıp yararlanamayacağı uygulamada en fazla uyuşmazlık çıkaran sorunların

başında gelmektedir. Yargıtay verdiği kararlarda, işçinin 6356 sayılı Kanun uyarınca toplu iş sözleşmesinden yararlanma koşullarını gerçekleştirmiş olmasını aramakta, salt geçersiz asıl işveren alt işveren ilişkisi kapsamında o işyerinde çalışmasını toplu iş sözleşmesinden yararlanma açısından yeterli görmemektedir¹²⁶.

Geçersiz asıl işveren alt işveren ilişkisinin bir diğer sonucu da, alt işveren işçilerinin, asıl işverenin işçisi sayılması ve söz konusu işçilerin o işyerinde çalışan işçi sayısına dahil edilmeleridir. Bu durumda, asıl işverenin İş Kanunu'ndan ya da diğer kanunlardan (mevzuattan) kaynaklanan yükümlülükleri bu sayıya göre belirlenecektir¹²⁷. Bunun gibi, söz konusu işçiler toplu iş sözleşmesi yetki tespitinde de asıl işverenin işçi sayısına dahil edileceklerdir.

Nihayet geçersiz asıl işveren alt işveren ilişkisinde alt işveren işçisi olarak görünen işçinin açtığı işe iade davaları da birçok sorunu gündeme getirmektedir. Yargıtay bu durumda işçinin açtığı işe iade davasında işe iade kararının alt işverene değil, asıl işveren olarak görünen gerçek işverenin işine yapılmasını kabul etmekte ancak parasal sonuçlardan her iki işverenin işçiye karşı birlikte sorumlu olacağını belirtmektedir^{128, 129}. Bölge adliye mahkemeleri de, isabetli olarak bu yaklaşımı devam ettirmektedirler¹³⁰.

123 Yargıtay'a göre, "Davalı J... A.Ş.'nin asıl işinde çalıştığından davacının davalı J... A.Ş.'nin işçisi sayılması yerindedir. Yine davacının emsali işçi bulunmadığından fark ücret taleplerinin reddi de doğrudur. Ancak davacı davalı J... A.Ş.'nin işçisi sayıldığına göre bu davalının işçilerine sağladığı ikramiye ve diğer sosyal yardımlardan yararlandırılması gerektiğinden bu hususta işyerindeki uygulamanın araştırılarak sonucuna göre ek hesap raporu da alınarak talepler hakkında bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde reddi yerinde değildir." Yarg. 7. HD., 18.5.2015, E. 2015/3724, K. 2015/9173, (www.kazanci.com).

124 Yarg. 9. HD., 1.11.2023, E. 2023/10306, K. 2023/16447, (www.kazanci.com).

125 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na göre, "Mahkemece hükmedilen eşit işlem borcuna aykırılık tazminatına gerekçe olarak "...Davalı şirket ile davacının çalıştığı bildirilen alt işveren arasındaki ilişkinin muvazaalı olduğu yüksek mahkeme kararıyla da sabittir. Davalı işveren muvazaalı işleme dayalı olarak davacı işçinin, ikramiye, bayram ücreti ve yakacak yardımlarını ödemeyerek, eşitlik ilkesine aykırı davranmış olduğundan 4857 Sayılı yasanın 5.maddesi gereğince, tazminata hükmetmek gerekmiş" denilmiştir. .../... 33. Yukarıda açıklandığı üzere, 4857 Sayılı Kanun'un 5. maddesi ve maddedeki hâllere benzer diğer sebeplere dayalı bir ayırım yapıldığı ileri sürülüp kanıtlanmadığından, muvazaalı sebebiyle ayırım 5. madde kapsamında yer almadığından, eşit işlem borcuna aykırılık tazminatı talebinin reddine karar verilmelidir." YHGK, 16.9.2021, E. 2017/22-3193, K. 2021/1025, (www.kazanci.com).

126 YHGK, 16.3.2022, E. 2021/22-310, K. 2022/331; Yarg. 9 HD., 13.4.2021, E. 2021/3699, K. 2021/8006; Yarg. 22. HD., 27.11.2019, E. 2017/25539, K. 2019/21616, kararlar için bzk.(www.kazanci.com)

127 Tunçomağ/Centel, 61; Aydınli, 356 vd; Aykaç, 481.

128 Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat/Özkaraca, 139; Aydınli, 361.

129 Yarg. 22 HD., 11.9.2018, E. 2018/9334, K. 2018/18189, (www.kazanci.com); Yarg. 9. HD., 26.10.2015, E. 2015/21010, K. 2015/29843, Çalışma ve Toplum D., 2016/2, 923-926.

130 İzmir BAM 9. HD, 6.3.2019, E. 2018/2372 K. 2019/220, (www.lexpera.com). İlgili BAM Dairesine göre, "Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kanuna aykırı olarak kurulması veya muvazaalı dayanması halinde feshin geçersizliğine yönelik verilen karar gerçek işveren hakkında kurulmalı, geçersiz veya muvazaalı dayalı ilişkinin diğer tarafı hakkında sıfat yokluğu sebebiyle davanın reddine karar verilmelidir. Aynı yönde, Ankara BAM 30. HD., 29.12.2020, E. 2020/3832 K. 2020/1164; Ankara BAM 8 HD., 11.11.2020, E. 2020/2481 K. 2020/2612, kararlar için bkz. (www.lexpera.com).

KAYNAKÇA

- Akyiğit, Ercan: İş Hukuku, Güncellenmiş 14. Baskı, Ankara 2022.
- Alpagut, Gülsevil: 4857 Sayılı İş Yasası ile Alt İşveren Kurumundaki Yeni Yapılanma, Yeni İş Yasasının Alt İşveren Kurumuna Bakışı, İNTES, Ankara 2004.
- Antalya, O. Gökhan/Topuz, Murat: Medeni Hukuk, Genişletilmiş 3. Baskı, İstanbul 2017.
- Aydınli, İbrahim: Türk İş Hukukunda Alt İşveren (Taşeron) İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara 2021.
- Aykaç, Hande Bahar: İş Hukukunda Alt İşveren, Ankara 2011.
- Aykaç, Hande Bahar: Alt İşverenlik-Anahtar Teslimi İş Ayırımı, Çimento İşv. D, Mayıs 2015.
- Birben, Erhan: İş Kanunu'nun 2. Maddesindeki Müttesilsil Sorumluluk Bakımından Anahtar Teslimi İnşaat Sözleşmesi Kavramı ve Bu İlişkiye Bağlanan Hukuki Sonuçlar, İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, İstanbul 2017.
- Canbolat, Talat: Türk İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri, İstanbul, 1992.
- Canbolat, Talat: 4857 Sayılı İş Kanununun Temel Kavramlara İlişkin Hükümlerinden Doğan Uygulama Sorunları ve Çözüm Önerileri, 10. Yılında 4857 Sayılı İş Kanunu (Uygulama Sorunları ve Çözüm Önerileri) Sempozyumu, Temmuz 2016, (Temel Kavramlar).
- Çankaya, Osman Güven/ Çil, Şahin: İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara 2006.
- Çelik, Nuri/ Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat/ Özkaraca, Ercüment: İş Hukuku Dersleri, 36. Bası, İstanbul 2023.
- Çil, Şahin: Uygulamaya Yansıyan Yönüyle Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri Sempozyumu, İstanbul 2009.
- Doğan Yenisey, Kübra: İş Hukukunun Emredici Yapısı, İstanbul 2014.
- Ekmekçi, Ömer: İş Kanunu Tasarısının Bazı Hükümleri Üzerine, Çalışma Hayatımızda Yeni Dönem, Türkiye Toprak İşverenleri Sendikası, İstanbul 2002.
- Ekmekçi, Ömer: Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı, Dava Süreci ve Olası Uygulama Sorunları, Mercek, Temmuz 2003.
- Ekmekçi, Ömer/Yiğit, Esra: Bireysel İş Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2022.
- Ekonomi, Münir: Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Vefa Toplantısı, İstanbul 2008.
- Demir, Ender: Asıl İşveren ile Alt İşverenin Müttesilsil Sorumluluğu, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan C. I, İKÜ HFD, Özel Sayı, C. 15, S. 1, Ocak 2016.
- Eren, Fikret: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 24. Baskı, Ankara 2019.
- Eyrenci, Öner: 4857 Sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler, Legal İSGHD, 2004/1.
- Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim/ Başkan, Esra: Bireysel İş Hukuku, 10. Baskı, İstanbul 2020.
- Göktaş, Seracetin: Alt İşverenlik Uygulamasının Önemli Bazı Sorunları, Sicil İHD, Aralık 2008.
- Güzel, Ali: İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Sınırları, Çalışma ve Toplum, 2004/1.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/ Baysal, Ulaş: İş Hukuku, 7. Bası, Ankara 2021.
- Narmanlıoğlu, Ünal: İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, 5. Bası, İstanbul 2014.
- Oğuzman, M. Kemal/Öz, Turgut: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.1, 21. Bası, İstanbul 2023.
- Özdemir, M Erdem: İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları, İstanbul 2006.
- Özkaraca, Ercüment: Asıl İş veya Yardımcı İş Dışındaki Bir İşin Başka Bir İşverene Yaptırılması (Karar İncelemesi), Tekstil İşveren, Hukuk 146, Ekim 2022.
- Soyer, Polat: 4857 Sayılı İş Kanunu Açısından Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve

Sonuçları, Sicil İş Hukuku D, Mart 2006.

- Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993.
- Süzek, Sarper: İş Hukuku, 21. Baskı, İstanbul 2021.
- Süzek, Sarper: Muvazaalı Alt İşveren İlişkisi, Legal İSGHD, 2010/27.
- Taşkent, Savaş: Alt İşveren, Legal İSGHD, S.2, 2004.
- Tunçomağ, Kenan/Centel, Tankut: İş Hukukunun Esasları, 9. Bası, İstanbul 2018.
- Yıldız, Eren: Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinde İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri, İstanbul 2022.

Araştırma Makalesi
Sicil, 2023/II Sayı 50: 43-73
Makale Gönderim Tarihi: 3 Aralık 2023
Makale Kabul Tarihi: 11 Aralık 2023

-Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararından Sonra- Yeni Yargı Kararları Çerçevesinde Toplu İş Sözleşmesinden Dayanışma Aidatı Ödeyerek Yürürlük Tarihinden İtibaren Yararlanma

Öz

Bu çalışmada Anayasa Mahkemesi'nin, 6356 sayılı Kanun'un dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanmaya ilişkin iptal kararının ardından verilen yargı kararlarından hareketle, dayanışma aidatı ödeyerek geriye etkili hükümlerden yararlan-

ma konusu ele alınmıştır. Konunun ayrılmaz bir parçası olarak, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin geriye etkili hükümlerden yararlanmaya dair görüş değişikliği ve konuya ilişkin Kamu Denetçiliği Kurumu Kararı da değerlendirilmiştir.

Anahtar Sözcükler:

Dayanışma aidatı, toplu iş sözleşmesinden yararlanma, toplu iş sözleşmesinin geriye etkisi.

-After The Constitutional Court's Annulment Decision- Benefitting From The Retroactive Provisions Of Collective Labour Agreement By Paying Solidarity Due In Light Of The New Judicial Decisions

Abstract

Following the Constitutional Court's annulment decision of the regulation of the Law numbered 6356 on benefitting from the collective labour agreement by paying solidarity due, it has been a matter of debate whether the retroactive provisions can be benefitted from through solidarity due. In this study, in light of the judicial decisions following

the annulment decision, the issue of benefitting from the retroactive provisions through solidarity due is addressed. As an integral part of the issue, the conversion of opinion of the 9th Civil Chamber of the Supreme Court regarding benefitting from retroactive provisions and the decision of the Ombudsman Institution on the issue are also examined.

Keywords:

Solidarity due, benefitting from the collective labour agreement, retroactivity of the collective labour agreement.

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, o.ekmekci@istanbul.edu.tr, ORCID: 0000-0003-3658-5744.

** Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, yigit@tau.edu.tr, ORCID: 0000-0002-8312-7941.

I. Giriş

Toplu iş sözleşmesinin tarafı işçi sendikasına üye olmayanların dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinin imza tarihi ile yürürlük tarihi arası için getirilen haklardan, başka bir anlamıyla geriye etkili kılınan hükümlerden yararlanıp yararlanamayacağı konusu, 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nda olduğu gibi, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda da çeşitli tartışmaları içeren bir konu olmuştur.

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun "**Toplu İş Sözleşmesinden yararlanma**" başlıklı 39'uncu maddesinin 4'üncü fıkrası -iptal edilen dördüncü cümlesiyle birlikte- şu şekildedir:

*"Toplu iş sözleşmesinin imzası sırasında taraf işçi sendikasına üye olmayanlar, sonradan işyerine girip de üye olmayanlar veya imza tarihinde taraf işçi sendikasına üye olup da ayrılanlar veya çıkarılanların toplu iş sözleşmesinden yararlanabilmele- ri, toplu iş sözleşmesinin tarafı olan işçi sendikası- na dayanışma aidatı ödemelerine bağlıdır. Bunun için işçi sendikasının onayı aranmaz. Dayanışma aidatı ödemek suretiyle toplu iş sözleşmesinden yararlanma, talep tarihinden geçerlidir. **İmza ta- rihinden önceki talepler imza tarihi itibarıyla hüküm doğurur.**" (İptal dördüncü cümle: Anayasa Mahkemesinin 30/12/2020 tarihli ve E.:2020/57; K.:2020/83 sayılı Kararı ile)*

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun getirdiği Anayasa'ya aykırı düzenleme, bu Kanun yürürlüğe girdikten sekiz yıl sonra gelen Anayasa Mahkemesi'nin md. 39/4'üncü fıkrasının son cümlesini iptal eden kararı ve kanun koyucunun iptal kararına uygun bir yasal düzenleme yapmamış olması, bu konudaki tartışmaların giderek artmasına neden olmuştur.

Aşağıda yer verilen yargı kararları, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından sonra dayanışma aidatı ödeyenlerin toplu iş sözleşmesinin yürürlük tarihinden itibaren yararlanıp yararlanamayacağına ilişkin bulabildiğimiz ilk kararlardır.

Kararlara konu olayda davacı işçi bir yandan,

toplu iş sözleşmesinden yürürlük tarihinden itibaren yararlandırılmadığı iddiasıyla fark alacak talebinde bulunurken, diğer yandan yararlandırılmamasının sendikal ayırım oluşturduğunu ileri sürerek sendikal tazminat talebinde bulunmuştur.

İlginç olan; iptal kararından sonra bir kamu kurumunda çalışan bir işçi, geriye etkili kılınan hükümlerden yararlandırılmaması üzerine fark alacaklarının ödenmesi için Kamu Denetçiliği Kurumu'na başvurmuş ve esasen idari işlemlere karşı yapılan başvuruları incelemekle görevli olan Kamu Denetçiliği Kurumu bir özel hukuk uyuşmazlığına ilişkin karar vermiştir.

Bunun gibi Kamu Denetçiliği Kurumu'na başvuran işçiyle aynı kişi olup olmadığını tespit edemediğimiz bir işçi, toplu iş sözleşmesinden geriye doğru yararlandırılmamasının sendikal ayırım oluşturduğu iddiasıyla Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'na başvurmuştur. Yani her iki iddiayı da incelemekle görevli ve yetkili iş yargısının dışında diğer bazı kurumlar da konuya müdahil olmuştur.

Bu arada Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, toplu iş sözleşmesinin tarafı işçi sendikasına üye olanların geriye etkili kılınan hükümlerden yararlanma koşullarına ilişkin çok uzun yıllardır sürdürdüğü görüşünü çok yeni bir kararla değiştirmiştir. Gerçekten; 9. Hukuk Dairesi 6356 sayılı Kanun md. 39'un lafzına bağlı kalarak, taraf sendikaya üye olanların geriye etkili kılınan hükümlerden yürürlük tarihinden itibaren yararlanabilmesi için, imza tarihinde üyelik koşulunun yeterli olduğu, imza tarihi ile yürürlük tarihi arasında üye olmanın gerekli olmadığı görüşünde iken, öğretide ileri sürülen aksi görüşü benimseyerek, imza tarihi ile yürürlük tarihi arasında da taraf sendikaya üyeliğin var olması gerektiği yolunda karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi md. 39/4. fıkrasının son cümlesini, toplu iş sözleşmesinin tarafı sendikaya üye olanlarla dayanışma aidatı ödeyerek yararlananlar arasında olması gereken eşitliği bozduğu gerekçesiyle iptal etmiştir. Aşağıda Yargıtay 9. HD'nin bu görüş değişikliğinin Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından sonra ortaya çı-

kan duruma olumlu etkisine değinilmiştir.

Bu çalışmanın konusu esas itibariyle, dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanma müessesesini tüm yönleriyle ele almak olmayıp, münhasıran Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının ortaya çıkardığı durumun değerlendirilmesidir. Müesseseye ilişkin açıklamalara sadece iptal kararına ilişkin bir değerlendirme yapabilmek için ve iptalden sonra ortaya çıkan sorunları açıklayabilmek için gerekli olduğu ölçüde değinilmiştir.

II. Olayın Gelişimi ve Yargı Kararları

1) Aşağıda yer verilen yargı kararlarına konu olayda; 11.08.2021 tarihinde imzalanan Kamu Toplu İş Sözleşmeleri Çerçeve Anlaşma Protokolüne uygun olarak davalı Üniversite adına kamu işveren sendikası ile yetkili işçi sendikası arasında 27.08.2021 tarihinde toplu iş sözleşmesi imzalanmış ve yürürlük süresi 01.04.2021-31.03.2023 olarak belirlenmiştir.

2) Davalı Üniversiteye bağlı Hastanede çalışan davacı, toplu iş sözleşmesinin imzalandığı 27.08.2021 tarihinden yaklaşık beş ay önce 12.04.2021 günü verdiği dilekçeyle, ileride imzalanacak olan toplu iş sözleşmesinden dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma talebinde bulunmuştur.

3) Davacı işçinin bu talebi işverence reddedilmiş, yani davacı yürürlük tarihinden itibaren toplu iş sözleşmesinden yararlandırılmamıştır.

Bunun üzerine davacı 01.04.2021 yürürlük tarihi ile imza tarihi arası için yapılmayan ücret artışlarından yararlanmak için fark alacak talebiyle dava açmış ayrıca (diğer işçilik alacak taleplerinin yanında) toplu iş sözleşmesinin geriye etkili kılınan haklarından yararlandırılmamasının sendikal ayırım olduğunu ileri sürerek sendikal tazminat talebinde bulunmuştur.

4) Elâzığ İş Mahkemesi aşağıda özeti verilen kararında;

(i) Dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleş-

mesinden yararlanmak açısından, işçinin hiçbir sendikaya üye olmaması ile taraf sendikaya üye olması veya başka sendikaya üye olması arasında bir fark bulunmadığı,

(ii) Dayanışma aidatı ödemek suretiyle toplu iş sözleşmesinden yararlanmanın talep tarihinden itibaren geçerli olduğu,

(iii) 12.04.2021 tarihinde dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma talebinde bulunan davacının yürürlük tarihi olan 01.04.2021 tarihinden itibaren yararlanabileceği,

yolunda hüküm kurmuştur.

İş mahkemesi kararında ayrıca,

(iv) Davacıdan daha önce dayanışma aidatı kesilmemiş olmasının durumu değiştirmeyeceği,

(v) Davacıdan dayanışma aidatı kesilmesi ve işçi sendikasına gönderilmesinin işverenin sorumluluğunda olduğu, yani davacıdan daha önce dayanışma aidatı kesilmemiş olmasının yürürlük tarihinden itibaren yararlanmaya engel oluşturmayacağı,

ifade edilmiştir.

Belirtelim ki, iş mahkemesinin yukarıda belirtilen sonuca varırken Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından hiç söz etmemiş olması ilginç olmuştur.

Elâzığ İş Mahkemesi kararının ilgili kısmı şu şekildedir:

"...Davacının bir kısmı dava dışı şirkette çalıştıktan sonra 01.04.2018 tarihinde 1039064.23 nolu (...) Hastanesi isimli işyerinden girişinin verildiği ve halen çalışmasına devam ettiği görülmüştür.

Davacının Türkiye Sağlık İşçileri Sendikasına üye olmadığı, davacının tarihsiz dilekçesiyle, (...) Sendikası (...) ile (...) Sendikası arasında bağitlanacak olan Toplu İş Sözleşmesinden doğan hak ve alacaklardan Toplu İş Sözleşmesinin yürürlük tarihi itibarı ile 6356 sayılı yasanın 39. maddesi uyarınca dayanışma aidatı ödeyerek yararlanmak istediğinin belirtildiği, davalı (...) Rektörlüğü tarafından sadece 01.04.2021 tarihinde veya daha önce dayanışma aidatı dilekçesi verenlerin toplu iş sözleşmesinin tüm hükümlerinden yararlanabi-

leceği gerekçesiyle davacının başvurusunun reddedildiği görülmüştür.

Dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanmak için öncelikle toplu iş sözleşmesi kapsamındaki işyerinde çalışan fakat sözleşme tarafı işçi sendikasına üye olmayan işçi olmak gerekir. Dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanmak açısından işçinin hiçbir sendikaya olmaması ile taraf sendikaya üye olması veya başka sendikaya üye olması arasında fark bulunmamaktadır. Dayanışma aidatı ödemek suretiyle toplu iş sözleşmesinden yararlanma talep tarihinden itibaren geçerlidir. Nisbi emredici nitelikteki hükümlerin üzerine toplu iş sözleşmesi ile işçi lehine düzenleme yapılabilir. Davacının ücretinden dayanışma aidatı kesmek ve taraf olan sendikanın hesabına yatırmak tamamen davalı işverenin sorumluluğunda olduğundan ve davacıya başka bir yükümlülük yüklenmesi de mümkün bulunmadığından davacının talep tarihine göre, davalı işyerinde yürürlükte olan TİS'den yararlandırılması zorunludur.

Dosya kapsamına göre, davalı (...) adına (...) Sendikası (...) ile (...) Sendikası arasında 27/08/2021 tarihinde toplu iş sözleşmesi imzalandığı, davacının dayanışma aidatı ödemek suretiyle toplu iş sözleşmesinden yararlanmak için başvuruda bulunduğu, dayanışma aidatı ödemek suretiyle toplu iş sözleşmesinden yararlanmanın talep tarihinden itibaren geçerli olacağı, davacının talebine göre talep tarihinden itibaren davalı (...) adına (...) Sendikası (...) ile (...) Sendikası arasında 27/08/2021 tarihinde imzalanan (01/04/2021-31/03/2023 tarihleri arası için) İşletme Toplu İş Sözleşmesi hükümlerinden yararlanması gerektiği değerlendirilmiştir..." (Elâzığ İş Mahkemesi 20.02.2023-2021/988-2023/116).

5) Kararın davalı işverence istinaf edilmesi üzerine Bölge Adliye Mahkemesi,

(i) Davacının yürürlük başlangıç tarihinden sonra ancak imza tarihinden önce verdiği dilekçeyle dayanışma aidatı ödeyerek yararlanmak istediğini işverene bildirdiği,

(ii) 6356 md. 39/4'te yer alan imza tarihinden önceki taleplerin imza tarihi itibarıyla hüküm do-

ğuracağı yolundaki ibarenin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edildiği,

(iii) Dolayısıyla işçi tarafından imza tarihinden önce toplu iş sözleşmesinden dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma talebinde bulunulması halinde toplu iş sözleşmesinin yürürlük tarihinden itibaren toplu iş sözleşmesi ile getirilen haklardan yararlandırılması gerektiği

şeklindeki değerlendirmesi ile istinaf dilekçesinin esastan reddine karar vermiştir.

Bölge Adliye Mahkemesi kararının ilgili kısmı şu şekildedir:

"...Somut uyuşmazlıkta davalı Üniversite adına (...) İşveren Sendikası ile (...) Sendikası arasında 27/08/2021 tarihinde toplu iş sözleşmesi imzalanmıştır. Söz konusu toplu iş sözleşmesinde yürürlük tarihi 01/04.2021-31/03/2021 olarak belirlenmiştir. Davacı toplu iş sözleşmesi tarafı sendikaya üye olmamakla birlikte 12/04/2021 tarihinde dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanmak isteğini içeren dilekçe vermiştir. 6356 sayılı Kanun'un 39. maddesinin 4. fıkrasının 4. cümlesinde "İmza tarihinden önceki talepler imza tarihi itibarıyla hüküm doğurur" şeklinde yer alan ibare Anayasa Mahkemesi'nin 30/12/2020 tarih, 2020/57 esas 2020/83 sayılı kararı ile iptal edilmiştir (03/03/2021 tarihli 31412 sayılı Resmi Gazete). Dolayısı ile toplu iş sözleşmesinin imza tarihinden önce işçi tarafından dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanma talep edilmesi halinde, toplu iş sözleşmesinin yürürlük tarihi gözetilerek talep tarihinden itibaren toplu iş sözleşmesi hükümlerinden işçinin yararlandırılması gerekmektedir. Nitekim hükme esas bilirkişi raporunda ücret farkına dayalı fark alacaklar usulünce hesaplanmış, sendikal tazminata da hükmedilmemiştir.

Bu açıklamalar kapsamında 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 355. maddesi uyarınca istinaf sebepleriyle sınırlı olarak ve resen kamu düzeni yönünden yapılan inceleme sonucu, ilk derece mahkemesinin vakia ve hukuki değerlendirmesinde usul ve esas yönünden yasaya aykırılık bulunmadığı kanaatine varılarak davalı vekilinin istinaf başvurusunun esastan reddine karar vermek gerek-

miştir..." (Diyarbakır BAM 8HD., 04.05.2023-743/586).

6) Kararının temyizi üzerine Yargıtay Doku-zuncu Hukuk Dairesi, Bölge Adliye Mahkemesi kararındaki ret gerekçelerini usul ve kanuna uygun görüp kararı onamıştır (Y9HD., 06.07.2023-11765/11070).

III. Değerlendirme

Anayasa Mahkemesi'nin 6356 sayılı Kanun'un md. 39/4 son cümlesini iptal kararı, dayanışma aidatı ödeyenlerin toplu iş sözleşmesinin geriye etkili kılınan hükümlerinden yararlanıp yararlanamayacağı veya hangi tarihten itibaren yararlanacağı konusunda önemli tartışmaların ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir.

Kuşkusuz bu konuda en merak edilen, yargının ne şekilde yorum yapacağı idi. Yukarıda yer verilen iş mahkemesi, istinaf ve Yargıtay kararı konuya ilişkin olarak ilk bulabildiğimiz kararlardır. Bu kararlar; daha önce bu konuda ileri sürülen öğretiy görüşleriyle uyumlu olduğu gibi¹, iptalden sonra ileri sürülen görüşlerle de uyumludur.

Gelinen noktayı daha iyi ortaya koyabilmek için, dayanışma aidatı kavramına ve konunun geçirdiği aşamalara kısaca değinilmesi uygun görülmüştür. Şöyle ki;

1) Olumlu/Olumsuz Sendika Özgürlüğü

Bilindiği üzere; Anayasa'nın md. 51/1'inci fıkrası;

"Çalışanlar ve işverenler, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatleri korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten çekilme haklarına sahiptir. Hiç kimse bir sendikaya üye olmaya ve üyelikten ayrılmaya zorlanamaz."

hükümünü amirdir.

Gerek öğretiy ve gerekse yargı kararlarıyla kabul edildiği üzere; Anayasa md. 51/1'de hem olumlu ve olumsuz bireysel sendika özgürlüğü, hem de kolektif sendika özgürlüğü teminat altına alınmıştır.

Bu hüküm kanun koyucuya, bireysel ve kolektif sendika özgürlüğünün gerçekleşmesi için gerekli yasal düzenlemeleri yapma ve bu özgürlüklere aykırı düzenlemelerden kaçınma yükümü getirmektedir.

Buna uygun olarak 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 17'nci maddesinde, sendikaya üye olmanın serbest olduğu, hiç kimsenin sendikaya üye olmaya veya olmaya zorlanamayacağı, yani bireysel düzeyde olumlu ve olumsuz sendika özgürlüğü yasal düzenlemeye kavuşturulmuştur.

Ayrıca 6356 sayılı Kanun'un "Sendika özgürlüğünün güvencesi" başlıklı 25'inci maddesinde, olumlu ve olumsuz sendika özgürlüğüne aykırı eylem ve işlemler sendikal tazminat yaptırımına bağlanmıştır.

Bunun gibi, yine 6356 sayılı Kanun'da sendikaların serbestçe kurulabilecekleri (md. 3/1), tüzüklerini serbestçe oluşturabilecekleri (md. 7-8) ve tüzüklerinde yer alan konularda serbestçe faaliyette bulunabilecekleri (md. 26/1) düzenlenerek, kolektif sendika özgürlüğünün gerçekleştirilebilmesine dair temel esaslara yer verilmiştir.

Yine bu doğrultuda olmak üzere, bireysel ve kolektif sendika özgürlüğüne aykırı fiiller Türk Ceza Kanunu'nun 118'inci maddesinde hapis cezası yaptırımına bağlanmıştır.

Tüm bu düzenlemelerden hareketle; hukukumuzda çalışanların sendikaya üye olma, üye olacağı sendikayı seçme, hiçbir sendikaya üye olmama, üye olduğu sendikadan ayrılma özgürlüğü eşit ve birbiriyle aynı değerde olacak şekilde anayasal ve yasal düzenlemeye kavuşturulmuştur, denilebilir. Anayasa'nın 51'inci maddesi bu şekilde olduğu sürece, kanun koyucunun yapacağı ve çalışanın sadece belirli bir sendikaya üye olmaya zorlanması sonucunu doğuracak bir düzenleme Anayasa'ya aykırı olacaktır. Nitekim Anayasa

1 Ömer Ekmekçi, Toplu İş Hukuku (Toplu İş Hukuku), 5. Bası, İstanbul 2023, s. 435 vd; aynı yazar, Toplu İş Sözleşmesiyle Düzenleme Yetkisi (Düzenleme Yetkisi), İstanbul 1996, s. 163.

Mahkemesi de aşağıda ayrıntılı olarak değinilen iptal kararında bu noktadan hareket etmiştir.

Hukukumuzdaki toplu iş sözleşmesinden yararlanma sistemi de olumlu ve olumsuz sendika özgürlüğü ile kolektif sendika özgürlüğü ilişkisinin içerdiği tartışmaların odağında yer almaktadır.

6356 sayılı Kanun'da toplu iş sözleşmesinin getirdiği haklardan yararlanma;

(i) Toplu iş sözleşmesinin tarafı işçi sendikasına üye olmak suretiyle,

(ii) Taraf işçi sendikasına üye olmayanlar için dayanışma aidatı ödeyerek ve

(iii) Taraf işçi sendikasının, kendisine üye olmayanların yararlanmasına izin vermesiyle

mümkündür.

Türk Hukuku'nda işverenin, toplu iş sözleşmesinin kapsamına giren işçilere, yukarıda belirtilen hallerden toplu iş sözleşmesindeki hakları uygulama serbestisi kural olarak yoktur². Ülkemizde hiçbir işçi sendikasının, kendisine üye olmayanlara toplu iş sözleşmesinin getirdiği hakların uygulanmasına rıza göstermeyeceği gözetildiğinde, toplu iş sözleşmesinden yararlanmak için ya taraf işçi sendikasına üye olmak ya da dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma talebinde bulunmak zorunludur.

Kuşkusuz, toplu iş sözleşmesi yetkisi alabilmenin üye sayısına bağlı olduğu hukukumuzda, işçi sendikalarının, toplu iş sözleşmesinden yararlanmanın tek yolunun taraf sendikaya üye olmak olduğunu istemeleri son derece doğaldır, ancak hukuki değildir. Nitekim; Anayasa'da sendika seçme özgürlüğü ve hiçbir sendikaya üye olmama özgürlüğü mevcut olduğu sürece, kanun koyucunun taraf sendikaya üye olanlarla üye olmayanlar arasındaki eşitliği bozan her türlü tasarrufu Anayasa'ya aykırı olacaktır.

2) Sendika Özgürlüğü ve Dayanışma Aidatı İlişkisi

Bu noktada dayanışma aidatı kurumunun sendika özgürlüğüyle ilişkisine değinmek gerekmiş-

tir. Şöyle ki;

6356 sayılı Kanun md. 39/4 uyarınca, toplu iş sözleşmesinin tarafı sendikanın üyesi olmayan işçilerin toplu iş sözleşmesinden yararlanmaları dayanışma aidatı ödemelerine bağlıdır. Dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanma, toplu iş sözleşmesinin uygulandığı işyerinde çalışan ancak taraf sendikaya üye olmayan işçilere tanınmış bir haktır.

Dayanışma aidatı kurumu, bireysel olumlu/olumsuz sendika özgürlüğü ile kolektif sendika özgürlüğünün (sendikanın korunması düşüncesinin) kesiştiği noktada yer almaktadır. İşçilerin sendikaya üye olmalarının ve sendikanın toplu iş sözleşmesi yetkisini elde etme mücadelesinin ağırlıklı amacı, daha iyi parasal haklara ve çalışma koşullarına sahip olmaktadır. Nitekim işçiler, iş sözleşmesiyle elde edemedikleri ücret ve diğer çalışma koşullarına genellikle toplu iş sözleşmeleri ile kavuşmaktadır. Bu nedenle, toplu iş sözleşmesinin getirdiği üstün haklardan yararlanmak, işçiler için tercih edilen bir durum olmaktadır.

Belirtelim ki; ülkemizdeki toplu iş sözleşmesinden yararlanma sistemi, bazı ülkelerin hukuk sistemlerinin aksine, işyerinde çalışan ve sendikaya üye olan/olmayan tüm işçilerin, hiçbir koşula tabi olmaksızın, toplu iş sözleşmesinden yararlandıkları bir sistem değildir.

Bu sistemlerden hangisinin daha isabetli olduğu yolunda bir tartışmaya da gerek yoktur. Çünkü tercih edilen sistem tamamen; ülkedeki endüstri ilişkilerinin tarihi gelişimi, sendikal örgütlenme bilinci, sendikaların faaliyetlerinin kapsamı, işverenlerin sendikal örgütlenmeye bakış açısı ve benzeri pek çok değişkene bağlıdır.

Toplu iş sözleşmesinden yararlanma ile sözleşmenin tarafı sendikaya üyelik arasında bir ilişkinin kurulmadığı, yapılan toplu iş sözleşmesinin işyerinde çalışan sendikalı/sendikasız tüm işçilere uygulanmasının mümkün olduğu sistemlerde, işçi sendikalarının cazibelerini sürdürebilmeleri; sendika bilincinin artması ve sendikaların toplu iş sözleşmesi yapmak dışındaki faaliyet yelpazelerini genişletmelerıyla doğru orantılıdır. Ancak,

2 Ekmeççi, Toplu İş Hukuku, 463 vd.

işçi sendikalarının en önemli faaliyetlerinin toplu iş sözleşmesi bağlatmak olduğu ülkelerde, üye kazanmanın neredeyse tek yolu sözleşmeden yararlanma imkânı olmaktadır.

Böyle bir yapıya sahip olduğu söylenebilecek olan ülkemizde, işyerindeki sendikalı/sendikasız tüm işçilerin toplu iş sözleşmesinden yararlanmalarını öngören bir sistemin, işçi sendikası üyeliğinin çekiciliğini azaltacağı ve giderek, sendikaların varlıklarının korunması konusunda olumsuz sonuçlar doğurabileceği bir gerçektir.

Öte yandan, toplu iş sözleşmesinin sendikalı/sendikasız tüm işçilere uygulandığı sistemin adil olmadığı, sözleşmenin tarafı işçi sendikasına üye olan işçilerin ödedikleri üyelik aidatı ile toplu iş sözleşmesi yapılmasının beraberinde getirdiği diğer birtakım külfetlere katlanmalarına karşılık, sendika üyesi olmayanların hiçbir külfete katlanmadan aynı olanağa sahip olmalarının eşitliğe ve adalete uygun olmadığı genel olarak kabul edilmektedir.

Bu nedenle, işçi sendikalarının çoğunlukla, üyeleri olmayan işçilerin toplu iş sözleşmesinden yararlanmalarına karşı oldukları söylenebilir. Halbuki, sendikaların üye kazanmak konusunda cazibelerini korumak endişesiyle ileri sürülen bu düşünce; sendikasız işçilerin ucuz işgücü olmak itibarıyla sendikalı işçiler karşısındaki rekabet gücünü nazara almayarak, dolaylı olarak sendikaların varlıklarına yönelik bir tehlikeyi de beraberinde getirmektedir.

Toplu iş sözleşmesinden, üye olsun/olmasın tüm işçilerin yararlandığı bir sistemin tam tersine, yalnızca sözleşmenin tarafı sendikaya üye olan işçilerin yararlandığı bir sistem öngörüldüğünde; adalet duygusu bakımından yukarıdaki endişeleri engelleyici olarak gözükken böyle bir düzenlemenin, işyerinde aynı dönem içerisinde sadece tek bir toplu iş sözleşmesinin yapılabilmesi ve uygulanabileceği de göz önünde bulundurulduğunda, toplu iş sözleşmesinden yararlanmak isteyen işçiler için, sözleşmenin tarafı sendikaya üye olmak yolunda dolaylı bir baskı oluşturacağı ve bu sonucun Anayasa'nın 51'inci

maddesinde garanti altına alınan, dilediği sendikaya üye olma veya hiçbir sendikaya üye olma hakkına aykırı olacağı da açıktır.

Türk Hukukundaki düzenleme (6356 md. 26/4) ne üye olsun/olmasın dileyen kişinin hiçbir koşula tabi olmaksızın toplu iş sözleşmesinden yararlanmasına izin vermiş, ne de toplu iş sözleşmesinden yararlanmanın tek yolunun taraf sendikaya üyelik olduğunu düzenlemiştir. Böylelikle sendikaların varlıklarının korunması ile olumlu/olumsuz sendika özgürlüğünü dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma olanağı tanımak suretiyle bağdaştırmaya ve aralarında bir denge kurmaya çalışılmış ve bu nedenle sözleşmenin tarafı sendikaya üye olmayanların toplu iş sözleşmesinden yararlanması dayanışma aidatı ödemesi koşuluna bağlanmıştır.

3) Toplu İş Sözleşmesinin İmza Tarihi ile Yürürlük Tarihi Arasındaki Haklardan Yararlanmanın Önemi

Toplu iş sözleşmesinin yürürlük tarihinin imza tarihinden önceye alınması, yani geriye etkili olarak yürürlüğe konulması uygulamada çok sık karşılaşılan bir durumdur. Böylelikle, özellikle birbirini izleyen toplu iş sözleşmesi dönemlerinin bulunduğu işyerlerinde görülen, toplu iş sözleşmesinin yürürlük tarihinin imza tarihinden önceye alınması uygulamasıyla, yeni toplu iş sözleşmesinin yapılmasının gecikmesi nedeniyle eskisinin bitimi tarihinde hemen yürürlüğe konulamamasının ortaya çıkardığı, özellikle maddi sakıncalar ortadan kaldırılmaya çalışılmaktadır.

Her ne kadar; 6356 sayılı Kanun'da mevcut toplu iş sözleşmesi süresinin bitimine 120 gün kala yetki işlemlerine başlanabilmesi düzenlenerek (md. 35/4), yeni toplu iş sözleşmesinin eskisinin bitimine kadar imzalanması olanağı sağlanmış ise de yetki prosedürünün itiraz ve benzeri nedenlerle uzaması ve zaman zaman iş mücadelesine başvurulması gibi haller, yeni toplu iş sözleşmesinin eskisinin bitimi tarihine kadar yetiştirilememesi sonucunu doğurmakta ve yeni sözleşmenin yürürlük tarihinin imza tarihinden

önceye alınması önemli bir ihtiyaç olarak ortaya çıkmaktadır. Uygulamada sıklıkla karşılaşıldığı için, toplu iş sözleşmesinin imza tarihi ile yürürlük tarihi arasına ilişkin haklardan yararlanma imkanının varlığı önem taşımaktadır.

4) Dayanışma Aidatı Ödeyenlerin İmza Tarihi ile Yürürlük Tarihi Arasındaki Haklardan Yararlanma Durumu

Toplu iş sözleşmesinin tarafı işçi sendikasına üye olmayan işçilerin dayanışma aidatı ödemek suretiyle geriye etkili kılınan hükümlerden yararlanıp yararlanamayacağı uzun yıllardır tartışma konusudur.

Gerçekten, 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nun md. 9/3'üncü fıkrasında, "*Dayanışma aidatı ödemek suretiyle toplu iş sözleşmesinden yararlanma talep tarihinden geçerlidir.*" hükmü yer almakta idi. O dönemde öğretideki çoğunluk görüşü, toplu iş sözleşmesi imzalanmadan, yani hukuken ortaya çıkmış bir toplu iş sözleşmesi olmadan, yararlanma talebinde bulunulamayacağı, dolayısıyla dayanışma aidatı ödemek suretiyle yararlanmanın geriye etkili kılınan hükümlere ilişkin olamayacağı yolunda idi³. Bunun yanında Yargıtay'ın yerleşik içtihatları da öğretideki çoğunluk görüşü doğrultusunda idi⁴.

Buna karşılık o dönemde öğretideki bir görüş, 2822 sayılı Kanun md. 9/3'te yer alan düzenleme çoğunluk görüşü doğrultusunda anlaşıldığı takdirde, anılan hükmün Anayasa'ya aykırı olacağı yolunda idi⁵.

Elbette toplu iş sözleşmesinin tarafı işçi sendikasına üye olmayanların toplu iş sözleşmesinin geriye etkili kılınan hükümlerinden yararlanabilmesi, işçi sendikaları için arzu edilen bir durum değildir. Bu nedenle dayanışma aidatı ödeyerek

toplu iş sözleşmesinin yürürlük tarihinden itibaren yararlanıp yararlanamayacağı konusundaki tartışmaları bir yorum konusu olmaktan çıkarıp yasal açıklığa kavuşturarak yargı kararlarının değişebilmesinin önüne geçmek üzere, 6356 sayılı Kanun md. 39/4'te dayanışma aidatı ödeyerek yararlanmanın talep tarihinden geçerli olacağı, bu konuda imza tarihinden önceki taleplerin imza tarihi itibarıyla hüküm doğuracağı yolunda düzenleme getirilmiştir.

Dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanma olanağı, sendikaya üye olma veya taraf sendika dışında farklı bir sendikaya üye olma özgürlüğünün korunmasıyla yakından ilgilidir. Bu nedenle toplu iş sözleşmesinden yararlanma olanağı bakımından taraf sendikaya üye olanlarla olmayanlar arasında herhangi bir fark yaratılmaması önem taşımaktadır. Bu eşitliğin bozulması işçilerin taraf sendikaya üye olmak zorunda kalmaları sonucunu doğurur ve bu da sendikaya üye olma ve sendika seçme özgürlüğüne aykırılık oluşturur.

2822 sayılı Kanun döneminde dayanışma aidatı ödeyeceklerin toplu iş sözleşmesinin geriye etkili kılınan hükümlerinden yararlanıp yararlanmayacağı tartışmalı olduğunu yukarıda belirtmiştik. Yargının farklı bir yorum yapmasına engel olmak amacıyla, 2822 sayılı Kanun döneminde yukarıda belirttiğimiz öğreti görüşü 6356 sayılı Kanun'da açık olarak düzenlenmiştir. İşçi sendikalarının da baskısıyla 6356 sayılı Kanun taraf sendikaya üye olanlarla olmayanlar arasında olması gereken bu eşitliği taraf sendika üyeleri lehine bozmuştur. Gerçekten 6356 md. 39/4'te "*Dayanışma aidatı ödemek suretiyle yararlanma talep tarihinden geçerlidir. İmza tarihinden önceki talepler imza tarihi itibarıyla hüküm doğurur.*" şeklinde bir hükme yer verilmiştir.

Ülkemizdeki çoğu işçi sendikası, tarafı olduğu toplu iş sözleşmesinden kendilerine üye olmayanların yararlanmasına karşı olduğundan, 6356 sayılı Kanun'a, taraf sendikaya üye olanlarla olmayanlar arasında olması gereken eşitliği, taraf işçi sendikası lehine bozan bu hükmü koydurmaya muvaffak olmuşlardır. Bu hüküm uyarınca top-

3 Ekmekçi, Düzenleme Yetkisi, s. 160 dn. 411'de zikredilen yazarlar.

4 Ekmekçi, Düzenleme Yetkisi, s. 161 dn. 413'te zikredilen kararlar.

5 Ekmekçi, Düzenleme Yetkisi, s. 163.

lu iş sözleşmesinden dayanışma aidatı ödeyerek yararlanmak isteyenler, toplu iş sözleşmesinin imza tarihinden önce talepte bulunsalar dahi, bu talep imza tarihi itibariyle hüküm doğuracak, yani taraf sendikaya üye olmayıp toplu iş sözleşmesinden dayanışma aidatı ödeyerek yararlanmak isteyenler, geriye etkili kılınan hükümlerden yararlanmayacak, toplu iş sözleşmesinden sadece imza tarihinden itibaren ileriye doğru yararlanabilecektir. Böylelikle, geriye etkili kılınan hükümlerden yararlanma 6356 sayılı Kanun'la, sadece taraf sendika üyelerine tanınan bir hak haline gelmiştir. İşçi, geriye etkili kılınan hükümlerden yararlanmak için toplu iş sözleşmesinin tarafı sendikaya üye olmak zorundadır. Aksi takdirde sadece imza tarihinden sonrası için yararlanabilecektir.

Kanun koyucunun bu tercihi, toplu iş sözleşmesinden yararlanma olanağı konusunda taraf sendikaya üye olanlarla olmayanlar arasında olması gereken eşitliği bozmuştur ve bu nedenle bireysel sendika özgürlüğüne aykırı bir durumdan söz etmek mümkündür. Bu sonuç Türk Hukukundaki, sözleşmenin tarafı sendikaya veya bir başka sendikaya üye olmak istemeyen işçiler üzerinde, sözleşmenin tarafı sendikaya üye olmak konusunda gerçekleşecek baskının, dayanışma aidatı ödeme yoluyla yararlanma kurumunun tanınması ve bu konuda sözleşmenin tarafı sendikanın muvafakati aranmayarak, engellenmesinin amacıyla bağdaşmamaktadır. Yetki alınması ve toplu iş sözleşmesi prosedürünün genellikle uzaması nedeniyle toplu iş sözleşmelerin uzun sayılabilecek sürelerle geriye etkili kılınması uygulamasına sık rastlandığı göz önünde bulundurulursa, dayanışma aidatı ödemek isteyenlerin oldukça uzun bir süre toplu iş sözleşmesinin getirdiği haklardan mahrum kalacağı açıktır. Taraf sendikaya üye olmak istemeyenler üzerinde baskı yaratması kaçınılmaz olan hükmün Anayasa'ya aykırı olduğu görüşünde olduğumuzu kitabın her basısında ifade etmiştik⁶.

5) Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararı

Gelişen süreç Anayasa'ya aykırılık görüşünün doğru olduğunu ortaya koymuştur. Nitekim, Bakırköy 16'ncı İş Mahkemesi'nin yaptığı başvuru üzerine Anayasa Mahkemesi md. 39/4. fıkrasının son cümlesinde yer alan "İmza tarihinden önceki talepler imza tarihi itibariyle hüküm doğurur." hükmünü Anayasa'ya aykırı görerek iptal etmiş ve böylelikle toplu iş sözleşmesinin tarafı sendikaya üye olmak istemeyenlerin de talepte bulunmak koşuluyla, yürürlük başlangıcından itibaren toplu iş sözleşmesinden yararlanmasının önünü açmıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin son derece isabetli kararına göre;

"... 21. Toplu iş sözleşmeleriyle işçilerin kazanç ve yarar sağlayabilecek hükümleri işverenlere kabul ettirebildikleri, bunun için görüşme yapma yetkisi olan işçi temsilcilerinin güçlü bir işçi örgütünün eylemli desteğine ihtiyaç duydukları ve bu desteğin güçlü sendikaların oluşmasıyla sağlanabildiği açıktır. Kuralla toplu iş sözleşmesine taraf sendikanın üyesi olmayan işçilerin toplu iş sözleşmelerine konulan ve sözleşme pazarlık süreçlerinde geçen dönemler için parasal haklar öngören hükümlerden yararlanmalarının sınırlandırıldığı ve böylece sendika üyesi olan işçiler ile olmayan işçiler arasında bir fark yaratılarak toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi olan işçi sendikasına katılımın teşvik edildiği anlaşılmaktadır. Nitekim kuralın gerekçesinde atıf yapılan öğreti görüşleri ile Yargıtay kararlarında toplu iş hukukunun yerleşmesi ve gelişmesi amacıyla bahsedildiği görülmektedir. Söz konusu sınırlama ile toplu iş sözleşmesine taraf işçi sendikasının üye sayısının ve toplu iş sözleşmesindeki pazarlık gücünün artacağı gözetildiğinde sendika ve toplu iş sözleşmesi haklarına getirilen bu sınırlamanın güçlü işçi desteğini sağlamak suretiyle toplu iş sözleşmesi yapma hakkının etkili biçimde kullanılması amacına yönelik olduğu ve anayasal bağlamda meşru bir amacının bulunduğu anlaşılmaktadır.

22. Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca sendika

6 Ömer Ekmekçi, Toplu İş Hukuku Dersleri (Dersler), 2. Bası, İstanbul 2019, s. 382-383.

ve toplu sözleşme haklarına getirilen sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmaması gerekir. Demokratik toplum düzeninin gereklerinden olma, bir sınırlamanın demokratik bir toplumda zorunlu bir toplumsal ihtiyacın karşılanması amacıyla yönelik olmasını ifade etmektedir.

23. Toplu iş hukukunun yerleşmesi ve gelişmesi ile sendikaların güçlendirilmesi şüphesiz demokratik toplumda önemli bir yer tutar. Öte yandan çoğulculuk ve haksız rekabetin önlenmesi de demokratik toplumun vazgeçilmezleri arasındadır. Bu nedenle anılan değerler birlikte ve birbiriyle uyumlu şekilde yorumlanarak uygulanmak durumundadır. Başka bir ifadeyle sendikalar arasında haksız rekabet oluşturacak, işçi örgütlenmeleri arasındaki çoğulculuğu zedeleyecek şekildeki kamusal müdahaleler toplu iş hukukunun geliştirilmesi amacıyla izah edilemez. Dolayısıyla anayasal haklara sınırlama getiren kamusal tercihler kullanılırken demokratik toplum değerleri arasındaki uyumu gözetilen bir denge ile hareket edilmelidir.

24. Toplu iş sözleşmesine taraf sendika üyesi olan işçi, talebi gerekmesizin üye aidatı ödeyerek; üye olmayan işçi ise talebi üzerine dayanışma aidatı ödemek suretiyle sözleşmenin parasal hükümlerinden yararlanmaktadır. Dayanışma aidatıyla yararlanmada taraf sendikanın onayı aranmayarak sendika üyesi olan ve olmayan işçiler arasında bir eşitlik ve denge sağlanmıştır. Ancak yetki alma ve toplu iş sözleşmesinin hazırlık, müzakere ve pazarlık süreçlerinin devam ettiği dönemlerde sendika üyesi olmayan işçilerin dayanışma aidatı ödemesi itiraz konusu kuralla engellenmektedir. Bu sürecin ülkemizde çok uzun zaman alabildiği gözetildiğinde bu uzun süre boyunca dayanışma aidatı ödeyenlerin toplu iş sözleşmesinden yararlanmasının engellenmesi bu dengeyi bozacak niteliktedir. Kuralın toplu iş sözleşmesinin imzalandığı tarihte taraf sendika üyesi olan işçiler lehine bir sonuç doğurduğu, bu nedenle sendikalaşma yarışında taraf sendika lehine bir avantaj yarattığı açıktır. Öyle ki üye sayısını artırmada kolaylık elde eden taraf sendikanın bir sonraki toplu iş sözleşmesinde de üye işçi çoğunluğunu muhafaza etmek suretiyle diğer

sendikalara üstün gelmesi ve taraf sendika statüsünü koruması mütemadi bir hâl alabilecektir. Bu durum ise sendikalar arasındaki yarışın ve dolayısıyla çoğulculuğun zedelenmesine neden olabilecektir. Taraf sendika üyesi olmayıp sözleşmeden yararlanmaya ilişkin diğer şartları haiz olan işçilerin toplu iş sözleşmesinin geriye dönük hak bahşeden parasal hükümlerinden mahrum bırakılmalarının, bu kapsamdaki işçileri sendikaya üye olmaya zorlayacağı açıktır. Bu itibarla kuralla getirilen sınırlamanın Anayasa'nın 51. maddesi kapsamında bir toplumsal ihtiyacı karşılamadığı, aksine demokratik bir toplumda bulunması gereken çoğulculuğa zarar verdiği, sendikalar arası rekabeti taraf sendika lehine haksız şekilde bozduğu anlaşıldığından demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir sınırlamanın varlığından söz edilemez.

25. Toplu iş sözleşmesi, işçilerin çalışma hayatının düzenlenmesinde önemli katkılar sağladığı gibi işçilere Anayasa ve kanunların emredici kurallarıyla sınırlı olmak üzere sosyal ve ekonomik haklar kazandırır. Doğası gereği bireysel olarak yapılabilecek ve sendikalar aracılığıyla toplu olarak yapılabilecek toplu iş sözleşmesinden yararlanma ile sözleşmenin tarafı olan sendikaya üyelik arasında sendikal faaliyetlerin güçlenmesi amacıyla bir ilişki kurulmuştur. Nitekim sendika üyeleri herhangi bir işlem ya da müracaata gerek kalmaksızın toplu iş sözleşmesinden yararlanırken taraf sendika üyesi olmayan işçiler için talepte bulunma ve taraf sendikaya dayanışma aidatı ödenmesi koşulu öngörülmüştür. Bu sayede sendika üyesi olmayan işçilerin de bir kısım külfete katlanma suretiyle toplu iş sözleşmesinden yararlanabilmeleri mümkün kılınmıştır.

26. Öte yandan Kanun'un 39. maddesinin (8) numaralı fıkrası ile toplu iş sözleşmesinin grev sonucunda imzalanmış olması hâlinde zorunlu olarak çalışanlar dışında grev sırasında işyerinde çalışmış olanların toplu iş sözleşmesinden yararlanması engellenerek yararlanma ile aidatın ötesine geçen sendikal külfete katlanma arasında bir denge kurulmaya çalışılmıştır. Ancak itiraz konusu kuralla taraf sendika üyesi olmayan işçilerin toplu iş sözleşmesinin toplu görüşme ve pazarlık sürecine iliş-

kin haklarla ilgili hükümlerinden yararlanmaları engellenmek suretiyle güçlü sendika ile toplu iş sözleşmesi hakkı arasındaki denge bozulmuştur. Bu yönüyle kural taraf sendikaya üye olmayan işçilerin dayanışma aidatı ödemek suretiyle sözleşme hükümlerinden yararlanma imkânını anlamsız da kılabilecek niteliktedir. Dolayısıyla kuralla getirilen sınırlamanın Anayasa'nın 53. maddesi kapsamında bir toplumsal ihtiyacı karşıladığı ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olduğu söylenemez.

27. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 13., 51. ve 53. maddelerine aykırıdır. İptal gerekir."

Karar'a ekli bir de karşı oy yazısı bulunmaktadır. Buna göre;

"...18/10/2012 tarihli ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 39. maddesinin (4) numaralı fıkrasının dördüncü cümlesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline dair saygın çoğunluğun kararına aşağıdaki gerekçeler nedeniyle katılmamız mümkün olmamıştır.

Hukukumuzda toplu iş sözleşmesinden kural olarak, toplu iş sözleşmesine taraf işçi sendikası üyeleri yararlanır. Zira, toplu iş sözleşmesinin yapılması aşamasında zorluklara katlanan, sendikaların varlığı için aidat ödeyen; kısaca bütün masraf ve zorluklara katlanan kişilerin toplu iş sözleşmesinden yararlanması gerekir. Ancak toplu iş sözleşmesinden sadece taraf işçi sendikası üyelerinin yararlandırılmasına ilişkin kural sendikaya üye olma ve olmama özgürlüğüne (Any. m.51; STİSK m.25) aykırılık teşkil edecektir. Söz konusu aykırılığı gidermek için dayanışma aidatı ödeme yoluyla toplu iş sözleşmesinden taraf işçi sendikasına üye olmadan da yararlanmanın yolu açılmıştır. Dayanışma aidatı ödeyerek yararlanmaya ilişkin ilk şart geçerli olarak yapılmış, uygulamaya konulmuş ve halen uygulanmakta olan bir toplu iş sözleşmesinin bulunmasıdır.

Toplu iş sözleşmesinden, sendika üyesi olsun olmasın bütün işçilerin yararlanması eşitlik ilkesine daha uygun olsa bile; sendika üyesi olmayanların hiçbir masraf ve zorluğa katlanmadan, sendika üyeleri gibi yararlanmaları eşitliğe ve adalete ay-

kırı olacak, sendika üyeliğinin önemini büyük ölçüde kaybettirecek ve bunun sonucunda sendikaları güçsüzleştirecektir. Bu durum da sendikaların varlıklarını koruma özgürlüğüne (kolektif sendika özgürlüğü) aykırılık teşkil edecektir...

Toplu iş sözleşmesinden dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma, kendiliğinden söz konusu olmamakta; dayanışma aidatı ödeyerek yararlanabilmek için bir talep gerekmektedir. 6356 sayılı STİSK'nun 39. maddesinin (4) numaralı fıkrasında dayanışma aidatına ilişkin düzenlemede de yararlanmanın başlangıcı açısından talep tarihi esas alınmıştır. Madde metninde yer alan "İmza tarihinden önceki talepler imza tarihi itibarıyla hüküm doğurur" hükmünün iptaliyle birlikte iki ihtimal söz konusu olacaktır; ya taraflar arasında görüşmeleri devam eden, henüz imzalanıp imzalanmayacağı belli olmayan bir toplu iş sözleşmesinden imza tarihinden önce dayanışma aidatı ödemek suretiyle yararlanmak için başvuru şartı aranacak, veya imza tarihinden sonra taraf işçi sendikasına üye olarak yararlanmak isteyen işçiler açısından üyeliğin işverene bildiri esas alınırken, dayanışma aidatı ödeyerek yararlananlara geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulan hükümlerden yararlanma imkanının tanınması gibi adil olmayan ve sendikalar hukukunun üyeliği esas alan temel anlayışına aykırı bir sonuç ortaya çıkacaktır. Ayrıca dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden geçmişe etkili olarak yararlanmanın yolu açıldığında işçinin geçmiş döneme ilişkin dayanışma aidatı ödemek zorunluğu gibi bir takım hukuki sorunlar da beraberinde gelecektir.

Yukarıda ifade edilen gerekçeler nedeniyle, 18/10/2012 tarihli ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 39. maddesinin (4) numaralı fıkrasının dördüncü cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığı kanaatine ulaşılmış bulunmaktadır."

6) İptalden Sonraki Süreç

İptal kararından sonra 6356 md. 39/4 hükmünün ne şekilde yorumlanacağı konusunda muhtelif görüşler ortaya çıkmıştır. Nitekim; hükmün iptali üzerine kanun koyucunun iptal kararına uygun yeni bir düzenleme yapmamış olması,

dayanışma aidatı ödeyerek yararlanmak isteyen işçilerin, imza tarihi ile yürürlük tarihi arasındaki haklardan yararlanıp yararlanamayacağı veya nasıl yararlanacağı sorusunu ortaya çıkarmıştır.

Elbette kanun koyucunun iptal kararındaki gerekçeler doğrultusunda yeni bir düzenleme yapması en uygun çözümdür. Bununla birlikte kanaatimiz, kanun koyucunun, en azından kısa vadede, yeni bir düzenleme yapmayacağı ve konuyu yargı kararlarına bırakacağı yolundadır.

a) Bakanlığın Görüşü

İptalden sonra başlayan süreç konunun ilgilileri bakımından çeşitli tereddütler yaratmıştır. Kamuda örgütlü bir işçi sendikası Bakanlıktan, iptalden sonra dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanma uygulamasının nasıl olacağına ilişkin görüş talep etmiştir.

Bakanlık, 24.04.2021 tarihli ve E-98425987-45.02-994436 sayılı yazısıyla konuya ilişkin olarak;

“6356 sayılı Kanununun 18. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “Üyelik ve dayanışma aidatları, yetkili işçi sendikasının işverene başvurusu üzerine, işçinin ücretinden kesilmek suretiyle ilgili sendikaya ödenir” hükmü gereğince işverene üyelik ve dayanışma aidatlarını kesme sorumluluğu öncelikle yetkili işçi sendikasının tespit edilmiş olması, sonrasında ise yetkili işçi sendikasının işverenliğe yazılı başvuruda bulunması şartına bağlanmıştır. Bu düzenleme göz önüne alındığında dayanışma aidatı ödemek suretiyle toplu iş sözleşmesinden yararlanma ile dayanışma aidatının kaynakta kesilerek işverene gönderilme yükümlülüğü uygulamada birbirine sıkı sıkıya bağlı değerlendirilmelidir.

Anayasa Mahkemesi iptal gerekçesinde dayanışma aidatı ödemek suretiyle toplu iş sözleşmesinden yararlanmak isteyen işçilerin, toplu iş sözleşmesinin geriye etkili olan hükümlerinden faydalanmalarını toplu iş sözleşmesi hakkının sınırlandırılması olarak görmüştür. Buna göre yetkili işçi sendikasının belirlendiği tarih itibarıyla aidatların kaynakta kesilerek işçi sendikasına gönderilme yükümlülüğünün doğmasından hareketle Kanunun uygulanmasına binaen dayanışma aidatı başvurularının

yetkili işçi sendikası tespit edildiği tarih itibarıyla yapılmasının toplu iş sözleşmesi düzeni açısından uygun olacağı, yetkili işçi sendikasının henüz belli olmadığı bir tarihte dayanışma aidatı başvurusunun yapılması durumunda ise ortada henüz başlamış bir toplu iş sözleşmesi süreci bulunmadığından toplu iş sözleşmesinden yararlanmanın söz konusu olamayacağı, yetkili işçi sendikasının belirleneceği tarihe kadar işverenin aidat kesme yükümlülüğünün doğmayacağı mütalaa edilmiştir...”

şeklinde görüş vermiştir.

Belirtelim ki; işçi sendikasının Bakanlığa yönelttiği soru ile Bakanlığın verdiği cevap arasında en ufak bir ilişki bulunmamaktadır. Bakanlık adeta, işverenin ne zaman aidat kesme yükümlülüğünün doğacağı sorusuna cevap vermiştir. İyi kaleme alınmadığını düşündüğümüz Bakanlık görüşünden anlayabildiğimiz, ancak yetkili işçi sendikası belirlendikten sonra dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma başvurusunda bulunulabileceği ve işverenin bu tarihten sonra dayanışma aidatı kesebileceğidir.

b) Kamu Denetçiliği Kurumu (Ombudsmanlık)'nın Konuya İlişkin Kararı

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının sonuçları ilginç bir şekilde Kamu Denetçiliği Kurumu'nun bir kararına da konu olmuştur.

Gerçekten; Kamu Denetçiliği Kurumu'nun (Başvuru No: 2021/21235, Karar tarihi: 21.10.2021) kararına konu olayda; Orman Genel Müdürlüğü Bursa Orman Bölge Müdürlüğü Bilecik İşletme Müdürlüğü emrinde çalışan işçi 20.12.2021 tarihli başvurusunda; toplu iş sözleşmesinden dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma talebinde bulunmasına rağmen talebinin kabul edilmediğini, sendikaya üye olmaya zorlandığını, anayasal hakkının ihlal edildiğini ileri sürerek toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan fark haklarının ödenmesini talep etmiştir.

Olayda toplu iş sözleşmesi 01.11.2021 tarihinde imzalanmıştır. Toplu iş sözleşmesinin yürürlük başlangıcı geriye alınarak, yürürlük süresi 01.03.2021-28.02.2023 olarak belirlenmiştir. Süresi iki yıl olan toplu iş sözleşmesinde her altı ay

için ücret zammı getirilmiştir. Başvuran işçi bu toplu iş sözleşmesinden dayanışma aidatı ödeyerek yararlanmak için 08.06.2021 tarihinde dilekçe vermiştir. Orman Genel Müdürlüğü, başvuran işçi 08.06.2021 günü talepte bulunduğu için, toplu iş sözleşmesinde 01.03.2021-31.08.2021 tarihleri arası için getirilen ilk altı aylık ücret zammından yararlandırmamıştır.

Kamu Denetçiliği Kurumu öncelikle Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu'nun "**Kurumun görevi**" başlıklı 5 inci maddesinin birinci fıkrası; "Kurum, idarenin işleyişi ile ilgili şikayet üzerine, idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarını; insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden incelemek, araştırmak ve idareye önerilerde bulunmakla görevlidir." hükmüne değinerek, Orman Genel Müdürlüğü ile başvuran işçi arasındaki bu özel hukuk uyuşmazlığında görevli olduğunu vurgulamıştır.

Kurumun konuya ilişkin değerlendirmesi şu şekildedir:

"...8. (...) Orman İşletme Müdürlüğünde işçi statüsünde çalışan başvuran özetle 08.06.2021 tarihli dayanışma dilekçesi vererek yürürlükteki 8. Dönem İşletme Toplu İş Sözleşmesinin 1. yıl 1. altı aylık Ücret Zammı kısmında belirtilen %12'lik zamdan yararlanmasını talep etmektedir.

9. İdare ise cevabi yazısında dayanışma aidatı ödemek suretiyle toplu iş sözleşmesinin yararlanan işçinin izleyen döneme ait ücret zammının mevcut ücretine uygulanması gerektiği, ancak sözleşmenin diğer mali ve sosyal haklarından ise talep tarihi itibarıyla sözleşmede belirtilen miktarlar üzerinden faydalandırılacağına anlaşıldığı belirtilerek; başvuranın dayanışma dilekçesi 08.06.2021 tarihli olduğundan hareketle (01.03.2021 tarihli ve öncesi olmadığı için) ücret zammı yönünden dayanışma aidatı dilekçe tarihi 8.Dönem İşletme Toplu İş Sözleşmesinin I. dönemine denk geldiğinde, söz konusu TİS in 1. yılının I. döneminden faydalandırılması mümkün olmamakla beraber I. yılın 2. dönem ücret zammının yansıtılacağı ifade edilerek başvurunu 1. yıl 1. altı aylık Ücret Zammı kısmında belirtilen

%12'lik zamdan yararlandırmamıştır.

10. Bu çerçevede uyuşmazlığın çözümü bakımından; 01/11/2021 imza tarihli 01.03.2021-28.02.2023 yürürlük süreli 8.Dönem İşletme Toplu İş Sözleşmesinin 1. yıl 1. altı aylık Ücret Zammı kısmında belirtilen %12'lik zamdan, 01.03.2021 tarihinde o iş yerinde çalışan ve 08.06.2021 tarihli dayanışma dilekçesi veren başvuranın yararlanıp yararlanamayacağına açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

11. 03/03/2021 tarihli ve 31412 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan Anayasa Mahkemesi'nin oy çokluğu ile aldığı 31/12/2020 tarihli kararında 6356 sayılı Kanunun 39. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan "İmza tarihinden önceki talepler imza tarihi itibarıyla hüküm doğurur." hükmü Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi bu karardan önce söz konusu hüküm nedeniyle dayanışma aidatı dilekçesi veren işçinin TİS' ten doğan hakları kullanmaya başlaması TİS' in imza tarihi ile başlıyordu. Anayasa Mahkemesi kararını; dayanışma aidatı ödemek suretiyle toplu iş sözleşmesinden yararlanmak isteyen işçilerin imza tarihi öncesine yönelik haklardan yararlanmalarının mümkün olmamasının hem olumsuz hem olumlu sendika hakkını hem de toplu iş sözleşmesi hakkını sınırladığı, kuralla getirilen sınırlamanın sendikalar arası rekabeti taraf sendika lehine haksız şekilde bozduğu ve demokratik toplum düzenine uygun olmadığı gerekçelerine dayandırmıştır...

13. Anayasa Mahkemesi iptal gerekçesinde, dayanışma aidatı ödemek suretiyle toplu iş sözleşmesinden yararlanmak isteyen işçilerin, toplu iş sözleşmesinin geriye etkili olan hükümlerinden faydalanamamalarını toplu iş sözleşmesi hakkının sınırlanması olarak görmüştür. Buna göre yetkili işçi sendikasının belirlendiği tarih itibarıyla aidatların kaynakta kesilerek işçi sendikasına gönderilme yükümlülüğünün doğmasından hareketle Kanunun uygulanmasına binaen dayanışma aidatı başvurularının yetkili işçi sendikasının tespit edildiği tarih itibarıyla yapılmasının toplu iş sözleşmesi düzeni açısından uygun olacağı, yetkili işçi sendikasının henüz belli olmadığı bir tarihte daya-

nışma aidatı başvurusunun yapılması durumunda ise ortada henüz başlamış bir toplu iş sözleşmesi süreci bulunmadığından toplu iş sözleşmesinden yararlanmanın söz konusu olamayacağı, işçi sendikasının belirleneceği tarihe kadar işverenliğin aidat kesme yükümlülüğünün doğmayacağı, ayrıca Anayasa Mahkemesi kararlarının geriye dönük uygulanamayacağı Çalışma Bakanlığınca mütalaa edilmiştir. (Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının Sağlık Bakanlığına hitaplı 28/05/2021 E-6851 sayılı yazısı)

14. Yukarıda yer alan hükümler ve açıklamalar çerçevesinde; 01.03.2021 tarihinde o iş yerinde çalışan ve 08.06.2021 tarihli dayanışma dilekçesi veren başvuranın 01/11/2021 imza tarihli 01.03.2021-28.02.2023 yürürlük süreli 8.Dönem İşletme Toplu İş Sözleşmesinin 1. yıl 1. altı aylık Ücret Zammı kısmında belirtilen %12'lik zamdan dayanışma dilekçesi verdiği tarih itibariyle yararlandırılması gerektiği, ancak TİS başlangıç tarihi(01.03.2021) ile 08.06.2021 tarihli dayanışma dilekçesi arasındaki süre için kesinti yapılarak, haklarının, 08.06.2021 tarihi itibariyle aynı haklarla çalıştığı personelle eşit düzeye getirilmesinin hukuk ve hakkaniyete uygun olacağı değerlendirilmiştir. Aksi halde sonraki dönemdeki ücret zamları da bir önceki ücret üzerinden yapılacağı için ileriye dönük alacağı tüm ödemelerde başvuran aleyhine büyük bir ücret farkı oluşacaktır.

15. Kurumumuzca yapılan değerlendirme neticesinde; başvuranın 01.03.2021 tarihinde işyerinde çalışmakta olduğu hususu göz önünde bulundurularak 01.03.2021-28.02.2023 yürürlük süreli 8. Dönem İşletme Toplu İş Sözleşmesinin 37 inci maddesinin hem "1-Taban Ücret", başlıklı hem de "II- Ücret Zamları" başlıklı hükümlerinden faydalandırılması gerektiği ancak TİS başlangıç tarihi (01.03.2021) ile 08.06.2021 tarihli dayanışma dilekçesi arasındaki süre için kesinti yapılarak, haklarının, 08.06.2021 tarihi itibariyle aynı statüde çalıştığı personelle eşit düzeye getirilmesinin hukuk ve hakkaniyete uygun olacağı değerlendirildiğinden ilgili idareye tavsiyede bulunulması gerektiği sonuç ve kanaatine varılmıştır..."

c) Öğreti Görüşleri

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından sonra md. 39/4 hükmünün 2822 sayılı Kanundaki md. 9/3'teki düzenlemeyle aynı hale geldiği, dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma talebinin ne zaman yapılabileceği konusunun hala açıkta olduğu, bu konunun yargı kararlarıyla şekilleneceği yolunda münferit görüşlere rastlanmaktadır. Kuşkusuz hükmün iptalden sonraki hali yoruma muhtaçtır. Bununla birlikte; aşağıda gerekçeleri ile birlikte değinileceği üzere, yapılacak yorumun Anayasa Mahkemesi'nin iptal gerekçelerini göz ardı etmesi mümkün olmamak gerekir. Memnuniyet vericidir ki; incelediğimiz yargı kararı da aşağıda yer verilen öğreti görüşleri de Anayasa Mahkemesi'nin iptal gerekçeleri doğrultusundadır.

Bu konuda 6356 md. 39/4'üncü fıkrasının son cümlesinin Anayasa'ya aykırı olduğunu, tespit edebildiğimiz kadarıyla, ilk ileri süren görüşe göre, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından sonra artık dayanışma aidatı ödemek suretiyle yararlanmanın geriye etkili kılınan hükümlere ilişkin olamayacağı iddia edilemeyecek, Anayasa Mahkemesi'nin iptal gerekçelerine göre yorum yapılması gerekecektir⁷.

Aynı yoldaki bir başka görüşte, iptal kararının amacı ve gerekçeleri dikkate alındığında, bu kararın imza tarihinden önce yararlanmanın mümkün olmadığı yolundaki eski Yargıtay kararları doğrultusunda yorumlanmasının mümkün olmadığı, aksinin kabulünün Anayasa Mahkemesi'nin iptal gerekçelerinin nazara alınmaması anlamına geleceği, artık dayanışma aidatıyla yararlanmanın başlangıcının toplu iş sözleşmesinin yürürlük tarihi veya talep tarihinden hangisi sonra ise o tarih olması gerektiği ileri sürülmüştür⁸.

Bunun gibi, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından sonra yargı içtihadının ne yönde şekil-

7 Ekmekçi, Toplu İş Hukuku, s. 443.

8 Emre Karabacak/Muhammed Enes Yıldız, "Dayanışma Aidatı ile Yararlanmanın Başlangıcına İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararının Düşündürdükleri", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXV Sayı 4, Yıl 2021, s. 285-286.

leneceği konusunda tartışmaların tekrar başlayacağı, Anayasa Mahkemesi'nin iptal gerekçeleri bağlayıcı olmamakla birlikte, bu gerekçelerin diğer yargı organlarınca göz önünde bulundurulmasının hukuk devletinin bir gereği olduğu, iptal kararıyla birlikte dayanışma aidatı ödemek suretiyle geriye etkili yararlanmanın mümkün olduğunun kabul edilmesi gerektiği, ancak mevzuat değişikliğine gidilmesinin de isabetli bir yöntem olacağı ileri sürülmüştür⁹.

Yine aynı doğrultudaki bir görüşe göre, konunun iptal kararındaki gerekçelere göre yargı kararıyla şekillendirileceği ve işçilerin geçmişe etkili yararlanma taleplerinin kabul edileceği, iptalden sonra henüz yürürlüğe girmiş bir toplu iş sözleşmesi bulunmasa bile işçinin yararlanma talebinde bulunabileceği, bununla birlikte işçinin talep tarihinden ileriye doğru olabileceği, dayanışma aidatı toplu iş sözleşmesinden yararlanmanın bir karşılığı olduğundan işçinin sözleşme imzalanıp yürürlüğe girinceye kadar dayanışma aidatı ödeme borcunun olmayacağı ileri sürülmüştür¹⁰. Bunların yanında, öğretideki tespit edebildiğimiz diğer bazı görüşler de aynı yoldadır¹¹.

Görüldüğü üzere, öğretideki çoğunluk görüşü; Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından sonra artık, dayanışma aidatı ödeyenlerin imza tarihi ile yürürlük tarihi arasındaki haklardan yararlanabilmesi gerektiği yolundadır.

Buna karşılık iptal kararını isabetli bulmayan bir görüşte; iptal kararının salt olumsuz sendika özgürlüğü çerçevesinde ele alınmaması gerektiği, konunun kolektif sendika özgürlüğü açısından da değerlendirilmesi gerektiği, sendika özgürlüğünün teşvik edilmesinin kolektif sendika özgürlüğü bakımından son derece önemli olduğu, örgütlenmenin zor olduğu ve olumlu sendika özgürlüğü güvencesinin tam olarak gerçekleşmediği bir durumda sendika üyeliğini teşvik eden düzenlemenin olumsuz sendika özgürlüğüne aykırı görülerek iptal edilmesinin isabetli olmadığı, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından sonra dahi talep tarihine bağlılık çerçevesinde hareket edilmesi gerektiği, işçinin talep tarihinden önceki döneme ait dayanışma aidatını toptan ödemesinin de talep tarihinden önceki dönem için yararlanmaya imkan vermesi gerektiği dile getirilmiştir¹².

7) Görüşümüz

Bu konudaki görüşümüze geçmeden önce belirtelim ki, toplu iş sözleşmesinin tarafı sendikaya üye olmayanların dayanışma aidatı ödeyerek geriye doğru yararlanıp yararlanamayacağı konusunda birbirinden ayrılması gereken iki farklı durum söz konusudur. Bunlardan ilki, toplu iş sözleşmesinin imzası tarihinden sonraki bir tarihte talepte bulunup (sözleşmenin geriye etkili kılınan hükümlerinden değil), talepten önceki dönem için sözleşmeden yararlanma ve ikincisi imza tarihinden önce talepte bulunup sözleşmenin geriye etkili kılınan hükümlerinden yararlanmadır. Bu ikisi zaman zaman da olsa birbirine karıştırılmaktadır. İşçinin imza tarihinden sonra talepte bulunup toptan dayanışma aidatı ödeyerek, talepten önceki dönem için sözleşmeden yararlanamayacağına bir tereddüt bulunmamaktadır. Burada incelenecek olan ise, imzadan önce talepte bulunup geriye etkili kılınan hükümlerden yararlanıp yararlanamayacağı konusudur.

Yukarıda da ifade edildiği üzere; dayanışma

9 Efe Yamakoğlu/Seda Arslan Durmuş, "Dayanışma Aidatı Ödeyerek Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma (Anayasa Mahkemesinin 30.12.2020 Tarih ve 57/83 Sayılı İptal Kararı Sonrası)", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C. 18, s. 70, Yıl 2021, s. 596.

10 Ercüment Özkaraca/Sema Deniz Özkan Koç, "Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı Sonrası Geçmişe Etkili Yürürlüğe Konulan Toplu İş Sözleşmesinden Dayanışma Aidatı Ödeyerek Yararlanma", Sicil İş Hukuku Dergisi, sayı 46, Yıl 2021, s. 18-19.

11 Nazlı Elbir, "Toplu İş Sözleşmesinden Dayanışma Aidatı Ödemek Suretiyle Yararlanma: Anayasa Mahkemesi'nin 30.12.2020 Tarihli ve 57/83 Sayılı Kararı Işığında Bir İnceleme", Terazi Hukuk dergisi, C. 16, Sayı 182; s. 1945; İmge Hazal Yılmaz, "Toplu İş Sözleşmesinden Dayanışma Aidatı Ödeyerek Yararlanmanın Başlangıcı -Anayasa Mahkemesi Kararının Düşündürdükleri-", TAAD, Sayı 47, Temmuz 2021, s. 375 vd.

12 Seracettin Göktaş, Toplu İş Sözleşmesinin Kişi Bakımından Uygulama Alanı, Ankara 2023, s. 218-219.

aidatı kurumu, toplu iş sözleşmesinin tarafı işçi sendikasına üye olanlarla olmayanlar arasında sözleşmeden yararlanma imkânı konusunda eşitliği sağlamak üzere ihdas edilmiştir. Bu nedenle; 6356 md. 39/4'te yer alan ve taraf sendikaya üye olmayanların geriye etkili kılınan hükümlerden yararlanmasını engelleyen hükmün Anayasa'ya aykırı olduğu yolundaki öğretiy görüşüne¹³ katılıyoruz. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi'nin anılan hükmün iptali yönündeki kararı son derece isabetli olmuştur.

Öte yandan, iptalden sonraki hükmün iptal gerekçeleri yönünde yorumlanması gerektiği ve dayanışma aidatı ödeyenlerin de artık geriye etkili kılınan haklardan yararlanması gerektiği yolundaki öğretiy görüşleri de isabetlidir.

Bu çerçevede; aşağıda öncelikle görüşümüze ilişkin pozitif dayanaklar belirtilmiş ve özellikle Anayasa Mahkemesi Kararına ekli karşı oy yazısı çerçevesinde aksi yöndeki görüşlere değinilerek, iptal kararından sonra geriye etkili kılınan hükümlerden yararlanmanın ne şekilde gerçekleşebileceği üzerinde durulmuştur.

a) Anayasa Mahkemesi Kararlarının Gerekçelerinin Bağlayıcılığı Konusunun İncelenmesi

Anayasa'nın 153'üncü maddesinin son fıkrası, "Anayasa Mahkemesi kararları Resmi Gazete'de hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar." şeklindedir. Buna karşılık Anayasa Mahkemesi'nin verdiği kararların gerekçelerinin bağlayıcı olup olmadığına ilişkin bir düzenleme Anayasa'da mevcut değildir.

Anayasa Hukuku öğretisinde ise Anayasa Mahkemesi kararlarının yalnızca hüküm kısımlarının değil, gerekçelerinin de bağlayıcı olup olmadığına ilişkin olarak her iki görüş de savunulmaktadır¹⁴.

Anayasa Mahkemesi ise uzun yıllardır, verdiği kararların yalnızca hüküm kısımlarının değil gerekçelerinin de bağlayıcı olduğu yolunda kararlar vermektedir. Anayasa Mahkemesi'nin bu görüşünü içeren bazı kararlarına aşağıda yer verilmiştir. Bu kararlar esasen iptalden sonra yeni bir düzenleme yapılırken, iptal kararının gerekçesinde gösterilen iptal nedenlerinin dikkate alınmasına, bu gerekçelere aykırı bir düzenleme yapılamayacağına ilişkindir.

Aşağıdaki bu kararlardan bazılarında yer verilmiştir:

"...Yasama organı, Anayasa Mahkemesinin iptal kararından sonra aynı konuda yeni bir yasa yaparken Anayasa Mahkemesi kararının **gerekçesinde gösterilen iptal nedenlerini dikkate almalıdır. Anayasa Mahkemesi kararlarıyla bağlılık, özellikle yasama organı yönünden, Anayasa Mahkemesinin kararlarındaki iptal gerekçesiyle de bağlılığı içerir...**" (AyMah. 24.05.1988-11/11).

"...Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasında, Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve yargı organları ile yönetim makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlayacağı öngörülmüştür. Bu kural gereğince, yasama organı yapacağı düzenlemelerle daha önce aynı konuda verilen Anayasa Mahkemesi kararlarını göz önünde bulundurmamak, bu kararları etkisiz kılacak biçimde yasa çıkarmamak, Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilen kuraları tekrar yasalaştırmamak yükümlülüğündedir. **Başta yasama organı olmak üzere yasama ve yürütme, kararların yalnız sonuçları ile değil, bir bütünlük içinde gerekçeleri ile de bağlıdır.** Gerekçeleriyle birlikte kararlar, yasama işlemlerini değerlendirme ölçütlerini içerirler ve yasama etkinliklerini yönlendirme işlevi de görürler. Bu nedenle, yasama organı düzenlemelerde bulunurken, iptal edilen yasaya ilişkin kararların sonuçları ile birlikte gerekçelerini de göz önünde bulundurmamak zorunludur. İptal edilen yasalarla, sözcükleri ayrı da olsa aynı doğrultu, içerik ya da nitelikte yeni yasa çıkarılması, Anayasa'nın 153. maddesine aykırılık oluşturur..." (AyMah. 27.05.1999-1998/58-1999/19).

"Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasında,

13 Ekmekçi, Dersler, s. 382-383.

14 Abdurrahman Eren, Anayasa Hukuku Dersleri, Genel Esaslar-Türk Anayasa Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2022, s. 1140; Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku, 4. Baskı, Bursa 2021, s. 1354 vd.

Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve yargı organları ile yönetim makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlayacağı öngörülmüştür. Bu kural gereğince Yasama Organı, yapacağı yeni düzenlemelerde daha önce aynı konuda verilen Anayasa Mahkemesi kararlarını göz önünde bulundurmak, bu kararları etkisiz bırakacak biçimde yeni yasa çıkarmamak ve Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilen kuralları tekrar yasalaştırmamak yükümlüğündedir. Üstelik, **yasama organı, kararların yalnız sonuçları ile değil bir bütünlük içinde gerekçeleri ile de bağlıdır.** Çünkü, kararlar gerekçeleriyle genel olarak yasama işlemlerini değerlendirme ölçütlerini içerirler ve yasama etkinliklerini yönlendirme işlevi de görürler. Bu nedenle yasama organı, yasa çıkarırken iptal edilen yasalara ilişkin kararların sonuçları ile birlikte gerekçelerini de göz önünde bulundurmak zorundadır. İptal edilen yasalarla sözcükler ayrı da olsa aynı doğrultu, içerik ya da nitelikte yeni yasa çıkarılmaması gerekir. Bir yasanın Anayasa'nın 153. maddesine aykırılığında söz edilebilmesi, iptal edilen önceki yasayla "aynı" ya da "benzer nitelikte" olmasına bağlıdır. İki yasanın "aynı" ya da "benzer nitelikte" olup olmadığının saptanabilmesi için öncelikle, aralarında "özdeşlik" bu bağlamda "anlam ve nitelik" ile "teknik, içerik ve kapsam" yönlerinden benzerlik olup olmadığı araştırılmalıdır... (AyMah. 07.02.2007-5/18).

Ancak belirtmek gerekir ki; Anayasa Mahkemesi son yıllarda verdiği kararlarda eski içtihadından belli bir ölçüde ayrılarak, iptal edilen kanun hükümleriyle ilgili olarak ileriye yönelik farklı bir kanunda yeni bir düzenleme yapılabileceği ve eğer yapılırsa yeni düzenlemenin sırf bu nedenle Anayasa'ya aykırı hale geleceği görüşünü değiştirmiştir. Bu yoldaki bir karara aşağıda yer verilmiştir:

"Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasında, Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve yargı organları ile idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlayacağı hükmüne yer verilmiştir. Anayasa'nın bu kuralı Mahkemenin somut olarak Anayasa'ya aykırı bularak iptal ettiği hükümlerin bağlayıcılığıyla sınırlı olup, bu bağlayıcılık

yasa koyucunun iptal edilen konuyla ilgili olarak ileriye yönelik farklı bir kanunda yeni bir düzenleme yapamayacağı ve eğer yaparsa yeni düzenlemenin sırf bu nedenle Anayasa'ya aykırı hale geleceği anlamına gelmemektedir. Bu yönüyle kuralın, Anayasa'nın 153. maddesine aykırılığında söz edilemez." (AyMah., 04.07.2013, 2012/100-2013/84, ayrıca bak. AyMah. 14.07.2021, 2020/53, 2021/55-Ş 207; Ay Mah. 28.12.2016, 21/199, 28/12/2016, Ş 36).

Anayasa Mahkemesi'nin bu görüş değişikliğinin ne anlama geldiğini konuya ilişkin şöyle bir örnekle açıklamak mümkündür: Diyelim ki, 6356 md. 34/son cümlesinin iptalinden sonra kanun koyucu, Anayasa Mahkemesi'nin iptal gerekçelerine aykırı bir şekilde iptal edilen hükmün aynısını veya benzerini tekrar yürürlüğe koymuş olsun. Anayasa Mahkemesi'nin ilk içtihatlarına göre, konu tekrar Anayasa Mahkemesi'nin önüne geldiğinde Mahkeme bir inceleme yapmaksızın hükmü doğrudan iptal edebileceken, yeni içtihadına göre tekrar inceleme yaptıktan sonra karar verecektir.

Anayasa Mahkemesi'nin bu ve benzeri kararlarının, bundan böyle gerekçelerini bağlayıcı kabul etmeyeceği yönünde görüş değişikliğine işaret ettiği belirtilse de¹⁵; Mahkemenin, verdiği kararların gerekçesinin bağlayıcı olmayacağı yolunda açık bir görüşü bulunmamaktadır.

Üstelik bireysel başvuru kararlarında özellikle ihlal kararlarının ne şekilde yerine getirileceğine dair ayrıntılı açıklamalara yer verilmesi ve derece mahkemelerinden bu yönde hareket etmeleri gerektiğinin belirtilmesi, Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında yer verdiği gerekçeleri hala bağlayıcı olarak kabul ettiğini göstermektedir. Bu bakımdan norm denetiminde verilen kararlarda yer alan gerekçelerin yasama ve yürütme organlarına takdir yetkisi kullanabilecekleri daha geniş bir alan bıraktığı, bireysel başvuru kararlarında ise kararın yerine getirilmesi bakımından kamu gücü kullanan makamların hareket alanlarının daha dar olduğu tespiti yapılabilir.

15 Bu görüşte Eren, s. 1140-1141.

Kuşkusuz, yukarıda yer verilen kararların yasa- ma ve yürütmeye yönelik olduğu söylenebilir de, Anayasa md. 153/son fıkrası uyarınca Anayasa Mahkemesi kararları yargı organlarını da bağ- lar. Bu itibarla mahkemeler de iptalden sonraki durumu değerlendirirken ve yorumlarken, hük- mün iptal gerekçesini de dikkate almakla yüküm- lüdür. Yani iptal edilen hüküm hangi gerekçeyle Anayasa'ya aykırı bulunduysa, mahkemelerin de yorumu iptal gerekçelerine uygun şekilde yap- ması gerekir.

b) Anayasa Mahkemesi'nin İptal Gerekçesi

Anayasa Mahkemesi md. 39/4 hükmünü esas itibarıyla;

*"...Ancak yetki alma ve toplu iş sözleşmesinin hazırlık, müzakere ve pazarlık süreçlerinin devam ettiği dönemlerde sendika üyesi olmayan işçilerin dayanışma aidatı ödemesi itiraz konusu kuralla engellenmektedir. Bu sürecin ülkemizde çok uzun za- man alabildiği gözetildiğinde bu uzun süre boyunca dayanışma aidatı ödeyenlerin toplu iş sözleşme- sinden yararlanmasının engellenmesi bu dengeyi bozacak niteliktedir. Kuralın toplu iş sözleşmesinin imzalandığı tarihte taraf sendika üyesi olan işçiler lehine bir sonuç doğurduğu, bu nedenle sendika- laşma yarışında taraf sendika lehine bir avantaj yarattığı açıktır. **Öyle ki üye sayısını artırmada kolaylık elde eden taraf sendikanın bir sonraki toplu iş sözleşmesinde de üye işçi çoğunluğunu muhafaza etmek suretiyle diğer sendikalara üstün gelmesi ve taraf sendika statüsünü koru- ması mütemedi bir hâl alabilecektir. Bu durum ise sendikalar arasındaki yarışın ve dolayısıyla çoğulculuğun zedelenmesine neden olabilecektir.** Taraf sendika üyesi olmayıp sözleşmeden yararlanmaya ilişkin diğer şartları haiz olan işçilerin toplu iş sözleşmesinin geriye dönük hak bahşeden parasal hükümlerinden mahrum bırakılmalarının, bu kapsamdaki işçileri sendikaya üye olmaya zor- layacağı açıktır..."*

Ancak itiraz konusu kuralla taraf sendika üye- si olmayan işçilerin toplu iş sözleşmesinin toplu görüşme ve pazarlık sürecine ilişkin haklarla ilgili hükümlerinden yararlanmaları engellenmek su-

retiyle güçlü sendika ile toplu iş sözleşmesi hakkı arasındaki denge bozulmuştur. Bu yönüyle kural taraf sendikaya üye olmayan işçilerin dayanışma aidatı ödemek suretiyle sözleşme hükümlerinden yararlanma imkânını anlamsız da kılabilecek nite- liktedir..."

gerekçeleriyle, **yani anılan hükmün Anaya- sa md. 51 uyarınca taraf işçi sendikasına üye olanlarla olmayanlar arasında toplu iş sözleş- mesinden yararlanma imkânı konusunda ol- ması gereken eşitliği bozması** nedeniyle iptal etmiştir.

Bunedenle; artık yargı tarafından yapılacak yorumun da taraf işçi sendikasına üye olanlarla olmayanlar arasında eşitliği bozan bir sonuç ya- ratmaması, dayanışma aidatı ödeyenlerin de aynı taraf sendikaya üye olanlar gibi, geriye etkili kı- lınan hükümlerden yararlanma imkanı bulundu- ğunun kabulü gerekmektedir kanaatindeyiz.

c) Karşı Oy Yazısının ve Aksi Yöndeki Görüşlerin Değerlendirilmesi

Bu noktada Anayasa Mahkemesi Kararına iki üye tarafından konulan karşı oyda yer alan görüş- lerin de değerlendirilmesinde yarar görülmüştür.

Kanaatimizce karşı oy yazısında yer alan gö- rüşlerde çelişkili ifadeler olduğu gibi, ortaya ko- nulan görüşün ne olduğu da tam olarak anlaşı- lamamaktadır. Gerçekten karşı oy yazısının ikinci paragrafında;

"...Ancak toplu iş sözleşmesinden sadece taraf işçi sendikası üyelerinin yararlandırılmasına ilişkin kural sendikaya üye olma ve olmama özgürlüğüne (Any. m.51; STİSK m.25) aykırılık teşkil edecektir. Söz konusu aykırılığı gidermek için dayanışma ai- datı ödeme yoluyla toplu iş sözleşmesinden taraf işçi sendikasına üye olmadan da yararlanmanın yolu açılmıştır..."

denildikten sonra, dayanışma aidatı ödeyenle- rin toplu iş sözleşmesinden taraf sendikaya üye olanlara göre daha az yararlanması sonucunu doğuran 6356 md. 39/4'üncü fıkrasının son cüm- lesinin nasıl olup da Anayasa'ya aykırı bulun- duğunu anlamak mümkün değildir.

Öte yandan karşı oy yazısının üçüncü paragrafında yer alan;

"...Toplu iş sözleşmesinden, sendika üyesi olsun olmasın bütün işçilerin yararlanması eşitlik ilkesine daha uygun olsa bile; sendika üyesi olmayanların hiçbir masraf ve zorluğa katlanmadan, sendika üyeleri gibi yararlanmaları eşitliğe ve adalete aykırı olacak, sendika üyeliğinin önemini büyük ölçüde kaybettirecek ve bunun sonucunda sendikaları güçsüzeleştirecektir. Bu durum da sendikaların varlıklarını koruma özgürlüğüne (kolektif sendika özgürlüğü) aykırılık teşkil edecektir..."

yolundaki ifadede, sendika üyesi olsun olmasın bütün işçilerin toplu iş sözleşmesinden yararlanması eşitlik ilkesine daha uygun olarak nitelendirilmiş; ancak hemen sonra, sendika üyesi olmayanların hiçbir masraf ve zorluğa katlanmadan, sendika üyeleri gibi yararlanmaları eşitliğe ve adalete aykırı olarak nitelendirilmiştir. Bu durum bir çelişki olarak gözükmemektedir.

Nihayet; karşı oy yazısının beşinci paragrafında yer alan;

"...Ayrıca dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden geçmişe etkili olarak yararlanmanın yolu açıldığında işçinin geçmiş döneme ilişkin dayanışma aidatı ödemek zorunluğu gibi bir takım hukuki sorunlar da beraberinde gelecektir..."

yolundaki ifade eleştiriye değer niteliktedir.

Gerçekten öncelikle; Anayasa Mahkemesi'nin görevi bir kanun hükmünün Anayasa'ya aykırı olup olmadığını incelemektir. Kanun hükmünün iptali ile ortaya bir sorun çıkıp çıkmayacağı Anayasa Mahkemesi'nin görevine dahil değildir. Yani bir kanun hükmünün iptalinin sorun çıkaracak olması iptal etmemek için bir gerekçe olamaz. Kaldı ki, her iptal o veya bu şekilde birtakım sorunlar ortaya çıkarabilir. İptalden sonra ortaya çıkan sorunların çözümü ve giderilmesi kanun koyucuya veya derece mahkemelere yahut diğer yüksek mahkemelere aittir.

İkincisi ve belki daha da önemlisi; hukukumuzda bir iptal kararının ortaya çıkarabileceği hukuki sorunları bir ölçüde engellemeye yönelik pozitif dayanak da mevcuttur. Gerçekten Ana-

yasa Mahkemesi, bir kanun hükmünün iptali ile ciddi bir boşluk veya sorun oluşacağını öngördüğü takdirde, Anayasa md. 153 uyarınca iptalin yürürlüğe gireceği tarihi, kararın Resmî Gazete'de yayınlandığı günden başlayarak bir yılı geçmeyecek şekilde belirleyebilir. Somut olayda Anayasa Mahkemesi bu yetkisini kullanmadığına göre, iptal ile kayda değer bir sorun çıkmayacağını öngörmüş demektir. Nitekim iptal kararının yayınlanarak yürürlüğe girdiği 03.03.2021 tarihinden bu yana ortaya çıkan önemli bir hukuki sorundan söz edilemez.

Öte yandan; yukarıda da ifade edildiği gibi, dayanışma aidatı toplu iş sözleşmesinin tarafı sendikaya üye olanlarla olmayanlar arasında toplu iş sözleşmesinden yararlanma imkânı konusunda eşitliği sağlamak üzere ihdas edilmiştir. İptal kararını eleştiren görüşlerde ve yukarıda yer verilen karşı oy yazısında genel olarak, konunun hep olumsuz sendika özgürlüğü bakımından ele alınmaması gerektiği, sendika üyeliğinin de teşvik edilmesi gerektiği, iptalden önceki hükmün sendika üyeliğini teşvik ettiği, iptal kararının sendikalar hukukunun üyeliği esas alan temel anlayışına aykırı olduğu dile getirilmektedir.

Bu yoldaki görüşlerde esasen iki husus göz ardı edilmektedir:

İlk olarak, sendika seçme özgürlüğü gibi, sendikaya üye olmama özgürlüğü de anayasal düzeyde korunmuştur. Anayasa'da toplu iş sözleşmesinin tarafı sendikaya üye olmanın o veya bu şekilde üstün tutulmasının mümkün olabileceği yolunda bir ibare yahut ipucu mevcut değildir. Anayasa'da değişiklik yapılmadan, taraf sendikaya üye olanların daha fazla haklara sahip kılındığı her yasal düzenleme Anayasa'ya aykırı olacaktır.

Göz ardı edilen ikinci husus, taraf sendikaya üye olmayanlar kavramının içine sadece hiçbir sendikaya üye olmayanların değil, taraf sendika dışında başka sendikaya üye olanların da dahil olduğudur. Yani, başka bir sendikaya üye olmayı tercih edenler de dayanışma aidatı ödemek suretiyle toplu iş sözleşmesinden yararlanabilirler. Nitekim; işçilerin üye olacağı sendikayı seçme

özgürlüğü de olumlu sendika özgürlüğünün bir parçasıdır. Dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanma imkânı sayesinde işçiler sendika seçme özgürlüklerini de rahatça kullanabilirler. Dolayısıyla dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanmanın sadece olumsuz sendika özgürlüğü ile irtibatlandırılması, dayanışma aidatının sadece hiçbir sendikaya üye olmayanların toplu iş sözleşmesinden yararlanmasına hizmet eden bir müessese olarak sunulması ve güçlü sendikacılığın önündeki en büyük engel olarak gösterilmesi doğru değildir. Yapılan toplu iş sözleşmesinden en çok sendikası işçilerin yararlandığı yolunda bir istatistik mevcut değildir.

İptalden önceki hükmün sendika üyeliğini teşvik ettiği de doğru değildir. Bunun doğrusu, iptalden önceki hükmün taraf sendikaya üye olmaya zorladığıdır.

Bu noktada anlam veremediğimiz bir husus şudur ki; ilgili bazı görüşlerde dayanışma aidatı kurumunun toplu iş sözleşmesinin tarafı işçi sendikasına üye olma zorunluluğunu engelleyici olumlu bir yönü olduğundan söz ettikten sonra, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı ile dayanışma aidatı ödeyenlerin geriye etkili kılınan hükümlerden yararlanma yolunun açılmış olmasının işçi sendikalarının varlığı için bir tehdit oluşturacağını ileri sürmek bir çelişki olarak ortaya çıkmaktadır. Toplu iş sözleşmesinden yararlanmanın sadece taraf işçi sendikasına üye olmaya bağlı olduğu bir sistemin Anayasa'ya aykırı olacağı ileri sürüldükten sonra, taraf işçi sendikasına üye olmayanların taraf sendikaya üye olanlara nazaran daha az yararlanacağı bir sistemi savunmanın bir çelişki olduğu görüşündeyiz. Sendikaların varlığının taraf işçi sendikasına üye olmayanların sadece geriye etkili kılınan hükümlerden yararlanıp yararlanamamasına bağlı olduğu yolunda bir iddianın ciddiyetle bağdaşır bir tarafı bulunmamaktadır.

Toplu iş sözleşmesinden sadece taraf işçi sendikasına üye olanların yararlanmasını savunmanın, yani dayanışma aidatı müessesesine tümünden karşı olmanın hukuka aykırı da olsa, bir mantığı

vardır. Ancak dayanışma aidatı ödeyenlerin imza tarihi ile yürürlük tarihi arasında, yani nereden bakılırsa bakılsın sınırlı bir süre için yararlanmasına karşı olmanın hiçbir mantığı olmadığı gibi, bunun sendikalaşmanın önünde bir engel olarak gösterilmesini isabetli bulmak mümkün değildir.

Ayrıca belirtelim ki; toplu iş sözleşmesi yapan sendikanın yetkiyi kaybetmesi, daha doğrusu hiçbir sendikanın yetki alamaması, taraf sendikaya üye olmayanların da menfaatleri ile ilgilidir. Gerçekten; işyerinde hiçbir sendika yetki alamayınca, dayanışma aidatı ödeyenlerin yararlanabileceği bir toplu iş sözleşmesi de olmayacaktır. Bu nedenle esasen taraf sendikaya üye olan işçilerle olmayan işçilerin menfaatleri bir yerde kesişmektedir.

Kaldı ki; sendikalaşmaya sıcak bakmayan işçilerin, toplu iş sözleşmesi akdedilen işyerlerinde çalışan işçiler değil, örgütsüz işyerlerindeki işçiler olduğunu tahmin etmek güç değildir. İşçilerin, dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma imkânı olduğu için örgütlenmeye sıcak bakmadığı veya işçi sendikalarının bu yüzden yetkiyi kaybettiğine ilişkin iddiaları destekleyecek sayısal veriler yoktur. Örgütlenmenin ve yetki almanın önünde gerek mevzuattan gerekse uygulamadan kaynaklanan bunca engel dururken, dayanışma aidatı ödeyenlerin yürürlük tarihinden itibaren yararlanma imkanının örgütlenmeyi zayıflattığını ileri sürmek mümkün değildir.

Bunun yanında; çeşitli vesilelerle ifade ettiğimiz gibi, dayanışma aidatı ödeyerek yararlananlar sadece hiçbir sendikaya üye olmayan işçiler değildir. İşverenin, taraf sendikaya üye olmayan işçilere toplu iş sözleşmesine eşit veya üzerinde hak sağlayamadığı bir yasal sistem içerisinde, farklı sendikalara üye olma hakkının da korunması gerekir. Kaldı ki; Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı ile dayanışma aidatı ödeyenlerin sadece, talep tarihinden itibaren olmak üzere, imza tarihi ile yürürlük tarihi arasındaki haklardan yararlanmasının önü açılmıştır. İşçi sendikalarının sadece iptal kararından sonra ortaya çıkan bu imkân sebebiyle üye kaybına uğrayacağını iddia etmek isabetli değildir.

d) Dayanışma Aidatı Ödeyenlerle Taraf Sendikaya Üye Olanların Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanmaları Konusundaki Külfet Farkı İddiası

Kaldı ki, muhtelif görüşlerde dile getirilen, taraf sendikaya üye olanların aksine dayanışma aidatı ödeyenlerin hiçbir külfete katlanmaksızın toplu iş sözleşmesinin getirdiği haklardan yararlanacağı yolundaki yaklaşım da doğru değildir. Gerçekten, 6356 sayılı Kanun'un md. 39/8'inci fıkrasında, grev sonunda yapılan toplu iş sözleşmesinden, 65'inci maddeye göre zorunlu olarak çalışanlar dışında, işyerinde çalışmış olanların, aksine bir hüküm bulunmadıkça, yararlanamayacakları hükme bağlanmıştır.

İşçilerin sözleşmenin tarafı işçi sendikasına üye olmaya zorlanamamaları, diğer deyişle bireysel sendika özgürlüğünün korunması için dayanışma aidatı kurumunu öngören Kanun, bu istisna hükmüyle, toplu iş sözleşmesinden yararlanmak ile greve katılmak arasında bir bağ kurmuş ve böylece işçilerin ileride yararlanacakları bir toplu iş sözleşmesinin ortaya çıkması sürecine en azından greve katılmak suretiyle destek vermelerini zorunlu kılmıştır.

İşçilerin greve katılıp katılmama konusundaki haklarına dolaylı bir müdahale oluşturan söz konusu düzenleme; işçi sendikasının toplu görüşmedeki taleplerini kabul konusundaki silahı olan grevin etkinliğini sağlamak düşüncesiyle yakından ilgili olup, toplu iş sözleşmesinden yararlanmak için sözleşmenin tarafı sendikaya üye olması gerekmeyen işçilerin, hiç olmazsa bu toplu iş sözleşmesinin ortaya çıkması sürecinde bir katkıda bulunmasını öngörmektedir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki; taraf sendikaya üye olanların külfetlere katlanırken, taraf sendikaya üye olmayanların hiçbir külfete katlanmaksızın toplu iş sözleşmesinin getirdiği haklardan yararlandığı yolundaki görüşlerin isabetli olmadığı kanaatindeyiz. Gerçekten, taraf sendikaya üye olan işçilerin katlandığı tek külfet **"üye olmak"**tır. Hem, yukarıda da belirttiğimiz gibi, dayanışma aidatı ödeyenler sadece hiçbir sendika-

ya üye olmayan işçiler değildir. Öyle olsa dahi, sendikasız işçiler de greve katılmadıkları takdirde grev sonunda yapılan toplu iş sözleşmesinden -dayanışma aidatı ödeyerek dahi- yararlanmamaktadır. Bu anlamda, taraf sendikaya üye olanlarla olmayanlar arasında "külfet" yönünden bir farklılık bulunmadığı kanaatindeyiz. Keza dayanışma aidatı miktarı ile üyelik aidatı miktarı da uygulamada eşit olarak belirlenmektedir. Kaldı ki; bir işyerinde ilanihaye aynı sendikanın yetkili olacağı yolunda bir kural bulunmamaktadır. Nitekim, yetkinin bir başka sendikaya geçmesi uygulamada nadir karşılaşılan bir durum değildir. Yetki el değiştirdiğinde de evvelce taraf sendika üyesi olan işçiler bu kez dayanışma aidatı ödeyerek yararlanan işçiler durumuna gelecektir. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararında da isabetle belirtildiği üzere; iptal edilen hükmün toplu iş sözleşmesinin imzalandığı tarihte taraf sendikaya üye olan işçiler lehine bir sonuç doğurduğu ve böylelikle sendikalar arasındaki yarışta taraf sendika lehine bir avantaj yarattığı açıktır. Öyle ki; üye sayısını arttırmada kolaylık elde eden taraf sendikanın, bir sonraki yetki döneminde de üye işçi çoğunluğunu korumak suretiyle sendikalar arası yarışta diğer sendikaların önüne geçmesi ve taraf sendika statüsünü koruması mütemale bir hal alabilecektir. Bu durum da sendikalar arasındaki yarışın ve çoğunluğun zedelenmesine neden olabilecektir.

Bu nedenle; dayanışma aidatı ödeyenlerin, taraf sendikaya üye olanlara nazaran, hiçbir külfete katlanmaksızın, toplu iş sözleşmesinden yararlandıkları yolundaki iddianın haklılık payı bulunmamaktadır.

e) İptalden Sonra Dayanışma Aidatı Ödeyerek Yararlanma Talebinde Bulunma Zamanı ve Dayanışma Aidatının Ödenmesi Konusu

Kuşkusuz iptalle birlikte bazı sorunların ortaya çıkması kaçınılmazdır. Ancak bu konuda yeni bir yasal düzenleme yapılmasa dahi, bu sorunların yargı kararlarıyla çözüme kavuşturulabileceği kanaatindeyiz. Çünkü iptalle ortaya çıkan so-

runlar daha ziyade teknik niteliktedir ve bu teknik sorunların iptal gerekçeleri doğrultusunda çözüme kavuşturulması mümkündür. Nitekim yukarıda yer verilen Elâzığ İş Mahkemesi'nin kararı, kararın istinaf edilesi üzerine verilen Diyarbakır Bölge Adliye Mahkemesi kararı ve bu kararı temyizi üzerine Yargıtay 9'uncu Hukuk Dairesi'nin onama kararı, yargının Anayasa Mahkemesi'nin iptal gerekçelerine uygun değerlendirme yaptığını göstermektedir.

6356 md. 39/4'te dayanışma aidatı ödemek suretiyle yararlanma talebinin ne zaman hüküm doğuracağına ilişkin cümle iptal edildiğine göre,

(i) Dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yürürlük tarihinden itibaren yararlanabilmek için talebi ne zaman yapılması gerektiği ve

(ii) Bu ihtimalde dayanışma aidatının ne zaman ödeneceği,

sorularının cevaplandırılması gerekmektedir.

aa) Talepte Bulunulması

Talebin ne zaman yapılabileceği ve buna bağlı olarak yararlanmanın ne zaman başlayabileceği sorusuna geçmeden önce talebin ne şekilde yapılacağına kısaca değinmekte yarar görülmüştür.

6356 sayılı Kanun'da dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma talebinin ne şekilde yapılacağı konusunda bir hüküm getirilmemiştir. Bu nedenle, talebin yazılı veya sözlü şekilde yapılabileceği söylenebilirse de bu konuda ileride ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların engellenmesi bakımından, yazılı yapılmasında yarar bulunduğu kuşkusuzdur.

Taraflar, toplu iş sözleşmesinde dayanışma aidatı yoluyla yararlanma talebinin basılı bir kağıtla yapılmasını kararlaştırabilirler.

Ancak, bu yolda getirilecek düzenlemeler (örneğin; talebin ancak noter vasıtasıyla yapılabileceği gibi), talebin yapılmasını güçleştirici nitelikte olamaz. Öte yandan, işçiden gelen açık bir talep bulunmamakla birlikte, işçinin dayanışma aidatını kesen işverenin bu davranışına muvafakat etmesi halinde de talep şartının gerçekleştiği

kabul edilmek gerekir.

Dayanışma aidatı ödeme yoluyla yararlanma talebi işverene yapılır. Buradaki işveren ile kastedilen, sözleşmenin işveren tarafı değil, fiilen aidatı kesecek olan işverendir. Bu bakımdan, dayanışma aidatı ödeyerek yararlanmak istenilen toplu iş sözleşmesinin işveren tarafını işveren sendikasının oluşturduğu durumlarda da talebin işveren sendikasına değil, üye işverene yapılması gerekir.

6356 md. 39/4. fıkrasında, dayanışma aidatı ödemek suretiyle yararlanmak için sözleşmenin tarafı işçi sendikasının onayının aranmayacağı hükme bağlanmıştır. Maddede yalnızca işçi sendikasının muvafakatının aranmayacağından söz edilmesi kuşkusuz, dayanışma aidatı yoluyla yararlanmanın bir başka kişi veya kurumun muvafakatine bağlanabileceği anlamına gelmez. İşçinin bu yolla yararlanması, işçi sendikasının yanı sıra işveren tarafının veya başka bir makamın iznine de bağlı tutulamaz, toplu iş sözleşmelerine buna ilişkin hüküm konulamaz. Bu konuda tek belirleyici olan, işçinin iradesidir. İşçinin talebi üzerine işveren, sözleşme koşullarını bu işçiye de uygulamak zorundadır. İşçinin talebine rağmen işveren o veya bu nedenle işçiyi sözleşmeden yarılandırmaktan kaçındığı takdirde, işçi yoksun kaldığı hakları işverenden talep edebilir.

bb) İşçi Sendikası İşverenden, Dayanışma Aidatı Ödeyerek Yararlananların Ne Zaman Talepte Bulunduğunu Belgelemesi İsteyebilir mi?

6356 sayılı Kanun'da taraf sendikaya üye olmayan işçilerin dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma talebinde bulunacağı (md. 39/4) ve işverenin dayanışma aidatını işçinin ücretinden keserek sendikaya göndereceği (md. 18/2) düzenlenmekle birlikte, işçi sendikasının işverenden, dayanışma aidatı ödeyenlerin ne zaman talepte bulunduğunu isteyip isteyemeyeceği konusunda bir düzenleme yapılmamıştır.

Kanaatimizce; Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararında sonra, dayanışma aidatı ödeyenlerin, talep tarihinden itibaren olmak üzere, imza tarihi ile yürürlük tarihi arasındaki haklardan yararlan-

ması mümkün hale geldiğinden, talebin hangi tarihte yapıldığı konusu çok daha önemli hale gelmiştir. Gerçekten işveren, geriye etkili kılınan haklardan yararlanmak için zamanında talepte bulunmayan ya da talepte bulunmayı unutan işçiye, o veya bu amaçla, menfaat temin etmek isteyebilir. Taraf işçi sendikasının, dayanışma aidatı ödeyenlerin daha iyi konumda olması için işverenin onları talep tarihinden önceki süre için toplu iş sözleşmesinden yararlandığı yolunda bir şüphesi olması durumunda, hangi tarihte talepte bulduklarının belgelenmesini istemekte haklı bir menfaatinin bulunduğunu kabul etmek gerekir. Bu yorum şeklinin, işverenin, taraf işçi sendikasına üye olduğu işverene bildirilen işçinin üyelik kaydının da gönderileceğini arayan yasal sistemin bütünlüğüyle uyumlu olduğu kanaatindeyiz.

cc) Talepte Bulunma Zamanı

Toplu iş sözleşmesinin yürürlük tarihinden itibaren yararlanma talebinin ne zaman yapılması gerektiğine gelince;

Maddenin metnine bağlı kalındığı takdirde dayanışma aidatı ödeyerek yararlanmak isteyen işçi imza tarihi ile yürürlük tarihi arasında ne zaman talepte bulunduysa, ancak o tarihten ileriye doğru yararlanabileceğinde bir tereddüt bulunmamaktadır. Zaten yukarıda belirttiğimiz öğretici görüşleri de bu yoldadır.

Bununla birlikte; yine aynı sonuca varmak üzere, bu konuda farklı bir yaklaşımın da olabileceği kanaatindeyiz. Şöyle ki;

Gerçekten bu konuda bir yorum yapılırken, taraf sendikaya üye olanların toplu iş sözleşmesinden yararlanma imkânı ile taraf sendikaya üye olmayanların yararlanma imkanı arasında eşitlik ve dengenin gözetilmesi zorunludur. Nitekim; iptalden sonra dayanışma aidatı ödeyerek yararlanacak işçilerin geriye etkili kılınan hükümlerden tam olarak yararlanabilmek için hangi tarihte talepte bulunması gerektiği konusu, taraf sendikaya üye olanların geriye etkili kılınan hükümlerden hangi koşullarla yararlanabildiği konusuyla doğrudan bağlantılıdır veya bağlantılı

olması gerekir. Şöyle ki;

Yürürlük tarihi imza tarihinden önceye alınmış bir toplu iş sözleşmesinde, imza tarihinde taraf işçi sendikasına üye olan işçinin, sözleşmeden yürürlük tarihinden itibaren yararlanabilmesi için, bu üyeliğinin imza tarihi ile yürürlük tarihi arasında da bulunmasının gerekip gerekmediği 2822 sayılı Kanun döneminden bu yana tartışmalı idi.

Bu konuda; sözleşmenin imza tarihinde işyerinde çalışmakta olup taraf sendikaya üye olanların, geriye etki döneminde üye olmasalar dahi, sözleşmenin yürürlük tarihinden itibaren yararlanacağı ileri sürüldüğü gibi¹⁶, bu ihtimalde üyeliğin imza tarihi ile yürürlük tarihi arasında da aranması gerektiği ileri sürülmüştür¹⁷.

Bunlardan **Şahlanan'a** göre, "...imza tarihinde üye olanların geriye etkili yararlanmaları için yürürlük süresinde de üyeliklerinin gerektiğini söylemek md.39/2'nin açık ifadesiyle bağdaşmaz görünüyorsa da, yararlanmaya ilişkin sistemin bütünlüğü açısından bakıldığında, farklı bir sonuca varmak da mümkündür. Konuyu düzenleyen SenTİSK md.39'un birinci fıkrasında yararlanmaya ilişkin temel ilkeyi koymuş ve kural olarak yararlanmanın üyeliğe bağlı olduğunu ifade etmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında ise bu yararlanmanın şartlarını değiştirmemekte sadece onun başlangıç tarihlerini düzenlemektedir. Bu nedenle ikinci fıkranın yorumunda da birinci fıkradaki yararlanmaya ilişkin kuraldan uzaklaşmamak gerektiği ve yararlanma için üyeliği esas alan düzenlemenin söz konusu durumda da içerdiği söylenebilecektir..."¹⁸

16 Kemal Oğuzman, Toplu İş İlişkileri Açısından Yargıtay'ın Kararlarının Değerlendirilmesi 1984, İstanbul 1986, s. 211; Nuri Çelik/Talat Canbolat/Nurşen Caniklioğlu/Ercüment Özkaraca, İş Hukuku Dersleri, 35. Baskı, İstanbul 2023, s. 1037.

17 Aziz Can Tuncay, Toplu İş İlişkileri Açısından Yargıtay'ın 1990 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 1992, s. 120; Öner Eyrenci, İHU TSGLK m. 7 No. 8, (Karar İncelemesi); Fevzi Şahlanan, Toplu İş Sözleşmesi (Toplu İş Sözleşmesi), İstanbul 1992, s. 135, aynı yazar Toplu İş Hukuku (Toplu İş Hukuku), İstanbul 2020, s. 439; Ekmekçi, Düzenleme Yetkisi, s. 125, aynı yazar, Toplu İş Hukuku (Toplu İş Hukuku), s. 430; Ercüment Özkaraca, Toplu İş Sözleşmesinin Geriye Etkisi, İstanbul 2021, s. 147.

18 Şahlanan, Toplu İş Hukuku, s. 439.

Ekmekçi'ye göre, "...Yasanın sistemi içerisinde, sözleşmenin yanı sıra işçi sendikasının muvafakati olmadıkça, para verilmesine ilişkin toplu iş sözleşmesi hükümlerinden yararlanma, daima bir karşılığa dayanmaktadır. Bu karşılık, ya sözleşmenin yanı sıra işçi sendikasına üye olmak ya da dayanışma aidatı ödemektir. Sözleşmenin yanı sıra sendikanın muvafakati dışında, bu iki halden biri olmaksızın işçinin toplu iş sözleşmesinin paraya ilişkin hükümlerinden yararlanması sonucunu doğuran bir yorum Türk toplu sözleşme düzeninin, sendikaların varlıklarının korunması için, para verilmesine ilişkin hükümlerden yararlanmayı bir karşılığa bağlamak yolunda öngördüğü prensibe aykırı düşer. Bu nedenle, geriye etki süresince toplu iş sözleşmesinden yararlanabilmek için, imza tarihinde üye olan işçinin geriye etki süresince de üyeliğinin aranması, sistemin bütünlüğüyle daha uyumludur..."¹⁹

Yargıtay 1994 yılından bu yana, maddenin lafzına bağlı kalarak, imza tarihi ile yürürlük tarihi arasında üye olmasa dahi, en geç imza tarihinde taraf sendikaya üye olanların yürürlük tarihinden itibaren toplu iş sözleşmesinden yararlanabileceği yolunda yerleşik içtihat oluşturmuştur²⁰.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi; iptalden sonra ortaya çıkan duruma ilişkin yorumun, yani dayanışma aidatı ödeyenlerin geriye etkili kılınan hükümlerden yararlanma koşullarıyla taraf sendikaya üye olanların yararlanma koşullarının eşit olması sonucunu doğuracak şekilde olması gerekir.

Kanaatimizce eğer, Yargıtay'ın, taraf işçi sendikası üyelerinin yürürlük tarihinden itibaren yararlanabilmesi için, imza tarihindeki üyeliği yeterli gören kararları devam edecek olsa idi, yürürlük başlangıcından itibaren yararlanma imkanı konusunda taraf sendikaya üye olanlarla dayanışma aidatı ödeyerek yararlanmak isteyenler arasındaki eşitlik ve dengenin sağlanması için, dayanışma aidatı ödeyerek yararlanmak isteyen işçilerin yürürlük tarihinden itibaren yararlanabilmesi için,

19 Ekmekçi, Düzenleme Yetkisi, s. 125.

20 Kararlar için bak. Ekmekçi, Düzenleme Yetkisi, s. 125 dn. 339 ve 340.

en geç imza tarihine kadar talepte bulunmasını yeterli kabul etmek gerekecekti. Başka bir anlamıyla; Yüksek Mahkeme'nin taraf sendikaya üye olanların yürürlük tarihinden itibaren yararlanabilmesi için imza tarihindeki üyeliği yeterli gören içtihatları devam etse ve dayanışma aidatı ödeyerek yararlanmak isteyenlerin en geç imza tarihinde talepte bulunması yeterli görülmesi idi, yine Anayasa Mahkemesi'nin iptal gerekçelerine aykırı bir sonuç ortaya çıkacaktı.

Çok memnuniyet vericidir ki; Yargıtay yaklaşık 30 yıldır sürdürdüğü içtihadını değiştirmiş ve yukarıda yer verilen ikinci görüşü benimseyerek, yürürlük tarihi imza tarihinden önceye alınmış bir toplu iş sözleşmesinde, imza tarihinde taraf işçi sendikasına üye olan işçinin, sözleşmenin yürürlük tarihinden itibaren yararlanabilmesi için, bu üyeliğin geriye etki döneminde de bulunması gerektiği yolunda değerlendirme yapmıştır. Yani işçi artık imza tarihi ile yürürlük tarihi arasında hangi tarihte taraf işçi sendikasına üye olmuşsa, ancak o tarihten ileriye doğru toplu iş sözleşmesinden yararlanabilir.

Yargıtay'ın bu çok isabetli kararına göre;

"...2. 6356 sayılı Kanun'un 39 uncu maddesinin birinci fıkrasında "taraf işçi sendikasına üye olmak" toplu iş sözleşmesinden yararlanmanın şartı olarak öngörülmüştür. Kanun hükmüne göre toplu iş sözleşmesinden yararlanmak için asolan sendika üyeliği olup istisnai hâller dışında (dayanışma aidatı, sendikanın yazılı onayı gibi) sendika üyesi olmayanlar toplu iş sözleşmesinden yararlanamaz.

3. Bu itibarla, 6356 sayılı Kanun'un 39 uncu maddesinin ikinci fıkrasındaki; "Toplu ... sözleşmesinden, sözleşmenin imzalanması tarihinde taraf sendikaya üye olanlar yürürlük tarihinden, imza tarihinden sonra üye olanlar ise üyeliklerinin taraf işçi sendikasına işverene bildirildiği tarihten itibaren yararlanır." şeklindeki düzenlemenin, maddenin birinci fıkrasında yer alan "Toplu iş sözleşmesinden taraf işçi sendikasının üyeleri yararlanır." hükmü ile birlikte ele alınması gerekir.

4. Taraflarca toplu iş sözleşmesinin geriye veya

ileriye etkili olmasına yönelik bir kararlaştırma yapılmamış ise kural olarak toplu iş sözleşmesinin imza tarihinde yürürlüğe gireceği kabul edilmelidir (İrem Yayvak, *Toplu ... Sözleşmesinin Art Etkisi, ...*, 2014, s. 185; ... Özkaraca/..., "Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararı Sonrası Geçmişe Etkili Yürürlüğe Konan Toplu ... Sözleşmelerinden Dayanışma Aidatı Ödeyerek Yararlanma", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Y.2021, S.46, s.12). Böyle bir durumda imza tarihinde sendika üyesi olanların, imza ve yürürlük tarihleri aynı olduğundan, yürürlük tarihinden itibaren sözleşmeden yararlanacakları tartışmasızdır. Kanun koyucunun 39 uncu maddede imza tarihini esas alarak imza tarihinde üye olanların yürürlük tarihinden itibaren sözleşmeden yararlanabileceğini öngörmesinin ... sebebi de bu genel kuraldan hareket edilmesidir. olduğu anlaşılmaktadır. Buna karşılık taraflarca toplu iş sözleşmesinin geriye etkili olarak yürürlüğe girmesi kararlaştırıldığında, yine Kanun'un 39 ncu maddesi ışığında bir değerlendirme yapılması zorunlu olmakla birlikte, sözleşmeden yararlanma zamanı bakımından imza tarihi ile yürürlük tarihi yönünden bir ayırım yapılması gerekli hâle gelir.

5. Öncelikle belirtmek gerekir ki tıpkı imza tarihi ile yürürlük tarihi aynı olan toplu ... sözleşmesinde olduğu gibi, geriye etkili şekilde yürürlüğe giren toplu iş sözleşmesinden yararlanma için de ilk koşul imza tarihinde sendika üyesi olmaktır (Ömer Ekmekçi, *Toplu İş Hukuku Dersleri*, 4. Baskı, 2022, s. 406). Ancak geriye etkili bir toplu iş sözleşmesinden yürürlük tarihinden itibaren yararlanmak için bu koşul ... başına yeterli olmayıp işçinin, yürürlük tarihinde o işyerinde çalışmakta olan sendika üyesi işçi olması gerekir (Gaye, *Toplu İş Hukukunda Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma, ...*, 2021, s.100; Yeliz ... Gümrükçüoğlu, *Toplu İş Sözleşmesinin Uygulanma Alanı, ...*, 2018, s.271; Ömer Ekmekçi, *Toplu İş Hukuku Dersleri*, 4. Baskı, 2022, s.406-407). Çünkü toplu iş sözleşmesinden yararlanma için genel kural, toplu iş sözleşmesinin uygulandığı işyerinde çalışan işçinin taraf sendikaya üye olmasıdır. 6356 sayılı Kanun'un 39 uncu maddesinin ne birinci ne ikinci fıkrasında bu kuralın aksine bir düzenleme yer almaktadır.

6. Geriye etkili bir toplu iş sözleşmesinden, imza tarihinde üyelik şartını sağlamak kaydıyla yürürlük tarihinden itibaren yararlanılabileceğinin kabulü, ... bir süre sendika üyelik aidatı ödemek suretiyle toplu iş sözleşmesinden yararlanan işçi ile sadece imza tarihinde üye olmak suretiyle yürürlük tarihinden itibaren sözleşmeden yararlanan işçi arasında ... ve külfet dengesi bakımından açıkça eşitliğe aykırı bir sonuç oluşturur (Ömer Ekmekçi, *Toplu İş Hukuku Dersleri*, 4. Baskı, 2022, s. 407). Oysa 6356 sayılı Kanun sistematüğinde sendikanın muvafakati dışında toplu iş sözleşmesinden yararlanma ya üyelik aidatı ya da dayanışma aidatı ödenmesine bağlı olup sistemde, bu yöntemler dışında bir karşılıksız yararlanma biçimi öngörülmemiştir.

7. Açıklanan sebeplerle geriye etkili toplu iş sözleşmesinden yürürlük tarihinden itibaren yararlanmak isteyen işçi; hem yürürlük tarihinde toplu iş sözleşmesinin uygulandığı işyerinde çalışmalı, hem de imza tarihinin yanı sıra yürürlük tarihinde de taraf sendikaya üye olmalıdır. Bunun anlamı imza tarihinde sendika üyesi olan işçinin, yürürlük tarihinden sonra işe girmesi yahut sendikaya üye olması durumunda, bu olgulardan hangisi daha sonraki bir tarihte gerçekleşmişse işçinin o tarihten itibaren toplu iş sözleşmesinden yararlanabilmesidir. Yürürlük tarihi ile imza tarihi arasındaki dönemde sendika üyeliğinden ayrılma hâlinde yararlanmanın kesintiye uğrayacağı muhakkaktır ... Diğer taraftan yürürlük tarihi ile imza tarihi arasında iş sözleşmesi sona eren işçiler bakımından 6356 sayılı Kanun'un 39 uncu maddesinin üçüncü fıkrasında istisnai bir düzenlemeye yer verilerek imza tarihinden önce işyerinden ayrılan işçileri açıkça iş sözleşmesinin sona erdiği tarihe kadar toplu iş sözleşmesinden yararlanabilecekleri ifade edilmiştir.

8. Somut olayda davacı, Yüksek Hakem Kurulunun 25.02.2021 tarihli ve 2021/60 Esas, 2021/140 Karar sayılı kararıyla 15.11.2020-31.03.2021 yürürlük süreli toplu iş sözleşmesinin kendisine uygulanmadığını ve bu toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan alacaklarının bulunduğunu ileri sürerek işbu davayı açmıştır. Dosya kapsamındaki bilgi ve belgelerden davacının 01.02.2021 tarihinde işe girdiği, 15.02.2021 tarihinde ...Sen>e üye olduğu,

davacının daha önce dayanışma aidatı ödemediği anlaşılmaktadır.

9. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda, yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda davacının toplu iş sözleşmesinden üyelik tarihinden itibaren yararlanması gerektiği gerekçesiyle bu tarihten itibaren hak kazanılan alacaklar hesaplanmış ve Mahkemece bilirkişi raporunda hesaplanan alacaklar hüküm altına alınmıştır. Ancak Bölge Adliye Mahkemesince «Davacının, 01/02/2021 tarihinde çalışmaya başladığı, ... Sendikasına 15/02/2021 tarihinde üye olduğu, Yüksek Hakem Kurulunun, toplu ... sözleşmesinin bağıtlanmasına dair karar tarihi (25/02/2021) itibarıyla taraf işçi sendikasına üyeliğinin devam ettiği gözetildiğinde, 6356 sayılı Kanun'un 39/2 maddesi uyarınca, toplu iş sözleşmesinden işe giriş tarihinden itibaren yararlanması gerektiği açıktır.» şeklinde, dosya kapsamı ve İlk Derece Mahkemesinin kabulü ile örtüşmeyen bir gerekçeye yer verilmiştir.

10. Mahkemece 6356 sayılı Kanun'un 39 uncu maddesi hatalı yorumlanmak suretiyle, davacının salt imza tarihinde sendika üyesi olması yeterli görülerek işe giriş tarihinden itibaren toplu iş sözleşmesinden yararlanabileceği sonucuna varılması isabetsizdir. İmza tarihinde sendika üyesi olan davacının işe giriş tarihinden sonra sendika üyesi olduğunun anlaşılmasına göre Bölge Adliye Mahkemesi kararının gerekçesinde, davacının üyelik tarihinden itibaren toplu iş sözleşmesinden yararlanması gerektiğinin belirtilmemesi bozmayı gerektirir..." (Y9HD, 12.04.2023, 3413/5350).

Böylelikle; taraf işçi sendikasına üye olanların, geriye etki döneminde hangi tarihte üye olduysa, o tarihten itibaren yararlanacağına kabulüyle, dayanışma aidatı ödeyerek yararlananların, imza tarihi ile yürürlük tarihi arasında hangi tarihte talepte bulduysa, ancak o tarihten ileriye doğru yararlanabileceğinin kabulü daha kolaylıkla mümkün hale gelmiş ve taraf sendikaya üye olanlarla dayanışma aidatı ödeyenlerin toplu iş sözleşmesinin imza tarihi ile yürürlük tarihi arasına ilişkin haklardan yararlanma imkanı konusunda tam anlamıyla bir eşitlik sağlanmıştır.

Şu hâlde; gelinen bu noktada, dayanışma aidatı ödeyenler imza tarihi ile yürürlük tarihi arasında hangi tarihte talepte bulduysa, ancak o tarihten ileriye doğru yararlanabilir. Bu nedenle, özellikle birbirini izleyen toplu iş sözleşmesi dönemlerinin bulunduğu işyerlerinde, yeni toplu iş sözleşmesinin yürürlük tarihi çoğunlukla eski toplu iş sözleşmesinin bitimi tarihini izleyen gün olacağından, dayanışma aidatı ödeyerek yararlanacak işçilerin yeni toplu iş sözleşmesinin yürürlüğü tarihinden itibaren yararlanabilmesi için, eski toplu iş sözleşmesi biter bitmez talepte bulunmaları bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır.

Bunun gibi, imza tarihi ile yürürlük tarihi arasında işe girenlerin, işe girdikleri tarihten itibaren toplu iş sözleşmesinden yararlanabilmesi için, işe girer girmez talepte bulunmaları gerekir.

Öte yandan; nadir de olsa, imza tarihi ile yürürlük tarihi arasında dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma talebinde bulunan işçinin, imza tarihinden önce taraf sendikaya üye olması veya bunun tam tersi yani taraf sendikaya üye olan işçinin imza tarihi ile yürürlük tarihi arasında istifa ederek dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma talebinde bulunması mümkündür. Böyle bir durumda, imza tarihi ile yürürlük tarihi arasında yararlanma imkânı tanıyan hallerden hangisi daha önce ise, işçi o tarihten itibaren geriye etkili kılınan hükümlerden yararlanacaktır. Yani örneğin; imza tarihi ile yürürlük tarihi arasında dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma talebinde bulunan işçi, bu süre içerisinde taraf sendikaya üye olduğu takdirde, dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma talebinde bulunduğu tarihten itibaren; imza tarihi ile yürürlük tarihi arasında taraf sendikaya üye olan işçi istifa ederek dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma talebinde bulunduğu takdirde, üyeliğin mevcut olduğu tarihten itibaren geriye etkili kılınan hükümlerden yararlanacaktır.

dd) Toplu İş Sözleşmesi İmzalanmadan Talepten Vazgeçme veya Talebin Kendiliğinden Geçersiz Hale Gelmesi

Dayanışma aidatı ödemek suretiyle yararlan-

ma işçinin talebine bağlı olduğu için, bu talebinden, o veya bu nedenle, toplu iş sözleşmesi imzalanmadan vazgeçmesine de bir engel olmak gerekir.

Öte yandan; işçinin talebinin kendiliğinden geçersiz hale gelmesi de söz konusu olabilir. Gerçekten; dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma talebinde bulunan işçi, imzalanan toplu iş sözleşmesinde kapsam dışı statüye geçirildiği takdirde, yararlanma talebinin kendiliğinden geçersiz hale geleceğini kabul etmek gerekir.

ee) İmza Tarihi ile Yürürlük Tarihi Arası İçin Dayanışma Aidatı Ödenmesi

Dayanışma aidatının ne zaman ve ne şekilde ödeneceği sorusunun cevabı ise görece kolaydır. Nitekim dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma talebinde bulunmakla dayanışma aidatının fiilen ödenmesi birbirinden farklıdır. Gerçekten dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma talebinde bulunur bulunmaz aidat ödeme yükümlülüğü doğmaz. Aidat ödenmesi yararlanmanın fiilen başlamasına bağlıdır. Zaten hangi sendikanın yetkili olduğu, hatta bir sendikanın yetki alınamayacağı belli olmadığı, toplu görüşmeler başlamış olsa dahi toplu iş sözleşmesinin imzalanıp imzalanmayacağı veya ne zaman imzalanacağı, yürürlük başlangıcının hangi tarih olacağı belli olmadığı bir dönemde işçinin peşinen dayanışma aidatı ödemeye başlamasını aramanın hiçbir makul ve hukuki bir izahı bulunmamaktadır²¹. Bu nedenle; toplu iş sözleşmesi uygulanmaya başlanıldığında işçinin yararlanacağı geçmiş döneme ilişkin dayanışma aidatlarının ilgili aylara mal edilerek toplu olarak kesilmesi, mevcut düzenleme karşısında en uygun çözümdür.

Kuşkusuz bu konuda dayanışma aidatı kesme yükümlülüğü toplu iş sözleşmesinin imzalanması ile doğacağından, işçiye geriye doğru farkların ödendiği tarihten itibaren, toplu iş sözleşmesinde farklı bir süre kararlaştırılmamışsa, aidatların bir ay içinde taraf sendikaya ödenmesi halinde

(6356 sayılı Kanun md. 18/3), herhangi bir faiz talebi söz konusu olmayacaktır.

Bu noktada işçinin dayanışma aidatlarının toplu olarak kesilmesine ilişkin ayrıca rızasının alınmasına gerek olmadığı kanaatindeyiz. Zira işçinin yapılacak toplu iş sözleşmesinden yararlanma talebinde bulunması, yararlanacağı süreye ilişkin aidat kesilmesine ilişkin rızasını da içerir.

Öte yandan; talepte bulunan işçinin iş sözleşmesinin, toplu iş sözleşmesi henüz imzalanmadan, herhangi bir nedenle sona ermesi durumunda, geriye doğru yararlanma hakkı bulunduğu süreye ilişkin dayanışma aidatlarının fark ücret bordrolarından kesilmesi gerekir. Yoksa toplu iş sözleşmesinin imzalandığı tarihte iş sözleşmesinin sona ermiş olması, işçinin geriye doğru ve elbette iş sözleşmesinin sona erdiği tarihe kadar yararlanma hakkını ortadan kaldırmaz.

ff) Yargı Kararlarında Davacının Talep Tarihinden Değil, Yürürlük Tarihinden İtibaren Yararlandırılmış Olması

Yukarıda yer verilen yargı kararlarında bilinçli olup olmadığını anlayamadığımız bir ayrıntı söz konusudur. Nitekim anılan kararlarda davacının yeni akdedilen toplu iş sözleşmesinden talep tarihinden itibaren yararlanacağından söz edilmiş olmakla birlikte, talep tarihinden daha öncesinden yararlanması kabul edilmiştir. Gerçekten somut olayda davacının dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma talebi 12.04.2021 tarihlidir. Halbuki dosyada hesaplama 12.04.2021 talep tarihinden sonrası için değil, toplu iş sözleşmesinin yürürlüğe girdiği 01.04.2021 tarihinden itibaren yapılmış, yani davacının talep tarihinden öncesi için de toplu iş sözleşmesinden yararlanması kabul edilmiştir.

Davacının 12.04.2021 yararlanma talep tarihi ile toplu iş sözleşmesinin 01.04.2021 yürürlük tarihi arasında sadece 11 günlük fark olacak yani az bir miktar bulunmakla birlikte, hukuken çok önemli bir farklılık ortaya çıkmaktadır. Gerçekten; eğer kararlarda bu bilinçli olarak yapıldıysa, bunun anlamı, toplu iş sözleşmesinin imzalanmasına kadar herhangi bir zamanda yararlanma

21 Ekmekçi, Toplu İş Hukuku, s. 443-444.

talebinde bulunmanın geriye etkili kılınan tün hükümlerden, yani yürürlük tarihine kadar yararlanmak için yeterli görülmesidir. Bunun gözden kaçan bir hatadan mı kaynaklandığı yoksa bilinçli bir tercih mi olduğu bundan sonra verilecek yargı kararlarıyla ortaya çıkacaktır.

gg) İptal Kararından Sonra Toplu İş Sözleşmelerine Dayanışma Aidatı Ödeyenlerin Yürürlük Tarihinden İtibaren Yararlanamayacakları Yolunda Konulan Hükümlerin Değerlendirilmesi

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından sonra ortaya çıkan boşluk ve yorum ihtiyacına bağlı olarak uygulamada bazı toplu iş sözleşmelerine, dayanışma aidatı ödeyenlerin imza tarihi ile yürürlük tarihi arasındaki haklardan yararlandırılmayacağı, bazı toplu iş sözleşmelerine buna ilave olarak, aksi takdirde bu hakların ilave olarak sendika üyesi işçilere de uygulanacağı yolunda hükümler konulmaya başlanılmıştır.

Belirtelim ki, toplu iş sözleşmesinin kişiler bakımından uygulama alanı, başka bir anlatımla toplu iş sözleşmesi ile kimlerin ve hangi tarihten itibaren bağlı olduğu, toplu iş sözleşmesinden kimlerin ve hangi tarihten itibaren yararlanacağı çoğunlukla emredici hükümlerle düzenlenmiştir. Yani tarafların bu konudaki tasarruf yetkisi sınırlıdır.

Tarafların bu konuda yapabilecekleri nadir düzenlemelerden biri; uygulamada "kapsam dışı personel" olarak tabir edilen bazı işçilerin toplu iş sözleşmesinin kişiler bakımından uygulama alanının dışında bırakmak ve ikinci olarak; 6356 sayılı Kanun'un md. 26/4'üncü fıkrasında yer alan, "*Kuruluşların kendi faaliyetleri ile üyelerine sağladıkları hak ve çıkarların üyesi olmayanlara uygulanması, bu Kanunun yedinci ila on ikinci bölümlerinde yer alan hükümler saklı kalmak kaydıyla yazılı onaylarına bağlıdır.*" hükmüne dayanarak işçi sendikasının, hiçbir koşul aranmaksızın toplu iş sözleşmesinin üye olsun/olmasın tüm işçilerin yararlanmasına yazılı olarak rıza göstermesidir.

Bu haller dışında toplu iş sözleşmesi taraflarının kimlerin, hangi tarihten itibaren ve ne şekilde yararlanacağını 6356 sayılı Kanun'un "Toplu

iş sözleşmesinden yararlanma" başlıklı 39'uncu maddesine aykırı olarak düzenleyebilmesi mümkün değildir. Bunun gibi, toplu iş sözleşmesi taraflarının iptal kararı ile ortaya çıkan duruma ilişkin olarak yukarıda değinilen yargı yorumuna aykırı düzenleme getirmeleri mümkün değildir. Dolayısıyla toplu iş sözleşmelerinde, dayanışma aidatı ödeyenlerin imza tarihi ile yürürlük tarihi arası için getirilen haklardan yararlanamayacağı yolunda getirilen hükümler hukuken geçerli değildir. Bu yolda düzenlemeler içeren toplu iş sözleşmesinin tarafı olan işveren, dayanışma aidatı ödeyerek geriye etkili kılınan hükümlerden yararlandırmaktan kaçınamaz. Aynı nedenle, toplu iş sözleşmelerine bu durumda bulunan işçileri toplu iş sözleşmesinin geriye etkili kılınan hükümlerinden yararlandıran işverenler için bir yaptırım getirilmesi mümkün değildir.

8) Toplu İş Sözleşmesinden Yürürlük Tarihinden İtibaren Yararlandırılmayan İşçinin Sendikal Tazminat Talebi

a) Yargı Kararları

Yukarıda yer verilen kararlarda yer alan bir hususa, ilginç bulduğumuz ve bundan sonra da bu yolda taleplerle karşılaşılabilceğini düşündüğümüz için değinmeyi uygun gördük. Şöyle ki;

Karara konu olayda davacı işçi, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararına rağmen davalı işverenin toplu iş sözleşmesinden yürürlük tarihinden itibaren yararlandırmaması suretiyle sendikal ayırım yapıldığını ileri sürerek sendikal tazminat talebinde bulunmuştur.

Yerel Mahkemenin, gerekçesi itibarıyla son derece hatalı, ancak sonucu itibarıyla doğru kararı şu şekildedir:

"... herhangi bir sendika ayrımcılığı yapılmadan, imza sonrası taraf sendikaya üye olanlar ile dayanışma aidatı dilekçesi verenlere aynı şekilde geriye yönelik davalı idarece sunulan belgelere göre ücret ve ücret zammı (Sosyal yardım hariç) verilmediği, ileriye yönelik ücret zammı verildiği anlaşılmıştır. Dolayısıyla 6356 sayılı Kanun'un 25. Maddesi 7. Fık-

rasına göre sendikal ayrımcılık yapılmamıştır.

2021 yılı Kamu Toplu İş Sözleşmeleri Çerçeve Anlaşma Protokolü 11.08.2021 tarihinde imzalanarak yürürlüğe girmiş olmakla beraber, 6356 sayılı Kanun'un 39. Maddesine istinaden 27.08.2021 tarihinde imzalanan Toplu İş Sözleşmesi doğrultusunda ödeme yapılmıştır. Gerçekten de geçmişe dönük ücret zammı verilmemiş olması durumu dayanışma aidatı ödemek suretiyle toplu iş sözleşmesinden yararlanma talep edenlere mahsus değildir. Bu kişiler ile imza sonrası taraf sendikaya üye olanlar bakımından farklı muamele söz konusu değildir. Burada herhangi bir ayrımcılık yapılmadığı gibi sendikal ayrımcılık da söz konusu değildir. Kanun gereği talep tarihini takiben toplu iş sözleşmesinin geçerli olduğuna dair bir işlem söz konusudur. Açıklanan nedenlerle sendikal ayrımcılık yapıldığı ispatlanamadığından..."

Yerel Mahkemenin gerekçesi doğru değildir. Çünkü Mahkeme kararında, geçmişe dönük ücret zammı verilmemesi durumunun sadece dayanışma aidatı ödemek suretiyle toplu iş sözleşmesinden yararlanmayı talep edenlere mahsus olmadığı, imza tarihinden sonra taraf sendikaya üye olanların da geçmişe dönük ücret zammından yararlanmadığından söz ederek, bu iki grubun aynı durumda olduğunu zannetmiştir. Halbuki somut olayda davacı imza tarihinden önce talepte bulunmuştur. Bu nedenle, mutlaka bir karşılaştırma yapılacaksa, davacının durumunun imza tarihinden sonra taraf sendikaya üye olanlarla değil, en geç imza tarihinde üye olanlarla karşılaştırılması gerekirdi. Yerel Mahkeme bu gerekçesiyle adeta dayanışma aidatı ödeyenlerin Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından sonra geriye etkili kılınan haklardan yararlanabileceği yolundaki görüşü ile çelişmiştir.

Yerel Mahkeme'nin davacının sendikal tazminata hak kazanamayacağı yolundaki gerekçesi hatalı ise de, vardığı sonuç isabetlidir. Kanaatimizce olması gereken gerekçe şudur: Gerçekten davalı işverenin dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma talebinde bulunan davacıyı toplu iş sözleşmesinin geriye etkili kılınan haklardan yararlandırmaması sendikal ayırım yapma amacına

değil, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından sonra ortaya çıkan belirsizlik ve tereddütlere dayanmaktadır. Eğer işverenin sendikal ayırım yapma amacı bulunsaydı, davacıyı toplu iş sözleşmesinin imza tarihinden sonrasına ilişkin haklardan da yararlandırmaması gerekirdi.

Bir kamu işverenin yeterli açıklık olmadan, hele ki üyesi bulunduğu sendikadan yeterli desteği almadan ödeme yapmasının muhtelif sakıncalara neden olabileceği ve hatta ödeme kararı veren yöneticilerin şahsi sorumluluğuna gidilebileceği izahtan varestedir.

Dolayısıyla, dava konusu somut olayın bu özellikleri nazara alındığında, ortada sendikal ayırım yapılmasına yönelik bir işveren fiilinden söz etmek mümkün değildir.

b) Sendikal Ayırım İddiasıyla Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu (TİHEK)'na Yapılan Başvuru

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından sonra dayanışma aidatı ödemek suretiyle yürürlük tarihinden itibaren yararlanma konusu her nasılsa Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'nun da önüne gelmiştir.

Başvuran (...) Orman İşletme Müdürlüğü'nde çalışmaktadır. Yukarıda değinilen Kamu Denetçiliği Kurumu Kararında konu olaydaki başvuruçunun da Orman İşletme Müdürlüğü'nde çalışması, TİHEK'e başvuranın da aynı kişi olduğunu düşündürmektedir.

Başvuran; "...Orman İşletme Müdürlüğünde kadrolu olarak çalıştığını, sendikaya üye olmayan işçiler bakımından toplu iş sözleşmesine dayanan taleplerinin geçerlilik tarihini toplu iş sözleşmesinin imza tarihi olarak belirleyen Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 39'uncu maddesinin 4'üncü fıkrasında yer alan "İmza tarihinden önceki talepler imza tarihi itibarıyla hüküm doğurur." hükmünün, Anayasa Mahkemesinin 30.12.2020 tarih ve 2020/57 Esas sayılı kararıyla ve "sendika üyesi olmayıp sözleşmeden yararlanmaya ilişkin diğer şartları haiz olan işçilerin toplu iş sözleşmesinin geriye dönük hak bahşeden parasal hükümlerinden mahrum bırakılmalarının, bu kapsamda

ki işçileri sendikaya üye olmaya zorlayacağı açık olduğundan Anayasa'nın 51'inci maddesi kapsamında bir toplumsal ihtiyacı karşılamadığı ve aykırılık teşkil ettiği" gerekçesiyle iptal edildiğini, dayanışma aidatı ödeyenlerin sendikal haklardan yararlanabileceğini, kendisinin de sözleşme imza tarihinden önce dayanışma aidatı kesilmesi için Kurumuna dilekçe verdiğini, ancak sözleşme kapsamındaki haklardan faydalandırılmadığını, Orman Genel Müdürlüğünde görev yapan yetkililerin Anayasa Mahkemesi kararını dikkate almadığını, sosyal yardım, ikramiye ve ilave tediye maaşının eksik ödendiğini ve sendikal statü sebebiyle ayrımcılığa maruz kaldığını iddia ederek mağduriyetinin giderilmesini talep etmiş..." ise de,

TİHEK 09.02.2022 tarihli ve Başvuru No: 20217/1237-Karar No: 2022/100 sayılı kararıyla; "...Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun 17'nci maddesinin 5'inci fıkrasında ve Kanunun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in 41'inci maddesinde İş Kanunu'nun 5'inci maddesinin kapsamına giren ayrımcılık iddialarına ilişkin başvuruların, İş Kanunu ve ilgili mevzuatında belirlenen şikayet usulleri izlendikten sonra herhangi bir yaptırım kararı alınmadığı hallerde yapılabileceği düzenlenmiştir. 14. Başvuranın sendikal statü sebebiyle ayrımcılığa maruz kaldığını iddia ettiği başvuru dilekçesi ve ekleri incelendiğinde; başvuranın 4857 sayılı Kanun'da yer alan şikayet usulleri çerçevesinde Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına başvurduğu, ancak başvurusunun neticelenmediği görülmektedir. Bu nedenle 4857 sayılı Kanun'un 5'inci maddesinde öngörülen şikayet usullerinin tamamlanmadığı anlaşılmaktadır. 15. Başvuranın iddiaları yukarıda yer alan mevzuat hükümleri ile ele alındığında başvurunun 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5'inci maddesi kapsamındaki başvurulardan olduğu, inceleme şartlarını taşımadığı ve bu nedenle başvurunun kabul edilmez olduğu kanaatine varılmıştır..." yolunda değerlendirme yapmıştır.

Başvuranın, toplu iş sözleşmesinin geriye etkili kılınan hükümlerinden yararlandırılmamasının ayrımcılık olduğu yönündeki iddiasıyla iş mahkemesine başvurması mümkün olduğundan,

Kurum'un başvurunun kabul edilmez olduğu yolundaki kararı isabetlidir ve konuya ilişkin diğer kararlarıyla da uyumludur (bak. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu md. 17/5, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik md 41). Bu tür kurumların, görev ve yetki alanlarıyla ilgili/ilgisiz her konuda talepte bulunan ve her yere başvurmayı alışkanlık haline getiren kişilerin başvurularıyla meşgul edilmesi üzücüdür. Kurumun yayınladığı kararlar incelendiğinde, başvurunun kabul edilemez olduğu yolundaki kararların fazla sayıda olması, Kurum'un görev ve yetki alanının yeterinde anlaşamadığını düşündürmektedir.

Sonuç

Toplu iş sözleşmesinin tarafı sendikaya üye olmayanların dayanışma aidatı ödeyerek imza tarihiyle yürürlük tarihi arasındaki haklardan yararlanıp yararlanamayacağı 2822 sayılı Kanun'dan bu yana tartışmalıdır. 6356 sayılı Kanun, taraf sendikaya üye olanlarla olmayanlar arasında toplu iş sözleşmesinden yararlanma imkânı konusunda olması gereken eşitliği bozmuştu. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı son derece isabetli olmuştur. Bu iptal kararından sonra dayanışma aidatı ödeyenlerin, geriye etkili kılınan hükümlerden yararlanabileceği konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır. İptalden sonraki hükmün yorumunda Anayasa Mahkemesi'nin iptal gerekçelerinin göz önünde bulundurulacağı açıktır. Nitekim, yukarıda yer verdiğimiz yargı kararlarında da dayanışma aidatı ödeyenlerin geriye etkili kılınan hükümlerden yararlanabileceği kabul edilmiştir. Dayanışma aidatı ödeyerek yararlanmak isteyen işçi, imza tarihi ile yürürlük tarihi arasında hangi tarihte talepte bulunduysa, o tarihten ileriye doğru toplu iş sözleşmesinden yararlanabilir. İşçiden dayanışma aidatı kesilmesi için toplu iş sözleşmesinin yürürlüğe konulması gerekir. Nitekim toplu iş sözleşmesi uygulanmaya başlandığında işçinin yararlanacağı geçmiş döneme ilişkin dayanışma aidatlarının ilgili aylara mal edilmesi suretiyle toplu olarak kesilmesi en uygun çözümdür. Bu

konuda ilginç olan, bir işçinin başvurusu üzerine Kamu Denetçiliği Kurumu'nun da dayanışma aidatı ödeyenlerin geriye etkili kılınan hükümlerden yararlanması gerektiği yolunda değerlendirme yapmış olmasıdır. Bu konuda ayrımcılık yapıldığı iddiasıyla Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'na başvurulmuşsa da Kurum, başvurunun iş mahkemesine başvurusu mümkün olduğundan başvurunun kabul edilmez olduğu yolunda karar vermiştir. Nihayet, Yargıtay'ın çok yeni bir kararında, taraf sendikaya üye olanların geriye etkili kılınan hükümlerden yararlanabilmesi için, imza tarihinde üye olmayı yeterli gören görüşünden dönerek, imza tarihi ile yürürlük tarihi arasında da üye olmayı araması, dayanışma aidatı ödeyenlerin talep tarihinden itibaren yararlanabileceği yolundaki hükümle eşitliği sağlamıştır.

KAYNAKÇA

- Abdurrahman Eren, Anayasa Hukuku Dersleri, Genel Esaslar-Türk Anayasa Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2022.
- Aziz Can Tuncay, Toplu İş İlişkileri Açısından Yargıtay'ın 1990 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 1992.
- Emre Karabacak/Muhammed Enes Yıldız, "Dayanışma Aidatı ile Yararlanmanın Başlangıcına İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararının Düşündürdükleri", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXV, Sayı 4, Yıl 2021, s. 271-299.
- Efe Yamakoğlu/Seda Arslan Durmuş, "Dayanışma Aidatı Ödeyerek Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma (Anayasa Mahkemesinin 30.12.2020 Tarih ve 57/83 Sayılı İptal Kararı Sonrası)", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C. 18, Sayı 70, Yıl 2021, s. 596-605.
- Ercüment Özkaraca/Sema Deniz Özkan Koç, "Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı Sonrası Geçmişe Etkili Yürürlüğe Konulan Toplu İş Sözleşmesinden Dayanışma Aidatı Ödeyerek Yararlanma", Sicil İş Hukuku Dergisi, sayı 46, Yıl 2021, s. 11-27.
- Ercüment Özkaraca, Toplu İş Sözleşmesinin Geriye Etkisi, İstanbul 2021.
- Fevzi Şahlanan, Toplu İş Sözleşmesi (Toplu İş Sözleşmesi), İstanbul 1992.
- Fevzi Şahlanan, Toplu İş Hukuku (Toplu İş Hukuku), İstanbul 2020.
- İmge Hazal Yılmaz, "Toplu İş Sözleşmesinden Dayanışma Aidatı Ödeyerek Yararlanmanın Başlangıcı -Anayasa Mahkemesi Kararının Düşündürdükleri-", TAAD, Sayı 47, Temmuz 2021, s. 375-390.
- Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku, 4. Baskı, Bursa 2021.
- Kemal Oğuzman, Toplu İş İlişkileri Açısından Yargıtay'ın Kararlarının Değerlendirilmesi 1984, İstanbul 1986.
- Nazlı Elbir, "Toplu İş Sözleşmesinden Dayanışma Aidatı Ödemek Suretiyle Yararlanma: Anayasa Mahkemesi'nin 30.12.2020 Tarihli ve 57/83 Sayılı Kararı Işığında Bir İnceleme", Terazi Hukuk dergisi, C. 16, Sayı 182, s. 1937-1947.
- Nuri Çelik/Talat Canbolat/Nurşen Caniklioğlu/Ercüment Özkaraca, İş Hukuku Dersleri, 35. Bası, İstanbul 2023.
- Öner Eyrenci, İHU TSGLK m. 7 No. 8, (Karar İncelemesi).
- Ömer Ekmekçi, Toplu İş Sözleşmesiyle Düzenleme Yetkisi (Düzenleme Yetkisi), İstanbul 1996.
- Ömer Ekmekçi, Toplu İş Hukuku Dersleri, 2. Bası, İstanbul 2019.
- Ömer Ekmekçi, Toplu İş Hukuku (Toplu İş Hukuku), 5. Bası, İstanbul 2023.
- Seracettin Göktaş, Toplu İş Sözleşmesinin Kişi Bakımından Uygulama Alanı, Ankara 2023.

Kamuda Değişen Taşeronların Değişmeyen İşçilerinin EYT Sonrası Kıdem Tazminatından Sorumluluk

Öz

Gerek özel sektörde gerekse kamuda çok sayıda hizmetin taşeron şirketler tarafından yerine getirildiği görülmektedir. Özellikle kamuda bu şirketler yeni ihalelerle değişmekte ancak bu şirketler nezdinde çalışan işçilerin büyük çoğunluğu aynen çalışmaya devam etmektedir. Konu iş hukukunun her dönem gündeminde olmuştur. Ancak EYT olarak tanımlanan son emeklilik düzenlemesinden sonra kıdem tazminatı talepleri yoğunlaşınca son taşeron şirketler işçilerin “geçmiş dönemler dâhil birikmiş tüm tazminatlarının, almakta oldukları son ücrete göre hesaplamak suretiyle ödenmesi” taleplerini yerine getirememektedirler. Son taşeronun söz konusu olumsuz geri dönüşü üzerine işçiler bu defa kıdem tazminatlarından asıl işverenin de müteselsil olarak sorumlu olduğu gerekçesiyle, taleplerini sözlü, yazılı ve bazı işçiler yönünden dava yolu ile kamuya da yönlendirmektedirler.

Asıl işveren ile hizmet aldığı şirketler arasındaki ilişkinin unsurları asıl işveren-taşeron ilişkisinin unsurlarıyla uyumluysa taşeron işçilerinin olası ödenmeyen işçilik alacaklarından asıl işveren de kıdem tazminatları da dahil olmak üzere müteselsilen sorumludur.

Bu durum taşeronların aynı kalmaması, farklı ihalelerle değişmesi halinde de geçerlidir. Adı geçen taşeron işçilerinin iş sözleşmeleri kıdem tazminatı ödenmesini gerektirecek şekilde sona ermişse kıdem tazminatlarının asıl işveren tarafından ödenmesi hukuken uygundur. Bunun için işçilerin dava açmalarının beklenmesine gerek olmamakla birlikte elbette olası davanın neticelerine göre de ödeme yapılabilir.

İşçilerin kıdem tazminatlarının asıl işveren tarafından ödenmesinden sonra asıl işverenin ödediği miktarı taşeronlara rücu ederek talep etmesi mümkündür. Zira hizmet alım işinin son taşeronu dahi işçinin asıl işverenin içinde çalıştığı sürenin tümünden sorumlu olmayacak, ancak kendi çalıştırmış olduğu süreyle sınırlı olarak kıdem tazminatı ödeme yükümlülüğüyle karşı karşıya kalacaktır. İşçiye ödenen kıdem tazminatı ise iş sözleşmesinin feshedildiği tarihteki giydirilmiş ücret üzerinden hesaplanmalıdır. Bu kıdem tazminatının tamamından işçiyi çalıştırdıkları dönemle orantılı olarak taşeronlar asıl işverene karşı sorumlu olacaklardır.

Anahtar Sözcükler:

Asıl işveren, alt işveren, müteselsil sorumluluk, kıdem tazminatı, emeklilikte yaşa takılanlar.

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

Responsibility From The Severance Pay Of The Retirement Age Victims Of The Unchanged Employees Of The Changed Public Subcontractors

Abstract

Both in private and public sector, many services are carried out by subcontractors. Especially in the public sector, although subcontractors change with new tenders the majority of employees working in these companies continue to work. The subject has always been on the agenda of labour law. However, when the demands for severance pay increased after the last retirement regulation defined as EYT, the last subcontractors have been unable to fulfill the employees' demands for the payment of all their accumulated compensation, including previous periods, calculated according to the last wage they received. Upon the refusal of the last subcontractor, employees apply to the public principal employer who is jointly responsible for severance pay verbally or in writing. Some employees also request these demands through lawsuits.

In case of the elements of the relationship between the principal employer and the companies from which it receives services are compatible with the elements of the principal subcontractor -subcontractor relationship, the principal employer is jointly responsible for the possible unpaid labour receivables of the subcontractor's employees, including severance pay. This

is also valid if subcontractors change due to the different tenders. In case of the termination of the employment contracts of subcontractor employees in a way that requires the payment of severance pay, severance pay can be legally paid by the principal subcontractor. The principal subcontractor does not need to wait for a lawsuit filed by the employees to make this payment. Of course, payments can also be made depending on the results of the possible lawsuit.

After the severance pay is paid to the employees the principal subcontractor may recourse to the subcontractor for the compensation amount paid by him. As the subcontractor will not be responsible for the entire period during which the employee has been worked in the workplace of the principal employer. The subcontractor is obliged to pay severance pay limited only to the period he employs. Severance pay paid to the employee should be calculated based on the wage on the date of termination of the employment contract. Subcontractors will be liable to the principal subcontractor for the entire severance pay, divided by the periods during which they employed the employees.

Keywords:

Principal subcontractor, subcontractor, joint liability, severance pay, the retirement age victims.

Giriş

Bilindiği üzere kamuda birçok hizmet taşeron şirketler vasıtasıyla temin edilmekte, yıllar içerisinde söz konusu taşeron şirketler değişse de bu şirketlerin işçilerinin büyük ölçüde aynı kaldığı görülmektedir. İş hukuku açısından birtakım soru işaretlerini barındıran bu durum özellikle EYT şeklinde tanımlanan son emeklilik düzenlemesinden sonra çok sayıda işçinin kıdem tazminatı ödemesinin bir anda gündeme gelmesiyle yeni bir boyut kazandı. Tam da bu noktada kıdem tazminatı talepleri doğal olarak son taşeron şirketlere yöneltilince adı geçen şirketler yıllardır süregelen kıdem tazminatı yükünün karşılanması hususunda sorun yaşamaya başladılar ve konu asıl işveren konumundaki kamuya yansımaya başladı. Bu çalışmamızda güncel bir problem haline gelen “emekli olan/olacak taşeron işçilerine ilişkin kıdem tazminatı yükümlülüğü konusunda kamunun sorumluluğu” noktasında görüşlerimizi paylaşacağız.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere kamuda birçok hizmet Kamu İhale Kanunu'na göre hizmet alımı işi kapsamında gerçekleştirilen açık ihaleler uyarınca üçüncü şahıs firmalardan alınmaktadır. Bu suretle kamuda söz konusu hizmetlerde, dönemler içerisinde taşeron değişmesine rağmen, taşeron işçileri büyük bir oranda aynı kişiler olarak kalmakta ve ihale süresi biten şirketten herhangi bir işçilik alacağı almaksızın, mevcut SGK kayıtları, yeni taşeron şirkete aktarılmaktadır. Bir başka deyişle, kamu tarafından taşeronlardan ihale yolu ile alınan hizmet alımı işi kapsamındaki işçiler, taşeron değişse dahi kesintisiz olarak hizmet vermeye devam etmektedirler.

Son dönemde EYT düzenlemesi olarak hayata geçen mevzuat çerçevesinde, kamu tarafından alınan hizmet kapsamında son taşeron şirket nezdinde çalışmakta olan işçiler, emeklilik talebinde bulunmaya başlamış, bu taleplerini doğal olarak çalışmakta oldukları taşeron şirketlere yöneltilmişlerdir. Ancak genellikle son taşeron şirketler, işçilerin “geçmiş dönemler dâhil

birikmiş tüm tazminatlarının, almakta oldukları son ücrete göre hesaplanmak suretiyle ödemesi” taleplerini yerine getirememektedirler. Bu taleplerin yerine getirilmeme sebebi olarak da işçilerin geçmiş dönemlerde görev yaptıkları taşeron şirketlerdeki çalışmalarından doğan tazminatların ödenmesinin kendi açılardan maddi olarak mümkün olmadığı, ancak kendi dönemine düşen tazminat sorumluluğunun yerine getirilebileceği belirtilmektedir. Son taşeronun söz konusu olumsuz geri dönüşü üzerine işçiler, bu defa, asıl işveren sıfatıyla kıdem tazminatlarından asıl işverenin de müteselsil olarak sorumlu olduğu gerekçesiyle, taleplerini sözlü, yazılı ve bazı işçiler yönünden dava yolu ile kamuya da yönlendirmektedirler.

Elbette her şeyden önce çözümlenmesi gerek konu; yukarıda belirtilen durumda kamunun asıl işveren sıfatının bulunup bulunmadığı, bir başka deyişle ilgili kamu kurumu iştiraki şirket ile taşeron şirketler arasında asıl işveren-taşeron ilişkisinin mevcut olup olmadığı yönündedir. İlişkinin bu çerçevede değerlendirilmesi durumunda asıl işveren ile taşeronlar arasında İş Kanunu'na göre işçilik alacakları bakımından müteselsil sorumluluk söz konusu olacak ve sorun bu çerçevede çözümlenecektir. Buna göre; EYT vb. nedenlerle kıdem tazminatı talebinde bulunan/bulunacak tüm işçilerin söz konusu taleplerini dava yolu ile asıl işveren şirket ve taşeronlara yöneltmeleri ve dava sonucunda mahkemenin kamunun asıl işveren olarak tazminat sorumluluğunu sabit bulması halinde, işçilere asıl işveren şirket tarafından ödeme yapılması söz konusu olabilecektir. Ancak, bu yönde açılacak davalar sonucunda verilecek kararların kesinleşme süresinin uzunluğu göz önüne alındığında bu süreçte işçilerin gecikme nedeniyle daha da mağdur olmalarının önüne geçilmesini teminen, çalışmamızda değerlendirdiğimiz asıl işveren şirketlerin kamu sermayeli bir şirket olması ve kamu yararı da göz önünde bulundurulmak suretiyle, kıdem tazminatı ödemelerinde sorun yaşayan işçilerin, bu taleplerini 4857 sayılı İş Kanunu uyarınca dava açmaksızın

doğrudan asıl işverene yönlendirip yönlendiremeyecekleri, bu taleplerin kesinleşmiş bir mahkeme kararı olmaksızın asıl işveren şirket tarafından yerine getirilip getirilemeyeceği hususunda tereddütler yaşanmaktadır.

Bu bilgiler ışığında mevzuat ve içtihatlar da değerlendirilerek; kıdem tazminatı ödemelerinde sorun yaşayan taşeron işçilerinin, bu taleplerini dava açmaksızın doğrudan kamu sermayeli asıl işveren şirkete yönlendirip yönlendiremeyecekleri, bu taleplerin, kesinleşmiş bir mahkeme kararı olmaksızın asıl işveren tarafından yerine getirilip getirilemeyeceği, getirilebilecek ise izlenecek hukuki yöntem hususlarında değerlendirmelerimizi bu çalışmada açıklamaya çalıştık.

Mevzuat Çerçevesinde Hukuki İlişkinin Niteliğinin Belirlenmesi

Bu bilgiler çerçevesinde çalışmamıza ilişkin inceleme öncelikle asıl işveren-taşeron ilişkisinin mevcudiyeti ve tarafların sorumluluğu noktasında düğümlenmektedir. Hukuki sorunun çözümü bakımından öncelikle asıl işveren-taşeron ilişkisine ilişkin 4857 sayılı İş Kanunu'nda ve ilgili Alt İşverenlik Yönetmeliği'nde yer alan tanımlar ve kıstaslar dikkate alınarak hukuki ilişkinin niteliği sağlıklı bir şekilde tespit edilmelidir. Hukuki ilişkinin tespiti yapıldıktan sonra somut olay bazında uygulanacak hukuk kurallarının değerlendirilmesinin yapılması mümkün olabilecektir.

4857 sayılı İş Kanunu md. 2/6 uyarınca, bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-taşeron ilişkisi denir. Bu ilişkide asıl işveren, taşeronun işçilerine karşı o işyeri ile ilgili

olarak İş Kanunundan, iş sözleşmesinden veya taşeronun taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden taşeron ile müteselsilen sorumludur.

Kanuna göre asıl işveren-taşeron ilişkisinin kurulmasında her iki işverenin müteselsil sorumluluğu bulunmaktadır. Asıl işveren ile taşeron arasında yapılacak sözleşme türünün müteselsil sorumluluğun doğması bakımından ise herhangi bir önemi yoktur. Asıl işveren ile taşeronun aralarında yaptıkları sözleşme türü ne olursa olsun, kendilerini işçi haklarını ödemekten kurtaracak veya taraflardan sadece birini sorumlu kılacak sözleşme hükümleri hukuken geçersiz olacaktır. Bu nedenle, işçilerin ücret, fazla çalışma, ikramiye, sigorta primlerinin ödenmesi ile ihbar ve kıdem tazminatı gibi işçilik haklarından sadece taşeronu sorumlu tutan, asıl işverenin bu haklardan hiçbir şekilde sorumlu tutulamayacağına ilişkin sözleşme hükümleri geçersiz sayılacaktır.

Hemen belirtelim ki asıl işveren kendisinden alacağını talep eden işçinin kendi işçisi olmadığını, taşeron işçisi olduğunu, bu nedenle öncelikle taşeronun sorumlu tutulması gerektiğini ileri süremez. Üstelik asıl işveren, taşerona olan bütün borçlarını ödediğini, yaptığı ödemelerden taşeronun işçisine ücret ve diğer haklarını ödemesi gerektiğini ileri sürerek de sorumluluktan kurtulamaz. Aynı şekilde, asıl işveren ile taşeron arasında imzalanmış bulunan teknik şartnamede her türlü sorumluluğun işi yapan taşeron firmaya ait olacağı kararlaştırılmış olmasına rağmen asıl işveren sorumluluktan kurtulamaz. Bu yöndeki bir hüküm işçiyi bağlamaz. Zira kanun hükmü kamu düzenine ilişkindir ve işçinin aleyhine değiştirilmesi de mümkün değildir. Gerçi asıl işveren taşerondan fazladan yaptığı ödemeleri rücu davası açarak her zaman geri isteyebilir. Ama asıl işveren işçilik haklarından taşeronla birlikte borcun tamamından ve aynı derecede sorumlu olduğundan; işçi, bu haklarını kendi sözleşmesel işvereni olan taşerondan isteyebileceği gibi, doğrudan asıl işverene karşı

açacağı bir alacak davasıyla da isteyebilir.

Değişmeyen Taşeron İşçisinin Kıdem Tazminatından Sorumluluk

Çalışmamız çerçevesinde incelenecek temel sorun kamu sermayeli asıl işveren şirketin EYT ve diğer nedenlerle emekli olacak olan taşeron işçilerinin kıdem tazminatı talepleri karşısındaki durumu ile alakalıdır. Yukarıda da belirttiğimiz üzere söz konusu asıl işveren şirketler İş Kanunu md. 2 çerçevesinde muvazaalı olmayan yapılar içerisindeki birçok hizmeti taşeron sıfatı taşıyan şirketlerden almaktadır. Ancak dönemler içinde hem özel sektörde hem de özellikle kamuda sıklıkla görüldüğü üzere taşeron şirketler değişmektedir¹. Bu çerçevede asıl işveren şirket söz konusu hizmeti alırken taşeron şirketler değişse de işçilerin büyük ölçüde aynı kalmakta olduğu görülmektedir. Yine uygulamada sık sık görüldüğü üzere bu işçilerin devam etmekte olan SGK kayıtları da yeni taşeronu aktarılmakta ve bu işçiler kesinti olmaksızın taşeronlar değişse dahi asıl işveren için çalışmaya devam etmektedirler.

Bu sistemle çalışan taşeron işçileri son dönemde EYT olarak anılan ve birçok kişinin kıdem tazminatına hak kazandığı yeni düzenleme çerçevesinde iş sözleşmelerini bu gerekçeyle

feshederek kıdem tazminatı talebinde bulunmaya başlamışlar ve bu taleplerini bordrolusu oldukları son taşeron şirketlere yöneltmişlerdir. Ancak, son taşeron şirketlerin genellikle bu talepleri; sadece kendi dönemlerindeki çalışmaya denk düşen ödemeyi yapabileceklerini belirterek, işçilerin geçmiş dönemlerde görev yaptıkları şirketlerdeki çalışmalarından doğan tazminatların ödenmesinin kendi açılardan maddi olarak mümkün olmadığı gerekçesiyle karşılayamaması üzerine, işçiler asıl işveren sıfatıyla kıdem tazminatlarından asıl işverenin de müteselsil olarak sorumlu olduğu gerekçesiyle, taleplerini asıl işveren şirketlere de yönlendirmektedirler.

Çalışmamız çerçevesindeki kamu sermayeli asıl işveren şirketlere bakıldığında bunların taşeronun kendisinden iş aldığı işveren niteliğinde, yani işçi çalıştıran bir tüzel kişi oldukları tespit edilebilmektedir. Bu şirketler bizzat işçi istihdam etmekte ve işveren niteliğini taşımaktadır. Söz konusu kamu sermayeli şirket yaptığı işin tümünü ihale etmemekte, İş Kanunu çerçevesinde örneğin yardımcı iş niteliği taşıyan bir hizmeti bir başka işverene vermekteyse, kendisi asıl işveren olarak kalmakta ve işi verdiği şirketler de kendi dönemlerinde taşeron sıfatıyla faaliyette bulunmaktadır.

Kamu sermayeli şirket ile hizmet aldığı şirket arasındaki hukuki ilişkinin muvazaa barındıran bir asıl işveren-taşeron ilişkisi olduğu netleşince, bunun sonucu olarak taşeronun işçilerinin olası ödenmeyen işçilik alacaklarından asıl işveren şirket de doğal olarak kıdem tazminatları da dahil olmak üzere müteselsilen sorumludur. Bu durum taşeronların aynı kalmaması, farklı ihalelerle değişmesi halinde de geçerlidir.

Nitekim 4857 sayılı İş Kanunu'nun 112. maddesine 10.09.2014 tarihli ve 6552 sayılı Kanun'un 8. maddesiyle eklenmiş hükmüne göre; "4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 62 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi kapsamında alt işverenler tarafından çalıştırılan işçilerin kıdem tazminatları; alt işverenlerinin değişip değişme-

1 Yargıtay asıl işveren-taşeron ilişkisinin muvazaalı olup olmadığının her ihale dönemi için ayrı ayrı incelenmesi ve tespit edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Yüksek mahkemeye göre; "...bir ihale dönemi için kesinleşen muvazaa tespiti, sonraki ihale dönemi için bağlayıcı değildir. Sonraki ihale dönemi için asıl işveren-alt işveren ilişkisinin geçerli kurulup kurulmadığı ya da muvazaaya dayanıp dayanmadığı ayrıca incelenmelidir. Yapılacak araştırmada; verilen işin yardımcı iş niteliğinde olduğu ya da 4628 sayılı Kanun ile 6446 sayılı Kanun'un hukuki çerçevesinde işlem tesis edildiği, yapılan sözleşmelerle alt işverene fiilen verilen işin aynı olduğu, davacı işçinin de bu ihale ile verilen iş kapsamında çalıştırıldığı belirlendiğinde, davalı ile dava dışı şirketler arasındaki ilişkinin asıl işveren-alt işveren ilişkisi olduğu sonucuna varılarak, bu tespite göre ve Toplu İş Sözleşmesi hükümleri dikkate alınmaksızın karar verilmelidir".Bkz.Yargıtay 9.HD., 10.03.2021, E.202172000, K.2021/5892.

diğine bakılmaksızın aralıksız olarak aynı kamu kurum veya kuruluşuna ait işyerlerinde çalışmış olanların bu şekilde çalışmış oldukları sürelerle ilişkin kıdem tazminatına esas hizmet süreleri, aynı kamu kurum veya kuruluşuna ait işyerlerinde geçen toplam çalışma süreleri esas alınarak tespit olunur. Bunlardan son alt işverenleri ile yapılmış olan iş sözleşmeleri 1475 sayılı İş Kanununun 14 üncü maddesine göre kıdem tazminatı ödenmesini gerektirecek şekilde sona ermiş olanların kıdem tazminatları ilgili kamu kurum veya kuruluşları tarafından işçinin banka hesabına yatırılmak suretiyle ödenir”.

Söz konusu hükümde kıdem tazminatının taşeronlar değişse de değişmese de kim tarafından ödeneceği hususu düzenlenmektedir. İş Kanunu md. 2’de hüküm altına alındığı üzere asıl işveren-taşeron ilişkisinde asıl işveren, taşeronun işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak 4857 sayılı Kanun’dan, iş sözleşmesinden veya taşeronun taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden taşeron ile birlikte sorumludur. Bu hükmün sonucu olarak kıdem tazminatının elbette taşerondan da talep edilmesi mümkündür². Zira 6552 sayılı Kanun’daki düzenleme kıdem tazminatı bakımından taşeronun 4857 sayılı İş Kanunu md. 2/6’daki yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz³.

6552 sayılı Kanun’un gerekçesine bakıldığında esasen adı geçen kanunla getirilen düzenlemelerin nedeni gayet iyi bir şekilde anlaşılmaktadır. Gerekçede; taşeron işçilerinin en önemli sorunlarından birinin de kıdem tazminatı konusu olduğu, taşeron işçilerinin kıdem tazminatına hak kazanması ve hak kazandıkları bu tazminatı alamamasının birçok nedeninin bulunduğu, taşeronların her yıl değişmesinin bu şirketlerde çalışan işçilerin bir yıllık çalışma şartını sağlamalarını zorlaştırdığı, kıdem şartını

yerine getirirse dahi işçilerin kıdem tazminatlarının birçok taşeron tarafından ödenmediği, herhangi bir uyumsuzluk durumunda ise taşerona ulaşılamadığı, birlikte sorumluluk esas alınarak ödemenin tümünün asıl işverene bırakıldığı ifade edilmektedir.

Gerekçede; kıdem tazminatını ödemek isteyen taşeronların dahi bu ödemeyi yapamadığı, işçilerin dava yoluna başvurmaları halinde ise kıdem tazminatlarının faizi ile birlikte asıl işveren kabul edilen kamu tarafından ödenmesine karar verildiği, bu durumun kamu kurum ve kuruluşları için ciddi mali külfet doğurduğu, madde ile bu sorunun çözümü yoluna gidildiği belirtilmiştir. Buna göre taşeron işçilerinin hak ettiği kıdem tazminatları ilgili kamu kurum ve kuruluşu tarafından doğrudan işçinin banka hesabına aktarılacaktır. Kıdem tazminatının ödenebilmesi için kamu kurum ve kuruluşları gerekli incelemeleri yaptıktan sonra söz konusu taşeron işçisinin kamu kurum ve kuruluşlarında geçen hizmet süresine tekabül eden kıdem tazminatı tutarını taşeron işçisinin banka hesabına aktaracaklardır. Ödeme yapan kamu kurum ve kuruluşları mülga 1475 sayılı İş Kanunu’nun yürürlükte olan 14. maddesindeki şartları doğal olarak göz önünde bulunduracaktır.

Görüldüğü üzere, 6552 sayılı Kanun’la yapılan değişikliğin amacı, asıl işveren olan kamu kurumları açılan davalar neticesinde kıdem tazminatlarını faiziyle birlikte ödemek zorunda olabileceklerinden, ayrıca yargılama gideri ve vekalet ücreti ek ödemeleriyle de karşı karşıya kalabileceklerinden, asıl işverenlerin söz konusu mali külfete katlanmadan ödemeyi doğrudan taşeron işçilerine yapmalarını sağlamaya yöneliktir⁴. Çalışmamız çerçevesinde konu değerlendirildiğinde; 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi kapsamında taşeronlar tarafından çalıştırılan işçiler açısından; taşeronlarının

2 **Kayırgan, H.:** “Kamu Kurumunun İşçilik Alacakları Nedeniyle Alt İşverene Veya Yükleniciye Rücu Hakkının Kapsamı Ve Değerlendirilmesi”, *SÜHFD.*, C. 29, S. 4, 2021, s. 3013.

3 Yargıtay 9.HD., 03.11.2020, E.2017/17463, K.2020/14457.

4 **Sümer, H.H./ Kayırgan, H.:** İşçilik Alacakları ve Hesaplamaları, 2.Bası, Ankara, 2021, s. 265.

değişip değişmediğine bakılmaksızın süreklilik halinde kamu sermayeli asıl işveren şirkette çalışmış olanların bu şekilde çalışmış oldukları sürelerle ilişkin kıdem tazminatına esas toplam çalışma süreleri tespit edilmelidir. Bunların son taşeronları ile yapılmış olan iş sözleşmeleri 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesine göre kıdem tazminatı ödenmesini gerektirecek şekilde sona ermişse kıdem tazminatlarının asıl işveren tarafından işçinin banka hesabına yatırmak suretiyle ödenmesinin hukuken uygun olduğu kanaatindeyiz. İş Kanunu'ndaki hükümlerin ve iş hukukunun barındırdığı işçiyi koruma ilkesinin bu çerçevedeki amacı, taşeronların yanlarında çalıştırdıkları işçilerin ücret ve diğer haklarını ödemekte güçlük çekmeleri ya da ödememeleri halinde, bunların işinde çalıştıkları asıl işvereni de birlikte sorumlu tutarak işçilerin haklarının korunmasını sağlamaktır. Bunun için söz konusu işçilerin dava açmalarının beklenmesine gerek olmamakla birlikte elbette olası davanın neticelerine göre de ödeme yapılabilir. Bu konuda nihai takdir elbette asıl işveren şirkette olacaktır.

İşçilerin işçilik alacaklarının ve bu arada kıdem tazminatlarının asıl işveren tarafından ödenmesinden sonra asıl işverenin elbette ödediği miktarı taşeronla rücu ederek talep etmesi mümkündür. Ancak asıl işverenin rücu edeceği taşeron sayısı bazı durumlarda birden fazla da olabilmektedir. Nitekim bazı hallerde bir muvazaa olmaksızın ve işçilerin hakları kısıtlanmaksızın işçilerin aralıksız olarak değişen taşeronlar yanında çalıştırıldığı da sıklıkla görülmektedir. Doktrinde bunun işyerinin devri niteliği taşıdığı ve buna ilişkin hukuki sonuçların doğduğu kabul edilmektedir⁵. Yargıtay da yeni dönem için yapılan ihaleyi kaybeden taşeronun, işçilerinin sözleşmelerini çoğu zaman feshetmeden ve genellikle hiçbir ödeme yapmadan sürecin di-

şında kalması ve işçilerin yeni taşeronla hiç ara vermeden ya da makul sayılacak bir süre sonunda çalışmaya devam etmeleri halinde önceki ve mevcut taşeronlar arasında örtülü bir işyeri devrinin bulunduğunu kabul etmekte ve sonuçlar bağlamaktadır⁶. Bu çözüm tarzı Bölge Adliye

6 "... İşyerinin tamamının veya bir bölümünün hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devri işyeri devri olarak tanımlanabilir. 4857 sayılı Kanun'un 6. maddesinde, işyerinin bir bütün olarak veya bir bölümünün hukuki bir işleme dayalı olarak başkasına devri halinde mevcut iş sözleşmelerinin devralana geçeceği düzenlenmiştir. Bu anlatıma göre, alt işverence asıl işverenden alınan iş kapsamında faaliyetini yürüttüğü işyerinin tamamen başka bir işverene devri 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesi kapsamında işyeri devri niteliğindedir. Dairemizin kökleşmiş içtihatları da bu yöndedir. Süresi sona eren alt işverenle yeni ihaleyi alan alt işveren arasında açık biçimde işyeri devrini öngören bir sözleşme yapılması da imkân dahilindedir. Alt işverenin değişmesine rağmen yeni alt işveren nezdinde işyerinde çalışmaya devam edecek olan işçilerin belirlendiği hallerde, sözü edilen işçiler bakımından iş sözleşmelerinin devralan işveren geçtiği tartışmasızdır. Ancak yeni alt işverende çalışacak olan işçiler arasında gösterilmeyen ve süresi sona eren alt işveren tarafından başka bir işyerinde çalıştırılmak üzere bildirimde bulunulmayan işçilerin iş sözleşmelerinin devreden alt işveren tarafından feshedildiğini kabul etmek gerekir. Alt işverenin asıl işverenle akdettiği çalışma süresinin sonunda veya süresinden önce alt işverenin, ilişkinin sonlandırılması nedenine dayalı olarak tüm işçilerine başka işyeri göstererek işyerinden ayrılması, ardından işin asıl işveren tarafından başka bir alt işverene verilmesi örneğinde alt işverenler arasında hukuki bir ilişki bulunmamaktadır. Hukuki ilişki, alt işverenler ile asıl işveren arasında gerçekleştiğinden belirtilen durum alt işverenler arasında işyeri devri olarak değerlendirilemez. Alt işverenlerin değişmesi en yaygın biçimde, süresi sona eren alt işverenin işyerinden ayrılması ve işçilerin yeni alt işveren nezdinde çalışmaya devam etmeleri şeklinde gerçekleşmektedir. Bu eylemli durumun işyeri devri niteliğinde olup olmadığının tespiti ile hukuki sonuçlarının belirlenmesi önemlidir. Alt işverenlerin değişiminde olması gereken, süresi sona eren alt işverenin işyerinden ayrılması anında işçilerini de beraberinde başka işyerlerine götürmesi veya iş sözleşmelerinin sona erdirilmesidir. Bunun tersine alt işveren işçilerinin alt işverenin işyerinden ayrılmasına rağmen yeni alt işveren yanında aynı şekilde çalışmayı sürdürmeleri halinde, alt işverenler arasında İş Kanunu'nun 6. maddesi anlamında bir işyeri devrinin kabulü gerekir. Bu durumda yeni alt işverenin, devam eden hizmet akitlerini de devraldığı aynı maddede hükme bağlanmıştır. İşçinin asıl işverenden alınan iş kapsamında ve değişen alt işverenlere ait işyerinde ara vermeden çalışması halinde, işyeri devri kurallarına göre çözüme gidil-

5 **Tuncay, C.:** "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi-2011, Ankara, 2013, s. 36-38; **Çankaya, O.G./ Çil, Ş.:** İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, İstanbul, 2009, s. 383-384.

mahkemeleri tarafından da benimsenmektedir⁷.

mesisi gerekmektedir. Bu durumda değişen alt işverenler işçinin iş sözleşmesini ve doğmuş bulunan işçilik haklarını da devralmış sayılırlar. İş sözleşmesinin tarafı olan işçi veya alt işveren tarafından bir fesih bildirim yapılmadığı sürece, iş sözleşmeleri değişen alt işverenle devam edeceğinden, işyerinde çalışması devam eden işçi açısından, feshe bağlı haklar olan ihbar ve kıdem tazminatı ile izin ücreti talep koşulları gerçekleşmiş sayılmaz. Buna karşın, süresi sona eren alt işverence işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde, yapılan fesih bildirim ile iş ilişkisi sona ereceğinden, işçinin daha sonra yeni alt işveren yanındaki çalışmaları yeni bir iş sözleşmesi niteliğindedir. Bu durumda feshe bağlı hakların talep koşulları gerçekleşeceğinden, feshin niteliğine göre hak kazanma durumunun değerlendirilmesi gerekecektir. Somut olayda, davacının davalı şirketin kadrolu işçisi olarak çalışmaya başlamadan önce davalı bünyesinde değişen alt işverenlerin işçisi olarak çalıştığı sabittir. Davalı şirketin, davacının bu çalışmalarından alt işverenlerdeki işin devralındığı kabulüne göre işyeri devri kuralları gereği sorumlu olacağı muhakkaktır. İşyeri devri ile birlikte iş sözleşmesinin de devrinden söz edebilmek için, devir tarihi itibarıyla işçi veya devreden işveren tarafından fesih bildiriminde bulunulmamış olması, kısaca devir tarihi itibarıyla sözleşmenin devam ediyor olması gerekir. Açık bir fesih bildirimini müteakip işçinin ara vermeden yeni alt işveren nezdinde çalışmaya devam etmesi yeni bir iş sözleşmesi olarak nitelendirilmelidir. Bir fesih bildirim söz konusu değilse ve işçinin kesintisiz veya makul sayılabilecek bir süre sonra çalışmaya devam etmesi halinde işyeri devri kurallarına göre hareket etmek gerekir. Davacıya ait işe giriş ve çıkışları gösteren ... kayıtları incelendiğinde; davacının son alt işveren şirket nezdinde çalışırken çalışması kesintiye uğramadan davalı şirketin kadrolu işçisi olarak çalışmaya devam ettiği anlaşılmakta ise de, önceki alt işverenlerde geçen çalışma süresinin bazı dönemler kesintiye uğradığı, davacı tarafca da çalışmanın kesintisiz devam ettiğinin yönteminde ispatlanamadığı anlaşılmaktadır. O halde, değişen alt işverenlerdeki çalışmanın hukuki nitelendirilmesi yapılırken, bir alt işverendeki çalışma süresinin sona erdiği ve diğer alt işverendeki çalışma süresinin başladığı tarih arasında 10-15 gün gibi makul süreyi aşan çalışma aralıklarının varlığının tespiti halinde artık işyeri devrinden söz edilemeyeceği kabul edilmelidir. Davacının bu süreyi aşan bir kesintiden sonra başlayan çalışması, yeni bir iş sözleşmesine dayalıdır. Bu kabule göre davacının kesintisiz kaç dönem halinde çalıştığı belirlenmeli ve belirlenen çalışma dönemlerinin her biri için, o dönem için belirlenen çalışma süresi ve dönemin son bulunduğu tarihteki ücret seviyesine göre zamanaşımı savunması da gözetenilerek kıdem ve ihbar tazminatları ile yıllık izin alacakları hesaplanmalıdır. Yargıtay 22.HD, 15.05.2017, E.2017/24463, K.2017/11027.

7 Antalya BAM 10.HD, 07.11.2016, E.2016/20, K.2016/25;

Doktrindeki bir görüşe göre; makul sayılacak süreden ne anlaşılacağı belli olmadığı gibi, bu çözümün her olayda isabetli olduğunu söylemek de mümkün değildir. Bu görüşe göre Türk Borçlar Kanunu md. 429 çerçevesinde iş ilişkisinin devrinin de gündeme gelebileceği düşünülür. Buna göre önceki taşeronun işçilerinin büyük çoğunluğunu götürüp birkaçını bırakması ve bunların da hiçbir şey olmamış gibi yeni taşeron nezdinde çalışmaya devam etmeleri halinde, anılan işçilerin işçilik haklarında kesinti ve kayıp yerine, iş sözleşmelerinin örtülü biçimde yeni taşerona devredildiğinin kabulü daha doğuru olacaktır⁸.

Bu durumlarda açık bir devir sözleşmesi olmadığı sürece işyerindeki ilk ihaleyi alıp son ihaleyi kaybeden taşeron ile yeni ihaleyi alan taşeron arasında işyerinin devrine ilişkin bir hukuki işlem bulunmadığı gibi, işçilerin iş sözleşmelerinin devri konusunda işçi ve taşeronlar arasında bir anlaşma da bulunmamaktadır⁹. İşte tam da bu noktada bizim de katıldığımız görüşe göre; eğer devir taşeronlar arasındaki bir hukuki işleme dayanmıyorsa hiç karşılaşmamaları bile olası olan taşeronlar arasında doğrudan işyerinin devrinin olduğunu ileri sürmek yerine, korunan menfaatler açısından benzer bir durum söz konusu olduğundan, İş Kanunu md.6'nın kıyasen uygulanacağını kabul etmek daha isabetli olacaktır¹⁰.

Gerçekten de taşeronların aralarında herhangi bir hukuki işleme bağlı olmaksızın değişmesi işyeri devri olarak değerlendirilmediği takdirde, her bir taşeron kendi dönemiyle alakalı olarak işçilik haklarından sorumlu olacak, asıl işverenin sorumluluğu da kanun gereği taşeronun sorumluluğunu aşamayacağından işçiler açısından hak kaybı söz konusu olabilecektir¹¹.

İstanbul BAM 26.HD., 15.03.2017, E.2017/228, K.2017/278.

8 **Akyiğit, E.:** Bireysel İş Hukuku, Ankara, 2021, s. 76.

9 **Güven, E./Aydın, U.:** Bireysel İş Hukuku, 6. Bası, Eskişehir, 2020, s. 82.

10 **Süzek, S.:** İş Hukuku, İstanbul, 2021, 21. Bası, s. 212-213.

11 **Çelik, N./Caniklioğlu, N./Canbolat, T./Özkaraca, E.:** İş

Yüksek Mahkeme'ye göre; "İşyerinin tamamının veya bir bölümünün hukukî bir işleme dayalı olarak başka birine devri işyeri devri olarak tanımlanabilir. 4857 sayılı Kanun'un 6.maddesinde, işyerinin bir bütün olarak veya bir bölümünün hukukî bir işleme dayalı olarak başkasına devri halinde mevcut iş sözleşmelerinin devralana geçeceği düzenlenmiştir. Bu anlatıma göre, alt işverence asıl işverenden alınan iş kapsamında faaliyetini yürüttüğü işyerinin tamamen başka bir işverene devri 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesi kapsamında işyeri devri niteliğindedir..... Alt işverenlerin değişmesi en yaygın biçimde, süresi sona eren alt işverenin işyerinden ayrılması ve işçilerin yeni alt işveren nezdinde çalışmaya devam etmeleri şeklinde gerçekleşmektedir. Bu eylemli durumun işyeri devri niteliğinde olup olmadığının tespiti ile hukukî sonuçlarının belirlenmesi önemlidir. Alt işverenlerin değişiminde olması gereken, süresi sona eren alt işverenin işyerinden ayrılması anında işçilerini de beraberinde başka işyerlerine götürmesi veya iş sözleşmelerinin sona erdirilmesidir. Bunun tersine alt işveren işçilerinin alt işverenin işyerinden ayrılmasına rağmen yeni alt işveren yanında aynı şekilde çalışmayı sürdürmeleri halinde, alt işverenler arasında İş Kanunu'nun 6.maddesi anlamında bir işyeri devrinin kabulü gerekir. Bu durumda yeni alt işverenin, devam eden hizmet akitlerini de devraldığı aynı maddede hükme bağlanmıştır. İşçinin asıl işverenden alınan iş kapsamında ve değişen alt işverenlere ait işyerinde ara vermeden çalışması halinde, işyeri devri kurallarına göre çözüme gidilmesi gerekmektedir. Bu durumda değişen alt işverenler işçinin iş sözleşmesini ve doğmuş bulunan işçilik haklarını da devralmış sayılırlar. İş sözleşmesinin tarafı olan işçi veya alt işveren tarafından bir fesih bildirim yapılmadığı sürece, iş sözleşmeleri değişen alt işverenle devam edeceğinden, işyerinde çalışması devam eden işçi açısından, feshe bağlı haklar olan ihbar ve

kıdem tazminatı ile izin ücreti talep koşulları gerçekleşmiş sayılmaz"¹².

Asıl işverenin rücu edeceği birden fazla taşeron bulunması halinde bunlardan hangisine ya da hangilerine başvurulacağı ve bu taşeronların sorumluluklarının çerçevesi de elbette çizilme-lidir. Konu hakkında görüş bildiren Yargıtay'a göre; hizmet alım sözleşmeleri, ihale şartları ile belirlenen işin sözleşmede kararlaştırılan bedel ile yapılmasının üstlenildiği sözleşmelerdir. Hizmet alımı tip sözleşmelerinde işverenin, taşeron tarafından çalıştırılan işçinin ücretinin ödenmesi, sosyal haklarının takibi gibi denetim dışında işçiye karşı bir sorumluluğu yoktur. İşveren ile taşeronun İş Kanunu'na göre işçiye karşı müteselsilen sorumlu olmasına rağmen rücu ilişkisinde taraflar arasında imzalanan sözleşmenin uygulanması sözleşme hukukunun en temel ilkelerindedir. Taşeron işçilerinin kıdem tazminatı da dahil olmak üzere işçilik alacaklarını ödeyen asıl işverenin işçiyi çalıştıran taşerondan ödediği bedelin tamamını talep etme hakkı bulunduğu kabulü gerekir. Hizmet alım ihaleleri aynı taşeron tarafından alındığı gibi, değişik taşeronlar tarafından da alınabilmektedir. Bu halde işyeri devri suretiyle işçiler yeni taşerona devredildiği için iş sözleşmeleri kesintiye uğramadan devam etmekte ve işçilik alacakları da bu doğrultuda hesaplanmaktadır. İşçiye ödenen kıdem tazminatı iş sözleşmesinin feshedildiği tarihteki giydirilmiş ücret üzerinden hesaplanmakta olup bu kıdem tazminatının tamamından işçiyi çalıştırdıkları dönemle orantılı olarak taşeronlar asıl işverene karşı sorumludurlar. İhbar tazminatından son işveren sorumludur. Bunların dışında hafta tatili ücreti, ücret alacağı, fazla çalışma ücreti gibi işçiye ödenen tazminatlardan taşeronlar asıl işverene karşı işçiyi çalıştırdıkları dönemle sınırlı olarak sorumlu olacaklardır. Taşeronlar aleyhine açılan rücu davalarında ayrı sözleşmelerle hizmet ifa eden taşeronlar mecburi dava arkadaşı olmadığı

Hukuku Dersleri, 35. Bası, İstanbul, 2022, s. 122.

12 Yargıtay 22.HD., 15.05.2017, E.2017/24463, K.2017/11027.

gibi borçtan müteselsilen sorumlu olacaklarına ilişkin kanun hükmü de bulunmamaktadır. Bu nedenle alacak davalarında her davalı aleyhine ayrı tahsil hükmü kurulmalıdır. Davanın itirazın iptali şeklinde açılmış olması durumunda ise takibin hangi davalı açısından hangi miktarla devam edeceği ayrı ayrı belirlenmelidir¹³. Bu çerçevede taşeronlar tarafından ödenmemiş olan işçilik alacaklarını, bu anlamda kıdem tazminatını alamamış taşeron işçilerinin ödemelerini gerçekleştirebilecek kamu sermayeli asıl işveren şirketin taşeronlara yukarıda belirtilen esaslar çerçevesinde rücu etmesi de son derece hukuki ve hakkaniyete uygun olacaktır.

21.02.2019 tarih ve 7166 sayılı Kanun md. 11 ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 112. maddesine getirilen hükümlerle; 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca taşeronlar tarafından çalıştırılan işçiler bakımından, 11.09.2014 tarihinden sonra imzalanan ihale sözleşmeleri kapsamında, kamu kurum ve kuruluşlarına ait işyerlerinde 11.09.2014 tarihinden sonra geçen süreye ilişkin olarak kamu kurum ve kuruluşları tarafından yapılan kıdem tazminatı ödemeleri için sözleşmesinde kıdem tazminatı ödemesinden ötürü taşeronla rücu edileceğine dair açık bir hükme yer verilmemişse taşeronlara rücu edilemeyeceğine dair bir düzenleme yapılmıştı. Yine 7166 sayılı Kanun'un 12. maddesiyle de 4857 sayılı İş Kanunu'na "Bu maddenin yürürlük tarihi itibarıyla kamu kurum veya kuruluşları tarafından alt işverene rücu edilmek üzere yürütülen davalarda, 112. maddenin altıncı fıkrası kapsamında rücu edilmeyecek kısmı için ihtilafın esası hakkında karar verilmesine yer olmadığına hükmedilir, yargılama gideri ve vekâlet ücreti taraflar üzerinde bırakılır. İcra takiplerinde rücu edilmeyecek kısma ilişkin olarak harç alınmaksızın düşme kararı verilir, takip giderleri ile vekâlet ücreti taraflar üzerinde bırakılır. Ancak, bu kapsamda alt işverene rücu edilerek takip ve tahsil edilmiş

olan tutarlar, alt işverenler lehine hiçbir şekilde alacak hakkı doğurmaz ve tahsil edilmiş tutarlar iade edilmez." şeklindeki geçici 9. madde eklenmişti.

Bu yeni düzenlemeler Anayasa Mahkemesine taşınmış ve Anayasa'ya aykırı görülerek iptal edilmiştir. Bu hüküm, kamu kurumunun kıdem tazminatını taşeronla yüklemekten vazgeçtiği düşüncesiyle hareket edilmesi ve Türk Borçlar Kanunu ile İş Kanunu'nun dikkate alınmaması nedeniyle eleştirilmiştir¹⁴. Diğer taraftan bahsi geçen hüküm ile yasama organının görülmekte olan davalara müdahale ettiği belirtilmiş ve bu düzenleme kanunun geçmişe götürülmesi gerekçesiyle sakıncalı bulunmuştur¹⁵.

Anayasa Mahkemesi bu iptal kararını verirken "adalet" ve "kamu yararı" kavramlarını temel almıştır. Yüksek Mahkeme iptal kararında; "hizmet alımı sözleşmeleri ile kamu idarelerinde çalışan işçiler, hizmeti sunan şirketlere bağlıdır. Bu işçilerin istihdamından asıl yararı, "karlılık" amacıyla faaliyet gösteren bu şirketler elde etmektedir. Kamu idareleri, istihdam edilen işçilerin sunduğu hizmetin karşılığını şirketlere ödemektedir. Şirketler, kamu idarelerinden aldıkları hizmet bedeliyle, istihdam ettikleri işçilerin ücretlerini, kıdem tazminatlarını ve diğer kanuni haklarını ödemek ödevi altındadırlar. 4857 sayılı Kanun md. 2'de düzenlenen asıl işveren-alt işveren ilişkisi, iş hukukunda egemen olan "işçinin korunması", "işçi yararına yorum" ilke ve amaçlarına matuftur. Ne ki, itiraz konusu kurallarla, "işçi lehine yorum" ve "işçinin korunması" ilke ve amaçlarından, kar elde etmek amacıyla hareket eden, çoğu tacir sıfatına haiz alt işverenler de yararlandırılmış olmaktadır. 11/06/2014'ten sonra kurulan hizmet alımı sözleşmelerinde kıdem tazminatının alt işverenlere rücu edileceğine dair bir düzenleme yoksa, kıdem tazminatlarını ödeme yükü sadece kamu idarelerine geçecek

14 **Aydın, U.:** "Kamu Asıl İşverenlerinin Ödedikleri Kıdem Tazminatları Sebebiyle Alt İşverenlere Rücu Sorunu", Çimento İşveren Dergisi, Cilt: 33, Sayı: 6, Yıl: 2019, s. 22.

15 **Aydın,** s. 22-23.

13 Yargıtay 15.HD., 22.02.2021, E.2021/1311, K.2021/383.

tir. Oysaki hizmet sunan şirketler birer tacirdirler ve her tacir gibi basiretli davranmak zorundadırlar. Kamu idareleri ile akdettikleri sözleşmelerde, kıdem tazminatı ve diğer işçilik alacaklarının kendilerince karşılanmasına olanak sağlayan düzenlemeleri, en azından müteselsil borçluluk düzenlemesini kendi ticari politikalarına uygun bulmuyorlarsa o sözleşmeleri imzalamayabilirler. Bu sözleşmeleri ve eklerindeki şartnameleri önceden görme imkanına da sahiptirler. Kıdem tazminatlarının kamu idarelerince ödenmesi, işveren şirketlerin bu yasal ödevlerinin onların uhdesinden alınarak kamu idarelerinin uhdesine geçirilmesi sonucunu doğurur. Bu sonucun, hukuk devletinin temelini oluşturan “adalet” düşüncesiyle, keza “kamu yararı” amacıyla bağdaştığı söylenemez...11/09/2014’den, itiraz konusu kuralların yürürlüğe girdiği 22/02/2019’a kadar bakanlıklar, üniversiteler, belediyeler ve diğer birçok kamu kurum ve kuruluşu çeşitli şirketlerle hizmet alım sözleşmeleri akdetmişlerdir. Bu sözleşmelerin bazılarında kıdem tazminatının alt işverenlere rücuu için özel bir düzenleme yer almasa da kamu idareleri yasa gereği yarı yarıya rücu hakkına sahiptir. Halihazırda ülkemizdeki asliye hukuk mahkemelerinde, 11/09/2014’ten sonra kurulan sözleşmeler sebebiyle kamu idarelerinin açtığı ve devam eden çok sayıda rücu davası bulunmaktadır. İtiraz konusu “geçici madde 9”, bu davalarda, “ihtilafın esası hakkında karar verilmesine yer olmadığına” şeklinde kararlar verilmesini buyurmaktadır. Oysaki kamu idareleri bu davaları meşru yasal ve yargısal ilkelere dayanarak açmışlardır. İtiraz konusu kural geçmişe yürütülmeyecek olsa, bu davalar önceden olduğu gibi kamu idareleri lehine sonuçlanacak ve idareler alt işverenlerin yasal borcu olan kıdem tazminatını onların yerine ödemek yükünden kurtulacaklardır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yürürlükteki kurallara uygun olarak açılmış bir dava devam ederken, yasamanın yeni düzenleme yaparak davayı etkisizleştirilmesi hakkında “mahkemeye başvurma hakkı”nı ze-

deleyebileceğini benimsemektedir”¹⁶ şeklinde görüş bildirmiş ve hüküm kurmuştur. Son derece isabetli bulduğumuz bu kararla birlikte 7166 sayılı Kanun’un 11 ve 12. maddeleri iptal edilmiş ve asıl işverenlerin İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu çerçevesinde taşeronlara rücu etmesi imkânı yine istisnasız olarak geri gelmiştir¹⁷.

Netice itibarıyla Yargıtay’a göre; iş hukukunda taşeron ve asıl işveren işçiye karşı işçilik alacaklarından müteselsilen sorumludurlar. Ancak işçinin taşeron işçisi olması nedeniyle işçilik alacaklarından iş sözleşmesi kapsamında nihai olarak taşeron sorumludur. Bu bağlamda işçiye işçilik haklarını asıl işveren ödemiş olsa bile sonuç olarak sözleşme kapsamında taşeronu rücu edebilecektir¹⁸. Eklemek gerekir ki; Yüksek Mahkeme işçilik alacakları asıl işveren tarafından ödenen işçinin taşeron işçisi olması, sözleşme ücretine işçinin ücret ve sosyal haklarının dahil olması, asıl işverenin işçilik alacaklarından sorumlu olacağına dair sözleşmede bir hüküm bulunmaması halinde, asıl işverenin ödediği bedelin ve ferilerinin tamamını taşerondan talep etme hakkı bulunduğunu da kabul etmektedir¹⁹.

Yüksek Mahkeme söz konusu nihai neticeyle alakalı bir başka kararında ise son taşeronun, işçinin ihbar tazminatı ve yıllık izin alacağına tamamından, kıdem tazminatı yönünden ise işçiyi çalıştırdığı kendi dönemi ile sınırlı olarak sorumlu olacağına hükmetmiştir²⁰. Nihayet, kamu

16 Anayasa Mahkemesi, 19.09.2019, E.2019/42, K.2019/73.

17 Akyiğit bu şekilde anayasal eşitlik ve sosyal hukuk devleti ilkesine aykırılık ve kamu gelirlerinin keyfi biçimde heba edilmesine de bir ölçüde çizgi çekildiğini belirtmektedir. Bkz.Akyiğit, s. 78.

18 Yargıtay 23.HD., 25.06.2020, E.2020/600, K.2020/2296.

19 Yargıtay 15.HD., 23.03.2021, E.2021/616, K.2021/1083.

20 “Mahkemece, iddia, savunma, benimsenen bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre; 6552 Sayılı Yasanın 8. maddesi ile kıdem tazminatının ihaleye çıkan kamu kurum ve kuruluşlarına bırakıldığı, taraflar arasındaki sözleşme bedeli içerisinde yer almayan kıdem tazminatı bedelinin yüklenici tarafından ödenmesinin hakkaniyete uymayacağı, idare tarafından önce yükleniciye, yüklenici tarafından da işçilere ödenecek olan kıdem tazminatlarının idarelerin yüklenicilere bu hakka ilişkin herhangi bir ödeme yapmamasından dolayı işçiler tarafından doğrudan

kurumu olan asıl işverenin taşerondan onun işçisine ödemek durumunda kaldığı kıdem tazminatını da talep edebileceği Yüksek Mahkeme tarafından kabul edilmiş²¹, hatta Yüksek Mahkeme işçilik alacaklarının karşılığının taşeronun hak edişinden kesilmesinin de hukuka uygun olacağını hüküm altına almıştır²².

Ekleme gerekir ki; işçinin alacaklarını tahsil talebiyle dava açmış olduğu durumlar açısından Yargıtay'a göre; "dava dışı işçinin işçilik alacaklarının tahsili istemiyle iş mahkemesinde açmış olduğu davanın davalı şirkete ihbar edilmiş olması nazara alınarak davalı şirketin ayrıca temerrüde düşürülmesi gerekmediği, bu sebeple hükmedilen tazminata ödeme tarihinden itibaren faiz işletilmesi gerekirken aksi gerekçe ile dava tarihinden itibaren faiz işletilmesi doğru görülmemiştir"²³. Yine aynı olasılıkla alakalı olarak vermiş olduğu bir kararda Yüksek Mahkemeye göre; "mahkemece özellikle İş Mahkemesi davasında davalı alt işverenin de taraf olduğu, dava dışı işçi lehine verilen kararın davacı tara-

findan ödendiği hususları dikkate alınarak asıl işveren konumundaki davacının dava dışı işçiye ödenen bedelin tamamının (faiz ve icra masrafları da dahil) ödeme tarihinden itibaren rücu tahsiline karar verilmesi gerekirken, dava tarihinden itibaren faize hükmedilmesi doğru olmamış, kararın bu nedenle davacı yararına bozulması gerekmiş ise de, yapılan bu yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılamayı gerektirmemesi nedeniyle HUMK'nın 438/7. madde ve fıkrası uyarınca kararın, aşağıda yazılı olduğu şekilde düzeltilerek onanması gerekmiştir"²⁴.

Hem özel sektörde ancak özellikle de kamu sektöründe hizmet alımı işleri aynı taşeronca alınabildiği gibi genellikle yıllar içerisinde birden fazla taşeron tarafından alınmaktadır. Bu durumda yukarıda da ifade edildiği üzere 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesinde düzenlenen "işyeri devri"ne ilişkin hükümler uygulama alanı bulacağından, farklı dönemlerde değişik taşeronlar nezdinde çalışmış ve halen çalışmakta olan işçilerin çalışmaları en baştan itibaren bir bütün olarak değerlendirilmektedir²⁵.

Nitekim, yerel mahkeme tarafından kıdem tazminatının işyeri devri öncesi ve sonrasında geçen sürenin tamamı için hesaplanacağına ancak devreden işveren veya işverenler bakımından kendi dönemleri ve devir tarihindeki ücretle sınırlı sorumluluk belirlendiğine, feshe bağlı diğer haklar olan ihbar tazminatı ve kullandırılmayan izin ücretlerinden sorumluluğun ise son işverene ait olmakla devreden işverenin bu işçilik alacaklarından sorumluluğu bulunmadığına, devralan işverenin ihbar tazminatı ile kullandırılmayan izin ücretlerinde tek başına sorumlu olduğuna karar verilmiştir. Söz konusu kararın temyizi üzerine Yargıtay hizmet alım ihalelerinin aynı taşeron tarafından alındığı gibi, değişik taşeronlar tarafından da alınabildiğini, bu durumda işyeri devri suretiyle işçiler yeni taşerona devredildiği için iş sözleşmelerinin

idareden talep edilebileceği, kıdem tazminatında esas sorumluluğun bu giderle ilgili ödeme yapmayan idarelerde olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Mahkemece, 6552 Sayılı Yasanın 8. maddesi gerekçe gösterilerek karar verilmiş ise de; ilgili madde işçilerin kıdem tazminatını güvence altına almak için düzenlenmiştir. Taraflar arasında imzalanan sözleşmeyi bertaraf etmez. Dava dışı işçinin son yüklenici davalı şirkette 01.03.2011-08.02.2012 döneminde çalıştığı anlaşılmaktadır. Davalı son yüklenicinin, işçinin, ihbar tazminatı ve yıllık izin alacağının tamamından, kıdem tazminatı yönünden ise işçiyi çalıştırdığı kendi dönemi ile sınırlı olarak sorumlu olacağı gözetilerek bilirkişiden rapor alınıp sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yanlış gerekçe ile bu hususlar gözetilmeksizin yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir".Bkz.Yargıtay 23.HD., 25.01.2021, E.2019/2343, K.2021/198.

21 "İşçiye ödenecek kıdem tazminatından yüklenici (davacı) ve işveren (davalı) birlikte sorumlu oldukları için işçinin iş aklınının kıdem tazminatını gerektirir şekilde sona ermesi halinde (emeklilik dahil) işçinin kıdem tazminatı davalıdan istenebilecektir. Böyle bir halde işveren (davalı) yükleniciden (davacı) sözleşme kapsamında ödediği kıdem tazminatını talep edebilecektir.Bkz.Yargıtay 23.HD., 26.01.2021, E.2019/2366, K.2021/227.

22 Yargıtay 23.HD., 26.01.2021, E.2019/2342, K.2021/226.

23 Yargıtay 15.HD., 26.04.2021, E.2021/892, K.2021/1923.

24 Yargıtay 15.HD., 23.03.2021, E.2021/619, K.2021/1080.

25 Sümer/ Kayırgan, s. 201 vd.

kesintiye uğramadan devam ettiğini ve işçilik alacaklarının da bu doğrultuda hesaplandığını, işçiye ödenen kıdem tazminatının iş sözleşmesinin feshedildiği tarihteki giydirilmiş ücret üzerinden hesaplanması gerektiğini ve bu kıdem tazminatının tamamından işçiyi çalıştırdıkları dönemle orantılı olarak taşeronun asıl işverene karşı sorumlu olduğunu belirtmektedir²⁶.

Bu çerçevede, hizmet alım işinin son taşeronu dahi işçinin asıl işverenin işinde çalıştığı sürenin tümünden sorumlu olmayacak²⁷, ancak kendi çalıştırmış olduğu süreyle sınırlı olarak kıdem tazminatı ödeme yükümlülüğüyle karşı karşıya kalacaktır. Bir başka deyişle, son taşeron için de sorumluluk hesaplanırken, önceki taşeronlardan farklı bir işlem yapılmayacaktır²⁸.

Yüksek Mahkeme aynı yönde bir başka kararında da; yerel mahkemece davacı asıl işveren tarafından kıdem tazminatı yönünden ödenen bedelin tamamının davalıdan rücu tahsiline karar verilmiş ise de işçinin dava dışı taşeron şirketlerde de çalıştığının anlaşıldığını, bu durumda mahkemece dava dışı işçinin davalı şirket nezdinde çalıştığı dönem ve süreye göre sorumlu olduğu kıdem tazminatının belirlenmesine ilişkin bilirkişiye hesaplama yaptırılarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yanılığın gerekçe ile bu hususlar gözetilmeksizin yazılı şekilde hüküm kurulmasının doğru görülmedi-

26 Yargıtay 23.HD., 10.02.2020, E.2019/633, K.2020/819; Aynı yönde Yargıtay 15.HD., 14.06.2021, E.2021/1014, K.2021/2666; Yargıtay 23.HD., 21.12.2020, E.2019/2279, K.2020/4436; Yargıtay 23.HD., 03.12.2020, E.2018/1065, K.2020/4014.

27 Yargıtay 15.HD., 15.06.2021, E.2021/946, K.2021/3065.

28 "Mahkemece, 6552 Sayılı Yasanın 8. maddesi gerekçe gösterilerek karar verilmiş ise de; ilgili madde işçilerin kıdem tazminatını güvence altına almak için düzenlenmiştir. Taraflar arasında imzalanan sözleşmeyi bertaraf etmez. Dava dışı işçinin son yüklenici davalı şirkette 01.03.2011-08.02.2012 döneminde çalıştığı anlaşılmaktadır. Davalı son yüklenicinin, işçinin, ihbar tazminatı ve yıllık izin alacağına tamamından, kıdem tazminatı yönünden ise işçiyi çalıştırdığı kendi dönemi ile sınırlı olarak sorumlu olacağı gözetilerek bilirkişiden rapor alınıp sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yanılığın gerekçe ile bu hususlar gözetilmeksizin yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir". Yargıtay 23.HD., 25.01.2021, E.2019/2343, K.2021/198.

ğine hükmetmiştir²⁹.

Kayırgan ise konuyla alakalı olarak Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin istikrar kazanmış görüşüne göre, alt işverenler nezdinde kesintisiz çalışan bir işçinin işyeri devri esasları doğrultusunda son taşerondan tüm işçilik alacaklarını talep edebileceğini, rücu davalarında iş hukuku sistematığının dışına çıkmadığının bu şekilde açıkça görüldüğünü, kararlarda, işyeri devri esaslarının sadece işçi için koruyucu bir hüküm olduğu nazarıyla hareket edildiğinin anlaşıldığını, dolayısıyla Yargıtay'ın sorumluluk kıstaslarını oluştururken işyeri devri kurallarını ve dolayısıyla İş Hukuku ilkelerini dikkate almadığının söylenebileceğini ifade etmiştir³⁰.

Sonuç

Kamuda birçok hizmet taşeron şirketler vasıtasıyla temin edilmekte, yıllar içerisinde söz konusu taşeron şirketler değişse de bu şirketlerin işçilerinin büyük ölçüde aynı kaldığı görülmektedir. Son dönemde EYT düzenlemesi olarak hayata geçen mevzuat çerçevesinde, alınan hizmet kapsamında son taşeron şirket nezdinde çalışmakta olan işçiler, emeklilik talebinde bulunmaya başlamış, bu taleplerini çalışmakta oldukları taşeron şirketlere yöneltmişlerdir. Ancak genellikle, son taşeron şirketler, işçilerin, "geçmiş dönemler dâhil birikmiş tüm tazminatlarının, almakta oldukları son ücrete göre hesaplanmak suretiyle ödenmesi" taleplerini yerine getirememektedirler. Bu taleplerin yerine getirilmeme sebebi olarak da işçilerin geçmiş dönemlerde görev yaptıkları şirketlerdeki çalışmalarından doğan tazminatların ödenmesinin kendi açlarından maddi olarak mümkün olmadığı, ancak kendi dönemine düşen tazminat sorumluluğunun yerine getirilebileceği belirtilmektedir. Son taşeronun söz konusu olumsuz geri dönüşü üzerine işçiler, bu defa, asıl işveren sıfatıyla kıdem tazminatlarından asıl işverenin de müteselsil

29 Yargıtay 15.HD., 23.06.2021, E.2021/932, K.2021/2929.

30 Kayırgan, s. 3027.

olarak sorumlu olduğu gerekçesiyle, taleplerini sözlü, yazılı ve bazı işçiler yönünden dava yolu ile kamuya da yönlendirmektedirler.

Elbette her şeyden önce çözümlenmesi gereken konu; kamunun asıl işveren sıfatının bulunup bulunmadığı, bir başka deyişle ilgili kamu kurumu iştiraki şirket ile taşeron şirketler arasında asıl işveren-taşeron ilişkisinin mevcut olup olmadığı yönündedir. İlişkinin bu çerçevede değerlendirilmesi durumunda asıl işveren ile taşeronlar arasında İş Kanunu'na göre işçilik alacakları bakımından müteselsil sorumluluk söz konusu olacak ve sorun bu çerçevede çözümlenecektir.

Asıl işveren ile hizmet aldığı şirketler arasındaki ilişkinin unsurları asıl işveren-taşeron ilişkisinin unsurlarıyla uyumluysa taşeron işçilerinin olası ödenmeyen işçilik alacaklarından asıl işveren de kıdem tazminatları da dahil olmak üzere müteselsilen sorumludur. Bu durum taşeronların aynı kalmaması, farklı ihalelerle değişmesi halinde de geçerlidir.

Nitekim 4857 sayılı İş Kanunu'nun 112. maddesine 10.09.2014 tarihli ve 6552 sayılı Kanun'un 8. maddesiyle eklenmiş hükümden kıdem tazminatının taşeronlar değişse de değişmese de kim tarafından ödeneceği hususu düzenlenmektedir. Buna göre taşeron işçilerinin hak ettiği kıdem tazminatları ilgili kamu kurum ve kuruluşu tarafından doğrudan işçinin banka hesabına aktarılacaktır. 6552 sayılı Kanun'daki düzenleme kıdem tazminatı bakımından elbette taşeronun 4857 sayılı İş Kanunu md. 2/6'daki yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi kapsamında taşeronlar tarafından çalıştırılan işçiler bakımından; taşeronlarının değişip değişmediğine bakılmaksızın süreklilik halinde kamu sermayeli asıl işveren şirkette çalışmış olanların bu şekilde çalışmış oldukları sürelerle ilişkin kıdem tazminatına esas toplam çalışma süreleri tespit edilmelidir. Bunların son taşeronları ile yapılmış

olan iş sözleşmeleri 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesine göre kıdem tazminatı ödenmesini gerektirecek şekilde sona ermişse kıdem tazminatlarının asıl işveren tarafından işçinin banka hesabına yatırmak suretiyle ödenmesinin hukuken uygun olduğu kanaatindeyiz. Bunun için söz konusu işçilerin dava açmalarının beklenmesine gerek olmamakla birlikte elbette olası davanın neticelerine göre de ödeme yapılabilir. Bu konuda nihai takdir elbette asıl işverene ait olacaktır.

İşçilerin işçilik alacaklarının ve bu arada kıdem tazminatlarının asıl işveren tarafından ödenmesinden sonra asıl işverenin elbette ödediği miktarı taşeronlara rücu ederek talep etmesi mümkündür. Bu çerçevede taşeronlar tarafından ödenmemiş olan işçilik alacaklarını, bu anlamda kıdem tazminatını alamamış taşeron işçilerinin ödemelerini gerçekleştirebilecek asıl işverenin taşeronlara rücu etmesi de son derece hukuka ve hakkaniyete uygun olacaktır.

Hem özel sektörde ancak özellikle de kamu sektöründe hizmet alımı işleri aynı taşeronca alınabildiği gibi genellikle değişik dönemlerde birden fazla taşeron tarafından alınmaktadır. Bu durumda, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesinde düzenlenen "işyeri devri"ne ilişkin hükümler uygulama alanı bulacağından, farklı dönemlerde değişik taşeronlar nezdinde çalışmış ve halen çalışmakta olan işçilerin çalışmaları en baştan itibaren bir bütün olarak değerlendirilmektedir.

Nihayet, hizmet alım işinin son taşeronu dahi işçinin asıl işverenin işinde çalıştığı sürenin tümünden sorumlu olmayacak, ancak kendi çalıştırmış olduğu süreyle sınırlı olarak kıdem tazminatı ödeme yükümlülüğüyle karşı karşıya kalacaktır. İşçiye ödenen kıdem tazminatı ise iş sözleşmesinin feshedildiği tarihteki giydirilmiş ücret üzerinden hesaplanmalıdır. Bu kıdem tazminatının tamamından işçiyi çalıştırdıkları dönemle orantılı olarak taşeronlar asıl işverene karşı sorumlu olacaklardır.

KAYNAKÇA

- Akyiğit, E.: Bireysel İş Hukuku, Ankara, 2021.
- Aydın, U.: "Kamu Asıl İşverenlerinin Ödedikleri Kıdem Tazminatları Sebebiyle Alt İşverenlere Rücu Sorunu", Çimento İşveren Dergisi, Cilt: 33, Sayı: 6, Yıl: 2019, s. 8-23.
- Çankaya, O.G./ Çil, Ş.: İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, İstanbul, 2009.
- Çelik, N./ Caniklioğlu, N./ Canbolat, T./ Özkaraca, E.: İş Hukuku Dersleri, 35. Bası, İstanbul, 2022.
- Güven, E./ Aydın, U.: Bireysel İş Hukuku, 6. Bası, Eskişehir, 2020.
- Kayırgan, H.: "Kamu Kurumunun İşçilik Alacakları Nedeniyle Alt İşverene veya Yükleniciye Rücu Hakkının Kapsamı ve Değerlendirilmesi", SÜHFD., C. 29, S. 4, 2021, s. 3005-3040.
- Sümer, H.h./ Kayırgan, H.: İşçilik Alacakları ve Hesaplamaları, 2. Bası, Ankara, 2021.
- Süzek, S.: İş Hukuku, 21. Bası, İstanbul, 2021.
- Tuncay, C.: "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi-2011, Ankara, 2013, s. 1-98.

Doç. Dr. Orhan Ersun CİVAN* Dr. Öğr. Üyesi Çiğdem YATAĞAN ÖZKAN**

Araştırma Makalesi
Sicil, 2023/II Sayı 50: 89-115
Makale Gönderim Tarihi: 30 Kasım 2023
Makale Kabul Tarihi: 6 Aralık 2023

İşçilere Yönelik Hisse Senedi Opsiyon Planlarının İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Değerlendirilmesi

Öz

İşçilere yönelik hisse senedi opsiyon planlarıyla, belirlenen koşulları ve/veya bekleme süresini tamamlayarak bedelsiz bir şekilde ya da daha önce tespit edilen genellikle düşük bir bedel üzerinden işçisi olduğu ya da şirketler topluluğu bünyesinde yer alan başka bir şirketin hisse senetlerini elde etme imkânı tanınmaktadır. Hisse senedi opsiyon planlarının işçilere tanınmasının en temel nedenlerinden biri, nitelikli iş gücünü elde tutmaktır. Bununla birlikte işçilerin şirketten hisse edinmelerine ilişkin düzenlemeler Türk Ticaret Kanunu'nda yer almakta olup, iş ve sosyal güvenlik hukuku

açısından çözülmesi gereken sorunlarla karşılaşmaktadır. Bu nedenle mevcut çalışmada, özellikle işverenin eşit işlem borcunun uygulanması, hisse senedi opsiyon planlarına yönelik koşulların (bekleme süresi, kullanım süresi, sona erme hükümleri vb.) oluşturulması, hisse senedi opsiyon planı sonucu elde edilen menfaatin hukuki niteliği, işyeri devri gibi hisse senedi opsiyon planı uygulanırken ortaya çıkabilecek durumların etkisi, hisse senedi opsiyon planından kaynaklanan uyuşmazlıklarda görevli mahkemenin neresi olduğu gibi konular ele alınmış ve tartışılmıştır.

Anahtar Sözcükler:

Hisse senedi opsiyon planı, işçi, ücret, aynı ödeme, bekleme süresi.

The Evaluation Of Employee Stock Option Plans With Regard To Labour And Social Security Law

Abstract

Employee stock option plans provide the opportunity for employees, upon fulfilling specified conditions and/or waiting periods, to acquire shares of the company they work

for or another company within the corporate group, either free of charge or at a predetermined, usually low, price. One of the fundamental reasons for granting stock op-

*TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, ersunc06@yahoo.com, ORCID: 0000-0003-3149-427X.

**TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, cyatagan@etu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-1986-703X.

tion plans to employees is to retain qualified workforce. However, the legal basis for acquisition of company shares by employees is found in the Turkish Commercial Code, there are problems to be solved in terms of labour and social security law. Therefore, in the present study, issues such as the implementation of the employer's equal treatment obligation, the establishment of conditions

for stock option plans (waiting period, exercise period, termination provisions, etc.), the legal nature of benefits obtained through stock option plans, the impact of situations arising during the implementation of stock option plans such as workplace transfers, which court has jurisdiction in disputes arising from stock option plans are discussed and examined.

Keywords:

Employee stock option plan, employee, wage, payment in kind, waiting period.

1. Giriş

Şirketlerin başarısı ve işleyişi; hiç kuşkusuz ki geçimlerini, yaşamlarının önemli bir kısmını ve kariyer beklentilerini çalıştıkları işyerine bağlayan işçilerden önemli ölçüde etkilenmektedir¹. Bu kapsamda şirketlerin, yönetime katılma² başta olmak üzere işçilerin aidiyetini ve motivasyonunu artıracak yöntemlere başvurması doğaldır. İşçilere yönelik hisse senedi opsiyon planları da bu yöntemlerden birini oluşturmaktadır. "Hür seçim-hür irade" anlamına gelen Latince *optio* kelimesinden türetilen opsiyon ve genel olarak opsiyon hakkı, sahibine tek taraflı bir irade beyanı ile opsiyon tanıyan kişinin herhangi bir onayı

aranmaksızın bir değeri talep etme veya teslim etmeye yönelik olarak, içeriği ve koşulları önceden belirlenmiş bir sözleşmenin kurulması sonucunu doğuran, nispi nitelik taşıyan bir yenilik doğuran haktır³. Kişinin henüz sözleşme kurma konusunda karar vermediği veya konuya ilişkin uzun bir düşünme süresine ihtiyaç duyduğu, buna karşın düşündüğü zaman zarfında üçüncü bir kişinin aynı konuda sözleşme kurma ihtimalini ortadan kaldırmak istediği hallerde opsiyon sözleşmeleri kurulmaktadır⁴. Opsiyon sahibi hakkını kullanmak isterse, "prim" adı da verilen bir miktar parayı ödemek ve opsiyon sözleşmesinde öngörülmüşse diğer şartları (örneğin belirli süre ile şirkette çalışmış olmak) gerçekleştirmek karşılığında, sözleşmede gösterilen sayıda senedi önceden belirlenmiş bir fiyattan satın alma yetkisini haiz olmaktadır. Hisse opsiyonu sahibi, bu hakkı-

1 Baş, 1. Ortaklığın faaliyetlerinden ve kararlarından en çok etkilenen çıkar grubu olan ve "insan sermayesini" oluşturan çalışanların aynı zamanda ortaklığın faaliyetine en önemli katkıyı yapan grup olduğu yönünde bkz. Şehirli Çelik-Kırca-Manavgat, 262 vd. Berktaş, 997 vd.

2 Çalışanların bir çıkar grubu olarak ortaklığın karar alma sürecine katılması ve bu sayede şirketin yönetim organının çalışanlara karşı sorumlu kılınması mümkündür. Çalışanların şirket yönetimine dahil edilmesi, Alman hukukunda olduğu gibi yönetim organının iki ayrı kuruldan oluştuğu hallerde çalışanların gözetim kuruluna (*Aufsichtsrat*) doğrudan üye seçmesi ile, yönetim organının tek kuruldan oluştuğu ihtimalde ise genellikle çalışanlara pay sahipliği sıfatı kazandırma veya yönetim kuruluna üye seçme imtiyazı tanıma sureti ile gerçekleştirilebilir. Çalışanların şirket yönetimine katılması ve iş hukukunda katılım hakkında daha detaylı bilgi için bkz.; Süzek, 49-56. Hacımahmutoğlu, 40 vd. Engin, 113 vd. Turan, 68 vd.

3 Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Kırca, 36. Buz, 162, 165. Okutan Nilsson, 228.

4 Aral-Ayrancı, 199. Opsiyon sözleşmelerinin asıl sözleşmenin kurulmasını garanti altına almak için akdedilen yardımcı sözleşmeler olduğu yönünde bkz. Buz, 161. Yılmaz, 306. Bir görüşe göre de, hisse senedi opsiyon planları, hukuki niteliği itibarıyla borçlar hukukuna tabi bir sözleşme olarak nitelendirilebilir. Bu konuda işçilerin hisse senetlerini alma yetkisini içeren bir ön sözleşme olduğu, hisse senetlerini işçilerine devretme konusunda işverenlerin tek taraflı irade beyanını içeren atipik bir borç ilişkisi olduğunu ileri süren görüşlerle karşılaşılacaktır (Mengel, §1, rn.584, 585).

nı kullanıp kullanmamak konusunda tam bir serbestiye sahip olup, kendisine hakkı kullanma yükümlülüğü getirilemezken opsiyon tanıyan taraf ise hisse senedi alım hakkı kullanıldıysa senedi teslim etmekle yükümlüdür⁵. Söz konusu hukuki olanağın işçilere tanınması sayesinde, opsiyon hakkına⁶ sahip olan işçi belirlenen koşulları ve/veya bekleme süresini tamamlayarak bedelsiz bir şekilde ya da daha önce tespit edilen genellikle düşük bir bedel üzerinden firmanın/şirketin hisse senetlerini elde etme imkanına, diğer bir ifadeyle şarta bağlı bir alım hakkına kavuşur⁷.

Hisse senedi opsiyon planlarının, üst düzey yöneticilere ek olarak kalifiye personeli elde tutabilmek, işçilerin çalışma isteğini artırmak⁸ gibi gerekçelerle geniş kapsamlı uygulanması, diğer bir deyişle çalışanların tamamına ya da bir kısmına tanınması da olanaklıdır⁹. Ayrıca bir nakit çıkışı gerektirmeyen, aksine işçilerin paylar için belli bir bedel ödemesi suretiyle şirketin yeni mali kaynaklara erişmesine olanak sağlayan hisse senedi opsiyon planlarının yüksek ücret ödeme imkanına sahip olmayan şirketler ya da özellikle teknoloji sektöründe faaliyet gösteren start-up firmalarınca¹⁰ geniş kapsamlı olarak uygulanması ihtimali mevcuttur. Yapılan açıkla-

mardan anlaşılacağı üzere ilgili hukuki olanak, işçilere gelecekte çalıştıkları şirkete ortak olma imkânı vermesinin yanı sıra, şirketin başarısı ile çalışanın geliri arasında doğru orantılı bir ilişki oluşturmakta, bu vesileyle işverenler ve işçilerin daha sağlıklı bir ortamda çalışmasına, diğer bir deyişle çalışma barışının korunmasına ve devamına katkı sunmaktadır¹¹.

İşçilere yönelik hisse senedi opsiyonu ve amaçları kısaca yukarıdaki şekilde özetlenebilir. Ancak hisse senedi opsiyonunun hukuki dayanağı, niteliği açıklığa kavuşturulduktan sonra, uygulamada iş ve sosyal güvenlik hukuku bakımından karşılaşılabilecek problemlerin yanı sıra uygulanacak hukuk ve görevli mahkeme gibi çok sayıda soru ve sorunun açıklığa kavuşturulması ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Bu itibarla mevcut çalışmada, çalışanlara yönelik hisse senedi opsiyonlarına dair değinilen hususlar ayrı başlıklar halinde ele alınmıştır.

2. Yasal Dayanak

Mevzuatımızda doğrudan hisse senedi opsiyonu ile ilgili açık hükümlere rastlanmamakla birlikte, firmaların işçilerine hisse senedi opsiyonu tanımasına imkân verdiğini düşünülebilecek hükümlerle karşılaşılmaktadır. Bu çerçevede ele alınması gereken ilk düzenleme, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu md. 403'te yer alan "İşin Sonucundan Pay Alma" hükmüdür. Söz konusu düzenleme uyarınca, "Sözleşmeyle işçiye ücretle birlikte üretilenden, cirodan veya kârdan belli bir pay verilmesi kararlaştırılmışsa, hesap dönemi sonunda bu pay, yasal hükümler veya genellikle kabul edilmiş ticari esaslar göz önünde tutularak belirlenir." (md. 403/1).

Türk Borçlar Kanunu'nda işverenin ücret ödeme borcu altında düzenlenen işin sonucun-

5 Alım opsiyonu hakkında ayrıntılı bilgiler için bkz. Okutan Nilsson, 225-226.

6 Opsiyon hakkı ile çoğunlukla alım hakkına işaret edilse de kavramın önalım ve geri alım haklarını da karşıladığına ve kavramlar arasındaki ayrıma ilişkin bkz. Tüzemen Atik, 104 vd. Yılmaz, 309.

7 Baycık-Civan-Tolu Yılmaz-Bosna, 775-776. Tüzemen Atik, 128-129. Güneş, İyi Ücret Uygulamaları, 1251. Brors-Rudnik, BGB §611a, rn.824.

8 Öğretide belirtildiği üzere pay sahibi olan işçi, temel ücretinin yanı sıra şirketin yılsonu kazancından da gelir elde edecektir. Bu durum çalışanların daha verimli çalışmasına ve ürettiği mal veyahut hizmetin kalitesini yüksek tutmasına teşvik edici bir nitelik kazanır. Ayrıca şirkette pay sahibi olan işçiler, işyerindeki mal ya da teçhizatın kullanımında dolaylı olarak tasarrufa da özen gösterecektir (Kaya, 81).

9 Atasoy, 65.

10 Start-up şirketi kısaca, ölçeklenebilir, tekrarlanabilir, karlı bir iş modelini hedefleyen geçici bir organizasyon şeklinde tanımlanabilir (Tekin, 35). Ülkemizde çalışanlarına hisse sendi opsiyonu tanıyan teknoloji şirketleri için bkz.; <https://blog.coolever.life/calisanlarina-hisse-senedi-opsiyonu-veren-turkiyedeki-teknoloji-sirketleri.html>, 24.09.2023.

11 Akın, 146, 149-150. Häferer-Burger, 143. Baltacı, <http://dnblegal.com.tr/en/employee-stock-option-turkiye%E2%80%99de-hisse-opsiyon-planlari-ve-uygulamasi/>, 24.09.2023. Altunbaş Sancak-Jafarova, <https://www.guleryuz.av.tr/news-publications/detail/calisanlarin-sirkete-ortak-edilmesi-pay-opsiyon-planlari>, 24.09.2023. Kaya, 76, 81-84.

dan pay alma yöntemiyle, hisse senedi opsiyon planları ilk etapta benzer görünebilir. Ancak söz konusu iki hukuki kurum arasında kârlılık, hisse sahipliği, süre, fiyat, miktar, pay verme ile vergi gibi hususlar açısından farklılık bulunmaktadır. Örneğin; işin sonucunda pay alma kapsamında yer alan kâr ortaklığında, kârın dağıtımı için şirket hissesinin belirli bir fiyata ulaşması gerekmektedir. Buna karşılık hisse senedi opsiyonunun işçi açısından bir fayda oluşturabilmesi için hisse senedi piyasa fiyatının opsiyonda öngörülen bedelden yüksek olması gerekmektedir. Ayrıca kârdan, cirodan ya da satılardan diğer bir deyişle işin sonucundan pay alma imkânı, işçinin şirkette çalıştığı süre boyunca devam eder. Hisse senedi opsiyonundaki koşullar sağlanarak hisse senetleri devralındığı durumda ise işçi şirketten ayrılma dahi payı elinde bulundurmaya devam ettiğinden ortak sıfatı da devam eder¹². Bu bakımdan ilgili hüküm, doğrudan hisse senedi opsiyonunun yasal dayanağı olarak görülemez.

Üzerinde durulması gereken diğer yasal hükümler Türk Ticaret Kanunu'nda yer almaktadır. Söz konusu Kanun'un şirketin kendi paylarını iktisap ve rehninde kanuna karşı hileye ilişkin md. 380/1 hükmü gereğince, "*Paylarının iktisap edilmesi amacıyla, şirketin başka bir kişiyle yaptığı, konusu avans, ödünç veya teminat verilmesi olan hukuki işlemler batıldır. Bu butlan hükmü, kredi ve finans kurumlarının işletme konuları içine giren işlemlere ve şirketin veya onun bağlı şirketlerinin çalışanlarına, şirketin paylarını iktisap edebilmeleri için, avans, ödünç ve teminat verilmesine ilişkin hukuki işlemlere uygulanmaz*". Söz konusu düzenlemeden hareketle çalışanların pay iktisap edebilmesi için şirket, kendi paylarını edinerek hisse senedi opsiyonu sözleşmesi aracılığıyla çalışanlarına devredebilir. Keza TTK md. 461/2 uyarınca anonim şirket pay sahibinin sermaye artırım kararı sonrası yeni çıkan paylar üzerindeki önalım (rüçhan) hakkı, ancak genel kurul kararıyla ve haklı sebeplerin varlığı halinde kaldırılabilir; iş-

çilerin şirkete katılmaları (ortak sıfatı kazanması) da bu haklı sebeplerden biridir. Bu ihtimal "sosyal düşüncelerle/politikalarla rüçhan hakkının kısıtlanması" olarak da anılmaktadır¹³. Ortaklığın pay sahipliği yapısını değiştirme imkânı¹⁴ veren TTK md. 380 hükmüyle, genel kurul TTK md. 379 uyarınca yönetim kurulunu yetkilendirmişse¹⁵ ve diğer şirketin net aktifine ilişkin yeterlik şartı sağlanıyorsa, esas sermaye artırımında rüçhan hakkını kısıtlama veya kaldırmaya ilişkin işlemlere gerek kalmaksızın çalışanlarla yapmış olduğu hisse opsiyon sözleşmesinin gereğinin yerine getirilmesi mümkündür.

Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan başka bir hükme göre ise, "*Genel kurul, yeni çıkarılan tahviller veya benzeri borçlanma araçları nedeniyle, şirketten veya topluluk şirketlerinden alacaklı olanlara veya çalışanlara, esas sözleşmede değiştirme veya alım haklarını kullanmak yoluyla yeni payları edinmek hakkı sağlamak suretiyle, sermayenin şarta bağlı artırılmasına karar verebilir.*" (md. 463/1). Esas sermaye artırımında olduğu gibi, şartlı sermaye artırımında da TTK md. 466 gereği halihazırdaki pay sahiplerinin önerilmeye muhatap olma hakkı¹⁶, haklı sebep teşkil eden işçilerin pay iktisabı için kaldırılmaktadır. Madde metninde açıkça şartlı sermaye artırımının tahvil veya benzeri borçlanma araçlarıyla yapılabileceği ve çalışanların hisse senedi ile değiştirme veya alım hakkı kullanmak yoluyla yeni payları edinebileceği hüküm altına alınmıştır. Alım hakkında

13 Von der Crone, 653. Adıgüzel, 9.

14 Pulaşlı, 552-553. Ayrıca bkz. Yüce-Koroğlu, 236 vd.

15 Bkz. TTK md.379/2-4. Tekinalp, 656 vd. Yüce-Koroğlu, 240 vd.

16 Önerilmeye muhatap olma hakkı, pay sahiplerinin, değiştirme veya alım hakkı veren borçlanma senetlerini (tahvil gibi) üçüncü kişilerden önce almalarını sağlayan bir hak olup, amacı mevcut pay sahiplerini korumaktır. Bu itibarla önerilmeye muhatap olma hakkı, özü itibarıyla rüçhan hakkı ile benzerlik göstermektedir (Türkmen, 2319, dn.5). Esas ve kayıtlı sermaye artırımında gündeme gelen ve şirketin halihazırdaki pay sahiplerine yeni çıkan paylardan öncelikli olarak alma hakkını ifade eden rüçhan hakkı şarta bağlı sermaye artırımında gündeme gelmez. Bu yönde ayrıntılı açıklama için bkz. Moroğlu, 404 vd. Konuya ilişkin eleştiriler için ayrıca bkz.; Kaya, 102. Opsiyonlu tahvillere ilişkin genel açıklama için bkz.; Kırca, 50-51. Aydoğan, 67-68.

12 İşin sonucundan pay alma yöntemiyle hisse senedi opsiyonu arasındaki farklarla ilgili daha detaylı bilgi için bkz.; Akın, 147-148.

tahvil veya borçlanma aracı sahibi anapara ve faiz bedelini ödeyerek hisse senedini edinirken; değiştirme hakkında ise hak sahibi anapara ve faizi tahsil etme veya bu değer kadar hisse senedi alma konusunda seçimlik bir yetkiye sahip olmaktadır. Hükmün mehzazını İsviçre Borçlar Kanunu md. 653 oluşturmakta olup; mehaza bakıldığında hisse opsiyon sözleşmelerinin geçersiz olacağı düşünülebilir. Söz konusu düzenlemeye ilişkin olarak İsviçre doktrininde, her ne kadar maddenin lafzından yalnızca tahvil veya borçlanma aracıyla şartlı sermaye artırımı yapılabileceği yönünde bir izlenim uyanırsa da bunun bir hukuki boşluk olduğu; hükmün amacı dikkate alındığında hisse opsiyon sözleşmeleri ile de artırımın yapılabileceği hâkim görüş olarak ileri sürülmüştür¹⁷. Bu bağlamda kanaatimizce Türk hukukunda da hisse opsiyon planlarının geçerli olduğunun kabulü gerekir. Şirket esas sermaye artırımında rüçhan hakkını kısıtlayarak veya kendi payını iktisap ederek çalışanlarına pay verebileceği gibi, şartlı sermaye artırımında emre veya hamiline yazılı tahvil veya borçlanma senedi çıkararak yahut hisse opsiyon sözleşmesi düzenleyerek de hedeflenen sonuca ulaşabilir. Şartlı sermaye artırımı tahvil veya borçlanma senedi aracılığıyla yapılacaksa TTK md. 504 uyarınca bir genel kurul kararının da alınması gerekir.

Özetlemek gerekirse, ilgili yasal düzenlemelerden hareketle iş gördüğü işletmelerde işçilere pay sahibi olabilmeleri için işverenlerince finansal destek sağlanması yönündeki sözleşme hükümleri geçersiz sayılmaz. Kendi payını iktisap ve esas sermaye artırımı yanında şartlı sermaye artırımı da işçiler için pay senedi çıkarılmasına olanak veren bir sermaye artırımı yöntemi olarak kullanılabilir¹⁸. İşçiler, kendilerine tanınan hisse

senedi opsiyon planındaki değiştirme veya alım hakkını kullandığı ve sermaye borcu takas ya da ödeme yoluyla yerine getirildiği anda ve ölçüde şartlı sermaye artışı kendiliğinden gerçekleşmiş olacaktır (md. 463/2)¹⁹. Mevzuatımızdaki hükümler uyarınca çalışanlara yönelik hisse sendeki opsiyon planı şu an için sadece anonim şirketlerce uygulanabilir. Şimdiye kadar ele alınan yasa hükümlerinden hisse senedi opsiyonunun sadece işçilerin iş gördüğü işveren konumundaki şirketlere özgülenmediği, aynı zamanda şirketler topluluğu bünyesinde yer alan diğer şirketlerin hisse senetlerinin iktisabı yönünde de işçilere opsiyon tanınabileceği anlaşılmaktadır²⁰. Nitekim Türk Ticaret Kanunu md. 463'ün gerekçesinde²¹ de çalışan ibaresinin, "şirketin ve topluluk şirketlerinin işçileri dahil sıfatları ne olursa olsun – tüm çalışanları" kapsadığı açıkça ifade edilmiştir. Yapılan açıklamalar kapsamında her ne kadar Türk Ticaret Kanunu'ndaki düzenlemeler, hisse senedi opsiyonu tanınabilmesine imkân vermekteyse de²², iş ve sosyal güvenlik hukuku açısından doğabilecek sorunlar için doğrudan bir çözüm içermemektedir.

3. Hisse Senedi Opsiyon Planlarının Türleri

A. Çalışanların Doğrudan Hissedar Olmasına Olanak Sağlayan Hisse Senedi Opsiyon Planları (Reale Aktienoptionen)

Hisse senedi opsiyon planlarının bu türünde işçiler, çalıştıkları şirketin veya şirketler topluluğundaki başka bir ortaklığın hisse senetlerini öngörülen koşulları veyahut bekleme süresini tamamlayarak elde edebilmekte ve şirketin his-

17 Bu yöndeki diğer görüşleri de içeren kaynaklar için bkz.; Honsel-Vogt-Watter, 456. Schaller-Kessler, 136. Von der Crone, 652. Bu hakkın borçlanma araçları karşılığında tanınabileceğine ilişkin bkz. Pulaşlı, 510.

18 Şahin, 2876-2877. Hisse senedi opsiyonun planlarının hukuki dayanakları kapsamında, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, Sermaye Piyasası Kurumu gibi devlet kurumları tarafından yapılan diğer düzenlemeler için ayrıca bkz.; Baş, 71-72. Şahin, 2876-2878. Güneş, 122-123.

19 Pulaşlı, 508. Moroğlu, 404.

20 Bu yönde bkz.; Biçer, 192. Saraç, 136. Adıgüzel, 16.

21 Yasa maddesinin gerekçesi için bkz.; lexpera.com.tr, 25.09.2023. Çalışan kavramının kapsamına giren kişiler hakkındaki görüşler için bkz.; Biçer, 187-188.

22 Bu yönde ayrıca bkz.; Baş, 71.

sedarı konumuna gelmektedir²³.

Çalışanların doğrudan ortak olmasına yönelik planlar üç aşamadan oluşur. İlk aşama, hisse senedi opsiyon planlarının işçilere sunulmasıdır. Bu kapsamda planlar, iş sözleşmesinde, toplu iş sözleşmesinde ya da bu konuya ilişkin ayrı bir sözleşmede düzenlenebileceği gibi, işyeri uygulamaları ya da işverenin genel vaatleriyle de opsiyon planlarının oluşturulabilmesi olanaklıdır²⁴. İkinci aşama, hakkın elde edilme sürecidir. Bu esnada işçi, hisse opsiyon planında öngörülen bekleme süresi, performans vb. kriterleri sağlamaya çalışmakta ve ilgili koşulların tamamlanmasıyla opsiyon hakkını kullanmaya hak kazanmaktadır²⁵. Üçüncü aşama ise hakkın kullanılmasıdır. İşçiye hisse senedi opsiyon imkânı tanındıktan sonra ikinci aşamanın tamamlanması sürecinde şirket hisse değerinin önemli ölçüde artması halinde işçilerin kendilerine tanınan opsiyon bedeli üzerinden hisse senetlerini edinmeleri kazançlı olacaktır. Buna karşılık şirket hisse senedi değerinin beklendiği kadar artmaması ya da düşmesi durumunda işçinin opsiyon hakkını kullanmayacağı öngörülebilir. Diğer bir deyişle işçiler, opsiyon hakkını kullanmak zorunda olmayıp, herhangi bir gerekçe göstermeksizin opsiyondan vazgeçebilir²⁶. Görüldüğü üzere hisse senedi opsiyon planları, riskli bir karaktere sahiptir. Belirtilen tehlikeye rağmen bu planlar işçinin sunduğu hizmetin doğrudan bir karşılığını oluşturmaktan ziyade, geleceğe yönelik yüksek gelir elde etmeye yönelik bir teşvik niteliğini taşımaktadır²⁷.

İşçiler alım hakkını kullanma yönünde tercihte bulunacak olursa, kendilerine şirketin ya da topluluk şirketlerinden birinin pay senedi

verilecektir. Bu paylar hamiline ve nama yazılı olabilir. Şartlı sermaye artırımına ilişkin TTK md. 467 uyarınca esas sözleşmede veya izahname-de hüküm bulunmadığı müddetçe nama yazılı payları iktisap etme hakkı tanınmış değiştirme veya alım hakkına sahip olan çalışanların, nama yazılı payların devirlerinin sınırlandırılmış olduğu gerekçesiyle, söz konusu hakkı kullanmalarının engellenemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Bu bağlamda hisse senedi opsiyon planlarına ilişkin koşullar düzenlenirken, anonim şirket esas sözleşmesinde nama yazılı payların devrine ilişkin bir sınırlandırma (bağlam hükmü) getirilmişse, esas sözleşmenin ilgili hükmüne çalışanlar lehine bir istisnanın getirilmesi yahut bağlam hükmünün kaldırılması yerinde olacaktır. Aksi durum işveren açısından hisse opsiyon planına aykırılık teşkil edeceğinden işçiye tazminat ödenmesini gerektirebilir²⁸.

Şirketin payını edinen işçi, pay senedinin sunduğu tüm mali hakların ve katılma haklarının sahibi olur. Diğer bir deyişle işçi, kâr payı alma, yeni payları edinmede rüçhan hakkına sahip olma gibi paya bağlanan ekonomik hakların yanında, genel kurula katılma, öneride bulunma, görüş bildirme, şirketin finansal tablolarını inceleme, bilgi alma hakkını kullanma ve oy kullanma hakkından şirketin diğer ortakları ile arasında bir farklılık bulunmaksızın yararlanır²⁹.

Hisse senedi opsiyonunun kullanılması halinde işçilerden bedel alınmayacağı öngörülmüşse, çalışanlara sağlanan menfaatin anonim ortaklığın net kârından finanse edilmesi mümkündür. Bununla birlikte bu durumda pay sahiplerinin elde edeceği yıllık kâr azalacağı gibi işçilerin pay iktisabı dolayısıyla şirketteki pay sahipliği yapısında da değişiklikler olacaktır. Bu yüzden opsiyon hakları için TTK md. 504 uyarınca anonim şir-

23 Altunbaş Sancak-Jafarova, <https://www.guleryuz.av.tr/news-publications/detail/calisanlarin-sirkete-ortak-edilmesi-pay-opsiyon-planlari>, 24.09.2023.

24 Hexel, §20, rn.98. Simon, Aktienoptionen, rn.5. Mengel, §1, rn.586, 589.

25 Akin, 150.

26 Baltacı, <http://dnblegal.com.tr/en/employee-stock-option-turkiye%E2%80%99de-hisse-opsiyon-planlari-ve-uygulamasi/>, 24.09.2023. İşçiye pay edinme yükümlülüğü getiren kayıtların geçersiz olduğu yönünde bkz.; Baş, 315-316.

27 Simon, Aktienoptionen, rn.1.

28 Esas sözleşmenin genel olarak pay sahipleri ile şirket arasındaki hukuki ilişkileri düzenlediği, pay sahipleri ile üçüncü kişiler arasındaki ilişkilere dönük hükümlerin borçlar hukuku sözleşmesi niteliği taşıdığı, alım/önalım/geri alıma ilişkin hakların da bunun somut bir örneği olduğu yönündeki ayrıntılı açıklamalar için bkz. Bozkurt, 265 vd. Tüzemen Atik, 285 vd.

29 Kaya, 84.

ket genel kurulunda ağırlaştırılmış nispla karar alınması öngörülmüştür. İşçilerin opsiyonu kullanması sonucu opsiyon bedelini ödeyeceğinin öngörüldüğü hallerde ödenecek bedelin taksitli bağlanması, çalışanların pay alımını kolaylaştırabilir. Bunun için şirkette yedek akçe de biriktirebilir (TTK md. 521, 523)³⁰. Ayrıca alım hakkını kullanan işçinin bu bedeli nakit olarak ödemesi söz konusu olabileceği gibi, bu bedelin işçiye ödenmesi gereken ücret ve diğer para ile ölçülen sözleşmeden ve kanundan doğan ikramiye, prim gibi ücretlerden takas yoluyla karşılanacağı da öngörülebilmektedir³¹. Takas yolu işletilecekse Türk Borçlar Kanunu md. 407/2 uyarınca işçinin rızasının opsiyon hakkının kullanımı yönünde tercihte bulunduğu esnada alınması yerinde olacaktır. Zira öğretide işçinin özellikle iş sözleşmesinin kurulması aşamasında verdiği rızanın gerçek iradesine dayanmayabileceği, geçersiz sayılması gerektiğini ileri süren görüşlerle karşılaşılmaktadır³².

B. Farazi Hisse Senedi Opsiyon Planları (Virtuellen Aktienoptionen/ Phantom Stocks)

Farazi hisse senedi opsiyon planlarında işçiler çalıştıkları şirketin ya da şirketler topluluğundaki başka bir ortaklığın hisse senetlerini edinmektedir. Aksine işçilere varsayımsal olarak hisse senedi tanımlanmakta ve farazi hisse senedindeki fiyat artışı ölçüsünde işçiler ücret talep etme hakkını elde etmektedirler³³. Bu kapsamda farazi hisse senetleri için yapılacak ödemeler de şirket için personel gideri niteliğini taşır³⁴. Farazi hisse sendi opsiyon planlarında da doğrudan hissedar olmalarına imkân sağlayan opsiyon planlarında olduğu gibi işçiler bu hakkı kullanıp kullanmayacağına veya anlaşmanın niteliğine göre ne za-

man kullanacağına kendileri karar vermektedir³⁵.

Farazi hisse senedi opsiyonundan yararlanan işçiler, şirketin payını elde etmediğinden, yeni payları edinmede rüçhan hakkına sahip olma, genel kurula katılma, öneride bulunma ve oy hakkı gibi katılma haklarından yararlanamaz. Bu sebeple halihazırdaki hissedarlar ve ortaklık paylarının oranı üzerinde bir etkileri olmamaktadır³⁶. Diğer bir deyişle bu durum şirket ortakları açısından da koruyucu bir yöntem oluşturduğu gibi, çalışanlar şirkete ortak edilmediği için şirket kurucuları, önemli yönetim kurulu kararlarının alınmasında daha geniş bir takdir hakkından yararlanabilmektedir³⁷.

4. Hisse Sendi Opsiyonu Tanınmasında İşverenin Eşit İşlem Borcu

Hisse senedi opsiyonundan yararlanabilecek işçiler esas sözleşmede gösterilebileceği (TTK md. 465/1-c) gibi, sermaye artırımına ilişkin genel kurul kararında da yararlanabilecek işçilerin belirlenmesi olanaklıdır. Bu kapsamda genel kurul kararında, yönetim kurulunun tespit edeceği belirli bir plan dahilinde işçilerin tamamına veya bir kısmına hisse senedi opsiyon hakkının tanınacağı kararlaştırılabilir³⁸. Bu bağlamda hisse senedi opsiyon planından yararlanacak işçilerin belirlenmesinde, işverenin iş sözleşmesinden doğan temel borçlarından biri olan eşit işlem borcu göz önüne alınmalıdır.

Eşit işlem borcu, mutlak bir borç olmayıp, nispi niteliktedir. Diğer bir deyişle işveren, işçileri arasında iş, uzmanlık, öğrenim, kıdem gibi objektif nedenlerle ya da çalışkanlığı, performansı, yeteneği gibi sübjektif sebeplerle farklı işlemlerde bulunabilir³⁹. Bu durum eşit işlem borcunun ihlalini oluşturmaz. Bu itibarla hisse senedi opsi-

30 Biçer, 191.

31 Kaya, 85. Baş, 316-317. Moroğlu, 416.

32 İşçinin rızasının alınma anı ve geçerliliğiyle ilgili açıklamalar için bkz.; Civan, 35-36. Heper, 163 vd.

33 Simon, Aktienoptionen, rn.1. Mengel, §1, rn.569.

34 Hexel, §20, rn.101.

35 Mengel, §1, rn.570.

36 Hexel, §20, rn.101. Mengel, §1, rn.569.

37 Akın, 152.

38 Pulaşlı, 509-510.

39 Süzek, 473. Adıgüzel, 17.

yon planı sunulacak işçilerin belirlenmesinde, hiyerarşik kademelere, maaş gruplarına, işçilerin işyerindeki kıdemlerine, üst düzey yönetici olma (örn: işletmenin bütününe yöneten işveren vekili – İş Kanunu md. 18/son) gibi işyerinde buldukları pozisyonlara göre yapılan derecelendirmeler yapılabilecek olup, performans düzeyine göre de farklı ölçütler öngörülebilir⁴⁰. Bununla birlikte işçinin iş sözleşmesinin türü, hisse senedi opsiyon planının kapsamı dışında tutulması için ne objektif ne de sübjektif bir gerekçe oluşturur. Diğer bir deyişle, kısmi süreli iş sözleşmesiyle ya da belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışanlar açısından belirsiz ve tam süreli iş sözleşmesiyle istihdam edilen emsal işçiye kıyasla farklı muamelede bulunulamaz⁴¹. Belirtilen sebeple öncelikle belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışanların yararlanma ihtimali üzerinde durulmalıdır. Hisse senedi opsiyon planında hisse senetlerinin elde edilmesi açısından bekleme süresi öngörülmüşse, bu süre tabii ki belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışanlar açısından da uygulama alanı bulacaktır. Bekleme süresinin uzunluğu nedeniyle belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışanların genellikle hisse senedi opsiyon planlarından yararlanmaları olanaklı olmayacaktır. Ancak belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışanlar açısından ortaya çıkan bu durum şeklen bir yararlandırma gibi görülmemelidir. Zira belirli süreli iş sözleşmesinin yenilenmesi ya da belirsiz süreli istihdama dönüştürülmesi her zaman ihtimal dahilindedir⁴². Kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanlar bakımından ise ne oranda yararlanabilecekleri sorusu gündeme gelmektedir. İş Kanunu md. 13/2'de düzenlendiği üzere, "Kısmî süreli çalışan işçinin ücret ve paraya ilişkin bölünebilir menfa-

atleri, tam süreli emsal işçiye göre çalıştığı süreye orantılı olarak ödenir". Dolayısıyla kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanlar, çalıştıkları süreye orantılı olarak hisse senedi opsiyon planından yararlanmayı talep edebilirler⁴³.

Hisse senedi opsiyon planı kapsamında şirketler topluluğunda yer alan başka bir şirketten alım hakkı tanınmış olabilir. Bu gibi durumlarda bu hakkın hangi işçiler tarafından kullanılacağı belirlenmesine işçilerin çalıştığı şirketin de etkide bulunduğu hallerde eşit işlem borcu uygulama alanı kazanacaktır⁴⁴.

İşverenin hisse senedi opsiyonu planını oluştururken eşit işlem borcunun içinde yer alan ayrımcılık yasağını ihlal etmesi halinde ise işçi, İş Kanunu md. 5/6'da düzenlenen dört aya kadar ücreti tutarındaki ayrımcılık tazminatını ve yoksun kaldığı diğer hakları talep edebilecektir. Bu bağlamda örneğin; maruz kaldığı farklı muamele kişilik haklarını da ihlal etmişse manevi tazminat istemi, yoksun kalınan haklar kapsamında ileri sürülebilecektir. Ancak ayırım yasağının değil de dar anlamda eşit davranma borcunun ihlal edildiği durumlarda, bu konumdaki işçi sadece yoksun kaldığı hakların karşılanmasını isteyebilecektir⁴⁵.

5. Hisse Senedi Opsiyon Planlarının Düzenlenmesinde Dikkat Edilmesi Gereken Hususlar

İşçi lehine düzenlenen hisse opsiyon planlarında bekleme süresi, hakkın kullanımı için düşünme müddeti, elde edilebilecek hisse senedi miktarı, koşulları, değişiklik kaydı ya da devir kısıtlamaları gibi hükümlere yer verilmektedir.

40 Baş, 318-319. Kaya, 79-80. Yeri gelmişken değinilmelidir ki, şirket yöneticileri, şirket ile aralarındaki hukuki ilişki dolayısıyla çalışan (Adıgüzel, 17) sıfatını haiz olabilir. Belirtilen sebeple üst düzey yöneticilerin de şirketten çalışanlar için düzenlenen hisse senedi opsiyon planları ile pay iktisap edebileceğinin kabulü gerekir. Yönetim kurulu üyelerinin şirketle olan ilişkilerinin hizmet sözleşmesi niteliği taşıyıp taşımadığına yönelik tartışmalar ve bu yöndeki görüşler hakkında bkz.; Kırca-Şehirli Çelik-Mannavgat, 453 vd. Civan, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Statüsü, 712 vd.

41 Röller, Aktienoptionen, rn.8.

42 Hexel, §20, rn.106.

43 Simon, Aktienoptionen, rn.8.

44 Baş, 321.

45 Eşit işlem borcunun ihlali halinde uygulama alanı kazanan yaptırımlar hakkında bkz.; Süzek, 485,490, 493-494. Çelik-Caniklioğlu-Canbolat-Özkaraca, 428-433. Mollamahmutoğlu-Astarlı-Baysal, 745-755. Ekmekçi-Yiğit, 385-389. Senyen Kaplan, 355-356. Yıldız, Eşit İşlem Borcu, 315 vd. Ünal, 432 vd.

Hisse opsiyon planının gereği, şirket esas sermayesinin artırılması ve pay sahiplerinin rüçhan hakkının kısıtlanması yoluyla yerine getirilecekse, esas sermayeli şirketlerde genel kurul kararı; kayıtlı sermayeli şirketlerde ise yönetim kurulu kararına ihtiyaç duyulmaktadır. TTK md. 461 uyarınca yönetim kurulunun rüçhan hakkının sınırlandırılmasının veya kaldırılmasının nedenlerini bir rapora bağlaması gerekmektedir. Söz konusu raporda, hangi durumda işçilerin hisse edinebileceğine yer verilmelidir. Diğer taraftan hisse senedi opsiyon planı doğrultusunda işçilere tanınacak pay alma hakkı için şartlı sermaye artırımı tercih edilecekse, TTK md. 465 uyarınca esas sözleşmede hakkı kullanabilecek grupların belirlenmesi gerekmektedir. Şartlı sermaye artırımının borçlanma senetleri vasıtasıyla yerine getirilmesi ihtimalinde, esas sözleşmede ayrıca değiştirme ve alım haklarının kullanılma şartları da gösterilmelidir. Ek olarak TTK md. 504 uyarınca hisse alma veya hisseyle değiştirme hakkı içeren menkul kıymet ihdasına ilişkin bir genel kurul kararı alınırken, çıkarılacak menkul kıymete ilişkin gerekli hüküm ve şartlara kararda yer verilmesi zorunlu olup, TTK md. 505 uyarınca bu yetki yönetim kuruluna da bırakılabilir. Böyle bir durumda ilgili hususlara yönetim kurulu kararında yer verilmesi gerektiği açıktır.

Hisse opsiyon planlarında yer alan düzenlemelerin ve hisse edinilmesine ilişkin şartların geçerli olup olmadığı, Türk Borçlar Kanunu (TBK) md. 27/1'de yer alan genel geçerlilik denetimine tabi olacağı gibi, aynı zamanda genel işlem koşulu niteliği taşıdığı ölçüde⁴⁶ TBK md. 20-25'deki denetim aşamalarına ve bu itibarla özellikle içerik denetimine de tabi tutulabilecektir. İlgili denetimler, gerek çalışanların doğrudan hissedar

olmasına olanak sağlayan opsiyon planları, gerek farazi hisse senedi opsiyon planları açısından uygulama alanı kazanabilecektir⁴⁷. Aşağıda ayrı başlıklar altında hisse senedi opsiyon planlarında karşılaşılabilecek hükümler ele alınmış ve değerlendirilmiştir.

A. Bekleme, Kullanım ve Devir Kısıtlaması Süreleri (Wartefrist, Sperrfrist, Haltefrist)

Hisse senedi opsiyon planlarının temel amaçlarından biri, bu çalışmanın giriş kısmında da belirtildiği üzere kalifiye iş gücünü mümkün olduğu kadar uzun bir süre işyerinde tutmak, işçilerin işten ayrılmalarını engellemektir. Ancak bu durum, işçilerin çalışma özgürlüğüyle yakından ilişkili olduğundan, bekleme süresinin ne kadar uzun belirlenebileceği sorusunu da beraberinde getirmektedir.

aa. Bekleme Süresi

Hisse senedi opsiyon planlarındaki bekleme süresiyle ilgili Alman Şirketler Kanunu'nda (Aktiengesetz-AktG) açık hüküm bulunmaktadır. İlgili hukuk sisteminde, işçilere opsiyonun tanındığı tarih ile opsiyonun kullanılacağı tarih arasında en az dört yıllık bir sürenin bulunması gerektiği hüküm altına alınmıştır (AktG §193, Abs.2, Nr.4). Bununla birlikte ilgili Kanunda üst sınır öngörülmediğinden, bekleme süresinin uzatılabileceği kabul edilmekteyse de, burada Alman Medeni Kanunu (BGB) §624'deki hüküm uyarınca üst sınırın beş yıl olabileceği ifade edilmektedir⁴⁸. Zira BGB'nin ilgili maddesinde, ömür boyu ya da beş yıldan uzun yapılan iş sözleşmelerinde, iş görmekle yükümlü olan kişinin altı aylık bildirim süresine uymak suretiyle sözleşmeyi feshedebileceği öngörülmüştür.

Hukumumuzda ise açık bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Yeri gelmişken ifade edilmelidir ki, TTK md. 456/3'te yer verilen esas ve kayıtlı sermaye sisteminde sermaye artırım kararından

46 İfade edilmelidir ki, hisse senedi opsiyon planları toplu iş sözleşmesinde düzenleme konusu yapıldığı takdirde, tek taraflı düzenlenmemesi ve işçi sendikasının da müzakeresiyle hisse senedi opsiyonu şekillendirilmiş olacağından toplu iş sözleşmesi hükümleri genel işlem koşulu niteliğini taşımayacaktır. Dolayısıyla bu gibi durumlarda, TBK md.27/1'deki genel geçerlilik denetimi uygulanmaya devam edecekse de, TBK md. 20-25'deki denetimler uygulama alanı kazanamayacaktır (Civan, Genel İş Koşulları, 297-307).

47 Simon, Aktienoptionen, rn.14.

48 Simon, Aktienoptionen, rn.15.

itibaren üç ay içinde gerekliliklerin yerine getirilerek sicile tescil işlemi gerçekleştirilmemesini geçersizlik yaptırımına bağlayan düzenleme şartı bağlı sermaye artırımına uygulanmamaktadır. Bununla birlikte Sermaye Piyasası Kurulu tarafından çıkarılan 'Geri Alınan Paylar Tebliği (II-22.1)'nde önce genel kurul tarafından onaylanmış geri alım programının süresinin, payları borsada işlem gören şirketler için üç yıl olduğu öngörülükten sonra, çalışanlara pay edindirmeyi amaçlayan geri alım programları için üç yıllık program süresinin beş yıla çıkarılmasına izin verilmiştir (md.7/1-2). Şu hâlde hukukumuzda hisse senedi opsiyon planlarında bekleme süresinin üç ilâ beş yıl arasında değişebileceği söylenebilir. Bu itibarla halka açık şirketler açısından Alman hukukundaki kabule yaklaşılmıştır. Ancak Alman hukukunda beş yıllık üst sınır belirlenirken, süresiz ya da beş yılı aşan iş sözleşmelerinde fesih hakkını düzenleyen hükümden yararlanılmaktadır. Hukukumuzda ise bu yöndeki düzenleme Türk Borçlar Kanunu md. 430/3'de yer almaktadır. İlgili hükme göre, "Taraflardan her biri, on yıldan uzun süreli hizmet sözleşmesini on yıl geçtikten sonra, altı aylık fesih bildirim süresine uyarak feshedebilir". Dolayısıyla Alman hukukundaki yaklaşımdan hareketle ülkemizde hisse senedi opsiyon planları açısından bekleme süresinin on yıla kadar belirlenebilmesine de olanak sağlanması gerektiği fikri ileri sürülebilir.

Yapılan açıklamalar çerçevesinde öncelikle şu husus ifade edilmelidir ki; bekleme süresinin uzunluğu aynı zamanda işçilerin çalışma ve sözleşme özgürlüğüyle yakından ilgilidir. Bu itibarla TBK md. 430'daki on yıllık süredense, Sermaye Piyasası Kurumu tarafından çıkarılan tebliğdeki beş yıllık süre, işverenin hisse senedi opsiyonu tanınmasındaki menfaat ve işçilerin farklı iş olanaklarını değerlendirebilmesi yönündeki çıkarları arasında makul bir denge kurmaktadır. Belirtilen gerekçe ile halka açık veya halka kapalı olsun, tüm anonim şirketler açısından Sermaye Piyasası Kurulu'nun tebliğinde yer alan azami beş yıllık sürenin uygulanması daha yerinde görünmektedir. Bununla birlikte bu yöndeki düzenlemenin,

tebliğdense, Alman hukukunda olduğu gibi kanunla yapılması, hem konuya ilişkin tereddütlerin ortadan kaldırılması, hem de işçilerin temel hak ve özgürlüklerine getirilen sınırlama dikkate alındığında hukuken çok daha isabetli olacaktır⁴⁹.

Bekleme süresi kapsamında ele alınması gereken sorulardan biri de, işçinin iş sözleşmesinin hastalık, askerlik, gebelik ya da doğum nedeniyle askıda kaldığı sürelerin hisse senedi opsiyonunun bekleme süresine etkisinin ne olacağıdır. Diğer bir deyişle örneğin dört yıllık bekleme süresinin öngörüldüğü bir ihtimalde, askı süreleri bekleme süresine dahil edilecek midir? Alman öğretisinde bu konu tartışılmış olup, kanaatimizce hukukumuz açısından da geçerli olduğunu kabul edebileceğimiz sonuçlara ulaşılmaktadır. Bu kapsamda hisse senedi opsiyon planında açıkça düzenlenmişse, askı süresinin uzunluğuna bağlı olarak işçiye tanınan alım hakkında, o oranda indirim gidilebileceği açıkça düzenlenebilir. Ancak askı süreleri nedeniyle opsiyondan doğacak alım hakkının sınırlandırılması durumu özellikle hisse opsiyon planının işçilerin sadakatinin ya da sadakat ve performansının ödüllendirilmesi amacını taşıdığı hallerde söz konusu olabilecektir⁵⁰. Başka bir ifadeyle sadece performans kriterlerinin öngörüldüğü hisse senedi opsiyon planlarında, askı süreleri alım hakkında indirim gidilmesi açısından gerekçe oluşturmamalıdır.

Askı süresi kadar bekleme süresinin uzatılıp uzatılmayacağı da ayrı bir soru olarak akla gelebilir. Ancak bu soruya olumlu cevap vermek olanaklı görünmemektedir. İlk olarak askı süresi kadar bekleme süresinin uzayacağına kabulü, o oranda işçinin fesih imkânının kısıtlanması sonucunu da beraberinde getirecektir. Diğer bir deyişle askı süresinin uzunluğu, somut olayın özelliğine göre hukukumuzda da yer alan üst sınır niteliğindeki bekleme süresinin aşılmasına yol açabileceğinden, çalışma özgürlüğünün ihlal edilmesi sonucunu doğurabilir. Ayrıca askı halinin, bekleme süresine etkisi ile belirli süre-

49 Şahin, 2877.

50 Simon, Aktienoptionen, rn.8. Mengel, §1, rn.606.

li iş sözleşmesine etkisi kanaatimizce benzerlik taşımaktadır. Öğretide belirli süreli iş sözleşmelerinde, iş görme ediminin ifa süresinin tarafların iradesiyle sınırlandırıldığı, edimin sonradan yerine getirilmesinin olanaklı olmadığı, bu nedenle askıda kalma sırasında iş sözleşmesinin süresinin kesilmediği sonucuna ulaşılmaktadır⁵¹. Aynı yorum, hisse senedi opsiyon planlarında düzenlenen bekleme süresi için de geçerli kabul edilmelidir. Zira söz konusu planlarda öngörülen ve çeşitli düzenlemelerden hareketle üst sınırı belirlediğimiz bekleme süresi, işverenin işçiyi işyerinde mümkün olduğu kadar uzun bir süre çalıştırma yönündeki menfaat ile işçinin makul süre içerisinde hisse senetlerini elde etme doğrultusundaki çıkar arasında bulunması gereken dengeyi içermektedir. Başka bir ifadeyle bekleme süresiyle, opsiyon planı sonucu sağlanacak alım hakkının hak kazanılmasına dair zaman dilimi kesin olarak belirlenmekte olup, askı süresi kadar uzatılması belirsizlik ve azami bekleme sınırlarının aşılması sorunlarına yol açabilecektir.

bb. Kullanım Süresi ve Şekli

Öngörülebilecek diğer bir süre ise bekleme süresini tamamlayan işçinin, opsiyon hakkını ne zamana kadar kullanabileceğidir. Alman hukukunda opsiyon planında bir gün ya da on yıllık kullanım hakkının tanınabileceği belirtilmektedir. Kullanım süresi, ister bir gün isterse de on yıl belirlensin geçerli olacağı kabul görmektedir. Kullanım süresi ne kadar uzun belirlenirse, işçinin takdir imkânı da o ölçüde artacaktır⁵².

Hukukumuzda ise kullanım süresinin, bir güne indirgenmesi olanaklı görünmemektedir. Zira TTK md. 461'de değiştirme veya alım hakkı sahiplerinin bu hakkı kullanma süresi açısından asgari bir süre öngörülmüştür. İlgili hükme göre, "Yönetim kurulu yeni pay alma hakkının kullanılabilmesinin esaslarını bir karar ile belirler ve bu kararda pay sahiplerine en az on beş gün süre verir". Ayrıca TTK md. 465 uyarınca da rüçhan hakkına

ilişkin ayrıntılara esas sözleşmede yer verilmelidir. Hisse senedi opsiyonunun işçiye alım hakkı verdiği göz önüne alındığında, kullanım süresinin en az on beş gün olarak kabul edilmesi isabetli olacaktır. Öte yandan opsiyon hakkının kullanımı mevzuatta herhangi bir şekil şartına bağlanmadığından⁵³, sonradan ortaya çıkabilecek sorunları engellemek adına hisse opsiyon planında hakkın kullanımının şekle bağlanması da faydalı olabilir.

cc. Devir Kısıtlaması Öngören Süreler

Hisse senedi opsiyon planlarında karşımıza çıkabilecek son bir süre de devir kısıtlamasına yönelik sürelerdir. Devir kısıtlaması, işçiler açısından pay almayı cazip olmaktan çıkarabilir. Zira payın piyasadaki değerinin çok yükseldiği hallerde dahi işçi elindeki hisseleri satamayacağından, dolaylı olarak maddi kayba uğrayacaktır. Aynı şekilde işçilerin ellerindeki hisseleri devrederken, belirli bir kişi ya da gruba ön alım hakkının da getirilebileceği kabul edilmektedir. Böylece işçiler için çıkarılmış olan payların istenmeyen kişilerin eline geçmesi engellenebilecektir⁵⁴.

Çeşitli çekincelerine rağmen devir kısıtlaması öngören düzenlemeler Alman hukukunda genellikle geçerli kabul edilmektedir. Bununla birlikte ne kadar süre için devir kısıtlaması getirilebileceği açık değildir⁵⁵. Türk hukukunda anonim şirketlerde payın serbestçe devri temel ilke olmakla birlikte TTK md. 491 vd. uyarınca nama yazılı payların devri esas sözleşmeye konulacak bağlam hükümleriyle sınırlandırılabilir. TTK md. 493'e göre nama yazılı payın devri yalnızca esas sözleşmede öngörülmüş önemli bir sebebin ileri sürülmesi ile engellenebilecektir. Bu bağlamda pay devrinin belirli bir süre ile yasaklanması, şirket esas sözleşmesiyle değil ancak hisse opsiyon planı ile gerçekleştirilebilir. Söz konusu düzenlemeye karşın işçinin payını devretmesi, hisse opsiyon sözleşmesine aykırılık teşkil edeceğinden işçi açısından tazminat borcu doğuracak, ancak yeni pay sahibinin şirketin pay defterine kaydını en-

51 Süzek, Askı, 32-34. Süzek, 515, 530. Mollamahmutoglu-Astarlı-Baysal, 784.

52 Mengel, §1, rn.597.

53 Tüzemen Atik, 129.

54 Kaya, 86-87.

55 Simon, Aktienoptionen, rn.17.

gelmeyecektir. Belirtilen sebeple üçüncü kişilere pay devrinden işçiyi caydırmak için hisse opsiyon planında cezai şartın öngörülmesi düşünülebilir.

B. İş Sözleşmesinin Sona Ermesinin Opsiyon Planına Etkisi ile İlgili Hükümler (Verfallklausel)

Hisse senedi opsiyon planları uzun bir dönemi kapsadığından, kendisine opsiyon hakkı tanınan işçilerin işyerinden ayrılması ihtimal dahilindedir. Bu durumda işçinin, opsiyon planından yararlanıp yararlanamayacağı ya da çalıştığı süreye orantılı olarak yararlanma hakkının bulunup bulunmadığının belirlenmesi gerekmektedir.

Yapılacak bir değerlendirmede hisse senedi opsiyon planlarının temel amaçları göz ardı edilmemelidir. İşçilere hisse senedi opsiyonu tanınmasının temelinde, işçinin işyerinden erken ayrılmasını engelleme, işyerine olan sadakatini ödüllendirme ve çalışmasını ücretlendirme hedefi bulunmaktadır. Dolayısıyla hisse senedi opsiyon planları düzenlenirken işçinin ayrılması veya sözleşmenin sona erme nedenlerine göre alım hakkını ya da kullanım hakkını ortadan kaldıran, sınırlandıran düzenlemelere (*verfallklausel*) yer verilmesi kanaatimizce olağan görülmelidir. Ancak bu yöndeki düzenlemelerin geçerli sayılabilmesi için işçinin fesih hakkı olağanüstü kısıtlanmamalı, ahlaka aykırılık oluşturmamalı, aynı zamanda genel işlem koşulu niteliği taşıdığı ölçüde içerik denetiminden geçecek şekilde hazırlanmalıdır. Bu kapsamda özellikle açık, şeffaf ve öngörülebilir bir şekilde düzenlenmeleri önem kazanmaktadır⁵⁶. Bu kapsamda aşağıda karşılaşılabilecek çeşitli ihtimaller ayrı başlıklar altında değerlendirilmiştir.

aa. Bekleme Süresi Dolmadan Önce İş Sözleşmesinin Sona Erme Halini Düzenleyen Kayıtlar

Bekleme süresi dolmadan iş sözleşmesinin sona ermesi halinde işçi açısından opsiyon hakkının ortadan kalkacağını öngören hükümlerle

56 Mengel, §1, rn.600-602. Rölller, Aktienoptionen, rn.9.

karşılaşılabilmektedir. Alman hukukunda bu yöndeki hükümlerin kabul gördüğü anlaşılmaktadır. Bu kapsamda ilgili hukuk sisteminde sona erme nedeni açısından ayrıma da gidilmemektedir. İş sözleşmesinin sona ermesinin işverenin ya da işçinin sorumluluk alanına atfedilmesi bir farka sebep olmamakta, opsiyon hakkı sözleşmenin sona ermesi nedeniyle ortadan kalkmaktadır. Örneğin; iş sözleşmesi işveren tarafından haklı nedenle derhal, işçinin yetersizliği veya davranışları veyahut işin, işyerinin ve işletmenin gerekleri nedeniyle feshedilecek olsa dahi opsiyon hakkının sona ereceği benimsenmektedir. Zira bekleme süresinden önce iş sözleşmesinin sona ermesiyle işverenin opsiyon planıyla ulaşmak istediği işçinin performansında iyileşme, mal veya hizmet üretiminde artış ve işyeri araç ve gereçlerinin kullanımında tasarruf amaçları ortadan kalkmış olmaktadır⁵⁷. Hisse senedi opsiyon planlarının niteliği göz önüne alındığı takdirde benzer yönde yorum hukukumuz açısından da geçerli kabul edilmelidir. Bu itibarla kanaatimizce örneğin; işçi süreli fesih yoluyla (İş Kanunu-İK md. 17) veyahut sağlık sebepleri, zorlayıcı nedenler gibi haklı sebeplerle derhal (İK md. 24/1, 3) ya da işveren haklı (İK md. 25) veyahut geçerli bir nedenle⁵⁸ (İK md. 18) bekleme süresinden önce iş sözleşmesini sona erdirmişse opsiyon hakkı da ortadan kalkmalıdır.

bb. Karar Verme Sürecinde İş Sözleşmesinin Sona Erme Halini Düzenleyen Kayıtlar

Bekleme süresi sona erdikten sonra alım hakkının kullanımı için de bir süre tanındığı takdirde, alım hakkının kullanıldığı esnada iş sözleşmesinin devam etme zorunluluğunu öngören ve iş sözleşmesi sona erdiği takdirde opsiyon hakkının kullanılamayacağını düzenleyen hükümler de

57 Staake, 2498-2499. Simon, Aktienoptionen, rn.16. Mengel, §1, rn.605.

58 İleri sürülen aksi yöndeki görüşe göre; iş sözleşmesinin geçerli bir sebebe dayalı olarak işverence feshedilmesi halinde, kural olarak işçi pay edinme hakkının ortadan kalkması nedeniyle işverenden tazminat isteme olanağına sahip olmalıdır (Baş, 313).

düzenlenebilir. Alman hukukunda bekleme süresini tamamlayan işçi açısından işverene bağlılık, sadakat ve opsiyon koşulları gerçekleştiğinden hareketle, opsiyon hakkının kullanıldığı esnada iş sözleşmesinin devam zorunluluğunu öngören kayıtların geçerli olmayacağını dile getiren görüşler⁵⁹ bulunmaktaysa da, Federal İş Mahkemesi'nin kararı aksi yöndedir. Zira Federal İş Mahkemesi'ne⁶⁰ göre; bekleme süresini tamamlayarak alım hakkını kullanma imkanını elde eden işçi, opsiyon hakkının değerinin artacağı beklentisiyle riski üstlenmiştir. Opsiyon planında, alım hakkının kullanımı esnasında da iş sözleşmesinin devam etmesi koşulu öngörüldüğü takdirde, işçinin şirketin başarısına ve hisse fiyatının artmasına katkıda bulunacağı beklentisi devam etmekte olup, iş sözleşmesinin sona ermesiyle işverenin işçinin sunacağı menfaatten mahrum kalacağı açıktır. Alım hakkı kullanılmadığı sürece ücret gelirinden bahsedilemez. Aksine işçi, geleceğe yönelik kazanç beklentisinden mahrum kalmıştır. Diğer bir deyişle, kazanılmış ücretin geri alınmayacağı ilkesi ihlal edilmiş olmaz. Federal İş Mahkemesi'nin yukarıda belirtilen kararı, hisse senedi opsiyonlarının amaçlarıyla uyumlu görünmektedir. Bu itibarla hukukumuz açısından da hisse senedi opsiyon planında öngörülen alım hakkının kullanımı esnasında iş sözleşmesinin sona ermemiş olması koşulu geçerli kabul edilmeli, dürüstlük kuralını ihlal eder nitelikte ve işçinin aleyhine bir hüküm olarak görülmemelidir. Diğer bir ifadeyle hisse senedi opsiyon planında değinilen yönde bir hükme yer verildiği durumda alım hakkını kullanmadan iş sözleşmesi sona eren işçi, işverenden ne tazminat talep

edebilir ne de çalıştığı süreyle orantılı olarak alım hakkından yararlandırılmasını isteyebilir. Bununla birlikte bekleme süresi tamamlandıktan sonra, henüz alım hakkını kullanmadan işçinin hayatını kaybetmesi nedeniyle iş sözleşmesinin sona erdiği hallere özgü olarak, alım hakkının mirasçılara geçeceği yönünde hisse senedi opsiyon planlarında düzenlemelere yer verilmesi hakkaniyete uygun olacaktır⁶¹.

cc. İşverenin İş Sözleşmesini Doğruluk ve Dürüstlük Kurallarına Aykırı Hareket Ederek Sona Erdirmesi Halinde İşçinin Sahip Olduğu Haklar

Bekleme veya kullanım süresi esnasında iş sözleşmesi sona erdiği takdirde opsiyonun sona ereceğini veya alım hakkının ortadan kalkacağını öngören hükümler, genel işlem koşulları denetiminden geçecek şekilde düzenlendikleri ölçüde geçerli kabul edilmelidir. Bununla birlikte iş sözleşmesinin sona ermesinde işveren doğruluk ve dürüstlük kurallarına aykırı hareket etmişse, örneğin; ahlak ve iyiniyet kurallarına dayanarak feshettiğini beyan etmekle birlikte haksız fesih gerçekleştirdiği ya da fesih hakkını kötüye kullandığı tespit edilmişse veyahut işçi, iş sözleşmesini ücretinin ödenmemesi ya da psikolojik taciz uygulanması gibi haklı nedenlerle (İK md. 24/2) derhal sona erdirmişse hangi yaptırımın uygulanacağı üzerinde durulmalıdır. Yukarıda değinilen Federal İş Mahkemesi kararından hareketle opsiyon koşulları gerçekleşmeden veya alım hakkı kullanılmadan önce işçinin ücret gelirinden söz etmek mümkün değildir. Zira hukuka uygun bekleme süresi tamamlanmadıkça zaten alım hakkı doğmayacaktır, alım hakkı doğduğunda ise kullanılıp kullanılmayacağı işçinin takdirindedir. Dolayısıyla iş sözleşmesinin doğruluk ve dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil edecek sebeplerle sona ermesi durumunda işçinin opsiyon planında düzenlenen hisse senetlerini çalıştığı süreye orantılı olarak alabileceğini benimsemek kanaatimizce olanaklı değildir. Bununla birlikte öğretide haklı

59 Bu yöndeki görüşler için bkz.; Staake, 2498. Bu doğrultudaki bir görüşe göre hisse senedi opsiyon planı sonucu elde edilecek menfaat ücrettir. Ücret olduğuna göre iş sözleşmesindeki karşılıklılık ilkesi kapsamında işverenin ücret ödeme borcu içerisinde yer almaktadır. Bu nedenle hisse senedi opsiyon planında öngörülen bekleme süresi içinde koşulları kısmen sağlayan bir işçi de, koşulları sağladığı ölçüde hisse senedi alım hakkından yararlandırılmalıdır (Preis, BGB §611a, rn.542).

60 BAG, Urteil vom 28. 5. 2008 - 10 AZR 351/07, NZA 2008, 1066 ff. Federal İş Mahkemesiyle aynı yöndeki görüş için bkz.; Röller, Aktienoptionen, rn.11.

61 Bu yöndeki örnek sözleşme hükümleri için bkz.; Mengel, §1, rn.628, 630.

olarak belirtildiği üzere bu gibi durumlarda işçi işvereninden tazminat talep edebilir. Tazminat, pay edinme hakkının kullanılmaması nedeniyle yoksun kalınan menfaat dikkate alınarak hesaplanmalıdır⁶².

Tazminat istemiyle birlikte değerlendirilmesi gereken bir husus da iş güvencesi hükümleri kapsamındaki işçilerin, hisse senedi opsiyon planı sonucu elde etmeleri muhtemel kazanç kaybindan kaynaklanan tazminat istemini işe iade davasında ya da ayrı bir davada talep edip edemeyecekleridir. Bilindiği üzere feshin geçersiz sayılması sonucu talep edilebilecek temel parasal menfaatler, işçinin boşta geçirdiği süre için en çok dört aylık ücret ve diğer hakları ile işe başlatılmaması halinde mahkemece belirlenecek olan dört ilâ sekiz aylık ücret tutarındaki tazminattır. İş Kanunu md. 21/son'da, "Bu maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkrası hükümleri sözleşmeler ile hiçbir suretle değiştirilemez; aksi yönde sözleşme hükümleri geçersizdir." ifadesine yer verildiğinden, geçersiz feshin değinilen sonuçları mutlak emredici bir şekilde düzenlenmiş olup, tarafların anlaşmasıyla işçinin lehine ya da aleyhine değiştirilmesi olanaklı değildir⁶³.

Öğretide özellikle ayrımcılık tazminatı ile iş güvencesi tazminatının bir arada istenip istenemeyeceği üzerinde durulmuş olup, söz konusu tazminatların amaçları birbirinden farklı olduğundan hareketle somut olayın özelliği gereği her iki tazminata hükmedilebileceği isabetli olarak kabul görmektedir⁶⁴. Buradaki yaklaşımdan hareketle kanaatimizce işverenin hem geçersiz hem de doğruluk ve dürüstlük kurallarına aykırı olarak yaptığı fesih⁶⁵ sonucu işe iade davasında

ya da ayrı bir davada istenen hisse sendi opsiyonundan kaynaklanan muhtemel kazanç kaybına dayanan tazminat istemi, mutlak emredici hükmün ihlali olarak görülmemelidir. Zira işe iade davasının parasal sonuçları feshin geçersiz sayılmasının sonucu olup, hisse senedi opsiyonu kapsamında beklenen muhtemel kazançtan yoksun kalmaya ilişkin tazminat istemi ise işverenin doğruluk ve dürüstlük kurallarına aykırı bir şekilde gerçekleştirdiği fesihle kaynaklanmaktadır⁶⁶. Aksi yönde ulaşılabilecek sonuç, doğruluk ve dürüstlük kuralına aykırı davranışın yaptırımsız kalmasına yol açabileceği gibi, işçisini hisse senedi opsiyon planından yararlandırmak istemeyen işverenleri geçersiz fesih yapmaya teşvik edilecek, iş güvencesi hükümlerinden yararlanan işçilerin, işe iade davası açarak hak aramalarını engelleyebilecektir.

Yeri gelmişken belirtilmelidir ki, feshin geçersiz sayılması sonucu işçinin süresinde yaptığı başvuru üzerine işveren işçiyi işe başlatmışsa, taraflar arasındaki iş sözleşmesi herhangi bir kesilme olmaksızın devam etmiş sayılacağından⁶⁷,

sih sebebinin varlığına rağmen, işverenin yazılı bildirimde bulunmaması, fesih sebebinin açık ve kesin bir şekilde belirtmemesi gibi fesih usulüne uymaması dahi feshin geçersiz sayılması için yeterlidir (İK md.19, md.21).

66 Öğretideki bir görüş de, geçersiz feshin söz konusu olduğu hallerde somut olayın özelliği uyarınca işçilerin ayrıca tazminat isteyebileceğini savunarak, tarafımızca ulaşılan sonucu dolaylı olarak teyit etmektedir. İlgili görüş, bir Yargıtay kararından hareketle değerlendirilmedi bulunmaktadır. Yargıtay kararında işçinin iş sözleşmesi geçersiz nedenle feshedilmiş ve işçi o esnada sağlık harcamaları yapmak zorunda kalmıştır. Halbuki işçi, işyerinde çalıştığı esnada özel sağlık sigortasından yararlanmaktadır. Yargıtay, bu kapsamda feshi takip eden dört aylık dönemdeki sağlık harcamalarının boşta geçen süreye ilişkin dört aylık ücret ve diğer haklar kapsamında kabul edilebileceğini benimsemiştir (Y9HD, 02.06.2020, 15918/4682, www.kazanci.com.tr, 03.10.2023). Karara karşılık öğretide ileri sürülen değindiğimiz görüş kapsamında, sağlık harcamalarının boşta geçen süreye ilişkin ücret ve diğer haklar kavramına dahil edilmesi olanaklı değildir. Zira sağlık harcamalarından kaynaklanan alacak ücret kavramı içerisinde değerlendirilemeyecektir. Bu nedenle işçinin özel sağlık sigortasından yararlanmaması sebebiyle ortaya çıkan zarar tazminat olarak işvereninden istenebilmelidir (Çelik-Caniklioğlu-Canbolat-Özkaraca, 578).

67 Süzek, 659. Mollamahmutoğlu-Astarlı-Baysal, 1123, 1131.

62 Baş, 314.

63 Süzek, 668-669.

64 Süzek, 492. Şahlanan, 3-5. Astarlı, 317-318. Yıldız, 157. Değinilen öğreti görüşü doğrultusundaki Yargıtay kararı için bkz.; Y22HD, 09.06.2015, 15750/20058, www.kazanci.com.tr, 03.10.2023. Ayrımcılık tazminatı ile iş güvencesi tazminatının bir arada istenemeyeceği yönündeki kararlar için bkz.; Y9HD, 17.9.2015, 18355/26031, Y9HD, 18.06.2012, 13065/23353, www.lexpera.com.tr, 03.10.2023.

65 Geçersiz fesih her zaman için doğruluk ve dürüstlük kurallarına aykırı bir fesih olarak görülemez. Geçerli bir fe-

işçi bu ihtimalde hisse senedi opsiyonunun koşullarına tekrar tabi olmuş olacak ve öngörülen kriterleri tamamlaması sonucu hisse senetlerini elde edebilecektir. Diğer bir ifadeyle işçinin ayrıca tazminat talep etme ihtiyacı kural olarak ortadan kalkmış olacaktır.

6. Hisse Senedi Opsiyonunun Ücret Olarak Nitelendirilebilirliği

A. Genel Olarak

Ücret kavramı mevzuatımızda çeşitli hükümlerde tanımlanmıştır. Anayasa'nın 55. maddesi uyarınca "Ücret emeğin karşılığıdır." İş Kanunu md. 32/1 uyarınca, "Genel anlamda ücret bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutardır". Gelir Vergisi Kanunu gereğince ise "Ücret, işverene tabi belirli bir işyerine bağlı olarak çalışanlara hizmet karşılığı verilen para ve ayınlar ile sağlanan ve para ile temsil edilebilen menfaatlerdir." Mevzuatımızda yer alan söz konusu tanımlardan anlaşıldığı üzere işçinin gördüğü işin karşılığında hak kazandığı, işveren veya üçüncü kişiler tarafından ödenen, sözleşme ya da kanunlar tarafından belirlenen, para veyahut para ile ölçülebilir menfaatler ücret niteliğini taşıyacaktır⁶⁸.

Ücret kavramı, kendi içerisinde asıl (temel) ücret ve asıl ücrete ilaveten aynı veya nakdi olarak yapılan ödemeleri, diğer bir deyişle ücret eklerini kapsamaktadır. Bu bağlamda asıl ücrete ücret eklerinin de dahil edildiği kazanç geniş anlamda ücret olarak nitelendirilmektedir. Asıl ücret, işçinin görmüş olduğu işin karşılığı olarak işçiye ödenen bir miktar paradır (İK md. 32/1). Görüldüğü üzere asıl ücretin, aynı olarak ödenebilmesi olanaklı değildir. Bununla birlikte ücret ekleri para olarak ödenebileceği gibi, aynı olarak da ödenebilir. Önemli olan ücret eklerinin para ile değerlendirilebilecek nitelikte olmasıdır. Bu bağ-

lamda işçiye sağlanan prim, ikramiye, komisyon, işin sonucundan pay alma, bahşiş vb. menfaatler ile yemek, yol, ısınma, giyim vb. yardımlar, fazla çalışma/fazla sürelerle çalışma ücreti, tatil ücretleri gibi ödemeler geniş anlamda ücreti meydana getirmektedir⁶⁹.

Yapılan açıklamalardan hareketle işçinin hisse senedi opsiyonu sonucu alım hakkını kullanarak elde ettiği menfaatin, kanaatimizce ücret olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Zira söz konusu opsiyon, işçiye işyerinde çalışması karşılığı bedelsiz ya da genellikle daha uygun bir bedelle tanınmıştır. Opsiyonun tanınma amacı da işçinin sadakatini ve verimini artırmaktır. Dolayısıyla hisse senedi opsiyon planının iş sözleşmesinde ya da başka bir metinde düzenlenmesi, işverenin genel vaatlerine dayanması veya iş sözleşmesi kurulduktan sonra işçilere tanınması, ulaşılan sonuca etki etmeyecektir⁷⁰. Bununla birlikte hisse senedi opsiyonu sonucu elde edilen menfaat, asıl (temel) ücret olarak nitelendirilemez. Nitekim asıl ücret tanımında da belirtildiği üzere para olarak ödenmesi zorunludur. Ayrıca asıl ücrete ilişkin olduğu anlaşılan İş Kanunu md. 32/5 hükmü uyarınca "Ücret en geç ayda bir ödenir. İş sözleşmeleri veya toplu iş sözleşmeleri ile ödeme süresi bir haftaya kadar indirilebilir." Hisse senedi opsiyonu ise genellikle işçinin iş görme edimini uzun bir süre işverene sunması koşuluna bağlanacağından, ayda bir ya da daha kısa sürelerle ödenme kriterini karşılayamayacaktır. Bu itibarla hisse senedi opsiyonu sayesinde elde edilen menfaat, evleviyetle ücret eki niteliğini taşımaktadır. Bu nedenle bizim de katıldığımız öğreti görüşü doğrultusunda hisse senedi opsiyonunun kullanılması sonucu gerçekleşen pay

69 Ücret kavramı hakkında detaylı bilgi için bkz.; Süzek, 375-377. Mollamahmutoğlu-Astarlı-Baysal, 627-637. Urhanoğlu-Köken, 54. İşçi, 95-99. Göktaş, 49-53. Anlama, 36-38.

70 Simon, Aktienoptionen, rn.10. Mengel, §1, rn.610-611. Röller, Aktienoptionen, rn.5. Baltacı, <http://dnblegal.com.tr/en/employee-stock-option-turkiye%E2%80%99de-hisse-opsiyon-planlari-ve-uygulamasi/>, 24.09.2023. Bayar-Mutlu, 104. Çelik, <https://www.verginet.net/dtt/1/Calisanlara-Hisse-Verilmesi-Stock-Options.aspx>, 29.09.2023.

68 İşçi, 88.

devirleri, aynı ödeme niteliğini taşımaktadır⁷¹. Zira işçinin eline nakdi bir meblağ geçmemekte, işçi devretmek suretiyle nakde çevrilebileceği pay senedini elde etmektedir.

Öğretide bir görüş ise somut olayın özelliğine göre hisse senedi opsiyonu sonucu elde edilen menfaatin prim ya da ikramiye olarak nitelendirilebileceğini belirtmektedir. Bu görüş uyarınca, şirket işçinin belirli bir başarı göstermesi şartıyla bedelsiz ya da indirimli olarak pay edinme vaa-dinde bulunduğu takdirde, hakkın kullanımına bağlı olarak elde edilen menfaat prim olarak nitelendirilmelidir. Buna karşılık pay alım hakkının herhangi bir başarı sağlama şartına bağlanmaya-rak, işçilerin performansından duyulan memnu-niyetin ve işçilerin sadakatinin bir karşılığı olarak sunulduğu hallerde, elde edilen menfaat ikrami-ye olarak sınıflandırılabilir⁷².

Temyiz yoluyla Yargıtay⁷³ önüne getirilen bir Bölge Adliye Mahkemesi kararında "Davacı ile davalılardan V... S.... Inc. arasında 'Niteliksiz His-se Opsiyon Bağı' sözleşmesi imzalanmıştır. Sözleşmede dikkat çeken husus davacıya belirli dönem aralığında bir miktar hisse senedi alma hakkı tanınmakta, amacın şirkete bağlı çalışma-nın sürdürülmesinin sağlanmasına yönelik ol-duğu, tanımlanan bu hisse senetlerinin borsada işlem gören şirket hisselerini düşük bir bedelden ve ancak belirli zaman dilimleri geçtikten sonra alma hakkı verdiği, süre sonunda örneğin somut olayda müktesep olma ilk tarihinin 1 Temmuz 2010 %25'i almak suretiyle başlangıç ve her üç ayda %25 daha olmak üzere en son 1 Temmuz 2016 da kullanılmak üzere hak düşürücü nitelikte bitiş tarihi olarak kararlaştırıldığı, bu niteliği ile karma bir akit olduğu, sağlanan bu hakkın sonuç ve nitelik olarak prim olduğu anlaşılmaktadır" ifa-delerine yer verilmiştir. Söz konusu karar, Yargıtay

tarafından onanmıştır. Her ne kadar hisse senedi opsiyon planı sonucu elde edilen menfaatin aynı ödeme olarak nitelendirilmesi gerektiğini düşün-mekte isek de ilgili kararın önemi, hisse senedi opsiyonu kapsamında sağlanan menfaatin yaptı-ğımız genel açıklamalar doğrultusunda ücret ola-rak nitelendirilmiş olmasıdır. Bununla birlikte yeri gelmişken belirtilmelidir ki, Yargıtay'ın değinilen kararı ve bu yöndeki öğreti görüşü, farazi hisse senedi opsiyon planları için geçerli kabul edilebi-lir. Nitekim farazi hisse senedi opsiyon planların-da işçilere maddi bir menfaat temin edilmektedir.

B. İşveren Dışında Diğer Topluluk Şirketi Tarafından Hisse Senedi Opsiyonunun Tanındığı Durum

Hisse senedi opsiyon planı, hukukumuzdaki dayanakların ele alındığı başlık⁷⁴ altında ifade edildiği üzere sadece işçinin çalıştığı şirketin hisse senetlerinin elde edilmesini hedeflemek zorunda değildir. İşveren konumundaki şirket dışında şirketler topluluğundaki ana şirketin ya da bağlı şirketin hisse senetlerini elde edilme-sini hedefleyen opsiyon planları da oluşturulabilir. Bu gibi durumlarda işçinin elde ettiği menfaatin ücret olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği hususunun ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir.

Ücret, genellikle işveren tarafından ödenir. Bununla birlikte ücretin üçüncü kişiler tarafın-dan ödenmesine de engel yoktur. Örneğin; otel, lokanta gibi işyerlerinde ücret yüzdeler yoluyla müşteriler tarafından ödenmektedir⁷⁵. Bu durum, işçiye çalıştığı şirket dışında diğer bir topluluk şirketinin hisse senetlerini elde etmesini sağla-yan opsiyon planları için de geçerlidir. Başka bir deyişle işçinin, kendisine tanınan opsiyon planın-daki koşulları ve bekleme süresini tamamlayarak diğer topluluk şirketindeki payları edinmesi so-nucu elde ettiği menfaat de iş ve sosyal güvenlik hukuku açısından ücret olarak benimsenmeli-

71 Güneş, 124. Simon, Aktienoptionen, rn.12. Röller, Aktienoptionen, rn.7. İsviçre Federal Mahkemesi'nin içtihadın-dan hareketle özellikle yüksek ücret alan işçiler açısından hisse senedi opsiyonlarının aynen ödeme ilkesine istisna oluşturabileceği görüşü için bkz.; Güneş, 126-130.

72 Baş, 308.

73 Y9HD, 29.11.2022, 7885/15517, www.kazanci.com.tr, 29.09.2023.

74 Bkz.; 2.

75 Süzek, 376-377.

dir⁷⁶. İşçinin elde ettiği payların yurtdışındaki veya yurtdışındaki bir topluluk şirketine ait olması, varılan sonuca etkide bulunmaz⁷⁷. Ancak yurtdışındaki bir şirketin paylarının elde edilmesi, yabancılık unsuru nedeniyle hangi ülke hukukunun uygulanacağı sorusunu gündeme getirebilir ki, bu durum üzerinde ileride ayrıca durulacaktır.

C. Ücret Niteliğinin Bireysel İş Hukuku Açısından Değerlendirilmesi

Hisse senedi opsiyon planı kapsamında sağlanan menfaatin ücret olarak nitelendirilmesinin en önemli sonucu, 4857 sayılı İş Kanunu'nda ücret için öngörülen güvencelerin uygulama alanı kazanacağıdır. Bu itibarla işçi, örneğin koşulları ve bekleme süresini sağlamasına rağmen hisse senetlerinin verilmemesi halinde çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabileceği (İK md. 34) gibi, iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebilecektir (İK md. 24/2-e)⁷⁸.

Hisse senedi opsiyon planında sağlanan menfaatin ücret olarak kabul edilmesi sonucu ele

alınması gereken diğer bir soru ise geniş anlamda ücretin esas alındığı hakların belirlenmesinde bu menfaatin de dikkate alınıp alınamayacağıdır. Örneğin; kıdem tazminatı, ihbar tazminatı gibi alacaklar hesaplanırken, mevzuatımızda açıkça düzenlendiği üzere sadece işçinin asıl (temel) ücreti değil, para veya parayla ölçülmesi mümkün diğer yan menfaatleri de dahil edilir (İK md. 17/son, 1475 sayılı İK md. 14/11). Ancak öğretilerde haklı olarak ifade edildiği üzere, geniş anlamda ücrete dahil edilmesi gereken menfaatlerin, süreklilik arz etmesi gerekmektedir. Bu kapsamda doğum veya evlenme yardımı gibi arızı nitelik taşıyan sosyal yardımların ya da işyerinin 10. veya hut 25. kuruluş yıldönümü nedeniyle verilen ikramiyelerin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması olanaklı değildir⁷⁹. Hisse senedi opsiyon planındaki koşulların ve alım hakkının kullanıldığı bir ihtimalde, söz konusu menfaatin sürekli sağlandığından söz edilemeyecektir. Diğer bir deyişle arızı nitelikteki bir ödeme olarak kabul edilmesi gerektiğinden, geniş anlamda ücrete dahil edilmesi ve örneğin ihbar tazminatı ya da kıdem tazminatının hesabında dikkate alınması olanaklı değildir⁸⁰.

D. Ücret Niteliğinin Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Değerlendirilmesi

aa. Prim Kesintisinin Uygulanıp Uygulanmayacağı

Hisse senedi opsiyon planı kapsamında sağlanan menfaatin, bireysel iş hukuku ve vergi mevzuatımız uyarınca ücret olarak kabul edilmesi gerekteyise de aynı sonucun sosyal güvenlik hukuku açısından geçerli olup olmadığının in-

76 Alman öğretilerinde şirketler topluluğundaki başka bir hisse senedinin elde edilmesini hedefleyen opsiyon planlarının, işveren konumundaki şirketin dahilinin olmadığı hallerde iş ilişkisi kapsamında değerlendirilmeyeceği ve opsiyon planı kapsamında sağlanan alım hakkının kullanılması sonucu elde edilen menfaatin de ücret olarak kabul edilemeyeceği ifade edilmektedir (Röller, Aktienoptionen, m.6. BAG Urt. v. 25.8.2022 – 8 AZR 453/21, NZA 2023, 154 ff.). Bu doğrultudaki görüşler, aynı zamanda işveren konumundaki şirketin bilgisi veya dahilinin olduğu, işçinin hisse senedi opsiyonu nedeniyle daha düşük bir ücretle çalışmaya razı olduğu ya da işverenin de dahil olduğu grup işyeri sözleşmelerinde hisse senedi opsiyon planının düzenlendiği hallerde elde edilen menfaatin ücret olarak nitelendirilmesi gerektiğini ileri sürmektedirler (Simon, Aktienoptionen, rn.11. Mengel, §1, rn.610). İlgili görüşlerde belirtilen topluluk şirketlerinden bir diğeri için tanınan hisse senedi opsiyonunun ücret olarak nitelendirilmemesi hali oldukça istisnai bir durum olarak karşımıza çıkacaktır. Kanaatimizce topluluk şirketlerinde çalışanlar için topluluk dahilindeki diğer bir şirketin paylarının alınmasına olanak sağlayan hisse senedi opsiyon planları kapsamında sağlanan menfaatler kural olarak ücret olarak nitelendirilmelidir.

77 Mengel, §1, rn.610, 612. Simon, Aktienoptionen, rn.11.

78 Alman hukukunda opsiyon kapsamında elde edilen menfaatin ücret olarak sayılması sonucu hangi kanun hükümlerinin devreye gireceği ile ilgili bkz.; Mengel, §1, rn.611.

79 Süzek, 788. Çelik-Caniklioğlu-Canbolat-Özkaraca, 704-705. Mollamahmutoğlu-Astarlı-Baysal, 1230-1233. Eyrenci-Taşkent-Ulucan-Baskan, 266. Ekmekçi-Yiğit, 816-817. Senyen Kaplan, 529.

80 Alman hukukunda da işverenin sözleşme hükümüyle ya da genel vadiyle tazminat ya da alacakların hesaplanmasında hisse senedi opsiyonu sonucu elde edilen menfaati göz önüne alacağını düzenlemediği/taahhüt etmediği sürece, bu menfaatin tazminat veyahut alacakların hesabında dikkate alınmayacağı belirtilmektedir (Simon, Aktienoptionen, rn.13).

celenmesi gerekmektedir. Zira 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'na göre, "Ücret: 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) ve (c) bendi kapsamında sigortalı sayılanlara saatlik, günlük, haftalık, aylık veya yıllık olarak para ile ödenen ve süreklilik niteliği taşıyan brüt tutarı" ifade eder (md. 3/1-12). İlgili tanımdan hareketle öğretilerde ücret kavramının içerisine zamana göre ücret, akort ücret, yüzde usulüne göre ücret, götürü ücret, komisyon ücreti, kârdan pay alma gibi tüm ücretlerin girdiği belirtilmektedir. Ayrıca fazla çalışma, ulusal bayram ve genel tatil ücreti, hafta tatili ücreti, çeşitli adlar altında ödenen kıdem zammı, vardiya zammı, gece zammı, yıpranma zammı, makam tazminatı, askerlik parası, seyyar görev tazminatı, özel hizmet tazminatı, iş riski zammı, ek görev ücreti gibi farklı ödemelerin de 5510 sayılı Kanun anlamında ücret kavramına dahil olduğu belirtilebilmektedir⁸¹.

5510 sayılı Kanun'daki tanımdan hareket edildiğinde ilk etapta hisse senedi opsiyon planı kapsamında sağlanan menfaatin, süreklilik niteliği taşımadığı için sosyal güvenlik hukuku açısından ücret olarak nitelendirilemeyeceği düşünülebilir. Diğer bir deyişle, ücret kavramı altında prim kesintisine tabi tutulmaması gerektiği akla gelebilir. Ancak bu konuda 5510 sayılı Kanun md. 80'de ayrıntılı olarak düzenlenmiş olan prime esas kazanç kavramı üzerinde durulmalıdır. İlgili hükümde, * ücret alacakları, ** prim-ikramiye vb. ile *** idare ve yargı mercilerince verilen kararlara istinaden yapılan ödemeler şeklinde ayrımlara gidildiği görülmektedir. İlgili Kanun hükmünün amacı incelendiğinde kural olarak sigortalının elde ettiği tüm kazançların prime tabi tutulmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır. Bu doğrultuda Kanunda açıkça "...istisnalar dışında her ne adla

yapılırsa yapılısın tüm ödemeler ... prime esas kazançta tabi tutulur." hükmüne yer verildiği de görülmektedir (md. 80/1-c). Dolayısıyla hisse senedi opsiyon planı kapsamında elde edilen menfaatin de prime esas kazanç kapsamında değerlendirilmesi gerektiği düşünülebilir. Ancak burada son olarak araştırılması gereken husus, hisse senedi opsiyon planı sonucu elde edilen kazancın istisnalara dahil edilip edilmeyeceğidir.

5510 sayılı Kanun md. 80/1-b. bendinde prim kesintisinden muaf olan menfaatler düzenlenmiş ve aynı yardımların prime esas kazançta tabi tutulamayacağı açıkça hüküm altına alınmıştır (md. 80/1-b). Aynı yardımların prim kesintisinden muaf tutulması için ise miktarı önem taşımamaktadır⁸². Hisse senedi opsiyon planı kapsamında sağlanan menfaatin, daha önce de ifade edildiği üzere kanaatimizce de isabetli olarak 'aynı ödeme' şeklinde sınıflandırıldığı görüşlerle karşılaşılmaktadır⁸³. Bu itibarla 5510 sayılı Kanun açısından hisse senedi opsiyon planında öngörülen koşullar sağlanarak alım hakkının kullanılmasıyla elde edilen kazanç, sosyal sigorta prim kesintisine tabi tutulamayacaktır. Bununla birlikte doğrudan hisse senedi opsiyonu kapsamında verilen paylarla ilişkili olmamakla birlikte Sosyal Güvenlik Kurumu, 2020/20 sayılı Genelgesi'nde⁸⁴ sigortalıya çeşitli sebeplerle sağlanan altının da prime esas kazançta tabi olduğunu kabul etmiştir. Sosyal Güvenlik Kurumu'nun vardığı sonuç, "Altının günlük değerinin belli olması ve her an piyasasında kolayca nakde dönüştürülebileceği ve bu sayede satın alma alternatifi sağlayacağı" gerekçesine dayanmaktadır. Ayrıca yukarıda da değindiğimiz Yargıtay'ın onama kararından⁸⁵ görüldüğü üzere Bölge Adliye Mahkemesi hisse senedi opsiyon planı kapsamında sağlanan menfaati prim olarak nitelendirmiştir. Dolayısıyla hisse senedi op-

81 Ücret kavramı ve bu kavramın içerisinde sayılan ödemeler hakkındaki açıklamalar için bkz.; Tuncay-Ekmekçi, 175-177. Güzel-Okur-Caniklioğlu, 248-250. Alper, 167. Öztürk, 166-167. Orhan, 70-71. Öğretilerdeki bir görüşe göre ise 5510 sayılı Kanun md.80'de belirtilen ücret, temel ücrettir. Hafta tatili, fazla çalışma, ulusal bayram ve genel tatil ücreti, vardiya zammı, askerlik yardımı, görev tazminatı gibi ödemeler ücret eki olarak işlem görmelidir (Sözer, 204-210).

82 Tuncay-Ekmekçi, 180.

83 Bkz.; 6, A.

84 Bkz.; Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı Sigorta Primleri Genel Müdürlüğü, 2020/20 sayılı İşveren İşlemleri Genelgesi, İkinci Kısım, Üçüncü Bölüm, 3-Altın Bedellerinin Prime Tabi Olup Olmayacakları.

85 Y9HD, 29.11.2022, 7885/15517, www.kazanci.com.tr, 29.09.2023.

siyon planı kapsamında sağlanan menfaat nakdi yardım ve özellikle de 'prim' niteliğinde kabul edilecek olursa, 5510 sayılı Kanun md. 80/1-a-2 uyarınca prime esas kazançta dahil edilecek ve dolayısıyla prim kesintisi uygulanacaktır⁸⁶. Aynı şekilde farazi hisse senedi opsiyon planı kapsamında elde edilen menfaatin de evleviyetle prim ya da ikramiye olarak nitelendirilmesi mümkündür.

bb. Opsiyon Planı Kapsamında Elde Edilen Menfaatin Prim Kesintisine Tabi Tutulacağı Zaman

Hisse senedi opsiyon planı kapsamında sağlanan menfaatin prime esas kazançta dahil edilmesi gerektiği görüşüne ağırlık verilecek olursa ya da farazi hisse senedi opsiyon planı söz konusuysa, prim kesintisinin ne zaman yapılacağı sorusu gündeme gelmektedir. Öğretide vergi hukukuyla ilgili olarak ifade edildiği üzere opsiyon planındaki alım hakkının kullanılmasıyla, hisseler çalışanın ekonomik ve hukuki tasarrufuna geçtiği anda gelir vergisine konu edilmelidir⁸⁷. Bu yöndeki kabul, hisse senedi opsiyon planından sağlanan menfaatin sosyal sigorta prim kesintisine tabi tutulması için de geçerli sayılmalıdır⁸⁸. Gelir İdaresi Başkanlığı'nın 23.02.2012 tarihli bir Özelgesi'nde⁸⁹ de yapılan açıklamalarla aynı yönde değerlendirme yapılmıştır. Bu çerçevede alım

opsiyonu kapsamında çalışanın bedel ödediği ihtimalde, prime ve vergiye tabi tutulacak kazanç, opsiyona konu varlığın alım hakkının kullanıldığı tarihteki piyasa fiyatından opsiyonun kullanım fiyatının çıkarılmasıyla bulunacaktır⁹⁰. Kural olarak hisse senedi opsiyonundan sağlanan menfaatin, alım hakkının kullanıldığı ayın prime esas kazancına dahil edilmesi gerekmektedir de alım hakkının iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra kullanıldığı bir durumda çalışanın geçtiği son ayın prime esas kazancında gözetilmesi gerekecektir⁹¹.

7. Hisse Senedi Opsiyon Planı Uygulamasında Ortaya Çıkabilecek Durumlar

A. İşyeri Devri

aa. Hisse Senedi Opsiyon Planının Topluluk Şirketlerinden Bir Diğere İlişkin Olması

Hisse senedi opsiyon planı şirketler topluluğuna dahil işveren dışındaki bir şirketin hisselerinin teminine ilişkin olabilir. Bu gibi durumlarda işçilerin çalıştığı şirketin bilgisi veya katkısı olabileceği gibi, şirketler topluluğunun yönetim politikaları dahilinde böyle bir opsiyon planının oluşturulması da mümkündür. Öncelikle topluluk şirketlerinden bir diğere açısından oluşturulan hisse senedi opsiyon planına işveren konumundaki şirketin müdahalesinin bulunmadığı ihtimal ele alınacak olursa, Alman hukukunda da isabetli olarak dile getirildiği gibi opsiyon planı devralan işverene geçmeyecektir. Zira bu gibi hallerde iş sözleşmesi ile opsiyon sözleşmesi

86 Öğretide konu genellikle vergi hukuku açısından ele alınmış olup, hisse senedi opsiyon planlarının işyerleri ve çalışanlara sağladığı faydaların yaygınlaşması ve bu planların sunacağı ekonomik olanakların ülkemizde de görülmesi için vergi teşviklerinin getirilmesi gerektiği ifade edilmektedir (Bayar-Mutlu, 110. Baltacı, <http://dnblegal.com.tr/en/employee-stock-option-turkiye%E2%80%99de-hisse-opsiyon-planlari-ve-uygulamasi/>, 24.09.2023). Hisse senedi opsiyonunun kullanımını sonucu elde edilen menfaatin prim ya da ikramiye olarak nitelendirilmesi sosyal sigorta prim kesintilerinin de devreye girmesine yol açacağından, vergi teşviki getirilecek olursa, benzer yöndeki uygulamanın sosyal güvenlik mevzuatına da yansıtılması yerinde olacaktır.

87 Çelik, <https://www.verginet.net/dtt/1/Calisanlara-Hisse-Verilmesi-Stock-Options.aspx>, 29.09.2023.

88 Alman öğretisinde karşılaştığımız bu yöndeki açıklamalar için bkz.; Simon, Aktienoptionen, rn.42. Schlegel, Aktienoptionen, rn.51.

89 Gelir İdaresi Başkanlığı'nın 23.02.2012 tarih ve B.07.1. GİB.4.34.16.01-GVK 61-724 sayılı özelgesi için bkz.; Baş, 376, dn.284.

90 Killi-Evci, 656. Çelik, <https://www.verginet.net/dtt/1/Calisanlara-Hisse-Verilmesi-Stock-Options.aspx>, 29.09.2023.

91 Simon, Aktienoptionen, rn.42. İş sözleşmesi sona erdikten sonra yapılan ödemelerin iş sözleşmesinin sona erdiği tarihteki kazançta dahil edilmesi yönündeki çeşitli Yargıtay kararları için bkz.; YHGK, 17.05.2023, 650/483, Y10HD, 12.12.2022, 13247/15789, Y10HD, 25.05.2022, 4421/7775, Y10HD, 02.12.2021, 7804/15333, www.kazanci.com.tr, 04.10.2023.

ayrılabilir nitelik taşımakta olup, opsiyon sözleşmesi iş sözleşmesinin bir parçası değildir. Dolayısıyla işyeri devri sonucu devralan işveren kanun uyarınca iş sözleşmelerinin tarafı sıfatını kazanacakken, opsiyon planından ötürü sorumluluğuna gidilemeyecektir⁹². Alman Federal İş Mahkemesi de bir kararında⁹³, işveren konumundaki şirketin bilgisi dışında şirketler topluluğundaki başka bir şirketin bağımsız şekilde tanıdığı hisse senetlerinin devrine ilişkin opsiyon planlarının işyeri devri sonucu geçmeyeceğini benimsemiştir. Ancak hisse senedi opsiyon planlarının ücret niteliğinin tartışıldığı başlık altında da ifade edildiği üzere, işçilerin çalıştığı şirketin dahilinin, katkısının ya da bilgisinin olmaması oldukça istisnai olacaktır⁹⁴. Diğer bir deyişle, işveren konumundaki şirketin bilgisi dahilinde bu planların oluşturulması ihtimali yüksektir. Bu nedenle işçilerin çalıştığı işveren konumundaki şirketin bilgisinin bulunduğu durumda, hisse senedi opsiyon planları ya da karşılaştırılması daha muhtemel olacağı üzere bu planlardan kaynaklanan sorumluluk işyeri devri sonucu devralan işverene geçecektir⁹⁵. Devralan işverenin sorumluluğu bir alttaki başlıkta daha detaylı ele alınacağından, tekrara kaçmamak adına işverenden talep edilebilecek hususlar üzerinde durulmayacaktır.

bb. Hisse Senedi Opsiyon Planının İşveren Konumundaki Anonim Ortaklığa İlişkin Olması

İşveren konumundaki şirketin opsiyon planını sağladığı bir ihtimalde de ikili bir ayırmadan hareket edilmesi gerekmektedir. İlk durum, hisse opsiyon planındaki koşullarının sağlandığı ve kullanılma aşamasına gelmiş olan opsiyon haklarının işyeri devrinden etkilenip etkilenmeyeceğidir. Haklı olarak belirtildiği üzere bu seçenekte, hisse devri yükümlülüğü devreden işverene aittir. Dolayısıyla opsiyon hakkının muhatabı da yine devreden işveren olacaktır. Diğer bir deyişle bu

ihtimalde devralan işverenin sorumluluğu söz konusu olmaz⁹⁶.

İkinci durum ise henüz kullanılma aşamasına gelinmemiş olan opsiyon planlarının işyeri devrinden etkilenip etkilenmeyeceğidir. Başka bir ifadeyle bekleme süresi esnasında işyeri devredildiğinde ne olacağıdır. Hukukumuzda işyeri veya işyerinin bir bölümünün hukukî bir işleme dayalı olarak başka birine devredilmesi sonucu, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmelerinin bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçeceği öngörülmüştür (İş Kanunu md. 6/1). İlgili düzenlemeden anlaşıldığı üzere devralan işveren, devreden işverenin hukuki konumunu üstlenmekte, sadece kendi döneminde gerçekleşen haklardan değil, aynı zamanda işçinin devreden işveren yanındaki çalışması nedeniyle kazandığı haklardan da sorumlu olmaktadır. Diğer bir deyişle dayandığı hukuki sebep önem taşımaksızın iş ilişkisinden kaynaklanan ve devir anında mevcut olan tüm yükümlülükler devralan işveren tarafından yerine getirilmelidir. Nitekim İş Kanunu'nda devralan işverenin sorumluluğu açısından, devreden işverenin sorumluluğundan farklı olarak, borcun doğma veya muaccel olma anına göre herhangi bir ayırım yapılmamıştır⁹⁷. Bu itibarla devreden işverenin doğrudan kendisinin sunduğu ve henüz bekleme süresinin dolmadığı opsiyon planları, devralan işverene geçmelidir⁹⁸. Nitekim bu durumda opsiyon planları iş sözleşmesinin bir parçasıdır. İş sözleşmesindeki diğer hak ve yükümlülükler işyeri devri sonucu devralan işverene geçmekte olup, bekleme süresinin dolmadığı opsiyon planları açısından farklı bir işlemde bulunması için bir gerekçe mevcut değildir.

Bununla birlikte devralan işveren kural olarak devreden işverenin opsiyon planıyla taahhüt ettiği hisse devrini sağlayamayacaktır. Zira devreden işveren konumundaki anonim ortaklığın hisselerinin işçilere verilmesi konusunda, devra-

92 Simon, Aktienoptionen, rn.20.

93 BAG, Urteil vom 12. 2. 2003 - 10 AZR 299/02, NZA 2003, 487 ff.

94 Bkz.; 6, B, dn.76.

95 Mengel, §1, rn.623.

96 Simon, Aktienoptionen, rn.20.

97 Özkaraca, 333.

98 Simon, Aktienoptionen, rn.20.

lan işverenin doğrudan bir tasarrufta bulunması olanaklı değildir. Alman hukukunda bu gibi durumlara özgü olarak Alman Medeni Kanunu (BGB) §275 uyarınca söz konusu opsiyon planının sona ereceği, ancak işçinin işyerini devralan işverenden BGB §313 uyarınca eşdeğer bir edim (örn: ücret, aynı düzeydeki başka bir çalışan programına dahil edilme) isteyebileceği kabul edilmektedir⁹⁹. Hukukumuzda da kanaatimizce TBK md. 408, diğer bir deyişle işveren temerrüdü hükümleri uygulama alanı kazanabilir. İlgili yasa hükmü gereğince işyeri devri sonucu uygulanma olanağı ortadan kalkan hisse senedi opsiyon planı nedeniyle işçiler devralan işverenden karşı edime hak kazanmalıdırlar¹⁰⁰. Kural olarak karşı edim, işçinin yoksun kaldığı kazanç (ücret) olacaktır. Ancak karşı edim olarak Alman hukukunda da belirtildiği üzere işçinin eşdeğerdeki başka bir çalışan programına dahil edilmesi yönünde işçi(ler) ile devralan işverenin anlaşması mümkün görülmelidir.

B. Tür Değişikliği

Türk Ticaret Kanunu md. 180 vd. uyarınca bir şirketin hukuki şeklini değiştirmesi olanaklıdır. Ancak hisse senedi opsiyon planlarının, bu değişiklikten nasıl etkileneceği ayrı bir konu olarak ortaya çıkmaktadır. Daha önce de değindiğimiz üzere hisse senedi opsiyon planları ancak anonim şirketlerde uygulama alanı kazanabilir. Anonim şirketin, diğer türde bir şirkete dönüşümünün gerçekleşmesi halinde, yeni türdeki şirketin hisse devri yükümlülüğünü yerine getirmesi imkânsız nitelik kazanacaktır¹⁰¹. Bu durumda imkansızlıkla ilgili işyeri devrinde ulaştığımız sonucun gündeme gelmesi ilk etapta düşünülebilir. Ancak konu, TTK md. 183'de açıkça düzenlenmiş olup, ilgili hüküm uyarınca "Tür değiştirmede ortakların şirket payları ve hakları korunur. Oydan yoksun paylar için sahiplerine eşit değerde paylar veya oy hakkını haiz paylar verilir. ... İntifa senetleri

karşılığında aynı değerde haklar verilir veya tür değiştirme planının düzenlendiği tarihte gerçek değer ödenir." (TTK md.183/1, 3) Dolayısıyla şirketin tür değiştirmesi halinde hisse senedi opsiyon planı kapsamındaki işçilere mümkün olduğu ölçüde eşdeğerde hak verilmesi ya da uygun bir bedelin ödenmesi söz konusu olacaktır.

C. Ortaklıktan Çıkarılma (Squeeze-Out)

Hukuk sistemimizde hâkim pay sahibine, belirli koşulların varlığı halinde azınlık paya sahip hissedarları ortaklıktan çıkarma hakkı tanınmıştır. Türk Ticaret Kanunu md. 208 gereğince, "Hâkim şirket, doğrudan veya dolaylı olarak bir sermaye şirketinin paylarının ve oy haklarının en az yüzde doksanına sahipse, azlık şirketin çalışmasını engelliyor, dürüstlük kuralına aykırı davranıyor, fark edilir sıkıntı yaratıyor veya pervasızca hareket ediyorsa, hâkim şirket azlığın paylarını varsa borsa değeri, yoksa 202 nci maddenin ikinci fıkrasında öngörülen şekilde belirlenen değer ile satın alabilir." Sermaye Piyasası Kanunu (SPK) md. 27/3 uyarınca Türk Ticaret Kanunu'ndaki ilgili hükmün halka açık ortaklıklarda uygulanma olanağı bulunmamaktadır. Bu itibarla TTK md. 208'in kapsam bakımından şirketler topluluğuna özgü olduğu ve sadece halka kapalı şirketteki azınlık paya sahip ortakların haklı neden şartına bağlı olarak çıkarılmasını konu edindiği belirtilmelidir¹⁰².

Yapılan açıklamalar çerçevesinde hisse senedi opsiyon planından yararlanarak pay sahibi olan çalışanların ortaklıktan çıkarılması söz konusu olabilecektir. Bu gibi durumlarda TTK md. 208'in lafzından azınlığa sahip hissedarlara ödenecek bedelin belirlenmesinde borsa değerinin de göz önüne alınabileceği izlenimi doğmaktaysa da SPK md. 27/3 nedeniyle halka kapalı şirketlerde bu seçenek devreye giremeyecektir. Dolayısıyla

99 Simon, Aktienoptionen, rn.20. Mengel, §1, rn.624. Röller, Aktienoptionen, rn.12.

100 Akdeniz, 87.

101 Simon, Aktienoptionen, rn.21.

102 Sekmen, 52-53. Alman hukukundaki düzenlemelerin çalışanlara yönelik hisse senedi opsiyon planlarına etkisi hakkında bkz.; Simon, Aktienoptionen, rn.19. Röller, Aktienoptionen, rn.15.

azınlık payına sahip hissedarlara ödenecek bedel belirlenirken, "gerçek değer" veya "genel kabul gören herhangi bir yöntem"¹⁰³ esas alınabilecektir.

8. Hisse Senedi Opsiyon Planlarıyla İlgili Uyuşmazlıklarda Görevli Mahkeme

İşçiler ile işveren arasındaki iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden veya kanundan doğan her türlü hukuk uyuşmazlığı, iş mahkemelerinin görev alanına girmektedir (İş Mahkemeleri Kanunu md. 5). Daha önce yaptığımız açıklamalardan anlaşılacağı üzere hisse senedi opsiyon planları, iş ilişkisinin bir parçasını oluşturmaktadır. Toplu iş sözleşmesinden, iş sözleşmesinden veya işverenin genel vaatlerinden kaynaklanabilir. Hisse senedi opsiyon planının işverenin bilgisi veyahut katkısıyla topluluk şirketlerinden bir diğeri tarafından sunulması, bu uygulamanın iş ilişkisinin bir parçası niteliği taşıdığı gerçeğini değiştirmez. Bu itibarla hisse senedi opsiyon planının uygulanmasıyla ilgili örneğin; bekleme süresi, eşitlik ilkesine aykırılık iddiaları, hak kazanma için öngörülen performans kriterleri gibi uyuşmazlıklarda görevli mahkeme, iş mahkemeleri olarak görülmelidir¹⁰⁴. Belirtilen değerlendirme farazi hisse senedi opsiyon planları için de geçerlidir.

Bununla birlikte öğretide hisse senedi opsiyon planındaki koşullar, bekleme veya kullanma sürelerinin tamamlanması üzerine opsiyonun veya icapta bulunma yetkisinin kullanılması sonucu kurulan asıl borçlandırıcı sözleşmenin iş sözleşmesinin dışında ayrı bir hukuki ilişki oluşturduğu belirtilmektedir. Bu nedenle işçi ile işveren ara-

sında kurulan pay devir vaadi sözleşmesine dayalı aynen ifa talepleri de dahil opsiyonun kullanılmasıyla ilgili uyuşmazlıklar bakımından asliye ticaret mahkemelerinin görevli olması gerektiği dile getirilmektedir¹⁰⁵. Bilindiği üzere iş ilişkisi sona erdikten sonra rekabet yasağına aykırılık iddialarıyla ilgili uyuşmazlıklar açısından Yargıtay'ın güncel içtihatları¹⁰⁶ uyarınca Türk Ticaret Kanunu md. 4/1-c. bendindeki açık hükme rağmen iş mahkemeleri görevli sayılmaktadır. Zira Yargıtay'a göre, "İş Mahkemeleri Kanunu ile işçi ve işveren arasında iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden doğan uyuşmazlıkları çözme görevinin iş mahkemesine verilmiş olması, Türk Ticaret Kanunu'nun 5. maddesinde yer alan "aksine hüküm bulunmadıkça" ibaresinin karşılığıdır. Başka bir anlatımla, İş Mahkemeleri Kanunu'nun 5. maddesi, Türk Ticaret Kanunu'nun 4. maddesinde belirtilen ticari davalara bakma görevinin ticaret mahkemelerine ait olduğunu belirten 5. maddedeki 'aksine hükmü' öngören bir düzenlemedir". Yargıtay'ın iş sözleşmesi sona erdikten sonraki bir dönemde ortaya çıkan uyuşmazlık türü açısından dahi iş mahkemelerini görevli sayması, hisse senedi opsiyonunun kullanılmasıyla ilgili uyuşmazlıklarda da benzer bir yorum yapılması ihtimalini artırmaktadır. Bu vesileyle belirtilmelidir ki; Alman hukukunda da gerek opsiyon planı, gerek plandaki koşulların tamamlanması üzerine devreye giren opsiyon sözleşmesinden kaynaklanan tüm uyuşmazlıklarda iş mahkemeleri görevli kabul edilmektedir (İş Mahkemeleri Kanunu- ArbGG, §2, Abs.1, Nr.4, Buchst.a)¹⁰⁷.

9. Sonuç

Küreselleşme nedeniyle işletmelerin duyduğu esneklik ihtiyacı, teknolojik gelişmeler sayesinde işçilerin başka ülkelerdeki işverenler yanında da iş görme olanağına kavuşması gibi nedenler, bir yandan yeni istihdam biçimlerini ortaya çıkarır-

103 Hesaplama yöntemleri hakkında daha fazla bilgi için bkz.; Sekmen, 77-81.

104 Baş, 323. Simon, Aktienoptionen, rn.23. İşverenin dahilinin olmadığı istisnai bir durumda, şirketler topluluğunda başka bir şirketin sunduğu hisse senedi opsiyon planları, iş ilişkisi kapsamında değerlendirilemeyeceğinden, iş mahkemeleri görevli olarak görülemeyecektir (Simon, Aktienoptionen, rn.23).

105 Baş, 324.

106 Y9HD, 01.06.2021, 3076/9789, Y9HD, 21.12.2021, 11745/16748, www.kazanci.com.tr, 04.10.2023.

107 Simon, Aktienoptionen, rn.23. Röller, Aktienoptionen, rn.18.

ken, aynı zamanda işverenlerin özellikle nitelikli iş gücünü elinde tutmasını da güçleştirmektedir. Çalışanlara yönelik hisse senedi opsiyon planları, nispeten uzun süre işyerinde çalışmayı gerektirdiğinden niteliği itibarıyla bu konuda istikrar sağlamakta, işçilere gelecekte çalıştıkları şirkete ortak olma imkânı vermesinin yanı sıra, şirketin başarısı ile çalışanın geliri arasında doğru orantılı bir ilişki oluşturmaktadır. Bu vesileyle işverenler ve işçilerin daha sağlıklı bir ortamda çalışmasına, çalışma barışının korunmasına ve devamına katkı sunmaktadır.

Hisse senedi opsiyon planları çeşitli yabancı hukuk sistemlerinde yasal düzenlemelere konu olmuşsa da Türk hukukunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak bu hukuki ilişkiye imkân veren olanaklar Türk Ticaret Kanunu'nda yer almaktadır. Şartlı sermaye artırımına başta olmak üzere, farklı seçenekler işletilerek şirketlerin çalışanlarına hisse senedi opsiyon planı sunması olanaklıdır. Hukukumuzdaki düzenlemelerden hareketle hisse senedi opsiyon planlarının sadece anonim şirketler açısından oluşturulması mümkündür. Ülkemizde çeşitli şirketlerce, farklı içeriğe sahip hisse senedi opsiyon planlarının işletildiği örneklerle de karşılaşmaktadır. Her ne kadar Türk Ticaret Kanunu'ndaki yasal dayanaklar, ticaret hukuku boyutuyla ortaya çıkabilecek sorunlara bir ölçüde de olsa cevap verebilmekteyse de iş ve sosyal güvenlik hukuku açısından karşılaşılabilecek problemlere verilecek yanıtlar açık değildir.

Çalışanlara yönelik hisse senedi opsiyon planları, çalışanların doğrudan hissedar olmasını sağlayan planlar ve farazi hisse senedi opsiyon planları olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Görüldüğü üzere farklı hisse senedi opsiyon planlarıyla karşılaşılırsa da genellikle ortaya çıkacak sorun ve sorunlara verilecek yanıt ortak olmaktadır. Bu kapsamda öncelikle belirtilmelidir ki, işverenler hisse senedi opsiyon planlarının sunulacağı çalışanları belirlerken eşit işlem borcuna uygun hareket etmelidir.

Hisse senedi opsiyon planı oluşturulurken de

işçiler ile işverenlerin menfaatlerini dengeleyecek şekilde bekleme süresi, kullanım süresi ve devir kısıtlamaları getirilmelidir. Alman hukukunun aksine hukukumuzda hisse senedi opsiyon planlarının süresiyle ilgili açık bir kanun hükmü bulunmamağaysa da bekleme süresi Sermaye Piyasası Kurulu'nun düzenlemesiyle üç ilâ beş yıl arasında olabilecektir. Bununla birlikte iş sözleşmesinin askıda kaldığı sürelerin bekleme süresine etkisi, bekleme süresi dolmadan işçinin işten ayrılması veya işveren tarafından iş sözleşmesinin haklı ya da geçerli bir nedenle sona erdirilmesi halinde ne olacağı veya bekleme süresi dolduktan sonra da opsiyonun kullanılma aşamasında iş sözleşmesinin devam zorunluluğunun aranıp aranmayacağı üzerinde durulması gereken önemli konu başlıkları olarak karşımıza çıkmaktadır.

Kanaatimizce iş sözleşmesinin askıda kaldığı süreler kadar bekleme süresinin uzayacağı kabul edilemez. Zira bu durum işçinin çalışma özgürlüğüyle de yakından ilişkili olup, bekleme süresini taraflar kesin olarak belirlemiş olmaktadır. Ayrıca bekleme süresinden önce iş sözleşmesinin sona ermesiyle işverenin opsiyon planıyla ulaşmak istediği işçinin performansında iyileşme, mal veya hizmet üretiminde artış ve işyeri araç ve gereçlerinin kullanımında tasarruf amaçları ortadan kalkmış olacaktır. Bu nedenle işçi kendisi isteyerek ayrılmış ya da işveren haklı veyahut geçerli nedenle iş sözleşmesini sona erdirmişse, işçinin hisse senedi opsiyon planından yararlanamayacağı kabul edilmelidir. Ancak değindiğimiz sorunların opsiyon planında açıkça düzenlenmesi çok daha isabetli olacaktır. Son olarak opsiyon hakkının kullanımı esnasında iş sözleşmesinin devam zorunluluğunun getirilip getirilemeyeceği konusunda farklı görüşler mevcut olmasına karşın, Alman Federal İş Mahkemesi'nin de ifade ettiği üzere alım hakkı kullanılmadığı sürece ücret gelirinden bahsedilemez. İşçinin, geleceğe yönelik kazanç beklentisinden mahrum kaldığı söylenebilir. Diğer bir deyişle opsiyon hakkının kullanılması esnasında da iş sözleşmesinin devam etmesini öngören kayıtlara geçerlilik atfe-

dilmesi mümkündür.

Hisse senedi opsiyon planının oluşturulması ve sona ermesiyle ilgili hususların dışında, elde edilen menfaatin hukuki niteliği de tartışılmalıdır. Hisse senedi opsiyon planı sonucu elde edilen menfaat, işçinin ilgili işyerinde ya da şirketler topluluğunda çalışması sebebiyle sağlanmıştır. Bu nedenle hisse senedinin elde edilmesi ya da farazi hisse senedi planı sonucu ödenen kazanç ücret olarak vasıflandırılmalıdır. Ancak söz konusu menfaate ulaşılması uzun bir süreci gerektirmekte olup, doğrudan hisse senedinin temin edildiği hallerde işçiye parayla yapılan bir ödeme de söz konusu değildir. Bu nedenle ücret eki niteliğini taşıyan bu menfaat kanaatimizce aynı ödeme olarak kabul edilmeliyse de Yargıtay'ın onadığı bir bölge adliye mahkemesi kararında belirtildiği üzere prim şeklinde de nitelendirilmesi ihtimal dahilindedir. Özellikle farazi hisse senedi opsiyon planlarında bu yöndeki değerlendirmelere üstünlük tanınması daha olasıdır.

İşçilere yönelik hisse senedi opsiyon planları kapsamında ayrıca işyeri devri, tür değişikliği, ortaklıktan çıkarılma ve görevli mahkeme konularının da değerlendirilmesi gerekmektedir. İşyeri devrine yönelik genel hükümlerin hisse senedi opsiyon planları için de geçerli olacağı, diğer bir deyişle devralan işverenin de kural olarak hisse senedi opsiyon planıyla bağlı kalacağı ifade edilmelidir. Ayrıca hisse senedi opsiyon planının uygulanmasıyla ilgili örneğin; bekleme süresi, eşitlik ilkesine aykırılık iddiaları, hak kazanma için öngörülen performans kriterleri gibi uyumsuzluklarda iş mahkemelerinin görevli olduğu konusunda tereddüt edilmemelidir. Bununla birlikte öğretide opsiyonun veya icapta bulunma yetkisinin kullanılması sonucu kurulan asıl borçlandırıcı sözleşmenin iş sözleşmesinin dışında ayrı bir hukuki ilişki oluşturduğu, bu nedenle asliye ticaret mahkemelerinin görevli sayılması gerektiği ileri sürülmektedir. Bu konuda Yargıtay'ın iş sözleşmesi sona erdikten sonra rekabet yasağının ihlaline ilişkin uyumsuzluklar bakımından da iş mahkemelerini görevli sayan içtihadından hareketle, aynı yöndeki yorumun çalışanlara yönelik hisse sene-

di opsiyon planları açısından yapılmasının muhtemel olduğu düşünülebilir.

KAYNAKÇA

- Adıgüzel, Burak: "Anonim Şirketlerde Rüçhan Hakkının Kaldırılması ve Sınırlandırılması", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 18(1), Yıl: 2014, 1-48.
- Akdeniz, Ayşe Ledün: İş İlişkilerinde İmkan-sızlık, İstanbul 2018.
- Akın, Mustafa Şeref: "Çalışanlara Hisse Opsiyonu Planlamasının Sebepleri, Şartları ve İşleyişi", Girişimcilik İnovasyon ve Pazarlama Araştırmaları Dergisi, 3(6), Yıl: 2019, 145-156.
- Alper, Yusuf: "5510 Sayılı Kanun'da 4/1-a Kapsamındaki Sigortalılar Bakımından Prime Esas Kazançlar", Sicil – İş Hukuku Dergisi, Yıl: 3, Sayı: 12, Aralık 2008, 161-175.
- Altunbaş Sancak, Zahide – Jafarova, Sevinc: "Employee Stock Option Plans under Turkish Law", <https://www.guleryuz.av.tr/news-publications/detail/calisanlarin-sirkete-ortak-edilmesi-pay-opsiyon-planlari>, 24.09.2023.
- Anlama, Adil: Türk İş Hukukunda İşçinin Ücretinin Düşürülmesi, Ankara 2020.
- Aral, Fahrettin-Ayrancı, Hasan: Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri, 12. Baskı, Ankara 2019.
- Astarlı, Muhittin: "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2015, İstanbul 2017, 211-383.
- Atasoy, Yasemin: Çalışanların Sermaye Ortaklığı (Çalışanları Hisse Senedi Edindirme) Konusunda Şirketler ve Çalışanlar Üzerine Bir Uygulama ve Türkiye için Öneriler, Doktora Tezi, Ankara 2009.
- Aydoğan, Gökhan: Hisse Senedine Dönüştürülebilir Tahviller, İstanbul 2013.
- Baltacı, Selman: "Employee Stock Option: Türkiye'de Hisse Opsiyon Planları ve Uygulaması", <http://dnblegal.com.tr/en/employee-stock-option-turkiye%E2%80%-99de-hisse-opsiyon-planlari-ve-uygulama->

- si/, 24.09.2023.
- Baş, Kadir: Çalışanların Pay Sahipliği Yoluyla Anonim Şirketlere Katılımı, İstanbul 2021.
 - Bayar, Erhan – Mutlu, Elif: “Çalışanlara Hisse Senedi (Stock Option) Verilmesi Kapsamında Sağlanan Menfaatlerin Vergilendirilmesi”, Vergi Sorunları Dergisi, Sayı: 407, Ağustos 2022, 100-111.
 - Baycık, Gaye – Civan, Orhan Ersun – Tolu Yılmaz, Hazal – Bosna, Berrin: “Platform Çalışanlarını Yasal Düzenlemeye Kavuşturmak: Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2021/1, 713-801.
 - Berktaş, Esra: “Anonim Ortaklıklarda Menfaat Sahipliği Teorisinin Çalışanlar Bakımından Değerlendirilmesi”, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2022/1, 971-1005.
 - Biçer, Levent: Anonim Şirketlerde Şartlı Sermaye, İstanbul 2010.
 - Bozkurt, Tamer: Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Sınırlandırılması (Bağlam), İstanbul 2016.
 - Brors, Christiane – RUDNİK, Tanja: Gesamtes Arbeitsrecht (hrsg. Von Winfried Boecken, Franz Josef Düwell, Martin Diller, Hans Hannau), 2. Auflage, Baden-Baden 2023, BGB §611a.
 - Buz, Vedat: Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005.
 - Civan, Orhan Ersun: Genel İş Koşulları, İstanbul 2015 (Genel İş Koşulları).
 - Civan, Orhan Ersun: İşçinin Yan Yükümlülükleri, İstanbul 2021.
 - Civan, Orhan Ersun: “Türk Hukukunda Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin ve Limited Şirket Müdürlerinin Hukuki Statüsü”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Arş. Gör. Ceren Damar Şenel Armağanı, Cilt: 5, Sayı: 1, Yıl: Nisan 2020, 711-747 (Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Statüsü).
 - Çelik, Emrah: “Çalışanlara Hisse Verilmesi (Stock Options) Kapsamında Sağlanan Menfaatlerin Vergilendirilmesi”, <https://www.verginet.net/dtt/1/Calisanlara-Hisse-Verilmesi-Stock-Options.aspx>, 29.09.2023.
 - Çelik, Nuri – Caniklioğlu, Nurşen – Canbolat, Talat – Özkaraca, Ercüment: İş Hukuku Dersleri, 35. Bası, İstanbul 2022.
 - Ekmekçi, Ömer – Yiğit, Esra: Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2022.
 - Engin, E. Murat: İşgücünün Temsili ve İşyerinde Sosyal Diyalog, İstanbul 2012.
 - Eyrenci, Öner – Taşkent, Savaş – Ulucan, Devrim – Baskan, Esra: İş Hukuku, 10. Baskı, İstanbul 2020.
 - Göktaş, Seracettin: Türk İş Hukukunda İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, Ankara 2008.
 - Güneş, Volkan: “Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu Tarafından Yayımlanan ‘Bankalarda İyi Ücretlendirme Uygulamalarına İlişkin Rehber’in İş Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Prof. Dr. M. Fatih Uşan’a Dekanlıkta 10. Yıl Anısına Teşekkür Armağanı, Yıl: 7, Sayı: 2022/2, 1225-1266 (İyi Ücret Uygulamaları).
 - Güneş, Volkan: İş Hukukunda Ücrete İlişkin Hedef Anlaşmaları, Ankara 2021.
 - Güzel, Ali – Okur, Ali Rıza – Caniklioğlu, Nurşen: Sosyal Güvenlik Hukuku, 19. Baskı, İstanbul 2021.
 - Hacımahmutoğlu, Sibel: AT ve Türk Hukukunda Anonim Ortaklığın Karar Alma Sürecinde Yönetim Kurulunun Yapısı ve Çalışanların Katılımı, Ankara 2008.
 - Häferer, Katja – BurgeR, Franziska: “Restricted Stock Units und Aktienoptionen – Aktuelle Entwicklungen bei Mitarbeiterbeteiligungsprogrammen”, Neue Zeitschrift (NZA), 2020, 143-150.
 - Heper, Hande: İş İlişkisinde İşçinin İradesi, Ankara 2022.
 - Hexel, Christoph: Münchener Anwalts

- Handbuch – Arbeitsrecht (hrsg. von Wilhelm Moll), 5. Auflage, München 2021, §20.
- İşçi, Bülent Ferat: Ücrete Bağlı Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, İstanbul 2022.
 - Kaya, Mustafa İsmail: Şartlı Sermaye Artırımı, Ankara 2009.
 - Kılılı, Mustafa – Evcı, Samet: “Pay Opsiyon Sözleşmelerinin Muhasebeleştirilmesi”, Uluslararası Yönetim İktisat ve İşletme Dergisi, ICAFR 16 Özel Sayısı, 2016, 654-662.
 - Kırca, İsmail: Hukuki Yönüyle Borsa Opsiyon İşlemleri, Ankara 2000.
 - Kırca, İsmail- Şehirali Çelik, Feyzan Hayal-Manavgat, Çağlar: Anonim Şirketler Hukuku, C. 1, Ankara 2013.
 - Mengel, Anja: Gestaltung von Arbeitsverträgen (hrsg. von Klaus Hümmerich, Martin Reufels), 5. Auflage, Baden-Baden 2023, §1.
 - Mollamahmutoğlu, Hamdi – Astarlı, Muhittin – Baysal, Ulaş: İş Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2022.
 - Moroğlu, Erdoğan: Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırımı, İstanbul 2015.
 - Okutan Nilsson, Gül: Anonim Ortaklıklarda Pay Sahipleri Sözleşmeleri, İstanbul 2003.
 - Orhan, Ümit: 5510 Sayılı Kanun m. 4/1-a Kapsamında Prime Esas Kazanç, Ankara 2022.
 - Özkaraca, Ercüment: İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2008.
 - Öztürk, Berna: Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Primler, Ankara 2016.
 - Poroy, Reha -Tekinalp, Ünal- Çamoğlu, Ersin: Ortaklıklar Hukuku I, 15. Bası, İstanbul 2021.
 - Preis, Ulrich: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (hrsg. Von Rudi Möller-Glöge, Ulrich Preis, Ingrid Schmidt), 23. Auflage, München 2023, BGB §611a.
 - Pulaşlı, Hasan: Şirketler Hukuku – Genel Esaslar, 8. Baskı, Ankara 2022.
 - Röller, Jürgen: Küttner Personalbuch – Arbeitsrecht, Lohnsteuerrecht, Sozialversicherungsrecht (hrsg. von Jürgen Röller), 30. Auflage, C.H. Beck 2023, Aktienoptionen.
 - Saraç, Tahir: Anonim Şirketlerde Şarta Bağlı Sermaye Artırımı, Ankara 2009.
 - Schlegel, Rainer: Küttner Personalbuch – Arbeitsrecht, Lohnsteuerrecht, Sozialversicherungsrecht (hrsg. von Jürgen Röller), 30. Auflage, C.H. Beck 2023, Aktienoptionen.
 - Sekmen, Orhan: “Şirketler Hukukunda, TTK md.208 Hükmü ile Hâkim Şirkete Tanınan Satın Alma Hakkı (Squeeze-Out Rihgt)”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 16, Sayı: 197-198, Ocak-Şubat 2021, 29-93.
 - Senyen Kaplan, Emine Tuncay: Bireysel İş Hukuku, 13. Baskı, Ankara 2023.
 - Simon, Stefan: StichwortKommentar - Arbeitsrecht (hrsg. von Isabella Grobys, Andrea Panzer-Heemeier), 4. Auflage, Baden-Baden 2023, Aktienoptionen.
 - Sözer, Ali Nazım: Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2019.
 - Staake, Marco: “Der Verfall von Aktienoptionen bei Mitarbeiterbeteiligungsprogrammen”, Neue Juristische Online Zeitschrift - Njz, 2010, 2494-2500.
 - Süzek, Sarper: İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi, Ankara 1989 (Askı).
 - Süzek, Sarper: İş Hukuku, 21. Baskı, İstanbul 2021.
 - Şahin, Barış: “İşçinin Pay Sahipliğinin Esneklik Açısından Değerlendirilmesi: İngiltere Örneği”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Arş. Gör. Ceren Damar Şenel Armağanı, Cilt: 5, Sayı: 1, Nisan 2020, 2861-2882.
 - Şahlanan, Fevzi: “Hamilelik Nedeniyle Feshin Geçersizliği ve Ayrımcılık Tazminatı (Karar İncelemesi)”, Tekstil İşveren –Hukuk 81, Sayı: 396, Aralık 2013, 2-5.
 - Tekin, Erol: “Türkiye’de Start-Up Ekosistemi Üzerine Bir Değerlendirme”, Econder International Academic Journal, 5 (1), Yıl: 2021, 33-48.

- Tuncay, A. Can – Ekmekçi, Ömer: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 20. Bası, İstanbul 2019.
- Turan, Kâmil: İşçilerin Yönetime Katılması ve Türkiye Uygulaması, Ankara 1973.
- Türkmen, Emre: “6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’na göre Yeni Pay Alma Hakkına Genel Bir Bakış”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, C. 19, Özel Sayı, Yıl: 2017, 2315-2344.
- Tüzemen Atik, Ebru: Anonim Şirket Payları Üzerinde Kurulan Önalım Hakkı, Ankara 2023.
- Urhanoğlu, İştâr – Köken, Tuğba Hilal: Şemalarla Bireysel İş Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2023.
- Ünal, Canan: İş Hukukunda Yaş Ayırmacılığı, İstanbul 2018.
- Von Der Crone, Hans Caspar: Aktienrecht, Bern 2014.
- Yıldız, Gaye Burcu: “Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2015, İstanbul 2017, 19-187.
- Yıldız, Gaye Burcu: İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Ankara 2008. (Eşit İşlem Borcu)
- Yılmaz, Gülşah: “Opsiyon Sözleşmesi”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 14 (173-174), Yıl: 2019, 303-320.
- Yüce, Aydın Alber – Köroğlu, Emre: “Anonim Şirketin Kendi Payını İktisabında Ödenmemiş Sermaye Borcunun Durumu”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 26 (2), Yıl: 2022, 233-258.

7438 Sayılı Kanun'un (EYT) Anayasa'ya Aykırılığı

Öz

Kamuoyunda Emeklilikte Yaşa Takılanlar (EYT) olarak bilinen 7438 sayılı Kanun ile SSK, Bağ-Kur ve Emekli Sandığı kapsamında yaşlılık veya emekli aylığı başvurusunda bulunacak kişilere, yaş dışındaki diğer şartları taşımaları halinde aylık bağlanacağı düzenlemesi yapılmıştır. Böylece, 4447 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 08.09.1999 tarihi öncesinde çalışmaya başlayanlar için "yaş koşulu kaldırılmış" ancak sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısı koşulu varlığını korumuştur.

Yapılan düzenlemeler dolayısıyla, anılan tarihten önce ve tam bu tarihte çalışmaya başlayan sigortalıların, sigortalılık hakları

arasında uçurum meydana gelmiştir. Sigortalının erkek olması durumunda bir günlük sigorta başlangıç farkı, yaşlılık aylığına hak kazanmak bakımından 17 yıla, kadın olması halinde ise 20 yıla kadar fark doğurmaktadır. Dolayısıyla bu düzenlemeler, makul, adil ve ölçülü değildir; devletin sosyal bir hukuk devleti olma görevleri ve sosyal güvenlik hakkı ile bağdaşmaz. Bu sebeple 7438 sayılı Kanun, Anayasa'nın 2., 5. ve 60. maddelerine aykırıdır ve iptali gerekir. Yaşlılık aylığına hak kazanma koşulları ivedilikle, tekrar kademeli geçiş hükümleri içerir şekilde düzenleme konusu yapılmalıdır.

Anahtar Sözcükler:

EYT, Emeklilikte Yaşa Takılanlar, EYT'nin Anayasaya aykırılığı, kademeli geçiş.

Unconstitutionality Of Law No. 7438 (Victims Of Delayed Pension Age - EYT)

Abstract

Known by the public as the Victims of Delayed Pension Age (EYT), Law No. 7438 stipulates that those who will apply for old-age pension or pension within the scope of the SSI, Bağ-Kur (the Social Security Organization for Artisans and the Self-employed), and

the Retirement Fund of Civil Servants will be granted a pension if they meet other conditions except age. Accordingly, for those who started working before 08.09.1999, when Law No. 4447 entered into force, the "age condition was abolished", but the conditions of duration

*Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, copuroglu@cankaya.edu.tr, ORCID: 0000-0003-2733-7546.

of insurance and number of premium payment days remained in force.

The regulation caused a gap between the insurance rights of insured persons who started working before this date and those who started working on this date. If the insured person is male, the difference of one day in the starting date of the insurance will result in a difference of up to 17 years in terms of entitlement to an old-age pension and up to 20 years

if the insured person is female. Therefore, these regulations are not reasonable, fair, and proportionate; they are incompatible with the duties of the state as a social state of law and the right to social security. Consequently, Law No. 7438 is unconstitutional under Articles 2, 5, and 60 of the Constitution and should be annulled. The conditions to qualify for old-age pensions should be regulated urgently, again, with gradual transition provisions.

Keywords:

EYT, victims of delayed pension age, unconstitutionality of EYT, gradual transition.

I. Giriş

Birçok OECD ülkesinde, beklenen ortalama ömrün uzaması ve doğurganlığın az olması, birçok ülkeyi sosyal güvenlik sistemlerinde reform yapmaya sevk etmiş ve bu çerçevede birçok ülke emeklilik yaşını yükseltmişti.¹ Bilindiği gibi, ülkemizde de sosyal güvenlik rejiminin sürdürülebilirliği bakımından 4447 sayılı Kanun'la düzenlenen bir reform süreci yaşanmıştı. Anılan reform süreci ile ülkemizde de emekli olabilmek için gereken yaş koşulu yükselmişti.

Kamuoyunda Emeklilikte Yaşa Takılanlar (EYT) olarak bilinen 7438 sayılı Kanun ile SSK, Bağ-Kur ve Emekli Sandığı kapsamında yaşlılık veya emekli aylığı başvurusunda bulunacak kişilere, yaş dışındaki diğer şartları taşımaları halinde aylık bağlanacağı düzenlemesi yapılmıştır. Böylece 4447 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 08.09.1999 tarihi öncesinde çalışmaya başlayanlar için "yaş koşulu kaldırılmış" ancak sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısı koşulu varlığını korumuştur.

Ülkemizde sosyal güvenlik sistemi, primli rejime dayanır.² Prim koşulunun yanı sıra sosyal güvenlik sistemlerinde yaşlılık yardımlarının başlangıcı, sigortalının (kural olarak) kronolojik yaşı esas alınarak belirlenir ve buna emeklilik yaşı denir.³ Gerçekten yaş kavramı, kanun koyucuya sosyal güvenliğin eşit ve objektif olarak uygulanabilmesi bakımından güzel bir kriter sunmaktadır.⁴ İnceleme konusu yapılan yeni düzenlemeye göre ise, sigortalılar 7438 sayılı Kanun sonrasında yaş koşulu aranmadan aylığa hak kazanmışlardır; bunun için sigorta başlangıç tarihlerinin 08.09.1999 öncesinde olması gerekmektedir.

Anılan Kanun'un yürürlüğüne kadar, sigortalılığın 8.9.1999 tarihinden öncesi, 8.9.1999-30.4.2008 tarihleri arası ve 30.4.2008 tarihinden sonra başlayan sigortalıların, yaşlılık aylığına hak kazanmak bakımından durumları farklı farklı ele alınmakla birlikte, tüm sigortalılar için prim

1 Friedrich Breyer/Stefan Hupfeld: On The Fairness Of Early Retirement Provisions, Cesifo Working Paper no: 2078, Category 3, Social Protection, August 2007, s. 2.

2 Fatih Uşan: Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, Ankara 2009, s. 41, 128; Emrah Çetin: Ulusal ve Uluslararası Hukuk Boyutuyla Sosyal Güvenlik Hakkı ve Etkinleştirilmesi, Ankara 2020, s. 468.

3 Ali Güzel/ Ali Rıza Okur/ Nurşen Caniklioğlu: Sosyal Güvenlik Hukuku, İstanbul 2021 s. 527; Uşan, 209.

4 Jef Breda/David, Schoenmaekers: "Age: a dubious criterion in legislation", Ageing & Society 26, 2006, s. 532.

ödeme gün sayısının yanı sıra yaş koşulu da bulunuyordu⁵. Artık 8.9.1999 tarihinden önce sigortalılığı başlayanlar bakımından yaş koşulu kaldırıldığından, yeniden bir kademeli geçiş de düzenlenmediğinden, bu tarihten önce sigortalılığı başlamış olan sigortalılar lehine ve sigortalılığı daha sonra başlamış sigortalılar aleyhine büyük farklılıklar oluşmuştur. Aşağıda ele alınacağı üzere, yasal düzenleme bu haliyle Anayasa'nın birçok hükmüne aykırıdır.

II. Tarihsel Süreç İçerisinde Yaşlılık Aylığı Koşulları

17.07.1964 tarih ve 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 01.08.1964 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak, yayımını takip eden aybaşından altı ay sonra yürürlüğe giren ilk halinde, yaşlılık aylığından yararlanabilmek için, sigortalının, kadın ise 55, erkek ise 60 yaşını doldurmuş olması, en az 25 yıldan beri sigortalı bulunması ve en az beş bin gün malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödemiş olması şartı aranmaktaydı (m. 60).

3 Kasım 1969 tarih ve 13341 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak 1 Mart 1969 tarihinde yürürlüğe giren 23.10.1969 tarih ve 1186 sayılı Kanun'un 7'nci maddesiyle 506 sayılı Kanun'un 60'ıncı maddenin (A) bendinde yapılan değişiklikle, yaşlılık aylığından yararlanabilmek için sigortalının, kadın ise 50, erkek ise 55 yaşını doldurmuş olması ve en az 5000 gün malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödemiş bulunması veya kadın ise 50, erkek ise 55 yaşını doldurmamış olmakla beraber en az 25 yıldan beri sigortalı bulunması ve bu süre zarfında en az 5 bin gün malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödemiş olması ve yazılı talepte bulunması gerekiyordu. Anılan hüküm, ülkemizde yaş koşulunun terkedilmesinin ilk örneği idi.⁶ Maddenin (B) bendinde yapılan değişiklik ile kadın ise 50, erkek ise 55 yaşını doldurmak, sigortalılık süresi en az 15 yıl olmak

ve her yıl için ortalama en az 120 gün malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödemiş olması koşulu getirilmiştir.

506 sayılı Kanun'un 60'ncü maddesinde değişiklik yapan ve 01.04.1981 tarihinde yürürlüğe giren 2422 sayılı Kanun'un 6'ncü maddesiyle, sigortalının kadın ise 50, erkek ise 55 yaşını doldurmuş olması ve en az 5000 gün veya kadın ise 50, erkek ise 55 yaşını doldurmuş olması, 15 yıldan beri sigortalı bulunması ve en az 3600 gün; yahut, kadın ise 50, erkek ise 55 yaşını doldurmamış olmakla beraber, kadın ise 20 erkek ise 25 yıldan beri sigortalı bulunması ve en az 5000 gün malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödemiş olması yaşlılık aylığı koşulu olarak belirlenmiştir. Böylece, kadın ise 20 erkek ise 25 yıldan beri sigortalı bulunan ve en az 5000 gün malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödemiş olanların yaş koşulu olmaksızın yaşlılık aylığına hak kazanmasına olanak tanınmıştır.

Daha sonra, 1985 yılında çıkarılan 3246 sayılı Kanun'la yeniden yaş koşuluna dönülmüş ve bir kademeli geçiş dönemi kabul edilmiş, ancak henüz geçiş dönemi tamamlan(a)madan siyasi kaygılarla 1992 yılında 3774 sayılı Kanun'la yaş koşuluna ilişkin esaslar kaldırılmıştır.⁷

8 Eylül 1999 tarih ve 23810 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 25.8.1999 tarih ve 4447 sayılı Kanun'un 6'ncü maddesiyle 506 Sayılı Kanun'un 60'ıncü maddesinin birinci fıkrasının (A) bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra ilk defa sigortalı olarak çalışmaya başlayanların yaşlılık aylığından yararlanabilmesi için;

a) Kadın ise 58, erkek ise 60 yaşını doldurmuş olması ve en az 7000 gün veya

b) Kadın ise 58, erkek ise 60 yaşını doldurmuş olması, 25 yıldan beri sigortalı bulunması ve en az 4 500 gün malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödemiş olmaları şarttır."

4447 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği

5 Bkz. Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 530 vd.

6 Tankut Centel: İşsizlik Sigortası Kanunu'na Eleştirel Yaklaşım, Tühis, Mayıs 2000, s. 5.

7 Centel, s. 5; Ayrıca bkz. Fatma Başterzi: Yaşlılık Sigortası, s. 118 vd.

08.09.1999 tarihinden itibaren sigortalı olanların yaşlılık aylığı koşulları ağırlaştırılmış, 4447 sayılı Kanun'un 17'nci maddesiyle eklenen 506 sayılı Kanun'un Geçici 81. maddesiyle 08.09.1999 tarihinden önce (07.09.1999 ve öncesi) sigortalı olanlar bakımından kademeli geçiş hükümleri getirilmiş ve böylece sigortalıların 08.09.1999 tarihindeki mevcut sigortalılık süresine göre ağırlaşan yaşlılık aylığı koşullarından daha az etkilenmesi amaçlanmıştır.⁸ Kuşkusuz, anılan kanunla getirilen ve yeniden yaş koşulu içeren düzenlemeler, mali dengelerin yitirilmesi, tatmin edici ölçüde sigorta yardımı sağlanamaması, sigortacılık ilkelerinden uzak yönetim, prim afları, süper emeklilik başta olmak üzere aktüeryal dengeleri bozucu uygulamaların sisteme verdiği zararları gidermeye yönelik idi.⁹ Nitekim yaş koşulu aranmaması dolayısıyla bozulan sosyal sigorta sisteminin, ülkemizi "genç emekliler ülkesi" haline getirdiği haklı olarak dile getirilmiştir.¹⁰

506 sayılı Kanun'un Geçici 81'nci maddesinin (A) bendinde, bu Kanun'un yürürlük tarihinden önce yürürlükte bulunan hükümlere göre yaşlılık aylığı bağlanmasına hak kazanmış olanlar ile sigortalılık süresi 18 yıl ve daha fazla olan kadınlar ve sigortalılık süresi 23 yıl ve daha fazla olan erkekler hakkında, bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce yürürlükte bulunan hükümlerin uygulanacağı açıklanmış; (B) bendiyle tam yaşlılık aylığı kademeli geçiş hükümleri ve (C) bendiyle kısmi yaşlılık aylığı kademeli geçiş hükümleri düzenlenmiştir. Kadınların sigortalılık süresinin 18 yıldan fazla olabilmesi için (07.09.1999-18 yıl) 07.09.1981 tarihinde ve öncesinde (diğer bir deyişle 08.09.1981 tarihinden önce) sigortalı olması, erkeklerin sigortalılık süresinin 23 yıl ve daha fazla olabilmesi için 07.08.1976 tarihinde ve öncesinde (diğer bir deyişle 08.09.1976 tarihinden önce) sigortalı olmaları gerekmektedir. Bunun

sonucunda bu kişilere 4447 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce yürürlükte bulunan hükümler uygulanacağından, 08.09.1976 tarihinden önce sigortalı olan erkekler ile 08.09.1981 tarihinden önce sigortalı olan kadınlar yaş koşulu aranmaksızın yaşlılık aylığı alabilmekteydiler.

506 sayılı Kanun'un Geçici 81. maddesinin (B) ve (C) bentlerinin Anayasa Mahkemesi'nin 23.02.2001 gün ve 1999/42 E. 2001/41 K. sayılı Kararı ile iptalinden sonra, 01.06.2002 tarihinde yürürlüğe giren 23.05.2002 tarihli 4759 sayılı Kanun'la yeniden düzenleme yapılarak bazı farklılıklarla kademeli geçiş sistemi korunmuştur. Anılan madde uyarınca, 08.09.1999 tarihinden önce sigortalı olanların yaşlılık aylığı bağlama koşulları, (A) bendi için 4447 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 08.09.1999, (B) ve (C) bentleri için 4759 sayılı Kanun'un kabul edildiği 23.05.2002 tarihindeki "sigortalılık süresi" nin "kaç yıl" olduğu dikate alınarak belirlenmektedir.

08.09.1999 tarihi ve sonrasında sigortalı olanlar 4447 sayılı Kanun'un 6'ncı maddesiyle değişik 506 sayılı Kanun'un 60'ıncı maddesinin birinci fıkrasının (A) bendine tabi olduklarından, yaşlılık aylığına hak kazanabilmek için;

a) Kadın ise 58, erkek ise 60 yaşını doldurmuş olması ve en az 7000 gün veya

b) Kadın ise 58, erkek ise 60 yaşını doldurmuş olması, 25 yıldan beri sigortalı bulunması ve en az 4500 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödemiş olmaları şarttır.

5510 sayılı Kanun'un "Emeklilik yaşına ilişkin bazı geçiş hükümleri" kenar başlıklı Geçici 9'uncu maddesine göre; 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında olup da 8/9/1999 tarihinden 30/4/2008 tarihine kadar ilk defa sigortalı sayılanlar; kadın ise 58, erkek ise 60 yaşını doldurmak ve 7000 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödemiş olmak şartıyla veya kadın ise 58, erkek ise 60 yaşını doldurmak ve 25 yıldan beri sigortalı bulunmak ve en az 4500 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödemiş olmak şartıyla yaşlılık aylığından yararlanırlar. Bu madde 30.04.2008 tarihinde yü-

8 Ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Nazım Sözer: Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, İstanbul 2023, s. 384 vd.

9 Kadir Arıcı: 4447 Sayılı Kanunla Sosyal Sigortalar Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler, Kamu İş, Yıl 2000, Cilt 5 Sayı 2, s. 18-20.

10 Can Tuncay: "Genel Çizgileriyle 4447 Sayılı Kanun", Çimento İşveren, C.14 Sayı 1, Ocak 2000, s. 4.

rürlüğe girmiştir (m. 108/2).

01.05.2008 tarihinden itibaren sigortalı olanlar ise 5510 sayılı Kanun'un 28'inci maddesine göre yaşlılık aylığına hak kazanırlar.

İlk defa bu Kanuna göre sigortalı sayılanlara;

a) Kadın ise 58, erkek ise 60 yaşını doldurmuş olmaları ve en az 9000 gün malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirilmiş olması şartıyla yaşlılık aylığı bağlanır. Ancak, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılanlar için prim gün sayısı şartı 7200 gün olarak uygulanır.

b) (a) bendinde belirtilen yaş şartı;

1) 1/1/2036 ilâ 31/12/2037 tarihleri arasında kadın için 59, erkek için 61,

2) 1/1/2038 ilâ 31/12/2039 tarihleri arasında kadın için 60, erkek için 62,

3) 1/1/2040 ilâ 31/12/2041 tarihleri arasında kadın için 61, erkek için 63,

4) 1/1/2042 ilâ 31/12/2043 tarihleri arasında kadın için 62, erkek için 64,

5) 1/1/2044 ilâ 31/12/2045 tarihleri arasında kadın için 63, erkek için 65,

6) 1/1/2046 ilâ 31/12/2047 tarihleri arasında kadın için 64, erkek için 65,

7) 1/1/2048 tarihinden itibaren ise kadın ve erkek için 65, olarak uygulanır. Ancak yaş hadlerinin uygulanmasında (a) bendinde belirtilen prim gün sayısı şartının doldurulduğu tarihte geçerli olan yaş hadleri esas alınır.

Sigortalılar, ikinci fıkranın (a) ve (b) bentlerinde yer alan yaş hadlerine 65 yaşını geçmemek üzere üç yıl eklenmek ve adlarına en az 5400 gün malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirilmiş olmak şartıyla da yaşlılık aylığından yararlanabilirler.

08.09.1999 tarihinde yürürlüğe giren 4447 sayılı Kanun değişikliği sonrasında, aylık bağlama şartları ağırlaştırılmış ve 08.09.1999 tarihinden önce sigortalı olanlar için yaşlılık aylığı koşulları "gün ve yaş şartları" yönünden kademelendirilmiştir.¹¹

Kamuoyunda Emeklilikte Yaşa Takılanlar (EYT) olarak bilinen yurttışlara yönelik 7438 sayılı Kanun ile SSK, Bağ-Kur ve Emekli Sandığı kapsamında yaşlılık veya emekli aylığı başvurusunda bulunacak kişilere, yaş dışındaki diğer şartları taşımaları halinde aylık bağlanacağı düzenlemesi yapılmıştır. Böylece, 4447 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 08.09.1999 tarihi öncesinde çalışmaya başlayanlar için "yaş koşulu" kaldırılmış ancak sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısı koşulu varlığını korumuştur. Sigortalıların 7438 sayılı Kanun sonrasında yaş koşulu aranmadan aylığa hak kazanabilmesi için sigorta başlangıç tarihlerinin 08.09.1999 öncesinde olması gerekmektedir.

III. Kanun'un Anayasa Hükümleri Karşısında Değerlendirilmesi

Yukarıda açıkladığımız şekilde, Kanun'un sigortalılar arasında yaşlılık aylığına hak kazanmak bakımından çok büyük farklılıklar meydana getirmiş olması, Anayasal hükümler çerçevesinde bir değerlendirmeye tabi tutulmalıdır.

Daha önce 506 sayılı Kanun'un Geçici 81. maddesinin (B) ve (C) bentlerinin Anayasa Mahkemesi'nin 23.02.2001 gün ve 1999/42 E. 2001/41 K. sayılı Kararı¹² ile iptaline kadar verildiğinde, Yüksek Mahkeme'nin konuya ışık tutacak bazı değerlendirmelerini hatırlamakta fayda vardır.

A. Anayasa Mahkemesi'nin 23.2.2001 Tarihli İptal Gerekçeleri

Anayasa Mahkemesi'ne sosyal güvenlik reformunun hayata geçirilmesi döneminde, iptal istemiyle açılan davada, dava dilekçesinde 8 Eylül 1999 tarihinde yürürlüğe giren 4447 sayılı Yasa'nın yürürlük tarihinde sigortalılık süresi 18 yıl olan kadınlar ile yine sigortalılık süresi 23 yıl olan erkeklerle bir gün sonra 9.9.1999 tarihinde bu süreleri dolduran kadın ve erkek sigortalılar

11 Bkz. Ali Güzel: 4447 Sayılı Kanun ile 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nda Yapılan Son Değişiklikler, Nuri Çe-

lik'e Armağan, C. II, İstanbul 2001, s. 1850-1851.
12 <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2001/41>.

arasında ortaya çıkan eşitsizliğin Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştü. Anayasa'nın sözü edilen maddeleri hukuk devleti ile eşitlik ilkelerini düzenleyen maddelerdir. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 29. maddesine göre; Kanunların, Kanun Hükmünde Kararnamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İç Tüzüğü'nün Anayasa'ya aykırılığı hususunda ilgililer tarafından ileri sürülen gerekçelere dayanmaya mecbur olmadığı gerekçesiyle, dava konusunu yalnızca anılan 2. ve 10. maddeler çerçevesinde değil, 5. ve 60. maddeleri yönünden de incelemiştir. Anılan maddeler ise devletin temel amaç ve görevleri ile sosyal güvenlik hakkına ilişkin maddelerdir. Aşağıda inceleneceği üzere, Anayasa Mahkemesi iptal istemini 10. madde kapsamında reddederken, kabul gerekçesini 2., 5. ve 60. maddelere dayandırmıştır.

Anayasa Mahkemesi, 4447 sayılı Kanun'la 506 sayılı Kanun'a eklenen Geçici 81. maddenin 1. fıkrasının (B) bendini aşağıdaki anlatımla iptal etmişti:

"Bu bent ile, 4447 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihte sigortalı hizmeti bulunan ve emekliliğine 2 yıldan fazla kalanlar için, sigortalılık süresine bağlı olarak emekli olabilecekleri yaş ve prim ödeme süreleri kadınlar ve erkekler için ayrı ayrı olmak üzere yeniden düzenlenmiştir.

(B) bendi ile kadın ve erkek sigortalının yeni sistemle yaşlılık aylığından yararlanabilmeleri için sigortalılık süresi, yaş ve ödenmesi gereken prim konusunda kademeli bir düzenleme yapılmıştır.

Sigortalılık süresi, sigortalının ilk defa çalışmaya başladığı tarih ile tahsis yapılması için Kuruma başvurduğu tarih arasında geçen süredir. Bu sürenin kesintisiz çalışarak geçirilmesi şart olmayıp aralıklı olarak değişik hizmet akitleri ile geçirilmesi de olanaklıdır.

Önceki sistemde kadınlar 38, erkekler ise 43 yaşında emekli olabilme olanağına sahipken, yeni düzenleme ile getirilen kademelendirme sonucu kadınlara 52, erkeklere ise 56 yaşına kadar oldukça

geniş bir aralık içinde emekli olabilme olanağı getirilmiştir.

Bentte yapılan kademelendirmede, sigortalılık süresinin esas alınması sonucunda, süreleri aynı, diğer koşulları değişik olan kişiler aynı yaş haddine tabi olmakta, ya da tüm koşulları aynı, sadece sigortalılık süresi farklı olan kişiler farklı yaş haddine bağlı tutulmaktadır.

Aynı işyerinde aynı tarihte işe başlayan ve 14 yıl birlikte çalışan iki erkek sigortalıdan birisinin 18 yıl öncesine ait bir günlük sigortalılığı olması durumunda 43 yaşında, diğeri ise ancak 56 yaşında emekli olabilecektir. Ya da 20 yıl sürekli çalışmış 7200 gün prim ödemiş bir sigortalı 50 yaşında emekli olabilecek iken, 23 yıl sigortalılık süresi olan ancak 14 yıl çalışmış bir sigortalı 43 yaşında emekli olabilecektir.

Sigortalılık süresi yönünden yapılan kademelendirmeler arasında adil olmayan geçişler yapılmıştır. Sigortalılık süresi bir günlük farkla alt kademeye indirildiğinde yaşlılık aylığına hak kazanabilmek için 2 yıl daha bekleme zorunluluğu doğmaktadır.

Sigortalılık süresi 10 yıldan az olan kadın ile sigortalılık süresi 15 yıldan az olan erkek sigortalılar, kendi aralarında kademelendirme yapılmayarak, bir günlük sigortalılık süresi olan kişiyle aynı yaş grubuna bağlı tutulmuşlardır.

Sigortalılık süresi kademelendirilirken kişiler yıllık dilimler öngörülmüş olmasına karşın, asgari emeklilik yaşı kademelerinde dilimler bazen 2 yıl, bazen de 1 yıl farklılık göstermektedir.

Hukukun üstünlüğünün egemen olduğu bir devlette hukuk güvenliğinin sağlanması hukuk devleti ilkesinin olmazsa olmaz koşuludur. Anayasa'nın 5. maddesinde ise kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak şekilde sınırlandıran siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmıştır. Herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olduğunu öngören

Anayasa'nın 60. maddesinin gerekçesinde, sosyal güvenlik hakkının, çalışanların yarını ve güvencesi olduğu belirtilmiştir.

Yaşlılık, gerçekleşmesi yönünden diğer sosyal risklerden ayrı özelliğe sahiptir. Yasalarda emeklilik yaşının kesin olması nedeniyle, sigortalı yarınını bu güvenlik içinde planlamaktadır. Sosyal devlet, sosyal adaletin, refahın ve güvenliğin gerçekleşmesini sağlayan devlettir. Sosyal güvenlik kuruluşları, çalışanların geleceğine ilişkin güvenini sağlamak durumundadır. Bu sağlanamadığı takdirde sosyal güvenlik kavramından da bahsedilemez. Bu nedenle, sosyal güvenlik sisteminde yapılan değişikliklerin hukuk devletinde olması gereken hukuk güvenliğini zedelemeyecek biçimde adil, makul ve ölçülü olması zorunludur.

Sigortalı olarak çalışanların yaşlılık aylığından yararlanabilmeleri için, sigortalılık süresi, yaş ve ödenmesi gereken prim konusunda (B) bendinde yapılan kademeli geçişe ilişkin düzenleme, makul, adil ve ölçülü olmadığından Anayasa'nın 2., 5. ve 60. maddelerine aykırıdır. Kuralın iptali gerekir."

Burada, aşağıda ele alınacak güncel durum ile kıyaslamaya esas olmak üzere, dikkat çekmek istediğimiz iki iptal gerekçesi vardır: Bunlardan birincisi, aynı işyerinde aynı tarihte işe başlayan ve 14 yıl birlikte çalışan iki erkek sigortalının emekliliğe hak kazanma tarihleri arasında 13 yıl fark oluşabileceği veya daha az sigortalılığı olan kişiye kendisinden neredeyse iki kat fazla sigortalılığı bulunan sigortalıya göre 7 yıl önce emeklilik hakkının tanınmış olmasıdır. Diğerisi ise sigortalılık süresi yönünden yapılan kademeli düşürmeler arasında adil olmayan geçişlerin yapılmış olması ve sigortalılık süresi bir günlük farkla alt kademeye indirildiğinde yaşlılık aylığına hak kazanabilmek için 2 yıl daha bekleme zorunluluğunun doğmasıdır. Aşağıda, güncel durumda oluşmuş olan farklılıkların, burada sözü edilenlerden daha büyük olduğu görülecektir.

B. Güncel Durum

Güncel yasal durum, yukarıda verdiğimiz iptal gerekçelerine göre çok daha vahim bir tablo

arz etmektedir. 7348 sayılı Kanun çerçevesinde sigortalıların yaşlılık aylığına hak kazanmaları bakımından, sigortalılar arasında uçurum oluşmuştur. Örneğin; 07.09.1981 doğumlu ve ilk defa 07.09.1999 tarihinde çalışmaya başlayan erkek sigortalı, 25 yıl sigortalılık süresini ve 5000 gün primi tamamlaması halinde 07.09.2024 tarihinde (43 yaşında) yaşlılık aylığına hak kazanmakta iken; 08.09.1999 tarihinde çalışmaya başlayan sigortalı ise 60 yaş ve 7000 gün prim koşuluyla aylığa hak kazanacağından, 1 günlük geç sigortalılık 17 yıl sonra aylığa hak kazanma sonucunu doğurmaktadır. Sigortalının kadın olması halinde ise 20 yıllık sigortalılık süresini doldurduğu 07.09.2019 tarihinde (38 yaşında) yaşlılık aylığına hak kazanmakta iken; 08.09.1999 tarihinde çalışmaya başlayan kadın sigortalı ise 58 yaş ve 7000 gün prim koşuluyla aylığa hak kazanacağından, 1 günlük geç sigortalılık 20 yıl sonra aylığa hak kazanma sonucunu doğurmaktadır.

Kanun koyucunun elbette yaşlılık aylığına hak kazanmak bakımından gereken koşullara ilişkin düzenleme yapma yetkisi bulunmaktadır. Bununla birlikte ülkemiz, sosyal bir hukuk devletidir (AY. m. 5). Yukarıda verilen Anayasa Mahkemesi Kararı'nda ve daha önceki bazı kararlarında belirtildiği gibi¹³ sosyal güvenlik sisteminde yapılacak değişikliklerin hukuk devletinde olması gereken hukuk güvenliğini zedelemeyecek biçimde adil, makul ve ölçülü olması zorunludur.¹⁴ Bir günlük sigortalılık farkının, yaşlılık aylığına hak kazanmada 20 yıla kadar farklılığa yol açması adil, makul ve ölçülü değildir.

Sosyal haklar, sosyal adaleti sağlamaya, sosyal eşitsizlikleri azaltmaya yönelik haklardır.¹⁵ Anayasa'nın 60. maddesine göre sosyal güvenlik herkesin hakkıdır ve devlet bu güvenliği sağlayacak tedbirleri almakla yükümlüdür. Sosyal güvenlik alanını oluşturacak tüm kuralların, özde sosyal hukuk devleti anlayışına uygun olması gerekir. Sosyal devlet, doğru sosyal politikalarla, sosyal

¹³ Örnek olarak bkz. E.2006/111 K.2006/112, RG. 26392.

¹⁴ Ayrıca bkz. Yücel Oğurlu, Ölçülülük İlkesi, 130 vd.

¹⁵ Ergun Özbudun: Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2021, 152.

adaleti sağlama amacı güder.¹⁶ Günümüzde sosyal adalet; sosyal, ekonomik ve siyasal haklarla bağlantılıdır ve ancak onların belirli bir düzeyde sağlanmasıyla kendisine yaklaşılabilecek bir idedir.¹⁷ Toplumun sosyal adalet içinde yaşaması kavramından kasıt ise, sosyal güvenliğin toplumun tüm bireylerine adil bir şekilde yaygınlaştırılmasıdır.¹⁸ Toplumun bir kesimine 20 yıla kadar varan avantaj sağlanması, çalışma hayatında yarı ömür, hatta belki de fazlası demektir.

Çağdaş sosyal güvenlik tekniğinde ise devlet, sosyal güvenlik sisteminin kurucusudur, onun finansmanını yönetir ve finansman sorunlarına çözüm getirir.¹⁹ Anayasa'nın 65. maddesine göre: "Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, ekonomik istikrarın korunmasını gözeterek, mali kaynaklarının ölçüsünde yerine getirir." Dolayısıyla ekonomik durum ve mali kaynaklar gözetilmeden yapılan düzenlemelerin Anayasa'ya aykırılığı tartışılmalıdır.²⁰

OECD ülkeleri arasındaki karşılaştırmalara göre, ülkemiz zaten en uzun süre emekli maaşı ödenen ülkeler arasındadır. Aktif-pasif sigortalı dengesini bozan en önemli etkenlerden birisi emeklilik koşullarının kolaylaştırılması ve erken emeklilik uygulamasıdır.²¹ Erken emeklilik, ülkelerin istihdam politikalarına hizmet edecek şekilde, üstün bir kamu yararı gözetilerek uygulanabilir. Örneğin; genç işsizliğin yüksek olduğu bir dönemde, gençlere çalışma hayatında yer açmak için belirli bir yaşın üzerindeki sigortalılara erken emeklilik olanağı tanınarak emekliliğe teşvik edilmelerinde durum böyledir.²² Kanun'la

5510 sayılı Kanun'un geçici 95. maddesinin 2. fıkrası ile 7438 sayılı Kanun ile emekli olanların, son çalıştıkları (emekliye ayrıldıkları) işyerinde çalışmaya devam etmeleri halinde işverene prim avantajı sağlanarak, çalışmaya devam etmeleri teşvik edilmiştir. Dolayısıyla yukarıda belirtilen şekilde üstün bir yararın gözetildiği de söylenebilir. Ayrıca böyle bir üstün yarar gözetilse dahi erken emeklilik için finansal durumun da uygun olması gerekir.²³ Aktif pasif sigortalı oranı zaten sosyal sigorta sisteminin iflas sinyalleri olarak kabul edildiği 2'nin altında iken, 1.68'e kadar düşüren²⁴ düzenlemenin sistemin mali olanaklarını gözettiği söylenemez.

Nesillerin sonsuz dizisi dikkate alındığında durum başka açıdan da sorgulanabilir niteliktedir. Erken emeklilik uygulamalarının sonraki nesil ile önceki nesil arasında nimet-külfet dengesini bozmaması gerekir.²⁵ Sosyal adalet ise en yalın anlatımla, nimet ve külfetlerin toplumda adil bir şekilde dağıtılması anlamını taşır.²⁶ Adil olmayan emeklilik hakkı şüphesiz, çalışanların sosyal güvenlik sistemi üzerindeki finansör rolünü artıracaktır.²⁷ Yaşlılık aylığına hak kazanmak bakımından yaş koşulu anlamlıdır; çünkü anılan koşul primli rejimin aşırı yüklenmesini engeller ve aktif/pasif sigortalı oranını iyileştirir.²⁸ Nitekim 4447 sayılı Kanun'la daha önceden kaldırılmış olan yaş koşulunun yeniden getirilmiş olması, olumlu bulunmuştu.²⁹

Yaşlılık sigortasının tek fonksiyonu, sigortalı-

16 Sezai Öztürk, Hizmet Tespiti Davaları, Ankara 2021, s. 44.

17 Harun Tepe: "Adalet, Sosyal Adaletsizlik ve İnsan Hakları: Adalet ve İnsan Hakları İlişkisi Üzerine" İzmir Barosu Dergisi, Eylül 2019, s. 500.

18 Çetin, s. 91.

19 Öztürk, s. 45.

20 Bkz. Çetin s. 455 vd.

21 Egeli, Haluk/Özen, Ahmet: "Türkiye'de Sosyal Güvenlik Sisteminin Yeniden Yapılandırılmasına Yönelik Reform Sürecinin Değerlendirilmesi", Mevzuat Dergisi, Ekim 2009, Yıl 12 Sayı 142, (<https://www.mevzuatdergisi.com/2009/10a/01.htm>), s. 2.

22 Alan Walker: "The Social Consequences of Early Retirement", The Political Quarterly, V.53/1, s. 63; Hendrik P. van Dalen/Kène Henkens: "Early Retirement Reform: Can it Work? Will it Work?" Ageing and Society, Feb.2002, s. 12.

23 Walker, s. 65.

24 <https://veri.sgk.gov.tr/>

25 Friedrich Breyer/Stefan Hupfeld: "On The Fairness of Early Retirement Provisions", Cesifo Working Paper no:2078, Category 3, Social Protection, August 2007, s. 5.

26 Onur Sunal: "Sosyal Politika: Sosyal Adalet Açısından Kuramsal Bir Değerlendirme" AÜSBF Dergisi, Cilt 66, No. 3, 2011.

27 Walker, s. 67. Ayrıca bkz. Hammond, E.M./Morris, C.N.: "What Price Equality? The Costs of Changing the Age of Retirement" Fiscal Studies, Vol. 7, No. 3, August 1986, s. 31.

28 Centel, s. 5.

29 Bkz. Arıcı, s. 23; Tuncay, s. 4.

nın çalışamaz duruma düşmesinden ötürü, aylık bağlamak suretiyle onun gelir kaybını karşılamak değildir. Aynı zamanda bu sigorta, sigortalının uzun süreler çalışmış olmasının bir ödülü olarak ömrünün son dönemini dinlenerek, başka ilgi alanlarına, ailesine, sosyal çevresine zaman ayırabilmesi olanağını sağlamaya yöneliktir.³⁰ Bu çerçevede, yaşlılık sigortasının Anayasal maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme hakkı ile özel yaşam hakları ile sıkı ilişki içerisinde olduğu söylenebilir. Dolayısıyla sigortalıların diğer sigortalılara göre meslek hayatlarında, emekli olanlardan sonra 20 yıla kadar daha fazla çalışarak sistemi finanse etmelerini beklemek adil değildir, Anayasal özel yaşamın korunması (m. 20) ile maddi ve manevi varlığını geliştirme (m. 17) hakları ile uyumsuzdur.

Konuyu Anayasal eşitlik ilkesi açısından da ele alırsak: Anayasa Mahkemesi geçmişten bu yana "Anayasa'nın anılan maddesinde belirtilen kanun önünde eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı aynı durumda bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır. Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez"³¹ anlatımı ile farklı özelliklerdeki vatandaşların, farklı kurallara tabi olabileceği ve bunun Anayasal eşitlik ilkesinin ihlali anlamına gelmeyeceği yönünde kararlar vermektedir.

30 Güzel/ Okur/Caniklioğlu, s. 526.

31 Anayasa Mahkemesi'nin birçok kararında bu ifadeye rastlanılmaktadır. Örnek olarak bkz. AYM, 5.1.2023, E. 2022/117 K. 2023/4, 30.11.2022 E. 2022/73, K. 2022/149; 28.9.2022, E. 2022/82, K. 2022/113, normkararbilgi-bankasi.gov.tr

Bununla birlikte "eşitlik", insan haklarının temel taahhütlerindedir.³² Şekli eşitlik, tutarlılığa dayanan şekli adalet kavramıyla ilgiliyken, sonuçların eşitliği, faydaların adil dağıtımıyla ilgilidir.³³ Her eşit işlem adil sonuçlar doğurmaz. Dolayısıyla eşitlik bakımından, sonuçlardaki adaletsizliği görmezden gelerek, salt işlemin kendisine odaklanmak doğru değildir.³⁴

Şekli eşitliğe aykırılık kavramını doğrudan ayrımcılık kavramı takip ederken³⁵, maddi eşitliğe aykırılığı takip dolaylı ayrımcılık kavramı ise görünürde eşit olan adaletsizliklere odaklı bir kavramdır.³⁶ Farklı ırklara mensup veya farklı cinsiyetten olan iki işçinin, ikisine birden kötü davranılmasında şekli eşitliğe aykırı bir yön yoktur. Şekli eşitsizliğin verilen örnek çerçevesindeki yetersizlikleri, maddi eşitlik kavramının geliştirilmesine yol açmıştır.³⁷ Maddi eşitlik ise çok boyutludur ve³⁸ şekli eşitliğin ötesinde, sonuçlarda eşitlik, fırsat eşitliği gibi alt kavramlar içerir; bu anlamda kanunlarla oluşturulan haklarda ve ödevlerde, yararlarda ve yükümlülüklerde eşitliğin sağlanmasını ifade eder.³⁹

Ülkemizde sosyal güvenlik reformu yapılırken, kademeli geçiş hükümleri ile yumuşak bir geçiş düzenlenerek, yeni sistem ve eski sisteme tabi sigortalıların nimet-külfet dengeleri korunmaya çalışılmıştı. Hatta Anayasa Mahkemesi, daha önce incelediğimiz şekilde, reforma ilişkin ilk düzenlemede kademeler arasındaki 1 günlük geçişin, hakkın doğumunda 2 yıla varan farklılık oluşmasının Anayasa'ya aykırı olduğuna

32 Sandra Fredman, "Substantive Equality Revisited", CON 2016 Vol. 14 No 3, s. 712.

33 Fredman, s. 721.

34 Fredman, s. 720-721.

35 Sandra Fredman/ Sarah Spencer: Age as an Equality Issue, Oxford and Portland Oregon, 2003, s. 55.

36 Fredman (Age) s. 58 vd.

37 Catherine Barnard/Bob Hepple: "Substantive Equality", Cambridge Law Journal, 59(3), November 2000, s. 564.

38 Bkz. Barnard/Hepple s. 565 vd; Fredman, s. 723.

39 Merih Öden: Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Ankara 2003, 186 vd.; Türk Sibel İnceoğlu: "Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı", alışma ve Toplum, 2006/4, 47; Eşitlik ve sosyal adalet arasındaki ilişki için ayrıca bkz. Sunal, 287 vd.

hükmetmişti. Daha sonra ise kademeli geçiş düzenlenerek dengeli bir geçiş sağlanmıştı. Bu dengeli geçişin hala dengeli olduğunu söylemek mümkün değildir.

Bir kanun yapılırken elbette, kanun koyucunun kişiler, şeyler ve durumlar arasında sınıflandırmalar/ayrımalar yapması kaçınılmazdır. Kanun bir sınıfı/grubu tanımlayarak belli bir yarar ve/veya yükümlülük bakımından sadece ilgili sınıfı kapsar.⁴⁰ Ancak bu şekilde yapılan bir ayırım kendiliğinden her zaman eşitlik/ayırım yapmama ilkesine uygun olmaz; ilgili ayrımların meşru olabilmesi doğruluk, hakkaniyet ve adalet ölçülerini karşıladığı ölçüde hukuka uygun olur. Dolayısıyla makul, akla uygun ve adil olmayan ayrımlar, eşitlik/ayırım yapmama ilkesine aykırıdır.⁴¹

Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında da belirtildiği gibi: *"Aynı hukuksal durumlar aynı, aynı hukuksal durumlar aynı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi çiğnenmiş olmaz. Başka bir anlatımla, kişisel nitelikleri ve durumları özdeş olanlar arasında yasalara değişik kurallar konulamaz. Durumlardaki değişikliğin doğurduğu zorunluluklar, kamu yararı ya da başka haklı nedenlere dayanılarak yasalarla farklı uygulamalar getirilmesinden, Anayasa'nın eşitlik ilkesinin çiğnendiği sonucu çıkarılamaz. Bu durumda, eşitliği bozduğu ileri sürülen kural, haklı bir nedene dayanmaktaysa ya da kamu yararı amacıyla yürürlüğe konulmuş ise bu kuralın eşitlik ilkesini zedelediğinden söz edilemez. Ancak, kamu yararı ve haklı nedenin a) ANLAŞILABİLİR b) AMAÇLA İLGİLİ c) MAKUL ve ADİL olması gerekir. Getirilen düzenleme herhangi bir biçimde birbirini tamamlayan, birbirini doğrulayan ve birbirini güçlendiren bu üç ölçütten birine uymuyorsa, eşitlik ilkesine aykırı bir yön vardır denilebilir. Çünkü eşitliği bozduğu öne sürülen kural haklı bir nedene dayanmamakta ya da kamu yararı amacıyla yürürlüğe konulmamış olmaktadır. Başlangıçta var olan uyum içindeki bu koşullar, zamanla aralarındaki bağın çözülmesi hâlinde de Anayasa kuralına aykırı hâle gelebilir-*

ler."⁴² Bize göre kademeli geçiş bozularak, yaşlılık sigortası sisteminde kararda anlatılan şekilde bir uyum kalmamıştır.

IV. Sonuç

Kamuoyunda EYT olarak bilinen ve yaşlılık aylığına hak kazanılması için gereken yaş koşulunu ortadan kaldıran 7438 sayılı Kanun ile sigortalılığı 8.9.1999 öncesi başlayan sigortalılar yaş koşulu aranmaksızın emekli olmaya hak kazanmışlardır. Bununla birlikte, sigorta başlangıcı bir gün sonra olan sigortalılar, yaşlılık aylığına hak kazanmak için yaş koşuluna da tabi olacaklarından, çok daha fazla prim ödeseler dahi, anılan Kanun kapsamına giren sigortalılara göre 20 yıla kadar varan bir farkla aynı sigorta yardımlarına hak kazanacaklardır. Bu kadar büyük bir fark, sosyal bir hukuk devletinde kabul edilebilir olmadığı gibi, düzenleme aynı zamanda erken yaşta emeklilik için ülkemizin mali olanakları elverişli olmadığından sosyal sigortalardaki nimet-külfet dengesini bazı sigortalılar aleyhine ağırlaştırmış, aynı zamanda onların Anayasal özel yaşamın korunması, maddi ve manevi varlığı geliştirme haklarını ve eşitlik ilkesini ihlal etmiştir. Aslında yapılması gereken zaten mali dengeleri çeşitli sebeplerden bozulmuş olan sosyal sigorta sistemimizde, reform sonrası geçişi tamamlamak idi. Maalesef bu yapılamadı. Artık yapılması gereken yeni bir kademeli geçiş sistemi düzenleyerek sosyal adalet anlayışına uygun, sigortalılar arasında bu denli eşitsizliğe sebep olmayacak ve yaş koşulu içerir yeni bir yaşlılık sigortası sistemi dizayn etmek ve bu yeni sistemin aktüeryal dengelerine sahip çıkmasıdır.

KAYNAKÇA

- Arıcı, Kadir: "4447 Sayılı Kanunla Sosyal Sigortalar Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler", Kamu İş, Yıl 2000, Cilt 5 Sayı 2, s. 17-27.
- Başterzi, Fatma: Yaşlılık Sigortası, TİSK, Ankara 2006.

40 Öden, 186-187; Özbudun, s. 155.

41 Öden, 192; Özbudun, s. 156.

42 AYM, E. 1991/13, K. 1992/10, 19/02/1992, normkararlar-bilgibankasi.anayasa.gov.tr

- Barnard, Catherine/ Hepple, Bob: "Substantive Equality", Cambridge Law Journal, 59(3), November 2000, s. 562-585.
- Breda, Jef/Schoenmaekers, David: "Age: a dubious criterion in legislation", Ageing & Society 26, Cambridge University Press, 2006, 529-547.
- Breyer, Friedrich/Hupfeld, Stefan: On The Fairness Of Early Retirement Provisions, Cesifo Working Paper no:2078, Category 3, Social Protection, August 2007.
- Centel, Tankut: "İşsizlik Sigortası Kanunu'na Eleştirel Yaklaşım", Tühis, Mayıs 2000, s. 1-6.
- Çetin, Emrah: Ulusal ve Uluslararası Hukuk Boyutuyla Sosyal Güvenlik Hakkı ve Etkinleştirilmesi, Ankara 2020.
- van Dalen, Hendrik P./Henkens, Kène: "Early Retirement Reform: Can it Work? Will it Work?" Ageing and Society, Feb.2002, s. 1-24.
- Egeli, Haluk/Özen, Ahmet: Türkiye'de Sosyal Güvenlik Sisteminin Yeniden Yapılandırılmasına Yönelik Reform Sürecinin Değerlendirilmesi, Mevzuat Dergisi, Ekim 2009, Yıl 12 Sayı 142. Erişim adres: <http://www.mevzuatdergisi.com/2009/10a/> (<https://www.mevzuatdergisi.com/2009/10a/01.htm>).
- Fredman Sandra/Spencer Sarah: Age as an Equality Issue, Oxford and Portland Oregon, 2003 (Age).
- Fredman, Sandra: "Substantive Equality Revisited", CON 2016 Vol. 14 No 3, s. 712-738.
- Güzel, Ali: "4447 Sayılı Kanun ile 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nda Yapılan Son Değişiklikler", Nuri Çelik'e Armağan, C.II, İstanbul 2001, s. 1833-1862.
- Güzel/Ali Rıza Okur/Nurşen Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik Hukuku, 19. Baskı, Beta, İstanbul 2021.
- Hammond, E.M./MORRIS, C.N.: "What Price Equality? The Costs of Changing the Age of Retirement" Fiscal Studies, Vol. 7, No. 3, August 1986, s. 25-40
- İncooğlu, Sibel: "Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı", Çalışma ve Toplum, 2006/4, s. 45-62.
- Oğurlu, Yücel: Ölçülülük İlkesi, Seçkin, Ankara 2002.
- Öden, Merih: Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Yetkin, Ankara 2003.
- Özbudun: Türk Anayasa Hukuku, Yetkin, 21. Baskı, Ankara 2021.
- Öztürk, Sezai: Hizmet Tespiti Davaları, Yetkin, Ankara 2021.
- Sözer, Ali Nazım: Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, 6. Baskı, Beta, İstanbul 2023.
- Sunal, Onur: "Sosyal Politika: Sosyal Adalet Açısından Kuramsal Bir Değerlendirme" AÜS-BF Dergisi, Cilt 66, No. 3, 2011, s. 283-305.
- Tepe, Harun: "Adalet, Sosyal Adaletsizlik ve İnsan Hakları: Adalet ve İnsan Hakları İlişkisi Üzerine" İzmir Barosu Dergisi, Eylül 2019, s. 491-509.
- Tuncay, Can: "Genel Çizgileriyle 4447 Sayılı Kanun", Çimento İşveren, C.14 Sayı 1, Ocak 2000, s. 3-11.
- Uşan, Fatih: Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, 2. Baskı, Seçkin, Ankara 2009.
- Walker, Alan: The social Consequences of Early Retirement, The Political Quarterly, V.53/1, s. 61-72.

Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Alternatif Çözüm Yöntemleri ve Tahkime İlişkin Değerlendirmeler

Öz

İş uyuşmazlıklarında her yıl artış olup, yargıdaki iş yükünü azaltmak, uyuşmazlıkların makul sürede çözüme kavuşmasını, bu bağlamda uyuşmazlıkların daha hızlı çözümlenmesini sağlamak amacıyla bireysel iş uyuşmazlıklarının çözümünde alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin kullanıldığını görmekteyiz. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, çağdaş hukuk sistemlerinin vazgeçilmez bir unsurudur. Bu yöntemlerle uyuşmazlık; kısa sürede ve daha az giderle çözülebilmektedir. Bu yöntemler arasında müzakere, sulh, uzlaşma, arabuluculuk ve tahkim sayılabilir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından biri olan arabuluculuk, esasında öteden beri var olan, özünde uzlaşma kültürünü barındıran ve geçmişimizde de uygulanan bir sistem olup, bireysel iş uyuşmazlıklarında

2013 yılından bu yana ihtiyari arabuluculuk, 2018 yılından bu yana ise dava şartı arabuluculuk uygulanmaktadır. İstatistiklere bakıldığında arabuluculuk uygulaması başarı sağlayan bir çözüm yöntemi olsa da, iş mahkemelerinin iş yükünün yeterli düzeyde düştüğünü ve yargılama sürelerinin makul sürelerle ulaştığını söylemek mümkün değildir. Bu çerçevede arabuluculuğun yanı sıra diğer alternatif çözüm yöntemlerinin uygulanması da tartışılmaktadır. Çalışmamızda iş yargılamasında sulh konusu kısaca ele alındıktan sonra dava şartı ve ihtiyari arabuluculuk incelenecektir. Tahkime ilişkin güncel tartışmalara yer verildikten sonra bireysel iş uyuşmazlıklarının çözümünde tahkim konusunda değerlendirmeler yapılarak ve öneriler getirilerek çalışma sonlandırılacaktır.

Anahtar Sözcükler:

Arbuluculuk, tahkim, sulh, alternatif çözüm yöntemi, iş mahkemesi.

Evaluation Of Alternative Resolution Methods And Arbitration In Individual Labor Disputes

Abstract

There has been an increase in labor disputes in recent years and it is seen that alternative dispute resolution methods are used in the resolution of

individual labor disputes to reduce the workload of the judiciary, to ensure the resolution of disputes within a reasonable time, in this context,

*Hâkim, Ankara, eda_manav@hotmail.com, ORCID: 0000-0003-3183-0325.

to provide faster resolutions to disputes. . Alternative dispute resolution methods represents an indispensable tool for the resolution of disputes in contemporary legal systems. With these methods, the dispute can be resolved in a short time and with less expense. . These methods include negotiation, settlement, conciliation, mediation and arbitration. Mediation, which is one of the alternative dispute resolution methods, is a system that has existed for a long time. It contains the culture of reconciliation in its essence and has been applied in the past. The voluntary mediation has been applied in individual labor disputes since 2013, and mediation as prerequisite to litigation (compulsory mediation) has been applied since 2018. Although mediation

is a successful method of dispute resolution, according to the statistics it is difficult to say that the workload of the labor courts has decreased sufficiently, nor the disputes are resolved within a reasonable time.. In this respect, the application of other alternative dispute resolution methods in addition to mediation is also being discussed. This study first examines , the issue of settlement of labor disputes briefly and then analyses the mediation as prerequisite to litigation (compulsory mediation) and the voluntary mediation. After discussing the current debates on arbitration, the study will be concluded by making evaluations and suggestions regarding the arbitration in the resolution of individual labor disputes.

Keywords:

Mediation, arbitration, settlement, alternative dispute resolution method, labor court.

Giriş

Ülkemizde sanayinin gelişmesine paralel olarak nüfusun artması, yeni iş yapma şekillerinin ortaya çıkması vb. sebeplerle ve teknolojik gelişmelere bağlı olarak işçi ve işveren arasında iş ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda her yıl önemli oranda artış görülmektedir. Ülkemizde istihdamın bir kısmı kayıt dışıdır. Kayıt dışı istihdam da davaların artmasının ve yargılamanın uzamasının nedenlerinden birini oluşturmaktadır. Kimi işverenler işçisinin ya sigortasını yapmamakta ya da gerçek ücreti bordrolara yansıtmamaktadır. Bu nedenle iş mahkemelerinde açılan davaların çoğunda işe giriş tarihi, ücret ve çalışma koşullarında uyuşmazlık çıkmakta, delil tespiti, keşif, bilirkişi gibi aşamalar da yargılama sürelerinin uzamasına neden olmaktadır. Adliyelerde yeni iş mahkemeleri kurulmasına, yargılama sürelerinde hedef süreler getirilmesine rağmen, aşırı iş yükü nedeniyle, davalar uzamakta, kanunda belirle-

nen sürelerde sonuçlandırılmamaktadır.

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının Temmuz 2023 istatistiklerine baktığımızda toplam işçi sayısı 16.163,549, toplam sendikalı sayısı 2.330.988, işçi sendikalaşma oranı %14,42 dir¹.

Avrupa Birliği 2022 İlerleme Raporuna baktığımızda 2021'de tarım dışı sektörlerde kayıt dışı çalışma oranı %17,5'in altına inmiştir. Genel olarak, istihdamın %29'u kayıt dışıdır².

Yargılamanın makul sürede tamamlanmaması da iş yargısındaki diğer bir sorundur. Hukuksal uyuşmazlıkları çözümlmek üzere yürütülen bir yargılama süreci sonucunda adil bir çözüme ulaştırılması yargı erkinin temel işlevi olup, bu temel işlevin yerine getirilmesinde, yargılama sürecinin uzunluğu da önemli bir etkidir. Bu çerçevede

1 <https://www.csgeb.gov.tr/media/91720/calisma-hayati-istatistikleri-aylik-e-bulten-temmuz.pdf>

2 https://www.ab.gov.tr/siteimages/birimler/kpb/2022_turkiye_report_tr_27.11.2022_22.05.pdf

yargılamanın makul sürede tamamlanması adil yargılanma hakkının en önemli unsurlarından biridir. Anayasa Mahkemesi, makul sürede yargılanma hakkını Anayasanın 36'ncı ve 141'inci maddeleri kapsamında değerlendirmektedir. Anayasanın *Hak arama hürriyetini* düzenleyen 36'ncı maddesinde³ herkesin "*adil yargılanma hakkına*" sahip olduğu, *Duruşmaların açık ve kararların gerekçeli olmasını* düzenleyen 141'inci maddesinde⁴ ise "*Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması*" gerektiği belirtilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin *Adil yargılanma hakkını* düzenleyen 6'ncı maddesi gereğince; herkes davasının, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir.

Uygulamaya ve istatistiklere baktığımızda hukuk yargısında dava süreleri oldukça uzundur. Yargılama sürecinin hızlanması amacıyla "*hedef*

süre" uygulaması getirilmiştir⁵. Ancak iş yükü nedeniyle uygulamada yargılamalar çok uzun sürmektedir.

Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nün 2022 yılı istatistiklerine⁶ göre iş mahkemelerinde bir dosyanın ortalama görülme süresi 524 gündür.

Aşağıdaki istatistikten görüleceği üzere iş mahkemelerinde gelen dosya sayısı İş Mahkemeleri Kanunu'nun değiştiği 2017 yılında 559.072, 2022 yılında ise 648.629'dur. Hukuk Mahkemelerinde ise 2017 yılında 3.600.811 gelen dosya vardır. 2022 yılında ise bu sayı 4.636.836'ya yükselmiştir.

3 "*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*"
4 "*... Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir.*"

5 Daha önce savcılıklar ve ilk derece mahkemeleri ile adli tıp kurumu için hedef süre uygulaması Adalet Bakanlığınca başlatılmış olup, Adalet Bakanı Yılmaz Tunç, Yargı Reformu Stratejisi ve İnsan Hakları Eylem Planı toplantısında şimdi de bölge adliye mahkemeleri için bu uygulamayı başlatacaklarını, yargının daha etkin, adil ve gecikmeden işlemesi için gerekli tedbirleri almaya devam edeceklerini ifade etmiştir. <https://basin.adalet.gov.tr/adalet-bakani-yilmaz-tunc-yargi-reformu-stratejisi-ve-insan-haklari-eylem-planı-toplantisi-nda-kon> (1.12.2023).
6 https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/29032023141410adalet_ist-2022cal%C4%B1sma-100kapak%C4%B1.pdf

Hukuk Mahkemelerinde Bir Dosyanın Ortalama Görülme Süresi, Gün 2015 – 2022

Mahkemeler	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022
Asliye Hukuk	302	401	458	427	432	553	373	425
Sulh Hukuk	93	104	116	118	116	137	113	128
Asliye Ticaret	563	653	540	562	443	581	424	397
Aile	162	192	196	196	190	264	204	212
İş	477	547	623	600	607	785	500	524
İcra Hukuk	112	174	159	176	171	207	131	118
Tüketici	255	345	245	411	435	464	327	364
Kadastro	353	781	807	671	583	937	638	548
FSHM	507	556	332	620	459	550	334	572
Toplam Ort.	234	288	297	295	286	355	254	264

Hukuk Mahkeme Türüne Göre Dosya Sayıları 2015 – 2022

İş Mahkemelerinde Dosya Sayısı								
	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022
Gelen	457.389	523.616	559.072	541.240	570.676	568.271	681.592	648.629
Karara Bağlanan	198.313	209.532	206.482	204.636	214.231	180.340	287.505	266.385
Gelecek yıla devir	259.076	314.084	352.590	336.604	356.445	387.931	394.087	382.244

Hukuk Mahkemelerinde Dosya Sayısı (Toplam)								
	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022
Gelen	3.400.577	3.532.098	3.600.811	3.707.465	3.792.532	3.635.917	4.340.991	4.636.406
Karara Bağlanan	2.073.003	1.972.883	1.984.847	2.050.660	2.124.840	1.843.795	2.558.930	2.688.342
Gelecek yıla devir	1.327.574	1.559.215	1.615.964	1.656.805	1.667.692	1.792.122	1.782.061	1.948.064

Yargı mercilerine duyulan güvenin korunması için hakkın mümkün olan en kısa sürede hak sahibine teslim edilmesi, uyuşmazlığın taraflarının en kısa sürede alacağına kavuşması gerekmektedir. Yargıdaki mevcut iş yükünün yargılamaların gecikmesine neden olması uyuşmazlıkların çözümünde alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını gündeme getirmektedir.

30.01.1950 tarih ve 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun gerekçesine göre, "Her memlekette İş Kanunlarının işçilere sağladığı hakların gerçek teminatı o hakların ihkaki hususunda mevcut usullerdeki müessiriyet ve kolaylıklarda tecelli eder. İşçi ve işveren münasebetlerinin zemini üzerinde hergün vukubulagelen ihtilâflar ve işçilerin ücret ve sair haklarına taallük eden talep ve davaları iş hayatının düzen altında yürümesini zaruri kılan ihtiyaçlar karşısında hususi bir önem göstermekte ve hemen her memlekette dar gelirli büyük bir kitle teşkil eden işçilerin yaşama imkânları ile sıkı bir surette ilgili bulunan hakları üzerinde çıkacak ihtilâfların hususi kolaylıklarla halli ihtiyacı takdir edilmiş bulunmaktadır. İşçinin haklarını adalet mercilerinde çabuk, kolay ve ucuz bir surette istihsal etmesini temin eden özel İş Mahkemeleri Kanunları bu ihtiyacı

karşılama üzere çıkarılmışlardır."⁷ O tarihte de işçinin hakkını adalet merciinde çabuk, kolay ve ucuz bir şekilde alabilmesi amaçlanmıştır.

7 Haziran 2012 tarihinde hukuk uyuşmazlıklarının arabuluculuk yoluyla çözülmesinde uygulanacak usul ve esaslarını düzenlemek amacıyla Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu kabul edilmiştir. 2013 yılından bu yana iş uyuşmazlıklarında ihtiyari arabuluculuk uygulanmaktadır.

1950 tarihli İş Mahkemeleri Kanunu'nun oldukça eski tarihli olması sebebiyle iş yargısının hızlandırılması ve yargılamada alternatif çözüm yollarını çalışmak üzere 2015 yılında Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü bünyesinde Çalışma Grubu oluşturulmuştur. Bu çalışma grubu, bir kanun tasarı taslağı hazırlanmış, Tüketici Hakem Heyetleri benzeri bir hakem heyeti önerisi getirilmiştir. Ancak bu taslak ilgili taraflara sunulduktan sonra eleştirilere maruz kalmıştır.⁸

İş yargılamasının özelliği, işçi ve işveren arasın-

7 <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d08/c023/tbmm08023033ss0131.pdf>

8 A. Eda Manav Özdemir, İş Mahkemelerinin İşleyişi ve Bi-reysel İş Uyuşmazlıklarının Alternatif Çözüm Yöntemleri, Çalışma ve Toplum, 2015/4, s. 189, 209-210.

daki ilişkinin niteliği, iş mahkemelerinin iş yükü ve iş davalarının ortalama görülme süreleri ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) hükümleri dikkate alınarak 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun yeniden ele alınması gerekmiştir. Bu çerçevede 5521 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılarak yerine yeni bir İş Mahkemeleri Kanunu getirilmiştir. 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu, iş mahkemelerinin kuruluş, görev, yetki ve yargılama usulleri ile dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümleri kapsamaktadır⁹. Kanun'un 3'üncü maddesi ile kanundan, bireysel veya toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan işçi ve işveren alacak ve tazminatı ile işe iade taleplerinde dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olarak öngörülmektedir. Kanun'un genel gerekçesine göre, "... kabul edilen önce arabulucuya başvurma zorunluluğunun, iş uyuşmazlıklarının kısa süre içinde ve daha az masrafla çözülmesine yardımcı olacağı düşünülmekte ve böylece adil yargılanma hakkının bir unsuru olan makul sürede yargılanma ilkesine riayet edilebileceği değerlendirilmektedir. Ayrıca bu yöntemin, maddi ya da şekli başka herhangi bir uyuşmazlığın doğmasını engellemek suretiyle uyuşmazlığı temelinden sonlandırması ve böylece sosyal barışa katkı sağlaması beklenmektedir."¹⁰

Bu çalışmada öncelikle genel olarak alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri anlatılmış olup, daha sonra ihtiyari ve dava şartı arabuluculuk açıklanmıştır. İş yargılamasında sulh konusu hakkında bilgi verildikten sonra bireysel iş uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliği Yargıtay ve öğreti görüşleri çerçevesinde anlatılmıştır. Bireysel iş uyuşmazlıklarının çözümünde tahkime başvuru imkanının getirebileceği avantajlar konusunda değerlendirmeler yapılarak ve nasıl bir tahkim sistemi kurulabileceğine yönelik öneriler getirilerek çalışma sonlandırılmıştır.

I. Genel Olarak Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri

Bir hukuki ilişkinin tarafları arasında uyuşmazlık çıktığı zaman başvurulacak ilk ve asıl yol devlet mahkemelerine başvurmak olmasına karşın özel hukukta her uyuşmazlığın çözümünün devletten beklenmesi mahkemelerin aşırı iş yükü ile karşı karşıya kalmalarına ve yargılamanın uzun sürmesine sebep olabilmektedir. Bu durum da adil yargılanma hakkının bir unsuru olan makul sürede yargılama ilkesine aykırılık teşkil edebilir. Bu bağlamda mahkemelerdeki yargılamada aşırı zaman ve para harcanmasını, artan yargılama giderlerini önleyen ve mahkemelerdeki aşırı iş yükünü azaltan, devlet yargısına alternatif teşkil eden bazı alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri tercih edilmektedir¹¹.

Mahkemelerdeki yargılama sürelerinin uzunluğu, uyuşmazlığın, basit, hızlı, ekonomik ve etkili bir şekilde çözüme kavuşması için alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin uygulanmasının gelişmesine yol açmıştır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi, uyuşmazlığın mahkeme önüne getirilmeden ya da yargılama sırasında tarafların uzlaşmasıyla daha az masrafla ve daha kısa sürede çözüme kavuşturulmasını öngören bir çözüm yoludur. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri dendiğinde akla ilk gelen yöntemler arabuluculuk, sulh ve tahkim olarak sayılabilir¹².

II. Arabuluculuk

Arabuluculuk, uyuşmazlık yaşayan tarafların, üçüncü bir kişinin yardımı ile bir araya gel-

9 <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss491.pdf>

10 <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss491.pdf>

11 Mustafa Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2022, s. 197 vd.

12 Şebnem Akipek, Genel Olarak Arabuluculuk, Tahkim ve Diğer Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinde Güncel Gelişmeler Sempozyum Kitabı, Cumhurbaşkanlığı Yayınları, 138 Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü Yayınları, 8 Ankara, Ekim 2023, s. 336. Arabuluculuk konusunda ayrıca bkz. Murat Atalı/İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2018, s. 762 vd. Ayrıca bkz. Özbek, s. 218 vd.

mek suretiyle, yaşanan problemin üstesinden gelebilmelerinin sağlanması ve arabulucunun tavsiyesi ile tarafların aralarındaki iletişimin kolaylaştırılması ile soruna barışçıl çözüm bulma konusunda kendi kararlarını verdiği bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak tanımlanmaktadır¹³.

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 2'nci maddesinin b bendinde arabuluculuk *"Sistemik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi" şeklinde tanımlanmıştır.*

Günümüzde "uyuşmazlık çözümünde dava yolunun her zaman en uygun yol olmadığı gibi, başvurulacak tek yol da olmadığı" fikri güçlenmiştir. Adalet Bakanlığı Yargı Reformu Stratejisinde de *"Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinin Yaygınlaştırılması"* şeklinde bir amaç belirlemiştir (Amaç 9)¹⁴.

Ülkemizde hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuğa ilişkin kanunlaşma süreci ile ilgili çalışmalar 2010'lu yıllara dayanmaktadır. 7 Haziran 2012 tarihinde 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu kabul edilmiş ve 22 Haziran 2012'de Resmî Gazetede yayınlanmıştır. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile öncelikle ihtiyari arabuluculuk başlamıştır. 2013 yılında ihtiyari arabuluculuk olarak Türk hukukuna giren arabuluculuk, 2018 yılından itibaren iş hukuku, ticari davalar¹⁵ ve tüketici davaların-

da¹⁶ dava şartı arabuluculuk olarak uygulamaya devam etmiştir. 1 Eylül 2023'ten itibaren de kira uyuşmazlıkları, komşuluk hukukundan doğan uyuşmazlıklar, kat mülkiyetinden doğan uyuşmazlıklar, ortaklığın giderilmesinden doğan uyuşmazlıklar ve tarımsal üretim sözleşmesinden doğan hukuk uyuşmazlıkları dava şartı arabuluculuk kapsamına alınmıştır. Yine konusu para olan alacak, tazminat, itirazın iptali, menfi tespit ve istirdat davaları bakımından da dava şartı arabuluculuğun kapsamı genişletilmiştir¹⁷.

İhtiyari arabuluculuğun en fazla iş uyuşmazlıklarında uygulandığı göz önünde bulundurularak ilk etapta bu alanda dava şartı arabuluculuk sistemi getirilmiştir. İşçi ve işveren arasındaki anlaşmazlıklara ilişkin arabuluculuk sistemini getiren 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu'nda 12.10.2017 tarihinde kabul edilerek yasalaşmış ve 25.10.2017 tarihli Resmî Gazete'de yayınlanmıştır. Getirilen düzenleme ile 1.1.2018 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olarak belirlenmiştir¹⁸. 7445 sayılı Kanun'un 41'inci

13 Akipek, s. 337-338.

14 <https://yargireformu.adalet.gov.tr/Resimler/yrs.pdf>, s. 92.

15 Ticari davalarda tarafların mahkemeden önce arabulucuya başvurmasına dair hükümler içeren 7155 sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun 19.12.2018 tarih ve 30630 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

16 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da 22.07.2020 tarihinde yapılan değişiklikle tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda, dava açılmadan önce mutlaka arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olarak getirilmiştir.

17 05.04.2023 tarihinde Resmî Gazete'de "İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" yayımlanmıştır. Buna göre birçok kanunda değişiklik meydana gelmiş ve dava şartı arabuluculuğun kapsamı genişletilmiştir. Bkz. Akipek, s. 344 vd.; Hakan Öztatar, Dava Şartı Arabuluculuk Uygulamaları, Tahkim ve Diğer Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinde Güncel Gelişmeler Sempozyum Kitabı, Cumhurbaşkanlığı Yayınları, 138 Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü Yayınları, 8 Ankara, Ekim 2023, s. 357 vd.

18 İş yargısında dava şartı arabuluculuk için bkz. Nuri Çelik/Nurşen Caniklioğlu/Talat Canbolat/Ercüment Özkaraca, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 36. Baskı, İstanbul 2023, s. 70 vd.; Hamdi Mollamahmutoglu/Muhittin Astarlı/Ulaş Baysal, İş Hukuku, Güncellenmiş 7. Baskı, Ankara 2022, s. 162 vd.; Emine Tunçay Senyen Kaplan, Bireysel İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş-Güncellenmiş 13. Baskı, Ankara 2023, s. 68 vd.; Şahin Çil, İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk ve 7036 sayılı İ. M. K. Uygulaması Tazminat ve Alacaklarda Hesaplamalar İş Güvencesi, Ankara 2018, s. 17 vd.; Sera-

İş Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk İstatistikleri (01.01.2018 - 04.05.2022)

Arabulucu Görevlendirilmesi Yapılan Dosya Sayısı	1.481.761	
Anlaşma	822.735	%58
Anlaşmama	592.522	%42

maddesi uyarınca İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3'üncü maddesinin birinci fıkrasına yapılan ekleme uyarınca işçi ve işveren arasındaki tazminat ve alacaklarla ilgili itirazın iptali, menfi tespit ve istirdat davaları da dava şartı olarak arabuluculuk kapsamına alınmıştır. İş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat ile bunlarla ilgili tespit, itiraz ve rücu davaları hakkında dava şartı olarak arabuluculuk hükümleri uygulanmaz. İş kazaları veya meslek hastalığından kaynaklanan tazminat, tespit, itiraz veya rücu davaları bakımından ise sadece ihtiyari arabuluculuk söz konusudur. İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3'üncü maddesinin yirmi birinci fıkrasında bu maddede hüküm bulunmayan hâllerde niteliğine uygun düştüğü ölçüde Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu hükümlerinin uygulanacağı öngörülmüştür.

Dava şartı arabuluculuk sisteminde 5 yıl geçmiştir. 2018 yılından bu yana toplamda 4 milyonu aşkın uyuşmazlık, arabuluculuk önüne gelmiştir. 3 milyondan fazla uyuşmazlık anlaşmayla sonuçlanmıştır. Buna göre ihtiyari arabuluculukta başarı oranı yüzde 98'dir. Ancak bu uyuşmazlıkların hepsi iş uyuşmazlığı değildir. Dava şartı arabuluculukta başarı oranı yüzde 45 civarındadır¹⁹. Adalet Bakanlığı tarafından yayınlanan yu-

karıdaki istatistiklerine baktığımızda dava şartı arabuluculukta anlaşma oranının oldukça yüksek olduğunu görmekteyiz²⁰.

Yargı kararlarına baktığımızda; son tutanağın dosyaya sunulması, asıl işveren alt işveren ilişkisinin varlığı halinde arabuluculuk dava şartının yerine getirilmesi, arabuluculuk anlaşma belgesinin düzenlenmesinde ibraya ilişkin hükümlerin dikkate alınıp alınamayacağı, anlaşma belgesinin geçersizliğinin veya yok hükmünde olduğunun ileri sürülmesi, iş sözleşmesi sona ermediği halde iş sözleşmesinin sona ermesine bağlı hakların ödenmesi, anlaşma belgesinin iptali ve alacak davasının birlikte açılıp açılmayacağı gibi konularda sorunlar olduğu görülmektedir²¹. Uygulamada sıklıkla arabuluculuk faaliyetinin hiç yapılmadığı veya usulüne uygun olarak yapılmadığı veya irade fesadı iddiası ile anlaşma belgesinin geçersizliği ileri sürülmektedir. Arabuluculuk tutanağının iptaline ilişkin iddialar da mahkemelerde iş yükünü artırmaktadır.

Yargıtay'ın bir kararına konu "... Somut olayda davacı vekili tarafından, işverence arabulucu ile görüşülmeden birçok belge imzalatıldığı, işe iade konusunda herhangi bir bilgilendirme yapılmadığı hâlde telefonla arabulucu ile görüşülüp "Haklarını aldın mı?" şeklindeki soruya aldığını ifade ettiği ve bunun üzerine görüşmenin sona erdirildiği, arabuluculuk sürecinin usulüne uygun yürütülmediği ileri sürülmüş; davalı tarafça davanın arabuluculuk tutanaklarını rızasıyla imzala-

19 Seracettin Gökteş, İş Hukuku Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk Uygulamaları, Tahkim ve Diğer Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinde Güncel Gelişmeler Sempozyum Kitabı, Cumhurbaşkanlığı Yayınları, 138 Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü Yayınları, 8 Ankara, Ekim 2023, s. 363 vd.; Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu/O. Ersun Civan/A. Eda Manav Özdemir/F. Burcu Şavaş Kutsal/Ahmet Evcimen, İş Hukukunda Uzman Arabuluculuk, Nisan 2023, s. 263 vd.

20 <https://basin.adalet.gov.tr/adalet-bakani-yilmaz-tunc-yargi-reformu-stratejisi-ve-insan-haklari-eylem-plani-toplantisi-nda-kon> (01.12.2023).

21 <https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/9052022162402i%C5%9F%20%20%2004.05.2022.pdf>

22 Seracettin Gökteş, İş Hukukundan Kaynaklanan Sorular ve Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri, Yargı ve İş Dünyası Sempozyumu, 10 Ekim 2023, İstanbul'da yapılan sunum slaytından alınmıştır.

diği savunulmuştur. ... davalı tanıklarından Ö.L.T., davacının performansından dolayı işten çıkarıldığını, personele arabuluculuk evraklarını kendisinin imzalattığını, davacıya da kendisinin imzalattığını, arabuluculuk görüşmesinde kendisinin bulunmadığını ama davacının 5 sayfalık bir evraka kendi rızası ile imza attığını, önce evrakları imzalayıp sonra arabulucu ile görüştüklerini, çoğunlukla arabulucu A.B. ile çalıştıklarını.. beyan etmiştir. ... Dosya kapsamından arabuluculuk sürecinin 6325 sayılı Kanun ve Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği gereğince belirlenen şekilde işletilmediği, tutanağın imzasından sonra arabulucu ile görüştürüldüğünden bu tutanağın arabuluculuk tutanağı vasfını haiz olmadığı anlaşıldığından iptaline karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile davanın reddi isabetsiz olmuştur.”²²

Yargıtay'ın bir başka kararına göre, “...Dosya kapsamındaki bilgi ve belgeler, arabuluculuk anlaşma tutanakları ve özellikle davalı tanığı H.Ç'nin “... davacı hastaneden gelip Türkiye'ye dönmeden önce kendisine arabuluculuk evrakları bordroları, çıkış belgeleri ve çıktığına dair dilekçesini imzalattık, arabuluculuk tutanağını imzalattırırken arabulucu orada değildi. ...” şeklindeki beyanı dikkate alındığında arabuluculuk sürecinin kanuna uygun şekilde yürütülmediği anlaşılmalı ihtiyari arabuluculuk anlaşma tutanaklarının iptaline karar verilmesinde bir isabetsizlik görülmemiştir.”²³

Yargıtay'ın bir diğer kararına göre, “... iş sözleşmesi sona ermediği halde yıllık ücretli izin hakkının arabulucu anlaşma tutanağı ile paraya tahvil edilmesi de kabul edilemez. Bu nedenle arabuluculuk tutanağının geçersiz olduğunun tespitine karar verilmelidir.”²⁴

22 Yarg. 9. HD., E. 2022/16066, K. 2023/875, T. 18.01.2023. <https://karararama.yargitay.gov.tr/>

23 Yarg. 9. HD., E. 2023/2700, K. 2023/8312, T. 31.05.2023. <https://karararama.yargitay.gov.tr/>

24 “... Somut olayda, davacı işçinin davalıya ait işyerinde 01/01/2010- 26/04/2019 tarihleri arasında çalıştığı anlaşılmaktadır. Davalı işveren tarafından ihtiyari arabuluculuk süreci başlatılarak düzenlenen anlaşma tutanağında davacıya kıdem ve ihbar tazminatı ile fazla mesai, ulusal bayram genel tatil ve yıllık izin ücreti alacaklarına karşılık toplam 30.000,00 TL ödeneceği kararlaştırılmıştır. Tutanağın düzenlendiği 20/03/2019 tarihi itibarıyla iş sözleşmesi

Ankara Bölge Adliye Mahkemesinin kararına konu bir olayda telefonla arabuluculuk görüşmesi yapıp yapılamayacağı uyuşmazlık konusu olmuştur. “Davacı vekili; davacının iş sözleşmesinin geçerli bir neden yokken feshedildiğini iddia ederek feshin geçersizliğinin tespiti ile davacının işe iadesine karar verilmesini, işe iadenin mali sonuçlarının tespitini istemiştir... Kanunda tarafların telefonla arabuluculuk toplantısına katılabileceklerine dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Aksine düzenlemelerden yüz yüze katılıma göre hükümlerin konulduğu anlaşılmaktadır. Burada her şeyden önce telefonla katılan kişinin ehil ve yetkili olup olmadığı ve bunun tespiti problemidir. Somut olayda yasal olarak tanımlanan ve hukuken geçerli olan bir ses tanımlama sisteminin bulunmadığı da dikkate alındığında konuşulan kişinin kim olduğunun yasal olarak tespitinde problem bulunduğu açıktır.”²⁵

Arabuluculuk uygulaması belirli oranda başarı sağlamışsa da gerek uygulamada var olan bu sorunlar gerek çalışmanın giriş kısmında verilen istatistikler çerçevesinde belirtildiği üzere iş mahkemelerinin iş yükünün yeterli düzeyde düştüğü ve yargılama sürelerinin makul sürelerle ulaştığı söylenememektedir. Bu sebeple arabuluculuk dışındaki alternatif çözüm yöntemlerinin ve bireysel iş uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliğinin de tartışılması gerekmektedir²⁶.

devam eden davacıya kıdem ve ihbar tazminatı ile yıllık izin ücreti gibi iş sözleşmesinin sona ermesine bağlı tazminat ve alacakların ödeneceğinden söz edilmesi çelişki oluşturmaktadır. Gerçekten tutanakta belirtildiği üzere 21.01.2019 günü davacının işten çıkışının, 23.01.2019 günü ise tekrar işe girişinin yapılması, bu şekilde gerçekte bir fesih işlemi olmadığı halde avans niteliğinde ödemelerin kıdem ve ihbar tazminatı olarak gösterilmesi, ayrıca iş sözleşmesi sona ermediği halde kullanılmayan yıllık izin hakkının parasal alacağa dönüştürülmesi kanuna uygun görülmez. Belirtmek gerekir ki, gerçekte bir fesih söz konusu olmadığı halde işçiye ihbar ve kıdem tazminatı adı altında bir ödemenin arabulucu önünde yapılan anlaşma ile kararlaştırılmış olması ödemenin avans niteliğini ortadan kaldırmaz.” Yarg. 9. HD., E. 2021/12911, K. 2022/1387, T. 07.02.2022. <https://karararama.yargitay.gov.tr/>

25 Ankara B.A.M. 9.HD. E. 2019/2485, K. 2019/1674, T. 10.09.2019. Göktaş, Yargı ve İş Dünyası Sempozyum slaytı.

26 Bu konuda ayrıca bkz. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerine İlişkin Güncel Gelişmeler, Sorunlar ve Çö-

III. Sulh

Sulh, görülmekte olan bir davada, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı kısmen veya tamamen sona erdirmek amacıyla mahkeme huzurunda yapmış oldukları bir sözleşme olarak tanımlanmaktadır (HMK m.313). Sulh ile davacı davasından, diğer bir ifade ile talep sonucundan kısmen feragat eder, davalı da kalan kısım bakımından davayı kabul eder ve dava konusu uyuşmazlık tarafların uzlaşması ile kısmen ya da tamamen son bulur²⁷.

Hukukun temeli sulh esasına dayanmaktadır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi, uyuşmazlığın mahkeme önüne getirilmeden ya da yargılama sırasında tarafların uzlaşısıyla daha az masrafla ve daha kısa sürede çözüme kavuşturulmasını öngören bir çözüm yolu olup, sulh da bu yöntemlerden biridir.

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 7'nci maddesi tarafların sulha teşvikini düzenlemektedir. Bu düzenlemenin amacı çabukluk ilkesini gerçekleştirmek, diğer bir ifade ile sulh yoluyla davanın gereksiz uzamasını engelleyerek, davanın başında uyuşmazlığın sona erdirilmesi ve işçi-işveren arasındaki ilişkinin dava nedeni ile çekilmez hale gelmesini önleyerek, uyuşmazlığın barışçıl yoldan çözümünü sağlamaktır²⁸.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "Ön inceleme kapsamı" nı düzenleyen 137'nci maddesinin birinci fıkrasına göre, "Dilekçelerin karşılıklı verilmesinden sonra ön inceleme yapılır. Mahkeme ön incelemede; dava şartlarını ve ilk itirazları inceleyerek, uyuşmazlık konularını tam olarak belirler, hazırlık işlemleri ile tarafların delillerini sunmaları ve delillerin toplanması için gereken işlemleri yapar, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği davalarda onları sulhe veya arabuluculuğa teşvik

eder ve bu hususları tutanağa geçirir." Ancak uygulamaya bakıldığında iş uyuşmazlıklarında tarafların sulh oldukları çok nadir görülen bir durumdur.

Hâkimin tarafları sulha teşvik etme zorunluluğu Alman hukukunda da kabul edilmiş olup, dava açıldığı zaman iş hâkimleri öncelikle sulh prosedürünü uygulamaktadır²⁹. Alman İş Mahkemeleri Kanunu'nun 54'üncü paragrafında sulh kurumu (Güteverfahren) düzenlenmiştir. Alman iş mahkemeleri üç dereceli olarak kurulmuş olup, en üst derece iş yargılamasına kadar iş mahkemelerinde meslekten hâkimler ve onların yanında meslekten olmayan onursal veya fahri hâkimler de bulunmaktadır. Alman İş Mahkemeleri Kanunu'nun 16'ncı paragrafına göre, iş mahkemesi meslekten olan hâkim başkanlığında gerekli sayıda meslekten olmayan hâkimden oluşur. Meslekten olmayan hâkimlerin yarısı işçiler, yarısı da işverenler arasından seçilir. Meslekten olmayan hâkimler karar verme konusunda meslekten hâkim ile aynı haklara sahip olup, meslekten olmayan hâkimler uygulamaya yönelik tecrübelerini karar aşamasında kullanmak üzere görevlendirilmişlerdir. Meslekten olmayan hâkimler eşit sayıda işveren ve işçi tarafının temsilcilerinden gelmektedirler³⁰. Alman hukuk sisteminde iş davalarındaki artışın azaltılması, iş mahkemeleri yargılamasında öngörülen sulh kurumu sayesinde mümkün olmaktadır. Hâkim, dava dilekçesinin mahkemeye sunulmasından kısa bir süre sonrası için bir sulh teşebbüsü günü tayin eder. Söz konusu sulh teşebbüsü hâkim tarafından tek başına yönetilmektedir. Bu sulh teşebbüsü günü, genellikle davanın açılmasından bir ay sonra olup, sulha teşebbüs gününde uyuşmazlığın sözlü olarak

29 Detaylı bilgi için bkz. Manav Özdemir, İş Mahkemeleri, s. 204-205.

30 Jochen Sievers/ Sabine Poeche, Almanya'da İş Mahkemeleri Yargılaması, Çeviren: Yard. Doç. Dr. H. Özden Özkaya-Ferendeci, MÜHF-HAD, C. 16, S. 1-2, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/885501>, s. 300. Ayrıca bkz. Wolf Dietrich Walker, Alman İş Mahkemeleri ile İş Yargılama Usulüne Genel Bakış, Çev. Çiğdem Yazıcı Tiktik, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 1-2, Ocak-Şubat 2016, <https://www.jurix.com.tr/article/5542>, s. 267 vd.

züm Önerileri, Karadeniz 14. Uluslararası Sosyal Bilimler Kongresi, 13-15 Ekim 2023 – Batumi Gürcistan, Özet Kitabı, s. 26-27.

27 Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 577.

28 Erhan Birben/Sezgi Öktem; İş Yargılamasının Medeni Usul Hukukuna Hakim Olan İlkeler Bakımından Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan II, İstanbul 2001, s. 1134; Manav Özdemir, İş Mahkemeleri, s. 203.

hâkim önünde kısaca tartışılması öngörülmektedir. Her iki tarafın rızası ile bir sulh yapılarak kimi uyuşmazlıklar sonlandırılabilir. Bu yöntem ile taraflar arasında anlaşma sağlanması halinde davaların büyük bir kısmını bitirmek mümkün olmaktadır³¹. Sulh teşebbüsü gününde bir anlaşma sağlanamaması halinde hâkim duruşma günü tayin ederek, taraflardan ve onların temsilcilerinden, uyuşmazlığı detaylı bir biçimde yazılı olarak beyan etmelerini ister. Bu durumda duruşma genellikle sulh teşebbüsü gününden üç dört ay sonra yapılmakta ve artık meslekten olan hâkim ile meslekten olmayan hâkimlerle birlikte yürütülmektedir. Alman İş Mahkemeleri Kanunu'nun 57/2'nci paragrafına göre, hukuki uyuşmazlığın uzlaşmalı olarak sonuçlanmasına bütün dava sürecinde gayret edilmelidir. Duruşma gününde de sulha teşvik çabası gösterilmekte olup, sulha teşvik yine olumlu sonuçlanmıyorsa, mahkeme heyeti davayı karar vermek suretiyle sonlandırmaktadır³². Alman iş yargısında uyuşmazlıkların önemli bir bölümü (%50 sinden fazlası) uzlaşma ile sonuçlandırılmaktadır ve uyuşmazlığın uzlaşma ile çözüme kavuşturulması hâkimin prestiji bakımından da önemlidir³³.

IV. Tahkim

A. Tahkim Kavramı

Tahkim, mevzuatın izin verdiği hallerde, bir hak üzerinde uyuşmazlığa düşen tarafların aralarında anlaşmak suretiyle söz konusu uyuşmazlığın çözümünü mahkemeler yerine hakem adı verilen özel kişilere bırakmaları ve uyuşmazlığın hakemler tarafından kesin ve bağlayıcı şekilde çözülmesi anlamına gelmektedir³⁴. Bir uyuş-

mazlığın tahkim yoluyla çözümlenebilmesi için uyuşmazlığın öncelikle tahkime elverişli olması gerekir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun tahkime elverişliliği düzenleyen 408'inci maddesine göre, "Taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir." Ayrıca tarafların, aralarındaki uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesi konusunda anlaşmaları gerekmektedir.

B. Tahkimin Avantajları

Tahkim süreci hızlıdır. Tahkimde, karar verici pozisyonundaki hakem veya hakem heyetinin taraflarla organik bağı yoktur ve bu durum tahkimin en önemli avantajlarından birisi olarak kabul edilmektedir³⁵.

Tahkimi cazip kılan diğer nedenler ise tarafların uyuşmazlığa uygulanacak usul kurallarını ve esasa uygulanacak hukuku, tahkim yerini, tahkim dilini seçebilme serbestisi, tarafların hakem veya hakem heyetini belirleme, tahkim sürecinin takvimini belirleyebilme imkânı, tahkim sürecinin gizlilik özelliği, kararların nihai olması ve tenfizinin kolay olmasıdır³⁶.

Tahkim yargılaması, alanında uzman hakemler tarafından yapılır. Tahkim yargılamasının uzman kişilerce görülmesi, hakkaniyetli ve adil bir karar alınması açısından tahkimin taraflarca tercih edilmesinin en önemli sebeplerinden biridir³⁷.

Tahkim yargılaması ucuzdur, bu bağlamda daha ekonomiktir³⁸. Tahkim yargılaması esneklik

BOTABI/TAHKİM%20KAVRAMI%20VE%20TAHKİM%20YOLU%20ÜZERİNDE%20YAPILAN%20ARAŞTIRMALAR, %20D%20C%20ZENLEMELER%20VE%20G%20C%20NC%20GEL%20C%20C%20S%20EMELER.pdf, s. 1.

35 Susmaz/Manav Özdemir/Şahin/Özsu/Süslü, s. 1.

36 Susmaz/Manav Özdemir/Şahin/Özsu/Süslü, s. 1; Bilgin Tiryakioğlu, Tahkim Türleri ve Tahkim Dayandığı İlkeler, Tahkim ve Diğer Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinde Güncel Gelişmeler Sempozyum Kitabı, Cumhurbaşkanlığı Yayınları, 138 Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü Yayınları, 8 Ankara, Ekim 2023, s. 4-5.

37 Tiryakioğlu, s. 5; Derya Buluttekin, Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Tahkimin Değerlendirilmesi (HMK m. 407-444), DÜHFD, Cilt: 27, Sayı: 46, Yıl: 2022, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/2603202>, s. 261.

38 Buluttekin, s. 260.

31 Sievers/Poeche, s. 300.

32 Sievers/Poeche, s. 300.

33 Bkz. Manav Özdemir, İş Mahkemeleri, s. 205.

34 Ziya Akıncı, Milletlerarası Tahkim Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 6. Baskı İstanbul 2021, s. 5; Hakkı Susmaz/Atike Eda Manav Özdemir/ Açelya Şahin/Güray Özsu / Gül Süslü, Tahkime İlişkin Temel Kavramlar, Düzenlemeler ve Güncel Gelişmeler Cumhurbaşkanlığı Yayınları; 124 Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü Yayınları; 3, 1. Baskı: Ankara, 2021 <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/Publications/TAHKİM%20KAVRAMI%20VE%20TAHKİM%20YOLU%20ÜZERİNDE%20YAPILAN%20ARAŞTIRMALAR,%20D%20C%20ZENLEMELER%20VE%20G%20C%20NC%20GEL%20C%20C%20S%20EMELER.pdf>, s. 1.

ve tarafların tahkim yargılama sürecinde uyuşmazlığın çözümünde uygulanacak usul ve kuralları belirleyebilmesi hususu da tahkim yargılama sürecinin esnek, çabuk ve kolay olmasını sağlamaktadır³⁹.

Tahkim yargılama sürecinde gizlilik esastır. Tahkim yargılama sürecinin gizli yapılması, tarafların şahsi ve ticari itibarının zedelenmesi riskini ortadan kaldırmaktadır⁴⁰.

C. İş Hukukunda Tahkimin Yasal Dayanakları

1. Toplu İş Hukukunda Tahkimin Yasal Dayanakları

İş hukuku sisteminde tahkim yoluna özellikle toplu iş hukuku kapsamında başvurulmaktadır. 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'na göre toplu iş hukukunda tahkim, zorunlu (kanuni) tahkim ve ihtiyari tahkim olarak ikiye ayrılmaktadır.

6356 sayılı Kanun'unun 51'inci maddesinde Yüksek Hakem Kuruluna başvurma düzenlenmiştir. Buna göre, "(1) Grev oylaması sonucunda grev yapılmaması yönündeki kararın kesinleşmesinden itibaren altı iş günü içinde işçi sendikası; grev ve lokavtın yasak olduğu uyuşmazlıklarda 50 nci maddenin beşinci fıkrasında belirtilen tutanağın tebliğinden ya da erteleme süresinin uyuşmazlıkla sonuçlanması hâlinde sürenin bitiminden itibaren taraflardan biri altı iş günü içinde Yüksek Hakem Kuruluna başvurabilir. Aksi takdirde işçi sendikasının yetkisi düşer. (2) Yüksek Hakem Kurulu kararları kesindir ve toplu iş sözleşmesi hükmündedir."

Zorunlu tahkim olarak Yüksek Hakem Kuruluna başvurma⁴¹, kanun hükmü gereğince başvuru ve içinde zorunluluk barındıran bir tahkimdir. Zorunlu tahkime başvurulması için tarafların aralarında anlaşması değil, uyuşmazlığın taraflarından sadece birinin yasal tahkime başvurma süreci yeterlidir. Bu durum Yüksek Hakem Kuruluna başvurmayı özel hakeme başvurmadan ayıran en önemli husustur⁴².

6356 sayılı Kanun'un "Özel hakeme başvurma" yı düzenleyen 52'nci maddesine göre, "Taraflar, anlaşarak toplu hak veya çıkar uyuşmazlıklarının her safhasında özel hakeme başvurabilir. Toplu iş sözleşmesine, taraflardan birinin başvurusu üzerine özel hakeme gidileceğine dair hükümler konulabilir. Toplu iş sözleşmesinde aksine hüküm yoksa 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun özel hakeme ilişkin hükümleri uygulanır. Toplu hak uyuşmazlıklarında özel hakem kararları genel hükümlere tabidir. Toplu çıkar uyuşmazlıklarında taraflar özel hakeme başvurma hususunda yazılı olarak anlaşma yaparlarsa, bundan sonra arabuluculuk, grev ve lokavt, kanuni hakemlik hükümleri uygulanmaz. Toplu çıkar uyuşmazlıklarında özel hakem kararları toplu iş sözleşmesi hükmündedir. Uyuşmazlığın her safhasında taraflar anlaşarak özel hakem olarak Yüksek Hakem Kurulunu da seçebilir." İhtiyari tahkim, toplu iş uyuşmazlığının hakemden istenmesidir. Taraflara toplu hak veya çıkar uyuşmazlıklarının her aşamasında özel hakeme başvurma hakkı tanınmıştır.

2. Bireysel İş Hukukunda Tahkimin Yasal Dayanağı

4857 sayılı İş Kanunu'nun "Fesih bildirimine itiraz ve usulü"nü düzenleyen 20'nci maddesine göre, "İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminden itibaren bir ay içinde işe iade talebiyle, İş Mahkemeleri Kanunu hükümleri uyarınca arabulucuya başvurmak zorundadır. Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılmaması hâlinde, son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren, iki hafta içinde iş mahkemesin-

39 Buluttekın, s. 259.

40 Tiryakioğlu, s.5; Buluttekın, s. 260.

41 Aziz Can Tuncay/Burcu Savaş Kutsal/Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, Toplu İş Hukuku, Revize edilmiş 8. Bası, İstanbul 2023, Sabahattin Yürekli, Toplu İş Uyuşmazlıklarında Yüksek Hakem Kurulu Kararları, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/2016886>, s. 115-116.

42 Ekin Sökmen Güler, Toplu İş Uyuşmazlıklarının Çözümünde Yüksek Hakem Kuruluna Başvurma ve Özel Hakeme Başvurma, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIX, Y. 2015, Sa. 3, s. 57.

de dava açılabilir. Taraflar anlaşılırsa uyuşmazlık aynı sürede iş mahkemesi yerine özel hakeme de götürülebilir."

Bu hükümden daha önceki metinde yer alan "toplular iş sözleşmesinde hüküm varsa veya" ibaresi Anayasa Mahkemesinin 2005 tarihli kararıyla Anayasanın 36'ncı maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilmiştir. Uyuşmazlığın tarafların anlaşmasıyla özel hakeme götürülmesi bölümüne ilişkin iptal istemi reddedilmiştir. Özel hake-min oluşumu, çalışma usul ve esaslarının çıkarılacak bir yönetmelikle belirleneceğini düzenleyen son cümle de Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir⁴³.

3. Uluslararası Sözleşmelerde İş Hukukunda Tahkimin Dayanağı

Hizmet ilişkisine işveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 sayılı Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmesinin "Son Vermeye Karşı İtiraz Usulü" başlıklı bölümünde düzenlenen sekizinci maddesine göre, "Hizmet ilişkisine haksız olarak son verildiği kanısında olan bir işçinin mahkeme, iş mahkemesi, hakemlik kurulu veya hakem gibi tarafsız bir merci nezdinde itirazda bulunma hakkı vardır."⁴⁴

V. Bireysel İş Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği

A. Yargıtay Kararları Çerçevesinde Bireysel İş Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği

Yargıtay kararlarında genellikle işe iade dışındaki uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığı kabul edilmektedir. Yargıtay kararlarında iş Mahkemelerinin yetkisini düzenleyen hükümlerin kamu düzenine ilişkin olduğu ve işe iade davaları

dışında, tahkim sözleşmelerinin geçerli olmadığı açıkça ifade edilmiştir⁴⁵.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tarafından "feshin geçersizliği, işe iade ve buna bağlı iş güvencesi ile boşta geçen süre için ücret alacağı konularında hakeme başvurulabileceği" kabul edilmektedir⁴⁶. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi önüne gelen diğer bir uyuşmazlıkta, özel hakem kurulu, feshin geçersizliği ve geçersizliğin sonucu olan istekler dışında yıllık ücretli izin alacağı ile sözleşmeden doğan ücret alacağına da karar vermiştir. Yargıtay, hakem kurulunun ücretli izin ve sözleşmeden kaynaklanan ücret alacağına karar verme yetkisi bulunmadığına, anılan istekler bakımından uyuşmazlığın iş mahkemelerinde görülmesi gerektiğine karar vermiştir⁴⁷.

Yargıtay kararlarına göre, tahkim sözleşmesi veya şartının, uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümlenmesine ilişkin taraf iradesini tereddüde yol açmayacak şekilde içermesi gerekmektedir. Yargıtay'ın bir kararına konu olayda, "... davacı ile davalı işveren feshin bildirildiği tarih olan 15.09.2011 tarihinde düzenlenen "İbraname ve Feragatname" başlıklı belge de "Davacının iş sözleşmesinin 4857 Sayılı İş Kanununun 17.maddesi gereğince tazminatlı olarak tek yanlı işverence feshedilmesi nedeniyle işyerinden ayrıldığı, kıdem taz-

43 AYM, E. 2003/66 K. 2005/72, T. 19.10.2005, RG. 24 Kasım 2007, 26710. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/11/20071124-4.htm>

44 https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377301/lang-tr/index.htm

45 Yarg. 9. HD., E. 2014/22696, K. 2014/26895, T. 17.09.2014. Ayrıca bkz. Yarg. 9. HD., E. 2004/14821, K. 2005/6684, T. 02.03.2005; Yarg. 9. HD., E. 2014/27451, K. 2014/34468, T. 18.11.2014. Bkz. A. Eda Manav Özdemir, İş Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim, Tahkim ve Diğer Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinde Güncel Gelişmeler Sempozyum Kitabı, Cumhurbaşkanlığı Yayınları, 138 Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü Yayınları, 8 Ankara, Ekim 2023, s. 321, dn. 23. "... Dairemizde, İş Mahkemelerinin yetkisini düzenleyen hükümlerin kamu düzenine ilişkin olduğu, işe iade davaları dışında, tahkim sözleşmelerinin geçerli olmadığı, işe iade davalarında da 4857 sayılı yasanın 20. maddesinin birinci fıkrası gereğince tahkim sözleşmesinin yapılmasının ihtiyari olduğu, tarafların anlaşması halinde uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenebileceği, tahkim sözleşmesi ile İş Mahkemelerinin yetki ve görevinin kaldırılmayacağı yerleşik uygulamadır." 9. Hukuk Dairesi E. 2016/21367 K. 2017/14609 T. 02.10.2017. <https://karararama.yargitay.gov.tr/>

46 Yarg. 9. HD., E. 2004/5846, K. 2004/5621, T. 22.03.2004. Bkz. Manav Özdemir, Tahkim, s. 321, dn. 24.

47 Yarg. 9. HD., T. 22.03.2004, E. 2004/5846, K. 2004/5621, Bkz. Şahin Emir, s. 919 dn. 53.

minatı, yıllık izin ücreti ve ücret alacaklarını aldığı, başka hiçbir hak ve alacağı kalmadığı, 4857 Sayılı İş Kanununun 20.maddesi gereğince dava açmak istemesi halinde, üç kişiden oluşan Özel Hakemde dava açacağı, bu hususun tarafların rızaları ile yapmış oldukları bir tahkim anlaşması hükmünde olduğu, şirketi tüm konularda ve genel manada gayri kabili rücu olarak kayıtsız şartsız ibra ettiği" belirtilmiştir. ... Diğer taraftan ibraname ve feragatname başlıklı belgenin fesih yanında, işçinin işçilik haklarının da ödenmesini içerdiği, bir bakıma bu hakların ödenmesinin tahkim şartını içeren bu sözleşmenin imzalanmasına bağlanıldığı, davacının imzalamak zorunda bırakıldığı, davalı şirketin davacı işçi üzerinde, ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanarak tahkim sözleşmesinde eşitliği kendi lehine bozacak hususlar kabul ettirdiği anlaşılmaktadır. Tahkim sözleşmesi veya şartının, uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözülmesi yolundaki davacı işçi iradesini açık ve kesin olarak taşıdığı söylenemez. İbraname ve feragatname başlıklı belgedeki tahkim şartı geçersizdir. Uyuşmazlığın iş mahkemesinde çözülmesi gerekir.⁴⁸

Yargıtay kararına konu diğer bir olayda, davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir. ... Davalı, davacının iş sözleşmesinin feshini müteakip imzaladığı ibraname ve feragatnamedeki özel hakem (tahkim) şartı nedeniyle mahkemenin görevsizliğine ve davanın görev yönünden reddine karar verilmesini talep etmiştir. İlk derece mahkemesi tarafların öncelikle özel hakem heyetine müracaat etmeleri gerekmesi sebebiyle, HMK'nın 116'ncı ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20'nci maddeleri gereğince görevsizlik kararı vermiştir. Yargıtay'a göre, "... Taraflar arasındaki "fesih sözleşmesi" başlıklı iş sözleşmesini sona erdiren belgenin 07.02.2013 tarihli olduğu görülmektedir. Tahkim hükmünü de içeren " ibraname ve feragatname " başlıklı sözleşme ise 08.02.2013 tarihini ihtiva etmekte olup tarih kısmının tahrif edildiği, üzerinde oynandığı dosyadaki belge örneğinden anlaşılmaktadır. Bunun yanı sıra belgedeki tahkim şartının

incelenmesinde " ... fesih halinde işçinin fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı ve feshin haksız olduğu iddiası ile 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesi gereğince dava açmak istemesi halinde " ibaresinden de açıkça anlaşılacağı üzere bu belgenin yukarıda bahsi geçen " fesih sözleşmesi " (ikale sözleşmesi) nden önce imzalandığı açıkça anlaşılmaktadır. .. Söz konusu belge ve içerdiği tahkim şartının geçerliliğinden bahsedilemez. Taraflar arasında hukuken geçerli bir tahkim şartının varlığından söz edilemeyeceğinden, geçersiz tahkim şartına dayanılarak mahkemece görevsizlik kararı verilemez. İş mahkemelerinin görev ve yetki konusunun kamu düzenine ilişkin olduğu da dikkate alınarak işin esasına girilmek suretiyle hüküm kurulması gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi isabetsizdir.⁴⁹

2017 yılına kadar bu yönde kararlar verilmiş olmasına karşın 2017 yılında 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun kabul edilmesi ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun hizmet sözleşmelerine tabi işçiler ile işveren veya işveren vekilleri arasında, iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden veya kanundan doğan her türlü hukuk uyuşmazlıklarına iş mahkemelerinin bakacağına ilişkin 5'inci madde düzenlemesi sonrası profesyonel sporculara ilişkin uyuşmazlıkların tahkime elverişliliği yönünde kararlar verilmiştir.

Yargıtay'ın bir kararına konu olayda uyuşmazlık, İSTAC hakem kararının iptali koşullarının bulunup bulunmadığı konusundadır. "... Davacı vekili dava dilekçesinde; tahkim yargılamasında müvekkil Şirketin hukuki dinlenilme hakkının gözetilmediğini, tarafların eşitliği ilkesine uygun biçimde savunma yapılmasının mümkün olmadığını, tahkim talebine ve davaya cevap dilekçesinde ve tüm tahkim yargılaması boyunca 2020 yılının ilk çeyreğinden başlamak üzere, halen daha ekonomik etkileri devam eden Covid-19 salgınının tüm futbol sektöründe yarattığı neticelerin de dikkate alınması gerektiğini; profesyonel fut-

48 Yarg. 9. HD., E. 2013/1773, K. 2013/6664, T. 25.02.2013. <https://karararama.yargitay.gov.tr/>

49 Yarg. 9. HD., E. 2014/14507, K. 2014/18315, T. 05.06.2014. <https://karararama.yargitay.gov.tr/>

bolcu sözleşmelerinin hem kulüpler hem de futbolcular açısından ifa edilemez duruma gelmesi karşısında FIFA ve TFF tarafından taraflar arasında doğabilecek sözleşmelerinden kaynaklanan yükümlülüklerin yerine getirilmesi hususunda birtakım tavsiye kararlar alındığını ve bu ekonomik zorluklar göz önünde bulundurularak iddia edilen alacağın talep edildiği şekilde hesaplanmasının hakkaniyete aykırı olacağını savunulduğunu ancak, tek hakem yargılamasında müvekkili Şirket tarafından sunulan bu önemli savunmanın değerlendirilme dışında bırakılarak hukuki dinlenilme hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. ... Bölge Adliye Mahkemesi tarafından davacı ...Ş'nin hukuki dinlenilme hakkının ihlal edildiğine ilişkin itirazlarının yerinde olmadığına anlaşıldığı gerekçeleriyle davanın reddine karar verilmiştir. ... Temyizen incelenen karar ...dava şartlarına, yargılama ve ispat kuralları ile kararda belirtilen gerekçelere göre usul ve kanuna uygun olup davacı vekili tarafından temyiz dilekçesinde ileri sürülen nedenler kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmemiştir.⁵⁰

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesinin kararına konu bir olayda dava, hakem kararının iptali istemine ilişkindir. Üç yıllık teknik direktörlük sözleşmesinin feshedilmesinin ardından davanın tazminat talebine ilişkin dosyanın temyiz incelemesinde; Türkiye Futbol Federasyonu (TFF) Uyuşmazlık Çözüm Kurulunun, davalının tazminat ödemesi yönünde karar verdiği, buna yapılan itirazın TFF Tahkim Kurulunca reddedildiği görülmüştür. "... Yapılan incelemede, taraflar arasında 03/07/2019 tarihinde imzalanan "Teknik Adam" sözleşmesinin 5.maddesinde "Taraflar, işbu sözleşmeden doğan uyuşmazlığın çözümünde, TFF Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'nun yetkisini kabul etmişlerdir." maddesinin bulunduğu görülmektedir. ... Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'nun görev ve yetkilerini düzenleyen Futbol Federasyonu Statüsü'nün 01/06/2019 tarihinde değiştirilen 56.maddesinin birinci fıkrasında "Uyuşmazlık Çözüm Kurulu, taraflarca yetkisinin kabul edilmesi halin-

de; kulüpler, futbolcular, teknik adamlar ve futbol menajerlerinin, aralarındaki futbolla ilgili her türlü sözleşmeden doğan ihtilafları inceler ve karara bağlar. Bununla birlikte sportif cezalarla, yetiştirme tazminatlarına ilişkin ihtilaflar münhasıran Uyuşmazlık Çözüm Kurulu önünde çözülür." şeklinde Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı ile paralel bir düzenlemeye yer verildiği görülmektedir. Bu durum karşısında, Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'nun zorunlu ve ihtiyari olmak üzere iki tür tahkim yetkisinin bulunduğu açıktır. Somut olayda, Teknik Adam Sözleşmesinin gerek Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının yürürlüğü ve gerekse TFF Statüsü değişikliği sonrasında imzalanmış olması ve sözleşmede tarafların Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'nun yetkili olduğunu kabul ettiklerini açıkça ortaya koyan hüküm bulunması nedeniyle uyuşmazlığın tahkim usulü ile incelenip sonuçlandırılmasında hukuka aykırılık bulunmadığı, Kurulun kaynağını Anayasa, kanun ve diğer mevzuattan alan tahkim yetkisi bulunması nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edilmediğinden söz edilemeyeceği kanaatine varılmıştır. ... kamu düzenine aykırı bir yön de tespit edilmediğinden, 6100 sayılı HMK'nın 439 ve devamı maddelerinde yer alan hakem kararının iptali koşullarının bulunmaması nedeniyle, davanın reddine karar verilmiştir.⁵¹ Yargıtay yapılan istinaf başvurusu üzerine İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi Hukuk Dairesi'nin verdiği kararı hukuka uygun bularak onamıştır.⁵² Kararda görüldüğü üzere profesyonel sporcular bakımından tahkim yolu açık iken, iş mahkemelerinin görevli olduğu 4857 sayılı İş Kanunu'ndan kaynaklanan işçilik alacaklarına yönelik uyuşmazlıkların tahkim yoluna götürülemezliği bir çelişki olarak değerlendirilebilir.⁵³

B. Öğreti Görüşleri Çerçevesinde Bireysel İş Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği

İş Kanunu'nun 20'nci maddesine baktığımızda;

51 İstanbul BAM 31. HD. E. 2021/2, K. 2021/2, T. 11.11.2021 (Kişisel arşiv).

52 Yarg. 9. HD., E. 2022/953, K. 2022/4327, T. 12.04.2022 (Kişisel arşiv).

53 Manav Özdemir, Tahkim, s. 324.

50 Yarg. 9. HD., E. 2022/6258, K. 2022/8572, T. 30.06.2022. <https://karararama.yargitay.gov.tr/>

işe iade talebiyle arabulucuya başvuru sonrası arabuluculukta anlaşma sağlanamazsa iş mahkemesinde dava açılabilir veya taraflar anlaşırsa uyuşmazlık özel hakeme götürülebilir. Bu madde sadece işe iade talebiyle özel hakeme başvuruya olanak tanıdığı için, diğer bireysel iş uyuşmazlıklarının tahkime elverişli olup olmadığı öğretide tartışma konusu olmuştur.

Öğretide bir görüşe göre, tahkimin iş mahkemeleri aleyhine genişletilmemesi gerekir. İş mahkemeleri işçinin korunması ilkesi çerçevesinde kurulmuş özel mahkemeler olup, bu mahkemelerdeki uyuşmazlıkların yalnızca iş ve sosyal güvenlik hukukunda uzman hâkimler tarafından çözümlenmesi amaçlanmaktadır. Bu bağlamda iş hukukundaki tahkimin sınırlarının da söz konusu amacı aşmayacak şekilde çizilmesi gerekmektedir. İş Kanunu'nun 20'nci maddesinde dayanak bulan tahkim yargılamasının kapsamını iş mahkemeleri aleyhine genişletmek Anayasa'nın güvence altına aldığı yargı yetkisinin bağımsız mahkemelere ait olması ilkesine aykırılık oluşturur⁵⁴.

Diğer bir görüşe göre, iş hukuku uyuşmazlıklarının, hak ve adaletin sağlanması amacıyla oluşturulmuş, kaynağı objektif kurallar olan, kural koyan ve uygulayan devlet erklerinden bağımsız, herhangi bir kişi veya kurum tarafından etkilenmeyecek şekilde objektif kurallara dayalı kurulmuş ve çalışan, meslek güvencesi ile donatılmış hâkimlerin görev yaptığı mahkemeler eliyle çözümü esastır⁵⁵. Hak uyuşmazlığı niteliğinde olan bireysel iş uyuşmazlıklarının çözümünde yargı dışı yöntemlerin kullanılması, sosyal hukuk devleti temelinde işçinin korunması temel ilkesinin iş yargısında gerçekleşmesine uygun bulunmamaktadır⁵⁶.

Öğretide aksi yönde bir görüşe göre ise iş mahkemelerinin iş yükünün azaltılması amaçlanıyorsa tahkimin iş sözleşmesinden doğan tüm uyuşmazlıkları kapsayacak şekilde düzenlenmesi gerekmektedir. Nitekim tahkimin sadece feshe karşı itiraza özgü kılınması ve iş sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların bir kısmının tahkimde bir kısmının iş mahkemesinde görülmesi karışıklığa yol açacak bir sonuca sebep olacaktır⁵⁷.

Bir başka görüşe göre, tahkim yargılamasının mahkeme yargılamasına kıyasen tercih edilmesinin sebeplerinden birisi de hakemlerin alanında uzman kişiler olmaları olup, tarafların seçeceği hakemler de iş hukuku konusunda uzman kişiler olabilecektir. Uygulamaya bakıldığında, iş mahkemesi önüne giden hususların büyük bir bölümü bilirkişilere gönderilmektedir. Bu bağlamda Yargıtay tarafından iş mahkemelerine sürekli olarak yargı yetkisi sağlanmaya çalışılması çok anlamlı değildir. Bu çerçevede tahkim yargılamasının bireysel iş uyuşmazlıklarının her alanında karar vermeye yetkili kılınması gerekmekte olup, burada amaç iş mahkemelerinin yetkisini aşan imkânların ve hakların hakemlere verilmesi değildir⁵⁸.

Benzer yönde diğer bir görüşe göre, iş mahkemelerinin kuruluş amacından hareketle bireysel iş hukukunda tahkimin kabul edilebilir olmadığını söylemek isabetli olmayacaktır. İş uyuşmazlıklarının iş hukukunun amacına hizmet edecek şekilde kolay, hızlı ve ekonomik usul kurallarıyla çözüme kavuşturacak uzman bir yargı eliyle çözülmesi gerekmektedir. İş mahkemeleri belirtilen amaç doğrultusunda işçilerin haklarını çabuk, kolay ve ucuz bir yolla alabilmeleri için kurulmuştur. Bu amaç, iş hukukunda tahkimin

54 Müjgan Yücel, Fesih Bildirimine İtirazda Özel Hakemin Kararlarının Kapsamı, İşe Başlatmama Halinde Tazminata Miktar Belirtmeden Karar Verilmesine İlişkin Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin Bir Kararı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 14, S. 3, 2008, <https://openaccess.marmara.edu.tr/server/api/core/bitstreams/50066a12-281b-491d-a49c-3f1e7f-f82dbf/content>, s. 282.

55 Zeynep Şişli, Bireysel İş Uyuşmazlıkları ve Yargısal Çözüm, Ankara Barosu Dergisi, 2012/2, s. 47-48.

56 Şişli, s. 51.

57 Ömer Ekmekçi, Toplu İş Hukuku Bakımından İş Güvencesi Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi, İş Güvencesi Yasasının Değerlendirilmesi Türk Hukukunun Güncel Sorunları 2001 Temmuz Toplantısı İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2001, s. 60.

58 A. Buğra Aydın, Bireysel İş Uyuşmazlıkları ve Tahkim, Prof. Dr. Mehmet Akif Aydın'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 21, S. 2, 2015, s. 855-856.

yer almasının nedenini de açıklamaktadır⁵⁹. Tahkim yargılamasında, hakemlerin alanında uzman kişiler olması, tarafların uyuşmazlığın özelliklerini dikkate alarak uyuşmazlığı çözümlenecek olan uzman kişi veya kişileri hakem olarak seçebilme imkanına sahip olması tahkimin avantajlarından olup, tahkimin kabul edilmiş olması iş yargısının varlığıyla çelişmeyecektir⁶⁰.

Bir başka görüşe göre, işçinin zayıf taraf olması sebebiyle korunması amacıyla taraf olduğu özel hakem sözleşmelerinin kapsamı daraltılmakta olup, tahkim sözleşmesi bulunan bir iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlık için işçinin kendi menfaatinin daha iyi korunacağı düşüncesiyle tahkim davası açması durumunda bu yola başvuru imkanı verilmesi gerekir. Mesela seri tahkim ile üç ay içinde uyuşmazlığın bağlayıcı bir hakem kararı ile çözümlenmesinde işçinin menfaati olabilir⁶¹. Bununla birlikte çok uluslu bir şirket genel müdürünün olduğu bir iş sözleşmesinde tahkim şartının bulunması işverene karşı tahkim yoluna başvurulması işçiye avantaj sağlayabilir. Bu bağlamda işçinin davacı olduğu durumda işçiye özel hakem yoluna başvuru imkanı tanımak işçiye daha koruyucu bir yaklaşım olacaktır⁶².

Öğretide bireysel iş uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliği yönünde bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre, İş Kanunu'nda sadece feshe itiraz durumunda özel hakeme başvurulacağı yönündeki düzenlemede değişikliğe gidilmeli ve tarafların iş uyuşmazlıklarında dava şartı arabulucuya başvurmak zorunda olduğu durumlarda tahkime de başvurabilmeleri mümkün hale getirilmelidir. Nitekim arabuluculuğa elverişli olan iş uyuşmazlıklarının tahkime neden elverişli olmadığını anlamak pek mümkün değildir. Her ne kadar tahkim sonucunda arabuluculukta olduğu gibi tarafların anlaşıp anlaşmamakta özgür olma durumları söz konusu olmayıp tahkim sonucu verilen kararlar

bağlılık söz konusu olsa da, tarafların tahkime başvurulmasında tahkim iradesi hakimdir. Taraflar, tahkimin bazı avantajları nedeniyle serbest iradeleri ile sadece fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile işe iadeye ilişkin uyuşmazlıklar dışında da tahkime başvurma yoluna gidebilir. Ancak İş Kanunu'nda buna imkân tanınmamaktadır. Bu sebeple, mevzuatta düzenleme yapılarak tarafların işe iadeye ilişkin uyuşmazlıklar dışındaki iş uyuşmazlıkları bakımından da tahkime başvurabilmeleri mümkün kılınmalıdır⁶³.

Öğretide bir diğer görüş sigorta tahkimin başka alanlara da yaygınlaştırılmasını, bu kapsamda tahkim yargılamasının yaygınlaştırılması gereken alanlardan birisinin de iş uyuşmazlıkları olduğunu ifade etmektedir. Bu görüşe göre, arabuluculuk taraflardan birinin zayıf konumda olduğu uyuşmazlıklar açısından adil yargılanma hakkı bağlamında elverişli bir çözüm yöntemi değildir. Nitekim uyuşmazlıklar genellikle güçlü konumda olan kişinin istediği yönde çözümlenmektedir. Arabulucu bir yargılama faaliyeti yürütmediğinden zayıf tarafı koruyan hükümler uygulanmamaktadır. Mahkeme yargılamaları çok uzun sürmektedir. Sigorta uyuşmazlıklarında uygulanan sigorta tahkim yargılaması sayesinde; sigorta uyuşmazlıkları kısa zamanda, daha az maliyetle, alanında uzman kişilerce, tarafların ticari sırları korunarak çözümlenmektedir⁶⁴. Bu çerçevede tarafları zayıf konumda olan uyuşmazlıklar açısından Sigorta Tahkim Komisyonu benzeri komisyonların kurulması isabetli olacaktır⁶⁵. Sigorta tahkiminde uyuşmazlıklar altı ayda çözümlenmektedir. Diğer bir ifade ile

59 Faruk Barış Mutlay, Bireysel İş Hukukunda Tahkim, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2006, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, s. 66.

60 Mutlay, s. 66.

61 Akıncı, s. 437.

62 Akıncı, s. 437.

63 Asiye Şahin Emir, İş Sözleşmesinde Yer Alan Tahkim (Özel Hakem) Şartının Geçerlilik Sorunu, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 22, Sayı: 2, 2020, s. 917-918.

64 Rauf Karasu, Sigorta Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim, Tahkim ve Diğer Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinde Güncel Gelişmeler Sempozyum Kitabı, Cumhurbaşkanlığı Yayınları, 138 Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü Yayınları, 8 Ankara, Ekim 2023 s. 228-229; Rauf/ Karasu/Temel Güner, Sigorta Uyuşmazlıklarının Çözümünde Uygulanan Kurumsal Tahkim Yargılamasının Yaygınlaştırılmasının Gerekliliği Üzerine, Prof. Dr. Rıza Ayhan'a Armağan, Ankara 2022, s. 299 vd.

65 Karasu, s. 229-230.

sigorta tahkim yargılamasında ise, görevlendirilen ilk hakem/hakemler, uyuşmazlık hakkında dört ay içinde, alınan karara itiraz edilmesi halinde ise, itiraz hakemleri itirazları iki ay içinde karara bağlamakla yükümlü olup, hakemler genellikle kendilerine tanınan bu sürelerden çok önce davayı karara bağlamaktadır. Tahkimde başvuru ücretleri mahkemelerdeki harçlara nazaran daha düşük olduğundan, tahkim yargılaması daha az maliyetlidir⁶⁶. Sigorta tahkim yargılaması, Sigorta Tahkim Komisyonunda yapılmaktadır. Ayrı bir tüzel kişiliği bulunmayan Komisyon, faaliyetlerini Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği'ne bağlı olarak yürütmektedir⁶⁷. Başvuru ücreti uyuşmazlık miktarına göre belirlenmekte olup, uyuşmazlık miktarı 0-5000 TL arasında ise 200 TL, 5001-10.000 TL arasında ise 450 TL, 10.001-30.000 TL arasında ise 650 TL, 30.001'dan fazla ise en az 650 TL olmak kaydıyla uyuşmazlık miktarının %1,5'ü oranındadır⁶⁸.

C. Değerlendirme

Yargıtay eski tarihli kararlarında işe iade talepleri dışındaki tüm uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığını değerlendirmekteyken, 2017 yılı sonrası verdiği kararlarında profesyonel sporcuların işçilik alacaklarının tahkime elverişliliği yönünde kararlar vermiştir. Bildiğimiz üzere profesyonel sporcular 4857 sayılı İş Kanunu'nun kapsamı dışında olup, İş Mahkemeleri Kanunu'nun 5'inci maddesine göre 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun İkinci Kısımının Altıncı Bölümünde düzenlenen hizmet sözleşmelerine tabi işçiler ile işveren veya işveren vekilleri arasında, iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden veya kanundan doğan her türlü hukuk uyuşmazlıklarına da iş mahkemeleri bakmaktadır. Yargıtay'ın ilgili kararlarında profesyonel sporcular bakımından tahkim yolu açık iken, iş mahkemelerinin görevli olduğu 4857 sayılı İş Kanunu'ndan kaynaklanan alacaklara yönelik uyuşmazlıkların tahkim yoluna götürülebilmesi bir çelişki olarak değerlendirilebilir.

Öğretide de isabetli olarak ileri sürüldüğü üzere işe iade dışındaki bireysel işçilik alacaklarının da tahkime elverişli olduğunu kabul etmek gerekir. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 408'inci maddesi sadece, taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığını düzenlemiştir. 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK) nun 1'inci maddesinin ikinci fıkrasına göre Bu Kanun tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanır. 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun üçüncü maddesinde de kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olarak düzenlenmiştir. Bu bağlamda gerek Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu gerekse İş Mahkemeleri Kanunu'nda işçilik alacakları tarafların serbestçe tasarruf edebilecekleri ve arabuluculuğa uygun işlemler olarak kabul edilmiştir. Buradan yola çıkılarak bu alacakların, tarafların kararlaştırmaları halinde, tahkime de elverişli olduğu kabul edilmelidir⁶⁹. Bu çerçevede her ne kadar İş Kanunu'nda sadece işe iade bağlamında özel hakem öngörülmüş olmakla birlikte, işçilik alacakları bakımından da taraflar anlaşmak suretiyle mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yolu olarak tahkime gidebilmelidir.

Bireysel iş uyuşmazlıklarının tahkime elverişli olduğu değerlendirildikten sonra iş uyuşmazlıklarının çözümünde nasıl bir tahkim sistemi olması gerektiği de tartışılmalıdır. Öncelikle sigorta tahkim komisyonları benzeri bir komisyon kurulabilmesi için sigorta tahkimin avantaj ve dezavantajları detaylı incelenmelidir. Sigorta

66 Karasu, s. 205.

67 Ayrıntılı bilgi için bkz. Karasu, s. 203 vd.

68 Bkz. Karasu, s. 223.

69 Manav Özdemir, Tahkim, s. 327-330; A. Eda Manav Özdemir/Serhat Eskiyoörük, İş Hukuku Uyuşmazlıklarının Tahkim Yolu ile Çözümlemesi, Legal İHSGHD, C. 17, S. 67, 2020, s. 976-977; A. Eda Manav Özdemir İş Hukukunda Özel Hakem Uyuşmazlıkları, Avukatın Öz-El Kitabı, İstanbul 2023, s. 450-451.

uyuşmazlıklarında uyuşmazlığın zayıf tarafı olan sigortalılar arabuluculuğa başvurmadan veya arabuluculuğa başvurmakla birlikte anlaşma sağlanamaması halinde arabuluculuk sonrası haklarını mahkemeler yerine sigorta tahkim yargılamasında arayabilirler⁷⁰. İşçilik alacakları için de işçiler isterse ihtiyari arabuluculuk yoluna gidebilir ve arabuluculukta anlaşma sağlanamazsa sonrasında tahkime başvurabilir ya da tahkim sözleşmesi çerçevesinde tahkim yoluna başvurabilir. Ancak hakem heyetine yapılan başvuruların tekrar dava olarak mahkemelere intikal etmemesi için kurumsal tahkim sistemi getirilmelidir. Pazarlık üzerine olmayan, işçinin hak ettiğini alabileceği taraflarda güven uyandıracak bir kurumsal yapı kurulmalıdır. Hakem heyetine başvurulması tarafların anlaşması üzerine ihtiyari olarak düzenlenmeli, zorunlu tutulmamalıdır. İşe iade dışında diğer işçilik alacaklarının da tahkim yolu ile çözümlenebilmesi iş yargısındaki iş yükünü de azaltacaktır. Ancak adil ve hakkaniyetli bir tahkim yargılaması yapılabilmesi için hakem heyetlerinin içinde hukukçu üye bulunması zorunlu olmalıdır. Heyet içinde hukukçu üyenin bulunmaması hakem heyeti kararlarına güvenin azalmasına ve tarafların tahkim yoluna başvurmakta tereddüt etmelerine neden olacaktır. Tarafların yargılamanın adil, hukuka uygun bir şekilde yapılacağı konusunda güveninin olması gerekir. Tahkim yoluna başvuru ücretlerinin sigorta tahkimde olduğu gibi düşük tutulması gerekmektedir. Tahkim başvurusu sonrası hakemlerin nasıl seçileceğinin de belirlenmesi de önemlidir. Sigorta tahkimde hakemler hakem listesinden seçilmektedir⁷¹. Sigorta tahkimde Sigorta Tahkim

70 Karasu, s. 230.

71 Sigortacılıkta Tahkime İlişkin Yönetmeliğin "Sigorta Tahkim Sistemine başvuru ve hakem ataması"na ilişkin 16'ncı maddesine göre, "(1) (Değişik:RG-7/6/2023-32214) Tahkim için, Komisyonun merkezine, başvuru yapan kişinin ikametgâhının bulunduğu ya da rizikonun gerçekleştiği yerdeki büroya veya Komisyonun elektronik ortamından başvurulabilir. Uyuşmazlık başvurularında; Komisyonun internet sayfasında yayımlanan güncel başvuru formu, uyuşmazlığa ilişkin bilgi ve belgeler, başvuru ücreti ile tebligat giderinin yatırıldığına dair belgelerin yer alması gerekir.

(2) Uyuşmazlığın hayat veya hayat dışı sigortalardan hangisine girdiğine karar verilerek dosya, bu konudaki uzman

liğine göre ilgili raportöre havale edilir. Başvurunun büroya yapılması durumunda inceleme, büro raportörlerince gerçekleştirilir. Raportör tarafından dosya üzerinde, aşağıdaki hususlar dikkate alınarak, ön inceleme yapılır.

a) Sigortacılık yapan kuruluşa gerekli başvuruların yapıp yapılmadığının, yapılmışsa talebinin kısmen ya da tamamen olumsuz sonuçlandığının ya da sigortacılık yapan kuruluşun (Değişik ibare:RG-10/8/2021-31564) onbeş iş günü içinde cevap vermediğinin değerlendirilmesi.

b) Uyuşmazlığın mahkemeye, (Ek ibare:RG-7/6/2023-32214) İcra ve İflas Kanununa göre icra takibine, Hukuk (Mülga ibare:RG-19/1/2016-29598) (...) Muhakemeleri Kanununa göre tahkime ya da Tüketici Sorunları Hakem Heyetine intikal edip etmediğinin ilgilinin beyanı esas alınarak tespiti.

(3) Yapılan ön inceleme sonucunda, dosyanın Komisyon tarafından değerlendirmeye alınamayacağı anlaşılırsa durum ilgiliye derhal bildirilir ve başvuru ücretinin (Değişik ibare:RG-7/6/2023-32214) yarısı iade edilir.

(4) Raportör incelemeye başlamadan önce başvurunun geri çekilmesi halinde de başvuru ücretinin iadesine ilişkin üçüncü fıkra hükmü geçerlidir.

(5) (Değişik:RG-14/6/2018-30451)⁷² Ön incelemeyi tamamlayan raportör dosyayı, uyuşmazlığın çözümü için gerekli olan bilgi ve belge eksikliği açısından inceler. Uyuşmazlığın bilgi ve belge eksikliğinden kaynaklandığının anlaşılması halinde raportör durumu taraflara bildirir ve taraflara bilgi vermek kaydıyla dosyayı kapatır. Bu durumda, başvuru ücretinin yüzde ellisi başvuru sahibine iade edilir. Değer kaybı talepleri ilgili mevzuatında önceden belirlenen formül, yöntem veya ölçütlere göre başvuru sahibinin isteğine bağlı olarak, Komisyonun danışmanlık hizmetleri çerçevesinde raportörler tarafından sonuçlandırılır. Bu kapsamda yer alan dosyalar için raportörler tarafından komisyon listesine kayıtlı sigorta eksperlerinden sıra usulüne göre danışmanlık hizmeti alınır. Bu çerçevede hazırlanacak raporlar, ilgili mevzuatına uygun hesaplama yapıldığı belirtilmek suretiyle raportörler tarafından onaylanarak sonuçlandırılır. Buna rağmen, başvuru sahibi tarafından hakeme gidilmesinin talep edilmesi halinde hakemler tarafından yeniden bilirkişi tayin edilemez. Bu fıkra çerçevesinde verilecek danışmanlık hizmeti için, sigorta eksperlerine ödenecek ücret ile Komisyonun belirleyeceği başvuru ücreti başvuru yapanlardan alınır. Ücret ve masraf payı maktu olarak Komisyon tarafından önerilir ve Müsteşarlıkça onaylanır.⁽⁸⁾

(6) Raportör dosyaya ilişkin incelemesini onbeş gün içinde tamamlamak zorundadır. Ön inceleme ile sonuçlandırılmayan başvurular için rapor hazırlanır. Büroda incelenen uyuşmazlıklara ilişkin rapor, gerekli görülen hallerde dosyayla birlikte derhal Komisyon merkezine iletilir.

(7) (Değişik:RG-22/4/2022-31817) Komisyon merkezinde, öncelikle uyuşmazlığın çözümü için heyet oluşturulmasının gerekliliği incelenir. Ancak uyuşmazlık konusu miktarın, Kurum tarafından Kanunun 30 uncu maddesinin yirmi ikinci fıkrasına göre belirlenen miktar ve üzerinde olduğu durumlarda heyet oluşturulması zorunludur. Heyet oluşturulan durumlarda, listede hukukçu bulunması halinde, en az biri hukukçu olacak şekilde, en az üç kişiden oluşan

Komisyonunun teşkilatı, sigorta tahkim sistemi, bu bağlamda sigorta hakemleri, sınav sistemi, hakem listesi, hakem atanması Sigortacılıkta Tahkime İlişkin Yönetmelik ile düzenlenmektedir. Ancak gibi hususların kanunla düzenlenmesi isabetli olacaktır.

HMK çerçevesinde hakem kararına karşı yalnızca iptal davası açılabilir. İptal davası, tahkim yeri bölge adliye mahkemesinde açılır; öncelikle ve ivedilikle görülür. (HMK. m.439). İptal davası açılması halinde Bölge Adliye Mahkemesi, Kanunda belirtilen hususlar çerçevesinde usuli inceleme yapar⁷². Sigortacılık Kanunu'nun 30'uncu maddesinin on ikinci fıkrasında itiraz hakem he-

heyet, kararını çoğunlukla verir.

(8) (Değişik:RG-19/1/2016-29598) Dosya, konusuna göre hayat veya hayat dışı sigorta grubuna göre sınıflandırıldıktan sonra hakem seçimi, 14 üncü maddenin üçüncü fıkrası hükmü saklı kalmak kaydıyla, genel listeden sıra usulüne göre yapılır. Sıra usulünde sigorta hakemlerinin uzmanlık alanları esas alınır. Listenin başındaki sigorta hakemlerinin uzmanlık alanı, uyuşmazlığın çözümü için uygun değilse, sıradaki uzmanlık alanı uyan ilk hakem atanır. Komisyon Müdürü, (Değişik ibare:RG-10/8/2021-31564) Kurumun belirlediği esaslar çerçevesinde, uzmanlık alanı, üstlendiği görevler, coğrafi kriterler ve hakemin iş yükü gibi hususları göz önünde bulundurarak hakem atanmasına ilişkin ilkeleri belirlemeye yetkilidir.

(9) Atanan hakem veya hakemler, uyuşmazlığın taraflarına derhal bildirilir."

- 72 HMK'nın 439'uncu maddesinin ikinci fıkrasına göre,
- Tahkim sözleşmesinin taraflarından birinin ehliyetsiz ya da tahkim sözleşmesinin geçersiz olduğu,
 - Hakem veya hakem kurulunun seçiminde, sözleşmede belirlenen veya bu Kısımda öngörülen usule uyulmadığı,
 - Kararın, tahkim süresi içinde verilmediği,
 - Hakem veya hakem kurulunun, hukuka aykırı olarak yetkili veya yetkisiz olduğuna karar verdiği,
 - Hakem veya hakem kurulunun, tahkim sözleşmesi dışında kalan bir konuda karar verdiği veya talebin tamamı hakkında karar vermediği ya da yetkisini aştığı,
 - Tahkim yargılama sürecinin, usul açısından sözleşmede veya bu yönde bir sözleşme bulunmaması hâlinde, bu Kısımda yer alan hükümlere uygun olarak yürütülmediği ve bu durumun kararın esasına etkili olduğu,
 - Tarafların eşitliği ilkesi ve hukuki dinlenme hakkına riayet edilmediği,
 - Hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmadığı,
 - Kararın kamu düzenine aykırı olduğu, tespit edilirse, hakem kararları iptal edilebilir."

yeti kararlarına karşı temyiz yoluna başvurulacağı öngörülmüştür. HMK'nın 341'inci maddesinde istinafa başvurulacak haller arasında hakem kararlarına yer verilmemiştir. Bu bağlamda itiraz hakem heyeti kararlarına karşı öncelikle istinaf kanun yoluna başvurulmasının gerekli olup olmadığı hususunda öğreti ve yargı uygulamasında farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Bunun üzerine Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, tahkim yargılama sürecinde kararın hızla kesinleşmesinin önemine vurgu yaparak itiraz hakem heyetlerinin vermiş olduğu kararlara karşı istinaf kanun yoluna başvurmaya gerek kalmaksızın doğrudan temyiz kanun yoluna başvurulması gerektiğine hükmetmiştir⁷³.

Belirtilen bu hususların değerlendirilmesi ve öğretilerde var olan tartışmaların sonlandırılması amacıyla tüm paydaşların bir araya gelerek konuyu ele alması ve tahkim yoluna başvurunun kabulü halinde nasıl bir usul öngörüüleceğinin tartışılması isabetli olacaktır.

VI. Bireysel İş Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkime İlişkin Tartışmalı Bazı Hususlar

A. Tahkim Sözleşmesinin Zamanı

Öğretilerdeki baskın görüş, iş sözleşmesinin yapılması ya da devamı sırasında kararlaştırılan tahkim sözleşmesi ya da tahkim şartının geçerli sayılmaması yolundadır. Bu görüşe göre, iş sözleşmesinin yapılması ya da devamı aşamasında kararlaştırılan bir tahkim şartının iş sözleşmesi dolayısıyla bağımlılık ilişkisi içinde bulunan işçinin serbest iradesiyle kabul edilmiş olduğu söylenemez. Taraflar ancak sözleşmenin sona ermesinden sonra feshin geçerli olup olmadığı konusundaki uyuşmazlığın tahkim yolu ile çö-

73 Yarg. İBBGK, E. 2019/4, K. 2020/1, T. 19.06.2020. Bkz. Karasu, s. 227.

zümlemesini kararlaştırabilirler⁷⁴.

Öğretide aksi yönde ileri sürülen diğer bir görüşe göre ise, İş Kanunu'nun 20'nci maddesinde tarafların rızaları ile tahkim sözleşmesi yapabilecekleri belirtilmiş ve açıkça sözleşme yapılmasının zamanı noktasında bir sınırlama getirilmemiş olmasına karşın, tarafların sözleşme özgürlüğüne bu şekilde bir müdahalede bulunmak doğru değildir. Aksi bir durum, söz konusu uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümlenmesini engeller ki; bu da hakem kararı ile adil bir karar verilemeyeceği anlamına gelir ve bu da açıkça tahkime olan güveni zedeler⁷⁵. Bu bağlamda sadece iş sözleşmesinin feshinden sonra değil, iş sözleşmesinin yapılması veya devamı sırasında da taraflar uyuşmazlığın özel hakeme götürülmesini kararlaştırabilirler⁷⁶.

Diğer bir görüşe göre de tahkim sözleşmeleri işçi lehine asimetri taşıdığı ve sadece zorunluluk teşkil etmeyen bir tahkim hakkını düzenlediği müddetçe bireysel iş sözleşmelerinin kurulmasından önce veya sonra yapılabilir. Bu çerçevede yapılan tahkim sözleşmeleri geçerli kabul edilmelidir⁷⁷.

Yargıtay kararlarına baktığımızda, Yargıtay'ın işe iade uyuşmazlıkları bakımından tahkime ancak iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra yapılan anlaşmalar bakımından geçerlilik tanıdığını görmekteyiz⁷⁸. Yargıtay'ın bir kararına göre, "... İş sözleşmesinin düzenlenmesinde; işçi işveren karşısında ekonomik açıdan zayıf ve işin ifası sırasında da işverene hukuken bağımlıdır. İş sözleşmesinin kuruluşunda bizzat sözleşme içeriğinde tahkim şartı öngörülmesi halinde işçi, işverene

bağımlı durumda olduğundan tahkim şartının işçiyi bağladığından bahsedilemez. Ancak feshinden sonra taraflar arasında çıkacak uyuşmazlıklarda *tahkim şartını öngören sözleşme düzenlenmesi halinde tahkim şartı geçerli olacaktır*.⁷⁹ Yargıtay'ın yerleşik içtihatları bu yönde olmakla birlikte Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 2007 yılında vermiş olduğu bir kararda, sözleşmenin yapılması veya devamı sırasında yapılan tahkim şartına ilişkin anlaşmanın, iradeyi sakatlayan bir hal ileri sürülüp ispatlanmadığı sürece geçerli kabul edilmesi gerektiği ve tahkim sözleşmesinin iş sözleşmesinin devamı sırasında yapılmış olmasının tek başına serbest irade ile kabul edilmediğini göstermeyeceği, iradenin sakatlandığının ayrıca kanıtlanması gerektiği değerlendirilmiştir⁸⁰.

Kanaatimizce de işçinin iradesinin sakatlandığından söz etmediğimiz sürece tahkim sözleşmesi iş sözleşmesinin kurulması ya da devamı aşamasında veya iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra yapılabilir. Nitekim iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra tarafların tekrar bir araya gelip tahkim sözleşmesi yapmaları da ilişkinin sona erdirilme amacına göre zorluk teşkil edebilir.

B. Tahkim Sözleşmesinin Varlığı Halinde Dava Şartı Arabuluculuk Uygulaması

Taraflar arasında bir tahkim sözleşmesinin varlığına rağmen, söz konusu uyuşmazlığın çözümünde öncelikle dava şartı arabuluculuk hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı da tartışmalı konulardan birini oluşturmaktadır. Dava şartı arabuluculuk kapsamında olan bir uyuşmazlık için aynı zamanda tahkim sözleşmesi yapılmış ise, HUAK'nun 18 A maddesinin on sekizinci fıkrasına göre "*Özel kanunlarda tahkim veya başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurma zorunluluğunun olduğu veya tahkim sözleşmesinin bu-*

74 Sarper Süzek, İş Hukuku, İstanbul 2021, s. 638; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 584-585; Senyen Kaplan, s. 423; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1086; Şahin Emir, s. 919 vd.

75 Levent Börü, Tahkim Sözleşmesinin Varlığı Durumunda Dava Şartı Arabuluculuk Hükümlerinin Uygulanıp Uygulanamayacağı Üzerine Değerlendirmeler (HUAK m. 18/A, 18), Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2023, Cilt: 31 Sayı: 1, 65 - 89, 30.03.2023, s. 80.

76 Bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 584, dn. 2087 de sayılan eserler.

77 Aydın, s. 852.

78 Ayrıca bkz. Süzek, s. 638, dn. 260.

79 Yarg. 9. HD., E.2016/21367, K. 2017/14609, T. 02.10.2017. <https://karararama.yargitay.gov.tr/>

80 Yarg. 9. HD., E. 2007/37878, K. 2007/35335, T. 26.11.2007. Bkz. Şahin Emir, s. 922.

lunduğu hâllerde, dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz.” Bu çerçevede dava şartı arabuluculuk hükümlerinin tahkimde uygulanmaması için özel kanunlarda tahkim ya da bir diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurunun zorunlu olması; ya da taraflar arasında tahkim sözleşmesinin (veya şartının) bulunması gerekir⁸¹. Öğretide bir görüşe göre, bu hükmün gereği olarak, özel kanunlar uyarınca tahkime ya da diğer bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurunun zorunlu olduğu veya tahkim sözleşmesinin olduğu durumlarda, dava şartı olan arabuluculuk hükümlerinin uygulanmayacağı açıkça ve emredici şekilde, kanuni düzenleme altına alınmış olduğu söylenebilir⁸².

İş Kanunu'nun 20'nci maddesine göre, iş sözleşmesi feshedilen işçinin, fesih bildiriminden tebliğinden itibaren bir ay içinde işe iade talebiyle, arabulucuya başvurusu zorunludur. Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamaması durumunda, son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren, iki hafta içinde iş mahkemesinde dava açılabilir. Taraflar anlaşılırsa uyuşmazlık aynı sürede iş mahkemesi yerine özel hakeme (tahkime) de götürülebilir. Bu maddeden iş sözleşmesi feshedilen işçinin, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli sebep olmadığı iddiasıyla fesih bildiriminden itibaren bir ay içinde işe iade talebiyle, arabuluculuk yoluna başvurmak zorunda olduğu, arabuluculuk görüşmelerinin sonunda anlaşma olmaması durumunda, da son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren iki hafta içinde iş mahkemesinde dava açılabileceği ya da taraflar anlaşılırsa aynı sürede tahkime gidilebileceği anlaşılmaktadır. Bu çerçevede öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, arabuluculuk son tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren, iki hafta içerisinde tahkim sözleşmesinin yapılması durumunda İş Kanunu'nun 20'nci maddesi uygulanarak dava şartı arabuluculukta anlaşmaya varılamaması halinde özel hakeme gidilecektir⁸³.

Tahkim sözleşmesinin iş sözleşmesi yapılırken ya da iş sözleşmesinin devamında yapılabileceğini kabul eden bu görüşe göre iş sözleşmesi yapılırken ya da sözleşmenin devamında tahkim sözleşmesi yapılmışsa HUAK'ın 18 A maddesinin on sekizinci fıkrası dikkate alınmalı ve davacının arabulucuya başvurma zorunluluğu olmamalıdır. İşçinin işe iade talebiyle işveren ile aralarındaki tahkim sözleşmesinin varlığı sebebiyle öncelikle hakeme başvurusu gerekir⁸⁴. İş Kanunu'nun 20'nci maddesinin yürürlüğe girdiği dönemde, tarafların tahkim sözleşmesi yapması durumunda da arabulucuya başvurusunun zorunlu olduğu yönünde doktrinde bazı görüşler ileri sürülmüş⁸⁵ ancak daha sonra 2018 yılında HUAK'ın18/A/18 hükmü getirilerek bu tereddütlü durum ortadan kaldırılmak istenmiştir. HUAK'ın bu maddesi ile işçi ve işverenin İş Kanunu'nun 20'nci maddesi çerçevesinde tahkim sözleşmesi yapması durumunda söz konusu uyuşmazlık için artık arabulucuya başvuru zorunluluğunun olmadığı söylenebilecektir⁸⁶. Öğretide bir görüşe göre, HUAK'ın söz konusu düzenlemesi uyarınca özel kanunlarda tahkim veya başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurma zorunluluğunun olduğu veya tahkim sözleşmesinin bulunduğu hâllerde, dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümlerin uygulanmaması, diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının da uygulanabilmesi bakımından isabetli olmuştur⁸⁷.

Sonuç

2013 yılından bu yana uygulanan ihtiyari arabuluculuk ve 2018 yılından bu yana uygulanan iş uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuk uygulamaları belirli oranda başarı sağlamıştır. Ancak gerek uygulamada var olan bazı sorunlar gerekse çalışmanın giriş kısmında verilen istatistikler çerçevesinde belirtildiği üzere iş mahkemeleri

81 Börü, s. 74.

82 Börü, s. 74-75.

83 Börü, s. 78.

84 Börü, s. 80-81.

85 Bkz. Şahin Emir, s. 936, dn. 114.

86 Şahin Emir, s. 936, dn. 114.

87 Cenk Akil, Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Hakkında Usûl Hukuku Bakımından Bazı Değerlendirmeler, TAAD, Yıl: 11, Sayı: 41, Ocak 2020, s. 322.

nin iş yükünün yeterli düzeyde düştüğünün ve yargılama sürelerinin makul sürelere ulaştığının söylenebilmesi halen mümkün değildir. Bu bağlamda arabuluculuk dışındaki alternatif çözüm yöntemlerinin ve bireysel iş uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliğinin de tartışılması gerekmektedir.

Alman hukuk sisteminde iş davalarındaki artışın azaltılması, iş mahkemeleri yargılamasında öngörülen sulh kurumu sayesinde mümkün olmaktadır. Alman iş yargısında uyuşmazlıkların %50'sinden fazlası sulh ile sonuçlandırılmaktadır. Bizim hukuk sistemimizde uygulamaya bakıldığında iş uyuşmazlıklarında tarafların sulh oldukları çok nadir görülen bir durumdur. Duruşma öncesi tarafların sulha teşvik edilmesi ve tarafların sulh olması, taraflar arasındaki uyuşmazlığın hızlı bir şekilde sona ermesini sağlayacaktır.

Bireysel iş uyuşmazlıklarının İş Kanunu'nun 20'nci maddesi dışında da tahkime elverişli olduğunu değerlendirmekle birlikte iş uyuşmazlıklarının tahkim yolu ile çözümünde kurumsal bir yapının oluşturulması önemlidir. Bu bağlamda öncelikle bireysel iş uyuşmazlıklarında nasıl bir tahkim sistemi olması gerektiği tartışılmalıdır. Hakem heyetine yapılan başvuruların tekrar dava olarak mahkemelere intikal etmemesi için kurumsal tahkim sisteminin getirilmesi gerekmektedir. Hakem heyetine başvurulması tarafların anlaşması üzerine ihtiyari olarak düzenlenmeli, zorunlu tutulmamalıdır. İşe iade dışında diğer işçilik alacaklarının da tahkim yolu ile çözümlenebilmesi iş yargısındaki iş yükünü de azaltacaktır. Ancak adil ve hakkaniyetli bir tahkim yargılaması yapılabilmesi için hakem heyetlerinin alanında uzman hukukçulardan oluşması gerekir.

Kurumsal bir sistemin getirilmesinin yanı sıra yargılama usulünün belirlenmesi, hakemlerin nasıl seçileceğinin tespit edilmesi, temyiz denetiminin ne şekilde yapılacağı hususlarının açıklığa kavuşturulması da değerlendirilmesi ve tartışılması gereken hususlardır.

Belirtilen bu hususların değerlendirilmesi ve öğretilerde var olan tartışmaların sonlandırılması

amacıyla tüm paydaşların bir araya gelerek konuyu ele alması ve bireysel iş uyuşmazlıklarının çözümünde tahkim yoluna başvurunun kabulü halinde nasıl bir usul öngörülebileceğinin tartışılması isabetli olacaktır.

KAYNAKÇA

- Akıncı Ziya, Milletlerarası Tahkim Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 6. Baskı İstanbul 2021.
- Akil Cenk, Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Hakkında Usûl Hukuku Bakımından Bazı Değerlendirmeler, TAAD, Yıl: 11, Sayı: 41, Ocak 2020.
- Akipek Şebnem, Genel Olarak Arabuluculuk, Tahkim ve Diğer Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinde Güncel Gelişmeler Sempozyum Kitabı, Cumhurbaşkanlığı Yayınları, 138 Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü Yayınları, 8 Ankara, Ekim 2023.
- Atalı Murat/Ermenek İbrahim/Erdoğan Ersin, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2018.
- Aydın A. Buğra, Bireysel İş Uyuşmazlıkları ve Tahkim, Prof. Dr. Mehmet Akif Aydın'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 21, S. 2, 2015.
- Birben Erhan/Öktem Sezgi, İş Yargılamasının Medeni Usul Hukukuna Hakim Olan İlkeler Bakımından Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan II, İstanbul 2001.
- Bozkurt Gümrükçüoğlu Yeliz, Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerine İlişkin Güncel Gelişmeler, Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Karadeniz 14. Uluslararası Sosyal Bilimler Kongresi, 13 – 15 Ekim 2023 – Batumi Gürcistan, Özet Kitabı.
- Bozkurt Gümrükçüoğlu Yeliz/Civan O. Ersun/Manav Özdemir A. Eda/Savaş Kutsal F. Burcu/Evcimen Ahmet, İş Hukukunda Uzman Arabuluculuk, Nisan 2023.
- Börü Levent, Tahkim Sözleşmesinin Varlığı Durumunda Dava Şartı Arabuluculuk Hükümlerinin Uygulanıp Uygulanamayacağı Üzerine Değerlendirmeler (HUAK m. 18/A,18), Selçuk

- Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2023, Cilt: 31 Sayı: 1, 65 – 89.
- Buluttekin Derya, Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Tahkimin Değerlendirilmesi (HMK m. 407-444), DÜHFD, Cilt: 27, Sayı: 46, Yıl: 2022, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/2603202>.
- Çelik Nuri/ Caniklioğlu Nurşen / Canbolat Talat / Özkaraca Ercüment, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 36. Baskı, İstanbul 2023.
- Çil Şahin, İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk ve 7036 sayılı İ. M. K. Uygulaması Tazminat ve Alacaklarda Hesaplamalar İş Güvencesi, Ankara 2018.
- Ekmekçi Ömer, Toplu İş Hukuku Bakımından İş Güvencesi Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi, İş Güvencesi Yasasının Değerlendirilmesi Türk Hukukunun Güncel Sorunları 2001 Temmuz Toplantısı İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2001.
- Göktaş Seracettin, İş Hukuku Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk Uygulamaları, Tahkim ve Diğer Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinde Güncel Gelişmeler Sempozyum Kitabı, Cumhurbaşkanlığı Yayınları, 138 Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü Yayınları, 8 Ankara, Ekim 2023.
- Göktaş Seracettin, İş Hukukundan Kaynaklanan Sorunlar ve Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri, Yargı ve İş Dünyası Sempozyumu, 10 Ekim 2023 (Yargı ve İş Dünyası Sempozyum slaytı).
- Karasu Rauf, Sigorta Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim, Tahkim ve Diğer Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinde Güncel Gelişmeler Sempozyum Kitabı, Cumhurbaşkanlığı Yayınları, 138 Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü Yayınları, 8 Ankara, Ekim 2023.
- Karasu, Rauf/Güner, Temel, Sigorta Uyuşmazlıklarının Çözümünde Uygulanan Kurumsal Tahkim Yargılamasının Yaygınlaştırılmasının Gerekliliği Üzerine, Prof. Dr. Rıza Ayhan'a Armağan, Ankara 2022.
- Manav Özdemir A. Eda, İş Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim, Tahkim ve Diğer Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinde Güncel Gelişmeler Sempozyum Kitabı, Cumhurbaşkanlığı Yayınları, 138 Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü Yayınları, 8 Ankara, Ekim 2023 (Tahkim).
- Manav Özdemir A. Eda, İş Hukukunda Özel Hakem Uyuşmazlıkları, Avukatın Öz-El Kitabı, İstanbul 2023.
- Manav Özdemir A. Eda, İş Mahkemelerinin İşleyişi ve Bireysel İş Uyuşmazlıklarının Alternatif Çözüm Yöntemleri, Çalışma ve Toplum, 2015/4 (İş Mahkemeleri).
- Manav Özdemir A. Eda/Eskiyörük Serhat, İş Hukuku Uyuşmazlıklarının Tahkim Yolu ile Çözümlemesi, Legal İHSGHD, C. 17, S. 67, 2020.
- Mollamahmutoğlu Hamdi/Astarlı Muhittin/Baysal Ulaş, İş Hukuku, Güncellenmiş 7. Baskı, Ankara 2022.
- Mutlay Faruk Barış, Bireysel İş Hukukunda Tahkim, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2006, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tez-SorguSonucYeni.jsp>.
- Özbek Mustafa, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2022.
- Öztatar Hakan, Dava Şartı Arabuluculuk Uygulamaları, Tahkim ve Diğer Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinde Güncel Gelişmeler Sempozyum Kitabı, Cumhurbaşkanlığı Yayınları, 138 Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü Yayınları, 8 Ankara, Ekim 2023.
- Senyen Kaplan Emine Tuncay, Bireysel İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş-Güncellenmiş 13. Baskı, Ankara 2023.
- Sievers Jochen/Poeche Sabine, Almanya'da İş Mahkemeleri Yargılaması, Çeviren: Yard. Doç. Dr. H. Özden Özkaya-Ferendeci, MÜHF-HAD, C. 16, S. 1-2, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/885501>.
- Sökmen Güler Ekin, Toplu İş Uyuşmazlıklarının Çözümünde Yüksek Hakem Kuruluna Başvurma ve Özel Hakeme Başvurma, Gazi Üniversitesi

- Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIX, Y. 2015, Sa. 3.
- Susmaz Hakkı/ Manav Özdemir Atike Eda/ Şahin Açelya/Özsu Güray/Süslü Gül, Tahkime İlişkin Temel Kavramlar, Düzenlemeler ve Güncel Gelişmeler Cumhurbaşkanlığı Yayınları; 124 Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü Yayınları; 3, 1. Baskı: Ankara, 2021, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/Publications/TAHK%C4%B0M%20K%C4%B0TABI/TAHK%C4%B0ME%20C4%B0L%C4%B0%20C5%9EK%C4%B0N%20TEMEL%20KAVRAMLAR,%20D%20C3%9CZENLEMELER%20VE%20G%C3%9CNCEL%20GEL%C4%B0%20C5%9EMELER.pdf>.
 - Süzek Sarper, İş Hukuku, İstanbul 2021.
 - Şahin Emir Asiye, İş Sözleşmesinde Yer Alan Tahkim (Özel Hakem) Şartının Geçerlilik Sorunu, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 22, Sayı: 2, 2020.
 - Şişli Zeynep, Bireysel İş Uyuşmazlıkları ve Yargısal Çözüm, Ankara Barosu Dergisi, 2012/2.
 - Tiryakioğlu Bilgin, Tahkim Türleri ve Tahkim Dayandığı İlkeler, Tahkim ve Diğer Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinde Güncel Gelişmeler Sempozyum Kitabı, Cumhurbaşkanlığı Yayınları, 138 Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü Yayınları, 8 Ankara, Ekim 2023.
 - Tuncay Aziz Can/Savaş Kutsal Burcu/Bozkurt Gümrükçüoğlu Yeliz, Toplu İş Hukuku, Revize edilmiş 8.bası, İstanbul 2023, Sabahattin Yüreklî, Toplu İş Uyuşmazlıklarında Yüksek Hakem Kurulu Kararları, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/2016886>.
 - Walker Wolf Dietrich, Alman İş Mahkemeleri İle İş Yargılama Usulüne Genel Bakış, Çev. Çiğdem Yazıcı Tıktık, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 1-2, Ocak-Şubat 2016, <https://www.jurix.com.tr/article/5542>.
 - Yücel Müjgan, Fesih Bildirimine İtirazda Özel Hakemin Kararlarının Kapsamı, İşe Başlatmama Halinde Tazminata Miktar Belirtmeden Karar Verilmesine İlişkin Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin Bir Kararı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 14, S. 3, 2008,

<https://openaccess.marmara.edu.tr/server/api/core/bitstreams/50066a12-281b-491d-a49c-3f1e7ff82dbf/content>.

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'nun İş İlişkisinde Ayrımcılık Yasağına İlişkin 2023/238 Sayılı Kararı ve Düşündürdükleri

Öz

6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu ile eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına ilişkin getirilen ayrıntılı düzenlemeler çalışma hayatında da etkisini göstermekte, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının ihlal edildiği yönündeki iddialar üzerine Kurum tarafından çeşitli kararlar verilmektedir. Kurulduğu 2016 yılından günümüze dek iş hukukunu ilgilendirecek nitelikte kararlar veren Kurum'un yaptığı incelemelerde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi başta olmak üzere pek çok uluslararası düzen-

lemeyi dikkate alması olumlu bir adım olmakla birlikte inceleme konusu yaptığımız kararda görüleceği üzere iş hukukunun genel yorum esaslarından ayrıldığı ve işçi-işveren ilişkilerinin temel ilkelerini göz önünde tutmaksızın sonuca ulaştığı görülmektedir. Biz çalışmamızda bahse konu kararı Kurum'a başvurunun temel prensipleri ve 6701 sayılı Kanun'un eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına ilişkin temel düzenlemelerinin iş hukukunda yansımaları çerçevesinde ele alarak tespitlerde bulunmaya çalışacağız.

Anahtar Sözcükler:

Mağdurlaştırma, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, ayrımcılık yasağı.

The Decision Of Human Rights And Equality Institution Of Turkey No. 2023/238 As To Prohibition Of Discrimination In Employment Relationship And Its Thoughts

Abstract

The detailed regulations of The Turkish Human Rights and Equality Institution Code No. 6701 regarding the principle of equality and the prohibition of discrimination are also effective in working life; various decisions are made by the Institution upon allegations that

the principle of equality and the prohibition of discrimination are violated. Although it is a positive step that the institution, which has made decisions concerning labour law since its establishment in 2016, has taken into account many international regulations, espe-

*Manisa Celal Bayar Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, dilek.yangin@cbu.edu.tr, ORCID: 0000-0003-4702-5371.

cially the European Convention on Human Rights, in its examinations, as it can be seen in the decision we have examined, labour law is separated from the general interpretation principles and that the basic principles of employee-employer relations are taken into account. In our study, we will try to make de-

terminations by considering the aforementioned decision within the framework of the basic principles of applying to the institution and the reflections of the basic regulations of the Code No. 6701 on the principle of equality and the prohibition of discrimination in labor law.

Keywords:

Victimisation, The Turkish Human Rights and Equality Institution, prohibition of discrimination.

Giriş

İnsan haklarının korunması ve geliştirilmesi amacıyla oluşturulan uluslararası düzenlemelerin etkin bir biçimde uygulanması devletlerin iç hukuklarını bu düzenlemeler ile sağlanan güvencelere uyumlu kılmaları mümkün olmaktadır. Bunun dışında ulusal düzeyde oluşturulacak kurumların ihlallerin önlenmesi bakımından önemli fonksiyonları haiz olduğu söylenebilecektir. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu'nun 3 Mart 1992 tarihli ve 1992/54 sayılı ile Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 20 Aralık 1993 tarihli ve 48/134 sayılı Kararlarının ekinde ulusal insan hakları kurumlarının statülerine ilişkin evrensel normlar ilan edilmiştir. Paris ilkeleri olarak anılan bu ilkeler bağlayıcı olmamakla birlikte ulusal insan hakları kurumlarının anayasal ve yasal dayanakla kurulması, idari ve mali bakımdan bağımsız olması, çoğulcu bir yapıya sahip olması ve kurum üyelerinin güvencelere sahip olması gibi esasları içermektedir¹.

Ülkemizde tarihsel seyrine bakıldığında 2012 yılında 6332 sayılı Kanun ile Türkiye İnsan Hakları Kurumu ihdas edilmiş²; 6 Nisan 2012 tarihinde ise 6701 sayılı Kanun ile bu kurum lağvedilerek Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu oluşturulmuştur³. 6701 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde ulusal insan hakları kurumlarına ilişkin BM Paris Prensipleri, ilgili AB müktesebatı ve AB üyesi ülke uygulamaları başta olmak üzere uluslararası örnekler dikkate alınarak mevcut Türkiye İnsan Hakları Kurumu'nun kurumsal kapasitesinin güçlendirilerek etkinliğinin artırılması, ayrımcılık yasağı ve eşit muamele ile ilgili temel yasal çerçevenin ve kurumsal yapının düzenlenmesi ile işkence ve kötü muameleye karşı ulusal önleme mekanizmasının etkinliğinin ve işlerliğinin artırılması amacıyla hazırlandığı belirtilmiştir⁴.

6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu ile eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına ilişkin getirilen ayrıntılı düzenlemeler çalışma hayatında da etkisini göstermekte, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının ihlal edildiği yönünde iddialar üzerine Kurum tarafından çeşitli kararlar verilmektedir. Kurulduğu 2016 yılından günümü-

1 Paris ilkelerine ilişkin olarak bkz. Baybora, Dilek: "Paris Prensipleri Çerçevesinde Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Üzerine Bir İnceleme", Çimento İşveren, C. 32, S. 4, 2018, s. 12 vd.; Demir, Kübra; İş Hukukunda 6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Bağlamında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, İstanbul 2021, s. 56 vd.; Karan, Ulaş/Sever, Çiğdem; Bir İnsan Hakları Koruma Mekanizması Olarak Ulusal Eşitlik Kurumları Kamu Denetçiliği Kurumu ve Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Örneği, Eşit Haklar İçin İzleme Derneği, İstanbul 2020, s. 5, 7 vd.; İş ilişkisinde eşitlik ilkesi ve ayrımcılık ya-

sağına ilişkin olarak bkz. Yıldız, Gaye Burcu; İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Yetkin Yayınları, 2008, s. 45 vd.

2 Resmî Gazete: 21/6/2012, 28339.

3 Resmî Gazete: 6/4/2016, 29690.

4 Kurum'un esas alınan Paris prensiplerine uygunluğuna yönelik eleştiriler için bkz. Baybora, s.14 vd.; Karan/Sever, s. 7 vd.

ze dek iş hukukunu ilgilendiren nitelikte kararlar veren Kurum'un yaptığı incelemelerde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi başta olmak üzere pek çok uluslararası düzenlemeyi dikkate alması olumlu bir adım olmakla birlikte inceleme konusu yaptığımız Karar'da görüleceği üzere iş hukukunun genel yorum esaslarından ayrıldığı ve işçi-işveren ilişkilerine hâkim olan temel ilkeleri göz önünde tutmaksızın sonuca ulaştığı da görülmektedir. Biz çalışmamızda bahse konu kararı Kurum'a başvurunun temel prensipleri ve 6701 sayılı Kanun'la eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına ilişkin olarak getirilen temel düzenlemelerin iş hukukuna yansımaları çerçevesinde ele alarak tespitlerde bulunmaya çalışacağız.

I. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu 2023/238 Sayılı Karar Metni

KURUL KARARI

Basvuru Numarası	: 2022/1532
Toplantı Tarihi/Sayısı	: 9.3.2023/199
Karar Numarası	: 2023/238
Başvuran	: S.İ.
Başvuran Vekili	: --
Adres	: --
Muhatap Kurum/Kişi	: ... A.Ş.
Muhatap Adres	: --

I. Başvurunun Konusu

1. Başvuru, başvuranın çalıştığı şirketten haklı sebep olmadan işten çıkarılması nedeniyle işe iade davası açması sonucunda mağdurlaştırma ya uğradığı iddiasına ilişkindir.

II. İnceleme Süreci

2. Başvuran başvuru dilekçesinde özetle;

a. İstanbul Büyükşehir Belediyesi iştiraki olan ... Anonim Şirketine 2018 yılında çalışmaya başladı-

ğını, çalışma süresince iş yerinde yıldırıma maruz kaldığını, bir yıl içerisinde beş defa görev yerinin değiştirildiğini, işe gelmediği gerekçesi ile hakkında sahte tutanak tutulduğunu, Kasım 2019 tarihinde ise iş akdinin sona erdirildiğini,

b. Konu ile ilgili yetkililer tarafından herhangi bir çözüm bulunmadığını, bunun üzerine muhatap şirket aleyhine işe iade davası açtığını, mahkeme tarafından davasının kabul edilerek hakkında işe iade kararı verildiğini, muhatap şirketin mahkemeceverilen işe iade kararını uygulamadığını,

c. Dava açtığı için şirket ve belediye yetkililerinin dilekçe hakkını engellediğini, nöbet kulelerine fotoğrafının asıldığını, telefonlarının engellendiğini, bu durumun kendisini ve ailesini manevi olarak yıprattığını iddia etmekte ve gereğinin yapılmasını talep etmektedir.

3. Muhatap ... Anonim Şirketi yazılı görüşte;

a. Başvuranın 23.07.2018 - 01.11.2019 tarihlerinde özel güvenlik görevlisi olarak çalıştığını, başvuranın görevini ifa ederken iş barışını bozan tutum ve davranışlarda bulunduğunu, nöbet arkadaşına fiziki müdahalede bulunduğunu, kılık kıyafet yönetmeliğine uymadığını, özel güvenlik görevlisi kartını taşımadığını, araç giriş-çıkışlarını kontrol etmesi gerekirken bariyerleri açık bıraktığını, amirlerinin izni olmaksızın görev yerini terk ettiğini, tüm uyarılara rağmen disiplinsiz davranışları alışkanlık haline getirdiğini, bunun üzerine disiplin kuruluna sevk edildiğini ve neticeten iş akdinin feshedildiğini,

b. İş akdinin feshedildiği kendisine tebliğ edilmesine rağmen başvuranın görev noktasına gelerek görevi devraldığını, diğer kişilerin geçişine izin vermediğini, saldırgan bir tavır sergilediğini, polis olay yerine çağırıldığını, ancak sonuç alınmaması üzerine babasının çağırıldığını ve sorunun çözüldüğünü,

c. Başvuranın işe iade davası açtığını, mahkemenin işe iadeye karar verdiğini, Bölge Adliye Mahkemesinin işe iade kararını onadığını, ancak başvuranın kazanılabilir bir yaklaşımı olmaması, fiziksel ve psikolojik şiddet yönelimli davranışlara eğilimi olması nedeniyle işe tekrar başlatılmadı-

ğını, mahkemece hükmedilen boşta geçen süre ücreti, işe başlatmama ücreti, kıdem ve ihbar tazminatlarının yatırıldığını belirtmiş ve konuya ilişkin savunma formları, tutanakları, ihtarları, şikayetleri ve mahkeme kararlarını sunmuştur.

4. Muhataptan alınan görüşe karşı başvuran görüş yazısında, başvuru dilekçesindeki iddiaları yinelemekle birlikte özetle; iş akdinin hukuka aykırı olarak feshedildiğinin mahkeme kararı ile ispatlandığını, muhatap tarafından sunulan görüş yazısındaki iddialar ile yazı ekinde yer alan belgelerin gerçeğe aykırı olduğunu, hakkında haksız yere şikâyetlerde bulunduğunu iddia etmiş; maddi ve manevi zararlarının giderilmesini ve gereğinin yapılmasını talep etmiştir.

III. İlgili Mevzuat

5. Anayasa'nın "Kanun önünde eşitlik" başlıklı 10'uncu maddesi şöyledir: "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. (...) (Ek fıkra: 7/5/2010-5982/1 md.) Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar."

6. Anayasa'nın "Hak arama hürriyeti" başlıklı 36'ncı maddesinin birinci fıkrası şöyledir: "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."

7. Anayasa'nın "Çalışma hakkı ve ödevi" başlıklı 49'uncu maddesine göre: "Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir. Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır."

8. Anayasa'nın "Dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkı" başlıklı 74'üncü maddesine göre: "Vatandaşlar ve karşılıklılık esası göze-

tilmek kaydıyla Türkiye'de ikamet eden yabancılar kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikayetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkına sahiptir. Kendileriyle ilgili başvuruların sonucu gecikmesizin, dilekçe sahiplerine yazılı olarak bildirilir. Herkes, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkına sahiptir.(...)"

9. Mezkûr Kanun'un "Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı" başlıklı 3'üncü maddesine göre: "(1) Herkes, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada eşittir. (2) Bu Kanun kapsamında cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hâl, sağlık durumu, engellilik ve yaş temellerine dayalı ayrımcılık yasaktır. (3) Ayrımcılık yasağının ihlali hâlinde, konuya ilişkin görev ve yetkisi bulunan kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ihlalin sona erdirilmesi, sonuçlarının giderilmesi, tekrarlanmasının önlenmesi, adli ve idari yoldan takibinin sağlanması amacıyla gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür. (4) Ayrımcılık yasağı bakımından sorumluluk altında olan gerçek ve özel hukuk tüzel kişileri, yetki alanları içerisinde bulunan konular bakımından ayrımcılığın tespiti, ortadan kaldırılması ve eşitliğin sağlanması için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür."

10. 6701 sayılı Kanun'un "Ayrımcılık türleri" başlıklı 4'üncü maddesinin birinci fıkrasında, ayrımcılık türleri "a) Ayrı tutma b) Ayrımcılık talimatı verme ve bu talimatları uygulama c) Çoklu ayrımcılık ç) Doğrudan ayrımcılık d) Dolaylı ayrımcılık e) İşyerinde yıldırma f) Makul düzenleme yapmama g) Taciz ğ) Varsayılan temele dayalı ayrımcılık" olarak sıralanmış; ikinci fıkrasında ise "Eşit muamele ilkesine uyulması veya ayrımcılığın önlenmesi amacıyla idari ya da adli süreçleri başlatan yahut bu süreçlere katılan kişiler ile bunların temsilcilerinin, bu nedenle maruz kaldıkları olumsuz muameleler de ayrımcılık teşkil eder." hükmüne yer verilmiştir.

11. 6701 sayılı Kanun'un 9'uncu maddesinin birinci fıkrasının (g) bendinde, Kurumun, "ayrımcılık yasağı ihlallerini resen veya başvuru üzerine incelemek, araştırmak, karara bağlamak ve sonuçlarını

takip etmek"le görevli olduğu düzenlenmiştir.

12. Mezkûr Kanun'un "İspat Yüğü" başlıklı 21'inci maddesi şöyledir: "Münhasıran ayrımcılık yasağının ihlali iddiasıyla Kuruma yapılan başvurularda, başvuranın iddiasının gerçekliğine ilişkin kuvvetli emarelerin ve karine oluşturan olguların varlığını ortaya koyması hâlinde, karşı tarafın ayrımcılık yasağını ve eşit muamele ilkesini ihlal etmediğini ispat etmesi gerekir."

IV. Değerlendirme ve Gerekçe

13. 6701 sayılı Kanun'un "Başvurular" başlıklı 17'nci maddesinin birinci fıkrasında "Ayrımcılık yasağı ihlalden zarar gördüğü iddiasında bulunan her gerçek ve tüzel kişi Kuruma başvurabilir" hükmü bulunmaktadır. Başvuru dilekçesinden başvuranın, mezkûr Kanun'un 4'üncü maddesinin ikinci fıkrası ile bağlantılı olarak ayrımcılığa maruz kaldığı iddiasında bulunduğu anlaşılmaktadır. Yapılan inceleme neticesinde başvurunun esaslanılabilecek bir başvuru olduğu değerlendirilmesine varılmıştır.

14. Başvuru dilekçesinden başvuranın, mezkûr Kanun'un 4'üncü maddesinin ikinci fıkrası ile bağlantılı olarak ayrımcılığa maruz kaldığı iddiasında bulunduğu anlaşılmakta ise de, başvuranın başvuru dilekçesinde işyerinde yıldırma iddiasının da yer aldığı görülmektedir. 6701 sayılı Kanun literatürde mobbing olarak geçen kavramı "işyerinde yıldırma" olarak tanımlamıştır. Buna göre; "işyerinde yıldırma bu Kanunda sayılan ayrımcılık temellerine dayanılarak kişiyi işinden soğutmak, dışlamak, bıktırmak amacıyla kasıtlı olarak yapılan eylemler" olarak ifade edilmiştir. Kanun'a göre eylemlerin işyerinde yıldırma sayılabilmesi için söz konusu eylemlerin mezkûr Kanun'da sayılan temellere dayalı olarak kişiyi işinden soğutmak, dışlamak veya bıktırmak amacıyla yapılması ve yıldırma kastının bulunması gerekmektedir.

15. Başvuran her ne kadar başvuru dilekçesinde çalışma süresince işyerinde yıldırma maruz kaldığını ve bir yıl içerisinde beş defa görev yerinin değiştirildiğini iddia etmiş ise de, inceleme sürecinde başvuru dilekçesi dışında dosyaya sunulan diğer belgelerde bu iddiasına rastlanılamamıştır. Ayrı-

ca başvurana yönelik olarak muhatap tarafından 6701 sayılı Kanun'da sayılan ayrımcılık temellerine dayanılarak kişiyi işinden soğutmak, dışlamak, bıktırmak amacıyla kasıtlı olarak eylemlerde bulunduğu ilişkin herhangi bir emare ya da karine tespit edilemediğinden işyerinde yıldırmanın şartlarının oluşmadığı değerlendirilmektedir.

16. 6701 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesinin ikinci fıkrasında eşit muamele ilkesine uyulması veya ayrımcılığın önlenmesi amacıyla idari ya da adli süreçleri başlatan yahut bu süreçlere katılan kişiler ile bunların temsilcilerinin, bu nedenle maruz kaldıkları olumsuz muamelelerin ayrımcılık teşkil edeceği hüküm altına alınarak mağdurlaştırma, ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirilmektedir. Eşitlik ilkesinin ve ayrımcılık yasağının tam anlamıyla etkili olabilmesi bakımından mağdurlaştırmanın yasaklanması son derece önemlidir. Ayrımcılık yasağı mevzuatına uygun davranılmasını sağlamak için mağdurlaştırmanın yasaklanması esasen şikâyet etme ya da bir işlem başlatma eylemini koruma amacı taşımaktadır (Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu (TİHEK), 2019/54 Sayılı Kurul Kararı, para.38).

17. Avrupa Birliğinin Mal ve Hizmetlere Erişim ve Mal ve Hizmet Sunumunda Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele İlkesinin Uygulanmasına İlişkin 13 Aralık 2004 tarihli ve 2004/113/AT sayılı Konsey Direktifi'nin "Mağdurlaştırma" başlıklı 10'uncu maddesinde "Üye Devletler, kişileri, eşit muamele ilkesine uyulmasını amaçlayan şikâyet veya davaları neticesinde veya bunlara bir tepki olarak ortaya çıkabilecek herhangi bir olumsuz muamele veya sonuca karşı korumak için ulusal hukuk sistemlerine gerekli hükümleri getirirler." düzenlemesi yer almaktadır.

18. Avrupa Birliğinin İş ve Mesleki Alanda Eşit Muamelenin Gerçekleştirilmesine Yönelik Genel Bir Çerçeve Getiren 27 Kasım 2000 Tarihli ve 2000/78/AT Sayılı Konsey Direktifi'nin "Mağdurlaştırma" başlıklı 11'inci maddesinde de Direktif'e üye Devletlerin "ulusal hukuk sistemlerinde, işletme içinden yapılan şikâyetler veya eşit muamele ilkesine uyulmasına matuf yasal işlemlere işverenin bir tep-

ki olarak işten çıkarma ve sair aleyhte muamelesine karşı, çalışanları koruyacak gerekli önlemleri" alması gerektiği düzenleme altına alınmıştır.

19. Avrupa Birliği Hukuku ile birlikte günde-
me gelen mağdurlaştırma kavramı Avrupa İnsan
Hakları Mahkemesi (AİHM) nezdinde de karşı-
lık bulmuştur. Fogarty/Birleşik Krallık davasında
Mahkeme, Birleşik Krallık yasalarındaki mağdur-
laştırmaya ilişkin yer alan hükümlere değinerek
mağdurlaştırmanın yasaklanmasını Avrupa İnsan
Hakları Sözleşmesinde güvence altına alınan hak-
ların bir eklentisi olarak kabul ettiğini göstermiş-
tir (AİHM, Fogarty Birleşik Krallık, B.No:37112/97,
21/11/2001, para.15).

20. Somut olayda, başvuran muhatap şirket
tarafından Kasım 2019 tarihinde iş akdinin huku-
ka aykırı olarak sona erdirildiğini, muhatap şirket
aleyhine işe iade davası açtığını, mahkeme tara-
fından davasının kabul edilerek hakkında işe iade
kararı verildiğini, muhatap şirketin mahkemece
verilen işe iade kararını uygulamadığı, dava açtığı
için şirket ve belediye yetkililerinin dilekçe hakkını
engellediğini, nöbet kulelerine fotoğrafının asıldı-
ğını, telefonlarının engellendiğini iddia etmektedir

21. Dosya kapsamında başvuran tarafından
muhatap şirket aleyhine açılan işe iade dava dos-
yasının bir sureti istenmiştir. Mahkeme tarafından
sunulan cevabi yazı ekindeki belgelerden, başvura-
nın iş akdinin geçersiz sebeple feshedildiği, feshin
usulsüz yapıldığı gerekçesi ile işe iade davası açtığı,
mahkemece yapılan incelemede başvuran hakkın-
da tutulan tutanakların başvurana tebliğ edilmedi-
ği, disiplin kurulu sürecine dayanak olan konular ile
ilgili makul süre tanınmadığı ve muhatap şirketin
kendisi tarafından düzenlenen disiplin yönergeseine
aykırı davrandığı, feshin geçerli veya haklı nedenle
yapıldığının işverence ispatlanamadığı kanaatine
varıldığı ve davanın kabulüne karar verildiği anla-
şılmaktadır. İlk derece mahkemesi tarafından veri-
len karara karşı Bölge Adliye Mahkemesine istinaf
yoluna gidilmiş ve Mahkeme istinaf başvurusunun
kısmen kabulü ile başvuranın işe iadesine ve boşta
geçen süre ücreti ile işe başlatmama halinde baş-
latmama tazminatı ödenmesine kesin olarak karar

vermiştir.

22. Muhatap tarafından görüş yazısı ekinde yer
alan İstanbul 17. Noterliğinin 16 Mart 2022 tarihli
... sayılı ihtarnamesi ve banka ödeme dekontların-
dan başvuranın işe başlatılmadığı anlaşılmaktadır.
Muhatap taraf görüş yazısında başvuranın işe iade
davası devam ederken Beyaz Masa, Ombudsman-
lık, Cumhurbaşkanlığı İletişim Merkezi ve Çalışma
Bakanlığına çeşitli şikayet ve başvurularda bu-
lunduğunu, sonrasında şirket merkezini defaatle
arayarak iş huzurunu bozduğunu vekilinin kaza-
nılabilir bir yaklaşımı olmadığı belirtilerek işe iade-
sinin uygun görülmediği belirtilmiştir. Muhatabın
bu açıklamalarından başvuranın işe iade davası
devam ederken muhatap aleyhine çeşitli şikayet
usullerini başlatmış olması nedeniyle işe iade da-
vası sonrasında işe başlatılmadığı anlaşılmaktadır.
Dolayısıyla başvuranın hak arama hürriyeti kapsa-
mında yapmış olduğu şikayetler nedeniyle işe iade-
edilmediği sonrasında olumsuz bir muameleye ma-
ruz kaldığı ve mağdurlaştırma şartlarının meydana
geldiği değerlendirilmektedir.

23. Başvuranın işe iade davası sonrasında işe
başlatılmayarak olumsuz muameleye maruz kaldı-
ğı yönündeki iddialarına ilişkin kuvvetli emareleri
ve karine oluşturan olguların varlığını ortaya koy-
masına rağmen, muhatap taraf ayrımcılık yasağını
ve eşit muamele ilkesini ihlal etmediğini ispatlar
nitelikte herhangi bir hususu ortaya koyamamıştır.
Aksine başvuranın işe iade davası devam ederken
Beyaz Masa, Ombudsmanlık, Cumhurbaşkanlığı
İletişim Merkezi ve Çalışma Bakanlığına çeşitli şik-
kayet ve başvurularda bulunduğunu, sonrasında
şirket merkezini defaatle arayarak iş huzurunu
bozduğunu ve kişinin kazanılabilir bir yaklaşımı ol-
madığı belirtilerek işe iadesinin uygun görülmediği
ifade edilmiştir.

24. Tüm bu açıklamalar çerçevesinde; başvura-
nın işe iade davası sonrasında yaptığı çeşitli şikâ-
yetler ve verdiği dilekçeler gerekçe gösterilerek işe
başlatılmadığı ve başvuranın dilekçe hakkı ve hak
arama hürriyeti kapsamındaki taleplerinin önlen-
mesi amacıyla olumsuz bir muameleyle karşılaştığı
ve mağdurlaştırmaya maruz kaldığı, bu yönüyle de

ayrımcılık yasağının ihlal edildiği kanaatine varılmıştır.

V. Karar

1. Başvuruda AYRIMCILIK YASAĞI İHLALİ YAPILDIĞINA,

2. Muhatap hakkında 89.571' TL İDARİ PARA CEZASI UYGULANMASINA,

3. Kararın taraflara tebliğine ve KAMUOYUNADUYURULMASINA,

4. Karara karşı tebliğ tarihinden itibaren 60 gün içerisinde Ankara İdare Mahkemesine başvurulabileceğine,

09.03.2023 tarihinde, Muharrem Kılıç, Harun Mertoğlu ve Ünal Sade'nin karşı oyuyla, OY ÇOKLUĞUYLA, karar verildi.

Karşı Oy Gerekçesi

Karar Adı : S. İ. Kurul Kararı

Karar Numarası : 2023/238

1. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 10'uncu maddesinde kanun önünde eşitlik ilkesi "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir." şeklinde düzenlenmiştir.

2. 6701 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesinin ikinci fıkrasında eşit muamele ilkesine uyulması veya ayrımcılığın önlenmesi amacıyla idari ya da adli süreçleri başlatan yahut bu süreçlere katılan kişiler ile bunların temsilcilerinin, bu nedenle maruz kaldıkları olumsuz muamelelerin ayrımcılık teşkil edeceği hüküm altına alınarak mağdurlaştırma, ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirilmektedir. Eşitlik ilkesinin ve ayrımcılık yasağının tam anlamıyla etkili olabilmesi bakımından mağdurlaştırmanın yasaklanması son derece önemlidir. Ayrımcılık yasağı mevzuatına uygun davranılmasını sağlamak için mağdurlaştırmanın yasaklanması esasen şikâyet etme ya da bir işlem başlatma eylemini koruma amacı taşımaktadır (Türkiye İnsan

Hakları ve Eşitlik Kurumu (TİHEK), 2019/54 Sayılı Kurul Kararı, para.38).

3. Avrupa Birliğinin Mal ve Hizmetlere Erişim ve Mal ve Hizmet Sunumunda Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele İlkesinin Uygulanmasına İlişkin 13 Aralık 2004 tarihli ve 2004/113/AT sayılı Konsey Direktifi'nin "Mağdurlaştırma" başlıklı 10'uncu maddesinde "Üye Devletler, kişileri, eşit muamele ilkesine uyulmasını amaçlayan şikâyet veya davaları neticesinde veya bunlara bir tepki olarak ortaya çıkabilecek herhangi bir olumsuz muamele veya sonuca karşı korumak için ulusal hukuk sistemlerine gerekli hükümleri getirirler." düzenlemesi yer almaktadır.

4. Avrupa Birliğinin İş ve Mesleki Alanda Eşit Muamelenin Gerçekleştirilmesine Yönelik Genel Bir Çerçeve Getiren 27 Kasım 2000 tarihli ve 2000/78/AT Sayılı Konsey Direktifi'nin "Mağdurlaştırma" başlıklı 11'inci maddesinde de Direktif'e üye Devletlerin "ulusal hukuk sistemlerinde, işletme içinden yapılan şikâyetler veya eşit muamele ilkesine uyulmasına matuf yasal işlemlere işverenin bir tepki olarak işten çıkarma ve sair aleyhte muamelesine karşı, çalışanları koruyacak gerekli önlemleri" alması gerektiği düzenleme altına alınmıştır.

5. Avrupa Birliği Hukuku ile birlikte gündeme gelen mağdurlaştırma kavramı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) nezdinde de karşılık bulmuştur. Fogarty/Birleşik Krallık davasında Mahkeme, Birleşik Krallık yasalarındaki mağdurlaştırmaya ilişkin yer alan hükümlere değinerek mağdurlaştırmanın yasaklanmasını Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde güvence altına alınan hakların bir eklenmesi olarak kabul ettiğini göstermiştir (AİHM, Fogarty/Birleşik Krallık, B. No:37112/97, 21/11/2001, para.15).

6. Mağdurlaştırma, ayrımcılık yasağına aykırılığın sonucu ortaya çıktıktan sonra gündeme gelmektedir. Ayrımcılık yasağının ihlali teşkil eden bir muamele nedeniyle işvereni şikâyet eden çalışanı nişten çıkartılması, ücretinin arttırılmaması ya da çalışma koşullarının ağırlaştırılması gibi durumlar mağdurlaştırma olarak nitelendirilebilecektir.

7. Somut olayda, başvuran muhatap şirket ta-

rafından Kasım 2019 tarihinde iş akdinin hukuka aykırı olarak sona erdirildiğini, muhatap şirket aleyhine işe iade davası açtığını, mahkeme tarafından davasının kabul edilerek hakkında işe iade kararı verildiğini, muhatap şirketin mahkemece verilen işe iade kararını uygulamadığı, dava açtığı için şirket ve belediye yetkililerinin dilekçe hakkını engellediğini, nöbet kulelerine fotoğrafının asıldığını, telefonlarının engellendiğini iddia etmektedir.

8. Dosya kapsamında başvuran tarafından muhatap şirket aleyhine açılan işe iade dava dosyasının bir sureti istenmiştir. Mahkeme tarafından sunulan cevabi yazı ekindeki belgelerden, başvuranın iş akdinin geçersiz sebeple feshedildiği, feshin usulsüz yapıldığı gerekçesi ile işe iade davası açtığı, mahkemece yapılan incelemede başvuran hakkında tutulan tutanakların başvurana tebliğ edilmediği, disiplin kurulu sürecine dayanak olan konular ile ilgili makul süre tanınmadığı ve muhatap şirketin kendisi tarafından düzenlenen disiplin yönergesine aykırı davrandığı, feshin geçerli veya haklı nedenle yapıldığının işverence ispatlanamadığı kanaatine varıldığı ve davanın kabulüne karar verildiği anlaşılmaktadır. İlk derece mahkemesi tarafından verilen karara karşı Bölge Adliye Mahkemesine istinaf yoluna gidilmiş ve Mahkeme istinaf başvurusunun kısmen kabulü ile başvuranın işe iadesine ve boşta geçen süre ücreti ile işe başlatmama halinde başlatmama tazminatı ödenmesine kesin olarak karar vermiştir.

9. Başvuran tarafından açılan işe iade davasında yapılan incelemede başvuranın iş akdinin geçerli bir nedenle feshedildiğinin ispatlanamadığı, muhatap şirket tarafından tutulan tutanakların başvurana tebliğ edilmediği, şirket disiplin yönetmeliğinde öngörülen usullere riayet edilmeden iş akdi feshedildiği gerekçeleri ile davanın kabul edildiği görülmektedir. Ancak söz konusu davada başvuranın mevzuattan veya sözleşmeden doğan haklarını takip veya yükümlülüklerini yerine getirmek için işveren aleyhine idariveya adli makamlara başvurduğu ya da bu hususta başlatılmış sürece katıldığı için iş akdinin feshedildiğine ilişkin bir emareye rastlanmamıştır. Dolayısıyla başvuranın eşit muamele ilkesine uyulması veya ayrımcılığın önlenmesi

amacıyla başlattığı bir adli süreç sonrasında, iş akdinin sona erdirildiği, kötü davranışla karşılaştığı veya farklı muamele gördüğü ve mağdurlaştırma şartlarının meydana geldiği kanaati oluşmamıştır.

10. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21'inci maddesinin birinci fıkrasına göre: "İşverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur." Başvuran muhatap şirketin Mahkeme kararına uymadığını iddia etmekte ise de muhatap tarafından görüş yazısı ekinde yer alan İstanbul 17. Noterliğinin 16 Mart 2022 tarihli ... sayılı ihtarnamesi ve banka ödeme dekontlarından başvuranın işe başlatılmadığı; ancak mahkeme tarafından hükmedilen boşta geçen süre ücreti ile işe başlatmama halinde hükmedilen işe başlatmama tazminatının başvurana ödenerek mahkeme kararının mevzuat çerçevesinde yerine getirildiği görülmektedir.

11. Başvuru kapsamında başvuranın 6701 sayılı Kanun kapsamında cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hal, sağlık durumu, engellilik ve yaş temellerine dayalı ayrımcılığa uğradığına ilişkin adli ya da idari bir süreç başlattığına ve bu süreci başlattığı için işe başlatılmadığına ilişkin bir emare ya da karine oluşturan olgu tespit edilememiştir. Keza muhatap idarenin başvuranın açtığı işe iade davası neticesinde başvuranın tekrar işe başlatılmamasında çalışma barışının bozulabileceği endişesinin etkili olduğu ve mevzuat ile mahkeme kararında tanınan yetki kapsamında başvuranın işe başlatılmayarak tazminatlarının ödendiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla bu yönüyle de başvuranın ayrımcılığın önlenmesi amacıyla başlattığı bir adli ya da idari süreç sonrasında olumsuz bir muameleye maruz kalmadığı ve mağdurlaştırma şartlarının meydana gelmediği değerlendirilmektedir.

12. Başvuran dava açtığı için muhatap şirket

yetkililerinin dilekçe hakkını engellediğini, nöbet kulelerine fotoğrafının asıldığını, telefonlarının engellendiğini iddia etmekte ise de, başvuranın bu yöndeki iddiaları soyut beyandan öteye geçememiş ve başvuran iddiasının gerçekliğine ilişkin karine oluşturabilecek herhangi bir olgu ya da emare sunmamıştır. Aksine muhatap görüş yazısı ekinde başvuran tarafından konu ile ilgili olarak ilgili Belediyeye yöneltilen talepleri ve bu talepler neticesinde tesis edilen işlemleri içerir bir tablo sunulmuştur. Ayrıca muhatap tarafından sunulan belgeler arasında muhatap şirket yetkililerine başvuran tarafından gönderilen mesajlar ve şirket yetkililerinin talebi üzerine başvuran hakkında verilen tedbir kararı olduğu ve bu kararın başvuranın koruma talep eden şirket yetkilisi hakkında hakaret, tehdit, aşağılama ve küçük düşürmeyi içeren söz ve davranışlarda bulunmamasına ve korunan kişiyi iletişim araçlarıyla rahatsız etmemesine dair hüküm içerdiği görülmektedir. Dolayısıyla muhatap şirketin iş akdinin feshinden sonraki tutumunun başvurana yönelik mağdurlaştırma teşkil ettiği kanaati oluşmamıştır.

13. 6701 sayılı Kanun'un 21'inci maddesine göre, ayrımcılık yasağının ihlali iddiasıyla Kuruma yapılan başvurularda, başvuranın iddiasının gerçekliğine ilişkin kuvvetli emareleri ve karine oluşturan olguların varlığını ortaya koyması gerekmektedir. Bu emare ve karine oluşturan olguların başvuran tarafından ortaya konması halinde ispat yükü yer değiştirecek ve muhatapın ayrımcılık yasağını ihlal etmediğini ispatlaması gerekecektir.

14. Dosyaya sunulan bilgi ve belgeler çerçevesinde; başvuranın eşit muamele ilkesine uyulması ve ayrımcılığın önlenmesi amacıyla başlattığı yargısal süreç sonrasında farklı muameleye maruz kaldığına ilişkin iddialarının gerçekliğine ilişkin kuvvetli emareleri ve karine oluşturan olguların varlığını ortaya koyamadığından mağdurlaştırma kapsamında ayrımcılık yasağının ihlal edilmediği kanaatine varılmıştır.

15. Açıklanan nedenlerle, ayrımcılık yasağının ihlal edildiği yönündeki çoğunluk kararına iştirak edilmemiştir.

II. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'na Başvuruya İlişkin Genel Esaslar

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, 6701 sayılı Kanun ile insan onurunu temel alarak insan haklarını korumak ve geliştirmek, kişilerin eşit muamele görme hakkının güvence altına alınmasını sağlamak ile hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada ayrımcılığın önlenmesini temin etmek, işkence ve kötü muameleyle etkin mücadele etmek ve bu konuda ulusal önleme mekanizması görevini yerine getirmek amacıyla kurulmuştur⁵. İnsan haklarını ve ayrımcılık yasağını ihlal eden eylem ve işlemleri denetlemeyi amaç edinen Kurum, bu görevini bünyesinde oluşturulan Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurulu ile yerine getirmektedir. Kurum'un karar organı vasfını haiz olan Kurul'un ayrımcılığın önlenmesine yönelik olan görev ve yetkileri 6701 sayılı Kanunun 11. maddesinde şu şekilde sıralanmıştır: *“..b) Ayrımcılık yasağı ihlallerine ilişkin başvurular ile insan hakları veya ayrımcılık yasağı ihlallerine ilişkin resen yapılan incelemeleri karara bağlamak, bu başvuru ve incelemelere ilişkin gerekli hâllerde uzlaşma sürecini sonuçlandırmak, ayrımcılık yasağı ihlallerine ilişkin bu Kanunda öngörülen idari yaptırımlara karar vermek. c) İnsan hakları ve ayrımcılık yasağı ihlallerine ilişkin yargı kararlarının uygulanmasına ilişkin sorunları izlemek ve değerlendirmek. d) Görev alanıyla ilgili olarak yargı organlarına, kamu kurum ve kuruluşlarına ve ilgili kişilere talepleri hâlinde görüş bildirmek. f) Kurum tarafından insan haklarının korunması, ayrımcılıkla mücadele ve ulusal önleme mekanizması görevleri kapsamında yapılan inceleme ve araştırmaları, hazırlanan raporları ve benzeri çalışmaları karara bağlamak...”*⁶

Ayrımcılık yasağını ihlal eden eylem ve işlemleri denetleme görevi olan Kurum, bu denetimi bahse konu eylem yahut işlemlerden haberdar

5 www.tihk.gov.tr

6 Kurulun işleyişine ilişkin olarak bkz. Demir, s. 86 vd.

olduğu ya da bu eylem ve işlemlerin gerçekleştiğine dair şüphe duyduğu hallerde herhangi bir başvuru olmasa dahi re'sen gerçekleştirebilmektedir⁷. Kurum'un 2022 faaliyet raporunda da belirtildiği üzere ayrımcılık yasağının ihlaline ilişkin 2021 yılı içerisinde re'sen inceleme kararı alınan 3 dosya, 2022 yılı içerisinde incelemesi tamamlanarak ihlal kararı ile sonuçlandırılmıştır. Sosyal medya yahut diğer medya organları gibi kitlesel iletişim araçları vasıtasıyla ihlal konusu eylem yahut işlemler hakkında re'sen gerçekleştirilen denetim dikkat çekici niteliktedir. Bir sosyal medya platformunda başörtülü kişiler için bir psikolog tarafından söylenen ifadelerin, aşı reddi nedeniyle işe alınmama, aşı yaptırmadığını bildirmesi sonucunda 2 yaşındaki kızının kreş gündüz bakım evine alınmadığı ve bu bağlamda eşitlik ilkesinin ihlal edildiği iddialarının Kurum tarafından re'sen inceleme konusu yapıldığı görülmektedir⁸. Re'sen inceleme yapıldığı hallerde mağdur şahsen belirlenebilir ise mağdurun kendisinin yahut kanuni temsilcisinin rızasının alınması zorunludur (md. 17/2).

İnceleme konusu kararda olduğu üzere bireysel olarak yapılacak başvurular ve inceleme esasları 6701 sayılı Kanun md. 17'de şu şekilde düzenlenmiştir: "...Ayrımcılık yasağı ihlalden zarar gördüğü iddiasında bulunan her gerçek ve tüzel kişi Kuruma başvurabilir. Kuruma başvuru, illerde valilikler, ilçelerde kaymakamlıklar aracılığıyla da yapılabilir. Başvuru hakkının etkin bir şekilde kullanılmasına hiçbir surette engel olunamaz. Başvurulardan herhangi bir ücret alınmaz. İlgililer, Kuruma başvurmadan önce bu Kanuna 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 dur-

durur. Yasama ve yargı yetkilerinin kullanılmasına ilişkin işlemler, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararları ile Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler başvurunun konusu olamaz. 4857 sayılı Kanunun 5. maddesi kapsamına giren ayrımcılık iddialarına ilişkin başvurular; 4857 sayılı Kanun ve ilgili mevzuatında belirlenen şikâyet usulleri izlendikten sonra herhangi bir yaptırım kararı alınmadığı hâllerde yapılabilir... ..Kuruma yapılacak başvurularda, vesayet ya da koruma altında olanlar ve çocuklar ile talepleri üzerine mağdur ya da mağdurların kimlik bilgileri gizli tutulur.."

Anılan hükme göre İş Kanunu kapsamı dışında kalan ancak 6701 sayılı Kanun ile getirilen güvencelerden faydalanacak çalışanların ayrımcılık iddialarında Kurum'a başvurmadan önce ilgili tarafa başvurarak uygulamanın düzeltilmesini talep etmesi gerekli görülerek adeta dostane bir çözüm mekanizması oluşturulmaya çalışılmıştır⁹. İş Kanunu md. 5 çerçevesinde gerçekleşecek ihlal başvurularında ise farklı bir usul benimsenmiş olup hükümde yer alan "...şikâyet usulleri izlendikten sonra..." ifadesi muğlak nitelikte olup doktrinde farklı görüşlerin ileri sürülmesine yol açmış ve çeşitli eleştiriler getirilmiştir. Hükmün lafzında iş ilişkisi kapsamında md. 5 çerçevesinde ayrımcılık iddiası ile Kurum'a başvuru yapılmadan evvel ilgili mevzuatta belirtilen şikâyet usullerinin tüketilmiş olması şartı aranmakla birlikte 4857 sayılı İş Kanunu'nda öngörülen bir şikâyet mekanizması bulunmaması, bu şartın ne şekilde gerçekleştirileceği konusunda belirsizlikleri beraberinde getirmektedir. Kurum'un faaliyet raporları incelendiği vakit ayrımcılıkla mücadele görevi kapsamında 2018 yılında 371 başvuru yapılmış ve 31 tanesi inceleme kapsamına alınmıştır. 337 adet başvuru ise başvuru için gerekli şartları taşımadığından bahisle reddedilmiştir. 2021 yılı içerisinde 180 başvurudan 16 adedi, 2022 yılında ise 355 başvurudan 217 adedi Kanun'da belirtilen temellere dayanmadığı ve Türkiye İnsan Hakları

7 Kuruma re'sen inceleme yetkisi verilmesinin olumlu bir adım olduğuna yönelik görüş için bkz. Demir, s. 103 vd.

8 TİHEK 2022 Faaliyet Raporu, s. 88

9 Kutsal Savaş, Fatma Burcu: "Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Hükümleri Doğrultusunda İşyerinde Psikolojik Taciz", İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, İstanbul 2017, s. 272 vd.

ve Eşitlik Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte yer verilen başvuru şartlarını taşımadığı gerekçesiyle reddedilmiştir¹⁰. Doktrinde *Demir* tarafından da isabetle belirtildiği üzere başvuru sayısındaki düşüklüğün başvuru şartlarına ilişkin getirilen hükümlerin belirsizliği ile ilişkilendirilmesi mümkündür¹¹.

Konuya ilişkin olarak doktrinde Ünal tarafından ileri sürülen bizim de katıldığımız görüşe göre; dava açma süresi içerisinde Kurum'a yapılan başvuruların işlemeye başlamış olan süreyi durduracağına ilişkin düzenleme göz önünde tutulduğu vakit başvuru için dava yolları tüketilmesi şartı aranmamalıdır. Hükümde bahsi geçen şikâyet usulüne ilişkin olarak İş Kanunu'nun çalışma yaşamının denetimine ilişkin m. 91/I hükmü dikkate alınabilecek nitelikte olmakla birlikte 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile anılan hükmün ikinci fıkrasında yer alan "şikâyet" ibaresi "başvuru" olarak değiştirilmiş olup bu durum 6701 sayılı Kanun çerçevesinde yapılacak denetim öncesi tüketilmesi gereken şikâyet koşulunu daha da muğlak bir hale getirmiştir. Ayrıca İş Kanunu md. 91/II hükmünün Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu kapsamında yer alan işçilere uygulanmaması da farklı iş kanunları bakımından Kurum'a başvuru kapsamında farklılık doğuran bir görünüm arz etmektedir¹².

Öktem Songu tarafından ileri sürülen diğer görüşe göre ise; 4857 sayılı Kanun ve ilgili mevzuat kapsamında ayrımcılık iddiası söz konusu olduğunda öncelikle yargı yoluna başvurulmalı ve herhangi bir yaptırımın söz konusu olmaması halinde Kurum'a başvuru yapılmalıdır¹³. *Süzek* tarafından ileri sürülen görüşe göre; çalışma yaşamının denetimine ilişkin İş Kanunu md. 91/II

çerçevesinde yapılan başvuruya rağmen sonuç alınamaması yahut makul bir süre içerisinde alınmayacağına anlaşılması durumunda işçi, Kurum'a ihlal iddiası ile başvuru yapabilecektir¹⁴. *Kutsal Savaş* ise konuyu mobbing açısından ele almış ve psikolojik taciz mağduru işçinin, gözetme borcu altında olan işverene başvurması gerektiği düşünülebilirse de uygulamayı gerçekleştirenin işveren olması halinde ne şekilde hareket edileceği konusunda belirsizlik olduğunu isabetli olarak tespit etmiştir¹⁵. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca da şikâyet usullerinden İş Teftiş Kurulu'na başvurunun anlaşılması gerekip gerekmediğinin açık olmadığını ifade ettikten sonra diğer iş kanunları kapsamına girenler bakımından bu şartın aranmamasının sorun yaratacağını isabetli olarak ortaya koymuştur¹⁶.

Kurum'a bireysel başvuru çerçevesinde yaratılan diğer belirsizlik ise telafisi güç yahut imkânsız hallerde doğrudan başvuruya olanak tanınması ancak bu hallerin hangi durumları kapsayabileceğine ilişkin Kanun'da açıklık bulunmamasıdır. Her ne kadar somut olayın özelliği çerçevesinde

10 TİHEK 2018 Faaliyet Raporu, s. 38; 2021 Faaliyet Raporu, s. 77; 2022 Faaliyet Raporu, s. 81.

11 *Demir*, s. 127.

12 Ünal, Canan; İş Hukukunda Yaş Ayrımcılığı, İstanbul 2018, s. 504 vd.

13 Öktem Songu, Sezgi: İş Sözleşmesinin Feshine İlişkin Sözleşmesel Kayıtların Geçerliliği", İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, Editörler: Prof. Dr. Kübra Doğan Yenisey/Dr. Öğr. Üyesi Seda Ergüneş Emrağ 2017, İstanbul, s. 193.

14 Süzek, Sarper; İş Hukuku, 22. Baskı, Kasım 2022, İstanbul, s. 480 vd.

15 *Kutsal Savaş*, s. 273 vd; Kurum'un 2023/385 sayılı Kararı'na konu olan olayda; başvuru Canik Mesleki ve Teknik Anadolu Lisesi Tıbbi Cihaz Teknolojileri Bölümü ve Kastamonu Üniversitesi Biomedikal Mühendisliği Bölümü mezunu olduğunu, lisans eğitimi devam ederken ... Devlet Hastanesinde "sürekli işçi" statüsünde biomedikal teknisyeni olarak işe başladığını, hastane idaresi tarafından iş tanımı dışında kalan başka bir iş ile görevlendirildiğini, söz konusu uygulamayı reddettiğinde ise hastane müdürü tarafından aşağılayıcı söylemlere maruz bırakıldığını, bu durumun yaşının küçük olmasından kaynaklandığını, kendisine iş yerinde yıldırama (mobbing) yapıldığını iddia ederek Kurum'a başvuruda bulunmuştur. Kurum ise başvuru dilekçesi ve ekleri incelendiğinde, sürekli işçi statüsünde görev yapan başvuranın iş tanımı dışında kalan başka bir iş ile görevlendirildiği, yaşı nedeniyle mobbinge maruz kaldığı iddialarının yukarıda yer alan mevzuat ile birlikte değerlendirildiğinde 4857 sayılı Kanun'da belirtilen şikâyet usullerine tabi olduğu, başvuranın söz konusu şikâyet usulleri tamamlanmadan yaptığı başvurusunun inceleme şartlarını taşımadığı ve bu nedenle kabul edilmez olduğu kanaatine varmış ancak bu usullerin neler olabileceğine dair açıklama getirmemiştir.

16 Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat/Özkaraca, Ercüment; İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 34. Bası, s. 472.

değerlendirme yapılabileceği ileri sürülebilirse de¹⁷ gerek evvelce ifade edilen ve ilgili mevzuat çerçevesinde tüketilmesi gereken “..şikâyet usul-leri”.. gerekse de doğrudan başvuruya olanak tanıyan “...telafisi güç ve imkansız zarar” kavramları belirsiz ve yoruma açık olup bu hali ile bizatihi düzenleme, Kurum’a başvuruyu güçleştirici bir görünüm arz etmektedir. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esasların belirlendiği Kasım 2017 tarihli Yönetmelikte de¹⁸ konuya ilişkin açıklık getirilmemesi meseleyi daha da karmaşık hal getirmiş ve başvuru usulüne ilişkin muğlak tabloyu pekiştirmiştir¹⁹. Kişilerin eşit muamele görme hakkını güvence altına alma amacı güden Kurum’un, ayrımcılıkla mücadele fonksiyonunu etkin bir biçimde yerine getirmesi için 6701 sayılı Kanun ve bu Kanun’un uygulanmasına yönelik Yönetmelik hükümlerinin başvuru usulüne ilişkin zikredilen belirsizlikleri ortadan kaldırmaya nitelikte revize edilmesinin zaruri olduğu kanaatindeyiz²⁰.

III. Kurum’un İnceleme Neticesinde İhlal Kararı Vermesi ve Sonuçları

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslara İlişkin Yönetmelik’in 65. maddesi uyarınca Kurum, yapılan başvuru veya re’sen inceleme kapsamında yaptığı inceleme ve araştırma sonucunda incelenemezlik kararı, gerekçeli kabul

edilmezlik kararı, gönderme kararı, ihlal kararı, idari yaptırım kararı, uzlaşma kararı, ret kararı ve karar verilmesine yer olmadığına dair karar verir. Yönetmelik’in 69. maddesine göre ise, inceleme ve araştırma sonucunda başvurunun yerinde olduğu kanaatine varılması hâlinde ihlal kararı verilir. Başvuru konusunun ayrımcılık yasağı ile ilgili olması durumunda ihlal kararı ile birlikte başvuru yapılan taraf hakkında 70 inci maddede düzenlenen idari yaptırım kararı da verilebilir. Kurul, konusu suç teşkil eden insan hakları veya ayrımcılık yasağı ihlallerini tespit ettiği takdirde ilgililer hakkında 54 üncü madde uyarınca suç duyurusunda bulunur.

2022 yılında esas incelemesi yapılan başvurulardan 2 tanesi hakkında “uzlaşma” kararı, 9 tanesi hakkında “karar verilmesine yer olmadığı” kararı, 15 tanesi hakkında “gerekçeli kabul edilmezlik” kararı, 43 tanesi hakkında “ihlal olmadığı” ve 38 tanesi hakkında “ihlal” kararı verilmiştir. Başvuruların 3 tanesi hakkında hukuki yol gösterilmiştir²¹.

6701 sayılı Kanun 25. madde ve Yönetmelik’in 70.maddesine göre; ayrımcılık yasağının ihlali hâlinde, bu ihlalin etki ve sonuçlarının ağırlığı, failin ekonomik durumu ve çoklu ayrımcılığın ağırlaştırıcı etkisi dikkate alınarak ihlalden sorumlu olan kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri hakkında 5.958,00 Türk lirasından 89.571,00²² Türk lirasına kadar idari para cezası uygulanır. Bahsi geçen düzenlemenin 2. fıkrası uyarınca birinci fıkrada belirtilen idari para cezasının kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları hakkında uygulanması hâlinde, ödenen idari para cezası,

17 Kutsal Savaş, s. 274.

18 Resmî Gazete Sayı: 32050, 24 Kasım 2017.

19 Ünal, s. 508-509.

20 Doktrinde Demir, 6701 sayılı Kanun ile 4857 sayılı Kanun kapsamında çalışanlar açısından başvuru usulü konusunda getirilecek bir kolaylık ve mağduru hakkına daha çabuk ulaşması açısından Yönetmelikte yer alan ve dava açılmasının Kurum’un incelemesini durduracağına ilişkin hükümlerde yapılacak değişiklik ile hem 4857 sayılı Kanun kapsamında çalışan işçiler hem de bu Kanun dışında kalan ve bir hizmet sözleşmesi ile çalışan kişilerin, ayrımcılık mağduru oldukları takdirde uzun ve masraflı dava süreçleri ile uğraşmaksızın Kurum’a ücret ödemediği gerçeğe geçirecekleri başvuru ile ayrımcılığın giderilmesini sağlayabileceklerini ileri sürmüştür. Demir, s. 128.

21 TİHEK 2022 Faaliyet Raporu, s. 81; Kurum’un işe alım sırasında cinsiyet temelinde ayrımcılık sebebi ile verdiği ihlal kararları dikkat çekici niteliktedir. 2020/8, 2020/176 ve 2022/436 sayılı Kararlarda; iş başvurusunda bulunan kişilerin başvuru esnasında hamile olmaları gerekçe gösterilerek başvuruları reddedilmiş ve taraflar Kurum’a işe alım sürecinde ayrımcılığa uğradıkları iddiası ile başvurmuşlardır. Bu kapsamda Kurul tarafından muhatap şirketler hakkında idari para cezası yaptırım uygulanmıştır.

22 2023 yılı itibarıyla değişen parasal sınırlara göre revize edilmiştir.

cezaya esas ayrımcı uygulamaya kusuruyla sebebiyet veren kamu kurum ve kuruluşlarında görev yapan memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarında görev yapanlara rücu edilir. Doktrinde isabetle belirtildiği üzere etkin bir biçimde uygulanan rücu sorumluluğu kamu görevlilerinin ayrımcı tutumlarının azalmasını sağlayacak ve kişilerin olayları insan hakları bakış açısı ile ele almalarını sağlayacaktır²³. Ayrımcılık yasağının ihlal edildiği yönünde sonuca ulaşıldığı hallerde Kurum, idari yaptırım uygulama bakımından bağlı yetkiyle bağlanmıştır. Ayrıca idari para cezasının özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri dışında kamu kurumları bakımından da uygulanabilmesi idarenin bir başka idareye karşı kamu gücü kullanabilmesi bakımından da dikkat çekici niteliktedir. *Uzun/Türe* tarafından da belirtildiği üzere devletin kendi kendini sınırlandırması ve idarenin hukukla bağlanması bakımından bu düzenleme olumlu bir adım olarak nitelendirilebilecektir²⁴.

Kurum, idari para cezası verme yetkisini kullanırken hem ihlalin etki ve sonuçlarının ağırlığını hem de failin ekonomik durumunu ve çoklu ayrımcılığın ağırlaştırıcı etkisini dikkate alarak takdir yetkisi çerçevesinde hareket edecektir. Psikolojik tacize maruz kalan veya engelli olması sebebiyle ayrımcılığa uğrayan çalışanın gerçekleştirilen davranış yahut işlemler sebebiyle psikolojik tedavi görmesi gibi durumlarda somut olayın özellikleri çerçevesinde ihlalin yarattığı etki göz önünde tutularak alt sınırdan ayrılan miktarda para cezası belirlenebilir. Eylem ile ihlal edilen ayrımcılık temelinin arttığı çoklu ayrımcılık hallerinde de Kurum tarafından daha yüksek bir para cezasının tayin edilmesi söz konusu olacaktır²⁵. Kurum'a idari para cezası verme yetkisi

tanınmış olması olumlu bir adım olmakla birlikte bu cezanın, mevzuatta belirlenen üst sınırı aşmaması getirilen yaptırımın ayrımcılığı önleme bakımından etkinliğini ortadan kaldırmaktadır²⁶. Ayrıca Kurum'un, idari para cezası dışında ileride gerçekleşmesi muhtemel ayrımcı eylemlerin önlenmesine yahut mağdurun maddi ve manevi zararının tazminine yönelik tazminat ödenmesine karar verme yetkisi söz konusu değildir. İhlal neticesinde idari para cezası verilmesi hukuka aykırılığın tespiti bakımından önemli olmakla birlikte, özel hukuk açısından maddi tazminat niteliğinde cezai bir ayrımcılık tazminatı düzenlenmemiş olup verilen para cezası, Hazine'ye gelir olarak kaydedileceğinden mağdurun maddi yahut manevi zararının giderimi söz konusu olmayacaktır²⁷.

Kurum tarafından verilen idari para cezası hukuki niteliği itibarı ile idari işlem vasfını taşıdığından ve 6701 sayılı Kanun'da bu kararlara karşı zorunlu bir başvuru yolu öngörülmemiş olduğundan ilgililerin bu kararlara karşı doğrudan dava açması mümkündür. Kanun'un 25. maddesinin son fıkrasında "*Bu Kanunda hüküm bulunmayan hâllerde idari yaptırımlara ilişkin olarak 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu hükümleri uygulanır.*" hükmü yer aldığından idari para cezası tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde sulh ceza hâkimliğinde iptali için başvuru yapılabilecektir (Kabahatler Kanunu md. 27)²⁸.

cılık Denetimi, Ankara 2019, s. 369; Kurum tarafından hamilelik sebebiyle işe alımın reddedildiği 2020/176 sayılı Karar'a konu olan olayda uygulanan idari para cezası miktarı Kanun'da belirtilen en yüksek sınır üzerinden verilmiş ve o ana dek miktar bakımından uygulanan en yüksek ceza olmuştur.

23 Demir, s. 125; Eren, Hayrettin; Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, Ankara 2016, s. 132.

24 Uzun, İsmail/Türe, Gökhan: "İdari Usulde Re'sen Araştırma İlkesi ve Suçsuzluk Karinesi: Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumunun Ayrımcılık Yasağının İhlali İncelemesinde İspat Yükü Özelinde Bir Değerlendirme", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXV, 2021, s. 979.

25 Demir, s.398, 399; Düğmeci, Fatih; Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumunun Yapısı ve İdare Üzerindeki Ayrımcılık

26 Karan, Ulaş; Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, İstanbul 2017, s. 406.

27 Karan/Sever, s. 44; Antalya, Gökhan; Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması. İstanbul 2017, s. 121; İdari para cezası uygulamasında ayrımcı uygulamanın haklılığına karar verilmesi durumunda uzlaşma halinde yer alan "*ayrımcı uygulamaya son verilmesi ya da mağdur açısından bu sonucu sağlayacak çözümleri içerebileceği gibi mağdura belli bir tazminat ödenmesi*" şeklinde mağduru tatmin edecek bir düzenleme yapılmaması yahut Kurul'un kıyas yolu ile bu doğrultuda karar vermesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. Eren, s. 132.

28 İdari para cezasının iptaline yönelik olarak bkz. Avcioglu

6701 sayılı Kanun md. 25 ve Yönetmeliğin 70. maddesinde idari para cezası dışında öngörülen diğer yaptırım uyarı cezası olup Kurul, verdiği idari para cezasını bir defaya mahsus olmak üzere uyarı cezasına dönüştürebilir. Hakkında uyarı cezası verilen kişi veya kurumun ayrımcı fiilinin tekrarı hâlinde alacağı ceza yüzde elli oranında artırılır. Bu artış ceza üst sınırını aşamaz. Kurum'un çeşitli tarihlerde verdiği kararlarda ayrımcılık oluşturan eylem ve işlemi yapan kişi ya da kurumun ıslah olduğu, bu eylem ve işlemlere son vereceği ve tekrarlamayacağı kanaatine erişerek idari para cezasını uyarı cezasına dönüştürdüğü görülmektedir²⁹. Nitekim 2019 yılında İnsan Hakları ve Eşitlik Kurulu'nun aldığı resen inceleme kararı ile Denizli'de işyerinin vitrinine "İran, Suriye, Afgan müşteri bu dükkâna giremez, alışveriş yapamaz, girerse bu mekânda dayak yer" şeklinde afiş asan esnaf hakkında inceleme başlatılmıştır. İnceleme sonrasında Kurul tarafından ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar verilerek 60 bin TL para cezasına karar verilmiştir. Ancak esnafın pişmanlığı ve ekonomik durumunu göz önünde bulunduran Kurul, idari para cezasını uyarı cezasına dönüştürmüştür³⁰.

IV. Kurum Kararına Esas Teşkil Eden Olaylar

İnceleme konusu yaptığımız karara esas teşkil eden olayda başvurucu İstanbul Büyükşehir Belediyesi iştiraki olan ... Anonim Şirketine 23.07.2018 - 01.11.2019 tarihlerinde özel güvenlik görevlisi olarak çalışmış olup görevini ifa ederken iş barışını bozan tutum ve davranışlarda ve nöbet arkadaşına fiziki müdahalede bulunma, kılık kıyafet yönetmeliğine uymama, özel güven-

lik görevlisi kartını taşıyamama, araç giriş-çıkışlarını kontrol etmesi gerekirken bariyerleri açık bırakma, amirlerinin izni olmaksızın görev yerini terk etme, tüm uyarılara rağmen disiplinsiz davranışları alışkanlık haline getirme eylemleri sebebi ile disiplin kuruluna sevk edilmiş vesone olarak iş sözleşmesi feshedilmiştir. Başvurucu tarafından iş akdinin geçersiz sebeple feshedildiği ve feshin usulsüz yapıldığı gerekçesi ile açılan işe iade davasında İş Mahkemesi, başvurucu hakkında tutulan tutanakların kendisine tebliğ edilmediği, disiplin kurulu sürecine dayanak olan konular ile ilgili makul süre tanınmadığı ve muhatap şirketin kendisi tarafından düzenlenen disiplin yönergesine aykırı davrandığı, feshin geçerli veya haklı nedenle yapıldığının işverence ispatlanamadığı kanaatine varmış ve davanın kabulüne karar vermiştir. İlk derece mahkemesi tarafından verilen karara karşı Bölge Adliye Mahkemesi'ne istinaf yoluna gidilmiş ve Mahkeme, istinaf başvurusunun kısmen kabulü ile başvuranın işe iadesine ve boşta geçen süre ücreti ile işe başlatmama halinde işe başlatmama tazminatı ödenmesine kesin olarak karar vermiştir. Davalı şirket ise, başvurusunun fiziksel ve psikolojik şiddet yönelimli davranışlara eğilimi olduğu vekazanılabilir bir yaklaşımı olmadığı kanaatine ulaştığından işe iadesini uygun görmemiş ve hükümde ifade edilen boşta geçen süre ücreti, işe başlatmama ücreti, kıdem ve ihbar tazminatlarını ödemiştir. Başvurucu Kurum'a verdiği mağdurlaştırma iddiasını içeren başvuru dilekçesinde çalışma süresince işyerinde yıldırmaya maruz kaldığını, bir yıl içerisinde beş defa görev yerinin değiştirildiğini, feshe esas teşkil eden belgelerin gerçeğe aykırı olduğunu, dava açtığı için şirket ve belediye yetkililerinin dilekçe hakkını engellediğini, nöbet kulelerine fotoğrafının asıldığını, telefonlarının engellendiğini, bu durumun kendisini ve ailesini manevi olarak yıpratmış olduğunu iddia ederek gereğinin yapılmasını talep etmiştir. Kurum yaptığı inceleme neticesinde 6701 sayılı Kanun'da sayılan ayrımcılık temellerine dayanılarak kişiyi işinden soğutmak, dışlamak, bıktırmak amacıyla kasıtlı olarak eylemlerde bulunduğuna ilişkin herhangi bir

lu Aksoy, Ezgi/Çaptuğ Dilek, Mehpere: "Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kararları Işığında İşverenin Eşit Davranma Yükümlülüğü", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 49, 2023, s. 210-211.

29 Kanun'un verdiği bu yetki 2020 yılı içerisinde Kurul tarafından 2 kez kullanılmış ve idari para cezası uyarıya dönüştürülmüştür. TİHEK 2020 Faaliyet Raporu, s. 69; Kurumun uyarı cezası verme yetkisine ilişkin olarak bkz. Düğmecı, s. 370.

30 TİHEK 2019/29 Karar sayılı Karar.

emare ya da karine tespit edilemediğinden işyerinde yıldırmanın şartlarının oluşmadığını tespit etmiştir. İşe iade kararı üzerine işverenin işe başlatmamasına yönelik olarak yapılan incelemede ise Kurum, başvuru muhatap aleyhine işe iade davası devam ederken Beyaz Masa, Ombudsmanlık, Cumhurbaşkanlığı İletişim Merkezi ve Çalışma Bakanlığı'na çeşitli şikâyet ve başvurularda bulunduğundan işe iade davası sonrasında işe başlatılmadığını ifade etmiştir. Kurum'a göre; başvuru, hak arama hürriyeti kapsamında yapmış olduğu bu şikâyetler nedeniyle işe başlatılmayarak olumsuz bir muameleye maruz kalmış olup ayrımcılık yasağının ihlali kapsamında değerlendirilebilecek olan mağdurlaştırmanın şartları oluşmuştur. Oy çokluğu ile alınan bu Karar'da, Karar'a muhalif kalan karşı görüşteki üyelere göre ise, başvuru eşit muamele ilkesine uyulması ve ayrımcılığın önlenmesi amacıyla başlatıldığı yargısal süreç sonrasında farklı muameleye maruz kaldığına ilişkin iddialarının gerçekliğine ilişkin kuvvetli emareleri ve karine oluşturan olguların varlığını ortayakoyamamıştır. Karar'a muhalif kalan üç üyenin görüşüne göre; muhatap idarenin işe başlatmama kararı almasında çalışma barışının bozulabileceği endişesinin etkili olduğu ve mevzuat ile mahkeme kararında tanınan yetkikapsamında başvuru nun işe başlatılmayarak tazminatlarının ödendiği anlaşılmaktadır.

V. Kararın İşyerinde Yıldırma Çerçevesinde Değerlendirilmesi

İnceleme konusu kararda başvuru işyerinde yıldırma maruz kaldığını ve bir yıl içerisinde beş defa görev yerinin değiştirildiğini iddia etmiş olmakla birlikte Kurum inceleme sürecinde başvuru dilekçesi dışında dosyaya sunulan diğer belgelerde bu iddiasına rastlanılmadığı sonucuna ulaşmıştır. 6701 sayılı Kanun'un 2. maddesine göre; işyerinde yıldırma bahsi geçen Kanun'da sayılan ayrımcılık temellerine dayanıla-

rak kişiyi işinden soğutmak, dışlamak, bıktırmak amacıyla kasıtlı olarak yapılan eylemler olarak tanımlanmıştır. Kanun'un "tanımlar" kenar başlıklı 2. maddesinde "işyerinde yıldırma" dışında "taciz" kavramına da yer verilmiş olup ayrımcılık türlerinin düzenlendiği 4. maddede anılan kavramlar ayrı ayrı ele alınmıştır. Sistemik bakımından neden böyle bir tercihte bulunulduğuna ilişkin Kanun'da yahut Gerekçe'de açıklık olmaması, kavram kargaşası yaratabilecek potansiyele sahiptir³¹. Psikolojik ve cinsel türleri de dâhil olmak üzere Kanun'da sayılan temellerden birisine dayanılarak, insan onurunun çiğnenmesi amacını taşıyan veya böyle bir sonucu doğuran yıldırıcı, onur kırıcı, aşağılayıcı veya utandırıcı her türlü davranış taciz olarak tanımlanmıştır (md. 2/j). Hükümde zikredilen "yıldırıcı" ifadesinin kişiyi işinden soğutma, dışlama yahut bıktırma olarak değerlendirilmesi işyerinde yıldırma ile ilişkili getirilen özel düzenlemenin abesle iştigal etmesi sonucunu doğuracaktır³².

Kurum'un 2023 yılında verdiği 2023/202 sayılı Kararı'nda belirtildiği üzere; 6701 sayılı Kanun kapsamında bir eylem yahut işlemin işyerinde yıldırma olarak nitelendirilebilmesi için eylem yahut işlem, iş ilişkisi içerisinde gerçekleşmeli ve Kanun'da sayılan ayrımcılık temellerine dayanmalı, bahse konu eylem yahut işlemler kişiyi işinden soğutmak, dışlamak, bıktırmak amacı taşımali, süreklilik arz eden birden fazla eylem yahut işlem bulunmalı ve kasıtlı olarak gerçek-

31 Karan, s. 313; Demir, s. 284.

32 Karan, s. 314; Psikolojik taciz ile bağlantılı ve hatta duruma göre psikolojik taciz olarak nitelendirilebilecek işyerinde yıldırma kavramının tercih edilmiş olmasının sağlanan terminoloji birliği bozduğu yönündeki isabetli görüşe ilişkin olarak bkz. Kutsal Savaş, s. 262; 6701 sayılı Kanun'un kabul edilme aşamasında "Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kanunu Tasarı Taslağı"nda yer alan psikolojik tacize ilişkin hükümlerin değerlendirilmesine yönelik olarak bkz. Arslan Ertürk: "Arzu Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kanunu Tasarı Taslağında Yer Alan Psikolojik Tacize İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi", Sicil İş Hukuku Dergisi, 2012, S. 27, s. 47 vd.; Ünal, Canan: "Karşılaştırmalı Hukuk İşliğinde İşyerinde Psikolojik Tacizin İşverenin İşçinin Kişiliğini Koruma ve Eşit Davranma Borcu Kapsamında Değerlendirilmesi", Legal İHSGHD, 2013, S. 37, s. 64-65 (Psikolojik Taciz).

leştirilmelidir. Kurum'un çeşitli tarihlerde "kabul edilmezlik" sonucuna ulaştığı kararlarda başvuruların işyerinde yıldırma iddiasını Kanun'da sayılan ayrımcılık temellerine dayandırmamasına işaret etmesi dikkat çekici niteliktedir. Kurum'a göre; kişiyi işinden soğutmak amacıyla kasıtlı olarak yapılan eylemlerin Kanun'un 3'üncü maddesinde sayılan cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hâl, sağlık durumu, engellilik ve yaş şeklinde sıralanan ayrımcılık temellerinden biri yahut birkaçına dayanması gerekmektedir³³. Bu durum sistematik, kasıtlı ve kişiyi işinden soğutmak amaçlı yapılan eylemin psikolojik taciz olsa dahi Kanun'da belirtilen ayrımcılık temellerinden birine dayanmaması halinde korumanın kapsamı dışında kalmasına sebep olabilecek niteliktedir. Hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada ayrımcılığın önlenmesini amaç edinen Kurum'un bunu etkin bir biçimde yerine getirebilmesi ve kişilerin eşit muamele hakkını güvence altına alabilmesi için ayrımcılık temelleri bakımından sınırlı sayım ilkesini terk edici açık uçlu yaklaşım benimseyen düzenlemeler getirilmesinin isabetli olacağı kanaatindeyiz³⁴. Tüm ayrımcılık temelleri belirtildikten sonra "ve benzeri sebepler" ifadesi gibi ayrımcılık temellerini artırıcı yahut genişletici bir ibareye yer verilmesi isabetli bir düzenleme olarak kabul edilebilecektir³⁵.

6701 sayılı Kanun'un 21. maddesine göre "Münhasıran ayrımcılık yasağının ihlali iddiasıyla Kuruma yapılan başvurularda, başvuranın iddiasının gerçekliğine ilişkin kuvvetli emarelerin ve karine oluşturan olguların varlığını ortaya koyması halinde, karşı tarafın ayrımcılık yasağını ve eşit muamele ilkesini ihlal etmediğini ispat etmesi gerekir". Hükmün lafzından da anlaşılacağı üzere ispat yükü-

küne ilişkin bu düzenleme Kurum'un ihlale yönelik re'sen harekete geçtiği yahut ayrımcılık yasağı ihlalinin zarar gördüğünü iddia eden kişinin yargı organlarına başvurduğu hallerde uygulama alanı bulmayacaktır³⁶. Anılan bu düzenleme ile hem Kanun'un Genel Gerekçesi hem de madde gerekçesinde ifade edildiği üzere ispat yükünün paylaşılması ilkesi benimsenerek mağdurun iddia ettiği olayları ve işlemleri ispat etme hususunda karşılaşacağı güçlükler bertaraf edilmeye çalışılmıştır. Madde gerekçesine göre; iddia sahibinin kuvvetli emare ve karine oluşturacak olguların varlığını ortaya koyması durumunda ispat yükünün ayrımcılık yaptığı iddia edilen tarafa geçmesi hükme bağlanmaktadır³⁷. Doktrinde Uzun/Türe tarafından da isabetle belirtildiği üzere içerik bakımından bu hükümde öngörülen ispat faaliyeti "dolaylı ispat" niteliği taşımaktadır. Ayrımcılığa uğradığını ileri süren kişinin emare ve fiili karineler aracılığıyla somut olayın genel görünümü ve bu genel görünümün hayatın olağan akışında bulunan tipikliğe uygunluğunu ispatlaması yeterlidir³⁸. Yine yazar tarafından belirtildiği üzere bu düzenleme ile, ayrımcılığın ispatındaki güçlükler göz önünde tutularak tam ispat ölçüsü düşürülmüş, "ispat yükünün ters çevrilmesine kadar ispat kolaylığının sağlanması" formülü benimsenmiştir³⁹.

Kurum'a işyerinde yıldırma iddiası ile yapı-

33 Kurum'un çeşitli tarihlerde verdiği benzer nitelikte pek çok karar olmakla birlikte 2019/62, 2023/255, 2023/188, 2022/651 ve 2022/26 sayılı Kararlar örnek olarak gösterilebilir.

34 Aynı yönde Karan, s. 314.

35 Demir, s. 196; Dügmeçi, s. 282; Kayaalp, Dilek: "Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu ile Getirilen Ayrımcılık Yasağı İstisnalarının İş Hukukundaki Görünümü Üzerine Bir Değerlendirme", ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019/1, s. 72 vd.

36 Ünal, s. 430; Uçar/Türe, s. 981; Demir, s. 480; Kutsal Savaş, s. 277.

37 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Büyük Daire *Chassagnou and Others v France* kararında başvurunun farklı muameleyle maruz kaldığını en azından "delil başlangıcı" olarak nitelendirilecek bazı kanıtlarla ortaya koyduğu durumlarda bu farklı muamelenin yapıp yapılmadığının yahut haklı olup olmadığının ispatlanmasının karşı tarafa ait olacağını belirtmektedir, *Case of Chassagnou and Others v France*, Applications nos. 25088/94, 28331/95 and 28443/95.

38 Uzun/Türe, s. 985.

39 Uzun/Türe, s. 984; Bununla birlikte yazara göre; ispat yüküne ilişkin 21. madde re'sen araştırma ilkesine istisna teşkil etmemekte olup başvurunun ayrımcılık iddiasına ilişkin kuvvetli emareleri ve karine oluşturan olguları ortaya koyması halinde idarenin ispat yükü hafifleyecektir. Ayrımcılık yasağının ihlali iddiası ile yapılan başvuru, idareyi hareket geçirici usuli bir beyandan ibarettir. Uzun/Türe, s. 1021-1022.

lan başvurular incelendiğinde ihlal tespit edilen 2022/931 sayılı Karar'da, engellilik ve sağlık temelinde işyerinde yıldırımaya maruz kalma iddiası incelenmiş olup başvurunun engel ve sağlık raporu, nöbet muafiyet talep dilekçeleri, taleplerinin muhatap idare tarafından olumlu cevaplanmadığı, kızının sağlık durumunu bildirir raporu, görev yeri değişikliğine ilişkin belgeler ve performans puanları düşük kalan hekimlerin nöbete yazılacağına ilişkin anlık mesajlaşma uygulaması konuşmalarının 6701 sayılı Kanun'un 21 inci maddesi kapsamında kanıt başlangıcı sayılabilecek nitelikte olduğu ve başvurunun iddiasının gerçekliğine dair kuvvetli emareler oluşturduğu değerlendirilmiştir. Yine ihlal tespit edilen 2022/855 sayılı Karar'da Kurum, şu ifadelerle işyerinde yıldırma olduğunu tespit etmiştir: *"...Başvuranın sürekli olarak görev yerinin değiştirildiği ve disiplin soruşturması geçirdiğini gösteren resmi belgeler, ... Komuta Kontrol Merkezi depo bölümünde çalıştığına ilişkin anlık mesajlaşma uygulaması konuşmaları ve nöbet çizelgeleri başvuru dosyasında mevcuttur. Bununla birlikte, başvuranın %54 oranında engelli sağlık kurulu raporu ve muhataptan yer değişikliği taleplerini içeren dilekçeleri de başvuranın iddialarının gerçekliği konusunda kanıt başlangıcı sayılabilecek niteliktedir. Bu kapsamda, başvuru dosyası ve ekleri incelendiğinde, işyerinde yıldırma niteliğindeki eylemlerin engellilik ve sağlık temeli etrafında meydana geldiğine dair kuvvetli emarelerin mevcut olduğu değerlendirilmektedir. Kamu kurumu olan muhatabın, başvuranın maruz kaldığı muamelelere ilişkin iddialarına karşılık sadece soyut açıklamalarda bulunarak söz konusu iddiaları reddettiği, karşı iddialarını ve ispata yarar belgelerini de sunmadığı görülmektedir. Bu kapsamda, görevlendirmelerin ihtiyacı karşılamaya yönelik yapıldığının, keyfiyet veya kişiye cezalandırma gibi bir kast içermediğinin muhatap tarafından gösterilemediği değerlendirilmektedir..."*Yıldırma iddiasına yönelik ihlal oluşturmadığı yönünde verilen 2023/202 sayılı Karar'da ise, başvuru tarafından kendisine karşı yürütülen idari soruşturma ve görev yeri değişikliği olguları ile çalışma arkadaşları arasındaki

huzursuzluk nedeniyle ortaya konulan bilgi ve belgeler başvurunun iddialarının gerçekliği konusunda kanıt başlangıcı sayılabilecek nitelikte olsa da gerçekleştirilen eylem ve işlemlerin kişiyi işinden soğutma ve bıktırma amacıyla yapılmadığı tespit edilmiştir.

Kurum'un yıldırma iddiası bakımından *"ihlal edilmediği"* yönünde farklı tarihlerde verdiği çok sayıda kararı incelediğimizde soyut iddiaların ötesine geçen ve ispat yükünü ters çevirmeye yetecek olan delil yahut emare sunulmamış olmasının gerekçe olarak gösterildiği görülmektedir. Kurum'a göre; yıldırma iddiasında olan başvurunun eylem yahut işlemin 6701 sayılı Kanun'da yer alan ayrımcılık temellerinden herhangi biri nedeniyle gerçekleştirildiğine dair ispat yükünü paylaşmaya imkân verecek bir delil veya emare sunması gerekmektedir⁴⁰. İnceleme konusu yaptığımız Kurum Kararı'nda da, başvuru çalışma süresince işyerinde yıldırımaya maruz kaldığını ve bir yıl içerisinde beş defa görev yerinin değiştirildiğini iddia etmiştir. Kurum yaptığı incelemede, başvuru dilekçesi dışında dosyaya sunulan belgelerde bu iddiaya rastlanmadığı gibi işyerinde yıldırmanın oluştuğuna dair herhangi bir emare yahut karine tespit edilemediğini ortaya koymuştur. Mağdurların ifade ettikleri gibi işyerinde yıldırmanın çoğu kez olaya tanık olabilecek kimsenin bulunmadığı alanlarda, örtülü olarak yahut şifahi biçimde gerçekleşmesi, bu durumun ispatını güçleştirmekle birlikte inceleme konusu kararda olduğu üzere salt soyut beyanlarla yetinilmesi asılsız yıldırma iddialarına sebebiyet verecek niteliktedir⁴¹. Karar'da başvurunun ispat

40 Kurumun internet sitesinde benzer nitelikte çok sayıda karar olmakla birlikte 2022/968, 2022/498, 2022/496, 2022/386, 2023/64 ve 2020/269 sayılı Kararlar örnek olarak gösterilebilir.

41 Doktrinde Kutsal Savaş psikolojik tacizin, çoğunlukla kapalı kapılar ardında ve sözlü olarak gerçekleştirildiğinden olaylara ilişkin tanık bulunmasının, bulunsa dahi işverenin misilleme yapmasından korktuğu için tanıklık edecek çalışan sayısının az olmasının mağdurlara ispat noktasında bir kez daha mağduriyet yaşattığını ifade etmiştir. Kutsal Savaş, s. 277; Konuya ilişkin karşılaştırmalı hukuktan örnekler için bkz. Tınaz, Pınar/Bayram, Fuat/Ergin, Hediye; Çalışma Psikolojisi ve Hukuki Boyutlarıyla İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), İstanbul 2008, s. 198.

yükünü ters çevirmeye olanak sağlayacak düzeyde delil yahut emare sunmadığı tespit edilmiş olduğundan Kurum tarafından yıldırma iddiasının reddedilmesi kanaatimizce isabetli bir yaklaşımdır.

VI. Kararın Mağdurlaştırma Çerçevesinde Değerlendirilmesi

6701 sayılı Kanun'un ayrımcılık türlerinin sayıldığı 4. maddesinin 2. fıkrasında eşit muamele ilkesine uyulması veya ayrımcılığın önlenmesi amacıyla idari ya da adli süreçleri başlatan yahut bu süreçlere katılan kişiler ile bunların temsilcilerinin, bu nedenle maruz kaldıkları olumsuz muamelelerin de ayrımcılık teşkil edeceği hükme bağlanmıştır. İnceleme konusu Karar'da Kurum, bu hükme atıf yapmak suretiyle başvurusunun işe iade davası sonrasında yaptığı şikâyetler ve verdiği dilekçeler gerekçe gösterilerek işe başlatılmayarak olumsuz muameleye maruz kaldığı yönündeki iddialarına ilişkin kuvvetli emareleri ve karine oluşturan olguların varlığını ortaya koyduğunu belirtip mağdurlaştırmanın şartlarının meydana geldiğini tespit etmiştir. Kurum'a göre; başvuru dilekçe hakkı vehak arama hürriyeti kapsamındaki taleplerinin önlenmesi amacıyla olumsuz bir muameleyle karşılaşarak mağdurlaştırmaya maruz kaldığından ayrımcılık yasağı ihlal edilmiştir. Karar'da mağdurlaştırma kavramı işverenin işçiyi işe iade davası neticesinde verilen hüküm çerçevesinde işe başlatmaması bağlamında ele alındığından öncelikle bu konunun incelenmesi gerekmektedir.

4857 sayılı İş Kanunu md. 20 uyarınca iş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği yahut gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminden itibaren bir ay içerisinde işe iade talebiyle İş Mahkemeleri Kanunu hükümleri çerçevesinde arabulucuya başvurmak zorundadır. Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılmaması hâlinde, son tutanağın düzenlendiği ta-

rihten itibaren, iki hafta içinde iş mahkemesinde dava açılabilir. Arabulucu nezdinde anlaşma sağlanamaması sonucunda açılan işe iade davasında, işverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiyi en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur (md. 21). Hükümün lafzından da anlaşıldığı üzere İş Kanunu'nun öngördüğü iş güvencesi sisteminde işverene mutlak bir işe iade yükümlülüğü getirilmemiş, süresi içerisinde kendisine başvuru işverene işçiyi işe başlatmak yahut işe başlatmayıp tazminat ödemek şeklinde seçimlik hak tanınmıştır. İşveren bu hakkını işçinin başvurusundan itibaren kullanmak ve işçiyi bildirmek zorundadır. Uygulamada işverenlerin çoğu kez bu haklarını işçiyi işe başlatmaksızın tazminat ödeme şeklinde kullandıkları görülmektedir⁴². İşçinin işe iade baş-

42 Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim/Baskan, Esra; İş Hukuku, 10. Baskı, İstanbul 2020, s. 217; Yiğit, Yusuf: "İş Hukukunda Geçersiz Fesih Kavramı ve Geçersiz Fesih Üzerine İşe İade Başvurusu Yapan İşçinin İşe Başlatılmaması ve Sonuçları", Prof. Dr. Sarper Sözek'e Armağan, C. II, İstanbul, 2011, s. 1183; Kutsal Savaş, Fatma Burcu: "Geçersiz Fesih Yaptırımları: İşe İade veya Tazminat", Prof. Dr. Turhan Esener III. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Editörler: Yrd. Doç. Dr. Ender Demir, Arş. Gör. Beste Gemici Filiz, 2017 Ankara, s. 277 (İşe iade); Alp, Mustafa: "İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Güvencesi Yasası)", DEÜHFD, 2003, C.5, S.1, s.23 vd (İş Güvencesi); İşverenin çağrısının samimi ve gerçek sayılabilmesi için Yargıtay tarafından çeşitli ölçütlerin geliştirildiği görülmektedir. İşçinin işe makul bir süre içerisinde başlatılması, fesihden önceki işine veya benzer bir işe başlatılması aynı ücretle başlatılması, işe iadenin şarta bağlanmaması bu ölçütler arasında sayılabilir. Anılan ölçütler ve yargı kararları için bkz. Öktem Songu, Sezgi: "İş Yargılamasında Belirsiz Bir Hukuki Kavram: Samimiyet", İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar II, Editörler: Prof. Dr. Kübra Doğan Yenisey/Dr. Öğr. Üyesi Seda Ergüneş Emrağ, İstanbul 2018, s.167 vd (Samimiyet). Buna karşılık doktrinde Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal Kanun'un işe başlatma zorunluluğundan bahsettiğini ve işverene seçimlik bir hak tanımadığını ifade etmiştir. Yazarlara göre; Kanun'un yargıcın feshin geçersizliğine karar verdiğinde işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını da belirleyeceğini emreden ifadesi işverenin işe başlatma yükümlülüğüne aykırı davranması halinde uygulanacak olan tazminat yaptırımının usul ekonomisi gereği ayrı bir dava konusu

vurusunda bulunmasına rağmen işe başlatılmaması durumunda işe başlatılmayacağını sözlü yahut eylemli olarak açıklandığı tarihte veya bir aylık başlatma süresinin sonunda iş sözleşmesi işverence yeniden feshedilmiş sayılacak, bunun neticesinde işveren, işçiye iş güvencesi yahut işe başlatmama tazminatı ödemekle yükümlü olacaktır⁴³. Hükmün gerekçesinde de uygulamada işe iade kararı veren mahkemenin boşta geçen süre ücretine ilişkin alacak ile işe başlatmama tazminatını ay esaslı olarak belirlemesinin işçinin işverence işe iade edilmemesi halinde işçilik alacakları için ikinci bir dava açmasını engelleyerek hem işçi bakımından sorunlu olan bir durumun önüne geçtiği hem de Karar'da belirtilen parasal miktarın tahsili için doğrudan icra takibine geçilmesine imkan tanıdığı belirtilmiştir⁴⁴. Nitekim Anayasa Mahkemesi, İş Kanunu'nun 21. maddesinin iş güvencesini etkisiz kıldığı yönündeki iptal istemini incelediği 19 Ekim 2005 tarihli Karar'da şu ifadelerle oy birliği ile red kararı vermiştir: "... Anayasa'nın 48. ve 49. maddelerinde öngörülen özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlamak, işçi ve işveren arasındaki dengenin kurularak çalışma barışını korumak Devletin görevleri arasında sayılmıştır. İş ilişkisinde kişisel yapı ön planda olup işverenden zorla bir kişiyi çalıştırmasını istemek beklenemez ise de, işçi ve işverenin hak ve yükümlülükleri ara-

sında aranılan ölçülü ve makul bir dengenin, işverene tazminat ödeme yükümlülüğü getirilmek suretiyle kurulduğu anlaşıldığından kuralda Anayasa'ya aykırılık görülmemiştir..."⁴⁵

İnceleme konusu karara konu olan olayda başvuru tarafından açılan işe iade davasında İş Mahkemesi, başvuru hakkında tutulan tutanakların kendisine tebliğ edilmediği, disiplin kurulu sürecine dayanak olan konular ile ilgili makul süre tanınmadığı ve muhatap şirketin kendisi tarafından düzenlenen disiplin yönergesine aykırı davrandığı, feshin geçerli veya haklı nedenle yapıldığının işverence ispatlanamadığı kanaatine varmış ve davanın kabulüne karar vermiştir. İlk derece mahkemesi tarafından verilen karara karşı Bölge Adliye Mahkemesi'ne istinaf yoluna gidilmiş ve Mahkeme, istinaf başvurusunun kısmen kabulü ile başvuranın işe iadesine ve boşta geçen süre ücreti ile işe başlatmama halinde başlatmama tazminatı ödenmesine kesin olarak karar vermiştir. Davalı şirket, başvuru davasının işverenin iş Kanunu md. 21 çerçevesinde kendisine tanınan seçimlik hakkını, işe başlatmama ve hükümde belirtilen tazminatları ödeme yönünde kullandığı görülmektedir. Kurum'un işverenin seçimini mağdurlaştırma kapsamında ele aldığı görüldüğünden bu kavrama değinilerek Karar'da ulaşılan sonucun isabetli olup olmadığının tartışılması gerekmektedir.

Mağdurlaştırma kişinin ayrımcılığa uğradığı

yapılmasına mahal vermemek içindir. Bu görüşe göre; yasa koyucu işverene böyle bir seçimlik hak tanımış olsaydı işçiye de eşitlik ilkesi gereği benzer bir hakkı tanıma yoluna giderdi. Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş; İş Hukuku, 2022 Ankara, s. 1109-1112.

43 Keser, Hakan; İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebep, Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara 2010, s. 121; Akyiğit, Ercan; Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2021, s. 322.

44 Anılan hüküm boşta geçen süre ücreti ve işe başlatmama tazminatı bakımından usul ekonomisi çerçevesinde olumlu olmakla birlikte doktrinde Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca tarafından isabetle belirtildiği üzere işçinin on iş günü içerisinde işverene başvurup başvurmadığı yahut işverene başvurusunda samimi olup olmadığı gibi uyumsuzlukları ortadan kaldıran bir etkiye sahip değildir. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 624.

45 Anayasa Mahkemesi 19.10.2005, E. 2003/66, K. 2005/72, Resmî Gazete: 24.11.2007, 26710; 158 No.lu Hizmet İlişkisine Son Verilmesine Dair ILO Sözleşmesi'nin 10. maddesinde de iş güvencesi sistemi içerisinde birden çok seçenek sunulduğu görülmektedir. Anılan maddeye göre; "Bu sözleşme'nin 8 inci maddesinde belirtilen merciler son verme işlemini haksız bulurlarsa ve son verme işlemini iptale veya işçinin işe iadesini öngörmeye ya da önermeye ulusal mevzuat ve uygulamalara göre yetkili değillerse veya bunları uygulanabilir bulmazlarsa yeterli bir tazminat veya uygun addolunan bir diğer telafi biçimini kararlaştırmaya yetkili kılınacaklardır."

iddiası ile yaptığı şikâyet sonucunda olumsuz bir durumla karşılaşması yahut farklı bir muameleye tabi tutulmasını ifade etmektedir. Mağdurlaştırmanın ortaya çıkması için ayrımcı eylem yahut işlem sebebiyle şikâyette bulunulması yahut yargısal yollara başvurulması gerekli olduğundan ayrımcılık talimatının aksine ayrımcı muamele gerçekleştirildikten sonra bu durum ortaya çıkmaktadır. Tacize uğrayan bir çalışanın bu duruma idari makamlara şikâyet etmesi durumunda işten çıkarılması yahut terfi ettirilmemesi mağdurlaştırmaya örnek olarak gösterilebilir⁴⁶. Avrupa Birliği hukuku ile birlikte gündeme gelen bu kavrama AB kaynaklarında geniş ölçüde yer verildiği görülmektedir. Kurum'un Karar'da gönderme yaptığı 2000/78/EC sayılı Direktif ile 2000/43/EC ve 2006/54/EC sayılı Direktiflerde üye devletlerin, eşit işlem ilkesine uyulmasını amaçlayan şikâyet ve davalara tepki neticesinde kişileri, olumsuz bir muameleye maruz bırakmaktan koruyacak önlemlere iç hukuklarında yer verecekleri belirtilmiştir. Avrupa Birliği Adalet Divanı da *Coot v Granada Hospitality Ltd*⁴⁷ Kararı'nda, işveren tarafından yapılan misilleme oluşturan eylemlerin yasaklanmasının sadece işten çıkarmalarda kısıtlamayı kapsayacak biçimde değil iş ilişkisi sona erdikten sonra dahi koruma sağlayacak biçimde daha geniş yorumlanması gerektiğini belirtmiştir⁴⁸.

6701 sayılı Kanun metninde mağdurlaştırma kavramı açıkça zikredilmemekle birlikte ayrımcılık türlerini ve kapsamını belirleyen 4. madde'nin 2. fıkrasında eşit muamele ilkesine uyulması yahut ayrımcılığın önlenmesi amacıyla idari ya da adli süreçleri başlatan yahut bu süreçlere katılan kişiler ile bunların temsilcilerinin bu nedenle maruz kaldıkları olumsuz muamelelerin de ayrımcılık teşkil edeceği hükme bağlanmıştır. Kurum'un mağdurlaştırma kavramı çerçevesinde

ayrımcılık yasağına yönelik değerlendirme yaparak tespitlerde bulunduğu 2019/54 ve 2022/942 sayılı Kararlarında, eşitlik ilkesinin ve ayrımcılık yasağının tam anlamıyla etkili olabilmesi bakımından mağdurlaştırmanın yasaklanmasının son derece önemli olduğu ve uluslararası hukukta, hak arama özgürlüğünü temin etmek için kabul edilen araçlardan biri olduğu ifade edilmiştir. Kurum'a göre; ayrımcılık yasağı mevzuatına uygun davranılmasını sağlamak için mağdurlaştırmanın yasaklanması esasen şikâyet etme ya da bir işlem başlatma eylemini koruma amacı taşımaktadır. Anılan kararlarda kişinin korunan bir eylemin sonucu olarak olumsuz bir muameleye maruz kalmasına yönelik başlatılan adli ve idari süreçlerin de mağdurlaştırma yasağı kapsamında ele alınması başvuranı "herhangi bir olumsuz davranıştan veya olumsuz sonuçtan korumak için gereken" tedbirler kapsamında değerlendirilmektedir. Ancak mağdurlaştırmanın ortaya çıkması için muhatabın kişiyi adli veya idari süreçler başlattığı için mağdur etme diğer bir deyimle cezalandırma kastı olması gerekmektedir. Kuruma göre; ayrımcılık yasağını ihlal eden yahut eşitlik ilkesine aykırı düşen bir muamele nedeniyle işvereni/ amirini şikâyet eden bir çalışanın işyerinde pasifize edilmesi, işten çıkarılması, ücretinin artırılmaması, geçerli bir nedene dayanmaksızın görev yerinin değiştirilmesi yahut çalışma koşullarının ağırlaştırılması gibi kişileri hak arama yollarına başvurmadan caydırma amacı taşıyan muameleler mağdurlaştırma örneği teşkil edebilecektir. Gerek inceleme konusu yaptığımız 2023/238 sayılı Karar'da gerekse 2019/54 ve 2022/942 sayılı Kararlarda gönderme yapılan, elçilik çalışanı başvuruçunun cinsiyete dayalı ayrımcılık iddiası ile şikâyette bulunduğu için olumsuz muameleye tabi tutulduğunu iddia ettiği *Fogarty/Birleşik Krallık*⁴⁹ kararında da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, İngiliz hukukunda mağdurlaştırma ("victimisation") kavramına ilişkin getirilen yasal düzenlemeleri belirterek mağdurlaştırmanın

46 Karan, s. 282.

47 Case C-185/97, Belinda Jane Coot v Granada Hospitality Ltd, ECR [1998] I-05199.

48 Karara yönelik açıklamalar için bkz. Karan, s. 284; O'Leary, Siofra; Employment Law at the European Court of Justice: Judicial Structures, Policies and Processes, Hart Publishing, 2012, s. 136.

49 Case of Fogarty v United Kingdom, Application No: 37112/97.

yasaklanmasının Sözleşme ile güvence altına alınan hakların uzantısı olarak değerlendirilebileceğini ortaya koymuştur.

Hak arama özgürlüğü ve şikâyet hakkı göz önünde tutularak İş Kanunu md.18/III-c hükmünde işçinin mevzuattan veya sözleşmeden doğan haklarını takip etmesinin iş sözleşmesinin feshi için geçerli bir sebep doğurmayacağı açıkça ifade edilmiştir. Bu düzenleme işçinin işverene sadakat borcunun sınırını işçinin kendi haklarının çizmiş olduğunu ve bu haklarını işveren için feda etmesinin beklenemeyeceğini ortaya koymaktadır⁵⁰. İşçinin iş ilişkisi devam ederken sözleşmeden yahut kanundan kaynaklanan haklarının ödenmemesi yahut kullanımına engel olunması sebebi ile işvereni Çalışma ve İşkur İl Müdürlüğü, Sosyal Güvenlik Kurumu ve Türkiye İş Kurumu gibi kurumlara şikâyet ederek hak arayışına girmesi yahut işçilik alacaklarının tahsili için dava açıp icra takibinde bulunması iş sözleşmesinin bildirimli feshinde geçerli sebep olarak kabul edilmeyecektir⁵¹. Doktrinde *Karan* tarafından da isabetle belirtildiği üzere ayrımcılık yasağına dair hukuki düzenlemelerin bütünlüğünün korunması ve getirilen güvencelerin etkin bir biçimde uygulanması bakımından mağdurlaştırmanın yasaklanması oldukça önemlidir. Aksi durum kişilerin olumsuz bir tepki yahut misilleme ile karşılaşmamak için ayrımcılık yasağının ihlaline dair şikâyette bulunmaktan, idari yahut yargısal yollara başvurmaktan, delil sağlama, tanıklık etme, bilgi verme gibi şikâyetçilere destek olabilecek eylemlerde bulunmaktan çekinmelerine yol açacaktır⁵². 6701 sayılı Kanun ile mağdurlaştırmanın ayrımcılığın bir türü olarak ele alınması kişilerin ihlal durumunda hukuki yollara başvurma konusunda çekimser kalmasını önleyerek ayrımcılık yasağına dair getirilen güvencelerin etkin kılınmasını sağlama bakımından olumlu bir adım ola-

rak değerlendirilebilecektir.

İnceleme konusu Karar'da işveren, feshin geçersizliğinin yargı kararı ile tespit edilmesi üzerine İş Kanunu 21. maddesinin kendisine verdiği seçimlik hakkı işçiyi işe başlatmayıp tazminat ödemek şeklinde kullanmıştır. Kurum ise, işverenin bu tutumunu 6701 sayılı Kanun md. 4/f.2 kapsamında değerlendirmiş ve ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir. Kurum'a göre; başvuruçunun, muhatap aleyhine işe iade davası devam ederken hak arama hürriyeti kapsamında olmak üzere Beyaz Masa, Ombudsmanlık, Cumhurbaşkanlığı İletişim Merkezi ve Çalışma Bakanlığı'na çeşitli şikâyet ve başvurularda bulunduğundan bahisle dava sonrası işe başlatılmaması mağdurlaştırmanın şikâyet sonrası olumsuz muameleye maruz kalma kriterini sağlamaktadır. Evvelce de belirtildiği üzere İş Kanunu'nun öngördüğü iş güvencesi sisteminde işverene mutlak bir işe iade yükümlülüğü getirilmemiş, süresi içerisinde kendisine başvuruçunun işverene işçiyi işe başlatmak yahut işe başlatmayıp tazminat ödemek şeklinde seçimlik hak tanınmıştır. 6701 sayılı Kanun md. 4/f.2 kapsamında mağdurlaştırmanın olumsuz muameleye maruz kalma kriterinin sağlandığından bahsedebilmek için kişinin işyerinde pasifize edilmesi, işten çıkarılması, ücretinin artırılmaması, geçerli bir neden olmaksızın görev yerinin değiştirilmesi, çalışma koşullarının ağırlaştırılması, terfi ettirilmemesi gibi hak arama yollarına başvurmaktan caydırma amacı taşıyan misilleme niteliğinde davranışların var olması gereklidir. Nitekim Kurum'un Karar'da gönderme yaptığı AİHM'nin *Fogarty/Birleşik Krallık* kararında da, başvuruçunun işe alınmama gerekçesinin önceki işverenine karşı cinsiyet ayrımcılığına dayalı olarak açtığı davalar olduğu ileri sürülerek mağdurlaştırma iddiasında bulunulmuştur. İnceleme konusu Karar'da ise, karşı oy yazısında muhalif kalan üyelerin de belirttiği şekilde muhatap şirket mevzuat ile mahkeme kararında tanınan yetki kapsamında başvuruçuyu işe başlatmayarak tazminatlarını ödemiştir. Kanun koyucunun İş Kanunu'nun 21. maddesi çerçevesinde işverene tanımış olduğu seçimlik hakkın kullanılmasının

50 Alp, Mustafa: "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Heinisch/Almanya Kararı Işığında Whistleblowing (İşçinin İfşa ve İhbarı) ve İş İlişkisinde İfade Özgürlüğü, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 15, Özel S., 2013, s. 406-407.

51 Keser, s. 94.

52 Karan, s. 282.

işçi üzerinde olumsuz etki yarattığından bahisle mağdurlaştırmanın ortaya çıktığını ifade etmek hükmün amacı ile bağdaşmayan bir sonuç yaratmaktadır. Mağdurlaştırmanın ortaya çıkabilmesi için kişinin başlattığı şikâyet süreci sonrasında hak arama yollarına başvurmaktan caydırma amacı taşıyan olumsuz muamelelere maruz kalması gerekmektedir. Kurum tarafından muhatap işverenin mevzuatın kendisine tanıdığı yetkiyi kullanmasının kişiyi hak arama yollarına başvurmaktan caydırma ve cezalandırma amacı güden bir davranış olarak değerlendirilmesinin, 4857 sayılı Kanun ile getirilen, işverene tazminat ödeme yükümlülüğü getirmek suretiyle işçinin hakları ile işverenin girişim ve sözleşme özgürlüğü arasında denge kurmaya çalışan iş güvencesi sistemi ile bağdaşmayan bir görünüm arz ettiği kanaatinde olduğumuzdan kararda ulaşılan sonucun isabetli bulunmamasıdır.

Sonuç ve Değerlendirme

6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu ile eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına ilişkin getirilen ayrıntılı düzenlemeler çalışma hayatında da etkisini göstermekte; eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının ihlal edildiği yönünde iddialar üzerine Kurum tarafından çeşitli kararlar verilmektedir. Kurum'un kararlarında eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına ilişkin uluslararası düzenlemeler ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarını göz önünde tutması olumlu bir adım olmakla birlikte inceleme konusu Karar'da olduğu üzere iş hukukuna hâkim olan temel ilkelerden sapma gösterecek nitelikte sonuçlara da ulaşıldığı görülmektedir.

İnceleme konusu Karar'a konu olan olayda, başvuru işyerinde yıldırıma maruz kaldığı ve bir yıl içerisinde beş defa görev yerinin değiştirildiğini iddia etmiş olmakla birlikte Kurum inceleme sürecinde başvuru dilekçesi dışında dosyaya sunulan diğer belgelerde başvuru bu iddiasına rastlanılmadığı sonucuna ulaşmıştır. Yıldırma iddiasında olan başvuru eylemi yahut işlemin 6701 sayılı Kanun'da yer alan

ayrımcılık temellerinden herhangi biri nedeniyle gerçekleştirildiğine dair ispat yükünü paylaşmaya imkân verecek bir delil veya emare sunması gerekmektedir. Salt soyut beyanlara dayanan iddiaların yeterli görülmesi asılsız mobbing iddialarına sebep olabileceğinden Kurum tarafından yıldırma iddiasının reddedilmesinin isabetli bir yaklaşım olduğu kanaatindeyiz.

Kararda ele alınması gereken diğer husus 6701 sayılı Kanun'un ayrımcılık türlerinin sayıldığı 4. maddesinin 2. fıkrası kapsamında mağdurlaştırma iddiasına ilişkindir. Kurum, başvuru işe iade davası sonrasında yaptığı şikâyetler ve verdiği dilekçeler gerekçe gösterilerek işe başlatılmayarak olumsuz muameleyle maruz kaldığı yönündeki iddialarına ilişkin kuvvetli emareleri ve karine oluşturan olguların varlığını ortaya koyduğunu belirtip mağdurlaştırmanın şartlarının meydana geldiğini tespit etmiştir. İş Kanunu'nun öngördüğü iş güvencesi sisteminde işverene mutlak bir işe iade yükümlülüğü getirilmemiş, süresi içerisinde kendisine başvuru işverene işçiye işe başlatmak yahut işe başlatmayıp tazminat ödemek şeklinde seçimlik hak tanınmıştır. Mağdurlaştırmanın ortaya çıkması için ayrımcılığa uğradığı iddiası ile yaptığı şikâyet sonucunda kişinin olumsuz muameleyle maruz kalması gerekmektedir. İşyerinde pasifize edilme, işten çıkarılma, ücretinin artırılmaması, geçerli bir neden olmaksızın görev yerinin değiştirilmesi, çalışma koşullarının ağırlaştırılması, terfi ettirilmeme gibi hak arama yollarına başvurmaktan caydırma amacı taşıyan misilleme niteliğinde davranışlar olumsuz muameleyle örnek olarak gösterilebilir. Muhatap işverenin iş mevzuatının kendisine tanıdığı yetkiyi kullanmasının kişiyi hak arama yollarına başvurmaktan caydırma ve cezalandırma amacı güden bir davranış olarak değerlendirilmesinin 4857 sayılı Kanun ile getirilen, işverene tazminat ödeme yükümlülüğü getirmek suretiyle işçinin hakları ile işverenin girişim ve sözleşme özgürlüğü arasında denge kurmaya çalışan iş güvencesi sistemi ile bağdaşmayan bir görünüm arz ettiği kanaatinde olup Karar'da ulaşılan sonucu isabetli bulunmamasıdır.

KAYNAKÇA

- Akyiğit, Ercan; Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2021.
- Alp, Mustafa: "İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Güvencesi Yasası)", DEÜHFD, 2003, C. 5, S. 1 (İş Güvencesi).
- Alp, Mustafa: "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Heinisch/Almanya Kararı Işığında Whistleblowing (İşçinin İfşa ve İhbarı) ve İş İlişkisinde İfade Özgürlüğü, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 15, Özel S., 2013.
- Antalya, Gökhan; Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması. İstanbul 2017.
- Arslan Ertürk, Arzu: "Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kanunu Tasarı Taslağında Yer Alan Psikolojik Tacize İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi", Sicil İş Hukuku Dergisi, 2012, S. 27.
- Avcioğlu Aksoy, Ezgi/Çaptuğ Dilek, Mehpare: "Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kararları Işığında İşverenin Eşit Davranma Yükümlülüğü", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 49, 2023.
- Baybora, Dilek: "Paris Prensipleri Çerçevesinde Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Üzerine Bir İnceleme", Çimento İşveren, C. 32, S. 4, 2018.
- Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat/Özkaraca, Ercüment; İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 34. Bası.
- Demir, Kübra; İş Hukukunda 6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Bağlamında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, İstanbul 2021.
- Düğmeci, Fatih; Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumunun Yapısı ve İdare Üzerindeki Ayrımcılık Denetimi, Ankara 2019.
- Eren, Hayrettin; Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, Ankara 2016.
- Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim/Baskan, Esra; İş Hukuku, 10. Baskı, İstanbul 2020.
- Karan, Ulaş; Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, İstanbul 2017.
- Karan, Ulaş/Sever, Çiğdem; Bir İnsan Hakları Koruma Mekanizması Olarak Ulusal Eşitlik Kurumları Kamu Denetçiliği Kurumu ve Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Örneği, Eşit Haklar İçin İzleme Derneği, İstanbul 2020.
- Kayaalp, Dilek: "Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu ile Getirilen Ayrımcılık Yasağı İstisnalarının İş Hukukundaki Görünümü Üzerine Bir Değerlendirme", ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019/1.
- Keser, Hakan; İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebep, Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara 2010.
- Kutsal Savaş, Fatma Burcu: "Geçersiz Fesih Yaptırımları: İşe İade veya Tazminat", Prof. Dr. Turhan Esener III. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Editörler: Yrd. Doç. Dr. Ender Demir, Arş. Gör. Beste Gemici Filiz, 2017 Ankara (İşe İade).
- Kutsal Savaş, Fatma Burcu: "Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Hükümleri Doğrultusunda İşyerinde Psikolojik Taciz", İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, İstanbul 2017.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş; İş Hukuku, Ankara 2022.
- O'Leary, Siofra; Employment Law at the European Court of Justice: Judicial Structures, Policies and Processes, Hart Publishing, 2012.
- Öktem Songu, Sezgi: İş Sözleşmesinin Feshine İlişkin Sözleşmesel Kayıtların Geçerliliği", İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, Editörler: Prof. Dr. Kübra Doğan Yenisey/Dr. Öğr. Üyesi Seda Ergüneş Emrağ, İstanbul 2017.
- Öktem Songu, Sezgi: "İş Yargılamasında Belirsiz Bir Hukuki Kavram: Samimiyet", İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar II, Editörler: Prof. Dr. Kübra Doğan Yenisey/Dr. Öğr. Üyesi Seda

- Ergüneş Emrağ, İstanbul 2018 (Samimiyet).
- Süzek, Sarper; İş Hukuku, 22. Baskı, İstanbul Kasım 2022.
 - Tınaz, Pınar/Bayram, Fuat/Ergin, Hediye; Çalışma Psikolojisi ve Hukuki Boyutlarıyla İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), İstanbul 2008.
 - Uzun, İsmail/Türe, Gökhan: "İdari Usulde Re'sen Araştırma İlkesi ve Suçsuzluk Karinesi: Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumunun Ayrımcılık Yasağının İhlali İncelemesinde İspat Yükü Özelinde Bir Değerlendirme", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXV, 2021.
 - Ünal, Canan: "Karşılaştırmalı Hukuk Işığında İşyerinde Psikolojik Tacizin İşverenin İşçinin Kişiliğini Koruma ve Eşit Davranma Borcu Kapsamında Değerlendirilmesi", Legal İHS-GHD, 2013, S. 37, s. 64-65 (Psikolojik Taciz).
 - Ünal, Canan; İş Hukukunda Yaş Ayrımcılığı, İstanbul 2018.
 - Yıldız, Gaye Burcu; İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Yetkin Yayınları, 2008.
 - Yiğit, Yusuf: "İş Hukukunda Geçersiz Fesih Kavramı ve Geçersiz Fesih Üzerine İşe İade Başvurusu Yapan İşçinin İşe Başlatılmaması ve Sonuçları", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C. II, İstanbul, 2011.

Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukukun Genel İşlem Koşulları Bağlamında Değerlendirilmesi

Öz

Çalışmak üzere ülkemizden yurt dışına giden çok sayıda işçinin iş sözleşmelerinin sona ermesinden sonra Türkiye’de işçilik alacaklarının tahsili amacıyla dava açtıkları bilinmektedir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi son yıllarda işçi ve işveren arasında imzalanan bireysel iş sözleşmesinde hukuk seçimi anlaşması bulunması halinde uyumsuzluğa yabancı hukukun uygulanması gerektiğine yönelik pek çok karar vermiştir. Bir kısım dosyalarda Bölge Adliye Mahkemelerince verilen direnme kararları

üzerine Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nca çok yeni tarihte verilen kararlar da Özel Daire kararları ile aynı doğrultuda olmuştur. Anılan kararların önemi dikkate alınarak işçinin yurt dışında fasıllı çalışması halinde her bir çalışma dönemi bakımından uyumsuzluğa uygulanacak hukukun belirlenmesi, hukuk seçimi ile genel işlem koşulları arasındaki ilişki, mutad işyerinin tespiti, doğrudan uygulanan kurallar ve kamu düzeni müdahalesinin koşulları gibi önemli konular bu çalışmada incelenecektir.

Anahtar Sözcükler:

Yurt dışı iş sözleşmesi, hukuk seçimi, genel işlem koşulları.

Evaluation Of The Law Applicable To Employment Contracts Containing Foreign Elements In The Context Of General Terms And Conditions

Abstract

It is known that many workers who go abroad from our country to work file suit in Türkiye after their employment contract expired. The 9th Civil Chamber of the Supreme Court of Appeals has made many decisions in recent years stating that if there is a choice of

law agreement in the individual employment contract signed between the employee and the employer, foreign law should be applied to the dispute. The very recent decisions made by The General Assembly of the Supreme Court of Appeals on the resistance decisions given

* Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Tetkik Hakimi, volkann0715@hotmail.com, ORCID: 0009-0004-2809-6822.

by the regional courts of justice in some case files were also in the same direction. Considering the importance of the aforementioned decisions, significant issues such as determining the law to be applied to the dispute in terms of each working period in case the employee

works intermittently abroad, the relationship between the choice of law and general terms and conditions, determination of the habitual workplace, directly applied rules and conditions of public order intervention will be examined in this study.

Keywords:

Foreign employment contract, choice of law, general terms and conditions.

I. Giriş

Günümüzde inşaat sektöründe faaliyet gösteren birçok firma dünyanın farklı ülkelerinde üstelendikleri projelerini gerçekleştirmek için Türk işçilerinden yararlanmakta, bu kapsamda işçilerle yurt dışı bireysel iş sözleşmesi imzalanarak işçinin yurt dışına çıkışı sağlanmaktadır. Proje bitimi veya başka herhangi bir nedenle iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra işçiler tarafından Türkiye’de işçilik alacaklarının tahsili amacıyla davalar açılmaktadır.

Yabancılik unsuru taşıyan bu davalarda öncelikle uyuşmazlığa uygulanacak hukukun tespit edilmesi sorunu ortaya çıkmaktadır. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun¹ (6100 sayılı Kanun) 33 üncü maddesinde hâkimin, Türk hukukunu resen uygulayacağı düzenlenmiştir. Hukuk deyimi; Anayasayı, kanunları, kanunlara aykırı olmayan yönetmelik ve bunlara aykırı olmayan tüzükleri, örf ve âdet hukukunu, hatta Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeleri de kapsamaktadır². Buna göre; Türk kanunlar ihtilâfı kuralları yani 5718 sayılı Kanun³ hükümleri Türk pozitif hukukunun bir parçası olması sebebiyle hâkim tarafından resen uygulanmak zorundadır⁴.

5718 sayılı Kanun’un 2 nci maddesinde de hâkimin Türk kanunlar ihtilâfı kurallarını ve bu kuralara göre yetkili olan yabancı hukuku resen uygulayacağı hükme bağlanarak yabancı hukukun tatbikinin güçlendirilmesi amaçlanmıştır. O halde, yabancılik unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde Türk kanunlar ihtilâfı kurallarına göre uygulanacak hukukun belirlenmesi ve bu hukukun olaya uygulanması gerekmektedir.

Yurt dışı iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuka ilişkin özel düzenleme 5718 sayılı Kanun’un 27 nci maddesinde dört fıkra halinde yer almaktadır. Maddenin ilk fıkrasında irade muhtariyeti ilkesinin bir yansıması olarak hukuk seçimi yer almakta iken, diğer fıkralarında hukuk seçimi yapılmaması durumunda sözleşmeye uygulanacak hukuk kademeli olarak tayin edilmektedir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de, yurt dışı iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklara ilişkin olarak 24.11.2020 tarihinden itibaren verdiği bozma kararlarında 5718 sayılı Kanun’un 27 nci maddesine yönelik değerlendirmelerde bulunarak, koşulları bulunması halinde yabancı ülke hukukunun uygulanması gerektiğine işaret etmiştir. Söz konusu kararların yerleşik hale geldiği söylenebilir.

Yurt dışı iş sözleşmesinden kaynaklanan bir uyuşmazlıkta Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 6. Hukuk Dairesi’nce, iş sözleşmesi hükümlerinin

1 Resmî Gazete (R.G.) 04.02.2011, S. 27836.

2 Baki Kuru/Burak Aydın, Medeni Usul Hukuku El Kitabı, C.1, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 592.

3 R.G. 12.12.2007, S. 26728.

4 Cemal Şanlı/Emre Esen/İnci Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, 6. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul,

genel işlem koşulu niteliği taşıdığı gerekçesiyle sözleşmeye değer verilmeyerek somut olayda Türk hukukunun uygulanmasına karar verilmiş, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ise temyiz incelemesi neticesinde verdiği bozma kararında, söz konusu yurt dışı iş sözleşmesinin bağlayıcı ve geçerli olduğu sonucuna varmıştır⁵. Bazı dosyalarda Bölge Adliye Mahkemelerince verilen direnme kararları üzerine uyuşmazlığı inceleyen Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından verilen kararlar⁶ da Özel Daire bozma kararları ile aynı yönde olmuştur. Bu noktada çalışmamızda, hukuk seçimi yapılmakla birlikte yapılan hukuk seçiminin geçerli olup olmadığı konusunda özellikle genel işlem koşulları ile ilgili değerlendirmeler yapılacaktır.

II. Milletlerarası Özel Hukuk Sisteminde Yabancılık Unsuru İçeren İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukukun Tespiti

A. Genel Olarak 5718 sayılı Kanun

5718 sayılı Kanun'un 12.12.2007 tarihinde yürürlüğe girmesiyle birlikte 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (2675 sayılı Kanun) yürürlükten kaldırılmıştır⁷. Yabancılık unsuru içeren sözleşmelere uygulanacak hukuk, 2675 sayılı Kanun'da tek ve genel bir madde ile düzenlenmiş (24 üncü madde) olup özel kurallara yer verilmemiştir. 5718 sayılı

Li Kanun'da ise sözleşmelere uygulanacak hukuk konusunda 24 üncü maddede genel bir bağlama kuralı kabul edilmiş, 27 nci maddede "iş sözleşmeleri" bakımından özel bağlama kuralına yer verilmiştir.

2675 sayılı Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde sözleşmesel borç ilişkilerini düzenleyen hükme yönelik doktrinde eleştiriler bulunmaktaydı⁸. Söz konusu eleştiriler ve Avrupa Birliği'nin konuya ilişkin düzenlemelerine uyum sağlanması gereğinin bir sonucu olarak Sözleşmesel Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu (Roma Konvansiyonu) hükümlerinden esinlenilerek 5718 sayılı Kanun düzenlenmiştir⁹. 5718 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra da Roma Konvansiyonunu önemli değişikliklere uğratan Roma I Tüzüğü Avrupa Birliği'nde kabul edilmiştir.

5718 sayılı Kanun'un 1 inci maddesinin birinci fıkrasında, "Yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, yabancı kararların tanınması ve tenfizi bu Kanunla düzenlenmiştir." hükmü yer almaktadır. Buna göre; bir uyuşmazlığın yabancılık unsuru içermesi halinde 5718 sayılı Kanun hükümlerine göre uygulanacak hukukun belirlenmesi gerekmektedir. Bu bakımdan ilk ele alınması gereken husus yabancılık unsuru kavramıdır. Yabancılık unsuru kavramının açıklanmasından sonra aynı Kanun'un 27 nci maddesinin kapsamının değerlendirilmesi yerinde olacaktır.

5 Yargıtay 9. HD, E: 2022/4504, K: 2022/5355, T: 27.04.2022; aynı yönde bkz. Yargıtay 9. HD, E: 2022/6029, K: 2022/8323, T: 27.06.2022 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>; erişim tarihi: 07.01.2023); Yargıtay 9. HD, E: 2022/8636, K: 2023/7226, T: 17.05.2023; Yargıtay 9. HD, E: 2022/14850, K: 2023/7651, T: 24.05.2023; Yargıtay 9. HD, E: 2022/11638, K: 2023/8628, T: 05.06.2023 (<https://intranet.uyap.gov.tr>; erişim tarihi: 01.08.2023).

6 Yargıtay HGK, E: 2022/9-549, K: 2023/527, T: 24.05.2023; Yargıtay HGK, E: 2023/9-196, K: 2023/520, T: 24.05.2023 (<https://intranet.uyap.gov.tr>; erişim tarihi: 01.08.2023).

7 20.05.1982 tarihli ve 2675 sayılı Kanun, 5718 sayılı Kanun'un 64 üncü maddesinin birinci fıkrası ile yürürlükten kaldırılmıştır.

8 Eleştiriler için bkz. Aysel Çelikel/B. Bahadır Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, 14. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 349-356; Bahadır Erdem, "Genel Olarak Akitler: 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da Düzenlenen Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Uygulanacak Olan Hukuk", Avrupa'da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Araştırmaları Merkezi Konferans Yayınları Serisi-2, İstanbul 2010, s. 95-102.

9 Hatice Özdemir Kocasakal, "Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları", C. 30, S. 1-2, 2010, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, s. 28.

B. İş Sözleşmelerinde Yabancılık Unsuru

5718 sayılı Kanun'un 1 inci maddesinin birinci fıkrasında açıkça hüküm altına alındığı üzere özel hukuka ilişkin bir işlem veya ilişkiden doğan uyuşmazlığın milletlerarası özel hukuktaki kanunlar ihtilâfı hükümlerine göre çözülebilmesi için ilgili uyuşmazlığın yabancılık unsuru içermesi gerekir. İş sözleşmeleri hakkında uygulanacak hukuku düzenleyen 5718 sayılı Kanun'un 27 nci maddesindeki özel bağlama kuralının uyuşmazlıkta uygulanabilmesi için de iş sözleşmesinde *yabancılık unsuru* bulunmalıdır. Bu noktada öncelikle taraflar arasındaki hukuki ilişkinin iş sözleşmesi niteliğinde olup olmadığı tespit edilmelidir.

İş sözleşmesinden ne anlaşılması gerektiği hususu bir vasıflandırma sorunu olup bu vasıflandırmanın hâkimin hukuku (*lex fori*) çerçevesinde yapılması gerekir¹⁰. O halde, Türk mahkemelerinde görülen ve yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar bakımından Türk hukukuna göre vasıflandırma yapılacaktır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun (4857 sayılı Kanun) 8 inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca iş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir. Bu tanıma göre hukukumuzda iş sözleşmesinin temel unsurları; iş görme, ücret ve bağımlılıktır¹¹. Söz konusu unsurlardan herhangi birinin eksik olması durumunda taraflar arasında

iş sözleşmesinin varlığından söz edilemeyecektir.

5718 sayılı Kanun'da yabancılık unsuru tanımlanmamıştır. Doktrinde, yabancılık unsuru, herhangi bir hukuki olay veya ilişkiyi birden fazla devletin hukuku ile irtibatlı hale getiren unsur olarak tanımlanmıştır¹². Bu tanımdan hareketle iş hukukunda işçinin veya işverenin yabancı olması, işverenin işletme merkezinin yabancı ülkede bulunması, işçinin işini mutad olarak yabancı bir ülkede ifa etmesi, iş sözleşmesinin yabancı bir ülke ile sıkı irtibatlı olduğunun durumun genelinden anlaşılması gibi hâllerde iş sözleşmesinin yabancılık unsuru içerdiği kabul edilmektedir¹³. Yargıtay kararlarında¹⁴ da yabancılık unsurunun

10 Zeynep Derya Tarman, "Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2010, C. 59, S. 3, s. 526; Vahit Doğan, İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilâfı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996, s. 98; Nuray Ekşi, "Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk", Prof. Dr. Kenan Tunçomağ'a Armağan, İstanbul 1997, s. 117; Doğa Elçin, Milletlerarası Unsurlu Bireysel ve Toplu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s. 13-20.

11 Sarper Süzek, İş Hukuku, 18. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 223-232; Ömer Ekmekçi/Esra Yiğit, Bireysel İş Hukuku, 4. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 23; Nuri Çelik/Nurşen Caniklioğlu/Talat Canbolat vd., İş Hukuku Dersleri, 35. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 164; Kenan Tunçomağ/Tankut Centel, İş Hukukunun Esasları, 10. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 71-73.

12 Ergin Nomer, Devletler Hususi Hukuku, 21. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 5; Vahit Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, 8. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2022, s. 6-7; Gülin Güngör, Türk Milletlerarası Özel Hukuku Kanunlar İhtilâfı Hukuku Milletlerarası Usul Hukuku, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 31; Ziya Akıncı, Milletlerarası Özel Hukuk, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, s. 4-5; Çelikel/Erdem, s. 10; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, s. 5; Deniz Kırılı Aydemir, "Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Olan Hukuk", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2008, C. 5, S. 18, s. 468; Beyza Çağla Şahin, Bireysel İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, On İki Levha Yayıncılık İstanbul, 2021, s. 38.

13 Tarman, s. 526; Ekşi, s. 118; Doğan, 1996, s. 49; Şahin, s. 38; Elçin, s. 39-42; A. Can Tuncay, "Devletler Hususi Hukukunda Hizmet İlişkinine Uygulanacak Kanun", Onar Armağanı, İstanbul, 1977, s. 899; Tankut Centel, "Türk Hukukunda Bireysel İş Uyuşmazlığına İlişkin Uluslararası Yetki ve Bağlama Kuralları" Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, Çalışma ve Endüstri İlişkileri Araştırma Merkezi, İstanbul, 1983, s. 217-220; Ersin Erdoğan/Canan Erdoğan, "Türkiye'den Yurt Dışına Götüürülen İşçiler Hakkındaki Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2016, C. 13, S. 50, s. 963; Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu/Beste Gemici Filiz, "Türk Hukukunda Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk ve Tarafların Hukuk Seçimi", Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, C. 15, S. 1, s. 598-599.

14 "...Somut olayda gelince, davanın taraflarının aynı zamanda ABD vatandaşı oldukları, davaya konu edilen şirketin ABD'nde bir şirket olduğu, davaya dayanak sözleşmenin bu ülkede düzenlendiği, tarafların uzun süre bu ülkede yaşadıkları, davacının dava dilekçesindeki adresinin dahi ABD'ndeki adresi olduğu anlaşılmalı, uyuşmazlığın yabancı unsur içermesi bağlamında çekişmenin esas hakkında uygulanacak hukukun re'sen belirlenmesi gerektiği kuşkusuzdur...": Yargıtay 11. HD, E: 2013/15863, K: 2014/18821, T: 02.12.2014 (<https://karararama.yargitay.gov.tr; erişim tarihi: 26.06.2023>). "...Dava konusu olayda, davacı şirketin Almanya'da kurulmuş olduğu, davalının da

tespitinde, tarafların vatandaşlığı, ikametgâh adresleri, sözleşmenin düzenlendiği yer, şirketin menşei gibi kriterlerden yararlanıldığı görülmektedir.

Uluslararası çalışma koşullarının değişmesine bağlı olarak ihtiyaçlara göre çok farklı şekillerde iş sözleşmesi yapılması mümkün olduğundan her somut olayın özelliği dikkate alınarak yabancılık unsurunun belirlenmesi gerekmektedir. Yabancılık unsuru, kişi bakımından yabancılık unsuru veya yer bakımından yabancılık unsuru olmak üzere genelde iki şekilde ortaya çıkmakla¹⁵ birlikte, yabancılık unsuruna dair yukarıda sayılan söz konusu hâller sınırlayıcı sayıda değildir¹⁶.

5718 sayılı Kanun'un 2 inci maddesinin birinci fıkrasında "*Hâkim, Türk kanunlar ihtilâfi kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re'sen uygular. Hâkim, yetkili yabancı hukukun muhtevasının tespitinde tarafların yardımını isteyebilir.*" hükmü düzenlenmiştir. Buna göre; uyuşmazlık konusu olayda iş sözleşmesinin yabancılık unsuru taşıdığına dosya kapsamından tespit

edilmesi halinde hâkim Türk kanunlar ihtilâfi kurallarına göre yetkili olan yabancı hukuku resen¹⁷ araştırıp bularak¹⁸ olaya uygulamak durumundadır. Hâkimin, bu kuralları uygulama zorunluluğu, bizzat Türk hukukundan kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla milletlerarası usul hukuku ve kanunlar ihtilâfi hukuku kurallarının uygulanmaması veya hatalı uygulanması öncelikle Türk hukukuna aykırılık teşkil eder¹⁹. Bu nedenle, yargılama hukuku bakımından yabancılık unsurunun niteliğinin ortaya konulması son derece önemlidir.

Yabancılık unsuru, maddi vakia niteliğinde olmayıp hukukun uygulanmasına koşul *hukuki* bir vakiyedir. Hukuki olması, yabancılık unsurunun,

yurtdışında ikamet ettiği, sözleşmenin Köln/Almanya'da akdedildiği, taraflarca sözleşmede açık bir hukuk seçimi yapılmadığı anlaşılmış olup, bu nedenle yabancılık unsuru bulunan sözleşmeye Alman Hukuku'nun uygulanıp uygulanamayacağına 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun kapsamında tartışılmadan Türk Hukuku'nun uygulanması suretiyle sonuca varılması doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir...": Yargıtay 11. HD, E: 2019/83, K: 2020/3914, T: 07.10.2020 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>; erişim tarihi: 26.06.2023).

15 "...Bir uyuşmazlığın kanunlar ihtilafı hukukunun kapsamına girebilmesi için o uyuşmazlığın yabancı unsur içermesi gerekir. Yabancı unsur, hukuki işlemi bir devletin hukuk düzeni dışında, en az bir veya daha fazla hukuk düzeni ile irtibatlı hâle getiren unsurdur. Yabancı unsur, şahıs bakımından ve yer bakımından ortaya çıkabilir. Şahıs bakımından yabancı unsur, kişinin tabiiyet durumuna, yer bakımından yabancı unsur hukuki ilişkinin hâkimin bulunduğu devletin dışında gerçekleşmesiyle ortaya çıkar...": Yargıtay HGK, E: 2017/12-367, K: 2019/350, T: 26.03.2019 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>; erişim tarihi: 26.06.2023).

16 Rifat Erten, "Yurt Dışında Çalışan Türk Vatandaşı İşçilerin Türkiye'de Açtıkları İşçi Alacaklarına Dair Davalarda Milletlerarası Yetki ve Uygulanacak Hukuk Meseleleri", Prof. Dr. Rıza Ayhan'a Armağan, Ankara, 2022, C. 1, s. 222. İş sözleşmesine yabancılık unsuru veren kistasların dar tutulmaması gerektiği ifade edilmiştir: Ekşi, s. 118, Çelikel/Ertem, s. 386.

17 Güngör, s. 98; Doğan, 2022, s. 249. Tarafların talepleri olmasa da, hâkimin yabancı unsur içeren bir ihtilâfin hangi hukuka tâbi olacağını resen tespit etmek zorunda olduğu hakkında bkz. Musa Aygül/ M. Fatih Uşan, "İş Güvenliği Hükümlerinin Uygulanmasında 30 İşçi Çalıştırılması Koşulu Açısından Gerekli Sayının Tesbitinde Türkiye'de Bulunan İrtibat Bürosunda Çalışan İşçiler İçin Yurt Dışındaki İşyerlerinde Çalışan İşçiler Dikkate Alınabilir mi?", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Yargıtay Kararları ve İncelemeleri Dergisi, C. 2, S. 3, 2007, s. 85.

18 "...Bölge Adliye Mahkemesince; Rusya hukuk sisteminde bulunan uyuşmazlık konusuna ilişkin tercüme edilmiş kanun maddelerini, ilgili bilgi ve belgeler ile olayın çözümü için gerekli olan tüm dokümanları sunmaları için taraflara süre ve imkân tanınmalı, gerekirse Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi hükümlerinden de yararlanılmalıdır. Bundan başka Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğünden Rusya Federasyonu İş Kanunu'nun davacının çalışma dönemindeki değişiklikleri de içerecek şekilde tüm Kanun maddeleri ile bilgi ve belgelerin gönderilmesi istenmeli, bu konuda yöntemine uygun şekilde yazı yazılmalı, gerekli bilgi ve belgeler ile Rusya Federasyonu İş Kanunu maddelerinin Türkçe tercüme ve sağlandıktan sonra "İlgili hukuk" başlığında yer verilen 5718 sayılı Kanun maddeleri olayın çözümünde göz önünde tutularak somut uyuşmazlık hakkında değerlendirme yapılmalıdır. Ardından olayın çözümüne ve tarafların seçmiş olduğu hukuka uygun, gerekçeli, tarafların ve Yargıtay'ın denetimine açık bilirkişi raporu alınmalı ve oluşacak sonuca göre bir karar verilmelidir. Eksik inceleme ve araştırma ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir."; Yargıtay 9. HD, E: 2022/16067, K: 2023/2360, T: 15.02.2023; benzer yönde bkz. Yargıtay 11. HD, E: 2018/3313, K: 2020/2354, T: 04.03.2020; Yargıtay (Kapatılan) 14. HD, E: 2016/13302, K: 2017/5712, T: 05.07.2017; Yargıtay 8. HD, E: 2013/7353, K: 2014/5765, T: 31.03.2014 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>; erişim tarihi: 26.06.2023).

19 Erten, s. 221; Tuğçe Nimet Yaşar, "Türk Mahkemelerinde Yabancı Hukukun Uygulanması", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 2013, C. 33, S. 2, s. 107.

hâkimin hukuku resen uygulama yükümlülüğünün koşul ögesi olmasından kaynaklanmaktadır. Bu nedenle yabancılık unsurunun tespit edilmesi faaliyeti, hâkimin hukuku uygulama yükümlülüğünden bağımsız düşünülemez, yargılama hukukuna özgü usuli bir faaliyettir. Bu bağlamda *iddia ve savunmanın değiştirilmesi veya genişletilmesi yasağının* yabancılık unsurunun tespiti açısından uygulanmayacağı belirtilmektedir²⁰.

C. Hukuk Seçimi (Sübjektif Bağlama Kuralı)

1. Genel Olarak

Sözleşme özgürlüğü ilkesinin yabancılık unsuru içeren sözleşmeler alanındaki yansıması olan irade özerkliği ilkesi, milletlerarası özel hukukun temel ilkelerinden birisidir²¹. 5718 sayılı Kanun'un 27 nci maddesinin birinci fıkrasında²² da yabancılık unsuru içeren iş sözleşmelerinin hukuk seçimine konu olabileceği kabul edilmiş ve iş sözleşmelerine ilişkin bağlama kuralları düzenlenirken taraf iradelerine ilk sırada yer verilmiştir²³. Taraf iradelerine bağlama (sübjektif bağlama) kuralı, yabancılık unsuru taşıyan iş sözleşmesinin taraflarına uyumsuzluğa uygulanacak hukuku seçme imkânı tanımaktadır. Taraflarca hukuk seçimi yapılmadığı ya da yapılan hukuk seçiminin

geçersiz olduğu durumlarda ise alt başlıklarda değinileceği üzere objektif bağlama kuralları devreye girmektedir.

2. Hukuk Seçiminin Yapılış Şekli, Niteliği ve Geçerliliği

5718 sayılı Kanun'un 27 nci maddesinin birinci fıkrasına göre; kural olarak taraflar iş sözleşmelerine uygulanacak hukuku serbestçe seçebilirler. Hukuk seçimi aslında taraflar arasında var olan maddi hukuk sözleşmesinden bağımsız başka bir sözleşmedir²⁴. 5718 sayılı Kanun'da hukuk seçimi sözleşmesinin şekline ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu noktada sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde uygulanacak hukuku düzenleyen aynı Kanun'un 24 üncü maddesinin iş sözleşmeleri bakımından da geçerli olacağı kabul edilmektedir. Buna göre; söz konusu 24 üncü maddenin birinci fıkrasında yer alan, "*Sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tâbidir. Sözleşme hükümlerinden veya hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçimi de geçerlidir.*" hükmü dikkate alındığında hukuk seçiminin açık veya örtülü (zımnî) irade beyanı ile yapılabileceği²⁵ sonucuna varılmaktadır.

Bir hukuk seçiminin "açık" olması ile kastedilen, o sözleşmenin taraflarının belirli bir hukuku seçme konusundaki iradelerini, yorumu gerektirmeyecek şekilde net ve anlaşılır olarak beyan etmiş

20 Mesut Aygün, "Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2014, C. 16, Özel Sayı (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, Basım Yılı 2015), s. 1057.

21 Elçin, s. 63; Doğan, 1996, s. 15-18; Cüneyt Çilingiroğlu, "Devletler Özel Hukuku Alanında Borç Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi: Sübjektif Bir Bağlanma Noktası Olarak Taraf İradeleri", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 1989, C. 9, S. 2, s. 104; Bilgin Tiryakioğlu, Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1996, s. 19-20; Gözde Murtaz, "Yabancı Unsurlu Akitlerde Hukuk Seçimine Dair Meseler", Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara 2018, s. 47.

22 5718 sayılı Kanun'un 27 nci maddesinin birinci fıkrası şu şekildedir: "İş sözleşmeleri, işçinin *mutad* işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgari koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuka tâbidir."

23 Tarman, s. 528; Doğan, 2022, s. 398; Şahin, s. 58.

24 Güngör, s. 93; Doğan, 2022, s. 401, 412; Tiryakioğlu, s. 25; Doğan, 1996, s. 26; Aslı Bayata Canyaş, AB ve Türk Hukuku Uyarınca Sözleşmeye Uygulanacak Hukuka İlişkin Genel Kural, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s. 83; İlyas Arslan, "5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Zımnî Hukuk Seçimi", C. 33, S. 2, 2013, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, s. 6; Murtaz, s. 63.

25 Nomer, s. 339; Doğan, 2022, s. 401; Tarman, s. 528; Elçin, s. 78; Gülören Tekinalp/Ayfer Uyanık, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, 12. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, s. 281; Vahit Doğan, "5718 Sayılı Kanuna Göre İş Akdine Uygulanacak Hukukun Tespiti", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007, C. 11, S. 1-2, s. 154; Bozkurt Gümrükçüoğlu/Gemici Filiz, s. 604. Hukuk seçiminin açık ya da örtülü olarak yapılabilemesinin mümkün olduğu hakkında bkz. Çilingiroğlu, s. 110.

olmalarıdır²⁶. Yani, açık hukuk seçimi, *açıklanmış* hukuk seçimidir. Tarafların sözleşmelerinde yetkili devletin hukukunu ismen bildirmeleri veya söz konusu yer, sözleşmede belli olmak kaydıyla "işyeri hukuku" gibi sıfatıyla belirlemeleri açık hukuk seçimidir²⁷. Hukuk seçimi konusunda tarafların açık bir irade ortaya koymadığı durumda 5718 sayılı Kanun'un yukarıda yer alan 24 üncü maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesine göre zımni bir hukuk seçimi yapıp yapılmadığının belirlenmesi gerekecektir. Bu belirleme yapılırken; bir ülke mahkemesinin yetkili kılınması, işçinin ücretinin ödeneceği para birimi, sözleşmede özellikle belirli bir ülke hukukuna özgü dil ve terminolojinin kullanılması, tarafların daha önceki sözleşme uygulamaları ve özellikle tarafların benzer nitelikteki sözleşmelerden birinde veya birbirleriyle sıkı ilişki içinde bulunan sözleşmelerden birinde açıkça hukuk seçimi yapması ya da belirli bir ülke hukukuna dayanılarak gerçekleştirilmiş standart sözleşme şartlarının kullanılması gibi kriterler dikkate alınabilir²⁸.

İş sözleşmelerinde hukuk seçimini düzenleyen 5718 sayılı Kanun'un 27 nci maddesi hükmü, seçilen hukukun, iş sözleşmesiyle irtibatlı bir hukuk olması konusunda herhangi bir sınırlama getirmemekte olup, taraflar hukuk seçimi konusunda tamamen serbesttir. Bu nedenle, taraflarca iş sözleşmesiyle irtibatlı olmayan diledikleri herhangi bir devletin hukuku seçilebilir, yani hukuk seçimi klozu (şart) sözleşmeyle irtibatlı olmasa da herhangi bir devletin hukukuna işaret edebilir²⁹.

Hukuk seçimi yapan tarafların seçilen hukuku emredici, tamamlayıcı ve yorumlayıcı kuralları ile birlikte bir bütün olarak seçtiği kabul edilir³⁰. Seçilen hukukun kapsamı konusunda 5718 sayılı Kanun'un 2 nci maddesinin dördüncü fıkrasındaki düzenlemeye göre; taraflarca aksi açıkça kararlaştırılmadıkça seçilen hukukun *maddî hukuk hükümleri* uygulanır. Yani, taraflar seçilen hukuku, kanunlar ihtilafı hukuku kuralları dâhil seçtiklerini açıkça bildirmemişlerse seçilen hukukun kanunlar ihtilafı hukuku kuralları dışlanmaktadır³¹.

Hukuk seçiminin yapılma zamanı konusunda mevzuatta herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır³². 5718 sayılı Kanun'un 24 üncü maddesinin üçüncü fıkrasına göre hukuk seçimi taraflarca her zaman yapılabilir veya değiştirilebilir. İş sözleşmeleri yönünden mevzuatımızda özel bir düzenleme bulunmadığından söz konusu genel düzenleme iş sözleşmeleri için de uygulanacaktır. Buna göre kural olarak iş sözleşmelerinde hukuk seçimi, sözleşmenin kuruluşundan uyuşmazlığın ortaya çıkmasına, hatta yargılama aşamasına kadar her zaman yapılabilir ya da değiştirilebilir³³. Asıl sözleşmenin yapılması anına kadar hukuk

s. 605; Şahin, s. 66; Akıncı, s. 53; Murtaz, s. 47.

30 Güngör, s. 179; Tekinalp/Uyanık, s. 290; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, s. 263; Nuray Ekşi, "Kanunlar İhtilafı Alanında "Incorporation", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 1999, C. 19, S. 1-2, s. 267; Erdoğan Göger, Devletler Hususî Hukuku (Kanunlar İhtilafı), 3. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1975, s. 292; Çilingiroğlu, s. 106; Murtaz, s. 98.

31 Güngör, s. 183; Çelikel/Erdem, s. 342-343; Çilingiroğlu, s. 111-112; Tekinalp/Uyanık, s. 280.

32 Doğan, 1996, s. 41; Göger, s. 292; Nomer, s. 321; Çelikel/Erdem, s. 343; Çilingiroğlu, s. 113.

33 Elçin, s. 107-108; Tekinalp/Uyanık, s. 280. Yargıtay tarafından bu konuda verilen kararda, "...5718 sayılı Kanun'un 24 üncü maddesinin üçüncü fıkrası Dairemizce, davanın esasına girilinceye kadar tarafların hukuk seçimi yapmasının ya da değiştirmesinin mümkün olduğu şeklinde değerlendirilmiştir. Davanın esasına girilinceye kadar ifadesinden anlaşılması gereken ise cevap dilekçesinde bu konuda bir itiraz ıleri sürülmemiş ya da en geç ön inceleme aşamasında uygulanacak hukuk konusunda anlaşılması şeklindedir." şeklinde değerlendirme yapılmıştır: Yargıtay 9. HD, E: 2023/6900, K: 2023/8321, T: 31.05.2023; aynı yönde bkz. Yargıtay 9. HD, E: 2023/10515, K: 2023/9144, T: 14.06.2023; Yargıtay 9. HD, E: 2023/12173, K: 2023/11926, T: 13.09.2023 (<https://intranet.uyap.gov.tr>; erişim tarihi: 10.10.2023).

26 Nomer, s. 317; Doğan, 2022, s. 401; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, s. 266; Elçin, s. 79.

27 Güngör, s. 179.

28 Arslan, 12-13; Doğan, 1996, s. 21; Aslı Bayata Canyaş, "Roma I Tüzüğü ile Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Örtülü Hukuk Seçimi", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011, C. 1, S. 1, s. 112; Pınar Öztürk, "Milletlerarası Özel Hukukta İş Kazası", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 1999, C. 19, S. 1-2, s. 816-817.

29 Elçin, s. 82-83; Tarman, s. 532; Özdemir Kocasakal, 2010, s. 30; Nomer, s. 315; Çelikel/Erdem, s. 342; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, s. 270-271; Tekinalp/Uyanık, s. 278; Çilingiroğlu, s. 107; Bozkurt Gümrükçüoğlu/Gemici Filiz,

seçimi konusunda taraf iradelerine bir sınırlama getirilmemesine rağmen, asıl sözleşmenin yapılmasından sonra hukuk seçimi sözleşmesi yapılmasına veya yapılmış olan hukuk seçiminin değiştirilmesine sınırlama getirilmiştir³⁴. Bu sınırlama, 5718 sayılı Kanun'un 24 üncü maddesinin üçüncü fıkrasının son cümlesinde, "Sözleşmenin kurulmasından sonraki hukuk seçimi, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla, geriye etkili olarak geçerlidir." şeklinde yer almaktadır. Dolayısıyla sonradan yapılan hukuk seçimi sözleşmeleri üçüncü kişilerin kazanılmış haklarını olumsuz yönde etkiliyorsa geçmişe etkili olamayacaktır.

5718 sayılı Kanun'un 27 nci maddesinde, iş sözleşmelerinde kısmi hukuk seçimine ilişkin özel bir hükme yer verilmemiştir. Aynı Kanun'un 24 üncü maddesinin ikinci fıkrasında tarafların seçilen hukukun sözleşmenin tamamına veya bir kısmına uygulanacağını kararlaştırabilecekleri düzenlenerek kısmi hukuk seçimine cevaz verilmiştir. Bu hüküm iş sözleşmeleri bakımından da geçerlidir. Ancak kısmi hukuk seçiminin yapılabilmesi için, sözleşmenin hukuki ve iktisadi bakımdan bölünebilir olması ve tarafların karşılıklı hak ve borçları bakımından karışıklığa sebebiyet verilmemesi gerektiği de ifade edilmektedir³⁵. 6100 sayılı Kanun'un 110 uncu maddesinde düzenlenen, davacının aynı davalıya karşı birbirinden bağımsız birden fazla asli talebini aynı dava dilekçesinde ileri sürmesi olarak tanımlanan davaların yığılması (objektif dava birleşmesi) iş hukuku yargılamasında sıklıkla söz konusu olmaktadır. Esasen burada birden fazla dava ve talebin söz konusu olduğu dikkate alındığında tarafların alacak tür-

lerini *parçalayarak*³⁶ farklı ülke hukuklarına tabi tutmalarında yasal bir engel bulunmamaktadır³⁷. Ayrıca, doktrinde iş sözleşmelerinde kısmi hukuk seçiminin örtülü olarak yapılabileceği de belirtilmektedir³⁸.

Şartlı hukuk seçimi yapılabilmesine ilişkin 5718 sayılı Kanun'da açık bir hükme yer verilmiş, ancak yasaklayıcı bir düzenleme de getirilmemiştir. Esasen hukukumuzda şart özgürlüğü ilkesi geçerli olup, istisnalar hariç her türlü hukuki işlem şartlı yapılabilir³⁹. Hukuk seçimi anlaşmasının bir sözleşme olduğu da dikkate alındığında taraflarca şartlı hukuk seçimi yapılması mümkündür. Bu noktada, şartın ve seçilen hukukun açık ve belirli olması gerektiği⁴⁰ ifade edilmelidir. Hu-

36 Güngör, s. 182; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 267.
37 "...10.03.2011 tarihli belirsiz süreli yurt dışı iş sözleşmesinin 7 nci maddesinde çalışılan saat ücretlerinin hesaplanmasında, 8 inci maddesinde hafta tatili ve genel tatil çalışma saat ücretlerinin hesaplanmasında işverenin adresinin bulunduğu ülke kanunlarına göre değerlendirme yapılacağı belirtilmiştir. İşveren adresinin sözleşmede Kosova olarak belirtildiği görülmektedir. İş sözleşmesinde feshe ve yıllık ücretli izne yönelik olarak açık bir hukuk seçimi bulunmamaktadır. Yıllık ücretli izin; mavi yakalılar için 30, beyaz yakalılar için 15 gün olarak belirlenmiştir. Bu açıklamalara göre davacının 10.03.2011-03.11.2011 tarihleri arasındaki çalışma dönemleri için tarafların iş sözleşmesi ile fazla çalışma, hafta tatili ve ulusal bayram ve genel tatil ücreti alacakları bakımından bir hukuk seçimi anlaşması yaptıkları kabul edilmelidir. Davacı, belirtilen çalışma dönemlerinde davalıya ait Kosova'da bulunan işyerinde çalışmış olup bu durumda ilgili dönemlerde mutad işyerinin de işçinin işini fiilen yaptığı Kosova olduğu sabittir. Fesih ve yıllık ücretli izin bakımından ise taraflar bu dönem için bir hukuk seçimi anlaşması yapmamışlardır. Mutad işyeri Kosova olmakla birlikte 5718 sayılı Kanun'un 27 nci maddesinin dördüncü fıkrası gereği hâlin bütün şartlarına göre iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili hukuk, Türk hukukudur. Adı geçen Kanun'un 27 nci maddesinin birinci fıkrasına göre mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca davacının sahip olacağı asgarî koruma; ancak tarafların hukuk seçimi yapması durumunda mümkündür. Şu durumda fesih ve yıllık ücretli izin bakımından sözleşmeye, Türk hukuku uygulanmalıdır...": Yargıtay 9. HD, E: 2022/7280, K: 2022/8049, T: 20.06.2022 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>; erişim tarihi: 20.03.2023); aynı yönde bkz. Yargıtay 9. HD, E: 2022/15480, K: 2023/7653, T: 24.05.2023 (<https://intranet.uyap.gov.tr>; erişim tarihi: 01.08.2023).

38 Elçin, s. 106.

39 Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 1166.

40 Bayata Canyaş, 2012, s. 74; Cemile Demir Gökyayla, Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri (Mün-

34 Doğan, 2022, s. 407.

35 Doğan, 2022, s. 406; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 267; Doğan, 1996, s. 58; Tekinalp/Uyanık, s. 279; Çilingiroğlu, s. 108; Elçin, s. 106; Cansu İste-Arlanoğlu, Uluslararası İş Akitlerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi ve Esasa Uygulanacak Hukuk, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 68. Tarafların uygulanacak hukuku kısmen seçmesi (kısmi hukuk seçimi) veya birden fazla hukukun uygulanmasının da mümkün olduğu hakkında bkz. Çelikel/Erdem, s. 343. Kısmi hukuk seçiminin mümkün olduğu hakkında bkz. Göger, s. 292.

kuk seçimine yönelik şart, geciktirici, değiştirici ya da bozucu nitelikte olabilir⁴¹.

Çeşitli aralıklarla yapılan birden fazla iş sözleşmesi kapsamında fasıllı bir çalışma söz konusu olduğunda, her bir çalışma dönemi yönünden ayrı ayrı hukuk seçimi anlaşması yapılması mümkün olup, Yargıtay kararlarında da bu durum kabul edilmektedir⁴². O halde, fasıllı çalışma dönemlerinde hukuk seçimi anlaşması yapılıp yapılmadığı her dönem için ayrı ayrı değerlendirilerek hukuk seçimi anlaşması bulunan dönemler yönünden seçilen ülke hukuku o dönemdeki uyumsuzluğa uygulanarak sonuca gidilmesi gerekmektedir.

hasır Bayilik Sözleşmeleri), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005, s. 282.

41 Bayata Canyaş, 2012, s. 75; Murtaz, s. 107. Yurt dışı iş sözleşmelerinde, "sözleşme maddelerinde çalışılan ülke mevzuatının geçerli olduğunun belirtildiği hususlardaki ihtilafların çözümünde öncelikle çalışılan ülke mevzuatı, çalışılan ülkede konuya ilişkin hukuki düzenleme bulunmaması halinde Türk mevzuatının uygulanacağı" şeklinde düzenleme bulunmaktadır. Sözleşmedeki bu hukuk seçimi geciktirici şarta bağlı hukuk seçimidir. Burada tarafların ilk seçtikleri hukukun uygulanmasının mümkün olmaması şartıyla Türk hukuku uygulanabilecektir. Söz konusu hukuk seçimi *kademeli* hukuk seçimi olarak da nitelendirilmektedir: Demir Gökyayla, s. 283. Yargıtay kararlarında da şartlı veya kademeli hukuk seçimi geçerli kabul edilmektedir: Yargıtay 9. HD, E: 2022/18744, K: 2023/3076, T: 28.02.2023; Yargıtay 9. HD, E: 2022/5186, K: 2022/8074, T: 21.06.2022; Yargıtay 9. HD, E: 2022/4390, K: 2022/5882, T: 12.05.2022 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>; erişim tarihi: 15.05.2023).

42 "...Dosya kapsamında göre davacı işçi davalının yurt dışı işyerlerinde 01.05.1984-20.10.2015 tarihleri arasında fasıllı olarak çalışmıştır...15.11.2011-28.08.2013 ve 26.11.2013-20.10.2015 tarihleri arasındaki çalışma dönemleri için tarafların iş sözleşmeleri ile bir hukuk seçimi anlaşması yaptıkları açıktır. Davacı, dava konusu alacakların ait olduğu söz konusu çalışma dönemleri için, davalıya ait Umman ve Irak'ta bulunan işyerlerinde çalışmış olup, bu durumda ilgili dönemlerde mutad işyerinin de işçinin işini fiilen yaptığı Umman ve Irak olduğu sabittir. Tüm bu hususlar dikkate alındığında, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 27/1. hükmü kapsamında davalının Umman ve Irak'ta yaptığı çalışmaları yönünden taraflar arasında bir hukuk seçimi anlaşması bulunduğundan, dava konusu alacakların ait olduğu söz konusu çalışma dönemleri hakkında Umman ve Irak Hukuku'nun uygulanması gerekmektedir. ...": Yargıtay 9. HD, E: 2022/1464, K: 2022/2267, T: 23.02.2022; Yargıtay 9. HD, E: 2022/5894, K: 2022/8367, T: 28.06.2022; Yargıtay 9. HD, E: 2547, K: 3064, T: 09.03.2022 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>; erişim tarihi: 15.05.2023).

Hukuk seçimi anlaşması, taraflar arasındaki asıl sözleşmede yer alan bir hükümle yapılabilirdiği gibi bağımsız başka bir sözleşme olarak da yapılabilir. Yani hukuk seçiminin mutlaka asıl sözleşmeye konulacak bir kloz ile yapılması zorunlu değildir⁴³. Hukuk seçimi anlaşması asıl sözleşmeye konulan bir hükümle yapılmışsa bu hüküm de bağımsız bir sözleşme olarak kabul edilir⁴⁴. Taraflar uygulanacak hukuku, asıl sözleşmeye bir şart olarak koysalar da, asıl sözleşmeden ayrı bir sözleşme ile seçseler de, hukuk seçimi anlaşması ayrı bir sözleşmedir ve bu sözleşmenin maddi geçerliliğinin *seçilen hukuka* tâbi olduğu doktrinde⁴⁵ çoğunlukla kabul edilmektedir. Nitekim 5718 sayılı Kanun'un "Sözleşmeden doğan ilişkinin varlığı ve maddi geçerliliği" kenar başlıklı 32 nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan "Sözleşmeden doğan ilişkinin veya bir hükmünün varlığı ve maddi geçerliliği, sözleşmenin geçerli olması hâlinde hangi hukuk uygulanacaksa o hukuka tâbidir." şeklindeki düzenleme⁴⁶ de bunu gerekli kılmaktadır. Seçilen hukukun, hukuk seçimi sözleşmesinin geçerliliği konusunda uygulanmasının karşılaştırmalı hukukta ve özellikle Avrupa Birliği hukukunda kabul edilen anlayışa da uygun olduğu⁴⁷ belirtilmektedir. O halde, hukuk seçiminin geçerliliğinin seçilen hukuka tâbi olmasına ilişkin kural, hukuk seçimi sözleşmesinin yanılma, aldatma veya korkutma nedeniyle iptalinin gerektiği hallerde de geçerlidir. Böylece sözleşmenin meydana gelişi ve irade bozuklukları seçilen hukuka, yani esasa

43 Ekşi, 1999, s. 265; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 271.

44 Ekşi, 1999, s. 265; Demir Gökyayla, s. 279; Erten, s. 242.

45 Tekinalp/Uyanık, s. 276-277, 290; Güngör, s. 92-94, 182; Nomer, s. 320; Çilingiroğlu, s. 105; Bayata Canyaş, 2012, s. 82, 84; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 271; Erten, s. 242-243, Elçin, s. 110; Murtaz, s. 73-74. Hukuk seçimine ilişkin sözleşmenin geçerli olup olmadığının asıl sözleşmeye uygulanacak hukuka, dolayısıyla taraflarca seçilen hukuka göre belirleneceği, asıl sözleşme ve hukuk seçimi sözleşmesinin tek ve aynı hukuka tâbi tutulması gerektiği hakkında bkz. Demir Gökyayla, s. 280.

46 Tarafların sözleşmelerine uygulanacak hukuku müşterek iradeleriyle seçmelerinin nitelik itibarıyla ayrı bir sözleşme olduğu, bu sebeple 5718 sayılı Kanun'un 32/1 maddesinin burada da uygulama alanı bulacağı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Güngör, s. 190.

47 Erten, s. 243.

uygulanacak hukuka tâbidir⁴⁸.

Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki, taraflarca seçilen hukuk (*yetkili hukuk*), hukuk seçimini kabul etmiyorsa hukuk seçimi anlaşması geçersizdir, seçilen hukukun kanunlar ihtilafı sistemi ile olan bağı kopmuştur. Seçilen hukuk, seçilen hukukun maddi hükümlerinin uygulanacağını bildiriyorsa yetkisini kabul ettiği sonucuna varılır ve seçilen hukukun maddi hükümleri uygulanır⁴⁹.

3. Hukuk Seçiminin Sınırlandırılması

İş sözleşmelerinin özel niteliği gereği zayıf taraf olan işçiyi korumak amacıyla tarafların hukuk seçimi yetkisi 5718 sayılı Kanun'un 27 nci maddesinin birinci fıkrasında işçi lehine sınırlandırılmıştır⁵⁰. Buna göre; iş sözleşmelerinde seçilen hukukun uygulanması, işçinin mutad işyeri hukukunun *emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî koruma saklı kalmak kaydıyla* mümkündür. Seçilen hukukun işçiyi koruyucu hükümlerinin mutad işyeri hukukunca işçiye sağlanan korumadan daha az koruma sağlaması halinde, seçilen hukuk uygulanmayacaktır⁵¹. İrade özerkliğine getirilen bu sınırlama şekli "*yararlılık ilkesi bakımından sınırlama*" olarak adlandırılmaktadır⁵².

48 Demir Gökyayla, s. 281. Tiryakioğlu, s. 44-47. Seçilen hukukun, ehliyet ve şekil konuları ayrık olmak üzere sözleşmenin bütünü ile tâbi olduğu "yetkili hukuk" (*sözleşme statüsü*) olduğu, tarafların iradesinin sözleşmenin hükümsüzlüğünü de seçilen hukuka tâbi tuttuğu, taraflar hukuk seçimi yapmışlarsa sözleşmenin geçerliliğini temin etmek ve bu istikamette tamamlayıcı bağlanma noktalarını kullanmak konusunda, artık objektif bağlanma noktalarına başvurulamayacağı ifade edilmiştir: Nomer, s. 316.

49 Ayrıntılı bilgi için bkz. Güngör, s. 183.

50 Nomer, s. 339; Tarman, s. 532; Tekinalp/Uyanık, s. 329-330.

51 Doğan, 2007, s. 153; Doğan, 2022, s. 427; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 291; Şahin, s. 64; Bozkurt Gümrükçüoğlu/Gemici Filiz, s. 606; İşçinin mutad işyeri hukukunun, koruyucu hukuk olarak nitelendirildiği ve koruyucu hukuka ait emredici kurallar konusunda bir ayırım yapılmadığı, bu emredici kuralların işçiye sağlanan hukuki korumanın asgarî sınırını belirlediği yönünde bkz. Güngör, s. 197.

52 Tarman, s. 531; Doğan, 2007, s. 153; Vahit Doğan, "Milletlerarası Özel Hukukta Zayıf Akit Tarafın Korunması", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 1995, C. 15, S. 1-2, s. 25.

Bu sınırlama şekli, işçi lehine hükümlerin tespit edilebilmesi için seçilen hukuk ile objektif akit statüsü olarak kabul edilen mutad işyeri hukuku arasında bir yararlılık karşılaştırması yapılmasını gerektirmekte⁵³ olup, tarafların seçebilecekleri hukuk düzenleri bakımından bir sınırlama getirmemektedir.

Yararlılık karşılaştırmasının nasıl yapılacağı konusunda ise kanun hükümlerinin tek tek karşılaştırılması, toplu olarak karşılaştırılması ve grup olarak karşılaştırılması olmak üzere üç değişik öneri bulunmaktadır⁵⁴. Kanun hükümlerinin tek tek değil, birbiriyle bağlantılı hükümlerinin birlikte nazara alınarak karşılaştırmaya tabi tutulduğu grup olarak karşılaştırma yönteminin daha isabetli sonuç vereceği doktrinde ifade edilmektedir⁵⁵. Örneğin; yıllık izin süresi, yıllık izne hak kazanabilmek için gerekli olan çalışma süresi ve yıllık izin ücretinin yüksekliği gibi yıllık izne ilişkin hususlar grup olarak karşılaştırılarak işçi lehine olan hükümler tespit edilecektir. Yararlılık değerlendirmesi bakımından hâkimin objektif değerlendirme ölçüsünün esas alınması gerekir. Yani, tarafsız bir gözlemcinin bakış açısından hareket edilerek makul bir işçinin iş sözleşmesi nazara alınacak ve işçi için elverişli hükümler tespit edilecektir⁵⁶.

İş sözleşmesine uygulanacak olan hukuk, kural olarak seçilen hukuktur. Ancak yararlılık karşılaştırması neticesinde seçilen hukukun ilgili hüküm

53 Doğan, 2007, s. 153-157; Elçin, s. 98; Yararlılık karşılaştırması bakımından hangi tür emredici hükümlerin uygulama alanı bulacağı konusunda pozitif düzenlemelerde bir açıklık bulunmadığı, ancak yararlılık karşılaştırması için temel şartın, objektif akit statüsünün bu tür hükümlerinin akit ile değiştirilemeyen nitelikte hükümler olması gerektiği yönünde bkz. Doğan, 1996, s. 67.

54 Ayrıntılı bilgi için bkz. Doğan, 1995, s. 29 vd; Doğan, 1996, s. 68 vd.

55 Doğan, 2007, s. 157; Tarman, s. 532; Şahin, s. 64; Bozkurt Gümrükçüoğlu/Gemici Filiz, s. 606-607. Buna karşılık, korumanın hangi hukukta işçinin daha menfaatine olduğu, her iki hukuka ait kanun hükümlerinin genel karşılaştırması ile değil, fakat uyumsuzluğa uygulanması söz konusu kanun hükümlerinin münferit olarak değerlendirilmesiyle belirleneceği görüşü de ileri sürülmüştür: Nomer, s. 339.

56 Doğan, 1996, s. 72; Doğan, 2007, s. 158; Elçin, s. 100; Şahin, s. 64; Bozkurt Gümrükçüoğlu/Gemici Filiz, s. 606.

grupları bakımından işçinin daha aleyhine olduğu ortaya çıkarsa tarafların yapmış oldukları hukuk seçimi tamamen geçersiz olmaz, sadece ilgili hüküm grupları bakımından seçilen hukuk yerine mutad işyeri hukuku uygulanır, diğer hususlarda yine seçilen hukuk uygulanmaya devam eder⁵⁷.

D. Objektif Bağlama Kuralları

Yabancılık unsurlu iş sözleşmelerinde, taraflar arasında hukuk seçimi anlaşması yapılmadığı ya da yapılan hukuk seçimi anlaşmasının herhangi bir sebeple geçersiz olduğu durumda, uyumsuzluğa uygulanacak hukuk objektif bağlama kurallarına göre tespit edilir. 5718 sayılı Kanun'un 27 nci maddesinin iki, üç ve dördüncü fıkralarında objektif bağlama kuralları düzenlenmiştir.

1. İşçinin İşini Mutad Olarak Yaptığı İşyeri Hukukunun Uygulanması

5718 sayılı Kanun'un 27 nci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan, "Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde iş sözleşmesine, işçinin işini mutad olarak yaptığı işyeri hukuku uygulanır." hükmü ile kabul edilen ilk derece objektif bağlama kuralı, mutad işyeri hukukudur. İşçinin mutad işyeri hukuku, objektif sözleşme statüsü⁵⁸ olarak nitelendirilmektedir.

Yabancılık unsuru içeren iş sözleşmesinden doğan uyumsuzluklarda, uygulanacak hukukun belirlenmesinde en önemli aşamayı mutad işyerinin araştırılıp tespit edilmesi oluşturmaktadır. Mutad işyeri, öncelikle hukuk seçimi anlaşmasının bulunmadığı durumlarda⁵⁹ objektif bağlama

kuralının uygulanacak hukuku işaret eden bağlama noktasıdır. Ayrıca, hukuk seçimi anlaşmasının yapıldığı hallerde de mutad işyeri hukukunun işçiyi koruyan hükümleri asgari koruma standardı olan kabul edildiğinden, seçilen hukuk ile yararlılık karşılaştırması yapılabilmesi için mutad işyerinin bilinmesi gerekir⁶⁰. Mutad işyeri kavramı, yabancı unsurlu iş sözleşmelerinde sıkı ilişkili hukukun uygulanmasını sağlaması, öngörülebilir olması, taraf menfaatlerini gerçekleştirilmesi, iş sözleşmelerinin ağırlıklı noktasını oluşturması, aynı işyerinde çalışan işçiler bakımından eşitlik ilkesine hizmet etmesi ve çalışma barışını sağlaması gibi sebeplerle bağlama noktası olarak kabul edilmiştir⁶¹.

5718 sayılı Kanun'da mutad işyeri tanımlanmamıştır. Mutad işyeri, işin esas kısmının veya ağırlıklı bölümünün mutad olarak yapıldığı yer olarak tanımlanmaktadır⁶². Mutad işyeri belirle-

çok yakın tarihli kararda da, "...Dosyadaki bilgi, belge ve taraf beyanlarına göre davacı işçi; 29.09.2003-18.03.2005, 13.07.2005-06.04.2009 ve 07.08.2009-22.08.2013 tarihleri arasında davalı Şirketin Rusya'da yürüttüğü inşaat projelerinde üç dönem fasıllı olarak çalışmıştır. Somut olayda davalı işverenin yurt dışı projelerinde çalıştırılmak üzere istihdam edilen davacı işçi, üç çalışma döneminde de Rusya'da bulunan davalıya ait işyerinde çalışmıştır. Davacı tarafından iş görme edimi fiilen söz konusu ülkede yerine getirilmiş olup ilgili dönemlerde mutad işyerinin de işçinin işini fiilen yaptığı Rusya olduğu sabittir. Davacıya çalıştığı dönemde ücreti USD olarak ödenmiştir. Daha sıkı ilişkili hukukun tespitinde sadece işçi ve işverenin Türk olması tek başına belirleyici kriter kabul edilemez. Buna göre, hukuk seçimi anlaşması bulunmayan ve daha sıkı ilişkili hukukun Türk hukuku olmadığı anlaşılana tüm çalışma döneminde uyumsuzluğa mutad işyeri hukukunun uygulanması gerektiğinin düşünülmemesi hatalıdır. Tüm bu hususlar dikkate alındığında, hukuk seçimi anlaşması bulunmayan tüm çalışma döneminde mülga 2675 sayılı Kanun'un 24 üncü maddesi ile 5718 sayılı Kanun'un 27 nci maddesinin ikinci fıkrası kapsamında mutad işyeri hukuku olan Rusya hukukunun uyumsuzlukta uygulanması gerekmektedir." şeklinde değerlendirme yapılmıştır: Yargıtay 9. HD, E: 2022/10368, K: 2023/8725, T: 07.06.2023; aynı yönde bkz. Yargıtay 9. HD, E: 2022/10370, K: 2023/8726, T: 07.06.2023 (<https://intranet.uyap.gov.tr>; erişim tarihi: 01.08.2023).

57 Doğan, 1996, s. 66, 73; Doğan, 2007, s. 157; Tarman, s. 533; Elçin, s. 93; Tuğrul Ansay, "Devletler Özel Hukukunda Uluslararası Boyutlu İş Uyuşmazlıklarının Düşündürdükleri", Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, C. 15, S. 1, s. 22.

58 Güngör, s. 199; Doğan, 1996, s. 73.

59 "...Yapılan sözleşmenin tetkikinden sözleşmede bir hukuk seçimi yapılmadıkları görülmektedir. Bu durumda mutad işyeri hukuku olan KKTC mevzuatının somut olaya uygulanacağı kabulü gerekir. ...": Yargıtay (Kapatılan) 21. HD, E: 2010/10129, K: 2011/12849, T: 08.12.2011 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>; erişim tarihi: 24.12.2022). Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tarafından verilen

60 Erten, s. 234; Musa Aygül/Nazlı Çoban, "Birden Fazla Ülkede İfa Edilen İş Sözleşmelerinde Mutad İşyerinin Tespiti", Terazi Hukuk Dergisi, 2020, C. 15, S. 169, s. 1816.

61 Aygül/Çoban, s. 1819.

62 Ekşi, 1997, s. 126; Centel, s. 231; E. Tuncay Senyen Kaplan, "Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk", Yurt Dışı Hizmet Sözleşmelerinde Mille-

nirken, iş sözleşmesi bir bütün olarak ele alınarak işçinin işini nitelik, nicelik ve süre bakımından hangi ülkede ağırlıklı olarak yerine getirdiği dikkate alınmalıdır⁶³.

İş sözleşmelerinde her iki taraf için en yakın irtibatlı hukukun, işin mutaden yapıldığı yer hukuku (*lex loci laboris*) olduğu kabul edilmektedir⁶⁴. İş sözleşmeleri bakımından özel bağlama kuralı niteliği taşıyan 5718 sayılı Kanun'un 27 nci maddesi, iş sözleşmesi ile en sıkı ilişkili hukuk olarak karakteristik edimin ifa yeri hukuku olan mutad işyeri hukukunu belirlemiştir⁶⁵. "Karakteristik edim" kavramı 5718 sayılı Kanun'da tarif edilmemiş ise de, doktrinde karakteristik edimin, sözleşmeye hukuki özelliğini veren, ona damgasını vuran edim olduğu ifade edilmektedir⁶⁶. İş sözleşmelerinde sözleşmeye karakterini veren edimin işçinin edimi olduğu konusunda tereddüt bulunmamaktadır⁶⁷.

İşin mutaden yapıldığı yer, tarafların iş sözleşmesinde işyeri olarak belirlediği yerden farklı ise, sözleşme hükmüne riayet edilmeyerek işin hâlihazırda mutaden yapıldığı yer mutad işyeri ola-

rak kabul edilmelidir⁶⁸. Ayrıca, işçinin (mesela gazeteci veya opera şarkıcısı) aynı zamanda birden fazla işverene sahip olması halinde her bir hizmet ilişkisi için mutad işyerinin ayrı ayrı belirlenmesi gerekmektedir⁶⁹.

5718 sayılı Kanun'un 27 nci maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde, işçinin işini geçici olarak başka bir ülkede yapması hâlinde, bu işyerinin mutad işyeri sayılmayacağı belirtilmiş, ancak işin geçici olarak yapılmasından ne anlaşılması gerektiği açıklanmamıştır. Doktrinde; başka bir ülkede yapılan iş seyahatleri, montaj faaliyetleri, fuar ve sergilerde hizmet ifası gibi aynı işveren için yerine getirilen geçici nitelikteki kısa süreli hizmetlerin, işin ağırlık merkezini ve dolayısıyla mutad işyerini değiştirmeyeceği ifade edilerek, bu gibi geçici görevlendirmeler mutad işyerinin "yayılmaması" olarak nitelendirilmektedir⁷⁰. Buna karşılık, sadece fuar ve sergi gibi belirli bir yerde kullanılan geçici nitelikli mahalli işçiler için mutad işyeri, işin fiilen yerine getirildiği bu fuar veya serginin bulunduğu yer olup, mutad işyerinin yayılması söz konusu değildir⁷¹.

İşçinin bir başka ülkede çalışmak üzere uzun süreli gönderilmesi halinde, mutad işyerinin varlığını değişmeden sürdürebilmesi için, tarafların iradelerinin bu doğrultuda olması gerekir. Eğer işçi sadece yabancı ülkede çalışmak için işe alınmış ise ya da işveren çalışmak üzere yabancı ülkeye gönderdiği işçisini geri alma niyetinden veya işçi geri dönme niyetinden vazgeçerse, yabancı ülkede çalışmak üzere gönderilen işçinin fiilen çalıştığı yer, mutad işyeri haline gelir ve taraflar arasında ortaya çıkan uyumsuzluklar bu ülke hukukuna göre çözümlenir⁷². Mutad işyerine sahip bir işçinin yabancı bir ülkeye gönderilmesi halin-

rarası Özel Hukuk Uygulaması İş Hukuku Sorunları, Elli İkinci Çözüm Arama Konferansı, İNTES Yayınları, Ankara, 2017, s. 69-70. İşin zaman ve içerik olarak ağırlıklı ifa edildiği yerin mutad işyeri olduğu ifade edilmiştir: Tarman, s. 534; Bozkurt Gümrükçüoğlu/Gemici Filiz, s. 609. Mutad işyerinin, işçinin iş sözleşmesi süresince düzenli olarak fiilen çalıştığı işyeri olduğu ve bu yerden geçici ayrılmaların uygulanacak hukuku etkilemediği hakkında bkz. Güngör, s. 198. İşçinin işini fiilen yerine getirdiği yerin, işyerini belirleyici tek unsur olduğu hakkında bkz. Nomer, s. 341.

63 Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 292; A. İpek Sarıöz Büyükalp, "Mutad İşyeri Kavramı ve MÖHUK m. 27/f. 3'ün Uygulanması Sorunu", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018, C. 8, S. 2, s. 206; Sibel Özel, "Yabancılık Unsuru Taşıyan Bireysel İş Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Yetkisi: MÖHUK m.44", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Temmuz-Ağustos 2019, C. 14, S. 179-180, s. 1356; Şahin, s. 78.

64 Elçin, s. 118-120; Doğan, 2022, s. 429.

65 Tarman, s. 535; Şahin, s. 74. Bkz. Yargıtay 9. HD, E: 2022/10366, K: 2023/7638, T: 24.05.2023; Yargıtay 9. HD, E: 2022/10370, K: 2023/8726, T: 07.06.2023 (<https://intranet.uyap.gov.tr>; erişim tarihi: 01.08.2023).

66 Nomer, s. 326; Doğan, 2022, s. 410.

67 Doğan, 1996, s. 79-80, 89; Ekşi, 1997, s. 126; Nomer, s. 326; Aygül/Uşan, 2007, s.85; Senyen Kaplan, s. 75.

68 Elçin, s. 126; Şahin, s. 78; Aygül/Çoban, s. 1824.

69 Nomer, s. 342.

70 Nomer, s. 341; Çelikel/Erdem, s. 388; Ekşi, 1997, s. 126-127; Elçin, s. 133; Tarman, s. 535-536. Geçici gönderme kavramına ilişkin değerlendirmeler için bkz. Doğan, 1996, s. 80 vd.

71 Nomer, s. 341.

72 Ekşi, 1997, s. 127; Tarman, s. 537; Elçin, s. 128; Nomer, s. 342; Çelikel/Erdem, s. 388; Senyen Kaplan, s. 70; Sarıöz Büyükalp, s. 216-217; Şahin, s. 82.

de, göndermenin geçici veya sürekli olup olmadığı tarafların iradesi ve işin niteliği gözetilerek her somut olayın kendi özelliğine göre hâkim tarafından tespit edilmelidir.

2. İşverenin Esas İşyerinin Bulunduğu Ülke Hukukunun Uygulanması

Birden fazla ülkede ifa edilen işlerde, iş sözleşmesine uygulanacak hukuku belirleyen başka bir objektif bağlama kuralı 5718 sayılı Kanun'un 27 nci maddesinin üçüncü fıkrasında hükme bağlanmıştır. Söz konusu düzenleme, "İşçinin işini belirli bir ülkede *mutad olarak yapmayı devamlı olarak birden fazla ülkede yapması hâlinde iş sözleşmesi, işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukukuna tâbidir.*" şeklindedir. İş sözleşmesinin taraflarını belirsizlik ve zorluklardan korumak amacıyla getirilen bu düzenlemede esas işyeri ile kastedilen, Kanun'un gerekçesinde de belirtildiği gibi işverenin işyeri merkezinin bulunduğu ülkedir⁷³.

İşverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukukunun uygulanması için, işin belirli bir ülkede mutaden yapılmaması ve devamlı olarak farklı ülkelerde yapılması gereklidir. Bu kural, özellikle dans ve sirk toplulukları, buz revüleri gibi milletlerarası faaliyet gösteren turne toplulukları, devamlı olarak sınır ötesi çalışan uzak yol sürücülere, hava, deniz ve demir yolu ulaşımında çalışan personel, deniz kazaları ve petrol yangınlarında olduğu gibi milletlerarası yardımlaşmayı gerektiren felaketlerde kullanılan personel için ve açık denizlerde, uzayda veya devletsiz bölgelerde ifa edilen işler için uygulama alanı bulacaktır⁷⁴.

İşin niteliği gereği birden fazla ülkede yerine

getirilen ya da işçinin işverene karşı üstlendiği edimi devamlı olarak birden fazla ülkede ifa ettiği iş ilişkilerinde mutad işyerinin tespit edilmesinde zorluk yaşandığı gibi, bu tespitin yapılamaması halinde bir sonraki basamakta yer alan işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukukunun uygulanması söz konusu olacaktır. Bu noktada, birden fazla ülkede ifa edilen iş sözleşmeleri bakımından öncelikle geniş yorumla mutad işyerinin tespit edilmeye çalışılması gerektiği ifade edilmektedir⁷⁵. Avrupa Birliği Adalet Divanı kararlarında da mutad işyerinin tespitinde yol gösterici nitelikte bazı kriterler belirlenmiştir. Buna göre; işçinin çalışma faaliyetlerini yerine getirmek amacıyla kurduğu etkin merkezin bulunduğu yerin, işçinin iş seyahatlerinden sonra her seferinde döndüğü yerin, işçinin işini organize ettiği ya da özellikle mutad meskeninin bulunduğu ülkedeki bir ofisin bulunduğu yerin, işçinin çalışma amacıyla en çok zaman geçirdiği bir ülkenin ve işçinin esas olarak işverene karşı çalışma faaliyetlerinin çoğunluğunu yerine getirdiği yerin mutad işyerinin tespitinde dikkate alınabileceğine karar verilmiştir⁷⁶.

5718 sayılı Kanun'un 27 nci maddesinin üçüncü fıkrasındaki objektif bağlama kuralının, inşaat işleri için yurt dışında çalıştırılan işçiler için uygulanmasının mümkün olmadığı özellikle belirtilmelidir. Zira, bu işçiler inşaat projesi boyunca ihtiyaç devam ettiği sürece belirli bir ülkede sabit şekilde çalışmaktadırlar. Dolayısıyla bu işçilere işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke

73 Aygül/Çoban, s. 1824.

74 Nomer, s. 342-343; Çelikel/Erdem, s. 388; Elçin, s. 144; Ekşi, 1997, s. 128; Tarman, s. 537; Şahin, s. 84; Aygül/Çoban, s. 1824.

75 Aygül/Çoban, s. 1824, 1829. "...Somut olayda olduğu gibi işin birden fazla ülkede ifa edilmesi durumunda, gerek Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları gerekse de doktrin görüşleriyle mutad işyeri tespiti bakımından birtakım kriterler geliştirilmiştir. Buna göre işçinin işini ifa faaliyetlerini veya ifa faaliyetlerinin çoğunluğunu gerçekleştirdiği yer, işçinin esas olarak işverene karşı yükümlülüklerini yerine getirdiği yer, işçinin işini ifa etmek üzere hangi ülkede daha çok zaman geçirdiği, işin organize edildiği yer, işin esas kısmının ve ağırlıklı bölümünün *mutad olarak yapıldığı yer gibi kriterler mutad işyeri tespitinde önem taşımaktadır.*": Yargıtay (Kapatılan) 22. HD, E: 2016/9339, K: 2019/16564, T: 18.09.2019 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>; erişim tarihi: 24.12.2022).

hukukunun uygulanmasını gerektiren bir durum söz konusu değildir⁷⁷.

3. İş Sözleşmesiyle Daha Sıkı İlişkili Hukukun Uygulanması (İstisna Hükümü)

5718 sayılı Kanun'un 27 nci maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarındaki düzenlemeler, uygulanacak hukuka ilişkin kesin olmayan karineler getirmekte olup, bu karineler çürütülebilir nitelikte oldukları için bir *kaçış kuralı* ile bertaraf edilebilir⁷⁸. Nitekim 5718 sayılı Kanun'un 27 nci maddesinin dördüncü fıkrasında, objektif bağlama kurallarının son basamağı olarak iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili yer hukuku kabul edilmiştir. Söz konusu "istisna" hükmünde, "*Ancak hâlin bütün şartlarına göre iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşmeye ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri yerine bu hukuk uygulanabilir.*" denilmiştir.

İş sözleşmesine uygulanacak hukukun 5718 sayılı Kanun'un 27 nci maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları uyarınca tespit edildiği hallerde işlevsel hale gelebilecek olan bu kaçış hükmünün uygulanması hâkimin takdirine bırakılmıştır⁷⁹. Hükümdeki "*uygulanabilir*" şeklindeki ifade ile hâkime verilen takdir hakkının sözleşmenin zayıf tarafı olan işçiyi koruma amacı taşıdığı dikkate alındığında, hâkimin her somut olayda işçiyi koruma standartlarına göre daha sıkı ilişkili hukuk ile objektif sözleşme statüsü (*işçinin mutad işyeri hukuku ve işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukuku*) arasında bir değerlendirme yapması ve kendisine tanınan takdir hakkını işçiyi koruma amaçlı olarak kullanması gerekmektedir⁸⁰.

77 Senyen Kaplan, s. 71.

78 Elçin, s. 120; Nomer, s. 325; Tarman, s. 538; Şahin, s. 87.

79 Erten, s. 237; Elçin, s. 151; Çelikel/Erdem, s. 391; Şahin, s. 89; Tarman, s. 539; Ansay, s. 25.

80 Güngör, s. 200; Doğan, 2022, s. 431. Daha sıkı ilişkili hukukun uygulanmasında, hâkimin takdirinde etkili olabilecek en önemli unsurun işçinin menfaati olduğu ifade edilmiştir: Nomer, s. 343; Elçin, s. 147, 150. Ayrıca, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tarafından verilen güncel kararlar; mutad işyeri hukukunun karakteristik edimin ifa yeri hukuku olarak iş sözleşmesiyle en sıkı ilişkili olan hukuk olduğu, 5718 sayılı Kanun'un 27 nci maddesinin dördüncü fıkrasında düzenlenen daha sıkı ilişkili hukukun ise bir *istisna* hükmü olup bu hükmün iş

5718 sayılı Kanun'un 27 nci maddesinin dördüncü fıkrasında, birinci fıkraya gönderme yapılmadığından daha sıkı ilişkili hukukun uygulanması hukuk seçimi anlaşmasının bulunmadığı hallerde mümkün olabilir. Yani, birinci fıkra kapsamında hukuk seçimi anlaşması yapılmışsa, tarafların iradesine öncelik verilerek daha sıkı ilişkili hukukun olaya uygulanmasının mümkün olmadığı doktrin ve uygulamada kabul edilmektedir⁸¹.

İş sözleşmeleri açısından daha sıkı ilişkili hukukun tespitinde; tarafların ortak vatandaşlığı, işçinin ikametgâhı, işverenin iş faaliyetinin merkezi, işverenin ikametgâhı, sözleşmenin dili ve şekli, sözleşmenin yapıldığı yer, ücretin ödendiği para birimi, iş sözleşmesinin milli bir iş hukukundaki özel bir temelde düzenlenmiş olması veya bu ülkenin hukukunda uygulanan daha önceki bir sözleşmeye gönderme yapılmış olması, işçinin işe alındığı yer, işçinin vergisinin ödendiği ve sosyal güvenlik sistemine dahil olduğu yer gibi kriterlerin dikkate alınabileceği belirtilmektedir⁸².

sözleşmelerinde dar yorumlanması gerektiği yönünde değerlendirmelerde bulunulmuştur: Yargıtay 9. HD, E: 2022/14585, K: 2023/7650, T: 24.05.2023; Yargıtay 9. HD, E: 2022/16233, K: 2023/9566, T: 20.06.2023; Yargıtay 9. HD, E: 2022/8829, K: 2023/11218, T: 10.07.2023; Yargıtay 9. HD, E: 2022/8651, K: 2023/11430, T: 11.07.2023 (<https://intranet.uyap.gov.tr>; erişim tarihi: 01.08.2023).

81 Doğan, 1996, s. 85; Tarman, s. 539; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, s. 293; Erten, s. 237; Bozkurt Gümrükçüoğlu/Gemici Filiz, s. 612; Ercan Akyiğit, "Türk İşverenlerin Yabancı Ülkelerdeki İşlerinde Türk İşçisi Çalıştırmalarının İş Hukuku ve MÖHUK Açısından Değerlendirilmesi", Yurt Dışı Hizmet Sözleşmelerinde Milletlerarası Özel Hukuk Uygulaması İş Hukuku Sorunları, Elli İkinci Çözüm Arama Konferansı, İNTES Yayınları, Ankara, 2017, s. 92. "... MÖHUK'un 27/4. maddesinde; 'Ancak hâlin bütün şartlarına göre iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşmeye ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri yerine bu hukuk uygulanabilir.' düzenlemesi yer almaktadır. Anılan madde içeriğinden de anlaşılacağı üzere iş sözleşmesinin taraflarınca MÖHUK m. 27/1'göre hukuk seçimi anlaşması yapıldığında MÖHUK m. 27/4'te belirtilen daha sıkı ilişki ülke hukukunun uyumsuzluk konusu olaya uygulanması mümkün değildir. Bu nedenle, Bölge Adliye Mahkemesince hukuk seçimi anlaşması yapılan dönemler yönünden daha sıkı ilişkili ülke hukuku olarak Türk Hukuku'nun olaya uygulanmasına karar verilmesi hatalıdır. ...": Yargıtay 9. HD, E: 2022/3339, K: 2022/3862, T: 22.03.2022 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>; erişim tarihi: 24.12.2022).

82 Doğan, 1996, s. 85-87; Ekşi, 1997, s. 128; Özdemir Kocasal, 2010, s. 60; Elçin, s. 149-152; Çelikel/Erdem, s. 391;

Bu kriterlerden hiçbirisi tek başına daha sıkı ilişkili hukuku tespit etmek için kullanılmamalı, bu kriterlerin birden fazlasının aynı hukuku gösterip göstermediği hâkim tarafından her somut olayın özelliğine göre belirlenmeli, bütün hal ve şartlar ile tarafların haklı beklentileri gözetilmelidir⁸³.

E. Uyuşmazlığa Uygulanacak Hukukun Kapsamı ve Sınırları

1. Kapsamı/Uygulama Alanı

Sübjektif veya objektif bağlama kuralı uygulanarak tespit edilen hukuk (*iş akdi statüsü*, *lex ca-*

usae) kural olarak iş sözleşmesinden doğan tüm uyuşmazlıklarda uygulanır. İş akdi statüsü, gerek özel hukuk gerekse iş hukuku alanında yer alan bütün maddi hukuk hükümlerini kapsar. Bu kuralın temelinde yatan fikir, mümkün olduğu ölçüde sözleşme ilişkisini bütünüyle tek bir hukuk nizamına tabi tutarak, maddi hukuk ahengini⁸⁴ temin etmektir. Akit statüsünün kural olarak akde *beşikten mezara*⁸⁵ hâkim olduğu ifade edilmiştir.

İş sözleşmesinin kurulması, bir süreye bağlı olup olmaması, içeriği, yorumu, maddi geçerliliği (iradeyi sakatlayan sebeplerin iş sözleşmesini geçersiz hale getirip getirmediği ve gabinin etkisi gibi), ifa edilmesi, sona ermesi, hüküm ve sonuçları, ihbar süreleri, iş sözleşmesini sona erdiren sebepler, tazminat talepleri, izin süreleri, işçinin ücretinin ödenmesi, yabancı para kayıtları, yeniden işe alınma, işveren değişikliği halinde iş sözleşmesinin devri, iş sözleşmesinin ihlali ve hükümsüzlüğünün sonuçları, ödemelik def'i, faiz, temerrüt, rekabet yasağı, cezai şart, ibra ve takas gibi hususlar iş akdi statüsüne, yani iş sözleşmesinin esasına uygulanacak hukuka tabidir⁸⁶. Ayrıca, 5718 sayılı Kanun'un 8 inci mad-

Doğan, 2007, s. 161-162; Bozkurt Gümrükçüoğlu/Gemici Filiz, s. 611; Sarıöz Büyükalp, s. 238; Senyen Kaplan, s. 74 vd.; Erdoğan/Erdoğan, s. 976-977; Ersin Erdoğan, Yurt Dışı Hizmet Sözleşmelerinde Milletlerarası Özel Hukuk Uygulaması İş Hukuku Sorunları, Elli İkinci Çözüm Arama Konferansı, Makaleler, İNTES Yayınları, Ankara, 2017, s. 130. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin bu konuya ilişkin güncel kararında, "...Örneğin, işçinin sosyal çevresinin Türkiye'de bulunması, Türkiye'nin sosyal güvence sistemi içinde yer alması, ücretinin Türkiye'de ve Türk lirası üzerinden ödenmesi, işverenin Türk olması, iş sözleşmesinin Türk hukukuna özgü kurumlar gözetilerek düzenlenmesi, Türk hukukuna tâbi daha önceki bir iş sözleşmesine gönderme yapılması, iş sözleşmesinin Türkçe kaleme alınması gibi unsurların tamamının ya da önemli bir bölümünün varlığı hâlinde, iş sözleşmesinin Türk hukuku ile sıkı ilişki içinde olduğu sonucuna varılabilir. ..." şeklindeki açıklamayla daha sıkı ilişkili hukukun tespitine yönelik örnekler sınırlayıcı olmayacak şekilde sayılmış; aynı kararda, davacı işçiye işini fiilen yaptığı Arnavutluk ve Kosova Cumhuriyeti'ndeki çalışma dönemlerinde ücretinin Euro olarak ödendiği, daha sıkı ilişkili hukukun tespitinde sadece işçi ve işverenin Türk olmasının tek başına belirleyici kriter kabul edilemeyeceği belirtilerek hukuk seçimi anlaşması bulunmayan ve daha sıkı ilişkili hukukun Türk hukuku olmadığı anlaşılan söz konusu çalışma dönemlerinde uyuşmazlığa mutad işyeri hukukunun uygulanması gerektiğine karar verilmiştir: Yargıtay 9. HD, E: 2023/2113, K: 2023/11429, T: 11.07.2023; aynı yönde bkz. Yargıtay 9. HD, E: 2023/7981, K: 2023/9559, T: 20.06.2023; Yargıtay 9. HD, E: 2023/4934, K: 2023/8985, T: 12.06.2023 (<https://intranet.uyap.gov.tr>; erişim tarihi: 01.08.2023).

83 Özdemir Kocasakal, 2010, s. 61; Senyen Kaplan, s. 76. En sıkı ilişkili hukukun belirlenmesi açısından, somut uyuşmazlığın her bir unsurunun işaret ettiği hukuk değil, sözleşme açısından önem taşıyan ve öne çıkan bağlantılara bakılması, bu noktada sözleşmenin ağırlık noktasının yer aldığı hukuk kurallarının dikkate alınması ve ayrıca tarafların menfaatlerinin de mutlaka göz önünde bulundurulması, bağlantı noktaları gruplanıp tartılarak milletlerarası özel hukuk adaletinin gözetilmesi gerektiği ifade edilmiştir: Erdoğan, s. 130.

84 Nomer, s. 331, 337; Bayata Canyaş, 2012, s. 234 vd.

85 Sözleşmenin kuruluşu, muhtevası, geçerliliği, süresi, hüküm ve sonuçları, ifası ve sona ermesi gibi hususların akit statüsüne göre belirleneceği vurgulanmıştır: Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 297; aynı yönde bkz. Çilingiroğlu, s. 115-119.

86 Nomer, s. 337-338; Güngör, s. 190; Ekşi, 1997, s. 129; Aydemir, s. 486; Tarman, s. 527; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 297-298; Tekinalp/Uyanık, s. 102, 291-292, 331; Tiryakioğlu, s. 44 vd.; Doğan, 1996, s. 121 vd.; Çilingiroğlu, s. 117-118; Göger, s. 300; Erten, s. 238; Bozkurt Gümrükçüoğlu/Gemici Filiz, s. 616-617; Murtaz, s. 98; Betül Dürgen/Adem Yelmen, "Sözleşme Statüsünün Uygulama Alanı ve Uygulama Alanı Dışında Kalan Haller", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2015, C. 1, Özel Sayı, s. 449 vd. Uygulanacak hukukun (tarafların seçtikleri ya da objektif bağlama kuralı ile belirlenen hukuk), sözleşmenin ifası, ifanın yapılmaması, borcu ortadan kaldıran sebepler, yorum, irade sakatlıkları, fesih, sona erme sebepleri ve sonuçları ile zaman aşımı gibi konularda uygulanacağı, yabancılık unsuru taşıyan sözleşmeden doğan bir alacağın icra veya iflas yoluyla takibe konulması halinde açılması muhtemel itirazın iptali veya iflas davalarında da söz konusu hukukun uygulama alanı bulacağı hakkında bkz. Çelikel/Erdem, s. 360. Kanaatimizce, maddi hukuka ilişkin olup, borçlu olunmadığının tespiti için açılan menfi tespit davasında da iş akdi statüsünün uygulanması gerekir. İş akdi statüsünün; işçinin

desi uyarınca zamanaşımının süresi, başlangıcı, durması, kesilmesi ve hükümleri iş akdi statüsüne göre belirlenir⁸⁷. Hak düşürücü süreler 5718 sayılı Kanun'da ayrıca düzenlenmemiş olmakla birlikte, bu sürelerin de iş akdi statüsüne tabi olduğunun kabul edilmesinin işin mahiyeti icabı olduğu belirtilmektedir⁸⁸.

Kanuni karineler ile ispat külfetine ilişkin hükümler maddi hukuk karakterli olmaları sebe-

şi ifa yükümlülükleri ve sadakat yükümlülüğü, kusur sorumluluğunun sınırlanması, işverenin özen sorumluluğu ve eşit işlem yükümlülüğü, işçi buluşları, haklı ve haksız işten çıkarmalar, geri ödemeli veya geri ödemesiz işe iade gibi esasa ilişkin bütün unsurları idare ettiği hakkında bkz. Elçin, s. 60-61.

87 Nomer, s. 213; Ekşi, 1997, s. 131; Güngör, s. 126-127; Doğan, 2022, s. 313; Tekinalp/Uyanık, s. 117; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 104-105; Bayata Canary, 2012, s. 250; Çilingiroğlu, s. 118. Ayrıntılı bilgi için bkz. Faruk Kerem Giray, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukukunda Zamanaşımı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 80 vd. Türk Hukukunda, zamanaşımı maddi hukukun bir müessesesi olduğu için esasa uygulanacak hukukun (*lex causae*, *hüküm statüsü*) zamanaşımı hakkında da karar verdiği ifade edilmiştir: Mesut Aygün/Ali Önal, "Yargıtay Kararları İşığında Milletlerarası Özel Hukukta Zamanaşımı", Legal Hukuk Dergisi, 2016, C. 14, S. 165, s. 4920.

88 Güngör, s. 127; Tekinalp/Uyanık, s. 112; Akıncı, s. 28. Hak düşürücü süreler, hakkın özünüyle bağlantılı olduğundan hakkın esasına uygulanacak hukuka tabi olması gerektiği ifade edilmiştir: Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 315. Aynı yönde bkz. Giray, s. 83. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de güncel bir kararında bu duruma işaret etmiştir: "...Somut olayda, bozma ilâmı sonrasında Rusya Federasyonu İş Kanunu'nun tercüme edilmiş metninin bilirkişi tarafından hesap raporu ile birlikte dosyaya sunulduğu, ayrıca başka bir mahkemeden temin edildiği anlaşılan Rusya Federasyonu İş Kanunu'nun bir kısım maddelerinin tercüme edilmiş hâlinin de dosyaya kazandırıldığı görülmüştür. Her iki metin incelendiğinde; uyuşmazlık konusu alacaklara ilişkin Kanun maddelerinin ve özellikle ihtilaflar için mahkemeye başvurma sürelerinin düzenlendiği 392 nci maddenin içeriğinde farklılıklar bulunduğu, maddelerde yer alan paragrafların sayısı, anlamı ve kapsamalarının uyumlu olmadığı anlaşılmaktadır. Bölge Adliye Mahkemesince, sözü edilen çelişkiler giderilmeden Rusya Federasyonu İş Kanunu'nun 392 nci maddesinde yer alan sürelerin hak düşürücü süre niteliğinde olduğu kabul edilerek Türk hukukundaki zamanaşımı süresi olaya uygulanıp uyuşmazlık konusu alacakların hüküm altına alınması hatalıdır. İş sözleşmesinden doğan taleplerde, talebin tâbi olduğu hukukun (esasa uygulanacak hukuk) zamanaşımı ve hak düşürücü süre bakımından da yetkili olduğu dikkate alındığında Rusya Federasyonu İş Kanunu'nun bu konudaki hükümlerinin uyuşmazlıkta uygulanması, 5718 sayılı Kanun'un 2 ve 8 inci maddelerinin bir gereğidir...": Yargıtay 9. HD, E: 2022/17734, K: 2023/2361, T: 15.02.2023 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>; erişim tarihi: 01.06.2023).

biyle iş akdi statüsü tarafından idare edilir. Esasa uygulanacak hukuka tabi olan bu kanuni karinelerin ve ispat yükünün iş sözleşmesinin kapsamına ve hakkın özüne ilişkin olması zorunludur, zira usul hukukuna ilişkin kanuni karineler ve ispat yükü hâkimin hukukuna (*lex fori*) tabidir⁸⁹. Buna göre; yabancılik unsuru taşıyan ve Türk mahkemelerinde görülen bir davada bir vakıanın hangi delillerle ispatlanabileceği, tanık ve bilirkişi delillerine ilişkin kurallar, hâkimin kendiliğinden delil toplayıp toplayamayacağı, delillerin toplanma usulü, delillerin ispat gücü gibi *ispat hukukuna* ilişkin konulara Türk hukukunun uygulanması gerekecektir⁹⁰.

2. Sınırlar

5718 sayılı Kanun'un 2 inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan, "*Hâkim, Türk kanunlar ihtilâfi kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re'sen uygular.*" hükmü gereği hâkimin hukukundaki kanunlar ihtilafı kuralları ile belirlenen yabancı hukukun iş sözleşmesine uygulanması zorunludur. Yabancılik unsuru taşıyan iş sözleşmelerinde 5718 sayılı Kanun hükümleri değerlendirilmeden uyuşmazlığa doğrudan Türk hukukunun uygulanması, her şeyden önce Türk kanunlarına uymamak anlamına gelir ve bozma sebebi teşkil eder⁹¹. Kanunlar ihtilafı kuralları ile

89 Ekşi, 1997, s. 130. Maddi hukuka ait belirli bir hukuki münasebete bağlı olmaksızın, doğrudan doğruya usul hukukuna ait sebeplere bağlanmış bulunan ispat külfetine ait bir kuralın hâkimin hukukuna (*lex fori*) tabi olduğu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Nomer, s. 394 vd.

90 Akıncı, s. 170. İspat usulü, ispat ölçüsü, delillerin takdiri ve taraflarca hazırlama ilkesinin Türk hukukuna tâbi olacağı hakkında bkz. Doğan, 2022, s. 31. Buna karşın muhtevaları itibarıyla maddi hukuk münasebetine dayanan davada taraf olma ehliyeti (5718 SK.m.9), temsil ehliyeti, maddi hukuka ait hata, hile, tehdit veya takas ve benzeri sebeplere dayanan tüm itiraz ve def'ilerin, zamanaşımı gibi hususların maddi hukuk karakterli olmaları sebebiyle maddi hukuk münasebetinin tâbi olduğu hukuka tâbi olduğu; ancak maddi hukuk ilişkisine dayanan işlem veya usuli itirazların davada ileri sürülme şekli (sözlü/yazılı, açık/zımnî), mahkemece re'sen veya itiraz üzerine mi dikkate alınacağı, davanın hangi aşamasında ileri sürüleceği ve eksikliklerinin tâbi olduğu yaptırım konularında *lex fori*'nin uygulanacağı ifade edilmiştir: Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 339-340.

91 6100 sayılı Kanun'un "*bozma sebepleri*" kenar başlıklı 371 inci maddesinin birinci fıkrası şöyledir: "Yargıtay, aşağıda

belirlenen esasa uygulanacak yabancı hukukun uygulanmasını sınırlayan/engellenen ise iki hal bulunmaktadır. Bunlardan birisi “doğrudan uygulanan kurallar”, diğeri ise “kamu düzenine aykırılık” halidir.

a. Doğrudan Uygulanan Kurallar (Müdahaleci Kurallar)

Doğrudan uygulanan kurallar, devletlerin ekonomik, sosyal veya siyasal alanda izlediği belirli politikaları, özel hukuk ilişkileri üzerinde etkili olacak şekilde yansıtan ve uygulama alanlarına giren tüm uyuşmazlıklara uygulanmaları, bu politikaların yerine getirilmesi için zorunlu olan maddi hukuk kurallarıdır⁹². Bu kurallar, kanunlar ihtilafı kuralları gereğince olay veya hukuki ilişkiye uygulanacak hukuktan bağımsız olarak uygulama alanına girer, yabancı hukukun uygulanması halinde kamu düzeninin ihlal edilebilmesi konusuyla ilgilenmez, yabancılık unsuru taşıyan veya taşımasını, hukuk seçimi olsun veya olmasın ilgili olay ve hukuki ilişkide mutlaka uygulanır⁹³. Bu noktada, doğrudan uygulanan kurallara *tek taraflı kanunlar ihtilafı kuralları*⁹⁴ da denilmektedir.

İç hukuktan kaynaklanıp, yabancı hukukun uygulanmasına sınırlama getiren, kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasını engelleyen bu emredici nitelikteki kurallar kamu düzeni müdahalesi gibi *istisnai* niteliktedir⁹⁵. Bu sebeple, doğrudan uygulanan kuralların yetkili yabancı hukuk karşısındaki istisnai niteliği dikkate alınarak dar

yorumlanması gerekmektedir⁹⁶. Doğrudan uygulanan kurallar, sadece tarafların menfaatine hizmet eden bir nitelikte olmayıp bir kamu menfaatine hizmet etme amacını da taşırlar⁹⁷. Kamu menfaatini ilgilendirmeyip sadece işçiyi korumaya yönelik emredici hükümler bu kapsamda değerlendirilmeyip 5718 sayılı Kanun’un 27 nci maddesinin birinci fıkrası çerçevesinde yararlılık karşılaştırmasına tabi tutularak uygulanabilirler. Bu konuda, çalışma süresi, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil, kıdem tazminatı ve yıllık ücretli izin usulü hakkındaki hükümler⁹⁸ örnek olarak gösterilmektedir.

Asıl önemli olan hangi hükümlerin doğrudan uygulanan kural niteliğinde olduğunu tespit etmektir. Bu konuda mevzuatımızda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrinde, hüküm-

96 Vural Çelenk, s. 288.

97 Tarman, s. 541; Erten, s. 239. Doğrudan uygulanan kuralların temel amacının kamu menfaatlerini korumak olduğu hakkında bkz. Erkan, s. 84.

98 Tarman, s. 541. Kıdem tazminatının doğrudan uygulanan kural niteliğinde değerlendirilemeyeceği hakkında bkz. Elçin, s. 205; Vural Çelenk, s. 290. Kıdem ve ihbar tazminatı ile iş güvencesi konularının ve bu alandaki Türk hukuku hükümlerinin, doğrudan uygulanır nitelikte bir kural olduğunu söylemenin mümkün olmadığı hakkında bkz. Akyiğit, s. 99. Kıdem tazminatına ilişkin yabancı unsurlu iş sözleşmesi uyuşmazlıklarında doğrudan uygulanan kural mekanizmasının uygulanmasının mümkün olmadığı, yine fazla çalışma ücretine ilişkin 4857 sayılı İş Kanunu’ndaki 41 inci madde düzenlemesinin doğrudan uygulanan kural niteliğinde olmadığı, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil ücretlerine ilişkin düzenlemelerde işçinin bireysel menfaatinin korunması yanında ekonomik ve sosyal bir menfaatin de yer aldığı dikkate alındığında bu düzenlemelerin esasen doğrudan uygulanan kural niteliğinde olduğu, ancak bu kuralların amacının yani düzenlemeyi hedeflediği alanın ülkenin coğrafi sınırları olduğu, belirtilen ülkesellik gereğince söz konusu hükümlerin işin görüldüğü yerin bir başka ülke olması halinde uygulanamayacağı, iş güvencesini düzenleyen 4857 sayılı İş Kanunu’nun 18 ilâ 21 inci madde hükümleri ile işçilerin korunması yanında iş hayatındaki düzen ve barışın korunması da amaçlandığından bu hükümlerin doğrudan uygulanan kural niteliğinde olduğu ifade edilmiştir: Erdoğan/Erdoğan, s. 970-972. Türk iş hukukundaki kıdem ve ihbar tazminatı, yıllık izin ücreti, fazla çalışma, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil ücretlerine yönelik hükümlerin doğrudan uygulanan kural niteliği taşıdığı yönündeki görüş için bkz. İlke Gürsel, “Milletlerarası Özel Hukukta İş Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hukuk-Yargıtay Karar İncelemesi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2021, S. 46, s. 177-178.

belirtilen sebeplerden dolayı gerekçe göstererek temyiz olunan kararı kısmen veya tamamen bozar: a) Hukukun veya taraflar arasındaki sözleşmenin yanlış uygulanmış olması.”

92 Özdemir Kocasakal, 2010, s. 70; Nomer, s. 183-184; Ekşi, 1997, s. 137; Aygül/Uşan, 2007, s.87. Ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa Erkan, “MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011, C. 15, S. 2, s. 84 vd.

93 Nomer, s. 183; Tarman, s. 541; Çelikel/Erdem, s. 155.

94 Erdoğan/Erdoğan, s. 965.

95 Elçin, s. 166; Erdoğan/Erdoğan, s. 966; Bozkurt Gümrükçüoğlu/Gemici Filiz, s. 612; Belkis Vural Çelenk, “Yabancı Unsurlu İş Sözleşmelerinde For Devletinin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Tespiti ve Uygulanması”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, 2017, S. 1, s. 280.

lerin getiriliş amacı, içeriği ve korumak istediği menfaat göz önünde bulundurularak hükmün doğrudan uygulanan kural niteliğinde olup olmadığının belirlenmesi ve iç hukuktaki emredici hükümlerden ayırt edilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁹⁹. İş hukukuna ilişkin hükümlerin doğrudan uygulanan kural niteliğinde olup olmadığı tespit edilirken de, hükmün mutlak emredici ya da nisbi emredici olmasına göre değil, hükmün getiriliş amacına göre değerlendirme yapılması gerekmektedir¹⁰⁰. Bazı iç hukuk kuralları hem emredici olup hem de doğrudan uygulanan kural niteliğinde olabilirler. Örneğin; iş sağlığı ve güvenliği, kadın işçilerin korunması, engelli ve eski hükümlü çalıştırma yükümlülüğü, asgari ücret, doğum izni, ayrımcılık yasağı, yasal grev ve sosyal güvenliğe ilişkin kurallar doğrudan uygulanan kural olarak değerlendirilmektedir¹⁰¹.

Milletlerarası özel hukukta doğrudan uygu-

lan kurallar; iş sözleşmesine uygulanacak hukukun (*lex causae*) kuralları¹⁰², hâkimin hukukunun (*lex fori*) kuralları (5718 sayılı Kanun'un 6 ncı maddesi) ve sözleşme ile yakın ilişkisi bulunan üçüncü bir devletin (*lex fori ve lex causae dışında*) kuralları (5718 sayılı Kanun'un 31 inci maddesi) olmak üzere üçlü bir ayrıma tabi tutulmuştur¹⁰³.

Hâkimin hukukunun doğrudan uygulanan kuralları, 5718 sayılı Kanun'un "*Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralları*" kenar başlıklı 6 ncı maddesinde "*Yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda, düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren hâllerde o kural uygulanır.*" şeklinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; yabancı hukukun uygulandığı bir uyuşmazlıkta Türk kanunlar ihtilafı kurallarına göre yetkili olan yabancı hukukun kapsamı, Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralları ile sınırlandırılmıştır¹⁰⁴. Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralları emredici niteliktedir. *Düzenleme amacı ve uygulama alanı* bakımından doğrudan uygulanma niteliğine sahip Türk maddi hukuk hükümlerinin varlığı halinde hâkim, kanunlar ihtilafı kurallarına göre uygulanması gereken hukuku araştırmaksızın söz konusu hükümleri doğrudan uygular¹⁰⁵. Dolayısıyla Türk hukukunun doğrudan uygula-

99 Erdoğan/Erdoğan, s. 967; Tarman, s. 542; Ekşi, 1997, s. 138; Doğan, 2022, s. 278; Erkan, s. 91. Doğrudan uygulanan kuralların bir listesinin bulunmadığı, hangi kuralların doğrudan uygulanan kural niteliğinde olduğunun tespiti bakımından ilgili kuralın "*uygulanma zorunluluğu doğuran özel amacına*" ve "*tespit edilmiş olan özel uygulama alanına*" bakılması gerektiği hakkında bkz. Şahin, s. 97; Tekinalp/Uyanık, s. 48.

100 Erdoğan/Erdoğan, s. 969; Doğan, 1996, s. 103. Hangi hükümlerin doğrudan uygulanan kural niteliğinde olduğunun bizzat ilgili hükmün amacından hareketle belirlenebileceği, buradaki ölçünün, hükmün sadece tarafların menfaatine hizmet eden bir nitelikte olmaması, daha çok ağırlıklı olarak veya en azından kendisini kuvvetle hissettiren bir kamu menfaatine hizmet amacı taşıması gerektiği hakkında bkz. Nomer, s. 184.

101 Elçin, s. 169; Tarman, s. 542; Erdoğan/Erdoğan, s. 968; Aydemir, s. 475; Vural Çelenk, s. 291; Bozkurt Gümrükçüoğlu/Gemicici Filtiz, s. 614. Sosyal güvenliğe ilişkin kuralların doğrudan uygulama alanı buldukları, Türkiye'de yerine getirilen iş sözleşmeleri ile bağlantılı sosyal güvenlik meselelerinin Türk hukukuna göre çözümlendikleri, fakat hizmetin ifa edildiği yerin yabancı bir ülke olması halinde işçi Türk vatandaşı olsa bile sosyal güvenlik mevzuatımızın uygulanmasının mümkün olmadığı hakkında bkz. Ekşi, 1997, s. 139. İş hukukundaki asgari ücrete ilişkin kuralın amacının, ancak ülke içindeki iş sözleşmelerine ilişkin olduğu ve ancak Türkiye'de ifa edilen işlerde asgari bir ücret öngörüldüğü için uygulama alanının ülke ile sınırlı olduğu ifade edilmiştir: M. Fatih Uşan/Musa Aygül, "Türkiye'de Bulunan Şubede Çalışanlar İçin İş Güvencesi Uygulamasında Aynı İşverene Ait Yurt Dışında Bulunan İşçilerin de Sayıda Dikkate Alınması Kararına Getirilen Eleştirilerin Değerlendirilmesi", *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 2008, C. 5, S. 17, s. 56.

102 5718 sayılı Kanun'da *lex causae*'nin doğrudan uygulanan kurallarına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte 5718 sayılı Kanun'un 2 inci maddesinde yer alan "*Hâkim, Türk kanunlar ihtilafı kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re'sen uygular.*" hükmü de dikkate alındığında iş sözleşmesine uygulanacak olan yetkili yabancı hukukun bir bütün olarak uygulanması söz konusu olduğundan bu hukukun doğrudan uygulanan kurallarının da uygulanması gerekmektedir.

103 Tekinalp/Uyanık, s. 297; Çelikel/Erdem, s. 154; Güngör, s. 62; Erkan, s. 85; Tarman, s. 542; Erdem, s. 103; Özdemir Kocasakal, 2010, s. 71-73; Cemre Tüysüz, "Milletlerarası Ticari Tahkimde Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Tatbiki", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2019, Yıl 7, S. 14, s. 466-467.

104 Nomer, s. 183;

105 Nomer, s. 333; Özdemir Kocasakal, 2010, s. 71; Doğan, 1996, s. 113; Ekşi, 1997, s. 142; Çelikel/Erdem, s. 153; Musa Aygül, "Yabancı Unsurlu İş Hukuku İhtilafı ile İlgili Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi", 10. Yılında MÖHUK Sempozyumu (7-8 Aralık 2017, Ankara), Editörler Feriha Bilge Tanrıbilir/Gülce Gümüştü Tunçağıl, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 507.

nan bir kuralının Türk mahkemeleri tarafından uygulanabilmesi için, dava konusu uyuşmazlığın Türkiye ile o kuralın uygulanmasını gerektirecek şekilde bağlantılarının varlığı zorunludur¹⁰⁶. Bu noktada, doğrudan uygulanan kuralların Türkiye Cumhuriyeti topraklarında lokalize olmuş iş ilişkilerine uygulanabileceği, Türk iş piyasasının organizasyonunu ve iş hayatını düzenleyen kuralların yurt dışında lokalize olmuş bir iş ilişkisine uygulanmasında isabet bulunmadığı ifade edilmektedir¹⁰⁷.

Doğrudan uygulanan kuralların uygulanması için bu kuralların işçi lehine olması şart değildir. Yani 5718 sayılı Kanun'un 27 nci maddesinin birinci fıkrası kapsamında önem taşıyan yararlılık ilkesi, burada hiçbir rol oynamamaktadır¹⁰⁸.

Üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları ise, 5718 sayılı Kanun'un "Doğrudan uygulanan kurallar" kenar başlığı ile 31 inci maddesinde "Sözleşmeden doğan ilişkinin tâbi olduğu hukuk uygulanırken, sözleşmeyle sıkı ilişkili olduğu takdirde üçüncü bir devletin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilir. Söz konusu kurallara etki tanımak ve uygulayıp uygulamamak konusunda bu kuralların amacı, niteliği, muhtevası ve sonuçları dikkate alınır." şeklinde hükme bağlanmıştır. Söz konusu hükme bakıldığında, Türk hukukunda üçüncü devletin doğrudan uy-

gulanan kurallarının sadece sözleşmeden doğan borç ilişkileri alanında kabul edildiği ve kuralların uygulanması hususunda hâkime takdir hakkı tanındığı¹⁰⁹ sonucuna varılmaktadır.

Üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulama alanı bulabilmesi için, öncelikle üçüncü devletin hukuku ile sözleşmeden doğan borç ilişkisi arasında sıkı bir ilişkinin¹¹⁰ bulunması gerekir. Ayrıca, söz konusu kuralların amacı, niteliği, muhtevası ve sonuçları bakımından Türk hukukuna göre taraflardan birinin korunmaya değer menfaati için "gerekli" olduğu ölçüde etki tanınması ve etkinin kapsamının belirlenmesi gerekir¹¹¹.

Yabancılık unsuru taşıyan iş sözleşmeleri açısından 5718 sayılı Kanun'un 31 inci maddesindeki düzenlemenin önemi, özellikle işçinin işini geçici olarak başka bir ülkede yapması halinde ortaya çıkmaktadır¹¹². Bu halde işin fiilen ifa edildiği yer, bağlama kurallarının tespiti bakımından dikkate alınmasa da, hukuki olarak dışlanması mümkün olmadığından çalışma süreleri ve iş güvenliği gibi hususlarda bu ülke hukukunun dikkate alınması gerekmektedir¹¹³.

b. Kamu Düzeni Müdahalesi

Kamu düzeni, geniş ve değişkenlik gösteren bir kavram olduğundan sınırını ve kapsamını önceden belirlemek mümkün değildir. Milletlerarası özel hukukta kamu düzeni kavramının, iş hukuka nazaran daha dar ve sınırlı¹¹⁴ olduğu belirtilmelidir. Milletlerarası özel hukuk sisteminde kamu düzeni, bir olayda, adalete uygun olmayan aşırı bir sonuca yol açabilecek yabancı hukukun istisnai durumlarda uygulanmaması hususunda hâkimin genel biçimde yetkilendirildiği bir kural

106 Hatice Özdemir Kocasakal, "Doğrudan Uygulanan Kurallar", 10. Yılında MÖHUK Sempozyumu (7-8 Aralık 2017, Ankara), Editörler Feriha Bilge Tanrıbilir/Gülce Gümüşlü Tunçağıl, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 56.

107 Vural Çelenk, s. 291; Erten, s. 240. Sözleşme ilişkisinde zayıf taraf olarak işçilerin korunmasına ilişkin Türk iş mevzuatında yer alan hükümlerin, işyerinin Türkiye'de olması halinde uygulama alanı bulabileceği, mutad işyerinin Türkiye'de olmadığı hallerde 4857 sayılı Kanun'da yer alan işçiyi koruyucu hükümlerin (asgari ücret, kıdem ve ihbar tazminatı gibi) asgari koruma sınırını oluşturacak şekilde uygulanmalarının mümkün olmadığı ifade edilmiştir. Özdemir Kocasakal, 2018, s. 57. Kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, fazla çalışma, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil ücretleri gibi işçilik alacakları ile iş güvenliğine ilişkin (4857 sayılı Kanun m.18-21) Türk hukukundaki hükümler doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilse bile, söz konusu hükümlerin yalnızca Türkiye'de ifa edilen iş sözleşmeleri için uygulanabileceği hakkında bkz. Aygül, s. 510-512.

108 Doğan, 1996, s. 119; Tarman, s. 543; Vural Çelenk, s. 290; Senyen Kaplan, s. 78.

109 Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 420; Nomer, s. 335; Özdemir Kocasakal, 2010, s. 77; Çelikel/Erdem, s. 413.

110 Sıkı ilişkinin tespiti ve bu konudaki eleştiriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Erkan, s. 106 vd.

111 Nomer, s. 335; Elçin, s. 180; Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 421; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s.302; Güngör, s. 66; Erkan, s. 105.

112 Tarman, s. 544; Elçin, s. 182.

113 Doğan, 1996, s. 117.

114 Çelikel/Erdem, s. 139; Tiryakioğlu, s. 76.

olarak tanımlanabilir¹¹⁵.

5718 sayılı Kanun'un 5 inci maddesinde "Yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükümünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması hâlinde, bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hâllerde, Türk hukuku uygulanır." hükmü bulunmaktadır. Hükümdeki "açıkça aykırılık" kıstası ile kamu düzeninin yabancı hukukun uygulanmasına müdahalesinin *istisnai* nitelikte olduğu vurgulanmıştır¹¹⁶. Yani, yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda kanunlar ihtilafı kurallarının yetkili kıldığı yabancı hukukun uygulanması kural olup, kamu düzeni müdahalesi için yabancı hukukun uygulanması ile ortaya çıkan sonucun Türk kamu düzenini aşikâr bir şekilde ihlal etmesi, kamu düzeni ve vicdanında tahammül edilemez sonuçlar doğurması aranmıştır¹¹⁷.

Yargıtay, 10.02.2012 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı'nda¹¹⁸ iç hukuktaki kamu düzeninin çerçe-

vesinin, "Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı genel siyasete, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak prensip ve özel hukuka ait iyiniyet prensibine dayanan kurallara, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensiplerine, toplumun medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine, insan hak ve özgürlüklerine aykırılık..." şeklinde çizilebileceği ifade edilmiş olup, inceleme konusu yaptığımız Yargıtay kararında da bu hususlar belirtilmiştir.

Karşılaştırmalı hukukta ve Türk hukukundaki kamu düzeni anlayışına göre, yabancılık unsuru taşıyan bir uyuşmazlıkla karşılaşan hâkimin, kendi kanunlar ihtilafı kurallarına göre yetkili hukuku tespit etmesi ve uyuşmazlığı bu hukuktaki kurala göre çözmesi gerekir. Yetkili yabancı hukuk kuralının uygulanması sonucunda verilen karar, hâkimin hukukunun kamu düzeni ile bağdaşmıyor ise (*Kanun'daki ifadesiyle açıkça aykırılık varsa*) o yabancı hukuk kuralının uygulanmasından vazgeçilmesi gerekmektedir. Bu durum, kamu düzeninin menfi fonksiyonu¹¹⁹ olarak ifade

115 Doğan, 1996, s. 130; Şahin, s. 111; Tekinalp/Uyanık, s. 43. Kamu düzeni kurallarının, toplumun temel yapısı ve temel çıkarlarını koruyan, ekonomik, sosyal ve siyasal düzenin işleyişine yön veren ve fertler arasındaki huzur ve refahı sağlayan kurallar topluluğu olduğu ifade edilmiştir: Aydemir, s. 475.

116 Elçin, s. 199; Nomer, s. 160; Çelikel/Erdem, s. 145; Güngör, s. 108; Doğan, 1996, s. 130-131; Göger, s. 95; Tekinalp/Uyanık, s. 43; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 76; Tarmar, s. 544; İste-Arlanoğlu, s. 184; Bayata Canyaş, 2012, s. 260; Tiryakioğlu, s. 78, 263; Şahin, 113; Erdoğan/Erdoğan, s. 978. Kamu düzenine aykırılıktan bahsedilebilmesi ve bu surette kamu düzeninin etkisini gösterebilmesi için kanunlar ihtilafı kurallarına göre esasen yetkili olan yabancı hukukun ilgili hükmünün kamu düzenine aykırılığının tartışmaya lüzum kalmayacak şekilde açık olması gerektiği ifade edilmiştir: Yılmaz Altuğ/Mustafa Yasan, "Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni", Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 2003, s. 146.

117 Kemal Dayınlarlı, Millî-Milletlerarası Kamu Düzeni ve Tahkime Etkileri, Adalet Matbaacılık, Ankara, 1994, s. 57-58; Çelikel/Erdem, s. 145; Nomer, s. 160; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 76. Genel olarak kamu düzeni müdahalesinin söz konusu olabilmesi için, yetkili yabancı hukukun olaya uygulanması neticesinde verilecek kararın Türk hukukunun temel prensiplerine açıkça aykırı olması gerektiği hakkında bkz. Doğan, İş Akdi, s. 133. Kamu düzeninin müdahalesi sınırlı ve istisnai nitelikte olduğundan, uygulanmasında çekimserlik gösterilmesi gerektiği hakkında bkz. Tarmar, s. 546.

118 Yargıtay İBHGK, E: 2010/1, K: 2012/1, T: 10.02.2012, RG: 20.09.2012, S: 28417. Aynı yönde 2. Hukuk Dairesi'nin kararında, "...Türk hukukunda yer alan bir kuralın yabancı

ülke hukukunda bulunmaması ve bu nedenle yabancı ülke mahkemesince değerlendirmeye tabi tutulmaması durumunda, ortaya çıkan sonucun her halükarda Türk kamu düzenine açıkça aykırı olduğunu söyleyebilmek mümkün değildir. Esas uygulanan hukukun Türk hukukundan farklı olması ya da Türk hukukunun emredici kurallarına aykırı olması gibi nedenlerle yabancı kararın tenfizi reddedilemez. Burada esas alınması gereken kıstas, Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına, Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak prensiplere, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensiplerine, toplumun medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine, insan hak ve özgürlüklerine aykırılık olmamasıdır." şeklinde değerlendirmelere yer verilmiştir: Yargıtay 2. HD, E: 2022/4373, K: 2022/5899, T: 15.06.2022 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>; erişim tarihi: 10.01.2023).

119 Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 259-260; Elçin, s. 197-199; Nomer, s. 165; Tuncay, s. 904; Tiryakioğlu, s. 77; İste-Arlanoğlu, s. 189. Olumsuz etkinin gündeme gelebilmesi için yetkili yabancı hukukun tümünün değil, salt somut olayda uygulanması gereken hükmünün kamu düzenine aykırılığının tespiti gerektiği ifade edilmiştir:

edilmektedir. Vazgeçme ile ortaya çıkan boşluğun yetkili yabancı hukuktaki başka bir hüküm ile doldurulup doldurulamayacağı araştırılmalı, boşluğun doldurulamaması halinde hâkim kendi hukukunu olaya uygulayarak doldurmalıdır. Buna da kamu düzeninin müspet fonksiyonu¹²⁰ denilmektedir. 5718 sayılı Kanun'un 5 inci maddesindeki "gerekli görülen hâllerde, Türk hukuku uygulanır." ifadesi ile kastedilen kamu düzeninin müspet fonksiyonudur. Günümüzde kamu düzeninin yalnız müspet fonksiyonu kural olarak kabul edilmemektedir. Yani, hâkimin önünde gelen yabancı unsurlu uyumsuzlukta, yetkili hukuku tespit etmeden bu uyumsuzluğun kamu düzenine girdiği gerekçesi ile doğrudan olaya kendi maddi hukukunu uygulayarak çözüme gitmesi mümkün değildir¹²¹.

Yetkili yabancı hukukun iş hukukumuzdan farklı düzenleme içermesi tek başına kamu düzeni müdahalesi için yeterli olmadığı gibi, yetkili yabancı hukukun işçinin daha az lehine olması da kamu düzeni müdahalesinin uygulanması için yeterli değildir. Kamu düzeni müdahalesinin etkili olabilmesi için, yetkili yabancı hukukun işçi için açıkça dezavantajlı olması gerektiği ifade edilmektedir¹²². Yabancılık unsuru taşıyan iş sözleşmelerinde bazı kuralların kategorize edilerek kamu düzenine ait olduğunun kabul edilmesi ve yetkili yabancı hukukun uygulanmasına (ve sonuçlarına) hiç bakılmaksızın doğrudan Türk hukukunun uygulanması, kamu düzeni müdahalesinin "istisnai" niteliğine aykırı düşecektir¹²³.

Yabancı unsurlu iş sözleşmelerinde, kamu

düzeni müdahalesinin menfi etkisini gösterdiği durumlara örnek olarak; iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra aynı sektörde makul kabul edilemeyecek çalışma yasakları, hayat boyu çalışmaya ilişkin sözleşme hükümleri, işçiye iş sözleşmesini feshetme hakkının verilmemesi, aşırı ihbar süresi öngörülmesi, aşırı faiz hükümleri, kadının iş sözleşmesine kocanın engel olma hakkı verilmesi, iş kazalarından dolayı işçilerin özel hukuk davası açma hakkının sınırlandırılması, her türlü ayrımcılık içeren iş sözleşmesi hükümleri, fahiş cezai şartta ilişkin hükümler gösterilebilir¹²⁴. Bu gibi hallerde her bir somut olayın özelliğine göre değerlendirme yapılması gerekmektedir. Yargıtay'ın yakın tarihte verdiği kararlarda, yetkili yabancı hukukta kıdem tazminatının hiç düzenlenmemiş olmasının Türk kamu düzeninin açıkça ihlali olarak kabul edilmediği görülmektedir¹²⁵.

III. Genel İşlem/İş Koşulları

A. Tanımı ve Unsurları

"Genel işlem koşulları" ifadesi ilk defa 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (6098 sayılı Kanun) ile mevzuatımıza girmiş olup, 6098 sayılı Kanun'un 20 nci maddesinin birinci fıkrasında, "Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak

124 Tarman, s. 545; Elçin, s. 196-197; Ekşi, 1997, s. 134; Erdoğan/Erdoğan, s. 982; Bozkurt Gümrükçüoğlu/Gemicli Filiz, s. 615.

125 "...Davacı ile davalı işveren arasında imzalanan yurt dışı iş sözleşmesinin 14 üncü maddesi ile tarafların bir hukuk seçimi anlaşması yaptıkları ve sözleşme şartlarının Gürcistan hukukuna tabi olacağını kararlaştırdıkları görülmektedir. Bozma sonrası hükme esas alınan bilirkişi raporunda da belirtildiği üzere uyumsuzluğa uygulanacak Gürcistan hukukunda; dava konusu kıdem tazminatı alacağına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda söz konusu talebin reddine karar verilmesi gerekirken uyulmasına karar verilen bozma ilâmı ile davalı taraf lehine oluşan usuli kazanılmış hak dikkate alınmaksızın davalının Türk vatandaşı olduğu ve davalı Şirketin Türk hukukuna göre kurularak Türkiye'de faaliyet gösterdiğinden bahisle davacı lehine kıdem tazminatına hükmedilmesi isabetli olmayıp tekrar bozmayı gerektirmiştir.". Yargıtay 9. HD, E: 2022/10721, K: 2022/10545, T: 27.09.2022; aynı yönde bkz. Yargıtay 9. HD, E: 2022/10723, K: 2022/10543, T: 27.09.2022 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>; erişim tarihi: 10.01.2023).

Bayata Canary, 2012, s. 262.

120 Doğan, 2022, s. 261; Nomer, s. 167; Çelikel/Erdem, s. 146; Tekinalp/Uyanık, s. 44; Tuncaç, s. 904; Dayınlarlı, s. 55-56; Ekşi, 1997, s. 137; Elçin, s. 201; İste-Arlanoğlu, s. 188; Erdoğan/Erdoğan, s. 981.

121 Doğan, 1996, s. 130. Somut olaylarda yetkili yabancı ülke hukuku ve olaya uygulanacak ilgili hükmü hiç tespit edilmeden, soyut bir kamu düzeninden söz edilerek hemen Türk hukuku uygulanıp olaya çözüm üretilmesi uygulamasının hukuka ve 5718 sayılı Kanuna aykırı olduğu hakkında bkz. Akyiğit, s. 99.

122 Elçin, s. 197.

123 Elçin, s. 200; Erdoğan/Erdoğan, s. 983; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, s. 83 vd.; Tiryakioğlu, s. 265.

amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir." şeklinde tanımlanmıştır.

Maddedeki tanım dikkate alındığında genel işlem koşullarının bir takım zorunlu unsurları içermesi gerektiği anlaşılmaktadır. Bu zorunlu unsurlar; sözleşmenin yalnız bir tarafınca önceden *tek taraflı* olarak hazırlanması, genel ve soyut nitelikte hükümler olması, ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanılmak amacıyla hazırlanması ve karşı tarafın müzakere etmesine imkân tanımadan bir bütün olarak sözleşmeye dahil edilmesi niyetiyle *sunulması* olarak sıralanabilir¹²⁶.

Genel işlem koşullarının kullanan tarafından bizzat hazırlanması zorunlu olmayıp, sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü bir kişinin (gerçek veya tüzel kişi) hazırladığı genel işlem koşullarının kullanılması halinde de önceden tek taraflı hazırlanma unsuru gerçekleşmiş olmaktadır¹²⁷.

126 Yeşim M. Atamer, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1999, s. 62-72; Ayşe Havutçu, Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, Güncel Yayınevi, İzmir, 2003, s. 74 vd; Eren, s. 218-220; M. Polat Soyer, Genel İş Koşulları, Özgün Matbaacılık, İzmir, 1987, s. 31-33; Murat Aydoğdu, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulama Alanı", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011, C. 13, S. 2, s. 13; Ayşe Havutçu, "6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Genel İşlem Şartlarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", İzmir Barosu Dergisi, 2011, Y. 76, S. 2, s. 34; Orhan Ersun Civan, Genel İşlem Koşulları, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 17-19; Arzu Küçükalyağcı, "Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2004, C. 53, S. 4, s. 111-112; Şükran Ertürk, "Genel İş Koşulları ve Genel İş Koşullarının Denetlenmesi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013 (Basım Yılı: 2014), C. 15, Özel Sayı, s. 83; Ebru Ceylan, "Genel İşlem Koşulları", Prof. Dr. İsmet Sungurbey'e Armağan - Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları I, İstanbul Barosu Yayınları, 2014, s. 174; Tuğçe Tuzcuoğlu, Avrupa Birliği Normları ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Işığında Genel İşlem Şartları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 83; Mustafa Tiftik/Zeynep Özcan, "Türk Borçlar Kanunu'na Göre Standart Sözleşmelerde İçerik Denetimi", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 2015, C. 31, S. 1, s. 30.

127 O. Gökhan Antalya, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 300; Aydoğdu, s. 14; Sarper Süzek, "Tip İş Akitlerinin ve İç Yönetmeliklerin Kurulma Koşulları

Bu itibarla, genel işlem koşullarını içeren sözleşmenin bir meslek örgütü, dernek, şirket veya kamusal bir makam tarafından hazırlanması ya da kamusal makam tarafından onaylanması genel işlem koşulunun oluşmasını engellemez¹²⁸. Genel işlem koşullarının, sözleşmenin kuruluşu sırasında buna dayanan tarafın, karşı tarafa görüşme ve pazarlık konusu yapma imkânı vermemesi, bu koşulların karşı tarafça görüşülmeksizin kabul edilerek sözleşmeye alınması, genel işlem koşullarının belirleyici unsurlarından biridir¹²⁹. Önceden hazırlanan sözleşme koşulları, tek taraflı olarak bunlara *dayanan tarafın arzusu doğrultusunda sözleşmeye konulmuş* ise genel işlem koşulu niteliği taşır¹³⁰. Genel işlem koşulları, taraflar arasında görüşme ve tartışma konusu yapılarak/müzakere edilerek sözleşme içeriğine girmişse artık burada

ve Denetimi", Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, C. 15, S. 1, s. 464; Tuzcuoğlu, s. 88. Sözleşme koşullarının, sözleşmenin bir tarafınca tek yanlı olarak hazırlanmasının genel işlem koşullarının varlığını kabul için asli öneme sahip olduğu, zira bu durumun ilgili koşulların pazarlık edilmeden tek taraflı olarak sözleşmeye dahil edileceği, karşı tarafa *dayatılacağı* yönünde bir gösterge olduğu hakkında bkz. Yeşim M. Atamer, "Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi-TKHK m. 6 ve TTK m. 55, F.1, (f) ile Karşılaştırmalı Olarak", Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 8 Nisan 2011, s. 14-15.

128 Atamer, 1999, s. 63, 66; Havutçu, 2003, s. 80; Atamer, 2011, s. 15; Civan, s. 24.

129 Havutçu, 2003, s. 87; Civan, s. 30; Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 26. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2022, s. 168; Gaye Baycık, "Çalıştırılmak Üzere Yurt Dışına Götürelen Türk İşçilerin Açtıkları Davalarda Uygulanacak Hukuk", Yurt Dışı Hizmet Sözleşmelerinde Milletlerarası Özel Hukuk Uygulaması İş Hukuku Sorunları, Elli İkinci Çözüm Arama Konferansı, İNTES Yayınları, Ankara, 2017, s.105; Ezgi Kutluay, "Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Koşulları", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, 2017, C. 19, Özel Sayı, s. 1387.

130 Havutçu, 2003, s. 85-87. Sözleşmede yer alan kuralların genel işlem koşulları şemsiyesi altında görülmesi için bu sözleşme kurallarının tek taraflı olarak konulup karşı tarafa sunulması unsurunun gerçekleşmesi gerektiği, burada sözleşme taraflarından birinin bir *dayatmada* bulunmasının söz konusu olduğu hakkında bkz. Ahmet Hakan Dağdelen, "Genel İşlem Şartları ve Teşmil ile Yürürlük Denetiminin Esasları", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Aralık 2019, C. 25, S. 2, s. 640.

bireysel sözleşmenin varlığından bahsedilir ve söz konusu sözleşme hükümleri genel işlem koşulu olmaktan çıkar¹³¹.

Genel işlem koşullarının ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanılmak amacıyla hazırlanması unsuru, genel işlem koşullarının ortaya çıkış sebebinin oluşturan kitlesel sözleşme olgusunun somut bir yansımasıdır¹³². Burada dikkate alınması gereken nokta, genel işlem koşullarının fiilen birden fazla sözleşmede kullanılmış olması değil, bu amaçla hazırlanmış olmasıdır¹³³. Özellikle belirli bir kurum, kuruluş veya üçüncü kişilerce matbu şekilde hazırlanan sözleşmelerin, ileride çok sayıda sözleşmede kullanılma amacıyla hazırlandığı "karine" olarak kabul edilmektedir¹³⁴.

B. Yurt Dışı İş Sözleşmelerinin Genel İşlem/İş Koşulları Yönünden Değerlendirilmesi

Genel işlem koşulları, iş hukukunda genel işlem koşulları olarak nitelendirilmektedir¹³⁵. Genel işlem koşulları kavramıyla kastedilen, işverenin tek taraflı olarak önceden genel ve soyut bir biçimde düzenlediği kurallar bütünü ile işverenin iş ilişkisi içinde tek taraflı fiili davranışlarıyla oluşan işyeri uygulamalarıdır¹³⁶. Bu kapsamda genel işlem koşullarının türlerini standart/tip iş sözleşmeleri, iş yönetmelikler, işyeri uygulamaları ve işverenin genel vaatleri olarak saymak mümkündür¹³⁷. İnceleme konumuz bakımından özellikle tip iş

sözleşmesi ayrı bir öneme sahiptir. Tip sözleşmeler, içeriğini tamamen veya kısmen genel işlem koşullarının oluşturduğu, karşılıklı görüşme ve müzakere sonucu kurulmayan sözleşmeleri ifade etmektedir. Tip sözleşmeler, genel işlem koşullarının ağırlıklı olarak kullanıldığı sözleşmeler olup, genel işlem koşulları ise bu sözleşmenin içeriğini oluşturan sözleşme hükümleridir¹³⁸. Dolayısıyla tip sözleşmeler ile genel işlem koşulları kavramları eş anlamlı olarak nitelendirilemez¹³⁹. Standart (tip) bir sözleşmede sadece genel işlem koşulu değil, bireysel sözleşme hükmünün de yer alabileceği¹⁴⁰ belirtilmelidir.

Genel işlem koşullarını içeren sözleşmenin kamusal bir makam tarafından hazırlanması ya da onaylanması genel işlem koşulunun oluşmasını engellemez ise de, sözleşmede yer alan hükümlerin genel işlem koşulu olarak nitelendirilmesinde asıl önem taşıyan özellik, sözleşme hükümlerini kimin hazırladığı değil, bu hükümleri *dayatan (sunan)* tarafın kim olduğudur¹⁴¹. Bu anlamda yurt dışı inşaat projelerinde çalışmak üzere yurt dışına götürülen işçilerin imzaladıkları yurt dışı iş sözleşmelerinde özel bir durum söz konusudur. Bu tür iş sözleşmelerinin hazırlanması ve onaylanması konusunda 4904 sayılı Türkiye İş Kurumu ile İlgili Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun'a¹⁴² dayanılarak çıkarılan Yurtdışı İstihdam

138 Havutçu, 2003, s. 13; Civan, s. 60; Aydoğdu, s. 6; Yelmen, s. 50; Tiftik/Özcan, s. 26, 32.

139 Havutçu, 2003, s. 14; Civan, s. 60.

140 Aydoğdu, s. 10.

141 Tuzcuoğlu, s. 90, 102; Atamer, 1999, s. 69; Havutçu, 2003, s. 74; Atamer, 2011, s. 17-18; Yelmen, s. 58; Sirmen, s. 221; Kutluay, s. 1384; Berk Demirkol, "Türk Hukukunda Genel İşlem Şartlarında Yer Alan Hukuk Seçimi, Yetki Anlaşması ve Tahkim Anlaşmalarının Hüküm Doğurması", Public and Private International Law Bulletin, Prof. Dr. Cemal Şanlı'ya Armağan, 2020, C. 40, S. 2, s. 1319-1320. Genel işlem koşulu niteliğindeki sözleşme koşullarının, karşı tarafa tartışma ve pazarlık yapma imkânı sunulmadan *dayatıldığı* hakkında bkz. Ceylan, s. 174. Tek taraflı olarak hazırlanan koşulların sözleşmenin kuruluşu sırasında diğer tarafa sunulmasının; önceden hazırlanan sözleşme koşullarının sözleşmenin kuruluşu sırasında bu koşulları diğer tarafa sunanın *arzusuyla* sözleşmeye alınmasını ifade ettiği, burada amacın söz konusu koşulların müzakere imkânı verilmeksizin diğer tarafa *dayatılması* olduğu hakkında bkz. Havutçu, 2011, s. 34.

142 R.G. 05.07.2003, S. 25159. 02.07.2018 tarihli ve 703 sa-

131 Havutçu, 2003, s. 88; Atamer, 1999, s. 72-73; Havutçu, 2011, s. 34; Atamer, 2011, s. 20; Adem Yelmen, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Şartları, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 54.

132 Atamer, 1999, s. 66; Civan, s. 27; Tuzcuoğlu, s. 100; Yelmen, s. 55; Lale Sirmen, "Genel İşlem Şartları Sempozyumu: Genel İşlem Şartları Kavramı", İzmir Barosu Dergisi, Eylül 2015, Y. 80, S. 3, s. 219.

133 Havutçu, 2003, s. 83; Atamer, 1999, s. 67; Atamer, 2011, s. 16; Yelmen, s. 55.

134 Civan, s. 29, 53; Baycık, s. 105.

135 Soyer, s. 26-27; Ertürk, s. 81; Civan, s. 47; Süzek, 2016, s. 463; Tuğçe Yaba, "Genel İş Koşullarının Denetimi", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2021, C. 16, S. 1, s. 139.

136 Süzek, 2019, s. 58; Soyer, s. 28; Civan, s. 47.

137 Soyer, s. 41; Süzek, 2019, s. 58; Civan, s. 47; Ertürk, s. 89.

Hizmetleri Yönetmeliği (Yönetmelik)¹⁴³ önem arz etmektedir. Yönetmelik, yurtdışındaki işlere işçi ve işçilere iş bulunması, işverenlerle işçiler arasında yapılacak olan iş sözleşmelerine aracılık edilmesi ve yurtdışına gidecek işçilerin işlemlerinin yapılmasına ilişkin usul ve esasları belirlemek amacıyla yürürlüğe girmiştir. Yönetmeliğin 4 üncü ve 8 nci maddeleri uyarınca yabancı bir ülkede çalıştırmak üzere Türkiye'den işçi götürmek isteyen işverenlerin örneği Kurum'ca hazırlanan iş sözleşmesini işçi ile karşılıklı imzalamaları ve Kurum'a onaylatmaları *zorunlu* tutulmuş, mevzuata aykırı davranılması halinde idari para cezası öngörülmüştür.

Kurum tarafından hazırlanan yurt dışı iş sözleşmeleri, matbu/tip sözleşme¹⁴⁴ niteliği taşımaktadır. Söz konusu yurt dışı iş sözleşmelerinin çeşitli maddelerinde "çalışılan ülkedeki mevzuat hükümleri uygulanır." düzenlemesi yer almaktadır. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, yakın tarihli pek çok kararında bu düzenlemeyi geçerli bir hukuk seçimi olarak kabul etmiştir¹⁴⁵. Buradaki hukuk

seçiminin geçerli bir hukuk seçimi olup olmadığının özellikle genel işlem koşullarının *unsurları* ekseninde tartışılması gerekmektedir. Bu noktada belirtmek gerekir ki; genel işlem koşullarının varlığı için zorunlu olan unsurların kümülatif unsurlar¹⁴⁶ olması nedeniyle bir unsurun eksikliği halinde dahi sözleşme koşulları genel işlem koşulu olarak nitelendirilemez, dolayısıyla genel işlem koşullarına ilişkin hükümler uygulanamaz. Bir başka ifade ile genel işlem koşulu denetimi yapılabilmesi için genel işlem koşulu hakkındaki zorunlu unsurların gerçekleşmesi bir ön sorun¹⁴⁷ teşkil etmektedir.

Kurum tarafından hazırlanan ve onaylatılması Yönetmelik ile *zorunlu* tutulan yurt dışı iş sözleşmeleri, sözleşmenin taraflarınca hazırlanmamakta ve üçüncü bir kişi olan Kurum tarafından hazırlanmaktadır. İki tarafın da üçüncü bir kurum veya kuruluş tarafından hazırlanmış genel işlem koşullarının kullanılması konusunda anlaşması halinde artık bu anlaşma ile, ilgili koşulların genel işlem koşulları niteliğini yitirip taraflar arasında bireysel anlaşma konumuna geldiğini¹⁴⁸ ifade etmek gerekmektedir. Yine, Kurum'un kendisi tarafından hazırlanan ve yurt dışına çalışmak amacıyla gidecek işçilerin çalışma koşulları ve sosyal güvenlik gibi konularda mağduriyet yaşamamaları için *taraflar arasındaki menfaatleri dengeleme hedefine hizmet eden* matbu sözleşme koşulları¹⁴⁹, her ne

ylı Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin (RG 09.08.2018, S. 30473, 3. Mükerrer) 74. maddesiyle Kanun adı "Türkiye İş Kurumu ile İlgili Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun" olarak değiştirilmiş; İŞKUR'un (Kurum) kuruluş, görev, yetki ve sorumluluklarına ilişkin hükümleri yürürlükten kaldırılmıştır. İŞKUR'un kuruluş, görev, yetki ve sorumlulukları 4 sayılı Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin (R.G. 15.07.2018, S. 30479) 615 vd. maddelerinde düzenlenmiştir.

143 R.G. 16.02.2008, S. 26789.

144 Erten, s. 225; Baycık, s. 104; İste-Arlanoğlu, s. 74; Gürsel, s. 179. Form/Tip iş sözleşmeleri için bkz. <https://www.iskur.gov.tr/isveren/yurtdisi-istihdam>

145 "...Dosya kapsamına göre davacı işçi, 18.05.2007-24.06.2009 ve 27.08.2009-10.06.2016 tarihleri arasında davalının yurt dışındaki işyerlerinde çalışmıştır. Taraflar arasında iki dönem bakımından da yurt dışı iş sözleşmesi düzenlenmiştir. Bu sözleşmelerin süreleri ve sona erdirilmelerine ilişkin 5 inci maddelerinde, çalışma süresi ve fazla çalışmaya ilişkin 8 inci maddelerinde ve hafta tatili ve genel tatile ilişkin 9 uncu maddelerinde; çalışılan ülke mevzuatının uygulanacağı, çalışılan ülke mevzuatında hüküm bulunmaması durumunda 4857 sayılı Kanun'un uygulanacağı belirtilmiştir. Yine sözleşmelerin 10 uncu maddesinde çalışılan ülke mevzuatına göre işçinin yıllık ücretli izin hakkına sahip olduğu, 16 nci maddelerinde ise çalışılan ülke mevzuatının geçerli olduğu belirtilen konularda öncelik

bu ülke mevzuatının uygulanacağı açıklanmıştır. Buna göre tarafların iş sözleşmeleri ile bir hukuk seçimi anlaşması yaptıkları açıktır. Tüm bu hususlar dikkate alındığında, taraflar arasında davacının çalışma dönemleri yönünden bir hukuk seçimi anlaşması bulunduğundan, dava konusu alacaklar hakkında Rusya hukukunun uygulanması gerekmektedir.": Yargıtay 9. HD, E: 2022/17657, K:2023/2079, T: 14.02.2023; aynı yönde bkz. Yargıtay 9. HD, E: 2022/5894, K: 2022/8367, T: 28.06.2022; Yargıtay 9. HD, E: 2023/3913, K: 2023/7608, T: 23.05.2023; Yargıtay 9. HD, E: 2023/8384, K: 2023/12268, T: 18.09.2023 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>; erişim tarihi: 20.10.2023).

146 Civan, s. 37.

147 Aydoğdu, s. 13.

148 Atamer, 1999, s. 69-70; Atamer, 2011, s. 18; Sirmen, s. 221; Osman Açıkgöz, "Tüketicinin Korunması Çerçevesinde Mobil Haberleşme Abonelik Sözleşmesinde Genel İşlem Koşulları", Yayınlanmış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul 2012, s. 182.

149 Atamer, 2011, s. 18.

kadar önceden hazırlanmış olsalar da kural olarak genel işlem koşulu olarak nitelendirilemezler çünkü bu hallerde sözleşme taraflarından hiçbiri diğerini belirli sözleşme koşullarının uygulanması zorunluluğu karşısında bırakmamakta, genel işlem koşullarına özgü taraflar arası dengesiz konum oluşmamaktadır. Burada, iki taraf da üçüncü kişi önünde sözleşmeye müdahale açısından eşit konumdadır¹⁵⁰. İki tarafın da sözleşme içeriğinin oluşmasına eşit oranda etki etme imkânının olduğu bu halde, sözleşme koşulları matbu da olsa artık bireysel bir sözleşmenin varlığı kabul edilmelidir¹⁵¹. Ayrıca, yurt dışına işçi götürülmesini konu alan iş sözleşmelerinde üçüncü bir kişi olarak nitelendirebileceğimiz ve idari pozisyonunda olan Kurum, kendi hazırladığı yurt dışı iş sözleşmesini hem işçiye hem de işverene *dayatmaktadır*¹⁵². Bunun sonucunda sözleşmenin tarafları, Kurum'un önerdiği (ve zorunlu kıldığı) koşullar çerçevesinde sözleşmeyi kurduğunda, söz konusu koşullar tarafların hiçbiri tarafından diğerine dayatılmadığından bireysel sözleşme koşulları olarak nitelendirilmelidir¹⁵³. Böyle bir durumda

genel işlem koşullarından değil, üçüncü kişinin sözleşme koşullarından bahsedilir¹⁵⁴. Karşılaştırmalı hukukta, sözleşme koşullarının bir üçüncü kişi tarafından belirlendiği hallerde artık taraflar arasında, bu üçüncü kişinin şartlarına ilişkin olarak bir bireysel sözleşme yapıldığı belirtilmektedir¹⁵⁵.

Kurum tarafından hazırlanan yurt dışı iş sözleşmesinin işçi ve işverene *dayatılmasının* yanında bazı sözleşmelerde daha da ileri gidilerek işçiye başka bir sözleşme imzalatılmayacağına yönelik hüküm bulunduğu da görülmektedir. Söz konusu bu hüküm, yurt dışı iş sözleşmesinin 17 nci maddesinde; "*İkinci Sözleşme İmzalatılması*" başlığı altında "*İşçinin deneme müddeti içerisinde başarılı olmaması, sözleşmesinde belirtilen mesleği dışında başka bir iş veya meslekte çalışmayı kabul etmesi, sözleşme süresinin normal olarak sona ermesi ya da süresi bitmeden anlaşma yoluyla karşılıklı olarak feshedilmesi yahut da çalışılan ülkenin mevzuatı gereği olan durumlar dışında işveren tarafından işçiye her bakımdan daha geri haklar getiren başka bir iş sözleşmesi imzalatılmayacaktır. Sonra imzalatılan sözleşmeler adli, idari ve hukuki açıdan geçersiz sayılacağı gibi anlaşmazlık durumlarında işbu sözleşme dikkate alınacaktır.*" şeklinde yer almaktadır. Yurt dışı iş sözleşmesindeki bu hüküm, sözleşme özgürlüğü ilkesinin de bir istisnası niteliğindedir. Esasında bu şekilde hazırlanmış olan ve taraflarca imzalanan yurt dışı iş sözleşmesinde, sözleşme özgürlüğü ilkesinden sözleşmenin her iki tarafı

150 Atamer, 1999, s. 70; Atamer, 2011, s. 18; Açıkgöz, s. 182.

151 Atamer, 1999, s. 71; Sirmen, s. 218.

152 İste-Arlanoğlu, s. 77. Kamu kurumlarınca hazırlanıp uygulanması *meccur kılınan* sözleşme kurallarının sözleşmenin tarafları arasında genel işlem koşulları denetimine tabi tutulmasının yerinde olmadığı, zira burada genel işlem koşullarının tek tarafça koyulması şartının yerine gelmediği, ayrıca genel işlem koşullarının denetlenmesine vesile olan taraflar arasındaki dengesizliğin bu mecburi kayıtlar açısından varlığının şüpheli olduğu hakkında bkz. Dağdelen, s. 641.

153 Civan, s. 31. Sözleşme koşullarının genel işlem koşulu niteliği taşıyıp taşımadığının tespitinde söz konusu koşulların kimin *isteği* ile sözleşmeye alındığının önemli olduğu, üçüncü bir kişinin önerdiği koşulların sözleşmenin taraflarınca sözleşmeye alınması halinde taraflardan hiçbiri diğerine bu koşulların sözleşmeye alınmasını *empoze etmeye çalışmadığı ya da zorlamadığından* sözleşmeye alınan bu koşulların bireysel sözleşme koşulları olarak kabul edilmesi gerektiği hakkında bkz. Havutçu, 2003, s. 86; aynı yönde görüşler için bkz. Atamer, 1999, s. 70; İlknur Serdar, "Genel İşlem Şartları Sempozyumu: TBK'nun Genel İşlem Şartları Hükümlerinin Kişi Bakımından Uygulama Alanı", İzmir Barosu Dergisi, Eylül 2015, Y. 80, S. 3, s. 229; Neslihan Özuysal, "Genel İşlem Şartları ve Satım Sözleşmesinde Yer Alan Haksız Şartlar", Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul 2011, s. 60. Genel işlem koşullarının varlığından söz ede-

bilmek için, bir tarafın bu koşullara dayanmasının gerekli olduğu, üçüncü kişinin tavsiye ettiği koşullar, taraflardan birine *dayatılmış* olamayacağı için bu sözleşme kayıtlarının genel işlem koşulları olarak kabul edilemeyeceği hakkında bkz. Özgür Karadağ, Türk Borçlar Kanununda Genel İşlem Koşulları ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 39. Ancak, üçüncü kişinin tarafsız olarak değil de sözleşme taraflarından birinin isteğiyle sözleşme koşullarını hazırladığı durumda, bunları kullanmak amacıyla hazırlanan sözleşme tarafının temsilcisi sıfatını taşıdığı ve üçüncü kişinin hazırladığı sözleşme koşullarının genel işlem koşulu niteliği kazandığı hakkında bkz. Atamer, 1999, s. 70-71; Havutçu, 2003, s. 86; Atamer, 2011, s. 18; Serdar, s. 229.

154 Civan, s. 31; Atamer, 1999, s. 71.

155 Atamer, 1999, s. 71.

bakımından da vazgeçildiğini¹⁵⁶ söylemek yanlış olmayacaktır.

Diğer yandan, genel işlem koşulları ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanılmak amacıyla önceden belirlenen sözleşme hükümleri olup, tek taraflı kullanılmış da olsa düzenleme serbestisi çerçevesinde bir tarafın hukuki işleme yönelik iradesini yansıtır ve diğer tarafın kabulüyle bağlayıcılık kazanır. Bir tarafın hukuki işleme yönelik iradesiyle değil de kanun ile belirlenmiş olan, bağlayıcılığını taraf iradesinden değil de kanundan alan işlem koşulları, genel işlem koşulu niteliğini taşımazlar¹⁵⁷. Ayrıca, karşılaştırmalı hukukta; yasa, tüzük, yönetmelik veya örf ve âdet kuralı olarak sözleşmeye dahil edilmiş olan veya tamamlayıcı yorum sonucu sözleşmenin içeriğine dahil olan hükümlerin genel işlem koşulu niteliği taşımadıkları ifade edilmektedir¹⁵⁸. Kurum tarafından hazırlanan, taraflarca imzalanarak Kurum'a onaylatılması zorunlu tutulan yurt dışı iş sözleşmelerinde yer alan sözleşme hükümleri bağlayıcılığını 4904 sayılı Kanun ve buna dayanılarak çıkarılan Yönetmelikten almaktadır. Söz konusu yurt dışı iş sözleşmelerinin taraflarca imzalanması ve Kurum'a onaylatılması kanuni bir yükümlülük arz etmektedir. Sonuç olarak, Kurum tarafından hazırlanan yurt dışı iş sözleşmelerinde yer alan hükümler genel işlem koşulu niteliği taşımamaktadır. Aksine, Kurumca hazırlanan yurt dışı iş sözleşmelerinin 6098 sayılı Kanun kapsamında düzenlenen genel işlem koşulları ile açıklanamadığı, burada sözleşme özgürlüğü ilkesinin bir istisnasını teşkil eden *sui generis*¹⁵⁹ bir durum mevcut olduğu ifade edilmektedir. Nihayetinde, Kurum tarafından hazırlanan yurt dışı iş sözleşmelerinde yer alan hukuk seçimine ilişkin hükümlerin, genel işlem koşullarının varlığı için

zorunlu unsurların tamamını bünyesinde barındırmadığı (özellikle önceden tek taraflı olarak hazırlanma ve karşı tarafın müzakere etmesine imkan tanımadan bir bütün olarak sözleşmeye dahil edilmesi niyetiyle sunulma/dayanılma unsurlarının eksik olduğu), bu sebeple sözleşme hükümlerinin genel işlem koşulu olarak nitelendirilemeyeceği, yapılan hukuk seçimi anlaşmasının geçerli olduğu sonucuna varılmaktadır.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin yeni tarihli kararlarına bakıldığında, genel işlem koşulları ile ilgili olarak konuya farklı bir açıdan yaklaşarak genel işlem koşullarının hukuk seçimi anlaşmasının geçersizliğine yol açmayacağına karar verildiği görülmektedir. Söz konusu kararlarda iki noktadan hareketle bu sonuca varılmıştır. İlk olarak, genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerin hukuk seçimi anlaşmasına uygulanacak hukukun Türk hukuku olması hâlinde işlev görebileceği tespiti yapılmış, ardında da yurt dışı iş sözleşmesinin 6098 sayılı Kanun'un 20 ilâ 25 inci madde hükümleri kapsamında değerlendirmeye tabi tutulması halinde de hukuk seçimi anlaşmasının bağlayıcı ve geçerli olduğuna hükmedilmiştir¹⁶⁰. Yargıtay Hukuk

160 "...6098 sayılı Kanun'un genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerinin hukuk seçimi anlaşmasının geçersizliğine gerekçe olamayacağını belirtmek gerekir. Söz konusu hükümler, hukuk seçimi anlaşmasına uygulanacak hukukun Türk hukuku olması hâlinde işlev görebilir. Bunun dışında 6098 sayılı Kanun'un bahsi geçen hükümleri, bunların doğrudan uygulanan kural niteliğinde kabul edilmeleri yahut yabancı hukukun ilgili hükümlerinin uygulanmasının Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması hâlinde uygulanabilir. Kaldı ki somut olayda, imza ve içeriği yönünden itiraza uğramayan ve Kuruma onaylatılacağı yazılı bulunan yurt dışı iş sözleşmesi, 6098 sayılı Kanun'un 20 ilâ 25 inci maddelerine göre değerlendirildiğinde; önemli olanın işverenin işçiyeye söz konusu sözleşmeyi okuma imkânını sağlaması olduğu, Kurum tarafından hazırlanan yurt dışı iş sözleşmelerinin sürekli olarak Kurum'un internet sayfasında yer aldığı, kolayca ulaşılabilir ve incelenebilir olduğu, işçinin bu sözleşme içeriğini okuma imkânının her zaman bulunduğu kabul edilmelidir. Ayrıca, yurt dışı iş sözleşmesinin açık, net ve anlaşılır bir dille düzenlendiği, yukarıda açıklandığı gibi 5718 sayılı Kanun'un 27 nci maddesinin birinci fıkrasının açık hükmü ile cevaz verdiği şekilde sözleşmede hukuk seçimi yapıldığı anlaşılmakta olup taraflar arasında imzalanan yurt dışı iş sözleşmesinin bağlayıcı ve geçerli olduğu sonucuna varılması gerekmektedir. O hâlde Bölge Adliye Mahkemesince, yurt dışı iş sözleşmesi hükümlerine genel işlem koşulları niteliği taşıdığından bahisle değer verilmeyerek olaya Türk hukukunun uygulanmasına ka-

156 İste-Arlanoğlu, s. 78.

157 Havutçu, 2003, s. 79; Atamer, 1999, s. 62; Özuysal, s. 55.

158 Havutçu, 2003, s. 79 (naklen). Sözleşme koşullarının kanunlar, tüzükler, yönetmelikler, genelgeler vs. ile getirilmesi ya da öngörülmesi halinde, bu koşullar sözleşmenin tek tarafınca hazırlanmış olmadıklarından söz konusu koşullar hakkında genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerin uygulanamayacağı hakkında bkz. Kılıçoğlu, s. 167.

159 İste-Arlanoğlu, s. 79.

Genel Kurulu¹⁶¹ da aynı yönde gerekçe benimseyerek 6098 sayılı Kanun'un genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerinin hukuk seçimi anlaşmasının geçersizliğine gerekçe olamayacağına karar vermiştir.

Yabancılık unsuru taşıyan iş sözleşmelerinde hukuk seçimi ile genel işlem koşulları arasındaki irtibata ilişkin yukarıda açıklanan Yargıtay'ın son uygulamaları ile doktrindeki görüşlerin uyumlu olduğunu söylemek mümkündür. Zira, doktrinde hukuk seçimi yapılan hallerde hukuk seçimi anlaşmasının kuruluşunun (karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı) da sözleşme statüsü olarak *seçilen hukuka* tâbi tutulması gerektiği, sözleşme statüsünün hukuk seçimi anlaşmasının *kuruluşu* ve *geçerliliğini* idare etmesinin *sözleşmenin birliği ilkesinin* bir gereği olduğu ifade edilmektedir¹⁶². Buradan hareketle, hukuk seçimi anlaşmasının genel işlem koşulları ile yapılmış olması halinde,

seçilen hukukta yer alan kuralların hukuk seçiminin meydana gelişine uygulanacağına ilişkin kuralın genel işlem koşulları için de geçerli olduğunu belirtmek gerekir. Dolayısıyla, genel işlem koşulları arasında *seçilen hukuk*, bu hukuk seçiminin geçerli bir şekilde meydana gelip gelmediğine de karar verecektir¹⁶³. Yine, hukuk seçiminin geçerli olup olmadığının seçilen hukuka göre belirleneceği dikkate alındığında taraflardan birisi genel işlem koşullarında yer alan hukuk seçimi bakımından hataya düştüğünü iddia etmekteyse bu konuda genel işlem koşulları arasında *seçilen hukuka* göre inceleme yapılması¹⁶⁴ gerekmektedir. O halde, taraflarca yabancı bir hukuk sözleşmelerine uygulanacak hukuk olarak seçildiği bir durumda ve uyuşmazlık Türk mahkemesi önüne geldiğinde 6098 sayılı Kanun'un genel işlem koşullarına ilişkin 20 ilâ 25 inci madde hükümlerinin yapılan hukuk seçimini sınırlandırmayacağı, hukuk seçimi anlaşmasının genel işlem koşulları ile yapılmış olması durumunda da hukuk seçimi anlaşmasının seçilen hukuka tâbi olması nedeniyle sözü edilen 20 ilâ 25 inci madde hükümlerinin gündeme gelmeyeceği, sonuç olarak kanaatimizce konuya ilişkin Yargıtay uygulamalarının isabetli olduğu belirtilmelidir.

IV. Sonuç

Yabancılık unsuru taşıyan iş sözleşmelerine uygulanacak hukuk, 5718 sayılı Kanun'un 27 nci maddesinde özel olarak düzenlenmiştir. Hükümde, iş sözleşmelerine uygulanacak hukuk konusunda sübjektif bağlama kuralı olarak tarafların hukuk seçimine ilk sırada yer verilmiştir. Hukuk seçimi yapılmayan ya da yapılan hukuk seçiminin geçerli olmadığı hallerde ise objektif bağlama kuralları uygulama alanı bulacaktır. Objektif bağlama kuralları açısından özellikle işçinin işini

rar verilmesi hatalıdır.": Yargıtay 9. HD, E: 2022/6029, K: 2022/8323, T: 27.06.2022; aynı yönde bkz. Yargıtay 9. HD, E: 2022/8647, K: 2023/7585, T: 23.05.2023; Yargıtay 9. HD, E: 2022/17658, K: 2023/8629, T: 05.06.2023; Yargıtay 9. HD, E: 2022/18044, K: 2023/7631, T: 24.05.2023; Yargıtay 9. HD, E: 2022/8651, K: 2023/11430, T: 11.07.2023; Yargıtay 9. HD, E: 2023/9545, K: 2023/12447, T: 20.09.2023 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>; erişim tarihi: 25.10.2023).

161 Yargıtay HGK, E: 2022/9-872, K: 2023/432, T: 10.05.2023; Yargıtay HGK, E: 2023/9-398, K: 2023/523, T: 24.05.2023; Yargıtay HGK, E: 2023/9-267, K: 2023/525, T: 24.05.2023 (<https://intranet.uyap.gov.tr>; erişim tarihi: 15.07.2023).

162 Tiryakioğlu, s. 26-27, 44. Sözleşmenin kurulmasından hüküm ve sonuçlarına kadar sözleşmeye tek bir hukukun uygulanmasının *sözleşmede birlik kuralının* gereği olduğu ifade edilmiştir: Bayata Canyaş, 2012, s. 234. Hukuk seçimi anlaşmasının geçerli olarak kurulup kurulmadığını idare eden hukukun, farazi sözleşme statüsü (5718 sayılı Kanun m.32/1) olarak seçilen hukuk olduğu; münferit sözleşme şartlarının muhtevasının geçerliliği, her bir şartın sözleşmeye geçerli olarak derc edilip edilmediği, *standart şartların* sözleşmeye geçerli olarak derc edilip edilmediğinin (*imzanın standart şartları kapsayıp kapsamadığı, imzanın sahibini bağlaması için metni okuması gerekip gerekmediği*) sözleşme statüsüne tâbi olduğu hakkında bkz. Güngör, s.93, 189-190. Hukuk seçiminin genel işlem koşulu ile yapılmış olması durumunda, hukuk seçiminin geçerli olup olmadığının hukuk seçimine uygulanan hukuka göre belirleneceği ifade edilmiştir: Berk Demirkol, "Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk", Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul 2010, s. 113.

163 Demir Gökyayla, s. 341-342. Sözleşmede yer alan hukuk seçimine ilişkin bir şartın geçerliliği ile geçersizliğin hüküm ve sonuçlarının sözleşme statüsüne tâbi olduğu hakkında bkz. Tiryakioğlu, s. 50.

164 Demir Gökyayla, s. 347. Sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak Türk hukukunun seçilmesi halinde Türk hukukundaki genel işlem koşullarının gündeme gelebileceği hakkında bkz. Erten, s. 244.

mutad olarak yaptığı yerin tespit edilmesi önemlidir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 5718 sayılı Kanun'un 27 nci maddesinin uygulanması noktasında 2020 yılından itibaren verdiği kararlar ile birlikte eski içtihadından dönmüş olup, bu kararlar milletlerarası özel hukuk doktrini ile de uyumludur. Bazı dosyalarda Bölge Adliye Mahkemelerince farklı gerekçeler gösterilerek verilen direnme kararları üzerine uyuşmazlığı inceleyen Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından 2023 yılı Mayıs ayında işin esasına girilerek verilen kararlarda, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi bozma kararında gösterilen sebeplerden dolayı direnme kararları bozulmuştur. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ve Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin kararlarında; yabancılık unsuru, hukuk seçimi, mutad işyeri, daha sıkı ilişkili hukuk, kamu düzeni, doğrudan uygulanan kurallar ve genel işlem koşulları gibi kavramların detaylı ele alınarak tartışılmasının çok önemli olduğunu düşünmekteyiz.

Yabancı unsurlu iş sözleşmelerine ilişkin uyuşmazlıklarda, Bölge Adliye Mahkemesi ve İlk Derece Mahkemesi kararlarında özellikle zamanaşımı ve hak düşürücü süre müesseselerinin uygulanması konusunda tereddütler yaşandığı gözlemlenmektedir. Türk hukukunda zamanaşımı, maddi hukukun bir müessesesidir. Nitekim 5718 sayılı Kanun'un 8 inci maddesi uyarınca zamanaşımının hukuki ilişkinin esasına uygulanacak hukuka tâbi olduğu açık olup, hak düşürücü sürelerin de hakkın özülle bağlantılı olmaları sebebiyle esasa uygulanacak hukuka tâbi olduğu hem doktrin hem de Yargıtay kararlarında ifade edilmektedir. Esasa uygulanacak hukukun yabancı hukuk olduğu durumlarda, yabancı hukuktaki zamanaşımı veya hak düşürücü sürenin Türk hukukundan farklı düzenlenmiş olması prensip olarak Türk kamu düzenini ilgilendiren bir konu değildir. Buna mukabil belirli bir talep hakkı yabancı ülke hukukunun iş mevzuatında zamanaşımına tâbi tutulmamış ise böyle bir durumda kamu düzeni gerekçesiyle yabancı hukuktaki genel zamanaşımı süresinin uygulanması yoluna gidilmesi doğru olacaktır.

KAYNAKÇA

- Açıkgöz, Osman: "Tüketicinin Korunması Çerçevesinde Mobil Haberleşme Abonelik Sözleşmesinde Genel İşlem Koşulları", Yayımlanmış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul 2012.
- Akıncı, Ziya: Milletlerarası Özel Hukuk, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020.
- Akyiğit, Ercan: "Türk İşverenlerin Yabancı Ülkelerdeki İşlerinde Türk İşçisi Çalıştırmalarının İş Hukuku ve MÖHUK Açısından Değerlendirilmesi", Yurt Dışı Hizmet Sözleşmelerinde Milletlerarası Özel Hukuk Uygulaması İş Hukuku Sorunları, Elli İkinci Çözüm Arama Konferansı, İNTES Yayınları, Ankara 2017, s. 88-103.
- Altuğ, Yılmaz / Yasan, Mustafa: "Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni", Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2003, s. 139-150.
- Antalya, O. Gökhan: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, Beta Yayıncılık, İstanbul 2012.
- Ansay, Tuğrul: "Devletler Özel Hukukunda Uluslararası Boyutlu İş Uyuşmazlıklarının Düşündürdükleri", Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, C. 15, S. 1, s. 9-29.
- Arslan, İlyas: "5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Zimni Hukuk Seçimi", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 2013, C. 33, S. 2, s. 1-41.
- Atamer, Yeşim M.: Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, Beta Yayıncılık, İstanbul 1999.
- Atamer, Yeşim M.: "Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi-TKHK m. 6 ve TTK m. 55, F.1, (f) ile Karşılaştırmalı Olarak", Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildiriler-Tar-

Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukukun Genel İşlem Koşulları Bağlamında Değerlendirilmesi

- tışmalar, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 8 Nisan 2011, s. 9-73.
- Aydoğdu, Murat: "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulama Alanı", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011, C. 13, S. 2, s. 1-50.
 - Aygül, Musa: "Yabancı Unsurlu İş Hukuku İhtilâfları İle İlgili Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi", 10. Yılında MÖHUK Sempozyumu (7-8 Aralık 2017, Ankara), Editörler Feriha Bilge Tanrıbilir/Gülce Gümüşlü Tunçağıl, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 497-514.
 - Aygül, Musa / Uşan, M. Fatih: "İş Güvencesi Hükümlerinin Uygulanmasında 30 İşçi Çalıştırılması Koşulu Açısından Gerekli Sayının Tesbitinde Türkiye'de Bulunan İrtibat Bürosunda Çalışan İşçiler İçin Yurt Dışındaki İşyerlerinde Çalışan İşçiler Dikkate Alınabilir mi?", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Yargıtay Kararları ve İncelemeleri Dergisi, 2007, C. 2, S. 3, s. 75-93.
 - Aygül, Musa / Çoban, Nazlı: "Birden Fazla Ülkede İfa Edilen İş Sözleşmelerinde Mutad İşyerinin Tespiti", Terazi Hukuk Dergisi, 2020, C. 15, S. 169, s. 1815-1832.
 - Aygün, Mesut: "Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2014, C. 16, Özel Sayı (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, Basım Yılı 2015), s. 1025-1066.
 - Aygün, Mesut / Önal, Ali: "Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Özel Hukukta Zamanlaşımı", Legal Hukuk Dergisi, 2016, C. 14, S. 165, s. 4907-4947.
 - Bayata Canyaş, Aslı: "Roma I Tüzüğü ile Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Örtülü Hukuk Seçimi", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011, C. 1, S. 1, s. 110-121.
 - Bayata Canyaş, Aslı: AB ve Türk Hukuku Uyarınca Sözleşmeye Uygulanacak Hukuka İlişkin Genel Kural, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.
 - Baycık, Gaye: "Çalıştırılmak Üzere Yurt Dışına Götürülen Türk İşçilerin Açtıkları Davalarda Uygulanacak Hukuk", Yurt Dışı Hizmet Sözleşmelerinde Milletlerarası Özel Hukuk Uygulaması İş Hukuku Sorunları, Elli İkinci Çözüm Arama Konferansı, İNTES Yayınları, Ankara 2017, s.104-122.
 - Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz / Gemici Filiz, Beste: "Türk Hukukunda Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk ve Tarafların Hukuk Seçimi", Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, C. 15, S. 1, s. 593-619.
 - Centel, Tankut: "Türk Hukukunda Bireysel İş Uyuşmazlığına İlişkin Uluslararası Yetki ve Bağlama Kuralları" Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, Çalışma ve Endüstri İlişkileri Araştırma Merkezi, İstanbul 1983, s. 215-238.
 - Ceylan, Ebru: "Genel İşlem Koşulları", Prof. Dr. İsmet Sungurbey'e Armağan - Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları I, İstanbul Barosu Yayınları, 2014, s. 172-188.
 - Civan, Orhan Ersun: Genel İşlem Koşulları, Beta Yayıncılık, İstanbul 2015.
 - Çelikel, Aysel / Erdem, B. Bahadır: Milletlerarası Özel Hukuk, 14. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2016.
 - Çelik, Nuri / Caniklioğlu, Nurşen / Canbolat, Talat / Özkaraca, Ercüment: İş Hukuku Dersleri, 35. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2022.
 - Çilingiroğlu, Cüneyt: "Devletler Özel Hukuku Alanında Borç Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi: Sübjektif Bir Bağlanma Noktası Olarak Taraf İradeleri", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 1989, C. 9, S. 2, s. 103-120.
 - Dağdelen, Ahmet Hakan: "Genel İşlem Şartları ve Teşmil ile Yürürlük Denetiminin Esasları", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Aralık 2019, C. 25, S. 2, s. 637-652.
 - Dayınlarlı, Kemal: Millî-Milletlerarası Kamu Dü-

- zeni ve Tahkime Etkileri, Adalet Matbaacılık, Ankara 1994.
- Demir Gökyayla, Cemile: Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri (Münhasır Bayilik Sözleşmeleri), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005.
 - Demirkol, Berk: "Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk", Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul 2010.
 - Demirkol, Berk: "Türk Hukukunda Genel İşlem Şartlarında Yer Alan Hukuk Seçimi, Yetki Anlaşması ve Tahkim Anlaşmalarının Hüküm Doğurması", Public and Private International Law Bulletin, Prof. Dr. Cemal Şanlı'ya Armağan, 2020, C. 40, S. 2, s. 1313-1350.
 - Doğan, Vahit: "Milletlerarası Özel Hukukta Zayıf Akit Tarafın Korunması", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 1995, C. 15, S. 1-2, s. 21-42.
 - Doğan, Vahit: İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilâfi Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti, Yetkin Yayınları, Ankara 1996.
 - Doğan, Vahit: "5718 Sayılı Kanununa Göre İş Akdine Uygulanacak Hukukun Tespiti", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007, C. 11, S. 1-2, s. 147-163.
 - Doğan, Vahit: Milletlerarası Özel Hukuk, 8. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2022.
 - Dürgen, Betül / Yelmen, Adem: "Sözleşme Statüsünün Uygulama Alanı ve Uygulama Alanı Dışında Kalan Haller", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2015, C. 1, Özel Sayı, s. 449-480.
 - Ekmekçi, Ömer / Yiğit, Esra: Bireysel İş Hukuku, 4. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022.
 - Ekşi, Nuray: "Yabancılaşma Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk", Prof. Dr. Kenan Tunçomağ'a Armağan, İstanbul 1997, s. 116-148.
 - Ekşi, Nuray: "Kanunlar İhtilafı Alanında Incorporation", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 1999, C. 19, S. 1-2, s. 263-291.
 - Elçin, Doğa: Milletlerarası Unsurlu Bireysel ve Toplu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.
 - Erdem, Bahadır: "Genel Olarak Akitler: 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da Düzenlenen Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Uygulanacak Olan Hukuk", Avrupa'da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Araştırmaları Merkezi Konferans Yayınları Serisi-2, İstanbul 2010, s. 95-104.
 - Erdoğan, Ersin / Erdoğan, Canan: "Türkiye'den Yurt Dışına Götürülen İşçiler Hakkındaki Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2016, C. 13, S. 50, s. 955-988.
 - Erdoğan, Ersin: Yurt Dışı Hizmet Sözleşmelerinde Milletlerarası Özel Hukuk Uygulaması İş Hukuku Sorunları, Elli İkinci Çözüm Arama Konferansı, Makaleler, İNTES Yayınları, Ankara 2017, s. 124-135.
 - Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.
 - Erkan, Mustafa: "MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011, C. 15, S. 2, s. 81-121.
 - Erten, Rifat: "Yurt Dışında Çalışan Türk Vatandaşı İşçilerin Türkiye'de Açtıkları İşçi Alacaklarına Dair Davalarda Milletlerarası Yetki ve Uygulanacak Hukuk Meseleleri", Prof. Dr. Rıza Ayhan'a Armağan, Ankara 2022, C. 1, s. 213-262.
 - Ertürk, Şükran: "Genel İş Koşulları ve Genel İş Koşullarının Denetlenmesi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013 (Basım Yılı: 2014), C. 15, Özel Sayı, s. 81-118.
 - Giray, Faruk Kerem: Milletlerarası Özel Hukuk

- ve Usul Hukukunda Zamanaşımı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2020.
- Göger, Erdoğan: Devletler Hususî Hukuku (Kanunlar İhtilâfi), 3. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1975.
 - Güngör, Gülin: Türk Milletlerarası Özel Hukuk-Kanunlar İhtilâfi Hukuku ve Milletlerarası Usul Hukuku, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
 - Gürsel, İlke: "Milletlerarası Özel Hukukta İş Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hukuk-Yargıtay Karar İncelemesi", Sicil İş Hukuku Dergisi, 2021, S. 46, s. 155-187.
 - Havutçu, Ayşe: Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, Güncel Yayınevi, İzmir 2003.
 - Havutçu, Ayşe: "6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Genel İşlem Şartlarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", İzmir Barosu Dergisi, 2011, Y. 76, S. 2, s. 29-46.
 - İste-Arlanoğlu, Cansu: Uluslararası İş Akitlerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi ve Esasa Uygulanacak Hukuk, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.
 - Karadağ, Özgür: Türk Borçlar Kanununda Genel İşlem Koşulları ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
 - Kılıçoğlu, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 26. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2022.
 - Kırılı Aydemir, Deniz: "Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Olan Hukuk", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2008, C. 5, S. 18, s. 465-490.
 - Kuru, Baki / Aydın, Burak: Medeni Usul Hukuku El Kitabı, C. 1, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
 - Kutluay, Ezgi: "Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Koşulları", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, 2017, C. 19, Özel Sayı, s. 1369-1422.
 - Küçükyalçın, Arzu: "Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2004, C. 53, S. 4, s. 101-124.
 - Murtaz, Gözde: "Yabancı Unsurlu Akitlerde Hukuk Seçimine Dair Meseleler", Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara 2018.
 - Nomer, Ergin: Devletler Hususi Hukuku, 21. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2015.
 - Özdemir Kocasakal, Hatice: "Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 2010, C. 30, S. 1-2, s. 27-88.
 - Özdemir Kocasakal, Hatice: "Doğrudan Uygulanan Kurallar", 10. Yılında MÖHUK Sempozyumu (7-8 Aralık 2017, Ankara), Editörler Feriha Bilge Tanrıbilir/Gülce Gümüşlü Tunçağıl, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 48-83.
 - Özel, Sibel: "Yabancılık Unsuru Taşıyan Bireysel İş Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Yetkisi: MÖHUK m.44", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Temmuz-Ağustos 2019, C. 14, S. 179-180, s. 1351-1382.
 - Öztürk, Pınar: "Milletlerarası Özel Hukukta İş Kazası", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 1999, C. 19, S. 1-2, s. 793-836.
 - Özuysal, Neslihan: "Genel İşlem Şartları ve Satım Sözleşmesinde Yer Alan Haksız Şartlar", Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul 2011.
 - Sarıöz Büyükalp, A. İpek: "Mutad İşyeri Kavramı ve MÖHUK m.27/f.3'ün Uygulanması Sorunu", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018, C. 8, S. 2, s. 195-248.
 - Senyen Kaplan, E. Tuncay: "Yabancılık Unsuru

- Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, Yurt Dışı Hizmet Sözleşmelerinde Milletlerarası Özel Hukuk Uygulaması İş Hukuku Sorunları, Elli İkinci Çözüm Arama Konferansı, İNTES Yayınları, Ankara 2017, s. 68-87.
- Serdar, İlnur: “Genel İşlem Şartları Sempozyumu: TBK’nun Genel İşlem Şartları Hükümlerinin Kişi Bakımından Uygulama Alanı”, İzmir Barosu Dergisi, Eylül 2015, Y. 80, S. 3, s. 226-240.
 - Sirmen, Lale: “Genel İşlem Şartları Sempozyumu: Genel İşlem Şartları Kavramı”, İzmir Barosu Dergisi, Eylül 2015, Y. 80, S. 3, s. 207-225.
 - Soyer, M. Polat: Genel İş Koşulları, Özgün Matbaacılık, İzmir 1987.
 - Süzek, Sarper: “Tip İş Akitlerinin ve İç Yönetmeliklerin Kurulma Koşulları ve Denetimi”, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, C. 15, S. 1, s. 459-472.
 - Süzek, Sarper: İş Hukuku, 18. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2019.
 - Şahin, Beyza Çağla: Bireysel İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.
 - Şanlı, Cemal / Esen, Emre / Ataman-Figanmeşe, İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, 6. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018.
 - Tarman, Zeynep Derya: “Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2010, C. 59, S. 3, s. 521-550.
 - Tekinalp, Gülören / Uyanık, Ayfer: Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, 12. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016.
 - Tiftik, Mustafa / Özcan, Zeynep: “Türk Borçlar Kanunu’na Göre Standart Sözleşmelerde İçerik Denetimi”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 2015, C. 31, S. 1, s. 23-58.
 - Tiryakioğlu, Bilgin: Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1996.
 - Tuncay, A. Can: “Devletler Hususi Hukukunda Hizmet İlişisine Uygulanacak Kanun”, Onar Armağanı, İstanbul 1977, s. 883-913.
 - Tunçomağ, Kenan / Centel, Tankut: İş Hukukunun Esasları, 10. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2022.
 - Tuzcuoğlu, Tuğçe: Avrupa Birliği Normları ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Işığında Genel İşlem Şartları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
 - Tüysüz, Cemre: “Milletlerarası Ticari Tahkimde Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Tatbiki”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 2019, Yıl 7, S. 14, s. 463-500.
 - Uşan, M. Fatih / Aygül, Musa: “Türkiye’de Bulunan Şubede Çalışanlar İçin İş Güvencesi Uygulamasında Aynı İşverene Ait Yurt Dışında Bulunan İşçilerin de Sayıda Dikkate Alınması Kararına Getirilen Eleştirilerin Değerlendirilmesi”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2008, C. 5, S. 17, s. 47-57.
 - Vural Çelenk, Belkıs: “Yabancı Unsurlu İş Sözleşmelerinde For Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Tespiti ve Uygulanması”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, 2017, S. 1, s. 277-296.
 - Yaba, Tuğçe: “Genel İş Koşullarının Denetimi”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2021, C. 16, S. 1, s. 129-159.
 - Yaşar, Tuğçe Nimet: “Türk Mahkemelerinde Yabancı Hukukun Uygulanması”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 2013, C. 33, S. 2, s. 75-114.
 - Yelmen, Adem: Türk Borçlar Kanunu’na Göre Genel İşlem Şartları, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Hukukunda Kuruluş Yöneticilerinin Hukuki Sorumluluğu

Öz

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi hukukunda ayrı bir tüzel kişiliğe haiz olan kuruluşlar, iradelerini organları aracılığıyla açıklamaktadır. Kuruluşların hukuk hayatına aktif olarak katılmasını sağlayan, faaliyetlerini yürüten ve temsil eden organ yönetim kuruludur. Bu kurulun oluşturduğu iradeyi yansıtacak gerçek kişiler de kuruluşun ve şubesinin yönetim kurulu üyesi olan yöneticilerdir.

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun yönetici kavramına atfettiği kapsam ve amatör-profesyonel yönetici ayrımı yö-

netim kurulu üyelerinin yönetici sıfatıyla hukuki sorumluluğunun belirlenmesinde önem arz etmektedir. Bununla birlikte yöneticinin hukuki sorumluluğunun niteliği ve buna bağlı olarak hukuki sorumluluğun kapsamına ilişkin Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda bir düzenleme yer almamaktadır. Konu bu çerçevede ele alındığında özel hukukun diğer alanlarıyla ilişkilidir ve konuya ilişkin hukuki problemlerin çözümünde disiplinler arası normatif kuralların uygulanması gerekmektedir.

Anahtar Sözcükler:

Kuruluş yöneticisi, vekâlet ilişkisi, hukuki sorumluluk, tazmin yükümlülüğü, yönetim kurulu.

Legal Liabilities Of Organizations' Directors In Terms Of Unions And Collective Labour Agreement Law

Abstract

The organizations, which are recognized as separate legal entities in Unions and Collective Labour Agreement Law, express their intentions via their organs. The organ that enables its organization to participate legal realm actively is the board of directors, as it represents the organization and carries out the organiza-

tion's activities. The real persons reflecting the intentions of the board are the directors of the organization or the branch.

The scope regulated in Unions and Collective Labour Agreement Code for the director term and the separation of directors as amateur/professional have great importance, when

*Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimi, anilarslanoglu@gmail.com, ORCID: 0009-0000-6154-9986.

**Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimi, taylankantemir@gmail.com, ORCID: 0000-0003-4068-0867.

it comes to the determination of the legal liabilities of the directors. However, the Unions and Collective Labour Agreement Code does not contain any specific provision regarding the characteristics of the legal liabilities and in this

context the scope of the legal liabilities. With this perspective, the subject has connections with the other areas of private law, and to solve the legal problems regarding this subject, interdisciplinary normative rules have to be applied.

Keywords:

Organization director, representation relation, legal liability, the obligation to compensate, board of directors.

Giriş

Kuruluşların sahip olduğu malvarlığının büyüklüğü ve kapsamı düşünüldüğünde yöneticilerin hukuki sorumluluğuna ilişkin Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda açık bir düzenleme yer almaması şaşırtıcı olsa da özel hukukun diğer alanlarında yer alan kurumlar yardımıyla bir değerlendirme yapıldığında konunun çok boyutlu ve tartışmaya değer birçok hususa sahip olduğu görülmektedir. Nitekim konuyla ilgili yaşanabilecek sorunlara ilişkin yargı kararlarının da zaman içerisinde oluştuğunu söylemek güçtür. Çalışmamız ile amaçlanan yöneticilerin hukuki sorumluluğunun temellerini ortaya koyarak kapsamını belirlemek ve oluşabilecek bazı durumların sorumluluğa etkisini incelemektir. Bütün bunlardan hareketle çalışmamızda öncelikle yönetici kavramı ile kuruluş yönetim kurullarının yapısı hakkında genel bilgiler verilecektir. Ardından kuruluş ile yönetici arasındaki hukuki ilişkinin niteliği incelenerek hukuki sorumluluğa ilişkin değerlendirmelerde bulunulacak ve bazı hususların hukuki sorumluluğa etkisi tartışılacaktır.

I. Yönetici Kavramı

Yönetici, yönetim organizasyonu içerisinde seçim veya atama usulü ile göreve gelmiş en yüksek kademedeki temsil ve idareye yetkili kişi veya kişiler olarak tanımlanabilir. Bir örgütlenme biçimi olan ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun (STİSK) 2. maddesinde

sendika ve konfederasyonları ifade ettiği belirtilen kuruluşlarda da yönetim ilişkisi ve yönetici kavramı, yönetim ve yönetilen ilişkisi bağlamında asgari ve biçimsel ölçüler ele alındığında diğer örgütlenmelerden farklılık göstermemektedir¹. Yine STİSK'in 2. maddesinde yönetici kavramının, kuruluşun ve şubesinin yönetim kurulu üyelerini ifade ettiği belirtilmiştir.

Kendilerini oluşturan gerçek kişilerden bağımsız olup ayrı bir tüzel kişiliği olan kuruluşlar, iradelerini organları aracılığıyla açıklamaktadır. Kuruluşların hukuk hayatına aktif olarak katılmasını sağlayan, faaliyetlerini yürüten ve temsil eden organ yönetim kurulu olmakla bu kurulun oluşturduğu idareyi yansıtabilecek gerçek kişiler de kuruluşun ve şubesinin yönetim kurulu üyesi olan yöneticilerdir. Çalışmamızda ele alınacak olan hukuki sorumluluğun ve iş hukuku uygulamasında en çok tartışılan hükümlerden olan sendikal güvencelere ilişkin düzenlemelerin uygulanabilirliğinin belirlenebilmesi açısından önemli olan yönetici kavramına ilişkin kanun koyucunun belirlediği kapsam açıktır. Belirlenen bu kapsam ile mülga 2821 sayılı Kanun'dan farklı bir düzenlemeye gidildiği görülmektedir. Nitekim mülga 2821 sayılı Kanun'da denetleme kurulu üyelerinin de yönetici sayılacağı açıkça düzenlenmekteydi (m.9/f.7). STİSK'te ise yönetici tanımı kuruluşun ve şubenin "yönetim kurulu üyeleri" ile sınırlandı-

¹ Lordoğlu, Kuvvet: Türkiye'de Mevcut Bazı Sendikaların Liderlik ve Yönetim Anlayışları, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2004/1, 84.

ğından denetleme kurulu üyeleri yönetici kapsamı dışına çıkarılmıştır².

II. Yöneticiliğin Türleri

STİSK hükümleri incelendiğinde, işçi kuruluşu yöneticiliğine dair bir ayırım yapıldığı, bu ayırımın ise işçinin yönetici seçilmesiyle işyerinde çalışmaya devam edip etmemesine göre şekillendiği görülmektedir. Yöneticiliği meslek edinen, bunun karşılığında her ay düzenli ve belirli bir ücreti işçi kuruluşundan alan kişi profesyonel yöneticidir³. Bir işveren için iş sözleşmesi ile çalışmaya devam ederken işçi kuruluşunun yönetim kurulunda görev alan kişiler ise mevzuatta bir düzenleme öngörülmemekle birlikte öğretide amatör yönetici olarak tanımlanmıştır⁴. Bu ayırım işçi kuruluşunun mali gücüyle ilgili olup yöneticinin amatör ya da profesyonel olması tamamen kuruluşu ile olan hukuki ilişkiye dayanır. ILO 87 sayılı Sözleşme gereğince kuruluşların içişleri Kanun'da ayrıntılı düzenlenmeyip kuruluşun iradesine bırakıldığından amatör ve profesyonel yöneticilere dair esasları kuruluşlar kendileri belirler ve genellikle bu belirleme kuruluşların tüzüklerinde yer alır⁵.

STİSK'in "İşçi kuruluşu yöneticiliğinin güvencesi" başlıklı 23. maddesinde işçi kuruluşunda yönetici olduğu için çalıştığı işyerinden ayrılan yönetici diğer bir deyişle profesyonel yönetici için öngörülmüş güvencenin hükümleri düzenlenmiştir. Buna göre; profesyonel yöneticilik görevi nedeniyle işyerinden ayrılan işçinin sözleşmesi, kanun gereği askıya alınacaktır. Ancak bu askıya alınma kanuni bir zorunluluk değildir⁶. Yönetici işçi, yöneticilik görevinden sonra iş ilişkisini devam ettirmek istemiyorsa kanun koyucunun öngördüğü bildirimsiz fesih hakkına dayanarak iş

sözleşmesini sona erdirip kıdem tazminatına hak kazanabilir. Yöneticilik görevinden sonra işyerine geri dönmek isteyen profesyonel yöneticinin işe başlayabilmesi için öngörülen şartlar ise yine 23. madde hükümlerinde düzenlenmiştir.

Yöneticilik görevini işyerinde çalışmaya devam ederek yerine getiren amatör yöneticiliğe dair güvence ise STİSK m. 24/5'te öngörülmüştür. Bu hüküm uyarınca işyeri sendika temsilciliğinin güvencesi, işyerinde çalışmaya devam eden yöneticiler hakkında da uygulanır. STİSK'in 24. maddesi incelendiğinde sendika temsilcilerinin tümüne iş güvencesi hükümlerine atıf yapılmadan spesifik ve geniş kapsamlı bir güvencenin öngörüldüğü söylenebilir⁷.

III. Kuruluş Yönetim Kurullarının Yapısı ve Genel Özellikleri

STİSK'in 9. maddesinin 1. fıkrasında, kuruluşun ve şubelerinin organları genel kurul, yönetim kurulu, denetleme kurulu ve disiplin kurulu olarak belirlenmiştir⁸. Kanun aynı zamanda ihtiyaca göre kuruluşların ihtiyari nitelikte başka organlar da kurabileceğini ancak zorunlu olarak belirlendiği anlaşılan bu dört organın görev ve yetkilerinin, daha sonra kurulan organlara devredilemeyeceğini düzenlemiştir. Uygulamada ihtiyaca yönelik kurulan organlar daha çok yürütme komitesi, icra kurulu, başkanlar kurulu gibi isimlerle karşımıza çıkmaktadır⁹. İlgili düzenlemede yalnızca kuru-

2 Astarlı, Muhittin: 6356 Sayılı Yeni Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Sendikal Güvenceler Konusunda Getirdiği Değişiklikler ve Hukuki Sonuçları, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 17, S. 2, 2013, 143.

3 Astarlı, 142.

4 Hafizoğlu, Ece Sıla: Sendika Yöneticileri ve Güvenceleri, Ankara 2015, 84.

5 Hafizoğlu, 84.

6 Astarlı, 145.

7 Sur, Melda: İş Hukuku Toplu İlişkiler, 10. Baskı, Ankara 2022, 75.

8 Türk Medeni Kanunu'nun 72. maddesinde derneklerin zorunlu organları ise genel kurul, yönetim kurulu ve denetim kurulu şeklinde düzenlenmiştir.

9 Demir, Fevzi: Sendikaların Kuruluşu ve İşleyişi, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2013/4, 33; Yargıtay'a göre de bir sendikada kurulmuş "Başkanlar Kurulu" ihtiyari bir organ niteliğindedir, Yargıtay (Kapatılan) 22. HD, 12.07.2013 Tarih, 2013/19286 Esas, 2013/17449 Karar, "...Öncelikle başkanlar kurulunun yapısı ile aldığı kararların niteliğinin belirlenmesi gerekmektedir. Dava tarihinde yürürlükte bulunan 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 9. Maddesine göre, "Sendikaların zorunlu organları; genel kurul, yönetim kurulu, denetleme kurulu ve disiplin kuruludur. Ancak Sendika ihtiyaca göre başka organlar

luşların ihtiyaca göre ihtiyari organ kurabileceği düzenlendiğinden öğretide şubelerin ihtiyari organ kurup kuramayacağı tartışılmıştır. Öğretide ileri sürülen ve kanaatimizce isabetli bir görüşe göre; bu hüküm olumsuz yorumlanmamalı, şubeler kolektif sendika özgürlüğünün bir sonucu olarak ihtiyari organlar kurabilmelidir¹⁰.

Yönetim kurulu bazı konularda kendisi karar alabilen ancak çoğunlukla genel kurul kararlarını ve tüzük hükümlerini uygulamaya çalışan yürütme organıdır¹¹. Yönetim kurulunun iradesi kuruluşun iradesi olup, kuruluşun haklarının kullanılması ve borçlarının yerine getirilmesi yönetim kurulu aracılığıyla gerçekleşecektir¹². STİSK'te yönetim kurulunun görev ve yetkileri açıkça düzenlenmemekle birlikte, yönetim kurulu yönetim ve temsil olarak, iki tür yetkiye sahiptir¹³. Yönetim kurulu doğal olarak kuruluşun amacı kapsamında bütün hukuki işlemleri gerçekleştirebilir¹⁴. Bununla birlikte STİSK'in 11. maddesi incelendiğinde görülecektir ki taşınmaz alım satımı ile şube açılması ve kapatılması için genel kurul tarafından açıkça yetkilendirilmelidir. Uygulamada kuruluşun temsil yetkisi yönetim kurulu üyelerinden birine ya da birkaçına bırakılmakta, belirli konularda ise genel sekretere veya genel başkana yetki verilmektedir¹⁵.

Kanundaki düzenlemeler dikkate alındığında yönetim kurulunun başlıca yönetim yetkisi genel kurul kararlarının icrası olmakla hesapların tutulması, bütçe hazırlama ve genel kurulun toplantıya çağırılması yönetim organının temel görevlerindendir. Bunun yanında malvarlığının idaresi,

da kurabilirler. Bununla beraber bu organlara zorunlu organların görev, yetki ve sorumlulukları devredilemez. Görüldüğü gibi başkanlar kurulu sendikanın ihtiyari organlarından. Nitekim başkanlar kurulu Sendika tüzüğü'nün 12. maddesinde danışma organı olarak tanımlanmıştır..."

10 Çöldemli, Ali: Sendikaların Kuruluşu ve Organları, Ankara 2016, 85, dn. 43-44.

11 Çöldemli, 158.

12 Başbuğ, Aydın: Toplu İş İlişkileri ve Hukuk, Ankara 2012, 132; Özsunay, Ergun: Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, İstanbul 1978, 211.

13 Sur, 143.

14 Sur, 143.

15 Çöldemli, 174.

kuruluşa işçi alma ve çıkarma, aidat toplama gibi görevler de yönetim işlevine dâhildir¹⁶. Sendikalara özgü olarak toplu iş sözleşmesi yapılması ile grev kararı ve uygulaması da yönetim kurulunca gerçekleştirilir¹⁷.

Sendika yönetim kurulunun üye sayısı üçten az dokuzdan fazla; konfederasyonların yönetim kurullarının üye sayıları beşten az yirmi ikiden fazla ve şubelerin yönetim kurulu üye sayısı ise üçten az beşten fazla olamaz. Yine yönetim kuruluna asıl üye sayısı kadar yedek üye seçilmelidir (STİSK m. 9/1). Yönetim kurulunda kaç üye olması gerektiği Kanun'da net şekilde ifade edilmeyip bir sayı aralığı öngörüldüğünden, tüzükte kurulun kaç üyeden oluşacağı net bir şekilde belirlenmelidir¹⁸.

Yönetim kurulu üyeliğine seçilebilmek için kuruculuk şartlarına haiz olmak gerekir. Bu şartlara sahip olmayan birinin seçildiğini tespit eden valiliğin veya Bakanlığın başvurusu üzerine mahkeme, bu kişinin görevine son verir. Bu karara karşı kanun yolları da kapalıdır (STİSK m. 9/3).

Yönetim kuruluna seçilen üyelerin ad ve soyadları ile açılan ve kapatılan şubeler, ilgili valiliğe bildirilir ve ilan edilir (STİSK m. 9/4). Yönetim kurulu üyeliğine seçilenlerin 6. maddede sayılan suçlardan biri ile mahkûm olmaları hâlinde görevleri kendiliğinden sona erer (STİSK m. 9/5). Yine yönetim kurulu üyelerinin görevleri, milletvekili veya belediye başkanı seçilmeleri hâlinde kendiliğinden son bulur (STİSK m. 9/6). Tüzükte daha yüksek bir yeter sayı öngörülmemişse yönetim kurulunun toplantı yeter sayısı kurul üye sayısının salt çoğunluğu, karar yeter sayısı ise toplantıya katılanların salt çoğunluğudur (STİSK m. 9/7).

IV. Yönetici ile Kuruluş Arasında Kurulan Hukuki İlişkinin Niteliği

Kuruluş tüzel kişiliği ile yönetici arasındaki hu-

16 Sur, 144.

17 Sur, 145.

18 Aktay, Nizamettin: Toplu İş Hukuku, Ankara 2015, 38.

kuki ilişkiye dair STİSK'te bir düzenleme bulunmadığı gibi, bu kanuna aykırı olmayan hükümleri uygulama alanı bulacak Türk Medeni Kanunu (TMK) ve Dernekler Kanunu'nda da bir düzenlemeye rastlanılmamaktadır¹⁹. Bu nedenle öğretilde, yönetim kurulu üyesi ile kuruluş arasındaki ilişkinin, sözleşme dışı organik bağdan veya sözleşmeden kaynaklandığını ileri süren görüşler ifade edilmiştir²⁰.

Kuruluşun örgütlenmesinde zorunlu organlara ihtiyaç duyulduğu ve yönetim kurulunun da bu zorunlu organlardan biri olduğu birlikte düşünüldüğünde kuruluş yönetim kurulu üyesi ile kuruluş arasında bir organik bağ bulunduğu yadsınamayacaktır²¹. Buradan hareketle yönetici ile kuruluş arasındaki hukuki ilişkiyi bu bağa dayandıran sözleşme dışı organik bağ görüşü, genel kurulca yönetim kurulu üyeliğine seçilen üyenin bu görevi reddetmesi halinde yöneticilik sıfatını kazanamayacağı düşünüldüğünde, bu iradeye bağlılığı açıklamada yetersiz kalmaktadır²². Yönetim kurulu üyesinin genel kurul tarafından seçilmesi ve seçilen üyenin bu seçimi kabulü ile göreve başlaması hukuk tekniği açısından sözleşme kavramı ile açıklanmalıdır²³.

Kuruluş yönetim kurulu üyesi ile kuruluş tüzel kişiliği arasındaki ilişkinin sözleşmesel bir ilişki olduğunu kabul ettikten sonra tarafların hak ve yükümlülüklerini belirlemek için sözleşmenin türünün tespiti önem arz etmektedir. Öğretilde taraflar arasındaki bu sözleşmenin iş sözleşmesi olduğu ifade edilmekteyse de²⁴ ağırlıklı görüş vekâlet sözleşmesi olduğu yönündedir. Nitekim iş sözleşmesinin karakteristik unsuru olan bağımlılık ilişkisinin, tüzel kişiliğin genel kurulu ile yönetim kurulu arasında bulunmaması karşısın-

da, bu ilişkinin iş sözleşmesine dayandığı söylemeyecektir²⁵. Taraflar arasındaki sözleşmesel ilişki bir vekâlet ilişkisidir ve Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) vekâlet sözleşmesine dair hükümleri uygulama alanı bulacaktır²⁶. Yargıtay'ın da istikrar kazanmış kararları, yönetici ile kuruluş tüzel kişiliği arasındaki ilişkinin vekâlet ilişkisi olduğu yönündedir²⁷.

V. Yöneticinin Hukuki Sorumluluğu

A. Genel Olarak

Yönetici ile kuruluş arasındaki hukuki ilişkinin vekâlet sözleşmesine dayandığının kabul edilmesi ile hak ve sorumluluk konusunda bu hukuki ilişkiye uygulanan hükümlerin tatbik edilmesi doğru olacaktır²⁸. Bu kapsamda yöneticinin sorumluluğunu sözleşmeden kaynaklanan sorumluluk şeklinde nitelemek mümkündür. Sorumluluğun doğabilmesi için sözleşmenin ihlâline yönelik bir davranış olmalı, bu ihlâlin sonucunda bir zarar meydana gelmeli, ihlâl ile zarar arasında uygun bir illiyet bağı bulunmalı ve sözleşmeyi ihlâl eden kusurlu olmalıdır. Buna göre; kuruluşa dair yükümlülüğünü ihlâl eden yönetici, borcun

25 Hafizoğlu, 89-90.

26 Sur, 143; Tuncay, Aziz Can / Savaş Kutsal, Burcu, Gümrükçüoğlu Bozkurt, Yeliz: Toplu İş Hukuku, 8. Baskı, İstanbul 2023, 78; Narmanlıoğlu, Ünal: İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri, 2. Baskı, İstanbul 2013, 145.

27 Yargıtay 9. HD, 03.11.2015 Tarih, 2015/25708 Esas, 2015/31010 Karar, "...Öncelikle profesyonel sendika yöneticiliği yapan davacı ile davalı sendika arasında iş ilişkisi değil, vekâlet ilişkisi bulunmaktadır. Uyuşmazlık dava tarihindeki 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'ndan doğduğu için iş mahkemesi görevlidir. Ancak uyuşmazlıkta Borçlar Kanunu'nun vekâlet sözleşmesine hükümleri yanında Sendika Tüzük hükümleri uygulanacaktır..." Aynı yönde Yargıtay (Kapatılan) 22. HD, 10.10.2016 Tarih, 2016/22549 Esas, 2016/23015 Karar, "...Sendika ile sendika yöneticileri arasındaki ilişkinin kural olarak vekâlet ilişkisi olduğu kabul edilmelidir. Ücret, vekâlet sözleşmesinin zorunlu unsuru değildir. Buradan hareketle sendikalarda profesyonel sendika yöneticisi ve amatör sendika yöneticisi olmak üzere iki tip yöneticinin söz konusu olduğunu söylemek gerekir. Sendika yöneticilerine verilecek ücretler ile sağlanacak diğer menfaatleri belirleme yetkisi ise münhasıran genel kuruldadır..."

28 Tuncay/Kutsal/Gümrükçüoğlu, 78.

19 Çelik, Nuri / Güzel, Ali: Sendika Tüzel Kişiliği ile Sendika Yönetim Kurulu Üyesi Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği, Marmara Üniversitesi İİBF Dergisi, 1-2, 642.

20 Çelik/Güzel, 642.

21 Çelik/Güzel, 642.

22 Çelik/Güzel, 643.

23 Çelik/Güzel, 643.

24 Savaş Fatma Burcu, Sendikal Güvencelerde Son Durum, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hukuk Dergisi, Mayıs-Haziran 2012, 124.

hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinin sonuçlarına dair TBK. m. 112²⁹ ve vekilin sorumluluğuna ilişkin TBK. m. 506 kapsamında sorumlu tutulabilecektir³⁰.

Yöneticinin hukuki sorumluluğunu, kuruluşa karşı sorumluluk ve üçüncü kişilere karşı sorumluluk şeklinde incelemek faydalı olacaktır.

B. Kuruluşa Karşı Sorumluluk

1. Sorumluluğun Kapsamı ve Sonuçları

Yöneticinin kuruluşa karşı sorumluluğunun belirlenmesinde, vekâlet sözleşmesine ilişkin diğer hükümlerle birlikte esasen “*Vekil, vekâlet borcunu bizzat ifa etmekle yükümlüdür. Ancak vekile yetki verildiği veya durumun zorunlu ya da teamülün mümkün kıldığı hâllerde vekil, işi başkasına yaptırabilir./Vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür./Vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır*” şeklindeki TBK. m. 506 hükmü dikkate alınmalıdır. Buna göre; yöneticinin kuruluşa karşı sadakat ve özen borcu bulunmaktadır³¹.

Vekilin iş görme ile hedeflenen sonucun başarılı olması için hayat deneylerine ve işlerin normal akışına göre gerekli girişim ve davranışlarda bulunması ve başarılı sonucu engelleyebilecek davranışlardan kaçınması özen borcunun konusunu oluşturur³². Vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranışın esas alınacağı TBK m. 506/3’de belirtilmiştir. Bu suretle kanun koyucu, vekilin özen

borcunu objektif esaslara göre belirlemiştir³³.

Sadakat borcu ise vekilin üstlendiği işi vekâlet verenin haklı menfaatlerini sözleşme ile güdülen amaç çerçevesinde en düzeyde koruyarak görme faaliyeti olarak tanımlanabilir. Bu borç, vekâlet sözleşmesinin güven temeline dayalı ve kişisel nitelikli bir sözleşme olmasından kaynaklanır³⁴. Vekil, sadakat borcu gereği vekâlet verenin lehine olacak davranışlarda bulunmak ve aleyhine olacak her davranıştan ise kaçınmak zorundadır. Bu kapsamda sendikalar hukukunda da yönetici, sadakat ve özen borcuna uygun şekilde çalıştığını genel kurula bilgi ve hesap vermesi sonucunda ispat edebilecektir³⁵.

Sadakat ve özen borcuna aykırı davranılması beraberinde sözleşmenin ihlali sonucunu doğurur³⁶. Bu ihlal sebebiyle kuruluşun aynen ifa ve tazminat olmak üzere iki tür hakkı bulunduğu kabul edilmelidir³⁷. Belirtildiği gibi tazminat sorumluluğunun doğabilmesi için kusurlu bir davranış sonucunda zarar görülen bir ihlâlin ortaya çıkması gerekir³⁸. Örneğin; genel kurulun yönetim kuruluna taşınmaz satın alınmasına dair yetki verdiği bir durumda, gerekli olan özenin gösterilmemesi sonucu kuruluş tüzel kişiliği bir zarara uğramış ise yöneticinin sorumluluğundan bahsedilebilecektir. Diğer taraftan yöneticiden aynen ifa istenip istenemeyeceğinin değerlendirilmesinde sorumluluğa yol açan ihlâlin niteliğinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Ancak aynen ifanın gerek ihlâlin niteliği gerekse taraflar arasındaki hukuki ilişkinin özellikleri gereği her zaman başvurulabilecek bir seçenek olmadığını da belirtmek gerekir. Tazminat sorumluluğu daha uygulanabilir mahiyette olmakla bazı durumlarda aynen ifanın yerine geçebilecek, bazı durumlarda ise aynen ifaya munzam şekilde talep edilebilecektir³⁹.

29 TBK. m. 112: Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.

30 Çetin, Orhan: Dernek Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2019, 162.

31 Vekilin borçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, Fikret/Dönmez, Ünsal: Eren Borçlar Hukuku Şerhi, C. 5, Ankara 2023, 1585 vd.

32 YHGK 03.06.2021 T., 2017/1217 E., 2021/687 K.

33 Eren/Dönmez, 1600.

34 Eren/Dönmez, 1602.

35 Hafizoğlu, 114.

36 Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Ankara 2017, 1062.

37 Çetin, 205.

38 Eren (Genel Hükümler), 1062.

39 Çetin, s. 206.

Sadakat ve özen borcuna aykırı davranış aynı zamanda bir haksız fiil teşkil ediyorsa TBK. m. 49⁴⁰ kapsamında haksız fiil sorumluluğu da gündeme gelecektir. Böyle bir durumda kuruluşun uğradığı zarar kapsamında TBK. m. 49 hükümlerine veya sözleşmeden doğan sorumluluğa ilişkin TBK. m. 112 vd. hükümlerine dayanılabilir⁴¹. Ancak sözleşmeden doğan sorumluluk hükümlerinin tercih edilmesinin, ispat yükü ve zamaşaşımına dair düzenlemelerin haksız fiil sorumluluğuna nazaran daha lehe olması karşısında kuruluş açısından daha yerinde bir tercih olacağını belirtmek gerekir.

Yöneticilerin kusurlu davranışları sonucunda kuruluş zarara uğrarsa yöneticilerin sorumluluğu müteselsil sorumluluk olacaktır⁴². Nitekim TBK. m. 511/II'de de vekaleti birlikte üstlenenler vekaletin ifasından müteselsil sorumlu tutulmuşlardır. Zarar gören, durumun niteliğine göre yöneticilerin bir ya da birkaçına veya hepsine dava açabilecek, yöneticilerin sorumluluğu zararın tamamı karşılanıncaya kadar devam edecektir⁴³. Yöneticilerden biri tarafından zarar tazmin edilirse diğerleri de sorumluluktan dış ilişki çerçevesinde kurtulacaktır⁴⁴. Yöneticiler arasındaki iç ilişkide ise her bir yöneticiye yüklenebilecek kusurun ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin boyutu göz önünde bulundurularak zarar paylaşılacaktır. Fazla ödemedede bulunan yönetici, diğer yöneticilere payı oranında rücu edebilecektir. Temsil yetkisinin yöneticiler arasında iş bölümü-

ne gidilerek birine ya da birkaçına, sendika genel sekreterine ya da sendika başkanına bırakıldığı durumlarda, hukuki sorumluluğun bu kişi ya da kişilerle sınırlı olacağını belirtmek gerekir.

Yöneticinin dış ilişkide kuruluşa karşı sorumluluğunun TBK. m. 146 uyarınca on yıllık zamaşaşımına tabi olduğu savunulmaktadır⁴⁵. Öğretide ifade edilen diğer bir görüşte ise aradaki ilişkinin vekâlet sözleşmesi olması ve vekâlet sözleşmesinden kaynaklanan alacaklar için özel bir hüküm niteliğindeki TBK m. 147/5'de beş yıllık zamaşaşımının öngörülmesi nedeniyle yöneticinin kuruluş karşısındaki sorumluluğunun beş yıllık zamaşaşımına tabi olduğu vurgulanmaktadır⁴⁶. Kanaatimizce de yönetici ile kuruluş arasındaki hukuki ilişkinin vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi ve sorumlulukla ilgili esasların vekâlet sözleşmesi hükümlerine göre belirlenmesi nedeniyle TBK m. 147/5'de öngörülen beş yıllık zamaşaşımı süresinin uygulanması yerinde olacaktır. İş ilişkide rücu istemi ise, tazminatın tama-

45 Şahlanan, 164.

TBK. m. 146: Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, her alacak on yıllık zamaşaşımına tabidir.

Zamaşaşımı değerlendirilirken tazminat konusu fiilin ceza kanunlarında suç olarak düzenlenmesi durumunda Türk Ceza Kanunu'ndaki zamaşaşımı süresinin dikkate alınacağı gözden kaçırılmamalıdır. Nitekim Yüksek Mahkeme de bu durumu kararlarında vurgulamaktadır. Yargıtay (Kapatılan) 22. HD, 16.05.2019 Tarih, 2019/2947 Esas, 2019/10846 Karar, "...Bu kısımda son olarak davalıların, davanın zamaşaşımına uğradığına dair itirazlarına değinmek gerekmektedir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 72'nci maddesinde yer alan düzenlemeye göre "Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamaşaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamaşaşımı uygulanır." Mülgâ 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 60'nci maddesinin 2'nci fıkrası da benzer niteliktedir.

Bilindiği üzere, tazminat istemi durumunda ceza kanunlarında öngörülen dava zamaşaşımı süresinin uygulanabilmesi için fail hakkında ceza davası açılması veya mahkumiyet kararı verilmesi gerekmez. Sadece eylemin soyut nitelikte cezai karşılığının olması yeterlidir.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, somut uyumsuzlukta uygulanması gereken dava zamaşaşımını süresi, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 155/2'nci ve 66'nci maddeleri gereğince 15 yıldır. Bu itibarla, davalıların zamaşaşımı definin sonuca etkisi bulunmamaktadır..."

46 Ekmeççi, Ömer: Toplu İş Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2023, 216.

40 TBK. m. 49: Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür. Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ah-laka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de bu zararı gidermekle yükümlüdür.

41 Çetin, 210; Belirtmek gerekir ki zarar gören hem sözleşmeye hem de haksız fiile dayanarak zararının iki kez tazmin edilmesini talep edemez, bunun aksinin kabulü tazminatın amacına aykırı olacaktır. Eren (Genel Hükümler), 1095.

42 Şahlanan, Fevzi: Sendikalar Hukuku, İstanbul 1995, 130.

43 TBK. m. 163: Alacaklı, borcun tamamının veya bir kısmının ifasını, dilerse borçluların hepsinden, dilerse yalnız birinden isteyebilir. Borçluların sorumluluğu, borcun tamamı ödeninceye kadar devam eder.

44 Hafızoğlu, 115; TBK. m. 166/I: Borçlulardan biri, ifa veya takasla borcun tamamını veya bir kısmını sona erdirmişse, bu oranda diğer borçluları da borçtan kurtarmış olur.

mının ödendiği ve birlikte sorumlu olan kişinin öğrenildiği tarihten başlayarak iki yılın ve herhâlde tazminatın tamamının ödendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Tazminatın ödenmesi kendisinden istenilen kişi, durumu birlikte sorumlu olduğu kişilere bildirmek zorundadır. Aksi takdirde zamanaşımı, bu bildirim dürüstlük kurallarına göre yapılabileceği tarihte işlemeye başlar (TBK. m. 73).

2. İbranın Hukuki Sorumluluğa Etkisi

STİSK hükümleri incelendiğinde ibraya ilişkin m.11/1 (d)'de yönetim kurulu ve denetleme kurulunun ibrasının genel kurulun görev ve yetkileri arasında düzenlendiği görülmektedir. Şube genel kurullarının mali ibra yetkisinin olmadığı da m. 11/2'de ifade edilmiştir. Yöneticilerin ibrasına ilişkin detaylı düzenlemelere ne STİSK'te ne TMK'da ne de Dernekler Kanunu'nda rastlanmaması, kuruluşların yönettiği malvarlıklarının büyüklüğü düşünüldüğünde şaşırtıcı olmakla ibraya ilişkin yaşanacak uyuşmazlıklarda bir kanun boşluğunun mevcut olduğu söylenebilir⁴⁷.

Borçlar hukuku alanına kıyasen tüzel kişiler hukukunda daha farklı bir hukuki nitelik gösteren ibra, sendikalar hukuku bağlamında değerlendirildiğinde, yönetim veya denetleme kurulu üyelerinin görevde buldukları hesap dönemine ilişkin işlemlerini genel kurulun hukuki ve ekonomik olarak onaylaması şeklinde tanımlanabilir⁴⁸. Önemle belirtmek gerekir ki sendikalar hukukunda ibra, borçlar hukukundaki ibra gibi borcu sona erdirmeyip kuruluşun tazminat talebini sona erdirmektedir. Genel kurul tarafından verilen ibra kararı yalnızca kuruluşu bağlamakta, yöneticinin hukuka aykırı işlemlerinden dolayı zarara uğra-

yan üyelerin dava açma hakkı ibra kararından etkilenmemektedir⁴⁹.

Öğretide ağırlıklı olarak, genel kurulun ibra kararı ile sorumluluğun sona ereceği kabul edilmekteyse de ibranın geçerli olabilmesi genel kurulun bilgisine sunulan konularda yapılmasına bağlıdır⁵⁰. Genel kurulda gösterilmeyen veya açıklanmayan bilgi ve belgelerin ilişkin olduğu işlemlere dair ibra sonuç doğurmayacaktır⁵¹. Yine öğretilerdeki hâkim görüş uyarınca ibra kararı yönetim kurulu hakkında değil, üyelere ilişkin verilir ve üyelerin bir kısmı ibra kararının dışında bırakılabilir⁵². İbra konusunda dürüstlük kurallarının göz önünde bulundurulması ve yönetim kurulunun hesap verme yükümlülüğünü en geniş çerçevede yerine getirmesi gerekmektedir⁵³. Nitekim Yüksek Mahkeme de sendikalar hukuku bağlamında ibra kararını bu görüş uyarınca değerlendirmektedir⁵⁴.

İbra kararına ilişkin bir diğer değerlendirilmesi gereken husus da gerekli karar yeter sayısının sağlanamaması sonucunda ibra kararının reddidir. Yöneticilerin görevde buldukları hesap dö-

49 Türe/Uçar, 1487.

50 Çöldemli, 181.

51 Çöldemli, 141.

52 Türe/Uçar, 1495.

53 Çelik Nuri/ Caniklioğlu Nurşen/ Canbolat Talat/ Özkaraca Ercüment, İş Hukuku Dersleri, 35. Baskı, İstanbul 2022, 912.

54 Yargıtay 9. HD, 01.03.2005 Tarih, 2005/4693 Esas, 2005/6535 Karar, "...Davalı Genel-İş Sendikası Tüzüğünde genel yönetim kurulunun görev ve yetkilerini düzenleyen 18.maddesinin 11.bendinde merkez genel yönetim kurulunun görev ve yetkileri arasında davayı kabul yetkisi bulunmamaktadır. Genel yönetim kurulunun yetkisi olmayan bir konu da sendika genel kurulunu ibra ettiğinin kabulü de mümkün değildir. Kaldı ki, sendika genel kurulunun, genel yönetim kurulunu faaliyetlerinden dolayı soyut olarak ibra etmesi genel yönetim kurulunun yetkisi olmayan bir konuda yapmış olduğu hukuki işleme icazet verdiğini göstermez. Bunun için genel yönetim kurulunun ibra edilen faaliyetlerinin ve dava konusu işleminin genel kurulda açıkça ve ayrıntılı olarak tartışılması, değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu nedenlerle mahkemenin, davanın davalı sendikaca kabul edildiği ve genel yönetim kurulunun da sendika merkez genel kurulu toplantısında ibra edildiği gerekçesine dayalı olarak davanın kabulüne karar vermesi hatalıdır. Mahkemece yapılacak olan işin esasına girip dosyadaki tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonuca göre hüküm kurmaktan ibarettir..."

47 Mevcut kanun boşluğunun ne şekilde doldurulması gerektiği yönünde görüş ve çözümler ile karşılaştırmalı hukuktaki yaklaşımlar için bkz. Türe Gökhan/ Uçar, Ali: Sendika Yönetim Kurulu Üyelerinin İbrası, Prof. Dr. Rıza Ayhan'a Armağan, C. II, Ankara 2022, 1480-1484.

48 Çamoğlu, Ersin: Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin İbrasının Sorumluluk Davalarına Etkisi İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 36, (1-4), 1971, 323; Borçlar hukukundaki ibra kurumu ile sendikalar hukukundaki ibra kurumu farkları için bkz. Türe/Uçar, 1486-1487.

nemine ilişkin işlemlerinin hukuki ve ekonomik olarak onaylanmaması şeklinde açıklanabilecek ibra kararının reddi, kendiliğinden yöneticilerin sorumluluğuna gidilebilmesi için sorumluluk davası açılması sonucunu doğurmayacağı gibi, bu davanın açılması yönünde de bir mecburiyet yaratmamaktadır⁵⁵. Bir diğer deyişle ibra kararının reddi halinde dahi kuruluşların, yöneticilerin sorumluluğuna gidebilme noktasında bir serbestisi mevcuttur.

C. Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluk

Yöneticilerin üçüncü kişilere karşı sorumluluğu konusunda TMK'nın 50. maddesi uygulama alanı bulacaktır. Söz konusu maddeye göre; *"Tüzel kişinin iradesi, organları aracılığıyla açıklanır. Organlar, hukuki işlemleri ve diğer bütün fiilleriyle tüzel kişiyi borç altına sokarlar. Organlar, kusurlarından dolayı ayrıca kişisel olarak sorumludurlar."* Bu düzenleme uyarınca kuruluş, yöneticilerin hukuki işlemleri ve diğer bütün fiillerinden dolayı borç altına girecek ancak kusurun bulunması halinde yöneticilerin kişisel sorumluluğu da doğacaktır⁵⁶. Sözleşmeden kaynaklanan sorumluluk kapsamında üçüncü kişinin zararını kuruluştan tazmin ettiği durumlarda, yöneticinin kusuru bulunması durumunda kuruluşun da vekâlet ilişkisi kapsamında rücu talebinin mümkün olduğu muhakkaktır. Yine sözleşmeden doğan sorumluluğa ilişkin dış ilişkide ise kuruluşlara dair bir karara rastlayamasak da Yargıtay'ın benzer mahiyette olan dernek ve dernek yönetim kurulu üyesinin sorumluluğu hakkında müteselsil sorumluluk hükümlerine atıfta bulunduğunu görmekteyiz⁵⁷.

Üçüncü kişilere karşı sorumluluk TMK'nun 50. maddesinde de belirtildiği üzere bir haksız fiil neticesinde de doğabilir. Bu durumda da yukarıda açıklandığı gibi TBK'nın genel hükümleri uyarınca müteselsil sorumluluk ve rücu ilişkisi değerlendirilmelidir.

Üçüncü kişilere karşı sorumluluk kapsamında

ayrıca incelenmesi gereken önemli bir husus, kanuni grev ve kanun dışı grev esnasında üçüncü kişilerin uğradığı zararın tazmininde yöneticilerin sorumluluğudur. STİSK m. 64/5 ve m. 70/2 hükümlerinde kanuni grev ve kanun dışı grev uygulanması sonucu neden olunan zararların tazminine ilişkin düzenleme bulunmaktadır.

İşçilerin işveren üzerinde ekonomik ve sosyal baskı kurmak suretiyle aralarındaki iş uyuşmazlığının çözümünü sağlamak amacıyla başvurdukları iş mücadelesi aracı şeklinde tanımlanabilecek grev ile zaten işveren üzerinde yaratılan baskı sonucu amaçlanan, karşı tarafı bir ölçüde zarara uğratmaktadır⁵⁸. *"Grev esnasında greve karar veren sendikanın kusurlu hareketi sonucu grev uygulanan işyerinde neden olunan maddi zarardan sendika sorumludur. Yetkili işçi sendikasının kararı olmadan işçi ya da yöneticilerin bireysel eylemlerinden kaynaklanan zararlardan kusuru olan yönetici ya da işçi sorumludur"* şeklindeki m.64/5 hükmünde ifade edilen zarar, grevin kanuna uygun olması sonucu işyerinin çalışmamasından doğan zarar değil, grev uygulanan işyerinde kusurlu hareket sonucu doğmuş zarardır⁵⁹. Kanuni grev esnasında meydana gelen zararlardan sorumluluk geçmiş dönemde sendika için adeta kusursuz sorumluluk öngörmüş Anayasa'nın 54. maddesinin 3. fıkrası⁶⁰ karşısında tartışma konusu olmuştur. 2010 değişikliğiyle Anayasa'dan bu hüküm kaldırılmışsa da işçilerin sebep olduğu zarardan sendikanın sorumlu tutulmasını öngören 2822 sayılı Kanun'un 47/son hükmü var olmaya devam etmiş, öğretide getirilen yoğun eleştiriler sonucu bu konu STİSK m. 64/5 hükmünde bugünkü şekliyle düzenlenmiştir. Buna göre sendika kararı olmadan gerçekleştirilen bireysel eylemlerden doğan işyeri zararlarının sorumluluğu sendikaya

58 Sümer Haluk Hadi: Türk Hukukunda Kanuni Grev Esnasında Grev Uygulanan İşyerinde Sebebiyet Verilen Zararlardan Grevi Uygulayan Sendikanın Sorumluluğu, Prof. Dr. Halil CİN'e Selçuk Üniversitesinde 10. Hizmet Yılı Armağanı, 1995, 389.

59 Ekmekçi, 650-651.

60 Mülga m. 54/3: Grev esnasında greve katılan işçilerin ve sendikanın kasıtlı veya kusurlu hareketleri sonucu, grev uygulanan işyerinde sebep oldukları maddi zarardan sendika sorumludur.

55 Türe/Uçar, 1503.

56 Çetin, 254-255

57 Çetin, 258, dn 13.

değil eylemi gerçekleştirenlere yüklenmiştir⁶¹.

Sendikanın kusurlu olması, sendika tüzel kişiliğinin grev süresince aldığı kararlar ile işvereni maddi zarara uğratması şeklinde olabilir. Bu zarar, grevin doğal sonucu çerçevesinde oluşan bir zarar değil kusurlu hareket sonucu meydana gelen tahrip veya benzer nitelikli bir zarar olmalıdır. İlgili düzenlemede sözü edilen sendikanın kusuru esasen sendika organının kusuru olup organın kusurlu fiilinden tüzel kişi de sorumlu tutulmuştur⁶². Maddi zararın yalnız sendika tüzel kişiliğinden tazmin edildiği durumlarda tüzel kişiliğin yönetim kurulu üyelerine genel hükümlere göre rücu hakkının bulunduğu şüphesizdir. Belirtmek gerekir ki; STİSK m. 64/5 hükmü yalnız maddi zararlar için öngörülmüş olup bu durum eğer şartları varsa manevi zararın tazmin edilemeyeceği anlamına gelmez. Manevi zararların tazminine yönelik talep genel hükümlere tabidir⁶³.

Kanun dışı grev uygulanması sonucunda da işverenin uğradığı bir zarar söz konusu olabilmektedir. Bu durumda zarar talebinin temelini STİSK m. 70/2 hükmü oluşturacaktır. Söz konusu düzenleme uyarınca "Kanun dışı bir grev yapılması hâlinde bu grev nedeniyle işverenin uğradığı zararlar, greve karar veren işçi kuruluştur veya kanun dışı grev herhangi bir işçi kuruluşunca kararlaştırılmaksızın yapılmışsa, bu greve katılan işçiler tarafından karşılanır." Çalışmamız kapsamında bu konuyla ilgili önem arz eden durum kanun dışı greve işçi kuruluşunun karar vermesi halidir. Kanun dışı greve işçi kuruluşunun karar vermesi hâlinde işveren, kanun dışı grevin kendisine verdiği haklı fesih imkânını kullanıp kullanmadığından bağımsız bir şekilde kanun dışı grev nedeniyle uğradığı zararın tazminini işçi kuruluşundan talep edebilecektir⁶⁴. Kanun dışı grevin işçi kuruluşunun kararı ile yapılması halinde işveren zararını yalnızca işçi kuruluşundan isteyebilecektir⁶⁵. Kanun dışı grev kararının alınmasında yöneticilerin kişisel

kusurlarının da olması halinde yöneticiler de kuruluş tüzel kişiliği ile birlikte, yukarıda açıklanan TMK m. 50 düzenlemesi uyarınca müteselsil sorumlu olacaktır⁶⁶.

Kanun dışı grev uygulanması ihtimalinde yalnız işveren değil bazı hallerde işçiler de zarara uğrayabilir. Gerçekten de sendika, STİSK'te öngörülen grev prosedürünü yürütürken grevin kanun dışı olmaması için gerekli dikkat ve özeni göstermekle yükümlüdür⁶⁷. Buradan hareketle kanaatimizce kanun dışı greve katılan ve grevin kanun dışı olduğunu bilmeyen veya bilemeyecek durumda olan işçi, katılımı nedeniyle bir zarara uğrarsa sendikaya ve yöneticisine karşı zararının tazminini talep etme hakkına sahiptir⁶⁸. Aksi yo-

66 Tuncay/ Kutsal /Gümrükçüoğlu, 507; Çelik/Canıklıoğlu/ Canbolat/Özkaraca, 1114.

67 Ekmekçi, 733.

68 Aynı yönde Ekmekçi, 733; Yargıtay da sendikanın grev prosedürü içinde hata yapması sonucu grevin kanun dışı sayılması üzerine işçinin sendika aleyhine dava açarak zararını talep edebileceği yönünde karar vermiştir, Yargıtay 9. HD, 05.11.1985 Tarih, 1985/7135 Esas, 1985/10615 Karar, "...Davacı, mensup olduğu sendikanın aldığı grev kararına uyarak toplu halde işi bıraktığını, ancak bu arada grevin kanunsuzluğu iddiası üzerine açılan dava sırasında, grev uygulamasının 2822 Sayılı Kanununun 37 nci maddesinin de uygulamaya başlayacağı tarihten 6 iş günü önce bildirmemiş, daha doğrusu bu bildiriye noter yerine PTT aracılığı ile yapması sebebiyle kanunsuz sayılmış ve 25/02/1985 tarihinde mahalli mahkeme bunu karara bağlamış ve bu kararın Yargıtay'ca 20/03/1985'te onanması üzerine iş akidlerinin işverence tazminatsız feshedildiği ileri sürülerek ihbar ve kıdem tazminatları ile boşta geçen sürede mahrum kalınan maddi ve ayrıca manevi tazminat istenmiştir.

Davalı, yazılı cevap dilekçesinde belirttiği sebeplerle davaya karşı çıkmış, mahkemece de kararda yazılı gerekçeyle davanın reddine karar verilmişse de; iddia, tamamen haksız işlem ve eylem sorumluluğundan kaynaklanmaktadır. 2821 Sayılı Kanununun 1 inci maddesinde sendikaların çalışma ilişkilerinde işçilerin ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerinin korunması ve geliştirilmesi için kurulduğu vurgulanmıştır. Yine aynı yasanın 32 nci maddesinde sendikal faaliyetler sayılmış, bunlar arasında toplu iş sözleşmesini akdetmek, greve karar vermek ve idare etmek hak ve görevlerine işaret edilmiştir.

Bütün bu düzenleyici kurallar, anayasada ve 2821 sayılı yasa ile 2822 sayılı TİSGL. Kanunundaki hükümler, çalışma ilişkilerinde işçinin müşterek ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerinin geliştirilmesine yöneltilmiştir.

Genelde haksız fiille dayalı sorumluluk ise, kanunların gerçek veya tüzel kişilere yüklediği görevlerin yerine getirilmemesi sonucundan kaynaklanır. Davalı sendikanın ya-

61 Narmanlıoğlu, 704.

62 Ekmekçi, 651.

63 Ekmekçi, 651.

64 Ekmekçi, 726.

65 Ekmekçi, 728.

rum grev uygulamasına karar verme, grevi idare etme ve onu sonlandırma yetkilerine sahip sendikanın kendisinden beklenen özen ve dikkati sergilememesiyle grevin kanuna aykırı yapılmasında bir etkisi olmayan işçinin uğradığı zararın giderilmemesi sonucunu doğuracaktır. Nitekim öğretide de "haksız fiil sorumluluğu" kapsamında işçinin zararının giderilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁶⁹. Yönetici de zararın tazmini noktasında müteselsil sorumlu olacak, zararın sendika tarafından tazmin edildiği durumda sendika, yöneticiye rücu edebilecektir.

Üçüncü kişiye karşı sorumluluğun doğabileceği bir diğer hal ise temsil ve yürütme organı olan yönetim kurulunun sözleşme görüşmelerini kesmesi dolayısıyla sözleşme öncesi sorumluluğu veya üçüncü kişilere karşı güven yaratmaya elverişli beyan ve davranışlarda bulunması halidir⁷⁰. Gerek sözleşme görüşmelerinin kesilmesi gerekse de güven yaratmaya elverişli beyan ve davranışlarda bulunulması halinde üçüncü kişiye karşı sorumluluk durumunda TBK. m. 112 kıyasen uygulanacaktır. İki durumda da yönetici, kuruluş tüzel kişiliği ile müteselsil sorumlu olacaktır.

Son olarak değinilmesi gereken husus kusur-

sanın öngördüğü grev prosedürünü işletirken, kendisinden beklenen dikkat ve ihtimamı göstermemesi haksız eylem sorumluluğunun unsurlarından olan kusuru oluşturur. Grevin kanunsuzluğuna neden sayılan işlem, sendikaca yapılmıştır ve bu hatalı işlem sebebiyle grev kanun dışı sayıldığına göre zararlar sebep arasında uygun illiyetin bulunduğu ortadadır.

Ancak, karmaşık grev prosedürü içerisinde yapılan hatanın ağırlığından söz edilemez. Bu sebep aktin feshi sonucu işçinin uğradığı somut zarar İş Kanunu hükümleri uyarınca ihbar ve kıdem tazminatı karşılığı hesap edilirken BK. nun43 üncü maddesi uygulanarak, zararın dengelenmesi icabeder. Ayrıca, olayın özelliği itibarıyla davacının da müterafik kusurunun olup olmadığı araştırılmalı ve BK. nun44 üncü maddesinin uygulama olanağı üzerinde de durulmalıdır. Burada önemli olan diğer bir nokta da, sendikanın bu konudaki sorumluluğu dile getirilirken anayasal bir hak olan kanuni grev uygulamasının özünün zedelenmeyeceği ilkesinin gözden uzak tutulmamasıdır.

Mahkemenin bu hususları nazara almadan olaya etkisi bulunmayan işçinin greve katılmaması yolundaki tercihi ni kullanmadığından davayı reddi isabetsizdir..." (Legalbank, s.e.t: 25.05.2023)

69 Narmanlıoğlu, 782-783.

70 Çetin, 287-288

suz sorumluluk halleridir. Tüzel kişilerin yalnızca kusurlu davranışları halinde değil kusursuz sorumluluk durumlarında da üçüncü kişilerin uğradığı zararı giderme yükümlülüğüne sahip olduğu öğretide kabul edilmektedir⁷¹. Kusursuz sorumluluk hallerinde uygun illiyet bağıyla zararın doğmuş olması yeterli kabul edilmekte, kusur şartı aranmamaktadır. Böyle bir durumda davacı TBK. m. 65, 66, 67 ve 69. maddeleri vasıtasıyla kuruluşa karşı dava açabilecek ve kuruluşun tazminat sorumluluğu doğabilecektir. Yöneticinin özen yükümlülüğünü gerektiği gibi yerine getirmemiş olması nedeniyle zararın doğduğunun kuruluş tarafından tespiti durumunda vekâlet ilişkisi kapsamında yöneticiye rücu edilebilecektir. Durumu bir örnekle açıklamak gerekirse; adam çalıştıran tüzel kişinin, çalışanın üçüncü kişiye zarar verdiği durumda sorumlu olduğu düşünüldüğünde, tüzel kişi adına çalışacak kişiyi seçerken gerekli özen yükümlülüğünü yerine getirmeyen yöneticiye vekâlet ilişkisi kapsamında rücu imkânı mevcuttur.

VI. Yöneticinin Hukuki Sorumluluğuna İlişkin Meseleler

Yöneticinin kuruluşa karşı sorumluluğunun belirlenmesinde yukarıda bahsedilen vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümler ile Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Bununla birlikte aşağıdaki hususların yöneticinin sorumluluğu kapsamında tartışılması gerektiği kanaatindeyiz.

Bu konuda üzerinde durulması gereken ilk mesele amatör-profesyonel yönetici ayrımının sorumluluğun nitelik ve kapsamını değiştirip değiştirmeyeceğidir. Gerçekten sendikanın mali gücünden kaynaklanan bir ayırım olan amatör ve profesyonel yöneticiler için öngörülmuş güvenceye ilişkin farklı düzenlemelerin, yöneticilik görevinden kaynaklanan hukuki sorumluluğu

71 Özsunay, 60.

etkileyip etkilemeyeceği değerlendirilmesi gereken bir husustur. Sendika özgürlüğünün bir çeşit görünümü olarak ortaya çıkan sendika organında bulunma hakkı, hatta çalışmamızla ilgili boyutu çerçevesinde ele alınacak olursa yönetici olma hakkının işlerlik kazanabilmesi açısından öngörülen bu özel güvenceler, esasen sendikal faaliyetler nedeniyle işini kaybetme korkusu yaşayan işçi için işverene karşı öngörülmüştür. Bir başka deyişle öngörülen bu özel güvenceler işçi-işveren arasındaki iş ilişkisinin sürdürülebilirliğine dairedir. Dolayısıyla profesyonel ve amatör yöneticilere tanınmış özel güvence hükümlerinin, bu yöneticilerin hukuki sorumluluğunu etkilemeyeceği kanaatindeyiz.

Üzerinde durulması gereken diğer bir husus yöneticinin görevleri yönünden yapılacak ayrımın hukuki sorumluluğun nitelik ve kapsamını değiştirip değiştirmeyeceğidir. Yukarıda değinildiği gibi yönetim kurulunun tüzel kişiliği temsil etme ve yönetme olmak üzere iki temel yetkisinin olduğu kabul edilmektedir. Bu kapsamda sendikalara özgü faaliyetler olarak toplu iş sözleşmesi yapılması, grev kararı ve uygulaması da yönetim kurulunun görevlerindedir. Yönetim kurulunun hukuki sorumluluğunun değerlendirilmesinde diğer görev ve yetkilerden doğan hukuki sorumlulukla sendikalara özgü faaliyetler yönünden doğabilecek hukuki sorumluluk arasında bir ayrıma gidilemeyeceği kanaatindeyiz. Yine aynı şekilde yönetim kurulunun kendisinin karar alma yetkisi olduğu hukuki işlemlerle genel kurul tarafından yönetim kuruluna açık yetki verilmesi gereken işlemler yönünden de sorumluluk esaslarının değiştirilmesini gerektiren bir durum bulunmamaktadır.

Değerlendirilmesi gereken diğer bir durum ise üyelerinin ekonomik, sosyal hak ve çıkarlarının korunması ve geliştirilmesi amacıyla toplu iş sözleşmesi yapan sendikaya karşı, sendika üyesi işçinin toplu iş sözleşmesinin normatif hükümleri nedeniyle zarara uğradığını iddia ederek tazminat talebinde bulunup bulunamayacağı ve buna göre yöneticinin de sorumluluğunun olup olmayacağıdır. Örneğin sendika üyesi olan ve grup

topluluğu sözleşmesinden yararlanan işçi, aynı işkolunda grup toplu iş sözleşmesi kapsamında olmayan bir işyerinde bulunan toplu iş sözleşmesi hükümlerinin daha lehe olduğunu ileri sürerek ya da sendika tarafından imzalanan yeni toplu iş sözleşmesinin süresi sona eren toplu iş sözleşmesine göre hak kaybına yol açtığını iddia ederek sendika tüzel kişiliğinden tazminat talep edebilecek midir? Bu ve benzeri nitelikteki sorulara olumlu yanıt verilmesi durumunda tazminat sorumluluğu bulunan sendikanın, yöneticisinin de sorumluluğu gündeme gelebilecektir. Bu kapsamdaki soruların toplu iş sözleşmesi özerkliği ve buna bağlı olarak düzen ilkesi çerçevesinde ele alınması gerektiği kanaatindeyiz⁷². Toplu iş sözleşmesi özerkliği sosyal tarafların karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumları ile çalışma koşullarını kolektif düzeyde serbestçe düzenleme hak ve yetkisi olarak tanımlanmaktadır⁷³. Bu kapsamda ele alınan düzen ilkesine göre her yeni toplu iş sözleşmesi ile iş ilişkilerinin yeni bir düzene tabi olacağı ifade edilmektedir⁷⁴. Bu ilke gereğince toplu iş sözleşmesinin kural olarak "kazanılmış hak" kavramını dışladığı sonucuna varmak mümkündür. Dolayısıyla örnek mukabilinden sayılan durumlarda işçinin bir zarara uğramadığı ve bu yönde bir iddia ile sendikadan tazminat talebinde bulunamayacağı kanaatindeyiz. Bu itibarla yöneticinin sorumluluğu da gündeme gelmeyecektir⁷⁵. Ancak sendika üyesi işçinin demokratik haklarını kullanarak sendika genel kurulunda iddialarını gündeme getirmesi veya sendika üyeliğinden ayrılması mümkündür.

İşçi sendikası ve işveren sendikası yöneticisi-

72 Düzen ilkesi hakkında geniş bilgi için bkz. Mollamahmuttoğlu, Hamdi: Toplu İş Sözleşmesi Düzeninde Kazanılmış Hak ve Kazanılmış Avantaj Kavramları, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan Sayısı, Ankara: Kamu İş Yayını, C.5, 563-572.

73 Tuncay/ Kutsal /Gümrukçuoğlu, 180.

74 Mollamahmuttoğlu, 565.

75 Her ne kadar görüşümüz bu yönde de öğretide, sendika ile üye arasındaki ilişkinin şahıslar hukukuna olduğu kadar malvarlığı hukukuna da özgü hak ve borçlar doğuran belirsiz süreli bir hukuki ilişki olduğu yönünde bkz. Tuncay, Aziz Can: İşçi Sendikası Üyeliğinin Kazanılması ve Sona Ermesi, İstanbul 1975, 105.

nin sorumluluğunda farklılık olup olmadığı da tartışılması gereken diğer bir meseledir. STİSK'in 2. maddesinde yönetici kavramının, kuruluşun ve şubesinin yönetim kurulu üyelerini, kuruluş kavramının ise sendika ve konfederasyonları ifade ettiği belirtilmiştir. Bu tanımlarda işçi ya da işveren sendikasına ilişkin ayırım olmadığı gibi kuruluş yöneticisi ile şube yöneticisine yönelik bir ayırım da bulunmamaktadır. Bununla birlikte işçi ve işveren sendikalarının üyelik yapısı ve işleyişinden kaynaklanan farklılıklar nedeniyle yöneticilerin temsil ve yetkilerinde de birtakım farklılıklar olabileceğini belirtmek gerekir. Yukarıda bahsi geçen toplu iş sözleşmesi yapan sendikaya karşı tazminat talebinde bulunulup bulunulamayacağı meselesi işveren sendikaları yönünden irdelendiğinde yine toplu iş sözleşmesi özerkliği ve düzen ilkesi gereği sendika üyesi işverenin, sendikadan tazminat talebinde bulunamayacağı sonucuna varmak gerekir. Ancak aksi düşünüldüğünde dahi, işçi tarafına nazaran farklı olarak grup toplu iş sözleşmesi ve çerçeve sözleşme istisna olmak üzere sendika üyesi olmayan işveren de toplu iş sözleşmesi yapabilme ehliyetini haizdir. Sendikaya üye olmakla toplu iş sözleşmesi yapma ehliyetini işveren sendikasına devreden işverenin, aslında sendikaya üye olmayarak kendisinin de akdedebileceği toplu iş sözleşmesi hükümlerinin uygulanması sonucunda ekonomik, sosyal hak ve çıkarlarının zedelendiği iddiasıyla işveren sendikasına karşı bir talepte bulunamayacağı kabul edilmelidir. İşveren sendikasında tüzel kişilerin de yönetim kurulu üyesi olabilmesinin hukuki sorumluluğa etkisi olmayacağını da ayrıca belirtmek gerekir.

Tartışılması gereken bir diğer husus ise yöneticinin sorumluluğuna dair TBK. m.115 kapsamında sorumsuzluk anlaşması yapıp yapılamayacağıdır. Sözleşmenin ihlalden kaynaklanan zararın gerçekleşmesinden önce, sözleşmeye aykırı davranıştan tamamen veya kısmen sorumlu olunmayacağına dair yapılan anlaşmaya sorumsuzluk anlaşması denir. Sorumsuzluk anlaşması, TBK'nın 115. maddesinde düzenleme alanı bulmuştur. İlgili maddenin 1. fıkrasına göre

borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmaya-
cağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin
olarak hükümsüzdür⁷⁶. Bu düzenlemeden hare-
ketle borçlunun hafif ihmalden kaynaklanan
sorumluluğunun kaldırılmasına yönelik yapılan
anlaşmaya geçerlilik tanınmalıdır. Öğretide hâ-
kim görüşüne göre de; TBK. m. 115 düzenlemesi
dikkate alınmak suretiyle vekil lehine sorumsuz-
luk anlaşması yapılabilir⁷⁷. Kanaatimizce
TBK. m.115 hükmü ve işçi kuruluşlarının genel
niteliği birlikte değerlendirildiğinde sorumsuz-
luk anlaşmasının bir tarafı olacak yöneticinin
profesyonel yönetici mi amatör yönetici mi oldu-
ğu bu anlaşmanın yapılabilmesi açısından önem
arz etmektedir. Sorumsuzluk anlaşması yapılabi-
leceği kabul edilse dahi bu sadece hafif ihmalden
kaynaklanan sorumluluğa yönelik olacaktır.
Ancak kanaatimizce bu yöndeki bir anlaşma
yalnızca sendikadan ücret almayan ve işyerinde
çalışmaya devam eden yani amatör biçimde yö-
neticilik yapan kişi için geçerli olmalıdır. Yöneti-
cilik sıfatıyla sendikal faaliyette bulunmak üzere
işyerinden ayrılan ve bunun karşılığında da işçi
kuruluşundan belirli bir ücret alan işçi yani pro-
fesyonel yönetici için anlaşmanın geçerli olma-
yacağı kabul edilmelidir. Nitekim yöneticilik gö-
revinde bulunabilmek için işyerinden ayrılan ve
dolayısıyla amatör yöneticiye kıyasen daha fazla
iş yükü altında bulunmasına karşın mesleki bilgi
ve deneyimi ile uzmanlığının daha fazla olduğu
rahatlıkla söylenebilecek profesyonel yönetici
için hafif ihmalden kaynaklanacak sorumluluğun
kaldırılmasına cevaz vermeyerek, yapılacak so-
rumsuzluk anlaşmasını geçersiz saymanın ada-
letsiz bir sonuca yol açmayacağı kanaatindeyiz.

76 TBK. m. 115: Borçlunun ağır kusurundan sorumlu olma-
yacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak
hükümsüzdür. Borçlunun alacaklı ile hizmet sözleşme-
sinden kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle so-
rumlu olmayacağına ilişkin olarak önceden yaptığı her
türlü anlaşma kesin olarak hükümsüzdür. Uzmanlığı
gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun
ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütü-
lebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olma-
yacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak
hükümsüzdür.

77 Eren/Dönmez, 1602.

Sonuç

Kuruluş yönetim kurulu üyesi ile kuruluş tüzel kişiliği arasında sözleşmesel bir ilişki bulunmaktadır. Taraflar arasındaki bu sözleşmesel ilişki ağırlıklı görüşe göre bir vekâlet ilişkisidir ve Türk Borçlar Kanunu'nun vekâlet sözleşmesine dair hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Yargıtay da, yönetici ile kuruluş tüzel kişiliği arasındaki ilişkinin vekâlet ilişkisi olduğunu kabul etmektedir.

Yöneticinin kuruluşa karşı sorumluluğu, vekâlet sözleşmesine ilişkin diğer hükümlerle birlikte esasen sadakat ve özen borcu çerçevesinde ele alınmaktadır. Sadakat ve özen borcuna aykırı davranılması beraberinde sözleşmenin ihlali sonucunu doğurur. Bu ihlal sebebiyle kuruluşun aynen ifa ve tazminat olmak üzere iki tür hakkı bulunduğu kabul edilmelidir. Tazminat sorumluluğu bazı durumlarda aynen ifanın yerine geçebilecek, bazı durumlarda ise aynen ifaya munzam şekilde talep edilebilecektir. Sadakat ve özen borcuna aykırı davranış aynı zamanda bir haksız fiil teşkil ediyorsa TBK. m. 49 kapsamında haksız fiil sorumluluğu da gündeme gelecektir. Böyle bir durumda kuruluşun uğradığı zarar kapsamında TBK. m. 49 hükümlerine veya sözleşmeden doğan sorumluluğa ilişkin TBK. m. 112 vd. hükümlerine dayanılabilir.

Yönetici ile kuruluş arasındaki hukuki ilişkinin vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi ve sorumlulukla ilgili esasların vekâlet sözleşmesi hükümlerine göre belirlenmesi nedeniyle TBK m. 147/5'de öngörülen beş yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması yerinde olacaktır. İç ilişkide rücu istemi ise, tazminatın tamamının ödendiği ve birlikte sorumlu olan kişinin öğrenildiği tarihten başlayarak iki yılın ve herhâlde tazminatın tamamının ödendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.

Yöneticinin hukuki sorumluluğun belirlenmesinde ibra konusu da önem arz etmektedir. Sendikalar hukukunda ibra, borçlar hukukundaki ibra gibi borcu sona erdirmeyip kuruluşun tazminat talebini sona erdirmektedir. Genel kurul tarafından verilen ibra kararı yalnızca kuruluşu bağlamak-

ta, yöneticinin hukuka aykırı işlemlerinden dolayı zarara uğrayan üyelerin dava açma hakkı ibra kararından etkilenmemektedir. Genel kurulda gösterilmeyen veya açıklanmayan bilgi ve belgelerin ilişkin olduğu işlemlere dair ibra sonuç doğurmayacaktır. İbra konusunda dürüstlük kurallarının göz önünde bulundurulması ve yönetim kurulunun hesap verme yükümlülüğünü en geniş çerçevede yerine getirmesi gerekmektedir. Nitekim Yüksek Mahkeme de sendikalar hukuku bağlamında ibra kararını bu yönde değerlendirmektedir. İbra kararının reddi halinde dahi kuruluşların, yöneticilerin sorumluluğuna gidebilme noktasında bir serbestisi olduğunu belirtmek gerekir.

Yöneticilerin üçüncü kişilere karşı sorumluluğu konusunda ise TMK'nun 50. maddesi uygulama alanı bulacaktır. Bu düzenleme uyarınca kuruluş, yöneticilerin hukuki işlemleri ve diğer bütün fiillerinden dolayı borç altına girecek ancak kusurun bulunması halinde yöneticilerin kişisel sorumluluğu da doğacaktır. Sözleşmeden kaynaklanan sorumluluk kapsamında üçüncü kişinin zararını kuruluşun tazmin ettiği durumlarda, yöneticinin kusuru bulunması durumunda kuruluşun da vekâlet ilişkisi kapsamında rücu talebinin mümkün olduğu muhakkaktır. Bu sorumluluk kapsamında kanuni grev ve kanun dışı grev esnasında üçüncü kişilerin uğradığı zararın tazmininde yöneticilerin sorumluluğu STİSK m. 64/5 ve m. 70/2 hükümlerine göre değerlendirilmelidir.

TBK. m.115 kapsamında sorumsuzluk anlaşmasının bir tarafı olacak yöneticinin profesyonel yönetici mi amatör yönetici mi olduğu bu anlaşmanın yapılabilmesi açısından önem arz etmektedir. Sorumsuzluk anlaşması yapılabileceği kabul edilse dahi bu sadece hafif ihmalden kaynaklanan sorumluluğa yönelik olacaktır. Ancak bu yöndeki bir anlaşma yalnızca sendikadan ücret almayan ve işyerinde çalışmaya devam eden yani amatör biçimde yöneticilik yapan kişi için geçerli olmalıdır. Yöneticilik sıfatıyla sendikal faaliyette bulunmak üzere işyerinden ayrılan ve bunun karşılığında da işçi kuruluşundan belirli bir ücret alan işçi yani profesyonel yönetici için anlaşmanın geçerli olmayacağı kabul edilmelidir. Nitekim yöneticilik

görevinde bulunabilmek için işyerinden ayrılan ve dolayısıyla amatör yöneticiye kıyasen daha fazla iş yükü altında bulunmasına karşın mesleki bilgi ve deneyimi ile uzmanlığının daha fazla olduğu rahatlıkla söylenebilecek profesyonel yönetici için hafif ihmalden kaynaklanacak sorumluluğun kaldırılmasına cevaz vermeyerek, yapılacak sorumsuzluk anlaşmasını geçersiz saymanın adaletsiz bir sonuca yol açmayacağı düşünülmektedir.

Toplu iş sözleşmesi yapan sendikaya karşı, sendika üyesi işçi ya da işverenin toplu iş sözleşmesinin normatif hükümleri nedeniyle zarara uğradığını iddia ederek tazminat talebinde bulunup bulunamayacağı ve buna göre yöneticinin de sorumluluğunun olup olmayacağı meselesi toplu iş sözleşmesi özerkliği ve buna bağlı olarak düzen ilkesi çerçevesinde ele alınarak sonuca varılmalıdır.

KAYNAKÇA

- Aktay, Nizamettin: Toplu İş Hukuku, Ankara 2015.
- Astarlı, Muhittin: 6356 Sayılı Yeni Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Sendikal Güvenceler Konusunda Getirdiği Değişiklikler ve Hukuki Sonuçları, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.17, S.2, 2013, 141-184.
- Başbuğ, Aydın: Toplu İş İlişkileri ve Hukuk, Ankara 2012.
- Çamoğlu, Ersin: Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin İbrasının Sorumluluk Davalarına Etkisi İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 36, (1-4), 1971, 323-348.
- Çelik, Nuri / Güzel, Ali: Sendika Tüzel Kişiliği ile Sendika Yönetim Kurulu Üyesi Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği, Marmara Üniversitesi İİBF Dergisi, 1-2, 1987, 637-648.
- Çelik Nuri/ Caniklioğlu Nurşen/ Canbolat Talat/ Özkaraca Ercüment, İş Hukuku Dersleri, 35. Baskı, İstanbul 2022.
- Çetin, Orhan: Dernek Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2019.
- Çöldemli, Ali: Sendikaların Kuruluşu ve Organları, Ankara 2016.
- Demir, Fevzi: Sendikaların Kuruluşu ve İşleyişi, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2013/4, 17-42.
- Ekmekçi, Ömer: Toplu İş Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2023.
- Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Ankara 2017.
- Eren, Fikret/Dönmez, Ünsal: Eren Borçlar Hukuku Şerhi, C.5, Ankara 2023.
- Hafizoğlu, Ece Sıla: Sendika Yöneticileri ve Güvenceleri, Ankara 2015.
- Lordoğlu, Kuvvet: Türkiye'de Mevcut Bazı Sendikaların Liderlik ve Yönetim Anlayışları, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2004/1, 81-96.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi: Toplu İş Sözleşmesi Düzeninde Kazanılmış Hak ve Kazanılmış Avantaj Kavramları, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan Sayısı, Ankara: Kamu İş Yayını, C. 5, 563-572.
- Narmanlioğlu, Ünal: İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri, 2. Baskı, İstanbul 2013.
- Özsunay, Ergun: Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, İstanbul 1978.
- Savaş Fatma Burcu, Sendikal Güvencelerde Son Durum, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hukuk Dergisi, Mayıs-Haziran 2012, 116-134.
- Sur, Melda: İş Hukuku Toplu İlişkiler, 10. Baskı, Ankara 2022.
- Sümer, Haluk Hadi: Türk Hukukunda Kanuni Grev Esnasında Grev Uygulanan İşyerinde Sebebiyet Verilen Zararlardan Grevi Uygulayan Sendikanın Sorumluluğu, Prof. Dr. Halil ÇİN'e Selçuk Üniversitesinde 10. Hizmet Yılı Armağanı, 1995, 389-408.
- Şahlanan, Fevzi: Sendikalar Hukuku, İstanbul 1995.
- Tuncay, Aziz Can: İşçi Sendikası Üyeliğinin Kazanılması ve Sona Ermesi, İstanbul 1975.
- Tuncay, Aziz Can / Savaş Kutsal, Burcu, Gümrükçüoğlu Bozkurt, Yeliz: Toplu İş Hukuku, 8. Baskı, İstanbul 2023.
- Türe Gökhan/ Uçar, Ali: Sendika Yönetim Kurulu Üyelerinin İbrası, Prof. Dr. Rıza Ayhan'a Armağan, C. II, Ankara 2022, 1477-1508.

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 15.000 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.başlayaninternet.adresi)

Oğuzman, M.K. (1989). Grup Toplu İş Sözleşmeleri Hakkında Yargıtayın Görüşünün Değerlendirilmesi. Türk İş Mevzuatı Açısından Grup Toplu İş Sözleşmeleri. 5-25. 15 Ocak 2014 tarihinde <http://www.mess.org.tr/ti.asp?eid=1000&i-cid=0> adresinden erişildi.

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

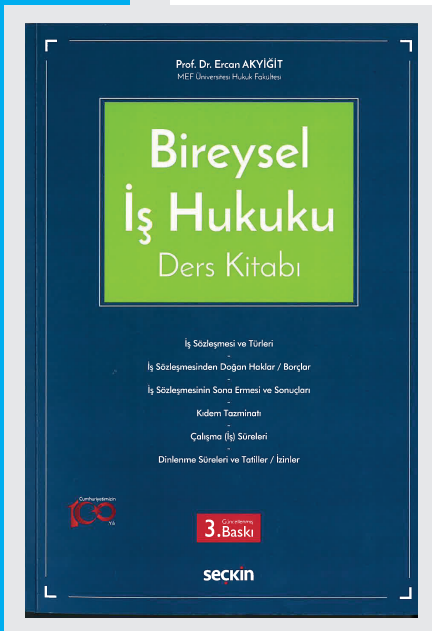


Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ ve **Doç. Dr. Esra YİĞİT** tarafından kaleme alınan **“Bireysel İş Hukuku”** adlı kitabın Güncellenmiş 5. baskısı Kasım 2023 tarihinde yayımlanmıştır.

Eser, kitabın ilk basısının yayımlandığı Nisan 2020 tarihinden bu yana beşinci baskıya ulaşmıştır. Başlangıçta öğrencilerin ders kitabı ihtiyacını karşılamak amacıyla hazırlanan eser, olumlu görüşler neticesinde aynı zamanda uygulayıcıların da yararlanabileceği eser haline dönüştürülmüştür.

Yargı kararı okumanın kişiyi çok geliştirdiği inancıyla her zamanki yaklaşımla bu basıda da en son yargı kararlarına yer vermeye özen gösterilmiştir.

Öte yandan, iş ilişkisinde kişisel verilerin korunması konusuna, her ne kadar işçiyi koruma ve gözetme borcu kapsamında yer alsada giderek artan önemine binaen ayrı bir paragrafta ayrıntılı olarak yer verilmiştir.



Prof. Dr. Ercan AKYİĞİT tarafından kaleme alınan **“Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı”** adlı kitabın 3. baskısı Kasım 2023 tarihinde yayımlanmıştır.

Eser, hukuk fakültesi öğrencilerinin ders notu gereksinimlerini karşılamaya yönelik hazırlanmıştır. Bu nedenle, konular derin öğretisel tartışmalara girmeden ama güncel gelişmeleri de göz önüne alarak sunulmuştur. Eserde bilimsel referanslara dikkat edilmiş, ilgili yargı kararlarının ulaşılabilen en son tarihli örneklerine de yer verilmiştir.

Eser iki bölümden oluşmaktadır. Eserin birinci bölümünde “İş Hukuku: Kavram-Tarihçesi-Özellikleri” başlığı altında iş hukukunun tarihçesi, özellikleri, kaynakları, örgütleri ve uygulama alanları yer almaktadır. Eserin ikinci bölümünde “Bireysel İş Hukuku” başlığı altında bireysel iş hukukunun kapsamı, iş sözleşmesi, iş sözleşmesinden doğan haklar ve borçlar, iş sözleşmesinin sona ermesi ve sonuçları, kıdem tazminatı, çalışma süreleri ile dinlenme süreleri, tatiller ve izinler anlatılmıştır.

Yeni Yayınlar

Prof. Dr. Emine Tuncay SENYEN KAPLAN tarafından kaleme alınan “**Bireysel İş Hukuku**” adlı kitabın Gözden Geçirilmiş-Güncellenmiş 13. baskısı Eylül 2023 tarihinde yayımlanmıştır.

İş Hukuku'nun 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 olduğu gibi ülkemizde de ekonomik ve sosyal hayata etkilerini azaltmak ve istihdamın korunmasını sağlamak amacıyla çeşitli tedbirler alınmış ve 7226, 7244, 7256 ve 7252 sayılı Kanunlar çıkarılmıştır.

Eserin bu basısında, bu doğrultuda bazı konular genişletilmiş, gerekli konular da ilave edilmiştir. Ayrıca her zaman olduğu gibi yeni tarihli yargı kararlarına, öğretilerdeki görüşlere ve yeni yayınlara da ulaşılabilirdiği ölçüde yer verilmeye çalışılmıştır.

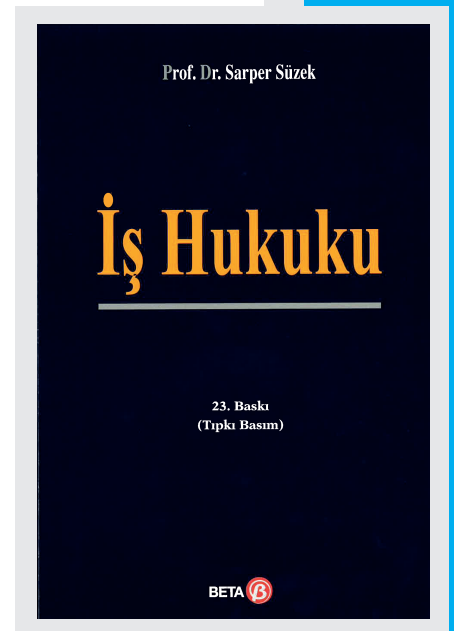
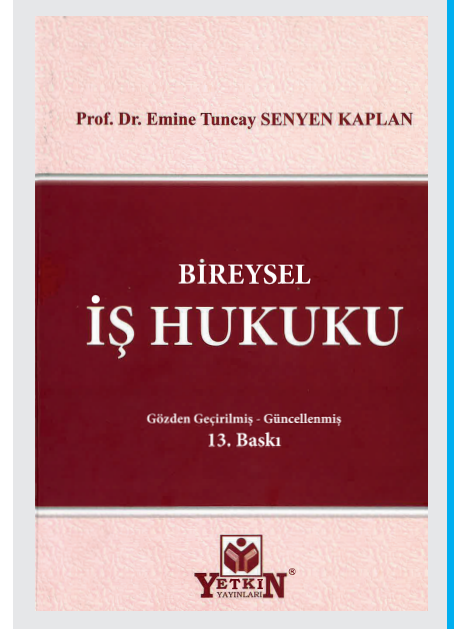
Yedi bölümden oluşan eserde sırasıyla; İş Hukuku'nun özellikleri ve kaynakları, İş Hukuku'nun temel kavramları ve kapsamı, iş sözleşmesi, işçi ve işverenin iş sözleşmesinden doğan borçları, iş sözleşmesinin askıya alınması ve sona erme sebepleri, işin düzenlenmesi ve son olarak iş sağlığı ve güvenliği konuları anlatılmıştır.

Prof. Dr. Sarper SÜZEK tarafından kaleme alınan “**İş Hukuku**” adlı kitabın 23. baskısı Kasım 2023 tarihinde yayımlanmıştır.

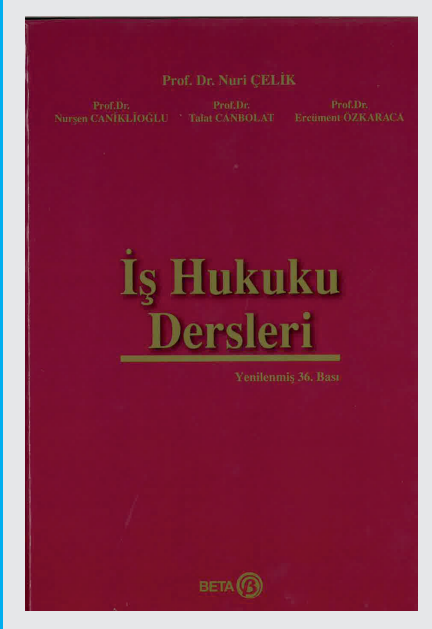
Eserin bu baskısında da iş mevzuatındaki tüm yeni düzenlemelere ve Yüksek Mahkeme'nin en son kararlarına yer verilmiştir. Ayrıca üretken iş hukuku öğretisi tarafından yapılan yeni yayınlarda ileri sürülen bilimsel görüşlerin okura aktarılmasına ve değerlendirilmesine çaba gösterilmiştir.

Yazar bu eserde gerek yürürlükteki gerekse olması gereken hukuk konusundaki görüşlerini objektif olarak ortaya koymaya çalışmıştır. Kitaptan uygulamacıların yanısıra öğrencilerin de yararlandığı düşünülerek, kapsamı daha geniş tutmamak amacıyla fazla ayrıntıya girmekten mümkün olduğunca kaçınılmıştır. Daha ileri araştırmalara girmek isteyenler için başvurulacak kaynaklar ve metin içinde yer almayan kararlar dipnotlarda gösterilmiştir.

Kitabın önceki baskılarında yer alan “İş Akdinin Sendikal Nedenle Feshi” konusu, yazarın hazırlamakta olduğu “Toplu İş Hukuku” adlı eserde ele alınıp inceleneceği için bu kitabın kapsamından çıkarılmıştır. Sendikalarla ilişkin birçok yeni yayın “Toplu İş Hukuku” eserinde değerlendirileceği için zorunlu olarak bu kitapta “Kaynaklar” dışında kalmıştır.



Yeni Yayınlar



İlk baskısı 1968 yılında merhum Prof. Dr. Nuri Çelik tarafından yayımlanan “İş Hukuku Dersleri” adlı kitabın yenilenmiş 36. baskısı, **Prof. Dr. Nurşen CANIKLIOĞLU, Prof. Dr. Talat CANBOLAT** ve **Prof. Dr. Ercüment ÖZKARACA** tarafından hazırlanarak Kasım 2023 tarihinde yayımlanmıştır.

Eserin asıl amacı öğrencilerin ders kitabı ihtiyacını karşılamaktır. Ancak, kitap sadece öğrencilerin İş Hukuku'nun esaslarını öğrenmesine yönelik olarak hazırlanmamıştır. Kitapta öğrencilerin mezuniyet sonrası karşılaşacakları uygulama sorunlarına da yer verilmiştir. Böylece, kitabın İş Hukuku ile ilgilenen tüm çevrelerin ve uygulayıcıların da yararlanabileceği bir eser olması amaçlanmıştır. Bu amaç doğrultusunda eserin bu son basısında da yeni gelişmeler, bu gelişmelerle bağlantılı olarak ortaya çıkan yeni uygulama sorunları, ilgili yargı kararları güncel ve geniş bir şekilde işlenmiştir.

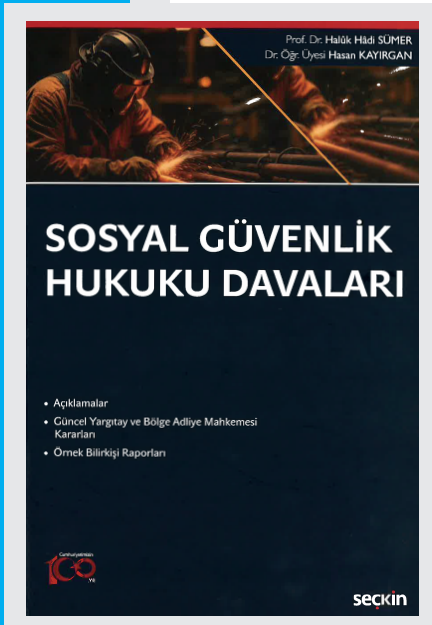
Eser, sadece bireysel iş hukukunu değil toplu iş hukukunu da içermektedir. Bu çerçevede; tarihsel süreç içinde ortaya çıkan, teorik temellere kavuşturularak geliştirilen ve güçlenen, ekonomik ve sosyal haklar arasında önemli bir yer tutan sendikalar, toplu iş sözleşmesi, grev ve lokavt konularına da eserde yer verilmektedir.

Eser, değişik alanlardaki fakülte, yüksekokul ve bölüm öğrencileri tarafından da okunabilmektedir. Bu nedenle, farklı birimlerdeki ihtiyaçlar da göz önüne alınarak, kitapta bazı yerler büyük, bazı yerler küçük puntolu olarak gösterilmiştir.

Prof. Dr. Haluk Hâdi SÜMER ve **Dr. Öğr. Üyesi Hasan KAYIRGAN** tarafından kaleme alınan “**Sosyal Güvenlik Hukuku Davaları**” adlı kitabın ilk baskısı Ekim 2023 tarihinde yayımlanmıştır.

Türk Sosyal Güvenlik Hukukunu ana hatlarıyla ele alan eserin temel amacı sosyal güvenlik hukuku konularını şemalarla, tablolarla ve özet biçimde ortaya koymak ve daha kolay anlaşılır kılmaktır. Bunun yanında, eserde uygulama ile ilgili bilgilere de ışık tutulmaktadır. Bu bakımdan Yargıtay'ın ve Bölge Adliye Mahkemelerinin sosyal güvenlik hukukuna ilişkin güncel görüşlerine ve örnek bilirkişi raporlarına kitapta yer verilmiştir.

Eser üç bölümden oluşmaktadır. Eserin birinci bölümünde “Dava Dosyası İnceleme Safhaları”, ikinci bölümünde “Kısa Vadeli Sigorta Kollarından Doğan Uyuşmazlıklar” ve üçüncü bölümünde ise “Uzun Vadeli Sigorta Kolları ile İlgili Uyuşmazlıklar” anlatılmıştır.



**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